

# wohnrechtliche blätter:wobl

## wohnrechtliche blätter:wobl

### Heft 12 Dezember 2020 (33. Jahrgang)

S. 401–442

#### Aufsätze

ADir. Reg.-Rat *Alfred M. Wolf*, Sankt Johann im Pongau /  
RA *Manuel C. Traxler LL.M. LL.B. BSc.*, Altmünster /  
RAA MMag. *Stefan C. Bart*, Altmünster  
**Die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung  
(§ 40 Abs 1 WEG 2002) im Rahmen des grund-  
bücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG):  
Risiken und Problemstellungen** 401

#### Veranstaltungsbericht

Univ.-Ass. Mag. *Marco Scharmer*, B.A.  
**IWD – Das deutsche Wohnungseigentums-  
modernisierungsgesetz (WEMoG):  
Eine Reform, die den Namen auch verdient!** 408

#### Rechtsprechung Nr. 130–155

##### • MRG

- 130.** Kündigung nach § 30 Abs 1 MRG: gerichtliche  
Verpflichtung zur Unterlassung des widmungswidrigen  
Gebrauchs (OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 65/19s) 412
- 131.** Kündigung wegen unleidlichen Verhaltens:  
gefährliche Drohung gegen Mitbewohner; keine  
Eventualmaxime im Auflösungsverfahren  
(OGH 25. 10. 2019, 8 Ob 109/19s) 413
- 132.** Vereinbarter Kündigungsgrund: Verstoß gegen  
Tierhaltungsverbot nur bei besonderem Interesse des  
Vermieters (OGH 27. 2. 2020, 2 Ob 134/19y) 413
- 133.** Kündigung wegen erheblich nachteiligen  
Gebrauchs: spiegelverkehrte Umsetzung des  
Einreichplans (OGH 25. 6. 2019, 1 Ob 103/19g) 414
- 134.** Kündigung wegen unleidlichen Verhaltens:  
Hundebellen und Schreien  
(OGH 29. 8. 2019, 8 Ob 47/19y) 414
- 135.** Kündigung wegen unleidlichen Verhaltens:  
exzessives Lüften am Gang  
(OGH 24. 6. 2020, 1 Ob 113/20d) 415
- 136.** Kündigung wegen selbst verschuldeten  
Eigenbedarfs (OGH 26. 2. 2019, 4 Ob 224/18x) 416
- 137.** Kündigung wegen Eigenbedarfs bei  
Gesamtnichtigkeit der WE-Begründung  
(OGH 20. 2. 2020, 5 Ob 188/19m) 416

**138.** Zur notwendigen Individualisierung der  
Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG  
(OGH 11. 9. 2019, 3 Ob 108/19g) 419

**139.** Kündigung wegen unleidlichen Verhaltens:  
Provokation durch Vermieter  
(OGH 25. 9. 2019, 1 Ob 89/19y) 421

**140.** Tod des Hauptmieters: dringendes  
Wohnbedürfnis des Eintrittsberechtigten  
(OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 140/19k) 424

**141.** Eintrittsrecht bei Tod des Hauptmieters:  
kein gemeinsamer Haushalt bei Nutzung nur zu  
Besuchszwecken (OGH 15. 10. 2019, 1 Ob 120/19g) 424

**142.** Kein grobes Verschulden der Mieter-GmbH  
am Mietzinsrückstand bei wirtschaftlichen Schwierig-  
keiten infolge eines Scheidungsverfahrens des  
Geschäftsführers (OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 60/19w) 426

##### • WEG

**143.** Übergang von Rechtsverhältnissen beim  
Unternehmenserwerb: Widerspruchsrecht der  
Eigentümergeinschaft als Vertragspartnerin  
des Verwaltungsvertrags  
(OGH 31. 7. 2019, 5 Ob 69/19m) 426

**144.** Beschluss der Eigentümergeinschaft  
auf Kündigung des Verwaltungsvertrags: sofort  
vollziehbar (OGH 22. 10. 2019, 5 Ob 144/19s) 429

**145.** Vorschreibung einer Sonderrücklage in Form  
einer Einmalzahlung (OGH 24. 9. 2019, 5 Ob 126/19v) 430

**146.** Monatliche Akontozahlungen an die Eigentümer-  
gemeinschaft: schlüssiger Aufrechnungsverzicht  
(OGH 22. 10. 2019, 5 Ob 158/19z) 431

##### • Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

**147.** Umfang der Erhaltungspflicht der gemein-  
nützigen Bauvereinigung  
(OGH 13. 12. 2018, 5 Ob 213/18m –  
RA Dr. *Ingmar Etzersdorfer*) 433

**148.** Nachträgliche Übertragung von Wohnungen  
in das WE nach WGG: offenkundig unangemessener  
Fixpreis (OGH 13. 6. 2019, 5 Ob 9/19p) 435

##### • ABGB

**149.** Passivlegitimation des Liegenschaftseigentümers  
für nachbarrechtliche Unterlassungsansprüche auch  
bei mittelbaren Störungshandlungen  
(OGH 19. 12. 2019, 4 Ob 217/19v) 435

**150.** Verbücherung einer Personaldienstbarkeit als  
Grunddienstbarkeit nur mit zeitlicher Beschränkung  
zulässig (OGH 18. 12. 2019, 5 Ob 193/19x) 437

Herausgegeben von:  
Hon.-Prof. Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves  
Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Lovrek,  
Präsidentin des OGH  
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer  
ao. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl  
Ass.-Prof. Dr. Renate Pletzer MAS  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.  
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch  
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth

Schriftleitung:  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.

