



## EDITORIAL LIEBE LESERIN NEN, LIEBE LESER!

Wir freuen uns Ihnen die Dezember-Ausgabe unseres Newsletters übermitteln zu können. Stolz dürfen wir vermelden, dass Frau Doktor Elisabeth Grois im November die Rechtsanwaltsprüfung mit sehr gutem Erfolg absolviert hat; nach den mit der Prüfung verbundenen Strapazen darf sie bei diesem Newsletter noch aussetzen ...

Wir haben dennoch wieder eine Reihe von interessanten Beiträgen für Sie aufbereitet. Petra Rindler behandelt aktuelle Judikatur zum Bauvertragsrecht und Wilfried Opetnik geht auf eine Entscheidung zu den Grenzen der Fürsorgepflicht des Werkbestellers ein.

Wir dürfen auch wieder einen Neuzugang vermelden: Herr Doktor Wolfgang Gabler hat ebenfalls bereits die Rechtsanwaltsprüfung abgelegt und sowohl bei Behörden als auch in namhaften Rechtsanwaltskanzleien Berufserfahrung gesammelt. Er befasst sich in diesem Newsletter mit dem Gesetzespaket gegen Sozialbetrug und stellt die Frage, ob es dadurch zu einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von seriösen Baufirmen kommen wird. Die vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannten Einheitswerte für die Eintragungsgebühr bei Liegenschaften führen Christoph Henseler zu der Frage, ob es auch zu Änderungen bei der Grunderwerbsteuer kommen wird.

Eine Novelle des Eisenbahngesetzes sieht vor, dass Tunnelprojekte während des Instanzenzuges ein Jahr lang weitergebaut werden dürfen, selbst wenn der eisenbahnrechtliche Baugenehmigungsbescheid von Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde. Ähnliche Bestimmungen gibt es auch in der Gewerbeordnung und im UVP-Gesetz. Manfred Wiener erläutert unter dem Titel „Investitionsschutz oder Legalisierung von Schwarzbauten“ diese Fortbetriebsrechte im öffentlichen Recht. Julia Weber informiert Sie anschließend über eine im Wiener Naturschutzgesetz versteckte Aufklärungspflicht des Liegenschaftseigentümers bei der Vertragserrichtung.

Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes beschäftigt sich Frank Reiser in unserem letzten Beitrag mit zwei aktuellen Urteilen des Obersten Gerichtshofes zur eingetragenen Partnerschaft.

Wir hoffen Ihnen eine interessante und anregende Lektüre bieten zu können. Bitte nehmen Sie Kontakt mit uns auf, wenn Sie Fragen zu einem der Beiträge haben.

Wir wünschen einen schönen Jahresausklang und ein erfolgreiches Jahr 2012.

■ Hannes Pflaum

## INHALT

02

**AKTUELLE JUDIKATUR ZUM  
BAUWERKVERTRAG**

03

**GRENZEN DER FÜRSORGEPLICHT  
DES WERKBESTELLERS**

04

**GESETZESPAKET GEGEN  
SOZIALBETRUG**

06

**EINHEITSWERT FÜR DIE EINTRA-  
GUNGSGEBÜHR VERFASSUNGS-  
WIDRIG!**

07

**FORTBETRIEBSRECHTE IM  
ÖFFENTLICHEN RECHT**

08

**WIENER NATURSCHUTZGESETZ:  
AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN BEI  
VERKAUF, VERMIETUNG UND  
VERPACHTUNG**

09

**GLEICHBEHANDLUNGSRECHT:  
ZWEI AKTUELLE OGH-URTEILE  
ZUR EINGETRAGENEN PARTNER-  
SCHAFT**

## AKTUELLE JUDIKATUR ZUM BAUWERKVERTRAG

Das Baugeschehen bietet dem Obersten Gerichtshof (OGH) immer wieder Anlass, grundlegende Aussagen zu werkvertraglichen Bestimmungen zu treffen. Im Folgenden werden zwei aktuelle Entscheidungen des OGH behandelt:

### 1. KEINE HAFTUNG DES SUBUNTERNEHMERS GEGENÜBER BAUHERRN FÜR SCHÄDEN

Im Anlassfall zu 4 Ob 192/10d vom 15.2.2011 hat die Subunternehmerin die Generalunternehmerin davor gewarnt, dass sich bei den Asphaltierungsarbeiten Deckenpaneele und Plastiklampen verformen könnten. Trotz dieser Warnung hat die Generalunternehmerin die Subunternehmerin beauftragt, die Arbeiten durchzuführen. In der Folge ist es dann zu den von der Subunternehmerin vorausgesehenen Verformungen gekommen. Die Bauherrin hat dann direkt die Subunternehmerin auf Schadenersatz geklagt, weil die Generalunternehmerin insolvent wurde.

Der OGH hat jedoch eine Haftung der Subunternehmerin mit der Begründung verneint, dass die Subunternehmerin zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Generalunternehmerin das geschuldete Werk vertragskonform fertigstellen würde, indem sie vor Übergabe die allenfalls eingetretenen Schäden beheben werde. Nach Ansicht des OGH besteht keine generelle Pflicht der Subunternehmerin, Schädigungen anderer durch ihr Tätigwerden zu verhindern.

Der OGH bestätigt somit die bisherige Judikatur, wonach ein Durchgriff der Bauherrin auf Subunternehmer ihrer Generalunternehmerin grundsätzlich nicht zulässig ist und der Vertrag zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern daher keine Schutzwirkungen zu Gunsten der Bauherrin entfaltet. Dies gilt auch für den Fall, dass die Generalunternehmerin insolvent geworden ist; dies ist das kaufmännische Risiko der Bauherrin.



