



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers
bei Serienschäden“

verfasst von / submitted by

Mag. Tristan Kohl

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it
appears on
the student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Dr. Herbert Gartner

Erklärung zur sprachlichen Gleichbehandlung

Aus Gründen des besseren Verständnisses sowie der leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit die Sprachform des generischen Maskulinums angewandt. Es wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen, gleichermaßen auf Männer und Frauen beziehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
1.1	Konkrete Problemstellung	8
2.	Das Bauträgervertragsgesetz	10
2.1	Anwendbarkeit des BTVG	13
2.2	Rechtsfolgen der Anwendbarkeit des BTVG	15
2.2.1	Der Treuhänder im BTVG	16
2.2.1.1	Pflichten des Treuhänders	18
2.2.1.2	Zahlung nach Ratenplan	20
2.3	Der Baufortschritt	25
2.3.1	Die einzelnen Baufortschritte im Überblick	27
2.3.1.1	Baubewilligung	27
2.3.1.2	Fertigstellung des Rohbaus und des Daches sowie der Rohinstallationen	28
2.3.1.3	Fertigstellung der Fassade und der Fenster sowie deren Verglasung	29
2.3.1.4	Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes	30
2.3.1.5	Fertigstellung der Gesamtanlage	30
2.3.1.6	Der Haftrücklass	31
3.	Der Baufortschrittsprüfer im BTVG	32
3.1	Die Pflichten des Baufortschrittsprüfers	36
3.2	Die Haftung des Baufortschrittsprüfers	37
3.2.1	Die Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers	41
3.2.2	Der Versicherungsfall	43
4.	Der Serienschaden und die Serienschadensklausel	48
4.1	Die Ursachenidentität/Gleichartigkeit der Ursachen	50
4.2	Drittwirkung einer Serienschadensklausel	54
4.3	Zu OGH 24.2.2021, 7 Ob 17/21g	58
5.	Anwendbarkeit auf die konkrete Problemstellung	60
5.1	Vorliegen eines Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers	63
5.2	Vorliegen eines Serienschadens	64
5.2.1	Konnex zu OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g	69
6.	Conclusio	71
7.	Literaturverzeichnis	74
7.1	Internetquellen	75
7.2	Judikatur	76
7.2.1	Rechtssätze	76
7.2.2	OGH	76
	Abstract	77

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch BGBl. I Nr. 145/2022
AHVB	Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung idF 07/2021
Anm	Anmerkung
AVBV	Allgemeinen Bedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden idF 07/2021
BGBI	Bundesgesetzblatt
BTVG	Bauträgervertragsgesetz idF BGBl. I Nr. 159/2013
EHVB	Ergänzenden allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung
etc	Et cetera
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung 1994 idF BGBl. I Nr. 171/2022
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht (1997 ff)
immolex	Zeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht
iSd	im Sinne des, -der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
KSchG	Konsumentenschutzgesetz idF BGBl. I Nr. 109/2022
lit	litera (Buchstabe)
lt	laut
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RAK	Rechtsanwaltskammer
RAO	Rechtsanwaltsordnung idF BGBl. I Nr. 164/2022
RdW	Fachezeitschrift "Recht der Wirtschaft"
RIS	Rechtsinformationssystem der Republik Österreich
Rn	Randnummer

Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
sog	sogenannt
stRsp	ständige Rechtsprechung
uA	unter Anderem
usw	und so weiter
va	vor allem
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz idF BGBI. I Nr. 70/2022
vgl	vergleiche
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Zak	Fachzeitschrift "Zivilrecht aktuell"
zB	zum Beispiel

1. Einleitung

Der Immobilienmarkt in Österreich boomt nach wie vor!

Gestützt von niedrigen Leitzinsen wurden die Immobilienpreise österreichweit seit der Wirtschaftskrise 2008 enorm angehoben. Allein im Jahr 2021 ist der Quadratmeterpreis für Neubauwohnungen in Österreich im Schnitt um 11 Prozent gestiegen. Österreich befindet sich insbesondere in Sachen Wohnbauvorhaben pro 1.000 Einwohner mit 10,6 Projekten pro 1.000 Einwohner im Jahr 2021 an der Spitze Europas.¹

Laut Statistik des Statista Research Department 2022 waren im Jahr 2020 55,3 Prozent der Bevölkerung Österreichs Eigentümer einer Immobilie.²

Die Gründe sich für einen Immobilienerwerb zu entscheiden sind vielseitig. Grundsätzlich steht, vor allem für junge Österreicher die Schaffung eines Eigenheims im Vordergrund. Aber auch als sichere Geldanlage oder zur Altersvorsorge bleibt ein Investment in Immobilien weiterhin attraktiv. Denn insbesondere in Krisenzeiten gelten Sachanlagen, wie Immobilien, für Investoren als sichere Veranlagungsform und machen indexierte Mietverträge einen Schutz vor drohender Inflation möglich.³

Wird in Österreich eine Immobilie erworben, welche neu hergestellt wird oder einer „durchgreifenden Erneuerung“⁴ einer bereits bestehenden Liegenschaft unterzogen wird und hat der Erwerber bereits vor Fertigstellung der Immobilie einen Betrag in Höhe von mindestens EUR 150,-- pro Quadratmeter Nutzfläche zu leisten, so sind auf die

¹ Deloitte Property Index 2022¹¹, August 2022.

² < <https://de.statista.com/themen/3608/wohnimmobilien-in-oesterreich/#dossierKeyfigures>>.

³ 3SI Immogroup GmbH, Immo-Markt: Droht eine Überhitzung?, Zinshaus-Zeitung Juli/August 2022, 1.

⁴ Siehe § 2 Abs 1 BTVG idF BGBl. I Nr. 159/2013.

Kaufvertragsabwicklung verpflichtend die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) anzuwenden (vgl § 1 BTVG).

Mit der Einführung des Bauträgervertragsgesetzes 1997 sollte für Erwerber die Sicherheit im Zuge der (Bauträger-)Vertragsabwicklung sichergestellt und insbesondere für Verbraucher eine weitergehende Sicherheit im Rechtsverhältnis zum Bauträger geschaffen werden. Grundgedanke der Einführung des BTVG war es, den Erwerber für den Fall der Insolvenz des Bauträgers abzusichern und die vom Erwerber bereits vorab zu leistenden Vorauszahlungen zu schützen.

So sieht das BTVG neben weiteren inhaltlichen Voraussetzungen des Bauträgervertrages ausdrücklich die Notwendigkeit der Bestellung eines Treuhänders - welche lediglich im Fall einer schuldrechtlichen Sicherung iSd § 8 BTVG unterbleiben kann (dazu siehe Punkt 2.2.1.) - vor. Den bestellten Treuhänder treffen im Zuge der Abwicklung eines Bauträgervertrages zahlreiche Aufklärungs-, Prüf-, und Informationspflichten. Insbesondere hat der Treuhänder in Bezugnahme auf die im BTVG vorgesehene Zahlung nach Ratenplan, den Abschluss eines jeden Baufortschrittes festzustellen.

Im Normalfall wird der Treuhänder die dahingehenden Prüf- und Feststellungspflichten nicht persönlich wahrnehmen, sondern sich fachkundigen Dritten bedienen. § 13 Abs 2 BTVG normiert daher, dass der Treuhänder zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnittes einen Baufortschrittsprüfer beiziehen kann, welcher nicht die Stellung eines Erfüllungsgehilfen des Treuhänders einnimmt, sondern dem Erwerber gegenüber unmittelbar haftet. Damit soll der Erwerber für Missstände im Zusammenhang mit einer fälschlich bestätigten und daher zu früh ausgezahlten Rate an den Bauträger abgesichert werden. Dem Erwerber kommen diesfalls allfällige Schadenersatzansprüche zu Gute (vgl § 13 BTVG).

Eine Definition dieser für die Tätigkeit als Baufortschrittsprüfer geeigneten natürlichen oder juristischen Personen ergibt sich, ebenso wie die Höhe der Mindestversicherungssumme der verpflichtenden Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers, welche zur Deckung der

gegen ihn allfällig entstehenden Schadenersatzansprüche zugunsten des Erwerbers abzuschließen ist, direkt aus dem Bauträgervertragsgesetz (vgl § 13 BTVG).

Diesbezüglich sieht der Gesetzestext einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft als für die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers geeignete Person vor (vgl § 13 Abs 2 BTVG).

Entsprechende Kenntnisse der (konkreten bautechnischen) Materie sind kraft BTVG sohin keine Voraussetzung für die Tätigkeit als Baufortschrittsprüfer. In Bezugnahme auf die weitreichende Aufzählung der als Baufortschrittsprüfer geeigneten Personen wird es in der Praxis regelmäßig vorkommen, dass Bausachverständige, welche unter das Fachgebiet „Bauwesen“ fallen, über keine ausreichenden Kenntnisse der Materie verfügen.

Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Arbeit auf Baufortschrittsprüfer ist es zunächst notwendig zu erörtern, inwiefern es einer diesbezüglichen teleologischen Reduktion des Gesetzestextes bedarf. Weiters wird darauf einzugehen sein, ob der Treuhänder das Vorhandensein der ausreichenden Versicherungssumme des Baufortschrittsprüfers zu prüfen und dafür zu haften hat.

Ein haftungsrelevantes Problem, welches somit die zentrale Problemstellung darstellt, mit der sich diese Arbeit auseinandersetzen wird, ergibt sich in der Praxis häufig im Fall sogenannter „Serienschäden“ im Zusammenhang mit der Feststellung eines Baufortschritts:

Mit diesem Begriff ist der Fall gemeint, dass mehrere Schadenereignisse/Fehlerquellen auf derselben Ursache beruhen, oder Schadenereignisse/Fehlerquellen auf gleichartigen, in zeitlichem Zusammenhang stehenden Ursachen beruhen.

Gemäß § 13 Abs 4 BTVG hat der Baufortschrittsprüfer über eine Mindestversicherungssumme für jeden Versicherungsfall zu verfügen. Nicht gesetzlich geregelt ist allerdings, ob diese Versicherungssumme für jeden Erwerber zur Verfügung

stehen muss, oder ob damit bei einem eingetretenen Serienschaden, lediglich ein einziger Versicherungsfall besteht, welcher mit der Versicherungssumme abgedeckt ist.

Bei der Feststellung eines Baufortschritts iSd BTVG wird in der Praxis seitens des Baufortschrittsprüfers ein Gutachten zum Vorliegen eines bestimmten Bauabschnitts erstellt, aufgrund dessen der Treuhänder die jeweilige Rate nach dem jeweiligen Ratenplan an den Bauträger zur Auszahlung bringt. Ein Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers liegt im Normalfall dann vor, wenn die Erstellung der Baufortschrittsbestätigung dadurch vorwerfbar fehlerhaft vorgenommen wurde, indem der Baufortschrittsprüfer die Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums schuldhaft zum Nachteil des Erwerbers übertreten hat.

Sollte sich nach erfolgter Auszahlung also herausstellen, dass dem die Erfüllung der Auszahlungsbedingungen des Teilkaufpreises attestierenden Gutachtens ein Fehler des Baufortschrittsprüfers zugrunde liegt und die Auszahlung durch den Treuhänder daher nicht hätte vorgenommen werden dürfen, resultieren aus dieser Ursache (des fälschlicherweise festgestellten Baufortschrittes) in der Regel mehrfache schadenskausale Schadenereignisse (fälschliche Auszahlung des Teilkaufpreises bei jedem einzelnen Erwerber und dahingehender Wegfall der Sicherung des Erwerbers im Fall der Insolvenz des Bauträgers).

Der Schaden für den Erwerber liegt in diesem Fall im Wegfall der Sicherung des Erwerbers im Fall der Insolvenz des Bauträgers, sohin in einem der wesentlichen Grundgedanken des BTVG.

