

# TE OGH 2006/8/29 5Ob151/06a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.08.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch, Dr. Kalivoda, Dr. Höllwerth und Dr. Grohmann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Peter Lechner, Dr. Hermann Pfurtscheller, Rechtsanwälte in Innsbruck, und der auf Seiten der klagenden Partei beigetretenen Nebenintervenienten 1) Dr. Georg P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hansjörg Zink, Dr. Georg Petzer, Dr. Herbert Marschitz, Dr. Peter Petzer, Rechtsanwälte in Kufstein, 2) U\*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\*

3) S\*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Peter Föger, Mag. Hanno Pall, Mag. Martin Schallhart, Rechtsanwälte in Wörgl, und 4) DI Markus M\*\*\*\*\*, vertreten durch Hausberger, Moritz, Schmidt, Rechtsanwälte in Wörgl, gegen die beklagte Partei C\*\*\*\*\* (vormals: Q\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Ingrid Stöger, Dr. Roger Reymann, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen EUR 272.998,48 sA, über die Revision der beklagten Partei (Revisionsinteresse EUR 239.826,67 sA), gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 16. März 2006, GZ 2 R 17/06a-80, mit dem das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 1. Oktober 2005, GZ 5 Cg 197/03d-67, in der Hauptsache bestätigt und im Kostenpunkt abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, folgende Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen:

1. 1.Ziffer eins  
der klagenden Partei EUR 2.304,18 (darin enthalten EUR 384,03 USt)
2. 2.Ziffer 2  
dem ersten Nebenintervenienten EUR 1.892,52 (darin enthalten EUR 315,42 USt)
3. der dritte Nebenintervenientin EUR 2.303,64 (darin enthalten EUR 383,94 USt).

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Bauträgersgesellschaft war seit dem Jahr 1994 Alleineigentümerin einer geldlastenfreien Liegenschaft im Stadtzentrum von Wörgl und beabsichtigte die Errichtung eines Hochhauses mit Erdgeschoß und sieben Obergeschoßen und einem mehrstöckigen Nebengebäude. Bereits im Mai 2000 interessierte sich der Geschäftsführer der beklagten GmbH für den Kauf von nicht schlüsselfertig ausgeführten Geschoßen 4-7 im Hochhaus um einen kalkulierten Quadratmeterpreis von brutto ATS 27.966. Die Stadtgemeinde bewilligte am 9. 1. 2001 die Errichtung des Gebäudekomplexes. Bei der Bauausschusssitzung vom 15. 11. 2000 war die geplante Gestaltung des Hochhauses auf drei Seiten als ganzflächige Glasfassade heftig kritisiert und die Klägerin auf die Notwendigkeit einer Überarbeitung des eingereichten Vorschlages hingewiesen worden.

Während der Bauarbeiten kaufte die Beklagte mit Vertrag vom 26. 9. 2001 vier Einheiten im Hochhaus (Stockwerke 4-7), ein Objekt im Nebengebäude und 12 Tiefgaragenabstellplätze um einen Gesamtkaufpreis von ATS 16.252.331,89/EUR 1,181.103,02. Davon entfielen ATS 3 Mio auf die Grundkosten und ATS 13,252.231,89 auf die Baukosten. Der vertraglich festgelegte Zahlungsplan sah folgende Zahlungen vor: je 25 % bei Baubeginn und nach Fertigstellung des Rohbaues und des Daches (Pappe), 17,5 % nach Fertigstellung der Rohinstallation, 15 % nach Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung, 12,5 % nach Bezugsfertigstellung, 5 % nach Fertigstellung der gesamten Anlage, spätestens bei Schlüsselübergabe. Sämtliche Zahlungen sollten auf das Konto des ersten Nebenintervenienten erfolgen, der von der Käuferin mit der Errichtung dieses Vertrages betraut worden war und als bestellter Treuhänder den Auftrag erhalten hatte, die Zahlungen unverzüglich an die Verkäuferin weiterzuleiten, wenn und solange die Lastenfreiheit der erworbenen Liegenschaft gewährleistet und auch der entsprechende Baufortschritt gegeben seien. Die Sicherung des Erwerbers sollte gemäß § 9 und § 10 Bauträgervertragsgesetz (BTVG) durch die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums nach den §§ 23 ff WEG erfolgen (Punkt 14). Während der Bauarbeiten kaufte die Beklagte mit Vertrag vom 26. 9. 2001 vier Einheiten im Hochhaus (Stockwerke 4-7), ein Objekt im Nebengebäude und 12 Tiefgaragenabstellplätze um einen Gesamtkaufpreis von ATS 16.252.331,89/EUR 1,181.103,02. Davon entfielen ATS 3 Mio auf die Grundkosten und ATS 13,252.231,89 auf die Baukosten. Der vertraglich festgelegte Zahlungsplan sah folgende Zahlungen vor: je 25 % bei Baubeginn und nach Fertigstellung des Rohbaues und des Daches (Pappe), 17,5 % nach Fertigstellung der Rohinstallation, 15 % nach Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung, 12,5 % nach Bezugsfertigstellung, 5 % nach Fertigstellung der gesamten Anlage, spätestens bei Schlüsselübergabe. Sämtliche Zahlungen sollten auf das Konto des ersten Nebenintervenienten erfolgen, der von der Käuferin mit der Errichtung dieses Vertrages betraut worden war und als bestellter Treuhänder den Auftrag erhalten hatte, die Zahlungen unverzüglich an die Verkäuferin weiterzuleiten, wenn und solange die Lastenfreiheit der erworbenen Liegenschaft gewährleistet und auch der entsprechende Baufortschritt gegeben seien. Die Sicherung des Erwerbers sollte gemäß Paragraph 9 und Paragraph 10, Bauträgervertragsgesetz (BTVG) durch die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums nach den Paragraphen 23, ff WEG erfolgen (Punkt 14).

Punkt 4 des Vertrages nannte als spätesten Übergabetermin den 30. 6. 2002. Für den Fall einer verspäteten Übergabe vereinbarten die Parteien eine Vertragsstrafe von ATS 12.000 pro begonnenem Kalendertag der verspäteten Übergabe; ausgenommen die Übergabe der Wohnung im Nebengebäude.

Punkt 11 des Vertrages enthielt die Regelung, dass Änderungen und Ergänzungen unter anderem dieses Vertrages nur gültig sind, wenn sie schriftlich niedergelegt und von allen Vertragsteilen unterfertigt werden.

Der Vertragsurkunde waren vier Grundrisspläne für die Geschoße 4-7 angeschlossen, aus denen für jeden Laien ersichtlich war, dass keinesfalls eine vollflächige Glasfassade errichtet werden sollte. Die Parteien hatten mündlich eine Gestaltung des Hochhauses ohne vollflächige Glasfassade vereinbart, was dem Geschäftsführer der Beklagten bei Unterfertigung einer der Vertragsurkunde angeschlossen, eine Glaskonstruktion vorsehenden technischen Beschreibung (Stand 5. 6. 2000) durchaus bewusst war. Die ebenfalls der Vereinbarung vom 29. 6. 2001 angeschlossen und ebenfalls vom Geschäftsführer der Beklagten unterfertigte technische Beschreibung (Stand 6. 2. 2001) sah für die Gestaltung der Fassade vom 2. bis zum

7. Obergeschoß des Hochhauses nicht mehr ausdrücklich eine Glasfassade vor, die Gestaltung dieses Fassadenteils sollte vielmehr in Abstimmung mit der Baubehörde erfolgen.

