

# Bau trägervertragsgesetz

Bundesgesetz, mit dem Regelungen über den Erwerb von Rechten an Gebäuden und Wohnungen von Bau trägern getroffen werden (Bau trägervertragsgesetz – BTVG) und das Wohnungseigentumsgesetz 1975 geändert wird, BGBl 1997/7 idF: BGBl I 1999/72, BGBl I 2001/98 (2. Euro-JuBeG), BGBl I 2008/56, BGBl I 2010/58 (IRÄ-BG) und BGBl I 2013/159 (BRÄG 2013)

## Artikel I

### Bau trägervertragsgesetz (BTVG)

#### Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz ist auf Bau trägerverträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 Euro pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 2 Abs. 7 und § 7 WEG 2002) an den Bau träger oder an Dritte entrichten muss. Dabei sind auch solche Zahlungen an den Bau träger oder an Dritte zu berücksichtigen, die der Erwerber für vom Bau träger angebotene oder vorgegebene Sonder- oder Zusatzleistungen entrichten muss.

*(BGBl I 2008/56, ab 1. 7. 2008)*

(2) Andere Vorschriften, die für den Erwerber günstiger sind, bleiben unberührt. Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes können nicht zum Nachteil des Erwerbers abbedungen werden, wenn dieser Verbraucher (§ 1 Abs. 1 Z 2 KSchG) ist.

#### Materialien

*[ErlRV 312 XX. GP]*

*Zu Artikel I (Bau trägervertragsgesetz)*

*Zu den §§ 1 und 2 des Entwurfs:*

*Der Entwurf soll verschiedene Vertragstypen, die die entgeltliche Herstellung und Überlassung von Wohnungen und Gebäuden zum Gegenstand haben, erfassen. Ein Regelungsbedarf zum Schutz der Erwerber besteht überall dort, wo das zu erwerbende Objekt erst errichtet oder zumindest durchgreifend erneuert werden muß. Damit ist die Gefahr verbunden, daß es – aus welchen Gründen immer – nicht zum Bau bzw. zur Fertigstellung kommt. Den Erwerber trifft allerdings nur dann ein besonderes Risiko, wenn er schon vor Beginn der Nutzung, insbesondere in einem frühen Projektstadium, Zahlungen an den Bau träger leistet, die – wie Beispiele der jüngeren Vergangenheit zeigen – im Fall der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Bau trägers verloren gehen können.*

*Unter Fertigstellung (§ 1 Abs. 1) ist die Herstellung des vertraglich vereinbarten Bauzustands zu verstehen. Die Fertigstellung muß sich nicht immer mit der Bezugsfertigkeit decken, zumal bisweilen vereinbart wird, daß Erwerber auch selbst bei der abschließenden Ausgestaltung des Vertragsobjekts Hand anlegen können. Festgehalten sei in diesem Zusammenhang auch, daß der Begriff der Fertigstellung im Zweifel auch die Fertigstellung der der gemeinsamen Benützung dienenden Anlagen (einschließlich der „Außenanlagen“) umfaßt.*

*Wie bereits mehrfach erwähnt, liegt das spezifische Risiko des Bau trägervertrags im Verlust der vom Erwerber geleisteten Vorauszahlungen. Da ein Abstellen auf die Entrichtung von „größeren Zahlungen“ vor Fertigstellung allein ein unscharfes Abgrenzungskriterium wäre, ist es zweckmäßig,*

eine ziffernmäßige Konkretisierung vorzunehmen. Schon bei Schließung des Vertrags muß Klarheit darüber bestehen, ob er dem Bauträgervertragsgesetz unterliegt oder nicht. In § 1 Abs. 1 wird daher ein Betrag von 2 000 S pro m<sup>2</sup> Nutzfläche vorgesehen. Dieser Betrag wird in der Regel deutlich über den Kosten der Vertragserrichtung selbst und sonstigen administrativen Nebenkosten liegen.

Die Schutzbestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes werden meist über die in anderen Gesetzen vorgesehenen Schutznormen hinausgehen, bisweilen aber auch hinter diesen zurückbleiben. Daher soll im ersten Satz des § 1 Abs. 2 klargestellt werden, daß weitergehende Schutzvorschriften zu Gunsten des Erwerbers unberührt bleiben. Als solche weitergehende Schutzbestimmungen kommen beispielsweise § 24 Abs. 1 Z 5 WEG, § 14 WGG und die §§ 6 und 9 KSchG in Betracht.

Das Bauträgervertragsgesetz soll für alle Erwerber gelten, sowohl für Verbraucher als auch für Unternehmer. Im ersten Fall kann der Entwurf in weiten Bereichen als Sonderverbraucherschutzrecht verstanden werden, seine Bestimmungen sollen zwingend sein (vgl. § 2 Abs. 2 KSchG; der Bauträger wird praktisch immer Unternehmer sein).

Schließt der Erwerber den Bauträgervertrag nicht als Verbraucher, so soll größere Vertragsfreiheit zu Gunsten des Bauträgers bestehen; diese findet allerdings in den allgemeinen Vorschriften (zB § 879 ABGB) ihre Grenze. Bei der Beurteilung, inwieweit einem Unternehmer gegenüber eine vom Bauträgervertragsgesetz abweichende Vertragsgestaltung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, wird besonders auf die den Erwerber in diesem Bereich treffenden Risiken Bedacht zu nehmen sein.

§ 2 Abs. 1 sieht eine Legaldefinition des Bauträgervertrags vor: Der Entwurf soll alle Vertragstypen erfassen, die dem Erwerber das Eigentum (auch Miteigentum), das Wohnungseigentum, das Baurecht, ein Miet- oder Pachtrecht oder ein anderes Nutzungsrecht (etwa ein dingliches Wohnrecht oder Fruchtgenußrecht) verschaffen. Der Bauträgervertrag muß den Erwerb der genannten Rechte zum Inhalt haben. Ein Bauträgervertrag soll daher nicht vorliegen, wenn jemand auf eigenem Grund ein Gebäude errichten oder ein bereits in seinem Eigentum oder Besitz stehendes Gebäude bzw. eine solche Wohnung oder Geschäftsräumlichkeit durchgreifend erneuern läßt.

