



universität
wien

MASTER THESIS

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

„Voraussetzungen und Ablauf des Liegenschaftskaufs
oder -verkaufs nicht (voll) geschäftsfähiger Personen
durch Eltern, Vorsorgebevollmächtigte oder
Erwachsenenvertreter “

verfasst von / submitted by

Maxim Soukhatski, LL.M. (WU)

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

Wien, 2023 / Vienna 2023

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

UA 992 361

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

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M. (WU)

Inhaltsverzeichnis

<u>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</u>	<u>4</u>
<u>1. EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG</u>	<u>7</u>
<u>2. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN UND TYPISCHER ABLAUF EINES LIEGENSCHAFTSKAUF – BZW VERKAUF.....</u>	<u>12</u>
2.1. VERTRAGSANBAHNUNG UND VERTRAGSVERHANDLUNGEN	12
2.2. VERTRAGSABSCHLUSS.....	16
2.2.1. GESCHÄFTSFÄHIGKEIT	16
2.2.2. KAUFVERTRAG	17
2.3. GRUNDBÜCHERLICHE DURCHFÜHRUNG.....	22
<u>3. GESCHÄFTSFÄHIGKEIT BEI MINDERJÄHRIGEN UND BETROFFENEN PERSONEN BEIM LIEGENSCHAFTSKAUF – BZW VERKAUF</u>	<u>25</u>
3.1. GESCHÄFTSFÄHIGKEIT MINDERJÄHRIGER.....	25
3.1.1. MINDERJÄHRIGE UNTER SIEBEN JAHREN	26
3.1.2. MINDERJÄHRIGE ZWISCHEN SIEBEN UND VIERZEHN JAHREN	27
3.1.3. MÜNDIGE MINDERJÄHRIGE (AB VOLLENDUNG DES VIERZEHNTE LEBENSJAHRES).....	27
3.2. GESCHÄFTSFÄHIGKEIT BETROFFENER PERSONEN	30
<u>4. PFLEGSCHAFTSGERICHTLICHE GENEHMIGUNG</u>	<u>35</u>
4.1. ALLGEMEINES	35
4.2. VERÄÜBERUNG VON LIEGENSCHAFTEN	37
4.2.1. ALLGEMEINES	37
4.2.2. „OFFENBARE VORTEIL“	43
4.2.3. „NOTFALL“	52
4.3. ERWERB VON LIEGENSCHAFTEN	55
4.3.1. ALLGEMEINES	55
4.3.2. MÜNDELSICHERE LIEGENSCHAFTEN.....	56
4.3.3. ANDERE ARTEN VON LIEGENSCHAFTEN (NICHT PRIVILEGIERTE LIEGENSCHAFTEN)	58
4.4. VERTRAGSANBAHNUNG UND VERTRAGSVERHANDLUNGEN.....	63
<u>5. AUSGESTALTUNG DES KAUFVERTRAGS</u>	<u>66</u>
5.1. ALLGEMEINE ASPEKTE DER AUSGESTALTUNG DES KAUFVERTRAGES	66
5.2. VERÄÜBERUNG DURCH DIE SCHUTZBERECHTIGTE PERSON.....	69
5.3. ERWERB DURCH DIE SCHUTZBERECHTIGTE PERSON	71
<u>6. GRUNDBÜCHERLICHE DURCHFÜHRUNG</u>	<u>74</u>

6.1. ALLGEMEINES	74
6.2. VORSCHRIFT DES § 94 GBG.....	75
<u>7. CONCLUSIO.....</u>	<u>77</u>
<u>LITERATURVERZEICHNIS.....</u>	<u>80</u>
<u>JUDIKATURVERZEICHNIS.....</u>	<u>83</u>
<u>ABSTRACT.....</u>	<u>93</u>

Abkürzungsverzeichnis

AA	Andere Auffassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Arg	Argumentum
Art	Artikel
AußStrg	Außerstreitgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGL-GVG	Burgenländer Grundverkehrsgesetz
Bsp	Beispiel
Bspw	Beispielsweise
BTVG	Bauträgervertragsgesetz
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes Verfassungsgesetz
Bzw	Beziehungsweise
DSG	Datenschutzgesetz
DSB	Datenschutzbehörde
DVO	Deponieverordnung
EAVG	Energieausweis-Vorlage-Gesetz
EF	Familien- erbrechtliche Entscheidungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwSchG	Erwachsenenschutzgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
F	Folgender

FA	Finanzamt
Ff	Folgende
FRÄG	Feilbietungsrechtsänderungsgesetz
GBG	Grundbuchsgesetz
Gem	Gemäß
GewO	Gewerbeordnung
Ggf	Gegebenenfalls
Grds	Grundsätzlich
HL	Herrschende Lehre
IdF	In der Fassung
IdgF	In der geltenden Fassung
IdZ	In diesem Zusammenhang
iFamZ	Fachzeitschrift für Familienrecht
immolex	Zeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht
ImmMV	Immobilienmaklerverordnung
Insb	Insbesondere
IO	Insolvenzordnung
ISd	Im Sinne des
IVm	In Verbindung mit
JGS	Justizgesetzsammlung
KG	Kreisgericht
KJHT	Kinder- und Jugendhilfeträger
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LBG	Liegenschaftsbewertungsgesetz
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
MaklerG	Maklergesetz
ME	Meines Erachtens
MinroG	Mineralrohstoffgesetz
MMn	Meiner Meinung nach
MwN	Mit weiteren Nachweisen
NÖ-GVG	Niederösterreichisches Grundverkehrsgesetz

NO	Notariatsordnung
Nr	Nummer
Oa	Oben angeführt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Jurist:innenzeitung
Rdb	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem
Rn	Randnummer
RpflG	Rechtspflegergesetz
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RUS	Russland
Rz	Randziffer
S	Siehe
SBG-GVG	Salzburger Grundverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
UN	Vereinte Nationen (United Nations)
UStG	Umsatzsteuergesetz
VGG	Verbrauchergewährleistungsgesetz
Va	Vor allem
Vgl	Vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
WR-GVG	Wiener Grundverkehrsgesetz
Z	Ziffer
ZaDiG	Zahlungsdienstegesetz
ZB	Zum Beispiel
Zit	Zitierten
ZT	Zum Teil

1. Einleitung und Problemstellung¹

Nach § 21 Abs 1 ABGB stehen „*Minderjährige² und Personen, die aus einem anderen Grund als ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig nicht zu besorgen nicht vermögen³*“ unter dem besonderen Schutz der Gesetze und werden als „schutzberechtigte Personen⁴“ bezeichnet. Diese Bestimmung hat programmatischen Inhalt und bringt das fundamentale Prinzip des Schutzes nicht (voll⁵) entscheidungsfähiger Personen zum Ausdruck.⁶ Vom Gesetzgeber wurde der Schutz des Entscheidungs- und Handlungsunfähigen dabei so hoch gewertet, dass er selbst gegenüber dem – im ABGB konsequent verwirklichten⁷ – Vertrauensschutz Vorrang genießt.⁸

¹ Die gegenständliche Masterthesis verwendet aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulin. Dieses bezieht sich auf männliche, weibliche und andere Geschlechtsidentitäten. Auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen wird aus diesem Grund verzichtet. Alle Geschlechteridentitäten werden ausdrücklich mitgemeint, soweit die Aussagen dies erfordern.

² „Minderjährige“ sind gem § 21 Abs 2 ABGB Personen, die das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben.

³ Unter Personen, die sonst in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, sind grds nur natürliche Personen zu verstehen (vgl idZ §§ 239 ff ABGB). Aber auch juristischen Personen kann ein besonderes Schutzbedürfnis zukommen. So hat der OGH die ruhende Verlassenschaft, welcher die Eigenschaft einer juristischen Person zukommt (vgl § 531 ABGB), als eine dem Schutz des § 21 ABGB unterliegende Vermögensmasse bezeichnet, die in den Genuss der Fürsorgepflicht durch das Verlassenschaftsgericht kommt und auch erforderlichenfalls durch einen Verlassenschaftskurator vertreten wird (vgl OGH 25.2.1997, 4 Ob 37/97p).

⁴ In der gegenständlichen Masterthesis werden deshalb die Begriffe „schutzberechtigte Person“ sowie Schutzberechtigter als Übergriff für Minderjährige und betroffene Personen verwendet. Alternativ wird auch auf den Begriff des „Pflegebedürftigen“ zurückgegriffen.

⁵ Voll entscheidungs- und handlungsunfähig ist nach der bisherigen Rsp eine Person, die den Gebrauch der Vernunft nicht hat und deshalb vollkommen unfähig ist, die Tragweite und Bedeutung rechtsgeschäftlicher Handlungen einzusehen. Im Gegensatz dazu fehlt bei einer (bloß) partiellen Entscheidungs- und Handlungsunfähigkeit aufgrund von Geistesschwäche oder Geisteskrankheit die Fähigkeit die Bedeutung und Tragweite eines bestimmten Rechtsgeschäfts einzusehen (abgestellt wurde bis zum Inkrafttreten des 2 ErwSchG jedoch auf den Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“; vgl idZ OGH 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; OGH 28.8.2000, 8 Ob 165/00y; OGH 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; OGH 24.10.2012, 8 Ob 102/12a). Nach Inkrafttreten des 2. ErwSchG ist der Begriff der Entscheidungsfähigkeit ausdrücklich in § 24 Abs 2 ABGB positiviert. Nach der zitierten Bestimmung ist entscheidungsfähig, „*wer die Bedeutung und Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann*“.

⁶ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 21 Rz 2 (Stand 1.8.2019, rdb.at).

⁷ Vgl zB §§ 200 Abs 3, 367, 878, 916, 1019 sowie 1500 ABGB.

⁸ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 21 Rz 3; vgl auch Parapapatis/Perner, Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ 2017, 160 (160 ff).

Gleichzeitig ist jedoch einleuchtend, dass auch einer entscheidungs- und handlungsunfähigen Person die Teilnahme am Rechtsverkehr ermöglicht werden muss, würde widrigenfalls doch die einem jeden Menschen eingeräumte Rechtsfähigkeit⁹ ad absurdum geführt werden. Dies kann einerseits dadurch gewährleistet werden, dass die (partiell) entscheidungs- und handlungsunfähige Person unter bestimmten Voraussetzungen (ausnahmsweise) selbst rechtswirksam handeln kann.¹⁰ Andererseits wird die Teilnahme am Rechtsverkehr durch die Beigabe eines gesetzlichen Vertreters¹¹ ermöglicht, welcher unter möglichst weitgehender Wahrung der Interessen und des Wohls der vertretenen Person in deren Namen Rechtsgeschäfte abschließen kann. Für nicht entscheidungsfähige Erwachsene wurde durch den Gesetzgeber - im Einklang mit verfassungs-¹² und völkerrechtlichen¹³ Vorgaben¹⁴ - dabei mit dem 2. ErwSchG¹⁵ ein fundiertes und abgestuftes System der gesetzlichen Vertretung geschaffen, durch welches die Autonomie und Selbstbestimmung der betroffenen Person weitestgehend gewahrt

⁹ Siehe § 16 ABGB.

¹⁰ Insb bei Volljährigen ist die Wahrung der Selbststimmung ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers, wie durch § 239 ABGB verdeutlicht wird. Nach Abs 1 der zit Bestimmung ist im rechtlichen Verkehr nämlich „*dafür Sorge zu tragen, dass volljährige Personen, die aufgrund einer psychischen Erkrankung oder vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, möglichst selbstständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung, ihre Angelegenheiten selbst besorgen können*“. Die (gesetzliche) Stellvertretung ist gegenüber dem autonomen Handeln der betroffenen Personen subsidiär, was bereits durch die Überschrift des § 240 ABGB (arg: „*Nachrang der Stellvertretung*“ untermauert wird.

¹¹ Vgl idZ § 1034 ABGB. Nach Z 1 der zit Bestimmung ist gesetzlicher Vertreter eines mj Kindes wer im Rahmen der Obsorge (hier kommen insb die Eltern in Betracht; vgl § 177 ABGB) oder sonst im Einzelfall gesetzlich mit dessen Vertretung beauftragt ist (zB der KJHT; vgl §§ 204 ff ABGB).

¹² So ist die autonome Teilnahme am Geschäftsverkehr insb vom Schutzbereich des in Art 8 EMRK garantierten Rechts auf Privatleben erfasst (die EMRK steht in Österreich im Verfassungsrang [vgl BGBl. Nr. 59/1964]). Die Entziehung der Geschäftsfähigkeit unterliegt somit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung (vgl zB EGMR 27.3.2008, *Shtukurov* ./ RUS, Nr. 44009/05; EGMR 22.1.2013, *Lashin* ./ RUS, Nr. 33117/02).

¹³ Vgl idZ insb Art 12 der von Österreich ratifizierten UN-Behindertenrechtskonvention. So müssen nach Art 12 Abs 2 UN-Behindertenrechtskonvention die „*Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen*“. Nach Art 12 Abs 3 UN-Behindertenrechtskonvention müssen die Vertragsstaaten außerdem „*geeignete Maßnahmen [treffen], um Menschen mit Behinderung Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen*“.

¹⁴ Vgl dazu ausführlich *Barth in Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts³ (2019) 3 ff.

¹⁵ Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Vereinssachwalter-, das Patienten-anwalts- und Bewohnerververtretungsgesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG).

wird.¹⁶ Bei Minderjährigen sind dabei gem § 167 ABGB primär die Eltern zur gesetzlichen Vertretung berufen.¹⁷

Besondere Probleme ergeben sich dabei in Fällen, in welchen es um den Kauf bzw Verkauf von Liegenschaften durch eine nicht (voll) entscheidungs- und handlungsfähige Person geht. Einerseits sind Liegenschaften oftmals der wesentliche (und möglicherweise sogar einzige) Bestandteil des Vermögens einer Person. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Modus für den Eigentumserwerb von Immobilien gem § 431 ABGB die Eintragung im Grundbuch ist, welche deutlich aufwendiger, komplexer und kostspieliger als die Übergabe bei beweglichen Sachen (Mobilien) ist. Schließlich ist zu beachten, dass Liegenschaftstransaktionen im Regelfall nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören und aus diesem Grund bei minderjährigen Vertragspartnern gem § 167 Abs 3 ABGB zur Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts die Genehmigung des PflEGschaftsgericht einzuholen ist.¹⁸ Dasselbe gilt gem § 258 Abs 4 ABGB für Vertretungshandlungen Erwachsenenvertreter.^{19,20} Bei Liegenschaftstransaktionen hat das PflEGschaftsgericht außerdem spezifische Vorschriften anzuwenden.²¹

Die gegenständliche Masterthesis setzt sich genau mit diesen Problemstellungen auseinander und versucht neben der Aufarbeitung der maßgeblichen Rechtslage auch praxistaugliche Lösungsansätze²² zu bieten. Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Darstellung des Ablaufs sowie der maßgeblichen Voraussetzungen²³ zur (erfolgreichen) Durchführung einer Liegenschaftstransaktion unter Beteiligung eines Minderjährigen oder einer betroffenen Person.

¹⁶ S dazu detailliert unten Unterkapitel 3.2.

¹⁷ Nach § 167 Abs 1 ABGB ist dabei grds jeder Elternteil für sich allein zur Vertretung des Kindes berechtigt und verpflichtet.

¹⁸ Vgl zB *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 195.

¹⁹ Bis zum Inkrafttreten des 2. ErwSchG wurde der „Erwachsenenvertreter“ als „Sachwalter“ bezeichnet. Die gegenständliche Masterthesis bedient sich vorwiegend, in Entsprechung der gesetzlichen Terminologie, der Bezeichnung des „Erwachsenenvertreter“.

²⁰ Die zit Bestimmung verweist auf § 167 Abs 3 ABGB und normiert, dass dieser sinngemäß gilt.

²¹ Vgl §§ 219, 220 Abs 3, 223 ABGB sowie Kapitel 4.

²² Dies gilt insb für die Vertragsgestaltung (vgl Kapitel 5).

²³ Maßgebliche Voraussetzung ist insb das Vorliegen der für den Vertragsabschluss erforderlichen Geschäftsfähigkeit oder, sofern keine ausreichende Geschäftsfähigkeit vorliegt, die Einhaltung der Bestimmungen über die (gesetzliche) Vertretung.

Aus systematischen Gründen und der besseren Übersicht wegen ist der gegenständlichen Masterthesis in Kapitel 2 ein „allgemeiner Teil“ vorangestellt. Dieses Kapitel stellt in knapper und gedrängter Form die allgemeinen Voraussetzungen und den typischen Ablauf einer Liegenschaftstransaktion – unter ausschließlicher Beteiligung von (voll) geschäftsfähigen Rechtssubjekten - dar. Kapitel 3 und insb Kapitel 4 bilden das „Herzstück“ der vorliegenden wissenschaftlichen Arbeit. Diese Kapitel setzen sich nämlich mit der für die Abwicklung von Liegenschaftstransaktionen erforderlichen Geschäftsfähigkeit bei Minderjährigen und betroffenen Personen bzw mit den Voraussetzungen der wirksamen Stellvertretung der soeben genannten Personen auseinander.²⁴ Einerseits soll dabei aufgezeigt werden, inwieweit diese Personen selbstständig, sohin ohne Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters Immobilien veräußern bzw erwerben können. Andererseits wird dargelegt, welche Voraussetzung für eine wirksame Vertretung bei immobilienbezogenen Rechtsgeschäften vorliegen müssen. Besondere Bedeutung kommt dabei den im ABGB enthaltenen Sonderbestimmungen – insb jenen, die bei einer (etwaigen) pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung²⁵ zu berücksichtigen sind²⁶ - zu.²⁷ Durch die beiden Kapitel wird außerdem verdeutlicht, dass der gesamte Ablauf der Liegenschaftstransaktionen unter Beteiligung einer schutzberechtigten Person von der Rechtsfrage, ob (ausreichende) Geschäftsfähigkeit vorliegt, bzw ob verneinendenfalls die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts eingeholt werden kann, abhängt.²⁸ Kapitel 3 und 4 sind insoweit untrennbar miteinander verknüpft,

²⁴ Bei Liegenschaftstransaktionen unter Beteiligung einer schutzberechtigten Person handelt es sich hierbei somit um den ersten Prüf- bzw Ablaufschritt. Aus systematischen Gründen ist Kapitel 3 somit an den Anfang des „besonderen Teils“ der gegenständlichen Masterthesis gestellt.

²⁵ Da § 258 Abs 4 ABGB die sinngemäße Geltung des § 167 Abs 3 ABGB anordnet, werden in Kapitel 4 lediglich die für diese Bestimmungen geltenden Besonderheiten hervorgehoben.

²⁶ Die Rsp zeigt, dass eine Liegenschaftstransaktion unter Beteiligung einer pflegebefohlenen Person oftmals an der erforderlichen pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung scheitert. Dadurch entstehen nicht unerhebliche frustrierte Aufwendungen (zB Vertragserrichtungskosten; Beratungskosten; Zeitaufwand; etc ...). Werden vom Vertragserrichter die von der Rsp entwickelten Grundsätze für die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung von pflegebefohlenen Personen missachtet, so handelt es sich um einen Kunstfehler, welcher Schadenersatzansprüche zur Folge haben kann. Die vorliegende Arbeit setzt deshalb ein besonderes Augenmerk auf die von der Rsp aufgestellten Grundsätze für die Genehmigungsfähigkeit von Liegenschaftstransaktionen durch Pflegebefohlene.

²⁷ Vgl idZ insb § 167 Abs 3, 219, 223 sowie 258 Abs 4 ABGB. Auf diese Bestimmungen wird in der gegenständlichen Arbeit ein besonderer Fokus gelegt.

²⁸ Insofern ist auch die wesentliche Voraussetzung für den Abschluss eines immobilienbezogenen Rechtsgeschäfts unter Beteiligung eines Pflegebedürftigen, dass die schutzberechtigte Person entweder selbst über die erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügt oder, sofern dies nicht der Fall ist, die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt werden kann. Kapitel 3 und 4 bilden deshalb, wie bereits dargelegt wurde, die tragenden Säulen der gegenständlichen Masterthesis.

als die Frage des Vorliegens der Geschäftsfähigkeit gewissermaßen die „Vorfrage“ für die Stellvertretung bildet. Bei betroffenen Personen ist die Stellvertretung nämlich nur subsidiär, sie wird sohin nur dann schlagend, falls keine ausreichende Geschäftsfähigkeit vorliegt. Kapitel 5 setzt sich mit dem Kaufvertrag auseinander. Sofern eine Vertragspartei minderjährig oder psychisch beeinträchtigt ist, müssen Kaufverträge – insb im Hinblick auf die erforderliche grundbücherliche Durchführung – eigens ausgestaltet werden.²⁹ In der vorliegenden Arbeit werden eben diese Aspekte behandelt. Kapitel 6 beschäftigt sich mit der grundbücherlichen Durchführung.³⁰ Schließlich werden die wesentlichen Erkenntnisse der Masterthesis in Kapitel 7 kurz und prägnant zusammengefasst.

²⁹ Sofern die wesentlichen Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit bzw der Stellvertretung abgeklärt werden, ist die Errichtung eines Kaufvertrages der nächste, sachlogische Schritt.

³⁰ Die (erfolgreiche) grundbücherliche Durchführung bildet den Schlussstrich des Ablaufs einer Liegenschaftstransaktion, weshalb mit Kapitel 5 der „besondere Teil“ der gegenständlichen Masterthesis endet.

2. Allgemeine Voraussetzungen und typischer Ablauf eines Liegenschaftskaufs – bzw Verkaufs

Eine Liegenschaftstransaktion gliedert sich im Regelfall in drei Phasen³¹: (i) Vertragsanbahnung und Vertragsverhandlungen³², (ii) Vertragsabschluss³³ sowie (iii) grundbücherliche Durchführung³⁴. Kommen nach der grundbücherlichen Durchführung bspw Mängel hervor oder kristallisiert sich heraus, dass Fehler im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorgelegen sind, so kann es zur Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts oder zur Ausübung von Gestaltungsrechten kommen.³⁵

2.1. Vertragsanbahnung und Vertragsverhandlungen

Die Phase der Vertragsanbahnung wird regelmäßig durch einen Immobilienmakler begleitet, da dieser gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt.³⁶ Die Vermittlung der Geschäfte erfolgt dabei auf Grundlage einer privatrechtlichen Vereinbarung – dem Maklervertrag.³⁷ Bei dem Maklervertrag handelt es sich somit um die Vereinbarung zwischen einem Makler und einem Auftraggeber, Geschäfte mit Dritten zu vermitteln, wobei unter dem Auftraggeber der Abgeber³⁸ und/oder Interessent³⁹ zu verstehen ist.⁴⁰ Der Maklervertrag hat grds zwei Erscheinungsformen. So kann dieser als schlichter Maklervertrag oder als Alleinvermittlungsvertrag ausgestaltet sein.⁴¹ Wird ein

³¹ Wie die nachstehenden Kapitel veranschaulichen werden, sind diese Phasen bei einem immobilienbezogenen Rechtsgeschäft durch einen Schutzberechtigten deutlich verschoben.

³² S dazu Unterkapitel 2.1. sowie 4.4.

³³ S dazu Unterkapitel 2.2. sowie Kapitel 3., 4. und 5. Der Vertragsabschluss, insb die hierfür erforderliche Geschäftsfähigkeit und eine ggf einzuholende Genehmigung des Pflegschaftsgerichts, bilden den Schwerpunkt der gegenständlichen Masterthesis.

³⁴ S dazu Unterkapitel 2.3. sowie Kapitel 6.

³⁵ Die Rechtsfragen, welche die Rückabwicklung von Rechtsgeschäften oder Geltendmachung von Gestaltungsrechten durch Minderjährige betreffen, werden in der gegenständlichen Masterthesis nicht behandelt.

³⁶ Vgl die Legaldefinition des § 16 MaklerG.

³⁷ Vgl die Legaldefinition des § 1 MaklerG zum Begriff des „Maklers“.

³⁸ „Abgeber“ kann Verkäufer/Verpächter/Vermieter sein.

³⁹ „Interessent“ kann Käufer/Pächter/Mieter sein.

⁴⁰ Hubner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2019) 448 ff.

⁴¹ Hubner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 449 f.

schlichter Maklervertrag bedungen, so trifft den Immobilienmakler keine Pflicht zum Tätigwerden, er schuldet keinen Vermittlungserfolg und kann jederzeit den Auftrag widerrufen.⁴² Im Gegensatz dazu muss sich der Makler bei einem Alleinvermittlungsauftrag um die Vermittlung bemühen.⁴³ Das Gesetz⁴⁴ sieht zeitliche Beschränkungen für Alleinvermittlungsaufträge vor.⁴⁵ Der Alleinvermittlungsauftrag unterliegt grds keinen Formvorschriften.⁴⁶ So kann dieser ausdrücklich oder konkludent zwischen Makler und Auftraggeber geschlossen werden.⁴⁷ Gem § 6 Abs 1 MaklerG hat der Makler einen Provisionsanspruch, sofern das vermittelte Geschäft durch die verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustandekommt.⁴⁸ Zu

⁴² Knotek, Immobilienmaklerrecht Kompakt (2022) 18; Hubner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 450.

⁴³ S § 14 Abs 1 MaklerG. Dadurch wird der Alleinvermittlungsvertrag zu einem „normalen“ zweiseitig verbindlichen Vertrag (Degelsegger, Das neue Maklergesetz – ein Überblick über das Immobilienmaklerrecht, WoBl 1996, 195 (197)). Wie weit die Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers geht, ist umstritten. Sie wird jedoch zumindest (kumulativ) nachstehende Elemente umfassen: durchgehende Inseration auf entsprechenden Onlineplattformen oder in Printmedien; verkehrszübliche Erreichbarkeit per Telefon oder E-Mail sowie zeitnahe Beantwortung der Anfragen der Interessenten; zeitnahe und (zeitlich) flexible Abhaltung von Besichtigungsterminen; Erstellung und Aushändigung eines Exposés für/an Interessenten (Limberg in GeKo Wohnrecht II § 14 MaklerG Rz 9 [Stand 15.10.2018, rdb.at]).

⁴⁴ Vgl § 14 Abs 2 MaklerG sowie § 30c Abs 1 KSchG.

⁴⁵ Der Gesetzestext in § 14 Abs 2 MaklerG ist vage und stellt auf eine „angemessene Dauer“ ab. Die Angemessenheit richtet sich dabei sowohl nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls als auch nach der jeweiligen Verkehrssitte (vgl RIS-Justiz RS0062792; OGH 11.6.1996, 10 Ob 2120/96d; OGH 14.10.1997, 1 Ob 284/97i; OGH 24.3.2009, 4 Ob 12/09g). Bei der Vermittlung von Wohnungseigentumsobjekten und aufgeschlossenen Baugrundstücken hat die Rsp eine Befristung von zwei Jahren als angemessen erachtet (OGH 24.3.2009, 4 Ob 12/09g; OGH 11.8.2015, 4 Ob 102/15a). Im Verbraucherrecht normiert § 30c Abs 1 KSchG hingegen eine konkrete Dauer. So darf nach Z 2 der zit Bestimmung die Dauer für die Vermittlung von Verträgen zur Veräußerung oder zum Erwerb des Eigentums an Einfamilienwohnhäusern, Wohnungen und einzelnen Grundstücken, die zum Bau eines Einfamilienhauses geeignet sind, sechs Monate nicht übersteigen. Für die Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen oder sonstige den Gebrauch oder die Nutzung von Wohnung betreffenden Verträgen sieht Z 1 eine dreimonatige Höchstdauer vor. Im Falle von „besonderen Umständen, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern“ darf gem § 30c Abs 2 KSchG eine längere Frist vereinbart werden. Solche besonderen Umstände können sich einerseits auf das Objekt beziehen (zB bei abgelegener Lage oder absolut gesehen hohen Preises) oder im Verhältnis zum Auftraggeber (zB eingeschränkte Besichtigungsmöglichkeit aufgrund der Ortsabwesenheit des Auftraggebers) begründet sein (vgl Limberg in GeKo Wohnrecht II § 30c KSchG Rz 10 ff).

⁴⁶ Im Verbraucherrecht ist jedoch die Vorschrift des § 31 Abs 1 Z 1 KSchG zu beachten. Diese sieht nämlich vor, dass ein zwischen einem Makler und Verbraucher bedungener Alleinvermittlungsvertrag nur dann rechtswirksam ist, wenn er ausdrücklich und schriftlich abgeschlossen wurde.

⁴⁷ Knotek, Immobilienmaklerrecht Kompakt 22.

⁴⁸ In der Praxis kommt der Frage, ob die Voraussetzungen des § 6 MaklerG erfüllt wurden, eine erhebliche Rolle zu. Insb wird der Begriff der „Verdienstlichkeit“ im Gesetz nicht legaldefiniert. Nach hL müssen für das Entstehen eines Provisionsanspruchs dabei nachstehende Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt werden: (i) Abschluss eines Maklervertrags; (ii) vertragsmäßige Verdienstlichkeit des Maklers; (iii) Vermittlungserfolg; (iv) Kausalität der Maklertätigkeit; (v) Adäquanz der Maklertätigkeit sowie (vi) Abschluss und tatsächliche Ausführung des vermittelten Rechtsgeschäfts (vgl Knotek,

berücksichtigen sind außerdem die in der ImmMV aufgestellten Höchstbeträge.⁴⁹ Die Höchstbeträge für die Vermittlung von Kauf- und Tauschgeschäften werden in § 15 ImmMV festgelegt.⁵⁰ Demnach darf die Provision für die Vermittlung oder sonstige Vergütung des Kaufs, Verkaufes oder Tausches einer Immobilie⁵¹ bei einem Wert⁵² bis € 36.336,42 höchstens 4% und bei einem Wert von mehr als € 36.336,42 höchstens 3 % betragen.⁵³

Eine alternative Möglichkeit der Vertragsanbahnung besteht bspw durch die Verwertung von persönlichen Kontakten, Nachfrage bei Miteigentümern⁵⁴, Grundbuchsanfragen⁵⁵ oder (freiwillige) öffentliche Versteigerungen⁵⁶.

Finden die potentiellen Vertragspartner zusammen, so mündet die Phase der Vertragsanbahnung in die Phase der Vertragsverhandlungen. In diesem Stadium werden die (wesentlichen) Vertragsbedingungen ausgehandelt. In manchen Fällen wird auch ein

Immobilienmaklerrecht Kompakt 69; *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II § 6 MaklerG Rz 4; *Prader*, MaklerG^{2.19} § 6 E 27 [Stand 1.10.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at]; OGH 25.10.2016, 4 Ob 205/16z)

⁴⁹ Gem § 11 ImmMV gelten die Bestimmungen über die Höchstbeträge nicht für die Vermittlung einer Burg, eines Schlosses oder eines Klosters.

⁵⁰ *Knotek*, Immobilienmaklerrecht Kompakt 107.

⁵¹ Der Begriff der „Immobilie“ ergibt sich aus § 15 Abs 1 ImmMV. Unter diesen Terminus fallen eine bebaute oder unbebaute Liegenschaft, Wohnungseigentumsobjekte Superädifikate und bestehende Baurechte. Zu beachten ist ferner, dass die Höchstbeträge auch für die Veräußerung von Unternehmen oder Gesellschaftsanteilen gelten (*Knotek*, Immobilienmaklerrecht Kompakt 107).

⁵² Der „Wert“ wird in § 16 ImmMV definiert.

⁵³ Bei einem Wert zwischen € 36.336,42 und € 48.338,50 beträgt der Provisionsanspruch unter Anwendung des § 12 Abs 4 ImmMV € 1.453,46 (vgl *Knotek*, Immobilienmaklerrecht Kompakt 108).

⁵⁴ Der andere Miteigentümer/ die anderen Miteigentümer werden oftmals ein Interesse am Erwerb des zu veräußernden Miteigentumsanteils haben. Vgl idZ außerdem § 13 Abs 3 WEG, wonach bei einer Eigentümerpartnerschaft jeder Partner seinen Anteil am Mindestanteil nur mit Zustimmung des anderen Partners veräußern darf (*Prader*, WEG^{6.01} § 13 E 20 [Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at]; OGH 25.8.106, 5 Ob 51/16k).

⁵⁵ Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass grds keine Verletzung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses iSd § 1 DSG vorliegt, wenn Daten aus dem Grundbuch verwendet werden, um einen Liegenschaftseigentümer hinsichtlich einer möglichen Immobilientransaktion bloß einmalig postalisch zu kontaktieren (DSB 23.4.2019, DSB-D123.626/0006-DSB/2018). Eine Verletzung des § 1 DSG wird jedoch zu bejahen sein, wenn der Liegenschaftseigentümer mehrfach kontaktiert wird, obwohl ersichtlich ist, dass er dies nicht wünscht oder wenn die aus dem Grundbuch entnommenen Daten an Dritte weitergegeben werden.

⁵⁶ Vgl idZ insb §§ 87a ff NO. Durch das FRÄG wurde die freiwillige Feilbietung von Liegenschaften, Superädifikaten und Baurechten aus der Kompetenz der Gerichte in die Zuständigkeit der Notare ausgelagert. Auch ein Rechtsanwalt oder ein hierzu befugter Gewerbebetreibender (insb ein Immobilienmakler) können gem § 87c NO zur Durchführung der Versteigerung beauftragt werden. Der Notar hat idF bloß die Feilbietungsbedingungen zu beurkunden (vgl *Kothbauer*, Neu: Liegenschaftsversteigerung auch durch den Immobilienmakler, immolex 2008, 192 [192 ff]; *Gruber* in *Zib/Umfahrer*, NO § 87c Rz 1 [Stand 1.9.2022, rdb.at]).

