

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. M* D* C* und 2. M* L* C*, beide vertreten durch Mag. Erwin Dirnberger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. M* L*, vertreten durch die Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 29. Mai 2020, GZ 34 R 137/19b-19, in der Fassung des Ergänzungsurteils des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 28. August 2020, GZ 34 R 137/19b-20, womit das Urteil des Bezirksgerichts Josefstadt vom 26. August 2019, GZ 9 C 488/18s-13, abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 1.119,43 EUR (hierin enthalten 186,57 EUR

USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

- [1] Mit Kaufvertrag vom 30. 7. 2013 erwarben die Kläger von der I* GmbH 80/2081 Anteile der Liegenschaft EZ * KG *. Kaufvertragserrichterin und Treuhänderin war die Beklagte.
- [2] Laut Kaufvertrag hatte die Verkäuferin das Gebäude erneuert und Dachgeschosswohnungen neu errichtet; diese Arbeiten seien weitgehend abgeschlossen und die Dachgeschosswohnungen nahezu fertiggestellt; die Regelungen des Bauträgervertragsgesetzes fänden auf dieses Vertragsverhältnis daher keine Anwendung. Der vereinbarte Kaufpreis für den Kaufgegenstand „neu errichtete Dachgeschoßwohnung W44 mit einer Nutzfläche von etwa 104,72 m², bestehend aus Wohnzimmer mit Küche, drei Zimmern, Bad, WC und einer Terrasse mit einer Fläche von etwa 13,80 m² und dem ausschließlichen Nutzungsrecht an einem Kellerabteil mit etwa 2,5 m² Fläche“ betrug 362.667,50 EUR. Die zur Treuhänderin aller Vertragsparteien bestellte Beklagte wurde einseitig unwiderruflich beauftragt, den treuhändig erlegten Kaufpreis samt den angefallenen Zinsen abzüglich der Bankspesen und einer allfälligen Immobilienertragssteuer an die Verkäuferin auszufolgen, sobald ihr die schriftliche Bestätigung des Prüflingenieurs vorliege, dass die vertragsgegenständliche Wohnung entsprechend der Ausstattung der von den Käufern besichtigten Musterwohnung frei von sichtbaren Mängeln hergestellt sei und das Heizsystem, die Ver- und Entsorgungsleitungen sowie der Zugang zur Wohnung

funktionsfähig seien, und der Grundbuchsbeschluss über die Einverleibung des Eigentumsrechts zugunsten der Käufer vorliege, dem keinerlei grundbücherliche Belastungen – mit Ausnahme der Sicherheitszone des Flughafens Wien-Schwechat und der Dienstbarkeiten der Wiener Linien der Duldung und der Errichtung einer U-Bahn-Tunnelröhre sowie der Duldung des Bestands, der Erhaltung und des Betriebs dieser Bahnanlage samt aller damit in Zusammenhang stehenden Einrichtungen und von den Käufern selbst beantragten Belastungen – vorangehen dürften. Die Verkäuferin leiste weiters Gewähr dafür, dass die neu errichtete Aufzugsanlage betriebsbereit, das Heizsystem installiert und funktionsfähig sei, das Stiegenhaus und der Zugang zur Wohnung sowie die Wasser-, Abfluss- und Elektroleitungen bis längstens 31. 10. 2013 fertiggestellt seien. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Bestätigung des Prüfsachverständigen vorzuliegen.

[3] Mit Schreiben vom 5. 11. 2013 gab die Verkäuferin bekannt, dass die Wohnung der Kläger fertiggestellt sei, die bekanntgegebenen Mängel seien behoben und die Wohnung könne bis Ende November 2013 an die Kläger übergeben werden. Die allgemeine Haussanierung in den Bereichen Stiegenhaus und Zugang zur Wohnung solle bis Ende November 2013 erfolgen, danach werde mit der Sanierung des Eingangsbereichs, Haus- und Hoftors begonnen, die im Jänner/Februar 2014 zum Abschluss kommen solle. Der Lift werde im Frühjahr 2014 eingebaut. Am 16. 12. 2013 informierte die Verkäuferin die Beklagte, dass die Kellersanierung erst im Zuge des Aufzugseinbaus erfolgen werde und die Kläger in der Zwischenzeit jedes freie Kellerabteil für ihre Lagerung nutzen könnten.

