

I. Begriff und Rolle des Bauträgers

A. Begriff „Bauträger“

Der Begriff des „Bauträgers“ und diesem nahe verwandte Begriffe finden sich gleich an mehreren Stellen in österreichischen Gesetzen und auch in der allgemeinen Wahrnehmung ist mit diesem Begriff eine sehr spezifische Rolle verbunden. Laut Wikipedia ist ein Bauträger *„ein Unternehmen, das die Erstellung von Wohn- und Gewerbeimmobilien zum gewerbsmäßigen Vertrieb zum Gegenstand hat. Wesentlicher Aspekt der Bauträgere Tätigkeit (im Gegensatz zum Bauunternehmer) ist, dass der Bauträger dem Erwerber das Eigentum am Grundstück und dem darauf erstellten Gebäude verschafft“*,¹ eine sehr gelungene Zusammenfassung der allgemeinen Wahrnehmung der Tätigkeit des Bauträgers.

Die gesetzliche Bedeutung des Begriffs ist jedoch nicht einheitlich, sondern unterscheidet sich stark je nach der betreffenden Rechtsnorm und divergiert insofern auch oft von der Bedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch. Im Folgenden werden für Zwecke der Übersichtlichkeit der Begriff „Bauträger“ und diesem vergleichbare Begriffe allgemein und in den verschiedenen Rechtsordnungen dargestellt, wobei in weiterer Folge in diesem Buch unter dem Begriff „Bauträger“ jeweils der Bauträger im Sinne des BTVG gemeint ist.

1. Tätigkeitsmerkmale und Verantwortung

Gewerberecht, WGG, BTVG und WEG (siehe nachfolgende Punkte) sind einander dabei inhaltlich im Wesentlichen einig, dass das typische Tätigkeitsmerkmal des Bauträgers das Organisieren des Zustandekommens eines Bauwerkes und der Ermöglichung der Benützung durch die späteren Nutzer ist, dies durch Setzen aller faktisch und rechtlich notwendigen Maßnahmen.² Diese **Organisations- und Managementkompetenz** ist der Kernbereich des Bauträgeregeschäftes. Der Bauträger soll durch den Gesamtüberblick über das Bauvorhaben gewährleisten, dass der Projektablauf geordnet und zielentsprechend stattfindet.

Diese **Organisationskompetenz** erstreckt sich auf den **wirtschaftlichen** Bereich (Kostenberechnung, Gebarung und Buchführung sowie Finanzierung), den **planerischen und technischen** Bereich (durch Einsatz derjenigen technischen und baulichen Fachkräfte zur richtigen Zeit, die das Bauvorhaben umsetzen) sowie

1 <https://de.wikipedia.org/wiki/Bau%C3%A4ger>.

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

auch auf den **rechtlichen** Bereich (durch Setzen derjenigen Maßnahmen, die die Herstellung des ordnungsgemäßen rechtlichen Zustandes für die Benutzung des fertiggestellten Objektes durch den Nutzer zum Ziel haben).³

Der Bauträger muss daher über die komplexen Erfordernisse Bescheid wissen und instande sein, die fachspezifisch notwendigen Unterstützungskräfte (Architekten, Statiker, Ziviltechniker, Baumeister, Gewerke, Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare und nicht zuletzt Banken) richtig auszuwählen und zielgerecht einzusetzen.

Bauträger ist sozusagen der professionelle Veranlasser und Organisator, der grundsätzlich neben der Aufstellung einer sachgerechten Aufbau- und Ablauforganisation und deren Verfolgung sowie Optimierung **keine fachspezifische Teilarbeit** ausführt; tut er es doch, etwa in Kombination mit einer eigenen bauausführenden Unternehmung, ist das nicht typisch und eher eine Frage der betrieblichen Zweckmäßigkeit im Zusammenhang mit der Nutzung betrieblicher Synergien.⁴

Der Bauträger ist der „**Bauherr**“ oder direkter Stellvertreter des Bauherrn. Störungen in der Organisation eines Bauvorhabens fallen damit zunächst einmal ungeteilt dem Bauträger zur Last. Seine **Gesamtverantwortung** mindert sich nicht dadurch, dass er Teile seiner Aufgaben an Dritte delegiert hat. Als Organisator für das gesamte Bauwerk sind die Verantwortung und damit die Haftung des Bauträgers seinem Kunden gegenüber unteilbar.⁵ Der Bauträger bleibt auf mögliche Regressansprüche zB im Bereich der Gewährleistung gegenüber dem von ihm beauftragten Unternehmen angewiesen.⁶ Umstritten ist ganz allgemein das Ausmaß der Koordinierungs- und Überwachungspflichten des Bauherrn.⁷

2. Bauträgervertragsgesetz (BTVG)

„Bauträger“ nach BTVG ist derjenige, der sich verpflichtet, einem Erwerber den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing, an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen einzuräumen (§ 2 BTVG).