# wohnrechtliche blätter:wobl

Ständige Mitarbeiter:  
RA Dr. Ingmar Etzersdorfer  
Univ.-Ass. Dr. Philipp Fidler  
Univ.-Prof. Dr. Thomas Klicka  
Dr. Christian Lenneis  
RA Dr. Reinhard Pesek  
Mag. Michaela Schinnagl

---

## Heft 12 Dezember 2020 33. Jahrgang

ISSN 0933-2766 WOBLEA 33 (12) 401-442 (2020)

---

Wohnrechtliche Blätter 33, 401-407 (2020)  
<https://doi.org/10.33196/wobl202012040101>  
wobl 2020, 401

**wobl**

ADir. Reg.-Rat *Alfred M. Wolf*, Sankt Johann im Pongau, RA *Manuel C. Traxler* LL.M. LL.B. BSc.,  
Altmünster, RAA MMag. *Stefan C. Bart*, Altmünster

## Die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung (§ 40 Abs 1 WEG 2002) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Risiken und Problemstellungen

*Den zwingend zu bestellenden Treuhänder treffen beim grundbücherlichen Sicherungsmodell umfassende Pflichten (§ 12 BTVG). Er hat insb die Lastenfreiheit der Liegenschaft der Erwerber gem § 9 Abs 3 BTVG zu prüfen (§ 12 Abs 4 BTVG). Die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung, welche in der Praxis häufig als Sicherungsinstrument für die Kreditverbindlichkeiten des Bauträgers dient, stellt eine Last iSd § 9 Abs 3 BTVG dar.<sup>1</sup> Der Beitrag prüft, welche Risiken und Probleme sich aufgrund dieser Anmerkung für den Treuhänder bei der Bauträgerprojektentwicklung nach dem grundbücherlichen Sicherungsmodell (§§ 9 f BTVG) verwirklichen können und versucht, Lösungsvorschläge anzubieten.*

**Deskriptoren:** Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung, grundbücherliches Sicherungsmodell, Treuhänderpflichten.

**Normen:** § 9, § 10, § 12 BTVG; § 53, § 57a GBG; § 40 WEG 2002.

### Übersicht

- A. Einleitung
- B. Problemstellungen für den Treuhänder im Zusammenhang mit der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung und seinen BTVG-Pflichten
  - I. Voraussetzungen der grundbücherlichen Sicherung beim WE-Erwerb
  - II. Sicherung der Lastenfreiheit der Liegenschaft des Erwerbers gem § 9 Abs 3 BTVG beim grundbücherlichen Sicherungsmodell
  - III. Die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung und ihr Zweck beim Bauträgerprojekt
  - IV. Problemstellungen für den Treuhänder (§ 12 BTVG)
- C. Risiken für den Treuhänder und seine Pflichten
- D. Lösung de lege ferenda
- E. Formulierungsvorschlag Löschungserklärung gem § 9 Abs 3 BTVG
- F. Exkurs: Formulierungsvorschlag Löschungserklärung über gesamtes Höchstbetragspfandrecht
- G. Zusammenfassung der Ergebnisse

---

<sup>1</sup> Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), BTVG-Praxis-kommentar (2019) § 9 Rz 6 mwN.

## A. Einleitung

Das grundbücherliche Sicherungsmodell iVm der Zahlung nach Ratenplan (§§ 9 f BTVG) ist die in der Praxis bei Bauträgerprojekten am häufigsten gewählte Form der Erwerbersicherung (im hier interessierenden Fall des WE-Bewerbers).<sup>2</sup> Beim grundbücherlichen Sicherungsmodell ist ua zwingend ein Treuhänder (TH) zu bestellen (§ 12 Abs 1 BTVG). TH kann nur ein RA, eine RA-Gesellschaft oder ein Notar sein (§ 12 Abs 2 BTVG).

Dem TH kommt beim grundbücherlichen Sicherungsmodell eine zentrale Funktion zu.<sup>3</sup> Ihn treffen umfassende Pflichten (zB Aufklärungspflichten) gegenüber dem Erwerber, die § 12 Abs 3 BTVG demonstrativ aufzählt.<sup>4</sup> Er hat insb zu prüfen, ob der Bauträger (BT) seine Lastenfreistellungsverpflichtung gem § 9 Abs 3 BTVG erfüllt (§ 12 Abs 4 BTVG). Diese Pflichten des TH dienen der zusätzlichen Kontrolle der wirtschaftlichen und finanziellen Abwicklung des Bauträgerprojektes.<sup>5</sup>

Die Stellung des TH iSd § 12 BTVG ist von der Funktion des Vertragserrichters (Vertragsabwicklers) zu trennen. In der Praxis ist es aber üblich, dass die Funktion des TH und des Vertragserrichters in einer Person zusammenfallen.<sup>6</sup> Als Vertragserrichter treffen den TH zusätzlich Informations- und Aufklärungspflichten gegenüber den Vertragsparteien, ua nach § 9 RAO, §§ 1009 und 1299 ABGB.<sup>7</sup>

## B. Problemstellungen für den Treuhänder im Zusammenhang mit der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung und seinen BTVG-Pflichten

### I. Voraussetzungen der grundbücherlichen Sicherung beim WE-Erwerb

Der OGH hat in seinen E 6 Ob 173/18m<sup>8</sup> und 5 Ob 141/18y<sup>9</sup> klargestellt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit das grundbücherliche Sicherungsmodell nach den BTVG-Bestimmungen beim WE-Erwerb verwirklicht ist. Dazu zählt der OGH *sechs Elemente* auf, die beim grundbücherlichen Sicherungsmodell erfüllt sein müssen. Das sind (i) eine aufrechte rechtskräftige Baubewilligung, (ii) die Treuhandabwicklung, (iii) die Sicherung der Lastenfreistellung gem § 9 Abs 3 BTVG, (iv) eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung

<sup>2</sup> Prader, WGG-BTVG<sup>4</sup> (2020) § 4 BTVG Rz 8.

<sup>3</sup> Riss in Gartner/Riss/Wolfinger (Hrsg), Praxishandbuch zum BTVG (2008) 103 f mwN.

<sup>4</sup> Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), BTVG-Praxis-kommentar (2019) § 12 Rz 1 f mwN.

<sup>5</sup> Gartner, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> (2018) § 9 Rz 9 mwN.

<sup>6</sup> Gartner, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 12 Rz 4 mwN.

<sup>7</sup> Rainer, Informations- und Aufklärungspflichten eines Vertragserrichters, immolex 2017, 229 (229).

<sup>8</sup> OGH 6 Ob 173/18m, immolex 2019/7, 21 (21 f) mit Anm Prader.

<sup>9</sup> OGH 5 Ob 141/18y, immolex 2019/8, 24 (24 f) mit Anm H. Böhm.

