



universität
wien

MASTER THESIS

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

Das Sicherungssystem im BTVG und dessen Schwächen

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Gloria Lovrić

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:

Rechtsanwalt Dr. Herbert Gartner

Gender-Erklärung

Zur leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Master Thesis die Sprachform des generischen Maskulinums bei personenbezogenen Bezeichnungen verwendet. Es sei festgehalten, dass diese ausschließliche Verwendung jedoch keine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts, sonstiger Geschlechter oder des Gleichheitsgrundsatzes impliziert, sondern im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral verstanden werden soll.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	1
II.	Allgemeines	3
III.	Der Bauträgervertrag.....	5
A.	Allgemeines	5
B.	Anwendung des BTVG.....	7
C.	Konsequenzen eines gesetzwidrigen Vorgehens	9
IV.	Die Sicherung des Erwerbers im BTVG	11
A.	Allgemeines	11
1.	Zu sichernde Ansprüche	11
2.	Zur Fälligkeit der Ansprüche des Bauträgers und eines Dritten gemäß § 7 Abs 4 BTVG	14
3.	Das Ende der Sicherungspflicht gem § 7 Abs 5 BTVG	16
4.	Die Sondersicherungsmodelle iSd § 7 Abs 6 Z 1 – Z 3 BTVG	17
B.	Die Sicherungsinstrumente und deren Zweck.....	21
1.	Das schuldrechtliche Sicherungsmodell (§ 8 BTVG)	21
a)	Allgemeines	21
b)	Bankgarantie	24
c)	Hinterlegung der Garantie.....	26
d)	Fertigstellungsgarantie	27
e)	Die Schwächen des schuldrechtlichen Sicherungsmodells.....	28
2.	Das grundbücherliche Sicherungsmodell iVm dem Ratenplan.....	30
a)	Allgemeines	30

b)	Ausreichende bürgerliche Sicherung durch Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG.....	32
c)	Einverleibung von schlichtem Miteigentum vor Begründung von Wohnungseigentum	34
d)	Lastenfreistellung.....	37
e)	Der Fälligkeitsbegriff des § 9 Abs 3 BTVG	41
f)	Die Sicherung gem § 9 BTVG	42
2.1.	Die Zahlung nach Ratenplan A oder B (§ 10 BTVG)	43
a)	Zahlung nach Ratenplan bei Neubau	46
b)	Zahlung nach Ratenplan bei durchgreifender Erneuerung.....	53
2.2.	Die Kombination des Ratenplans und einer schuldrechtlichen Sicherstellung	57
2.3.	Die Schwächen des grundbürgerlichen Sicherungsmodells.....	59
3.	Das pfandrechtliche Sicherungsmodell gemäß § 11 BTVG	61
a)	Allgemeines	61
b)	Die Schwächen des pfandrechtlichen Sicherungsmodells	62
V.	Zusammenfassung	63
VI.	Fazit.....	70
VII.	Literaturverzeichnis.....	73
VIII.	Judikaturverzeichnis OGH	75

Abkürzungsverzeichnis

abl	ablehnend
Abs	Absatz
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
aF	alte Fassung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BTVG	Bau trägervertragsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
f	folgende
ff	fortfolgende
GBG	Grundbuchgesetz
gem	gemäß
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
hA	herrschende Ansicht
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
iHv	in Höhe von
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae
lit	litera
mE	meines Erachtens
OGH	Oberster Gerichtshof
Rsp	Rechtsprechung

S	Satz
ua	unter anderem
vgl	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Z	Ziffer

I. Einleitung

Die vorliegende Master Thesis thematisiert das Sicherungssystem im Bauträgervertragsgesetz¹, kurz BTVG, unter besonderer Berücksichtigung der Schwächen der einzelnen Sicherungsinstrumente. Zu Beginn erfolgt eine kurze Darstellung des zwingenden Inhalts eines Bauträgervertrags, der zu sichernden Ansprüche und deren Fälligkeit. Vorab sei erwähnt, dass die Bestimmungen des BTVG jedoch nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Käufer vor der Fertigstellung mehr als EUR 150 / m² an den Bauträger oder an Dritte zu leisten hat. An dieser Stelle sei bereits festgehalten, dass das Gesetz nicht normiert, welche Rückforderungsansprüche des Erwerbers zu sichern sind.²

Gemäß § 7 Abs 5 BTVG idgF endet die Sicherungspflicht des Bauträgers mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsobjekts sowie der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung. Die Fassung vor der Novelle 2008 stellte noch auf die tatsächliche Übergabe des Vertragsobjekts in fertiggestelltem Zustand ab. Darüber hinaus normiert § 7 Abs 6 BTVG Sondersicherungsmodelle, mit denen die Sicherungspflicht des Erwerbers außer durch die Einhaltung der §§ 8 bis 14 BTVG auch erfüllt ist, wenn eine inländische Gebietskörperschaft selbst Bauträger ist (vgl Z 1), ein „Treuhand-Baukonto“ bei einem Kreditinstitut besteht (vgl Z 2), oder eine inländische Gebietskörperschaft eine Förderung aus öffentlichen Mitteln gewährt und weitere gesetzlich geregelte Voraussetzungen gegeben sind (vgl Z 3).

Darauf aufbauend, erfolgt im zweiten Kapitel der Arbeit eine Vorstellung der einzelnen Sicherungsinstrumente, die das Kernstück des BTVG und dieser Master Thesis bilden. Auch die Kombination mehrerer Sicherungsmittel sowie der nachträgliche einvernehmliche Austausch sind zulässig.³ Zudem ist die Anwendung mehrerer

¹ Bauträgervertragsgesetz BGBl I 1997/7, im Folgenden kurz BTVG.

² Siehe hierzu Punkt IV. A. 1. zu sichernde Ansprüche.

³ § 7 Abs 3 BTVG.

verschiedener Sicherungsmittel in einem Bauträgerprojekt gesetzmäßig, jedoch bedarf es hierfür eines gesonderten Übereinkommens.

Das Gesetz sieht vor, dass allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers nach § 8 BTVG schuldrechtlich gesichert werden können. Grundsätzlich kann die Sicherung durch eine Garantie oder eine geeignete Versicherung erfolgen, jedoch ist lediglich die Bankgarantie von praktischer Bedeutung.

Ferner kann der Erwerb von Eigentum, Wohnungseigentum oder eines Baurechts auch durch ausreichende bürgerliche Sicherstellung verbunden mit einer Zahlung nach Ratenplan gesichert werden. Im Rahmen dieses Kapitels wird besonders auf die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum als taugliches Sicherungsinstrument eingegangen. Hierzu teilen sich in der Lehre die Meinungen hinsichtlich der Tauglichkeit der Sicherung der Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers durch einen bloßen Anwartschaftsvertrag auf Wohnungseigentum. Die Lastenfreistellung als weiteres Element des grundbürgerlichen Sicherungsmodells findet hier ebenfalls Erwähnung.

In der Folge werden der Ratenplan A und B sowie die Zahlung nach Ratenplan bei Neubau bzw. durchgreifender Erneuerung erörtert. Zum besseren Verständnis werden stets judizierte Anwendungsbeispiele, die die einzelnen Sicherungsinstrumente und deren Schwächen behandeln, angeführt.

Zudem wird das pfandrechtliche Sicherungsmodell kurz angeschnitten, obwohl es kaum Praxisrelevanz aufweist. Ein Fazit bildet den Abschluss der Arbeit.

II. Allgemeines

Mit der Einführung des Bauträgervertragsgesetzes im Jahr 1997 wurde erstmalig der Schutz des Erwerbers vor einer Insolvenz des Bauträgers gewährleistet. Zuvor konnte sich der Erwerber durch die Bestellung eines Treuhänders bzw durch eine bestimmte Vertragsauslegung schützen. Als Folge fehlender gesetzlicher Vorgaben⁴ kam es zwischen den einzelnen Bauträgerverträgen zu Abweichungen. Viele Erwerber scheiterten bei der Wiedererlangung ihrer im Voraus geleisteten Zahlungen. Daher sah sich der Gesetzgeber genötigt, einzelne gesetzliche Bestimmungen in Sondergesetze einzuführen.

Erst 1975 mit der Verabschiedung des Wohnungseigentumsgesetzes⁵ und der Möglichkeit der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum wurde ein geeigneter Schutz für den Wohnungseigentums-Erwerber geschaffen. Im Zuge des 3. Wohnrechtsänderungsgesetzes 1993 wurde § 23 Abs 1 a WEG 1975 eingeführt, wonach vor Erwirkung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum im Grundbuch der Wohnungseigentumsorganisator – sofern nicht Förderungen aus öffentlichen Mitteln für den Wohnbau oder die Wohnhaussanierung gewährt werden – die mit dem Wohnungseigentumswechsler vereinbarten Leistungen nicht übernehmen durfte. Seit 01.07.2002 regelt § 40 WEG 2002 die grundbücherliche Sicherung des Wohnungseigentumserswerbers. Gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 ist auf Antrag des Wohnungseigentumserswerbers oder des Wohnungseigentumsorganisators die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum im Grundbuch anzumerken.

Primär war es für den Gesetzgeber von Bedeutung, ein Regelwerk für Verträge über den Eigentumswerb von Nutzungsrechten an erst zu errichtenden bzw zu erneuernden Gebäuden und Wohnungen zu schaffen. Zusätzlich zum Schutz der Konsumenten vor

⁴ RV 312 BlgNR 20. GP 8.

⁵ Wohnungseigentumsgesetz 2002 BGBl I 2002, 70, im Folgenden kurz WEG.

dem Verlust etwaiger Vorleistungen, war die Schaffung eines einheitlichen und effektiven Konsumentenschutzes unter Verzicht auf einen Eingriff in das allgemeine Vertragsrecht von zentraler Bedeutung.

Gegenständlich besonders erwähnenswert sind die damals im Entwurf vorgesehenen verschiedenen Sicherungsmodelle in den §§ 7 ff BTVG. Beispielhaft sah § 8 BTVG ein Sicherungsmodell durch Bürgschaften, Garantien oder geeignete Versicherungen vor. Die Idee war, dass als geeignete Bürgen oder Garanten lediglich Banken, Versicherungen oder Gebietskörperschaften infrage kommen.

Zur Schließung gewisser Lücken, die in der Praxis trotz vorhandener Schutzmechanismen entstanden waren, wurde das BTVG 2008 novelliert und der Schutz der Erwerber ausgebaut. Darüber hinaus standen die Schaffung möglichst transparenter Vertragsbeziehungen und die wirtschaftliche Absicherung von Vorauszahlungen im Mittelpunkt.⁶ In der Novellierung fanden ebenfalls die Anregungen der Konsumentenschutzorganisationen Berücksichtigung, die vermehrt in einem Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des BTVG standen. In der Praxis kam es zu Umgehungen der in § 1 Abs 1 aF⁷ normierten Betragsgrenze, indem beispielsweise lediglich ein Rohbau im Bauträgervertrag vereinbart wurde und erst durch die Erfüllung von Sonderwünschen des Erwerbers ein taugliches Objekt entstand.⁸

⁶ RV 432 BlgNR 23. GP 2.

⁷ Alte Fassung.

⁸ Gartner, BTVG⁵ § 1 Rz 5.

III. Der Bauträgervertrag

A. Allgemeines

„Ein Bauträgervertrag regelt den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandsrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen.“⁹

Die in § 2 BTVG normierte Definition sollte alle Vertragstypen erfassen, die dem Erwerber die genannten Rechte verschaffen. Das Vertragsobjekt ist ein zu errichtendes oder umfassend zu sanierendes Gebäude, eine derartige Wohnung oder eine Geschäftsräumlichkeit.¹⁰ Die Bestimmungen des BTVG kommen jedoch nur dann zur Anwendung, wenn der Käufer vor der Fertigstellung mehr als EUR 150 / m² an den Bauträger oder an Dritte zu leisten hatte.

Die inhaltlichen Mindestanforderungen des Bauträgervertrags sind in § 4 Abs 1 BTVG geregelt. Der Vertragsgegenstand ist bestimmt zu bezeichnen, wonach das Kaufobjekt als solches genau zu beschreiben ist. Dies umfasst die Nennung der Lage, der Topnummer, der Anzahl und lagemäßigen Anordnung der Räume, die KFZ-Stellplätze und allfällige Sondernutzungsrechte. Weiters sind die Einbeziehung genauer Pläne und die Bau-, Ausstattungs- und Zustandsbeschreibungen laut Gesetzestext erforderlich. Die Pläne bilden nicht nur ein inhaltliches Mindestanforderung, sondern sie sind auch der Gegenstand des Schriftformerfordernisses gemäß § 3 BTVG. Folglich ist es notwendig, dass der Bauträgervertrag auf den Gesamtplan und die Möglichkeit der Einsichtnahme verweist. Zudem ist die Unterfertigung der Plandarstellung des gegenständlichen Bauvorhabens vorzunehmen.

⁹ § 2 BTVG.

¹⁰ Prader, WGG und BTVG⁴ § 2 BTVG 591.

Als weitere Erfordernisse sind im Bauträgervertrag das vom Erwerber zu leistende Entgelt sowie dessen Fälligkeit festzuhalten. Die Vereinbarung eines variablen Kaufpreises ist zulässig, allerdings sind die Faktoren, die eine Veränderung bewirken können, und die Obergrenze genau zu bezeichnen. Liegt ein Verbrauchergeschäft vor, sind die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes neben § 4 Abs 1 Z 2 nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu beachten. Dem Bauträgervertrag müssen der Zeitpunkt und die Höhe der jeweiligen Kaufpreiszahlungen zu entnehmen sein.

Der späteste Termin zur Übergabe des Vertragsgegenstands ist im Vertrag anzugeben. Die Festlegung von zwei Terminen hat sich in der Praxis bewährt, sodass ein erster und vorläufiger Termin für die Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstand anvisiert und ein zweiter „spätester“ Termin – ca ein halbes Jahr später – für die Übergabe der Allgemeinflächen bestimmt wird. Bis zu diesem Zeitpunkt muss die Übergabe spätestens erfolgt sein.

Daneben sind vom Vertragsverfasser alle bereits grundbücherlich einverleibten Lasten sowie jene, die in einem späteren Stadium begründet werden sollen, in den Vertrag aufzunehmen.¹¹ Die Art der Sicherung des Erwerbers nach BTVG ist zwingend im Bauträgervertrag festzuhalten.

Die Sicherungsmittel unterteilt das Gesetz in die schuldrechtliche Sicherung gem § 8 BTVG, die grundbücherliche Sicherstellung auf der zu bebauenden Liegenschaft iVm der Zahlung nach Ratenplan gem §§ 9, 10 BTVG sowie die pfandrechtliche Sicherstellung gem § 11 BTVG. Beim grundbücherlichen und pfandrechtlichen Modell ist zwingend ein Treuhänder zu bestellen. Der Gesetzgeber verleiht dem Treuhänder die Funktion eines „Überwachers“. Vorrangig soll er die Erfüllung der Sicherungspflicht beaufsichtigen. Laut dem Gesetzestext obliegen die Vertragserrichtung und die Abwicklung der Leistungen nicht dem Treuhänder, wenngleich er diese Aufgaben in der Praxis oftmals

¹¹ Böhm/Pletzer, BTVG in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV² § 4 BTVG Rz 22 (2001).

übernimmt. Wird der Treuhänder auch mit der grundbücherlichen Durchführung des Kaufvertrags betraut, spricht man von einem „Abwicklungstreuhänder“.

B. Anwendung des BTVG

Oftmals erfolgt der Eigentumserwerb vom Bauträger bereits in der Planungsphase und der Erwerber erhält dadurch die Möglichkeit, bei der Gestaltung der Immobilie mitzuwirken. Allerdings birgt der Kauf lediglich anhand von „Plänen“ einige Risiken. Mit der Schaffung des BTVG wurde jedoch ein gesetzlicher Rahmen zum Schutz der Erwerber geschaffen. So müssen Bauträgerverträge gewisse zwingende Inhalte, besondere Rücktrittsrechte sowie Sicherungsinstrumente, deren Kombination zulässig ist, enthalten.

Das BTVG verdrängt keine für den Erwerber günstigeren gesetzlichen Bestimmungen oder vertraglichen Vereinbarungen und gelangen daher die Schutzbestimmungen des WEG oder KSchG ebenfalls zur Anwendung. Bereits die ErläutRV zur Stammfassung des BTVG weisen auf die §§ 6 und 9 KSchG hin.¹² Die Regelungen des BTVG sind zugunsten eines Verbrauchers zwingender Natur und können zu dessen Nachteil vertraglich nicht abgeändert werden. Bei der Begründung von Wohnungseigentum auf der vertragsgegenständlichen Liegenschaft sind insbesondere die Schutzbestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes (§§ 37 ff) gültig. Daneben sind die im WEG normierten Bestimmungen, soweit sie die Rechtsposition des Erwerbers eines Objekts verbessern, anzuwenden. Es ist darauf hinzuweisen, dass im WEG nicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern unterschieden wird und gemäß § 37 Abs 6 WEG die dem Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers dienenden Bestimmungen nicht abbedungen werden

¹² ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 13.

können. Zudem bleiben landesgesetzliche Vorschriften, die zu einer Begünstigung des Erwerbers führen, durch die Anwendung des BTVG unberührt.¹³

¹³ *Gartner*, BTVG⁵ § 1 Rz 22 ff.

C. Konsequenzen eines gesetzwidrigen Vorgehens

Der Vertragsserrichter haftet nicht nur für die unterlassene Anwendung des BTVG, sondern auch für dessen unrichtige Anwendung.¹⁴

„(1) Der Erwerber kann alle Leistungen, die er oder der Treuhänder für ihn entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erbracht hat, zurückfordern. Der Bauträger hat für Rückforderungsansprüche Zinsen ab dem Zahlungstag in einer den jeweiligen Basiszinssatz um acht Prozentpunkte übersteigenden Höhe zu zahlen.

(2) Der Rückforderungsanspruch verjährt in drei Jahren. Auf ihn kann im voraus nicht wirksam verzichtet werden.

(3) Rückforderungsansprüche nach anderen Vorschriften bleiben unberührt.“¹⁵

Der Rückforderungsanspruch des Erwerbers bei vorzeitiger Zahlung richtet sich gem dem – oben angeführten – Wortlaut des § 14 BTVG gegen den Bauträger. Einen Teil des Rückforderungsanspruchs bilden die erhöhten Zinsen gem § 14 Abs 1 S 2 BTVG.

Verletzt der Treuhänder seine Verpflichtungen nach dem BTVG, indem er eine höhere Zahlung als laut Ratenplan iSd § 10 BTVG veranlasst, so haftet er für den Schaden im Fall der Insolvenz des Bauträgers vor der Fertigstellung des Bauvorhabens. Da hingegen durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers kein fortdauerndes Bauvorhaben besteht, ist für die Ermittlung der Schadenshöhe der Sicherungszweck des BTVG nicht mehr entscheidend. Die Schadensermittlung hat anhand eines Vergleichs der Vermögenslage mit der Situation ohne das schädigende Verhalten des Treuhänders zu erfolgen.¹⁶

¹⁴ Vgl Gartner, Die Haftung des Vertragsserrichters für die unrichtige Anwendung des BTVG, immolex 2013, 233.

¹⁵ § 14 BTVG.

¹⁶ OGH 3 Ob 225/17k immolex 2018/67, 194 = Zak 2018/289, 154.

