

Topthema

Bauträgerrecht

Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers
(Kallinger)

Der Treuhänder nach BauträgervertragsG –
Haftung und Risiken (Gartner)

„Merkzettel“ für den Bauträgervertrag
(Böhm/Priglinger)

Bauträger und Vergaberecht
(Holly)

Steuerfragen und Bauträger
(Stingl)

Herausgeber:
Herbert Rainer

**Leitende
Redakteure:**
Franz Pfiel
Helmut Böhm
Ernst Gall
Walter Stingl

**Ständige
Mitarbeiter:**
Johannes
Stabentheiner
Wolfgang Zankl
Heinz M. Jäger
Andreas Kletečka
Fritz Iby
Peter Kovanyi

„Merkzettel“ für den Bauträgervertrag



Von Ass.-Prof. Dr. Helmut BÖHM



und Not.-Kand. Dr. Wiltrud PRIGLINGER

FÜR DEN EILIGEN LESER:

Der Beitrag führt die vom BTVG vorgeschriebenen, aber in der Praxis mitunter stiefmütterlich behandelten Mindestanforderungen des Bauträgervertrags auf und erläutert sie aus der Sicht der Ver-

tragserrichtungspraxis. Darüber hinaus werden kautelarjuristische Empfehlungen für die inhaltliche Gestaltung des Bauträgervertrages gegeben, die eine reibungslose Abwicklung gewährleisten, sowie Streitigkeiten oder gar eine allfällige Haftung des Vertragserrichters vermeiden helfen sollen.

I. EINLEITUNG

Nach der Jud des OGH ist der Vertragsverfasser grundsätzlich beiden Parteien des zu errichtenden Vertrags zu sorgfältiger Wahrung der jeweiligen Interessen verpflichtet.¹ Insbesondere der vertragserrichtende Notar hat beide Seiten mit der gleichen Sorgfalt zu behandeln.² Aber auch der Rechtsanwalt haftet beiden Parteien des von ihm errichteten Vertrages, wenn er von beiden beauftragt wurde, oder wenn er – bei Beauftragung nur durch eine Seite – Vertrauensperson auch des Vertragspartners des Mandanten geworden ist.³

Im Rahmen der Errichtung eines Bauträgervertrages nach dem BTVG⁴ ist der Erwerber vom Vertragserrichter über die jeweiligen Vor- und Nachteile der einzelnen Sicherungsmodelle nach § 7 sowie über die Risiken, die durch das betreffende Modell nicht abgedeckt werden oder für die das BTVG überhaupt „unzuständig“ ist, aufzuklären. Sicherungsmodelle,

die zwar formell den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen, jedoch inhaltlich so gestaltet sind, dass der Sicherungszweck nicht gewährleistet erscheint, sind als unzureichend zu qualifizieren. Die Sicherungspflicht ist in diesem Fall nicht erfüllt!⁵

II. DIE INHALTLICHEN MINDESTERFORDERNISSE DES BAUTRÄGERVERTRAGES

§ 4 Abs 1 listet jene Punkte auf, die zwingender Inhalt jedes Bauträgervertrags sind:⁶

1. den bestimmt bezeichneten **Vertragsgegenstand** samt Plänen und Ausstattungsbeschreibung;
2. das vom Erwerber zu zahlende **Entgelt** und dessen **Fälligkeit**;
3. den spätesten **Übergabetermin**;
4. die vom Erwerber allenfalls zu übernehmenden **Lasten**;
5. die Art der **Sicherung des Erwerbers** und
6. die Person des allenfalls zu bestellenden **Treuhänders**.

A. VERTRAGSGEGENSTAND (§ 4 ABS 1 Z 1)

Das Erfordernis der „**bestimmten Bezeichnung**“ bedeutet zunächst, dass das Kaufobjekt⁷ als solches genau zu beschreiben ist.⁸ Seine Lage im Haus, die

1 ZB OGH JBl 1997, 519; NZ 1990, 230; RdW 2001/301; vgl. *Spruzina*, Rechts- und Standespflichten des Treuhänders, NZ 1995, 217; *Fellner*, Die Sicherung des Erwerbers durch Bestellung eines Treuhänders RdW 1999, 3; *ders.*, Die grundbücherliche Sicherung der Erwerber durch den Treuhänder, RdW 1999, 393.

2 Nachweise bei *Reischauer* in Rummel², Rz 18 zu § 1299. So hat der vertragserrichtende Notar den Kaufvertragsparteien eine vollständige Rechtsbelehrung zu erteilen und sie auch über die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vertrages aufzuklären: OGH 28.1.1998, 3 Ob 233/97d.

3 S im Einzelnen *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 33ff zu § 12 BTVG; *F. Graf*, Anwaltshaf-

tung (1991) 97 mN; OGH *ecolec* 1995, 403; RdW 2001/430.

4 Dem am 1.1.1997 in Kraft getretenen Bauträgervertragsgesetz (BGBl I 7) unterliegen grundsätzlich nur Verträge über den Erwerb von zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten; vgl. zum Anwendungsbereich im Einzelnen *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 1ff zu § 2. §§ ohne nähere Bezeichnung sind im folgenden solche des BTVG.

5 *H. Böhm*, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69, 78, Fn 75.

6 Da ein Vorvertrag, um gültig zu sein, bereits alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages

enthalten muss, hat er auch den Inhaltserfordernissen des § 4 zu genügen. Dies gilt selbst dann, wenn der Vorvertrag nicht ohnehin als Bauträgervertrag zu qualifizieren ist (*Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 26 zu § 2).

7 Im folgenden wird – soweit nichts Anderes vermerkt ist – vom praktisch häufigsten Fall des Ankaufs einer Eigentumswohnung in einem größeren Bauvorhaben ausgegangen.

