

Mag. *Matthias Knoll* und *Marco Scharmer* B.A., Innsbruck

IWD – Aktuelle Fragen des Bauträgervertragsrechts – Die größten Haftungsfallen für Vertragserrichter/Treuhänder

Am 30.05.2016 fand im Rahmen der Vortragsreihe „Innsbrucker Wohnrechtlicher Dialog“ (IWD), welche von Univ.-Prof. Dr. *Martin Häublein* und Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch* als Plattform für einen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle wohnrechtliche Rechtsfragen und Entwicklungen ins Leben gerufen wurde, an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck ein Vortrag von ao. Univ.-Prof. Dr. *Helmut Böhm* zum Thema „Aktuelle Fragen des Bauträgervertragsrechts – Die größten Haftungsfallen für Vertragserrichter/Treuhänder“ statt.¹

Der Vortragende

Ao. Univ.-Prof. Dr. *Helmut Böhm* ist Professor am Fachbereich Privatrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg. Darüber hinaus ist er unter anderem als Lehrbeauftragter an mehreren Universitäten im In- und Ausland tätig gewesen und ist Mitglied wohnrechtlicher Reform-Arbeitskreise des Bundesministeriums für Justiz; insbesondere des Expertenforums zum BTVG. Der Vortragende ist zudem Verfasser zahlreicher Publikationen, insbesondere zu Fragen des Bauträgervertragsrechts, des sonstigen Wohnrechts und des allgemeinen Zivilrechts, sowie Mitherausgeber eines in Kürze erscheinenden Wohnrechts-Großkommentars und dort Kommentator unter anderem des gesamten BTVG. Zudem ist er Mitautor des bekannten „Praxishandbuchs zum BTVG“ sowie leitender Redakteur der Zeitschrift „immolex“.

Das Thema

Schon seit Inkrafttreten des BTVG im Jahre 1997 begegnen in der Praxis immer wieder gravierende Fehler von Vertragserrichtern und Treuhändern bei der Errichtung bzw. Abwicklung von Bauträgerverträgen. Als wichtigstes Beispiel sei die unzureichende Freistellungsverpflichtungserklärung der Hypothekargläubigerbank herausgegriffen. Die BTVG-Novelle 2008, welche sich die Verbesserung des Erwerberschutzes zum Ziel gesetzt hatte – und im Übrigen unter maßgeblicher Mitwirkung des Referenten zustande gekommen war –, hat die Sorgfaltsanforderungen an Vertragserrichter bzw. Treuhänder noch deutlich verschärft. Daneben zeitigen auch die miethrechtlichen „Klauselentscheidungen“

des OGH markante Auswirkungen auf Bauträgerverträge: zahlreiche gängige Passagen in Bauträgerverträgen sind intransparent bzw. verstoßen gegen zwingendes Recht. Der Vortrag widmete sich den wichtigsten „Haftungsfallen“ und lieferte Anleitungen zu ihrer Vermeidung.

Der Vortrag

Am Beginn des Vortrages erläuterte der Referent kurz die wichtigsten Beteiligten bei der Abwicklung von Bauträgerverträgen sowie deren rechtlichen Beziehungen zueinander. Nach diesem kurzen Einstieg ging der Vortragende sodann auf die größten Haftungsfallen für Vertragserrichter bzw. Treuhänder ein.

Falle 1: Anwartschaftsvertrag beim grundbücherlichen Sicherungsmodell

Hat der Bauträgervertrag den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums oder des Baurechts zum Gegenstand, kann der Erwerber gemäß § 9 Abs 1 BTVG „auch durch eine ausreichende bücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan (§ 10) gesichert werden“.

Das grundbücherliche Sicherungsmodell nach §§ 9, 10 BTVG besteht nach *Böhm* aus sechs Elementen:

- dem Treuhänder
- dem Vorliegen aller Bewilligungen
- der einverleibungsfähigen Titellurkunde
- der konkursfesten Sicherung
- dem Ratenplan
 - A (inklusive einer Garantie oder Versicherung bei dringendem Wohnbedürfnis)
 - oder B
- der Lastenfreistellung
 - hergestellt (in der Praxis fast nie der Fall)
 - oder Lastenfreistellungsverpflichtungsvereinbarung

In Zusammenhang mit diesem Sicherungsmodell führte der Vortragende aus, dass ein Kaufvertrag auf schlichtes Miteigentum – nach Parifizierung oder nach (realistisch!) geschätzten Anteilen – zur Sicherung des Käufers ausreichend ist.