[4] Aufgrund der Bestätigung eines Gutachters, dass die Wohnung entsprechend der Ausstattung der Musterwohnung frei von sichtbaren Mängeln hergestellt sei und dass das Heizsystem, die Ver- und Entsorgungsleitungen sowie der Zugang zur Wohnung funktionsfähig seien, und weil der damalige Vertreter der Kläger keine Einwendungen gegen die angekündigte Auszahlung erhob sowie der Grundbuchsbeschluss erging, mit dem die Kläger Eigentümer der Wohnung W44 mit Terrasse wurden, überwies die Beklagte den gesamten Kaufpreis an die Verkäuferin.

[5] Da der Lift nicht errichtet wurde, wandten sich die Kläger an einen Rechtsanwalt, der sie am 8. 6. 2016 darüber aufklärte, dass auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt zwingend die Regeln des BTVG anzuwenden gewesen wären.

[6] Bis heute ist kein Lift errichtet und wurde den Klägern das endgültige Kellerabteil nicht zugewiesen; es steht ihnen jedoch ein anderer Raum zur Verfügung. Das Berufungsgericht ging weiters vom Fehlen einer Fertigstellungsanzeige aus.

[7] Die **Kläger** begehren mit ihrer Klage die Feststellung, dass die Beklagte ihnen dem Grunde nach für Schäden hafte, „die ihre Ursache darin haben, dass die Beklagte den Kaufpreis aus dem Kaufvertrag, abgeschlossen zwischen den Klägern und der I* GmbH am 30. 7. 2013, betreffend die Anteile B-LNR * und * der EZ * KG *, in ihrer Funktion als Treuhänderin und Vertragserrichterin ganz oder teilweise vor Fertigstellung des Kaufgegenstands an die Verkäuferin ausbezahlt hat“, in eventu die Feststellung der genannten Haftung „begrenzt durch die Höhe der jedenfalls gemäß Ratenplan § 10 BTVG Variante B nicht auszahlenden Raten gemäß lit f und g“.

[8] Das **Erstgericht** wies vom eingangs im Wesentlichen wiedergegebenen Sachverhalt ausgehend das Hauptbegehren ab und gab dem Eventualbegehren statt.

[9] Das **Berufungsgericht** änderte das Ersturteil dahin ab, dass es dem Hauptbegehren stattgab. Das BTVG komme zwingend zur Anwendung. Bereits die fehlende Fertigstellungsanzeige führe dazu, dass der Kaufpreis nicht fällig geworden sei. Durch die Auszahlung vor Fälligkeit werde die Beklagte schadenersatzpflichtig. Sie habe gegen zwingende Vorschriften des BTVG verstoßen und den Kaufpreis zu früh ausbezahlt, sodass sie für die dadurch verursachten Schäden hafte; für eine Begrenzung der Haftung fehle die Grundlage. Die Kläger seien nach wie vor dem Risiko ausgesetzt, dass sie den Kaufpreis für ein Wohnungsobjekt bezahlt haben, für das kein Lift errichtet und kein endgültiges Kellerabteil zugewiesen wird und für das keine Fertigstellungsanzeige iSd § 128 Wr BauO erstattet wurde, wobei sich das Geld nicht mehr in der Verfügungsmacht der Treuhänderin befinde. Genau dieses Risiko zu vermeiden sei aber Sinn des BTVG.

[10] Das Berufungsgericht ließ die Revision nachträglich zu. Das BTVG sehe in § 10 Abs 2 mit Hinblick auf das Bauträgerobjekt zwei unterschiedliche Fertigstellungszeitpunkte vor, zum einen die Bezugsfertigstellung des „eigentlichen Vertragsgegenstands“ gemäß § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 je lit e, zum anderen die „Fertigstellung der Gesamtanlage“ gemäß § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 je lit f. Aus dem reinen Gesetzeswortlaut ergebe sich ein Widerspruch. Im Falle der Sicherungspflicht nach § 7 Abs 5 BTVG solle diese bereits mit der Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstands enden, soweit die Rechtsstellung gesichert ist. Zugleich sähen aber lit f und g

vor, dass zu diesem Zeitpunkt noch zwei Raten offen sind. Bliebe man am Gesetzeswortlaut hängen, führte dies dazu, dass beim grundbücherlichen Sicherungsmodell die Sicherungspflicht noch vor der Fälligkeit der letzten beiden Raten enden würde. Die nach wie vor nicht errichtete Aufzugsanlage sei Teil der Gesamtanlage. Es fehle höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs „Fertigstellung“ im Hinblick auf das Ende des Sicherstellungserfordernisses nach § 7 Abs 5 BTVG.