Die verfrühte Auszahlung aus dem Treuhanderlag durch den Treuhänder schmälert die Sicherung des Erwerbers durch Verminderung des Treuhanderlags.¹⁷ Das rechtswidrige Verhalten des Treuhänders führt zum Anspruch des Erwerbers auf Wiederherstellung des vorherigen Zustands.¹⁸ Anders ist allerdings jener Sachverhalt zu beurteilen, bei dem in einem das BTVG anwendenden Vertrag kein Sicherungsinstrument festgesetzt wird, da ausschließlich die ungesicherte Weiterleitung des Treuhanderlags bzw der einzelnen Raten an den Bauträger einen rechtswidrigen Akt darstellt.

Zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs normiert § 14 Abs 2 BTVG eine dreijährige Verjährungsfrist. Eine korrespondierende Verjährungsfrist für die (Straf-) Zinsen sieht das BTVG nicht vor. Hingegen besagt § 1480 ABGB, dass Forderungen von rückständigen jährlichen Leistungen, insbesondere Zinsen, in drei Jahren erlöschen. Nach der Rsp¹⁹ beginnt die Verpflichtung des Bauträgers zur Verzinsung mit der Entstehung des Rückforderungsanspruchs und endet mit dessen Erlöschen.²⁰

¹⁷ OGH 1 Ob 190/12s immolex-LS 2012/97 = immolex-LS 2013/10 = ZRB 2013, 28 (Seeber) = ZIK 2013, 79 = MietSlg 64.646.

¹⁸ Vgl RIS-Justiz RS0022526, zuletzt OGH 6 Ob 173/18m SZ 2018/85.

¹⁹ OGH 3 Ob 123/13d immolex-LS 2014/86, 65 – RdW 2014, 65 = immolex-LS 2014/15 = ZVB 2014/36, 121 (Zörer) = Zak 2014/57, 36 = Kothbauer, immolex 2014, 96 = immolex-LS 2014/41 = bbl 2014, 74/66 – bbl 2014/66 = SZ 2013/104 = MietSlg 65.512.

²⁰ OGH 5 Ob 7/21x immolex 2021/148, 310.

IV. Die Sicherung des Erwerbers im BTVG

A. Allgemeines

Die Sicherungen gegen den Verlust der im Voraus geleisteten Zahlungen des Erwerbers bilden das Kernstück des BTVG. Die in dessen § 7 normierte Sicherungspflicht obliegt dem Bauträger; er hat das Sicherungsmittel zu wählen. Die Kombination mehrerer Sicherungsmittel sowie der nachträgliche einvernehmliche Austausch sind ebenfalls zulässig.²¹ Zudem ist die Anwendung mehrerer verschiedener Sicherungsmittel in einem Bauträgerprojekt gesetzmäßig, jedoch bedarf es hierfür eines gesonderten Übereinkommens. Vor der Herstellung der Sicherung durch den Bauträger sind die Zahlungen des Erwerbers aus dem Bauträgervertrag nicht fällig.²²

1. Zu sichernde Ansprüche

„Die Sicherung kann entweder durch schuldrechtliche Sicherung (§ 8), durch grundbücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan oder durch pfandrechtliche Sicherung (§ 11) erfolgen.“²³

Das Gesetz normiert nicht, welche Rückforderungsansprüche des Erwerbers zu sichern sind. Zweifellos sind hiervon alle Zahlungen, die einen Rückforderungsanspruch nach § 14 BTVG begründen, umfasst. Darüber hinaus zu sichern sind alle Forderungen, die sich etwa aufgrund eines Rücktritts vom Vertrag, einer Anfechtung wegen eines Willensmangels, wegen laesio enormis oder wegen Nichtigkeit des Vertrags ergeben

²¹ § 7 Abs 3 BTVG.

²² OGH 6 Ob 171/19v Prader, ImmoZak 2020/43, 81 = immolex 2021/9, 20 (Horn) = Böhm, wobl 2021/37, 114.

²³ § 7 Abs 2 BTVG.

können.²⁴ Der Gesetzgeber schließt ausdrücklich die Sicherungspflicht für Abgaben- und Steuerzahlungen sowie für die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung aus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei diesen Kosten kein besonderes Sicherungsbedürfnis des Erwerbers vorliegt.

Strittig ist, ob Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche wegen mangelhafter Leistung des Bauträgers dessen Sicherungspflicht unterliegen. Gemäß den Materialien zur Stammfassung des BTVG sollte kein Sondergewährleistungsrecht geschaffen werden.²⁵ Seit der Einführung des § 4 Abs 4 BTVG sollen Gewährleistungsansprüche, die nach der Übergabe des Vertragsgegenstands und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung entstehen und die bei Wandlung oder Preisminderung zur Begründung etwaiger Rückforderungsansprüche führen könnten, entsprechend dem Gesetzeswortlaut nicht mehr nach § 7 Abs 1 BTVG zu sichern sein.

Sohin müssen gem § 4 Abs 4 BTVG die dort ausdrücklich genannten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aufgrund mangelhafter Leistung für die Dauer von drei Jahren ab der tatsächlichen Übergabe des Vertragsgegenstands durch den Haftrücklass gesichert werden.

Nach *Pittl* hat der Bauträger die aus der Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe entspringenden Rückforderungsansprüche nach § 7 Abs 1 BTVG zu sichern. Die Art des zu sichernden Anspruchs ist nicht maßgeblich, sondern der Konnex der Zahlung zum Bauträgervertrag ist entscheidend. In der Stammfassung des BTVG konnte der Erwerber auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe greifen, sodass bei Vorliegen eines wesentlichen und behebbaren Qualitätsmangels die Geltendmachung der Verbesserung oder Preisminderung möglich war. Folglich müssen laut *Pittl* daher jedenfalls die aus der Geltendmachung der sekundären

²⁴ Ausführlich dazu *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, ABGB IV² § 7 BTVG Rz 14.

²⁵ RV 312 Bglnr. 20. GP, 11; bejahend mit Begründung *Pittl*, BTVG³ § 7 BTVG Rz 4; *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, ABGB IV² § 7 BTVG Rz 14; hingegen verneinend *Engin-Deniz*, BTVG² § 7 BTVG Rz 7.

Gewährleistungsbehelfe entspringenden Rückforderungsansprüche auch heute gem § 7 Abs 1 BTVG gesichert werden.²⁶

Nach *Gartner* ist gegenständlich eine Differenzierung vorzunehmen: Wurde keine vertragliche Vereinbarung über die besondere Übernahme von Teilleistungen getroffen, können bei aufrehtem Vertrag und mangels erfolgter Übergabe des geschuldeten Vertragsgegenstandes noch keine Gewährleistungsansprüche und Rückforderungsansprüche entstanden sein.²⁷ Wie bereits oben ausgeführt kann den ErläutRV der Stammfassung entnommen werden, dass das BTVG nicht das Ziel verfolgt, etwaige Gewährleistungsansprüche durch die geschaffenen Sicherungsmodelle zu sichern.²⁸

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Sicherungspflicht des Bauträgers ohnedies nicht vor der Verwirklichung der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung endet.²⁹ Nach Übergabe des Vertragsgegenstandes steht es dem Erwerber frei, von den zur Verfügung stehenden Gewährleistungsbehelfen Gebrauch zu machen und ist dies problemlos bei der Inanspruchnahme einer Bankgarantie möglich, da dies zweifellos die Auflösung des Vertrages zur Folge hat. Folglich erteilt *Gartner* in diesem Punkt *Pittl* seine Zustimmung, jedoch führt die Anwendung des grundbücherlichen Modells aufgrund ihres Sicherungszwecks zu einem anderen Ergebnis.³⁰

²⁶ *Pittl*, BTVG³ § 7 BTVG, 81; dazu auch *Pittl/Niedrist*, wobl 2008, 198; zustimmend *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg) ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) § 7 Abs 1 BTVG Rz 2; ausführlich und differenzierend *Gartner*, BTVG⁵ § 7 BTVG Rz 6 f, aA *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Taschenkommentar³ (2018) § 7 BTVG Rz 2.

²⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

²⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 13.

²⁹ Siehe dazu unten Punkt IV. A. 3.

³⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 7; siehe hierzu auch *Friedl* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 7 BTVG Rz 1 f.

2. Zur Fälligkeit der Ansprüche des Bauträgers und eines Dritten gemäß § 7 Abs 4 BTVG

„Ansprüche des Bauträgers und eines Dritten gemäß § 2 Abs 4 werden erst fällig, wenn und soweit die in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Sicherungen des Erwerbers vorliegen.“

Gemäß dem Gesetzeswortlaut werden die Ansprüche des Bauträgers und eines Dritten, beispielsweise des Liegenschaftseigentümers, erst fällig, wenn und soweit die im BTVG vorgesehenen Sicherungen des Erwerbers vorliegen. Dies gilt, falls der vereinbarte Fälligkeitstermin für die Zahlungen des Erwerbers vor diesem Zeitpunkt liegt. Zum Zeitpunkt der Zahlung muss das vereinbarte Sicherungsmodell verwirklicht sein. Hingegen regelt § 10 Abs 2 BTVG die Fälligkeitstermine der Zahlungen nach Ratenplan A bzw Ratenplan B im Bereich der grundbücherlichen Sicherstellung. Gemäß § 14 Abs 1 BTVG kommt dem Erwerber ein Rückforderungsanspruch für sämtliche nicht iSd § 7 Abs 4 BTVG gesicherten Zahlungen zu. Unwesentlich ist hierbei, ob die Zahlungen direkt vom Erwerber an den Bauträger geleistet wurden oder eine vorzeitige Auszahlung des Treuhänders an den Bauträger oder einen Dritten erfolgte.

Unterlässt es der Vertragserrichter, das Sicherungsmodell im Bauträgervertrag anzuführen, hat dies dessen relative Nichtigkeit zur Folge. Eine Aufzählung der erforderlichen Voraussetzungen für das jeweilige Sicherungsinstrument nahm der Gesetzgeber in § 7 Abs 4 BTVG nicht vor.

In der vom OGH rechtlich zu beurteilenden Sache zu 8 Ob 79/21g lag keine entsprechende Sicherung vor und es wurde die Auszahlung des Kaufpreises seitens des Treuhänders vor Fälligkeit an den Bauträger vorgenommen. Da der Treuhänder Zahlungen vor deren Fälligkeit weitergeleitet hat, ohne dass eine Sicherheit vorlag, verletzte er seine Verpflichtung nach dem BTVG und wurde gegenüber den Erwerbern schadenersatzpflichtig.

Gegenständlich schuldete die Bauträgerin entsprechend dem abgeschlossenen Vertrag – wenn auch nicht so angeführt – eine bezugsfertige Wohnung. Folglich setzt dies nach der Rsp auch das Vorliegen der baubehördlichen Benutzungserlaubnis voraus, es sei denn der Vertragsgegenstand wurde abweichend definiert.

Der OGH führt in seiner rechtlichen Beurteilung wie folgt aus:

„Dass die Fertigstellungsanzeige fehle, und dies aufgrund des nach wie vor fehlenden Aufzugs (vgl § 111 Abs 1 lit c der anzuwendenden Wr BauO, wonach im Zuge der Errichtung von Zubauten zur Schaffung neuer Wohnungen Personenaufzüge errichtet werden müssen, wenn das Gebäude vor oder nach diesem Zubau mehr als zwei Hauptgeschoße aufweist), brachten die Kläger in erster Instanz vor und blieb unstrittig. Zu Recht legte das Berufungsgericht diesen Umstand seiner Entscheidung zugrunde. Dass die Annahme des schlüssigen Zugeständnisses richtig war, zeigt sich schon daran, dass die Beklagte auch in der Revision wieder nicht konkret behauptet, dass eine Fertigstellungsanzeige oder für die Kläger relevante Teilfertigstellungsanzeige vorliegen würde.

Nach § 128 Abs 4 Wr BauO darf das Bauwerk vor Erstattung der Fertigstellungsanzeige nicht benützt werden. Wenn das Berufungsgericht auch angesichts dessen eine Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstands iSd § 7 Abs 5 BTVG verneint, ist dies jedenfalls vertretbar.“³¹

³¹ OGH 8 Ob 79/21g immolex 2021, 350 (Böhm/Prader) = ImmoZak 2021, 85 (Dobler) = ZVR 2022, 75 (Danzl, tabellarische Übersicht) = wobl 2022, 404 (Pittl).

3. Das Ende der Sicherungspflicht gem § 7 Abs 5 BTVG

„Die Sicherungspflicht des Bauträgers endet mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung.“³²

Gem dem obigen Gesetzestext des § 7 Abs 5 BTVG idGF endet die Sicherungspflicht des Bauträgers mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsobjekts sowie der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung. Die Fassung vor der Novelle 2008 stellte noch auf die tatsächliche Übergabe des Vertragsobjekts in fertiggestelltem Zustand ab.

Nach *Prader* bedeutet dies, dass die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „eigentlicher Vertragsgegenstand“ zur Folge hätte, dass die Sicherungspflicht schon vor der Fälligkeit der Raten des § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 eintreten würde, was nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen kann. Dies gilt aufgrund des Austauschs und der damit einhergehenden Einschränkung des ursprünglichen Begriffs „Vertragsgegenstand bzw Vertragsobjekt“ durch den „eigentlichen Vertragsgegenstand“. Dem nunmehrigen Gesetzeswortlaut folgend, endet die Sicherungspflicht des Bauträgers vor der Fertigstellung der Gesamtanlage.³³

Von einer Fertigstellung im Sinn der grundbücherlichen Sicherung und des Ratenplans des BTVG ist dann die Rede, wenn das Vertragsobjekt „keine gravierenden“ Mängel iSd BTVG aufweist. Ein gravierender Mangel vereitelt die Fertigstellung des Bauträgerobjekts und deshalb endet die Sicherungspflicht bis zur Behebung des Mangels nicht. Hingegen gilt entsprechend den zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen ein Werk als fertiggestellt, wenn es entsprechend der getroffenen Vereinbarung vollständig ausgeführt

³² § 7 Abs 5 BTVG.

³³ *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 7 Abs 5 BTVG Rz 9.

und mangelfrei ist. Bis dahin darf die Übernahme des mangelhaften Werks verweigert werden.³⁴

Da nach dem Gesetzeswortlaut die Sicherungspflicht des Bauträgers mit der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung endet, muss diese noch nicht hergestellt sein. Vielmehr muss es einzig und allein in der Hand des Erwerbers bzw Treuhänders liegen, die vereinbarte Rechtsstellung tatsächlich zu ermöglichen.³⁵

Falls Grundbuchseintragungshindernisse bestehen, ist die Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung des Erwerbers so lange nicht gesichert, als diese Hindernisse bestehen. Gleiches gilt für jene Eigentumserwerbe, die einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung bedürfen, sodass die vereinbarte Rechtsstellung bis zu deren Genehmigung nicht gesichert ist.

4. Die Sondersicherungsmodelle iSd § 7 Abs 6 Z 1 – Z 3 BTVG

§ 7 Abs 6 BTVG lautet:

„Die Sicherungspflicht (Abs. 1 bis 5) ist außer durch die Einhaltung der §§ 8 bis 14 auch erfüllt, wenn

- 1. eine inländische Gebietskörperschaft Bauträger ist;*
- 2. Zahlungen des Erwerbers auf ein bei einem Kreditinstitut (§ 8 Abs. 3) treuhändig für Rechnung des Erwerbers geführtes Konto des Bauträgers entrichtet werden und mit dem Kreditinstitut zugunsten des Erwerbers vereinbart ist, dass der Bauträger über diese Zahlungen und die angewachsenen Zinsen erst nach der tatsächlichen Übergabe des*

³⁴ Gartner, BTVG⁵ § 7 BTVG Rz 27; JBl 1974, 423; SZ 56/106.

³⁵ OGH 11.03.2021, 5 Ob 7/21x.

fertiggestellten eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung verfügen kann, oder

3. eine inländische Gebietskörperschaft eine Förderung aus öffentlichen Mitteln gewährt, der Vertrag den Erwerb eines Bestand- oder sonstigen Nutzungsrechts vorsieht und

a) der Abschluss des Bauträgervertrags erst nach Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung und der schriftlichen Zusicherung der Förderung erfolgt,

b) die Finanzierung der gesamten Herstellungskosten des Bauvorhabens – insbesondere der Baukosten und sonstiger Kosten, die nach dem Finanzierungsplan der Gebietskörperschaft der Förderungszusage zugrunde liegen – gesichert und gewährleistet ist, dass außer der Sicherstellung der Finanzierungsmittel nach dem Finanzierungsplan keine weiteren geldwerten Lasten vor Ende der Sicherstellungspflicht ohne Zustimmung der Gebietskörperschaft oder des Erwerbers verbüchert sind oder werden,

c) der Abschlussprüfer oder ein Revisionsverband bzw. der Revisor des Bauträgers bis zu dem vereinbarten Bezugstermin jährlich eine Bescheinigung für das oder mehrere Bauvorhaben ausstellt, dass für den fristgerecht erstellten Jahresabschluss ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk erteilt wurde und allfällige Rückforderungsansprüche der Erwerber aufgrund der sich aus der geprüften Bilanz ergebenden Eigenkapitalausstattung des Bauträgers ausreichend gedeckt werden können,

d) die über Begehren des Bauträgers auszustellende Bescheinigung gemäß lit. c vom Bauträger der fördernden Gebietskörperschaft vorgelegt wird, sowie

e) im Fall einer gemeinnützigen Bauvereinigung der Revisionsverband bzw. der Revisor die Bescheinigung gemäß lit. c auch dem nach dem Sitz der Bauvereinigung zuständigen Amt der Landesregierung als Aufsichtsbehörde übermittelt, wobei unter sinngemäßer

Anwendung der §§ 28 Abs. 8 und 29 Abs. 6 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz für jedermann die Einsichtnahme in diese Bescheinigung zu gewährleisten ist. “

§ 7 Abs 6 BTVG normiert Sondersicherungsmodelle, mit denen die Sicherungspflicht des Erwerbers außer durch die Einhaltung der §§ 8 bis 14 BTVG auch erfüllt ist, wenn

- eine inländische Gebietskörperschaft selbst Bauträger ist (vgl Z 1);
- ein „Treuhand-Baukonto“ bei einem Kreditinstitut besteht (vgl Z 2), oder
- eine inländische Gebietskörperschaft eine Förderung aus öffentlichen Mitteln gewährt und dabei eine den Sicherungsmitteln der §§ 8 bis 14 gleichwertige Sicherung des Erwerbers erfolgt, die insbesondere in Förderungsregelungen vorgesehen ist und deren Einhaltung die Gebietskörperschaft überwacht (vgl Z 3).

Der Gesetzgeber nimmt an, dass in Fällen, in denen eine inländische Gebietskörperschaft selbst Bauträger ist, de facto kein Insolvenzrisiko besteht, und sohin die vom Erwerber im Voraus geleisteten Zahlungen nicht gefährdet sind.