1.1 Konkrete Problemstellung

Zur Veranschaulichung des praxisrelevanten Problems des Serienschadens im Zuge der Abwicklung eines Bauträgerprojekts wird dieser Arbeit der folgende Sachverhalt zugrunde gelegt:

Angesichts der in den letzten Jahren steigenden Immobilienpreise und nach wie vor bestehenden Niedrigzinspolitik der europäischen Zentralbank entscheidet sich ein renommiertes österreichisches Immobilienunternehmen zur Durchführung eines weiteren Bauträgerprojektes und gründet eigens dazu eine Projektgesellschaft in Form einer GmbH.

Nachdem ein passendes Altwiener Zinshaus schnell gefunden ist und die entsprechende Baubewilligung für die Komplettsanierung des Zinshauses samt zweistöckigem Ausbau des Rohdachbodens erteilt wurde, wird eine Wiener Anwaltskanzlei mit der treuhändigen Abwicklung des Abverkaufs der insgesamt zehn neu zu errichtenden Wohnungen (die Nutzflächen betragen pro Wohnung $75 \text{ m}^2 - 95 \text{ m}^2$) mit einem jeweiligen Kaufpreis in der Höhe von EUR 750.000,-- bis 950.000,-- und einem insgesamt Verkaufsvolumen von EUR 8.000.000,-- beauftragt.

Nach dem Erstgespräch des Geschäftsführers der Projektgesellschaft und dem federführenden Anwalt der mit der Abwicklung beauftragen Rechtsanwaltskanzlei, wird festgehalten, dass auf die jeweiligen Kaufverträge das Bauträgervertragsgesetz, sowie die grundbücherliche Sicherung samt Auszahlung der Teilkaufpreise nach Ratenplan B zur Anwendung gelangen soll. Zudem erklärt sich die Rechtsanwaltskanzlei, nach vorgenommener Prüfung sämtlicher Unterlagen damit einverstanden, dass derjenige gerichtlich beeideter Sachverständige für den Fachbereich „Hochbau, Architektur“ als Baufortschrittsprüfer bestellt wird, welcher die bisherigen Baufortschrittsprüfungen für das Immobilienunternehmen vorgenommen hat und ihnen somit bereits bekannt ist.

Innerhalb weniger Monate sind sämtliche Neubauwohnungen verkauft und sind alle Käufer ihren Kaufpreiszahlungspflichten nachgekommen. Nachdem für den Treuhänder sämtliche

Auszahlungsbedingungen erfüllt wurden und sowohl die rechtskräftige Baubewilligung, als auch der tatsächliche Baubeginn bescheinigt wurden, wird die erste Rate in Höhe von 10% der Kaufpreise an den Bauträger ausgezahlt.

Einige Wochen nach Auszahlung der ersten Rate wird dem Treuhänder sodann die Baufortschrittsbestätigung des beauftragten Baufortschrittsprüfers vorgelegt, welches die Fertigstellung des Rohbaus und des Daches der gegenständlichen Liegenschaft bescheinigt.

Vom Treuhänder wird daraufhin ohne weitere Verzögerung die zweite Rate gemäß Ratenplan B im Ausmaß von 30% der jeweiligen Kaufpreise, welche insgesamt einer Auszahlung von EUR 2.4000.000,-- entspricht, an den Bauträger getätigt.

Wenig später erhält der Treuhänder aber ein Schreiben sämtlicher Käufer der neu herzustellenden Dachgeschoßwohnungen, die den Treuhänder darüber in Kenntnis setzten, dass mittlerweile zwar das Dach errichtet wurde, bisher aber keinerlei Spenglerarbeiten vorgenommen wurden. Dadurch hat sich ein massiver Wasserschaden ereignet, welcher gemäß eines von den Käufern eingeholten Privatgutachtens eine komplette Neuherstellung der gesamten Dachkonstruktion samt aufwendiger Trocknungsmaßnahmen notwendig macht.

Da über die als Bauträgerin fungierende Projektgesellschaft außerdem bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, wird nun die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche gegenüber dem Baufortschrittsprüfer, welcher nach Ansicht der Käufer über eine ausreichende Haftpflichtversicherung zu verfügen habe, in Erwägung gezogen. Sämtliche beteiligten Personen erwarten sich nun eine rechtliche Darstellung dieser Problematik.

Dieser konkrete Sachverhalt wird im Zuge der Erstellung dieser Arbeit auf Vorliegen eines Serienschadens geprüft und daraufhin die Fragestellung erörtert, ob die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers bei Eintritt eines allfälligen Serienschadens zugunsten jedes einzelnen Erwerbers zur vollen Summe zur Verfügung stehen muss, oder ob die eine unrichtige Baufortschrittsbestätigung als ein einziger

Versicherungsfall zu werten ist und die Versicherungssumme daher nur allen Erwerbern gemeinsam zur Verfügung steht.

2. Das Bauträgervertragsgesetz

Am 01.01.1997 trat das Bauträgervertragsgesetz (BTVG) BGBl I Nr 7/1997 als erstes Spezialgesetz in Kraft, welches die Beziehungen zwischen dem Nachfrager einer Immobilie (Käufer bzw Erwerber) und dem Produzenten (Bauträger) dieser Immobilie regelt und in Ergänzung der einschlägigen Regelungen und Normen im allgemeinen Zivilrecht (ABGB, KSchG, UGB, WEG) Rechtssicherheit schaffen sollte.⁵

Ziel der Einführung des BTVG 1997 war es, den Erwerber einer noch zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Immobilie (Wohn- oder Geschäftsräumlichkeit) im Fall der Insolvenz des Bauträgers zu schützen und die vom Erwerber bereits geleisteten Vorauszahlungen zu sichern, sowie dessen Rücktrittsrechte zu erweitern.⁶

Der Gesetzgeber nahm sich also die Insolvenz des Bauträgers und das dahingehende Risiko des Verlusts der durch den Erwerber geleisteten Vorauszahlung auf den Kaufpreis zum Anlassfall und normierte die Sicherstellung des Erwerbers gegen den Verlust seiner Zahlungen als Grundgedanke, um die Verstärkung des Konsumentenschutzes im Bereich der Immobilienbranche zu verwirklichen.⁷

⁵ *Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum*⁷ (2022) Kapitel 1 Die Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers im Gründungs- bzw Erwerbsstadium Rz 502.

⁶ Siehe ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 9.

⁷ *Markl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar*⁴ (2015) zu § 1 BTVG Rz 1; RIS-Justiz RS0113312.

Da der Erbwerber im Normalfall als Verbraucher iSd Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) und der Bauträger als Unternehmer auftritt, wurde das Gesetz Verbrauchern gegenüber unabdingbar gestellt. Die Bestimmungen des BTVG können also zum Nachteil des Verbrauchers auch vertraglich nicht ausgeschlossen werden.⁸

Die Einführung des BTVG 1997 brachte sodann eine Vielzahl von praktischen Problemen mit sich. In einer Studie im Auftrag der Arbeiterkammer Tirol wurde aufgezeigt, dass auch bei Anwendbarkeit des BTVG 1997 im Fall der Insolvenz eines Bauträgers das Risiko des Erwerbers – bei zum Zeitpunkt der Insolvenz nicht erfolgter Fertigstellung der Immobilie – nach wie vor bestehen blieb und der Erwerber aufgrund der durch die Insolvenz des Bauträgers jedenfalls eintretenden Bauverzögerung erhebliche zusätzliche Kosten zu tragen hätte.⁹

Schließlich wurde einer Forderung der Konsumentenschutzorganisationen entsprochen und mit der BTVG-Novelle BGBl I 2008/56, welche am 01.07.2008 in Kraft trat, das Sicherungsmodell „grundbücherliche Sicherstellung mit Ratenplan“ des § 9 BTVG um zwei Ratenpläne (Ratenplan A und Ratenplan B) ergänzt:

Zum einen wurde der Bauträger verpflichtet, ein verbleibendes Restrisiko auf Seiten des Erwerbers mittels Zusatzsicherung (Bankgarantie) abzusichern (Ratenplan A für den Fall, dass das kaufgegenständliche Objekt dem Erbwerber zur Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses dient), zum anderen wurden die Raten im Ratenplan B so gestaltet, dass deren Fälligkeit (Zeitpunkt der Auszahlung an den Bauträger) erst relativ spät einsetzt.¹⁰

⁸ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017) 268.

⁹ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017) 269; H.Böhm, Gutachten: Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf? (2004).

¹⁰ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 35 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Darüber hinaus wurde die Verpflichtung zur Absicherung bestimmter Gewährleistungsrisiken mittels Haftrücklasses eingeführt, sowie die Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Treuhänders ausgeweitet.¹¹

Außerdem lässt sich erst aus der Neufassung des § 1 Abs 1 BTVG (in Folge der BTVG-Novelle 2008) auf eine Erweiterung des Entgeltsbegriffs auch auf Zahlungen, welche durch den Erwerber aufgrund des abgeschlossenen Bauträgervertrages oder vom Bauträger angebotene/vorgegebene Zusatzleistungen an Dritte zu entrichten sind, schließen.¹²

So wurde der Entgeltsbegriff iSd BTVG durch den Obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v noch wie folgt definiert:

„Unter ‘Entgelt‘ iSd § 4 Abs 1 Z 2 BTVG sind nur solche Entgeltsbestandteile zu verstehen, die typischerweise zum Bereiche der geschuldeten Leistung gehören, demnach wirtschaftlich gesehen beim Bauträger verbleiben und zur Abgeltung seiner eigenen Leistungen bestimmt sind; notarielle Kosten der Vertragsserrichtung und gerichtliche Verbücherungskosten fallen ebensowenig darunter wie der zur Parifizierung erforderliche Aufwand für Sachverständige, behördlich vorgeschriebene Bauabgaben oder an Drittunternehmen zu zahlende Kosten für die Aufschließung des zu bebauenden Grundstücks (Herstellung von Kanalisation, Strom-, Wasser- und Fernwärmeanschluss, Gehsteigerrichtung im behördlich vorgeschriebenen Umfang).“¹³

Durch die Neufassung des § 1 Abs 1 BTVG wurde nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit zu Recht, klargestellt, dass Zahlungen sehr wohl auch all jene Leistungen an Dritte mitumfassen, welche im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag stehen. Also auch jene Zahlungen welche nicht in den Verfügungsbereich des Bauträgers zu gelangen vermögen, wie etwa Aufschließungsabgaben (Zahlungen welche direkt an die Gemeinde oder der

¹¹ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017) 269.

¹² Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 1 Rz 8 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

¹³ OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v = wobl 2005/20 = bbl 2003, 200 = JBl 2003, 640 (Staudegger) = ecolx 2003, 757 = RdW 2003, 696 = SZ 2003/50; RIS-Justiz RS0117608.

öffentlichen Versorgung dienende Unternehmen geleistet werden müssen) oder das vor Fertigstellung des Vertragsgegenstandes zu leistende Honorar des Treuhänders.¹⁴

2.1 Anwendbarkeit des BTVG

Die Anwendbarkeit des Bauträgervertragsgesetzes (Geltungsbereich) wird in § 1 Abs 1 BTVG wie folgt normiert:

„Dieses Bundesgesetz ist auf Bauträgerverträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 Euro pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 2 Abs. 7 und § 7 WEG 2002) an den Bauträger oder an Dritte entrichten muss. Dabei sind auch solche Zahlungen an den Bauträger oder an Dritte zu berücksichtigen, die der Erwerber für vom Bauträger angebotene oder vorgegebene Sonder- oder Zusatzleistungen entrichten“¹⁵

§ 1 Abs 1 Satz 1 BTVG sieht also vor, dass der Anwendungsbereich des BTVG für Verträge, welche die entgeltliche Herstellung und Überlassung von Wohnungen und Gebäuden zum Gegenstand haben, nur dann gegeben ist, wenn vor Fertigstellung Zahlungen von mehr als EUR 150,-- pro Quadratmeter Nutzfläche (gemäß § 2 Abs 7 iVm § 7 WEG 2002 die gesamte Bodenfläche eines Wohnungseigentumsobjekts abzüglich Wandstärken und im Verlauf der Wände befindlichen Durchbrechungen/Ausnehmungen) durch den Erwerber an den Bauträger oder Dritte geleistet werden müssen (siehe dazu auch Punkt 2. dieser Arbeit).¹⁶

Als Zahlungen, welche vor Fertigstellung zu entrichten sind, werden in Entsprechung des zuvor gesagten eben nicht nur jene Zahlungen verstanden die direkt an den Bauträger erfolgen, sondern zählen dazu auch allfällige Gebühren, Abgaben und Steuern, wie

¹⁴ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 1 Rz 9 ff (Stand 29.12.2017, rdb.at).