Objekt des Vertrags ist ein erst zu errichtendes oder umfassend zu sanierendes Gebäude oder eine derartige Wohnung bzw. Geschäftsräumlichkeit.

Von einer „durchgreifenden Erneuerung“ von Wohnungen, Geschäftsräumen oder Gebäuden wird auszugehen sein, wenn die Sanierungs- bzw. Umbaumaßnahmen am Vertragsobjekt 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. Als weiterer Anhaltspunkt für eine „durchgreifende Erneuerung“ können die Kosten der Renovierung herangezogen werden: erreichen diese die Hälfte der gesamten Neuherstellungskosten, so wird der Vertrag als Bauträgervertrag zu qualifizieren sein.

Handelt es sich um ein bereits fertiggestelltes Vertragsobjekt (sodaß Zahlungen des Erwerbers mit dem Beginn der Nutzung zeitlich zusammenfallen), so wird kein Bauträgervertrag, sondern – beispielsweise – ein „normaler“ Kauf- oder Mietvertrag vorliegen. Daher kann es bei einem Vorhaben durchaus vorkommen, daß zunächst Bauträgerverträge geschlossen werden, später über bereits fertiggestellte Objekte aber – um im Beispiel zu bleiben – „normale“ Kauf- oder Mietverträge.

Von der im Begutachtungsverfahren geforderten Erweiterung des Geltungsbereichs durch Einbeziehung des Baubetreuungsvertrags (vgl. dazu Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 24 zu § 1165) sieht der Entwurf ab, da sich Funktion, Rechtsstellung und Vertragspflichten des Bauträgers von den Aufgaben des Baubetreuers doch erheblich unterscheiden. Allfälligen Versuchen, die Schutzbestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes durch die Konstruktion von Baubetreuungsverträgen zu unterlaufen, wird im Einzelfall nach den für „Umgehungsgeschäfte“ entwickelten Grundsätzen zu begegnen sein.

§ 2 Abs. 2 stellt klar, daß Bauträger jede natürliche oder juristische Person ist, die sich dazu verpflichtet, die in Abs. 1 genannten Rechte zu übertragen oder einzuräumen. Dabei ist es unerheblich, in welcher Rechtsform der Bauträger tätig wird und ob es sich um einen gemeinnützigen oder einen „privaten“ Unternehmer handelt. Ferner soll es nicht darauf ankommen, ob der Bauträger gewerbsmäßig tätig ist oder ob er Unternehmer im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 KSchG ist.

Der in der Gewerbeordnung 1994 in § 226 Abs. 1 genannte Bauträger deckt sich nicht mit dem Begriff des Bauträgers im Sinn dieses Entwurfs: Die Gewerbeordnung stellt auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit des Bauträgers ab, der auch als Bauorganisator und Baubetreuer bezeichnet wird. Sie umschreibt dessen Tätigkeit als die „organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung“; die Gewerbeordnung will in erster Linie sichern, daß der Bauträger die erforderlichen technischen und kaufmännischen Kenntnisse hat.

Der Begriff des Bauträgers nach diesem Entwurf deckt sich auch nicht mit dem des Wohnungseigentumsorganisations nach § 23 Abs. 1 WEG: Anders als der Wohnungseigentumsorganisator kann der Bauträger dem Erwerber zum Beispiel auch das Alleineigentum oder Mietrechte verschaffen; umgekehrt ist Wohnungseigentumsorganisator – im Gegensatz zum Bauträger – auch, wer das Wohnungseigentum an bereits fertiggestellten Objekten verschafft.

Da der Vertragspartner des Bauträgers von diesem ein Recht erwirbt, soll er konsequenterweise auch „Erwerber“ (und nicht „Bewerber“ wie im Wohnungseigentumsgesetz) genannt werden (§ 2 Abs. 3).

Das Bauträgervertragsgesetz soll schließlich nach § 2 Abs. 4 auch dann anzuwenden sein, wenn der Erwerber nicht vom Bauträger selbst, sondern von einem Dritten Rechte an der Liegenschaft erwirbt und dieser Vorgang mit dem Vertrag über die Errichtung (Erneuerung) eines Gebäudes, einer Wohnung oder eines Geschäftsraumes eine wirtschaftliche Einheit bildet. Im besonderen erstreckt sich die Wirkung eines Rücktritts nach § 5 Abs. 4 auch auf den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag. Die Sicherungspflicht des Bauträgers (vgl. § 7) muß weiters auch Zahlungen des Erwerbers an diesen Dritten umfassen. Schließlich sei hier noch auf § 15 verwiesen, wonach sich Rückforderungsansprüche des Erwerbers auch dann gegen den Bauträger richten, wenn mit seiner Zustimmung Zahlungen an Dritte geleistet wurden.

#### **[ErlRV 432 XXIII. GP]**

##### **Zu Z 1 (§ 1 Abs. 1 des Entwurfs)**

§ 1 Abs. 1 BTVG über den Anwendungsbereich des Gesetzes soll geändert und präzisiert werden: Zunächst soll die Schwelle, ab der Vorauszahlungen des Erwerbers zur Anwendung des Gesetzes führen, von € 145 auf € 150 pro Quadratmeter angehoben werden. Damit berücksichtigt der Entwurf zum Teil die seit der letzten Änderung dieses Betrags anlässlich der Euro-Umstellung eingetretene Geldentwertung. Zudem erleichtert der vorgeschlagene „runde“ Betrag die Prüfung, ob das Gesetz anwendbar ist oder nicht.