Vereinbart wurde neben sonstigen Änderungen der Zubau eines 8. Obergeschoßes aufgrund eines Sonderwunsches der Beklagten, die das 7. Obergeschoß nicht als Büro-, sondern als Wohnfläche verbunden mit einem teilweisen Ausbau der darüber liegenden Fläche als teils Dachterrasse/teils Wohnung erwerben wollte. Die Beklagte beauftragte eine Architektin sowohl mit der Fassadengestaltung als auch der Umsetzung der auf den Ausbau des 7. Obergeschoßes bezogenen Änderungswünsche. Am 22. 4. und am 3. 7. 2002 reichte die Klägerin die geänderten Pläne einschließlich eines von der Architektin der Beklagten geplanten Fassadenentwurfes ein. Die geänderten Pläne wurden mit Bescheid vom 29. 8. 2002 bewilligt.

Die Streitteile hatten bereits im September 2001 mündlich vereinbart, den von der Beklagten zu beauftragenden Unternehmen unabhängig vom Übergabetermin ehestmöglich die Möglichkeit einzuräumen, in Abstimmung mit den von der Klägerin herbeigezogenen Unternehmen die Arbeiten auf der Baustelle durchzuführen. Die von der Beklagten beauftragten Unternehmen waren daher bereits ab März/April 2002 auf der Baustelle tätig. Am 30. 6. 2002 waren die

Bauarbeiten daher schon weiter fortgeschritten, als es die im Vertrag enthaltene Baubeschreibung vorgesehen hatte. Die Parteien vereinbarten deshalb mündlich, auf eine förmliche Übergabe zu verzichten. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 1. 7. 2002 jedoch erklärte, der Verzicht auf die formelle Übergabe beinhalte keinen solchen auf ein allfälliges Pönale, organisierte der Geschäftsführer der Klägerin am 3. 7. 2002 eine Begehung. Als der Geschäftsführer der Beklagten die Ansicht vertrat, dass eine Fertigstellung im Sinne der Vereinbarungen noch nicht gegeben sei, untersagte die Klägerin die Tätigkeit der von der Beklagten beauftragten Unternehmen auf der Baustelle. Darüber hinaus gab es Differenzen zur Zahlungsweise der Beklagten. Die Klägerin hatte zwar in der Vergangenheit geduldet, dass entgegen der schriftlichen Vereinbarung die Mehrwertsteuerbeträge nicht tatsächlich bezahlt, sondern im Wege der Überrechnung über das Finanzamt beglichen wurden. Sie weigerte sich nun aber, diese Vorgangsweise weiter zu akzeptieren.

Angesichts dieser Situation schaltete der Geschäftsführer der Klägerin den ersten Nebenintervenienten zur Streitschlichtung ein. Nachdem auch der Geschäftsführer der Beklagten telefonisch ersucht hatte, „das Ganze aus der Welt zu schaffen“, kam es zu einem Gespräch zwischen dem ersten Nebenintervenienten und dem Geschäftsführer der Beklagten am 9. 7. 2002. Dabei verzichtete der Geschäftsführer der Beklagten auf eine Pönale bis zu dem nunmehr mit 20. 8. 2002 neu festgesetzten förmlichen Übergabetermin, was die Zustimmung der Klägerin fand.

Entgegen der vertraglichen Vereinbarung wurde vorerst die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum nicht eingetragen. Der erste Nebenintervenient vertrat die Auffassung, er habe bei Gewähr der Lastenfreiheit die eingegangenen Beträge weiterzuleiten. Tatsächlich verfügte er seit 13. 7. 2001 über eine Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung. Darüber hinaus hatte er ein Schreiben der Hausbank der Klägerin vom 23. 4. 1996 mit folgendem Inhalt erhalten:

„Uns ist bekannt, dass Sie als Treuhänder für die Firma.....(Klägerin) für deren Bauvorhaben die Teilkaufpreise der Wohnungsinteressenten erhalten, wobei diese sodann umgehend abgeschöpft und an uns auf die jeweiligen Abwicklungskonten für die einzelnen Bauvorhaben weitergeleitet werden.

Wir verpflichten uns unwiderruflich, über Ihre Anforderung derart weitergeleitete Geldbeträge auf ihr Treuhandkonto binnen acht Tagen zurückzuüberweisen. Diese Verpflichtung gilt bis zur grundbücherlichen Einverleibung des Eigentumsrechtes und der Schlüsselübergabe für die Eigentumswohnung des jeweiligen Kaufinteressenten.“

Bei Erörterung der Sachlage am 9. 7. 2002 verzichtete der Geschäftsführer der Beklagten auf die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum, weil ihm die Ranganmerkung, die Garantieerklärung und die gute „Situierung“ der Klägerin bekannt war und alle Beteiligten davon ausgingen, dass die Errichtung des „grundbuchsfähigen“ Vertrages samt Einverleibung des Eigentumsrechtes in Kürze erfolgen werde. Im Gegenzug dafür war die Klägerin nicht nur mit der weiteren Überrechnung der Mehrwertsteuerbeträge einverstanden, sondern gewährte auch sofort den von der Beklagten beauftragten Professionisten wieder den Zugang zur Baustelle. Die Beklagte verlangte in der Folge doch die erwähnte Anmerkung, die mit Beschluss vom 7. 8. 2002 hinsichtlich der fünf Objekte (ohne die Garagenabstellplätze) bewilligt wurde. Der erste Nebenintervenient hatte eine gesonderte Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an den 12 Tiefgaragenabstellplätzen nicht veranlasst.

Vor dem 7. 8. 2002 hatte die Beklagte folgende Beträge an den ersten Nebenintervenienten als Treuhänder gezahlt, der sie wie folgt weiterleitete:

EUR 295.275,76: Eingang 18. 10. 2001, Ausgang 22. 10. 2001

EUR 295.275,76: Eingang 27. 3. 2002, Ausgang 28. 3. 2002,

EUR 206.693,03: Eingang 3. oder 4. 7. 2002, Ausgang 5. 7. 2002. Die bei den erstgenannten Beträgen zu entrichtende Umsatzsteuer von jeweils EUR 59.055,15 wurde jeweils im Weg der Überrechnung per 30. 11. 2001 und 30. 4. 2002 beglichen.

Am 26. 8. 2002 erfolgte eine gemeinsame Begehung des 4. bis 6. Obergeschoßes des Hochhauses verbunden mit der förmlichen Teilübernahme des Innengewerkes.

Die Klägerin begehrt nach Einschränkung EUR 272.998,48 sA aus diesem Bauprojekt. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seien die endgültigen, durch die Sonderwünsche der Beklagten verursachten zusätzlichen Kosten nicht festgestanden. Für die Wohnungseigentumseinheiten im 3. bis 7. Obergeschoß sei ein Quadratmeterpreis von brutto ATS 27.966 festgelegt worden. Für diese vier Geschoße seien ursprünglich vier Abstellplätze in der Tiefgarage