8 In § 4 findet sich nichts zur Frage, ob beim Erwerb einer Liegenschaft von einem vom Bauträger verschiedenen Dritten auch der Liegenschafts Kaufvertrag bereits vorliegen muss. *Engin-Deniz* (Bauträgervertragsgesetz – Kurzkomentar² [1999] Rz 1 zu § 4) hält dies dann nicht für notwendig, wenn Kaufgegenstand und

Topnummer, die Anzahl und lagemäßige Anordnung der Räume, die Kfz-Abstellplätze⁹ und allfällige Sondernutzungsrechte sind anzuführen.

Da die Rohbaumaße Veränderungen erfahren können, sollten nur ungefähre m²-Maße der vertragsgegenständlichen Wohnungseinheit angegeben werden. Eine Regelung, dass Schwankungen von bis zu 3% unberücksichtigt bleiben und am Kaufpreis nichts ändern sollen, ist anzuraten und uE ohne weiteres zulässig.

Zu empfehlen ist weiters die Vereinbarung der unentgeltlichen Anteilsberichtigung im Zuge der WE-Begründung, da sonst gemäß § 10 Abs 3 S 2 WEG ein angemessenes Entgelt zu entrichten und die weitere Durchführung des WE-Projekts uU behindert wäre.¹⁰

Neben der bestimmten Bezeichnung verlangt der Gesetzestext die Einbeziehung genauer **Pläne** und von **Bau-, Ausstattungs- und Zustandsbeschreibungen**. Die Pläne sind nicht nur Mindestinhalt iSd § 4, sondern auch Gegenstand des Schriftformerfordernisses nach § 3

BTVG. Daher ist es notwendig, dass zum einen der Bauträgervertrag auf den Gesamtplan und die Einsichtmöglichkeiten in diesen verweist, sowie dass zum anderen alle Erwerber des betreffenden Bauvorhabens diese Plandarstellung unterfertigen.¹¹ Das Einbinden des Plans¹² sowie der Bau-, Ausstattungs- und Zustandsbeschreibung in den Vertrag verhindert überdies ein nachträgliches Austauschen und beugt Streitigkeiten vor; die EB lassen es freilich genügen, wenn die Pläne bzw Beschreibungen als Beilage dem Vertrag angeschlossen werden¹³. In der Praxis hat es sich bewährt, jedenfalls folgende Informationen dem Erwerber nachweislich auszufolgen und zu erläutern:¹⁴

- Pläne der einzelnen Wohnung und der Gesamtanlage im allgemeinen;
- im besonderen: planliche Darstellung des Wand- und Fußbodenaufbaus (unter Angabe der zu erreichenden Wärmeschutz-, Raum- und Trittschallwerte), Sanitärplan der Wohnung, Verrohrungsplan der Heizung;
- Einheitspreisliste für die Ausstattungsgegenstände;

- Preisliste für eventuelle Sonderausstattungen;
- Bauzeitplan;
- Baubewilligungsbescheid;
- Grundbuchsauszug;
- Gutachten über die Nutzwertfestsetzung.¹⁵

B. ENTGELT (§ 4 ABS 1 Z 2)

Die Vereinbarung eines **fixen Kaufpreises** ist zweifellos aus der Sicht des Erwerbers die sicherste, weil am besten kalkulierbare Variante. § 4 Abs 1 Z 2 lässt aber auch einen **variablen Kaufpreis** (Gleitpreis) bzw einen – hier nicht weiter zu behandelnden – kostendeckenden Preis nach Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht zu. Wird ein variabler Preis vereinbart, so sind die Faktoren, die die Veränderung bewirken können, im Vertrag genau zu definieren und es ist eine absolute Obergrenze zu bestimmen.¹⁶ Ist der Bauträgervertrag – wie in der Praxis zumeist – Verbrauchergeschäft, dann ist neben § 4 Abs 1 Z 2 noch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu beachten. Danach muss auch eine Möglichkeit der Entgeltsenkung vorgesehen werden, und es müssen die im Vertrag

-preis im Bauträgervertrag genannt sind und der Liegenschafts Kaufvertrag keine vom Bauträgervertrag abweichenden Bestimmungen enthält. Fraglich ist jedoch, wie letzteres geprüft werden soll, wenn der Kaufvertrag eben noch nicht vorliegt. UE wäre es nicht einzusehen, dass der Erwerber über die in § 4 aufgelisteten Punkte bis ins Detail informiert werden muss, über die mindestens gleich relevanten Bedingungen des Grunderwerbs aber im Dunkeln gelassen werden könnte. Es ist also dafürzuhalten, dass der Kaufvertrag zumindest in einem Entwurf, der alle wesentlichen Vertragspunkte enthält, vorliegen und dem Erwerber bekannt sein muss, auch wenn er erst nach Abschluss des Bauträgervertrages unterfertigt wird. Sinnvollerweise wird der Vertragserrichter den zeitlich zuerst geschlossenen Vertrag unter die aufschiebende Bedingung des Zustandekommens des jeweils anderen stellen. Zur differenzierten analogen Anwendung des § 4 auf den Liegenschafts Kaufvertrag *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 3 zu § 4.

⁹ Seit Inkrafttreten des WEG 2002 kann an Kfz-Abstellplätzen kein Zubehör-WE mehr be-

gründet werden; sie können als allgemeine Teile der Liegenschaft im (schlichten) Miteigentum stehen oder – was für spätere Dispositionen zweifellos sinnvoller ist – Gegenstand selbständigen WEs sein (vgl im einzelnen *Scherthaner*, Der Kfz-Abstellplatz im Wohnungseigentumsrecht. Was ändert sich durch das neue WEG 2002? *immolex* 2002, 208). Selbstverständlich sollte im Bauträgervertrag die gewählte „Rechtsform“ ausgewiesen sein.