Gem § 7 Abs 6 Z 2 BTVG kann die Sicherungspflicht abweichend von den §§ 8 bis 14 BTVG auch erfüllt werden, wenn Zahlungen des Erwerbers auf ein bei einem Kreditinstitut treuhändig für Rechnungen des Erwerbers geführtes Konto des Bauträgers entrichtet werden und mit dem Kreditinstitut zugunsten des Erwerbers vereinbart ist, dass der Bauträger über diese Zahlungen und die angewachsenen Zinsen erst nach der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsgegenstands und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung verfügen kann. Der Kontoinhaber ist der Bauträger, der allerdings bezüglich der darauf geleisteten Zahlungen nicht Verfügungsberechtigt ist. Die Auszahlung der Treuhandvaluta an den Bauträger darf nicht vor dem Ende der Sicherungspflicht erfolgen. Dies soll nach der Absicht des

Gesetzgebers die Aussonderung der auf dem Treuhandkonto eingezahlten Gelder im Fall der Insolvenz eines Bauträgers gewährleisten.³⁶

Da die Bestellung eines Treuhänders nach § 12 BTVG nicht zwingend erforderlich ist, bleibt offen, wie der Nachweis des Endes der Sicherungspflicht zu erbringen ist. Die ErlRV führen beispielhaft die Erbringung einer schriftlichen Bestätigung an. Die Lehre vertritt verschiedene Ansichten über die Erbringung des Nachweises (Übergabebestätigung, Mietvertrag, Grundbuchsbeschluss etc) des Endes der Sicherungspflicht.

Nach *Pittl* hat das Kreditinstitut entsprechend der zu verschaffenden Rechtsposition die Nachweisüberprüfung vorzunehmen. Folglich ist, wenngleich die in § 12 Abs 3 Z 2 BTVG normierte Pflicht zur Überwachung der Erfüllung der Sicherungspflicht des Bauträgers mangels Treuhändereigenschaft des Kreditinstituts nicht zur Anwendung gelangt, die Überprüfung inhaltlich an diese angelehnt vorzunehmen.

Das in § 7 Abs 6 Z 3 BTVG normierte Sicherungsmodell betrifft jene Fälle, in denen eine Förderungsgewährung aus öffentlichen Mitteln durch eine Gebietskörperschaft erfolgt und der Erwerb eines Bestand- oder sonstigen Nutzungsrechts vorgesehen ist. Ist entsprechend dem Vertrag der Erwerb von Eigentum, Wohnungseigentum oder eines Baurechts beabsichtigt, gelangt – aufgrund des höheren Risikos – die den §§ 8 bis 14 BTVG entsprechende Sicherstellungspflicht zur Anwendung.

³⁶ *Pittl*, BTVG³ § 7 BTVG Rz 37 f.

B. Die Sicherungsinstrumente und deren Zweck

1. Das schuldrechtliche Sicherungsmodell (§ 8 BTVG)

a) Allgemeines

„(1) Allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers können durch eine ihm eingeräumte Garantie oder eine geeignete Versicherung gesichert werden. Die Sicherungspflicht erstreckt sich auch auf nicht länger als drei Jahre rückständige Zinsen bis zu der in § 14 Abs. 1 genannten Höhe. Eine Einschränkung der Sicherung auf noch nicht erbrachte Bauleistungen ist ohne entsprechende sonstige Sicherung unwirksam.“³⁷

(2) Die in Abs. 1 genannten Sicherheiten können durch eine der Höhe nach begrenzte Fertigstellungsgarantie ersetzt werden, die jedenfalls die Rückforderungsansprüche einschließt.

(3) Garanten müssen Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen, die zur Geschäftsausübung im Inland berechtigt sind, oder inländische Gebietskörperschaften sein.

(4) Ein dem Bauträger vertraglich zugestandenes Verfügungsrecht über die dem Erwerber eingeräumte Sicherheit ist unwirksam.

(5) Leistungen aus einer Garantie oder Versicherung können nur von der Entrichtung der Zahlungen des Erwerbers auf das in dieser Sicherheit genannte Konto abhängig gemacht werden. Die Inanspruchnahme einer solchen Sicherheit durch den Erwerber gilt jedenfalls als Auflösung des Vertrags. Leistungen aus einer solchen Sicherheit werden spätestens mit der Löschung der zugunsten des Erwerbers erfolgten Grundbuchseintragungen fällig.“³⁸

³⁷ § 8 BTVG.

³⁸ § 8 BTVG.

Das Gesetz sieht vor, dass allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers nach § 8 BTVG schuldrechtlich gesichert werden können. Grundsätzlich kann die Sicherung durch eine Garantie oder eine geeignete Versicherung erfolgen, jedoch ist lediglich die Bankgarantie von praktischer Bedeutung. Gem Abs 3 müssen Garanten entweder inländische Gebietskörperschaften oder Kreditinstitute bzw Versicherungsunternehmen sein, die zur Geschäftsausübung im Inland berechtigt sind. Die Garantie muss auf den Erwerber lauten; folglich ist die Ausstellung einer sogenannten Treuhändergarantie, die ihm das Verfügungsrecht über die Garantie einräumt, ausgeschlossen. Die bloße Verwahrung der auf den Erwerber lautenden Urkunde durch den Treuhänder ist wiederum zulässig.³⁹ An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Garantiezuhung kraft Gesetzes die Auflösung des Vertrages als Konsequenz hat. Weiters sei zu erwähnen, dass die Verwahrung bei einem Treuhänder den Vorteil mit sich zieht, dass der nicht rechtskundige Erwerber von der übereilten Ziehung der Garantie geschützt wird. Gegebenenfalls kann der zum Treuhänder bestellte Rechtsanwalt – wohl auch entsprechend seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht – den eventuell aus dem Affekt handelnden Erwerber unter Aufklärung der rechtlichen Konsequenz seines Handelns, nämlich dem nicht bedachten Rücktritt vom gesamten Vertrag, bewahren.

Die vor der Novelle 2008 noch zulässige Bürgschaft wurde gestrichen, weil sie für den Erwerber wegen ihrer Subsidiarität und Akzessorietät kein gleichwertiges Sicherungsinstrument darstellt. Der Wortlaut des neugeschaffenen § 8 Abs 5 BTVG betont, dass die Garantie und die Versicherung abstrakte Sicherungsmittel sind. Folglich können Leistungen aus einer Garantie oder Versicherung nur von der Entrichtung der Zahlungen des Erwerbers auf das in der Sicherheit genannte Konto abhängig gemacht werden.

³⁹ Pittl, BTVG³ § 8 BTVG Rz 1 f.

Etwaige Vereinbarungen, denen zufolge die Zahlungspflicht der Bank von der Vorlage eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Leistungsurteils gegen den Bauträger abhängt, sind unzulässig („Urteilsklausel“).⁴⁰

Die betragsmäßige Begrenzung der Sicherheit für bereits erbrachte Bauleistungen darf nur in jenen Fällen erfolgen, in denen eine sonstige Sicherung besteht. Die Kombination zweier Sicherungsinstrumente (Garantie und grundbücherliche Sicherstellung iVm der Zahlung nach Ratenplan) ist zulässig. An dieser Stelle ist jedoch zu beachten, dass die Inanspruchnahme einer Garantie oder Versicherung durch den Erwerber jedenfalls als Auflösung des Vertrags gilt. Leistungen aus einer solchen Sicherheit werden spätestens mit der Löschung der zugunsten des Erwerbers erfolgten Grundbucheintragungen fällig.

Werden bei einer Kombination der beiden Sicherungsinstrumente die vorausgehenden Zahlungen nach dem Ratenplan fällig, so hat der Erwerber im Fall der Insolvenz des Bauträgers zwischen dem Rechtserwerb und der Sicherung der zusätzlich zu erbringenden Leistungen zu wählen. Der Abruf der dem Ratenplan vorseilenden Zahlungen mit beschränkter Garantie führt kraft Gesetz zur Auflösung des Bauträgervertrags. Daher empfiehlt es sich in den Vertrag – zum Schutz des meist rechtsunkundigen Erwerbers – eine Regelung aufzunehmen, wonach dieser eine ihm überlassene Bankgarantie gemäß § 8 Abs 1 BTVG nur hinsichtlich eines Teils des Garantiebetrages in Anspruch nehmen kann und die Inanspruchnahme nicht automatisch die Vertragsauflösung gemäß § 8 Abs 5 BTVG zur Folge hat. Vielmehr soll dem Erwerber dadurch die Möglichkeit der Befriedigung seiner Preisminderungsansprüche eingeräumt werden.

⁴⁰ Vgl dazu RV 432 BlgNR 23. GP 9f. Gegen die Zulässigkeit der „Urteilsklausel“ *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*, ABGB IV² § 8 BTVG Rz 20. Für unbedenklich hielten eine solche Bestimmung hingegen *Schmidinger/Aumann*, Sicherungsmodelle und Bankdienstleistungen in FGW – Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen (Hrsg), Das Bauträgervertragsgesetz in der Praxis (Schriftenreihe Nr 124) (1997) 69, 91; *Engin-Deniz*, BTVG § 8 Rz 3; *Gartner*, Musterverträge im Rahmen des BTVG 60; *Langer*, Bauträgervertragsgesetz § 8 BTVG Rz 46.

Eine sinnvollere Lösung würde jedenfalls die Einräumung einer Garantie zur Abdeckung allfälliger Rückforderungsansprüche oder aber die Sicherung der Übergabe und des Rechtserwerbs durch die grundbücherliche Sicherstellung darstellen.

Aus dem Gesetz sollte klarer hervorgehen, dass eine Kombination der schuldrechtlichen Sicherung mit einer erwerbsorientierten Sicherung nicht die in § 8 Abs 5 BTVG normierte Vertragsauflösung zur Folge hat. Auch § 7 Abs 3 BTVG hält die Möglichkeit der Kombination der verschiedenen Sicherungsmittel deutlich fest, und daraus geht klar hervor, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die Anwendung des § 8 Abs 5 S 2 BTVG für diese Fälle zu normieren. Vielmehr führe die Inanspruchnahme der Garantie oder der Versicherung nur dann zur Bauträgervertragsauflösung, wenn nur diese Sicherungsmittel gewählt werden.⁴¹

b) Bankgarantie

Die Bankgarantie fungiert als Sicherung der vom Erwerber aufgrund des Bauträgervertrags insgesamt geleisteten Zahlungen an den Bauträger bzw an Dritte. Diese hat alle Rückforderungsansprüche des Erwerbers zu umfassen und darf nicht auf den Wert der noch ausstehenden Bauleistungen eingeschränkt werden. Die Garantie ist ihrer Ausgestaltung nach abstrakt.⁴² Dies ist so zu verstehen, dass die Garantieverpflichtung losgelöst vom Valutaverhältnis besteht.

⁴¹ Zustimmung *Gartner*, BTVG⁵ § 8 Rz 15; *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht³ § 8 BTVG Rz 8; anders *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 7 Abs 3 BTVG Rz 6, der die Zulässigkeit einer Kombination von grundbücherlicher Sicherstellung und schuldrechtlicher Sicherung bei damit verbundener Schlechterstellung des Erwerbers verneint, wenn nicht etwa vereinbart worden sei, dass für die Inanspruchnahme der Garantie bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausreiche.

⁴² *Pittl*, BTVG³ § 8 BTVG Rz 3.

Demnach wäre der Einwand der Bank, der Rückforderungsanspruch des Erwerbers gegen den Bauträger bestehe nicht (zu Recht), erfolglos.⁴³

Der Erwerber hat lediglich den Eintritt des Garantiefalls zu behaupten; allfällige Zusatzbestimmungen im Bauträgervertrag, die die Geltendmachung des bestehenden Rückforderungsanspruchs des Erwerbers erschweren, sind unzulässig. Wie bereits ausgeführt, wird durch die Inanspruchnahme der Garantie der Vertragsrücktritt erklärt. Auch *Gartner* betrachtet diese „automatische“ und für den Erwerber nachteilige Vorgehensweise in jenen Fällen, in denen eine Kombination von Sicherungen erfolgte, kritisch. *Gartner* erachtet eine Vereinbarung im Bauträgervertrag, wonach die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen aus der Bankgarantie oder Versicherung ausschließlich dann den Vertragsrücktritt bedeutet, wenn nichts Gegenteiliges festgehalten wird, als zulässig, da dies lediglich den Erwerber begünstigt.

Zudem kann laut *Gartner* der Gesetzeswortlaut so verstanden werden, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie den Vertragsrücktritt lediglich in jenen Fällen zur Folge hat, in denen zeitgleich keine anderslautende Erklärung abgeben und die Bankgarantie nur für den übersteigenden Teilbetrag beansprucht wird.

Der vertragstreue Erwerber hat die Möglichkeit, entweder vom gesamten Bauträgervertrag oder nur von der noch ausstehenden Leistung zurückzutreten.⁴⁴

Unbestritten hat die Bank als Garantin die Option, bei missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie die Zahlung zu verweigern.⁴⁵ Die Beweislast trifft jedoch die Bank, sodass sie die mangelnde gesetzliche oder vertragliche Grundlage für die Erklärung des Vertragsrücktritts darzutun hat.

⁴³ *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*, ABGB IV² § 8 Rz 11; *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht³ § 8 BTVG Rz 4.

⁴⁴ OGH 6 Ob 89/04p bbl 2004, 203 = MietSlg 56.568 = MietSlg 56.834.

⁴⁵ *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB IV² § 1295 ABGB Rz 153; ÖBA 1992, 573 (*Koziol*).

Im Gegenzug kann die Bank im Fall der Inanspruchnahme der Bankgarantie vom Erwerber die Darlegung der Gründe für den berechtigten Rückforderungsanspruch fordern. Wurde zwischen der Bank und dem Erwerber die ausschließliche Leistung der Zahlungen auf das in der Garantie genannte Konto vereinbart, so ist die Abgabe einer Erklärung (Darlegung der Legitimation und Inanspruchnahme der Garantie) für die Begründung des Rückforderungsanspruchs ausreichend.

Vorausgesetzt, der Bauträger hat bereits zu Beginn einer Änderung des Kaufgegenstands durch etwaige Zusatzaufträge und Sonderwünsche seine Zustimmung erteilt, so hat die gesetzmäßige Sicherung auch dieser Ansprüche zu erfolgen.⁴⁶

c) Hinterlegung der Garantie

Die zwingend auf den Erwerber auszustellende Bankgarantie wird in der Praxis oftmals beim Treuhänder verwahrt. *Böhm/Pletzer* lehnen die Hinterlegung beim Treuhänder ab, da dadurch der Erwerber die Herausgabe der Garantieurkunde vom Treuhänder fordern muss und gegebenenfalls die pflichtwidrige Rückstellung der Garantie an den Garanten und das Erlöschen seines Anspruchs nicht verhindern kann.⁴⁷

Hierzu ist den Treuhändern zu raten, das Vorliegen einer etwaigen Interessenkollision zu überprüfen. Grundsätzlich stellt die bloße Verwahrung keine Gefahr der Interessenkollision dar, jedoch ist bei unpräzise ausgestalteten Verwahrungsaufträgen zur Vermeidung etwaiger haftungsrechtlicher Thematiken Vorsicht geboten.⁴⁸

Der Treuhänder dient dabei als Mediator und kann vor der Inanspruchnahme der hinterlegten Bankgarantie den rechtsunkundigen Erwerber über die rechtlichen Folgen

⁴⁶ *Gartner*, BTVG⁵ § 8 Rz 23.

⁴⁷ *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, ABGB IV² § 8 Rz 25.

⁴⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 8 Rz 26.

seines Handelns beraten. Ungeachtet dessen hat die Herausgabe der Bankgarantie durch den Treuhänder zu erfolgen, anderenfalls man wohl von einer versteckten Bankbürgschaft ausgehen muss.

d) Fertigstellungsgarantie

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs 2 BTVG können Garantie oder Versicherung durch eine der Höhe nach begrenzte Fertigstellungsgarantie ersetzt werden, die jedenfalls die Rückforderungsansprüche einschließt.

Laut *Böhm/Pletzer*⁴⁹ ist das Vorliegen eines Garantiefalls jedenfalls zu bejahen, wenn der Bauträger mit der Gesamtfertigstellung in Verzug gerät, insbesondere, wenn bis zum vereinbarten Fertigstellungs- bzw Übergabetermin nicht erfüllt werden kann. Primär soll die Fertigstellungsgarantie den Erfüllungsanspruch und sohin den Anspruch des Erwerbers auf Fertigstellung sichern. Falls der Garant die Fertigstellung des Vertragsgegenstands garantiert, kann die Erfüllung grundsätzlich auch in natura erfolgen. Vorwiegend wird jedoch dem Erwerber der für die tatsächliche Fertigstellung erforderliche, der Höhe nach begrenzte Geldbetrag bereitgestellt.⁵⁰

Demnach erstreckt sich die Garantie nach § 8 Abs 2 BTVG weiter als die „normale Garantie“ nach § 8 Abs 1 BTVG. Aufgrund der beträchtlichen Kosten, die letztlich der Erwerber zu tragen hat, hat dieses Sicherungsmittel keine praktische Relevanz erlangt.

Die Fertigstellungsgarantie hat stets auch für den Fall des Vertragsrücktritts durch den Erwerber sowie der Aufhebung oder Nichtigkeit des Vertrags die Rückforderungsansprüche des Erwerbers zu sichern.

⁴⁹ *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, ABGB IV² § 8 Rz 41.

⁵⁰ *Pittl*, BTVG³ § 8 Rz 16.

e) Die Schwächen des schuldrechtlichen Sicherungsmodells

Das schuldrechtliche Modell und dessen Nachteile und Schwächen werden erst ersichtlich, wenn der Erwerber dem Bauträger nach vermeintlicher Fertigstellung des Bauvorhabens gegenübersteht.

Für den Fall, dass das schuldrechtliche Sicherungsmodell vom Bauträger gewählt wird, entfällt die Verpflichtung zur Bestellung eines Treuhänders gem § 12 BTVG, und gelangen zugleich die Belehrungs- und Überwachungspflichten des Treuhänders nicht zur Anwendung. In solchen Szenarien erfolgt die Leistung des gesamten Kaufpreises an den Bauträger zu einem frühen Zeitpunkt und erhält der Erwerber im Gegenzug die ausnutzbare Bankgarantie. Dem Erwerber wird der vermeintlich „ordnungsgemäß“ fertiggestellte Vertragsgegenstand übergeben, ohne dass zuvor die Möglichkeit der näheren Qualitätsüberprüfung besteht. Erscheinen dem Erwerber die vom Bauträger ergangenen Erklärungen als inhaltlich korrekt, wird er mutmaßlich seine Zustimmung zur Rückgabe der Bankgarantie gegen Übergabe der Schlüssel erteilen.⁵¹

Erstmals nach Rückstellung der Bankgarantie und Erhalt des Hafrücklasses im Ausmaß von 2% des Kaufpreises wird der Erwerber nach und nach durch die Benutzung des Vertragsobjekts Baumängel feststellen, die ihn zu einem Vertragsrücktritt berechtigen würden. Ferner kann es vorkommen, dass die dem Erwerber erstmalig bekannten Mängel den Wert des Hafrücklasses der Höhe nach übersteigen.

Allerdings steht der Erwerber dem Bauträger allein gegenüber. Im Unterschied zum grundbücherlichen Sicherungsmodell finden keine rechtliche Beratung und dahingehende Unterstützung des Erwerbers durch den Treuhänder statt; zudem entfällt die bautechnische Überprüfung der einzelnen Baufortschritte durch einen qualifizierten Sachverständigen. Auch wenn die Baufortschrittsprüfung keine Qualitätskontrolle

⁵¹ Gartner, BTVG⁵ § 8 Rz 44.

darstellt, so haftet der Baufortschrittsprüfer gegenüber dem Erwerber. Ferner kann die Bestellung eines Baufortschrittsprüfers gegenüber den vom Bauträger beauftragten Professionisten als Druckmittel gelten, da die beauftragten Firmen auch ein starkes Interesse an der ordnungsgemäßen Erbringung ihrer Bauleistungen und dem Erhalt der korrespondierenden Baufortschrittmeldung haben.