### 2. WERKVERTRAG – SCHUTZWIRKUNG ZU GUNSTEN VON MIETERN ODER ANGEHÖRIGEN

In der Entscheidung 2 Ob 210/10m vom 7.4.2011 hat der OGH ausgesprochen, dass bei Werkverträgen eine Schutzpflicht zu Gunsten Dritter dann angenommen wird, wenn bei objektiver Auslegung des Vertrags anzunehmen ist, dass eine Sorgfaltspflicht auch im Bezug auf dritte Personen, wenn auch nur der vertragsschließenden Partei gegenüber, übernommen wurde. So hat der OGH bereits wiederholt ausgesprochen, dass Werkverträge Schutzwirkungen gegenüber Familienangehörigen und Mietern des Auftraggebers auslösen können. Eine extensive Auslegung des Parteiwillens der Vertragsparteien dahin, dass auch Dritte geschützt

werden sollten, ist demnach immer dann gerechtfertigt, wenn ansonsten ein Rechtsschutzdefizit vorliege.

Im gegenständlichen Fall hat der OGH ausgesprochen, dass ein Unternehmer, welcher mit einem Kran einen auf einem Dach des Firmengebäudes befindlichen Entlüfter vom Gebäude auf den Parkplatz herabheben sollte und dabei das Kfz eines Mieters, der sich auf dem Firmengelände eingemietet und dabei auch zwei Abstellplätze mitgemietet hatte, beschädigt, für diesen Schaden haftet.

Für den OGH liegt es auf der Hand, dass auf einem Firmenparkplatz auch Personen, die in enger Beziehung zum Firmengelände stehen, in eine Nahebeziehung zu der vertraglich geschuldeten Leistung kommen z.B. weil sie wie im gegenständlichen Fall dort Räumlichkeiten samt Autoabstellplätzen gemietet haben, und es daher auch dem Auftraggeber ein Anliegen sein muss, dass diese Personen vor schädlichen Auswirkungen der Vertragserfüllung geschützt sind.

Gleiches muss daher auch beispielsweise für Kunden oder sonstige Geschäftspartner der Auftraggeberin gelten.

■ Petra Rindler



## GRENZEN DER FÜRSORGE PFLICHT DES WERKBESTELLERS

Eine ähnliche Fürsorgepflicht, wie sie im Arbeitsrecht für den Dienstgeber gegenüber dem Dienstnehmer besteht, besteht im Werkvertragsrecht für den Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer. Zu den Grenzen dieser Fürsorgepflicht hat der Oberste Gerichtshof jüngst in seiner Entscheidung 8 Ob 40/10f Stellung genommen, der nachfolgender Sachverhalt zu Grunde lag:

Der Werkbesteller beauftragte den Werkunternehmer mit der Ausführung des Vollwärmeschutzes. Im Zusammenhang mit diesen Arbeiten errichtete der Werkunternehmer ein Gerüst am Haus des Werkbestellers. Darüber hinaus beauftragte der Werkbesteller einen zweiten Werkunternehmer mit der Montage von Außenfensterbänken. Im Zuge seiner Leistungserbringung bestieg der zweite Werkunternehmer das vom ersten Werkunternehmer vorschriftswidrig aufgestellte und nicht entsprechend gesicherte Gerüst, verlor den Halt und erlitt bei seinem Sturz in die Tiefe schwere Verletzungen.

Zu dem vom verletzten Werkunternehmer geltend gemachten Schadenersatzanspruch merkte der Oberste Gerichtshof zunächst an, dass den Werkbesteller gemäß § 1169 ABGB als werkvertragliche Nebenpflicht die Pflicht zum Schutze des

Lebens, der Gesundheit und der Persönlichkeit des Werkunternehmers und seiner Leute trifft. Der Werkbesteller, der seine eigene Sphäre dem Werkunternehmer öffnet und diesen somit gewissen Gefahren aussetzt, hat den Werkunternehmer im Rahmen des Zumutbaren vor Schäden zu bewahren. Diese Fürsorgepflicht des Werkbestellers bezieht sich jedoch nur auf die seiner Sphäre zurechenbaren Umstände, nicht aber auf die mit dem auszuführenden Werk unmittelbar verbundenen und für den Werkunternehmer nach seiner Fachkenntnis erkennbaren Gefahren.

Jener Werkunternehmer, der aufgrund seiner Sachkenntnis und Erfahrung wissen muss, dass seine Arbeitsstätte gefährlich ist, darf um deren Sicherheit nicht vollkommen sorglos sein. Er muss sich vielmehr vor Beginn seiner Arbeiten von den Sicherungsvorkehrungen überzeugen und nötigenfalls den Werkbesteller zu den erforderlichen Maßnahmen anhalten. Die Fürsorgepflicht des Werkbestellers findet somit dort ihre Grenze, wo sich der sachkundige Werkunternehmer, der aufgrund seiner Erfahrung die Gefährlichkeit der ihm zur Verfügung stehenden Arbeitsstätte kennen muss, sich einer für ihn erkennbaren Gefahr aussetzt, statt den Werkbesteller zu den nötigen Beseitigungsmaßnahmen zu veranlassen. Da

es nicht Aufgabe des Werkbestellers war, den zweiten Werkunternehmer für die Erbringung seiner Leistungen ein Gerüst zur Verfügung zu stellen, war ein allfälliger Mangel dieses Gerüsts nach Ansicht des Höchstgerichtes dem nicht sachkundigen Werkbesteller, der den Mangel des von einem befugten Gewerbsmann errichteten Gerüsts nicht erkennen musste, auch nicht zuzurechnen. Der Oberste Gerichtshof wies daher die gegen den Werkbesteller erhobene Schadenersatzklage ab.

Die Schutz- und Sorgfaltspflichten des Werkbestellers umfassen sohin Warn- und Informationspflichten über allfällige dem Werkbesteller bekannte gefährliche Umstände der Arbeitsstätte sowie die Verpflichtung, die nötigen Maßnahmen zur Beseitigung zu veranlassen. Den Werkbesteller kann daher immer dann eine Haftung treffen, wenn er vor bekannten Gefahrenquellen nicht warnt bzw. diese nicht überhaupt gleich beseitigt.