¹⁰ Vgl *Gartner*, Musterverträge im Rahmen des BTVG – Vorschläge zur Anpassung des Bauträgervertrages an die neue Rechtslage (1998) 19.

¹¹ *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 9 zu § 4; dort wird zwischen Plänen, die das Vertragsobjekt ieS (Wohnung, Geschäftsraum) betreffen, und den planlichen Darstellungen des gesamten Bauvorhabens unterschieden. Von ersteren soll der einzelne Erwerber jedenfalls ein Exemplar erhalten, während hinsichtlich der Pläne des Gesamtbauvorhabens inklusive aller gemeinsamen Einrichtungen, insb der oft umfangreichen Außenanlagen, grundsätzlich

die Auflage zur Einsichtnahme genügen soll, sofern im Bauträgervertrag darauf hingewiesen ist und der Gesamtplan auch von jedem einzelnen Erwerber unterfertigt wird. Freilich ist es aus der Sicht des Erwerbers sinnvoll und empfehlenswert, wenn ihm auch ein – allenfalls vereinfachter – Gesamtplan ausgehändigt wird (s im Text sogleich im folgenden).

¹² Die EB (14) stellen auf die Genauigkeit von Einreichplänen ab (EB zur RV des BTVG 312 BeilNR 20. GP).

¹³ EB 14.

¹⁴ So schon eine Empfehlung (Presseinformation) der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol vom 20.1.1994.

¹⁵ Dieses sollte in Aufbau und Inhalt tunlichst den Anforderungen der sog „Brandhof-Empfehlungen“ genügen, welche im Jahre 1999 von Sachverständigen und Grundbuchsführern gemeinsam erarbeitet worden sind.

¹⁶ Vgl zu den einzelnen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Bestimmtheitsgebote des § 4 Abs 1 Z 2 differenzierend *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 13ff zu § 4; s auch EB 14f.

umschriebenen Umstände für die Entgeltsanpassung sachlich gerechtfertigt und hinsichtlich ihres Eintritts vom Willen des Bauträgers unabhängig sein.

Anders als nach allgemeinem Zivilrecht muss die **Fälligkeit** – bei sonstiger (relativer, geltend zu machender und befristeter¹⁷) Nichtigkeit des Bauträgervertrages explizit festgelegt werden.¹⁸ Bei Vereinbarung eines Ratenplanes (auch wenn es sich dabei nicht um den im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells zu vereinbarenden Ratenplan handelt) müssen dem Vertrag daher Zeitpunkt und Höhe der jeweiligen Kaufpreiszahlungen zu entnehmen sein.

Beim zwingenden **Ratenplan nach dem grundbücherlichen Sicherungsmodell** soll die erste Rate nach dem Zweck des Gesetzes¹⁹ dem Wert der Liegenschaft entsprechen; liegt dieser unter den in § 10 Abs 2 Z 1 typisierten 30% des Gesamtkaufpreises, sollte der Vertragserrichter daher auf ein Abgehen vom gesetzlichen Ratenplan zugunsten des Erwerbers hinwirken (Vereinbarung einer entsprechend niedrigeren ersten Rate). Zumindest hat er den Erwerber darüber aufzuklären, dass seiner Vorleistung zu Beginn keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.²⁰

Der Ausbaugrad, bei dem die jeweilige Stufe des Ratenplans erfüllt ist, soll-

te dort, wo das Gesetz Auslegungsspielraum lässt, solange dieser nicht durch entsprechende Jud „ausgefüllt“ ist, detailliert definiert werden, um spätere Meinungsverschiedenheiten hintanzuhalten.²¹ Freilich muss sich der Vertragserrichter vor solchen Detailumschreibungen hüten, die in Wahrheit hinter den Gesetzesbegriffen „zurückbleiben“.²²

Im Hinblick auf die in der Praxis immer wieder auftretenden Probleme im Zusammenhang mit der schleppenden Fertigstellung der Gesamtanlage und im Hinblick auf das Risiko eines Ausfalls sollte die im Gesetz (§ 10 Abs 2 Z 3 aE) vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung einer Fälligkeit der letzten Rate schon bei „vorzeitiger Übernahme“²³ nicht ausgenutzt und diese stets an die Fertigstellung der Gesamtanlage geknüpft werden.²⁴

C. ÜBERGABETERMIN (§ 4 ABS 1 Z 3)

Der Zeitpunkt der spätesten Übergabe ist nach § 4 genau anzugeben.²⁵ Das Gesetz versteht darunter den Termin der (spätesten) faktischen Übergabe und unterscheidet ihn daher sowohl vom Fertigstellungstermin als auch vom Termin der Verschaffung der vereinbarten Rechtsstellung bzw deren Sicherung. Fertigstellung des Vertragsobjekts und Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung müssen nach § 4 Abs 1 Z 3 nicht explizit vertraglich terminisiert sein. Da

beide Zeitpunkte aber für das Erlöschen der Sicherungspflicht relevant sind, sollten sie jedoch stets in den Vertrag aufgenommen werden.²⁶ Weniger relevant ist der Zeitpunkt der Fertigstellung der Gesamtanlage, der ja auch nach dem Übergabetermin gelegen sein kann; ein seriöser Bauträgervertrag wird diesfalls aber auch ihn explizit ausweisen. Für sämtliche Termine sollten Rechtsfolgen ihrer Nichteinhaltung (zB Vertragsstrafen²⁷) vorgesehen werden.