Weiter soll die in der Praxis durchaus strittige Frage, welche Zahlungen des Erwerbers hier zu berücksichtigen sind, geklärt werden. Die Änderungen sollen gewissen Tendenzen vorbeugen, die durch eine mehr oder weniger geschickte Gestaltung der Zahlungsflüsse auf eine „Flucht aus dem BTVG“ hinauslaufen. § 1 Abs. 1 des Entwurfs stellt auf die Perspektive des Erwerbers ab. Wenn er vereinbarungsgemäß vor der Fertigstellung insgesamt mehr als € 150 pro Quadratmeter leisten muss, soll das Gesetz greifen. Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob diese Vorauszahlungen an den Bauträger oder an einen Dritten gehen und ob sie beim Bauträger selbst ein bloßer „Durchlaufposten“

sind oder diesem verbleiben. Maßgebliches Kriterium für die Einbeziehung der Zahlungen des Erwerbers ist es, dass diese auf dem Vertrag („vereinbarungsgemäß“) beruhen. Unter dieser Voraussetzung sind damit nicht nur die schon nach geltendem Recht dem Gesetz unterliegenden Zahlungen an einen dritten Liegenschaftsverkäufer (§ 2 Abs. 4 BTVG), sondern beispielsweise auch Aufschließungskosten, Gebühren, Abgaben und Steuern sowie auch die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung für die Beurteilung des Anwendungsbereichs des Bauträgervertragsgesetzes relevant.

Nach dem vorgeschlagenen zweiten Satz des § 1 Abs. 1 des Entwurfs sollen auch Vorauszahlungen des Erwerbers, mit denen Sonder- oder Zusatzleistungen abgegolten werden, für die Beurteilung der Anwendung des Gesetzes herangezogen werden. Unter dem Ausdruck Sonderleistungen versteht der Entwurf Änderungen in dem vom Bauträger an sich vorgesehenen Leistungspaket, unter dem Ausdruck Zusatzleistungen Ergänzungen desselben. Solche Vorauszahlungen des Erwerbers sollen aber nur dann beachtlich sein, wenn die damit abgegoltenen Sonder- oder Zusatzleistungen vom Bauträger selbst angeboten oder von ihm „vorgegeben“ werden, wenn sie also – vereinfacht gesagt – in einem unmittelbaren Konnex mit dem Bauträgervertrag stehen und der Bauträger davon weiß oder zumindest wissen sollte. Dabei ist es unerheblich, ob die Zahlungen für solche Sonder- und Zusatzleistungen unmittelbar über den Bauträger oder mit den diese Leistungen erbringenden Professionisten abgerechnet werden, zumal er sie selbst „vorgegeben“, also vorbestimmt hat, sei es, dass er dem Erwerber die Person des dritten Professionisten vorgeschrieben hat, sei es, dass er die mögliche Qualität oder Quantität dieser Leistungen vorgeschrieben hat. Das soll im Vergleich zu dem zur Begutachtung versendeten Entwurf im Gesetz selbst klargestellt werden. Wenn sich der Erwerber aber derartige Sonder- oder Zusatzleistungen oder auch den Professionisten frei aussuchen kann, sollen die hierfür anstehenden Zahlungen für die Beurteilung des Anwendungsbereichs des Bauträgervertragsgesetzes nicht relevant sein.

Die redaktionellen Änderungen des Wortlauts des § 1 Abs. 1 (die Vorauszahlungen sind „zu entrichten“ statt – wie im bisherigen Gesetzestext – „zu leisten“) sollen am Anwendungsbereich des Gesetzes nichts ändern. Das Bauträgervertragsgesetz soll in diesem Sinn nicht nur dann greifen, wenn der Erwerber Vorauszahlungen tätigt oder Verbindlichkeiten übernimmt (vgl. § 10 Abs. 5 BTVG), sondern auch in denjenigen Fällen, in denen der Bauträger vereinbarungsgemäß von sich aus Leistungen des Erwerbers abrufen, etwa indem er eine vom Erwerber gestellte Bankgarantie abrufen.

Letztlich soll in § 1 Abs. 1 auch der Verweis auf die Nutzfläche an das Wohnungseigentumsgesetz 2002 angepasst werden. Inhaltlich ändert sich dadurch ebenfalls nichts.

## Literatur

H. Böhm, Das neue Bauträger-Vertragsrecht, immolex 1997, 50; Degelsegger, Das Bauträgervertragsgesetz – ein Überblick, wobl 1997, 1; Kallinger, Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers, immolex 2002, 259; H. Böhm, Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf? (Studie im Auftrag der AK Tirol), 2004; Pittl, Zur Reichweite des Annahmeverbots des WE-Organisators sowie zur Wechselwirkung zwischen § 37 Abs 6 WEG und § 1 Abs 2 BTVG, wobl 2004, 218; Vonkilch, Anmerkungen zum Ministerialentwurf für eine BTVG-Novelle, wobl 2007, 277; Gartner, Unzulässige Klauseln in Bauträgerverträgen, wobl 2008, 1; Pittl, Die Novelle zum Bauträgervertragsgesetz, wobl 2008, 186; Böhm, Der „Barhafrücklass“ nach dem BTVG in der praktischen Abwicklung, immolex 2011, 179; Prader/Walzel von Wiesentreu, Die Bedeutung der Benützungsbewilligung beim Ratenplan, immolex 2014, 134; Fuhrmann/Kunisch/Löw, Bauträger und Umsatzsteuer, immolex 2014, 144; Pfeiffer/Ressler, Die Rechnungslegung beim BTVG-Projekt, immolex 2017, 108; Pittl/Prader, Der Eigentumsvorbehalt im Bauträgervertragsrecht, wobl 2017, 257; Prader/Pittl, „Grenzenloses“ Wohnungseigentum und seine Folgen, immolex 2018, 204; Pittl/Gottardis, Änderungen aufgrund unzulässiger Vorbehalte in Bauträgerverträgen: Rechtsbehelfe des Erwerbers, in FS Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Bauwirtschaft: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2019) 305 ff; Prader/B. Dobler, Zur Relevanz und den Folgen von Rechtsmängeln im Bauträgervertragsrecht, immolex 2021, 183; Prader/M. Kathrein, Edelrohbauten im Einkaufszentrum im Lichte des