Das gilt auch dann, wenn der Erwerber sein Recht an der Liegenschaft zwar von einem Dritten erwirbt, dieser Vertrag aber mit dem Vertrag über die Errichtung oder durchgreifende Erneuerung des Gebäudes, der Wohnung oder des Geschäftsraums eine wirtschaftliche Einheit bildet (§ 2 Abs 4 BTVG).

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

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

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

6 Vgl etwa Seebacher/Andrieu, Der Regress an der Örtlichen Bauaufsicht als Solidarschuldnerin – Eine rechtsdogmatische Betrachtung, bbl 2012, 109; Auer/Egglmeier-Schmolke, Regressanspruch zwischen Bauaufsicht und Bauunternehmer, bbl 2013, 32.

7 Vgl Seebacher, Zur angeblichen Koordinierungspflicht des Bauherrn, bbl 2001, 217.

Das BTVG knüpft dabei den Begriff des Bauträgers zivilrechtlich an bestimmte **vertragliche und faktische Tatbestände** an. Für die Anwendbarkeit des BTVG ist es nicht entscheidend, ob die erforderliche öffentlich-rechtliche Befugnis für die Ausübung der Tätigkeit vorliegt. Bauträger im Sinn des BTVG kann also auch durchaus jemand sein, der im Sinn der Gewerbeordnung als „Pfuscher“ (also ohne Gewerbeberechtigung) Verträge mit Kunden eingeht.⁸ Es kommt dabei auch nicht auf eine subjektive Absicht an, als Bauträger tätig werden zu wollen.

3. Wohnungseigentumsgesetz (WEG)

Das Wohnungseigentumsgesetz (WEG) verwendet den verwandten Begriff „**Wohnungseigentumsorganisator**“. Der Wohnungseigentumsorganisator ist sowohl der Eigentümer oder außerbücherliche Erwerber der Liegenschaft als auch jeder, der mit dessen Wissen die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder – bei bereits bezogenen Gebäuden – der Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dieser Abwicklung in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist (§ 2 Abs 6 WEG).

Trotz der diesbezüglich möglichen begrifflichen Inklusion der abwickelnden Rechtsanwaltskanzlei ist die Bestimmung wohl dahin gehend teleologisch zu reduzieren, dass eine abwickelnde **Rechtsanwaltskanzlei nur als Berater** des Wohnungseigentumsorganisors, nicht aber selbst als Wohnungseigentumsorganisator gilt.

Das WEG knüpft ähnlich dem BTVG an die **zivilrechtliche** Beziehung zwischen dem Wohnungseigentumsbewerber und dem Wohnungseigentumsorganisator an und setzt keine öffentlich-rechtliche Befugnis für die Ausübung des Gewerbes voraus.⁹ Selbstverständlich entbindet diese Entkoppelung der zivilrechtlichen Folgen von der gewerberechtiglichen Berechtigung den Bauträger oder Wohnungseigentumsorganisator nicht von seiner Verpflichtung zur Erfüllung der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten und Voraussetzungen.

4. Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG)

Das WGG normiert Rechte und Pflichten für „**gemeinnützige Bauvereinigungen**“. Diese sind nach ihrem Tätigkeitsinhalt nichts anderes als gewerbliche Bauträger. Die gemeinnützigen Bauvereinigungen haben nur im Unterschied zu Bauträgern ihre Tätigkeiten nach § 1 Abs 2 WGG im Sinne der **Erfüllung des Gemeinwohls** auf die Aufgaben der Errichtung von Neubauten und der Sanierung im Rahmen des Wohnungs- und Siedlungswesens zu richten. Jedoch erledigen sie auch die wirtschaftliche und technische Vorbereitung der Baulichkeiten ebenso

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

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

wie die Überwachung der Ausführungsarbeiten, die Vornahme der Kostenabrechnung und die Durchführung der damit zusammenhängenden Verwaltungsarbeiten gemäß § 2 WGG.