Vorvertrag⁵⁷ abgeschlossen. Bei dem Vorvertrag handelt es sich um eine Vereinbarung, in Zukunft einen Hauptvertrag schließen zu wollen.⁵⁸ Bei dem Leistungsgegenstand des Vorvertrages handelt es sich um die Obligation zum Abschluss des Hauptvertrages.⁵⁹ Aus dem Vorvertrag selbst kann nicht auf Erfüllung der Verpflichtung geklagt werden, die Gegenstand des Hauptvertrages werden soll, sondern lediglich auf Abschluss des Hauptvertrages.⁶⁰ Die praktische Bedeutung des Vorvertrages ist jedoch gering, er spielt im Wesentlichen nur noch bei den Realverträgen⁶¹ eine Rolle.⁶² Bei Konsensualverträgen ist im Zweifel kein Vorvertrag anzunehmen, da ohne besonderen Grund im Regelfall nicht angenommen werden kann, dass die Parteien den umständlicheren Weg des neuerlichen (Haupt-)Vertragsabschlusses statt der direkten Leistungsklage bestreiten wollen.⁶³ Aus diesen Gründen bleibt bei Liegenschaftsverträgen idR kein Platz für die Annahme eines zweiseitig verpflichtenden Vorvertrages, zumal der Kauf außerdem bereits zustandekommt, wenn die Parteien über die *essentialia negotii* – konkret: zu veräußernde Liegenschaft und Kaufpreis⁶⁴ - Konsens gefunden haben. Bevor dies der Fall ist, kommt auch kein Vorvertrag zustande.⁶⁵ Bei Liegenschaftstransaktionen wird ein Vorvertrag sohin nur dann in Frage kommen, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren, wobei eine solche Vorgehensweise – aus den voranstehenden Gesichtspunkten – unwirtschaftlich wäre.⁶⁶

⁵⁷ Vgl § 936 ABGB.

⁵⁸ VwGH 15.3.2001, 2000/16/0115.

⁵⁹ OGH 24.6.2003, 4 Ob 20/03z.

⁶⁰ OGH 2.9.1993, 6 Ob 570/93; OGH 18.10.2012, 4 Ob 178/12y.

⁶¹ Zu diesen gehören der Leih- und Verwahrungsvertrag. Bei diesen Vertragstypen kann die Willenseinigung nämlich nur einen Vorvertrag darstellen (vgl. Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 Rz 2).

⁶² Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 Rz 2.

⁶³ OGH 13.7.1993, 4 Ob 519/93; OGH 23.2.1998, 3 Ob 315/97p; OGH 9.3.2000, 8 Ob 232/99x; OGH 29.1.2013, 9 Ob 63/12y; OGH 26.4.2019, 3 Ob 17/19z; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 Rz 2.

⁶⁴ S auch unten Unterkapitel 2.2.2.

⁶⁵ OGH 25.2.1998, 7 Ob 522/88; OGH 28.8.1997, 3 Ob 2094/96d.

⁶⁶ Ein Vorvertrag kann sich uU auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld auswirken, was insb für die Immobilienertragsteuer und die Grunderwerbsteuer von Bedeutung sein kann. Auch hier ist jedoch auf die Rsp zu verweisen, welche hierfür im Zweifel auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages abstellt (vgl. VwGH 9.11.1998, 87/13/0096; s auch Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 60 [Stand 1.1.2020, rdb.at]).

2.2. Vertragsabschluss

2.2.1. Geschäftsfähigkeit

Für den (autonomen) Abschluss eines (Liegenschafts-)Kaufvertrages⁶⁷ müssen sowohl der Verkäufer als auch der Käufer geschäftsfähig sein. Die Geschäftsfähigkeit ist nach der Konzeption des Gesetzgebers dabei ein Unterfall der Handlungsfähigkeit^{68, 69}. Konkret ist die Geschäftsfähigkeit gem § 865 Abs 1 ABGB „*die Fähigkeit einer Person, sich selbst durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen oder zu verpflichten*“. Die Geschäftsfähigkeit (sowie die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen) erwirbt der Mensch dabei nicht schon bei der Geburt. Vielmehr wird diese von der Rechtsordnung nur jenen Personen zuerkannt, die tatsächlich in der Lage sind ihre (rechtlichen) Angelegenheiten in vernünftiger und sachgerechter Weise zu ordnen und sich auch den Gesetzen gemäß zu verhalten. Dadurch stellt der Gesetzgeber auf die in § 24 Abs 2 ABGB normierte Entscheidungsfähigkeit ab.⁷⁰ Außerdem ist die Geschäftsfähigkeit vom Alter abhängig. Vom Gesetz wird somit sowohl eine abstrakte (Alter) als auch eine konkrete (Entscheidungsfähigkeit) Schranke festgelegt.⁷¹ Voll geschäftsfähig ist ein entscheidungsfähiger Mensch, der das 18 Lebensjahr vollendet hat.⁷² Im Zweifel wird die Geschäftsfähigkeit bei einer volljährigen Person angenommen, was bereits aus der § 24 Abs 2 Satz 2 ABGB folgt, da nach dieser Bestimmung die Entscheidungsfähigkeit, welche Voraussetzung für die Geschäftsfähigkeit ist, bei Volljährigen vermutet wird.⁷³ Volljährige entscheidungsfähige Personen können eine Liegenschaftstransaktion sohin eigenständig, dh ohne Mitwirkung eines (gesetzlichen) Vertreters abwickeln.⁷⁴

⁶⁷ Auch für den Abschluss eines Maklervertrages, der Anordnung einer freiwilligen Veräußerung oder für den Abschluss eines Vorvertrages müssen die Kontrahenten über eine ausreichende Geschäftsfähigkeit verfügen bzw muss ggf die Genehmigung des PflEGschaftsgerichts eingeholt werden (s dazu Unterkapitel 4.4.).

⁶⁸ Bei der Handlungsfähigkeit handelt es sich dabei um die Fähigkeit sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen oder zu verpflichten (*Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 1).

⁶⁹ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 184.

⁷⁰ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 184. Entscheidungsunfähig können psychisch beeinträchtigte Personen oder Menschen mit vergleichbaren Beeinträchtigungen sein.

⁷¹ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ [2022] 28; § 1064 ABGB 28.

⁷² *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 1.

⁷³ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 2.

⁷⁴ Berufte sich eine Vertragspartei einer Liegenschaftstransaktion auf die fehlende Geschäftsfähigkeit, so muss sie dies im Lichte des § 24 Abs 2 Satz 2 ABGB beweisen.

2.2.2. Kaufvertrag

Die Grundlage für die entgeltliche Veräußerung einer Liegenschaft ist ein Kaufvertrag.⁷⁵ Für das Zustandekommen eines Kaufvertrags müssen gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllt werden. Konkret muss eine Einigung über die *essentialia negotii* – Ware und Preis – zustandekommen, die Hauptpunkte müssen dabei entweder bestimmt oder zumindest bestimmbar⁷⁶ sein.⁷⁷ Nach der (umstrittenen⁷⁸) Rsp stellt bei einem Kaufvertrag über eine belastete Liegenschaft außerdem die Vereinbarung über die Lastentragung einen Teil der inhaltlichen Mindestanforderungen dar.⁷⁹ Vereinbarungen über die Nebenpunkte sind hingegen nicht notwendig.⁸⁰ Ein gültiger Kaufvertrag kommt dementsprechend selbst dann zustande, wenn die Kontrahenten nicht über Tragung der Kosten der Vertragserrichtung oder Verbücherung, über Steuern⁸¹ und Gebühren, die Fälligkeit des

⁷⁵ Die nachstehenden Ausführungen gelten sinngemäß für Tauschverträge (dies insb vor dem Hintergrund, wonach der Kaufvertrag nach der Intention des Gesetzgebers einen Sonderfall des Tauschvertrages darstellen soll; vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht 28; § 1064 ABGB).

⁷⁶ Der OGH hat bspw eine Vereinbarung als ausreichend bestimmbar angesehen, in welcher ein nach Größe und Lage beschriebener Teil eines Grundstücks veräußert wird, auch wenn dessen genaue Form in weiterer Folge erst durch die Vermessung festgestellt werden soll (OGH 19.4.1967, 6 Ob 105/67). Hinsichtlich des Kaufpreises reicht die Vereinbarung eines „ortsüblichen“ Preises aus. Zur Vermeidung von Auslegungsdifferenzen wird jedoch schon bei der Vertragserrichtung auf eine genaue Beschreibung der zu veräußernden Immobilie zu achten und ein bestimmter Kaufpreis festzulegen sein. Die genaue Bezeichnung der Liegenschaft ist auch im Hinblick auf gewährleistungsrechtliche Normen von Relevanz (vgl *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 54).

⁷⁷ OGH 26.10.1995, 7 Ob 466/55; OGH 19.6.1996, 7 Ob 617/86; OGH 13.5.1971, 1 Ob 129/71; OGH 28.4.2010, 3 Ob 58/10s; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1054 Rz 2 mwN (Stand 1.5.2017, rdb.at); *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1054 Rz 4 mwN.

⁷⁸ In der L wird der Ansatzpunkt des OGH kritisiert, bei einer fehlenden Vereinbarung über die Lastentragung an der Preisbestimmtheit zu zweifeln. Sofern Konsens über den Preis des Liegenschaftsobjekts erzielt wurde und der Käufer nachträglich erkennt, dass auf dem Grundstück diverse grundbücherliche Lasten anhaften, für welche dieser einzustehen hat (vgl § 443 ABGB), sind die §§ 928, 443 ABGB anzuwenden (vgl *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1054 Rz 3). So ist gem § 928 ABGB grds die Gewährleistung für aus den öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten ausgeschlossen. § 928 Satz 2 ABGB enthält hingegen eine Gegen Ausnahme, wonach Schulden und Rückstände, die auf einer Sache haften, vom Verkäufer stets vertreten werden müssen (*Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 928 Rz 39; OGH 15.12.1998, 7 Ob 661/88).

⁷⁹ OGH 13.7.2005, 5 Ob 130/07i; OGH 26.1.2018, 8 Ob 42/17k; RIS-Justiz RS0122305.

⁸⁰ *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 53. Vereinbarungen über die Nebenpunkte sind jedoch ratsam.

⁸¹ Aus Sicht des Steuerrechts ist insb die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 9 UStG zu beachten, wonach der Verkauf von Liegenschaften und Grundstücken unecht von der Umsatzsteuer befreit ist. Dem Verkäufer kommt jedoch gem § 6 Abs 2 UStG eine Umsatzsteueroption zu. Die unechte Befreiung von der Umsatzsteuer ist insofern nachteilig, als der Verkäufer in den vergangenen 20 Jahren refundierte Vorsteuern aliquot an das FA zurückzuerstatten hat. Wird eine Liegenschaft an einen vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmer veräußert, so ist aus wirtschaftlicher Sicht eine Optierung nach § 6 Abs 2 UStG idR sinnvoll. Bei einem Verkauf an sonstige Unternehmer oder Private wird hingegen im Regelfall auf die Anwendung des § 6 Abs 2 UStG verzichtet. Die Vorsteuerberichtigung wirkt sich idF als Kostenfaktor aus, welche der

Kaufpreises⁸², die Finanzierungsbedienungen⁸³ oder über die Räumung bzw Übergabe⁸⁴ des Kaufobjektes gesprochen haben.⁸⁵ Eine Einigung über einen Nebenpunkt muss nur dann ausnahmsweise erzielt werden, wenn über diesen ergebnislos verhandelt⁸⁶ wurde und sich die Parteien eine Vereinbarung über den Nebenpunkt vorbehalten haben.⁸⁷

Nach den Bestimmungen des ABGB unterliegt der Liegenschafts Kaufvertrag dabei keinen bestimmten Formvorschriften.⁸⁸ Der Vertrag kann dementsprechend auch mündlich oder sogar konkludent zustandekommen.⁸⁹ Davon sind jedoch jene Erfordernisse zu unterscheiden, welche das GBG an die Verbücherungsfähigkeit eines Kaufvertrages aufstellt.⁹⁰ IdZ ist insb auf die Vorschrift des § 31 GBG zu verweisen.⁹¹

Verkäufer nach Möglichkeit auf den Käufer überwälzt (*Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 61).

⁸² Zur Fälligkeit des Kaufpreises müssen mE besonders genaue Regelungen im Kaufvertrag – auch bei einer treuhändigen Abwicklung – aufgenommen werden. Insb bei einem höheren Kaufpreis kann der Fälligkeit des Kaufpreises eine große Rolle zukommen, bzw kann dies – insb im Hinblick auf etwaige Zinsen – einen eigenen Streitpunkt bilden. Der Vertragserrichter wird deshalb gut beraten sein, entsprechenden Regelungen besondere Bedeutung beizumessen.

⁸³ Finanzierungsbedingungen sind bei Liegenschaftstransaktionen nicht zu unterschätzen, da ein nicht unerheblicher Anteil an Liegenschaftskäufen (teilweise) fremdfinanziert erfolgt. Sofern zum Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung keine verbindliche Finanzierungszusage vorliegt, wäre der Kaufvertrag unter einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung abzuschließen.

⁸⁴ Im Gegensatz zu beweglichen Sachen, bei welchen der für den Eigentumsübergang erforderliche Modus die Übergabe darstellt, ist für den Eigentumserwerb an Liegenschaften die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (*Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 1; OGH 30.10.2003, 8 Ob 109/03t; OGH 25.11.2015, 8 Ob 114/15w*). In der Praxis ist die Übergabe dennoch nicht bedeutungslos und kann insb bei Zinshäusern oder Pachtgegenständen (erhebliche) wirtschaftliche Relevanz erlangen. In Liegenschafts Kaufverträgen wird nämlich regelmäßig vereinbart, dass die Übergabe Stichtag für den Übergang von Gefahr und Zufall ist. Außerdem wird bei ertragsbringenden Liegenschaften regelmäßig ein „Verrechnungstichtag“ vereinbart, wonach mit Übergabe einerseits sämtliche mit der Liegenschaft verbundene Aufwendungen und andererseits sämtliche Erträge vom Käufer zu tragen sind bzw diesem zufließen (*Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 62).

⁸⁵ *Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 54; *Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1054 Rz 2*.

⁸⁶ Hinsichtlich der in § 94 GBG normierten Prüfpflicht des Grundbuchs (s dazu nächstes Unterkapitel) ist außerdem zu beachten, das Grundbuchsgericht die Genehmigung zu versagen hat, wenn nach der Urkunde auch nur unwesentliche Punkte in den Vertragsverhandlungen offen geblieben sind (OGH 21.11.1989, 5 Ob 116/89). Der Vertragserrichter wird deshalb bei der Vertragserstellung besonders darauf zu achten haben, dass sämtliche Punkte berücksichtigt wurden.

⁸⁷ In diesem Fall müssen die Vertragsparteien sohin auch eine Einigung über den Nebenpunkt erzielen, damit der Vertrag zustande kommen kann (vgl *Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 54; *Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 869 Rz 17; OGH 23.1.2001, 7 Ob 244/00h*).

⁸⁸ *Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 54.

⁸⁹ *Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1054 Rz 3*.

⁹⁰ *Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 54.

⁹¹ S dazu Unterkapitel 2.3.

Weigert sich der Verkäufer eine verbücherungsfähige Urkunde zu unterfertigen, so kann der Käufer diesen auf Unterfertigung klagen.⁹²

Die konkrete Ausgestaltung des Kaufvertrages hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. So ist bspw zu berücksichtigen, ob die Liegenschaft bebaut, grundbücherlich belastet⁹³ oder bereits vermietet⁹⁴ ist.⁹⁵ Für die Vertragsausgestaltung sowie für die Preisbestimmung ist außerdem von erheblicher Bedeutung, ob die Liegenschaft als Baugrund geeignet oder (möglicherweise) kontaminiert ist.⁹⁶ Für den Käufer ist die Aufnahme einer Klausel⁹⁷, mit welcher zugesichert ist, dass die Liegenschaft frei von Kontaminationen/Verunreinigungen ist, vorteilhaft.⁹⁸ Alternativ

⁹² OGH 8.5.1963, 1 Ob 77/63; *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 54.

⁹³ Bei Dienstbarkeiten ist zu beachten, dass das Eintragungsprinzip in jenen Fällen durchbrochen ist, in welchen den Erwerber die Dienstbarkeit kannte oder sie kennen musste, da diese offenkundig ist. Nach der Rsp liegt eine solche offenkundige Dienstbarkeit vor, wenn aus Sicht des dienenden Grundstücks bei gehöriger Aufmerksamkeit Vorgänge oder Einrichtungen wahrgenommen werden können, die das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen (RIS-Justiz RS0034803; *Wachter in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 27). Dies kann bspw der Fall sein, wenn sich auf der dienenden Liegenschaft 20cm tiefe Fahrrinnen befinden, die deutlich sichtbar sind (OGH 12.2.1998, 2 Ob 609/79) oder wenn ein Zugangstor vorhanden ist, welches bei Fehlen von Wegerechten funktionslos wäre (OGH 9.12.2002, 5 Ob 270/03x).

⁹⁴ Insb im (Teil-)Anwendungsbereich des MRG ist die Bestimmung des § 2 Abs 1 MRG zu beachten, wonach der Rechtsnachfolger des Vermieters ab Übergabe des Mietgegenstandes an den wirksam geschlossenen Hauptmietvertrag gebunden ist. Kommt das MRG nicht zur Anwendung, so ist § 1120 ABGB zu beachten, der einen deutlich geringeren Mieterschutz vorsieht, da das Rechtsverhältnis nach der zit Bestimmung zwar auf den neuen Eigentümer übergeht, dieser den Mietvertrag jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auflösen kann, sofern das Bestandverhältnis nicht im Grundbuch eingetragen ist (vgl § 1095 ABGB). Im Ergebnis wird somit am Grundsatz „Kauf bricht Miete“ festgehalten, wobei dieser durch § 1120 ABGB, wie soeben dargelegt wurde, nur geringfügig abgeschwächt wird (OGH 19.5.2015, 4 Ob 83/15g). Eine Bestimmung für die Rechtsnachfolge ist auch in § 4 WEG vorgesehen, der als *lex specialis* § 2 Abs 1 MRG sowie § 1120 ABGB materiell derogiert (vgl *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1120 ABGB Rz 7). Das (Nicht-)Bestehen eines Mietvertrages ist deshalb eine wertbildende Eigenschaft.

⁹⁵ *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 53.

⁹⁶ *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 53.

⁹⁷ Die entsprechende Klausel kann dabei wie folgt lauten: „*Vom Verkäufer wird zugesichert, dass die vertragsgegenständliche Liegenschaft frei von Verunreinigungen ist. Konkret ist der Vertragsgegenstand frei von Bodenverunreinigungen, unterirdischen Lagertanks und Altlasten, insbesondere Ablagerungen wassergefährdender Stoffe, Sonderabfällen, Grundwasserverunreinigungen und Kriegsrelikten. Die Definition der voranstehenden Begrifflichkeiten richtet sich nach den zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Rechtsvorschriften*“ (angelehnt an *Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 58).

⁹⁸ IdZ ist zu berücksichtigen, dass nach der höchstgerichtlichen Rsp im Regelfall bei einer Kontamination des Bodens selbst dann ein Mangel vorliegt, wenn im Vertrag keine bestimmte Bodenbeschaffenheit bedungen wurde (vgl OGH 11.2.1997, 10 Ob 2066/96p). In bestimmten Konstellationen wurde von der Rsp hingegen das Vorliegen eines Mangels bei Bodenverunreinigungen verneint, so bspw in einem Fall, in welchem ein aufgelassenes Fabrikgelände billig erworben wurde und der Boden mit Altöl und Sonderabfällen, die auf den Betrieb der Fabrik zurückzuführen waren, belastet war (OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h). Da die Rsp somit einzelfallbezogen ist, empfiehlt sich insb im Lichte der Rechtssicherheit die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Vertragstext.

kann ein Bodengutachten eingeholt und als Vertragsbestandteil integriert werden⁹⁹ oder vereinbart werden, dass der Bodenaushub einer bestimmten Deponieklasse¹⁰⁰ zu entsprechen hat.¹⁰¹ Hinsichtlich der Energieeffizienz eines Gebäudes ist § 6 EAVG zu berücksichtigen, welcher bestimmt, dass bei Vorlage eines Energieausweises vor Abgabe der Vertragserklärung des Käufers die im Energieausweis angeführten Energiekennzahlen für das Gebäude als bedungene Eigenschaft iSd § 922 ABGB gelten.¹⁰² Im Hinblick auf die Gewährleistung ist außerdem die Aufnahme von weiteren Gewährleistungszusagen¹⁰³ oder Haftrücklassen¹⁰⁴ ratsam. Umgekehrt kann es natürlich im Interesse des Verkäufers liegen, sein Haftungsrisiko zu minieren und idZ Beschränkungen der Gewährleistungspflicht vorzusehen.¹⁰⁵ Zur Minimierung des mit Liegenschaftstransaktionen verbundenen Risikos ist außerdem die Einholung einer

⁹⁹ IdZ sollte im Vertragstext auch ausdrücklich festgehalten werden, dass der Verkäufer die im Bodengutachten festgestellte Bodeneigenschaft zusichert. IdF wird die Bodenbeschaffenheit nämlich Vertragsgegenstand und begründet eine Haftung ex contractu. Werden entsprechende Vorkehrungen nicht getroffen so stellt sich die Frage der Passivlegitimation hinsichtlich der Schadenersatzansprüche des Käufers. Eine Haftung des Sachverständigen kommt zwar nach dem Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter in Betracht (vgl zB OGH 9.11.1989, 7 Ob 672/89). Bei der Erstellung eines Bodengutachtens ist jedoch zu beachten, dass der Gutachter nach der Rsp des OGH nur dann haftet, wenn diesem der Umstand, wonach der Verkäufer das Gutachten an einen potentiellen Käufer weitergeben wird, bewusst sein musste (vgl OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11s).

¹⁰⁰ Vgl idZ insb die §§ 4 und 5 DVO.

¹⁰¹ Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 59.

¹⁰² Rechtsfolge dieser Bestimmung ist, dass der Verkäufer gewährleistungsrechtlich (sohin verschuldensunabhängig) für die Richtigkeit dieser Kennzahlen einstehen muss. Wird vom Verkäufer kein Energieausweis vorgelegt, so gilt eine alters- und artentsprechende Gesamtenergieeffizienz als bedungen. Die unterlassene Vorlage eines Energieausweises kann jedoch gem § 9 EAVG eine Verwaltungsübertretung darstellen (§ 5 EAVG sieht jedoch Ausnahmen von der Vorlagepflicht vor; vgl auch Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 60 f).

¹⁰³ So sind bspw nachstehende Klauseln denkbar: „Der Käufer sichert zu, rechtmäßiger Eigentümer der vertragsgegenständlichen Liegenschaft zu sein; Zum Verrechnungsstichtag sind hinsichtlich der vertragsgegenständlichen Liegenschaft weder Verfahren vor Gerichten, Baubehörden, Schlichtungsstellen oder sonstigen (privat- oder öffentlich rechtlichen) Einrichtungen anhängig, noch wurden solche angedroht; Der Vertragsgegenstand wurde im Einklang mit den baurechtlichen Bestimmungen errichtet, insbesondere wurden sämtliche baubehördliche Bewilligungen eingeholt“ (angelehnt an Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 67).

¹⁰⁴ Der Haftrücklass kann dabei vielseitig ausgestaltet sein. Neben der Einbehaltung eines entsprechenden Betrags auf einem Treuhandkonto kann dem Käufer auch eine andere Sicherheit, bspw eine Bankgarantie zur Verfügung gestellt werden (vgl Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 70).

¹⁰⁵ IdZ kommt bspw die Vereinbarung nachstehender Klausel in Betracht: „Der Käufer hat die vertragsgegenständliche Liegenschaft vor Vertragsabschluss in sämtlichen Teilen eingehend besichtigt und hat deshalb Kenntnis vom Zustand der Liegenschaft. Der Käufer hat vor Vertragsabschluss außerdem Einsicht in das Grundbuch genommen und hat deshalb Kenntnis von sämtlichen auf der Liegenschaft haftenden Lasten. Vom Verkäufer wird somit nur für jene Eigenschaften der Liegenschaft gehaftet, die er im gegenständlichen Vertrag ausdrücklich zugesagt hat. Die Gewährleistung für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften wird ausdrücklich abbedungen“ (angelehnt an Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht 69). Bei Einschränkungen der Gewährleistung sind jedoch insb die § 9 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB zu beachten.

Veräußerungsrangordnung nach den §§ 53 GBG ratsam.¹⁰⁶ Auch weitere Aspekte sind zu berücksichtigen. So macht es für die Vertragsausgestaltung einen wesentlichen Unterschied, ob sich die Vertragsparteien als Unternehmer und/oder Verbraucher gegenüberstehen.¹⁰⁷ Soll der Vertrag vom Eintritt eines ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignisses – bspw einer Finanzierungszusagen¹⁰⁸ oder einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung¹⁰⁹ – abhängig gemacht werden, so ist in den Vertragstext eine entsprechende aufschiebende¹¹⁰ Bedingung zu implementieren. Der Kaufvertrag kann außerdem durch bestimmte Gestaltungsrechte¹¹¹ ergänzt werden.

¹⁰⁶ Durch die Anmerkung der Rangordnung wird die vorläufige Absicherung eines bürgerlichen Ranges, um zu einem späteren Zeitpunkt in diesem Rang grundbücherliche Eintragungen vorzunehmen, bezweckt (*Binder in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 53 GBG Rz 1 [Stand 1.9.2016, rdb.at]; s außerdem unten Unterkapitel 2.3.).

¹⁰⁷ In diesem Fall sind nämlich nicht nur die Bestimmungen des KSchG – sohin insb § 6 KSchG oder § 9 KSchG [Anmerkung: das VGG kommt bei Liegenschaftstransaktionen nicht zur Anwendung, da dieses gem § 1 Abs 1 nur bei Verträgen über den Kauf beweglicher körperlicher Sachen sowie über die Bereitstellung digitaler Leistungen gilt] – zu berücksichtigen, sondern auch Spezialvorschriften, wie bspw § 1 Abs 2 BTVG, welcher die einseitig zwingende Verbindlichkeit des BTVG für Verbrauchergeschäfte anordnet (vgl zB *Gartner, Bauträgervertragsgesetz*⁴ § 1 Rz 33 [Stand 29.12.2017, rdb.at]; OGH 29.4.2003, 4 Ob 56/03v; RIS-Justiz RS0113312; Hintergrund des BTVG bzw dessen einseitig zwingenden Anwendung für Verbrauchergeschäfte ist die Intention des Gesetzgebers die [erheblichen] wirtschaftlichen Risiken, welche mit einem Kaufvertrag über den Erwerb eines erst zu errichtenden Objekts verbunden sind, zu verhindern bzw zu vermindern).

¹⁰⁸ S dazu bereits oben FN 83.

¹⁰⁹ Nach den jeweiligen landesrechtlichen Grundverkehrsgesetzen sind insb der Liegenschaftserwerb durch Drittstaatsangehörige (Unionsbürger oder in den Genuss der Niederlassungs- Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit kommende juristische Personen sind Inländern gleichgestellt [vgl zB § 3 Abs 1 BGL-GVG; § 3 Z 2 WR-GVG; § 10 Abs 1 SBG-GVG) oder die Veräußerung von land- und forstwirtschaftlichen Flächen genehmigungspflichtig (vgl zB § 2 NÖ-GVG).

¹¹⁰ Bei der Rechtsbedingungen der grundverkehrsbehördlichen Genehmigungen handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung (vgl OGH 8.5.1995, 1 Ob 531/85; OGH 26.6.1985, 1 Ob 564/85). Bei Aufsetzen einer aufschiebenden Bedingung ist dem Grundbuchsgericht der Eintritt der aufschiebenden Bedingung in grundbuchsfähiger Form nachzuweisen (*Artner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht* 72).

¹¹¹ Als Gestaltungsrecht kommt insb ein Vorkaufsrecht (§§ 1072 ff ABGB) in Betracht. Daneben ist auch die Vereinbarung von Rückkaufsrechten (§§ 1067 ff) oder Rückverkaufsrechten (§ 1071 ABGB) denkbar.

Schließlich sind in den Vertragstext auch allfällige Modalitäten einer treuhändigen¹¹² Abwicklung aufzunehmen.¹¹³

2.3. Grundbücherliche Durchführung

Bei Liegenschaften ist die rechtliche Erwerbungsart die Eintragung¹¹⁴, die Erlangung des physischen Besitzes ist weder notwendig noch ausreichend.¹¹⁵ Als Erwerbszeitpunkt der vollzogenen Eintragung gilt das Einlagen des ihr zugrundeliegenden Gesuches.¹¹⁶ Die Eintragung ins Grundbuch erfolgt dabei im Allgemeinen nur auf Antrag¹¹⁷ und bedarf der Zustimmung des Belasteten.¹¹⁸ Für die Einverleibung ist der urkundliche Nachweis des Titels erforderlich, wobei die entsprechenden Urkunden gem § 87 GBG im Original vorzulegen sind.¹¹⁹ Die Eintragung kann nur auf Grund von

¹¹² Bei der Treuhandschaft werden dem Treuhänder Rechte übertragen, welche dieser im eigenen Namen, jedoch aufgrund einer besonderen obligatorischen Bindung zum Treugeber nur in einer bestimmten Weise ausüben darf (vgl OGH 14.8.2008, 2 Ob 105/08t; OGH 16.4.2009, 2 Ob 137/08y). Durch die Treuhandschaft soll das Zug-um-Zug-Prinzip auch bei Liegenschaftstransaktionen verwirklicht werden können. Dies wird dadurch bewerkstelligt, dass der Treuhänder die grundbücherliche und finanzielle Abwicklung des Liegenschaftskaufs übernimmt und den Parteien somit eine ähnliche Sicherheit wie bei einem Zug-um-Zug Geschäft verschafft. (*Artner in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht 81 f; *Bollenberger*, Konkursfestigkeit der treuhändigen Abwicklung, *ecolex* 1994, 670 [670 ff]; *Bollenberger*, Treuhand und Liegenschaftsverkauf im Konkurs: Wunschvorstellungen und geltende Rechtslage, *JBl* 1995, 398 [398 ff]; *König*, Treuhand und Liegenschaftsverkauf im Konkurs, *JBl* 1995, 38 [38 ff]). In der Insolvenz des Verkäufers kann die Liegenschaftstransaktion abgewickelt werden, sofern der Treuhänder über eine Veräußerungsrangordnung mit einem vor der Insolvenzeröffnung liegenden Rang sowie einer vor Insolvenzeröffnung beglaubigten Titelurkunde verfügt (OGH 28.11.2006, 5 Ob 256/06t).

¹¹³ In Bezug auf die Kostentragung ist zu berücksichtigen, dass bei Fehlen einer Vereinbarung die Kosten der Treuhandabwicklung vom Käufer getragen werden (vgl *Verweijen in Rainer*, Miet- und WohnR Kapt. 8.9.1 [Stand 1.5.2015, rdb.at]).

¹¹⁴ Vom Eintragungsgrundsatz gibt es jedoch insb nachstehende Ausnahmen: im Erbgang durch Einantwortung; im Falle der (gesellschaftsrechtlichen) Gesamtrechtsnachfolge (idF ist nach § 136 GBG vorzugehen); bei der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag (bei der freiwilligen Versteigerung gilt hingegen der Eintragungsgrundsatz); bei Enteignungen nach den im einschlägigen Enteignungsgesetz vorgesehenen Bedingungen; durch Ersitzung (§ 1455 ABGB); durch Bauführung auf fremden Grund (§ 418 S 3 ABGB); im Falle des Zuwachs bei Eigentümerpartnerschaften iSd WEG (§ 14 WEG); uU im agrarischen Zusammenlegungsverfahren (vgl zu den Bsp ausführlich *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 431 Rz 2).

¹¹⁵ OGH 30.10.2003, 8 Ob 109/03t; OGH 25.11.2015, 8 Ob 114/15w.

¹¹⁶ Vgl idS zB OGH 17.11.1993, 1 Ob 512/93; OGH 9.7.1996, 4 Ob 2146/96. S auch §§ 29, 128 GBG.

¹¹⁷ Antragsberechtigt sind dabei beide Parteien (vgl *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 431 Rz 5).

¹¹⁸ *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 431 Rz 5. Die Zustimmung des Belasteten erfolgt dabei durch ausdrückliche Erklärung („Aufsandungserklärung“) des Belasteten, dass er in die Einverleibung einwilligt (vgl § 433 ABGB sowie § 32 Abs 1 lit b GBG).