(hier: Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG), (v) eine aufsandungsfähige Titellurkunde für den Rechts-erwerb des Erwerbers sowie (vi) die Vereinbarung der Zahlung nach Ratenplan A oder B (§ 10 Abs 2 BTVG).<sup>10</sup> Diese Aufzählung des OGH hat jedoch – wie das Höchstgericht selbst betont – lediglich demonstrativen Charakter.<sup>11</sup>

Die Sicherung der *Lastenfreiheit der Liegenschaft* (bzw der Liegenschaftsanteile) des Erwerbers gem § 9 Abs 3 BTVG ist jedenfalls eine wesentliche Voraussetzung, damit das grundbücherliche Sicherungsmodell verwirklicht ist<sup>12</sup> und die Erwerberzahlungen (insb der Kaufpreis) fällig werden (§ 7 Abs 4 BTVG).

### II. Sicherung der Lastenfreiheit der Liegenschaft des Erwerbers gem § 9 Abs 3 BTVG beim grundbücherlichen Sicherungsmodell

Der TH muss prüfen, ob die Lastenfreiheit der Liegenschaft (bzw der Liegenschaftsanteile) des Erwerbers hergestellt oder die künftige Lastenfreiheit gesichert ist (§ 12 Abs 4 BTVG). Zwischen dem Hypothekargläubiger (Pfandgläubiger) und dem BT muss daher zugunsten des Erwerbers vereinbart sein, dass sich der Hypothekargläubiger verpflichtet, die Liegenschaft (bzw die Liegenschaftsanteile) des Erwerbers lastenfrei zu stellen (§ 9 Abs 3 BTVG). Dem TH muss es also möglich sein, die Liegenschaft (bzw die Liegenschaftsanteile) ohne neuerliches Zutun des Hypothekargläubigers grundbücherlich lastenfrei zu stellen; das erfordert nach neuerer Rsp<sup>13</sup>, dass der Hypothekargläubiger eine *grundbuchs-fähige Löschungserklärung* hinsichtlich des zu seinen Gunsten einverleibten Pfandrechts ausstellt.<sup>14</sup> Von dieser Freistellungsverpflichtung gestattet das BTVG dem Hypothekargläubiger eine Ausnahme:<sup>15</sup> Er kann seine Freistellungsverpflichtung dahingehend einschränken, dass jene Teile des Preises ausgenommen sind – das heißt: besichert bleiben –, die der Erwerber trotz Fälligkeit nicht entrichtet hat (§ 9 Abs 3 BTVG). Dies ua vor dem Hintergrund, dass der Hypothekargläubiger iaR die projektfinanzierende Bank (Bauträgerbank) sein wird<sup>16</sup> und die Kaufpreiszahlungen des

<sup>10</sup> OGH 5 Ob 141/18y, immolex 2019/8, 24 (26) mit Anm H. Böhm.

<sup>11</sup> OGH 6 Ob 173/18m, immolex 2019/7, 21 (24) mit Anm Prader.

<sup>12</sup> OGH 6 Ob 173/18m, immolex 2019/7, 21 (21 f) mit Anm Prader; OGH 5 Ob 141/18y, immolex 2019/8, 24 (24 f) mit Anm H. Böhm.

<sup>13</sup> ZB 5 Ob 193/10h, immolex 2011/59, 188 (188 f) mit Anm H. Böhm/Prader = ecollex 211/351, 903 mit Anm Friedl; 3 Ob 113/16p, immolex 2016/76, 266 (266 f) mit Anm Prader; H. Böhm; OGH 6 Ob 173/18m, immolex 2019/7, 21 (21 f) mit Anm Prader.

<sup>14</sup> Pittl, Bauträgervertragsgesetz<sup>3</sup> (2019) § 9 Rz 9 f mwN; aA H. Böhm, 8 Ob 57/15p: OGH hebt das Erwerberschutzsystem des BTVG aus!, immolex 2015, 273 (275, insb FN 9); *derselbe*, OGH 3 Ob 113/16p, immolex 2016/76, 266 (267) mit Anm H. Böhm/Prader.

<sup>15</sup> Gartner, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 9 Rz 53 mwN.

<sup>16</sup> Riss in Gartner/Riss/Wolfinger, Praxishandbuch zum BTVG 88 f.



Erwerbers an den BT dazu dienen, die Kreditverbindlichkeiten des BT gegenüber dem Hypothekargläubiger zu tilgen.

Unter Lasten iSd § 9 Abs 3 BTVG sind jedoch nicht ausschließlich hypothekarische Belastungen (einverleibte Pfandrechte) zu verstehen. Lasten iSd § 9 Abs 3 BTVG sind bspw auch die *Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung* (§ 40 Abs 1 WEG 2002) oder die *Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung* (§§ 53 f GBG).<sup>17</sup>

Es stellt sich daher die Frage, was der TH bei diesen Lasten – im hier interessierenden Fall bei der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung (AvV) – beachten muss, damit er seine Pflichten beim grundbücherlichen Sicherungsmodell erfüllt (§ 12 Abs 3 und 4 BTVG).<sup>18</sup> Hierzu ist es nützlich, sich vorab die Wirkungsweise der AvV und ihren Zweck bei Bauträgerprojekten in Erinnerung zu rufen.

### III. Die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung und ihr Zweck beim Bauträgerprojekt

Der Liegenschaftseigentümer kann im Grundbuch anmerken, dass für den Fall der WE-Begründung die Verpfändung bis zu einem bestimmten Betrag vorbehalten bleibt (§ 40 Abs 1 WEG 2002). Die AvV bezweckt, die den Rang begründende Wirkung der WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 (Anmerkung der Einräumung von WE<sup>19</sup>) zu durchbrechen, um den zur Finanzierung des Bauvorhabens benötigten Krediten des BT die nötige Sicherheit zu verschaffen.<sup>20</sup> Wenn im grundbücherlichen Rang nach einer AvV eine WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 und nach dieser ein Pfandrecht eingetragen ist, darf sie nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers gelöscht werden (§ 40 Abs 5 WEG 2002). Die Zustimmung ist jedoch nur bis zum in der AvV genannten (angemerkten) Betrag erforderlich.<sup>21</sup>

Erwerber können außerdem einverleibte Pfandrechte im Zuge ihrer Eigentumseinverleibung trotz Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 nicht mehr löschen lassen, sofern diese Pfandrechte unter Ausnutzung einer AvV einverleibt wurden, die der WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 vorangeht (§ 40 Abs 4 Z 3 WEG 2002). Pfandrechtsbeiträge, die den in der AvV genannten Höchstbetrag übersteigen, können jedoch im Zuge der Eigentumseinverleibung des Erwerbers gelöscht werden.<sup>22</sup> Die AvV dient daher als Instrument für die

grundbücherliche Besicherung von Kreditverbindlichkeiten des BT gegenüber der Bauträgerbank.