Im Unterschied zu den gewerblichen Bauträgern haben die gemeinnützigen Bauvereinigungen eine andere Rechtsgrundlage, soweit ihnen von der jeweiligen Landesregierung der Status der Gemeinnützigkeit zuerkannt wird. Die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Gemeinnützigkeit normiert § 1 WGG, wonach die Bauvereinigung in der Rechtsform einer Genossenschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft gegründet sein muss, den Sitz im Inland haben muss und die Bedingungen der Bestimmungen des WGG erfüllen muss.¹⁰ Damit erhalten sie das Privileg der **Ertragsteuerbefreiung** für die Erträge aus ihrer Geschäftstätigkeit, müssen sich aber andererseits einer laufenden Kontrolle und Prüfung durch einen gesetzlich eingerichteten Revisionsverband unterwerfen.

5. Gewerbeordnung und Immobilienmaklerverordnung (IMV)

Die Berufsgruppe der „**Bauträger**“ ist nach der Gewerbeordnung ein reglementiertes Gewerbe und wird mit den Immobilienmaklern und den Immobilienverwaltern unter dem Begriff „**Immobilientreuhänder**“ zusammengefasst (§ 94 Z 35 GewO 1994). Bauträger haben daher für die Ausübung des Bauträgeregewerbes einen Befähigungsnachweis zu erbringen, der in der Regel durch eine Prüfung zu erbringen ist.¹¹ Gewerberechtlich ist demnach derjenige Bauträger, der eine **Gewerbeberechtigung** zur Ausübung des Gewerbes der Immobilientreuhänder oder zumindest zur Ausübung des Gewerbes der Immobilientreuhänder eingeschränkt auf das Gewerbe der Bauträger besitzt. Ein Immobilientreuhänder, der auf das Bauträgeregewerbe beschränkt ist, darf dem Gewerbe des Immobilienmaklers und des Immobilienverwalters nicht nachgehen.¹²

Nach § 117 Abs 4 GewO 1994 umfasst der Tätigkeitsbereich des Bauträgers die **organisatorische und kommerzielle Abwicklung** von Bauvorhaben (Neubauten und durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch zur **Verwertung** dieser Gebäude berechtigt. Diese organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben unterscheidet sich nach der Gewerbeordnung von der Tätigkeit des Baumeisters, Zimmermeisters, Ziviltechnikers oder Architekten, da für diese Tätigkeiten eigene Regelungen bestehen. Im Ergebnis ist somit Bauträger im Sinne der Gewerbeord-

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

11 Siehe Kapitel II.A.

12 *Noichl*, Der private Bauträger im österreichischen und deutschen Recht (2010) 55.

nung derjenige der eine Gewerbeberechtigung als Bauträger besitzt, Bauvorhaben abwickelt und keinen der oben genannten Berufe ausübt.¹³

Die Immobilientreuhänder-Verordnung regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes des Immobilientreuhänders. § 2 der Immobilientreuhänder-Verordnung normiert die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes des Bauträgers.

B. Berufsbild und Abgrenzungsfragen

1. Berufsbild des Bauträgers

Die rechtlichen Vorschriften und die einem steten Wandel unterliegende Wirtschafts- und Usancenentwicklung ergeben folgendes Berufsbild des Bauträgers, dessen Kenntnis und Interpretation wesentlich für die Fragen der Rechte und Pflichten des Bauträgers sind: Die „organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben“ im Sinn der Gewerbeordnung, „die wirtschaftliche und technische Vorbereitung der Baulichkeit“ im Sinn des WGG, die Wohnungseigentumsorganisation nach WEG oder die Bauträgertätigkeit im Sinn des BTVG haben als gemeinschaftliche Klammer ebendiesen **umfassenden Organisationsbegriff**, der für die Bauträgertätigkeit typisch ist.¹⁴

Im Sinn der organisatorischen und kommerziellen Gesamtzuständigkeit des Bauträgers sind folgende **Wesensmerkmale der Tätigkeit** allgemein anerkannt, die sich im Großen und Ganzen auf fünf Grundelemente („Fünf-Säulen-Prinzip“¹⁵) reduzieren lassen:¹⁶

a) Bauherrenfunktion

Der Bauträger ist **Bauherr** oder direkter **Stellvertreter** des Bauherrn.

Bauherr ist, wer auf seine **Verantwortung** und sein **Risiko** eine bauliche Anlage vorbereitet und die notwendigen Maßnahmen setzt oder setzen lässt, um sie auszuführen. Bauherr ist auch derjenige, in dessen Sphäre sich der Bauwille originär bildet, dh die Absicht, ein bestimmtes Projekt nach eigenen Vorstellungen in wirtschaftlicher und funktionaler Hinsicht zu erstellen oder erstellen zu lassen und die dafür erforderlichen Mittel einzusetzen. Fehlt das gestaltende und bestimmende Element der Bauherrenfunktion und handelt der Baubeauftragte vorwiegend nach

13 WKO – Fachverband der Immobilien- und Vermögenstreuhänder, Das Berufsbild des Bauträgers, https://www.wko.at/branchen/information-consulting/immobilien-vermoegenstreuhaender/berufsbild_bt_2.pdf (27.12.2017).

