

Das Zurückbehaltungsrecht des Käufers in Kaufverträgen gemäß BTVG

Klaus Pfeiffer

Das Bauträgervertragsgesetz (BTVG) wurde als Schutzgesetz zugunsten der Erwerber von Rechten an neu zu errichtenden bzw grundlegend zu erneuernden Gebäuden bzw Teilen davon eingeführt. Dabei wurden drei alternative Sicherungsmodelle in die Rechtsordnung eingeführt, wobei bei der grundbücherlichen Sicherung ein Ratenplan – für Verbraucher zwingend – vorgesehen ist. Im Rahmen seiner Entscheidung vom 22. 10. 2014, 1 Ob 121/14x, hat der OGH festgehalten, dass der Zahlungsplan gemäß § 10 BTVG das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB nicht verdrängt, vielmehr das Zurückbehaltungsrecht den Zahlungsplan ergänzt. Mit dieser Entscheidung werden jedoch weitere Fragen aufgeworfen, insbesondere zur verwendeten Terminologie sowie zur praktischen Abwicklung von Projekten. Gerade für einen Treuhänder ist es von erheblicher Bedeutung, die genauen Auszahlungsvoraussetzungen zu kennen, die auch nicht einseitig verworfen werden sollen.

1. Einleitung

Bauträgerverträge unterliegen in Österreich zu meist den Bestimmungen des BTVG, welches drei alternative Sicherungsmodelle zur Absicherung des Erwerbers beinhaltet. In aller Regel wird im Rahmen des BTVG die grundbücherliche Sicherstellung gewählt, die mit einem Zahlungsplan zu koppeln ist. Auszahlungen dürfen sohin nur nach Erreichen eines bestimmten Bauabschnitts vorgenommen werden. Der Bauträger (Verkäufer) einerseits rechnet mit Erhalt dieser Zahlungen, die auch für seine Liquidität von enormer Bedeutung sind, da allenfalls eine Drittfinanzierung zu verlängern wäre. Der Erwerber andererseits nimmt diese Raten mit Vertragsabschluss zustimmend in Kauf.

Lange Zeit war jedoch unklar, 1.) inwiefern Baumängel das Erreichen eines bestimmten Bauabschnitts verhindern, da das BTVG hier eine Gesetzeslücke aufweist, sowie 2.) ob dem Erwerber unabhängig von den Schutzmechanismen des BTVG ein Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis zukommt, sofern Mängel am Gewerk vorliegen (gerade das Ratenplanmodell wurde im Sinne des Zug-um-Zug-Prinzips entwickelt).

2. Ratenplan gemäß § 10 BTVG

2.1. Allgemeines

Gemäß § 7 Abs 1 BTVG hat der Bauträger den Erwerber gegen den Verlust der von diesem aufgrund des Bauträgervertrags geleisteten Zahlungen mit Ausnahme 1.) seiner Zahlungen für Abgaben und Steuern sowie 2.) der Kosten der Vertragserrichtung zu sichern, wobei die Sicherung gemäß § 7 Abs 2 BTVG durch schuldrechtliche, grundbücherliche oder pfandrechtliche Sicherung erfolgen kann. Mit dieser Formulierung ist jedenfalls der Kaufpreis der Immobilie zuzüglich allfälliger Zusatzleistungen zu sichern, nicht jedoch die vom Käufer bezahlte Grunderwerbsteuer und Eintragungsgebühr (eine allfällige Immobilienertragsteuer wäre ebenfalls ausgenommen, da sie als persönliche Steuer vom Verkäufer entrichtet wird und darüber hinaus unter diese Bestimmung fallen

würde). Der genaue Umfang des zu sichernden Betrages ist jedoch strittig.¹

Das Ziel der grundbücherlichen Sicherstellung liegt darin, dass der Käufer entsprechend dem Baufortschritt sukzessive zahlt und sohin nicht in Vorleistung tritt (Leistung nach Teilausführung, nicht jedoch teilweiser Übergabe). Bei der schuldrechtlichen und pfandrechtlichen Sicherheit wird der Kaufpreis zwar vollständig im Vorhinein entrichtet, jedoch wird der Rückforderungsanspruch des Käufers zur Gänze durch eine schuldrechtliche bzw dingliche Sicherheit abgedeckt, womit wiederum das Risiko des Verlustes geleisteter Zahlungen minimiert wird.

Nach der Konzeption des BTVG sind alle drei Alternativen gleichwertig und stehen zur freien Disposition des Bauträgers.² Theoretisch könnte dieser bei ein und demselben Bauträgerprojekt unterschiedliche Sicherungsmodelle wählen, wobei er aus Praktikabilitätsgründen davon Abstand nehmen wird.³ Auch wäre gemäß § 7 Abs 3 BTVG ein nachträglicher Austausch möglich, jedoch wird hiervon wohl nur in Ausnahmesituationen Gebrauch gemacht werden.