Die zwar auch ihre Schwäche aufweisenden Sicherungsinstrumente entfallen bei diesem Sicherungsmodell zur Gänze.

Der Erwerber hat sohin darauf zu vertrauen, dass der Bauträger und die von ihm beauftragten Unternehmer die Baumaßnahmen ordnungsgemäß ausgeführt haben, andernfalls er auf eigene Kosten einen Rechtsbeistand beauftragen müsste. Folglich hat der Erwerber nicht nur die Kosten der Errichtung der Bankgarantie gem § 8 BTVG zu tragen, sondern vielmehr auch die Kosten seiner rechtlichen Vertretung zur Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche. Auch wenn die schuldrechtliche Sicherung in Fällen der Insolvenz des Bauträgers oder bei der Unterbrechung von Projekten ihre Vorteile hat, ist in jenen Fällen, bei denen der nicht fach- und rechtskundige Erwerber dem Bauträger allein gegenübersteht, das Agieren des Bauträgers unüberprüfbar.⁵²

Einen Nachteil birgt das schuldrechtliche Modell auch für den Bauträger. Die Ausstellung der Bankgarantie ist mit entsprechenden Finanzierungskosten verbunden.

⁵² Gartner, BTVG⁵ § 8 Rz 47f.

2. Das grundbücherliche Sicherungsmodell iVm dem Ratenplan (§§ 9, 10 BTVG)

a) Allgemeines

Der Erwerb von Eigentum, Wohnungseigentum oder eines Baurechts kann auch durch ausreichende bürgerliche Sicherstellung verbunden mit einer Zahlung nach Ratenplan gesichert werden. Die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum ist dafür ausreichend.

Im Gegensatz zu den anderen Sicherungsmitteln soll die grundbücherliche Sicherstellung stets das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den durch den Erwerber geleisteten Zahlungen und den Rechten an der Liegenschaft bzw den Bauleistungen herstellen. Folglich dient dieses Sicherungsmodell lediglich der Sicherung des Rechtserwerbs an der Liegenschaft bzw am Liegenschaftsanteil.

„(1) Der Erwerber aus einem Bauträgervertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums oder des Baurechts kann auch durch eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan (§ 10) gesichert werden.

(2) Bei einem Bauträgervertrag über den Erwerb von Wohnungseigentum stellt die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs. 2 WEG eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung des Erwerbers dar.“

Gemäß der zitierten Gesetzesstelle kann die grundbücherliche Sicherung lediglich im Zusammenhang mit dem Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums oder des Baurechts durch den Erwerber erfolgen.

§ 9 Abs 2 BTVG sieht vor, dass bei einem Bauträgervertrag über den Erwerb von Wohnungseigentum die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gem § 40 Abs 2 WEG 2002 eine ausreichende bücherliche Sicherstellung des Erwerbers darstellt. Darüber hinaus ist das Vorliegen weiterer zwingender Voraussetzungen erforderlich, unter anderem die Bestellung eines Treuhänders, eine einverleibungsfähige Titellurkunde, das Vorliegen der baubehördlichen und aller sonstigen Bewilligungen, deren Nichtvorliegen die grundbücherliche Durchführung verhindern würde, die Herstellung der Lastenfreiheit oder Sicherung der künftigen Lastenfreiheit der Liegenschaft sowie die Einhaltung des Ratenplans. Die erste Auszahlung darf nicht vor der Erfüllung aller Elemente stattfinden. Folglich ist beim Fehlen auch nur einer Voraussetzung das grundbücherliche Sicherungsmodell nicht verwirklicht und die Zahlungen des Erwerbers werden nicht fällig.

An dieser Stelle ist besonders die Entscheidung des 5. Fachsenats des OGH zu 5 Ob 7/21x hervorzuheben, in der deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass eine Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG eine ausreichende grundbücherliche Sicherstellung darstellt.⁵³ Im zitierten Fall erachteten die Vorinstanzen den Kaufvertrag samt Aufsandungserklärung hinsichtlich der von den klagenden Parteien zu erwerbenden ideellen Miteigentumsanteile als eine ausreichende Titellurkunde für das grundbücherliche Sicherungsmodell. Die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG, die aufgrund des Kaufvertrags erfolgte, sei eine taugliche Sicherung des Rechts des Wohnungseigentums-Bewerbers und Erwerbers iSd BTVG. Dem BTVG ist nicht zu entnehmen, dass für die Sicherstellung des Erwerbers die Begründung von Wohnungseigentum bei Vertragsabschluss erforderlich wäre. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber iSd § 9 Abs 2 BTVG die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG als ausreichende Sicherung erklärt hat.⁵⁴ Der Gesetzgeber hat den schwebenden Zustand in Kauf genommen, in welchem

⁵³ OGH 5 Ob 7/21x *Prader*, immolex 2021, 303 = immolex 2021, 310 (*Böhm*).

⁵⁴ Siehe hierzu auch RIS-Justiz RS0127718, zuletzt OGH 6 Ob 171/19v *Prader*, ImmoZak 2020,81 = immolex 2021,20 (*Horn*) = *Böhm*, wobl 2021,81 = wobl 2021,114 = *Ring*, ecolex 2021,96 (Rechtsprechungsübersicht), wonach auch die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum zugunsten schlichter Miteigentümer als tauglicher Gegenstand für eine Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 zu

„noch kein ziffernmäßig bestimmter provisorischer Miteigentumsanteil erworben oder ein (provisorisch ermittelter) ideeller Miteigentumsanteil als Kaufgegenstand vereinbart ist, da dies für die Sicherung keinen Unterschied macht, muss doch in beiden Fällen der Bauträger noch am Abschluss eines Wohnungseigentumsvertrags mitwirken“.

Prader und Böhm haben diese Entscheidung des Höchstgerichts stark kritisiert, und sprechen davon, dass der OGH unbewusst von seiner bisherigen Judikatur abging, was den Verzicht auf das Vorliegen einer aufsandungsfähigen Titelurkunde impliziert.⁵⁵

b) Ausreichende bücherliche Sicherung durch Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG

Wie bereits ausgeführt, gilt die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung als taugliches Sicherungsinstrument. Für die Anmerkung im Grundbuch bedarf es einer schriftlichen Zusage, die öffentlich beglaubigt vom Liegenschaftseigentümer unterfertigt wurde. Weiters muss die Anmerkung auf einem abgeschlossenen Bauträgervertrag beruhen, der sämtliche Inhaltserfordernisse des § 4 Abs 1 BTVG aufweist, darüber hinaus die Vereinbarung, auf der Liegenschaft Wohnungseigentum zu begründen und dem Erwerber Wohnungseigentum an seinem Objekt einzuräumen.⁵⁶ Die Wohnrechtsnovelle 2006 regelte in § 43 Abs 4 WEG ausdrücklich, dass auch die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG zu den vom Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren zu übernehmenden Belastungen zählt. Besonders zu betonen ist, dass die angemerkten Rechte auch vom Erwerber zu übernehmen sind, wenn die betriebene Forderung zur jeweiligen Anmerkung vorrangig ist.⁵⁷

sehen ist, weil diese nicht nur den Schutz des Erwerbs des Mindestanteils, sondern auch des darüber hinausgehenden Erwerbs des Wohnungseigentums als beschränktes dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht bezweckt.

⁵⁵ OGH 5 Ob 7/21x Prader, immolex 2021, 303 = immolex 2021, 310 (Böhm).

⁵⁶ Pittl, BTVG³ § 9 BTVG Rz 5.

⁵⁷ Gartner, BTVG⁵ § 9 Rz 28 ff.

Im BTVG findet sich keine Verpflichtung zur Erwirkung dieser Anmerkung, vielmehr bildet eine solche nach erfolgreicher Eintragung eine taugliche Sicherheit.⁵⁸

Die Lehre vertritt geteilte Meinungen zur Tauglichkeit der Sicherung der Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers durch einen bloßen Anwartschaftsvertrag auf Wohnungseigentum. Gegen *Böhm/Pletzer*⁵⁹ vertritt *Gartner* die Ansicht, dass ein bloßer Anwartschaftsvertrag auf Wohnungseigentum, der noch keine Aufsandungsklausel hinsichtlich eines ideellen Miteigentumsanteils an der Liegenschaft, sonst aber sämtliche Kriterien gem § 4 Abs 1 BTVG und auch die erforderlichen Vereinbarungen enthält, iVm der Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG ausreicht.

So auch deutlich der OGH in seiner E zu 5 Ob 7/21x, wonach *„die Anmerkung gemäß § 40 Abs 2 WEG nach dem Willen des Gesetzgebers eine ausreichende grundbücherliche Sicherung ist, auch wenn im Bauträgervertrag eine Aufsandungserklärung nur hinsichtlich der zukünftig zu ermittelnden Miteigentumsanteile enthalten ist und wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Gesetzgeber durch die Regelung im § 9 Abs 2 BTVG der Anmerkung gemäß § 40 Abs 2 WEG für die Sicherung der Erwerberrechte im Bauträgervertrag entscheidende Bedeutung zuerkannt hat.“*⁶⁰

Eine Sicherung der Erwerberrechte des Wohnungseigentumsbewerbers ist auch bei Insolvenz des Bauträgers durch die Anmerkung von Wohnungseigentum gem § 40 Abs 2 WEG gewährleistet. Die Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Insolvenzverwalter ist bei Insolvenz des Bauträgers nicht möglich. Dem Erwerber kommt sohin die Stellung eines Wohnungseigentumsbewerbers zu und er kann bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen die Einverleibung des Wohnungseigentums gerichtlich geltend machen.

⁵⁸ *Pittl*, BTVG³ § 9 BTVG Rz 32.

⁵⁹ *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, ABGB IV² § 9 Rz 15.

⁶⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 30; OGH 11.03.2021, 5 Ob 7/21x.

Gartner führt weiter aus, dass es für die Stellung des Erwerbers als Wohnungseigentumsbewerber nicht von Bedeutung ist, ob er aufgrund des Anwartschaftsvertrags noch keinen ziffernmäßig bestimmten, provisorischen Miteigentumsanteil erworben hat oder ob in einem Kaufvertrag, der die Begründung von Wohnungseigentum bezweckt, ein provisorisch ermittelter, ideeller Miteigentumsanteil als Kaufgegenstand vereinbart ist. In beiden Fällen bedarf es der Errichtung und Durchführung eines Wohnungseigentumsvertrags im Grundbuch.⁶¹

Für eine taugliche Sicherung dürfen keine vorrangigen pfandrechtlichen Belastungen eingetragen sein. Eine Löschungserklärung des Pfandgläubigers für die vorangehende Hypothek oder eine Vereinbarung gem § 9 Abs 3 BTVG müssen vorliegen, um eine ausreichende Sicherung durch die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG zu gewährleisten.

c) Einverleibung von schlichtem Miteigentum vor Begründung von Wohnungseigentum

Zur Sicherung der Position des Erwerbers beim grundbücherlichen Sicherungsmodell wird die Begründung von schlichtem Miteigentum an provisorischen Anteilen nahegelegt. Dies vor dem Hintergrund, dass der Erwerber grundbücherlicher Miteigentümer wird und durch die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG seine Anwartschaftsrechte gesichert hat. Vorausgesetzt wird, dass sämtliche Miteigentümer sowie der Bauträger ihre Zustimmung zur Umwandlung in die endgültigen Nutzwertanteile erteilen.

Die nach Fertigstellung der Bauführung erforderliche Berichtigung der Anteile erfolgte bis zur Grundbuchs-Novelle 2012 gem § 10 Abs 3 WEG 2002 unter analoger Anwendung des § 136 GBG. Vorausgesetzt wurde, dass bereits Wohnungseigentum begründet war

⁶¹ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 34 f.

und es bei keinem der Miteigentumsanteile zu einer Verschiebung von mehr als 10 % der Anteile kam. Andernfalls musste zwischen allen Miteigentümern eine gesonderte Vereinbarung über die erforderlichen Anteilsverschiebungen getroffen werden. Die Grundbuch-Novelle 2012 führte § 3 Abs 4 WEG ein, wonach die für die Begründung von Wohnungseigentum erforderliche Anteilsverschiebung unter Zustimmung aller Miteigentümer sowie der vorrangigen Buchberechtigten durch eine Berichtigung erfolgen kann.

Nunmehr tut sich die Frage auf, ob für die erstmalige Anteilsberichtigung neuerlich Grunderwerbsteuer zu entrichten ist. Das Bundesfinanzgericht (BFG) hat in seinem Erkenntnis vom 10.07.2015, RV/7101274/2014, ausgesprochen, dass die Parifizierung (Umwandlung von schlichtem Miteigentum in Wohnungseigentum) die Pflicht zur Zahlung von Grunderwerbsteuer auslöst, wenn dabei Miteigentumsanteile (unentgeltlich) verschoben werden. Der Berufungswerber wandte ein, dass derselbe Erwerbsvorgang doppelt besteuert werde, das BFG wollte dieser Ansicht jedoch nicht folgen. Das BFG geht dabei davon aus, dass das Eigentumsrecht an den zu verschiebenden Anteilen erst mit dem Wohnungseigentumsvertrag erworben wurde und dadurch ein Erwerbsvorgang iSd § 1 GrEStG vorliegt. Die einzelnen Miteigentumsanteile stellen das Grundstück iSd § 2 GrEStG dar, weshalb außer Acht bleiben kann, dass sich der wirtschaftliche Wert der einzelnen Wohnungseigentumsobjekte nicht verändert. Vielmehr erwirbt der Wohnungseigentümer zuerst durch den Kaufvertrag und anschließend durch die Anteilsberichtigung weitere Anteile. Beide Vorgänge sind steuerpflichtig und laut BFG ist keine Mindestschwelle vorgesehen. Anders argumentiert das Bundesministerium für Finanzen, dem zufolge bei einer Veränderung der Anteile in die endgültigen Nutzwertanteile um mehr als 15% nochmals die Grunderwerbsteuer fällig wird.⁶²

⁶² Pfeiffer/Brandstetter, Grunderwerbsteuer bei Anteilsberichtigungen im Rahmen der erstmaligen Wohnungseigentumsbegründung, bauaktuell November 2016.

Allerdings kann keiner der beiden Argumentationen gefolgt werden, da der Erwerber stets Wohnungseigentum an näher definierten Wohnungseigentumsobjekten begründen wollte. Die genauen Anteile sind/waren für den Erwerber nicht von primärer Bedeutung.

Ungeachtet des Umstands, dass zwischen den Vertragsparteien Einvernehmen herrschte, dass es sich lediglich um „provisorische“ Anteile handelte, löste eine Berichtigung der „provisorischen“ Anteile eine Pfandausdehnung gemäß § 13 GBG aus und wurde eine neuerliche Pfandrechteintragungsgebühr in Höhe von 1,2% fällig. Das dabei lediglich eine geringfügige Änderung der Anteile erfolgte und das Sicherungsobjekt dem Grunde nach nicht geändert wurde, war für die damalige Argumentation ohne Bedeutung.

Mit der Grundbuchs-Novelle 2012 wurde Abhilfe geschaffen und § 3 Abs 4 eingeführt, welcher wie folgt lautet:

„Wenn für jeden der künftigen Wohnungseigentümer bereits vor der Wohnungseigentumsbegründung entweder das Miteigentum an einem Anteil der Liegenschaft einverleibt oder die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum an einem Anteil eingetragen ist, kann mit Zustimmung aller dieser Miteigentümer und Wohnungseigentumsbewerber sowie der Buchberechtigten die zur Schaffung der erforderlichen Miteigentumsanteile (§ 2 Abs. 9) notwendige Veränderung der bestehenden Miteigentumsanteile durch Berichtigung in sinngemäßer Anwendung des § 136 Abs. 1 GBG 1955 geschehen. Die Zustimmung von Buchberechtigten, die im Rang nach einer Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum eingetragen sind, ist für die Berichtigung jedoch nicht erforderlich. Soweit zu Gunsten eines Wohnungseigentumsbewerbers die Anmerkung der Einräumung des Wohnungseigentums eingetragen ist, ist die Berichtigung im Rang der Zusage vorzunehmen. Bücherliche Rechte, die auf den Miteigentumsanteilen lasten, beziehen sich ohne weiteres auf die berichtigten Miteigentumsanteile.“

Folglich wird nicht mehr auf eine bestimmte prozentuelle Grenze abgestellt, sondern kann für die erstmalige Begründung von Wohnungseigentum die erforderliche Anteilsverschiebung durch Berichtigung erfolgen. Hierfür ist lediglich die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich, jedoch wird eine solche in den meisten Fällen bereits im Wohnungseigentumsvertrag festgehalten sein. Interessanterweise enthält § 3 Abs 4 WEG – entgegen § 10 Abs 4 WEG – keine Regelung, ob die Anteilsübertragung einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vorgang darstellt.

Gartner vertritt die Auffassung, dass eine Berichtigung der provisorischen Anteile in die Nutzwertanteile analog zu § 136 GBG nicht der Grunderwerbsteuer und nicht der Eintragungsgebühr unterliegt.⁶³

d) Lastenfreistellung

§ 9 (3) BTVG:

„Sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist (§ 4 Abs. 1 Z 4), muß weiters die Lastenfreiheit der Liegenschaft hergestellt oder die künftige Lastenfreiheit gesichert sein. Zwischen dem Hypothekargläubiger und dem Bauträger muß zugunsten des Erwerbers vereinbart sein, daß die Liegenschaft oder der Anteil des Erwerbers mit Ausnahme jenes Teiles des Entgeltes freigestellt wird, den der Erwerber noch nicht entrichtet hat.“

Die Lastenfreistellung bildet ein weiteres Element des grundbücherlichen Sicherungsmodells, sofern nicht die Übernahme von Geldlasten seitens des Erwerbers vereinbart wird. In der Regel handelt es sich um zugunsten der projektfinanzierenden Bank im Grundbuch eingetragene pfandrechtliche

⁶³ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 47.

Sicherungen. Vom Lastenbegriff sind alle die Liegenschaft betreffenden dinglichen Belastungen, die sich nicht aus bau- oder gewerbebehördlichen Aufträgen ergeben, umfasst. Darunter fallen zB die Rangordnung für die Verpfändung iSd §§ 53 ff GBG, Anmerkungen der vorbehaltenen Verpfändung gem § 40 Abs 1 WEG, aber auch sonstige die Exekutionsführung erlaubende dingliche, der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG vorgehende Lasten.⁶⁴

Den Treuhänder trifft die Überwachungsverpflichtung über den Abschluss einer Lastenfreistellungsvereinbarung zwischen dem Bauträger und dem Pfandgläubiger zugunsten des Erwerbers. Deren Tauglichkeit iSd gesetzlich normierten Sicherungserfordernisse ist ebenfalls vom Bauträger zu überprüfen.⁶⁵ In der Praxis wird dem Treuhänder oftmals ein Treuhandauftrag mit einer entsprechenden Löschungserklärung ausgehändigt, die lediglich beim Eintritt der vereinbarten Bedingungen ausgenutzt werden darf. Eine derartige Löschungserklärung mit einer grundbuchsfähigen Aufsandungsklausel hat der Treuhänder vor der Auszahlung der ersten Rate laut Ratenplan beizuschaffen.⁶⁶

Vor der Gesetzesnovelle 2008 war die Lastenfreistellung nur hinsichtlich jener Anteile vorzunehmen, die als Kaufpreisteile bis zur Erreichung des entsprechenden Baufortschritts entrichtet wurden. Dies hatte zur Folge, dass der Erwerber seine Zahlungen bedingungsgemäß leistete, jedoch die Bank nicht die gänzliche Lastenfreistellung der (Mit-) Eigentumsanteile des Erwerbers vornahm. Für den Fall der Insolvenz des Bauträgers musste der Erwerber eine Wahl treffen, nämlich den Bau unter Verwendung der noch nicht bezahlten Kaufpreisteile durch ein anderes Unternehmen weiterführen zu lassen und für eine Lastenfreistellung weitere Zahlungen an die

⁶⁴ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁶⁵ OGH 5 Ob 193/10h immolex-LS 2011/32 = immolex-LS 2011/33 = wobl 2011/68 (*Pittl*) = immolex 2011/59 (*Böhm/Prader*) = bbl 2011/134 = NZ 2011, 295 = ecolx 2011, 903 (*Friedl*) = MietSlg 63.652.

⁶⁶ OGH 8 Ob 57/15p immolex 2015, 254 (*Prader*) = immolex 2015, 273 (*Böhm*) = NZ 2015, 469 = ZIK 2016, 160 = wobl 2017/91; OGH 3 Ob 113/16p Zak 2016, 294 = immolex 2016, 266 (*Prader; Böhm*) = wobl 2016, 408 = bbl 2016, 251 = MietSlg 68.437.

Gläubigerbank zu leisten oder Direktzahlungen an die Gläubigerbank zur Lastenfreistellung zu tätigen und im Anschluss erneut weitere Professionisten mit der Fertigstellung zu beauftragen.

Die bis dahin bestehende Problematik hat der Gesetzgeber derart gelöst, dass nunmehr die Gläubigerbank hinsichtlich des gekauften Anteils in die gänzliche Lastenfreistellung einwilligen muss. Hingegen muss der Erwerber die tatsächlich fälligen Zahlungen leisten, um in den Genuss der Lastenfreistellung zu gelangen. Damit wurde dem Sicherungszweck des grundbücherlichen Sicherungsmodells ausreichend entsprochen.⁶⁷ Bis heute werden überschießende Lastenfreistellungserklärungen von einigen Banken errichtet. Deren Einschränkung hat dahingehend zu erfolgen, dass bei unterbliebener Vertragserfüllung durch den Bauträger die gänzliche Lastenfreistellung nur dann erfolgt, wenn der Erwerber das Entgelt für bereits erbrachte Leistungen entrichtet hat, die jedoch mangels Fertigstellung des Baus aufgrund der Insolvenz des Bauträgers nicht fällig werden.⁶⁸ Der Erwerber erhält bereits vom Bauträger erbrachte Leistungen, die einem gewissen Wert entsprechen, ohne eine äquivalente Gegenleistung zu erbringen. Eine derartige Einschränkung erachtet *Bollenberger* als zulässig und es wird ein Bereicherungsanspruch des Bauträgers nur für den Fall bejaht, dass die erbrachten Bauleistungen die getätigten Zahlungen und Schadenersatzansprüche des Erwerbers übersteigen.⁶⁹ Diese Ansicht wird jedoch von der hL kritisiert, da sie dem Willen des Gesetzgebers und dem Erwerberschutz widerspreche.⁷⁰

Ein Muster für eine Lastenfreistellungsvereinbarung wurde in den Anhang zur ÖNORM B 2120 aufgenommen, wonach seitens des Hypothekargläubigers die Einwilligung in die Löschung des Pfandrechts erst bei Baufertigstellung und Bezahlung des gesamten

⁶⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 41.

⁶⁸ *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 9 BTVG Rz 9.

⁶⁹ *Bollenberger*, Zur Freistellungsverpflichtung § 9 Abs 3 BTVG, ÖBA 2009, 638 (643 ff).

⁷⁰ *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 9 Abs 3 BTVG Rz 9; *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht³ § 10 Rz 8; *Pittl*, BTVG³ § 9 BTVG Rz 14; *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 53; *Pittl/Prader*, wobl 2011, 125 (129).

Kaufpreises mit Ausnahme des Haftrücklasses in Höhe von 2 % zu erfolgen hat.⁷¹ Wenngleich nach diesem Muster die vollständige Lastenfreistellung nicht vor Auszahlung der ersten Rate erfolgt, bietet dieses Muster nach *Gartner* dem Erwerber ausreichend Gewähr dafür, dass der Kaufgegenstand nach Leistung aller geschuldeten Zahlungen lastenfrei übergeben wird. Nach Ansicht von *Gartner* besteht bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Bauträgerprojektes, kein Problem, wenn die Lastenfreistellung erst nach mangelfreier Übergabe erfolgt. Im Insolvenzfall des Bauträgers entfällt die vollständige Vertragserfüllung und hat die Bank das Objekt lastenfrei zu stellen, unter der Voraussetzung, dass ein wesentlicher Baufortschritt erreicht und die Ratenzahlung geleistet wurde.

Treten Leistungsstörungen wegen mangelhafter Bauausführung auf, ist zwischen gravierenden Mängeln iSd BTVG und gewährleistungsrechtlichen Mängeln außerhalb des BTVG zu unterscheiden. Der Erwerber soll das Objekt stets lastenfrei erhalten. Bei Vorliegen gravierender Mängel iSd BTVG wird die jeweilige Rate nicht fällig und der Erwerber sei durch die nicht geleistete Rate gesichert. Im Fall der Inanspruchnahme der Gewährleistung könne der Erwerber den Bauträger zur Behebung der Mängel auffordern und anschließend die fälligen Zahlungen leisten. Bei unrechtmäßiger Verweigerung der Mängelbehebung sei die Bank mangels endgültiger Vertragserfüllung zur Lastenfreistellung verpflichtet. Somit sei stets eine zugunsten des Erwerbers gesetzeskonforme Lastenfreistellung gewährleistet.⁷²

Ein Teil der Lehre kritisiert die erwähnte Musterlastenfreistellungsvereinbarung insbesondere aufgrund ihres letzten Satzes *„Im Falle der endgültig unterbliebenen vollständigen Vertragserfüllung seitens des Bauträgers erfolgt die Lastenfreistellung auch gegen Bezahlung der bis dahin gemäß § 10 Abs 2 BTVG fällig gewordenen Teile*

⁷¹ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 53; *Pittl*, BTVG³ § 9 BTVG 103.

⁷² *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 53; so auch *Prader/Böhm*, immolex 2016, 266f.

des Kaufpreises gemäß Ratenplan“ und ist der Ansicht, dass dieser nicht dem § 9 Abs 3 BTVG entspreche.⁷³

e) Der Fälligkeitsbegriff des § 9 Abs 3 BTVG

Wie bereits ausgeführt, ist eine Einschränkung der Lastenfreistellung nach § 9 Abs 3 letzter Satz BTVG möglich, sodass eine Freistellung hinsichtlich jener Teile des Preises, die trotz Fälligkeit nicht geleistet wurden, unterbleibt. Nunmehr stellt sich die Frage, ob die Fälligkeit iSd BTVG oder ABGB zu beurteilen ist. Dies ist von entscheidender Bedeutung für den Erwerber, denn davon hängt ab, ob er die nach dem BTVG fällige Rate mangels Fälligkeit nach dem ABGB leisten muss. Nach dem BTVG tritt die Fälligkeit einer Rate bei Nichtvorliegen gravierender Mängel ein. Anders jedoch nach dem ABGB, wonach jegliche Mängel einer Fälligkeit entgegenstehen und gem § 1052 ABGB ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Hierzu liegt auch bereits eine rechtliche Würdigung des Höchstgerichts vor:

„Unmissverständlich halten dazu etwa auch die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 23) fest, dass es den allgemeinen Bestimmungen (und der vertraglichen Vereinbarung) überlassen bleibe, inwieweit Mängel die Erwerber berechtigen, Teile des vereinbarten Entgelts zurückzubehalten. In diesem Sinne wird in der Literatur allgemein vertreten, dass auch im Rahmen des BTVG dem Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 Satz 2 ABGB zusteht, wenn zwar der letzte „Bauabschnitt“ bzw Fertigstellungsgrad erreicht ist, aber Mängel vorliegen, die nach allgemeinen Regeln die Zurückbehaltung des noch offenen Entgelts (hier: der letzten „eigentlichen“ Rate) rechtfertigen (vgl nur Gartner, Bauträgervertragsgesetz 2 § 10 Rz 3; Böhm/Pletzer in Schwimann, ABGB 2 IV § 10 BTVG Rz 15).“⁷⁴

⁷³ Pittl, BTVG³ 103 f; Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 10 BTVG Rz 8.

⁷⁴ OGH 1 Ob 121/14x JBl 2015, 183 = ZVB 2015, 172 mit Anm Wagner = ecolex 2015, 377 mit Anm Schoditsch = wobl 2015, 167 = bau aktuell 2016, 150.

Die Einschränkung auf lediglich die letzte Rate ist nicht durch die Regelungen des ABGBG, des KSchG und des BTVG gedeckt. Vielmehr steht dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich aller noch nicht an den Bauträger geleisteten Raten zu.

Ungeachtet dessen können keine gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Ansprüche vor der Übergabe des Vertragsgegenstandes begründet werden und gelangen nach der Übergabe ohnedies nur die Bestimmungen des ABGB zur Anwendung.⁷⁵

f) Die Sicherung gem § 9 Abs 4 BTVG

§ 9 (4) BTVG:

„Die Parteien können im Bauträgervertrag die Zahlung nach Ratenplan A oder nach Ratenplan B (§ 10 Abs. 2 Z 1 und 2) vereinbaren. Bei Zahlung nach Ratenplan A hat der Bauträger eine zusätzliche Garantie oder Versicherung eines der in § 8 Abs. 3 genannten Rechtsträgers beizubringen, sofern der Erwerb der Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Erwerbers oder eines nahen Angehörigen dienen soll. Diese Zusatzsicherheit muss alle vermögenswerten Nachteile sichern, die dem Erwerber aus der Verzögerung oder der Einstellung des Bauvorhabens aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers oder der Nichteröffnung eines solchen Verfahrens mangels kostendeckenden Vermögens erwachsen. Ihre Höhe muss mindestens 10 vom Hundert des vom Erwerber zu entrichtenden Preises betragen.“

Zur eingeführten zusätzlichen Sicherungsverpflichtung des Bauträgers nach § 9 Abs 4 BTVG ist festzuhalten, dass eine zusätzliche Bankgarantie oder Versicherung zwingend beizubringen ist, wenn das Objekt zur Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des

⁷⁵ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 13; Pittl, BTVG³ § 10 Rz 131 f..

Erwerbers oder eines nahen Angehörigen dienen soll. Andernfalls kann der Bauträger frei zwischen dem Ratenplan A und dem Ratenplan B wählen. Angemerkt sei, dass bei Vorliegen des dringenden Wohnbedürfnisses des Erwerbers oder eines nahen Angehörigen ebenfalls der Ratenplan B gewählt werden darf, jedoch bedarf es aufgrund dessen erwerberfreundlicheren Ausgestaltung nicht der Erbringung einer Zusatzsicherung.⁷⁶

2.1. Die Zahlung nach Ratenplan A oder B (§ 10 BTVG)

§ 10 BTVG:

„(1) Bei der Zahlung nach Ratenplan ist der vereinbarte Preis in Raten zu entrichten, die jeweils erst nach Abschluß der in Abs. 2 festgelegten Bauabschnitte fällig werden.

(2) Zu nachstehenden Terminen sind höchstens folgende Teile des Preises fällig:

1. im Ratenplan A (§ 9 Abs. 4):

- a) 15 vom Hundert bei Baubeginn auf Grund einer rechtskräftigen Baubewilligung;*
- b) 35 vom Hundert nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs;*
- c) 20 vom Hundert nach Fertigstellung der Rohinstallationen;*
- d) 12 vom Hundert nach Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung;*
- e) 12 vom Hundert nach Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes;*
- f) 4 vom Hundert nach Fertigstellung der Gesamtanlage (§ 4 Abs. 1 Z 1) und*
- g) der Rest nach Ablauf von drei Jahren ab der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes, sofern der Bauträger allfällige Gewährungsleistungs-*

⁷⁶ Gartner, BTVG⁵ § 9 Rz 54.

und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat;

2. im Ratenplan B (§ 9 Abs. 4):

- a) 10 vom Hundert bei Baubeginn auf Grund einer rechtskräftigen Baubewilligung;*
- b) 30 vom Hundert nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs;*
- c) 20 vom Hundert nach Fertigstellung der Rohinstallationen;*
- d) 12 vom Hundert nach Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung;*
- e) 17 vom Hundert nach Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes;*
- f) 9 vom Hundert nach Fertigstellung der Gesamtanlage (§ 4 Abs. 1 Z 1) und*
- g) der Rest nach Ablauf von drei Jahren ab der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes, sofern der Bauträger allfällige Gewährungsleistungs- und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat.*

(3) Eine Vereinbarung der Fälligkeit der ersten Rate vor Baubeginn (Abs. 2 Z 1 lit. a und Z 2 lit. a) ist unter der Voraussetzung zulässig, daß auf Grund des hohen Wertes der zu bebauenden Liegenschaft die grundbücherliche Sicherstellung des Erwerbers bereits eine ausreichende Sicherheit bietet.

(4) Die Abs. 1 bis 3 sind auf durchgreifende Erneuerungen von Altbauten sinngemäß anzuwenden.

(5) Die Abs. 2 bis 4 sind auf die Übernahme von Geldlasten durch den Erwerber sinngemäß anzuwenden.“

Der Ratenplan steht in direktem Zusammenhang mit dem grundbücherlichen Sicherungsmodell. Es obliegt den Vertragsparteien, im Bauträgervertrag eine Vereinbarung über die Anwendung des Ratenplans A oder des Ratenplans B zu treffen. Fällt die Wahl auf den Ratenplan A, sind zu Beginn des Bauvorhabens seitens der Erwerber deutlich höhere Teilzahlungen zu leisten als nach dem Ratenplan B. Weiters hat der Bauträger im Zeitpunkt der Fälligkeit der ersten Rate nach Ratenplan A den Erwerber mit einer Garantie oder Versicherung abzusichern. Diese zusätzliche Sicherung ist jedoch nur dann zu erbringen, wenn der Erwerb der Wohnung zur Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Erwerbers oder eines nahen Angehörigen dient. Für die Beurteilung des dringenden Wohnbedürfnisses ist laut den Materialien⁷⁷ auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Die Überprüfung hat stets durch den Treuhänder zu erfolgen. Die zusätzlich zu erbringende Sicherheit des Bauträgers soll dem Schutz des Erwerbers vor einer allfälligen Insolvenz des Bauträgers und der damit verbundenen Verzögerung oder Nichtfertigstellung des Bauvorhabens dienen.

Gem § 10 Abs 5 BTVG kann der Erwerber die bestehenden Geldlasten des Bauträgers nach getroffener Vereinbarung mit dem Bauträger und der finanzierenden Bank des Bauträgers anteilmäßig übernehmen. Die günstigere Finanzierungsmöglichkeit des Bauträgers soll zu dessen Vorteil dienen. Die Haftung des Erwerbers als grundbücherlicher Eigentümer für das intabulierte Pfandrecht besteht jeweils im Ausmaß der Schuldübernahme.⁷⁸

⁷⁷ 432 BlgNR 23. GP 11.

⁷⁸ Pittl, BTVG³ § 10 BTVG Rz 2.

a) Zahlung nach Ratenplan bei Neubau

Grundsätzlich sieht der Gesetzgeber vor, dass die erste Rate erst bei Baubeginn und bei Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung vom Treuhänder zur Auszahlung gelangen darf. Hierzu muss die erteilte Baubewilligung mit dem abgeschlossenen Bauträgervertrag übereinstimmen. Darüber hinaus bedarf es der Überprüfung der einzelnen Bauetappen und einer Feststellung, ob diese im Einklang mit der Bau- und Ausstattungsbeschreibung stehen. Festzuhalten ist, dass die Baufortschrittskontrolle nicht einer Qualitätskontrolle gleichzustellen ist, und lediglich gravierende Mängel die Feststellung des Abschlusses eines Bauabschnitts verhindern.⁷⁹

Zum Begriff des gravierenden Mangels finden sich in der Literatur divergierende Ansichten, da sich die Begrifflichkeit, dogmatisch betrachtet, sehr schwierig in das Gewährleistungsrecht des ABGB eingliedern lässt. Gemäß den ErläutRV liegt ein solcher Mangel dann vor, wenn der zur Mängelbehebung erforderliche Aufwand im Verhältnis zu den vielen im jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint.⁸⁰ Ein Blick ins BTVG bringt gegenständlich auch wenig Klarheit.

Ferner kann auch nicht von einem Mangel iSd allgemeinen Gewährleistungsrechts die Rede sein, weil eine Übergabe oder auch ein Gefahrenübergang vor Fertigstellung nicht erfolgen und der Erwerber keinen Anspruch auf Übergabe einzelner Bauabschnitte hat. Ungeachtet dessen ist gemäß den ErlRV der Mängelbegriff nach dem BTVG anders auszulegen als nach dem Gewährleistungsrecht des ABGB.⁸¹

⁷⁹ Friedl in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 10 BTVG Rz 10.

⁸⁰ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁸¹ Pittl, BTVG³ § 10 BTVG Rz 18; so auch Gartner, BTVG⁵ § 10 Rz 17.

Nach den Materialien kann ein Bauabschnitt nicht als abgeschlossen beurteilt werden, wenn „*ein gravierender Mangel, bei dem schon nach der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht von einem Erreichen des betreffenden Fertigstellungsgrades gesprochen werden kann*“ vorliegt.⁸²

§ 10 Abs 2 BTVG ist lediglich zu entnehmen, dass der Bauabschnitt zum zu zahlenden Entgeltteil in einer Wechselbeziehung steht, nämlich dass ein Wertzuwachs in der Leistung des Bauträgers, den der Erwerber im Krisenfall erhält, also wenn der Bau nicht fertiggestellt wird, auf der Entgeltseite eine Entsprechung haben muss.⁸³ Nachvollziehbar ist daher die von der hL vertretene Auffassung, dass die Wertrelation anhand der Behebungskosten von unterlaufenen Ausführungsfehlern zu betrachten ist. Es müssen eine technische Beurteilung der Bauabwicklung vorgenommen und Abwägungen darüber getroffen werden, welche Behebungen sofort vorzunehmen sind und welche bis zur Übergabe behoben werden können, ohne dass ein Wertmissverhältnis entsteht.

In der Literatur existieren zu den Behebungskosten, die zur Verhinderung des Abschlusses einer Bauetappe führen, divergierende Auffassungen.⁸⁴

Anders als laut *Böhm* (5%) und *Gartner* (10-20%) betragen die maximalen Behebungskosten laut *Prader* orientiert an der Höhe des Haftrücklasses 2% des gesamten Kaufpreises; darüber hinausgehende Kosten verhindern den Abschluss einer Bauetappe. Hierzu führt *Friedl* aus, dass der Ansatz von *Prader* nicht zur Gänze nachvollzogen werden kann, „*zumal der Haftrücklass aus der ÖNORM B 2110, also der Werkvertragsnorm, entnommen ist und die Höhe das Ergebnis der widerstreitenden*

⁸² ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁸³ RIS-Justiz RS0119703, zuletzt OGH 6 Ob 173/18m immolex 2019,21 (*Prader*) = Zak 2019,35 = ZVB 2019,89 (*Berl*) = bbl 2019,72=ecolex 2019,220 = immo aktuell 2019,94 (*Höllwerth*) = ZVR 2019,75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = RZ 2019,89 EÜ69, 70= NZ 2019,274 = wobl 2019,399= SZ 2018/85.