Nicht ausreichend – und hier liegt die Falle bei diesem Sicherungsmodell – ist ein Anwartschaftsvertrag in Verbindung mit einer Anmerkung der Rangordnung. Dabei verwies *Böhm* insbesondere auf die beiden Entscheidungen des OGH 5 Ob 151/06a

¹ Zur Website des IWD <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/wohnrecht/iwd/>.

und 1 Ob 190/12s sowie auf seinen Beitrag² aus dem Jahr 1999.

Falle 2: Baufortschrittsprüfer

Zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnittes kann der Treuhänder einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft beiziehen. Diese haften dem Erwerber unmittelbar; sie gelten nicht als Erfüllungsgehilfen des Treuhänders.

Nach § 13 Abs 4 BTVG haben Ziviltechniker und Sachverständige zur Deckung der gegen sie aus der Tätigkeit als Baufortschrittsprüfer entstehenden Schadenersatzansprüche eine Haftpflichtversicherung über eine Mindestversicherungssumme von EUR 400.000,-- für jeden Versicherungsfall bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen.

Der Vortragende führte aus, dass der Vertragserichter bzw Treuhänder Einsicht in die Versicherungspolizze nehmen und eine Vereinbarung mit der Versicherung über die Meldung eines Prämienverzuges seitens des Baufortschrittsprüfers schließen sollte.

Weiters muss der Baufortschrittsprüfer – im Anwendungsbereich des KSchG – gemäß § 6 Abs 1 Z 10 KSchG außerhalb des Einflussbereichs des Bauträgers sein.

Es wurde auch darauf hingewiesen, dass es sich bei einem Baufortschrittsprüfer – wie aus dem Gesetzeswortlaut klar zu erkennen ist – um einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen handeln muss. Hier sollte insbesondere darauf geachtet werden, dass die Zertifizierung des betreffenden Sachverständigen keinen Einschränkungen unterliegt.

Auch die Beauftragung des Baufortschrittsprüfers sollte konkret und eindeutig formuliert werden. Insbesondere ist zu beachten, dass der Treuhänder die Kaufpreiszahlungen jeweils nur bei Fehlen „*gravierender Mängel*“ an die Verkäuferin bzw deren Finanzierungsbank weiterleiten darf, wobei der Baufortschrittsprüfer bestätigen müsse, dass ein solcher Zustand vorliegt. Bei dem Begriff „*gravierende Mängel*“ geht es laut *Böhm* um eine Wertrelation, dessen Höhe allerdings strittig ist. So sieht beispielsweise *Böhm* dieses Kriterium bei Mängeln ab einer Höhe von 5 % der auf die jeweilige Baustufe entfallenen Kaufpreissumme als gegeben an, während *Gartner* die Grenze bei 10–20 % sieht.

Der Referent stellte den Anwesenden in diesem Zusammenhang eine Musterformulierung für die Beauftragung eines Baufortschrittsprüfers zur Verfügung.

² *Böhm*, Die Rangssicherung im GBG, WEG und BTVG (Teil II) Die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 24a Abs 2 WEG), *immolex* 1999, 146 (150).

Falle 3: Kaufpreisrestforderung

Dabei handelt es sich um das Bedürfnis des Bauträgers, beim Ratenplanmodell die Einbringlichkeit der ausstehenden (noch nicht fälligen) Kaufpreistraten zu sichern.

Dies sollte am besten durch eine Bankgarantie erfolgen; nicht jedoch durch eine „Finanzierungszusage“. Diese Garantie darf jedoch nie beim Bauträger erliegen; andernfalls hätte der Bauträger die Möglichkeit, „vorzeitig“ an den Kaufpreis zu gelangen. Richtigerweise sollte die Garantieurkunde daher immer beim Treuhänder erliegen und mit dem Treuhänder vereinbart werden, dass dieser

- bei Zahlungsverzug des Käufers die Garantie zieht;
- bei Rücktritt des Käufers jedoch die Garantie nicht zieht und hinterlegt, sondern die Garantieurkunde an den Käufer zurückzustellen hat.