Neben der AvV ist auch die *Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung* (§§ 53 f GBG) eine gängige Besicherungsform für die benötigten Kreditmittel des BT; sie stellt ebenfalls eine Last iSd § 9 Abs 3 BTVG dar.<sup>23</sup> Die AvV hat uE jedoch für den BT Vorteile gegenüber der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung. Diese sind folgende:

Die AvV ist von der Grundbucheintragungsgebühr befreit.<sup>24</sup> Für die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung ist dagegen eine Grundbucheintragungsgebühr iHv 0,6% vom Wert des Nennbetrages der Forderung zu entrichten.<sup>25</sup> Bauträger haben oftmals infolge geringer Eigenkapitalausstattung einen erheblichen Finanzierungsbedarf.<sup>26</sup> Die AvV, als grundbücherliche Kreditsicherung<sup>27</sup>, bietet aufgrund der Grundbucheintragungsgebührenbefreiung<sup>28</sup> einen finanziellen Vorteil für den BT gegenüber der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung (*Gebührenersparnis*).

Bekanntermaßen dauern Bauträgerprojekte durchwegs länger als ein Jahr. Ein weiterer Vorteil ist daher, dass die AvV bis zum angemerkten Höchstbetrag *keiner zeitlichen Befristung* unterliegt.<sup>29</sup> Die AvV verliert sohin über den gesamten Bauträgerprojektzeitraum (unabhängig von der Dauer) nicht ihre Wirkung iSd § 40 Abs 4 und 5 WEG 2002. Im Gegensatz dazu verliert die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung ihre rangwahrende Wirkung nach einem Jahr (§ 55 GBG). Sie ist nach Fristablauf amtswegig zu löschen.<sup>30</sup> Eine Verlängerung der Frist ist unzulässig.<sup>31</sup> Pfandrechte können daher nach Ablauf der Jahresfrist nur mehr im laufenden, grundbücherlichen Rang einverleibt werden.<sup>32</sup> Geht diesem Grundbuchsrank bspw eine WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 vor, so können Erwerber das Pfandrecht im Rahmen ihrer Eigentumseinverleibung löschen lassen (§ 40 Abs 4 WEG 2002). Die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung verliert daher – im Gegensatz zur AvV – nach Ablauf der Jahresfrist ihre Sicherungsfunktion für die Bauträgerbank.

Die Bauträgerbank wird vor Ablauf der Jahresfrist ihre Kreditforderungen alternativ absichern

<sup>23</sup> Walch in Walch/Weichselbaum (Hrsg), Handbuch Immobilienfinanzierung<sup>2</sup> (2018) 15.

<sup>24</sup> Kodek in Kodek (Hrsg), GrundbuchsR<sup>2</sup> (2016) § 75 GBG Rz 63/1 mwN.

<sup>25</sup> Rassi, GrundbuchsR<sup>3</sup> (2019) Rz 8.23 mwN.

<sup>26</sup> Iro/Riss, Der Haftrücklass im Bauträgervertrag, wobl 2007, 266 (268).

<sup>27</sup> Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer (Hrsg), WEG (2014) § 40 Rz 5 mwN.

<sup>28</sup> Kodek in Kodek, GrundbuchsR<sup>2</sup> § 75 GBG Rz 63/1 mwN.

<sup>29</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht<sup>4</sup> (2017) § 40 WEG Rz 37.

<sup>30</sup> Rassi, GrundbuchsR<sup>3</sup> Rz 3.62 mwN.

<sup>31</sup> K. Binder in Kodek, GrundbuchsR<sup>2</sup> § 55 GBG Rz 1 mwN.

<sup>32</sup> Kodek in Kodek, GrundbuchsR<sup>2</sup> § 55 GBG Rz 1 mwN.

<sup>17</sup> Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 9 Rz 6 mwN.

<sup>18</sup> Höchstgerichtliche Rsp liegt – soweit ersichtlich – hierzu nicht vor.

<sup>19</sup> Diese Anmerkung dient als grundbücherliches Rangsinstrument für den Rechtserwerb des Erwerbers an der zu bebauenden Liegenschaft (§ 9 Abs 2 BTVG).

<sup>20</sup> Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer (Hrsg), WEG (2014) § 40 Rz 5 mwN.

<sup>21</sup> Ofner in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht II (2019) § 40 WEG Rz 23.

<sup>22</sup> Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>3</sup> § 40 WEG Rz 2.

wollen; bspw durch Einverleibung ihres Pfandrechtes im Rang der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung. Diese Pfandrechteinverleibung löst eine weitere Gebührenbelastung für den BT iHv 0,6% des Nennbetrages der Forderung aus.<sup>33</sup> Im Falle der AvV wird die Bauträgerbank ihr Pfandrecht typischerweise nur dann einverleiben, wenn absehbar ist, dass der BT seinen Kreditverpflichtungen nicht mehr nachkommt (zB Bonitätsverschlechterung). Bestenfalls genügt der Bauträgerbank bis zur vollständigen Kredittilgung die AvV als einziges grundbücherliches Sicherungsmittel.

Die AvV bietet also beachtliche Vorteile für den BT als Instrument der Kreditsicherung. Sie kommt in der Praxis bei Bauträgerprojekten auch häufig vor.<sup>34</sup> Es stellt sich aber die Frage, welche Probleme sich für den TH ergeben können, wenn er eine AvV bei der Umsetzung des grundbücherlichen Sicherungsmodells berücksichtigen muss.