⁸⁴ Überblick bei *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 10 BTVG Rz 7 f; ders, wobl 2016, 383.

*Ansätze des mit Auftraggebern (AG) und Auftragnehmer (AN = Werkbesteller und Werkunternehmer) paritätisch besetzten Ausschusses ist“.*⁸⁵

Unter dem Aspekt, dass ein Auftraggeber bei Mängeln aus einem Werkvertrag grundsätzlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben und den gesamten Werklohn zurückbehalten kann, kommt dem Haftrücklass in Wahrheit nur für die verdeckten, also bei der Übernahme nicht erkannten Mängel Bedeutung zu.⁸⁶ Zur Frage der Verhältnismäßigkeit vertrat der OGH zum Werkvertragsrecht früher die Ansicht, dass der Einbehalt des gesamten offenen Werklohns bei einem Verbesserungsaufwand in Höhe von etwas mehr als 5% in Relation zum noch offenen Werklohn gerechtfertigt ist.⁸⁷

In jüngerer Zeit zeigt sich, dass der OGH stets eine Einzelfallbetrachtung vornimmt, und wird auf die Wertigkeit des Mangels in Bezug auf die Benutzung des Vertragsgegenstandes abgestellt. Es gelangt kein fixer Prozentsatz zur Anwendung.

Friedl kritisiert die von *Prader* herangezogene Schwelle insbesondere, weil dem Werkbesteller die Möglichkeit der gänzlichen Zurückbehaltung des offen aushaftenden Werklohns zusteht.⁸⁸ Hierzu sieht – anders als das Gesetz – die ÖNORM B 2110 (2013-03-15) in Pkt 10.4. eine Beschränkung auf das Dreifache der Mängelbehebungskosten vor. Für Konsumenten gilt dies jedoch nicht, vielmehr ist das Zurückbehaltungsrecht durch das Schikaneverbot beschränkt.

⁸⁵ *Friedl* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 10 BTVG.

⁸⁶ OGH 3 Ob 176/20h Zak 2021, 94 = bbl 2021/118 (*Egglmeier-Schmolke*) = ImmoZak 2021, 35 (*Prader*) = *Frad*, bau aktuell 2022, 147 (Rechtsprechungsübersicht); RIS-Justiz RS0025221, zuletzt OGH 4 Ob 163/11s Zak 2012,36 = bbl 2012,99/66 = RdW 2012,208 = ecolex 2012,302 = ZRB 2012,47 (*Walch*); RS0018507, zuletzt OGH 30.06.2022, 4 Ob 52/22h.

⁸⁷ OGH 12.01.1993, 4 Ob 501/93; 8,8% in OGH 4 Ob 44/14w ecolex 2014, 518 (*Riepl*) = JBl 2015, 45 (*Geroldinger*) = Zak 2014, 216.

⁸⁸ RIS-Justiz RS0021872, zuletzt OGH 2 Ob 34/21w immo aktuell 2022,40 (*Höllwerth*) = immolex 2022,220 (*Ruckenbauer*) = EvBl-LS 2022/70 = ImmoZak 2022,39 (*Prader*) = ecolex 2022/235 S 353 (*Figl*) - ecolex 2022,353 (*Figl*) = VbR 2022,147 = ZRB 2022,135 (*Seeber-Grimm*).

In der Judikatur wird folgende Ansicht vertreten: Wenn der Mangel eher nur ein geringer Nachteil beim Gebrauch ist, können verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein; falls der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten kein Grund, die Verbesserung abzulehnen.⁸⁹

Der OGH vertritt die Ansicht, dass der Verbesserungsaufwand in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sei, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde. Der Wert des Werks als solcher ist nicht zwingend die Grenze für die Verbesserungsaufwendungen. Entscheidend ist die konkrete Bedeutung der Behebung des Mangels für den Besteller im Verhältnis zu den für den Unternehmer entstehenden Aufwendungen.⁹⁰

Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands sind die konkrete Bedeutung der Behebung des Mangels für den Besteller und seine Beeinträchtigung maßgeblich.⁹¹

Daraus ist ersichtlich, dass unter Verweis auf die umfangreiche Rechtsprechung im Werkvertragsrecht keine strikten Vorgaben bestehen, vielmehr können geringe Behebungskosten, wenn sie sich gravierend auf die Gebrauchstauglichkeit des Werks auswirken, einen für § 10 Abs 2 BTVG ausschlaggebenden Mangel darstellen.

⁸⁹ RIS-Justiz RS0022044, zuletzt OGH 01.06.2022, 5 Ob 41/22y.

⁹⁰ OGH 07.07.2008, 6 Ob 134/08m.

⁹¹ RIS-Justiz RS0022044; RIS-Justiz RS0022063, zuletzt OGH 1 Ob 209/16s Zak 2017,135 = bau aktuell 2017,118 = VbR 2017,97 = JBl 2017,374 (Faber) = Melcher/Schoditsch, ecolex 2017,605 = EvBl 2017,669 = ZRB 2017,71 (Wenusch) = bbl 2017,146 = ecolex 2017,757 (Schoditsch) = Faber, GPR 2018,180 (Rechtsprechungsübersicht) = SZ 2017/13 = Guggenbichler, SV 2020,188 (Rechtsprechungsübersicht); OGH 26.08.2008, 5 Ob 107/08h.

Ferner ist zu beachten, dass bei Wohnungseigentum für die Mängel an allgemeinen Teilen nicht der jeweilige Miteigentümer mit dessen Quote zu betrachten ist, sondern es sind vielmehr die gesamten Behebungskosten für die Beurteilung maßgeblich.⁹²

Dass nicht auf starre Schwellenwerte abgestellt werden kann, ist für die Beurteilung der Mängel und deren Auswirkung auf das Gesamtbauvorhaben von entscheidender Bedeutung. Folglich bedarf es stets einer Einzelfallbeurteilung, jedoch darf diese nicht nur auf optischen Komponenten basieren. Der äußerste mögliche Wortsinn ist auch die Grenze der Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien.⁹³

Zur Beurteilung wird sich der Treuhänder mangels eigener technischer Kenntnisse eines Sachverständigen bedienen und sich auf dessen Sachkunde verlassen müssen und dürfen, sofern ihm keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, die ihm einen Grund geben, an der Richtigkeit der Bestätigung zu zweifeln. Jedoch darf sich der Treuhänder bei etwaigen Auffälligkeiten nicht auf die Baufortschrittsbestätigungen verlassen, sondern hat zusätzlich fachliche Informationen in Anspruch zu nehmen.⁹⁴

Die ÖNORM B 2120 (2012-05-01) definiert bei ihren Begriffsbestimmungen in Übereinstimmung mit der Auffassung in der Bauwirtschaft die gesetzlichen Bauetappen näher wie folgt⁹⁵:

„Die erforderlichen Bauelemente des Rohbaus sind Fundament samt Abdichtung, tragende Wände, Rohdecken, Stiegenkonstruktion Haupteinschließung, Stiegenkonstruktion im eigentlichen Vertragsgegenstand (sofern massiv). Die

⁹² OGH 2 Ob 34/21w immo aktuell 2022, 40 (Höllwerth) = immolex 2022, 220 (Ruckenbauer) = EvBl-LS 2022/70 = ImmoZak 2022, 39 (Prader) = ecolex 2022, 353 (Figl) = VbR 2022, 147.

⁹³ RIS-Justiz RS0031382, zuletzt OGH 17.12.2020, 9 ObA 103/20t.

⁹⁴ Prader, ImmoZak 2020, 41.

⁹⁵ Siehe dazu Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft³ (2010).

erforderlichen Bauelemente im Falle eines Steildaches sind Dachstuhl, Dämmung/Dampfbremse, Dachdeckung, Verblechungen (Traufe, Ortgang). Die erforderlichen Bauelemente im Falle eines Flachdaches sind Gefälleausbildung, Schwarzdeckung, Entwässerung, Dämmung samt Schutz, Verblechungen (Attika). Zur Fertigstellung der Rohinstallation gehören die erforderlichen Bauelemente für Heizung/Klima/Lüftung/Sanitär, nämlich Leitungsführungen auf der Liegenschaft für Ver- und Entsorgung des Gebäudes, Leitungsführungen im Gebäude bis zu allen Wohnungen und Geschäftsräumen, im konkreten eigentlichen Vertragsgegenstand, die im Bodenaufbau und in den Wänden liegenden Verteilleitungen, Unterkonstruktion UP-Spülkästen.

Die erforderlichen Bauelemente für Elektroinstallationen sind Leitungsführung auf der Liegenschaft für Versorgung des Gebäudes, Leitungsführungen (Leerrohre und Verdrahtung) im Gebäude bis zu allen Wohnungen und Geschäftsräumen und im konkreten eigentlichen Vertragsgegenstand, die im Bodenaufbau und in den Wänden liegenden Leerverrohrungen. Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung ist die Fertigstellung der Endoberfläche und aller Fenster des Gebäudes.“⁹⁶

Unter Bezugsfertigstellung ist laut ÖNORM B 2120 (2012-05-01) der Grad der Fertigstellung zu verstehen, bei dem der eigentliche Vertragsgegenstand baubehördlich zulässig in Benutzung genommen werden darf, die für die Benutzbarkeit des eigentlichen Vertragsgegenstands erforderlichen allgemeinen Teile des Gebäudes und der Gesamtanlage im vereinbarten Zustand hergestellt und Zugang und Zufahrt zum Gebäude ohne wesentliche Behinderung möglich sind. Der Zustand bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe ist der Grad der vereinbarten Fertigstellung des eigentlichen

⁹⁶ ÖNORM B 2120 (2012-05-01).

Vertragsgegenstandes. Die Fertigstellung der Gesamtanlage ist die benutzungsbereite Fertigstellung der vom Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage.

Laut *Friedl* ist eine Abweichung vom gesetzlichen Ratenplan bei Neuerrichtung nur zulässig, wenn die Ratenplanmethode mit einer anderen Sicherheit kombiniert wird (§ 7 Abs 3). Dies deshalb, da zum Nachteil eines Verbrauchers als Erwerber von den Bestimmungen des BTVG nicht abgewichen werden kann. Die Ratenpläne sind nach 6 Ob 173/18m nicht etwa als unverbindliche Vorschläge des Gesetzgebers zu verstehen, sondern vielmehr zwingend, sodass von den vorgegebenen Prozentsätzen nicht zugunsten des Bauträgers abgewichen werden darf.

Die in der Praxis häufig anzutreffende Aufteilung der Bauetappe Rohbau und Dach in zwei Zahlungsetappen oder eine weitere Unterteilung der Etappe Dach ist nach *Friedl* unzulässig. Der OGH hat in seiner E 4 Ob 10/03y festgehalten, dass der Gesetzeswortlaut keine Anhaltspunkte dafür biete, es liege eine durch teleologische Reduktion des Wortlauts zu schließende Lücke vor.

Unter der Bezugsfertigstellung ist nach den ErläutRV die Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstands sowie jener allgemeinen Teile des Gebäudes und der Anlage zu verstehen, die für die Benutzbarkeit dieses Objekts erforderlich sind. Darunter fallen etwa auch die Fertigstellung des Lifts⁹⁷, die Bezugsmöglichkeit von Strom und (jedenfalls, soweit eine Gasheizung vorgesehen ist) von Gas⁹⁸; ferner gehört dazu eine baubehördliche Benützungsbewilligung.⁹⁹

⁹⁷ OGH 6 Ob 3/03i wobl 2003, 249 (*Call*) = immolex 2003, 247 = MietSlg 55.310.

⁹⁸ OGH 25.11.1998, 3 Ob 267/98f.

⁹⁹ OGH 3 Ob 123/13d immolex-LS 2014/8 = RdW 2014, 65 = immolex-LS 2014/15 = ZVB 2014, 121 (*Zörer*) = Zak 2014, 36 = *Kothbauer*, immolex 2014, 96 = immolex-LS 2014/41 = bbl 2014/66 = SZ 2013/104 = MietSlg 65.512; idS auch OGH 03.08.2021, 8 Ob 79/21g.

Grundsätzlich steht es den Parteien frei, eine Vereinbarung zu treffen, der zufolge der Vertragsgegenstand in halbfertigem Zustand übergeben wird, jedoch ist es unzulässig, diese Bauetappe dahingehend zu verstehen, dass die der Bezugsfertigstellung gewidmete Rate an den Bauträger zur Auszahlung gelangt. Hierfür bedarf es einer Vorkehrung im Bauträgervertrag, die festhält, dass der eigentliche Vertragsgegenstand im Zustand vor Bezugsfertigstellung (etwa belagsfertig etc) übergeben wird und der Vertrag damit als erfüllt gilt.¹⁰⁰

Es zählt zu den Pflichten des Treuhänders nach § 12 BTVG, stets darauf zu achten, dass die zur Auszahlung gelangenden Teilzahlungen zum Wert der baulichen Leistungen im Verhältnis stehen.

Betreffend die Fertigstellung der Gesamtanlage ist zu differenzieren, ob es sich um ein größeres Bauprojekt mit mehreren Blöcken und Stiegen handelt oder ob bloß ein einzelnes Gebäude auf der Liegenschaft errichtet wird. Wird lediglich ein einzelnes Gebäude fertiggestellt – so wie es der OGH in 3 Ob 123/13d bei einer Sanierung angenommen hat – sind unter den als gemeinschaftlich anzusehenden Liegenschaftsteilen, auch wenn kein Wohnungseigentum begründet werden soll, der Müll- und Fahrradabstellraum, Abstellflächen, Hobbyräume, Spielplätze gemeint; nicht aber Zwischendecken und tragende Wände in Objekten anderer Erwerber, die grundsätzlich Allgemeinflächen wären.¹⁰¹

b) Zahlung nach Ratenplan bei durchgreifender Erneuerung

Nach § 10 Abs 4 BTVG sind die Abs 1-3 *leg cit* auf durchgreifende Erneuerungen von Altbauten sinngemäß anzuwenden.¹⁰²

¹⁰⁰ Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB⁴ § 10 BTVG Rz 16.

¹⁰¹ Friedl in Illredits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 10 Rz 16.

¹⁰² Richter, Ratenplan, Lexis Briefings in lexis360.at (Stand 12.02.2023).

Die Rsp geht ua dann von einer durchgreifenden Erneuerung von Wohnungen, Geschäftsräumen oder Gebäuden aus, wenn¹⁰³

- die Sanierungs- bzw Umbaumaßnahmen in einer Bauphase ansetzen, die in etwa mit dem Stadium nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs eines erst zu errichtenden Objekts verglichen werden kann, oder
- die Kosten der Renovierung die Hälfte der gesamten Neuherstellungskosten erreichen (wobei es sich um zwei unabhängige Kriterien handelt, also nur eines davon vorliegen muss).¹⁰⁴

Der Treuhänder muss im Fall der durchgreifenden Erneuerung einen individuellen Ratenplan zusammenstellen,

- der sich zwar an den gesetzlichen Fälligkeitsterminen orientiert,¹⁰⁵ aber mit diesen und den vorgegebenen Prozentsätzen nicht übereinstimmen muss,¹⁰⁶ und
- keine Schlechterstellung des Erwerbers im Vergleich zum Neubau eintreten lässt.¹⁰⁷

Laut Rsp gibt es keine allgemeinen Richtlinien für den Ratenplan nach § 10 Abs 4 BTVG.¹⁰⁸

¹⁰³ OGH 3 Ob 123/13d MietSlg 65.512.

¹⁰⁴ Pittl, BTVG³ § 10 BTVG Rz 11.

¹⁰⁵ Friedl in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 10 Rz 18.

¹⁰⁶ OGH 8 Ob 113/04g Pittl, wobl 2006, 62.

¹⁰⁷ Böhm/Pletzer in Schwimann, ABGB IV² § 10 BTVG Rz 43 f.

¹⁰⁸ OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/04g; OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d.

Bei durchgreifender Erneuerung gelangen die im BTVG verankerten Auszahlungsschritte nach § 10 Abs 2 sinngemäß zur Anwendung. Hier kommt der ersten Rate auch insofern eine Sonderstellung zu, als sie grundsätzlich erst bei Baubeginn nach Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung (falls diese überhaupt bei einer reinen Sanierung erforderlich ist) fällig wird, aber dem Wert des Baugrundes entsprechen soll. Der Zweck des § 10 Abs 3 BTVG liegt auch bei der durchgreifenden Erneuerung ausschließlich darin, in jenen Fällen, in denen der hohe Wert der Liegenschaft eine entsprechende Sicherheit bietet, die Entgegennahme von Zahlungen auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen für die erste Rate zu ermöglichen.

Gerade bei einer durchgreifenden Erneuerung von Altbauten wird die Liegenschaft, auch wenn das Objekt noch nicht saniert ist, typischerweise einen höheren Wert aufweisen als eine unbebaute Liegenschaft.

Für die Fälligkeit iSd § 10 Abs 3 BTVG ist das Vorliegen einer Baubewilligung keine Voraussetzung; findet der Rückforderungsanspruch im Wert der Liegenschaft auch ohne rechtskräftige Baubewilligung eine Deckung und bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Erteilung der baubehördlichen Bewilligung Schwierigkeiten entgegenstehen und es zu einer gänzlichen „Vernichtung“ des Werts der bereits erbrachten Bauleistungen kommen könnte, ist das Sicherstellungsbedürfnis des Erwerbers erfüllt.¹⁰⁹

Da grundsätzlich erst im Nachhinein feststeht, dass der Erteilung der Baubewilligung keine Schwierigkeiten entgegenstanden, würde stets den Erwerber das Risiko der Bewilligung treffen. Auch wenn bei konsenswidrigem Bau der Erteilung einer Baubewilligung oder bei vorliegender, aber die Arbeiten nicht deckender Bewilligung einer geänderten Baubewilligung prima vista nichts entgegensteht, obliegt es doch der

¹⁰⁹ So jedenfalls der OGH in 8 Ob 113/04g, krit *Friedl*, Anm zu OGH 8 Ob 113/04g ecolex 2005/317 für die angenommene Fälligkeit der weiteren Raten, wenn eine Baubewilligung für die Arbeiten erforderlich ist; offenlassend *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 10 BTVG Rz 27; der Kritik aber offenbar beipflichtend ders in *Schwimann/Kodek*, BTVG Praxiskommentar § 10 BTVG FN 124.

Baubehörde zu beurteilen, ob der Bau bloß formell konsenslos ist und deswegen nachträglich bewilligt werden kann. Bei materiellem Widerspruch zu den Bauvorschriften droht dem Erwerber ein Beseitigungsauftrag, womit seine Zahlungen für den konsenswidrigen Bau allerdings unbesicherte Vorleistungen darstellen, die entgegen dem Sicherungskonzept des BTVG auch verloren, gehen könnten.