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

15 <https://de.wikipedia.org/wiki/Bautr%C3%A4ger>.

16 Kallinger/Gartner/Stingl (Hrsg), Bauträger und Projektentwickler⁷ (2015) 9 f, 30 ff; Kallinger, Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers, immolex 2002, 259.

festen Vorgaben Dritter aufgrund eines Durchführungsauftrages, liegt keine Bauherrenfunktion und damit keine Bauträgerschaft im eigentlichen Sinn vor.

Bei Bauvorhaben auf eigenen Grundstücken und auf eigene Rechnung ist der Bauträger selbst Bauherr. Bei Bauten auf fremden Grundstücken oder für fremde Rechnung und auf fremdes Risiko ist der Bauträger als Baubetreuer zwar nicht selbst Bauherr, er vertritt aber die Interessen des Bauherrn als dessen direkter Vertreter und als Projektverantwortlicher.

b) Drittbindung

Der Bauträger ist zwar Bauherr oder Stellvertreter des Bauherrn und baut auf eigene oder fremde Rechnung in eigenem Namen und auf eigenem oder fremdem Grund; die Eigentümerschaft oder eine bestimmte Form der Verfügung über das Grundstück ist aber für die Bauträgerschaft nicht wesentlich. Entscheidend ist vielmehr, dass der Bauträger seine Baumaßnahmen in Hinblick auf eine schon bestehende oder künftige **vertragliche Beziehung zum späteren Nutzer des Bauvorhabens** setzt, mit diesem ein Rechtsverhältnis eingeht und sich diesem direkt oder indirekt verpflichtet (und von ihm Anzahlungen oder sonstige Leistungen für die Realisierung des Bauvorhabens entgegennimmt).

c) Treuhandschaft

Der Bauträger handelt ähnlich einem **Treuhänder**. Für den Bauträger besteht daher keine Freiheit mehr in der Verwendung der Baugelder: In der Regel erfolgt nämlich die Realisierung während der Bauphase bereits mit Mittel des späteren Nutzers, sei es durch direkte Geldleistung und Anzahlungen, sei es durch Haftungs- oder Darlehensübernahmen. Er ist nach Maßgabe des Innenverhältnisses zwischen den Vertragsparteien oder aus dem Bauträgervertrag und allenfalls zusätzlich aus Bestimmungen in den Finanzierungs- oder Förderungsvorschriften zur Rechenschaft verpflichtet.

Der Bauträger ist zudem dann, wenn er für eine Mehrzahl von Erwerbern tätig ist, zur **Optimierung des Bauvorhabens in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht** im Sinne aller verpflichtet. Das gilt auch, wenn die Erwerber zunächst noch anonym sind. Zudem muss der Bauträger das Vertragsverhältnis so gestalten, dass die Rechte aller Beteiligten – und zwar sowohl der bereits vor-handenen als auch der künftigen – sichergestellt werden.

d) Gesamtverantwortung

Anders als bei der Beauftragung eines Generalunternehmers oder Generalübernehmers (Totalunternehmers) sind die Tätigkeit des Bauträgers und seine Verantwortlichkeit für die Realisierung des Bauvorhabens in allen Aspekten der Abwicklung **umfassend und unteilbar** zu sehen. Sie inkludieren sämtliche Maßnah-

men und Agenden, die gemäß dem Vertragsverhältnis aus der Drittbindung und aus dem Treuhandverhältnis zur Verwirklichung des Bauvorhabens nötig sind.¹⁷

- Er veranlasst die notwendigen planerischen Arbeiten sach- und zeitgerecht.
- Er beauftragt die Ausführungsleistungen.
- Er leistet die Finanzierung, die rechtliche und wirtschaftliche Obsorge.
- Er besorgt die rechtliche Sicherstellung für die künftigen Nutzer.
- Er kontrolliert alle Baubelange in rechtlicher, wirtschaftlicher, kostenmäßiger und qualitativer Hinsicht.
- Der Bauträger haftet seinem Kunden gegenüber als direkter Vertragspartner uneingeschränkt für alle Belange des Baues, und zwar prinzipiell auch für Fehler, die im Bereich seiner Auftragnehmer entstanden sind (mit allfälliger Möglichkeit zum Regress).