vorgesehen gewesen. Die Klägerin habe exakt die vertraglich vereinbarte, in Zusammenarbeit zwischen der von der Beklagten beauftragten Architektin und dem Architekten der Klägerin erarbeitete Glasfassade samt Mauerwerk und integrierter Fenster errichtet. Lediglich in der - überholten - technischen Baubeschreibung mit Stand 5. 5. 2000 sei eine Posten-Riegel-Konstruktion mit vorgehängter Glasfassade angeführt. Die Pönaleforderung der Beklagten sei aufgrund des Verzichtes und der Verzögerungen durch die Sonderwünsche der Beklagten nicht gerechtfertigt. Die auf § 14 BTVG gestützte Kompensandoeinwendung sei mangels Rückforderung der geleisteten Zahlungen und wegen der ausreichenden Sicherung der Beklagten durch eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung und die Garantie nicht berechtigt. Diese Sicherheit sei einem Erwerber auch nur bis zum Zeitpunkte der Übergabe (30. 6. 2002) zu gewähren. Die Zahlungen seien ohne Mehrwertsteuer geleistet worden. Letztlich habe die Beklagte auf die Zusage der Enräumung von Wohnungseigentum verzichtet. Die Klägerin begehrt nach Einschränkung EUR 272.998,48 sA aus diesem Bauprojekt. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seien die endgültigen, durch die Sonderwünsche der Beklagten verursachten zusätzlichen Kosten nicht festgestanden. Für die Wohnungseigentumseinheiten im 3. bis 7. Obergeschoß sei ein Quadratmeterpreis von brutto ATS 27.966 festgelegt worden. Für diese vier Geschoße seien ursprünglich vier Abstellplätze in der Tiefgarage vorgesehen gewesen. Die Klägerin habe exakt die vertraglich vereinbarte, in Zusammenarbeit zwischen der von der Beklagten beauftragten Architektin und dem Architekten der Klägerin erarbeitete Glasfassade samt Mauerwerk und integrierter Fenster errichtet. Lediglich in der - überholten - technischen Baubeschreibung mit Stand 5. 5. 2000 sei eine Posten-Riegel-Konstruktion mit vorgehängter Glasfassade angeführt. Die Pönaleforderung der Beklagten sei aufgrund des Verzichtes und der Verzögerungen durch die Sonderwünsche der Beklagten nicht gerechtfertigt. Die auf Paragraph 14, BTVG gestützte Kompensandoeinwendung sei mangels Rückforderung der geleisteten Zahlungen und wegen der ausreichenden Sicherung der Beklagten durch eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung und die Garantie nicht berechtigt. Diese Sicherheit sei einem Erwerber auch nur bis zum Zeitpunkte der Übergabe (30. 6. 2002) zu gewähren. Die Zahlungen seien ohne Mehrwertsteuer geleistet worden. Letztlich habe die Beklagte auf die Zusage der Enräumung von Wohnungseigentum verzichtet.

Der Beklagte hält der Klagsforderung folgende - im Revisionsverfahren noch strittige - Einwendungen und Gegenforderungen entgegen:

1. Aus dem Titel Preisminderung eine Minderleistung von EUR 236.329,14 brutto wegen der vertragswidrigen, billigeren Ausführung der Fassade;

1. 2.Ziffer 2

ein Pönale für 57 Tage von EUR 49.708,22;

2. 3.Ziffer 3

einen wegen vorzeitiger Zahlung auf § 14 BTVG gestützten Anspruch auf Zinsen vom jeweiligen Zahlungstag in einer den jeweiligen Diskontsatz der österreichischen Nationalbank um 6 % übersteigenden Höhe. Erst am 19. 8. 2002 sei die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 42 Abs 2 WEG 2002 angemerkt worden, allerdings nicht für die zwölf, um einen Kaufpreis von insgesamt EUR 216.000 erworbenen Abstellplätze. Die Beklagte habe folgende Raten bezahlt: einen wegen vorzeitiger Zahlung auf Paragraph 14, BTVG gestützten Anspruch auf Zinsen vom jeweiligen Zahlungstag in einer den jeweiligen Diskontsatz der österreichischen Nationalbank um 6 % übersteigenden Höhe. Erst am 19. 8. 2002 sei die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß Paragraph 42, Absatz 2, WEG 2002 angemerkt worden, allerdings nicht für die zwölf, um einen Kaufpreis von insgesamt EUR 216.000 erworbenen Abstellplätze. Die Beklagte habe folgende Raten bezahlt:

EUR 354.330,91 am 27. 9. 2001

EUR 354.330,92 am 27. 3. 2002

EUR 206.693,03 am 3. 7. 2002.

Bei einem Diskontsatz der Österreichischen Nationalbank von 2,75 % ab 27. 3. 2002 (davor 3,25 %) ergebe sich vom 27. 9. 2001 bis 19. 8. 2002 eine Zinsforderung von EUR 43.136,30 und vom 19. 8. 2002 bis 3. 3. 2005 eine solche von EUR 86.348,36.

Das Erstgericht stellte die Klagsforderung mit EUR 260.466,67 sA, die Gegenforderung mit EUR 20.640 als zu Recht bestehend fest, gab dem Klagebegehren mit EUR 239.826,67 sA statt und wies das Mehrbegehren von EUR 33.171,81 sA ab. Der Preisminderungsanspruch scheide aufgrund der vertragsmäßigen Ausführung der Glasfassade aus. Die

Pönaleforderung sei aus zwei Gründen unberechtigt: Zunächst habe die Beklagte zumindest bis zum 20. 8. 2002 darauf verzichtet. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass die förmliche Übergabe außerhalb dieses Zeitraumes erfolgt sei. Bei entsprechenden mündlichen Vereinbarungen habe die Beklagte die Büroräumlichkeiten ohnehin rechtzeitig übergeben, weil die Beklagte ab 30. 6. 2002 nicht am selbständigen Weiterausbau gehindert gewesen sei. Der Ausbau des

7. und 8. Obergeschoßes sei auf Risiko der Beklagten ohnehin erst mit 29. 8. 2002 bewilligt worden. Der Verzicht auf die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum beinhalte einen solchen auf den Rückforderungsanspruch nach § 14 BTVG. Darüber hinaus sei ein allfälliger Rückforderungsanspruch durch andere Sicherungsformen hinreichend gesichert worden, nämlich durch a) die Garantieerklärung im Sinn der §§ 8 Abs 1 und 3 BTVG, b) die Ranganmerkung der beabsichtigten Veräußerungen nach § 9 Abs 1 BTVG. Mangels Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches komme eine Zahlungsverpflichtung für Zinsen nicht in Betracht. Erst das mit 1. 7. 2002 in Kraft getretene WEG 2002 habe die Möglichkeit der Begründung von selbständigem Wohnungseigentum an Abstellplätzen eröffnet. Im Vertrag sei bereits eine klare Zuordnung der einzelnen Tiefgaragenabstellplätze zu den einzelnen Wohnungseigentumsobjekten entsprechend der damaligen Rechtslage erfolgt. Zwar hätte der Grundbuchsantrag bereits der geänderten Rechtslage hinsichtlich der Abstellplätze Rechnung tragen müssen, die Beklagte sei aber durch die bereits erfolgte Ranganmerkung in ihrer Sicherstellung nicht beeinträchtigt worden. Ein Antragsteller, dessen Rang nach § 40 Abs 2 und 4 WEG 2002 gesichert bleibe und der infolge der bisherigen Vereinbarungen im Wohnungseigentumsvertrag bereits über eine Widmung der ausschließlichen Nutzung und alleinigen Verfügung über die Abstellplätze im Sinn des § 2 Abs 2 WEG 2002 verfüge, sei in der Lage, nach Anpassung der Urkunden an die neue Rechtslage die grundbücherliche Durchführung seiner Vereinbarungen zu erwirken. Damit sei aufgrund der klaren Zuordnung der Abstellplätze zu den Wohnungseigentumseinheiten eine hinreichende Sicherstellung der Beklagten zum Erwerb von Wohnungseigentum auch an diesen Abstellplätzen gegeben. Die Zubehörswidmung könne nicht losgelöst von der erfolgten Anmerkung gesehen werden. 7. und 8.