Wählt der Bauträger das auf dem österreichischen Markt häufigste Modell der grundbücherlichen Sicherung, muss er den Erwerber zunächst dinglich sicherstellen (zB durch Einverleibung des Eigentums oder gemäß § 9 Abs 2 BTVG durch Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG).⁴ Anschließend kann die Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer gemäß den in § 10 BTVG näher geregelten Ratenplanmodellen A und B erfolgen, wobei die Raten an bestimmte Baufortschritte ge-



Mag. Klaus Pfeiffer,
Bakk., LL.M.

ist Rechtsanwalt in Wien mit Spezialisierung unter anderem in den Bereichen Real Estate sowie nationale und internationale Immobilientransaktionen.

1 Gartner, BTVG³ (2016) § 7 Rz 2 ff.

2 Gartner, BTVG³, § 7 Rz 1.

3 Siehe Fußnote 2.

4 Naturgemäß kommt die grundbücherliche Sicherstellung dann nicht in Betracht, wenn kein dingliches Recht übertragen werden soll; vgl dazu den sehr weiten Anwendungsbereich des BTVG, welches gemäß § 2 Abs 1 BTVG auch den Erwerb eines Bestandsrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten erfasst.

koppelt sind. Nach dem BTVG sind folgende Fälligkeitzeitpunkte für die Raten vorgesehen:

- **Rate 1:** Baubeginn aufgrund einer rechtskräftigen Baubewilligung;
- **Rate 2:** Fertigstellung des Rohbaus und des Daches;
- **Rate 3:** Fertigstellung der Rohinstallationen;
- **Rate 4:** Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung;
- **Rate 5:** Bezugsfertigstellung bzw vereinbarte vorzeitige Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes;
- **Rate 6:** Fertigstellung der Gesamtanlage;
- **Rate 7:** Haftrücklass, mit Ablauf der Gewährleistungsfrist auszuführen.

2.2. Ungeklärte Fragen

Trotz anscheinender Klarheit sind schon hier einige Fragen ungeklärt, welche im Folgenden erörtert werden sollen. Einzelne Antworten auf diese Fragen bietet die OGH-Entscheidung 1 Ob 121/14x (siehe unten Punkt 6.).

2.2.1. Exakter Umfang der Bauabschnitte

Das BTVG schweigt zur Frage, welche Leistungen von diesen Abschnitten genau erfasst sein müssen. Jedenfalls muss für jeden Abschnitt eine Baubewilligung für den eigentlichen Vertragsgegenstand sowie die Gesamtanlage vorliegen, da auch beides nach dem Bauträgervertrag geschuldet wird.

Bereits vor der Rate 1 muss mit dem Bau begonnen werden. Der Terminus „rechtskräftig“ ist nicht definiert,⁵ jedoch muss ein allfälliges Rechtsmittelverfahren abgewartet werden, da ein solches der formellen und materiellen Rechtskraft entgegensteht. Meines Erachtens steht jedoch ein außerordentliches Rechtsmittel an den VfGH bzw den VfGH einer Auszahlung nicht entgegen, da hier zwischenzeitig eine materielle Rechtskraft eintritt. Es liegt in der Risikoeinschätzung des Bauträgers, zu entscheiden, inwieweit er sich des Baubescheides sicher ist.

Die weiteren Raten sind ebenso nicht genau definiert. Als Interpretationshilfe kann die ÖNORM B 2120⁶ herangezogen werden,⁷ wobei dies aus Sicht der Privatautonomie fragwürdig ist, da die ÖNORMEN – als allgemeine Geschäftsbedingungen⁸ – entweder kraft Gesetzes oder durch Parteienvereinbarung in den Vertrag mitintegriert werden müssen. Nachdem das BTVG keinen solchen ausdrücklichen Verweis enthält, kommt nur Zweites in Betracht. Zwar kann dies auch durch eine konkludente Zustimmung geschehen, jedoch ist gemäß § 3 Abs 1 BTVG Schriftlichkeit geboten, die gegenüber Verbrauchern gemäß § 1 Abs 2 BTVG auch zwingend ist. Die in Punkt 3.14 der ÖNORM B 2120 enthaltene Konkretisierung der im BTVG vorgesehenen Raten kann daher nicht pauschal als Interpretationshilfe herangezogen werden.

5 Auch die Gesetzesmaterialien schweigen zu diesem Thema; vgl ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 22.

6 ÖNORM B 2120: Mindestanfordernisse für einen Bauträgervertrag (Ausgabe: 1. 5. 2012).

7 Prader in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 10 BTVG Rz 2.

8 Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 861 Rz 29.