BTVG, Zak 2022/612, 328; Prader/Pittl, Gesetzswidrige Fälligkeitsvereinbarungen beim grundbücherlichen Sicherungsmodell und ihre Folgen, Zak 2022/720, 384; Prader/M. Kathrein, Der Fall Gupfinger: Ein Paukenschlag mit mehr wohnrechtlichem Zündstoff als die erste mietrechtliche Klauselentscheidung? Zak 2023/71, 44; Pittl/Prader, Modernes Wohnen – Erwerb einer Eigentumswohnung ohne Heizung oder Anlagencontracting als „Teilfluchtalternative“ aus dem BTVG? Zak 2023/477, 269.

Gliederung	Rz
A. Allgemeines .....	1
B. Anwendungsbereich .....	3
C. Fertigstellung .....	5
D. Zu berücksichtigende Zahlungen .....	7

## A. Allgemeines

Mit Inkrafttreten des BTVG am 1. Jänner 1997 wurde der bis zu diesem Zeitpunkt als mangelhaft empfundene gesetzliche Schutz des Erwerbers von Eigentum oder Nutzungsrechten an erst zu errichtenden bzw zu erneuernden Gebäuden und Wohnungen durch die Schaffung von besonderen Schutzbestimmungen wesentlich verbessert. Vorrangiges Ziel war der Schutz des Erwerbers vor Verlust der von ihm geleisteten Vorauszahlungen sowie iS einer Prävention die Erweiterung des Rücktrittsrechts des Erwerbers. Die Regelungen des BTVG beziehen sich nur auf den Vertragstypus des Erwerbs des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen; nicht erwähnt, aber auch einzubeziehen ist richtigerweise ein entsprechender Optionsvertrag;<sup>1</sup> die Regelungen des BTVG stellen aber nicht auf die allgemeine gewerberechtliche Befugnis zur organisatorischen und kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben iSd § 225 GewO [nunmehr § 117 GewO] ab oder schränken diese insoweit ein. Vielmehr geht es um die Verstärkung des Konsumentenschutzes in einem Bereich der Immobilienbranche, und zwar primär um die Absicherung des Vorauszahlungsrisikos.<sup>2</sup> Die Gesetzesmaterialien betonen, dass möglichst wenig in Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts eingegriffen und auch **kein Sondergewährleistungsrecht** für Bauträgerverträge normiert werden sollte. Andererseits wurde mit der Schaffung des BTVG ein jedenfalls für Verbraucher **zwingender Mindeststandard** für die Gestaltung des Bauträgervertrags festgelegt.

Im Rahmen einer umfassenden Novelle des BTVG (BGBl I 2008/56) wurde der Schutz des Erwerbers durch Änderungen in den Mindestanforderungen an Bauträgerverträgen, durch Verfeinerung der Sicherungsinstrumente, mit denen die Vorauszahlungen des Erwerbers gegen das Insolvenzrisiko des Bauträgers abgesichert werden, sowie durch die Verpflichtung des Bauträgers zur Absicherung bestimmter Gewährleistungsrisiken durch Einführung eines zwingenden Haftrücklasses weiter verbessert.

<sup>1</sup> H. Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 2 BTVG Rz 30 § 2 Rz 28; s auch § 2 Rz 3; vgl auch Prader, Glosse zu 3 Ob 6/16b immolex 2016/47 (152); ggt LG Leoben 1 R 113/15g.

<sup>2</sup> Aufner/S. Bydlinski, BTVG<sup>2</sup> § 1 Rz 1; Gartner, BTVG<sup>5</sup> § 1 Rz 1; Pittl, BTVG<sup>3</sup> 35; Würth in Rummel<sup>5</sup> Vor § 1 BTVG Rz 1; 7 Ob 272/99x; 4 Ob 56/03v RdW 2003/610, 696 = JBl 2003, 640 (Staudegger).