#### IV. Problemstellungen für den Treuhänder (§ 12 BTVG)

Der TH ist uE aufgrund der AvV, wenn diese im grundbücherlichen Rang den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 vorgeht, mit folgenden Problemen im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells konfrontiert:

Die AvV ist lediglich auf Antrag des Liegenschaftseigentümers grundbücherlich einzutragen (§ 40 Abs 1 WEG 2002). Das Gesetz lässt offen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die AvV für ein Pfandrecht grundbücherlich ausgenutzt werden kann. Dementsprechend kann jeder Pfandgläubiger ohne weitere Voraussetzungen einen Grundbuchsanzug stellen, dass sein Pfandrecht „unter Ausnutzung“ der AvV einverleibt wird. Der Pfandgläubiger muss lediglich über eine einverleibungsfähige Pfandurkunde verfügen. Der TH muss diesem Grundbuchsanzug des Pfandgläubigers ebenso wenig zustimmen.<sup>35</sup> Auch ein sonstiger Gläubiger (zB Lieferant) kann im Zuge einer zwangsweisen Pfandrechtsbegründung den Rang der AvV ausnützen. Das Grundbuchsgericht hat daher keine Handhabe, vom ASt, der ein Pfandrecht unter Ausnutzung der AvV einverleibt, zusätzlich zur grundbuchs-fähigen Pfandurkunde, den Nachweis einer weiteren Berechtigung zu verlangen. Im Gegensatz dazu muss bspw der Pfandgläubiger, der die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung (§ 53 GBG) für sein Pfandrecht ausnützt, zusätzlich zur grundbuchs-fähigen Pfandurkunde, den die Anmerkung bewilligenden Beschluss im Original („Berechtigungsnachweis“) dem Grundbuchsgericht vorlegen (§ 56 GBG).

Die AvV kann außerdem bis zum angemerkteten Betrag für mehrere Pfandrechte ausgenutzt wer-

den.<sup>36</sup> Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass mehrere Pfandgläubiger – möglicherweise sogar ohne Einvernehmen mit dem Liegenschaftseigentümer – die AvV für ihre Pfandrechte ausnützen. Der Pfandgläubiger – der Gesetzeswortlaut verwendet die Einzahl – muss der Löschung der AvV zustimmen, wenn im Rang danach eine WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 und nach dieser ein Pfandrecht eingetragen ist (§ 40 Abs 5 WEG 2002). Der Gesetzestext lässt jedoch offen, welcher Pfandgläubiger zustimmen muss. Die hM<sup>37</sup> geht davon aus, dass alle Pfandgläubiger der Löschung zustimmen müssen, sofern die AvV für deren Pfandrechtseinverleibung ausgenutzt wurde.

Ist eine AvV im Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 einverleibt, kann der TH aufgrund des zuvor Gesagten (Pkt B.IV) keine vollständige und grundbuchs-fähige Lösungs-/Freistellungserklärung hinsichtlich der Liegenschaft (bzw der Liegenschaftsanteile) der Erwerber – wie beim einverleibten Pfandrecht iSd § 9 Abs 3 BTVG – in Händen halten. Dies zumal die AvV an keinen bestimmten Pfandgläubiger (zB Bauträgerbank) gebunden ist. Der Liegenschaftseigentümer kann daher über die AvV grds „beliebig“ verfügen. Er kann bspw die Pfandurkunde eines neuen, dem TH unbekanntem, Pfandgläubigers grundbuchs-fähig unterfertigen. Der neue Pfandgläubiger kann dadurch sein Pfandrecht grundbücherlich einverleiben lassen und dabei die AvV ausnützen. Die Einverleibung ist nicht davon abhängig, dass der TH ihr zustimmt.<sup>38</sup> Dieses neue Pfandrecht ist bis zum angemerkteten Höchstbetrag lösungsfest (§ 40 Abs 4 Z 3 WEG 2002).

Es stellt sich daher die Frage, welche Risiken sich hieraus für den TH im Rahmen der Projekt-entwicklung nach dem grundbücherlichen Sicherungsmodell ergeben können und welche Pflichten ihn diesbezüglich gem § 12 BTVG treffen.

#### C. Risiken für den Treuhänder und seine Pflichten

Dem TH ist es – wie bereits erwähnt (Pkt B.IV) – nicht möglich, eine vollständige Lastenfreiheit der Liegenschaft (bzw der Liegenschaftsanteile) des Erwerbers iS einer grundbuchs-fähigen Freistellungs-/Lösungserklärung (§ 9 Abs 3 BTVG) – wie beim einverleibten Pfandrecht – sicherzustellen, wenn eine AvV im Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 grundbücherlich einverleibt ist. Für den TH entsteht dadurch das Risiko, dass er die Lastenfreistellung der Liegenschaft (bzw der Liegenschaftsanteile) des Erwerbers

<sup>36</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>4</sup> § 40 WEG Rz 27.

<sup>37</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>4</sup> § 40 WEG Rz 36; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>3</sup> § 40 WEG Rz 2 f; Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht II § 40 WEG Rz 23 mwN.

<sup>38</sup> Bayer in ERV-Grundbuchsanzüge zum Wohnungseigentum<sup>2</sup> 129 f.

<sup>33</sup> Rassi, GrundbuchsR<sup>3</sup> Rz 8.23 mwN.

<sup>34</sup> Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 9 Rz 6 mwN.

<sup>35</sup> Bayer in ERV-Grundbuchsanzüge zum Wohnungseigentum<sup>2</sup> (2018) 129 f.

nicht BTVG-konform sichert und dadurch seine BTVG-Pflichten verletzt.<sup>39</sup> Dies ist ua dann der Fall, wenn der Erwerber mit nicht geplanten Lasten konfrontiert wird.<sup>40</sup> Kommt der TH seinen Verpflichtungen gem § 12 BTVG nicht nach, so haftet er sowohl dem Erwerber als auch dem BT für deren daraus resultierenden Schaden.<sup>41</sup> Außerdem werden Erwerberzahlung an den BT oder einen Dritten iSd § 2 Abs 4 BTVG erst fällig, wenn das grundbücherliche Sicherungsmodell BTVG-konform verwirklicht ist (§ 7 Abs 4 BTVG). Zahlt der TH frühzeitig aus, entsteht bspw ein Schaden dadurch, dass der Erwerber die nicht fälligen Zahlungen mit einer Verzinsung iHv 8% über dem Basiszinsatz gem § 14 BTVG zurückfordern kann.<sup>42</sup>

Welche Voraussetzungen müssen bei einer AvV im Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 vorliegen, damit der TH seinen Verpflichtungen gem § 12 BTVG nachkommt?<sup>43</sup> Der TH erfüllt uE seine Verpflichtung gem § 12 BTVG, wenn er