Die Festlegung der spätesten Übergabe kann ausweislich der Materialien²⁸ auch in Form einer Zeitspanne mit Endtermin geschehen. Zulässig ist uE auch die in der Praxis häufige Variante, in welcher ein vorläufiger Termin angepeilt wird, der um einen zweiten Termin – etwa ein halbes Jahr später – ergänzt wird, zu dem jedenfalls und spätestens übergeben werden solle; tunlichst sei aber zu versuchen, den ersten Termin einzuhalten. Hier gilt eben der zweite Termin als „spätester“ iSd Gesetzes. Der konkrete (tatsächliche) Übergabetermin sollte vereinbarungsgemäß dem Erwerber mindestens fünf Wochen²⁹ vorher anzuzeigen sein; als sinnvoll hat es sich auch erwiesen, den Bauträger zum Vorschlag von zwei Übergabeterminen zu verpflichten, aus denen der Erwerber dann einen wählen kann.

17 Ausführlich *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 6f zu § 3; Rz 2 und 14 zu § 4.

18 Sinnvoll ist es selbstverständlich auch, die genauen Verzugsfolgen (insb die Höhe der Verzugszinsen) ersichtlich zu machen.

19 Das grundbücherliche Sicherungsmodell stellt bekanntlich darauf ab, dass die Zahlungen des Erwerbers wertmäßig in der Liegenschaft und dem darauf befindlichen Bauobjekt gesichert sind: *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 2 zu § 9.

20 Zur allgemeinen Aufklärungspflicht über die gravierenden Schwächen des grundbücherlichen Sicherungsmodells und zur Verpflichtung,

uU „Begleitmaßnahmen“ zu ergreifen, ausführlich *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 2ff zu § 9.

21 ZB Rohbau: mit oder ohne Blindstöcke.

22 So folgt deutlich aus dem Gesetzestext, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der ersten Baustappe (Rohbau und Dach), zwar explizit den Rohbau, nicht aber auch ein Rohdach gestattet (*Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 30 zu § 10).

23 Zur Auslegung dieser einigermaßen rätselhaften Formulierung *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 34f zu § 10.

24 Vgl auch *Böhm*, wobl 1999, 75.

25 Zu den Rechtsfolgen der Unterlassung der Angabe des Termins *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 17 zu § 4.

26 *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 16 zu § 4.

27 Diese Vertragsstrafe sollte aus Gründen der Rechtsklarheit explizit auch für den Fall vereinbart werden, dass die Fristüberschreitung auf Gründen beruht, die von einem Subunternehmer des Bauträgers zu vertreten sind.

28 EB 15.

29 Immerhin müssen oft noch bestehende Mietverträge aufgekündigt werden, um unnötige finanzielle Doppelbelastungen zu vermeiden.

D. LASTEN (§ 4 Abs 1 Z 4)

In den Vertragstext sollten all jene Lasten aufgenommen werden, die bereits grundbücherlich einverleibt sind oder im Zuge der Errichtung des Bauwerks einzuverleiben sein werden.³⁰ Da § 4 Abs 1 Z 2 und 4 BTVG die vollständige Offenlegung des vom Erwerber zu zahlenden Entgelts – und damit auch der vom Erwerber zu übernehmenden Lasten – bezweckt, ist kein Platz für eine Vermutung der Lastenübernahme durch den Käufer.³¹

Hinsichtlich der von den Erwerbern anteilig übernommenen Pfandrechte ist jedenfalls eine vertragliche Festlegung jenes Zeitpunkts sinnvoll, ab welchem die Erwerber die Zinsen zu tragen haben. So könnte etwa eine Regelung aufgenommen werden, wonach die Erwerber ab Pfandaufteilung die Zinsen tragen, bis dahin aber der Bauträger.

E. SICHERUNG (§ 4 Abs 1 Z 5)

1. ALLGEMEINES; DOPPELTE SICHERUNGSPFLICHT

Vorweg ist zu betonen, dass das österreichische Recht zwei „Sicherungsstränge“ kennt: Die Sicherungspflicht nach BTVG wird durch jene nach dem WEG ergänzt. Das neue WEG hat diesbezüglich das „Annahmeverbot“ vor Anmerkung der (Zusage der) Einräumung von

WE (nunmehr § 40 Abs 2 WEG 2002) präzisiert: In § 37 Abs 1 ist endlich hinreichend deutlich normiert, dass die mit dem WE-Bewerber vereinbarten Zahlungen vor Eintragung der Anmerkung weder fällig werden, noch gefordert oder angenommen werden dürfen, und demgemäß auch – nach dem Muster des § 14 Abs 1 BTVG hoch verzinst (6 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz) – zurückgefordert werden können³². Zudem wurde die diesbezüglich im WEG 1975 enthaltene – mehr als fragwürdige – Ausnahme für geförderte Bauvorhaben beseitigt. Die Verpflichtung zur Erwirkung der Anmerkung besteht also stets dann, wenn der Erwerber vorleistungspflichtig sein – dh Zahlungen vor WE-Begründung an den Bauträger³³ erbringen – soll, und zwar unabhängig von dem nach BTVG gewählten Sicherungsmodell³⁴ bzw auch außerhalb des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes.³⁵ Nach wie vor genügt es in diesen Fällen daher nicht, wenn im Vertrag – wie dies häufig zu beobachten ist – festgehalten wird, dass der Erwerber „die Anmerkung verlangen kann“!