Obergeschoßes sei auf Risiko der Beklagten ohnehin erst mit 29. 8. 2002 bewilligt worden. Der Verzicht auf die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum beinhalte einen solchen auf den Rückforderungsanspruch nach Paragraph 14, BTVG. Darüber hinaus sei ein allfälliger Rückforderungsanspruch durch andere Sicherungsformen hinreichend gesichert worden, nämlich durch a) die Garantieerklärung im Sinn der Paragraphen 8, Absatz eins und 3 BTVG, b) die Ranganmerkung der beabsichtigten Veräußerungen nach Paragraph 9, Absatz eins, BTVG. Mangels Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches komme eine Zahlungsverpflichtung für Zinsen nicht in Betracht. Erst das mit 1. 7. 2002 in Kraft getretene WEG 2002 habe die Möglichkeit der Begründung von selbständigem Wohnungseigentum an Abstellplätzen eröffnet. Im Vertrag sei bereits eine klare Zuordnung der einzelnen Tiefgaragenabstellplätze zu den einzelnen Wohnungseigentumsobjekten entsprechend der damaligen Rechtslage erfolgt. Zwar hätte der Grundbuchsantrag bereits der geänderten Rechtslage hinsichtlich der Abstellplätze Rechnung tragen müssen, die Beklagte sei aber durch die bereits erfolgte Ranganmerkung in ihrer Sicherstellung nicht beeinträchtigt worden. Ein Antragsteller, dessen Rang nach Paragraph 40, Absatz 2 und 4 WEG 2002 gesichert bleibe und der infolge der bisherigen Vereinbarungen im Wohnungseigentumsvertrag bereits über eine Widmung der ausschließlichen Nutzung und alleinigen Verfügung über die Abstellplätze im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, WEG 2002 verfüge, sei in der Lage, nach Anpassung der Urkunden an die neue Rechtslage die grundbücherliche Durchführung seiner Vereinbarungen zu erwirken. Damit sei aufgrund der klaren Zuordnung der Abstellplätze zu den Wohnungseigentumseinheiten eine hinreichende Sicherstellung der Beklagten zum Erwerb von Wohnungseigentum auch an diesen Abstellplätzen gegeben. Die Zubehörswidmung könne nicht losgelöst von der erfolgten Anmerkung gesehen werden.

Das von der Beklagten und dem Viertnebenintervenienten angerufene Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache. Es teilte die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, insbesondere über die Wirksamkeit der von der Beklagten abgegebenen Verzichtserklärungen, die aufgrund des konkludent vereinbarten Abgehens von der vereinbarten Schriftform auch in mündlicher Form zulässig gewesen seien.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei und begründete dies mit fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Zinsenanspruch nach § 14 BTVG. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei und begründete dies mit fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Zinsenanspruch nach Paragraph 14, BTVG.

Gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die Revision der beklagten Partei mit dem

Abänderungsantrag, das Klagebegehren zur Gänze abzuweisen, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben. Erst- und Drittnebenintervenient beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen jeweils, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Die gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, welche die Revision in einer ungenügenden Erledigung der Beweisrüge sieht, liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat diese Rüge auf insgesamt 11 Seiten behandelt und sich dabei entgegen dem in der Revision erhobenen Vorwurf nicht pauschal mit einem Hinweis im Sinn des § 500a ZPO begnügt. Es begründet keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, wenn sich das Berufungsgericht nicht mit jedem einzelnen Beweisergebnis und jedem Argument des Berufungswerbers auseinandersetzt (RIS-Justiz RS0043371; RS0043162; RS0043150). Die gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, welche die Revision in einer ungenügenden Erledigung der Beweisrüge sieht, liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat diese Rüge auf insgesamt 11 Seiten behandelt und sich dabei entgegen dem in der Revision erhobenen Vorwurf nicht pauschal mit einem Hinweis im Sinn des Paragraph 500 a, ZPO begnügt. Es begründet keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, wenn sich das Berufungsgericht nicht mit jedem einzelnen Beweisergebnis und jedem Argument des Berufungswerbers auseinandersetzt (RIS-Justiz RS0043371; RS0043162; RS0043150).

Zur Zinsenforderung über EUR 86.348,36 sA:

1) § 37 Abs 1 WEG 2002, der gemäß § 56 Abs 11 leg. cit. nur auf nach dem 30. 6. 2002 geleistete Zahlungen (hier also nur auf die dritte der festgestellten drei Zahlungen) anzuwenden ist, verbietet dem Wohnungseigentumsorganisator vor der Eintragung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum = Zeitpunkt der Fälligkeit, Zahlungen zu fordern oder anzunehmen. Während die Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 1a WEG 1975 in der Fassung des 3. WÄG nur ein sanktionsloses, über die Rückforderungsmöglichkeit nicht hinausgehendes (RIS-Justiz RS0113375) und im Falle der Wohnbauförderung gar nicht geltendes (Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht 21 § 37 WEG Rz 1) Annahmeverbot enthielt, räumt § 37 Abs 1 WEG 2002 in Satz 2 und 3 dem Wohnungseigentumsbewerber einen Anspruch auf Rückforderung sämtlicher vor Fälligkeit geleisteter Zahlungen ein, die mit einem der Regelung des § 14 Abs 1 BTVG entsprechenden hohen Zinssatz zu verzinsen sind.<sup>1)</sup> Paragraph 37, Absatz eins, WEG 2002, der gemäß Paragraph 56, Absatz 11, leg. cit. nur auf nach dem 30. 6. 2002 geleistete Zahlungen (hier also nur auf die dritte der festgestellten drei Zahlungen) anzuwenden ist, verbietet dem Wohnungseigentumsorganisator vor der Eintragung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum = Zeitpunkt der Fälligkeit, Zahlungen zu fordern oder anzunehmen. Während die Vorgängerbestimmung des Paragraph 23, Absatz eins a, WEG 1975 in der Fassung des 3. WÄG nur ein sanktionsloses, über die Rückforderungsmöglichkeit nicht hinausgehendes (RIS-Justiz RS0113375) und im Falle der Wohnbauförderung gar nicht geltendes (Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht 21 Paragraph 37, WEG Rz 1) Annahmeverbot enthielt, räumt Paragraph 37, Absatz eins, WEG 2002 in Satz 2 und 3 dem Wohnungseigentumsbewerber einen Anspruch auf Rückforderung sämtlicher vor Fälligkeit geleisteter Zahlungen ein, die mit einem der Regelung des Paragraph 14, Absatz eins, BTVG entsprechenden hohen Zinssatz zu verzinsen sind.

§ 37 Abs 6 WG 2002, der vertraglichen Abweichungen von den Absätzen 1 bis 5 leg. cit. zu Lasten des Wohnungseigentumsbewerbers entgegensteht (Vonkilch in Hausmann/Vonkilch Österreichisches Wohnrecht § 37 WEG Rz 7; Würth/Zingher/Kovanyi aaO § 37 WEG Rz 18) differenziert im Gegensatz zu § 1 Abs 2 BTVG bei Wohnungseigentumsbewerbern nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmern und normiert daher ein (Mindest-)Schutzniveau für sämtliche Wohnungseigentumsbewerber unabhängig von ihrer Verbrauchereigenschaft (Pittl, Zur Reichweite des Annahmeverbotes des WE-Organisators sowie zur Wechselwirkung zwischen § 37 Abs 6 WEG und § 1 Abs 2 BTVG, wobl 2004, 218). Paragraph 37, Absatz 6, WG 2002, der vertraglichen Abweichungen von den Absätzen 1 bis 5 leg. cit. zu Lasten des Wohnungseigentumsbewerbers entgegensteht (Vonkilch in Hausmann/Vonkilch Österreichisches Wohnrecht Paragraph 37, WEG Rz 7; Würth/Zingher/Kovanyi aaO Paragraph 37, WEG Rz 18) differenziert im Gegensatz zu Paragraph eins, Absatz 2, BTVG bei Wohnungseigentumsbewerbern nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmern und normiert daher ein (Mindest-)Schutzniveau für sämtliche Wohnungseigentumsbewerber unabhängig von ihrer Verbrauchereigenschaft (Pittl, Zur Reichweite des Annahmeverbotes des WE-Organisators sowie zur Wechselwirkung zwischen Paragraph 37, Absatz 6, WEG und Paragraph eins, Absatz 2, BTVG, wobl 2004, 218).