Gemäß § 1 Abs 2 BTVG können die Bestimmungen des BTVG nicht zum Nachteil des Erwerbers abbedungen werden, sofern es sich um ein Verbrauchergeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 2 KSchG handelt. Aus der Gesetzesformulierung ist abzuleiten, dass das BTVG zwischen Unternehmern frei abbedungen werden kann, jedoch nur nach Maßgabe der allgemeinen Beschränkungen, insbesondere nach § 864a und § 879 ABGB.⁹ Weiters wird klargestellt, dass es sich beim BTVG um relativ zwingendes Recht handelt,¹⁰ das heißt, zum Vorteil des Erwerbers dürfen sehr wohl Änderungen vorgenommen werden.

Gerade bei den gesetzlich nicht genau definierten Baufortschritten stellt der zwingende Charakter des BTVG ein Problem dar. Möchte der Bauträger die Raten konkretisieren, läuft er Gefahr, dass diese Bestimmung rechtswidrig und damit nichtig ist.¹¹ Die Ungenauigkeit des BTVG – und die daraus resultierende sinnvolle vertragliche Interpretation der Bauabschnitte – steht auch in einem Spannungsverhältnis zu § 6 Abs 3 KSchG, der für Verbraucher zwingend eine Transparenz normiert.

2.2.2. Erreichen der Bauabschnitte trotz Mängeln

Auch zur Frage, ob und inwieweit Mängel vorliegen dürfen, um das Erreichen eines Bauabschnitts nicht zu verhindern, schweigt das BTVG.

Nach den Gesetzesmaterialien verhindert das Vorliegen „geringfügiger Mängel“ nicht die Beurteilung eines Bauabschnitts als abgeschlossen. Die Geringfügigkeitsschwelle gilt dann als überschritten, wenn „schon nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht von einem Erreichen des betreffenden Fertigstellungsgrads gesprochen werden kann; dies wäre etwa dann der Fall, wenn der zur Mängelbehebung erforderliche Aufwand im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint.“¹² Ist diese Schwelle erreicht, darf der betreffende Bauabschnitt nicht freigegeben werden.

2.2.3. BTVG und Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB

Zum Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers verweisen die Gesetzesmaterialien auf die „allgemeinen Bestimmungen“ sowie die „vertragliche Vereinbarung“.¹³ Dieser Hinweis ist derart auszulegen, dass die Parteien grundsätzlich Dispositionen über das Zurückbehaltungsrecht (Voraussetzungen, Höhe des Einbehalts, Prozedere) treffen dürfen, jedoch die allgemeinen gesetzlichen Schranken zu beachten sind, insbesondere die Bestimmungen in § 6 Abs 1 Z 6 KSchG sowie § 864a und § 879 ABGB. Wie genau jedoch das Zurückbehaltungsrecht zum Ratenplan steht, wird nicht verraten.

9 Markl in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 1 BTVG Rz 4.

10 ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 22.

11 Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Das BTVG ist als solches gesetzliches Verbot zu sehen; vgl Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 879 Rz 16 ff.

12 ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 22.

13 ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 22.

2.2.4. Zurückbehaltungsrecht bei Einzahlung bzw. Auszahlung

Nach den Gesetzesmaterialien bleibt jedoch die Frage offen, ob sich dieser vage Hinweis auf das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB nur auf die Einzahlung auf das Treuhandkonto bezieht oder auch auf die Auszahlung der jeweiligen Rate an den Verkäufer (erst zu diesem Zeitpunkt kommt ein Risiko für den Erwerber auf). Weitet man § 1052 ABGB auf diese Fälle aus, steht dies in einem gravierenden Spannungsverhältnis zur Treuhand, die regelmäßig einseitig unwiderruflich geschlossen wird und Zurückbehaltungsrechte nicht berücksichtigt (ansonsten wäre der Treuhänder verpflichtet, allfällige Widersprüche des Käufers zur Auszahlung inhaltlich zu prüfen).

3. Treuhänder gemäß § 12 BTVG

Gemäß § 12 Abs 1 BTVG ist der Bauträger verpflichtet, spätestens bei der Unterfertigung des Bauträgervertrages einen Treuhänder zu bestellen, dessen Tätigkeit erst mit dem Ende der Sicherungspflicht des Bauträgers gegenüber dem jeweiligen Erwerber endet. Theoretisch könnten mehrere Treuhänder für dasselbe Projekt bestellt werden.

Die Bestellung des Treuhänders ist zwingend, sofern die grundbücherliche (§§ 9 und 10 BTVG) bzw. die pfandrechtliche Sicherung (§ 11 BTVG) gewählt wurde. Bei der schuldrechtlichen Sicherung (§ 8 BTVG) kann von der Bestellung abgesehen werden. Im Sinne einer raschen und effizienten Abwicklung des Projekts wird der Bauträger jedoch von diesem Recht nicht Gebrauch machen; dies insbesondere deshalb, weil der Bauträgervertrag in aller Regel – ausgenommen Miet-, Nutzungs- und Leasingrechte – verbüchert werden muss und der Bauträger die entsprechenden Anträge nicht selbst einbringen wird.