[11] Mit ihrer wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung (einschließlich sekundärer Feststellungsmängel) erhobenen **Revision** (zur Qualifikation des Rechtsmittels als solche siehe den Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 18. 12. 2020, 8 Ob 95/20h) strebt die Beklagte die Klageabweisung an und stellt hilfsweise einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

[12] Die Kläger beantragen in ihrer **Revisionsbeantwortung**, die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

[13] Die Revision ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts nicht zulässig.

[14] 1. Die Beklagte wendet sich gegen die Anwendung des BTVG mit der Begründung, die gekaufte Wohnung sei bereits fertiggestellt gewesen. Dies widerspricht der klaren Feststellung des Erstgerichts, dass bei Unterfertigung des Vertrags „weder die Wohnung Top 44, das Stiegenhaus, der Lift oder die Kellerabteile fertig errichtet [waren]“. Die Revision ist insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl RIS-Justiz RS0043603).

[15] 2. Aus § 4 Abs 1 Z 1 BTVG geht unmittelbar hervor, dass als „eigentlicher Vertragsgegenstand“ nicht nur – wovon die Beklagte aber ausgeht – die Wohnung anzusehen ist, sondern die Wohnung *samt Zugehör* (vgl auch § 2 Abs 3 WEG). Dem entspricht der geschlossene Vertrag, wenn er den Kaufgegenstand mit „neu errichtete Dachgeschoßwohnung W44 [...], bestehend aus Wohnzimmer [...] und dem ausschließlichen Nutzungsrecht an einem Kellerabteil mit etwa 2,5 m² Fläche“ umschreibt. Dass nach den Feststellungen bis heute den Klägern nicht das endgültige Kellerabteil zugewiesen wurde, bedeutet nichts anderes, als dass ihnen ein Teil des „eigentlichen Vertragsgegenstandes“ nach wie vor nicht übergeben wurde.

[16] 3. Die Sicherungspflicht des Bauträgers endet nach § 7 Abs 5 BTVG (erst) „mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung“. Nach § 7 Abs 4 BTVG werden Ansprüche des Bauträgers „erst fällig, wenn und soweit die in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Sicherungen des Erwerbers vorliegen“. Da hier keine entsprechende Sicherung vorlag und die Sicherungspflicht noch nicht geendet hatte, zahlte die Beklagte den Kaufpreis vor Fälligkeit an den Bauträger aus. Leitet die Treuhänderin Zahlungen vor Fälligkeit weiter, ohne dass eine Sicherheit vorliegt, verletzt sie ihre Verpflichtung nach dem BTVG und wird gegenüber den Erwerberrn schadenersatzpflichtig (1 Ob 190/12s [Pkt 1. und 2.] = ZRB 2013, 28 [Seeber]; 6 Ob 171/19v [Pkt 6.1.] = immolex 2021/9 [Horn]; 6 Ob 78/20v [Pkt 3.]; *Böhm*, Nur eingeschränkte Haftung des Treuhänders bei verfrühter Weiterleitung des Treuhändlerlags an den Bauträger? wobl 2021, 81 [83]).

[17] 4. Die Bauträgerin schuldete den Klägern laut den festgestellten Vertragsbedingungen ganz offensichtlich – wenn auch nicht so benannt – eine bezugsfertige Wohnung. Dies umfasst nach der Rechtsprechung auch die baubehördliche Benutzungserlaubnis (3 Ob 123/13d [Pkt 14.]).

[18] Dass die Fertigstellungsanzeige fehle, und dies aufgrund des nach wie vor fehlenden Aufzugs (vgl § 111 Abs 1 lit c der anzuwendenden Wr BauO, wonach im Zuge der Errichtung von Zubauten zur Schaffung neuer Wohnungen Personenaufzüge errichtet werden müssen, wenn das Gebäude vor oder nach diesem Zubau mehr als zwei Hauptgeschoße aufweist), brachten die Kläger in erster Instanz vor und blieb unstrittig. Zu Recht legte das Berufungsgericht diesen Umstand seiner Entscheidung zugrunde. Dass die Annahme des schlüssigen Zugeständnisses richtig war, zeigt sich schon daran, dass die Beklagte auch in der Revision wieder nicht konkret behauptet, dass eine Fertigstellungsanzeige oder für die Kläger relevante Teilfertigstellungsanzeige vorliegen würde.