Der Vertragsverfasser wird auch über Sinn und Zweck bzw die nicht unbedeutenden Schwächen der Anmerkung³⁶ (die durch das WEG 2002 keineswegs ausgemerzt wurden) sowie darüber zu informieren haben, dass die Anmerkung nunmehr übertragbar ist.³⁷

Die Art der Sicherung des Erwerbers nach BTVG ist zwingend im Bauträgervertrag festzuhalten; zudem muss bei einigen Sicherungsmodellen der Wortlaut der Sicherung – neben allen wesentlichen Vertragsinhalten iSd § 4 Abs 1 – in den „Vorausinformationen“ nach § 5 Abs 1 mitgeteilt werden. Sinnvollerweise wird man in diesen Fällen im Vertrag festhalten, dass dies (fristgerecht!) geschehen ist. Häufig sind in der Praxis aber jene Fälle, in denen es der Bauträger verabsäumt hat, die entsprechenden Vorausinformationen zu gewähren; dann wird der Vertragserrichter den Sicherungswortlaut in den Vertrag aufnehmen, dort auch über das – ohnehin sehr kurz bemessene – Rücktrittsrecht nach § 5 Abs 2 belehren und dem Erwerber eine Zweitschrift des Vertrages aushändigen (s im einzelnen § 5 Abs 2 S 2).

Dem Bauträgervertrag ist eines der sieben – sehr unterschiedlich effizienten – Sicherungsmodelle, die das Gesetz vorsieht, zugrunde zu legen.

2. DIE WICHTIGSTEN SICHERUNGSMODELLE

a) SCHULDRECHTLICHE SICHERSTELLUNG GEMÄSS § 8

In Frage kommen nach dem Gesetzestext Garantie, Bürgschaft oder Versicherung, praktisch ist aber nur die Bankgarantie.³⁸

30 Die Z 4 des § 4 bezieht sich auf sämtliche Geld- und sonstige Lasten (daher auch Gebrauchsrechte), die den Erwerber nach dem Inhalt des Bauträgervertrags zukünftig treffen sollen, und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Last schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht oder erst in einem späteren Stadium begründet werden soll (Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 22 zu § 4).
 31 Engin-Deniz, BTVG², Rz 4 zu § 4; vgl OGH NZ 1989, 146. Zur Problematik von „Servitutsklauseln“ s Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 25 zu § 4.
 32 Zahlungen vor Anmerkung waren schon bisher nach hL mangels Fälligkeit rückforderbar (str; ausführlich Böhm/Pletzer in

Schwimann², Rz 22 vor § 1; H. Böhm/G. Graf, Das Verbot der Übernahme von Zahlungen vor Eintragung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum [§ 23 Abs 1a WEG], immolex 1999, 80).
 33 Zahlungen an den Treuhänder vor WE-Anmerkung sind zulässig (OGH wobl 1998, 380/241 [zust Call] = immolex 1999, 53/47 [Kletečka] – ausführlich zu dieser E Böhm/Graf aaO).
 34 Also auch im praktisch häufigen Fall der Sicherung durch Bankgarantie!
 35 Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 25 vor § 1, Rz 9 zu § 7 und Rz 18 ff zu § 9.
 36 Zu all dem ausführlich H. Böhm, Die Rang-sicherung im GBG, WEG und BTVG II – Die Anmerkung der Einräumung von Wohnungs-

eigentum (§ 24a Abs 2 WEG), immolex 1999, 146.
 37 Vgl H. Böhm, Das neue Wohnungseigentumsgesetz, bbl 2002, 140.
 38 Gegen die Bürgschaft spricht aus der Sicht des Erwerbers deren Akzessorietät (Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 30 ff zu § 8). Die Versicherung ist in der Praxis sehr selten. Sie stellt nur dann eine ausreichende Sicherung dar, wenn sie Deckung für alle denkbaren Rückforderungsansprüche einschließlich Arglistanfichtung bietet (Engin-Deniz, BTVG², Rz 4 zu § 8). Zugunsten des Erwerbers sollte mit dem Versicherer vereinbart werden, dass ein Rücktritt gemäß § 16 Abs 2 VVG nur für die Zukunft wirkt, damit in diesem Fall die Si-

Die Urkunde muss auf den Erwerber (nicht auf einen allfälligen Treuhänder!) lauten³⁹ und sollte schon im Interesse des Treuhänders nicht von diesem verwahrt werden.⁴⁰ Nicht übersehen werden darf, dass die Sicherstellung von Rückforderungsansprüchen des Erwerbers auch die rückständigen Zinsen für drei Jahre in der in § 14 Abs 1 genannten Höhe umfassen muss.

Wird, was in der Praxis häufig ist, im Rahmen einer Bankgarantie vereinbart, dass die Zahlungspflicht der Bank von der Vorlage eines rechtskräftigen Leistungsurteils gegen den Bauträger abhängt,⁴¹ ist der Erwerber zumindest darüber aufzuklären, dass er hier das Risiko des Prozesses gegen den Bauträger auf sich nehmen muss, um seine Rückforderungsansprüche durchsetzen zu können. Fraglich ist allerdings, ob eine Bankgarantie mit „Urteilklausel“ überhaupt den gesetzlichen Anforderungen genügt.⁴²

Der Vertragsrichter hat darauf zu achten, dass in der Bankgarantie nicht generell der Rücktritt vom gesamten Vertrag

verlangt wird, wodurch dem Erwerber die wichtige Möglichkeit des Teilrücktritts genommen würde.⁴³ Umgekehrt sollte im Vertrag auch keine „zwingende Teilrücktrittsklausel“⁴⁴ enthalten sein, um die Möglichkeit, vom ganzen Vertrag zurücktreten zu können, nicht generell auszuschließen.⁴⁵ Sinnvoll und unbedenklich ist stets die Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts für den Insolvenzfall.⁴⁶

b) GRUNDBÜCHERLICHE SICHERSTELLUNG GEMÄSS §§ 9, 10

Der Erwerber ist darüber aufzuklären, dass bei diesem Modell einerseits sein Rückforderungsanspruch überhaupt nicht und andererseits der Erfüllungsanspruch nur unvollkommen gesichert ist⁴⁷, insbesondere nicht die Fertigstellung des Bauprojekts zum vereinbarten Preis „garantiert“ erscheint, keine Vorsorge für die Organisation der Fertigstellung getroffen ist⁴⁸ und die Rückgewinnung des eingesetzten Kapitals im Notfall – wenn überhaupt – nur mit Verlusten möglich sein wird.⁴⁹

Zur Gestaltung des Ratenplans siehe oben B.