Das Annahmeverbot umfasst aber nicht vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen des Wohnungseigentumsbewerbers an einen Treuhänder

(Pittl aaO; zu § 23 Abs 1a WEG 1975:5 Ob 88/98x = RIS-Justiz(Pittl aaO; zu Paragraph 23, Absatz eins a, WEG 1975:5 Ob 88/98x = RIS-Justiz

RS0110783 = immolex 1999/47 [Kletecka] = wobl 1998/241 [Call]), außer

in Fällen der Personenidentität zwischen Wohnungseigentumsorganisator und Treuhänder (Pittl aaO, etwa wenn der Geschäftsführer des Wohnungseigentumsorganisationsorgans zugleich Treuhänder ist (5 Ob 90/03a). Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob die Zinsenforderung wegen eines Verstoßes gegen das in den Bestimmungen des WEG normierte Annahmeverbot berechtigt wäre. Die Klägerin hat ihren Anspruch nämlich ausschließlich auf § 14 BTVG iVm § 7 leg. cit. gestützt. Diese ausdrückliche rechtliche Qualifikation ist für das Gericht insoweit bindend, als sich die rechtliche Beurteilung auf diesen Rechtsgrund zu beschränken hat (vgl RIS-Justiz RS0019055; vgl RS0087576; RS0037610; RS0038084; vgl Rechberger ZPO<sup>2</sup> Vor § 226 Rz 16). Der Versuch der Revisionswerberin, aus ihren Einwendungen in der Klagebeantwortung (Punkt 4) zur Weiterleitung der Zahlungen trotz fehlender Anmerkung gemäß § 42 Abs 2 WEG 2002 eine Anspruchserhebung nach § 23 Abs 1a WEG 1975 und § 37 Abs 2 WEG 2002 abzuleiten (Seite 10 der Revision), scheitert an dem in den Rechtsmittelausführungen verschwiegenen Halbsatz, wonach die Klägerin gemäß § 14 BTVG zur Zahlung der Zinsen verpflichtet sein. In Fällen der Personenidentität zwischen Wohnungseigentumsorganisator und Treuhänder (Pittl aaO, etwa wenn der Geschäftsführer des Wohnungseigentumsorganisationsorgans zugleich Treuhänder ist (5 Ob 90/03a). Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob die Zinsenforderung wegen eines Verstoßes gegen das in den Bestimmungen des WEG normierte Annahmeverbot berechtigt wäre. Die Klägerin hat ihren Anspruch nämlich ausschließlich auf Paragraph 14, BTVG in Verbindung mit Paragraph 7, leg. cit. gestützt. Diese ausdrückliche rechtliche Qualifikation ist für das Gericht insoweit bindend, als sich die rechtliche Beurteilung auf diesen Rechtsgrund zu beschränken hat vergleiche RIS-Justiz RS0019055; vergleiche RS0087576; RS0037610; RS0038084; vergleiche Rechberger ZPO<sup>2</sup> Vor Paragraph 226, Rz 16). Der Versuch der Revisionswerberin, aus ihren Einwendungen in der Klagebeantwortung (Punkt 4) zur Weiterleitung der Zahlungen trotz fehlender Anmerkung gemäß Paragraph 42, Absatz 2, WEG 2002 eine Anspruchserhebung nach Paragraph 23, Absatz eins a, WEG 1975 und Paragraph 37, Absatz 2, WEG 2002 abzuleiten (Seite 10 der Revision), scheitert an dem in den Rechtsmittelausführungen verschwiegenen Halbsatz, wonach die Klägerin gemäß Paragraph 14, BTVG zur Zahlung der Zinsen verpflichtet sei.

2. Unter dem Titel Rückforderungsansprüche des Erwerbers bei vorzeitiger Zahlung räumt § 14 Abs 1 BTVG - dessen grundsätzliche Anwendungsvoraussetzung im Sinn des § 1 Abs 1 leg. cit. keiner der Beteiligten jemals bezweifelt hat - dem Erwerber das Recht ein, alle Leistungen, die er oder der Treuhänder für ihn entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erbracht hat, zurückzufordern, wobei dieser Rückforderungsanspruch (ebenso wie jener nach § 37 Abs 2 WEG 2002) ab dem Zahlungstag in einer den jeweiligen Basiszinssatz um 6 % übersteigenden Höhe zu verzinsen ist. Dieser spezielle, durch die hohe Verzinsung, die kurze dreijährige Verjährungsfrist und die Irrelevanz der Kenntnis des Erwerbers vom Nichtbestehen seiner Schuld gekennzeichnete (Böhm/Pletzer in Schwimann ABGB<sup>2</sup> § 14 BTVG Rz 2) Rückforderungsanspruch ist von einem Rücktritt des Erwerbers vom Bauträgervertrag bzw von der Geltendmachung einer allfälligen Nichtigkeit oder erfolgreichen Anfechtung unabhängig (Böhm/Pletzer aaO Rz 3) und erfasst Zahlungen, die entgegen den Bestimmungen des BTVG, insbesondere also wegen nicht ausreichender Sicherheit oder etwa beim Ratenplan vor Fälligkeit geleistet wurden (Würth in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 14 BTVG Rz 1). § 14 BTVG sanktioniert ausdrücklich auch die Annahme von durch den Treuhänder erbrachten Leistungen, somit auch von solchen, die der Treuhänder nicht ausschließlich als Vertreter des Erwerbers, sondern auch kraft eigener Verpflichtung aus dem zwischen ihm und dem Bauträger bestehenden Treuhandverhältnis erbracht hat (Böhm/Pletzer aaO Rz 4). In diesem Sinn wäre die Weiterleitung der auf das Treuhandkonto geflossenen Zahlungen an den beklagten Bauträger von der Sanktion des § 14 BTVG erfasst, und zwar unabhängig davon, ob der Treuhänder als Vertreter der Beklagten agierte oder - wie die Revision erstmals als unzulässige Neuerung (§ 504 Abs 2 ZPO) vorbringt - aufgrund seiner bis November 2004 aufrechten Stellung als Gesellschafter der klagenden Bauträgerin nur deren bzw seine eigenen Interessen wahrnahm. 2. Unter dem Titel Rückforderungsansprüche des Erwerbers bei vorzeitiger Zahlung räumt Paragraph 14, Absatz eins, BTVG - dessen grundsätzliche Anwendungsvoraussetzung im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, leg. cit. keiner der Beteiligten jemals bezweifelt hat - dem Erwerber das Recht ein, alle Leistungen, die er oder der Treuhänder für ihn entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erbracht hat, zurückzufordern, wobei dieser

Rückforderungsanspruch (ebenso wie jener nach Paragraph 37, Absatz 2, WEG 2002) ab dem Zahlungstag in einer den jeweiligen Basiszinssatz um 6 % übersteigenden Höhe zu verzinsen ist. Dieser spezielle, durch die hohe Verzinsung, die kurze dreijährige Verjährungsfrist und die Irrelevanz der Kenntnis des Erwerbers vom Nichtbestehen seiner Schuld gekennzeichnete (Böhm/Pletzer in Schwimann ABGB<sup>2</sup> Paragraph 14, BTVG Rz 2) Rückforderungsanspruch ist von einem Rücktritt des Erwerbers vom Bauträgervertrag bzw von der Geltendmachung einer allfälligen Nichtigkeit oder erfolgreichen Anfechtung unabhängig (Böhm/Pletzer aaO Rz 3) und erfasst Zahlungen, die entgegen den Bestimmungen des BTVG, insbesondere also wegen nicht ausreichender Sicherheit oder etwa beim Ratenplan vor Fälligkeit geleistet wurden (Würth in Rummel ABGB<sup>3</sup> Paragraph 14, BTVG Rz 1). Paragraph 14, BTVG sanktioniert ausdrücklich auch die Annahme von durch den Treuhänder erbrachten Leistungen, somit auch von solchen, die der Treuhänder nicht ausschließlich als Vertreter des Erwerbers, sondern auch kraft eigener Verpflichtung aus dem zwischen ihm und dem Bauträger bestehenden Treuhandverhältnis erbracht hat (Böhm/Pletzer aaO Rz 4). In diesem Sinn wäre die Weiterleitung der auf das Treuhandkonto geflossenen Zahlungen an den beklagten Bauträger von der Sanktion des Paragraph 14, BTVG erfasst, und zwar unabhängig davon, ob der Treuhänder als Vertreter der Beklagten agierte oder - wie die Revision erstmals als unzulässige Neuerung (Paragraph 504, Absatz 2, ZPO) vorbringt - aufgrund seiner bis November 2004 aufrechten Stellung als Gesellschafter der klagenden Bauträgerin nur deren bzw seine eigenen Interessen wahrnahm.