## B. Anwendungsbereich

- 3 Die Prüfung der Anwendbarkeit des BTVG obliegt dem **Vertragsverfasser**. Auf die Bestimmung des § 1300 ABGB kommt es insoweit nicht an.<sup>3</sup> § 1 Abs 1 Satz 1 stellt klar, dass alle Verträge, die die entgeltliche Herstellung und Überlassung von Wohnungen und Gebäuden zum Gegenstand haben, in den Anwendungsbereich des BTVG fallen, wenn der Erwerber vor der Fertigstellung **vereinbarungsgemäß Zahlungen** von mehr als EUR 150 pro Quadratmeter Nutzfläche an den Bauträger oder Dritte entrichten muss. Dabei ist es unerheblich, ob der vereinbarte Preis für das Vertragsobjekt auf einmal zur Gänze oder in mehreren Raten entrichtet wird, sofern die zu erbringende Leistung den oben genannten Betrag übersteigt. Hinsichtlich des Begriffs der Nutzfläche verweist der Gesetzestext auf die Bestimmungen des WEG 2002 (§ 2 Abs 7 und § 7 WEG 2002). Daraus ergibt sich, dass unter Nutzfläche die gesamte Bodenfläche eines Wohnungseigentumsobjekts abzüglich der Wandstärken sowie der im Verlauf der Wände befindlichen Durchbrechungen und Ausnehmungen zu verstehen ist. Treppen, offene Balkone und Terrassen sowie Zubehörobjekte sind bei der Berechnung der Nutzfläche nicht zu berücksichtigen; für Keller- und Dachbodenräume gilt dies jedoch nur, soweit sie ihrer Ausstattung nach nicht für Wohn- oder Geschäftszwecke geeignet sind. Allerdings ist die **Nutzflächendefinition**, auf die in § 1 Abs 1 verwiesen wird, mit dem Nutzflächenbegriff des WEG nicht ident, was nicht erst seit der BTVG-Novelle 2008 der Fall ist. So hat § 1 Abs 1 WEG 1975 neben den Wohnungen ebenso wie § 2 Abs 2 WEG 2002 auch sonstigen selbstständigen Räumlichkeiten den Status eines selbständigen WE-Objekts zuerkannt. Und auch nach § 1 Abs 1 WEG 1975 wurden dafür beispielhaft „selbständige Geschäftsräume“ sowie „selbständige in sich geschlossene Räume zur Einstellung von Kraftfahrzeugen“ genannt, die sowohl nach § 6 WEG 1975 als auch § 2 Abs 7 WEG 2002 nutzflächenrelevant waren/sind. Die Tatsache, dass seit dem WEG 2002 auch Kfz-Stellplätze nur mehr eigenständige WE-Objekte sein können, ändert nichts daran, dass der Gesetzgeber des BTVG den Schutz bewusst ausschließlich für Wohn- und Geschäftsräume, nicht aber für Garagen<sup>4</sup> oder Kfz-Abstellplätze normiert hat. Entgegen *Vonkilch*<sup>5</sup> liegt in der BTVG-Novelle 2008 kein Anpassungsversäumnis. Nach dem **Gesetzeswortlaut soll der Schutz nur Wohnungen und Geschäftsräumen, nicht jedoch sonstigen WE-Objekten** zukommen, was im Hinblick auf den Schutzcharakter des BTVG durchaus Sinn macht. Erwähnt sei, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens Wohnungseigentum an einem Kfz-Abstellplatz auch in einer dafür ausschließlich zum Abstellen von Kraftfahrzeugen gewidmeten Baulichkeit möglich war. Allerdings besteht davon dann eine Ausnahme, wenn der **Verkauf nicht einzeln, sondern gemeinsam erfolgt**, sohin der eigentliche Vertragsgegenstand<sup>6</sup>, auf den die Sicherung im BTVG in dessen § 4 Abs 1 Z 1 und § 7 Abs 5 abstellt, aus einem „geschützten“ (= Wohnung oder Geschäftsraum) und einem „ungeschützten“ Objekt (= Garage, Kfz-Abstellplatz) besteht. Für diesen Fall kommt grds das BTVG gemäß § 1 Abs 1 zur Anwendung, wobei nur sich auf die Wohnung bzw den Geschäftsraum beziehende Zahlungen zu berücksichtigen sind, während Fälligkeit nach § 7 Abs 4 und Ende der Sicherungspflicht nach § 7 Abs 5 dann vorliegen, wenn die maßgeblichen Voraussetzungen für den einheitlichen eigentlichen Vertragsgegenstand, sohin das „geschützte“

3 4 Ob 48/19s immolex 2019/105 (zust *H. Böhm*) = wobl 2020/60 (*Reich*).

4 Diesen kommt schließlich eine eigenständige Bedeutung iZm der Begrifflichkeit der sonstigen selbstständigen Räumlichkeit zu (*Ofner* in GeKo Wohnrecht II § 2 WEG Rz 20).

5 wobl 2008, 203 (211); diesem folgend *Friedl* in *Illedits*<sup>4</sup> § 2 BTVG Rz 13.

6 Nach § 7 Abs 5 BTVG idF vor der BTVG-Novelle 2008 als Vertragsobjekt bezeichnet.

und das „ungeschützte“ Objekt vorliegen.<sup>7</sup> Auf die inhomogene Rsp im Zusammenhang mit einem bautechnisch fix verbundenen Carport, das der 7. Senat in 7 Ob 43/23h contra legem als Zubehör-Objekt wertet, sei hingewiesen.

Das BTVG gilt für alle Erwerber, ungeachtet ihrer Eigenschaft als Verbraucher oder Unternehmer. Für **Verbraucher ist insoweit eine Besserstellung** vorgesehen, als die Bestimmungen des BTVG diesfalls als **zwingendes Recht** anzusehen sind, während bei Unternehmern eine größere Freiheit in der Vertragsgestaltung zulässig ist. Die Grenzen dieser freien Vertragsgestaltung finden sich jedoch in Generalklauseln wie bspw in § 879 ABGB; Verstöße gegen § 879 Abs 3 ABGB schlagen daher ebenso wie solche nach § 38 Abs 1 WEG direkt durch. Aufgrund des **Auslegungsmonopols** des EuGH und der nicht auf Verbraucher beschränkten Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB spricht uE die diesbezügliche Rsp des EuGH<sup>8</sup> dafür, dass auch im B2B-Bereich eine geltungserhaltende oder sonstige Reduktion zum Schutz des Bauträgers ausscheidet. Gemäß § 1 Abs 2 bleiben Vorschriften, die für den Erwerber günstiger sind, unberührt, sodass das BTVG nur solche gesetzlichen Vorschriften verdrängt, die für den Erwerber als ungünstiger als das BTVG zu qualifizieren sind.<sup>9</sup>