¹⁵ § 1 Abs 1 BTVG.

¹⁶ Markl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 1 BTVG Rz 3.

insbesondere das Honorar des Treuhänders, die Grunderwerbssteuer oder die Umsatzsteuer.¹⁷

Unter „Entrichten“ wird sodann verstanden, dass der Bauträger, oder jene Personen welche nach dem vertraglichen Willen der Vertragsparteien Zahlungen erhalten sollen, tatsächlich über die Zahlung Verfügungsberechtigt werden.¹⁸

Als Zeitpunkt der Fertigstellung kann nur jener Zeitpunkt verstanden werden, zu welchem der vertraglich vereinbarte Bauzustand hergestellt ist.¹⁹ Der Fertigstellungszeitpunkt ist also nicht gleichzusetzen mit dem Zeitpunkt der Bezugsfertigstellung des Vertragsobjektes, sondern kommt insbesondere der jeweiligen vertraglich vereinbarten Leistung zuzüglich des Bestehens der notwendigen baubehördlichen Genehmigungen unter Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen der Vorrang zu.²⁰

Für den Geltungsbereich des BTVG macht es hingegen keinen Unterschied, ob es sich beim Erwerber um einen Verbraucher iSd KSchG oder einen Unternehmer handelt. Die Verbrauchereigenschaft verbessert die Stellung des Erwerbers aber insofern, als dass die Bestimmungen für diesen jedenfalls zwingendes Recht darstellen und die Regelungen des BTVG nicht ausgeschlossen werden können.²¹

Der Anwendungsbereich des BTVG ergibt sich sohin sowohl aus dem Vertragszweck (Erwerb von Rechten an neu zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten), als auch aus der Höhe der Vorleistungen durch den Erwerber (Überschreiten der „Bauträgerschwelle“).²²

¹⁷ *Aufner/S. Bydlinski*, Bauträgervertragsgesetz - BTVG² (2008) § 1 Rz 4.

¹⁸ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 1 Rz 3 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

¹⁹ *Würth in Rummel ABGB*³ § 1 BTVG Rz 2 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

²⁰ *Markl in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 1 BTVG Rz 5; ÖNORM B 2120.

²¹ *Markl in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 1 BTVG Rz 4.

²² *Witt-Döring in Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017) 270.

2.2 Rechtsfolgen der Anwendbarkeit des BTVG

Kann sodann die Anwendbarkeit des Bauträgervertragsgesetzes auf die jeweilige Vertragsabwicklung (Bauträgervertrag, welcher jedenfalls gem § 4 Abs 1 BTVG der Schriftform bedarf) bejaht werden, gehen damit zahlreiche Inhaltserfordernisse einher.

Die verpflichteten Vertragsinhalte des Bauträgervertrages werden in § 4 Abs 1 BTVG normiert. In den Erläuterungen (vgl die EB zur RV zu § 4 Abs 1) wurde dazu ausdrücklich festgehalten, dass diese Aufzählung taxativ, also abschließend, zu verstehen ist.²³

Insbesondere jene inhaltlichen Bestimmungen des § 4 Abs 1 BTVG muss der Bauträgervertrag aufweisen:

„1. das Gebäude, die Wohnung oder den Geschäftsraum samt Zugehör (eigentlicher Vertragsgegenstand) und die vom Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage, wobei das Ausmaß, die Lage und die Widmung des eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Anlage jeweils bestimmt zu bezeichnen und aussagekräftige Pläne, Baubeschreibungen sowie eine Beschreibung der Ausstattung und ihres Zustandes zu Grunde zu legen und zu übergeben sind;

2. den Hinweis, dass der eigentliche Vertragsgegenstand oder die Gesamtanlage in einer wildbach- oder lawinenbedingten Gefahrenzone oder einem Hochwasserabflussgebiet liegt oder die betreffende Liegenschaft im Verdachtsflächenkataster geführt oder im Altlastenatlas ausgewiesen wird;

3. den Preis und die vom Erwerber jeweils für Sonder- und Zusatzleistungen zu entrichtenden Beträge (§ 1 Abs. 1), wobei über alle damit verbundenen Abgaben und Steuern sowie die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung zu informieren ist;

²³ Vonkilch, Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (212).

4. die Fälligkeit der Zahlungen des Erwerbers;
5. den spätesten Termin der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Fertigstellung der vom Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage;
6. vom Erwerber allenfalls zu übernehmende dingliche oder obligatorische Lasten;
7. die Art der Sicherung des Erwerbers (§ 7);
8. das Konto des Bauträgers, auf das der Erwerber die Zahlungen bei einer Sicherung durch Garantie oder Versicherung zu entrichten hat, wobei der Erwerber über die damit verbundenen Rechtsfolgen (§ 8 Abs. 5) zu informieren ist, sowie
9. den Treuhänder, sofern ein solcher zu bestellen ist (§ 12).²⁴

Diese angeführten Inhalte muss der Bauträgervertrag also zwingend enthalten um dem spezifischen Bestimmtheitsgebot zu entsprechen.

Um eine abschließende Beurteilung der gegenständlichen Problematik der Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers bei Serienschäden zu ermöglichen, wird sich diese Arbeit nur mit den relevantesten inhaltlichen Voraussetzungen, insbesondere der Bestellung eines Treuhänders, bei Anwendbarkeit des BTVG auseinandersetzen.

2.2.1 Der Treuhänder im BTVG

Gemäß § 4 Abs 1 Z 9 BTVG ist der Treuhänder, sofern einer zu bestellen ist, dem Erwerber bereits vorab schriftlich bekannt zu geben. Sollte dies nicht spätestens eine Woche vor Abgabe der Vertragserklärung erfolgt sein, würde dem Erwerber ein Rücktrittsrecht iSd § 5 BTVG zustehen.²⁵

²⁴ § 4 Abs 1 BTVG.

²⁵ Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*³ (2018) § 5 BTVG Rz 2.

Die Pflicht des Bauträgers zur Bestellung eines Treuhänders ist in § 12 Abs 1 BTVG geregelt:

„Der Bauträger ist verpflichtet, spätestens bei der Unterfertigung des Bauträgervertrags einen Treuhänder zu bestellen, dessen Tätigkeit erst mit dem Ende der Sicherungspflicht des Bauträgers (§ 7 Abs. 5) dem jeweiligen Erwerber gegenüber endet. Auf die Bestellung des Treuhänders kann nur verzichtet werden, wenn für alle allfälligen Rückforderungsansprüche des Erwerbers eine schuldrechtliche Sicherung (§ 8) bestellt wird.“²⁶

Der Bauträger hat also, soweit nicht eine schuldrechtliche Sicherstellung gemäß § 8 BTVG vereinbart wurde, spätestens bei Unterfertigung des Bauträgervertrages auf seine Kosten einen Treuhänder zu bestellen.²⁷

Als Treuhänder, welcher mit der Übernahme der Treuhandschaft bis zum Ende der Sicherungspflicht gegenüber dem einzelnen Erwerber beauftragt wird, kann gem § 12 Abs 2 BTVG sodann nur *ein Rechtsanwalt (bzw eine Rechtsanwalts-Gesellschaft) oder ein Notar bestellt werden.*²⁸

Eine Definition der „Treuhandschaft“ findet sich in weiterer Folge in den jeweiligen Richtlinien und Statuten der für die Übernahme einer Treuhandschaft vorgesehenen Berufsgruppen wieder. So definiert die Rechtsanwaltskammer Wien, als Standesvertretung aller in Wien niedergelassenen Rechtsanwälte,²⁹ eine Treuhandschaft folgendermaßen:

„Alle vom Rechtsanwalt übernommenen entgeltlichen oder unentgeltlichen Aufträge, in deren Rahmen er den ausdrücklichen schriftlichen Auftrag zur Verwahrung und späteren Ausfolgung eines bei ihm hinterlegten Geldbetrages für den Fall des Eintrittes einer oder

²⁶ § 12 Abs 1 BTVG.

²⁷ Prader, BTVG^{4.08} § 12 Rz 2 (Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

²⁸ Prader, BTVG^{4.08} § 12 Rz 1 (Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

²⁹ < <https://www.rakwien.at/?seite=kammer&bereich=aufgaben>>.

*mehrerer vorher bestimmter Bedingungen an einen oder mehrere ihm als Begünstigte genannte Dritte übernimmt.*³⁰

Der Treuhänder handelt also im eigenen Namen, aber im Interesse eines anderen. Er hat die eigenen Rechte im Interesse der Treugeber für eine bestimmte Zeit auszuüben und tritt hierbei nicht als Stellvertreter auf.³¹

2.2.1.1 Pflichten des Treuhänders

Ebenso wie die Verpflichtung der Bestellung eines Treuhänders, ergeben sich auch die Pflichten des bestellten Treuhänders direkt aus dem Gesetz. Gemäß § 12 Abs 3 BTVG trifft den Treuhänder insbesondere die Pflicht

„1. den Erwerber über die Natur des Vertrags und die wesentlichen Vertragspunkte in rechtlicher Hinsicht zu belehren und

2. die Erfüllung der Sicherungspflicht des Bauträgers nach diesem Bundesgesetz zu überwachen und

3. dem Erwerber über die von ihm entgegengenommenen Zahlungen entweder laufend, mindestens aber jährlich nach Abschluß des Kalenderjahrs spätestens zum 31. Jänner des Folgejahrs Rechnung zu legen.“³²

Zu den Aufgaben des Treuhänders zählen sohin eine weitergehende Prüf- und Informationspflicht gegenüber dem Erwerber, aber auch gegenüber dem Bauträger hinsichtlich der gesamten (Bauträger-)Vertragsabwicklung. Insbesondere trifft den Treuhänder daher auch die Pflicht zur Prüfung, ob die angebotene Sicherung ausreichend ist

³⁰ Punkt 5.3. Statut der Treuhandinrichtung der Rechtsanwaltskammer Wien 2019 idF vom 08.10.2020.

³¹ <<https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/T/Seite.991316.html>>.