Die Beklagte beruft sich auf § 7 Abs 4 BTVG als der Fälligkeit entgegenstehende Regelung: Danach setzt die Fälligkeit das Vorliegen der Sicherung des Erwerbers voraus. Die in § 7 Abs 1 BTVG grundsätzlich geregelte Verpflichtung des Bauträgers, den Erwerber gegen den Verlust der von diesem aufgrund des Bauträgervertrages geleisteten Zahlungen zu sichern, endete nach Abs 5 leg. cit. erst mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten Vertragsobjektes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung (hier: Wohnungseigentum). Ausschlaggebend für den Fälligkeitszeitpunkt ist im Sinn des § 7 Abs 4 BTVG nur, dass im Zahlungszeitpunkt ein Sicherungsmodell schon verwirklicht ist. Trifft dies nicht zu, unterliegen Zahlungen der Rückforderung nach § 14 Abs 1 (Böhm/Pletzer aaO § 7 BTVG Rz 27, 30; Würth aaO § 7 BTVG Rz 2). Die Beklagte beruft sich auf Paragraph 7, Absatz 4, BTVG als der Fälligkeit entgegenstehende Regelung: Danach setzt die Fälligkeit das Vorliegen der Sicherung des Erwerbers voraus. Die in Paragraph 7, Absatz eins, BTVG grundsätzlich geregelte Verpflichtung des Bauträgers, den Erwerber gegen den Verlust der von diesem aufgrund des Bauträgervertrages geleisteten Zahlungen zu sichern, endete nach Absatz 5, leg. cit. erst mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten Vertragsobjektes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung (hier: Wohnungseigentum). Ausschlaggebend für den Fälligkeitszeitpunkt ist im Sinn des Paragraph 7, Absatz 4, BTVG nur, dass im Zahlungszeitpunkt ein Sicherungsmodell schon verwirklicht ist. Trifft dies nicht zu, unterliegen Zahlungen der Rückforderung nach Paragraph 14, Absatz eins, (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 7, BTVG Rz 27, 30; Würth aaO Paragraph 7, BTVG Rz 2).

§ 7 Abs 2 BTVG nennt drei der hauptsächlichen Sicherungsmodelle, Paragraph 7, Absatz 2, BTVG nennt drei der hauptsächlichen Sicherungsmodelle,

davon als erstes „rückzahlungsorientiertes“ (8 Ob 42/04s = EvBl

2005/14 = wobl 2005/103; Böhm/Pletzer § 7 BTVG Rz 6). die 2005/14 = wobl 2005/103; Böhm/Pletzer Paragraph 7, BTVG Rz 6). die

schuldrechtliche Sicherung (nach § 8 BTVG in Form von Bürgschaft, Garantie oder geeigneter Versicherung) sowie als zweites „erwerbsorientiertes“ (Böhm/Pletzer aaO, 8 Ob 42/04s = ÖJZ 2005/14) die grundbücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbes (§ 9) auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan (§ 10). Gewählt wurde hier im Bauträgervertrag zunächst das grundbücherliche Modell durch die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 24a Abs 2 WEG 1975, die in § 9 Abs 2 BTVG als ausreichende bücherliche Sicherstellung des Erwerbers bei Erwerb von Wohnungseigentum bezeichnet wird. Da § 7 Abs 3 Satz 2 BTVG einen späteren einvernehmlichen Austausch von Sicherheiten bei Wahrung des Sicherungszweckes ausdrücklich erlaubt, ist der als Vertragsänderung zu wertende (Böhm/Pletzer aaO § 4 BTVG Rz 29) vorgenommene Austausch einer vertraglich festgelegten Sicherung durch Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum durch eine schuldrechtliche Sicherung in Form einer Garantieerklärung oder durch ein anderes grundbücherliches Sicherungsmodell grundsätzlich zulässig. Wird Schriftlichkeit bei einem derartigen einvernehmlichen Austausch der Sicherheiten nicht gefordert (Engin-Deniz Bauträgervertragsgesetz<sup>2</sup> 63), wäre der Austausch von Sicherungsmodellen wohl auch konkludent möglich (vgl Böhm/Pletzer aaO § 4 BTVG Rz 29). schuldrechtliche Sicherung (nach Paragraph 8,



BTVG in Form von Bürgschaft, Garantie oder geeigneter Versicherung) sowie als zweites „erwerbsorientiertes“ (Böhm/Pletzer aaO, 8 Ob 42/04s = ÖJZ 2005/14) die grundbücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbes (Paragraph 9,) auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan (Paragraph 10,). Gewählt wurde hier im Bauträgervertrag zunächst das grundbücherliche Modell durch die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß Paragraph 24 a, Absatz 2, WEG 1975, die in Paragraph 9, Absatz 2, BTVG als ausreichende bücherliche Sicherstellung des Erwerbers bei Erwerb von Wohnungseigentum bezeichnet wird. Da Paragraph 7, Absatz 3, Satz 2 BTVG einen späteren einvernehmlichen Austausch von Sicherheiten bei Wahrung des Sicherungszweckes ausdrücklich erlaubt, ist der als Vertragsänderung zu wertende (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 4, BTVG Rz 29) vorgenommene Austausch einer vertraglich festgelegten Sicherung durch Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum durch eine schuldrechtliche Sicherung in Form einer Garantieerklärung oder durch ein anderes grundbücherliches Sicherungsmodell grundsätzlich zulässig. Wird Schriftlichkeit bei einem derartigen einvernehmlichen Austausch der Sicherheiten nicht gefordert (Engin-Deniz Bauträgervertragsgesetz<sup>2</sup> 63), wäre der Austausch von Sicherungsmodellen wohl auch konkludent möglich vergleiche Böhm/Pletzer aaO Paragraph 4, BTVG Rz 29).

Entgegen der Meinung der Vorinstanzen wären die festgestellten, vorhandenen und der Erwerberin auch bekannten Sicherungsmittel (Garantieerklärung/Anmerkung der Rangordnung) nicht als ausreichend im Sinn der Bestimmungen des BTVG zu werten.