■ *Wilfried Opetnik*





## GESETZESPAKET GEGEN SOZIALBETRUG STÄRKUNG DER WETTBEWERBSFÄHIGKEIT VON SERIÖSEN BAUFIRMEN?

Das Ende der Übergangsfristen der ersten EU-Osterweiterung mit 30.4.2011 bedingte auch die Öffnung des österreichischen Bausektors für ausländische Dienstleistungsunternehmen aus denjenigen osteuropäischen Staaten, die zum 1.5.2004 der Europäischen Union beigetreten sind. Aus diesem Grund einigten sich die Sozialpartner auf gesetzliche Maßnahmen zum Schutz von Arbeitnehmern und zur Gewährleistung eines sozialen und fairen Wettbewerbs in der Bauwirtschaft. Konkret befürchtete man, dass durch die Marktöffnung ausländische Anbieter von Bauleistungen versuchen könnten, in Österreich abzuwickelnde Aufträge durch niedrige, auf dem Preisniveau des Herkunftslandes kalkulierte Arbeitskosten zu erlangen. Das entsprechende Gesetzespaket, dessen Kernstück die Novellierung des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG) bildet, wurde am 8.7.2011 im Nationalrat beschlossen und trat, abgesehen von einigen unten näher behandelten Ausnahmen, am 1.8.2011 in Kraft (BGBl. I 51/2011).

Als eine Maßnahme wurden die Einsichts- und Kontrollbefugnisse der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) erweitert. Im Einzelnen ist nunmehr

- eine umfassendere Einsicht in die Geschäftsunterlagen gewährleistet, um feststellen zu können, ob ein Unternehmen dem BUAG unterliegt oder nicht (§ 23 Abs. 2 BUAG),
- bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmersendungen das Einsichtsrecht der BUAK auf die am Arbeits- bzw. Einsatzort (das ist in der Regel die Baustelle) bereit zu haltenden Lohnunterlagen in deutscher Sprache erstreckt worden (§ 23a Abs. 3 BUAG),
- das Unternehmen, das einen Bauauftrag teilweise oder ganz an Subunterneh-

men weitergibt, gegenüber der BUAK zur Auskunftserteilung über diese Unternehmen verpflichtet, damit die Kasse feststellen kann, ob das Subunternehmen dem BUAG unterliegt oder nicht (§ 23b Abs. 2 BUAG),

- in Fällen der Arbeitskräfteüberlassung der Beschäftiger verpflichtet, der BUAK Auskunft über das Überlasserunternehmen und über die überlassenen Arbeitnehmer zu geben. Auch diese Regelung soll die Feststellung ermöglichen, ob ein überlassener Arbeitnehmer dem BUAG unterliegt, wer Zuschlagspflichtiger ist und wie hoch der Zuschlag ist (§ 23b Abs. 3 BUAG).

Eine Neuerung bezüglich der BUAK ist bei der Arbeitskräfteüberlassung vorgesehen: Der Beschäftiger hat nunmehr die Möglichkeit, die BUAK-Zuschläge für die überlassenen Arbeitnehmer zu zahlen, die eigentlich der Überlasser zu entrichten hätte (§ 21a Abs. 9 BUAG). Eine Zahlung durch den Beschäftiger zeitigt nachstehende Rechtsfolgen:

- Für den Beschäftiger hat die Zahlung gegenüber dem Überlasser schuldbeitende Wirkung und mindert damit das Überlassungsentgelt des Beschäftigers;
- Darüber hinaus entfällt für den Beschäftiger die Haftung nach § 14 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) in dem Ausmaß, für die Arbeitnehmer und für die Zeiträume, in dem bzw. für die die Zuschläge tatsächlich an die BUAK entrichtet werden.
- Die Zahlung durch den Beschäftiger erfolgt zu Gunsten des zuschlagspflichtigen Überlassers und mindert wiederum dessen Verpflichtung zur Entrichtung des Zuschlages in dem Ausmaß, für die Arbeitnehmer und für die Zeiträume, in dem bzw. für die die Zuschläge tatsächlich

an die BUAK entrichtet werden. Dessen ungeachtet bleibt aber der Überlasser Schuldner des Zuschlages, wenn und soweit die Zuschläge vom Beschäftiger nicht entrichtet werden.

Diese Begünstigungen des Beschäftigers stehen jedoch unter dem Vorbehalt, dass dieser gegenüber der BUAK bekannt gibt, für welchen Überlasser, für welche Arbeitnehmer, für welche Zeiträume und auf Basis welches kollektivvertraglichen Stundenlohnes er die Zuschläge zahlt. Diese Regelung soll mit 1.1.2012 in Kraft treten.

Weiters soll eine webbasierte Datenbank aller Baustellen eingerichtet werden, die auf den Baustellenmeldungen nach dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) und den Vorankündigungen nach dem Baustellenkoordinationsgesetz (BauKG) basiert (§ 31a BUAG). Registriert werden die Lage der Baustelle, der Arbeitsbeginn, Art und Umfang der Arbeiten, die voraussichtliche Zahl der Beschäftigten sowie der Name der vorgesehenen Aufsichtsperson. Bei Vorankündigungen nach dem BauKG kommen folgende Informationen hinzu: Name und Anschrift des Bauherrn, des Projektleiters sowie der Planungs- und Baustellenkoordinatoren, voraussichtliche Dauer der Arbeiten, Angaben über die Zahl der tätigen Unternehmen und Selbständigen sowie die Auflistung der bereits beauftragten Unternehmen. Diese Datenbank soll eine gezielte und planmäßige Kontrolle aller neuen Baustellen ermöglichen und zu diesem Zweck auch anderen Behörden wie der Finanzpolizei (ehemals KIAB) und den Krankenversicherungsträgern zugänglich sein. Der Meldepflichtige seinerseits kann dann seine Anzeige gegenüber dem Arbeitsinspektorat bzw. dem Verkehrs-Arbeitsinspektorat und der BUAK mittels Webanwendung in einem erstatten. Die diesbezüglichen Bestimmungen



sollen aber erst dann in Kraft treten, wenn die entsprechenden technischen Voraussetzungen für eine Webanwendung geschaffen worden sind. Im Gegenzug erhält die BUAK einen direkten Zugriff auf bestimmte Daten der Krankenversicherungsträger, die sie für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigt. Im Besonderen soll die BUAK prüfen können, ob ein bei einem Krankenversicherungsträger angemeldeter Arbeitnehmer auch bei der BUAK angemeldet ist, sofern es sich um einen Bauarbeiter handelt.