e) Konzentrationsprinzip

Der Bauträger soll sich auf seinen **eigenen Wirkungskreis konzentrieren** und Interessenkollisionen etwa durch mehrfache Funktionen (zB als Bauausführender, Gebäudeverwaltung) möglichst vermeiden.¹⁸

So endet die Funktion des Bauträgers nicht unmittelbar mit der Fertigstellung und Übergabe des Bauwerks an den Kunden, sondern reicht darüber hinaus: Er hat dafür zu sorgen, dass die rechtliche Ordnung hergestellt wird und seinem Kunden die vereinbarte Rechtsstellung verschafft wird, sowie insbesondere, dass die Gewährleistung ordnungsgemäß abgewickelt wird. Es besteht ein gewisses **Konfliktpotential** bei etwa gleichzeitigem Status als Bauausführender oder Gebäudeverwalter.

Die Verwertung und Vermarktung des Bauvorhabens selbst bringt keine nennenswerten Kollisionsprobleme.

2. Projektentwickler und Baumeister

Die Tätigkeiten der gelegentlich etwas inflationär gebrauchten „**Projektentwickler**“, „**Projektleiter**“ und „**Projektmanager**“ sind im Bereich der Tätigkeit der **Baumeister** anzusiedeln. Diese werden aber damit noch nicht automatisch zu Bauträgern, weil deren Tätigkeit zwar wortverwandt, aber nicht inhaltsgleich ist. Der Baumeister ist gemäß § 94 Z 5 iVm § 99 Abs 1 GewO 1994 zu folgenden Tätigkeiten berechtigt:

- Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu **planen** und zu **berechnen** (Z 1);
- Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu **leiten** (Z 2);

¹⁷ <https://de.wikipedia.org/wiki/Bautr%C3%A4ger>.

¹⁸ Vgl *Böhm/Priglinger*, „Merkzettel“ für den Bauträgervertrag, immolex 2002, 273.

- Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Abs 2 auch **auszuführen** und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten **abzubrechen** (Z 3);
- Gerüste aufzustellen, für die statische Kenntnisse erforderlich sind (Z 4);
- zur **Projektentwicklung, -leitung und -steuerung**, zum **Projektmanagement** sowie zur Übernahme der **Bauführung** (Z 5); und
- zur Vertretung seines Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung (Z 6).

Der Baumeister ist somit gemäß § 99 Abs 1 Z 5 GewO 1994 zur „Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, zum Projektmanagement sowie zur Übernahme der Bauführung“ berechtigt. Das **Projektmanagement im Sinn der Baumeister** ist die Entwicklung und Leitung der technisch-wirtschaftlichen Belange eines Bauvorhabens aufgrund vorgegebener Pläne und von verbindlichen Vorgaben des Bauherrn, eben des Bauträgers. In der Regel wird es sich bei diesen Tätigkeiten um die **technische Planung** von Bauvorhaben und die Erstellung der **Konzeption** für die baulichen Grundlagen des Baues, die Entwicklung baulicher **Lösungen** und die Durchführung des Bauvorhabens sowie weiters um Fragen der **Optimierung** der Bauabläufe, des Einsatzes baubezogener Arbeitskräfte und die Verfolgung wirtschaftlicher Abwicklung in Bezug auf Planung und Ausführung von Bauten handeln.¹⁹

Der Bauträger ist im Unterschied dazu gemäß § 117 Abs 4 GewO 1994 berechtigt, die **organisatorische und kommerzielle Abwicklung** von Bauvorhaben vorzunehmen und die Gebäude zu verwerten.

Somit hat der Gesetzgeber eine Differenzierung normiert, wonach auf der einen Seite die Projektentwicklung und Projektleitung und auf der anderen Seite die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben steht. Ein weiterer Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen ist in der technischen Abwicklung des Bauvorhabens gegeben, da der Bauträger für die technische Ausführung nicht zuständig (aber dem Kunden gegenüber verantwortlich) ist.²⁰

Bei dem Tätigkeitsbereich eines Baumeisters in Bezug auf ein Bauträgerprojekt handelt es sich daher um **delegierte Aufgaben**, die der Bauträger nicht erfüllen kann, da bautechnisches Fachwissen vorausgesetzt wird und er diesen Bereich nach der Gewerbeordnung auch nicht abdecken darf. Diese bautechnischen Tätigkeiten könnten auch durch einen Ziviltechniker erbracht werden.

Die Unterscheidung ist insofern wichtig, weil sich ansonsten bei der Realisierung eines Bauvorhabens Baumeister und Bauträger in Idealkonkurrenz gegenüber

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

20 Noichl, Der private Bauträger im österreichischen und deutschen Recht (2010) 51 f.