¹¹⁹ *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 431 Rz 15.

verbücherungsfähigen/einverleibungsfähigen privaten oder öffentlichen Urkunden¹²⁰ iSd § 31 ff GBG erfolgen.¹²¹ Gem § 31 Abs 1 GBG sind dabei bei Privaturkunden die Unterschriften der Parteien¹²² gerichtlich oder notariell zu beglaubigen, bei natürlichen Personen hat der Beglaubigungsvermerk außerdem das Geburtsdatum zu enthalten.¹²³ Eine Ausnahme vom Erfordernis der notariellen oder gerichtlichen Beglaubigung sieht § 31 Abs 2 GBG vor, welcher einschlägig ist, wenn die Urkunde mit der genehmigenden Erklärung einer Behörde des Bundes oder eines Landes versehen ist, die berufen erscheint, die Interessen desjenigen wahrzunehmen, dessen Recht beschränkt, belastet, aufgehoben oder auf eine andere Person übertragen wird.¹²⁴

Zur vorläufigen Absicherung eines bücherlichen Ranges ist in den §§ 53 ff GBG außerdem das Rechtsinstitut der Anmerkung der Rangordnung vorgesehen.¹²⁵ Dadurch können später in diesem Rang grundbücherliche Eintragungen vorgenommen werden.¹²⁶ Die Anmerkung der Rangordnung kann va¹²⁷ vom Liegenschaftseigentümer erwirkt werden, wenn eine Veräußerung der Liegenschaft beabsichtigt wird.¹²⁸ Dem Eigentümer wird vom Grundbuchsgericht ein Rangordnungsbeschluss ausgehändigt, welcher ein Jahr Gültigkeit hat.¹²⁹

Hinsichtlich der Prüfungsbefugnis des Grundbuchsgerichts ist die Vorschrift des § 94 GBG maßgeblich. Nach der zit Bestimmung hat das Grundbuchsgericht dabei nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfung vorzunehmen.¹³⁰ Das

¹²⁰ Wird ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so muss deren Eintritt durch eine grundbuchstaugliche Urkunde nachgewiesen werden (*Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 31 GBG Rz 32).

¹²¹ *Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 31 GBG Rz 1.

¹²² Dabei muss sowohl die Echtheit des berechtigten Teils als auch des belastenden Teils feststehen, weshalb es nicht ausreicht, dass nur die Aufsandungserklärung des belastenden Teils gerichtlich bzw notariell beglaubigt wird (*Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 31 GBG Rz 5).

¹²³ Entspricht die im Grundbuchsverfahren vorgelegte Urkunde nicht den in §§ 31 bis 34 GBG festgesetzten Erfordernissen, so kann aufgrund der Urkunde dennoch die Vormerkung bewilligt werden, sofern gem § 35 GBG die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 26 f GBG erfüllt werden.

¹²⁴ *Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 31 GBG Rz 49.

¹²⁵ *K.Binder in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 53 GBG Rz 1.

¹²⁶ *Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht* Rz 1155.

¹²⁷ Daneben kann die Anmerkung der Rangordnung bspw auch vom außerbücherlichen Eigentümer, oder vom Ersterher in der Zwangsversteigerung erwirkt werden (*Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht* Rz 1155 mwN).

¹²⁸ *K.Binder in Kodek, Grundbuchsrecht*² § 53 GBG Rz 2.

¹²⁹ S 55 GBG.

¹³⁰ RIS-Justiz RS0060878.

Grundbuchsgericht hat idZ zu prüfen, ob die Eintragung nach dem Grundbuchstand zulässig, die Fähigkeit der Beteiligten zur Verfügung über den Gegenstand gegeben sowie das Begehren durch den Inhalt ordnungsgemäßer Urkunden begründet ist.¹³¹ IdS hat das Grundbuchsgericht zB das Fehlen der Genehmigung der Grundverkehrsbehörde bei zweifelhafter Nutzungsart¹³², das Fehlen der für den Vertragsabschluss erforderlichen Geschäftsfähigkeit, sofern sich diesbezüglich Zweifel ergeben¹³³, den fehlenden Eintritt einer im Vertrag vorgesehen Bedingung¹³⁴, die fehlende Genehmigung des Pflschaftsgerichts¹³⁵ oder das Fehlen der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung¹³⁶ zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass der Richter¹³⁷ zwar aus den vorgelegten Urkunden unmittelbare Schlussfolgerungen ziehen darf¹³⁸, ihm jedoch sowohl eine ergänzende oder sogar vom Wortlaut abweichende Auslegung als auch die Spekulation darüber, wie eine Erklärung der Parteien tatsächlich gewollt war, verwehrt sind.¹³⁹ Der Vertragsserrichter hat deshalb im Lichte des § 94 GBG darauf zu achten, dass in den Vertrag sämtliche zwischen den Parteien getroffene Vereinbarungen sowie die zur Beurteilung der Eintragungsfähigkeit erforderlichen Umstände implementiert wären.¹⁴⁰

¹³¹ Dies wird auch als „beschränktes Legalitätsprinzip bezeichnet (vgl OGH 2.10.2007, 5 Ob 191/07k; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 2).

¹³² OGH 15.12.1992, 5 Ob 153/92; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 6.

¹³³ Dies kann bspw der Fall sein, wenn ein Erwachsenenvertretungsverfahren eingeleitet wird (vgl zB OGH 24.2.1954, 3 Ob 87/54; OGH 14.6.1962, 5 Ob 93/62).

¹³⁴ Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 90.

¹³⁵ Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 125 mwN.

¹³⁶ Vgl idZ § 160 BAO.

¹³⁷ Gem § 21 RpfLG besteht in Grundbuchssachen grds die Zuständigkeit des Rechtspflegers.

¹³⁸ OGH 29.9.1992, 5 Ob 115/92; OGH 14.7.2008, 5 Ob 82/08g.

¹³⁹ OGH 10.11.2009, 5 Ob 141/09k; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 5.

¹⁴⁰ S idZ auch oben Unterkapitel 2.2.2.

3. Geschäftsfähigkeit bei Minderjährigen und betroffenen Personen beim Liegenschafts Kauf – bzw Verkauf¹⁴¹

3.1. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger

Für Minderjährige wird in § 170 ABGB der Grundsatz aufgestellt, wonach sich diese rechtsgeschäftlich bloß durch Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters rechtswirksam berechnigen und verpflichten können.¹⁴² Gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen sind grds dessen Eltern, sofern beide mit der Obsorge betraut sind.¹⁴³

Der in § 170 ABGB aufgestellte Grundsatz wird jedoch – wie im Folgenden dargelegt wird - mehrfach durchbrochen. Es ist deshalb zuerst zu prüfen, ob Minderjährige eine

¹⁴¹ Das gegenständliche Kapitel bildet gemeinsam mit Kapitel 4 das Herzstück der gegenständlichen Masterthesis. Im gegenständlichen Kapitel wird dargelegt, unter welchen Umständen Minderjährige und betroffene Personen autonom, sohin ohne Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters sowie der damit verbundenen Befassung des Pflegschaftsgerichts handeln können.

¹⁴² Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ (2021) 49.

¹⁴³ Gem § 158 ABGB iVm § 177 Abs 1 ABGB sind beide Eltern mit der Obsorge betraut, sofern sie zum Zeitpunkt des Kinds miteinander verheiratet sind. Ist dies nicht der Fall, so ist gem § 177 Abs 2 ABGB die Mutter alleine mit der Obsorge betraut. Den Eltern steht es jedoch frei, vor dem Standesbeamten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer entsprechenden Rechtsbelehrung einmalig bestimmen, dass sie gemeinsam mit der Obsorge betraut sind (vgl § 177 Abs 2 Satz 2 ABGB; innerhalb von acht Wochen ab Wirksamkeit einer solchen Bestimmung kann diese jedoch durch einen der Elternteile widerrufen werden). Bei Verhinderung eines Elternteils (oder beider Elternteile) schafft § 178 ABGB Abhilfe, indem die Bestimmung entsprechende Vorkehrungen für die Ausübung der Obsorge trifft (vgl Barth/Dokalik/Potyka, ABGB [MTK]²⁷ § 178 ABGB [Stand 1.7.2022, rdb.at]). Zu Möglichkeiten der Übertragung oder Entziehung der Obsorge s §§ 180 f ABGB. Die Bestimmung des § 185 ABGB regelt außerdem die Betrauung der Pflegeeltern mit der Obsorge für den Minderjährigen, sofern ein Pflegeverhältnis nicht nur für kurz Zeit beabsichtigt ist und die Betrauung aus den Gesichtspunkten des Kindeswohls geboten ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedoch das „Vetorecht“ der bisher mit der Obsorge betrauten Eltern oder Großeltern gem § 185 Abs 2 ABGB: stimmen diese nicht zu, so darf die Übertragung der Obsorge nur bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung verfügt werden (vgl idZ Ondreasova in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 185 Rz 11 mwN; OGH 19.12.2018, 7 Ob 213/18a; OGH 28.6.2017, 9 Ob 27/17m). Erfolgt die Übertragung der Obsorge an die Pflegeeltern bzw den Pflegeeltern, so sind gem § 185 Abs 1 letzter Satz die Bestimmungen über die Obsorge auf diese anzuwenden. Für die Adoption wird in § 197 ABGB statuiert, dass mit der Rechtskraft des Adoptionsbewilligungsbeschlusses (rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) zwischen dem Wahlkind (und dessen minderjähriger Nachkommenschaft) einerseits und den Wahl Eltern bzw dem Wahl Elternteil andererseits die dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechende familienrechtliche Beziehungen, zu welchen auch die Bestimmungen über die Obsorge gehören, begründet werden (vgl Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 197 Rz 1 ff; OGH 31.5.2011, 10 Ob S 51/11i). Zur Betrauung mit der Obsorge durch andere Personen – insb durch den KJHT – siehe § 204 ff ABGB.

Liegenschaftstransaktion aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über ihre Geschäftsfähigkeit autonom, somit ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters abschließen können und bejahendenfalls, welche Voraussetzungen hierfür erfüllt werden müssen.¹⁴⁴ Fehlt dem Minderjährigen die erforderliche Geschäftsfähigkeit, so ist Ablauf der Immobilientransaktion durchaus komplexer.¹⁴⁵

3.1.1. Minderjährige unter sieben Jahren

Personen unter 7 Jahren¹⁴⁶ sind absolut geschäftsunfähig. Sie können deshalb – mit Ausnahme des auf Liegenschaftstransaktionen offenkundig unanwendbaren § 170 Abs 3 ABGB¹⁴⁷ - ausschließlich durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln.¹⁴⁸ Allenfalls ist auch eine Genehmigung des PflEGschaftsgerichts erforderlich.¹⁴⁹ Unterbleibt die erforderliche Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, so ist das betroffene Rechtsgeschäft absolut und nicht bloß schwebend unwirksam.¹⁵⁰ Entscheidet sich eine Person, die das siebte Lebensjahr nicht vollendet hat, sohin zu einer Liegenschaftsveräußerung, so kann dieses Geschäft nicht einmal dann nachträglich geheilt werden, wenn dieses für den Unmündigen besonders günstig und vorteilhaft ist.¹⁵¹

¹⁴⁴ S unten Unterkapitel 3.1. bis 3.2.

¹⁴⁵ S Kapitel 4.

¹⁴⁶ Diese wurden bis zum KindRÄG 2001 als „Kinder“ bezeichnet (vgl zB *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 184).

¹⁴⁷ § 170 Abs 3 ABGB, der auch als „Wurstsemmel-“ oder „Taschengeldparagraph“ (vgl zB *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht 29) bezeichnet wird, sieht vor, dass das von einem Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft mit der Erfüllung der das minderjährige Kind treffenden Pflichten rückwirkenden rechtswirksam wird, sofern dieses Geschäft üblicherweise von Minderjährigen dieses Alters abgeschlossen wird und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft. Der Kauf oder Verkauf einer Immobilie wird üblicherweise von Volljährigen abgeschlossen und ist weder geringfügig noch alltäglich, da es sich bei einer Liegenschaftstransaktion im Regelfall um eine erhebliche Investition handelt, welche in vielen Fällen auch nur einmal im Leben abgeschlossen wird.

¹⁴⁸ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 15.

¹⁴⁹ S dazu ausführlich unten.

¹⁵⁰ Vgl zB OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65; OGH 7 Ob 29.3.2017, 27/17x.

¹⁵¹ Vgl den ausdrücklichen Wortlaut des § 865 Abs 4 Satz 1 ABGB: „*Rechtsgeschäftliches Handeln von Minderjährigen unter sieben Jahren ist zur Gänze unwirksam*“. Auch ein besonders günstiges und vorteilhaftes Geschäft ist außerdem mit der Übernahme von Pflichten verbunden, weshalb die Anwendung des § 865 Abs 2 ABGB ausscheidet. Nimmt man nun die absolute Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes an, so müsste der Kontrahent des Unmündigen das Angebot erneut, diesmal jedoch an die gesetzlichen Vertreter adressieren. Ändert der Angebotsteller seine Meinung, verstirbt dieser oder verliert der Angebotsteller seine Entscheidungsfähigkeit (insb aufgrund einer psychischen Erkrankung) so ist die Liegenschaftstransaktion als gescheitert anzusehen, dem Unmündigen kommt in diesem Fall kein Recht zu, vom Kontrahenten den Vertragsabschluss zu verlangen. Der Unmündige würde somit um einen Vermögenszuwachs gebracht werden. Dieses Ergebnis erscheint mE unbillig, da dadurch die Interessen des Unmündigen nicht ausreichend gewahrt werden, was auch dem Kindeswohl widerspricht (vgl auch § 138

3.1.2. Minderjährige zwischen sieben und vierzehn Jahren

Ab Vollendung des siebten Lebensjahres sind Minderjährige hingegen bereits beschränkt geschäftsfähig. Dies bedeutet, dass sie mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und allenfalls des PflEGschaftsgerichts rechtsgeschäftlich handeln können, wobei diese Genehmigung auch nachträglich erfolgen kann.¹⁵² Auch hier kommt jedoch ein (gänzlich) autonomes Handeln des mündigen Minderjährigen in Hinblick auf Liegenschaftstransaktionen nicht in Betracht.

3.1.3. Mündige Minderjährige (ab Vollendung des vierzehnten Lebensjahres)

Dem mündigen Minderjährigen kommt hingegen nach § 170 Abs 2 ABGB erweiterte Geschäftsfähigkeit zugute.¹⁵³ Dieser ist nämlich in Bezug auf sein Einkommen aus eigenem Erwerb sowie die ihm zur freien Verfügung überlassene Sachen insoweit verpflichtungs- und verfügungsfähig, als dadurch die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wird.¹⁵⁴ Zur freien Verfügung überlassen sind Sachen dabei nur, wenn der Minderjährige damit nach Willkür verfahren soll.¹⁵⁵ Eine bestimmte

Z 11 ABGB). Bei Grundbesitz handelt es sich außerdem sogar nach der Rsp um die grds sicherste Vermögensanlage (RIS-Justiz RS0081749), weshalb insb der (besonders) günstige Erwerb einer Liegenschaft im Regelfall im Interesse des Minderjährigen liegen wird (s auch § 219 ABGB). Bedenken ergeben sich mMn auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, da nach Art 1 BVG Kinderrechte bei allen Maßnahmen, welche Kinder betreffen, stets das Wohl des Kindes die vorrangige Erwägung darstellen muss (vgl *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 1 BVG Kinderrechte [Stand 20.6.2020, rdb.at]). § 865 Abs 4 Satz 1 ABGB ist mE deshalb in solchen Sachverhaltskonstellationen teleologisch zu reduzieren und § 865 Abs 4 Satz 2 ABGB analog anzuwenden. Alternativ könnte auch in Erwägung gezogen werden, die Erklärung des Kontrahenten des Unmündigen dahingehend umzudeuten, dass sich diese an die gesetzlichen Vertreter und nicht an den Unmündigen richtet. Dem Kontrahenten des Unmündigen kommt es nämlich darauf an die Liegenschaft an diesen zu veräußern, ob die Offerte unmittelbar an den Unmündigen oder an den gesetzlichen Vertreter gerichtet ist, wird hingegen im Regelfall ohne Relevanz sein. Anzumerken ist jedoch, dass sich die gegenständlichen Überlegungen generell auf besondere Ausnahmekonstellationen beschränken. Zu denken wäre bspw an das „Angebot“ eines Großvaters an seinen einzigen sechsjährigen Enkel, eine bebaute Liegenschaft zu einem Zehntel des Verkehrswertes zu kaufen, welches vom Enkel „angenommen“ wird. In weiterer Folge progressiert jedoch die Demenz des Großvaters, weshalb dieser entscheidungsunfähig wird oder der Großvater verstirbt. In diesen Fällen kann der Großvater das „Angebot“ nicht mehr an die gesetzlichen Vertreter stellen. Wird hingegen die bloß schwende Unwirksamkeit bzw eine Umdeutung angenommen, so kann dieses durch nachträgliche Genehmigung bzw Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (sowie des PflEGschaftsgerichts) „gerettet“ werden.

¹⁵² Bis zum Zeitpunkt der Genehmigung ist das Geschäft schwebend unwirksam (vgl *Fischer-Czermark* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 7; OGH 10.5.1994, 4 Ob 525/94).

¹⁵³ *Fischer-Czermark* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 16.

¹⁵⁴ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil 54.

¹⁵⁵ *Weitzenböck* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ (2020) Rz 5 mwN.

Zweckwidmung schließt die Überlassung zur freien Verfügung somit aus.¹⁵⁶ Zu berücksichtigten ist schließlich, dass lediglich der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen diesem Sachen iSd § 170 Abs 2 ABGB „überlassen“ kann.¹⁵⁷ Wird einem Minderjährigen von dessen gesetzlichen Vertreter eine Liegenschaft „überlassen“ so wird in der Regel eine Zweckwidmung vorliegen, welche die freie Verfügbarkeit ausschließt.¹⁵⁸ Dasselbe wird im Regelfall gelten, wenn der minderjährigen Person ein hoher Geldbetrag „überlassen“ wird.¹⁵⁹ Die zweite Alternative des § 170 Abs 2 ABGB ist verwirklicht, wenn der Minderjährige Einkommen aus eigenem Erwerb bezieht, gleichgültig, ob die Einkünfte aus einer selbstständigen oder unselbstständigen¹⁶⁰ Tätigkeit resultieren.¹⁶¹ Zu „Einkommen aus eigenem Erwerb“ iSd § 170 Abs 2 ABGB zählen außerdem Einkünfte, die bloß mittelbar aus der Erwerbstätigkeit herrühren.¹⁶² Von der Rsp wurde ausdrücklich bestätigt, dass ein Minderjähriger über die erforderliche Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit für den Kauf einer Liegenschaft verfügt, sofern

¹⁵⁶ Hopf/Höllwerth in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁶ (2020) Rz 2.

¹⁵⁷ Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 170 Rz 8.

¹⁵⁸ Anderes kann mE gelten, wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen zB eine (unbebaute) Liegenschaft schenkt und der Mündige bereits Eigentümer einer anderen (bebauten) Liegenschaft ist. Die Überlassung zur freien Verfügung kann sich jedenfalls aus einer entsprechenden Erklärung ergeben (vgl LGZ Wien EF 71.763; Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 170 Rz 8 mwN). MMn ist an die Beurteilung der Frage, ob eine Liegenschaft tatsächlich zur freien Verfügung überlassen wurde, jedoch ein strenger Maßstab anzulegen, was insb auch aus § 223 ABGB folgt. Im Lichte des § 223 ABGB ist überhaupt fraglich, ob die Überlassung einer Liegenschaft zur freien Verfügung iSd § 170 Abs 2 ABGB zulässig ist. Telos des § 223 ABGB ist nämlich, dass Grundeigentum als sicherste Vermögensanlage dem Minderjährigen ungeschmälert verbleiben soll, weshalb gem § 223 ABGB iVm § 132 AußStrG eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung zur Veräußerung einer Liegenschaft nur unter sehr strengen Voraussetzungen zu erteilen ist (vgl RIS-Justiz RS0081749; OGH 22.3.2011, 3 Ob 50/11s; OGH 4 Ob 173/13i, 19.11.2013; OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p). Könnte nun eine Liegenschaft einem Minderjährigen zur freien Verfügung iSd § 170 Abs 2 ABGB überlassen werden, so besteht die Gefahr, dass dieser leichtfertig über das Schicksal des Grundbesitzes entscheidet und deshalb diese Vermögensanlage verliert. Um dieser Gefahr zu begegnen, könnte eine teleologische Interpretation des § 170 Abs 2 ABGB bzw dessen restriktive Auslegung geboten sein. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass eine Verfügung des Minderjährigen über die Liegenschaft sowieso nur dann in Betracht kommen würde, als dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse befriedigt werden würde. Dies wird mE nur dann in Betracht kommen, wenn der Minderjährige über eine weitere (bebaute) Liegenschaft verfügt und diese bewohnt.

¹⁵⁹ Hier ist mE jedoch auf die Vermögensverhältnisse der gesetzlichen Vertreter abzustellen. Bei äußerst wohlhabenden gesetzlichen Vertretern kann ein (exorbitant) hoher Geldbetrag wohl auch tatsächlich zur freien Verfügung überlassen werden. IdF wäre es ratsam, schriftlich festzuhalten, dass der Geldbetrag tatsächlich zur freien Verfügung überlassen wird. Beachte jedoch § 224 ABGB.

¹⁶⁰ Als unselbstständige Tätigkeiten kommen zB Dienstverträge iSd § 171 ABGB oder Lehrverträge nach dem BAG in Betracht (vgl Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 170 Rz 10).

¹⁶¹ OGH 13.11.1963, Ob 247/63; Fischer-Czermark in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 170 Rz 8.

¹⁶² Es reicht in diesem Fall aus, dass die Erwerbstätigkeit mitkausal für die Erzielung der Einkünfte ist, was bspw bei Arbeitslosengeld, Notstandshilfe und Karenzurlaubsgeld der Fall ist (vgl Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 170 Rz 10 mwN; Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen [Teil I], ÖJZ 2004/4, 81 (81 ff);

sich aus dem Kaufvertrag eindeutig der Umstand ergibt, wonach der minderjährige Käufer auch tatsächlich ein Einkommen hatte, mit welchem dieser den Kaufpreis ansparen konnte.¹⁶³ Da der Immobilienerwerb im Regelfall jedoch mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden ist, wird ein Minderjähriger in den wenigstens Fällen¹⁶⁴ über entsprechende Ersparnisse aus eigenem Erwerb verfügen.¹⁶⁵ Für beide Varianten des § 170 Abs 2 ABGB ist außerdem zu berücksichtigen, dass der Lebensunterhalt des Minderjährigen durch den Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht gefährdet werden darf.¹⁶⁶ Bei der Prüfung der Gefährdung der Befriedigung der Lebensbedürfnisse sind (etwaige) Unterhaltsansprüche gegen die Eltern nicht zu berücksichtigen, da eigenes Einkommen des Minderjährigen die Unterhaltspflicht der Eltern mindert.¹⁶⁷

¹⁶³ So ausdrücklich KG Wels 17.5.1978, R 279/78. In der Entscheidung wurde den Angaben im Kaufvertrag besondere Bedeutung beigemessen (arg: „Die Einverleibung des Eigentumsrechts für den mündigen Minderjährigen kann nur dann bewilligt werden, wenn sich aus dem Kaufvertrag eindeutig (!) ergibt, daß der minderjährige Käufer auch tatsächlich ein Einkommen in solcher Höhe hatte, daß er den Kaufpreis aus eigenem Erwerb ansparen konnte“). Für die Praxis bedeutet dies, dass der Vertragsverfasser im Kaufvertrag die Umstände, welche zur Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 170 Abs 2 ABGB erforderlich sind, besonders hervorzuheben hat. ME sollte hierfür im Kaufvertrag ein eigener Punkt vorgesehen werden. Alternativ bieten sich entsprechende Ausführung in einer Präambel an. Vgl auch Unterkapitel 5.3. Auch wenn sich dies nicht ausdrücklich aus der Entscheidung ableiten lässt, so sollten mE in den Kaufvertrag Ausführungen zum Lebensunterhalt integriert werden. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, wonach beide Alternativen des § 170 Abs 2 ABGB voraussetzen, dass durch die Dispositionen des Minderjährigen die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wird.

¹⁶⁴ Berücksichtigt man freilich die neuen Formen des Unternehmertums, bspw minderjährige „Influencer“ oder „Blogger“, welche – abhängig vom Bekanntheitsgrad - pro „Post“ mehrere tausend Euro verdienen (vgl <https://www.wertgarantie.de/ratgeber/elektronik/apps-programme/social-media/als-influencer-geld-verdienen-so-kann-es-gelingen> [zuletzt abgerufen am 1.2.2023]), so kann der Bestimmung des § 170 Abs 2 ABGB in Zukunft durchaus größere Bedeutung zukommen.

¹⁶⁵ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein Minderjähriger bei ausreichend hohem Einkommen auch einen Kreditvertrag abschließen und sich dadurch die Finanzierung der Immobilie ermöglichen kann. Das Einkommen des Minderjährigen müsste jedoch entsprechend hoch sein, da nach der Rsp die Prüfung der Gefährdung der Lebensbedürfnisse tendenziell restriktiv auszulegen ist und deshalb nur relativ geringe Belastungen des Budgets des Minderjährigen toleriert werden (vgl *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 170 Rz 10).

¹⁶⁶ Vgl zB *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 170 Rz 11.

¹⁶⁷ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB (MTK)²⁷ § 170 ABGB; *Fischer-Czermark* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 170 Rz 9; LGZ Wien 45 R 686/84.

3.2. Geschäftsfähigkeit betroffener Personen

Ziel des 2. ErwSchG war es, die Autonomie volljähriger Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit¹⁶⁸ oder vergleichbaren Beeinträchtigung¹⁶⁹ in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, so weit es geht zu erhalten.¹⁷⁰ Zur Gewährleistungen dieses Ziels wurde das sog „Vier-Säulen-Modell“¹⁷¹ konzipiert, welches aus den Vertretungsmodellen der Vorsorgevollmacht¹⁷², der gewählten Erwachsenenvertretung¹⁷³, der gesetzlichen Erwachsenenvertretung¹⁷⁴ sowie der

¹⁶⁸ Für die Auslegung des Begriffs „psychische Erkrankungen“ stehen drei Gruppen „psychischer Störungen“ zur Verfügung, konkret: (i) körperlich begründbare Psychosen, (ii) Endogene Neurosen sowie (iii) Neurosen, reaktive Störungen und Persönlichkeitsstörungen (vgl. *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 26 ff).

¹⁶⁹ Bei vergleichbaren Beeinträchtigungen ist darauf abzustellen, ob die Störung nach der Symptomatik und den hervorgerufen sozialen Folgen einer Psychose entspricht. So kann eine vergleichbare Beeinträchtigung bspw. in einer intellektuell-kognitiven Beeinträchtigung begründet sein. Auch Spielsucht oder Paranoia Querulans können im Einzelfall eine vergleichbare Beeinträchtigung darstellen (vgl. *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 32 ff).

¹⁷⁰ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1837. Vgl. auch § 239 ABGB.

¹⁷¹ Das „Vier-Säulen-Modell“ ist derart konzipiert, dass die Autonomie des Volljährigen bei der Vorsorgevollmacht am stärksten gewahrt wird, während sie bis hin zur gerichtlichen Erwachsenenvertretung immer weiter eingeschränkt wird (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1840 mwN).

¹⁷² Vgl. §§ 260 bis 263 ABGB. Die Vorsorgevollmacht ist die antizipierte Bestimmung eines Vertreters für die Zeit nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit. Durch die Vorsorgevollmacht wird eine dreifache Vorsorgefunktion verwirklicht: (i) die Vollmacht kommt nur dann zum Zug, falls der Vollmachtgeber überhaupt irgendwann seine Entscheidungsfähigkeit verliert; (ii) der künftig allenfalls erforderliche Vertreter kann selbst auserkoren werden, wodurch im Gegensatz zum gesetzlichen und gewählten Erwachsenenvertreter eine selbstbestimmte Alternative zur Verfügung gestellt wird; (iii) im Rahmen der Vorsorgevollmacht können bestimmte Entscheidungen vorweggenommen werden, bspw. die Veräußerung einer konkreten Immobilie an eine bestimmte Person unter bestimmten Bedingungen (vgl. *Ganner* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ [2020] § 260 Rz 1 ff).

¹⁷³ Vgl. §§ 264 bis 267 ABGB. Oftmals wird die Errichtung einer Vorsorgevollmacht unterlassen. Fehlt der betroffenen Person die Entscheidungsfähigkeit, so kann eine Vorsorgevollmacht nicht mehr errichtet werden (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1842). Durch das Rechtsinstitut der gewählten Erwachsenenvertretung soll nun auch in jenen Fällen die selbstbestimmte Wahl des Vertreters durch die betroffene Person ermöglicht werden, in welchen die Entscheidungsfähigkeit zwar eingeschränkt ist, sie jedoch in der Lage ist einzusehen, dass sie ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann und bei ihr der Wille besteht, die Vertretung in diesen Angelegenheiten an eine andere Person zu übertragen. Die gewählte Erwachsenenvertretung ist zwar zeitlich unbefristet, sie unterliegt jedoch, anders als die Vorsorgevollmacht, einer gerichtlichen Kontrolle (vgl. *Fritz* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 264 Rz 1 ff).

¹⁷⁴ Vgl. §§ 268 bis 270 ABGB. Gesetzliche Vertreter können nur nächste Angehörige sein, zu welchen gem. § 268 Abs 2 ABGB „Eltern und Großeltern, volljährige Kinder und Enkelkinder, Geschwister, Nichten und Neffen der volljährigen Person, ihr Ehegatte oder eingetragener Partner und ihr Lebensgefährte, wenn dieser mit ihr seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt, sowie die von der volljährigen Person in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung bezeichnete Person“ gehören. In § 268 Abs 1 ABGB werden die Voraussetzungen für das Entstehen einer gesetzlichen Vertretung normiert. So ist die Vertretung durch nächste Angehörige nur zulässig, wenn die betroffene Person ihre Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen kann, sie weder durch einen Vorsorgevollmächtigten noch einen gewählten Erwachsenenvertreter oder sonstigen Vertreter vertreten wird und ein solcher Vertreter außerdem

gerichtlichen Erwachsenenvertretung¹⁷⁵ zusammengesetzt ist.¹⁷⁶ Gem § 242 ABGB wird die Handlungsfähigkeit durch das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht oder dem Eintritt der Voraussetzungen für das Tätigwerden eines Erwachsenenvertreters auch nicht eingeschränkt.¹⁷⁷ Durch diese Vorschrift wird jedoch der betroffenen Person auch keine Handlungsfähigkeit eingeräumt, wenn diese de facto nicht besteht.¹⁷⁸ Vielmehr muss für die das Vorliegen der Handlungsfähigkeit geprüft werden, ob der vertretenen Person im Einzelfall die Entscheidungsfähigkeit zukommt.¹⁷⁹ IdZ ist jedoch die Regelung des § 24 ABGB zu berücksichtigen, nach welcher eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit bei Volljährigen statuiert wird.¹⁸⁰ Ausnahmsweise¹⁸¹ kann im Wirkungsbereich des gerichtlichen Erwachsenenvertreters¹⁸² die Geschäftsfähigkeit durch Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts mit konstitutiver Wirkung beschränkt

wegen fehlender Entscheidungsfähigkeit nicht mehr bestellt werden kann oder der Volljährige trotz entsprechender Fähigkeit und Erörterung keine Wahl trifft. Der mögliche Wirkungsbereich des gesetzlichen Erwachsenenvertreters wird abschließend in § 269 Abs 1 ABGB geregelt. Grds wird jedes vertretungsfähige Rechtsgeschäft durch die zit Bestimmung erfasst. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung endet nach drei Jahren, sofern vor Fristablauf keine Neueintragung vorgenommen wird (vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1852 ff; *Voithofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 268 Rz 1 ff).

¹⁷⁵ Vgl §§ 271 bis 276 ABGB. Bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung handelt es sich um die ultima ratio. Eine Bestellung ist nur zulässig, wenn der Volljährige seine Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils besorgen kann und keine sonstige Vertretungsmöglichkeit in Betracht kommt bzw ein sonstiger Vertreter nicht vorhanden ist. Ein Bestellungsverfahren darf nur auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen eingeleitet werden. Die Bestellung darf dabei nur für einzelne oder Arten von gegenwärtig zu bestellenden sowie konkret zu bezeichnenden Angelegenheiten erfolgen, die Pauschalbestellung für „alle Angelegenheiten“ ist somit ausgeschlossen. Bei der Wahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist grds den Wünschen des Betroffenen entsprechend vorzugehen. Vorrangig soll deshalb eine Person bestellt werden, welche aus einer Vorsorgevollmacht oder einer gewählten Erwachsenenvertretung bzw aus einer Erwachsenenvertreterverfügung hervorgeht. Fehlt eine solche Person, so soll dem Betroffenen eine nahestehende Person als gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt werden. Subsidiär ist die Bestellung eines Erwachsenenschutzvereins vorgesehen, hilfsweise, insb wenn rechtliche Angelegenheiten zu verrichten sind, jene eines Notars oder Rechtsanwalts (vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1857; *Barth/Koza* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 271 Rz 1 ff).

¹⁷⁶ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Rz 1837.

¹⁷⁷ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 9.

¹⁷⁸ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 10.

¹⁷⁹ OGH 5.7.2019, 4 Ob 115/19v; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 10; *Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 6.

¹⁸⁰ *Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 7.

¹⁸¹ Nach Intention des Gesetzgebers darf der Genehmigungsvorbehalt nicht zur Regel werden, da dadurch das rechtspolitische Ziel des Erwachsenenschutzrechts und der UN-Behindertenrechtskonvention, in concreto die Wahrung der Rechte und Autonomie von betroffenen Personen, konterkariert wird. Es ist somit eine restriktive Handhabung des Genehmigungsvorbehalts geboten (*Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 24).