Gemäß § 12 Abs 2 BTVG kann nur ein Rechtsanwalt, eine Rechtsanwaltsgesellschaft¹⁴ oder ein Notar¹⁵ als Treuhänder bestellt werden.¹⁶ Die den Treuhänder treffenden Verpflichtungen sind in § 12 Abs 3 und 4 BTVG geregelt. Hier ist insbesondere hervorzuheben, dass Einzahlungen nur auf Konten entrichtet werden dürfen, über die der Treuhänder verfügungsberechtigt ist und die durch die Abwicklung über ein Kreditinstitut nach § 109a Abs 5 NO bzw. in einer Treuhandeinrichtung der jeweiligen Rechtsanwaltskammer abgesichert sind. Durch diese Kontrolle der jeweiligen Standesvertretung soll – neben der strafrechtlichen Komponente gemäß § 153 StGB (Untreue) – dem Risiko vorgebeugt werden, dass die Gelder unrechtmäßig verwendet werden könnten und damit abhandkommen.

¹⁴ Gemäß § 1a Abs 1 RAO darf die Rechtsanwaltschaft in Form einer GesBR, einer OG bzw. KG sowie in der Form einer GmbH ausgeübt werden.

¹⁵ Gemäß § 22 NO dürfen sich Notare zum Zwecke der Ausübung ihres Berufs mit weiteren Notaren als OG oder KG zusammenschließen.

¹⁶ ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 24: Neben der standesrechtlichen Kontrolle war auch die Expertise für diese Einschränkung maßgeblich. Nachdem der Treuhänder über wesentliche Inhalte, insbesondere auch Risiken, aufklären muss, hat eine hinreichende rechtliche Qualifikation vorzuziehen.

Der Treuhänder wird eine schriftliche Treuhandvereinbarung mit den Vertragsparteien schließen und darin die genauen Auszahlungsvoraussetzungen festlegen; im Falle der grundbücherlichen Sicherstellung daher den Zahlungsplan gemäß Kaufvertrag, der wiederum den Anforderungen des § 10 BTVG entsprechen muss. Regelmäßig sind Treuhandvereinbarungen einseitig unwiderruflich, da der Erwerber sonst den reibungslosen Ablauf (Auszahlung) blockieren könnte, im schlimmsten Fall nach Vornahme der grundbücherlichen Sicherstellung. Damit geht einher, dass auch einseitige Widersprüche für den Treuhänder nicht relevant sein sollen. Dieser aus Effizienz- und Praktikabilitätsgründen gewählte Zugang steht jedoch potenziell in Widerspruch zum Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB (siehe unten Punkt 5.).

4. Sachverständiger gemäß § 13 Abs 2 BTVG

Grundsätzlich ist der bestellte Treuhänder verpflichtet, die Baufortschritte gemäß § 10 BTVG selbst zu überprüfen und anschließend, sofern die Voraussetzungen vorliegen, die entsprechenden Überweisungen zu veranlassen.

Der Treuhänder ist berechtigt, sich Dritter für die Beurteilung zu bedienen; diese sind ihm – bei direkter Beauftragung – als Gehilfen gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen, weshalb er auch für ihr Fehlverhalten einzustehen hat.

Wählt der Treuhänder den Dritten jedoch aus einem bestimmten Kreis von Personen aus, das heißt entweder 1.) einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, 2.) einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder 3.) eine im Rahmen der Förderung des Bauvorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft, so kommt ihm das Haftungsprivileg gemäß § 13 Abs 2 BTVG zugute: Der Dritte haftet dem Erwerber direkt und wird nicht mehr dem Treuhänder zugerechnet. Aus diesem Grund ist die Bestellung eines Sachverständigen im Bauträgervertrag der Regelfall (neben der Tatsache, dass der Treuhänder selbst nicht über die ausreichende technische Expertise verfügen wird). Der Sachverständige muss über eine Haftpflichtversicherung von zumindest 400.000 € verfügen.

Wie der Treuhänder, sofern er sich selbst von den jeweiligen Baufortschritten vergewissert (was unwahrscheinlich ist), hat auch nur der Sachverständige nur eine oberflächliche Prüfung vorzunehmen, nicht eine eigene Qualitätskontrolle. „Dabei werden nur gravierende und in die Augen fallende Mängel eine Rolle spielen. Generell soll es im Rahmen des Entwurfs nicht um die Absicherung gegen mangelhafte Bauführung, sondern gegen das Risiko der Vorauszahlung gehen.“¹⁷

5. Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB

Gemäß § 1052 ABGB kann derjenige Teil, der zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist, seine Leistung verweigern, sofern der andere seine gesetz-

¹⁷ ErlRV 312 BlgNR 20. GP, 26.

lichen oder vertraglichen Pflichten nicht gehörig erfüllt hat (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages). Das Leistungsverweigerungsrecht ist daher der Art nach ein Sicherungs- bzw Druckmittel.¹⁸

Voraussetzung für diese Einrede ist, dass Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis (Synallagma) stehen. Dabei umfasst dieses Austauschverhältnis Haupt- und äquivalente Nebenpflichten gleichermaßen, nicht jedoch allfällige Schutzpflichten.¹⁹ Weiters kann nur derjenige seine Leistung verweigern, wer zur Leistung „Zug um Zug“ verpflichtet ist sowie wer sowohl erfüllungsfähig als auch erfüllungsbereit ist. Liegen weder Erfüllungsbereitschaft noch Erfüllungsfähigkeit vor, so ist die Einrede verwehrt. Für das Zurückbehaltungsrecht ist es nicht erheblich, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt.

Die Rechtsfolge des Leistungsverweigerungsrechts ist – sofern die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind –, dass die gesamte Gegenleistung bis zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verweigert werden kann.²⁰ Das Leistungsverweigerungsrecht stellt jedoch dispositives Recht dar, weshalb es durch vertragliche Vereinbarungen grundsätzlich abbedungen werden kann. Lediglich im Rahmen des Verbraucherschutzes ist gemäß § 6 Abs 1 KSchG zu beachten, dass das Leistungsverweigerungsrecht nicht rechtswirksam ausgeschlossen werden kann.

6. OGH 22. 10. 2014, 1 Ob 121/14x

6.1. Sachverhalt und Entscheidung

Der OGH beschäftigte sich im Rahmen dieser außerordentlichen Revisionsentscheidung mit einigen der vorher aufgeworfenen Themen, insbesondere auch mit der Frage, „in welchem Verhältnis die Fälligkeit der Entgeltsraten nach der Ratenplanmethode zum allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers steht.“

Im Anlassfall erwarben die Erwerber gemäß Kauf- und Bauträgervertrag ein neu zu errichtendes Gebäude; sie wurden durch Einverleibung des Eigentums grundbücherlich gesichert. Sowohl die Einzahlung auf das Treuhandkonto als auch die Auszahlung von diesem wurden gemäß Ratenplan A vereinbart (der Kaufpreis sollte daher nicht ungebührlich lange auf dem Treuhandkonto erliegen).

Es wurde ein Sachverständiger gemäß § 13 Abs 2 BTVG zur Beurteilung des Erreichens der Baufortschritte bestellt, wobei im Vertragswerk ausdrücklich festgehalten wurde, dass der Sachverständige nur eine optische Prüfung und nicht eine Materialprüfung vornehmen würde. Die Beklagten überwiesen mehrere Raten, wobei letzten Endes zirka 10 % des Kaufpreises offenblieben. Der Kläger und Verkäufer berief sich auf die Freigaben des Sachverständigen gemäß Ratenplan, womit Fälligkeit der Leistungen eintrat.

18 Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴, § 1052 Rz 15.

19 Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴, § 1052 Rz 8.

20 P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 932 Rz 2; anderer Ansicht Koziol, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737.

Die Käufer beriefen sich auf ein ihnen zukommendes Zurückbehaltungsrecht wegen Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung. Die erste und zweite Instanz bestätigte das Vorliegen von Mängeln. Der OGH bejahte in weiterer Folge das Zurückbehaltungsrecht der Erwerber und führte dazu aus wie folgt:

„Zu Unrecht zieht die Revisionswerberin die Rechtsauffassung der Vorinstanzen in Zweifel, dass auch im Bereich des BTVG bei Anwendung der ‚Ratenplanmethode‘ (§ 10 BTVG) der Erwerber bei Vorliegen ins Gewicht fallender Mängel unter Berufung auf § 1052 ABGB jedenfalls die ... (bei vollständiger Fertigstellung fällige) letzte Rate bis zu deren Behebung ‚zurückbehalten‘ kann. Auch wenn das BTVG selbst dazu keine ausdrückliche Regelung enthält, ergibt sich schon aus dem klaren Regelungszweck der dem Schutz des Erwerbers dienenden Bestimmungen, dass seine Rechtsposition nicht gegenüber allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften verschlechtert werden soll. Unmissverständlich halten dazu etwa auch die Gesetzmateriale ... 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 ...“

6.2. Anmerkungen

Die Entscheidung ist aus mehreren Gründen bemerkenswert.

6.2.1. Ratenplan und § 1052 ABGB

Wie im Anlassfall könnte sich erst bei der Übergabe ein bestimmter Mangel herausstellen, der im Wert die für den Bauabschnitt der Bezugfertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes (§ 10 Abs 2 Z 1 lit e bzw Z 2 lit e BTVG) vorgesehene Rate übersteigt. Gerade bei umfangreicheren Mängeln (zB wie im Anlassfall an der Heizungsanlage) reicht die letzte Rate unter Umständen nicht aus.