4

## C. Fertigstellung

Unter dem Begriff der Fertigstellung ist die Herstellung des vertraglich vereinbarten Bauzustandes zu verstehen.<sup>10</sup> Daraus ergibt sich, dass **Fertigstellung nicht mit Bezugsfertigkeit gleichgesetzt** werden kann, sondern der vertraglich vereinbarten Leistung der Vorrang zukommt. Dies entspricht auch den Bedürfnissen der Bauwirtschaft und der Erwerber, wobei Letztere insbesondere in der Möglichkeit, Bauleistungen selbst erbringen zu können, ein Sparpotenzial erblicken. Daher finden sich auch in den Angeboten teilweise verschiedene Ausbaustufen, wie bspw Edelrohbau, belagsfertig oder schlüsselfertig.<sup>11</sup> Festzuhalten ist, dass nach den Materialien im Zweifel der Begriff der Fertigstellung auch die Fertigstellung der der gemeinsamen Benützung dienenden Anlagen, also auch der Außenanlagen, umfasst. Dies **gilt uE daher auch für Sonder- und Zusatzleistungen**,<sup>12</sup> schließlich sollte damit durch die BTVG-Novelle der „Flucht“ aus dem BTVG<sup>13</sup> vorgebeugt werden. Ebenfalls vom Begriff der Fertigstellung mitumfasst sind die Erfordernisse des Vorliegens der im Zusammenhang mit der Errichtung des Bauträgerobjekts notwendigen baubehördlichen Genehmigungen sowie die Einhaltung der einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen.<sup>14</sup> Aber auch bei **Vereinbarung zum Selbstausbau und vereinbarter Fälligkeit** erst nach Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes zu

5

<sup>7</sup> So auch Prader, BTVG<sup>4,15</sup> § 4 Anm 1.

<sup>8</sup> E C-691/21, *Cafpi und Aviva assurances*.

<sup>9</sup> Vgl dazu ausf Pittl, BTVG<sup>3</sup> 35.

<sup>10</sup> Würth in Rummel<sup>5</sup> § 1 Rz 2; Aufner/S. Bydlinksi, BTVG<sup>2</sup> § 1 Rz 2.

<sup>11</sup> Dies inkludiert aber, worauf Pittl, BTVG<sup>3</sup> 29, zutreffend hinweist, noch keinen Verzicht auf die Fertigstellung der Gesamtanlagen.

<sup>12</sup> Pittl, BTVG<sup>3</sup> 27; Friedl in Illedits<sup>4</sup> § 2 BTVG Rz 49.

<sup>13</sup> Gartner, BTVG<sup>5</sup> § 1 Rz 5; Pittl, BTVG<sup>5</sup> 9; Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269.

<sup>14</sup> Vgl dazu auch die ÖNORM B 2120; 8 Ob 79/21g immolex 2021/167 (zust H. Böhm/Prader) = ImmoZak 2021/49 (zust B. Dobler) = wobl 2022/72 (zust Pittl); dies dabei nicht nur für behördliche Benützungsbewilligungen, sondern auch für die in den meisten Bundesländern (s Prader/Walzel von Wiesentreu, immolex 2014, 134 [136]) normierten Fertigstellungsmeldungen: H. Böhm/Prader, Glosse zu immolex 2021/167.

diesem Zweck folgt damit nicht die Unanwendbarkeit des BTVG an sich. Schließlich ändert dies an der **Verpflichtung zur Fertigstellung der Gesamtanlage nichts** und kommt daher das BTVG uE mangels Fehlens der darauf gerichteten Benützungserlaubnis dennoch zur Anwendung, da die zum Selbstausbau vereinbarte vorzeitige Übergabe keineswegs die **Benützungserlaubnis** für die Gesamtanlage substituieren kann.<sup>15</sup> Der Erwerb ist erst mit Vorliegen dieser aus baurechtlicher Sicht gesichert.<sup>16</sup>

Durch diesen Fertigstellungsbegriff ist uE auch davon auszugehen, dass das BTVG bei einer unwirksamen (**Anlagen-)Contractingvereinbarung**<sup>17</sup> und auch **Eigentumsvorbehalten** trotz vermeintlicher Fertigstellung und damit Abschluss eines herkömmlichen Kaufvertrages noch anwendbar ist.<sup>18</sup> Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich dadurch, dass der Bauträgervertrag uE als **typengemischter Vertrag jedenfalls nicht nur Elemente eines Werk- und Kaufvertrages**, sondern auch eines **Bevollmächtigungsvertrages** enthält. In Anwendung des in § 1151 Abs 2 ABGB statuierten Kombinationsprinzips bedeutet dies, dass die Rechte und Pflichten aus dem Bauträgervertrag nach jenem Vertragstyp zu beurteilen sind, dem sie rechtlich zuzuordnen sind. Die Fertigstellung umfasst neben der Herstellung des Werks auch die Verschaffung des (Mit-)Eigentumsrechts und ist daher uE werkvertragsrechtlich zu beurteilen.<sup>19</sup> Da dies beim Anlagencontracting erst nach Ende der Laufzeit der Fall ist, ist die Fertigstellung sohin vorher nicht erfüllt und uE das BTVG anwendbar.

- 6 Auch wenn man mit 5 Ob 160/22y<sup>20</sup> von einem „**Sonderwunsch**“<sup>21</sup> (wie sich ein solcher zu einem für die Erteilung der Baubewilligung erforderlichen für Wohn- und Geschäftszwecke essenziellen Ausstattungsmerkmal verhält, bleibt unklar) ausgeht,<sup>22</sup> stellt sich die Frage, wie diese Auffassung zu den zu sichernden Sonderwünschen (bei **Schlüsselfertigkeit** als Teil der erforderlichen Fertigstellung) steht. Würde nämlich eine **Heizanlage** geschuldet, wäre diese dann (als Sonderwunsch)<sup>23</sup> zu sichern.<sup>24</sup> Damit muss dann aber auch das BTVG anwendbar sein, wenn vor Fertigstellung mehr als EUR 150 pro m<sup>2</sup> fällig sind, da ja auch die Fertigstellung

15 IdS Prader, BTVG<sup>4.15</sup> § 7 Anm 3; ggt H. Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 1 BTVG Rz 16 (zutr hingegen § 10 Rz 55), die uE aber nicht bedenken, dass es keine Bezugsfertigstellung für ein einzelnes Objekt gibt, sondern eine solche die Fertigstellung der Gesamtanlage voraussetzt, sofern es sich nicht um für diese Thematik nicht einschlägige Teilbenutzungsbewilligungen handelt (dazu Prader/Walzel von Wiesentreu, immolex 2014, 134).