¹⁸² Bei anderen Vertretungsmodellen ist die konstitutive Beschränkung der Geschäftsfähigkeit hingegen nicht möglich (*Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 11).

werden.¹⁸³ Zentrale Voraussetzung für die Anordnung eines Genehmigungsvorbehaltes ist, dass dieser für die Abwehr einer ernstlichen und erheblichen Gefahr dient, wobei durch die Vorschrift auch das Vermögen des Betroffenen geschützt wird.¹⁸⁴ Nach dem Wortlaut des § 242 Abs 2 ABGB kann sich der Genehmigungsvorbehalt dabei nur auf „bestimmte rechtsgeschäftliche Handlungen beziehen“.¹⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wird die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts für Liegenschaftstransaktionen in extrem seltenen und besonders gelagerten Sachverhaltskonstellationen in Betracht kommen.¹⁸⁶ Zu denken wäre mE bspw an den Fall, in welchem sich die Zwangsstörung eines Betroffenen dahingehend äußert, dass dieser zwanghaft, episodisch Liegenschaften erwerben muss („Kaufzwang“).¹⁸⁷ Auch bei endogenen Depressionen, also bei phasenhafte Verstimmungszuständen im Sinne einer depressiven Geisteskrankheit, kann bei dem Betroffenen der Entschluss zur Liegenschaftsveräußerung durch die psychische Erkrankung diktiert und motiviert sein.¹⁸⁸ Bestehen nun konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene bedingt durch die krankhaften Verstimmungszustände seine Liegenschaft (mehrfach¹⁸⁹) veräußern wird, so kommt mMn ebenfalls die Anordnung eines Genehmigungsvorbehaltes in Betracht. Auch bei Vorliegen einer schizophrenen Psychose kann an die Anordnung eines Genehmigungsvorbehaltes gedacht werden, wenn die betroffene Person ihren Grundbesitz aufgrund Trugwahrnehmungen oder Wahnvorstellungen (unwirtschaftlich) veräußern möchte.¹⁹⁰

¹⁸³ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 10. Die Anordnung des Genehmigungsvorbehaltes hat zur Folge, dass alle Handlungen des Betroffenen schwebend unwirksam werden. Im ordentlichen Wirtschaftsbetrieb ist dann die Genehmigung durch den Erwachsenenvertreter erforderlichen, im außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb muss zusätzlich die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts eingeholt werden.

¹⁸⁴ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 13 f.

¹⁸⁵ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 242 Rz 18; Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 32. Ein pauschaler Genehmigungsvorbehalt ist deshalb unzulässig (vgl OGH 23.5.2019, 3 Ob 87/19v).

¹⁸⁶ Sofern eine ernstliche und erhebliche Gefahr für das Vermögen der betroffenen Person angenommen wird, sollten die Voraussetzungen für die Anordnung eines Genehmigungsvorbehaltes beim Liegenschafts Kauf – oder Verkauf mMn jedoch nicht zu streng gehandhabt werden, da idF nur ein sehr enger Kreis von Angelegenheiten betroffen ist und dementsprechend nur sehr gering in die Autonomie des Betroffenen eingegriffen wird.

¹⁸⁷ Eine solche Zwangsstörung wird jedoch in den allerseltensten Fällen vorliegen, der „klassische“ Kaufzwang betrifft nämlich den (Online-)Kauf von beweglichen Sachen.

¹⁸⁸ Vgl idS auch OGH 15.6.1988, 1 Ob 574/88.

¹⁸⁹ Bei einer Mehrfachveräußerung besteht außerdem die Gefahr, dass der Betroffene zahlreichen (aufwendigen) Prozessen ausgesetzt wird, wodurch sich gerade jene Gefahr verwirklichen würde, welcher der Genehmigungsvorbehalt Einhalt zu gebieten versucht.

¹⁹⁰ Bildet sich bspw eine an Schizophrenie leidende Person ein, dass sie von ihren Nachbarn „verfolgt“ wird, so kann durchaus der Fall eintreten, dass die betroffene Person die Liegenschaft loswerden will und

Für Liegenschaftstransaktionen interessanter und praxisrelevanter ist hingegen die Konstellationen, in welcher sich die Krankheit oder die vergleichbare Beeinträchtigung des Betroffenen so auswirken, dass dieser nicht gänzlich geschäftsunfähig, sondern bloß partiell geschäftsfähig bzw -unfähig¹⁹¹ ist.¹⁹² Bei partieller Geschäftsfähigkeit bzw -unfähigkeit wird die betroffene Person idR für bestimmte einfachere Rechtsgeschäfte entscheidungsfähig sein, für komplexere Transaktionen hingegen nicht mehr.¹⁹³ Die betroffene Person muss dabei das Geschäft nicht bis ins kleinste Detail verstehen, vielmehr ist ausreichend, dass sie das Wesen des Geschäfts und die damit verbundenen Konsequenzen begreifen kann.¹⁹⁴ Unerfahrenheit und ein geringer Intelligenzgrad begründen für sich genommen noch keine Geschäftsunfähigkeit.¹⁹⁵ Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wird mE sohin der konkreten Ausgestaltung der Liegenschaftstransaktion maßgebliches Gewicht zukommen. Will die betroffene Person eine Liegenschaft kaufen oder verkaufen, so reicht es im Einklang mit dem soeben Gesagten für die erforderliche Geschäftsfähigkeit aus, wenn die schutzberechtigte Person das Wesen eines Kaufvertrags verstehen kann und ihr die damit verbundenen Konsequenzen, insb¹⁹⁶ das Ausscheiden der Liegenschaft aus dem Immobilienportfolio bzw umgekehrt das Hinzukommen von Grundbesitz samt dazugehörigen Pflichten¹⁹⁷ bewusst sind. Wird die Transaktion durch einen Treuhänder abgewickelt, so reicht aus, wenn die betroffene Person die Grundzüge dieses Rechtsinstitutes versteht. Problematisch werden jedoch jene Sachverhaltskonstellationen sein, in welchen

deshalb die Liegenschaft unwirtschaftlich oder mehrfach veräußert, was kostspielige Prozesse nach sich zieht. Eine Veräußerung der Liegenschaft kann zur Stabilisierung des Gesundheitszustandes zwar dem offenbaren Vorteil der betroffenen Person dienen (§ 223; s unten). In diesem Fall sollte die Abwicklung jedoch geordnet durch den Erwachsenenvertreter erfolgen.

¹⁹¹ Nach der Rsp fehlt dem Betroffenen bei partieller Geschäftsfähigkeit bzw - Unfähigkeit aufgrund von Geistesschwäche oder Geisteskrankheit die Fähigkeit die Bedeutung und Tragweite eines bestimmten Rechtsgeschäfts einzusehen (vgl idZ OGH 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; OGH 28.8.2000, 8 Ob 165/00y; OGH 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; OGH 24.10.2012, 8 Ob 102/12a).

¹⁹² *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 13.

¹⁹³ *Parapatits/Perner*, iFamZ 2017, 160 (162); *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 13.

¹⁹⁴ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 13.

¹⁹⁵ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 12, 53; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 242 Rz 13.

¹⁹⁶ Die betroffene Person wird daneben etwa auch die steuerrechtlichen Konsequenzen in Grundzügen verstehen müssen.

¹⁹⁷ Insb die Pflicht zur Zahlung von Grundsteuer und sonstigen Gebühren; die Einhaltung der Verkehrssicherungspflichten.

komplexe Vertragsbestimmungen¹⁹⁸ aufgenommen werden oder die Liegenschaftstransaktion an sich einen komplexen Vorgang¹⁹⁹ darstellt. In der Praxis wird es mE bei Zweifel über die Geschäftsfähigkeit ratsam sein, ein entsprechendes Sachverständigengutachten einzuholen.²⁰⁰ Eine gewisse²⁰¹ Absicherung kann im Hinblick auf die in § 52 NO²⁰² statuierten Verpflichtungen²⁰³ auch der Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrags in Form eines Notariatsaktes darstellen.²⁰⁴

¹⁹⁸ ZB komplexe und umfangreiche gewährleistungsrechtliche Bestimmungen, Implementierung diverser Gestaltungsrechte, etc...

¹⁹⁹ Zu denken wäre bspw an eine Liegenschaftsteilung einer erheblich grundbücherlich belasteten Liegenschaft oder an eine einzuholende grundverkehrsbehördliche Genehmigung bei unklarer Rechtslage.

²⁰⁰ Dieses hat für die Gerichte zwar keine Bindungswirkung. Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger wird sich jedoch mit dem Gutachten auseinandersetzen und schlüssig begründen müssen, weshalb entgegen den Feststellungen des Privatgutachters der Geisteszustand des Betroffenen nicht ausreichend war, um die daraus resultierenden Folgen zu verstehen. Ein Privatgutachten ist außerdem insofern vorteilhaft, als dadurch der Befund im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgenommen und festgehalten wird. Nachteilig ist jedoch, dass durch das Privatgutachten zusätzliche Kosten generiert werden und die bestehende Rechtsunsicherheit nicht gänzlich beseitigt wird.

²⁰¹ Die persönliche Wahrnehmung des Notars bei Erfüllung der in § 52 NO normierten Pflichten (insb eine entsprechende Dokumentation) kann im Verfahren als Beweismittel zur Beurteilung der Geschäftsfähigkeit verwendet werden. Zu denken wäre außerdem an schadenersatzrechtliche Ansprüche, wenn der Notar den in § 52 NO vorgesehenen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommt.

²⁰² S auch § 34 Abs 2 NO.

²⁰³ Konkret sieht die zit Vorschrift vor, dass der Notar bei Aufnahme eines Notariatsaktes ua verpflichtet ist, die persönliche Fähigkeit der Parteien zum Abschluss des Geschäftes nach Möglichkeit zu erforschen. Außerdem hat sich der Notar vom ernstlichen und wahren Willen der Parteien zu überzeugen, ihre Erklärungen mit voller Klarheit und Bestimmtheit schriftlich aufzunehmen.

²⁰⁴ Relativiert wird das vorgeschlagene Konstrukt durch den Umstand, wonach vom Notar keine eingehenden Nachforschungen in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit verlangt werden. Der Notar ist insb nicht verpflichtet einen Sachverständigen aus dem Fach der Psychologie oder Psychiatrie beizuziehen, er wird jedoch jedenfalls im Rahmen eines kurzen Gesprächs mit jeder Partei deren Geschäftsfähigkeit zu prüfen haben. Dies kann dem Notar jedenfalls zugemutet werden (vgl *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 52 NO Rz 2 [Stand 1.1.2007, rdb.at]).

4. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung²⁰⁵

Für Liegenschaftstransaktionen, an welchen minderjährige und betroffene Personen teilnehmen, folgt aus dem voranstehenden Kapitel somit, dass grds die gesetzlichen/der gesetzliche Vertreter an der Liegenschaftstransaktion mitwirken müssen/muss und ein autonomes Handeln des Pflegebefohlenen auf Ausnahmefälle²⁰⁶ beschränkt ist. Zusätzlich ist, wie im Folgenden dargelegt wird, idR²⁰⁷ die gerichtliche Genehmigung des betroffenen Rechtsgeschäfts erforderlich.

4.1. Allgemeines

In § 167 Abs 1 ABGB wird bei Minderjährigen grds ein Alleinvertretungsrecht statuiert.²⁰⁸ Dies bedeutet, dass jeder mit der Obsorge betraute Elternteil zu dessen Vertretung berechtigt und verpflichtet ist.²⁰⁹ Das Alleinvertretungsrecht nach § 167 Abs 1 ABGB gilt jedoch nur dann, wenn die nachstehenden Absätze 2 und 3 keine Ausnahmen vorsehen.²¹⁰ Gerade bei Liegenschaftstransaktionen ist die Bestimmung des Abs 3 zu beachten, welche vorsieht, dass *„Vertretungshandlungen und Einwilligungen eines Elternteils in Vermögensangelegenheiten ... zu ihrer Rechtswirksamkeit der*

²⁰⁵ Da § 258 Abs 4 ABGB auf § 167 Abs 3 ABGB verweist, gelten die Ausführungen des gegenständlichen Kapitels sowohl für die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung für Liegenschaftstransaktionen durch Minderjährige als auch durch betroffene Personen, die durch einen Erwachsenenvertreter vertreten sind (s auch unten).

²⁰⁶ S bereits oben.

²⁰⁷ Eine Ausnahme besteht für Vorsorgebevollmächtigte: Vermögensbezogene Handlungen des Vorsorgebevollmächtigten unterliegen niemals der gerichtlichen Genehmigung. Dies gilt selbst dann, wenn von den Beteiligten von der Optierungsoption zugunsten der §§ 215 bis 221 ABGB Gebrauch gemacht wurde. Dies ergibt sich aus dem Faktum, wonach § 258 Abs 5 ABGB, im Gegensatz zu § 258 Abs 4 ABGB, nicht auf § 167 Abs 3 ABGB verweist. Eine privatautonome Schaffung einer gerichtlichen Zuständigkeit ist jedoch unzulässig (*Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 258 Rz 24). Selbstredend ist der Vorsorgebevollmächtigte zur Interessenswahrung verpflichtet (vgl dazu *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1009 Rz 25). Missachtet er diese, so wird er schadenersatzpflichtig. ME kann zur Festlegung der Interessenswahrungspflichtig für Liegenschaftstransaktionen dabei auf die gesetzlichen Maßstäbe, konkret auf §§ 219, 220 Abs 3 sowie 223 ABGB zurückgegriffen werden (zu diesen s unten).

²⁰⁸ *Nademeinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

²⁰⁹ *Fischer-Czermark in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 167 Rz 6 mwN.

²¹⁰ *Nademeinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

*Zustimmung*²¹¹ *des anderen obsorgebetrauten Elternteils*²¹² *und der Genehmigung des Gerichts* [bedürfen], *sofern die Vermögensangelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört.*“ § 167 Abs 3 ABGB zählt in weiterer Folge demonstrativ²¹³ Geschäfte des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes auf. Nach der Bestimmung des § 167 Abs 3 ABGB gehören zu solchen Geschäften dabei insb die Veräußerung oder die Belastung²¹⁴ von Liegenschaften.²¹⁵ Obwohl der Erwerb von Liegenschaften durch einen Minderjährigen nicht ausdrücklich in § 167 Abs 3 ABGB aufgezählt wird, kann dessen Genehmigungsbedürftigkeit nicht zweifelhaft sein.²¹⁶ Die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung ersetzt dabei nicht die nach § 167 Abs 3 ABGB geforderte Zustimmung des anderen Elternteils.²¹⁷ Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Genehmigung des Vertrages ist dieser unter Bindung beider Vertragsteile schwebend unwirksam.²¹⁸ Aus prozessrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass dem Vertragspartner des Minderjährigen zwar keine Parteistellung im pflegschaftsrechtlichen Verfahren²¹⁹ zukommt²²⁰, dieser jedoch dennoch das Recht hat, zur grundbücherlichen Durchführung eines vom Pflegschaftsgericht genehmigten Rechtsgeschäfts die Rechtskraftbestätigung zu

²¹¹ Die Zustimmung sollte mE im Hinblick auf § 94 GBG urkundlich nachgewiesen werden.

²¹² Auch der KJHT muss bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 167 Abs 3 ABGB die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einholen. § 210 ABGB nimmt von der Genehmigungspflicht jedoch bestimmte Rechtsgeschäfte aus (*Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 154).

²¹³ *Fischer-Czermark in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 21.

²¹⁴ Genehmigungspflichtig ist bspw die Belastung einer Liegenschaft mit Dienstbarkeiten, die Begründung von Wegerechten sowie die Einverleibung eines Belastungs- und Veräußerungsverbots zugunsten von (nahen) Angehörigen (vgl *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 167 Rz 42. Außerdem unterliegen auch Verfügungen (zB die Löschung) mit Bezug auf zugunsten des Minderjährigen einverleibten Rechten, etwa eines Belastungs- und Veräußerungsverbots oder eines Vorkaufsrechts, der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts (vgl OGH 28.6.1990, 6 Ob 602/90; LGZ Wien 18.11.1992, 47 R 511/92). Wird ein mit einer Hypothek verbundener Sanierungskredit aufgenommen, um ein auf der Liegenschaft befindliches baufälliges Haus zu sanieren, so ist auch dieses Rechtsgeschäft genehmigungspflichtig (OGH 10.5.2017, 3 Ob 61/17t). Dasselbe gilt für die Aufnahme eines Kredits zur Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten nach § 18 MRG (OGH 14.3.2000, 4 Ob 51/00d). Die Vermietung einer Liegenschaft ist dagegen im Regelfall nur dann genehmigungspflichtig, wenn sie unüblich ist (zB OGH 19.4.1961, 1 Ob 197/61 [Vermietung auf längere Zeit als üblich]; OGH 22.7.2020, 1 Ob 120/20h [Abschluss eines ungewöhnlichen Mietvertrags durch den Erwachsenenvertreter]; LG Salzburg 10.7.2008, 21 R 171/08f).

²¹⁵ Vgl auch *Huber in Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht² (2020) 308.

²¹⁶ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 10 (Stand 1.6.2019, rdb.at).

²¹⁷ OGH 28.6.1990, 6 Ob 602/90.

²¹⁸ OGH 9.3.2006, 6 Ob 286/05k; OGH 26.8.2009, 9 Ob 25/09f; OGH 17.8.2010, 10 Ob 40/10w; OGH 15.7.2014, 10 Ob 31/14b; RIS-Justiz RS0049181; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 15.

²¹⁹ Folgerichtig kommt diesem gegen die Verweigerung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung auch kein Rekursrecht zu (*Weitzenboeck in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 223 Rz 6).

²²⁰ OGH 10.4.2008, 3 Ob 17/08h.

verlangen.²²¹ Im Allgemeinen setzt die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch das Pflegschaftsgericht voraus, dass dessen Abschluss im Interesse des Pflegebefohlenen liegt und somit dessen Wohl entspricht.²²² Dies ist dann der Fall, wenn der Vermögensbestand des Pflegebefohlenen vermehrt wird.²²³ Gem § 258 Abs 4 ABGB ist § 167 Abs 3 ABGB auf Geschäfte des Erwachsenenvertreters, die den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb überschreiten, sinngemäß anzuwenden^{224, 225}.

Die Voraussetzungen und Erwägungen, die für die Erteilung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung maßgeblich sind, unterscheiden sich bei der Veräußerung²²⁶ und beim Erwerb²²⁷ von Liegenschaften erheblich. Im Folgenden werden deshalb zuerst Aspekte der Genehmigung bei der Veräußerung von Liegenschaften behandelt. Anschließend werden die Voraussetzungen und Erwägungen beim Erwerb von Immobilien dargestellt.

4.2. Veräußerung von Liegenschaften

4.2.1. Allgemeines

Nach § 167 Abs 3 ABGB ist die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften Minderjähriger grds nur dann zu genehmigen, wenn dies in ihrem Interesse liegt.²²⁸ Im Vergleich dazu sieht jedoch § 223 ABGB, der bei Veräußerung von unbeweglichem Gut

²²¹ Begründet wurde dies vom Rekursgericht damit, dass der Vertragspartner gem § 865 ABGB berechtigt ist, binnen angemessener Frist eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen, die grundbücherliche Durchführung jedoch die Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses erfordert. Dem Vertragspartner kann deshalb die Berechtigung zur Erlangung einer Rechtskraftbestätigung nicht abgesprochen werden (vgl LG Korneuburg 15.6.2010, 23 R 73/10p; im Gegensatz dazu hat das Erstgericht den Antrag auf Übermittlung einer mit Rechtskraftklausel versehenen Ausfertigung des den Schenkungsvertrag auf den Todesfall genehmigenden Beschlusses zurückgewiesen [BG Schwechat 19.3.2010, 8 PG 298/09f]; soweit ersichtlich hat sich der OGH mit der gegenständlichen Rechtsfrage noch nicht auseinandergesetzt).

²²² OGH 30.6.1998, 4 Ob 164/98s; OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y.

²²³ RIS-Justiz RS0048176.

²²⁴ *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 258 Rz 20; s bereits oben.

²²⁵ In der L oder in bestimmten Entscheidungen wird teilweise explizit auf Minderjährige oder Betroffene abgestellt. Wird die entsprechende Entscheidung oder Literaturmeinung zitiert, so wird primär den dort verwendeten Begriff abgestellt. ME sind die Genehmigungsvoraussetzungen jedoch für Betroffene und Minderjährige weitgehend ident; Unterschiede können sich insb bei der Berücksichtigung ideeller Interessen ergeben.

²²⁶ Vgl § 223 ABGB.

²²⁷ Vgl §§ 219 sowie 220 Abs 3 ABGB.

²²⁸ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 14.

zur Anwendung gelangt, einen deutlich strengeren Maßstab vor, da nach dieser Bestimmung die Veräußerung von Liegenschaften einer minderjährigen Person nur zulässig ist, wenn ein Notfall vorliegt oder der Minderjährige aus dem Rechtsgeschäft offensichtlich einen Vorteil erzielen würde.²²⁹ Diese Voraussetzungen müssen dabei nicht kumulativ vorliegen, weshalb der OGH im Falle der Bejahung eines offenbaren Vorteils das Vorliegen eines Notfalls nicht mehr prüft.²³⁰ § 223 ABGB idF BGBl. I Nr. 15/2013 sah dabei ausdrücklich vor, dass die Veräußerung von Liegenschaften der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Mit dem 2 ErwSchG wurde das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung zwar aus dem Gesetzestext entfernt. Dies ist jedoch auf den Umstand zurückzuführen, wonach sich die Genehmigungspflicht bereits aus § 214 Abs 2 ABGB ergibt.²³¹ Die Genehmigung des Pflegschaftsgericht wird lediglich in jenen Fällen nicht erforderlich sein, in welchen die Veräußerung der Immobilie zum ordentlichen Geschäftsbetrieb des Minderjährigen gehört.²³² Die Zugehörigkeit zum ordentlichen Geschäftsbetrieb der schutzberechtigten Person stellt in der Praxis jedoch eine äußerst seltene Ausnahme dar.²³³ § 223 ABGB idGF gilt dabei nicht nur für die Obsorge „anderer Personen“ iSd § 204 ABGB, sondern auch für die Vermögensverwaltung durch Obsorgeträger nach dem 3 Hauptstück, sohin Eltern, Groß- und Pflegeeltern.²³⁴ Dies wurde durch § 164 Abs 2 ABGB idF BGBl. I Nr 59/2017²³⁵ ausdrücklich klargestellt.²³⁶ Daneben ist die Bestimmung aufgrund entsprechender Verweise²³⁷ auf Erwachsenvertreter und Kuratoren anzuwenden.²³⁸ Im Bereich der Erwachsenenvertretung gerät die Vorschrift des § 223 ABGB jedoch in ein

²²⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 14. § 223 ABGB wird dadurch gewissermaßen zur *lex specialis* gegenüber § 167 Abs 3 ABGB.

²³⁰ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y.

²³¹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 15. § 214 Abs 2 ABGB verweist wiederum auf § 167 Abs 3 ABGB.

²³² Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 158 mwN; siehe bereits oben.

²³³ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 21. Ein solcher Ausnahmefall kann bspw dann gelten, wenn die schutzberechtigte Person ein Unternehmen betreibt, dessen Unternehmensgegenstand der Erwerb und Veräußerung von Liegenschaft ist und eine unternehmenszugehörige Liegenschaft veräußert werden soll.

²³⁴ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 223 Rz 2; Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 224 Rz 0/1; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 24.

²³⁵ Vgl hierzu auch die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 12).

²³⁶ Davor war aufgrund der systematischen Stellung des § 223 ABGB im 4 Hauptstück fraglich, ob von der Bestimmung auch die im 3 Hauptstück aufgezählten gesetzlichen Vertreter umfasst waren (vgl Huter, Der Pflegebefohlene und sein Liegenschaftsvermögen [Teil I], iFamZ 2007, 280 [281 ff]).

²³⁷ § 258 Abs 3 ABGB; § 281 Abs 3 iVm § 258 Abs 3 ABGB.

²³⁸ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 223 Rz 2.

Spannungsverhältnis zu § 258 Abs 1 ABGB.²³⁹ § 258 Abs 1 ABGB sieht nämlich vor, dass der Erwachsenenvertreter mit dem Einkommen und Vermögen der betroffenen Person ihre angemessenen Bedürfnisse zu befriedigen hat, während § 223 ABGB den Erhalt des Liegenschaftsvermögens sicherstellen soll. ME wäre dieser Widerspruch im Rahmen einer auf den Einzelfall zugeschnittenen Gesamtbetrachtung zu lösen.²⁴⁰ Der OGH scheint § 223 ABGB jedoch den Vorzug zu geben.²⁴¹ Eine differenziertere und weniger strikte Auffassung wird hingegen teilweise von der zweitinstanzlichen Rsp vertreten.²⁴²

Der Begriff der „Veräußerung“²⁴³ wird durch § 223 ABGB zwar nicht legaldefiniert, nach hL²⁴⁴ und Rsp²⁴⁵ ist darunter jedoch jegliche (entgeltliche sowie unentgeltliche) Eigentumsübertragung zu verstehen, somit insb eine Rechtsübertragung auf Grundlage eines Kaufvertrages, Tauschvertrages, Übergabvertrags²⁴⁶ sowie eines Schenkungsvertrages. Auch die Zivil- oder Realteilung, freiwillige Versteigerung²⁴⁷,

²³⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 22 f.

²⁴⁰ So auch Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 22 f; siehe auch unten.

²⁴¹ Vgl OGH 1.9.2005, 2 Ob 196/05w. In der zit Entscheidung bestätigte der OGH die Entscheidung der Vorinstanzen und verwies auf den äußerst strengen Maßstab bei der Veräußerung von Grundbesitz durch schutzberechtigte Personen.

²⁴² So hat das LG Wels bspw festgehalten, dass die Verschuldung des Pflegebefohlenen und die Zinsen- und allfällige Kostenbelastung, selbst wenn die Annahme eines offenbaren Vorteiles ausscheiden sollte, als Notfall angesehen werden können. In einem solchen Fall kommt zumindest eine Teilveräußerung in Betracht, solange nicht eine andere Möglichkeit der Schuldenregulierung und der Schaffung einer befriedigenden Wohnsituation gefunden werden kann (LG Wels 2.4.2003, 21 R 92/03h; vgl auch Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 23).

²⁴³ Vom Begriffskern des Terminus „Veräußerung“ ist der Verkauf jedenfalls erfasst. Die gegenständliche Masterthesis befasst sich zwar nur mit Liegenschaftsverkauf (sowie dem Liegenschafts Kauf), weshalb andere Veräußerungsformen grds nicht behandelt werden. Nachstehend wird dennoch eine Auslegung des Begriffs der „Veräußerung“ vorgenommen, da die Rechtsfrage, ob ein Rechtsgeschäft unter diesen Tatbestand zu subsumieren ist oder nicht, im Hinblick auf die strengen Voraussetzungen des § 223 ABGB entscheidungserheblich sein kann und somit eine Konnexität zum gegenständlichen Thema besteht. So ist idZ bspw auf die Entscheidung LGZ Wien 14.1.1982, 43 R 17/82 zu verweisen, in welcher die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung hinsichtlich der beabsichtigten Einräumung eines Fruchtgenussrechts der strengen Prüfung der Voraussetzungen des § 223 ABGB unterzogen und mit der Begründung versagt wurde, wonach durch das Rechtsgeschäft das (volle) Eigentum des Minderjährigen an der Liegenschaft rechtlich eingeschränkt und entwertet würde, ohne, dass daraus ein Vorteil für diesen ersichtlich wäre. Auch die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der Erhebung einer Teilungsklage nach § 830 ABGB ist nach den Grundsätzen des § 223 ABGB zu beurteilen, weshalb eine Zivil- oder Realteilung unter den Begriff der „Veräußerung“ iSd zit gesetzlichen Bestimmung fällt (vgl OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p; aA Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 16).

²⁴⁴ Huter, iFamZ 2007, 280 (283); Sabitsch, Die Veräußerung von unbeweglichen Mündelvermögens, ÖJZ 1949, 261 (262); Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 16 mwN.

²⁴⁵ LGZ Wien 26.5.2009, 42 R 45/09t; LGZ Wien 14.1.1982, 43 R 17/82.

²⁴⁶ Vgl idZ OGH 27.10.1971, 5 Ob 284/71.

²⁴⁷ Trentinaglia in Barth/Ganner, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 549.

Dereliktion²⁴⁸ sowie die Erbteilungsklage²⁴⁹ stellen eine „Veräußerung“ iSd § 223 ABGB dar bzw sind nach den Grundsätzen dieser gesetzlichen Bestimmung zu beurteilen.²⁵⁰ Keine Veräußerung stellen hingegen unfreiwillige Eigentumsveränderungen, wie etwa eine Zwangsversteigerung, die Ersitzung oder Enteignung dar.²⁵¹ Auch die Vermietung und Verpachtung fällt nicht unter § 223 ABGB.²⁵² Daneben fehlt im Gesetzestext auch eine Definition des Begriffs des unbeweglichen Guts. Neben einer Liegenschaft und einem Liegenschaftsanteil²⁵³ werden von § 223 ABGB auch Anwartschaftsrechte auf eine unbewegliche Sache²⁵⁴, ein Baurecht²⁵⁵ oder Bergwerkseigentum²⁵⁶ erfasst.²⁵⁷ Schließlich fehlt auch eine Definition der Begriffe des „offenbaren Vorteils“ und des „Notfalls“.²⁵⁸ Wie durch die nachstehenden Ausführungen verdeutlicht wird, ist die Rsp zu diesen Termini sehr kasuistisch und stark einzelfallbezogen. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt der Veräußerungsvoraussetzungen ist dabei jener der Entscheidung über die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung und nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.²⁵⁹ Verbessern sich die Verhältnisse seit der Errichtung des Vertrags bis zum Abschluss des Verfahrens, so scheidet eine Genehmigung aus.²⁶⁰

²⁴⁸ *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 5.

²⁴⁹ Bei der Erbteilungsklage handelt es sich um einen Anwendungsfall des § 830 ABGB (vgl OGH 24.4.2012, 2 Ob 41/11k mwN).

²⁵⁰ OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p. AA OGH 2.12.1953, 1 Ob 923/53 sowie *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 16. *Beck* geht davon aus, dass weder eine Zivil- oder Realteilung noch eine Erbteilung im Rahmen eines Verlassenschaftsverfahrens unter den Begriff der „Veräußerung“ fallen.

²⁵¹ *Trentinaglia in Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 549.

²⁵² Obwohl der Mieter/Pächter je nach vertraglicher Ausgestaltung auch eine wirtschaftlich dem Eigentümer vergleichbare Stellung erlangen kann (*Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 6).

²⁵³ So bereits KG Krems an der Donau 4.9.1984, 1b R 258/84. Seit dem 2 ErwSchG wird jedoch unmittelbar durch die Bestimmung des § 223 ABGB festgehalten, dass auch die Veräußerung von Teilen am unbeweglichen Gut der gerichtlichen Genehmigung bedürfen.

²⁵⁴ *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 2.

²⁵⁵ IdZ ist § 6 BauRG zu beachten, welcher normiert, dass das „Baurecht ... als unbewegliche Sache [gilt]“. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei einem Superädifikat um eine bewegliche Sache (vgl *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 297 Rz 4). Die Veräußerung von Superädifikaten ist vom Wortlaut des § 223 ABGB sohin nicht erfasst. ME ist bei der Veräußerung von Superädifikaten § 223 ABGB jedoch analog anzuwenden, da dies vom Telos der Bestimmung, in concreto der Sicherung des Grundbesitzes des Pflegebefohlenen als sicherste Wertanlage, geboten ist und der Gesetzgeber diesen Fall offenkundig nicht bedacht hat (aA *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 2; *Kathrein* hält jedoch idZ fest, dass auch bei der Veräußerung eines Superädifikats die Interessenslage vergleichbar ist, weshalb eine Veräußerung nur ausnahmsweise in Betracht kommt).

²⁵⁶ Vgl auch § 40 MinroG. AA *Huter*, iFamZ 2007, 280 (283). *Huter* begründet dies damit, dass sich der Gesetzgeber in § 223 ABGB des Begriffs des unbeweglichen „Guts“ bediente, im Gegensatz dazu in § 297 ABGB jedoch die Formulierung unbewegliche „Sache“ verwendet wird.

²⁵⁷ Vgl auch *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 16.

²⁵⁸ *Huter*, Der Pflegebefohlene und sein Liegenschaftsvermögen (Teil II), iFamZ 2008, 4 (4 f).

²⁵⁹ *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 223 Rz 7.

²⁶⁰ *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 8.

Betrachtet man die Vorgängerbestimmung²⁶¹ des § 223 ABGB idGF so durfte die Veräußerung einer Liegenschaft eines Minderjährigen, selbst bei Vorliegen eines Notfalls oder wenn die Veräußerung zum offenkundigen Vorteil der minderjährigen Person erfolgen würde, grds nur durch gerichtliche Versteigerung erfolgen. Eine freihändige Veräußerung durfte nur „aus wichtigen Gründen“ vom Gericht genehmigt werden. Obwohl das Erfordernis der gerichtlichen Versteigerung aus dem Gesetzestext des § 223 ABGB entnommen wurde, wird von einem Teil der Rsp nach wie vor gefordert, dass die Veräußerung einer im Eigentum eines Minderjährigen befindlichen Liegenschaft im Grundsatz durch öffentliche Versteigerung²⁶² zu erfolgen hat, welche lediglich dann unterbleiben und durch eine freihändige Veräußerung substituiert werden darf, wenn wichtige Gründe²⁶³ vorliegen.²⁶⁴ Diese Auffassung kann sich zwar nicht mehr unmittelbar auf den Gesetzestext stützen, sie ergibt sich jedoch aus der allgemeinen Überlegung, wonach aus der Durchführung einer Versteigerung im Regelfall besonders günstige Konditionen für den Minderjährigen abgeleitet werden.²⁶⁵ Liegen sachliche Gründe vor, so ist jedoch auch (nach wie vor) die freihändige Veräußerung zulässig, was auch höchstgerichtlich bestätigt wurde.²⁶⁶ Bei der Versteigerung von gemeinschaftlichen

²⁶¹ Vgl § 232 ABGB idF JGS Nr. 946/1811.