Ein Zurückbehaltungsrecht an den vorgelagerten Raten scheidet jedoch aus, da dies das im BTVG vorgesehene Ratenplanmodell vollkommen aushebeln würde: Die Raten sind nur für bestimmte Bauabschnitte bzw -leistungen vereinbart. Sofern der Mangel nicht mit dem Leistungsabschnitt verbunden ist, kann mangels Synallagma auch kein Zurückbehaltungsrecht zustehen (es handelt sich gerade um eine Einrede des nicht bzw nicht gehörig erfüllten Vertrages).²¹ Lediglich die letzte Rate zur Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes umfasst alle Erfüllungskomponenten. Darüber hinaus werden nach der Intention des BTVG

21 Anderer Ansicht Böhm/Pletzer in Schwimann, ABGB³, § 10 BTVG Rz 15.

lediglich Bauabschnitte erreicht, jedoch kommt es zu keiner Übergabe bzw Erfüllung.²²

Würde man ein Zurückbehaltungsrecht generell bejahen – und nicht nur an der betroffenen Rate –, könnte der Erwerber der Bauträger ungebührlich unter Druck setzen und Zahlungen unter Vorwand bis zum Schluss zurückhalten. Gerade das entspricht nicht der Intention des Gesetzgebers, der auch – als Kehrseite der Medaille – eine Absicherung bzw einen Schutz des Bauträgers festhalten wollte.

Zu Recht hat der OGH für diesen Fall auch kein Zurückbehaltungsrecht bejaht, jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen (aufgrund des Wortes „jedenfalls“ sieht der OGH das Zurückbehaltungsrecht an der letzten Rate offenbar als Mindestschutz und behält sich noch eine Entscheidung über den Anwendungsbereich vor).

6.2.2. Terminologie

Bei der Terminologie wendet sich der OGH von den in den Gesetzesmaterialien verwendeten Begriffen des „geringfügigen Mangels“²³ (bei welchem eine Freigabe des Sachverständigen erfolgen darf) sowie des „gravierenden und in die Augen fallenden Mangels“²⁴ (bei welchem der Sachverständige den jeweiligen Baufortschritt nicht mehr bestätigen darf) ohne Begründung ab.

Vielmehr wird auf „ins Gewicht fallende Mängel“ verwiesen, welche ein Zurückbehaltungsrecht rechtfertigen sollen. In der Entscheidung bleibt jedoch offen, wie diese Begriffe zueinander stehen, insbesondere ob „gravierende Mängel“ (BTVG) und „ins Gewicht fallende Mängel“ (OGH zum Zurückbehaltungsrecht) inhaltsgleich sind.

Darüber hinaus wird wiederum ohne Begründung von dem im Gewährleistungsrecht gemäß §§ 922 ff ABGB²⁵ und im Verzugsrecht gemäß §§ 918 f ABGB²⁶ bereits etablierten Terminus des „geringfügigen Mangels“ (als Kehrseite des gravierenden Mangels) abgegangen.

Sofern eine Schwelle für das Zurückbehaltungsrecht etabliert wird (siehe oben Punkt 6.2.1.), sollte eine bereits geläufige Diktion verwendet werden. Es wäre aus praktischer Sicht wünschenswert, wenn der OGH die Differenzierung im BTVG entsprechend der Judikatur zum allgemeinen Zivilrecht entwickeln würde und auch hier eine Differenzierung in wesentlich (gravierend) und unwesentlich (geringfügig) vornehmen würde. Dies umso mehr, als erhebliche Rechtsfolgen an diese sprachliche Unterscheidung gebunden sind: erstens für den Sachverständigen, der dem Erwerber nach den Bestimmungen des BTVG für eine unzulässige Freigabe direkt haftet; zweitens für den Treuhänder, der – sofern kein Sachverständiger bestellt wurde – direkt haftet oder – sofern ein solcher bestellt wurde – seine Freigaben zumindest nach Plausibilität prüfen muss; letztlich ist die Wortwahl

und Auslegung auch für den Veräußerer relevant, da er wissen muss, unter welchen Voraussetzungen eine Zahlung vorzunehmen ist, damit er im Falle des Unterbleibens der Zahlungen für alternative Liquidität sorgen kann.

6.2.3. Harmonisierung von BTVG mit § 1052 ABGB

Der OGH bleibt die Antwort schuldig, weshalb das Ratenplanmodell nicht mit dem allgemeinen Zivilrecht harmonisiert wird (der Verweis auf das „Vorliegen ins Gewicht fallender Mängel“ würde in diese Richtung gehen, da das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB keine Wesentlichkeitschranke vorsieht).