Falle 4: „Mittelbare Urteils Klausel“

Ausgangspunkt ist hierbei die Unzulässigkeit der Urteils Klausel³ sowie der Treuhänder-Garantie⁴ seit der BTVG-Novelle. Diese beiden Formen zwangen den Erwerber zur Prozessführung, weshalb der Sicherungszweck nicht ausreichend erfüllt wurde.

Bei der „mittelbaren Urteils Klausel“ ist der Erwerber aufgrund der Hinterlegung der auf dem Treuhand-Konto erliegenden Kaufpreiszahlungen ebenfalls zur Prozessführung gezwungen. Dies ist seitens des BTVG jedenfalls idF der Novelle unerwünscht. Daraus zog der Vortragende folgende Schlüsse:

- Das Garantiemodell ist unzureichend verwirklicht, wenn sich die Urkunde beim Treuhänder befindet und dieser das Recht hat, nach der Ziehung den Garantiebetrug zu hinterlegen, falls es zwischen Erwerber und Bauträger strittig ist, ob der Rücktritt gerechtfertigt war.⁵
- Das BTVG findet an sich keine Anwendung auf Fälle der Vorauszahlung an den Treuhänder mit Weiterleitung an den Bauträger erst nach Fertigstellung. Der Vortragende hält hier aber eine analoge Anwendung des Gesetzes für geboten, wenn nicht mit dem Treuhänder explizit vereinbart wurde, dass er bei Nachweis des Rücktritts und Abgabe der erforderlichen Erklärung(en) zur Löschung der zugunsten des Erwerbers allenfalls schon erfolgten Grundbucheintragen die bei ihm erliegenden Kaufpreistraten stets an den Erwerber zurückzuzahlen hat.
- Auch bei relevanten (dem gesetzlichen Ratenplan) „vorauszahlenden“ Zahlungen, die beim Treuhänder verbleiben, müsse entsprechendes vereinbart werden.

³ Dabei wurde die Zahlungspflicht des Garanten von der Vorlage eines rechtskräftigen Urteils abhängig gemacht.

⁴ Dabei handelte es sich um eine Garantie, die auf den Treuhänder ausgestellt war.

⁵ Anderes gilt bei einigen „Spezialgarantien“, die das BTVG regelt.

Falle 5: Garantieprobleme

Im nächsten Schritt ging der Vortragende auf die schuldrechtliche Sicherung nach § 8 BTVG ein. Dabei wurde festgehalten, dass eine Bürgschaft bei dieser Form der Sicherung seit der letzten Novelle nicht mehr zulässig ist. In Frage kommen hierbei eine Garantie, insbesondere eine Bankgarantie, sowie eine Versicherung; im Bereich des Wohnungseigentums ist zusätzlich stets eine Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG im Grundbuch notwendig.

Die so gesicherte Summe muss neben dem Kaufpreis auch die (Straf-)Zinsen für 3 Jahre in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz beinhalten. Bei dem derzeitigen (negativen) Basiszinssatz von minus 0,62 % hat die Garantiesumme daher auf 122,14 %⁶ des Kaufpreises zu lauten. Eine Einschränkung der Sicherung auf noch nicht erbrachte Bauleistungen ist ohne entsprechende sonstige Sicherung unwirksam.

Im Anschluss ging der Referent noch auf die Aspekte der Laufzeit, der Verlängerungsoption sowie der Fälligkeit bei dieser Sicherungsvariante näher ein.

Wegen der Inkludierung des Strafzinssatzes kann es vorkommen, dass der Erwerber unter Umständen zu viel ausbezahlt bekommt. Hier gab *Böhm* den Anwesenden als Tipp mit, dass für diesen Fall eine vertragliche Rückzahlungsverpflichtung vereinbart werden sollte.

Ein ähnliches Problem stellt sich auch bei HRL-Garantien; auch hier sollte daher eine vertragliche Rückzahlungsverpflichtung vereinbart werden.

In Bezug auf die Abstraktheit der Garantie wurde auf § 8 Abs 5 BTVG verwiesen. Danach sind (nur) zwei vertragliche Einschränkungen der Abstraktheit zulässig: Die Leistungspflicht der Garantin kann davon abhängig gemacht werden, dass

1. die Zahlungen des Erwerbers ausschließlich auf ein bestimmtes Konto (und keinesfalls ein anderes, dass der Bauträger allenfalls zwischenzeitlich bekanntgibt) erfolgen, und
2. entsprechende grundbuchsfähige Löschungserklärungen hinsichtlich der zugunsten oder zu Lasten des Erwerbers bereits erfolgten Eintragungen beigebracht werden.