²⁶² Sohin nach den §§ 87a ff NO.

²⁶³ Wichtige Gründe können nach Ansicht des LG Salzburg bspw die Erzielung eines Liebhaberpreises (Anmerkung: der Begriff des „Liebhaberpreises“ wird dem Preis entsprechen, welcher von der Judikatur für die Annahme eines „offenbaren Vorteils“ erforderlich ist) oder von Nebenvorteilen sein (vgl LG Salzburg 29.6.2010, 21 R 233/10a). Ein Liebhaberpreis wurde vom OGH angenommen, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Schätzwert um annähernd 140% übersteigt (vgl OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y). Bemerkenswert ist, dass der OGH hingegen das Vorliegen eines Liebhaberpreises verneint, sofern ein den Verkehrswert um 23% übersteigender Kaufpreis bedungen wurde (OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95). Weshalb ein den Verkehrswert um 23% übersteigender Kaufpreis nicht ausreichend sei, um einen Liebhaberpreis darzustellen, hat der OGH hingegen nicht begründet, obwohl er das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit dem Fehlen von Rsp zur Frage, „wann der Verkauf unbeweglichen Mündelvermögen über dem Schätzwert zum offenbaren Vorteil des Minderjährigen gereicht“ begründet hat. In einer anderen Entscheidung hat der OGH ausgesprochen, dass bei einem Kaufpreis unter 20% des Verkehrswertes für sich genommen noch keinen offenbaren Nachteil begründet, weshalb in solchen Fällen das Vorliegen eines „Liebhaberpreises“ wohl jedenfalls auszuschließen ist (OGH 30.1.2018, 2 Ob 224/17f). ME wird ein Liebhaberpreis jedenfalls bei einer Verkürzung über die Hälfte iSd § 934 ABGB vorliegen (um die Rechtsfolgen des § 934 ABGB zu vermeiden muss in einem solchen Fall ausreichend gewährleistet sein, dass der Ausnahmetatbestand des § 935 ABGB [insb Übernahme der Sache aus besonderer Vorliebe; Kenntnis des Verkehrswertes der Liegenschaft] greift; bei der Veräußerung von Liegenschaften durch Minderjährige wird dies unproblematisch sein, da ohnehin ein Sachverständiger für die Bewertung zu bestellen ist; siehe unten).

²⁶⁴ LG Salzburg 29.6.2010, 21 R 233/10a; RIS-Justiz RS0081748.

²⁶⁵ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 17.

²⁶⁶ OGH 24.6.2005, 1 Ob 127/05s. Im verfahrensgegenständlichen Fall war die sachliche Rechtfertigung im Umstand begründet, dass vor allem Anrainer als potentielle Kaufinteressenten in Frage kamen, da die

Liegenschaften ist zu berücksichtigen, dass erst die Eintragung in das Grundbuch genehmigungspflichtig ist, die Zustimmung zu den Versteigerungsbedingungen oder dem Zuschlag hingegen keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.²⁶⁷ ME ist die soeben aufgezeigte Rsp jedoch überholt²⁶⁸, da in der Praxis durch andere Veräußerungsformen üblicherweise ein höherer Ertrag erzielt werden wird.²⁶⁹

Die Tatbestandmerkmale des „Notfalls“ sowie des „offenbaren Vorteils“ werden vom OGH sehr restriktiv ausgelegt.²⁷⁰ Nach der Rsp des OGH entspricht dies nämlich dem Willen des Gesetzgebers bzw dem Zweck der Regelung²⁷¹, da das unbewegliche Vermögen dem Minderjährigen aufgrund seiner großen wirtschaftlichen Bedeutung verbleiben muss.²⁷² So hält der OGH in stRsp fest, dass es sich beim Grundbesitz um die sicherste Wertanlage²⁷³ handelt, welche deshalb grds dem Minderjährigen ungeschmälert zu verbleiben hat.²⁷⁴ In der höchstgerichtlichen Spruchpraxis wird gleichzeitig jedoch festgehalten, dass Liegenschaftseigentum auch nicht unter allen Umständen gehalten werden kann bzw muss.²⁷⁵

Auf verfahrensrechtlicher Ebene soll auf den Umstand hingewiesen werden, wonach gem § 132 AußStrG, in Abkehr der für stattgebende Beschlüsse geltenden Regelung des § 39

Liegenschaft über keine eigene Zufahrt verfügte und im Allgemeinen kaum Personen zu finden waren, welche am Erwerb eines Waldstücks Interesse gezeigt hätten.

²⁶⁷ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 167 Rz 44; OGH 27.5.1992, 3 Ob 56/92.

²⁶⁸ So wohl auch *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 10. *Kathrein* verweist idZ auf den Umstand, wonach einerseits mit der öffentlichen Versteigerung Gebühren und Kosten verbunden und andererseits auch fraglich ist, ob durch diese Vorgangsweise überhaupt der optimale Erlös erzielt werden kann.

²⁶⁹ Aus diesem Grund wurde auch die Vorschrift des § 119 IO novelliert. Während früher die „kridamäßige“ Versteigerung durch das Insolvenzgericht im Vordergrund stand, sind nach der derzeit geltenden Rechtslage die zur Insolvenzmasse gehörende Sachen nur dann zu versteigern, wenn dies das Insolvenzgericht ausdrücklich beschließt (vgl *Kodek*, Insolvenzrecht² [2022] 166).

²⁷⁰ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 18; OGH 26.9.2017, 6 Ob 153/17v.

²⁷¹ Vgl auch *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 4.

²⁷² OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y; OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95; RIS-Justiz RS0081748; *Sabitsch*, ÖJZ 1949, 261 (262)

²⁷³ IdZ wird sogar in Kauf genommen, dass die Erhaltung des unbeweglichen Vermögens uU im Vergleich zur Veranlagung in andere Vermögensarten wegen der damit verbundenen Aufwendungen sowie der erzielbaren Erträge für den Minderjährigen von Nachteil sein kann (*Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 4).

²⁷⁴ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y; OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95; RIS-Justiz RS0081748.

²⁷⁵ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5) mwN.

Abs 4 AußStrG, der Genehmigungsbeschluss stets zu begründen ist.²⁷⁶ Der Vollständigkeit halber ist außerdem anzumerken, dass die gerichtliche Zustimmung ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 223 ABGB zwar zum Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts führt, jedoch Amtshaftungsansprüche auslösen kann.²⁷⁷

4.2.2. „Offenbare Vorteil“

Der Begriff des offenbaren Vorteils wird im ABGB nicht definiert.²⁷⁸ Der „offenbare Vorteil“ ist dabei auf jeden Fall etwas anderes als der „bloße Vorteil“, was zur Folge hat, dass das Überwiegen des wirtschaftlichen Nutzens der Veräußerung über die durch sie verursachte Vermögensminderung deutlich, sohin klar und ohne weiteres erkennbar sein muss.²⁷⁹

Bei Beurteilung der Frage, ob die Veräußerung einer Liegenschaft zum offenbaren Vorteil eines Minderjährigen erfolgt, muss das Pflegschaftsgericht nach seinem Ermessen sämtliche Umstände des Einzelfalls²⁸⁰ (wozu auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Minderjährigen gehören)²⁸¹ in Erwägung ziehen, wobei es auch ideelle Vorteile zu berücksichtigen hat.²⁸² Im Allgemeinen muss somit zur Annahme eines offenbaren Vorteils nicht unbedingt ein vorteilhafter Kaufpreis vorliegen, das Gesetz verlangt „nur“ einen gesamthaft zu beurteilenden offenbar vorteilhaften Verkauf.²⁸³ „Ideelle“ Vorteile sind freilich idZ freilich schwer vorstellbar, soweit ersichtlich gibt es auch keine (höchst-

²⁷⁶ LG Salzburg 10.8.2011, 21 R 174/11a; LG Salzburg 27.5.2011, 21 R 104/11g; *Täubel-Weinreich* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 132 Rz 19 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²⁷⁷ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 18.

²⁷⁸ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

²⁷⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5); KG Krems 4.9.1984, 1b R 258/84.

²⁸⁰ IdZ ist zu berücksichtigen, dass im Pflegschaftsverfahren gem § 16 AußStrG der Untersuchungsgrundsatz gilt. Das Gericht hat sohin von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle für seine Entscheidung notwendigen Tatsachen aufgeklärt und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend berücksichtigt werden (vgl auch *Huter*, iFamZ 2008, 4 [7]).

²⁸¹ So sind in die Beurteilung insb die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Minderjährigen miteinzubeziehen (vgl LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x).

²⁸² OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

²⁸³ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). Die Höhe des Kaufpreises und insb der Umstand, ob dieser den Verkehrswert übersteigt, wird von der Rsp jedoch regelmäßig zur Beurteilung des offenbaren Vorteils herangezogen. Gegen diese Vorgehensweise spricht, dass der Gesetzgeber keine konkreten Regelungen über einen bestimmten Kaufpreis festgelegt hat und auch nicht vorgesehen ist, dass der Bestbieter im Fall mehrerer Angebote zwingend den Zuschlag erhält. ME ist deshalb der Auffassung von *Huter* zu folgen.

)gerichtlichen Entscheidungen, welche sich mit diesem Aspekt auseinandersetzen.²⁸⁴ Ein ideeller Vorteil könnte mE dann vorliegen, wenn eine ausreichend große Liegenschaft geteilt wird, um den Zuzug bzw die Ansiedlung von nahen Angehörigen zu ermöglichen.²⁸⁵ Ein „ideeller“ Vorteil kann auch in jenem Fall vorliegen, in welchen die Liegenschaft zwar an sich bewohnbar ist, jedoch für die pflegebefohlene Person aufgrund einer körperlichen Beeinträchtigung unbenutzbar ist bzw nur mit erheblichen Unannehmlichkeiten benutzt werden kann.²⁸⁶ Auch der Wille²⁸⁷ der schutzberechtigten Person kann ein Indiz für das Bestehen eines „ideellen“ Vorteils sein.²⁸⁸ So kann mE die Veräußerung der Liegenschaft einer an Schizophrenie leidenden Person wegen angeblicher „Verfolgungshandlungen“ von Seiten der Nachbarn die Voraussetzungen des § 223 ABGB erfüllen, wenn dadurch letzten Endes eine Besserung oder Stabilisierung des Gesundheitszustandes der betroffenen Person erzielt werden kann.²⁸⁹ Ein „ideeller“ Vorteil kann mMn auch dann Vorliegen, wenn die Liegenschaft einer schutzberechtigten Person veräußert wird, um mit dem Erlös eine Wohnung zur Begründung einer Eigentümerpartnerschaft iSd § 13 WEG zwischen Ehegatten²⁹⁰ oder Lebensgefährten zu erwerben.²⁹¹ Die Anliegen der Obsorgeberechtigten bzw der sonstigen gesetzlichen Vertreter an der Liegenschaftsveräußerung – insb der Wegfall der mit der Verwaltung

²⁸⁴ Vgl auch *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

²⁸⁵ Bei den nahen Angehörigen wird zu differenzieren sein: Da das ideelle Interesse an der Veräußerung einer Liegenschaft an die Nachkommenschaft zur Ermöglichung eines Zuzugs im Regelfall höher ist, als an sonstige nahe Angehörigen (zB an die Eltern oder Großeltern), wird mE bei der Beurteilung des offenbaren Vorteils bei Letzteren dennoch ein strenger(er) Maßstab anzulegen sein. Für die Genehmigungsfähigkeit wird mMn deshalb zusätzlich zum ideellen Interesse ein angemessener Preis zu zahlen sein (vgl jedoch OGH 20.4.2021, 4 Ob 73/21w. In der zit Entscheidung wurde der Antrag auf pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der unentgeltlichen Veräußerung einer Liegenschaft an die minderjährigen Kinder des Betroffenen bei gleichzeitiger Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechts sowie eines Belastungs- und Veräußerungsverbotes sogar abgewiesen).

²⁸⁶ Angelehnt an *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

²⁸⁷ Vgl idZ auch § 13 Abs 2 AußStrG sowie § 241 Abs 2 ABGB. Spricht sich ein Pflegebefohlener gegen die Liegenschaftsveräußerung aus, so wird diese nur durchgeführt werden dürfen, wenn andernfalls das Wohl der betroffenen Person erheblich gefährdet wäre (vgl *Weitzenboeck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 223 Rz 3).

²⁸⁸ LG St Pölten 21.11.2018, 23 R 407/18b; LGZ Wien 12.9.2018, 42 R 183/18z.

²⁸⁹ S bereits oben FN 190.

²⁹⁰ Bzw eingetragenen Partnern.

²⁹¹ Bei Anliegen eines zu strengen Maßstabs in solchen Fällen würde mE das nach Art 8 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Familienleben der schutzberechtigten Person verletzt werden. IdF wird es mE für die Bejahung eines offenbaren Vorteils genügen, wenn die zu veräußernde Liegenschaft zum Verkehrswert veräußert wird, hinsichtlich der zu erwerbenden gemeinsamen Wohnung Konsens besteht, der Erwerb aus wirtschaftlicher Sicht möglich ist und die Ehe/Partnerschaft/Lebensgemeinschaft eine gewisse Beständigkeit aufweist (andernfalls könnte es zur „Ausnutzung“ der schutzberechtigten Person kommen).

und unbeweglichen Vermögen verbundenen Belastung – hat hingegen außer Betracht zu bleiben und wird sohin idR keinen „ideellen“ Vorteil darstellen.²⁹² In die vom Pflschaftsgerichts durchzuführende Gesamtbetrachtung sind auch in der Zukunft liegende (vorhersehbare) Umstände miteinzubeziehen, bspw eine mögliche Wertsteigerung aufgrund einer geplanten Umwidmung.²⁹³

Die Vorteilhaftigkeit kann sich dabei auch aus der Vermeidung von Nachteilen ergeben.²⁹⁴ So kann ein offenerbarer Vorteil bspw dann vorliegen, wenn sich der Minderjährige durch die Veräußerung der Liegenschaft kostspielige Aufwendungen erspart.²⁹⁵ So sind mit Liegenschaftseigentum im Allgemeinen nicht zu unterschätzende Aufwendungen verbunden, zB zur Erfüllung von öffentlich-rechtliche Pflichten²⁹⁶, Erhaltungs- und Instandsetzungsaufwand, welcher den Pflegebefohlenen alleine trifft²⁹⁷ oder kostspielige Sanierungen.²⁹⁸ Es ist außerdem nicht darauf zu vergessen, dass den Grundeigentümer diverse Verkehrssicherungspflichten²⁹⁹ oder Wegerhaltungspflichten treffen können.³⁰⁰ Hat der Minderjährige Schulden, welche durch die Veräußerung der Liegenschaft getilgt werden können, so kann auch dies einen Vorteil im Sinne des § 223 ABGB darstellen.³⁰¹ In diesem Zusammenhang kann auch der Umstand, ob die

²⁹² LG Wels 21 R 264/16x; *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 13.

²⁹³ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

²⁹⁴ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

²⁹⁵ OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

²⁹⁶ Hier sind bspw die Grundsteuerlasten, Kanalschließungsgebühren oder baubehördliche Mängelbeseitigungsaufträge zu nennen (*Huter*, iFamZ 2008, 4 [5]).

²⁹⁷ Der anfallende Instandhaltungsaufwand ist nicht zu unterschätzen, da dieser im Laufe der Zeit sogar die Kosten des Hausbaus (bei weitem) übersteigt.

²⁹⁸ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

²⁹⁹ ZB § 93 StVO; § 1319 ABGB. Vgl außerdem § 1318 ABGB.

³⁰⁰ ZB § 1319a ABGB.

³⁰¹ Vgl idS OGH 24.6.2005, 1 Ob 127/05s. In der zit Entscheidung – welche jedoch einen pflegebefohlenen Erwachsenen betraf - wurde festgestellt, dass die betroffene Person keine Einkünfte hatte und auf seinem landwirtschaftlichen Anwesen lediglich von kleinen Darlehen lebte, welche ihm von Bekannten gewährt wurden. Bei der veräußerten Liegenschaft handelte es sich um ein Waldgrundstück ohne eigene Zufahrt. Der Betroffene hatte Schulden von € 13.000,--, die aus den durch die Zwangsverwaltung erzielten Erträgen nicht getilgt werden konnten. Die Liegenschaft wurde an einen Nachbar veräußert, welcher das Grundstück von seiner eigenen Liegenschaft erreichen konnte und bereit war, € 24.000,-- zu zahlen, wobei dieser Betrag dem von einem Sachverständigen ermittelten Verkehrswert entsprach. Der OGH bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen, welche die Voraussetzungen für die Erteilung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bejahten. Begründend führte der OGH aus, dass durch die Veräußerung der Liegenschaft nicht nur die gänzliche Abdeckung der Schulden des Betroffenen möglich war, sondern der verbliebene Betrag auch für die Bestreitung von dessen Lebenskosten herangezogen werden konnte. Berücksichtigt wurde jedoch auch das Faktum, dass für den Betroffenen nach dem Verkauf des Waldgrundstücks und der (bereits pflegschaftsgerichtlich genehmigten) Verpachtung der verbliebenen

Liegenschaft bebaut ist oder nicht, eine Rolle spielen.³⁰² Befindet sich auf der Liegenschaft ein Abbaubetrieb, durch welchen eine ständige und erhebliche Wertminderung eintritt, oder ist die Liegenschaft aufgrund einer gewerblichen oder industriellen Nutzung mit Risiken behaftet, so kann auch dies für die Frage, ob die Veräußerung zum offenbaren Vorteil des Minderjährigen gereicht, relevant sein.³⁰³

Bei dem Vorhandensein von Schulden ist außerdem in Bedacht zu nehmen, dass es den Gläubigern freisteht, einen Zwangsversteigerungsantrag zu stellen, welcher ohnehin zum Verlust der Liegenschaft führt.³⁰⁴ Auch der Zustand – insb die (subjektive)³⁰⁵ Nutzungsmöglichkeit - und die Möglichkeit der Bewirtschaftung des Grundbesitzes sind zu beachten.³⁰⁶ So kann der Liegenschaftsverkauf im wohlverstandenen Interesse des Minderjährigen liegen, wenn die Liegenschaft nicht bewirtschaftet wird/bzw werden kann und sich das auf der Liegenschaft befindliche Anwesen in einem nicht bewohnbaren Zustand befindet.³⁰⁷ Dasselbe gilt für Fälle, in welchen aufgrund der mehrjährigen Nichtbenützung des sich auf der Liegenschaft befindlichen Hauses mit einem (erheblichen) Wertverlust und zusätzlichen Aufwendungen zu rechnen ist.³⁰⁸

Grundstücke die Anspruchsvoraussetzungen für den Erhalt einer Pensionsleistung aus der Sozialversicherungsanstalt der Bauern geschaffen wurde. Ob die Schuldentilgung allein einen offenbaren Vorteil iSd § 223 ABGB darstellen kann, ist deshalb fraglich. Es wird mE auf die Umstände des Einzelfalls, insb auf die Höhe der Schulden und die (realistische) Möglichkeiten einer anderweitigen Tilgung abzustellen sein (so auch OGH 27.5.2004, 8 Ob 44/04k).

³⁰² IdS wohl auch OGH 26.9.2017, 6 Ob 153/17v. Konsequenterweise müsste in diesem Zusammenhang auch die Bebaubarkeit der Liegenschaft in Erwägung gezogen werden.

³⁰³ Im Gegensatz zu § 219 ABGB sind diese Umstände jedoch nicht zwingend zu beachten (vgl *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 3).

³⁰⁴ Vgl OGH 22.4.2011. Im gegenständlichen Fall betrug der Schuldenstand aufgrund rechtskräftig verhängter Verwaltungsstrafen € 40.228,43. Die Gehaltsexekution reduzierte die aushaftenden Verwaltungsstrafen lediglich zu einem Teil. In einem solchen Fall steht es der betroffenen Person auch nicht frei, anstelle der Zahlung der Verwaltungsstrafen eine Ersatzfreiheitsstrafe anzutreten, weil diese nur bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe in Betracht kommt, weshalb eine Wahlfreiheit ausscheidet (vgl § 16 Abs 1 sowie § 54b VStG). Durch die Veräußerung (eines Teils) der Liegenschaft war es im verfahrensgegenständlichen Fall möglich, einen Großteil der aushaftenden Schulden zu tilgen und dadurch die drohende Zwangsversteigerung hintanzuhalten. Aus diesem Grund war ein offenerbarer Vorteil zu bejahen.

³⁰⁵ Vgl bereits das oa Bsp des körperlich beeinträchtigten Pflegebefohlenen: So kann im Falle einer körperlichen Beeinträchtigung für die betroffene Person ein Einfamilienhaus, selbst wenn dieses neu errichtet ist und sich in einem baulich makellosen Zustand befindet, subjektiv unbrauchbar sein.

³⁰⁶ Vgl auch *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

³⁰⁷ OGH 27.5.2004, 8 Ob 44/04k.

³⁰⁸ OGH 1.9.2005, 2 Ob 196/05w. Vgl idZ auch die (vom OGH letztendlich bestätigten) Erwägungen des Rekursgerichts. Dieses verweist auf den Umstand, wonach es der Lebenserfahrungstatsache entspricht, dass bei nicht bewohnten, ständig geschlossen gehaltenen, nicht gelüfteten und in der kalten Jahreszeit nicht beheizten Häusern die evidente Gefahr einer möglicherweise beträchtlichen Substanzschädigung sowie eines damit verbundenen Wertverfalls besteht.

Ein offener Vorteil kann sich auch ergeben, wenn der Fiskus hochwasserbeeinträchtigte bzw hochwassergefährdete Immobilien zu einem Preis ablöst, welcher dem jeweiligen Verkehrswert unter Ausblendung der Hochwassergefahr bzw Hochwasserbeeinträchtigung entspricht.³⁰⁹

Auch die Veräußerung zu einem den Verkehrswert bei weitem übersteigenden Kaufpreis an sich kann einen Vorteil iSd Gesetzes darstellen, die Rsp misst der Höhe des Kaufpreises sogar besondere Bedeutung zu.³¹⁰ Von der Judikatur wird das Vorliegen eines offenbaren Vorteils nämlich jedenfalls bejaht, wenn der Kaufpreis bei mehr als dem Doppelten des Verkehrswertes liegt.³¹¹ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es auch auf die Durchführbarkeit des Kaufvertrages ankommt, da das Angebot eines noch so hohen Kaufpreises letztendlich nicht nützt, falls der Kaufvertrag letztendlich nicht zustandekommt.³¹² In diesem Zusammenhang sind auch öffentlich-rechtliche Schranken zu beachten.³¹³ Insb bei landwirtschaftlichen Grundstücken, welche nach den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung unterliegen hat nach der Rsp bereits das Pflschaftsgericht eine sorgfältige Abwägung der Chancen auf Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung anzustellen und auch entsprechende Nachforschungen zu den jeweils maßgeblichen Sachverhalten durchzuführen.³¹⁴

Hingegen reicht der Umstand, wonach der Kaufpreis den Verkehrswert geringfügig übersteigt, im Regelfall nicht aus, um einen offenbaren Vorteil iSd § 223 ABGB

³⁰⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). ME wird in solchen Fällen außerdem die Tatbestandsalternative des „Notfalls“ erfüllt sein, dies jedenfalls bei einer bereits stattgefundenen Hochwasserbeeinträchtigung sowie bei einer unmittelbar drohenden und realen Hochwassergefahr.

³¹⁰ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y.

³¹¹ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y.

³¹² Dieser Gesichtspunkt ist insb dann von Relevanz, wenn es alternative Angebote gibt, mit welchen ein höherer Kaufpreis geboten wird (vgl OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y).

³¹³ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

³¹⁴ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y; *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). Die endgültige Entscheidung über die grundverkehrsbehördliche Genehmigung verbleibt jedoch bei der Grundverkehrsbehörde. Die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung entfaltet im grundverkehrsbehördlichen Verfahren keine Bindungswirkung.

darzustellen.³¹⁵ Im Einklang mit der neueren Rsp ist von einer solchen Geringfügigkeit auszugehen, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert lediglich bis zu 20% übersteigt.³¹⁶ Beim Liegenschafts Kauf kann außerdem die Sachverhaltskonstellation eintreten, in welcher vom seinerzeitigen³¹⁷ Käufer Vorsteuer geltend gemacht wird,³¹⁸ der Verkauf jedoch ohne Umsatzsteuer erfolgt und der Verkäufer deshalb die in den vergangenen 20 Jahren refundierte Vorsteuern aliquot an das FA zurückzuerstatten hat.³¹⁹ Wird dieser steuerrechtliche Aspekt nicht ausreichend berücksichtigt, so kann dies zur Versagung der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts führen.³²⁰ Auch das Erfordernis der Entrichtung von Immobilienertragsteuer kann den Erlös mindern und sich daher auf die Beurteilung des offenbaren Vorteils auswirken.³²¹ Im Falle einer Kontamination der Liegenschaft kann mE auch die Veräußerung zum Verkehrspreis – uU sogar (geringfügig) unter diesem – einen offenbaren Vorteil darstellen.³²²

ME kann auch ein Liegenschaftstausch bzw der Tausch oder die Veräußerung von Grundstücksteilen zum offenbaren Vorteil des Minderjährigen gereichen, was insb dann

³¹⁵ OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95 (im konkreten Fall überstieg der Kaufpreis den Verkehrswert um lediglich 23%). OGH 30.1.2018, 2 Ob 224/17f (es wurden zwei Liegenschaften veräußert, wobei der Kaufpreis der einen Liegenschaft 10% über dem Verkehrswert gelegen ist und der Kaufpreis der anderen Liegenschaft den Verkehrswert um 20% überstieg).

³¹⁶ OGH 30.1.2018, 2 Ob 224/17f.

³¹⁷ Dies gilt insb für Fälle, in welchen die Liegenschaft im Zuge der Erbfolge erworben wurde; s FN 320.

³¹⁸ S dazu ausführlich oben, Unterkapitel 2.2.2.

³¹⁹ Der Verkäufer kann idF jedoch gem § 6 Abs 2 UStG optieren. Bei Liegenschaftsverkäufen durch Pflegebedürftige ist die Vorgehensweise mE jedenfalls empfehlenswert, da die USt letztendlich vom Käufer zu tragen ist, dem Pflegschaftsgericht in einem solchen Fall jedoch nicht nachgewiesen werden muss, dass der Verkäufer die aliquot zurückzuzahlenden Vorsteuern auf andere Weise auf den Käufer überwält hat. Im umgekehrten Fall, sohin bei einem schutzberechtigten Käufer, ist bei der unechten Steuerbefreiung nach § 6 Abs 1 Z 9 UStG zu verbleiben, widrigenfalls die Gefahr besteht, dass das Pflegschaftsgericht die Genehmigung aufgrund der erfolgten Optierung versagt (in diesem Fall kann jedoch zumindest ein Teil der an das FA zu refundierenden Vorsteuern auf den Käufer überwält werden und dieser Umstand bei der Erstellung des Verkehrswertgutachtens berücksichtigt werden; dies ist jedenfalls weniger augenfällig als das ausdrückliche Ausweisen der Umsatzsteuer).

³²⁰ LG Krems 12.10.2016, 21 R 264/16x. So wurde im gegenständlichen Fall von der Rechtsmittelinstanz ausdrücklich hervorgehoben, dass den minderjährigen Erben bei einer Veräußerung der Liegenschaft letztendlich deutlich weniger als der Verkehrswert der Liegenschaft verbleiben würde, da bei einem Verkauf ohne Umsatzsteuer die vom Verstorbenen geltend gemachte Vorsteuer an das FA rückzuführen wäre.

³²¹ LG Krems 12.10.2016, 21 R 264/16x.

³²² Mit dem Behalten einer kontaminierten Liegenschaft sind im Regelfall nämlich keine Vorteile für den Minderjährigen verbunden. Außerdem sind die Aufwendungen zu beachten, die mit der Dekontamination verbunden sind.

anzunehmen ist, wenn es insgesamt zu einer Wertsteigerung kommt.³²³ An einen Liegenschaftstausch ist generell ein anderer Maßstab anzulegen, da der Telos der Bestimmung des § 223 ABGB, die Erhaltung des Liegenschaftsvermögens, im Regelfall ohnehin gewahrt wird.³²⁴

Die pflegschaftsrechtliche Genehmigung einer Teilungsklage nach § 830 ABGB ist ebenfalls nach den Grundsätzen des § 223 ABGB zu beurteilen.³²⁵ Richtet sich die Teilungsklage auf Begründung von Wohnungseigentum, so kann diese genehmigungsfähig sein.³²⁶ In anderen Fällen wird die Erhebung einer Teilungsklage im Regelfall nicht im wohlverstandenen Interesse des Minderjährigen liegen, da bei einer Klagsführung eine Vermögensminderung nicht auszuschließen ist, während es im Erfolgsfall lediglich dazu kommen würde, dass der Minderjährige über die dem Wert seiner Anteile entsprechenden Bargeldbeträge frei verfügen könnte.³²⁷ Anderes kann mE jedoch gelten, wenn der Minderjährige aus dem Erlös bspw eine Eigentumswohnung erwerben möchte und die Verfügungsmöglichkeit über diese vorteilhafter ist als über die im Miteigentum stehende Liegenschaft.³²⁸ Bei Miteigentum im Allgemeinen kann ein offenkundiger Vorteil iSd § 223 ABGB vorliegen, wenn der Pflegebedürftige bloß einen kleinen Miteigentumsanteil veräußert, der für sich genommen ein kaum verwertbares Vermögen darstellt.³²⁹ Dasselbe gilt auch für den Fall, dass die Eigentümerstruktur

³²³ Dies kann bspw aufgrund eines (agrar-)behördlichen Verfahrens im Rahmen einer Bodenreform der Fall sein oder wenn sich durch diesen Vorgang eine vorteilhaftere Bebauungsmöglichkeit ergibt, welche mit einer entsprechenden Wertsteigerung einhergeht (vgl idS auch *Huter*, iFamZ 2008, 4 [5]).

³²⁴ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

³²⁵ OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p; aA *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 16.

³²⁶ OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p. Im konkreten Fall wurde die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung jedoch nicht erteilt, da die Begründung von Wohnungseigentum in der Teilungsklage bloß als Eventualbegehren beantragt worden wäre. Zu beachten ist idZ, dass der OGH ausdrücklich auf den Umstand abstellt, wonach Vertretungshandlungen bloß in jener Form genehmigt werden dürfen, in welcher sie vorgelegt werden (vgl RIS-Justiz RS0048113). Bei Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäfts war deshalb bloß auf das Hauptbegehren abzustellen, das auf Begründung von Wohnungseigentum gerichtete Eventualbegehren war hingegen nicht zu berücksichtigen.

³²⁷ OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p.

³²⁸ So könnte bspw bei einem im Miteigentum stehenden Haus je nach baulicher Ausgestaltung der Fall eintreten, dass eine ausschließliche Benutzung eines Hausteils nicht möglich ist, sondern gewisse Flächen von beiden Miteigentümern benützt werden müssen (zB die Küche oder das Bad). Mit dem Erwerb einer Eigentumswohnung ist jedoch eine exklusive Nutzungsmöglichkeit verbunden, was für die pflegebedürftige Person einen Vorteil begründen kann (so wohl auch die Argumentation in LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x sowie LG Linz 17.5.2016, 15 R 50/16b).

³²⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). So könnte als (potentieller) Käufer bspw ein anderer Miteigentümer in Betracht kommen. ME muss in einer solchen Konstellation jedoch geprüft werden, ob nicht eine

problematisch ist, weil eine Aufteilung/Teilung des Gebäudes aufgrund der bestehenden faktischen Gegebenheiten nicht oder bloß mit unwirtschaftlichen Aufwand möglich wäre.³³⁰ Auch bloße Streitigkeiten zwischen den Miteigentümern reichen nicht aus, um eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der Miteigentumsveräußerung zu erwirken, solange diese zu keinen Schwierigkeiten in Bezug auf die Verwaltung von Schwierigkeiten führen, die mit finanziellen Einbußen einhergehen.³³¹ Zur Annahme eines offenbaren Vorteils reicht es insb nicht aus, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil veräußert oder veräußern möchte.³³² Gehen die Streitigkeiten jedoch so weit, dass von einem Miteigentümer bereits die Erhebung einer Teilungsklage beabsichtigt wird, so kann dies ein Indiz für das Vorliegen eines offenbaren Vorteils darstellen, da dem Minderjährigen im Teilungsverfahren bloß eingeschränkte Optionen zur Geltendmachung von Einwendungen offen stehen und deshalb einer außergerichtlichen Lösung grds Vorrang einzuräumen ist.³³³

Unbeachtlich ist außerdem, dass dem Minderjährigen nach der Veräußerung der jeweiligen Liegenschaft ein Großteil seines Liegenschaftsbesitzes erhalten bleibt.³³⁴ IdZ ist auch auf den Ansatz in der Rsp³³⁵ zu verweisen, wonach selbst eigenberechtigte Personen zur Deckung ihrer Bedürfnisse eher Ersparnisse verwerten als Liegenschaften verkaufen, weshalb auch bei Vorliegen eines großen Immobilienportfolios die Deckung der Lebensbedürfnisse primär durch Verwertung von sonstigem Vermögen zu bewerkstelligen ist.³³⁶ Anderes kann jedoch gelten, wenn ein ohnehin nicht

(realistische) Chance auf Erwerb eines anderen Miteigentumsanteils besteht, wodurch der Miteigentumsanteil des Pflegebedürftigen sinnvoll verwertbar werden würde.

³³⁰ Vgl LG Linz 17.5.2016, 15 R 50/16b. In der gegenständliche Rechtssache wurde der 5/18 Anteil des Pflegebefohlenen geringfügig über dem Verkehrswert veräußert (der Verkehrswert betrug € 37.500,-; als Kaufpreis wurden € 40.000,- bedungen). Mit den Miteigentumsanteilen waren keine Rechte an einem bestimmten Wohnraum verbunden. Die Teilung/Aufteilung des Hauses war auch nicht möglich, bzw allenfalls nur mit einem unwirtschaftlichen Aufwand. Vom Pflegschaftsgericht und der Rechtsmittelinstanz wurde ein offener Vorteil unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes bejaht. In die Beurteilung wurde außerdem der Umstand miteinbezogen, wonach die soeben geschilderte Situation den Preis der Liegenschaftsanteile der Pflegebefohlenen am freien Markt schmälerte.

³³¹ OGH 22.4.2015, 4 Ob 63/15p.

³³² LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x; LGZ Wien 9.11.2011, 45 R 279/11d.

³³³ Huter, iFamZ 2008, 4 (5). Aus systematischer Sicht spricht mE auch § 841 ABGB für diese Auffassung, da die Bestimmung von einem Primat der außergerichtlichen Teilung ausgeht (vgl *Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 841 Rz 1).

³³⁴ OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

³³⁵ LG Linz 17.5.2016, 15 R 50/15b.

³³⁶ Anderes kann mMn in besonderen Sachverhaltskonstellationen gelten, bspw bei der Veräußerung eines kleinen, schwer verwertbaren Liegenschaftsanteils zur Deckung eines sonst längerfristig bestehenden

bewirtschaftetes oder nicht nutzbares Grundr ck veräußert wird, um dadurch die mit der Erhaltung und Bewirtschaftung der restlichen Liegenschaften verbundenen Aufwendungen zu begleichen.³³⁷

Was die Möglichkeit der Veranlagung des Kaufpreises anbelangt, so hat der OGH in einem konkreten Fall festgehalten, es geht nicht an, eine zehnjährige Amortisationsdauer für die Beurteilung der offenbaren Vorteils heranzuziehen, da im verfahrensgegenständlichen Fall der Minderjährige die Volljährigkeit bereits in vier Jahren erreichen würde und danach vollkommen frei über sein Vermögen verfügen könnte.³³⁸ Kann eine Liegenschaft verpachtet oder vermietet werden, so ist für sich allein genommen nicht entscheidend, dass der dadurch erzielte Ertrag weit hinter der mündelsicheren Anlage des Kaufpreises zurückbleibt, da dieser Vorteil durch den Nachteil aufgehoben wird, wonach die veräußerte Liegenschaft dauerhaft aus dem Vermögensbestand des Minderjährigen ausscheidet und auch eine mündelsichere Kapitalanlage einer nicht zu vernachlässigenden (jährlichen) Geldentwertung ausgesetzt ist.³³⁹ Zu berücksichtigten ist ferner, dass der durch die mündelsichere Veranlagung eines Verwertungserlöses erzielte Ertrag durch die Kapitalertragsteuer gemindert wird und dem Pflegebedürftigen sohin nicht der gesamte Betrag verbleiben würde.³⁴⁰

Bei der Veräußerung von Liegenschaften durch einen Minderjährigen ist im übrigen generell auf die Situation abzustellen, die beim Behalten des Grundstücks vorliegen würde, wobei nicht nur gegenwärtige, sondern auch zukünftige Umstände zu berücksichtigten sind.³⁴¹ In diesem Zusammenhang kann in die Gesamtbeurteilung auch der Umstand einfließen, wonach der Pflegebedürftige seinen Lebensmittelpunkt nicht in

finanziellen Engpasses. Auch in solchen Konstellationen kann jedoch die Aufnahme eines Kredits zur Überbrückung des finanziellen Engpasses in Erwägung gezogenen werden, was wohl eine schonendere Alternative im Vergleich zum Eingriff in das Liegenschaftsvermögen wäre.

³³⁷ Angelehnt an *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

³³⁸ OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

³³⁹ OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

³⁴⁰ LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x; OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95.

³⁴¹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

der Ortschaft hat, in welcher sich die zu veräußernde Liegenschaft befindet.³⁴² Diesem Gesichtspunkt kann mE jedoch bloß untergeordnete Bedeutung zukommen.³⁴³

Aus Sicht des Prozessrechts ist zu beachten, dass die Entscheidung, ob die Veräußerung einer Liegenschaft dem offenbaren Vorteil eines Minderjährigen dient, nur in jenen Fällen einer Korrektur durch den OGH unterliegt, in welchen den Vorinstanzen ein grober Fehler unterlaufen ist.³⁴⁴ Die Veräußerung (der gesamten Liegenschaft) an Familienangehörige liegt für sich genommen auch nicht im wohlverstandenen Interesse des Minderjährigen, insb wenn es sich bei der Liegenschaft um den einzigen bedeutenden Vermögenswert der minderjährigen Person handelt.³⁴⁵

4.2.3. „Notfall“

Auch der Begriff des „Notfalls“ wird in § 223 ABGB nicht legaldefiniert.³⁴⁶ Plakativ und generell ist von einem Notfall iSd § 223 ABGB ist auszugehen, wenn die Veräußerung des unbeweglichen Guts des Mündels unvermeidlich ist und eine andere Handlungsweise nicht in Betracht kommt.³⁴⁷ Sinnvoll erscheint mE die Abgrenzung von *Huter*, wonach unter einem Notfall jeder akute, unmittelbare und dringende Bedarf des Pflegebedürftigen nach liquiden Mitteln zu verstehen ist, durch welchen es unausweichlich erscheint, das in eine Immobilie dauerhaft gebundene Vermögen anzugreifen, insb und gerade weil andere

³⁴² LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x.

³⁴³ So auch im Ergebnis LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x. Anderes kann mMn gelten, wenn sich die zu veräußernde Liegenschaft im Ausland (insb in einem weit entfernten Drittstaat; nicht jedoch in einem Nachbarstaat) befindet und die Bewirtschaftung sohin mit einem erheblichen zusätzlichen Aufwand verbunden ist. Freilich handelt es sich idF in Wirklichkeit um einen Aspekt der Ersparnis von Aufwendungen, zu welchem der abweichende Lebensmittelpunkt bloß flankierend hinzutritt. Das Pflschaftsgericht hat in einem solchen Fall jedoch genaue Erhebungen zur Höhe der Aufwendungen zu pflegen.

³⁴⁴ RIS-Justiz RS0007104; OGH 24.6.2005, 1 Ob 127/05s; OGH 27.5.2004, 8 Ob 44/04k.

³⁴⁵ Vgl idS auch OGH 20.4.2021, 4 Ob 73/21w. Die Entscheidung betraf die (unentgeltliche) Veräußerung einer Liegenschaft an die minderjährigen Kinder des Betroffenen bei gleichzeitiger Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechts sowie eines Belastungs- und Veräußerungsverbotes. Sofern ein Minderjähriger seine Liegenschaft an Familienangehörige, zB an seine Eltern, veräußert, ist mE deshalb ein noch strengerer Maßstab anzulegen, zumal das (ideelle) Interesse bei der Veräußerung einer Liegenschaft an die Nachkommenschaft üblicherweise höher ist. In besonderen Konstellationen kann ein ideeller Vorteil jedoch zu bejahen sein, bspw wenn eine ausreichend große Liegenschaft geteilt werden soll, um einen Zuzug/ eine Ansiedlung von Familienangehörigen zu ermöglichen (siehe bereits oben).

³⁴⁶ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

³⁴⁷ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5); LG Wels 12.10.2016, 21 R 264/16x.

Abhilfe³⁴⁸ nicht möglich erscheint.³⁴⁹ Das Gericht hat zur Beurteilung des Vorliegens eines Notfalls stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung³⁵⁰ durchzuführen.³⁵¹ Dass die Veräußerung das letzte zur Verfügung stehende Mittel sein darf, ergibt sich bereits aus dem Terminus „Not“.³⁵² Stehen andere Maßnahmen zur Beseitigung des akuten und unmittelbaren Finanzbedarfs zur Verfügung, wozu insb die Vermietung, Verpachtung oder hypothekarische Belastung des Grundstücks gehören, so scheidet die Annahme eines Notfalls aus.³⁵³ Auch bei der Veräußerung im Notfall muss der Genehmigung des Verkaufs grds ein marktkonformer Verkehrswert der Immobilie zugrunde gelegt werden.³⁵⁴ Zwischen den Voraussetzungen des „Notfalls“ sowie des „offenbaren Vorteils“ bestehen, wie auch durch die nachstehenden Beispiele verdeutlicht wird, zahlreiche Überschneidungen.³⁵⁵

Dies kann bspw der Fall sein, wenn der Unterhalt des Minderjährigen auf andere Weise nicht gesichert werden.³⁵⁶ Ein Notfall kann sich auch aus drohenden Exekutionen³⁵⁷ oder einer andernfalls bevorstehenden Insolvenz ergeben.³⁵⁸ So wird das Vorliegen eines Notfalls bejaht werden können, wenn ohne dem Veräußerungserlös die Verschuldung des Kindes und dessen Belastung mit Zinsen und sonstigen Kosten überhandnähme.³⁵⁹ Auch

³⁴⁸ Abhilfe kann bspw durch die Verwertung von sonstigem Vermögen geschaffen werden.

³⁴⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). Die Veräußerung von Liegenschaftsvermögen kann bspw dann unausweichlich sein, wenn dies zur Deckung von Heimkosten, Pflegekosten oder sonstigen Verbindlichkeiten notwendig ist.

³⁵⁰ *Trentinaglia* spricht idZ mE zutreffend vom „verfassungsrechtlich wahrzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprinzip“ *Trentinaglia* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 549.

³⁵¹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

³⁵² *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5). Daran ändert auch der Umstand, wonach von der Rsp (OGH 1.9.2005, 2 Ob 196/05w) der „äußerst mögliche Maßstab“ lediglich zur Beurteilung des offenbaren Vorteils herangezogen wird, nichts.

³⁵³ *Weitzenboeck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 223 Rz 3 mwN; *Huter*, iFamZ 2008, 4 (5).

³⁵⁴ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 19; *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁶ Rz 2; LGZ Wien 20.9.2016, 44 R 341/16x. ME wird jedoch – insb bei Zeitdruck und drohenden unwiederbringlichen Nachteilen – die Veräußerung unter dem Verkehrswert zulässig sein.

³⁵⁵ Gemeinsamkeiten bestehen insb für den Fall andernfalls drohender Exekutionen oder zur Abwendung einer Insolvenz. Auch die Veräußerung der Liegenschaft zur Vermeidung von unverhältnismäßig hohen Erhaltungskosten kann sowohl einen Notfall als auch einen offenbaren Vorteil darstellen. Vgl auch *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 7.

³⁵⁶ LG Salzburg 31.1.2007, 21 R 539/06w.

³⁵⁷ Insofern überschneidet sich diese Tatbestandsvariante mit jener des offenbaren Vorteils. Wird Exekution geführt, so steht es den nämlich frei, einen Zwangsversteigerungsantrag zu stellen, welcher ohnehin zum Verlust der Liegenschaft führt.

³⁵⁸ OGH 28.1.2020, 4 Ob 232/19z; LG Wels 12.10.2016 21 R 264/16x.

³⁵⁹ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 223 RZ 9.

die Gefahr der Verwertung der Liegenschaft durch Dritte, etwa aufgrund einer bestehenden Hypothek, kann einen Notfall iSd § 223 ABGB darstellen.³⁶⁰ In Bezug auf den Heimaufenthalt ist zu beachten, dass seit der Abschaffung des „Pflegeregresses“ in § 330 ASVG die Heimkostendeckung idR auch ohne Veräußerung einer im Eigentum des Betroffenen befindlichen Liegenschaft gewährleistet ist und deshalb nur in Ausnahmefällen ein Notfall iSd § 223 ABGB vorliegen wird.³⁶¹

Ein Notfall kann auch dann vorliegen, wenn die Erhaltung der unbeweglichen Sache für das Mündel nicht mehr finanziell verkraftbar und eine andere Lösung, etwa eine Vermietung oder Verpachtung nicht möglich oder nicht durchführbar ist.³⁶² Die Voraussetzungen des § 223 ABGB sind außerdem dann gegeben, wenn sich das auf der Liegenschaft befindliche Wohnhaus in einem verwahrlosten Zustand befindet und mit der Sanierung erhebliche finanzielle Aufwendungen verbunden sind.³⁶³ IdF kann für die Beurteilung eines „Notfalls“ maßgeblich sein, ob der Pflegebedürftige eine Ersatzunterkunft hat und bejahendenfalls welche Kosten mit der Bewohnung verbunden

³⁶⁰ *Trentinaglia* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 549.

³⁶¹ Ein Notfall könnte sich nur dann ergeben, wenn der Betroffene eine kostenaufwändige Erhaltung mit dem verbleibenden Resteinkommen von 20% nicht bewerkstelligen kann bzw die Erhaltung in einem Spannungsverhältnis mit dessen aktuellen persönlichen Bedürfnissen steht (vgl ausführlich *Müller* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 516 ff).

³⁶² LG Salzburg 31.1.2007, 21 R 539/06w.

³⁶³ Vgl OGH 28.1.2020, 4 Ob 232/19z. Der Pflegebefohlene war Eigentümer einer Liegenschaft mit einem Verkehrswert von € 281.000,--. In der gegenständlichen Rechtssache ist die betroffene Person in eine Mietwohnung übersiedelt. Der monatliche Mietzins betrug € 385,55. Die verfahrensgegenständliche Liegenschaft war verdreckt, vermüllt und (dringend) sanierungsbedürftig. Der Sanierungsrückstau betrug € 20.000,--. Die Kosten einer Generalsanierung hätte € 180.000,-- betragen. Wäre der Betroffene in das auf der Liegenschaft befindliche Haus zurückgekehrt, so wären neben den laufenden Bewirtschaftungskosten auch noch die Kosten der erforderlichen Erhaltungsarbeiten angefallen. Diese Kosten hätten vom Pflegebefohlenen nicht getragen werden können. Der Erwachsenenvertreter veräußerte die Liegenschaft um € 282.000,-- (sohin geringfügig über den Verkehrswert). Die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung wurde vom Erstgericht erteilt und die Entscheidung im Instanzenzug bestätigt. Der OGH hielt fest, dass sich der Erwachsenenvertreter gem § 241 Abs 2 ABGB zwar an den Wünschen der betroffenen Person zu orientieren hat. Die Wünsche des Betroffenen dürfen jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als durch deren Erfüllung das Wohl des Betroffenen nicht erheblich gefährdet wird. Im gegenständlichen Fall hätte die Bestreitung der Sanierungskosten sowie der laufenden Erhaltungs- und Betriebskosten die Existenzgrundlage des Pflegebefohlenen gefährdet, weshalb ein Notfall iSd § 223 ABGB vorgelegen ist.

sind.³⁶⁴ Bei Wohnhausanlagen mit mehreren selbstständigen Wohnungen kann jedoch die Konstellation eintreten, dass nicht das Gebäude sanierungsbedürftig ist.³⁶⁵

4.3. Erwerb von Liegenschaften

4.3.1. Allgemeines

Im voranstehenden Kapitel wurde ausführlich dargelegt, dass die Veräußerung einer Liegenschaft durch eine schutzberechtigte Person anhand eines sehr strengen Maßstabs zu beurteilen ist, da es sich bei Liegenschaftseigentum um die sicherste und wertbeständigste Form der Vermögensanlage handelt, welche der schutzberechtigten Person grds verbleiben soll.³⁶⁶ Vor diesem Hintergrund ist auch die für Schutzberechtigte maßgebliche Vorschrift des § 219 ABGB zur Anlegung von Mündelgeld³⁶⁷ zu sehen, welche normiert, dass der Erwerb³⁶⁸ inländischer Liegenschaften grds³⁶⁹ zur Anlegung von Mündelgeld geeignet ist. Für den Erwerb anderer, nicht privilegierter Liegenschaften sind die strengeren Voraussetzungen des § 220 Abs 3 ABGB zu beachten, welche auf einen „offenbaren Vorteil“ des Minderjährigen abstellen.³⁷⁰ Wird eine Liegenschaft hingegen fremdfinanziert zu bloßen Wohnzwecken erworben, so sind mMn für die

³⁶⁴ Vgl zB OGH 28.1.2020, 4 Ob 232/19z. In der zit Entscheidung wird vom OGH der Umstand, wonach der Betroffene eine kostengünstige Ersatzunterkunft hatte, zwar nicht ausdrücklich aufgegriffen. Aus der Entscheidung ist jedoch ersichtlich, dass sich die Vorinstanzen mit diesem Faktum auseinandergesetzt haben. ME ist dieser Umstand jedenfalls zu berücksichtigen, da widrigenfalls die Konstellation eintreten könnte, dass der Betroffene (zeitweise) obdachlos wird, was jedenfalls nicht dessen Wohl entsprechen würde.

³⁶⁵ So kann bei einem Zinshaus bspw nur das Erdgeschoss oder ein sonstiges Stockwerk sanierungsbedürftig sein, der Rest des Gebäudes hingegen bereits saniert sein oder an sich einen guten Zustand aufweisen. Denkbar ist außerdem der Fall, dass von einem Brand oder sonstigen Naturereignis nur einzelne Teile eines Mehrparteienhauses tangiert werden, im Gebäude jedoch selbstständige Wohnungen verbleiben.

³⁶⁶ OGH 19.11.2013, 4 Ob 173/13i; RIS-Justiz RS0081749; *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁶ Rz 2; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 18.

³⁶⁷ Bei „Mündelgeld“ handelt es sich gem § 215 ABGB um Bargeld und Geld auf Zahlungskonten eines Kindes (vgl auch *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 4; zum Begriff des „Zahlungskonto“ s § 4 Z 12 ZDiG). Nach § 215 ABGB sind die gesetzlichen Vertreter, sofern das Mündelgeld nicht dem Gesetz entsprechend für besondere Zwecke zu verwenden ist (insb nach § 164 und § 258 Abs 1 ABGB), verpflichtet das Geld in eine der ex lege mündelsicheren Anlageformen der §§ 216-219 ABGB zu veranlagen (vgl *Weitzenboeck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 215 Rz 1; *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁶ Rz 1)

³⁶⁸ Unter den Begriff des „Erwerbs“ ist nicht nur der Kauf einer Liegenschaft zu subsumieren, sondern auch ein Liegenschaftstausch (vgl vgl *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 1).

³⁶⁹ Vgl Unterkapitel 4.3.3, welches den Erwerb von nicht mündelsicheren Liegenschaften behandelt.

³⁷⁰ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 38.

pflegschaftsgerichtliche Genehmigung nur die allgemeinen Voraussetzungen des § 167 Abs 3 ABGB zu beachten, da idF der Kauf nicht zur Anlegung von Mündelgeld erfolgt und deshalb die Bestimmungen der §§ 215 ff ABGB unanwendbar sind.³⁷¹

Der Adressatenkreis der §§ 219 f ABGB sind dabei alle mit der Obsorge bzw mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen, somit sowohl Eltern, Großeltern und Pflegeeltern³⁷² als auch sonstige Obsorgeträger gem §§ 204 ff ABGB.³⁷³ Die Bestimmungen gelten außerdem sinngemäß für Erwachsenenvertreter³⁷⁴ sowie Kuratoren.³⁷⁵ Für Vorsorgebevollmächtigten gelten die Regelungen über die Anlegung von Mündelgeld gem § 258 Abs 5 ABGB hingegen nur dann, soweit dies in der Vorsorgevollmacht verfügt wurde.³⁷⁶ Besonderes gilt für den KJHT, welcher gem § 210 ABGB die gerichtliche Zustimmung nur für außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebes liegende andere Anlageformen iSd § 220 ABGB, sohin für den Erwerb nicht privilegierter Liegenschaften benötigt.³⁷⁷

4.3.2. Mündelsichere Liegenschaften

§ 219 Abs 1 ABGB normiert, dass inländische³⁷⁸ Liegenschaften grds zur Veranlagung von Mündelgeld geeignet sind.³⁷⁹ Sofern es sich um eine inländische Liegenschaft handelt, ist unerheblich, ob es sich um eine Immobilie handelt, die sich im städtischen oder im ländlichen Gebiet befindet oder ob diese land- oder forstwirtschaftlich genutzt

³⁷¹ Bemerkenswert ist mE, dass in der Literatur (und Judikatur) diese Sachverhaltskonstellation fast nicht behandelt wird. Lediglich *Kathrein* setzt sich mit dieser Rechtsfrage auseinander und vertritt ebenfalls die Auffassung, dass in einem solchen Fall § 219 ABGB unanwendbar ist (vgl *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 2). Für den Erwerb solcher Liegenschaften werden mE jedoch die Grundsätze des § 219 ABGB sinngemäß gelten, weshalb dieser Themenbereich nicht in einem eigenen Unterkapitel behandelt wird. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist jedoch zu beachten, dass das Erfordernis der (zwingenden) Sachverständigenbestellung wegfällt, da § 132 Abs 2 AußStrG nur bei der Anlegung von Mündelgeld zur Anwendung gelangt (zu § 132 Abs 2 AußStrG s unten).

³⁷² Vgl § 164 Abs 1 ABGB.

³⁷³ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 5; *Cohen/Tschuggel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 224 Rz 0/1.

³⁷⁴ Vgl 258 Abs 3 ABGB.

³⁷⁵ Vgl 258 Abs 3 ABGB iVm 281 Abs 3 ABGB sowie *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 6.

³⁷⁶ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 6.

³⁷⁷ *Hopf/Höllwerth* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁶ § 215-221 Rz 4; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 12.

³⁷⁸ S nächstes Unterkapitel zu unionsrechtlichen Bedenken.

³⁷⁹ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 25.

wird.³⁸⁰ Nicht mündelsicher sind nach der zit Bestimmungen hingegen ausländische³⁸¹ Liegenschaften oder Immobilien, die ausschließlich oder überwiegend industriellen oder gewerblichen Zwecken dienen oder auf welchen sich ein Abbaubetrieb befindet.³⁸² Die Bestimmungen erfasst auch den Erwerb von Miteigentumsanteilen, Wohnungseigentum oder eines Baurechts.³⁸³ Der Erwerb eines Superädifikats wird von § 219 ABGB hingegen nicht erfasst.³⁸⁴

§ 219 Abs 2 ABGB sieht vor, dass der Kaufpreis idR den Verkehrswert nicht übersteigen soll.³⁸⁵ Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung folgt, dass der Erwerb der Liegenschaft auch zu einem den Verkehrswert übersteigenden Kaufpreis zulässig sein kann.³⁸⁶ Eine solche Vorgehensweise wird in jenen Konstellationen geboten sein, in welchen der Ankauf der Liegenschaft zu einem Kaufpreis über dem Verkehrswert dem subjektiven Nutzen des Minderjährigen entspricht, was bspw beim Kauf des Nachbargrundstücks zur Flächenarrondierung der Fall sein kann.³⁸⁷ Dasselbe kann mE auch für den Kauf eines (kleinen) Miteigentumsanteils gelten, wenn der Schutzberechtigte dadurch Alleineigentümer der Liegenschaft wird.³⁸⁸ Der Liegenschafts Kauf zu einem den Verkehrswert übersteigenden Kaufpreis ist jedoch eher auf Ausnahmefälle beschränkt.³⁸⁹

³⁸⁰ Vgl *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 3.

³⁸¹ Zur Problematik aus unionrechtlicher Sicht s nächstes Unterkapitel.

³⁸² S dazu nächstes Unterkapitel.

³⁸³ *F.Bydlinsky*, Mündelsichere Veranlagung in „industrielle“ oder „gewerbliche“ Liegenschaften, JBl 2004, 677 (684); *Hopf/Höllwerth in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁶ § 215-220 Rz 8; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 26.

³⁸⁴ *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 26 mwN; vgl *Weitzenboeck in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 221 Rz 1. ME ist der pauschale Ausschluss des Superädifikats von Mündelsicherheit jedoch nicht gerechtfertigt. So kann in der Praxis nämlich der Fall eintreten, dass auch ein Superädifikat eine erhebliche Wertbeständigkeit aufweist und deshalb mit dem Baurecht, welches jedenfalls von der Vorschrift des § 219 ABGB erfasst ist, vergleichbar ist.

³⁸⁵ Bis zum Inkrafttreten des KindRÄG 2001 war der Ankauf von Liegenschaften im Rahmen der Mündelgeldanlage dagegen ausnahmslos mit dem Verkehrswert begrenzt (vgl *Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 224 Rz 7).

³⁸⁶ *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 6.

³⁸⁷ *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 221 Rz 27; vgl *Weitzenboeck in Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ § 221 Rz 5.

³⁸⁸ Die schutzberechtigte Person ist idF nicht mehr den mit Miteigentum verbundenen Einschränkungen unterworfen, was einen (erheblichen) subjektiven Vorteil begründen kann.

³⁸⁹ *Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 224 Rz 7; *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 6. Die Abgrenzungsformel von *Kathrein*, wonach die Zahlung eines den Verkehrswert übersteigenden Kaufpreises nur dann zulässig ist, wenn dies den vermögenswerten und wirtschaftlichen Interessen des Pflegebedürftigen entspricht, ist mE jedoch zu eng, da dadurch subjektive Interessen gänzlich ausgeklammert werden.

Die Wertermittlung des Verkehrswertes richtet sich dabei nach dem LBG.³⁹⁰ Nach § 219 ABGB³⁹¹ ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung des Verkehrswerts zwar nicht verpflichtend.³⁹² Zu beachten ist idZ jedoch die Vorschrift des § 132 Abs 2 AußStrG, wonach das Gericht zur Beurteilung der Sicherheit³⁹³ und Wirtschaftlichkeit³⁹⁴ der Anlegung von Mündelgeld³⁹⁵ einen Sachverständigen beizuziehen hat.³⁹⁶ Die Pflicht zur Bestellung des Sachverständigen besteht jedoch nur, wenn das Rechtsgeschäft zum außerordentlichen Geschäftsbetrieb gehört und deshalb die Einholung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich ist.³⁹⁷ Gehört der Liegenschaftserwerb hingegen zum ordentlichen Geschäftsbetrieb³⁹⁸, so entfällt die Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Pflegschaftsgerichts, weshalb auch kein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss.³⁹⁹

4.3.3. Andere Arten von Liegenschaften (Nicht privilegierte Liegenschaften)

Bereits vom ausdrücklichen Wortlaut des § 219 ABGB gelten Liegenschaften deren Wert wegen eines darauf befindlichen Abbaubetriebes ständig und beträchtlich vermindert

³⁹⁰ Mocrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 27. ZT wird auch auf § 305 ABGB abgestellt (vgl. Trentinaglia in Barth/Ganner, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 543).

³⁹¹ Vgl. im Gegensatz dazu § 8 LBG.

³⁹² Mocrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 27.

³⁹³ Die Beurteilung der Sicherheit hängt maßgeblich davon ab, ob die Haftung durchgesetzt werden kann (OGH 28.3.2001, 9 Ob 75/01x; OGH 14.9.2000, 2 Ob 218/99v; RIS-Justiz RS0048140; Trentinaglia in Barth/Ganner, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 544).

³⁹⁴ Zur Ermittlung des Verkehrswertes wird nach § 8 Abs 5 LBG von der Beiziehung eines Sachverständigen hingegen in Ausnahmefälle abgesehen werden können (vgl. Weitzenboeck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 221 Rz 3).

³⁹⁵ Das Gesetz verweist idZ auf die §§ 215-220 ABGB, die Vorschrift über mündelsichere Liegenschaften ist sohin ebenfalls vom Verweis erfasst.

³⁹⁶ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 132 Rz 95 ff; Täubel-Weinreich in Schneider/Verweijen, AußStrG § 132 Rz 22 ff. Die bloße Verwertung eines Privatgutachtens kommt in diesen Fällen nicht in Betracht, auch die Vorschrift des § 31 Abs 3 AußStrG ist nicht anzuwenden. ME stößt diese Vorschrift insofern auf gleichheitsrechtliche Bedenken, als der Gesetzgeber für den Fall der Veräußerung einer Liegenschaft durch einen Minderjährigen keine verpflichtende Sachverständigenbestellung vorsieht. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist mMn nicht ersichtlich, dies insb vor dem Hintergrund, wonach vom Gesetzgeber an die Zulässigkeit der Liegenschaftsveräußerung sogar besonders strenge Voraussetzungen geknüpft werden.

³⁹⁷ Mocrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 13; Höllwerth in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht 738.

³⁹⁸ Dasselbe gilt auch für Fälle, in welchen die schutzberechtigte Person selbst über die für den Abschluss des Rechtsgeschäfts erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügt.

³⁹⁹ In der gegenständlichen Mastethesis wurde jedoch bereits dargelegt, dass Sachverhaltskonstellationen, in welchen der Liegenschafts Kauf bzw. -verkauf zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehört, auf seltene Ausnahmefälle beschränkt ist.

wird oder Immobilien die ausschließlich oder überwiegend industriellen oder gewerblichen Zwecken dienen als nicht zur Anlegung von Mündelgeld geeignet.⁴⁰⁰ Die Auslegung und Anwendung dieser Begrifflichkeiten ist in der Praxis mit Schwierigkeiten verbunden, weshalb im gegenständlichen Unterkapitel in einem ersten Schritt jene Liegenschaften festzustellen sind, welche von der Mündelsicherheit ausgeschlossen sind und deren Erwerb sohin den strengeren Voraussetzungen des § 220 Abs 3 ABGB unterliegt.⁴⁰¹ Daran anschließend werden die Voraussetzungen aufgezeigt, welche für den Erwerb solcher Liegenschaft vorliegen müssen.

Bei den Begriffen „industriell“ und „gewerblich“ erscheint auf den ersten Blick eine Auslegung iSd GewO als naheliegend.⁴⁰² Bei näherer Betrachtung kristallisiert sich jedoch deutlich hervor, dass die Heranziehung der GewO zur Auslegung dieser Begrifflichkeiten zu erheblichen Wertungswidersprüchen und einem willkürlichen Ergebnis führen würde.⁴⁰³ Dies insb vor dem Hintergrund, wonach § 2 GewO zahlreiche Ausnahmen⁴⁰⁴ vom Gewerbebegriff vorsieht.⁴⁰⁵ Auch die im Gesetz vorgenommene Differenzierung zwischen „gewerblich“ und „industriell“ dienenden Liegenschaften würde sich als obsolet erweisen, da nach der GewO⁴⁰⁶ der Industriebetrieb ein Unterfall des Gewerbebetriebs ist.⁴⁰⁷ Bei dieser strikten interpretativen Anlehnung wären außerdem auch solche Liegenschaften nicht zur mündelsicheren Veranlagung geeignet, auf welchen bloß das Bürozentrum eines Industrie- oder Gewerbebetriebes errichtet ist.⁴⁰⁸ Eine teleologisch-historische Interpretation führt deshalb zum Ergebnis, dass eine Liegenschaft nur dann zur Anlegung von Mündelgeld ungeeignet ist, wenn die unternehmerisch-betriebliche Tätigkeit ein spezifisches Risiko für die Werthaltigkeit und

⁴⁰⁰ vgl. Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 232 Rz 4.

⁴⁰¹ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (677 ff).

⁴⁰² Vgl idS insb § 1 GewO, der den Begriff der Gewerbsmäßigkeit näher ausführt.

⁴⁰³ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (677 ff).

⁴⁰⁴ Vgl zB § 2 Abs 1 Z 1 (Land- und Forstwirtschaft), § 2 Abs 1 Z 6 (Bergbau), § 2 Abs 1 Z 15 (Betrieb von Eisenbahnunternehmen und von deren Hilfseinrichtungen einschließlich des Betriebes von Seilbahnen), § 2 Abs 1 Z 16 (Betrieb von Luftverkehrsunternehmen), § 2 Abs 1 Z 20 (Betrieb von Elektrizitätsunternehmen).

⁴⁰⁵ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (677 ff).

⁴⁰⁶ Vgl § 7 Abs 1 GewO. Beachte auch die in § 7 Abs 6 GewO normierte Gegen Ausnahme.

⁴⁰⁷ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (677 ff).

⁴⁰⁸ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (677 ff).