Im Sinne einer erhöhten Rechtssicherheit sollte ein Baufortschritt erst dann freigegeben werden dürfen, wenn 1.) bei den Raten 1 bis 4 und 6 keine Mängel²⁷ vorliegen, die nach BTVG das Erreichen eines Bauabschnitts behindern (das Zurückbehaltungsrecht ist mangels Übergabe nicht anwendbar), sowie 2.) wenn bei Rate 5 auch nicht die Voraussetzungen des § 1052 ABGB vorliegen (gerade der im Regelfall bestellte Sachverständige kann dieses Thema behandeln).

Eine Gleichschaltung könnte dadurch erreicht werden, dass man eine Wesentlichkeitsschwelle für das Zurückbehaltungsrecht im Rahmen des BTVG vorsieht (so zumindest als Andeutung in der Entscheidung des OGH) oder dass der „gravierende Mangel“ im Sinne des § 1052 ABGB auszulegen ist. Meines Erachtens ist der ersten Alternative der Vorzug zu geben, da sie für mehr Rechtsklarheit sorgt (siehe auch oben Punkt 6.2.2. zur Terminologie). Durch Gleichschaltung der beiden Sicherungen könnte man die Freigabe der Rate 5 effizienter machen. Durch eine solche Gleichschaltung würde der Erwerber, insbesondere wenn es sich um einen Verbraucher gemäß § 1 KSchG handelt, nicht seiner gesetzlichen Rechte verlustig gehen; insbesondere würde auch der zwingenden Bestimmung in § 6 Abs 1 Z 6 KSchG entsprochen werden.

Darüber hinaus würde der Bauträger ohnedies noch im Rahmen des Schadenersatzes bzw der Gewährleistung haften. In beiden Fällen könnte der Erwerber auch Ansprüche gegen den Sachverständigen (Haftung gemäß § 13 Abs 2 BTVG) bzw gegen den Treuhänder (Treuhänderhaftung) geltend machen. Gerade durch diese potenzielle Haftung wird das Nichtvorliegen von gravierenden Mängeln sichergestellt.

6.2.4. BTVG und Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB

Die Entscheidung des OGH lässt offen, ob das Zurückbehaltungsrecht nur im Verhältnis Käufer – Treuhänder (Einzahlung) oder auch im Verhältnis Treuhänder – Verkäufer (Auszahlung) gilt. Nachdem sich der Ratenplan des BTVG nur mit der Auszahlung beschäftigt, könnte die Entscheidung

22 Gartner, BTVG³, § 10 Rz 17.

23 EriRV 312 BlgNR 20. GP, 22 Abs 3.

24 EriRV 312 BlgNR 20. GP, 26 Abs 1.

25 P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴, § 932 Rz 19.

26 P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴, § 918 Rz 6.

27 Gartner, BTVG³, § 10 Rz 14, unter Hinweis auf Böhm/Pletzer in Schwimann, ABGB², § 10 BTVG Rz 13: Die Begriffe „gravierend“ (BTVG) und „wesentlich“ (Gewährleistung, § 1052 ABGB) sind nicht deckungsgleich; darüber hinaus Prader in Schwimann/Kodek, ABGB¹, § 10 BTVG Rz 6.

des OGH in diesem Sinne gedeutet werden. Eine solche Interpretation wird auch teilweise in der Lehre vertreten.²⁸

Diese Herangehensweise birgt die Gefahr in sich, dass einer Auszahlung unter Hinweis auf § 1052 ABGB widersprochen wird und dem Treuhänder damit divergierende Erklärungen vorliegen (der Treuhänder ist regelmäßig nicht technisch versiert und wird die Behauptungen des Erwerbers, welche der Freigabe des Sachverständigen entgegenstehen, nicht inhaltlich prüfen können).

Auch aus diesem Grund sollte das BTVG mit § 1052 ABGB gleichgeschaltet werden. Sollte der Sachverständige trotz Vorliegens relevanter Män-

²⁸ Vgl. Prader in *Schwinann/Kodek, ABGB*, § 10 BTVG Rz 21: Richtig verweist der Autor darauf, dass „Sinn des Ratensplans auch der sein muss, die Abwicklung nicht unnötig zu verkomplizieren“, leitet jedoch daraus die Beachtlichkeit des § 1052 ABGB mit der Begründung ab, dass eine andere Vorgangsweise „problematisch“ bzw. „bedenklich“ sei.

gel eine Freigabebestätigung erteilen, so haftet er ohnedies direkt.

Resümee

Die hier besprochene Entscheidung des OGH bringt etwas Licht in das dunkle Verhältnis von BTVG und Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB, wobei noch Fragen offenbleiben. Es wäre wünschenswert, wenn mehr Rechtsklarheit einsetzen würde und das BTVG mit dem ABGB, soweit nach dem jeweiligen Gesetzeswortlaut möglich, harmonisiert würde. Gerade der Treuhänder gerät ansonsten in die schwierige Situation, dass er trotz Freigabe über einen Mangel nach § 1052 ABGB entscheiden muss. Die Widersprüche werden insofern entschärft, als das BTVG außerhalb des KSchG abgedungen werden kann.