Essentiell ist, dass Zahlungen des Erwerbers erst dann an den Bauträger fließen dürfen, wenn die Baubewilligung sowie allfällige sonstige behördliche Bewilligungen rechtskräftig erteilt wurden, der Bauträgervertrag einverleibungsfähig vorliegt (daher bereits beglaubigt unterfertigt ist und die Aufsandungserklärung enthält)⁵⁰, eine hinreichende konkursfeste Sicherung des Rechtserwerbs (tunlichst durch WE-Anmerkung, Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung und Vormerkung⁵¹) eingetragen wurde, und der ordnungsgemäß bestellte Treuhänder für die Lastenfreistellung gesorgt bzw eine – dem Gesetz entsprechende (!) – Freistellungsverpflichtungserklärung eingeholt hat.⁵²

Hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung und Abwicklung hat der Vertragsrichter weiters zwischen „Einverleibungsmodell“ (zügige Einverleibung des zunächst schlichten Miteigentums) und „Sicherstellungsmodell“ (möglichst langes „Fernhalten“ des Erwerbers vom

cherstellung erhalten bleibt (*Gartner*, Musterverträge 50).

- 39 *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 28 zu § 8; aA *Schmidinger/Aumann*, Sicherungsmodelle und Bankdienstleistungen, in: *FGW – Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen* (Hg), *Das Bauträgervertragsgesetz in der Praxis* (Schriftenreihe Nr 124) (1997) 69, 91. Da in der Lit beides vertreten wird und Jud fehlt, ist die These von der Zulässigkeit der Treuhändergarantie wohl vertretbar; der Erwerber wird aber jedenfalls über ihre besonderen Nachteile und Gefahren (*Böhm/Pletzer* aaO) aufzuklären sein.
- 40 Zu den diesbezüglichen Problemen *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 27 zu § 8.
- 41 Bauträger glauben häufig zu Unrecht, sich nur so gegen einen Missbrauch der Garantie durch den Erwerber schützen zu können; zu einer angemesseneren Formulierung, die das Missbrauchsrisiko dennoch hinreichend minimiert *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 26 zu § 8.
- 42 Differenzierend *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 20 zu § 8 gegen die hM.

- 43 Ist der Erwerber zusätzlich zur Bankgarantie mit WE-Anmerkung abgesichert (was § 37 Abs 1 WEG ja verlangt), kann er im Fall des Konkurses des Bauträgers wählen, ob er vom gesamten Vertrag zurücktritt und die Garantie in Anspruch nimmt, oder ob er mit Hilfe der Anmerkung aussondert und nur hinsichtlich der noch ausstehenden Bauleistungen zurücktritt (ausführlich *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 102 zu § 7 mwN).
- 44 Etwa wie in ÖNORM B 2110, Punkte 2.37.6.1 und 2.
- 45 Vgl *H. Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109, 114, Fn 41.
- 46 Im einzelnen *Böhm*, wobl 1999, 78f.
- 47 *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 6 zu § 7 und Rz 2ff zu § 9.
- 48 Vgl *Böhm*, wobl 1999, 72; *denselben*, Die Freistellungsverpflichtung nach § 9 Abs 3 BTVG, *immolex* 1998, 270, 271, insb FN 7 und 8. S auch *BM für Gesundheit und Konsumentenschutz*, „Bauträgervertrag“, Konsumenten-Merkblatt 50.

- 49 Findet sich – was ohnehin schwierig genug ist – ein Käufer für das uU halbfertige Objekt, ist mit Verwertungsverlusten von 20-30% zu rechnen: so *Schmidinger/Aumann* aaO (Fn 39) 85 ff.
- 50 Siehe auch *Böhm*, wobl 1999, 73.
- 51 Ausführlich *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*², Rz 16ff (insb 28f) zu § 9.
- 52 Hier sind in der Praxis die gravierendsten Verstöße gegen das BTVG zu beobachten, die den Treuhänder zweifellos haftbar machen. Entgegen dem Gesetzeswortlaut genügt es nämlich nicht, dass sich die Pfandgläubiger nur hinsichtlich jener Beträge zur Freistellung verpflichten, die sie bereits erhalten haben. Das grundbücherliche Modell kann vielmehr nur funktionieren, wenn sich die Pfandgläubiger für den Fall des Eigentumserwerbs des Erwerbers, den der Treuhänder bei „Gefahr im Verzug“ schleunigst herbeiführen wird, verpflichten, die Liegenschaft grundsätzlich hinsichtlich aller Lasten freizustellen (*Böhm*, *immolex* 1998, 273 ff mit ausführlicher Begründung, Beispielen und Muster).

Grundbuch) sinnvoll bzw nach den Wünschen der Beteiligten zu wählen.⁵³

c) PFANDRECHTLICHE SICHERSTELLUNG GEMÄSS § 11

Generell ist dieses Modell, welches ebenso wie das grundbücherliche zwingend ein Treuhändermodell ist, aus praktischer Sicht nicht zu empfehlen, da zu viele Fragen, insb im Bereich der Pfandverwertung, ungeklärt sind; vor allem vom Treuhänderpfandrecht ist abzuraten.⁵⁴

Das Gesetz sagt nichts darüber aus, auf welcher Liegenschaft das Pfandrecht einverleibt werden soll. Die pfandrechtliche Sicherstellung auf der Projektliegenschaft kann nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, da auf ihr regelmäßig bereits ein vorrangiges Pfandrecht der das Bauvorhaben finanzierenden Bank einverleibt sein wird, welches die Liegenschaft entsprechend entwertet; im WE-Bereich ist grundsätzlich zwingend auf einer anderen Liegenschaft (die selbstverständlich auch einem Dritten gehören kann) sicherzustellen.⁵⁵