-beständigkeit der Immobilie oder einer sonstigen Umweltbelastung nach sieht zieht.⁴⁰⁹ Solche Liegenschaften sind nämlich üblicherweise nicht für die Veranlagung von Mündelgeldern geeignet, da sie nicht die erforderliche Sicherheit bieten.⁴¹⁰ Eine Liegenschaft wird somit nur dann zu industriellen oder gewerblichen Zwecken verwendet, wenn die unternehmerisch-betriebliche Tätigkeit eine Wertunbeständigkeit zur Folge hat oder mit Umweltbelastungen verbunden ist.⁴¹¹

Auch auf einer Liegenschaft befindliche Abbaubetriebe sind nach der Vorschrift des § 219 ABGB von der Mündelsicherheit ausgeschlossen, sofern diese den Wert der Immobilie ständig und beträchtlich vermindern.⁴¹² Für den Abbaubetrieb ist dabei die tätigkeitsbedingte Substanzverringerung und die damit einhergehende Wertminderung charakteristisch.⁴¹³ Als Beispiele sind Steinbrüche, Gips- und Sandgruben sowie Schottergruben und Bergwerke zu nennen.⁴¹⁴ Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Abbaubetrieb den Wert einer Liegenschaft ständig und beträchtlich vermindert, sind nicht nur Wertverluste der Liegenschaft, die sich durch den Abbau von Kies, Steinen, Mineralien usw. ergeben, zu berücksichtigen, sondern auch etwaige Kosten einer „Rekultivierung“ der Immobilie nach Beendigung des Abbaus.⁴¹⁵

Da nach der Bestimmung des § 219 Abs 1 ABGB bloß „inländische“ Grundstücke als mündelsicher gelten, unterliegen im Umkehrschluss sämtliche ausländische Grundstücke der strengeren Regelungen des § 220 Abs 3 ABGB.⁴¹⁶ Die Regelungen führt mE, wie im Folgenden dargelegt wird, zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten⁴¹⁷, insb der nach

⁴⁰⁹ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (680 f); Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 5; Hopf/Höllwerth in Koziol/Bydlinsky/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁶ § 215-221 Rz 8.

⁴¹⁰ Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 5.

⁴¹¹ F.Bydlinsky, JBl 2004, 677 (680 f).

⁴¹² Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230d Rz 5.

⁴¹³ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 24.

⁴¹⁴ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 24 mwN.

⁴¹⁵ Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar³ § 230c Rz 4.

⁴¹⁶ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 221 Rz 24.

⁴¹⁷ Nach Rsp des EuGH vermitteln (auch) Art 45, Art 49 und Art 56 AEUV die nützliche Befugnis, Grund und Boden für Betriebs- und Privatgrundstücke zu erwerben (vgl. EuGH 14.1.1988, C-63/86, *Kommission/Italien*; EuGH 30.5.1989, C-305/87, *Kommission/Griechenland*; Schneider in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV Art 63 AEUV Rz 28 [Stand 1.12.2020, rdb.at]).

Art 63 AEUV gewährleisteten Kapitalverkehrsfreiheit.⁴¹⁸ Nach stRsp des EuGH liegt nämlich eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vor, wenn eine Maßnahme geeignet ist, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die in diesem Mitgliedstaat Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten.⁴¹⁹ Das Vorliegen einer Beschränkung wird vom EuGH auch damit begründet, dass die mitgliedstaatliche Regelung die Attraktivität einer unter Art 63 AEUV fallenden Transaktion verringert bzw geeignet ist, dem Betroffenen ein Recht zu nehmen, welches Bestandteil des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs ist.⁴²⁰ Da § 220 Abs 3 ABGB im Gegensatz zu § 219 ABGB strengere Voraussetzungen an den Erwerb ausländischer Liegenschaft knüpft, ist die Regelung mE geeignet einen Pflegebedürftigen davon abzuhalten Liegenschaften in anderen Mitgliedstaaten zu erwerben und stellt somit eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar.⁴²¹ Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen gegen Art 63 AEUV, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt⁴²² und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.⁴²³ Ein Rechtfertigungsgrund ist mMn jedoch nicht zu erblicken, da allein der Umstand, wonach eine Liegenschaft im (EU-)Ausland liegt, nicht zur Wertunbeständigkeit der Immobilie führt und auch nicht ihre Wertsicherheit beeinträchtigt.⁴²⁴ Bei näherer Betrachtung scheint die Differenzierung in Bezug auf den Anlageort überhaupt willkürlich zu sein, weshalb § 220 Abs 3 ABGB sogar eine unzulässige Diskriminierung⁴²⁵ darstellt. § 220 Abs 3 ABGB wird mE deshalb durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt.⁴²⁶ Die Einschränkung auf inländische Liegenschaften könnte sich mMn aber auch im Allgemeinen als gleichheitswidrig erweisen, da die Wertbeständigkeit bzw Werthaltigkeit einer Liegenschaft durch die Auslandsbezogenheit nicht (zwangsläufig)

⁴¹⁸ Der Erwerb von Liegenschaften stellt als Immobilieninvestition ein Kapitalverkehrsgeschäft dar (*Schneider in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 63 AEUV Rz 28).

⁴¹⁹ Statt vieler: EuGH 22.11.2018, C-575/17, *Sofina*, Rn 23.

⁴²⁰ Vgl zB EuGH 16.3.1999, C-222/97, *Trummer und Mayer*, Rn 26.

⁴²¹ Die Regelung verringert somit die Attraktivität des Erwerbs von Liegenschaften, welche sich in einem anderen Mitgliedstaat befinden.

⁴²² *Schneider in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 63 AEUV Rz 41.

⁴²³ *Schneider in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 65 AEUV Rz 4.

⁴²⁴ Insb ist mit dem Erwerb einer Liegenschaft im (EU-)Ausland nicht unbedingt ein – im Vergleich zum Erwerb inländischer Liegenschaften - erhöhter Erhaltungs- und Verwaltungsaufwand verbunden. So kann für einen im Burgenland wohnhaften Pflegebedürftigen die Erhaltung eines in Vorarlberg befindlichen Grundstücks aufwändiger sein als die Erhaltung eines in Bratislava gelegenen Grundstücks.

⁴²⁵ Zum Begriff s *Schneider in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 65 AEUV Rz 34 ff.

⁴²⁶ Für den Erwerb von in der EU gelegenen Liegenschaften, gilt mMn deshalb der Maßstab des § 219 ABGB.

beeinträchtigt wird und dementsprechend keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung vorhanden ist.

Gem § 220 Abs 3 ABGB muss der Erwerb einer nicht privilegierten Liegenschaft „*dem Kind mit Beziehung auf die gegenwärtige oder zukünftige Berufsausübung oder sonst zum offenbaren Vorteil*“⁴²⁷ *gereichen*“, wobei der Kaufpreis den Verkehrswert nicht übersteigen darf. Der Begriff des „*offenbaren Vorteils*“ in § 220 Abs 3 ABGB unterscheidet sich mE dabei von jenem in § 223 ABGB.⁴²⁸ Während § 223 ABGB auf sämtliche Liegenschaften Anwendung findet, gilt § 220 Abs 3 ABGB nämlich, wie im gegenständlichen Unterkapitel dargelegt wurde, im Wesentlichen nur für Grundstücke, welche nicht von vornherein und generell Wertbeständigkeit erwarten. IdZ sind jedoch gerade jene Grundsätze unbrauchbar, welche die die Rsp zu den Kaufpreisanforderungen hinsichtlich der durch den Schutzberechtigten zu veräußernden Liegenschaft aufgestellt hat.⁴²⁹ So trifft es mE zwar zu, dass ein offenbarer Vorteil beim Liegenschaftsverkauf durch einen Schutzberechtigten jedenfalls zu bejahen ist, wenn der Kaufpreis bei mehr als dem Doppelten des Verkehrswerts liegt.⁴³⁰ Bei wertunbeständigen Liegenschaften kann der der Verkehrswert jedoch naturgemäß (erheblichen) Schwankungen unterliegen,⁴³¹ weshalb der Umstand, wonach der Kaufpreis bei weniger als der Hälfte des Verkehrswertes liegt, für sich genommen keinen offenbaren Vorteil iSd § 220 Abs 3

⁴²⁷ Der Begriff des „*offenbaren Vorteils*“ wurde in § 220 Abs 3 ABGB erst durch das 2. ErwSchG eingefügt. In § 220 Abs 3 ABGB idF BGBl. I Nr. 15/2003 wurde hingegen auf den „*klaren Vorteil*“ abgestellt. ME ist idZ der Auffassung von *Weitzenboeck* zu folgen, wonach es sich hierbei bloß um eine terminologische und keine inhaltliche Änderung handelt (*Weitzenboeck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 220 Rz 7).

⁴²⁸ Insb können auch nicht die in der Rsp zu § 223 ABGB entwickelten Grundsätze sinngemäß herangezogen werden.

⁴²⁹ S dazu oben Unterkapitel 4.2.2.

⁴³⁰ OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 223 Rz 10.

⁴³¹ Außerdem lässt sich der Verkehrswert aufgrund der Wertschwankungen schwerer feststellen. Vgl idZ OGH 19.9.20013, 1 Ob 167/13k. In der zit Entscheidung wurde der Verkehrswert einer Liegenschaft samt darauf errichtetem, durch Handelsbetriebe gewerblich genutzten Bauwerk auf 63.210.000,-- Schilling geschätzt. Außerdem wurde von einem Wirtschaftstreuhänder eine Wirtschaftlichkeits- und Steuervergleichsrechnung durchgeführt, in welchem dieser zum Ergebnis kam, dass das Liegenschaftsobjekt nach acht Jahren im Wert von ca 80.000.000,-- Schilling lastenfrei im Eigentum der Betroffenen stehen würde. Aus all diesen Gründen wurde vom (damaligen) Erwachsenenvertreter der Betroffenen die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung für den Erwerb dieses Grundstücks beantragt, welche vom Gericht auch erteilt wurde. Die prognostizierte Wertsteigerung ist nicht eingetreten. Es hat sich außerdem herauskristallisiert, dass der Verkehrswert der Liegenschaft bloß 51.400.000,-- Schilling beträgt. Dies verdeutlicht, dass die Feststellung des Verkehrswerts einer wertunbeständigen Liegenschaft risikobehaftet ist.

ABGB begründet. Außerdem sind wertunbeständige Liegenschaften im Regelfall nur schwer verwertbar, weshalb sich auch vor diesem Gesichtspunkt die im Allgemeinen die Frage stellt, welchen Nutzen eine solche Liegenschaft im Immobilienportfolio des Schutzberechtigten aufweist. Aus all diesen Gründen ist mMn der „offenbare Vorteil“ iSd § 220 Abs 3 ABGB autonom auszulegen. Im Einklang mit der L ist der offenbare Vorteil mE deshalb dahingehend auszulegen, dass der wirtschaftliche Nutzen des Erwerbs (klar) überwiegen muss.⁴³² Ein besonderer Fall des „offenbaren“ Vorteils liegt nach dem Gesetzeswort dabei vor, wenn die Liegenschaft einen Nutzen für die gegenwärtige oder künftige Berufsausübung des Pflegebedürftigen begründen kann.⁴³³ Dies kann bspw bei dem Erwerb einer ausschließlich dem Tischlereigewerbe dienenden Liegenschaft der Fall sein, sofern der Pflegebedürftige eine entsprechende Lehre absolviert oder bereits einen entsprechenden Beruf ausübt.⁴³⁴

Sofern der Erwerb der Liegenschaft nicht ausnahmsweise zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehört und deshalb nicht der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht unterliegt, ist auch bei dem Erwerb von Immobilien iSd § 220 Abs 3 ABGB nach § 132 AußStrG ein Sachverständiger beizuziehen.⁴³⁵ IdZ wird auf die Ausführungen im voranstehenden Unterkapitel verwiesen.

4.4. Vertragsanbahnung⁴³⁶ und Vertragsverhandlungen⁴³⁷

Der Maklervertrag wird idR dem außerordentlichen Geschäftsbetrieb angehören und deshalb der genehmigungspflichtig iSd § 167 Abs 3 ABGB sein.⁴³⁸ Anderes wird mE in jenen Fällen gelten, in welchen mit dem Abschluss des Maklervertrags für die schutzberechtigte Person keine Pflicht zur Kostentragung einhergeht, weil sich bspw die

⁴³² Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 223 Rz 38.

⁴³³ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 223 Rz 38.

⁴³⁴ Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 223 Rz 38.

⁴³⁵ Weitzenboeck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ § 220 Rz 2.

⁴³⁶ Besonderheiten für schutzberechtigte Personen ergeben sich nur beim Maklervertrag sowie bei der freiwilligen Versteigerung und auch nur im Hinblick auf das Erfordernis der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung, weshalb die Phase der Vertragsanbahnung im gegenständlichen – und nicht in einem eigenständigen - Kapitel abgehandelt wird.

⁴³⁷ Hier ergeben sich ebenfalls lediglich in Bezug auf die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Vorvertrags Besonderheiten, weshalb auch dieser Themenkomplex aus systematischen Erwägungen im gegenständlichen Kapitel behandelt wird.

⁴³⁸ Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 13 ff.

Eltern zur Kostenübernahme verpflichten.⁴³⁹ Unterliegt der Maklervertrag der Genehmigungspflicht, so muss das Rechtsgeschäft für die Erteilung der Genehmigung im Interesse des Pflegebefohlenen liegen und somit dessen Wohl entsprechen.⁴⁴⁰ IdZ wird das Pflegschaftsgericht auch die konkrete Ausgestaltung des Maklervertrags berücksichtigen müssen. Enthält der Maklervertrag gem § 15 MaklerG eine Provisionsvereinbarung für Fälle eines fehlenden Vermittlungserfolgs, so wird der Vertragsabschluss mE idR nicht dem Wohl der schutzberechtigten Person entsprechen, da diese uU auch dann eine Provision entrichten müsste, wenn gar kein Rechtsgeschäft zustandekommt. In diesem Fall würde es jedoch bloß zu einer Verringerung des Vermögens der schutzberechtigten Person kommen, ohne dass dieser Vermögensminderung ein Vorteil gegenüberstehen würde. Auch ein Alleinvermittlungsauftrag iSd § 14 MaklerG ist mE problematisch. Die pflegebedürftige Person kann idF nämlich keinen anderen Makler in Anspruch nehmen, wodurch deren Interessen negativ beeinträchtigt werden können. Im Zusammenhang mit dem Maklervertrag soll schließlich auf den Umstand verwiesen werden, wonach der Provisionsanspruch des Maklers im Falle einer einzuholenden Genehmigung des Pflegschaftsgerichts erst dann entsteht, wenn die pflegschaftsbehördliche Genehmigung erteilt wurde.⁴⁴¹

Auch die freiwillige Versteigerung wird im Einklang mit den voranstehenden Ausführungen im Regelfall der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung unterliegen.⁴⁴² Die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts zur freiwilligen Veräußerung kann mE dabei nur dann in Betracht kommen, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des § 223 ABGB zumindest bescheinigt werden kann und zu erwarten ist, dass die freiwillige Versteigerung in ihrer Gesamtheit für die schutzberechtigte Person vorteilhafter ist als eine freihändige Veräußerung.⁴⁴³

⁴³⁹ Vgl für den insoweit vergleichbaren Fall der Beauftragung eines Rechtsanwalts: *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 26. Gegenteilig jedoch OGH 11.4.2013, 1 Ob 55/13i.

⁴⁴⁰ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 17.

⁴⁴¹ RIS-Justiz RS0062806; OGH 19.9.2002, 3 Ob 293/01m

⁴⁴² Anderes gilt jedoch für Versteigerungsbedingungen, die schon im Teilungsverfahren oder im Exekutionsverfahren festgestellt wurden. In diesem Fall bleibt für eine Genehmigung des Pflegschaftsgerichts nämlich kein Raum mehr (OGH 27.5.1992, 3 Ob 56/92).

⁴⁴³ Dies dürfte nur in Ausnahmefällen einschlägig sein (s hierzu bereits oben FN 269).

Wird ein Vorvertrag iSd § 936 ABGB über die Veräußerung einer Liegenschaft unter Beteiligung einer schutzberechtigten Partei abgeschlossen, so unterliegt dieser Vertrag, insb aufgrund des Umstandes, wonach aus dem unterfertigten Vorvertrag auf Abschluss des Hauptvertrags geklagt werden kann⁴⁴⁴, ebenfalls der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts. Der Abschluss eines Vorvertrages würde mE nur Sinn machen, wenn auf diesen die allgemeinen Voraussetzungen des § 167 Abs 3 ABGB zur Anwendung gelangen würden, nicht jedoch die strengeren Anforderungen der §§ 223 und 220 Abs 3 ABGB. Bei ausschließlicher Betrachtung des Wortlauts könnten Zweifel darüber aufkommen, ob die zit Bestimmungen auch auf den Abschluss von Vorverträgen anwendbar sind. Wäre dies jedoch der Fall, so könnten die strengen Voraussetzungen der §§ 223 sowie 220 Abs 3 ABGB schlicht dadurch umgegangen werden, dass ein Vorvertrag abgeschlossen wird. ME sind deshalb die §§ 220 Abs 3 und 223 ABGB⁴⁴⁵ extensiv auszulegen oder auf den Abschluss von Vorverträgen analog anzuwenden. Der Abschluss eines Vorvertrags schafft sohin auch bei Liegenschaftstransaktionen keinen Mehrwert. Vielmehr sind damit zusätzliche Aufwendungen verbunden und ist diese Vorgehensweise deshalb nicht zu empfehlen.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Vgl zB OGH 24.6.2003, 4 Ob 20/03z; s auch oben FN 60.

⁴⁴⁵ Ggf auch § 219 ABGB.

⁴⁴⁶ Der Abschluss eines Vorvertrags wird somit im Regelfall nicht im Interesse des Pflegebedürftigen liegen, weshalb die Genehmigungsfähigkeit im Übrigen fraglich ist.

5. Ausgestaltung des Kaufvertrags⁴⁴⁷

5.1. Allgemeine Aspekte der Ausgestaltung des Kaufvertrages

Sowohl beim Liegenschafts Kauf als auch -verkauf durch eine schutzberechtigte Person bietet sich der Rückgriff auf eine Präambel besonders gut an. In der Präambel können insb die (Beweg)Gründe für die Veräußerung bzw den Erwerb der Liegenschaft ausgeführt werden. Möglich und tunlich erscheint auch die Beschreibung der vertragsgegenständlichen Immobilien.

Im Hinblick auf die bereits dargelegte Rsp⁴⁴⁸ ist jedenfalls darauf zu achten, dass bei einer belasteten Liegenschaft eine Vereinbarung über die Lastentragung getroffen wird, da widrigenfalls Dissens vorliegt und nicht einmal eine etwaige pflegschaftsgerichtliche Genehmigung diesen Mangel sanieren würde.⁴⁴⁹

Das Verhältnis von Kaufpreis zu Verkehrswert spielt beim Erwerb und bei der Veräußerung von Immobilien unter Beteiligung einer schutzberechtigten Person eine wesentliche Rolle.⁴⁵⁰ Vor diesem Hintergrund wird der Vertragserrichter mMn gut beraten sein, entsprechende Angaben, idealerweise unter Berufung auf ein beigelegtes Sachverständigengutachten, zu tätigen.⁴⁵¹ Sowohl beim Liegenschafts Kauf als auch beim -verkauf durch schutzberechtigte Personen kann sich im Hinblick auf den Kaufpreis

⁴⁴⁷ Wie sich bei aufmerksamer Lektüre der Kapitel 3 und 4 ergibt, kann der Kaufvertrag hinsichtlich der Liegenschaftstransaktion unter Beteiligung eines Schutzberechtigten nur dann (sinnvoll) ausgestaltet werden, wenn Klarheit hinsichtlich der Rechtsfrage, ob sämtlichen Parteien ausreichende Geschäftsfähigkeit zukommt oder die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts erforderlich ist, besteht. Das gegenständliche Kapitel ist deshalb aus systematischen Gesichtspunkten den Kapiteln zur Geschäftsfähigkeit und der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung nachgeschaltet.

⁴⁴⁸ Vgl RIS-Justiz RS0122305 sowie die Nachweise in FN 79.

⁴⁴⁹ Durch einen solchen Fehler können somit erhebliche Mehraufwendungen resultieren und der Vertragserrichter dadurch Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein.

⁴⁵⁰ Vgl Unterkapitel 4.2. sowie 4.3.

⁴⁵¹ Sinnvoll ist außerdem, die entsprechenden Ausführungen besonders hervorzuheben und präzisieren. Denkbar ist bspw folgende Klausel (bei der Veräußerung): „Der Verkehrswert der gegenständlichen Liegenschaft wurde durch das Gutachten des X vom 1.1.2023 ermittelt. Das Gutachten vom 1.1.2023 wird der gegenständlichen Vereinbarung beigelegt und stellt einen integrierten Bestandteil des gegenständlichen Kaufvertrags dar. Der Verkehrswert beträgt laut Gutachten € 1.000.000,--. Der Kaufpreis wurde mit € 2.500.000,-- festgelegt. Der Kaufpreis übersteigt den Verkehrswert um 150% und liegt sohin bei mehr als dem Doppelten des Verkehrswerts (vgl OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y)“.

außerdem aus objektiven Gesichtspunkten die Verkürzung über die Hälfte ergeben.⁴⁵² In den meisten Fällen dürfte die Problematik dadurch entschärft sein, dass bereits ein Privatgutachten eingeholt wurde und in diesem eine Gegenüberstellung von Verkehrswert und Kaufpreis erfolgte und dem Kontrahenten des Schutzberechtigten sohin die Verkürzung über die Hälfte bekannt war.⁴⁵³

Ratsam, jedoch nicht zwingend erforderlich⁴⁵⁴ ist auch die Aufnahme einer Klausel, wonach der Kaufvertrag durch die einzuholende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung aufschiebend bedingt ist. Zur Klarstellung kann auch der Passus beigesetzt werden, wonach von beiden Parteien sämtliche Maßnahmen⁴⁵⁵ getroffen werden, die für die Erwirkung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich sind.⁴⁵⁶ Muss die grundverkehrsbehördliche Genehmigung eingeholt werden, so ist der Kaufvertrag auch in dieser Hinsicht aufschiebend bedingt.⁴⁵⁷ Da das Pflegschaftsgericht im pflegschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren die Erfolgsaussicht der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung beurteilen muss⁴⁵⁸, wird der Vertragserrichter

⁴⁵² Insb für den Liegenschaftsverkauf durch schutzberechtigte Personen kann die Frage relevant sein, da nach der bereits mehrfach zit Rsp des OGH ein offenerbarer Vorteil iSd § 223 ABGB jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn der Kaufpreis bei mehr als dem Doppelten des Verkehrswerts liegt. (OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y).

⁴⁵³ Kenntnis des wahren Wertes schließt nach § 935 ABGB die Anfechtung wegen *leasio enormis* aus. Zu beachten ist idZ, dass der Ausschluss jedoch tatsächliche Kenntnis voraussetzt, und der Umstand, dass sich der Vertragspartner Kenntnis vom wahren Wert hätte verschaffen können, bedeutungslos ist (vgl OGH 10.7.2001, 4 Ob 147/01y).

⁴⁵⁴ Vor Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ist der Vertrag nach stRsp ohnehin bei Bindung beider Vertragsteile schwebend unwirksam (vgl etwa OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y).

⁴⁵⁵ Ratsam ist auch festzulegen, wer die Kosten zu tragen hat, die mit einem etwaigen neuerlichen Antrag auf Erteilung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung verbunden sind. Unter Berücksichtigung der strengen Voraussetzungen des § 223 ABGB ist die Vereinbarung der Kostentragung durch den Käufer zu empfehlen.

⁴⁵⁶ Die Klausel könnte dabei wie folgt formuliert werden: *Der gegenständliche Kaufvertrag unterliegt, bedingt durch die Minderjährigkeit des Verkäufers, der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts. Die Rechtswirksamkeit des gegenständlichen Rechtsgeschäfts ist deshalb durch die einzuholende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung aufschiebend bedingt. Von beiden Vertragsparteien werden nach Maßgabe der rechtlichen und faktischen Möglichkeiten jene Maßgaben getroffen, die für die Erwirkung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich sind. Wird die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erteilt, so werden die Kosten, welche mit der neuerlichen Antragstellung verbunden sind, vom Käufer getragen.*

⁴⁵⁷ Vgl oben Kapitel 2.2.2. In solchen Konstellationen ist die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages sohin vom Eintritt von zwei aufschiebenden Bedingungen abhängig.

⁴⁵⁸ S oben FN 314.

mE gut beraten sein, bereits in die Vertragsurkunde sämtliche Umstände zu integrieren, welche für die abschließende Beurteilung erforderlich sind.⁴⁵⁹

Ist an der Transaktion ein Minderjähriger beteiligt, so ist im Lichte des § 167 Abs 3 ABGB auch eine Zustimmungserklärung vom anderen obsorgeberechtigten Elternteil, sofern ein solcher vorhanden ist, eingeholt und in die Vertragsurkunde integriert werden.⁴⁶⁰

Vorsicht ist auch geboten, falls die schutzberechtigte Person⁴⁶¹ einem Unternehmer gegenübersteht. IdF sollten mE die vertraglichen Bestimmungen den verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften entsprechen, widrigenfalls sich der Vertrag als für den Pflegebedürftigen nachteilig erweisen kann.⁴⁶²

In der Vertragsurkunde soll mMn nach außerdem deutlich hervorgehoben werden, dass eine der Parteien schutzberechtigt ist und, im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen, klarstellen, ob der Verkäufer oder Käufer betroffen ist.⁴⁶³ Wird die Geschäftsfähigkeit des Pflegebedürftigen für die Durchführung der Liegenschaftstransaktion bejaht, so sollten die für die Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkte dargelegt werden. Sofern eine betroffene Person die Liegenschaft erwirbt, ist die Beilegung eines Sachverständigengutachtens hinsichtlich des

⁴⁵⁹ Daneben kann der Vertragserrichter auch rechtliche Aspekte in den Kaufvertrag implementieren. Das Pflegschaftsgericht ist an die rechtliche Beurteilung des Vertragserrichters zwar nicht gebunden. Die Ausführungen können jedoch als Orientierungshilfe fungieren und sich sohin positiv im Genehmigungsverfahren auswirken.

⁴⁶⁰ Im Vertrag sollte idZ auch ausdrücklich angegeben werden, durch welchen gesetzlichen Vertreter der Minderjährige vertreten wird. Anstelle einer Zustimmungserklärung kann außerdem angegeben werden, dass der Minderjährige durch beide Elternteile vertreten wird.

⁴⁶¹ In der Eigenschaft eines Verbrauchers.

⁴⁶² Dagegen könnte eingewandt werden, dass die entsprechenden Klauseln sowieso nichtig sind und die betroffene Person sohin in Wahrheit gar nicht benachteiligt werden würde. Faktisch ist jedoch zu beachten, dass sich der Unternehmer dennoch auf die unwirksame Klausel berufen könnte und die Rechtsdurchsetzung für den Pflegebedürftigen mit einem Mehraufwand verbunden wäre.

⁴⁶³ Dies kann bspw wie folgt geschehen: „Der gegenständliche Kaufvertrag wird von nachstehenden Personen bedungen: X, geb. 1.1.1955 als Verkäufer sowie Y, geb. 1.1.2008 als Käufer (Anmerkung: der Käufer ist mündiger Minderjähriger)“.

Geisteszustands anzuraten.⁴⁶⁴ IdF sollte der Kaufvertrag auch besonders transparent und übersichtlich gestaltet sein.⁴⁶⁵

Nicht verzichtet werden sollte außerdem auf die Einbeziehung eines Treuhänders. Dadurch wird das Ausfallsrisiko einer Partei (erheblich) gemindert, weshalb die treuhändige Abwicklung im Interesse des Pflegebedürftigen liegt.⁴⁶⁶

5.2. Veräußerung durch die schutzberechtigte Person

In der Rechtspraxis stellt sich die Frage, ob die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Bezifferung des offenbaren Vorteils zwingend erforderlich ist.⁴⁶⁷ *Sabitsch*⁴⁶⁸ sieht die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Regelfall vor und lässt dieses Erfordernis nur in einfach gelagerten Fällen entfallen. Nach *Huter*⁴⁶⁹ sprechen hingegen die besseren Argumente⁴⁷⁰ gegen die zwingende Einholung eines Sachverständigengutachtens. ME ist der Ansicht von *Huter* zu folgen, wobei diese dahingehend zu präzisieren ist, dass der Richter von der Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen absehen kann, wenn sich bereits aus den vorhandenen

⁴⁶⁴ Das Einholen eines entsprechenden Gutachtens ist jedoch freilich mit zusätzlichen Kosten verbunden. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass dadurch auch (erhebliche) Aufwendungen erspart werden können. Kommt durch das Gutachten nämlich hervor, dass der Betroffene, entgegen der Auffassung der beteiligten Personen, geschäftsunfähig ist, so wird der Kaufvertrag bereits von Anfang an nicht, oder nur unter Beiziehung eines gesetzlichen Vertreters abgeschlossen, wodurch die mit der Rückabwicklung verbundenen Kosten erspart bleiben.

⁴⁶⁵ S oben FN 200.

⁴⁶⁶ Problematisch sind mE hingegen gerade jene Liegenschaftstransaktionen, an welchen kein Treuhänder teilnimmt. Bei strenger Betrachtung könnte mMn in solchen Fällen sogar die Auffassung vertreten werden, dass die Interessen des Pflegebedürftigen gefährdet werden, da keine ausreichenden Schutzmaßnahmen zur Minimierung des Ausfallsrisikos des Kontrahenten getroffen wurden.

⁴⁶⁷ Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da die Einholung eines Sachverständigengutachtens mit zusätzlichem (erheblichem) Kostenaufwand verbunden ist.

⁴⁶⁸ *Sabitsch*, ÖJZ 1949, 261 (264).

⁴⁶⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (8).

⁴⁷⁰ So sieht § 132 AußStrG idGF im Gegensatz zu § 121 AußStrG idF BGBl. I Nr. 111/2003, § 21 UbG idF BGBl. I Nr. 155/1990 oder § 230e ABGB idF BGBl. I Nr. 403/1997 nicht zwingend die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Falle der Veräußerung von Liegenschaften vor. Nur für die Beurteilung der Sicherheit und Wirtschaftlichkeit der Anlegung von Mündelgeld sowie des Erfordernisses eines Wechsels der Anlageform nach Maßgabe des § 221 ABGB sieht § 132 Abs 2 AußStrG idGF die obligatorische Einholung eines Sachverständigengutachtens vor. Zu berücksichtigen ist außerdem die Vorschrift des § 31 Abs 3 Satz 2 AußStrG, wonach der erkennende Richter von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen kann, sofern er selbst über die notwendige Sachkunde verfügt. Daneben sprechen auch das Kostenargument sowie die mit der Gutachteneinholung verbundene Verfahrensverzögerung gegen das Erfordernis der zwingenden Sachverständigenbestellung, dies insb im Lichte der Bestimmung des § 13 Abs 2 AußStrG.

Verfahrensergebnissen, zu welchen insb ein bereits vorgelegtes Privatgutachten, eine Bewertung durch die Bank, eine Bewertung durch einen Ortsschätzer oder die Stellungnahme eines Immobilienmaklers gehören können,⁴⁷¹ der Verkehrswert der Liegenschaft zweifelsfrei⁴⁷² und für den Richter nachvollziehbar⁴⁷³ ergibt. Durch dieses Ergebnis wird nicht nur einer (erheblichen) Verfahrensverzögerung, sondern auch einem zusätzlichen Kostenaufwand entgegengetreten.⁴⁷⁴ MMn ist deshalb bereits vor Antragstellung ein Privatgutachten oder eine sonstige Bewertungsurkunde einzuholen und diese in die Vertragsurkunde zu integrieren.⁴⁷⁵ In komplexeren Fällen⁴⁷⁶ kann die Einholung des Gutachtens eines gerichtlichen Sachverständigen jedoch unabdingbar sein.⁴⁷⁷ Abhilfe und Rechtssicherheit kann idF mE die Vorschrift des § 132 Abs 1 Satz 2 AußStrG schaffen, wonach die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung bereits für eine geplante Rechtshandlung ausgesprochen erteilt werden kann.⁴⁷⁸ Es soll schließlich auch auf den Umstand hingewiesen werden, wonach in der Praxis veräußerungswillige Parteien bereits in der Planungsphase ihren Verkaufswunsch mit dem Pflegschaftsgericht absprechen und dadurch im Voraus die rechtlichen Rahmenbedingungen für die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung abgesteckt werden.⁴⁷⁹ Die vorgegeben rechtlichen Paramater können in weiterer Folge in den Kaufvertrag integriert werden.

⁴⁷¹ Vgl idS *Huter*, iFamZ 2008, 4 (7).

⁴⁷² Ist die Richtigkeit des Privatgutachtens zweifelhaft so müsste der Pflegschaftsrichter, um den in § 16 AußStrG normierten Untersuchungsgrundsatz Genüge zu leisten, einen gerichtlichen Sachverständigen bestellen.

⁴⁷³ Auch wenn sich mit einem Privatgutachten allein kein Sachverständigenbeweis führen lässt (vgl LG Eisenstadt 7.4.2008, 20 R 42/08p; LGZ Wien 30.1.2007, 44 R 22/07x), erscheint mE die Auffassung vertretbar, wonach der Richter – in Verbindung mit dem eingeholten Privatgutachten – selbst über die notwendige Sachkunde iSd § 31 Abs 3 Satz 2 AußStrG zur Beurteilung des Verkehrswerts der Liegenschaft verfügt und deshalb die Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen nicht erforderlich ist.

⁴⁷⁴ Vgl auch *Huter*, iFamZ 2008, 4 (7 f).

⁴⁷⁵ Dies ermöglicht außerdem eine nachvollziehbare Gegenüberstellung von Verkehrswert und Verkaufspreis.

⁴⁷⁶ So etwa, wenn es um die Veräußerung von Grundstücken in besonderen Lagen geht, sich die Frage von etwaigen Abschlägen vom Verkehrswert stellt, besondere und atypische wertbestimmende Faktoren zu berücksichtigen sind oder sonstige besondere Umstände vorliegen.

⁴⁷⁷ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (8). In diesen Fällen wird dem Richter im Regelfall auch die notwendige Sachkunde zur autonomen Beurteilung des Verkehrswertes der Liegenschaft fehlen, weshalb § 31 Abs 3 Satz 2 AußStrG nicht greift.