News – Aktuelles aus der Branche (Teil I)

Nachfrage nach Finanzierungsleistungen der österreichischen Bausparkassen um 30 % gestiegen

Die österreichischen Bausparkassen förderten den heimischen Wohnbau im ersten Halbjahr 2016 insgesamt mit 1,33 Mrd €. Das Neugeschäft liegt mit 386.184 Verträgen auf annähernd konstant hohem Niveau. Bei den Vertragssummen konnte eine leichte Steigerung von 12,6 Mio € gegenüber dem Vorjahr auf 8,3 Mrd € erzielt werden. Der Stand der gesamten Bauspareinlagen liegt mit 20,3 Mrd € weiterhin über der 20 Mrd €-Grenze. Zugewinne konnten auch beim Darlehensbestand mit einem Plus von 2 % auf 19,1 Mrd € erzielt werden. Der Sanierungsscheck wird gut angenommen: Mit Stand 18. 7. 2016 standen noch 11,3 Mio € an Fördermitteln zur Verfügung.

Sommerunis zu nachhaltigem Bauen und Wirtschaften

Ende Juli veranstaltet die OeAD-WohnraumverwaltungsGmbH – Gewinner des Umweltpreises der Stadt Wien 2015 und des Klimaschutzpreises 2013 – wieder die beiden beliebten Sommeruniversitäten zu den Themen „ökologisches Bauen“ bzw. „alternative Wirtschafts- und Geldsysteme“ in Wien.

„Green.Building.Solutions.“ greift dabei die zentralen ökologischen, ökonomischen, technischen und gesellschaftlichen Aspekte nachhaltigen Planens und Bauens auf und bietet den Absolventen die Möglichkeit, die fachspezifischen Inhalte aus interdisziplinärer Perspektive zu beleuchten und praxisnah zu erfahren. So sollen Kompetenz und Verständnis der Absolventen für nachhaltiges Planen und Bauen geschaffen und vertieft werden. Mit Abschluss des Lehrgangs können die Absolventen den Schwerpunkt „ressourcenorientiertes Bauen und Planen“ kompetent und nachhaltig vertreten. Der Schwerpunkt liegt auf Passivhaustechnologien, auch soziale Nachhaltigkeit ist Teil des Programms.

„Alternative Economic and Monetary Systems“ präsentiert Konzepte für die Reorganisation des Wirtschafts- und Geldsystems und bietet Alternativen zu einer auf Massenkonsum basierenden Wirtschaft. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf Wechsel-

wirkungen mit ökosystemaren Grenzen, demographischem Wandel und sozialen Entwicklungen. Die Absolventen erwerben grundlegendes Verständnis für die Zusammenhänge zwischen Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft, verknüpfen Theorieansätze mit fachspezifischen Inhalten aus verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen und haben die Möglichkeit, in direktem Kontakt mit Wissenschaftlern Ideen selbst zu entwickeln.

Kärntner Baufirma Haider & Co. baut weiter aus

Die Firma Haider & Co Hoch- und Tiefbau GmbH ist mit der Errichtung ihres neuen Firmensitzes bereits in der Zielgerade und setzt auf Frauenpower im neuen Geschäftsfeld Dachdecker- und Spenglerarbeiten.

„Nachhaltiges Wachstum und der Ausbau der Geschäftstätigkeit in Kärnten – so lauten zwei unserer ganz vorrangigen Unternehmensziele“, erklärt der geschäftsführende Gesellschafter Bmstr. DI Peter Wolte. Dementsprechend werden seit Anfang des Jahres auch Dachdecker- und Spenglerarbeiten angeboten und Haider & Co. setzt hierbei auf Frauenpower. Das Unternehmen konnte die renommierte Spengler- und Dachdeckermeisterin Sabine Schöffmann aus St. Veit als neue leitende Mitarbeiterin gewinnen. Ihre Spezialgebiete Dachdeckerei, Bauspenglerei und Flachdachisolierungen setzt sie mit 20 Mitarbeitern um.

Mit Oktober wird Haider & Co. außerdem die neue Unternehmenszentrale in Wernberg beziehen. Bisher hatte das Unternehmen seinen Sitz in Villach, die laufenden Geschäfte wurden von Spittal an der Drau aus geführt. Eine Zweigniederlassung im Burgenland bleibt weiterhin bestehen.

Haider & Co Hoch- und Tiefbau GmbH ist ein familiär geführtes Unternehmen und beschäftigt derzeit rund 150 Mitarbeiter. Die Baufirma ist außerdem Mitglied im größten österreichischen Kooperationsverbund für das mittelständische Baugewerbe, der Austria Bau. Der Geschäftsführer der ABAU Niederösterreich/Wien/Steiermark/Kärnten Ewald Unterweiger ist selbst gebürtiger Kärntner und freut sich über die ausgezeichnete Entwicklung bei Haider & Co.