Im Übrigen wären bei laufenden Bauarbeiten auch noch andere Maßnahmen der Behörde, etwa die Verhängung eines Baustopps, denkbar. Nach der von Friedl vertretenen Auffassung können daher die Fälligkeit der ersten Rate nach § 10 Abs 3 BTVG und bei Sanierungen auch die zweite Rate oder ein darüberhinausgehender Teil – je nach Zustand des Sanierungsobjekts – vor Baubeginn und Bewilligung wirksam vereinbart werden, falls die Zahlungen im Gegenwert des Sanierungsobjekts eine Deckung finden.

Für die Fälligkeit jeder weiteren Zahlung muss laut Friedl aber, sofern nicht eine Kombination mit anderen Sicherungsmodellen verwirklicht ist, eine rechtskräftige Baubewilligung erteilt sein, widrigenfalls eben kein dem BTVG entsprechender Ratenplan vorliegt, die Sicherungspflicht nicht erfüllt ist und Zahlungen an mangelnder Fälligkeit leiden.¹¹⁰

Grundsätzlich gibt es nach der Ansicht des OGH keine einheitlichen Vorgaben, wie der Ratenplan iSd § 10 Abs 4 BTVG auf „Sanierungsfälle“ umzulegen ist.¹¹¹ Laut *Friedl* ist hier ein Ratenplan denkbar, der sich an die durchschnittlichen Kosten der einzelnen Gewerke anlehnt, die der Erwerber ohnedies aufwenden müsste, um die vereinbarte Ausstattung von dritter Seite herstellen zu lassen, wenn es aus welchem Grund auch immer nicht zur Fertigstellung kommen sollte.

¹¹⁰ Vgl hiezu § 7 Abs 4 BTVG; *Friedl* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 10 Rz 19.

¹¹¹ OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/04g; OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d immolex-LS 2014/8 = RdW 2014, 65 = immolex-LS 2014/15 = ZVB 2014, 121 (*Zörer*) = Zak 2014, 36 = *Kothbauer*, immolex 2014, 96 = immolex-LS 2014/41 = bbl 2014/66 = SZ 2013/104 = MietSlg 65.512.

Zu beachten ist weiters, dass bei durchgreifenden Erneuerungen anders als im üblichen Rohbaustadium eine Hausfassade – wenn auch in sanierungsbedürftigem Zustand – ebenso vorhanden ist wie Fenster samt Verglasung. Je nachdem, ob die Fenster zu erneuern sind und/oder die Fassade sanierungsbedürftig ist, ist im individuellen Ratenplan darauf zu reagieren. Ist etwa auch ein Dachgeschoßausbau geplant, ist natürlich zu berücksichtigen, dass sich nach dem Abheben des Dachs ein teilweiser Verlust der ursprünglichen Sicherheit einstellen kann.¹¹²

2.2. Die Kombination des Ratenplans und einer schuldrechtlichen Sicherstellung

§ 7 (3) „Soweit der Sicherungszweck dadurch nicht beeinträchtigt wird, können die in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Sicherungen auch nebeneinander eingesetzt oder nachträglich einvernehmlich ausgetauscht werden.“

Im Sinne der zitierten gesetzlichen Bestimmung können die Sicherungsmodelle beliebig kombiniert und nebeneinander eingesetzt werden, sofern der Sicherungszweck dadurch nicht beeinträchtigt wird. Es bestehen hierfür verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Im Folgenden werden zwei in der Praxis am häufigsten vorkommende Anwendungsfälle dargestellt.

In der Praxis hat sich für jene Fälle, in denen der Erwerber vorzeitige Zahlungen leisten soll, die Kombination der grundbücherlichen und schuldrechtlichen Sicherung bewährt. Der Erwerber erhält für die getätigten Vorauszahlungen eine Bankgarantie, dadurch wird die Rückzahlung des noch nicht erreichten Bauabschnitts gesichert. Nach

¹¹² ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 23.

Erreichen des Bauabschnitts reduziert sich die Bankgarantie jeweils um die geleistete Rate; sie beträgt zum Schluss 2 % des Kaufpreises (Höhe des Haftrücklasses).

Ferner kann für das Vertragsobjekt die grundbücherliche Sicherung samt Ratenplan vorgesehen werden und für die Sicherung von Sonderwünschen bedient man sich einer Bankgarantie. Die Mehrzahlung über die gesetzlichen Ratenplanzahlungen hinaus wird mit einer Bankgarantie (§ 8 BTVG) entsprechend gesichert.

Für diese Kombinationsmodelle sind zahlungsfähige Erwerber erforderlich, da der Kaufpreis bereits zu Beginn zur Gänze erlegt werden muss. Einen Nachteil stellen die Kosten für die Errichtung der Garantie dar.

Festzuhalten ist, dass durch die Garantiezuhaltung - mangels ausdrücklicher Erklärung - kein Rücktritt vom Bauträgervertrag erklärt wird. Folglich führt die Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht zur Auflösung des Bauträgervertrags. Dem Erwerber kommt im Fall der Insolvenz des Bauträgers dieselbe Stellung wie bei einem reinen grundbücherlichen Sicherungsmodell zu.

Zudem sieht *Gartner* es als zulässig an, eine Vereinbarung im Bauträgervertrag bzw in der Bankgarantie zu treffen, wonach die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen aus der Bankgarantie nur dann den Rücktritt vom Vertrag impliziert, wenn keine Erklärung abgegeben wird, dass sonst der Vertrag aufrechterhalten wird. Eine derartige Regelung ist zulässig, da sie zugunsten des Erwerbers getroffen wird.¹¹³

¹¹³ *Gartner*, BTVG⁵ § 8 Rz 15.

2.3. Die Schwächen des grundbücherlichen Sicherungsmodells

Das grundbücherliche Sicherungsmodell zählt zu den in der Praxis am häufigsten gewählten Sicherungsmodellen, jedoch weist auch dieses Modell Schwächen auf, die zumindest einer kritischen Betrachtung durch den Erwerber bedürfen.

Das grundbücherliche Sicherungssystem sichert - im Gegensatz zu den anderen Sicherungsinstrumenten – den Erfüllungsanspruch des Erwerbs, wo hingegen die Rückforderungsansprüche keiner Sicherung unterliegen.

Im Zentrum dieses Sicherungssystems steht der erforderliche Ratenplan. In den letzten Jahren konnte beobachtet werden, dass die Ausgestaltung des Ratenplans die meisten wirtschaftlichen Tücken dieses Sicherungsinstruments aufwirft. Hierzu führt die Lehre kritisch aus, dass im Fall der Insolvenz eines Bauträgers der Erwerber nahezu gezwungen ist, die Fertigstellung des Bauvorhabens zu forcieren, da – anders als bei den übrigen Sicherungsmodellen – seine Rückforderungsansprüche nicht vom Sicherungszweck umfasst sind. Ungeachtet dessen ist bereits die Fertigstellung des Projekts meist mit einem zusätzlichen monetären Aufwand verbunden.¹¹⁴

Darüber hinaus ist die Erklärung des Rücktritts vom Bauträgervertrag bei Vorliegen sonstiger Rücktrittsrechte bzw. Anfechtungsgründe nach beidseitiger Vertragsunterfertigung für den Erwerber nahezu unmöglich, da die einzige Sicherheit die ihm zur Verfügung steht, die im eingeräumten Rechten am jeweiligen Erwerbsobjekt sind.¹¹⁵

Ferner kritisiert die Lehre heftig die nahezu unmögliche Ausübung des Gesamtrücktrittsrechts vom Bauträgervertrag, falls der Bauträger die vom Erwerber

¹¹⁴ Gartner, BTVG⁵ § 9 Rz 6; Böhm/Pletzer in Schwimann, ABGB IV² § 9 Rz 5.

¹¹⁵ Böhm/Pletzer, aaO.

geltend gemachten Ansprüche aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht erfüllen kann. Folglich verbleibt dem Erwerber lediglich die Möglichkeit der Erklärung eines Teilrücktritts.¹¹⁶ Im Rahmen der Novelle des BTVG im Jahr 2008 wurden eine Neugestaltung der Ratenpläne zugunsten der Erwerber vorgenommen und ein Versuch gestartet, die „Reibungs- und Verwertungsverluste“ zu entschärfen.¹¹⁷

¹¹⁶ *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 7 f.

¹¹⁷ ErläutRV 432 BlgNr 23. GP 11 f; *Pittl*, BTVG³ § 9 Rz 98; *Gartner*, BTVG⁵ § 9 Rz 14 f.

3. Das pfandrechtliche Sicherungsmodell gemäß § 11 BTVG

a) Allgemeines

§ 11 (1) BTVG:

„Allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers können auch durch ein ausreichende Deckung bietendes Pfandrecht auf einer Liegenschaft gesichert werden. Die Sicherungspflicht erstreckt sich auch auf nicht länger als drei Jahre rückständige Zinsen in der in § 14 Abs. 1 genannten Höhe.

(2) Allfällige Rückforderungsansprüche mehrerer Erwerber können auch durch ein Pfandrecht zugunsten des Treuhänders gesichert werden. Zur Verfügung über ein solches Pfandrecht und zu seiner Verwertung ist allein der Treuhänder berechtigt.

(3) Das Pfandrecht nach Abs. 1 und 2 kann auch auf einen Höchstbetrag lauten, bis zu dem die Deckung reichen soll.“

Das pfandrechtliche Sicherungsinstrument dient wie das schuldrechtliche Sicherungsmodell der Sicherung von Rückforderungsansprüchen und ist nicht auf die Fertigstellung und den Rechtserwerb gerichtet. Auch bei diesem Modell erstreckt sich die Sicherungspflicht auf nicht länger als drei Jahre rückständige Zinsen in der in § 14 Abs 1 BTVG genannten Höhe.¹¹⁸ Zur Verwirklichung des Sicherungsmodells erfolgt die Einverleibung eines Pfandrechts zugunsten des Erwerbers oder des Treuhänders auf einer anderen Liegenschaft, die nicht der Bauträger innehaben muss. Bereits eingangs sei festgehalten, dass dem pfandrechtlichen Sicherungsmodell kaum Praxisrelevanz zukommt, da die Pfandrechtseinverleibung hohe Eintragungsgebühren auslöst.

¹¹⁸ Vgl § 11 Abs 1 BTVG.

Ferner sieht das pfandrechtliche Sicherungsmodell zwingend die Bestellung eines Treuhänders gemäß § 12 BTVG zum Schutz des Erwerbers vor. Hingegen kann die Beauftragung eines Baufortschrittprüfers entfallen. Im Fall der Insolvenz des Bauträgers besteht ein Absonderungsrecht des Gläubigers für das Pfandrecht, sodass es zu einer gesonderten Verwertung und Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlös kommt.

b) Die Schwächen des pfandrechtlichen Sicherungsmodells

Wie bereits erwähnt, löst die grundbücherliche Einverleibung des Pfandrechts eine Eintragungsgebühr in Höhe von 1,2% des einzutragenden Pfandrechtsbetrags aus. Darüber hinaus kann die pfandrechtliche Verwertung der Pfandliegenschaft ein langwieriges und komplexes Zwangsversteigerungsverfahren mit sich bringen. Mangels gesetzlicher Verpflichtung zur Beauftragung eines Baufortschrittprüfers unterbleibt – zum Nachteil des Erwerbers – die technische Kontrolle der Fertigstellung. Allerdings kommt dem pfandrechtlichen Sicherungsmodell ohnedies keine praktische Bedeutung zu.

V. Zusammenfassung

Ein Bauträger organisiert die Errichtung eines Bauwerks oder die durchgreifende Erneuerung von Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen samt der Verpflichtung, den Erwerbern in weiterer Folge die rechtliche Verfügungsmöglichkeit über das Objekt – üblicherweise in der Form der (Wohnungs-)Eigentumsbegründung – einzuräumen. Auf derartige Sachverhalte ist das BTVG anzuwenden. Ist der Erwerber ein Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG, kommt das BTVG zwingend zur Anwendung. Sofern der Erwerber ein Unternehmer ist und der Abschluss des Vertrags zu seinem Unternehmensbetrieb gehört, kann das BTVG abbedungen werden. Andernfalls gilt es auch für Rechtsgeschäfte unter Unternehmern.¹¹⁹

Die in § 2 BTVG normierte Definition soll alle Vertragstypen erfassen, die dem Erwerber die genannten Rechte verschaffen. Das Vertragsobjekt ist ein zu errichtendes oder umfassend zu sanierendes Gebäude, eine derartige Wohnung oder eine Geschäftsräumlichkeit.¹²⁰ Die Bestimmungen des BTVG kommen jedoch nur dann zur Anwendung, wenn der Käufer vor der Fertigstellung mehr als EUR 150 / m² an den Bauträger oder an Dritte zu leisten hat. Die inhaltlichen Mindestanforderungen des Bauträgervertrags sind in § 4 Abs 1 BTVG geregelt.

Die Sicherungsmittel unterteilt das Gesetz in die schuldrechtliche Sicherung gem § 8 BTVG, die grundbücherliche Sicherstellung auf der zu bebauenden Liegenschaft iVm der Zahlung nach Ratenplan gem §§ 9, 10 BTVG sowie die pfandrechtliche Sicherstellung gem § 11 BTVG. Darüber hinaus sind in § 7 Abs 6 BTVG die Sondersicherungsmodelle, normiert, mit denen die Sicherungspflicht des Erwerbers außer durch die Einhaltung der §§ 8 bis 14 BTVG auch erfüllt ist, wenn eine inländische Gebietskörperschaft selbst Bauträger ist (vgl Z 1), ein „Treuhand-Baukonto“ bei einem Kreditinstitut besteht (vgl Z

¹¹⁹ Flener/Mörzinger, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen² (2018) 20.

¹²⁰ Prader, WGG und BTVG⁴ § 2 BTVG 591.

2), oder eine inländische Gebietskörperschaft eine Förderung aus öffentlichen Mitteln gewährt und weitere gesetzlich geregelte Voraussetzungen gegeben sind (vgl Z 3).

Beim grundbücherlichen und pfandrechtlichen Modell ist zwingend ein Treuhänder zu bestellen. Der Gesetzgeber gibt dem Treuhänder die Funktion des „Überwachers“. Primär soll er die Erfüllung der Sicherungspflicht beaufsichtigen. Wird der Treuhänder auch mit der grundbücherlichen Durchführung des Kaufvertrags betraut, spricht man von einem „Abwicklungstreuhänder“. Der Vertragsserrichter haftet nicht nur für die unterlassene Anwendung des BTVG, sondern auch für dessen unrichtige Anwendung.¹²¹ Zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs normiert § 14 Abs 2 BTVG eine dreijährige Verjährungsfrist.

Die Sicherungen gegen den Verlust der im Voraus geleisteten Zahlungen des Erwerbers bilden das Kernstück des BTVG. Die in § 7 BTVG normierte Sicherungspflicht obliegt dem Bauträger; er hat das Sicherungsmittel zu wählen. Die Kombination mehrerer Sicherungsmittel sowie der nachträgliche einvernehmliche Austausch sind ebenfalls zulässig.¹²² Zudem ist die Anwendung mehrerer verschiedener Sicherungsmittel in einem Bauträgerprojekt gesetzmäßig, jedoch bedarf es hierfür eines gesonderten Übereinkommens. Vor der Herstellung der Sicherung durch den Bauträger werden die Zahlungen des Erwerbers aus dem Bauträgervertrag nicht fällig.¹²³ Das Gesetz normiert nicht, welche Ansprüche des Erwerbers zu sichern sind.

Gem § 7 Abs 5 BTVG idgF endet die Sicherungspflicht des Bauträgers mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsobjekts sowie der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung. Unter dem eigentlichen Vertragsgegenstand ist das erworbene Vertragsobjekt gemeint. Hiervon sind die

¹²¹ Vgl *Gartner*, Die Haftung des Vertragsserrichters für die unrichtige Anwendung des BTVG, *immolex* 2013, 233.

¹²² § 7 Abs 3 BTVG.

¹²³ OGH 6 Ob 171/19v *Prader*, *ImmoZak* 2020/43, 81 = *immolex* 2021/9, 20 (*Horn*) = *Böhm*, wobl 2021/37, 114.

restlichen Teile der Gesamtliegenschaft nicht umfasst. Die Fassung vor der Novelle 2008 stellte noch auf die tatsächliche Übergabe des Vertragsobjekts in fertiggestelltem Zustand ab. Nach *Gartner* handelt es sich hierbei um einen Redaktionsfehler im Gesetz, da die Sicherungspflicht richtigerweise erst mit der Übergabe des im vereinbarten Zustand fertiggestellten Vertragsgegenstandes endet.¹²⁴

Von einer Fertigstellung im Sinne der grundbücherlichen Sicherung und des Ratenplans des BTVG ist dann die Rede, wenn das Vertragsobjekt „keine gravierenden“ Mängel iSd BTVG aufweist. Ein gravierender Mangel vereitelt die Fertigstellung des Bauträgerobjekts und lässt die Sicherungspflicht bis zur Behebung des Mangels nicht enden.

ad schuldrechtliches Sicherungsmodell

Das Gesetz sieht vor, dass allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers nach § 8 BTVG schuldrechtlich gesichert werden können. Grundsätzlich kann die Sicherung durch eine Garantie oder eine geeignete Versicherung erfolgen, jedoch ist lediglich die Bankgarantie von praktischer Bedeutung. Die vor der Novelle im Jahr 2008 noch zulässige Bürgschaft wurde gestrichen, weil sie für den Erwerber wegen ihrer Subsidiarität und Akzessorietät kein gleichwertiges Sicherungsinstrument darstellt. Die Kombination zweier Sicherungsinstrumente (Garantie und grundbücherliche Sicherstellung iVm der Zahlung nach Ratenplan) ist zulässig. An dieser Stelle ist jedoch zu beachten, dass die Inanspruchnahme einer Garantie oder Versicherung durch den Erwerber jedenfalls als Auflösung des Vertrags gilt.

ad grundbücherliches Sicherungsmodell

¹²⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 51; diese Ansicht vertrete ich auch; aA *Pittl*, BTVG³ § 7 BTVG Rz 86 f.

Der Erwerb von Eigentum, Wohnungseigentum oder eines Baurechts kann auch durch eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung verbunden mit einer Zahlung nach Ratenplan gesichert werden. Die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum ist dafür ausreichend.

Im Gegensatz zu den anderen Sicherungsmitteln soll die grundbücherliche Sicherstellung stets das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den durch den Erwerber geleisteten Zahlungen und den Rechten an der Liegenschaft bzw den Bauleistungen herstellen. Folglich dient dieses Sicherungsmodell lediglich der Sicherung des Rechtserwerbs an der Liegenschaft bzw dem Liegenschaftsanteil.

§ 9 Abs 2 BTVG sieht vor, dass bei einem Bauträgervertrag über den Erwerb von Wohnungseigentum die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gem § 40 Abs 2 WEG 2002 eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung des Erwerbers darstellt. Andererseits ist die Erfüllung weiterer zwingender Voraussetzungen erforderlich, unter anderem die Bestellung eines Treuhänders, eine einverleibungsfähige Titellurkunde, das Vorliegen der baubehördlichen und jeder sonstigen Bewilligung, deren Nichtvorliegen die grundbücherliche Durchführung verhindern würde, die Herstellung der Lastenfreiheit oder Sicherung der künftigen Lastenfreiheit der Liegenschaft sowie die Einhaltung des Ratenplans. Die erste Auszahlung darf vor der Erfüllung aller Elemente nicht stattfinden. Folglich ist beim Fehlen auch nur einer Voraussetzung das grundbücherliche Sicherungsmodell nicht verwirklicht und die Zahlungen des Erwerbers werden nicht fällig. Wie ausgeführt gilt die Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung als taugliches Sicherungsinstrument.