⁴⁷⁸ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 132 Rz 73.

⁴⁷⁹ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (8).

In die Vertragsurkunde ist jedenfalls jenes Tatsachensubstrat aufzunehmen, welches den offenbaren Vorteil⁴⁸⁰ oder den Notfall⁴⁸¹ iSd § 223 ABGB begründen soll. Aus systematisch-logischen Gründen sollten mE die entsprechenden Ausführungen bereits einleitend, tunlichst in der Präambel, getätigt werden.⁴⁸²

Beim Liegenschaftsverkauf erscheint außerdem, obwohl dies nicht ausdrücklich von § 223 ABGB verlangt wird, ein genereller⁴⁸³ Gewährleistungsausschluss geboten und wird dies in der Rechtspraxis im Regelfall auch entsprechend gehandhabt.⁴⁸⁴ Bestimmten Unsicherheiten – zB der Frage der Bodenbeschaffenheit – kann durch anderweitige Maßnahmen, insb durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, entgegengetreten werden.⁴⁸⁵ Dem Käufer sollten im Vertrag außerdem zumindest ins Gewicht fallende Kosten, Gebühren und Abgaben auferlegt werden.⁴⁸⁶

5.3. Erwerb durch die schutzberechtigte Person

Aufgrund des Umstandes, wonach beim Erwerb einer Liegenschaft entweder § 167 Abs 3 ABGB isoliert, § 219 ABGB oder § 220 Abs 3 ABGB zur Anwendung gelangen können⁴⁸⁷, ist es mE empfehlenswert bereits einleitend in der Vertragsurkunde eine detaillierte Beschreibung der Liegenschaft vorzunehmen und auch selbst auszuführen,

⁴⁸⁰ Dazu ausführlich unten Unterkapitel 4.2.2.

⁴⁸¹ Dazu ausführlich unten Unterkapitel 4.2.3.

⁴⁸² S bereits oben Unterkapitel 5.1. Da die Voraussetzungen des § 223 ABGB von der Rsp sehr streng geprüft werden, ist eine genaue und umfangreiche Umschreibung der entsprechenden Gründe äußerst ratsam.

⁴⁸³ Anderes kann gelten, wenn bestimmte Eigenschaften der Liegenschaft ausdrücklich zugesagt werden sollen. IdF sollte der Vertragsserrichter jedoch besonderen Wert auf eine klare und unmissverständliche Formulierung legen, da mögliche Auslegungsschwierigkeiten des Vertragstextes eine negative Auswirkung auf die vom Gericht durchzuführende Gesamtbeurteilung hätte. Gewisse Klauseln, welche die Minimierung von Unsicherheitsfaktoren zugunsten des Käufers beabsichtigten – zB die Zusicherung einer bestimmten Bodenbeschaffenheit – sollten hingegen jedenfalls nicht verwendet werden.

⁴⁸⁴ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (7). Dies ist mE auch empfehlenswert, zumal das Pflegschaftsgericht die Möglichkeit der Geltendmachung von gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen vom Vertragspartner in die Gesamtbeurteilung miteinzubeziehen hätte. Im Allgemeinen ist wohl davon auszugehen, dass sich eine gewährleistungsrechtliche Einstandspflicht negativ auf die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit auswirkt, zumal diese gewissermaßen wie das Damoklesschwert über den Verkäufer schweben kann.

⁴⁸⁵ Dadurch kommt es de facto zu einer Haftungsverlagerung auf den Sachverständigen. S bereits oben X.

⁴⁸⁶ *Huter*, iFamZ 2008, 4 (6).

⁴⁸⁷ S dazu oben Unterkapitel 3.3.

welche der soeben zit Bestimmungen zur Anwendung gelangen soll.⁴⁸⁸ Sofern der Erwerb am (strengen) Maßstab des § 220 Abs 3 ABGB zu beurteilen ist, sind auch jene Erwägungen in den Vertrag zu implementieren, aus welchen ersichtlich ist, dass die Liegenschaft dem Pflegebedürftigen mit Beziehung auf dessen gegenwärtige oder künftige Berufsausübung oder sonst zum offenbaren Vorteil gereichen wird.⁴⁸⁹

Wird eine Liegenschaft von einem erwerbstätigen Minderjährigen angeschafft⁴⁹⁰, so muss sich nach der (zweitinstanzlichen) Rsp aus dem Kauvertrag eindeutig der Umstand ergeben, wonach dieser auch tatsächlich ein Einkommen in einer Höhe hatte, dass er den Kaufpreis aus eigenem Erwerb ansparen konnte.⁴⁹¹ Falls dem Minderjährigen außerdem ein (hoher) Geldbetrag zur freien Verfügung überlassen wurde, sind diesbezüglich mMn entsprechende Nachweise zu erbringen, um entsprechende Zweifel zu beseitigen. Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 170 Abs 2 ABGB sind schließlich Ausführungen zu den Lebensbedürfnissen des Minderjährigen zu tätigen, wobei idZ darzulegen ist, dass deren Befriedigung durch das abzuschließende Rechtsgeschäft nicht gefährdet wird.

Im Gegensatz zur Liegenschaftsveräußerung darf mE die Gewährleistung beim Liegenschafts Kauf nicht (gänzlich) abbedungen werden, da widrigenfalls der Erwerb für den Minderjährigen mit einem Risiko verbunden ist und in der Gesamtbetrachtung sohin unvorteilhaft sein kann. Auch die Zusicherung einer bestimmten Bodenbeschaffenheit oder die Einholung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens⁴⁹² ist mMn empfehlenswert.

Wird die Liegenschaft vermietet oder verpachtet, so wäre es ratsam, entsprechende Umsatzlisten vorzulegen⁴⁹³, da dadurch auch die Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts

⁴⁸⁸ Diese Vorgehensweise hat mMn den Vorteil, dass der Pflegschaftsrichter auf die Rechtsauffassung des Vertragsserrichters aufmerksam gemacht wird und dieser – sofern überzeugende rechtliche Argumente vorgebracht wurden – im Regelfall wohl auch folgen wird.

⁴⁸⁹ S Unterkapitel 4.3.3.

⁴⁹⁰ Vgl Unterkapitel 3.1.3.

⁴⁹¹ Vgl KG Wels 17.5.1978, R 279/78 sowie FN 163.

⁴⁹² Wobei dieses zum integrierten Bestandteil des Kaufvertrags erklärt wird.

⁴⁹³ Die Umsatzlisten können dabei vorgelegt werden. Zum integrierten Vertragsbestandteil sollten diese mMn nicht erklärt werden, da widrigenfalls die Gefahr bestünde, dass die Höhe oder die Einbringlichkeiten der Miete- bzw Pachteinahmen Vertragsbestandteil wird. Dies kann zB durch nachstehende Klausel vermieden werden: „Die gegenständliche Liegenschaft wird an die XY GmbH verpachtet. Der Pachtvertrag ist bis zum 31.12.2030 befristet und wird der vorliegenden Vertragsurkunde beigelegt. Die jährlichen

besser beurteilt werden kann. Gleichzeitig muss jedoch in Kauf genommen werden, dass der Wert der Liegenschaft durch einen ungünstigen Miet- oder Pachtvertrag (erheblich) gemindert werden kann. Sofern dies der Fall sein, sollte dies bei der Bestimmung des Kaufpreises unbedingt bedacht werden.

Pachteinnahmen betragen derzeit € 50.000,--. Der Pachtzins ist wertgesichert. Vom Verkäufer wird weder die Einbringlichkeit noch die Höhe der Pachteinnahmen zugesichert.“

6. Grundbücherliche Durchführung⁴⁹⁴

6.1. Allgemeines

Bei der grundbücherlichen Durchführung von Liegenschaftsverträgen an welchen eine schutzberechtigte Partei beteiligt ist, kommt der Vorschrift des § 94 GBG besondere Bedeutung zu, weshalb sich das gegenständliche Kapitel schwerpunktmäßig mit dieser Norm beschäftigt.

Im Allgemeinen ist insb darauf zu achten, dass die Urkunden verbücherungsfähig sind und ist idZ insb auf die Vorschrift des § 31 GBG zu verweisen.⁴⁹⁵

Der (praxisrelevante) Antrag der schutzberechtigten Person auf Anmerkung der Rangordnung unterliegt der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.⁴⁹⁶ IdZ ist außerdem auf die Rsp des OGH⁴⁹⁷ zu verweisen, wonach die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Antrags einer unter Erwachsenenvertretung stehenden Person auf Anmerkung der Rangordnung die Beglaubigung der Unterschrift des Erwachsenenvertreters nur dann ersetzt, wenn der dem Grundbuchsgericht vorgelegte Beschluss des Pflegschaftsgerichts einen Hinweis auf den Umstand enthält, wonach gerade die Einreichung eines Grundbuchantrags durch den Erwachsenenvertreter und nicht etwa durch eine anderer Person genehmigt wurde.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ Dieses Kapitel gründet auf Kapitel 5, da für die grundbücherliche Durchführung im Lichte des § 94 GBG, insb wenn eine schutzberechtigte Partei an der Liegenschaftstransaktion beteiligt ist, der Ausgestaltung des Kaufvertrages eine tragende Rolle zukommt.

⁴⁹⁵ S bereits oben Unterkapitel 2.3.

⁴⁹⁶ *Kodek in Kodek*, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 125. Eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung wird jedoch nicht erforderlich sein, wenn das Rechtsgeschäft (ausnahmsweise) zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehört.

⁴⁹⁷ S OGH 12.7.2005, 5 Ob 150/05b.

⁴⁹⁸ Vgl *K.Binder in Kodek*, Grundbuchsrecht² § 53 GBG Rz 4/1. Der Erwachsenenvertreter wird deshalb – auch zur Vermeidung von Haftungsfolgen – entsprechende Vorkehrungen zu treffen haben.

Ist die Einholung der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts erforderlich, so muss im Lichte des § 26 Abs 2 GBG auch die Rechtskraftbestätigung des Genehmigungsbeschlusses vorgelegt werden.⁴⁹⁹

6.2. Vorschrift des § 94 GBG

Ist eine Partei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw der Abgabe der Aufsandungserklärung minderjährig, so begründet dies Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG.⁵⁰⁰ Die Minderjährigkeit ist dabei im Grundbuch angemerkt.⁵⁰¹ Anderes gilt jedoch dann, wenn sich aus dem Kaufvertrag eindeutig ergibt, dass der Minderjährige Einkommen in solcher Höhe bezieht, dass er den für den Erwerb der Liegenschaft erforderlichen Kaufpreis ansparen konnte.⁵⁰² Sinngemäßes muss gelten, wenn der Minderjährige eindeutig nachweisen kann, dass ihm der entsprechende Geldbetrag zur freien Verfügung überlassen wurde.⁵⁰³ In den Fällen des § 170 Abs 2 ABGB ist jedoch zu beachten, dass durch das Rechtsgeschäft die Befriedigung der Lebensbedürfnisse des Minderjährigen nicht gefährdet werden darf, weshalb mE auch diesbezüglich entsprechende Nachweise in den Kaufvertrag zu implementieren sind, widrigenfalls wohl Bedenken iSd § 94 GBG angenommen werden müssen. Wurde die Löschung der Anmerkung der Minderjährigkeit unterlassen, so begründet dies dann keine Bedenken iSd zit Bestimmung, wenn sich die Volljährigkeit der betroffenen Person unzweifelhaft ergibt.⁵⁰⁴ Bedenken iSd der zit Rechtsvorschrift werden mMn auch dann Bestehen, wenn zwar die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts vorliegt, die Zustimmung des anderen obsorgeberechtigten Elternteils iSd § 167 Abs 3 ABGB jedoch nicht nachgewiesen werden kann.

⁴⁹⁹ *Hagleiter* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 26 GBG Rz 9.

⁵⁰⁰ OGH 30.6.1996, 5 Ob 186/66.

⁵⁰¹ § 20 lit a GBG.

⁵⁰² *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 50. IdZ ist es besonders wichtig, eine entsprechende Passage in die Vertragsurkunde zu implementieren. Um den Erfordernissen des § 170 Abs 2 ABGB Genüge zu leisten, sollte außerdem im Kaufvertrag dargelegt werden, dass durch das Rechtsgeschäft die Bedürfnisse des Minderjährigen nicht gefährdet werden.

⁵⁰³ S bereits Unterkapitel 3.1.3.

⁵⁰⁴ *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 50.

Nach der Rsp⁵⁰⁵ begründet auch die Bestellung eines Erwachsenenvertreters begründete Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG, wobei die Judikatur auch auf den Zeitraum, welcher seit der Bestellung verstrichen ist, abstellt.⁵⁰⁶ Eine aA vertreten *Barth/Ganner*⁵⁰⁷. Unter Berufung auf die Vermutungsregel des § 24 Abs 2 ABGB gehen diese nämlich davon aus, dass der Umstand alleine, wonach jemanden ein Erwachsenenvertreter bestellt wurde, nicht geeignet ist, um beim Grundbuchsgericht begründete Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG hervorzurufen.⁵⁰⁸ IdZ ist außerdem anzumerken, dass im Grundbuch nicht die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters, sondern bloß die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts iSd § 242 Abs 2 ABGB anzumerken ist, sofern dieser die eingetragenen Rechte erfasst.⁵⁰⁹

Schließlich ist hervorzuheben, dass grds auch ein Nachtrag zu dem bereits pflegschaftsgerichtlich genehmigten Kaufvertrag möglich ist. Durch den Nachtrag darf sich jedoch der Inhalt des genehmigten Vertrages nicht wesentlich ändern, widrigenfalls Bedenken iSd § 94 GBG bestehen und dies die Abweisung des Grundbuchgesuchs zur Folge hat.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ Vgl RIS-Justiz RS0107975; OGH 21.10.2008, 5 Ob 206/08t.

⁵⁰⁶ So wurden bspw beachtliche Bedenken an der Handlungsfähigkeit bei einem Zeitraum von nur einer Woche zwischen Abschluss des Schenkungsvertrages und Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters angenommen (OGH 8.4.1997, 5 Ob 108/97m; OGH 14.9.1999, 5 Ob 180/99b). Im Allgemeinen gebieten nach dem OGH jedoch die Vermutung, wonach jeder Mensch voll handlungsfähig ist, sowie Gründe der Rechtssicherheit, dass die Indizwirkung einer notwendig gewordenen Bestellung eines Erwachsenenvertreters auf maximal ein Jahr vor dem Bestellakt ausgedehnt wird, sofern nicht konkrete Belege für einen bereits länger andauernden Zustand der beschränkten Handlungsfähigkeit vorliegen (vgl OGH 29.10.2004, 5 Ob 207/04h).

⁵⁰⁷ *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 85 f.

⁵⁰⁸ ME ist der Auffassung von *Barth/Ganner* zuzustimmen. Die von der Rsp aufgestellten Zeiträume, in welchen die Bestellung eines Erwachsenenvertreters Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG hervorruft, finden nämlich keine Stütze im Gesetz.

⁵⁰⁹ *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts 85 f; s auch § 20 lit a GBG.

⁵¹⁰ *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 125 mwN.

7. Conclusio

Aus der gegenständlichen Masterthesis lassen sich sohin nachstehende Erkenntnisse ableiten:

- Der Ablauf und die Voraussetzungen eines Liegenschaftskaufs bzw -verkaufs hängen maßgeblich davon ab, ob an der Liegenschaftstransaktion ausschließlich voll geschäftsfähige Personen oder zumindest eine schutzbeteiligte Person beteiligt sind.
- Soll am immobilienbezogenen Rechtsgeschäft eine schutzberechtigte Person teilnehmen, so ist in einem ersten Schritt die Geschäftsfähigkeit zu prüfen. Bei minderjährigen Personen können grds nur mündige Minderjährige im Rahmen des § 170 Abs 2 ABGB autonom handeln.⁵¹¹ Die Voraussetzungen der zit Bestimmung werden bei einer Liegenschaftstransaktion, wie in der gegenständlichen Masterthesis dargelegt wurde, nur in Ausnahmefällen vorliegen. Bei betroffenen Erwachsenen hängt die Möglichkeit des selbstbestimmten Handelns von der Entscheidungsfähigkeit ab, wobei diese gem § 24 Abs 2 ABGB vermutet wird. Bei betroffenen Erwachsenen ist jedenfalls zu empfehlen, den Liegenschaftskaufvertrag möglichst übersichtlich und transparent zu gestalten, damit der Betroffene in der Lage ist, das Wesen des Geschäfts zu verstehen und sohin über die für den Abschluss des Kaufvertrags erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügt. Ratsam ist auch die Einholung eines Gutachtens zur Beurteilung des Geisteszustandes des Betroffenen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.⁵¹²
- Steht fest, dass der Schutzberechtigte über keine ausreichende Geschäftsfähigkeit verfügt, so kann dieser nicht autonom handeln. IdF ist ein Einschreiten des gesetzlichen Vertreters erforderlich, wobei das immobilienbezogene Rechtsgeschäft auch vom Pflschaftsgericht genehmigt werden muss, sofern das Geschäft nicht ausnahmsweise zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehört.⁵¹³ Diese Vorgehensweise stellt bei Liegenschaftstransaktionen unter Beteiligung einer schutzberechtigten Partei den Regelfall dar, weshalb die gegenständliche

⁵¹¹ Vgl Unterkapitel 3.1.3.

⁵¹² Vgl Unterkapitel 3.2.

⁵¹³ Vgl Unterkapitel 4.1.

Masterthesis im Wesentlichen auch dieser Fallkonstellation gewidmet wurde. Die Voraussetzungen für die Erteilung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung sind komplex und hängen maßgeblich davon, ob eine Liegenschaft veräußert oder erworben wird und welche konkrete Liegenschaft betroffen ist. Beim Liegenschaftsverkauf ist die Vorschrift des § 223 ABGB zu beachten, welche eine Liegenschaftsveräußerung durch einen Schutzberechtigten nur dann zulässt, wenn dies mit einem „offenbaren Vorteil“ für die schutzberechtigte Person verbunden ist oder ein „Notfall“ vorliegt. § 223 ABGB wird von der Rsp sehr streng ausgelegt, dies vor dem Hintergrund, wonach der Grundbesitz grds die sicherste Wertanlage darstellt und deshalb im Eigentum des Pflegebedürftigen verbleiben soll.⁵¹⁴ Bei dem Liegenschaftserwerb kann hingegen nur § 167 Abs 3 ABGB, § 219 ABGB oder § 220 Abs 3 ABGB zur Anwendung gelangen. Während § 219 ABGB bestimmt, dass inländische Liegenschaften grds zur Anlegung von Mündelgeld geeignet sind, normiert § 220 Abs 3 ABGB sehr strenge Voraussetzungen für den Erwerb anderer, nicht privilegierter Liegenschaften.⁵¹⁵

- Nach Klärung der Rechtsfrage, ob der Pflegebedürftiger autonom handeln kann, oder der gesetzliche Vertreter kontrahieren und die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts eingeholt werden muss, hat in einem vierten Schritt die Ausgestaltung des Kaufvertrages zu erfolgen. ME ist bei der Vertragsausgestaltung besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass in der Vertragsurkunde sämtliche Umstände zu implementieren sind, welche für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit bzw der Voraussetzungen für die Erteilung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich sind.⁵¹⁶ Die Ausgestaltung des Kaufvertrags hängt maßgeblich davon ab, ob die Liegenschaft durch den Schutzberechtigten veräußert⁵¹⁷, oder erworben⁵¹⁸ wird, was sich bereits aus Kapitel 3 und 4 ergibt.
- Schließlich ist auf die Besonderheiten des grundbücherlichen Verfahrens, konkret auf § 94 GBG aufmerksam zu machen. Werden die soeben aufgezeigten

⁵¹⁴ Vgl Unterkapitel 4.2.

⁵¹⁵ Vgl Unterkapitel 4.3.

⁵¹⁶ Vgl Unterkapitel 5.1.

⁵¹⁷ Vgl Unterkapitel 5.2.

⁵¹⁸ Vgl Unterkapitel 5.3.

Prüfschritte eingehalten, so wird der letzte Schritt, konkret die erfolgreiche grundbücherliche Einverleibung, mit keinen Schwierigkeiten verbunden sein. Sofern die Befolgung der Prüfschritte unterbleibt, kann dies zur Folge haben, dass die in Kapitel 3 und 4 aufgezeigten Erfordernisse nicht vorliegen und beim Grundbuchsgericht Bedenken iSd § 94 GBG hervorgerufen werden, was letztendlich zur Abweisung des Grundbuchsgesuchs führt.⁵¹⁹

⁵¹⁹ Vgl Unterkapitel 6.2.

Literaturverzeichnis

Monographien:

Knotek, Immobilienmaklerrecht Kompakt (2022)

Kodek, Insolvenzrecht² (2022)

Lehrbücher:

Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ (2021)

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022)

Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018)

Handbücher:

Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2019)

Barth/Ganner, Handbuch des Erwachsenenschutzrechts³ (2019)

Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht² (2020)

Rainer, Miet- und WohnR (Stand 1.5.2015, rdb.at)

Kommentare:

Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (Stand 1.7.2022, rdb.at)

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ (Stand 1.1.2020, rdb.at)

*Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB-Klang-Kommentar*³ (2020)

*Gartner, Bauträgervertragsgesetz*⁴ (Stand 29.12.2017, rdb.at)

GeKo Wohnrecht II (Stand 15.10.2018, rdb.at)

*Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I*² (Stand 1.6.2019, rdb.at)

Grabenwarter/Frank, B-VG (Stand 20.6.2020, rdb.at)

Jaeger/Stöger, EUV/AEUV (Stand 1.12.2020, rdb.at)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.8.2019, rdb.at)

*Kodek, Grundbuchsrecht*² (Stand 1.9.2016, rdb.at)

*Koziol/Bydlinsky/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar*⁶ (2020)

Prader, MaklerG^{2.19} (Stand 1.10.2022, rdb.at)

Prader, WEG^{6.01} (Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at)

*Rummel/Lukas, ABGB*⁴ (Stand 1.7.2015, rdb.at)

Schneider/Verweijen, AußStrG (Stand 1.10.2018, rdb.at)

*Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar*⁴ (2018)

*Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁵ (2020)

*Wagner/Knechtel, Notariatsordnung*⁶ (Stand 1.1.2007, rdb.at)

Zib/Umfahrer, NO (Stand 1.9.2022, rdb.at)

Zeitschriften:

Bollenberger, Konkursfestigkeit der treuhändigen Abwicklung, *ecolex* 1994, 670

Bollenberger, Treuhand und Liegenschaftsverkauf im Konkurs, *JbI* 1995, 38

F.Bydlinsky, Mündelsichere Veranlagung in „industrielle“ oder „gewerbliche“ Liegenschaften, *JbI* 2004, 677 (684);

Degelsegger, Das neue Maklergesetz – ein Überblick über das Immobilienmaklerrecht, *WoBl* 1996, 195

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil I), *ÖJZ* 2004/4

Huter, Der Pflegebefohlene und sein Liegenschaftsvermögen (Teil I), *iFamZ* 2007, 280

Huter, Der Pflegebefohlene und sein Liegenschaftsvermögen (Teil II), *iFamZ* 2008, 4

König, Treuhand und Liegenschaftsverkauf im Konkurs: Wunschvorstellungen und geltende Rechtslage, *JbI* 1995, 398

Kothbauer, Neu: Liegenschaftsversteigerung auch durch den Immobilienmakler, *immolex* 2008, 192

Parapapatits/Perner, Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, *iFamZ* 2017, 160

Sabitsch, Die Veräußerung von unbeweglichen Mündelvermögen, *ÖJZ* 1949, 261

Judikaturverzeichnis

Internationale Gerichte:

EGMR:

EGMR 27.3.2008, *Shtukatur* ./. RUS, Nr. 44009/05

EGMR 22.1.2013, *Lashin* ./. RUS, Nr. 33117/02

EuGH:

EuGH 14.1.1988, C-63/86, *Kommission/Italien*

EuGH 30.5.1989, C-305/87, *Kommission/Griechenland*

EuGH 16.3.1999, C-222/97, *Trummer und Mayer*

EuGH 22.11.2018, C-575/17, *Sofina*

Österreichische Gerichte:

Oberster Gerichtshof:

OGH 1.12.1953, 1 Ob 923/53

OGH 24.2.1954, 3 Ob 87/54

OGH 19.4.1961, 1 Ob 197/61

OGH 14.6.1962, 5 Ob 93/62

OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65

OGH 19.4.1967, 6 Ob 105/67

OGH 13.5.1971, 1 Ob 129/71

OGH 27.10.1971, 5 Ob 284/71

OGH 26.6.1985, 1 Ob 564/85

OGH 15.6.1988, 1 Ob 574/88

OGH 21.11.1989, 5 Ob 116/89

OGH 28.6.1990, 6 Ob 602/90

OGH 27.5.1992, 3 Ob 56/92.

OGH 29.9.1992, 5 Ob 115/92

OGH 15.12.1992, 5 Ob 153/92

OGH 13.7.1993, 4 Ob 519/93

OGH 2.9.1993, 6 Ob 570/93

OGH 17.11.1993, 1 Ob 512/93

OGH 10.5.1994, 4 Ob 525/94

OGH 8.5.1995, 1 Ob 531/85

OGH 24.10.1995, 4 Ob 567/95

OGH 26.10.1995, 7 Ob 466/55

OGH 11.6.1996, 10 Ob 2120/96d

OGH 19.6.1996, 7 Ob 617/86

OGH 9.7.1996, 4 Ob 2146/96

OGH 25.2.1997, 4 Ob 37/97p

OGH 8.4.1997, 5 Ob 108/97m

OGH 28.8.1997, 3 Ob 2094/96d

OGH 11.2.1997, 10 OB 2066/96p

OGH 14.10.1997, 1 Ob 284/97i

OGH 12.2.1998, 2 Ob 609/79

OGH 23.2.1998, 3 Ob 315/97p

OGH 25.2.1998, 7 Ob 522/88

OGH 9.11.1989, 7 Ob 672/89

OGH 30.6.1998, 4 Ob 164/98s

OGH 15.12.1998, 7 Ob 661/88

OGH 14.9.1999, 5 Ob 180/99b

OGH 9.3.2000, 8 Ob 232/99x

OGH 14.3.2000, 4 Ob 51/00d

OGH 28.8.2000, 8 Ob 165/00y

OGH 23.1.2001, 7 Ob 244/00h

OGH 27.4.2001, 7 Ob 78/01y

OGH 10.7.2001, 4 Ob 147/01y

OGH 19.9.2002, 3 Ob 293/01m

OGH 9.12.2002, 5 Ob 270/03x

OGH 29.4.2003, 4 Ob 56/03v

OGH 29.4.2003, 5 Ob 278/02x

OGH 24.6.2003, 4 Ob 20/03z

OGH 30.10.2003, 8 Ob 109/03t

OGH 27.5.2004, 8 Ob 44/04k

OGH 29.10.2004, 5 Ob 207/04h

OGH 1.9.2005, 2 Ob 196/05w

OGH 24.6.2005, 1 Ob 127/05s

OGH 13.7.2005, 5 Ob 130/07i

OGH 9.3.2006, 6 Ob 286/05k

OGH 28.11.2006, 5 Ob 256/06t

OGH 10.4.2008, 3 Ob 17/08h

OGH 14.7.2008, 5 Ob 82/08g

OGH 14.8.2008, 2 Ob 105/08t

OGH 21.10.2008, 5 Ob 206/08t

OGH 24.3.2009, 4 Ob 12/09g

OGH 16.4.2009, 2 Ob 137/08y

OGH 26.8.2009, 9 Ob 25/09f

OGH 10.11.2009, 5 Ob 141/09k

OGH 28.4.2010, 3 Ob 58/10s

OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h

OGH 17.8.2010, 10 Ob 40/10w

OGH 22.3.2011, 3 Ob 50/11s

OGH 31.5.2011, 10 Ob 51/11i

OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11s

OGH 18.10.2012, 4 Ob 178/12y

OGH 24.4.2012, 2 Ob 41/11k

OGH 24.10.2012, 8 Ob 102/12a

OGH 29.1.2013, 9 Ob 63/12y

OGH 11.4.2013, 1 Ob 55/13i

OGH 28.8.2013, 6 Ob 44/13h

OGH 19.11.2013, 4 Ob 173/13i

OGH 15.7.2014, 10 Ob 31/14b

OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p

OGH 11.8.2015, 4 Ob 102/15a

OGH 22.4.2015, 4 Ob 64/15p

OGH 19.5.2015, 4 Ob 83/15g

OGH 25.11.2015, 8 Ob 114/15w

OGH 25.8.106, 5 Ob 51/16k

OGH 25.10.2016, 4 Ob 205/16z

OGH 29.3.2017, 7 Ob 27/17x

OGH 10.5.2017, 3 Ob 61/17t

OGH 28.6.2017, 9 Ob 27/17m

OGH 26.9.2017, 6 Ob 153/17v

OGH 26.1.2018, 8 Ob 42/17k

OGH 30.1.2018, 2 Ob 224/17f

OGH 19.12.2018, 7 Ob 213/18a

OGH 26.4.2019, 3 Ob 17/19z

OGH 23.5.2019, 3 Ob 87/19v

OGH 5.7.2019, 4 Ob 115/19v

OGH 28.1.2020, 4 Ob 232/19z

OGH 22.7.2020, 1 Ob 120/20h

OGH 20.4.2021, 4 Ob 73/21w

Kreisgerichte:

KG Wels 17.5.1978, R 279/78

KG Krems an der Donau 4.9.1984, 1b R 258/84

Landesgerichte

LG Eisenstadt 7.4.2008, 20 R 42/08p

LG Korneuburg 15.6.2010, 23 R 73/10p

LG Linz 17.5.2016, 15 R 50/16b

LG Salzburg 31.1.2007, 21 R 539/06w

LG Salzburg 10.7.2008, 21 R 171/08f

LG Salzburg 29.6.2010, 21 R 233/10a

LG Salzburg 27.5.2011, 21 R 104/11g

LG Salzburg 10.8.2011, 21 R 174/11a

LG St Pölten 21.11.2018, 23 R 407/18b

LG Wels 2.4.2003, 21 R 92/03h

LG Wels 12.10.2016 21 R 264/16x.

LGZ Wien 14.1.1982, 43 R 17/82

LGZ Wien 18.11.1992, 47 R 511/92

LGZ Wien 30.1.2007, 44 R 22/07x

LGZ Wien 26.5.2009, 42 R 45/09t

LGZ Wien 20.9.2016, 44 R 341/16x

LGZ Wien 12.9.2018, 42 R 183/18z

Bezirksgericht

BG Schwechat 19.3.2010, 8 PG 298/09f

Verwaltungsgerichtshof:

VwGH 9.11.1998, 87/13/0096

VwGH 15.3.2001, 2000/16/0115

Rechtssätze:

RIS-Justiz RS0062792

RIS-Justiz RS0122305

RIS-Justiz RS0034803

RIS-Justiz RS0113312

RIS-Justiz RS0081749

RIS-Justiz RS0060878

RIS-Justiz RS0049181

RIS-Justiz RS0048176

RIS-Justiz RS0081748

RIS-Justiz RS0048113

RIS-Justiz RS0007104

RIS-Justiz RS0107975

RIS-Justiz RS0062806

Behörden:

Datenschutzbehörde:

DSB 23.4.2019, DSB-D123.626/0006-DSB/2018

Abstract

Liegenschaftstransaktionen durch (nicht) voll entscheidungs- und handlungsfähige Personen sind in der Praxis mit zahlreichen Komplikationen verbunden. So sind Liegenschaften einerseits oftmals der wesentliche (und ggf sogar einzige) Bestandteil des Vermögens einer Person. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Modus für den Eigentumserwerb von Immobilien gem § 431 ABGB die Eintragung ins Grundbuch ist, welche deutlich aufwendiger, komplexer und kostspieliger als die Übergabe bei beweglichen Sachen (Mobilien) ist. Schließlich ist zu beachten, dass Liegenschaftstransaktionen im Regelfall nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören und aus diesem Grund bei minderjährigen Vertragspartnern gem § 167 Abs 3 ABGB zur Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts die Genehmigung des Pflschaftsgerichts einzuholen ist. Dasselbe gilt gem § 258 Abs 4 ABGB für Vertretungshandlungen des Erwachsenenvertreters. Bei Liegenschaftstransaktionen hat das Pflschaftsgericht außerdem spezifische Vorschriften anzuwenden.

Die gegenständliche Masterthesis setzt sich genau mit diesen Problemstellungen auseinander und versucht praxisnahe Lösungsansätze zu bieten. Besonderes Augenmerk legt die vorliegende Masterthesis dabei auf zwei Aspekte: Einerseits soll dargelegt werden, inwieweit pflegebefohlene Personen selbstständig, sohin ohne Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters immobilienbezogene Rechtsgeschäfte abschließen können. Andererseits wird aufgezeigt, welche Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung bei immobilienbezogenen Geschäften vorliegen müssen, an denen zumindest eine nicht ausreichend handlungs- und entscheidungsfähige Person beteiligt ist. Da in dieser Sachverhaltskonstellation den Bestimmungen in Bezug auf die pflschaftsgerichtliche Genehmigung, konkret den §§ 167 Abs 3, 219, 223 sowie 258 Abs 4 ABGB, herausragende Bedeutung zukommt, werden diese in der gegenständlichen Masterthesis besonders ausgearbeitet. Abschließend werden Besonderheiten bei der Ausgestaltung des Kaufvertrages sowie der grundbücherlichen Durchführung behandelt.