³² § 12 Abs 3 BTVG.

sowie die Überwachung der Sicherungspflicht samt Freigabe der Zahlungen nach Ratenplan; und auch die laufende Rechnungslegung über entgegengenommenen Zahlungen.³³

Betreffend die Pflichten des Treuhänders wird in der Lehre zudem zwischen dem von *Böhm* als bloßen „Überwachungstreuhänder“ des § 12 BTVG, als welcher der Treuhänder vor der BTVG-Novelle BGBl I 2008/56 grundsätzlich angesehen wurde, und dem „Abwicklungstreuhänder“ unterschieden.³⁴

Während der Überwachungstreuhänder als Beauftragter des Bauträgers an dessen Stelle tritt und für die Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung des Erwerbers (wie etwa die Anmerkung der Zusage des Wohnungseigentums zu Gunsten des Erwerbers) in die Haftung genommen wird, haftet der Abwicklungstreuhänder in der Regel für die Herstellung eines bestimmten Erfolges (wie etwa die Begründung von Wohnungseigentum zu Gunsten des Erwerbers), wofür bei einem Bauträgerprojekt, jedenfalls das Bestehen einer rechtskräftigen Baubewilligung vorausgesetzt wird.³⁵

Dem Abwicklungstreuhänder sollen hierbei, anders als dem bloßen Überwachungstreuhänder, zusätzliche Pflichten zukommen. Dazu zählt insbesondere eine umfassendere Belehrungspflicht gegenüber dem Erwerber einschließlich allfälliger mit dem Projekt und den entsprechenden Bewilligungen zusammenhängenden Risiken.³⁶

Mit der BTVG-Novelle 2008 wurden die Pflichten des Treuhänders (insbesondere die Belehrungspflichten) erheblich verstärkt und hat der Treuhänder den Erwerber nunmehr nicht nur über die bloße Natur der Vertragsabwicklung samt den rechtlichen Ausführungen zu den wesentlichen Vertragspunkten aufzuklären, sondern wurde die Pflicht zur Aufklärung

³³ *Würth in Rummel*, ABGB³ § 12 BTVG Rz 3 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

³⁴ *Böhm*, Konsumentenschutz im Bauträgervertragsrecht, Vortrag vom 5. 5. 1998, Linz, Wirtschaftskammer für OÖ.

³⁵ *Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 12 BTVG Rz 5.; *Fellner*, Die grundbücherliche Sicherung der Erwerber durch den Treuhänder gemäß § 9 BTVG, RdW 1999, 393.

³⁶ *Fellner*, Die grundbücherliche Sicherung der Erwerber durch den Treuhänder gemäß § 9 BTVG, RdW 1999, 393.

des Erwerbers hinsichtlich aller zur Verfügung stehenden Möglichkeit der Sicherung, samt Rechtsfolgen im Fall eines Konkurses des Bauträgers in den Vordergrund gestellt.³⁷ Dies aber selbstverständlich ohne die Belehrungs- und Aufklärungspflichten des Treuhänders zu überspannen.³⁸

Durch die Novellierung des Bauträgervertragsgesetzes stellt sich die Treuhandschaft im BTVG nunmehr als klassische mehrseitige Treuhand dar, bei welcher der Treuhänder sowohl die Interessen des Erwerbers als auch jene des Bauträgers zu wahren hat und nur berechtigt ist die ihm übertragenen Rechte im Interesse der Treugeber auszuüben.³⁹

Das Hauptinteresse des Bauträgers liegt hierbei in der Auszahlung des Kaufpreises (Treuhandgutes). Den Zeitpunkt, wann der Treuhänder die Treuhandgelder aus „technischer Sicht“ an den Bauträger weiterleiten darf, ergibt sich aus den Bestimmungen zur Zahlung nach Ratenplan iSd § 10 BTVG.⁴⁰

2.2.1.2 Zahlung nach Ratenplan

Die Fälligkeit der Raten bzw die Befugnis des Treuhänders zur Weiterleitung der Kaufpreisteile (Raten) an den Bauträger bei der grundbücherlichen Sicherung, welche mit der Ratenplanmethode in unmittelbarer Verbindung steht, wird durch das BTVG direkt vorgegeben.

Die Befugnis zur Weiterleitung der jeweiligen Raten gemäß Ratenplan an den Bauträger ist für den Treuhänder in § 10 Abs 2 BTVG normiert.⁴¹ Die Ratenplanmethode gewährleistet die Entsprechung bzw Äquivalenz zwischen den geleisteten Zahlungen des Erwerbes und der

³⁷ Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*³ (2018) § 12 BTVG Rz 2.

³⁸ Siehe RIS-Justiz RS0026349.

³⁹ Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*³ (2018) § 12 BTVG Rz 6.

⁴⁰ Prader in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar*⁴ (2015) zu § 10 BTVG Rz 2.

⁴¹ Prader in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar*⁴ (2015) zu § 10 BTVG Rz 1 ff.

Werterhöhung der Liegenschaft durch die vom Bauträger zwischenzeitlich erbrachten Bauleistungen.⁴²

„Sinn und Zweck der „Ratenplanmethode“ im Sinn des § 10 BTVG ist es, eine Entsprechung zwischen den Zahlungen des Erwerbers und der Erhöhung des Wertes der Liegenschaft bzw seines Liegenschaftsanteils durch die zwischenzeitig erbrachten Bauleistungen zu gewährleisten. Dieser Zweck wird nicht dadurch vereitelt, dass die Zahlungen vertraglich nicht als „Ratenplanzahlungen“ bezeichnet werden. Wesentlich ist nur, ob die Zahlungen inhaltlich den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.“⁴³

Seit der BTVG-Novelle 2008 wird zwischen zwei Ratenplanmodellen unterschieden; dem Ratenplan A und dem Ratenplan B.

Der Vorteil für den Bauträger bei Anwendung des Ratenplans A liegt in der früheren Auszahlung höherer Beträge jeweils für das Erreichen des einzelnen Bauabschnitts als dies beim Ratenplan B der Fall ist. Allerdings wird vom Bauträger - sollte der Vertragsgegenstand dem Erwerber oder dessen nahen Angehörigen zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses dienen - eine Zusatzsicherheit, welche mindestens 10% des Preises zu betragen hat, erbracht werden müssen.⁴⁴

Aufgrund des Erfordernisses der Zusatzsicherheit, welche die Erfüllung und Stärkung des Grundgedankens des BTVGs, die Absicherung des Erwerbers im Fall der Insolvenz des Bauträgers, zum Ziel hat, kommt dem Ratenplan A in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zu.⁴⁵

⁴² OGH 29.05.2012, 9 Ob 50/11k = bbl 2012/196 = ZIK 2013, 38 = *Gartner*, immolex 2013, 331 = immolex 2014,27 (*Prader*) = MietSlg 64.519 = *Kerschner*, SV 2013,139 (Rechtsprechungsübersicht).

⁴³ RIS-Justiz RS0119703.

⁴⁴ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 11.

⁴⁵ *Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*³ (2018) § 10 BTVG Rz 3; § 9 Abs 4 BTVG.

Da der Ratenplan in untrennbarem Zusammenhang mit der grundbücherlichen Sicherung des § 9 BTVG steht, ist die grundlegende Voraussetzung für die Weiterleitung der Raten nach Ratenplan jedenfalls, dass alle weiteren Elemente des Sicherungsmodells erfüllt sind und der Bauträger den entsprechenden Sicherungspflichten nachgekommen ist, widrigenfalls die Zahlungen des Erwerbers nicht fällig werden könnten (vgl dazu § 7 Abs 4 BTVG) und bereits geleistete Zahlungen unter Berücksichtigung einer Verzeichnung zurückgefordert werden könnten (vgl § 14 BTVG).⁴⁶

Zu diesen Sicherungspflichten zählen:

- die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG (ausgenommen im Bereich des WGG, gemäß § 15e Abs 4 WGG)⁴⁷,
- die ausreichende bürgerliche Sicherstellung,
- die Sicherung der Lastenfreistellung,
- die behördliche Baubewilligung bzw besonderer Wert der Liegenschaft,
- das Vorliegen einer einverleibungsfähigen Titellurkunde (Kaufvertrag).⁴⁸

Sind sohin sämtliche Auszahlungsvoraussetzungen gegeben und ist es dem Treuhänder prinzipiell möglich die Auszahlung gemäß Ratenplan vorzunehmen bzw zu prüfen, obliegt es dem Treuhänder die Beurteilung der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 BTVG – das Vorliegen der jeweiligen Baufortschritte des Ratenplans – zu erörtern. Da der Treuhänder aber, wie unter Punkt 2.2.1 erwähnt und wie gemäß § 12 BTVG vorgeschrieben, zwingend ein Rechtsanwalt oder ein Notar sein muss, wird sich dieser für die Beurteilung eines Baufortschrittes sinnvollerweise eines fachkundigen Dritten – also eines Baufortschrittsprüfers – bedienen (dazu siehe Punkt 3.).⁴⁹

⁴⁶ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 1 § 10 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁴⁷ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 7 Rz 58 § 10 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁴⁸ Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 9 BTVG Rz 1.

⁴⁹ Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 10 BTVG Rz 4.

Um die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers und dessen Pflicht zur Überprüfung der jeweiligen Baufortschritte erörtern zu können, empfiehlt es sich zunächst die jeweiligen Bauabschnitte nach Ratenplan (Ratenplan A sowie Ratenplan B) darzulegen.

Gemäß § 10 Abs 2 Z 1 BTVG wird die Fälligkeit der Höchstkaufpreisteile des Ratenplans A wie folgt normiert:

- „a) 15 vom Hundert bei Baubeginn auf Grund einer rechtskräftigen Baubewilligung;*
- b) 35 vom Hundert nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs;*
- c) 20 vom Hundert nach Fertigstellung der Rohinstallationen;*
- d) 12 vom Hundert nach Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung;*
- e) 12 vom Hundert nach Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes;*
- f) 4 vom Hundert nach Fertigstellung der Gesamtanlage (§ 4 Abs. 1 Z 1) und*
- g) der Rest nach Ablauf von drei Jahren ab der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes, sofern der Bauträger allfällige Gewährleistungs-1 und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat;“⁵⁰*

§ 10 Abs 2 Z 2 BTVG regelt, wie bereits ausgeführt, die anfangs (erste und zweite Rate) geringeren Auszahlungsbeträge des Ratenplans B wie folgt:

- „a) 10 vom Hundert bei Baubeginn auf Grund einer rechtskräftigen Baubewilligung;*
- b) 30 vom Hundert nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs;*
- c) 20 vom Hundert nach Fertigstellung der Rohinstallationen;*

⁵⁰ § 10 Abs 2 Z 1 BTVG.

d) 12 vom Hundert nach Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung;

e) 17 vom Hundert nach Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes;

f) 9 vom Hundert nach Fertigstellung der Gesamtanlage (§ 4 Abs. 1 Z 1) und

*g) der Rest nach Ablauf von drei Jahren ab der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes, sofern der Bauträger allfällige Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat.*⁵¹

Die Fälligkeit der ersten Rate im Ausmaß von höchstens 15% im Ratenplan A bzw höchstens 10% im Ratenplan B, und gleichzeitig auch aller weiteren Raten, setzt sohin das Bestehen einer rechtskräftigen Baubewilligung für das vertragsgegenständliche Gebäude voraus (siehe dazu Punkt 2.3.1.1).⁵²

Unter Berücksichtigung des notwendigen Vertragsinhalts iSd § 4 Abs 1 BTVG, zu welchem auch die Übergabe von „*aussagekräftigen Plänen*“ zählt (die der Baubewilligung zugrunde liegen), ist klarstellend festzuhalten, dass sich sämtliche weiteren Baufortschritte mit diesen Plänen decken müssen.⁵³

Nur unerhebliche Abweichungen, welche für sich nicht die Notwendigkeit einer eigenen Baubewilligung nach sich ziehen, können unbeachtet bleiben.⁵⁴ Es wird daher sowohl dem Treuhänder als auch dem Bauträger zu empfehlen sein, Änderungswünsche, welche seitens des Erwerbers vor Vertragsunterzeichnung gestellt werden, auf Vereinbarkeit mit der Baubewilligung zu prüfen, da derartige Änderungen der Auszahlung gemäß Ratenplan nur

⁵¹ § 10 Abs 2 Z 2 BTVG.

⁵² Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ (2018) § 10 Rz 3; Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 10 BTVG Rz 10.

⁵³ § 4 Abs 1 Z 1 BTVG.

⁵⁴ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ (2018) § 10 Rz 4 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

dann nicht im Wege stehen, wenn sie sich mit der Baubewilligung decken oder mittels Bauanzeige durchführbar sind.⁵⁵

Zu erwähnen ist weiters, dass eine Vereinbarung der Fälligkeit der ersten Rate vor Baubeginn grundsätzlich zulässig und vom Gesetz gedeckt ist (vgl § 10 Abs 3 BTVG).

Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass aufgrund des hohen Wertes der vertragsgegenständlichen Liegenschaft eine ausreichende Sicherheit des Erwerbers bereits aufgrund der grundbücherlichen Sicherstellung gegeben ist.⁵⁶

Es wird dem Treuhänder im Fall einer früheren Auszahlung der ersten Rate daher jedenfalls zu empfehlen sein, die rechtliche und wertmäßige Beurteilung aufgrund eines Sachverständigengutachtens vorzunehmen, wobei dies nicht zwingend vorausgesetzt wird.⁵⁷

2.3 Der Baufortschritt

Die bestimmten Kriterien zur Beurteilung des jeweiligen Bauabschnitts/Baufortschritts nach Ratenplan gemäß § 10 Abs 2 BTVG bzw dessen Erreichens für den Treuhänder oder den vom Treuhänder bestellten Ziviltechniker bzw Sachverständigen regelt das Gesetz in § 13 BTVG und trifft damit ergänzende Bestimmungen für die Anwendung des Ratenplanmodells.⁵⁸

Um die grundbücherliche Sicherstellung gewährleisten zu können, hat die technische Beurteilung des jeweiligen Bauabschnitts jedenfalls aufgrund einer wirtschaftlichen

⁵⁵ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 5 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁵⁶ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 9 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁵⁷ *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 10 BTVG Rz 10; OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/05g.

⁵⁸ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 1 (Stand 29.12.2017, rdb.at); *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 13 BTVG Rz 1.

Bewertung des einzelnen Baufortschrittes stattzufinden. Die Beurteilung, ob ein Baufortschritt erfüllt ist oder nicht, hat daher immer unter Zugrundelegung der Wertrelation zwischen der vom Erwerber getätigten Zahlung und dem Wert des Vertragsgegenstandes bzw der Liegenschaft im entsprechenden Baustadium zu erfolgen.⁵⁹

Nach *Gartner* soll dadurch ein entsprechender „*Sicherheitspolster*“ zugunsten des Erwerbers sichergestellt sein, durch welchen ausreichender Raum für die Deckung von „*Reibungsverlusten*“ erhalten bleibt.⁶⁰

Eine Definition des Begriffs „Baufortschritt“ lässt sich zwar nicht direkt aus dem BTVG entnehmen, jedoch definiert die ÖNORM B 2120, welche grundsätzlich allgemeine Empfehlungen über die Mindestanforderungen für einen Bauträgervertrag zum Inhalt hat, den Begriff „Baufortschritt“ als *„Ergebnis der Beurteilung gemäß § 10 BTVG (Ratenplan), die sich auf Basis der vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung auf das tatsächliche Vorhandensein der dem jeweiligen Bauabschnitt gemäß allgemeiner Verkehrsauffassung entsprechenden Bauleistungen bezieht. Das Erreichen der im § 10 BTVG festgelegten Bauabschnitte wird nach allgemeiner Verkehrsauffassung in der Baubranche durch geringfügige Mängel (hier auch zu verstehen offene Leistungen) nicht gehindert, deren Behebungsaufwand im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint.“*⁶¹

Sowohl aus dieser Definition, als auch bereits aus den ErläutRV ergibt sich, dass Mängel, welche nicht derart gravierend sind, dass bereits nach allgemeiner Verkehrsauffassung das Erreichen eines bestimmten Bauabschnitts zu verneinen ist, dem Erreichen des jeweiligen Fertigstellungsgrad nicht entgegenstehen.⁶²

⁵⁹ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ (2018) § 10 Rz 12 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁶⁰ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 2 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁶¹ Punkt 3.14 ÖNORM B 2120 idF 01.05.2012; *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 12 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁶² ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22; *Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 10 BTVG Rz 11.

Betreffend die allgemeinen Empfehlungen der ÖNORM B 2120 sei ergänzend festgehalten, dass die Anwendbarkeit der entsprechenden ÖNORM ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden muss um Geltung zu entfalten. Dies ist in der Praxis durchaus empfehlenswert, da die ÖNORM B 2120 einen Versuch unternimmt, die allgemeine Verkehrsauffassung in der Baubranche widerzuspiegeln und sich aus der ÖNORM analog auf das nicht Vorliegen eines gravierenden Mangels schließen lässt, insofern die ÖNORM festhält, dass ein Baufortschritt iSd Punktes 3.14 der ÖNORM B 2120 selbst dann vorliegt, wenn bei Feststellung des Baufortschritts (offene) Maßnahmen in geringfügigen Ausmaß bestehen welche für die Erfüllung weiterer Baufortschritte zweckmäßig erscheinen.⁶³

2.3.1 Die einzelnen Baufortschritte im Überblick

2.3.1.1 Baubewilligung

Das Bestehen einer aufrechten rechtskräftigen Baubewilligung für das bauegegenständliche Gebäude ist, wie bereits erwähnt, Voraussetzung für die Fälligkeit der ersten Rate sowie aller weiteren Ratenzahlungen.

Die Baubewilligung muss die vertraglich geschuldete Leistung des Bauträgers dem Erwerber gegenüber abdecken und im Einklang mit dem jeweiligen Bauträgervertrag stehen. Hierbei genügt es nicht, dass die Baubewilligung lediglich den eigentlichen Vertragsgegenstand zum Inhalt hat. Vielmehr bedarf es einer rechtskräftigen Baubewilligung hinsichtlich sämtlicher sonstiger Einrichtungen der Liegenschaft, welche vom Erwerber üblicherweise genutzt werden bzw an welchen dem Erwerber Rechte zustehen könnten, also „die für den Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage“ iSd § 4 BTVG.

Die entsprechende Pflicht zur Überprüfung des Konsenses zwischen Baubewilligung und Vertragsinhalt kommt nur dem Treuhänder bzw dem von diesem bestellten

⁶³ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 12 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Baufortschrittsprüfer zu. Ebenso obliegt es dem Treuhänder bzw Baufortschrittsprüfer bei Erreichen jeder weiteren Bauetappe den neuerlichen Baufortschritt auf Übereinstimmung mit der Baubewilligung zu überprüfen.⁶⁴

In der Praxis kommt es bei den Vertragsverhandlungen zwischen Erwerber und Bauträger regelmäßig zu Änderungswünschen, welche dem Erwerber zugesagt werden. Sollten derartige Änderungswünsche eine Abweichung von den ursprünglich baubewilligten Bauplänen, welche die Einholung einer gesonderten Baubewilligung notwendig machen, nach sich ziehen, so tritt die Fälligkeit der ersten Rate gemäß Ratenplan erst mit der Erteilung der adaptierten Baubewilligung ein.⁶⁵

2.3.1.2 Fertigstellung des Rohbaus und des Daches sowie der Rohinstallationen

Eine Definition der jeweils in den Ratenplänen enthaltenen Bauabschnitte findet sich nicht direkt im Gesetz und hat es der Gesetzgeber der Praxis und Judikatur überlassen die einzelnen Bauleistungen entsprechend zu konkretisieren.

Ein Anhaltspunkt dafür ergibt sich aus der bereits angesprochenen ÖNORM B 2120, welche die Beurteilung vom üblichen Bauablauf eines Bauträgerprojektes und der Beachtung der jeweiligen Wertigkeit der einzelnen Bauleistung und der Zahlung berücksichtigt.

Es wird daher jedenfalls die Herstellung der, zumindest tragenden, Innenwände des Vertragsgegenstandes bzw in einem Wohnhaus mit mehreren wohnungseigentumstauglichen Objekten, die Herstellung sämtlicher tragenden Innenwände, erfolgt sein müssen um die Fertigstellung des Rohbaus bestätigen zu können.

⁶⁴ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 3 (Stand 29.12.2017, rdb.at); *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ § 10 BTVG Rz 10.

⁶⁵ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 4 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Hinsichtlich der Fertigstellung des Daches wird zu erwarten sein, dass das Dach, welchem nicht zuletzt aufgrund der drohenden Gefahr des Wassereintritts eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt, fertig hergestellt wurde und dementsprechend auch die Spenglerarbeiten finalisiert wurden.⁶⁶

Die Rohinstallationen gelten grundsätzlich erst dann als fertiggestellt, wenn sämtliche Innenwände, also auch die nichttragenden Innenwände, im Gesamtobjekt (Vertragsgegenstand und allgemeine Teile) errichtet wurden.⁶⁷

2.3.1.3 Fertigstellung der Fassade und der Fenster sowie deren Verglasung

Ziel des Fertigstellungsmerkmals der Fassade ist der Schutz des Bauträgerobjekts vor Witterungseinflüssen. Die Fassade stellt einen Wertgegenstand dar, welcher für die Fertigstellung bautechnisch fertiggestellt sein muss.

Zur Erreichung dieses Zwecks wurde die Fertigstellung der Fassade durch die BTVG-Novelle 2008 als eigenes Baufortschrittsmerkmal im Ratenplanmodell aufgenommen.

Da die Fassade in der Praxis aber vor allem auch aufgrund der drohenden Beschädigungen während aufrechter Bautätigkeit oftmals erst zum Schluss des Bauvorhabens erbaut wird, steht insbesondere dieser Baufortschritt regelmäßig in der Kritik der Bauträger.

Die Fenster, welche das Gebäude ebenfalls vor Witterungseinflüssen schützen sollen und damit ein wertbestimmendes Merkmal des Objekts darstellen, müssen in der Regel im gesamten Gebäude eingebaut worden sein um den Baufortschritt entsprechend bestätigen zu können.⁶⁸

⁶⁶ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 28 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁶⁷ Punkt 3.14.3 ÖNORM B 2120.

⁶⁸ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 31 ff (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Nach Ansicht des Erstellers dieser Arbeit ist *Gartner* insofern zuzustimmen, als dass der Treuhänder bzw Baufortschrittsprüfer die Auszahlung der vierten Rate (Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung) unter Berücksichtigung dieser Klarstellung in der ÖNORM B 2120 auch dann vorzunehmen hat, wenn lediglich ein Fenster nicht eingebaut wurde, solange dadurch die weitere Baufertigstellung erleichtert wird.⁶⁹

2.3.1.4 Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes

Unter Bezugsfertigstellung wird die Fertigstellung des einzelnen Vertragsgegenstandes (zB der einzelnen Wohnung) samt Fertigstellung der allgemeinen Teile des Gebäudes, welche für die Benutzbarkeit des jeweiligen Vertragsgegenstandes notwendig sind, verstanden.⁷⁰

Bezugsfertigstellung setzt hierbei jedenfalls auch eine bestehende behördliche Benützungsbewilligung voraus.

Die Formulierung dieses Baufortschritt gibt dem Bauträger aber die Wahl, sich die Bezugsfertigstellung mittels Baufortschrittsbestätigung bestätigen zu lassen oder den Vertragsgegenstand, bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe, an den spezifischen Erwerber zu übergeben, ohne dass die Fertigstellung der für den Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage erfolgt ist. Sehr wohl aber muss der Erwerber seinen Vertragsgegenstand problemlos erreichen und benutzen können.⁷¹

2.3.1.5 Fertigstellung der Gesamtanlage

Die sechste und vorletzte Rate gemäß Ratenplan A und B verweist ausdrücklich auf § 4 Abs 1 Z 1 BTVG und schreibt damit vor, dass für deren Erreichen „*das Gebäude, die Wohnung*

⁶⁹ *Gartner*, Bauträgersvertragsgesetz⁴ § 10 Rz 12 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁷⁰ Punkt 3.14.5 ÖNORM B 2120.

⁷¹ *Gartner*, Bauträgersvertragsgesetz⁴ § 10 Rz 34 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

oder den Geschäftsraum samt Zugehör (eigentlicher Vertragsgegenstand) und die vom Erwerber gewöhnlich nutzbaren Teile der Gesamtanlage“⁷² fertiggestellt sein muss.