16 Prader/B. Dobler, immoZak 2021, 183.

17 Vgl dazu ebenso wie beim Eigentumsvorbehalt § 7 Rz 25.

18 Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; Prader, WGG/BTVG<sup>4.15</sup> § 1 Anm 1; s auch Pittl/Prader, wobl 2017, 257 und § 7 Rz 21 und 25; explizit ggt aber H. Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 1 BTVG Rz 4 (FN 4).

19 8 Ob 157/99t RdW 2000/303, 346; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1166; Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; s auch § 2 Rz 2.

20 immo aktuell 2023/22, 136 (Höllwerth) = Zak 2023/311, 176 = ImmoZak 2023/26, 55 (abl Rosifka).

21 Rosifka, Glosse zu ImmoZak 2023/26, 55.

22 Zum Konflikt mit der dort vertretenen Ansicht, dass es keiner Aufschlüsselung dieser Kosten für die Heizanlage bedürfe dies auch im Konnex mit § 4 Abs 1 Z 3 und Abs 3: Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; s auch § 4 Rz 11 und abl dazu generell Rosifka, Glosse zu ImmoZak 2023/26, 55.

23 Schließlich gibt der Bauträger den Professionisten vor und hat damit jedenfalls eine Berücksichtigung beim Preis und der Sicherung zu erfolgen (Friedl in Illedits<sup>4</sup> § 2 BTVG Rz 54). Insoweit zutr Rosifka, Glosse zu ImmoZak 2023/26, 55; Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269.

24 S im Detail § 4 Rz 11 und § 10 Rz 29; s auch zu § 7 Rz 21ff und § 8 Rz 8.

von Sonderwünschen erfolgt sein muss; andernfalls könnten diese auch nicht in den Preis aufgenommen und gesichert werden.<sup>25</sup> Ist das BTVG anwendbar, hat aber auch gesichert zu sein, dass die Heizanlage (nach Ablauf der Laufzeit) in das **Miteigentum der Erwerber übertragen** wird.<sup>26</sup> Vor erfolgter Sicherung sind sohin keine Zahlungen fällig, schon gar nicht die Raten e, f und g bzw tritt das Sicherungsende gemäß § 7 Abs 5 nicht ein. Dabei spielt es keine Rolle, ob man nun von einem Sonderwunsch ausgeht oder nicht. Schließlich sollte durch die explizite Anführung der Sonder- und Zusatzleistungen in der BTVG-Novelle 2008 sichergestellt werden, dass die „Flucht“ aus dem BTVG eingedämmt wird.<sup>27</sup> Daher müssen jedenfalls **solche Sonder- und Zusatzleistungen für die Fertigstellung vollendet sein, die für die Nutzung (und Baubewilligung) des Objekts erforderlich und damit Vertragsgrundlage sind.** Umso mehr gilt dies daher für eine Heizanlage, die ja Grundlage der Erlangung der Baubewilligung ist.<sup>28</sup> Insoweit sind daher **Sonder- und Zusatzleistungen für die Fertigstellung gleich zu werten.**<sup>29</sup>

## D. Zu berücksichtigende Zahlungen

Da in der Praxis immer wieder Fragen aufgeworfen wurden, welche Zahlungen an den Bauträger oder an Dritte bei der Berechnung der Schwelle, ab der Zahlungen des Erwerbers zur Anwendung des BTVG führen, zu berücksichtigen sind, wurde durch die Novelle 2008 versucht, eine Klärung durch Einfügung des Satz 2 in § 1 Abs 1 herbeizuführen. Schon in der Vergangenheit wurde die Auffassung vertreten, dass sowohl Aufschließungskosten, Gebühren, Abgaben und Steuern (darunter auch die Umsatzsteuer) als auch die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung zur Berechnung des Schwellenwerts heranzuziehen sind.<sup>30</sup> Seit der Novelle 2008 sollen auch Vorauszahlungen des Erwerbers, mit denen Sonder- oder Zusatzleistungen, die vom Bauträger angeboten oder vorgegeben werden, bei der Berechnung des Schwellenwerts von EUR 150 pro Quadratmeter berücksichtigt werden.<sup>31</sup> Diese **Sonder- oder Zusatzleistungen** müssen im Zusammenhang mit dem geschlossenen Bauträgervertrag stehen; ist der Erwerber diesbezüglich aber nicht durch vertragliche Vereinbarungen gebunden, bleiben diese Zahlungen nach den Materialien für die Beurteilung, ob das BTVG zur Anwendung gelangt, außer Betracht.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; s im Detail § 4 Rz 11.

<sup>26</sup> Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; Prader/B. Dobler, immoLex 2021, 183 (184), die auch die Erlangung des Miteigentums als Teil der zu sichernden Rechtsstellung werten; ähnlich schon Pittl/Prader, wobl 2017, 257 (258); ggt H. Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 1 BTVG Rz 4.

<sup>27</sup> Gartner, BTVG<sup>5</sup> § 1 Rz 5; Pittl, BTVG<sup>5</sup> 9.

<sup>28</sup> Punkt 10.2 OIB-Richtlinie 3, die in allen Bundesländern verpflichtend ist.

<sup>29</sup> Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269; weiter idS Pittl, BTVG<sup>5</sup> 27; Friedl in *Illedits*<sup>4</sup> § 2 BTVG Rz 49.

<sup>30</sup> Aufner/S. Bydlinski, BTVG<sup>2</sup> § 1 Rz 4; Prader, WGG/BTVG<sup>4,15</sup> § 1 Anm 1.