- a) den Liegenschaftseigentümer (zB BT) vertraglich dazu verpflichtet, die AvV nicht ohne seine Zustimmung – insb nicht für unbekannte Dritte – auszunützen;<sup>44</sup>
- b) sich vom Liegenschaftseigentümer eine grundbuchsfähige Löschungserklärung hinsichtlich der AvV ausstellen lässt;
- c) sich von der ihm bekannten Bauträgerbank<sup>45</sup> iSd § 9 Abs 3 BTVG eine grundbuchsfähige Löschungserklärung hinsichtlich der Pfandrechte, die unter Ausnutzung der AvV grundbücherlich einverleibt werden, und hinsichtlich der AvV ausstellen lässt;<sup>46</sup>
- d) sich von der ihm bekannten Bauträgerbank in der Treuhandvereinbarung zusichern lässt, dass die Liegenschaft (bzw die Liegenschaftsanteile) des Erwerbers iSd § 9 Abs 3 BTVG lastenfrei gestellt wird (werden), sofern die Bauträgerbank die AvV für ein eigenes Pfandrecht ausnützt und er für die Lastenfreistellung, auch die ihm vorliegende Löschungserklärung (vgl Pkt C. lit c) verwenden kann und
- e) den Erwerber über die Risiken der AvV aufklärt.

Diese Risiken bestehen darin, dass der TH die Liegenschaft (bzw die Liegenschaftsanteile) nicht vollständig lastenfrei stellen kann (vgl Pkt B.IV) und der Erwerber im „Worst Case“ mit ungewollten Geldlasten<sup>47</sup> konfrontiert ist. Es verbleibt für

den Erwerber daher ein „Restrisiko“, dass er ungewollte Geldlasten übernehmen muss<sup>48</sup> – etwa bei vertragswidrigem Handeln oder Insolvenz des BT. UE liegt hier aus Erwerberschutzsicht eine weitere Schwäche des grundbücherlichen Sicherungsmodells vor.<sup>49</sup> Der TH hat den Erwerber über Schwächen des grundbücherlichen Sicherungsmodells aufzuklären.<sup>50</sup>

TH erklären zudem in der Praxis gegenüber der Käuferbank oftmals, die persönliche Haftung für die Einverleibung des Pfandrechtes der Käuferbank im ersten Geldlastenrang zu übernehmen.<sup>51</sup> Hieraus kann sich ein Risiko für den TH verwirklichen. Gibt der TH eine solche Erklärung gegenüber der Käuferbank ab, so besteht die Gefahr, dass diese als verschuldensunabhängige Garantieverpflichtung des TH angesehen wird.<sup>52</sup> Der TH sollte daher im Fall einer AvV eine solche Erklärung gegenüber der Käuferbank nicht abgeben. Tut er es doch und nützt ein ihm unbekannter Pfandgläubiger die AvV aus, ohne dass dem TH hierfür eine Freistellungs-/Löschungserklärung iSd § 9 Abs 3 BTVG vorliegt, haftet der TH der Käuferbank – allenfalls sogar verschuldensunabhängig.<sup>53</sup> Ein Schaden kann sich typischerweise bei der Käuferbank dadurch verwirklichen, dass deren Pfandrecht nicht, wie vom TH zugesichert, im ersten Geldlastenrang hinsichtlich des Liegenschaftsanteils des Erwerbers einverleibt werden kann. Der Schaden realisiert sich ua dann, wenn der Verwertungserlös der Liegenschaftsanteile des Erwerbers (zB Versteigerung) aufgrund eines vorrangigen Pfandrechtes nicht mehr ausreicht, um die aushaftende Kreditforderungen der Käuferbank abzudecken.

Der TH sollte daher in der Treuhandvereinbarung mit der Käuferbank darauf achten, dass er keine verschuldensunabhängige Garantieverpflichtung für die Pfandrechtseinverleibung im ersten Geldlastenrang hinsichtlich der Liegenschaftsanteile des Erwerbers übernimmt. Ansonsten haftet er uU auch für das vertragswidrige Handeln des Liegenschaftseigentümers, des BT oder der Bau-

<sup>48</sup> Vorrangiges Ziel des BTVG ist, das Vorauszahlungsrisiko des Erwerbers weitgehend auszuschalten (*Aufner/S. Bydlinski*, Bauträgervertragsgesetz<sup>2</sup> [2008], § 1 Rz 1 mwN). Aus der Diktion „weitgehend“ ergibt sich uE, dass ein Restrisiko für den Erwerber nach dem BTVG verbleiben kann.

<sup>49</sup> *Vonkilch* sieht Schwächen des grundbücherlichen Sicherungsmodells aus Erwerberschutzsicht in der fehlenden Verpflichtung des BT, eine Versicherung gegen Elementarschadeneignissen abzuschließen (*Vonkilch*, Die Gebäudeversicherung – ein ungeschriebenes „Element“ beim Ratenplanmodell des BTVG? FS Böhmer 269 [274]). *H. Böhm* sieht den Abschluss einer Elementarschadenversicherung als notwendiges Element an, damit das grundbücherliche Sicherungsmodell verwirklicht ist (OGH 5 Ob 141/18y, immolex 2019/8, 24 [26] mit Anm *H. Böhm*).

<sup>50</sup> *Vonkilch*, Die Gebäudeversicherung – ein ungeschriebenes „Element“ beim Ratenplanmodell des BTVG? FS Böhmer S 269 (273 f).

<sup>51</sup> *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 9 Rz 41 f mwN.

<sup>52</sup> *Rabl*, Haftungserklärungen des Notars in der Treuhandvereinbarung, NZ 2015, 41 (45 f).

<sup>53</sup> *Rabl*, NZ 2015, 41 (45 f).

<sup>39</sup> *Prader* in *Schwimann/Kodek*, BTVG-Praxiskommentar § 12 Rz 16 mwN.

<sup>40</sup> *Prader* in *Schwimann/Kodek*, BTVG-Praxiskommentar § 9 Rz 7 mwN.

<sup>41</sup> *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 12 Rz 27.

<sup>42</sup> OGH 8 Ob 121/18d, wobl 2019/97, 402 (402 f) mit Anm *Pittl*.

<sup>43</sup> Höchstgerichtliche Rsp hierzu liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

<sup>44</sup> *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht<sup>3</sup> § 40 WEG Rz 2.

<sup>45</sup> *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 12 Rz 17 mwN.

<sup>46</sup> Formulierungsvorschlag siehe Pkt E.