Auch hier darf nicht übersehen werden, dass die Sicherstellung von Rückforderungsansprüchen des Erwerbers auch die rückständigen Zinsen für drei Jahre in der in § 14 Abs 1 genannten Höhe umfassen muss.

d) TREUHAND-BAUKONTO (§ 7 ABS 6 Z 4)

Auch dieses Sicherungsmodell, bei welchem die Bank zum einen verpflichtet ist, das erliegende Geld erst nach Erlöschen der Sicherungspflicht dem Bauträger auszufolgen, zum anderen dem Erwerber die Rückzahlung im Falle des Rücktritts garantiert, leidet in der Praxis darunter, dass wesentliche – vor allem auch konstruktive – Fragen ungeklärt sind⁵⁶. Ein wesentlicher Nachteil für die Bank besteht darin, dass sie die Fertigstellung des Objekts, die die Freiheit von gravierenden Mängeln voraussetzt, ebenso wie die Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung des Erwerbers auf eigenes Risiko beurteilen muss. Für den Erwerber liegt der wesentliche Nachteil im Risiko, bei Insolvenz der Bank uU nochmals zahlen zu müssen⁵⁷. Der Vertragserrichter wird daher auf die Auswahl des Kreditinstituts ebensolches Augenmerk legen, wie auf die Beurteilung des Inhalts der zwischen Bauträger und Bank getroffenen Kontovereinbarung. Diese entfaltet Schutzwirkungen zugunsten des Erwerbers und muss insb eine Garantiezusage zu seinen Gunsten (is eines echten Vertrages zugunsten Dritter) enthalten; sicherheitshalber sollte ein Kompen-sationsverbot bis zum Ende der Sicherungspflicht ausdrücklich vereinbart werden.⁵⁸

Auch bezüglich der Verzinsung/Nichtverzinsung des Baukontos wird eine ausdrückliche Vereinbarung empfohlen.⁵⁹

F. TREUHÄNDER (§ 4 ABS 1 Z 6)

1. ALLGEMEINES

Beim grundbücherlichen und pfandrechtlichen Sicherungsmodell *ist* ein Treuhänder zwingend zu bestellen, bei den anderen Modellen *kann* er bestellt werden. Als zwingender Treuhänder kommt nur ein Notar oder Rechtsanwalt (bzw eine Rechtsanwalts-Partnerschaft) in Frage. Das BTVG erlegt dem Treuhänder in § 12 Abs 3 lediglich Überwachungs- und Belehrungspflichten auf.⁶⁰ Er soll nach dem Willen des Gesetzgebers den Erwerber aufklären so wie die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung, vor allem aber die Erfüllung der Sicherungspflicht, beaufsichtigen. Man spricht daher von einem „Überwachungstreuhänder“.⁶¹ Das BTVG verlangt gerade nicht, dass der Treuhänder die Abwicklung der Leistungen übernimmt oder den Vertrag für eine oder beide Parteien errichtet, wenngleich dies in der Praxis häufig der Fall ist. Zu empfehlen ist jedenfalls, dass der Treuhänder in einer Person auch als Vertragsverfasser einschreitet.⁶²

Werden dem Treuhänder auch der Kaufpreis anvertraut und die Urkunden zur Herstellung des gewünschten Grundbuchsstandes eingehändigt, so spricht man von einem „Abwicklungstreuhänder“. Sein Einsatz ist zwar nicht notwendig, aber gerade beim Kauf vom Bauträger generell zu empfehlen bzw aufgrund von Sicherheitserwägungen praktisch unverzichtbar.⁶³ Dabei ist die Aufnahme

53 Details, sowie Vor- und Nachteile der beiden Varianten bei *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 32ff zu § 9.

54 Vgl vor allem *Fellner*, NZ 1999, 6; *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 14 zu § 11; *Engin-Deniz*, BTVG², Rz 6ff zu § 11.

55 *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 6 zu § 11; vgl *Engin-Deniz*, BTVG², Rz 5 und 7 zu § 11.

56 Vgl im einzelnen *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 56ff zu § 7.

57 Vgl *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 64ff zu § 7.

58 *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 58, 69 und 71 zu § 7.

59 *Engin-Deniz*, BTVG², Rz 14 zu § 7.

60 *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 9 zu § 12.

61 Vgl *Böhm*, immolex 1998, 271; *dens*, wobl 1999, 69f; *Fellner*, RdW 1999, 393.

62 Zu den weiteren Aufgaben und Pflichten des Treuhänders nach dem BTVG, zum Verun-

treuungsrisiko und zu seiner Haftung s *Böhm/Pletzer* in Schwimann², Rz 13ff zu § 12.

63 Vgl *Bollenberger*, Treuhändiger Liegenschaftsverkehr und Konkurs einer Partei, ÖBA 1994, 825, 832ff; *Urbanek*, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschafts Kaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999) 105ff, 165ff. Zu den Treuhändereinrichtungen der österreichischen Rechtsanwaltskammern siehe *Hochegger*, immolex 2002, 23ff.

eines Widerrufsverzichts in die Treuhandvereinbarung unerlässlich.⁶⁴

2. TREUHÄNDER UND WE-RANGORDNUNG (§ 42 WEG 2002)

Bei der durch das BTVG in § 24c WEG 1975 (nunmehr § 42 WEG 2002) eingeführten (unbefristeten) **Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von WE**⁶⁵ ist nach wie vor vieles im Dunkeln; der Gesetzgeber des neuen WEG hat es leider verabsäumt, klärend einzugreifen. Aufgrund der „Haftungsgeneigtheit“ der Anmerkung für den Treuhänder und der äußerst begrenzten Sinnhaftigkeit für den Erwerber wird empfohlen, die Anmerkung zu unterlassen bzw zu vereinbaren, dass der Treuhänder nicht zu ihrer Beantragung verpflichtet sein soll.⁶⁶