Es muss sohin auch die Fertigstellung sämtlicher erforderlichen Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, Garagenabstellplätze, Spielplätze und sonstige Infrastruktureinrichtungen, welche für die Benützung durch die Bewohner des jeweiligen Hauses geschaffen wurden, erfolgt sein.⁷³

2.3.1.6 Der Hafrücklass

Mit der BTVG-Novelle 2008 wurde erstmals ein gesetzlich vorgeschriebener Hafrücklass als letzte Rate gemäß Ratenplan vorgeschrieben und dazu auf § 4 Abs 4 BTVG verwiesen, wonach:

*„Bei einem Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums oder des Baurechts hat der Bauträger dem Erwerber zur Sicherung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche auf Grund mangelhafter Leistung für die Dauer von drei Jahren ab der Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes einen Hafrücklass im Ausmaß von zumindest zwei vom Hundert des Preises einzuräumen oder eine Garantie oder Versicherung eines der in § 8 Abs. 3 genannten Rechtsträgers beizubringen.“*⁷⁴

Der Betrag des Hafrücklasses hat also mindestens 2% des Gesamtkaufpreises (sohin einschließlich allfälliger Sonderwunschkosten etc) zu betragen und dient dem Erwerber zur Sicherung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aufgrund mangelhaft erbrachter Leistungen.⁷⁵

⁷² § 4 Abs 1 Z 1 BTVG.

⁷³ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 37 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁷⁴ § 4 Abs 4 BTVG.

⁷⁵ Gartner, Die BTVG-Novelle 2008., bbl 2008, 141 (142).

Der Haftrücklass kann dem Erwerber aber auch ausdrücklich mittels an ihn zu übergebener Bankgarantie oder Versicherungsurkunde abgesichert werden.⁷⁶

Im Zuge der Belehrungspflichten des Treuhänders trifft den Treuhänder uA auch die Pflicht den Erwerber über die Rechtsnatur des Haftrücklasses aufzuklären.⁷⁷

3. Der Baufortschrittsprüfer im BTVG

Wie bereits eingangs erwähnt ist es grundsätzlich möglich, dass der Abschluss des jeweiligen Baufortschrittes gemäß Ratenplan durch den Treuhänder selbst geprüft wird.

In der Regel wird der Treuhänder aber die erforderlichen Kenntnisse für die Feststellung der unter Punkt 2.3.1 angeführten Bauabschnitte nicht besitzen und sich eines sachkundigen Baufortschrittsprüfers bedienen, welcher dem Erwerber unmittelbar für die Richtigkeit der Bauabschnittsbestätigungen zu haften hat.⁷⁸

Aus der Begriffsverwendung des § 13 Abs 2 BTVG, wonach sich der Treuhänder eines sachverständigem Baufortschrittsprüfer „bedienen“ kann, geht hervor, dass zwischen Treuhänder und Baufortschrittsprüfer nicht zwingend ein zivilrechtliches Auftragsverhältnis bestehen muss. Demnach wäre es auch denkbar, dass der Baufortschrittsprüfer direkt vom Erwerber bestellt wird, oder aber, wie in der Praxis durchaus häufiger der Fall, vom Bauträger beauftragt wird. Da sich die vertraglichen Schutzpflichten gegenüber dem Treuhänder aber nur dann erstrecken, wenn das Auftragsverhältnis direkt zwischen ihm und dem Baufortschrittsprüfer besteht, wird dem Treuhänder dieses Vorgehen zu empfehlen sein.⁷⁹

⁷⁶ Gartner, Die BTVG-Novelle 2008., bbl 2008, 141 (143).

⁷⁷ Gartner, Die BTVG-Novelle 2008., bbl 2008, 141 (146).

⁷⁸ Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht³ (2018) § 10 BTVG Rz 11.

⁷⁹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 11 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Der entsprechende Vertrag mit dem Baufortschrittsprüfer entfaltet sodann Schutzwirkungen zugunsten Dritter, und damit insbesondere zugunsten des Erwerbers.⁸⁰ In weiterer Folge wird dieser Arbeit die Annahme zugrunde gelegt, dass der Baufortschrittsprüfer direkt vom Treuhänder bestellt wurde (vgl dazu auch die konkrete Problemstellung des Punkt 1.1).

Der Begriff des Baufortschrittsprüfer wird im Bauträgervertragsgesetz nicht direkt verwendet - wird in dieser Arbeit aber bei der Begriffsverwendung „Baufortschrittsprüfer“ jeweils auf eine dafür geeignete Person Bezug genommen - und regelt § 13 Abs 2 BTVG dazu:

„Zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnitts kann der Treuhänder einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft beiziehen. Diese haften dem Erwerber unmittelbar; sie gelten nicht als Erfüllungsgehilfen des Treuhänders.“⁸¹

Damit hält das Gesetz grundsätzlich fest, dass die Bestellung eines Baufortschrittsprüfers (nur) im Aufgabenbereich des Treuhänders liegen kann. Diese Meinung wird in der Literatur aber vielfach nicht vertreten und soll die Bestellung und Bezahlung eines Baufortschrittsprüfers, wie ausgeführt, auch vom Bauträger oder vom Erwerber direkt erfolgen können.⁸²

Jedenfalls aber muss dem Treuhänder auch im Fall der Bestellung des Baufortschrittsprüfers direkt vom Bauträger oder Erwerber die Prüfpflicht zukommen, ob der bestellte Baufortschrittsprüfer für die Tätigkeit auch befugt ist.⁸³

⁸⁰ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 21 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁸¹ § 13 Abs 2 BTVG.

⁸² Wiesinger, Wer kann Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG sein?, bauaktuell 2019, 217; Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 11 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁸³ Böhm, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 266.

Es wird daher zunächst darzulegen sein, wer nun als geeigneter Baufortschrittsprüfer mit der Überprüfung des Fertigstellungsgrades der einzelnen Bauabschnitte tätig werden darf:

Aus § 13 Abs 2 Satz 1 BTVG lässt sich entnehmen, dass - neben der im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätigen inländischen Gebietskörperschaft - grundsätzlich nur ein „für den Hochbau zuständiger Ziviltechniker“ oder ein „allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständige für das Bauwesen“ *ipso iure* als Baufortschrittsprüfer zugelassen werden. Das Bundesministerium für Justiz teilt die Sachverständigen in sogenannte „Fachgruppen“ ein und stellt online eine Sachverständigenliste zur Verfügung in die jedermann Einsicht nehmen und einen befugten Sachverständigen auswählen kann.⁸⁴

Die Gruppe der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen wird in der Fachgruppe 72 angeführt, wobei die Fachgruppe 72 wiederum in vielfache Untergruppen unterteilt wird. Neben der Fachgruppe 72.01 „Hochbau, Architektur“ wird beispielsweise auch die Fachgruppe 71.30 „Brückenbau“ der Fachgruppe 72 und damit zu dem Personenkreis, der kraft Gesetzes als für die Überprüfung der Baufortschritte geeignet angesehen wird, zugeordnet.⁸⁵

Aus Sicht des Verfassers dieser Arbeit liegt es somit auf der Hand, dass es nicht im Sinn des Gesetzgebers gewesen sein kann, einen Sachverständigen für den Bereich 71.30 „Brückenbau“ oder 72.26 „Lawinenschutzbauten“ als geeigneten Baufortschrittsprüfer zu qualifizieren.

Da dazu aber keine höchstgerichtliche Rechtsprechung, soweit zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit ersichtlich, existiert, wird der Meinung *Praders* zumindest in Hinblick darauf zuzustimmen sein, dass es diesfalls einer teleologischen Reduktion des § 13 Abs 2 Satz 1 BTVG bedarf, „so [...] dass auch ein Sachverständiger für das Bauwesen nur dann als geeignete Person anzusehen ist, wenn es sich um einen Sachverständigen handelt, dessen

⁸⁴ < <http://sdgliste.justiz.gv.at> >.

⁸⁵ *Böhm*, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, *immolex* 2017, 266.

*Befugnis auf die Errichtung des konkret zu beurteilenden Objektes gerichtet ist, vordergründig daher wohl Hochbau und Architektur sowie Statik*⁸⁶.

Diesbezüglich vertritt der Verfasser der Arbeit aber die weitergehende Ansicht *Böhms*, wonach auch betreffend die Fachgruppe Statik, wenn auch statische Gegebenheiten unweigerlich eine wichtige Rolle bei der Beurteilung einer ordnungsgemäßen Bauausführung spielen, diese entsprechenden Kenntnisse nicht als ausreichend zu werten sind, um alle Baufortschritte der Ratenplanmodelle beurteilen zu können. Eine teleologische Reduktion des § 13 Abs 2 Satz 1 BTVG wäre nach dieser Ansicht, welcher aus Sicht des Verfassers dieser Arbeit der Vorzug einzuräumen ist, unter Berücksichtigung der Einschränkung auf nur die Fachgruppe 72.01 „Hochbau, Architektur“ vorzunehmen.⁸⁷

Aus der Formulierung der Bestimmung des § 13 BTVG lässt sich zudem entnehmen, dass der Baufortschrittsprüfer eben nicht zwingend aus der Gruppe der gerichtlich beeideten Sachverständigen bzw der für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker stammen muss.

Dementsprechend wäre grundsätzlich auch anzunehmen, dass beispielsweise einem Baumeister iSd § 94 Z 5 GewO 1994, welcher nicht gleichzeitig auch gerichtlich beeideter Sachverständiger ist, die Befugnis zur Vornahme einer Baufortschrittsprüfung zukommen kann. So ergibt sich die Berechtigung des Baumeisters zur Planung, Berechnung und Durchführung der Bauaufsicht für Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten bereits direkt aus § 99 Abs 1 Z 1 und 2 GewO 1994. Ein praxisrelevantes Problem mit der Bestellung eines Baumeisters (der nicht gerichtlich beeideter Sachverständiger ist) ergibt sich in diesem Fall aber aus der Haftung gegenüber dem Erwerber. Wird nämlich ein solcher Baumeister mit der Überprüfung der Bauabschnitte bestellt, haftet dieser nicht direkt

⁸⁶ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar Va⁴ § 13 BTVG Rz 4; *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3.

⁸⁷ *Böhm*, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 266.

gegenüber dem Erwerber, sondern geht die Haftung auf den Treuhänder über (welchem lediglich Regressansprüche gegenüber dem Baumeister zustehen würden).⁸⁸

3.1 Die Pflichten des Baufortschrittsprüfers

Wesentliche Aufgabe des Baufortschrittsprüfers iSd § 13 BTVG ist die Unterstützung des Treuhänders bei der Überprüfung der Baufortschritte nach Maßgabe der Bestimmungen zum gewählten Ratenplan.

Die berücksichtigungswürdigen Maßgaben für den Baufortschrittsprüfer ergeben sich aus den detaillierten Ausführungsplänen und der jeweiligen Bau- und Ausstattungsbeschreibung, welche durch den Bauträger gemäß § 4 Abs 1 BTVG als zwingender Vertragsbestandteil dem Bauträgervertrag zugrunde zu legen sind.

Zudem sind dem Baufortschrittsprüfer auch sämtliche allfälligen Ausführungsänderungen (zB Umplanung oder Sonderwünsche der Erwerber) zugänglich zu machen, insofern diese die Beurteilungskriterien seiner Tätigkeit zu beeinflussen vermögen.

Im Zuge seiner Tätigkeit führt der Baufortschrittsprüfer die Bauabschnittsprüfung bzw Baufortschrittskontrolle durch. Dabei beschränkt sich der Baufortschrittsprüfer grundsätzlich auf eine optische Prüfung.⁸⁹

Die vollständige Mängelfreiheit während der Durchführung des Bauvorhabens wird vom Gesetzgeber unter Beachtung aller praktischen, technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten im Zusammenhang mit der Durchführung eines Bauträgerprojekts nicht gefordert (siehe dazu auch Punkt 2.3).

⁸⁸ Wiesinger, Geschäftsstelle Bau in Bauzeitung 01/2020, 13.