<sup>47</sup> Pfandrechte, die unter Ausnutzung der AvV lösungsfest einverleibt wurden (§ 40 Abs 4 WEG 2002).



trägerbank bzgl der Ausnutzung der AvV verschuldensunabhängig.

#### D. Lösung de lege ferenda

UE kann man die hier angesprochene Problematik „entschärfen“ (insb aus Erwerberschutzsicht), indem es der Gesetzgeber auch bei der AvV ermöglicht, den Namen des Pfandgläubigers grundbücherlich anzumerken. So könnte nur dieser Gläubiger die AvV ausnützen.

Für die grundbücherliche Namensnennung des Pfandgläubigers bei der AvV spricht va, dass bei der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung die Namensnennung des Pfandgläubigers grundbücherlich sehr wohl möglich ist (§ 57a Abs 1 GBG). Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die AvV bzgl der Namensnennung des Gläubigers „anders behandelt“ werden muss. Darüber hinaus lässt sich die Namensnennung des Pfandgläubigers bei der AvV auch im Hinblick auf einen „Gleichklang“ mit der WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 begründen, die ua voraussetzt, dass der Name des WE-Bewerbers zwingend in den Grundbuchs Antrag und in die Anmerkung aufgenommen wird.<sup>54</sup>

Es wäre daher wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Namensnennung des Pfandgläubigers bei der AvV vorsieht. Damit wäre auch der Rechtssicherheit im Hinblick auf die BTVG-Bestimmungen zum grundbücherlichen Sicherungsmodell gedient. Der AvV könnte dann ebenfalls die rangwahrende Übertragungsmöglichkeit an einen neuen Pfandgläubiger (sofern der Altgläubiger und allenfalls der TH zustimmt) – ähnlich der rangwahrenden Übertragungsmöglichkeit der WE-Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002<sup>55</sup> oder der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung (§ 57a Abs 3 GBG) – zuerkannt werden. Dadurch lassen sich auch allfällige Nachteile des BT im Rahmen einer Umschuldung vermeiden (zB Gebührenbelastung).

#### E. Formulierungsvorschlag Löschungserklärung gem § 9 Abs 3 BTVG

Aufgrund der in diesem Beitrag angesprochenen Thematik betreffend die AvV und den BTVG-Vorgaben scheint es uE empfehlenswert, dass sich der TH von der Bauträgerbank eine grundbuchs-fähige Löschungserklärung mit folgendem Inhalt ausfolgen lässt:

*„Präambel) Der [BT] errichtet auf der Liegenschaft [EZ, KG] ein Bauträgerprojekt, auf welches ua die Bestimmungen des BTVG anwendbar sind. Dieses Bauträgerprojekt wird von der [BT-Bank] finanziert. Der [BT] muss ua gem § 9 Abs 3 BTVG die Lastenfreiheit der Liegenschaft*

*(bzw der Liegenschaftsanteile) des/der Erwerbers/Erwerber herstellen oder die künftige Lastenfreiheit dieser sichern. Auf der Liegenschaft [EZ, KG] ist in CLNr \_\_\_\_ die Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung gem § 40 Abs 1 WEG bis zum Höchstbetrag von EUR [angemerkter Betrag der AvV] einverleibt, welche eine Last iSd § 9 Abs 3 BTVG darstellt. Die [BT-Bank] gibt ua aufgrund des zuvor Gesagten nachfolgende, Löschungserklärung ab:*

- 1) *Die [BT Bank], erteilt ihre ausdrückliche und unwiderrufliche Einwilligung und Zustimmung zur Einverleibung der Löschung der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung gem § 40 Abs 1 WEG (CLNr \_\_\_\_).*
- 2) *Die [BT Bank], erteilt außerdem bereits jetzt ihre ausdrückliche und unwiderrufliche Einwilligung und Zustimmung zur Einverleibung der Löschung des/der im Rang bzw unter Ausnutzung der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung gem § 40 Abs 1 WEG (CLNr \_\_\_\_ ) zu ihren Gunsten grundbücherlich einverlebten Pfandrechtes/Pfandrechte bis zum Höchstbetrag von EUR [angemerkter Betrag der AvV].*
- 3) *Von der Einwilligung zur Einverleibung der Löschung des/der im Rang bzw unter Ausnutzung der Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung gem § 40 Abs 1 WEG (CLNr \_\_\_\_ ) zu Gunsten des/der [BT Bank] grundbücherlich einverlebten Pfandrechtes/Pfandrechte ist auch ausdrücklich die Einwilligung und Zustimmung der [BT Bank] zur Einverleibung von Teillöschungen hinsichtlich einzelner Miteigentumsanteile und/oder Mindestanteile im Sinne des WEG umfasst.“*

Der TH wird mit einer solcherart formulierten Löschungserklärung in die Lage versetzt, Pfandrechte der Bauträgerbank, die unter Ausnutzung der AvV einverleibt werden (ebenso wie die AvV selbst), grundbücherlich zu löschen<sup>56</sup> und die Liegenschaft (bzw die Liegenschaftsanteile) des Erwerbers gem § 9 Abs 3 BTVG lastenfrei zu stellen. Der TH erfüllt damit seine BTVG-Pflichten (§ 12 BTVG).

#### F. Exkurs: Formulierungsvorschlag Löschungserklärung über gesamtes Höchstbetragspfandrecht

Sofern die dem TH vorzulegende, grundbuchs-fähige Löschungserklärung das gesamte Höchstbetragspfandrecht der Bauträgerbank erfassen soll,

<sup>56</sup> Die formulierte Löschungserklärung erfüllt uE die grundbuchsrechtlichen Vorgaben (insb gem §§ 26 f und § 94 GBG). Dies zumal der Inhalt der Löschungserklärung (insb durch Einbeziehung des Pfandrechtes/Pfandrechte im Rang bzw unter Ausnutzung auf der AvV) zweifelsfrei erkennen lässt, welche Pfandrechte gelöscht werden sollen. Es handelt sich daher uE um eine grundbuchs-fähige Löschungserklärung (Kodek in Kodek, GrundbuchsR<sup>2</sup> § 94 GBG Rz 87 ff mwN; Rassi, GrundbuchsR<sup>3</sup> Rz 5.89 ff mwN; OGH 5 Ob 106/11s, NZ 2012/786, 126 [126 f] mit Anm Hoyer).

<sup>54</sup> K. Binder in Kodek, GrundbuchsR<sup>2</sup> § 53 GBG Rz 27 mwN.