Die von der Hausbank der klagenden Bauträgerin ausgestellte, nicht den Erwerbern ausgehändigte, sondern vom Treuhänder verwahrte Garantie wurde als „Global-“ oder „Sammelgarantie“ zur Sicherung der Rückforderungsansprüche sämtlicher - namentlich nicht erwähnter - Erwerber mehrerer Bauvorhaben der Klägerin gelegt und nennt daher auch nicht die Erwerber, sondern den Treuhänder als Berechtigten, was Böhm/Pletzer (aaO § 8 BTVG Rz 27 f) unter anderem unter Hinweis auf das Veruntreuungsrisiko ablehnen. Darüber hinaus war die Verpflichtung der Bank auf die Rücküberweisung der vom Treuhänder weitergeleiteten Geldbeträge beschränkt. Die Garantie umfasst daher entgegen § 8 Abs 1 Satz 2 BTVG nicht die Zinsen für drei Jahre in der in § 14 Abs 1 genannten Höhe. Schon diese lediglich teilweise Sicherung des Rückforderungsanspruches eines Erwerbers steht der Vereinbarung einer wirksamen Sicherung entgegen. Die von der Hausbank der klagenden Bauträgerin ausgestellte, nicht den Erwerbern ausgehändigte, sondern vom Treuhänder verwahrte Garantie wurde als „Global-“ oder „Sammelgarantie“ zur Sicherung der Rückforderungsansprüche sämtlicher - namentlich nicht erwähnter - Erwerber mehrerer Bauvorhaben der Klägerin gelegt und nennt daher auch nicht die Erwerber, sondern den Treuhänder als Berechtigten, was Böhm/Pletzer (aaO Paragraph 8, BTVG Rz 27 f) unter anderem unter Hinweis auf das Veruntreuungsrisiko ablehnen. Darüber hinaus war die Verpflichtung der Bank auf die Rücküberweisung der vom Treuhänder weitergeleiteten Geldbeträge beschränkt. Die Garantie umfasst daher entgegen Paragraph 8, Absatz eins, Satz 2 BTVG nicht die Zinsen für drei Jahre in der in Paragraph 14, Absatz eins, genannten Höhe. Schon diese lediglich teilweise Sicherung des Rückforderungsanspruches eines Erwerbers steht der Vereinbarung einer wirksamen Sicherung entgegen.

Die Zulässigkeit des grundbücherlichen Sicherungsmodelles in Form der Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung an der geldlastenfreien Liegenschaft würde - ebenso die vertraglich vereinbarte Sicherung durch die Anmerkung nach § 24a Abs 2 WEG 1975 - am Fehlen einer bei allen grundbücherlichen Sicherungsmodellen notwendigen einverleibungsfähigen Titellurkunde für den späteren Eigentümerwerb scheitern (Böhm/Pletzer aaO § 9 BTVG Rz 13 f; Engin-Deniz aaO § 9 BTVG Rz 4; Würth aaO § 9 BTVG Rz 1; EB zur RV 312 BlgNR 20. GP 21) Die Zulässigkeit des grundbücherlichen Sicherungsmodelles in Form der Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung an der geldlastenfreien Liegenschaft würde - ebenso die vertraglich vereinbarte Sicherung durch die Anmerkung nach Paragraph 24 a, Absatz 2, WEG 1975 - am Fehlen einer bei allen grundbücherlichen Sicherungsmodellen notwendigen einverleibungsfähigen Titellurkunde für den späteren Eigentümerwerb scheitern (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 9, BTVG Rz 13 f; Engin-Deniz aaO Paragraph 9, BTVG Rz 4; Würth aaO Paragraph 9, BTVG Rz 1; EB zur Regierungsvorlage 312 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 21).

Diese „Unzulänglichkeiten“ nützen einem erwerbenden Unternehmer, der - wie hier die Beklagte am 9. 7. 2002 - auf das vertraglich vereinbarte Sicherungsmodell verzichtete, aber nichts. Die Revisionsausführungen lassen nämlich außer acht, dass nach § 1 Abs 2 Satz 2 BTVG von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur zum Nachteil eines Erwerbers, der Verbraucher im Sinn des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist, nicht abgegangen werden darf. Für die zwingende

Anwendung des BTVG ist somit allein die Verbrauchereigenschaft des Erwerbers entscheidend (Engin-Deniz aaO § 1 Rz 2). Diese zugunsten des Bauträgers außerhalb von Verbrauchergeschäften bestehende größere Vertragsfreiheit (vgl die EB zur RV bei Langer Bauträgervertragsgesetz 38) rechtfertigt die Annahme eines zulässigen, von den Parteien übereinstimmend vereinbarten Verzichtes auf die Sicherung des Erwerbers im Sinne des § 7 f BTVG, wenn der Erwerber die Bonität seines Vertragspartners - offenbar zu Recht - nie in Zweifel zieht und anstelle der vertraglich vereinbarten „§ 24a-Anmerkung“ die vorhandenen Sicherheiten als ausreichend akzeptiert, mögen sie auch nicht in allen Punkten den gesetzlichen Bestimmungen gerecht werden. Verzichtserklärungen sind zwar grundsätzlich einschränkend auszulegen (RIS-Justiz RS0038546; vgl RS0016567); dennoch kann grundsätzlich auf jedes Recht verzichtet werden, sofern es nicht nach seiner Zweckbestimmung unverzichtbar sein muss oder der Verzicht durch positive Gesetzesanordnung ausgeschlossen ist (RIS-Justiz RS0033976). § 14 Abs 2 Satz 2 BTVG verbietet nur einen Vorausverzicht auf Rückforderungsansprüche im Sinn des Abs 1 und lässt Verzichtserklärungen nach dem Fälligwerden des Rückforderungsanspruches, somit nach erfolgter, aber rückforderbarer Zahlung zu (Böhm/Pletzer aaO § 14 BTVG Rz 18; Engin-Deniz aaO § 14 Rz 3). Der Rückforderungsanspruch steht und fällt im vorliegenden Fall mit der Erfüllung der Sicherungspflicht im Sinn des § 7 BTVG. Zum Zeitpunkt der festgestellten dritten Teilzahlung war die nach den Bestimmungen des BTVG bestehende Sicherungspflicht des Bauträgers nicht erfüllt. Ein nachträglicher Verzicht auf die bereits fällig gewordenen Rückforderungsansprüche wäre auch bei (der hier eindeutig nicht gegebenen) Verbrauchereigenschaft der beklagten Erwerberin zulässig. Gerade diese Tatsache spricht für die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, der Verzicht auf das vertraglich vereinbarte Sicherungsmittel beinhaltet einen solchen auf einen Rückforderungsanspruch inklusive der hier ausschließlich eingewendeten Zinsen. Diese „Unzulänglichkeiten“ nützen einem erwerbenden Unternehmer, der - wie hier die Beklagte am 9. 7. 2002 - auf das vertraglich vereinbarte Sicherungsmodell verzichtete, aber nichts. Die Revisionsausführungen lassen nämlich außer acht, dass nach Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 BTVG von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur zum Nachteil eines Erwerbers, der Verbraucher im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG ist, nicht abgegangen werden darf. Für die zwingende Anwendung des BTVG ist somit allein die Verbrauchereigenschaft des Erwerbers entscheidend (Engin-Deniz aaO Paragraph eins, Rz 2). Diese zugunsten des Bauträgers außerhalb von Verbrauchergeschäften bestehende größere Vertragsfreiheit vergleiche die EB zur Regierungsvorlage bei Langer Bauträgervertragsgesetz 38) rechtfertigt die Annahme eines zulässigen, von den Parteien übereinstimmend vereinbarten Verzichtes auf die Sicherung des Erwerbers im Sinne des Paragraph 7, f BTVG, wenn der Erwerber die Bonität seines Vertragspartners - offenbar zu Recht - nie in Zweifel zieht und anstelle der vertraglich vereinbarten „§ 24a-Anmerkung“ die vorhandenen Sicherheiten als ausreichend akzeptiert, mögen sie auch nicht in allen Punkten den gesetzlichen Bestimmungen gerecht werden. Verzichtserklärungen sind zwar grundsätzlich einschränkend auszulegen (RIS-Justiz RS0038546; vergleiche RS0016567); dennoch kann grundsätzlich auf jedes Recht verzichtet werden, sofern es nicht nach seiner Zweckbestimmung unverzichtbar sein muss oder der Verzicht durch positive Gesetzesanordnung ausgeschlossen ist (RIS-Justiz RS0033976). Paragraph 14, Absatz 2, Satz 2 BTVG verbietet nur einen Vorausverzicht auf Rückforderungsansprüche im Sinn des Absatz eins und lässt Verzichtserklärungen nach dem Fälligwerden des Rückforderungsanspruches, somit nach erfolgter, aber rückforderbarer Zahlung zu (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 14, BTVG Rz 18; Engin-Deniz aaO Paragraph 14, Rz 3). Der Rückforderungsanspruch steht und fällt im vorliegenden Fall mit der Erfüllung der Sicherungspflicht im Sinn des Paragraph 7, BTVG. Zum Zeitpunkt der festgestellten dritten Teilzahlung war die nach den Bestimmungen des BTVG bestehende Sicherungspflicht des Bauträgers nicht erfüllt. Ein nachträglicher Verzicht auf die bereits fällig gewordenen Rückforderungsansprüche wäre auch bei (der hier eindeutig nicht gegebenen) Verbrauchereigenschaft der beklagten Erwerberin zulässig. Gerade diese Tatsache spricht für die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, der Verzicht auf das vertraglich vereinbarte Sicherungsmittel beinhaltet einen solchen auf einen Rückforderungsanspruch inklusive der hier ausschließlich eingewendeten Zinsen.