⁸⁹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 11 ff (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Dementsprechend hat der Baufortschrittsprüfer bei Durchführung der Bauabschnittsprüfung nur darauf zu achten, dass das Objekt keine derartigen Mängel aufweist, welche auf eine deutliche Relevanz für den Wert der bestehenden Leistung des Bauträgers im Verhältnis zu den von den Erwerbern geleisteten Zahlungen schließen lassen.⁹⁰

Sollte sich bei Durchführung dieser optischen Prüfung aber das Bestehen eines „gravierenden“ Mangels nicht ausschließen lassen, wird es dem Baufortschrittsprüfer obliegen weitergehende technische Untersuchungen, allenfalls auch unter Zuhilfenahme technischer Messgeräte“, vorzunehmen.⁹¹

Zu den wesentlichen Pflichten des Baufortschrittsprüfers gehören sohin zwei Konstellationen: Zum einen hat der Baufortschrittsprüfer eine vorvertragliche Aufklärungspflicht zu beachten, welche sich auf die Offenlegung seiner dahingehenden Qualifikation gegenüber dem Besteller, also dem Treuhänder oder Bauträger, beziehen. Zum anderen schuldet der Baufortschrittsprüfer die richtige Ausstellung seines Baufortschrittgutachtens.⁹² Bei der Bewertung des Baufortschritts obliegt es dem sachkundigen Baufortschrittsprüfer jenes nach dem BTVG verlangte Wertverhältnis zwischen dem jeweiligen Vertragsgegenstand und den geleisteten Teilanzahlungen zu überprüfen.⁹³

3.2 Die Haftung des Baufortschrittsprüfers

Hat sich der Treuhänder nun dafür entschieden einen Sachverständigen als Baufortschrittsprüfer zu bestellen und eine geeignete Person ausgewählt (idealerweise einen gerichtlich beeideten Sachverständigen aus dem Fachbereich Architektur, Hochbau), haftet

⁹⁰ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 18 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

⁹¹ *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 331 ff.

⁹² *Böhm*, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 268.

⁹³ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 2 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

der Sachverständige dem Erwerber unmittelbar und gilt damit nicht als Erfüllungsgehilfe des Treuhänders (vgl § 13 Abs 2 BTVG). Diese direkte Haftung lässt sich ferner auch aus der gesetzlichen Anordnung und dem bestehenden Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ableiten.⁹⁴

Dementsprechend werden bei einem Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter die Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis auf Dritte erstreckt, sofern diese durch die Vertragserfüllung erkennbar erhöht gefährdet werden und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören.⁹⁵

Da die Erwerber eines Bauträgerprojekts insofern durch die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers beeinflusst und potenziell gefährdet werden könnten, als dass allfällige Fehler bei der Gutachtenserstellung zu einer nicht korrekten Auszahlung der Raten an den Bauträger führen und den Erwerbern daher der Sicherungszweck genommen wird, erstrecken sich die Pflichten des sachkundigen Baufortschrittsprüfers auch auf die jeweiligen Erwerber. Zudem sind diese der Interessensphäre des Treuhänders, welcher direkter Vertragspartner des Baufortschrittsprüfers ist, zuzuordnen.⁹⁶

Der Maßstab zur Beurteilung der Haftung des Baufortschrittsprüfers nach dem BTVG hat sich immer auf die konkrete Situation auf der Baustelle und am Überprüfungszeitpunkt zu orientieren. Bei Durchführung der Baufortschrittsprüfung und Ausstellung der jeweiligen Bauabschnittsbestätigung wird vom Baufortschrittsprüfer kein Qualitätsgutachten verlangt.

Ein Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers liegt dann vor, wenn dieser bei Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung vorwerfbar fehlerhaft gearbeitet hat, indem er die Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Feststellung der Erreichung des jeweiligen

⁹⁴ *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, *immolex* 2013, 333; *Gartner*, *Bauträgervertragsgesetz*⁵ (2023) § 13 Rz 15.

⁹⁵ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkomentar zum ABGB* 6 (2020) zu § 1295 ABGB Rz 19.

⁹⁶ *Gartner*, *Bauträgervertragsgesetz*⁴ § 13 Rz 21 (Stand 29.12.2017, *rdb.at*).

bestimmten Bauabschnitts schuldhaft zum Nachteil des Erwerbers übertreten hat. Der Baufortschrittsprüfer hat dem Erwerber sohin für gesetzeskonformes Vorgehen im Zusammenhang mit der Prüfung des Baufortschritts nach dem jeweiligen Ratenplan zu haften.⁹⁷

Dabei wird für den Baufortschrittsprüfer jedenfalls der erhöhte und „verobjektivierte“ Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen iSd § 1299 ABGB herangezogen werden müssen, wonach sich der sachkundige Baufortschrittsprüfer nicht auf mangelnde Kenntnisse berufen kann und es im Fall einer behaupteten Schadenersatzforderung zu einer Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB kommt. Es hat also der Baufortschrittsprüfer zu beweisen, dass er objektiv und subjektiv die geforderte Sorgfalt eingehalten hat.

Liegt nunmehr ein rechtswidriger und schuldhafter Fehler des Baufortschrittsprüfers bei Gutachtenserstellung vor, ist eine weitergehende Prüfung der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Baufortschrittsprüfers und dem eingetreten Schaden auf Seiten des Erwerbers vorzunehmen. Diesbezüglich wird ein Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verlauf der Abwicklung des Bauträgervertrages und dem Verlauf und der wirtschaftlichen Situation des Erwerbers bei korrekter Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung angestrengt. Es wird sohin ein hypothetischer Kausalverlauf erörtert.⁹⁸ Damit geht der OGH bewusst von einem weiten Schadensbegriff aus, welcher jeden Schaden, der als rechtlicher Nachteil zu werten ist, umfasst.⁹⁹

Im Normalfall würde der Unterschied bei ordnungsgemäßer Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung darin liegen, dass die Fälligkeit der Rate gemäß Ratenplan ohne der fehlerhaften Baufortschrittsbestätigung nicht gegeben wäre und der Treuhänder die entsprechende Zahlung an den Bauträger nicht geleistet hätte (Anm.: nicht hätte leisten dürfen).¹⁰⁰

⁹⁷ Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 333.

⁹⁸ OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m.

⁹⁹ RIS-Justiz RS0022537.

¹⁰⁰ Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 334.

Die Haftung des Baufortschrittsprüfers ist mit der Summe der fälschlicherweise geleisteten Baufortschrittsraten begrenzt.¹⁰¹

Bei der Sachverständigenhaftung des § 13 Abs 2 BTVG handelt es sich um eine gesetzlich determinierte Haftung, welche sich auf die Sicherung des Erfüllungsanspruchs des Erwerbers gegenüber dem Bauträger bezieht. Es soll dadurch der Sinn und Zweck der Ratenplanmethode des § 10 BTVG sichergestellt werden und die Zahlung des Erwerbers mit der eingetretenen Werterhöhung der Liegenschaft bzw des Liegenschaftsanteils abgegolten werden.¹⁰²

So wurde zuletzt höchstgerichtlich festgehalten, dass *„der beigezogene Ziviltechniker oder Sachverständige dem Erwerber nur für die Nachteile haftet, welche er hat, weil der Ziviltechniker oder Sachverständige einen Bauabschnitt schuldhaft als fertiggestellt beurteilt hat, obwohl das objektiv nicht der Fall war“*.¹⁰³

Damit ist eine Haftung des Treuhänders grundsätzlich ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz kann sich eine solche in der Praxis aber aus § 1315 ABGB ergeben; wenn dem Treuhänder also ein Auswahlverschulden in der Person des Baufortschrittsprüfers vorzuwerfen ist.¹⁰⁴

Ein derartiger Anhaltspunkt für die Vorwerfbarkeit eines Auswahlverschuldens gegenüber dem Treuhänder ergibt sich in der Regel in dessen unterlassener Überprüfung der Qualifikation des Baufortschrittsprüfers. Dies ist umso wahrscheinlicher, wenn der Baufortschrittsprüfer direkt vom Bauträger vorgeschlagen wurde und zwischen Baufortschrittsprüfer und Bauträger ein wirtschaftliches Naheverhältnis besteht. Ein solches Naheverhältnis könnte etwa darin bestehen, dass der bestellte Fortschrittsprüfer neben der

¹⁰¹ Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 335.

¹⁰² OGH 25.01.2022, 8 Ob 124/21z = immolex-LS 2022/34 = EvBl 2022,621 (Hargassner) = ImmoZak 2022, 40 (Dobler) = Zak 2022, 96 = immolex 2022,263 (Trapichler).

¹⁰³ OGH 25.01.2022, 8 Ob 124/21z.

¹⁰⁴ Prader, BTVG^{4.10} § 13 Rz 1 (Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

Kontrolle der Baufortschritte auch mit weiteren Aufgaben im Zusammenhang mit dem Baurägerprojekt beauftragt wurde.¹⁰⁵

3.2.1 Die Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers

Kommt es zu einem Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers, bedeutet dies nichts anderes, als dass der Baufortschrittsprüfer für einen Schaden, den er verursacht hat, schadenersatzpflichtig wird. Diesbezüglich muss beachtet werden, dass der schadenersatzrechtliche Begriff der „Haftung“ nicht mit dem versicherungsrechtlichen Begriff der „Deckung“ zu verwechseln ist.

„Deckung“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Versicherer in einen Schadensfall eintritt, für welchen der Versicherte haftet. In Zusammenhang mit dem in dieser Arbeit thematisierten Thema der Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers bedeutet dies nun, dass der Baufortschrittsprüfer über einen ausreichenden Versicherungsvertrag verfügt, im Rahmen dessen der Versicherer die gerechtfertigten Schadenersatzansprüche übernimmt. Es handelt sich also um eine Deckung aus dem Versicherungsvertrag.¹⁰⁶

Für diesen Zweck, nämlich zur Deckung der gegen den sachverständigen Baufortschrittsprüfer sich aus den in § 13 Abs 2 (und Abs 3) BTVG angeführten Tätigkeiten ergebenden Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Erwerber, hat der sachkundige Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 Abs 4 BTVG über eine Haftpflichtversicherung zu verfügen.¹⁰⁷

Seit der BTVG-Novelle 2008 unterliegt dem Treuhänder auch die Überprüfung, ob der Baufortschrittsprüfer über eine entsprechende Versicherung verfügt. Dies bereits vor

¹⁰⁵ *Rainer*, Die unrichtige Baufortschrittsprüfung, immolex 2014, 33.

¹⁰⁶ *Maitz*, AHVB/EHVB - Allgemeine und Ergänzende Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung 2018, 21.

¹⁰⁷ *Gartner*, Baurägervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24 Stand 29.12.2017, rdb.at).

Überweisung der erste Baufortschrittsrate. Wobei die Prüfpflicht des Treuhänders dahingehend abzuschwächen ist, als dass diesem eine Prüfpflicht nicht zukommt, wenn ein gerichtlich beeideter Sachverständiger bestellt wurde, welcher bereits für die Eintragung (vgl § 2 Abs 2 lit i SDG) und während seiner Tätigkeit (vgl § 2a Abs 1 SDG) eine solche Versicherung nachzuweisen hat.¹⁰⁸

Dazu schreibt § 13 Abs 4 BTVG vor:

„Ziviltechniker und Sachverständige haben zur Deckung der gegen sie aus den in den Abs. 2 und 3 genannten Tätigkeiten entstehenden Schadenersatzansprüche eine Haftpflichtversicherung über eine Mindestversicherungssumme von 400 000 Euro für jeden Versicherungsfall bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen.“¹⁰⁹

Zu beachten ist hierbei aber, dass das BTVG, wie ausgeführt, nicht zwischen dem Ziviltechniker für den Hochbau und den gerichtlichen Sachverständigen differenziert und diese Personengruppen in § 13 Abs 2 BTVG daher beide als geeignete Personen angeführt werden.