Zur Sicherung der Position des Erwerbers beim grundbücherlichen Sicherungsmodell wird die Begründung von schlichtem Miteigentum an provisorischen Anteilen nahegelegt. Dies deshalb, da der Erwerber grundbücherlicher Miteigentümer wird und durch die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG seine Anwartschaftsrechte gesichert hat.

Vorausgesetzt wird, dass sämtliche Miteigentümer sowie der Bauträger ihre Zustimmung zur Umwandlung in die endgültigen Nutzwertanteile erteilen.

Die Lastenfreistellung bildet ein weiteres Element des grundbücherlichen Sicherungsmodells, sofern nicht die Übernahme von Geldlasten seitens des Erwerbers vereinbart wird. Den Treuhänder trifft die Überwachungsverpflichtung über den Abschluss einer Lastenfreistellungsvereinbarung zwischen dem Bauträger und dem Pfandgläubiger zugunsten des Erwerbers.

Eine derartige Löschungserklärung mit einer grundbuchsfähigen Aufsandungsklausel hat der Treuhänder vor Auszahlung der ersten Rate laut Ratenplan beizuschaffen.¹²⁵ Uneinigkeit herrscht in der Lehre zur Frage, ob die Lastenfreistellungsvereinbarung dinglicher oder obligatorischer Natur ist, sie also verbücherungsfähig sein muss.¹²⁶

Zur eingeführten zusätzlichen Sicherungsverpflichtung des Bauträgers nach § 9 Abs 4 BTVG ist festzuhalten, dass eine zusätzliche Bankgarantie oder Versicherung zwingend beizubringen ist, wenn das Objekt der Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Erwerbers dienen soll. Andernfalls kann der Bauträger frei zwischen dem Ratenplan A und dem Ratenplan B wählen.

Grundsätzlich sieht der Gesetzgeber vor, dass der Treuhänder die erste Rate erst bei Baubeginn und bei Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung auszahlen darf. Hierzu muss die erteilte Baubewilligung mit dem abgeschlossenen Bauträgervertrag übereinstimmen. Darüber hinaus bedarf es der Überprüfung der einzelnen Bauetappen und der Frage, ob diese im Einklang mit der Bau- und Ausstattungsbeschreibung stehen. Die Baufortschrittskontrolle ist nicht einer Qualitätskontrolle gleichzustellen; lediglich gravierende Mängel verhindern die

¹²⁵ OGH 25.06.2015, 8 Ob 57/15p.

¹²⁶ Hierzu näher Punkt 2 d) Lastenfreistellung.

Feststellung des Abschlusses eines Bauabschnitts.¹²⁷ Zum Begriff des gravierenden Mangels finden sich in der Literatur divergierende Ansichten, zumal sich die Begrifflichkeit, dogmatisch betrachtet, sehr schwierig in das Gewährleistungsrecht des ABGB eingliedern lässt.

§ 10 Abs 2 BTVG ist lediglich zu entnehmen, dass der Bauabschnitt zum zu zahlenden Entgeltteil in einer Wechselbeziehung steht, nämlich dass ein Wertzuwachs in der Leistung des Bauträgers, den der Erwerber im Krisenfall erhält, also wenn der Bau nicht fertiggestellt wird, auf der Entgeltseite eine Entsprechung haben muss.¹²⁸ Nachvollziehbar ist daher die von der hL vertretene Auffassung, dass die Wertrelation anhand der Behebungskosten von unterlaufenen Ausführungsfehlern zu betrachten ist. In der Literatur gibt es zu den Behebungskosten, die zur Verhinderung des Abschlusses einer Bauetappe führen, divergierende Auffassungen.¹²⁹

Der OGH vertritt die Ansicht, dass der Verbesserungsaufwand in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sei, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde.

Nach § 10 Abs 4 BTVG sind die Abs 1-3 leg cit auf durchgreifende Erneuerungen von Altbauten sinngemäß anzuwenden.¹³⁰ Gerade in diesem Fall wird die Liegenschaft, auch wenn das Objekt noch nicht saniert ist, typischerweise einen höheren Wert aufweisen als eine unbebaute Liegenschaft. Grundsätzlich gibt es nach der Ansicht des OGH keine einheitlichen Vorgaben darüber, wie der Ratenplan iSd § 10 Abs 4 BTVG auf „Sanierungsfälle“ umzulegen ist.¹³¹

¹²⁷ Friedl in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 10 BTVG.

¹²⁸ RIS-Justiz RS0119703.

¹²⁹ Überblick bei Prader in *Schwimann/Kodek*⁴ § 10 BTVG Rz 7 f; ders, wobl 2016, 383.

¹³⁰ Richter, Ratenplan, Lexis Briefings in lexis360.at (Stand 12.02.2023).

¹³¹ OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/04g; OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d.

ad pfandrechtliches Sicherungsmodell

Das pfandrechtliche Sicherungsinstrument dient wie das schuldrechtliche Sicherungsmodell der Sicherung von Rückforderungsansprüchen und ist nicht auf die Fertigstellung und den Rechtserwerb gerichtet. Ferner sieht das pfandrechtliche Sicherungsmodell zwingend die Bestellung eines Treuhänders gem § 12 BTVG zum Schutz des Erwerbers vor. Hingegen kann die Beauftragung eines Baufortschrittprüfers entfallen. Im Fall der Insolvenz des Bauträgers besteht ein Absonderungsrecht des Gläubigers für das Pfandrecht, sodass es zu einer gesonderten Verwertung und Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlös kommt. Festgehalten sei, dass dem pfandrechtlichen Sicherungsmodell kaum Praxisrelevanz zukommt, da die Pfandrechtseinverleibung hohe Eintragungsgebühren erfordert.

VI. Fazit

Nach intensiver Beschäftigung mit den Sicherungsmitteln im BTVG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung und Literatur, kann festgehalten werden, dass das BTVG ein gelungenes Gesetz darstellt. Dies zeigt sich vor allem dadurch, dass der Oberste Gerichtshof – trotz der Praxisrelevanz – nicht allzu oft angerufen werden muss.

Die im BTVG normierten Sicherungsinstrumente sorgen für den Schutz des Erwerbers und sollen Abhilfe schaffen, in jenen Fällen, in denen über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Die im Fokus der gegenständlichen wissenschaftlichen Arbeit stehenden Sicherungsinstrumente weisen trotz ihrer positiven Wirkung auch Schwächen auf.

Die Schwächen des schuldrechtlichen Sicherungsmodells werden erst ersichtlich, wenn der Erwerber dem Bauträger nach vermeintlicher Fertigstellung des Bauvorhabens gegenübersteht. Da das Gesetz keine zwingende Bestellung eines Treuhänders vorsieht, wird dem Erwerber der vermeintlich „ordnungsgemäß“ fertiggestellte Vertragsgegenstand übergeben, ohne dass zuvor eine Möglichkeit der näheren Qualitätsüberprüfung bestand. Der Erwerber wird erst nach Rückstellung der Bankgarantie und Erhalt des Haftrücklasses im Ausmaß von 2 % des Kaufpreises Baumängel feststellen können, die ihn zu einem Vertragsrücktritt berechtigen würden. Allerdings steht der Erwerber – im Unterschied zum grundbücherlichen Modell – dem Bauträger allein gegenüber. Wenngleich die schuldrechtliche Sicherung in Fällen der Insolvenz des Bauträgers oder bei einer Unterbrechung von Projekten ihre Vorteile hat, so ist in jenen Fällen, in denen der nicht fach- und rechtskundige Erwerber dem Bauträger allein gegenübersteht, das Agieren des Bauträgers unüberprüfbar. Einen Nachteil birgt das schuldrechtliche Modell auch für den Bauträger. Die Ausstellung der Bankgarantie ist mit entsprechenden Finanzierungskosten verbunden.

Anders als bei den übrigen Sicherungsmodellen ist der Erwerber beim grundbücherlichen Sicherungsmodell im Fall der Insolvenz eines Bauträgers nahezu gezwungen, die Fertigstellung des Bauvorhabens zu forcieren, da seine Rückforderungsansprüche nicht vom Sicherungszweck umfasst sind. Ferner sind weitere monetäre Mittel für die Fertigstellung des Projekts aufzubringen. Auch die Lehre kritisiert massiv die nahezu unmögliche Erklärung des Gesamtrücktritts vom Bauträgervertrag, falls der Bauträger die vom Erwerber geltend gemachten Ansprüche aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht erfüllen kann. Folglich verbleibt dem Erwerber lediglich die Möglichkeit der Ausübung eines Teilrücktritts. Im Rahmen der Novelle des BTVG im Jahr 2008 wurden eine Neugestaltung der Ratenpläne zugunsten der Erwerber vorgenommen und ein Versuch gestartet, die „Reibungs- und Verwertungsverluste“ zu entschärfen.

Die beiden am häufigsten zur Anwendung gelangenden Sicherungsmodelle (grundbücherliches und schuldrechtliches) dienen jeweils der Sicherung unterschiedlicher Ansprüche, sodass ein Vergleich schwerfällt, vielmehr ist unter Berücksichtigung der Schwächen der einzelnen Sicherungsinstrumente abzuwägen, welches Modell für das jeweilige Bauvorhaben „besser passt“. Nach meinem Eindruck wird jedoch vermehrt das grundbücherliche Sicherungsmodell gewählt. In der Praxis hat sich für jene Fälle, in denen der Erwerber vorzeitige Zahlungen leisten soll, die Kombination der grundbücherlichen und der schuldrechtlichen Sicherung bewährt. Der Erwerber erhält für die getätigten Vorauszahlungen eine Bankgarantie, dadurch wird die Rückzahlung des noch nicht erreichten Bauabschnitts gesichert. Nach Erreichen des Bauabschnitts reduziert sich die Bankgarantie jeweils um die geleistete Rate; sie beträgt zum Schluss 2 % des Kaufpreises. Ferner kann für das Vertragsobjekt die grundbücherliche Sicherung samt Ratenplan vorgesehen werden und für die Sicherung von Sonderwünschen bedient man sich einer Bankgarantie (schuldrechtliche Sicherstellung).

Für diese Kombinationsmodelle sind zahlungsfähige Erwerber erforderlich, da der Kaufpreis bereits zu Beginn zur Gänze erlegt werden muss. Einen Nachteil stellen die Kosten für die Errichtung der Garantie dar. Aufgrund der weiter gestiegenen Finanzierungskosten kann es jedoch sein, dass sich der Trend in eine andere Richtung entwickelt.

VII. Literaturverzeichnis

Aufner/Bydlinski, Kurzkomentar zum Bauträgervertragsgesetz² (2008).

Böhm/Pletzer, BTVG in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskomentar zum ABGB IV² (2001).

Bollenberger, Zur Freistellungsverpflichtung § 9 Abs 3 BTVG, ÖBA 2009, 638.

Engin-Deniz, Kurzkomentar BTVG² (1999).

Flener/Mörzinger, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen² (2018).

Friedl, BTVG in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar³ (2018).

Friedl, BTVG in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022).

Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023).

Gartner, Die Haftung des Vertragsrichters für die unrichtige Anwendung des BTVG, *immolex* 2013, 233.

Gartner, Musterverträge im Rahmen des BTVG (1998).

Harrer, BTVG in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskomentar zum ABGB IV² (2001).

Langer, Bauträgervertragsgesetz (1997).

Pfeiffer/Brandstetter, Grunderwerbsteuer bei Anteilsberichtigungen im Rahmen der erstmaligen Wohnungseigentumsbegründung, *bauaktuell* November 2016.

Pittl, BTVG³ (2019).

Pittl/Niedrist, wobl 2008, 198.

Pittl/Prader, wobl 2011, 125.

Pittl/Prader, wobl 2011, 131.

Prader in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015).

Prader, WGG und BTVG⁴ (2020).

Prader, ImmoZak 2020, 41.

Prader/Böhm, immolex 2016, 266.

Richter, Ratenplan, Lexis Briefings in lexis360.at (Stand 12.02.2023).

Schmidinger/Aumann, Sicherungsmodelle und Bankdienstleistungen, in FGW – Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen (Hrsg), Das Bauträgervertragsgesetz in der Praxis (Schriftenreihe Nr 124) (1997), 80.

VIII. Judikaturverzeichnis OGH

Entscheidung

OGH 12.01.1993, 4 Ob 501/93

OGH 25.11.1998, 3 Ob 267/98f

OGH 23.01.2003, 6 Ob 3/03i

OGH 29.04.2004, 6 Ob 89/04p

OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/04g

OGH 18.12.2006, 8 Ob 108/06z

OGH 07.07.2008, 6 Ob 134/08m

OGH 26.08.2008, 5 Ob 107/08h

OGH 09.02.2011, 5 Ob 193/10h

OGH 11.10.2012, 1 Ob 190/12s

OGH 25.03.2014, 4 Ob 44/14w

OGH 22.10.2014, 1 Ob 121/14x

Fundstelle

wobl 2003, 249 (*Call*) = immolex 2003, 247 = MietSlg 55.310

bbl 2004, 203 = MietSlg 56.568 = MietSlg 56.834

Pittl, wobl 2006, 62

JBl 2007, 519 (*Faber*)

immolex-LS 2011/32 = immolex-LS 2011/33 = wobl 2011/68 (*Pittl*) = immolex 2011/59 (*Böhm/Prader*) = bbl 2011/134 = NZ 2011, 295 = ecolex 2011, 903 (*Friedl*) = MietSlg 63.652

immolex-LS 2012/97 = immolex-LS 2013/10 = ZRB 2013, 28 (*Seeber*) = ZIK 2013, 79 = MietSlg 64.646

ecolex 2014, 518 (*Riepl*) = JBl 2015, 45 (*Geroldinger*) = Zak 2014, 216

JBl 2015, 183 = ZVB 2015, 172 mit Anm *Wagner* = ecolex 2015, 377 mit Anm *Schoditsch* = wobl 2015, 167 = bau aktuell 2016, 150

Entscheidung

OGH 21.03.2018, 3 Ob 225/17k

OGH 25.06.2020, 6 Ob 171/19v

OGH 20.01.2021, 3 Ob 176/20h

OGH 03.08.2021, 8 Ob 79/21g

OGH 27.01.2022, 2 Ob 34/21w

Fundstelle

immolex 2018/67, 194 = Zak 2018/289, 154

Prader, ImmoZak 2020/43, 81 = immolex 2021/9, 20 (*Horn*) = *Böhm*, wobl 2021/37, 114

Zak 2021, 94 = bbl 2021/118 (*Eggelmeier-Schmolke*) = ImmoZak 2021, 35 (*Prader*) = *Frad*, bau aktuell 2022, 147 (Rechtsprechungsübersicht)

Prader, immolex 2021, 303 = immolex 2021, 310 (*Böhm*)

immolex 2021, 350 (*Böhm/Prader*) = ImmoZak 2021, 85 (*Dobler*) = ZVR 2022, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = wobl 2022, 404 (*Pittl*)

immo aktuell 2022, 40 (*Höllwerth*) = immolex 2022, 220 (*Ruckenbauer*) = EvBl-LS 2022/70 = ImmoZak 2022, 39 (*Prader*) = ecolex 2022, 353 (*Figl*) = VbR 2022, 147

Rechtssätze

- RIS-Justiz RS0022526, zuletzt OGH 6 Ob 173/18m SZ 2018/85.
- RIS-Justiz RS0127718, zuletzt OGH 6 Ob 171/19v *Prader*, ImmoZak 2020,81 = immolex 2021,20 (*Horn*) = *Böhm*, wobl 2021,81 = wobl 2021,114 = *Ring*, ecolex 2021,96 (Rechtsprechungsübersicht).
- RIS-Justiz RS0119703, zuletzt OGH 6 Ob 173/18m immolex 2019,21 (*Prader*) = Zak 2019,35 = ZVB 2019,89 (*Berl*) = bbl 2019,72 = ecolex 2019,220 = immo aktuell 2019,94 (*Höllwerth*) = ZVR 2019,75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = RZ 2019,89 EÜ69, 70 = NZ 2019,274 = wobl 2019,399= SZ 2018/85.
- RIS-Justiz RS0021872, zuletzt OGH 2 Ob 34/21w immo aktuell 2022,40 (*Höllwerth*) = immolex 2022,220 (*Ruckenbauer*) = EvBl-LS 2022/70 = ImmoZak 2022,39 (*Prader*) = ecolex 2022/235 S 353 (*Figl*) - ecolex 2022,353 (*Figl*) = VbR 2022,147 = ZRB 2022,135 (*Seeber-Grimm*).
- RIS-Justiz RS0022044, zuletzt OGH 01.06.2022, 5 Ob 41/22y.
- RIS-Justiz RS0022063, zuletzt OGH 1 Ob 209/16s Zak 2017,135 = bau aktuell 2017,118 = VbR 2017,97 = JBl 2017,374 (*Faber*) = *Melcher/Schoditsch*, ecolex 2017,605 = EvBl 2017,669 = ZRB 2017,71 (*Wenusch*) = bbl 2017,146= ecolex 2017,757 (*Schoditsch*) = *Faber*, GPR 2018,180 (Rechtsprechungsübersicht) = SZ 2017/13 = *Guggenbichler*, SV 2020,188 (Rechtsprechungsübersicht).
- RIS-Justiz RS0031382, zuletzt OGH 17.12.2020, 9 ObA 103/20t.

- RIS-Justiz RS0025221, zuletzt OGH 4 Ob 163/11s Zak 2012,36 = bbl 2012,99/66
= RdW 2012,208 = ecolex 2012,302 = ZRB 2012,47 (*Walch*).
- RIS-Justiz RS0018507, zuletzt OGH 30.06.2022, 4 Ob 52/22h.

Abstract

Diese Master Thesis trägt den Titel „Das Sicherungssystem im BTVG und dessen Schwächen“. Das Kernstück der Arbeit bilden die im Bauträgervertragsgesetz (BTVG) normierten Sicherungsinstrumente. Das Gesetz sieht vor, dass allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers schuldrechtlich und pfandrechtlich (kaum praxisrelevant) gesichert werden können. Ferner kann der Erwerb von Eigentum, Wohnungseigentum oder eines Baurechts auch durch ausreichende grundbücherliche Sicherstellung verbunden mit einer Zahlung nach Ratenplan gesichert werden. Hierbei soll die grundbücherliche Sicherstellung stets das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den durch den Erwerber geleisteten Zahlungen und den Rechten an der Liegenschaft bzw den Bauleistungen herstellen. Folglich dient dieses Sicherungsmodell lediglich der Sicherung des Rechtserwerbs an der Liegenschaft bzw am Liegenschaftsanteil. Anschließend werden die Schwächen der einzelnen Sicherungsmodelle näher beleuchtet und ein Fazit gezogen.

This Master Thesis examines “The security system in the BTVG and its weaknesses”. The core of the thesis is formed by the security instruments standardized in the BTVG. The law provides that possible claims for repayment by the purchaser can be secured under the law of obligations and the law of liens (hardly relevant in practice). Furthermore, the acquisition of property, condominium or a building right can also be satisfied by land registry security in connection with a payment according to an installment plan. In this case, the security in the land register is always intended to establish the economic balance between the payments made by the purchaser and the rights to the property or the construction work. Consequently, this security model only serves to secure the acquisition of rights to the real estate or the share in the real estate. In the following, the weaknesses of the individual security models are examined in more detail and a conclusion is drawn.