Der im Juli 2002 ausgesprochene Verzicht hat noch weitergehende Konsequenzen, nämlich einen Verzicht auf die Fälligkeitsregelung des § 7 Abs 4 BTVG, die aber Grundvoraussetzung für einen aus einer vorzeitigen Zahlung abgeleiteten Rückforderungsanspruch ist. War der Fälligkeitszeitpunkt aber nicht mehr von der vertraglich vereinbarten oder nachträglich einvernehmlich ausgetauschten Sicherstellung abhängig, ist nicht mehr entscheidungsrelevant, ob bzw zu welchem Zeitpunkt die Anmerkung nach § 24a WEG 1975 hinsichtlich sämtlicher wohnungseigentumstauglicher Objekte erfolgt ist. Die beklagte Erwerberin kann daher schon aus diesen Erwägungen keinen Anspruch auf Zinsen aus der erst am 7. 8. 2002 hinsichtlich der fünf Wohnungseigentumsobjekte erfolgten sowie der bis dato unterbliebenen Anmerkung hinsichtlich der Tiefgaragenplätze ableiten. Einem wirksamen Verzicht

stehen auch weder das in § 3 Abs 1 BTVG normierte, auch nachträgliche Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages umfassende (Böhm/Pletzer aaO § 3 BTVG Rz 4) Schriftlichkeitsgebot noch der in Punkt 11 des Vertrages vereinbarte Vorbehalt der Schriftform entgegen. Die Schriftform des § 3 BTVG ist in der Regel erst erfüllt, wenn die Urkunde sämtliche Inhaltserfordernisse nach § 4 Abs 1 aufweist (Engin-Deniz aaO § 3 Rz 2; Würth aaO § 3 BTVG Rz 2), somit nach § 4 Abs 1 Z 5 leg. cit. auch das Sicherungsmittel. Unabhängig davon, ob die auf das Sicherungsmittel bezogene vertragliche Änderung tatsächlich der Schriftform bedarf (ablehnend Engin-Deniz aaO, 63; uneinheitlich Böhm/Pletzer aaO, die einerseits bei einer nachträglichen Änderung oder Ergänzung des Vertrages Schriftlichkeit verlangen [aaO § 3 BTVG Rz 4] und andererseits den konkludenten Austausch von Sicherungsmitteln zulassen [aaO § 7 BTVG Rz 5]), so handelt es sich um ein Unternehmergeschäft, bei dem mangels zwingender Geltung der Bestimmungen des BTVG entsprechend den allgemeinen zu § 884 ABGB entwickelten Grundsätzen auch konkludent von der Schriftform abgegangen werden darf (vgl RIS-Justiz RS0014378; RS0038673). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Besprechung vom 9. 7. 2002 der Bereinigung diverser zwischen den Parteien aufgetretener Streitwertpunkte diene. Der Beklagte verzichtete auf die „§ 24a-Anmerkung“, als Gegenleistung akzeptierte die Klägerin die bisherige Zahlungsweise und gewährte wieder Zugang zur Baustelle. Dieses wechselseitige Nachgeben lässt die Wertung als Vergleich im Sinne des § 1380 ABGB zu, der auch ein konkludentes Abgehen von der Schriftform beinhaltet. Der im Juli 2002 ausgesprochene Verzicht hat noch weitergehende Konsequenzen, nämlich einen Verzicht auf die Fälligkeitsregelung des Paragraph 7, Absatz 4, BTVG, die aber Grundvoraussetzung für einen aus einer vorzeitigen Zahlung abgeleiteten Rückforderungsanspruch ist. War der Fälligkeitszeitpunkt aber nicht mehr von der vertraglich vereinbarten oder nachträglich einvernehmlich ausgetauschten Sicherstellung abhängig, ist nicht mehr entscheidungsrelevant, ob bzw zu welchem Zeitpunkt die Anmerkung nach Paragraph 24 a, WEG 1975 hinsichtlich sämtlicher wohnungseigentumstauglicher Objekte erfolgt ist. Die beklagte Erwerberin kann daher schon aus diesen Erwägungen keinen Anspruch auf Zinsen aus der erst am 7. 8. 2002 hinsichtlich der fünf Wohnungseigentumsobjekte erfolgten sowie der bis dato unterbliebenen Anmerkung hinsichtlich der Tiefgaragenplätze ableiten. Einem wirksamen Verzicht stehen auch weder das in Paragraph 3, Absatz eins, BTVG normierte, auch nachträgliche Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages umfassende (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 3, BTVG Rz 4) Schriftlichkeitsgebot noch der in Punkt 11 des Vertrages vereinbarte Vorbehalt der Schriftform entgegen. Die Schriftform des Paragraph 3, BTVG ist in der Regel erst erfüllt, wenn die Urkunde sämtliche Inhaltserfordernisse nach Paragraph 4, Absatz eins, aufweist (Engin-Deniz aaO Paragraph 3, Rz 2; Würth aaO Paragraph 3, BTVG Rz 2), somit nach Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit. auch das Sicherungsmittel. Unabhängig davon, ob die auf das Sicherungsmittel bezogene vertragliche Änderung tatsächlich der Schriftform bedarf (ablehnend Engin-Deniz aaO, 63; uneinheitlich Böhm/Pletzer aaO, die einerseits bei einer nachträglichen Änderung oder Ergänzung des Vertrages Schriftlichkeit verlangen [aaO Paragraph 3, BTVG Rz 4] und andererseits den konkludenten Austausch von Sicherungsmitteln zulassen [aaO Paragraph 7, BTVG Rz 5]), so handelt es sich um ein Unternehmergeschäft, bei dem mangels zwingender Geltung der Bestimmungen des BTVG entsprechend den allgemeinen zu Paragraph 884, ABGB entwickelten Grundsätzen auch konkludent von der Schriftform abgegangen werden darf (vergleiche RIS-Justiz RS0014378; RS0038673). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Besprechung vom 9. 7. 2002 der Bereinigung diverser zwischen den Parteien aufgetretener Streitwertpunkte diene. Der Beklagte verzichtete auf die „§ 24a-Anmerkung“, als Gegenleistung akzeptierte die Klägerin die bisherige Zahlungsweise und gewährte wieder Zugang zur Baustelle. Dieses wechselseitige Nachgeben lässt die Wertung als Vergleich im Sinne des Paragraph 1380, ABGB zu, der auch ein konkludentes Abgehen von der Schriftform beinhaltet.

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)