<sup>55</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>4</sup> § 40 WEG Rz 20 mwN.

erscheint es uE nützlich, ua folgende Formulierung zu verwenden:

*„Die Rechtswirksamkeit dieser Löschungserklärung steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Einverleibung der Löschung des Pfandrechtes (oder Teillöschungen) von dem/der RA oder NotarIn [gemeint: der Treuhänder] oder durch eine/n von der Rechtsanwaltskammer (Notariatskammer) bestellte/n Vertreter/in beantragt wird.“*

Eine grundbuchsfähige Löschungserklärung über das gesamte Pfandrecht, womit auch Teillöschungen möglich sind, erfüllt die Bestimmungen des § 9 Abs 3 BTVG.

Zu beachten ist, dass sich mit dieser ersten (Teil-)Löschung bzw Antragstellung, die Löschungserklärung in der Urkundensammlung des zuständigen Grundbuchgerichtes befindet und dort als Original iSd § 91 GBG gilt.<sup>57</sup> Wäre die aufschiebende Bedingung nicht beigelegt, würde der Liegenschaftseigentümer (zB BT) uE unter Berufung auf die in der Urkundensammlung liegende Löschungserklärung augenblicklich in die Lage versetzt, die Einverleibung der Löschung des gesamten, restlichen Pfandrechtes der Bauträgerbank zu begehren. Dies würde typischerweise dem Treuhandauftrag der Bauträgerbank an den TH zuwiderlaufen und eine Haftung des TH gegenüber der Bauträgerbank für deren daraus resultierenden Schaden begründen.<sup>58</sup>

UE berührt die aufschiebende Bedingung in der Löschungserklärung die benötigte Aufsandungserklärung gem § 9 Abs 3 BTVG<sup>59</sup> nicht negativ. Tritt der TH auch als ASt im Rahmen des elektronischen Grundbuchsgesuches auf, ist der Bedingungseintritt gegenüber dem Grundbuchgericht hinreichend nachgewiesen. Der TH braucht das Grundbuchsgesuch nicht gesondert beglaubigt zu unterfertigen. In diesem Zusammenhang kann auch auf die Anmerkung der Rangordnung der Verpfändung gem § 57a GBG verwiesen werden. Alternativ bleibt die Möglichkeit, dass sich der TH pro Erwerber von der Bauträgerbank eine separate, auf die jeweiligen Liegenschaftsanteile bzw Mindestanteile bezogene, grundbuchsfähige Lösungs-/Freistellungserklärung gem § 9 Abs 3 BTVG ausstellen lässt.<sup>60</sup>

## G. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die AvV stellt eine vom TH zu beachtende Last iSd § 9 Abs 3 BTVG dar.
2. Die AvV ist nicht an einen bestimmten Pfandgläubiger gebunden. Pfandgläubiger, die über

eine grundbuchsfähige Pfandurkunde verfügen, können die AvV bis zum angemerkten Höchstbetrag ausnützen – und zwar auch ohne Einvernehmen mit dem Liegenschaftseigentümer oder dem TH. Diese Pfandrechte sind löschungsfest (§ 40 Abs 4 Z 3 WEG 2002).

3. Der TH kann die Lastenfreiheit der Liegenschaft (bzw der Liegenschaftsanteile) der Erwerber nicht vollständig sicherstellen, sofern eine AvV im grundbücherlichen Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 einverleibt ist.
4. Ist eine AvV im Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 einverleibt, erfüllt der TH seine Verpflichtungen gem § 12 BTVG dann, wenn er den Liegenschaftseigentümer (zB BT) vertraglich verpflichtet, die AvV für Pfandrechte nur mit Zustimmung des TH auszunutzen. Dem TH muss iSd § 9 Abs 3 BTVG eine grundbuchsfähige Löschungserklärung der Bauträgerbank hinsichtlich ihrer Pfandrechte, die unter Ausnutzung der AvV einverleibt werden, und der AvV vorliegen. Ebenso muss ihm eine grundbuchsfähige Löschungserklärung des Liegenschaftseigentümers hinsichtlich der AvV vorliegen. Der TH muss den Erwerber über das Risiko der AvV aufklären („Restrisiko“ der Übernahme ungewollter Geldlasten).
5. Der TH sollte die persönliche Haftung hinsichtlich der Einverleibung des Höchstbetragspfandrechtes der Käuferbank im ersten Geldlastenrang betreffend der Erwerberliegenschaftsanteile nicht übernehmen, wenn eine AvV im Rang vor den WE-Anmerkungen gem § 40 Abs 2 WEG 2002 einverleibt ist. Tut er es doch, besteht die Gefahr, dass er der Käuferbank für ihre daraus resultierenden Schäden verschuldensunabhängig haftet.
6. Um die skizzierte Problematik der AvV zu entschärfen, erscheint es de lege ferenda wünschenswert, dass der Gesetzgeber die grundbücherliche Namensnennung des Pfandgläubigers – wie bspw bei der Verpfändungsrangordnung (§ 57a Abs 1 GBG) – zulässt.

**Korrespondenz:** Diplomrechtspfleger ADir. Reg.-Rat *Alfred M. Wolf*, Bezirksgericht St. Johann im Pongau, 5600 Sankt Johann/Pongau, Eurofunkstraße 2, E-Mail: [alfred.wolf@justiz.gv.at](mailto:alfred.wolf@justiz.gv.at); RA *Manuel C. Traxler* LL.M. LL.B. BSc., GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, 4813 Altmünster, Maximilianstraße 1, E-Mail: [traxler@ra-maximilianhof.at](mailto:traxler@ra-maximilianhof.at); RAA MMag. *Stefan C. Bart*, GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, 4813 Altmünster, Maximilianstraße 1, E-Mail: [bart@ra-maximilianhof.at](mailto:bart@ra-maximilianhof.at).

<sup>57</sup> § 2 Abs 3 der Verordnung der Bundesministerin für Justiz über die allgemeine Umstellung der Urkundensammlung des Grundbuchs, BGBl II 2006/23.

<sup>58</sup> *Gartner*, Baurärgervertragsgesetz<sup>4</sup> § 9 Rz 42 mwN.

<sup>59</sup> *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 9 Rz 8 mwN.

<sup>60</sup> *Prader*, WGG-BTVG<sup>4</sup> § 9 BTVG E 10.