Mit einer Neudefinition des Begriffes „Spezialbetrieb“ will der Gesetzgeber Umgehungen des BUAG unterbinden (§ 2 Abs. 1 lit. g, Abs. 2 lit. g, Abs. 2a lit. b BUAG). Schon die bisherige Rechtslage sah vor, dass nicht nur Betriebe, die eine Tätigkeit im überwiegenden oder gesamten Umfang der im BUAG aufgezählten Gewerbe ausüben, als Spezialbetrieb anzusehen sind, sondern auch solche, die sich auf einen kleinen Teilbereich eines dieser Gewerbe spezialisiert haben. Bei einer solchen Spezialisierung ergab sich das Problem, dass nicht mehr eindeutig ableitbar war, aus welchem Gewerbe heraus sich diese spezielle Tätigkeit entwickelt hat, oder dass diese spezielle Tätigkeit mehreren Gewerben zuordenbar war, wie z. B. die Tätigkeit „Verspachtelung von Zwischenwänden“. Nach der Neuregelung ist es für die Qualifikation als Spezialbetrieb nach dem BUAG erforderlich, dass sich die Tätigkeit aus einer der dem BUAG unterliegenden Betriebsart ableiten lässt. Unerheblich ist es, ob die Tätigkeit auch aus einer anderen Betriebsart außerhalb

des Geltungsbereiches des BUAG herleitbar ist. Der Spezialbetrieb kann auch Teil eines Mischbetriebes sein, also auch nur teilweise dem BUAG unterliegen. Wird jedoch die Spezialtätigkeit in einem organisatorischen Zusammenhang mit anderen Tätigkeiten ausgeübt, die außerhalb des Geltungsbereiches des BUAG liegen, wie z.B. Verspachtelungsarbeiten im Zusammenhang mit Malerarbeiten, so liegt kein Spezialbetrieb vor.

Schließlich wurde gesetzlich geregelt, dass Arbeitnehmer ihre Ansprüche nach dem BUAG nicht mehr rechtswirksam an den Arbeitgeber abtreten können (§ 3a BUAG). Das Abtretungsverbot wird vom Gesetzgeber damit gerechtfertigt, dass diese Ansprüche Entgelt darstellen und zur Bestreitung des Lebensunterhaltes des Arbeitnehmers dienen würden. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person (GmbH, AG, SE oder Genossenschaft) oder eine im Firmenbuch eingetragene Personengesellschaft (OG, KG oder EWIV), so gilt dieses Abtretungsverbot auch gegenüber den vertretungsbefugten Personen solcher Unternehmen (Vorstände und Geschäftsführer).

Bereits jetzt hat ein Arbeitgeber die Möglichkeit, seine Meldeverpflichtungen über eine Webanwendung der BUAK zu erfüllen. Die Gesetzesnovelle bestimmt nunmehr eine verpflichtende Verwendung der Webanwendungen der BUAK, beispielsweise für Meldungen oder Urlaubsentgelteinreichungen, für alle Unternehmen, die dem Geltungsbereich des BUAG unterliegen (§ 22 Abs. 6 BUAG). Diese Verpflichtung gilt jedoch nicht für Meldungen betreffend die Baubeginnsanzeige (§ 97 Abs. 1 ASchG) oder die Vorkündigung (§ 6 Abs. 2 BauKG), soweit diese Meldepflichten ohnehin gegenüber dem Arbeitsinspektorat bestehen. Diesfalls ist die Webanwendung fakultativ. Da die technischen Voraussetzungen für die Webanwendung noch geschaffen werden müssen, tritt diese Bestimmung erst zum 1.1.2014 in Kraft.

Zur Ermöglichung eines grenzüberschreitenden Datenaustausches werden die rechtlichen Voraussetzungen für die

Zusammenarbeit der Arbeitsinspektorate mit Aufsichtsbehörden anderer Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) geschaffen (§ 20 Abs. 9 ArbIG; § 20 Abs. 11 VAIG). Es handelt sich hierbei um die Umsetzung einer Bestimmung der sogenannten Entsende-Richtlinie in innerstaatliches Recht (Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 96/71/EG, ABl. EG 1997 L 18, 1). Mit dieser Regelung sollen die Arbeitsinspektorate berechtigt werden, Übertretungen von Arbeitnehmerschutzvorschriften (Namen der Arbeitgeber und die Übertretungen) an Aufsichtsbehörden in anderen EWR-Staaten weiterzugeben.

Das Gesetzespaket reiht sich nahtlos in die legislativen Maßnahmen der jüngsten Zeit ein, um den Sozialbetrug im Bausektor wirksam zu bekämpfen. Angesichts der Fülle von Anlassgesetzen – erwähnt seien hier nur die letzten Novellen zum BUAG (BGBl. I 70/2009 und 59/2010), das Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 (BGBl. I 105/2010) und das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (BGBl. I 24/2011) – kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die geltenden Regelungen nicht wirklich greifen und laufend nachgebessert bzw. verschärft werden müssen. Dies unterstreicht auch die Forderung der Arbeiterkammer nach einer effizienten Auftraggeberhaftung für Arbeitnehmerforderungen als einem notwendigen nächsten Schritt. Das vorliegende Gesetzespaket wird wohl auch keine schnellen Erfolge zeitigen, denn die teilweise weit auseinander liegenden Zeitpunkte des Inkrafttretens der einzelnen Maßnahmen machen deutlich, dass die volle Schlagkraft der Bestimmungen erst in ferner Zukunft ermessens werden kann. Die angestrebte Datenvernetzung wird es den Behörden zweifellos erleichtern, „schwarze Schafe“ in der Baubranche aufzuspüren. Ob mit diesen Regelungen allein tatsächlich – wie die Regierung verneint – Baufirmen, die sich durch Lohn- und Sozialdumping Wettbewerbsvorteile verschaffen, ein Riegel vorgeschoben wird, erscheint aus heutiger Sicht aber keineswegs gewährleistet.

■ Wolfgang Gabler

## EINHEITSWERT FÜR DIE EINTRAGUNGS GEBÜHR VERFASSUNGSWIDRIG! ÄNDERUNGEN AUCH BEI DER GRUNDERWERBSTEUER?

Veräußerungsgeschäfte von Liegenschaften oder Miteigentumsanteilen haben seit jeher eine große steuerliche Bedeutung (auch für das Budget der Republik).

### DERZEITIGE RECHTSLAGE

Infolge einer Veräußerung wird zunächst die Grunderwerbsteuer fällig, die je nach Personenkreis 2% (bei nahen Angehörigen) oder 3,5% beträgt. Bemessungsgrundlage ist bei Käufen der Kaufpreis. Für Schenkungen oder Erbschaften, bei denen es im Gegensatz zum Kaufentgelt an einer Gegenleistung mangelt, ist nicht der Verkehrs- (oder Markt-) Wert, sondern im Wesentlichen der dreifache Einheitswert, in Sonderfällen gar nur der einfache Einheitswert der Liegenschaft anzusetzen, der weit unter dem tatsächlichen Wert liegt. Für die Einverleibung des Eigentumsrechtes im Grundbuch verrechnet das Grundbuchgericht (quasi als pauschale Abgeltung seiner „Leistung“) nach dem Gerichtsgebührengesetz (ähnlich wie bei Pauschalgebühren in Zivilprozessen) die gerichtliche Eintragungsgebühr von 1,1% jenes Wertes, der auch im Grunderwerbsteuergesetz maßgeblich ist. Erst mit dem Budgetbegleitgesetz 2010 wurde mit Geltung ab 1.1.2011 die Gebühr von 1% auf 1,1% erhöht.

### ENTSCHEIDUNG DES VfGH

In einem erst vor kurzem veröffentlichten Erkenntnis hat der Verfassungsgerichtshof nun entschieden, dass das Heranziehen des Einheitswertes als Bemessungsgrundlage für die „Grundbuchsgebühr“ verfassungswidrig ist (VfGH 21.9.2011, G34, 35/11). Das Höchstgericht begründete dies damit, dass der Einheitswert mit dem tatsächlichen Grundstückswert in keiner Relation stehe. Somit sei es unsachlich, bei entgeltlichen Erwerben die wirkliche Gegenleistung (Kaufpreis) als Bemessungsgrundlage heranzuziehen, während bei un-

entgeltlichen Übertragungen die „Zufallsgröße“ des Einheitswertes zugrunde gelegt wird. Im Wortlaut: „Die völlig veralteten Einheitswerte sind keine geeignete Grundlage für die Bemessung der Eintragungsgebühr, weil dies zu unsachlichen Ergebnissen führt.“ Da die Eintragungsgebühr (im Unterschied zur Grunderwerbsteuer) für die Inanspruchnahme einer konkreten staatlichen Leistung (des Grundbuchgerichtes) erhoben wird, könne hier auch nicht mit einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Begünstigung argumentiert werden, wie sie bei der Grunderwerbsteuer für Grundstückschenkungen innerhalb der Familie gilt.

### FOLGEN DES ERKENNTNISSES

Nach dem Ausspruch des VfGH tritt die Aufhebung der verfassungswidrigen Gesetzesbestimmung (§ 26 Abs. 1 und 1a GGG) zum 31.12.2012 in Kraft. Bis dahin hat der Gesetzgeber also eine Frist zur Reparatur oder Neuregelung. Unterbleibt dies aber, wird dies zur Folge haben, dass sich die Eintragungsgebühr künftig generell nach dem Verkehrswert bemisst. Es könnte allerdings auch eine Untätigkeit des Gesetzgebers, der sich ja schon bisher aus politischen Gründen nicht zu einer klaren Regelung durchringen konnte, neuerlich verfassungswidrig sein: Bei einer Schenkung, für die es ja keine Gegenleistung gibt, müsste der Wert des „Geschenkes“ durch Sachverständige individuell ermittelt werden; es stellt sich die Frage, wer solche (wohl unverhältnismäßigen) Kosten zulässigerweise tragen müsste. Der umgekehrte Weg, nämlich eine generelle Herabsetzung der Gebühren (entweder weg vom Verkehrswert hin zu Einheitswert oder die gänzliche Abschaffung von Grunderwerbsteuer und/oder Eintragungsgebühr) ist wegen des damit verbundenen Einnahmeentfalls für den Fiskus unrealistisch. Denkbar wäre auch



die Schaffung von fixen Gebührensätzen, die (wie bei Pauschalgebühren in Zivilprozessen) nach dem Wert gestaffelt sind.

### AUSWIRKUNGEN AUF DIE GRUNDERWERBSTEUER

Die Heranziehung der Einheitswerte für die Ermittlung der Grundsteuer wurde vom VfGH überprüft und aufgrund der geringen Steuerfolgen für verfassungskonform befunden. Eine Überprüfung der (um ein Vielfaches höheren) Grunderwerbsteuer durch den VfGH hat es bislang noch nicht gegeben. Es bleibt daher abzuwarten, ob der VfGH in einem Verfahren betreffend die Grunderwerbsteuer zu einem ähnlichen Ergebnis wie bei der gerichtlichen Eintragungsgebühr kommen würde, oder ob der Gesetzgeber dem mit einer Anpassung der Rechtslage zuvorkommt. Es ist wahrscheinlich, dass der VfGH die derzeit gegebene „Begünstigung“ durch die veralteten Einheitswerte auch bei der Grunderwerbsteuer ablehnt.

### FAZIT

Wer Grundstücke oder Wohnungen steuerlich günstig verschenken will, sollte dies vor einer Neuregelung, spätestens jedoch zum 31.12.2012 erledigt haben. Wie schon Joki Kirschner sagte: „Am 31.12. ist es zu spät“ – zur Einhaltung des Stichtages wird es vermutlich nicht auf den Vertragsabschluss, sondern das Einlangen des Grundbuches bei Gericht ankommen.

■ Christoph Henseler



## FORTBETRIEBSRECHTE IM ÖFFENTLICHEN RECHT INVESTITIONSSCHUTZ ODER LEGALISIERUNG VON SCHWARZBAUTEN?

Eine im November durch den Ministerrat geschleuste Novelle des Eisenbahngesetzes sieht vor, dass Tunnelprojekte während des Instanzenzuges ein Jahr lang weiter gebaut werden dürfen. Dies selbst dann, wenn der eisenbahnrechtliche Baugenehmigungsbescheid von Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde, der Ersatzbescheid noch nicht vorliegt, für die Eisenbahnanlage aber bereits die Betriebsbewilligung vorliegt. Demnach muss das Verkehrsministerium einen Baustopp nur dann verfügen, wenn entweder der VwGH oder der VfGH einer Beschwerde, die zur Aufhebung des Baugenehmigungsbescheides geführt hat, die aufschiebende Wirkung zuerkannt hat.

Der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes und des Umweltministeriums äußerten schwerwiegende Bedenken zu dieser geplanten Regelung in § 31 h des Eisenbahngesetzes, weil dadurch das Vertrauen in den Rechtsstaat und die Wirksamkeit der Rechtsschutzinstrumente insgesamt geschwächt wird. Das Weiterbauen könne im Einzelfall dazu führen, dass die Interessen jener Partei, die im Verfahren vor VwGH oder VfGH Recht bekam, „nicht zum Durchbruch kommen könnten“. Der Verfassungsdienst urgiert vor allem eine „sachliche Rechtfertigung“ für die geplante „Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung ...“, wonach für den Bau ... von Eisenbahnanlagen ... eine eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erforderlich ist“.

Die geplante Bestimmung in § 31 h Eisenbahngesetz ist ein weiterer „Baustein“ zur Beschleunigung von Bauverfahren. Mit der Gewerbeordnungsnovelle 1992 wurde das Fortbetriebsrecht in § 359 c der Gewerbeordnung verankert. § 359 c GewO normiert eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung des § 74 Abs 2 GewO, dass gewerbliche Betriebsanlagen erst nach rechtskräftiger Genehmigung betrieben

werden dürfen. Der Projektwerber hat während des Fortbetriebs die Auflagen des aufgehobenen Genehmigungsbescheides einzuhalten. Die Betriebsanlage darf weiter betrieben werden, obwohl der zugrundeliegende Genehmigungsbescheid vom Verwaltungsgerichtshof als rechtswidrig aufgehoben wurde, der Betrieb also nach normalen Regeln nicht mehr „gerechtfertigt“ wäre. Diese Bestimmung wurde von vielen Seiten als verfassungswidrig kritisiert. Der Gesetzgeber habe auch nicht berücksichtigt, dass Nachbarbeschwerden in Anlagenbewilligungsfällen von Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof grundsätzlich nie aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Nach Ansicht von Raschauer ist eine Anlage, deren Rechtsgrundlage von Verwaltungsgerichtshof oder Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurde, keine „behördlich genehmigte Anlage“ im Sinne von § 364 a ABGB. Beeinträchtigungen der Nachbarn im Sinne von § 364 ABGB unterliegen dann dem dort geregelten Untersagungsrecht.

Im Jahr 2009 wurde das Fortbetriebsrecht auch im § 42 a UVP-Gesetz verankert. Mit der Entscheidung des Umweltsenates über eine Berufung gegen den erstinstanzlichen Genehmigungsbescheid der Landesregierung ist im UVP-Verfahren der Instanzenzug ausgeschöpft. Der Bescheid erwächst in Rechtskraft. Bis zu einem aufhebenden Erkenntnis kann der Projektwerber die Anlage daher rechtmäßig errichten, es sei denn, der Beschwerde eines Projektgegners an einen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Wurde die Anlage daher zum Zeitpunkt des Erkenntnisses bereits zur Gänze errichtet und in Betrieb genommen, kann sie weiter betrieben werden. Dieses Fortbetriebsrecht gilt allerdings nur bei Genehmigungsbescheiden nach dem zweiten Abschnitt des UVP-Gesetzes und damit nicht für Eisenbahn- und



Straßenprojekte. Rechtsstaatlich äußerst bedenklich ist auch, dass im Zuge von aktuellen Infrastrukturvorhaben (Brenner-Basistunnel und Semmering-Basistunnel neu) mit Gesetzen in laufende Verfahren eingegriffen wird. Mangels Übergangsfrist würde wohl auch die neue Bestimmung des § 31 h Eisenbahngesetz unmittelbar für noch anhängige Verfahren anwendbar sein. Auch der Entwurf für ein Gesetz über den Infrastruktursenat hat gezeigt, dass die Politik sehr rasch und sehr willfährig für Infrastrukturvorhaben sämtliche „Steine aus dem Weg räumt“.

■ *Manfred Wiener*

## WIENER NATURSCHUTZGESETZ: AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN BEI VERKAUF, VERMIETUNG UND VERPACHTUNG

Wer vermutet schon, dass bei Verkauf, Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks ein Blick in das Wiener Naturschutzgesetz – so zumindest ab voraussichtlich 1.1.2012 – durchaus geboten erscheint. Derzeit liegt ein Entwurf zur Änderung des Wiener Naturschutzgesetzes vor, der interessante Neuerungen enthält, die bei Gesetzwerdung Verkäufern, Vermietern oder Verpächtern Verpflichtungen im Sinne von verschärften Aufklärungspflichten auferlegen. Nachstehende Ausführungen stellen daher auf den Gesetzesentwurf ab.

Zugegeben, das Grundstück muss bei Verkauf, Vermietung oder Verpachtung in einem Schutzgebiet gelegen sein. Wenn man also als potenzieller Verkäufer endlich beim zuständigen Amt (wohl die Naturschutzbehörde) herausgefunden hat, dass das Grundstück in einem solchen Schutzgebiet liegt, ist – voraussichtlich – ab 1.1.2012 der im Gesetzesentwurf neu eingefügte § 39a Wiener Naturschutzgesetz von besonderem Interesse: „Bei Verkauf, Vermietung oder Verpachtung eines in einem Schutzgebiet gelegenen Grundstückes hat der Verkäufer, Vermieter oder Verpächter den Vertragspartner spätestens mit Vertragsabschluss nachweislich schriftlich über den Umstand der Zugehörigkeit zu einem Schutzgebiet zu informieren.“

Der Nachweis ist der Behörde auf Verlangen vorzulegen. Diese Informationspflicht besteht auch für Naturdenkmäler, geschützte Biotop- oder ökologische Entwicklungsflächen, die sich auf der vertragsgegenständlichen Liegenschaft befinden.“ Nach dem Willen des Landesgesetzgebers sollen daher Rechtsgeschäfte wie Kauf, Miete oder Pacht über Grundstücke, die zu einem Schutzgebiet gehören, nicht ohne verpflichtende Information des Käufers, Mieters oder

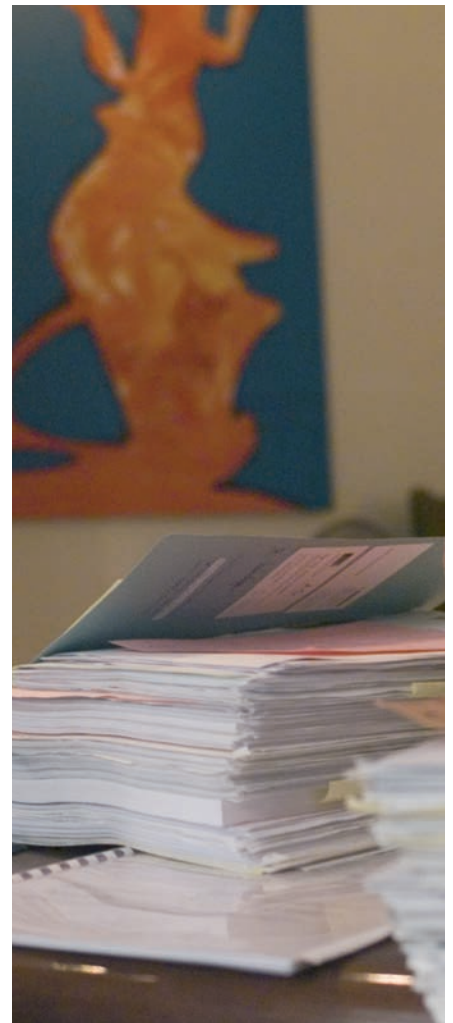
Pächters über den Umstand der Zugehörigkeit zu einem Schutzgebiet oder die Existenz anderer Schutzobjekte (Naturdenkmäler, geschützte Biotop- oder ökologische Entwicklungsflächen) erfolgen. Den Erläuternden Bemerkungen ist zu entnehmen, dass diese Information im „Idealfall“ in Form einer schriftlichen Vertragsergänzung erfolgen soll. Es liegt daher auf der Hand, dass diese neue Bestimmung letztlich auf eine Erweiterung der Aufklärungsverpflichtungen von Verkäufern, Vermietern und Verpächtern (und wohl auch von Maklern) sowie zu einer weiteren „Standardklausel“ in den Verträgen führen wird.

Aber damit noch nicht genug! Wer als Verkäufer, Vermieter oder Verpächter den Umstand einer Schutzgebietszugehörigkeit nicht nachweislich schriftlich zur Kenntnis bringt, verwirklicht gemäß neu eingefügter Strafbestimmung gar eine Verwaltungsübertretung, welche mit einer Geldstrafe bis zu EUR 21.000,- zu bestrafen ist.

Dabei handelt es sich nunmehr – ebenfalls neu – um ein Dauerdelikt, sodass die sechsmonatige Frist für den Eintritt der Verfolgungsverjährung des § 31 Verwaltungsstrafgesetz nicht vor Beendigung des rechtswidrigen Zustands zu laufen beginnt!

Es bleibt nun abzuwarten, ob dieser Gesetzesentwurf in der vorliegenden Form tatsächlich Gesetz wird. „Naturgemäß“ wird daher noch ein Blick in das endgültige Gesetz nötig sein.

■ Julia Weber





## GLEICHBEHANDLUNGSRECHT: ZWEI AKTUELLE OGH-URTEILE ZUR EINGETRAGENEN PARTNERSCHAFT



Mit Pressemeldung vom 11.11.2011 hat der VfGH zwei interessante Entscheidungen (jeweils vom 22.8.2011) veröffentlicht, die das sogenannte Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (kurz EPG) betreffen. Noch nicht allzu lange, nämlich erst seit 1.1.2010 bietet das EPG homosexuellen Paaren in Österreich eine Rechtsform des Zusammenlebens. Die sich aus dem umstrittenen EPG ergebenden Rechten standen hier hinsichtlich allfälliger gleichheitswidriger Abweichungen zur Ehe auf dem Prüfstand. Dies wird gleichzeitig zum Anlass genommen über einige Abweichungen der eingetragenen Partnerschaft (kurz EP) zur Ehe zu reflektieren.

### ENTSCHEIDUNG DES VFGH ZU B 518/11-6

Die Entscheidung betraf eine Beschwerde anlässlich der Begründung einer EP. Die zuständige Behörde hatte dem Beschwerdeführer die Führung eines Doppelnamens mit Bindestrich (wie z.B. Müller-Mayer) mit der Begründung verweigert, dass die für die EP einschlägigen Vorschriften (konkret § 2 Abs 1 Z 7a NÄG), anders als bei der Rechtsform Ehe die Wortfolge „unter Setzung eines Bindestriches zwischen den beiden Namen“ (§ 93 Abs 2 ABGB) nicht enthalte, der Doppelname dürfe nur ohne Bindestrich geführt werden. In verfassungskonformer

Interpretation der einschlägigen Bestimmungen gab der VfGH der Beschwerde statt und hält fest, dass „... auch im Fall von eingetragenen Partnern der Doppelname unter Setzung eines Bindestriches zwischen den beiden Namen zu bilden und zu führen sei. Nur so sei das Gesetz zu lesen und von den Behörden anzuwenden. Anderenfalls käme es nämlich zu einer unzulässigen Diskriminierung“. Dies offensichtlich auch vor dem Hintergrund, dass ein Doppelname ohne Bindestrich zu einem möglicherweise unfreiwilligen „Outing“ in der Öffentlichkeit und damit einhergehend zu Nachteilen in einer (zudem zweifelsohne katholisch geprägten) Gesellschaft führen könnte. Der rechtliche Hintergrund dieser Entscheidung basiert im Wesentlichen auf der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Hinblick auf Art 8 EMRK (Schutz des Privat- und Familienlebens) i.V.m. Art 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) entwickelten Judikaturlinie (vgl. z.B. EGMR 24.6.2010, „Schalk u. Kopf gg. Österreich“, Appl. 30.141/04), nach der eine rechtliche „Sonderstellung“ der Ehe aber grundsätzlich gestattet wird. So muss die Ehe zwar auch nach Ansicht des EGMR grundsätzlich nicht für homosexuelle Paare geöffnet werden, eine Privilegierung der Ehe darf jedoch nicht mit einer beliebigen Ungleichbehandlung Homosexueller einhergehen. Eine Andersbehandlung muss vielmehr stets eine sachliche Rechtfertigung, aus - wie auch der VfGH betont - „schwerwiegenden Gründen“ erfahren. Solche Gründe waren nach Ansicht des VfGH bei der vorliegenden Ungleichbehandlung aber gerade nicht ersichtlich. Im Übrigen hat der VfGH auch ein Gesetzprüfungsverfahren eingeleitet, da im Unterschied zur Ehe ein Antrag auf Namensänderung nur im Rahmen der Begründung einer EP gestellt werden könne, danach aber offenbar nicht mehr. Dem vorliegenden Sachverhalt liegt die vom Gesetzgeber - ganz bewusst her-

beigeführte - Unterscheidung (vgl. nur EGP-RV, S. 5) zugrunde, dass sogenannte „eingetragene Partner“ grundsätzlich ihren bisherigen Namen beibehalten (§ 7 EPG) und ein gemeinsamer Name demnach nur über eine Namensänderung gemäß NÄG herbeigeführt werden kann, die Rechtsform Ehe dagegen einen gemeinsamen Familiennamen vorsieht (§ 93 Abs 1 ABGB). Homosexuelle dürfen dagegen nur einen Nachnamen tragen. So ist für die Ehe aber beispielsweise geregelt, dass mangels anderer Bekanntgabe seitens der Verlobten automatisch der Familienname des Mannes gemeinsamer Familienname wird. Dieser Umstand wirft wiederum tiefgreifende Fragen der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau auf. Gleichbehandlungsrecht bewegt sich oftmals in einem geradezu verzwickten und fast nicht aufzulösenden „Dilemma“, welches teils schlicht aus gesetzlich verankerten traditionellen Geschlechterrollen resultiert. Überspitzt gefragt: Ist eine völlige Gleichstellung mit der traditionellen Ehe für homosexuelle Paare überhaupt erstrebenswert, z.B. angesichts einer Treuerverpflichtung (das EPG verlangt dagegen lediglich eine „Vertrauensbeziehung“), den damit in Zusammenhang stehenden etwas lockereren Auflösungsregeln einer EP, sowie einer vielleicht nicht jedermann behagenden Zeremonie beim Standesamt bei der Ehe, etc. ganz zu schweigen (vgl. zu den einzelnen Differenzierungen ausführlich Benke in: EF-Z 2010/7, S. 19 ff.)? Was dem einen vorteilhaft erscheint, mag ein anderer wiederum als Benachteiligung begreifen und zwar völlig unabhängig von rechtlichen Stereotypen betreffend das Geschlecht oder einer bestimmten sexuellen Orientierung. Schlussendlich gibt das Individuum in seiner Gesamtheit den Ausschlag, welches sich aber mitunter nur schwerlich in rechtlich vorgefertigte Schablonen „pressen“ lässt. Vor dem Hintergrund genau dieses „Dilemmas“ ist die zweite Entscheidung des VfGH zu sehen:

ENTSCHEIDUNG  
DES VfGH ZU B 1405/10-11

In diesem Fall hatte sich ein heterosexuelles Paar dagegen gewehrt, dass ihnen eine eingetragene Partnerschaft seitens der Behörde verweigert wurde. Es sei diskriminierend, dass nach § 2 EPG nur gleichgeschlechtlichen Paaren diese Rechtsform offen stünde. Der VfGH folgte dieser Argumentation jedoch nicht. Die Regelung sei verfassungsmäßig nicht zu beanstanden, da es - auch vor dem Hintergrund der Judikatur des EGMR (s.o.) - innerhalb des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers liege, wenn er entsprechende unterschiedliche Rechtsformen vorsehe. Das Ergebnis war freilich vorhersehbar,

wäre der VfGH wohl ansonsten in arge Begründungsnot gekommen, warum heterosexuellen Paaren die EP offen stünde, homosexuellen Paaren die Ehe aber verweigert wird.

FAZIT

Die beiden Entscheidungen zeigen deutlich auf, dass die vom österreichischen Gesetzgeber offensichtlich intendierte deutliche Trennung von eingetragener Partnerschaft und Ehe einige rechtliche Problemstellungen in sich birgt. Wirft man einen rechtsvergleichenden Blick nach Deutschland sind entsprechende Rechte für gleichgeschlechtliche Paare offensichtlich wesentlich „feinfühlicher“ nie-

dergelegt worden. Dies zeigt allein schon die dort verwendete Gesetzesbezeichnung als sogenanntes Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), welche ursprünglich auch in Österreich zur Diskussion stand. Aber auch in Deutschland steht z.B. nach wie vor die Frage nach einer gemeinsamen Fremdkindadoption bei aufrechter gleichgeschlechtlicher Partnerschaft im Raum. Da jedenfalls der EGMR bereits zugunsten adoptionswilliger Homosexueller entschieden hat (vgl. nur EGMR 22.1.2008, E.B. gg. Frankreich, Appl. 43546/02,) ist bei dieser Thematik noch nicht das letzte Wort gesprochen.

■ *Frank Reiser*



## IMPRESSUM

Herausgeber,  
Medieninhaber und Verleger:  
PFLAUM KARLBERGER  
WIENER OPETNIK  
Rechtsanwälte  
Nibelungengasse 1, 1010 Wien  
Telefon (+43-1) 587 63 68  
Telefax (+43-1) 586 78 08  
eMail [pkp@pkp-law.at](mailto:pkp@pkp-law.at)  
UID-Nummer ATU10519401

Für den Inhalt verantwortlich:  
Manfred Wiener

Fotos: Roland Unger

Gestaltung:  
drevseiterweiter GmbH  
[www.drevseiterweiter.at](http://www.drevseiterweiter.at)

Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.