<sup>31</sup> Vorgegeben sind nach Gartner, BTVG<sup>5</sup> § 1 Rz 7, Sonder- oder Zusatzleistungen dann, wenn der Bauträger dem Erwerber die Person des dritten Professionisten oder Leistungserbringers oder die mögliche Qualität oder Quantität dieser Leistungen vorschreibt. Zum weiteren Meinungsstand, *Vonkilch*, wobl 2008, 203; Friedl in *Illedits*<sup>4</sup> §§ 1, 2 BTVG Rz 53: „vorgegebene Sonder- und Zusatzleistung“ ist als Vorgabe in der Person des Professionisten zu verstehen“; s auch § 4 Rz 13.

<sup>32</sup> Ansonsten sind diese einzubeziehen und zu sichern: Friedl in *Illedits*<sup>4</sup> § 2 BTVG Rz 54; s dazu zum Anlagencontracting gegen den OGH 5 Ob 160/22f immo aktuell 2023/22, 136 (*Höllwerth*) = Zak 2023/311, 176 = ImmoZak 2023/26, 55 (abl *Rosifka*): Pittl/Prader, Zak 2023/477, 269 und Rz 3 sowie § 4 Rz 11.

Zu beachten ist weiters, dass Zahlungen,<sup>33</sup> die der Erwerber für vom Bauträger angebotene oder vorgegebene Sonder- oder Zusatzleistungen entrichten muss, der Sicherungspflicht des Bauträgers gemäß § 7 unterliegen. Strittig ist, ob und inwieweit Gewährleistungsansprüche Gegenstand der Sicherungspflicht sind.<sup>34</sup>

- 8 Als offenbar weiteres strittiges Tatbestandsmerkmal erweist sich das Wort „**vereinbarungsgemäß**“. Klar ist, dass eine **freiwillige vorzeitige Zahlung** des Erwerbers **nicht** zum Anwendungsbereich des BTVG führen kann. § 1 Abs 1 erfasst nach seinem Wortlaut jedenfalls Zahlungen des Erwerbers, die auf einer vertraglichen Grundlage zu leisten sind und die tatsächlich vor Fertigstellung erbracht werden. Es kommt also uE im Hinblick auf den Geltungsbereich des BTVG darauf an, dass zwar die Zahlung als solche „vereinbarungsgemäß“<sup>35</sup> erfolgt ist, bezogen auf die Fertigstellung ist aber nicht der „vereinbarte“, sondern der tatsächliche Fertigstellungszeitpunkt maßgeblich. Daher wäre uE richtigerweise das BTVG anzuwenden, wenn zwar Fälligkeit nach Fertigstellung vereinbart wird, diese aber faktisch vor tatsächlicher Fertigstellung oder Vorliegen der behördlichen **Benützungserlaubnis** oder trotz **Eigentumsvorbehalts**<sup>36</sup> oder unzulässigen **Contractings**<sup>37</sup> erfolgt.<sup>38</sup> Zudem wären uE auch **mündlich oder konkludent**<sup>39</sup> vom Vertrag abweichende Zahlungsvereinbarungen beachtlich, da sich das Schriftformgebot auf den Bauträgervertrag an sich bezieht, dies aber nicht ausschließt, dass bei ursprünglicher Unanwendbarkeit des BTVG nachträglich durch Vereinbarung dessen Anwendungsbereich, etwa durch Verlagerung der Fälligkeit, zum Tragen kommt.
- 9 Nach Ansicht des OGH gehören die Beschaffung des Grundstückes, die Bewertung seiner Lage und die Prüfung seiner Eignung für den gewünschten Bauzweck sowie das Abschätzen der Bodenbeschaffenheit zu den typischen Leistungen eines Bauträgers.<sup>40</sup> Das Risiko erhöhter Baukosten beim Bauträgervertrag trifft mangels gegenteiliger Vereinbarung den das Grundstück beschaffenden Bauträger.<sup>41</sup> Er hat dieses daher grds in den von ihm geforderten Fixpreis einzukalkulieren; will er es gesondert überwälzen, kann er einen deswegen veränderlichen Preis iSd § 4 Abs 1 Z 2 vereinbaren.<sup>42</sup>
- 10 Zu problematischen Klauseln in den Bauträgerverträgen vgl auf *Pittl*, BTVG<sup>3</sup>, 36 und *Gottardis*, Die verbraucherrechtliche Dimension des Bauträgervertragsrechts (2020); zu unzulässigen Änderungen *Pittl/Gottardis*, in FS ÖGEBAU, 305 ff.

33 Darunter werden nach *Gartner*, BTVG<sup>5</sup> § 1 Rz 25 ff auch Zahlungssurrogate wie bspw Wertpapiere oder Bankgarantien verstanden.

34 Eine solche verneinend: 8 Ob 113/04g RdW 2005/364, 353 = ecolex 2005/317 (*Friedl*) = wobl 2006/14 (*Pittl*); zur Wiedergabe des aktuellen Meinungsstandes vgl Wiedergabe des aktuellen Meinungsstandes bei *Gartner*, BTVG<sup>5</sup> § 7 Rz 27 ff; s auch § 7 Rz 2 sowie *H. Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 7 Rz 17.

35 Also nicht die Zahlung auf das Treuhandkonto (s § 4 Rz 14), sondern die Weiterleitung an den Bauträger oder allenfalls einen diesem gleichgestellten Dritten.

36 S § 7 Rz 21ff.

37 S § 7 Rz 25 und *Prader*, BTVG<sup>4,14</sup> § 1 Anm 1.

38 Ggt explizit *H. Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 1 Rz 4.

39 Wobei dies aber wohl schwerlich beweisbar sein wird.

40 *Kallinger*, Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers, *immolex* 2002, 259.

41 Vgl dazu *Engin-Deniz*, BTVG<sup>2</sup> § 4 Rz 1.

42 2 Ob 270/03z RdW 2004/187, 215.