[19] Nach § 128 Abs 4 Wr BauO darf das Bauwerk vor Erstattung der Fertigstellungsanzeige nicht benützt werden. Wenn das Berufungsgericht auch angesichts dessen eine Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstands iSd § 7 Abs 5 BTVG verneint, ist dies jedenfalls vertretbar.

[20] 5. Zahlt ein Treuhänder verfrüht aus, ist die Schadenersatzklage grundsätzlich auf Wiederauffüllung des Treuhandkontos zu richten (4 Ob 3/14s [Pkt 3.8.] = immolex 2014/49, 194 [Prader] = ZVB 2014/108 [Oppel]; Böhm, wobl 2021, 83 f). Der Schaden ist grundsätzlich bereits eingetreten, er liegt in der Verminderung des Treuhanderlags (vgl 6 Ob 173/18m [Pkt 4.1.] = immoaktuell 2019/24

[*Höllwerth*] = immolex 2019/7 [*Prader*] = ZVB 2019/21 [*Berl*]). Eine Feststellungsklage ist aufgrund ihrer Subsidiarität zur Leistungsklage (RS0038817) hier grundsätzlich ausgeschlossen (*Prader*, immolex 2014, 195), kann aber bei einem entsprechenden Feststellungsinteresse ausnahmsweise zulässig sein (vgl 1 Ob 190/12s [Pkt 3.] mwN). Ob die Kläger im vorliegenden Fall richtigerweise Leistungsklage erheben hätten müssen, muss offen bleiben. Das (hier allfällige) Fehlen eines rechtlichen Interesses an der Feststellung ist zwar auch im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen wahrzunehmen (RS0039123), dies setzt aber ein zulässiges Rechtsmittel voraus (vgl *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ § 228 ZPO Rz 135). In der Revision kommt die Beklagte auf ihre in erster Instanz noch erhobene Einwendung, den Klägern fehle das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung, da – so die von der Beklagten hierfür gegebene Begründung – ein Leistungsbegehren gegen die Verkäuferin (Bauträgerin) möglich wäre, nicht mehr zurück. Eine – erst zur Zulässigkeit der Revision führende – erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO wird folglich (auch) insofern nicht zur Darstellung gebracht.

[21] 6. Weil die Beklagte verfrüht auszahlte, ist das Klagebegehren entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht nicht zu weit gefasst, zumal die rechtswidrige Handlung (Auszahlung) bereits erfolgt ist und die Beklagte für sämtliche sich aus ihr ergebende finanzielle Schäden der Beklagten einzustehen haben wird. Kommt es in Zukunft aufgrund des Feststellungsurteils zur Geltendmachung solcher, werden die Kläger dartin müssen, dass sie aufgrund der Auszahlung vor Fertigstellung eintraten.

[22] 7. Es steht fest, dass die Beklagte Vertragserrichterin und Treuhänderin in einer Konstellation war, in der das BTVG anzuwenden gewesen wäre. Ihre Haftung als Treuhänderin im bloß allgemein zivilrechtlichen Sinn oder die Frage, ob in jedem BTVG-Sachverhalt zwingend ein Treuhänder zu bestellen ist, ist nicht relevant.

[23] 8. Ebenso nicht relevant ist die vom Berufungsgericht in seiner nachträglichen Zulassung der Revision aufgezeigte Rechtsfrage. Es fehlt hier wie oben erläutert bereits an der Fertigstellung des „eigentlichen Vertragsgegenstandes“. Nur wenn diese vorläge, wäre die Frage relevant, ob die Beklagte weiterhin nicht auszahlen durfte, weil noch die Aufzugsanlage und damit ein (bloß) zur Gesamtanlage zählender allgemeiner Teil ausständig war (und ist), was nach dem Wortlaut von jeweils lit f (iVm g) in § 10 Abs 2 Z 1 und 2 BTVG ja der Fälligkeit von zwei Raten entgegenstünde.

[24] 9. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet auf §§ 41, 50 ZPO. Die Kläger haben in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 3. August 2021
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: