

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

08^{143.}
2011
JAHRGANG



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

Dr. Klaus Woschnak

Verweisung der Amtsstelle – eine Begriffsverwirrung

Seite 225

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER,
HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ |
O. UNIV.-PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF.
DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

Miscellen

NZ 2011/68

Verpfändung von Superädifikaten durch Einpersonen-GmbH

Von ao. Univ.-Prof. Dr. **Christian Zib**, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien.

A. Einleitung

Wegen der nur tlw Erkennbarkeit von Superädifikaten im Grundbuch ist der Liegenschaftserwerb, aber auch die Inpfandnahme von Bauwerken zur Kreditbesicherung risikobehaftet. Wird ein Superädifikat von einer Einpersonen-GmbH auf dem Grundstück ihres Gesellschafters errichtet, so können zusätzliche Probleme aus dem Gesellschaftsrecht entstehen. In erstinstanzlicher Entscheidungspraxis wird zT die Ansicht vertreten, dass dann abgesehen von der Protokollierungspflicht nach § 18 Abs 5 GmbHG das Rechtsgeschäft – der zugrundeliegende Mietvertrag mit dem Gesellschafter – für die vertretene GmbH nur Vorteile bringen und keine Gefahr ihrer Schädigung bestehen dürfe. Eine Schädigungsgefahr wird auch bei geringfügigen Mietzinsen wegen der üblicherweise langen Laufzeit des Mietvertrags bejaht und der Vertrag als unwirksam eingestuft. Kommt aber der Vertrag über das Grundbenützungsverhältnis nicht wirksam zustande, so kann bei Errichtung eines massiven Gebäudes kein Superädifikat entstehen. Ein von der GmbH errichtetes Gebäude wird dann Eigentum ihres Alleingesellschafters (*superficies solo cedit*), ein Pfandrecht am Gebäude kann durch Urkundenhinterlegung nicht begründet werden. Der Gesellschafter kann das Gebäude vielmehr mit der Liegenschaft lastenfrei verkaufen.

B. Das gesellschaftsrechtliche Problem

Das Unbehagen gegen dieses Ergebnis lässt sich oberflächlich recht einfach beseitigen: Jedenfalls seit dem EU-GesRÄG (BGBl 1996/304) gelten die Regeln über die auszuschließende Schädigungsgefahr beim Selbstkontrahieren für die Einpersonen-GmbH nicht mehr. Die Zustimmung der Gesellschaft (allenfalls durch einen Kurator), die dem Schutz des Vertretenen im Interessenkonflikt mit seinem Vertreter dienen soll, ist mangels Interessenkonflikts bei der Einpersonen-GmbH nicht erforderlich (§ 18 Abs 5 GmbHG), weil sich die Interessen der Gesellschaft dort mit denen ihres Alleingesellschafters zumindest grundsätzlich decken.¹ Thema ist nur mehr die Beweissicherung zum Gläubigerschutz, ua vor

Einlagenrückgewähr. Fraglich ist in der Praxis aber, ob bzw welche Wirksamkeitsvoraussetzung nunmehr anstelle des Vertretenenschutzes beim Selbstkontrahieren zu beachten ist.

Die Protokollierung nach § 18 Abs 5 GmbHG ist es jedenfalls *nicht*. Sie ist – wie der Gesetzgeber in den Mat ausdrücklich hervorgehoben hat² – selbst kein Gültigkeitserfordernis. Dies ist heute auch hM.³ Allerdings muss zur Wirksamkeit des Geschäfts dem auch bei der Einpersonengesellschaft geltenden Erfordernis eines Manifestationsakts entsprochen werden:⁴ Der Geschäftsführer muss seinen Abschlusswillen so ausdrücken, dass die Erklärung feststeht und nicht mehr unkontrollierbar zurückgenommen werden kann.⁵ Dies kann durch eine Urkunde iSd § 18 Abs 5 GmbHG erfolgen, es genügt aber auch, dass der Abschlusswille gegenüber Dritten erklärt oder bestätigt oder sonst in einer im Nachhinein verlässlich nachprüfbarer Form festgehalten wird.⁶

Dafür wird zB eine Anzeige beim Finanzamt oder eine Anmeldung bei öffentlichen Registern als geeignet angesehen.⁷ IdR befindet sich nun bei Superädifikaten zwar eine allfällige Pfandbestellungsurkunde in der Urkundensammlung des Grundbuchs, nicht aber der Mietvertrag. Auch eine ordnungsgemäße Aufnahme in die Geschäftsbücher der GmbH eignet sich als Manifestationsakt.⁸ Darunter wird die Aufnahme des Vertrags als Beleg in die Buchhaltung zu verstehen sein,⁹ das bloße Aufscheinen von Zahlungen in der Gewinn- und Verlustrechnung ist hierfür nicht hinreichend, weil es nicht den Vertragsinhalt dokumentiert.

Ein geeigneter Manifestationsakt wird bei verpfändeten Superädifikaten häufig auch darin liegen, dass der Geschäftsführer den Mietvertrag der Kredit gewährenden Bank übergibt. Damit wird der Abschlusswille gegenüber Dritten bestätigt, die Erklärung kann nicht mehr unkontrollierbar zurückgenommen werden. Eine Bestätigung gegenüber Zeugen wird in den ErläutRV ausdrücklich als Beispiel für eine Protokollierung gem § 18 Abs 5 GmbHG angeführt,¹⁰ die wiederum ein Beispiel für einen Manifestationsakt bildet.¹¹

² AB zum EU-GesRÄG 133 BlgNR 20. GP 4.

³ Hugel/Zib, JAP 1996/97, 191 f; Aicher/U. Torggler, GesRZ 1996, 197 (211); U. Torggler, wbl 2000, 389 (393 bei FN 58); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 18 Rz 23 d; Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 42.

⁴ AB zum EU-GesRÄG 133 BlgNR 20. GP 4; Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 42 mwN.

⁵ Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 36 mwN.

⁶ Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 36, 41.

⁷ Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 37.

⁸ OGH 13. 3. 1996, 7 Ob 2028/96 b: „Niederschlag in den Büchern“; Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 37, 41.

⁹ OGH 3. 7. 1985, 3 Ob 51/85 RdW 1986, 39.

¹⁰ ErläutRV zum EU-GesRÄG, 32 BlgNR 20. GP 113.

¹¹ AB zum EU-GesRÄG 133 BlgNR 20. GP 4.

¹ Vgl nur Aicher/U. Torggler, GesRZ 1996, 197 (202); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 18 Rz 23 c; Ch. Nowotny, GesRZ 2011, 47.

Wird eine dieser Maßnahmen gesetzt (oder die Urkunde notariell beglaubigt etc), so ist damit zugleich auch der Protokollierungspflicht des § 18 Abs 5 GmbHG entsprochen. Eine Übergabe des Vertrages an Dritte wird dort wie beim Manifestationsakt selbst als hinreichende Vorsorge gegen nachträgliche Veränderungen angesehen.¹²

Eine Protokollierung ist nicht erforderlich, wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wird (§ 18 Abs 6 GmbHG). Ist eine Handlung im Betrieb zumindest von Zeit zu Zeit zu erwarten, so ist sie noch als gewöhnlich einzustufen.¹³ Bei Gesellschaften des Wohnbau-sektors wird der Abschluss eines Mietvertrags zum Zwecke der Errichtung eines Superädifikats häufig zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Nach Tragweite und Risiko kann dann allenfalls eine interne Entscheidung der GmbH, das Superädifikat in einem großen Bauvolumen zu errichten, über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, der Abschluss des Mietvertrags aber kaum.

„Geschäftsüblich“ sind die Bedingungen, wenn sie für die GmbH nicht ungünstiger sind, als mit gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen würde (was auf Marktpreise hinausläuft).¹⁴ Dass die Gesellschaft nur rechtliche Vorteile aus dem Vertrag erlangt, ist auch hier nicht erforderlich: Auch ein Rechtsgeschäft zu üblichen Bedingungen erzeugt für den Vertragspartner nicht nur rechtliche Vorteile. Andernfalls könnte § 18 Abs 6 GmbHG nur bei einseitig (nur den Gesellschafter-Geschäftsführer) verpflichtenden Geschäften angewendet werden, was die Bestimmung praktisch leerlaufen lassen würde und nicht ihrem Wortlaut entspricht.

Ist der von der GmbH zu zahlende Mietzins marktüblich oder günstiger, so erscheint auch eine lange Vertragslaufzeit nicht bedenklich, weil sie die Belassung des Superädifikats ermöglicht und die Mieterin typischerweise an der Amortisation der Errichtungskosten durch Vermietung des Bauwerks interessiert ist. Die häufige Vereinbarung, dass ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude nach Vertragsablauf auf Kosten des Mieters zu entfernen ist oder entschädigungslos in das Eigentum des Vermieters übergeht, erzeugt per se keine rechtliche Belastung des Mieters, weil die Errichtung des Bauwerks in seinem Belieben steht. Eine solche Vereinbarung dürfte bei Superädifikatsverträgen auch als geschäftsüblich einzustufen sein, weil der Liegenschaftseigentümer auch ohne sie die Entfernung des Gebäudes fordern kann.¹⁵ Ist die an den Gesellschafter zu zahlende Miete hingegen im Fremdvergleich zu hoch, so kann das Geschäft wegen verbotener Einlagenrückgewähr nichtig sein.¹⁶

C. Das sachenrechtliche Problem

Ist der Mietvertrag nach dem bisher Gesagten wirksam, so kann ein Superädifikat entstehen und eine Kredit gewährende Bank kann durch gerichtliche Hinterlegung der Pfandbestellungsurkunde ein Pfandrecht an diesem erwerben (§ 451 Abs 2 ABGB). Fraglich kann dann sein, ob bei späterer Veräußerung der Liegenschaft durch den Gesellschafter der Erwerber auch das der Gesellschaft gehörende Superädifikat miterwirbt und bejahendenfalls, ob er es auch lastenfrei erwirbt. Beides kann nur im Wege gutgläubigen Erwerbs nach § 367 ABGB erfolgen.

Der Erwerb des Superädifikats selbst hängt davon ab, ob der Gebäudeeigentümer (die GmbH) das Gebäude dem Grundeigentümer (dem Alleingesellschafter) anvertraut hat (§ 367 ABGB), was idR zu verneinen ist, weil der Gebäudeeigentümer dessen Inhaber ist.¹⁷ Selbst andernfalls wird beim unerkannten Miterwerb anzunehmenderweise der Modus der Urkundenhinterlegung fehlen. Seine Erforderlichkeit in Fällen des Miterwerbs ist in der Lit allerdings umstritten.¹⁸

Für einen lastenfremen Erwerb ist weiters zu bedenken, dass auch für § 367 Abs 2 ABGB einer der Erwerbstatbestände des § 367 Abs 1 vorliegen muss, wobei es beim Erwerb vom Vertrauensmann darauf ankommt, dass der *Berechtigte* – beim Pfandrecht also der Pfandgläubiger, nicht der Eigentümer – die Sache dem Veräußerer anvertraut hat.¹⁹ Dies dürfte aber nicht für Superädifikate gelten, weil § 451 ABGB dort das Faustpfandprinzip durch die Urkundenhinterlegung ersetzt, die den Rechtsschein uneingeschränkter Berechtigung des Inhabers ausschalten soll.

Diesen Fragen wird man sich aber letztlich nicht stellen müssen, weil dem Liegenschaftserwerber notwendigerweise der gute Glaube fehlt. Gem § 20 UHG kann sich niemand auf die Unkenntnis von Tatsachen und Rechten berufen, die aus den Karteien sowie aus den dort verzeichneten Urkunden ersichtlich sind. Eine bewilligte Hinterlegung der Pfandbestellungsurkunde ist in die Kartei nach § 6 Abs 2 UHG einzutragen (§ 10 Abs 3 UHG). Zwar ist das Bestehen eines Bauwerks bzw die Urkundenhinterlegung oft nicht im Gutsbestandsblatt der Liegenschaft ersichtlich gemacht (§ 10 Abs 1 a UHG; bis Ende 2008 § 19 Abs 1 aF UHG), doch ist dies für die Frage des Gutgläubenserwerbs bedeutungslos, weil die amtswegige Ersichtlichmachung nur Übersichts-zwecken dient, in keiner Weise rechtsbegründend wirkt²⁰ und

¹² Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 41.

¹³ Torggler in Straube, GmbHG § 18 Rz 40.

¹⁴ U. Torggler, wbl 2000, 389 (392 FN 35); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 18 Rz 23 c.

¹⁵ Zu letzterem OGH 19. 12. 2001, 9 Ob 229/01 v NZ 2003/16.

¹⁶ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 18 Rz 23 d.

¹⁷ Holzner, ÖBA 2001, 304 mwN.

¹⁸ Vgl Holzner, ÖBA 2001, 304f mwN.

¹⁹ Iro, RdW 2006, 675 (676f); Eccher in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ (2010) § 367 Rz 5.

²⁰ OGH 28. 5. 2003, 3 Ob 58/02d NZ 2004/71; Iro, Sachenrecht⁴ (2010) Rz 3/69; Hinteregger in Schwimann, ABGB³ (2004) § 435 Rz 8.

die Bekanntheitsfiktion des § 20 UHG nicht auf sie abstellt.²¹

Damit scheidet jedenfalls ein gutgläubig *lastenfreier* Erwerb des Superädifikats aus,²² weil der Erwerber im Hinblick auf die Lastenfreiheit eines verpfändeten Bauwerks nicht gutgläubig ist (§ 367 Abs 2 ABGB). Vermittelt aber die Urkundenhinterlegung kraft § 20 UHG Kenntnis vom Pfandrecht am Superädifikat, so vermittelt sie zugleich auch Kenntnis (oder zumindest Kennenmüssen) vom Bestehen desselben im Fremdeigentum,

²¹ OGH 23. 5. 1985, 8 Ob 651/84 SZ 58/89 = NZ 1987, 65; OGH 16. 5. 2000, 5 Ob 119/00m NZ 2001/499 (zust *Hoyer*).

²² Vgl OGH 23. 5. 1985, 8 Ob 651/84 SZ 58/89 = NZ 1987, 65; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 451 Rz 15; *Iro*, Sachenrecht⁴ (2010) Rz 3/69.

womit schon der gutgläubige Miterwerb eines verpfändeten Superädifikats mit der Liegenschaft an sich ausgeschlossen ist.

D. Schluss

Die Verpfändungskonstellation zeigt, dass beim Selbstkontrahieren auch Dispositionen Dritter (zB einer Kredit gewährenden Bank) im Vertrauen auf das Insihgeschäft bestehen können. Dann wird aber häufig auch eine Manifestation des Geschäfts gegenüber dem Dritten stattfinden oder ihm zugänglich gemacht werden. Sie unterstreicht weiters, wie wichtig die Einsichtnahme in die Urkundensammlung beim Liegenschaftserwerb ist, um dort allenfalls dokumentierte Superädifikate erkennen zu können.