III. WEITERE PUNKTUELLE PRAXISTIPPS

1. Wurde die Gewährung einer **Wohnbauförderung** dem Vertrag zugrundegelegt, steht dem Erwerber gemäß § 5 ein Rücktrittsrecht zu, sollte die Förderung aus nicht in seiner Sphäre gelegenen Gründen ganz oder in erheblichem Ausmaß ausbleiben. Dieses Rücktrittsrecht kann in den Fällen, in denen die Wohnbauförderung tatsächlich Vertragsgrundlage geworden ist, – entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der EB⁶⁷ (!) – durch vertraglichen Ausschluss nicht entzogen

werden.⁶⁸ Hinsichtlich des „erheblichen Ausmaßes“ sollte der Vertragserrichter, um späteren Unklarheiten vorzubeugen, auf eine ziffernmäßig Bestimmung des Förderungsausfalls hinwirken, die freilich im gesetzlichen Rahmen bleiben muss. Leider ist dieser in der Lit umstritten, so dass bis zur Abklärung durch eine gesicherte Jud die erwerberfreundlichste Auslegung (10%) übernommen werden sollte.⁶⁹ Eine Bestimmung, wonach der Erwerber im Fall eines Rücktritts gemäß § 5 die Kosten der Vertragserrichtung zu tragen hat, wird im Fall einer gerichtlichen Überprüfung des Vertrages keinen Bestand haben, und sollte daher unterbleiben.⁷⁰

2. Die vertragliche Einräumung eines **Rücktrittsrecht des Erwerbers** für den Fall des Konkurses wurde bereits oben zum schuldrechtlichen Sicherungsmodell empfohlen; diese Empfehlung gilt für alle Sicherungsmodelle. Zu beachten sind stets die verschiedenen, vom BTVG unabhängigen, sonstigen gesetzlichen Rücktrittsrechte des Erwerbers.⁷¹

3. Das BTVG stellt nach seinem eigenen Verständnis⁷² kein Sondergewährleistungsrecht dar. Die Ausgestaltung der **Gewährleistungsrechte** des Erwerbers obliegt daher dem Vertragsverfasser. Eine Vereinbarung, wonach der Bauträger eine bis zum Ende der Gewährleistungsfrist befristete Bankgarantie über 5% des Gesamtkaufpreises als Sicherheit für all-

fällige Gewährleistungsforderungen beibringt, hat sich in der Praxis bewährt.

4. Zum **Hausverwalter** sollte nicht der Bauträger bestellt werden, da es auch Aufgabe des Verwalters sein kann, (insb Gewährleistungs-)Ansprüche gegen den Bauträger durchzusetzen. Die Verwaltung sollte während des WE-Vorstadiums „provisorischer“ Natur sein und bei Verbücherung neu beschlossen werden.⁷³ Zur Befristung des Verwaltungsvertrages nunmehr § 21 WEG 2002.

Über die Autoren:

Ass.-Prof. Dr. Helmut BÖHM lehrt an der Universität Salzburg Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Miet- und Wohnrecht, Bauträgerrecht.

Kontaktadresse:
 Institut für Österreichisches und
 Europäisches Privatrecht,
 5020 Salzburg, Churfürststraße 1;
 E-Mail: helmut.boehm@recht.at

Dr. Wiltrud PRIGLINGER ist Notariatskandidatin in Kirchdorf a.d. Krems mit Praxisschwerpunkt Bauträgerverträge.

Kontaktadresse:
 Notariat Kirchdorf,
 4560 Kirchdorf a.d. Krems,
 Samhaberweg 4;
 E-Mail: w_priglinger@hotmail.com

64 Spruzina, NZ 1995, 217.

65 Zu ihr ausführlich H. Böhm, Die Rangsisicherung im GBG, WEG und BTVG III – Rangsisicherung nach BTVG; Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum (§ 24c WEG), immolex 1999, 172, 176ff; Ofner in Schwimann, ABGB², Rz 1 ff zu § 24c WEG.

66 Böhm, immolex 1999, 178f; ausdrücklich für Unverzichtbarkeit der Anmerkung aber (uE zu Unrecht) Gartner, Musterverträge 35.

67 EB 16.

68 Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 26 zu § 5.

69 Kiendl, Das Bauträgervertragsgesetz, in Jesser/Kiendl/Schwarzenegger (Hg), Das neue Konsumentenschutzrecht (1997) 223, 239; Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 24 zu § 5 mit ausführlicher Begründung; aA Langer, Bauträgervertragsgesetz – Kurzkomentar (1997), Anm 27 zu § 5, der die Grenze bei der Hälfte der möglichen Förderung ansetzt, und Engin-Denniz, BTVG², Rz 5 zu § 5, der meint, dass die Erheblichkeit des zusätzlichen Finanzierungsbedarfes im Verhältnis zu der vom Erwerber

aufzunehmenden Fremdfinanzierung zu beurteilen sein wird.

70 Vgl JAB (450 BeilNR 20. GP) 2, wo ausdrücklich auf § 3a KSchG Bezug genommen wird.

71 Übersicht bei Böhm/Pletzer in Schwimann², Rz 31 ff zu § 5.

72 EB 12.

73 Barta, Zur Geschichte und Entwicklung des WE in Österreich, in: Havel/Fink/Barta (Hg), WE – Anspruch und Wirklichkeit (Verbraucherrecht – Verbraucherpolitik Bd 21 [1999]) 183, 355.