Als nächstes ging der Vortragende noch auf eine weitere Falle bei dieser Form der Sicherung ein, die sich stellt, sofern der Käufer bereits einverleibt wurde. Die Leistungspflicht der Garantin wird typischerweise davon abhängig gemacht, dass entsprechende grundbuchsfähige Löschungserklärungen hinsichtlich der zugunsten oder zu Lasten des Erwerbers bereits erfolgten Eintragungen beigebracht werden. Hinsichtlich beschränkter dinglicher Rechte bedarf es hierzu einer Löschungsquittung; hinsichtlich des Eigentums bedarf es einer gemeinsamen „Feststellungserklärung“ mit Aufsandung des Käufers zugunsten der Verkäuferin. Dabei stellt sich das Problem, dass der Bauträger durch Verweigerung der Mitwirkung an der grundbücherlichen Rückabwicklung die Garantieaus-

zahlung blockieren kann. Um die Möglichkeit der Blockade zu verhindern, sollte dem Treuhänder daher eine entsprechende Bevollmächtigung eingeräumt werden. Ein Muster einer solchen Bevollmächtigung wurde den Anwesenden zur Verfügung gestellt.

Falle 6: Freistellungsverpflichtungserklärung

Hier passieren – so *Böhm* – in der Praxis die meisten Fehler. Bei der Lastenfreistellungsverpflichtungsvereinbarung verpflichtet sich der Pfandgläubiger unter bestimmten Voraussetzungen (hier: für den Fall des Eigentumserwerbs) in einverleibungsfähiger Form in die Löschung einzuwilligen. Diese Vereinbarung ist als (echter) Vertrag zugunsten Dritter zu werten. Auch eine „einseitige“ Lastenfreistellungsverpflichtungserklärung ist möglich; nach neuer Rechtsprechung hat dies in Form einer Löschungsquittung zu erfolgen. Hier ist dann insbesondere die Ausformulierung der Verwendungsbedingungen in der Treuhandvereinbarung zwischen Bank und Treuhänder zentral.

Entgegen dem Wortlaut vor der Novelle 2008 gilt diese Freistellungsverpflichtung nicht nur hinsichtlich bereits erhaltener Beträge, sondern des gesamten noch aushaftenden Pfandbetrags. Eine Ausnahme stellen jene Beträge dar, mit denen der Erwerber in Verzug ist (Zahlungsverzug oder „Sicherungsverzug“). In diesem Zusammenhang ging der Referent auch auf die Entscheidung des OGH 8 Ob 57/15p ein, welcher er sehr ablehnend gegenüberstand.

Anschließend stellte der Vortragende noch eine mögliche Formulierung einer Treuhandvereinbarung zur Lastenfreistellung mit Löschungsquittung vor.

Die anschließende Diskussion

Auf die Frage, ob der Bauabschnittsprüfer ein Sachverständiger „aus der Liste“ sein muss oder ob ein Sachverständiger iSd § 1299 ABGB als ausreichend angesehen wird, erörterte *Böhm*, dass ein Sachverständiger iSd § 1299 ABGB nicht ausreiche. Würde ein solcher als Bauabschnittsprüfer bestellt, kämen als Rechtsfolge die Privilegien der eingeschränkten Haftung des Treuhänders nicht zur Anwendung.

Als nächstes wurde auf die ÖNORM B2120 eingegangen; insbesondere ob diese zwingend anzuwenden ist oder vertraglich vereinbart werden muss.

Die Frage, ob man als Vertragsverfasser und Treuhänder verpflichtet ist, zu überprüfen, ob die Benützungsbewilligung vorliegt, bejahte der Referent.

Zuletzt diskutierten die Anwesenden über die Aufgaben des Treuhänders im Falle einer Insolvenz des Bauträgers.

Korrespondenz: Mag. *Matthias Knoll*, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, E-Mail: Matthias.Knoll@uibk.ac.at; *Marco Scharmer*, B.A., Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, E-Mail: Marco.Scharmer@uibk.ac.at

⁶ Rechnung: - 0,63 % + 8,00 % = 7,38 % * 3 = 22,14 %.