Sinngemäß wird daher auch bei diesen beiden Gruppen der notwendige Abschluss einer Haftpflichtversicherung iSd § 13 Abs 4 BTVG vorausgesetzt.

In der Praxis können die jeweiligen Versicherungsbedingungen der Sachverständigen aber sehr wohl differieren und finden sich die Bedingungen für die Haftpflichtversicherung des Ziviltechnikers in den „allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 2007)“, und jene des gerichtlichen Sachverständigen in den „Versicherungsbedingungen zur neuen Haftpflichtversicherung für allgemeine beeidete gerichtliche Sachverständige“.¹¹⁰

¹⁰⁸ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (6).

¹⁰⁹ § 13 Abs 4 BTVG.

¹¹⁰ Prader, BTVG^{4.10} § 13 Rz 4 (Stand 1.7.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

Zusammengefasst kann sohin ausgeführt werden, dass der Baufortschrittsprüfer bei Ausstellung einer Baufortschrittsbestätigung für einen von ihm rechtswidrig und schuldhaft verursachten Fehler einzustehen hat und dem Erwerber gegenüber direkt haftet. Um dem Erwerber diesen vorgesehenen Schutz aber auch bieten zu können, schreibt das BTVG dem Baufortschrittsprüfer den Abschluss einer Haftpflichtversicherung über eine Mindestversicherungssumme von EUR 400.000,-- für jeden Versicherungsfall vor.

Für die zentrale Problemstellung dieser Arbeit erweist sich der Begriff „Versicherungsfall“ als besonders problematisch, da dieser eben nicht gesetzlich definiert und daher gemäß den (unterschiedlichen) Versicherungsbedingungen auszulegen ist.¹¹¹

Gerade die fehlende Definition des Begriffs „Versicherungsfall“ stellt nun aber das Problem des Ausgangssachverhalts dar; so ist es in dem Fall, dass der Baufortschrittsprüfer eine unrichtige Baufortschrittsbestätigung erstellt auf welches der Treuhänder aber vertraut und dementsprechend die Baufortschrittsraten an den Bauträger weiterleitet, unumgänglich den „Versicherungsfall“ klar und eindeutig definieren zu können.

3.2.2 Der Versicherungsfall

Da der Gesetzgeber also klar festhält, dass die Versicherungssumme für jeden Versicherungsfall bestehen muss, ist zunächst zu hinterfragen, wie der im BTVG nicht definierte Begriff „Versicherungsfall“ überhaupt zu verstehen ist.

Für die gesetzlichen Haftpflichtversicherungen gelten grundsätzlich die Bestimmungen der §§ 158c bis 158i VersVG, sohin auch für die gem § 13 Abs 4 BTVG vorgeschriebene Haftpflichtversicherungen des Baufortschrittsprüfers.¹¹² § 158b VersVG schreibt dementsprechend vor:

¹¹¹ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

¹¹² Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

„Für eine Haftpflichtversicherung, zu deren Abschluß eine gesetzliche Verpflichtung besteht (Pflichtversicherung), gelten die besonderen Vorschriften der §§ 158c bis 158i.“¹¹³

Eine Legaldefinition des Begriffs „Versicherungsfall“ beinhaltet allerdings auch das VersVG nicht. Es wird daher die Umschreibung des Begriffs in den einschlägigen Versicherungsbedingungen maßgeblich sein.¹¹⁴

Aus den Erläuterungen zu § 13 Abs 4 BTVG lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers ausdrücklich einen Vergleich zu den Versicherungspflichten des Sachverständigen, Notars und des Rechtsanwalts ziehen wollte. Dazu wurden zu Z 23 (§ 13 Abs 4 des Entwurfs) folgende Überlegungen festgehalten:

„Die Aufgaben des Ziviltechnikers und des Sachverständigen können im Einzelfall mit einem beträchtlichen Haftungsrisiko verbunden sein. § 13 Abs. 4 des Entwurfs verhält solche Fachleute in deren eigenen Interesse, aber auch im Interesse der Erwerber und der Bauträger, zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung in der Höhe von zumindest € 400 000 je Versicherungsfall. Vorbild sind die einschlägigen Regelungen über die Pflichtversicherung von Sachverständigen, Notaren und Rechtsanwälte. Zuständige Stellen im Verständnis des § 158c Versicherungsvertragsgesetz sind der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit für Ziviltechniker sowie der jeweils zuständige Präsident des Landesgerichts für gerichtliche Sachverständige.“¹¹⁵

Es ist daher nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit durchaus vorgesehen, dass das Verständnis eines „Versicherungsfalls“ beim Baufortschrittsprüfer jenem Verständnis des Versicherungsfalls der Sachverständige, Notare und Rechtsanwälte entspricht. Es kommt also jedenfalls auf eine Definition des Versicherungsfalls an. Dieser kann nur nach den jeweiligen Versicherungsbedingungen auszulegen sein.

¹¹³ § 158b VersVG idF BGBl. I Nr. 70/2022.

¹¹⁴ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

¹¹⁵ ErlRV 432 BlgNR 23. GP 12.

Die reinen Vermögensschäden, also jene Schäden, welche weder Personen- noch Sachschäden darstellen, sind im Deckungsumfang der klassischen Haftpflichtversicherung in den Allgemeinen und Ergänzenden allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB/EHVB) umfasst.¹¹⁶ Demnach definiert sich der Versicherungsfall gemäß Art 1. Punkt 1.1 AHVB als *„ein Schadenereignis, das dem versicherten Risiko entspringt und aus welchem dem Versicherungsnehmer Schadenersatzverpflichtungen (Pkt.2.) erwachsen oder erwachsen könnten.“*¹¹⁷

Diese Definition des Versicherungsfalls ist in der Regel auf alle Versicherungsfälle anzuwenden, sofern in den AHVB keine Ausnahmebestimmung vorgesehen ist. Eine solche Ausnahmebestimmung würde sich etwa in der erweiterten Produkthaftpflichtversicherung manifestieren.

Für die gesetzliche Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers soll nach *Prader*¹¹⁸ daher die Versicherungsfalldefinition des Art 1. Punkt 1.1 AHVB angewendet werden: Dementsprechend wird nicht der Verstoß per se als Versicherungsfall angesehen, sondern das konkrete Schadensereignis.

Im Gegensatz zum Verstoß, welcher das haftungsrelevante Verhalten des Versicherungsnehmers als Kausalereignis heranzieht, wird unter „Schadensereignis“ der nach außen gerichtete Vorgang, welcher die Schädigung des geschädigten Dritten herbeiführt, subsumiert.¹¹⁹

¹¹⁶ Georg Aichinger/Klaus G. Koban, Die Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, 437.

¹¹⁷ Art 1 Punkt 1.1 AHVB idF 07/2021; Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (6).

¹¹⁸ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

¹¹⁹ Maitz, AHVB/EHVB (2018), 11 ff.

Der OGH definiert ein Schadensereignis wie folgt: „*Schadensereignis ist also das Folgeereignis, das mit dem Eintritt des realen Verletzungszustandes gleichgesetzt wird*“.¹²⁰

Im Fall einer rechtswidrig und schuldhaft fehlerhaften Ausstellung einer Baufortschrittsbestätigung durch den Baufortschrittsprüfer läge der Versicherungsfall also nicht in der Ausstellung des Gutachtens (also dem Verstoß) per se, sondern vielmehr in dem Wegfall der Sicherung des Erwerbers (iSd BTVG) durch die unrichtige Auszahlung der Rate durch den Treuhänder (= Schadensereignis).

Aus Sicht des Verfassers dieser Arbeit ist es jedoch zielführender zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers ausdrücklich einen Vergleich zu den Versicherungspflichten des Rechtsanwalts ziehen wollte. Dementsprechend muss auch der Baufortschrittsprüfer eine gesonderte Vermögensschadenhaftpflichtversicherung abschließen, welche sodann auf den Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden (AVBV), auf welchen die Mehrheit der Rechtsanwaltschaftsverträge basieren, abschließen.¹²¹

In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden hält § 5 AVBV zum Versicherungsfall folgendes fest:

*„Versicherungsfall im Sinne dieses Vertrages ist der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge hat oder haben könnte.“*¹²²

Im Gegensatz zur Definition des Versicherungsfalls nach dem AHVB, welcher das Schadenereignis als Versicherungsfall nennt, stellt im AVBV nicht das Schadenereignis den Versicherungsfall dar, sondern der jeweilige Verstoß (Handlung oder Unterlassung), welcher aus dem versicherten Risiko entspringt und aus welchen dem Versicherungsnehmer

¹²⁰ OGH 09.07.1992, 7 Ob 16/92.

¹²¹ Georg Aichinger/Klaus G. Koban, Die Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, 441.

¹²² § 5 I. AVBV idF 07/2012.

(Baufortschrittsprüfer) Schadenersatzverpflichtungen gegenüber dem Dritten (Erwerber) erwachsen können.¹²³

Gemäß dieser Definition wäre also die rechtswidrige und schuldhaft fehlerhafte Ausstellung einer Baufortschrittsbestätigung durch den Baufortschrittsprüfer, sohin der Verstoß per se, der Versicherungsfall.¹²⁴

Weder aus der Definition nach dem AHVB noch aus jener gemäß den AVBV lässt sich nun aber ableiten, ob sich der Versicherungsfall iSd Schadensereignisses bzw des Verstoßes auch auf jeden einzelnen Erwerber eines Bauträgerprojekts erstreckt.

Um das entsprechende Haftungsrisiko des Versicherers des Baufortschrittsprüfers einzugrenzen, findet sich sowohl in den allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, als auch in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden (so aber auch in weiteren Versicherungsbedingungen wie etwa in den Allgemeinen und Ergänzenden Allgemeinen Bedingungen für die Planungshaftpflichtversicherung [ABHP 2000]; siehe dort Art. 2 Z 2. ABHP 2000), eine sogenannte Serienschadensklausel, welche im Fall eines eingetretenen Serienschadens mehrere Versicherungsfälle als nur einen Versicherungsfall zusammenfasst.¹²⁵

¹²³ *Georg Aichinger/Klaus G. Koban*, Die Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, 441.

¹²⁴ Anm des Verfassers: Selbstverständlich kann sich eine einzelfallbezogene Definition des Begriffs „Versicherungsfall“ nur aus den, dem jeweiligen Versicherungsvertrag, zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen ergeben. Diese Arbeit wird sich aber in weiterer Folge der Definitionen nach den AVBV bedienen

¹²⁵ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadensklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

4. Der Serienschaden und die Serienschadensklausel

Eine Definition des „Serienschadens“ lässt sich aus der erwähnten „Serienschadensklausel“ des Art 1. Punkt 1.2 AHVB im Hinblick auf das Schadensereignis als Versicherungsfall wie folgt ableiten:

„Mehrere auf derselben Ursache beruhende Schadenereignisse gelten als ein Versicherungsfall. Ferner gelten als ein Versicherungsfall Schadenereignisse, die auf gleichartigen Ursachen beruhen, wenn zwischen diesen Ursachen ein rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Zusammenhang besteht.“¹²⁶

Im AVBV findet sich eine ähnliche Definition des Serienschadens in § 3 zum sachlichen Umfang des Versicherungsschutzes:

„Die Versicherungssumme stellt den Höchstbetrag der dem Versicherer – abgesehen vom Kostenpunkte (vgl § 3 III) - in jedem einzelnen Schadenfalle obliegenden Leistung dar, und zwar mit der Maßgabe, dass nur eine einmalige Leistung der Versicherungssumme in Frage kommt,

- a) gegenüber mehreren entschädigungspflichtigen Personen, auf welche sich der Versicherungsschutz erstreckt;*
- b) bezüglich eines aus mehreren Verstößen erfließenden einheitlichen Schadens, auch wenn diese Verstöße ganz oder teilweise durch Personen begangen wurden, für die der Versicherungsnehmer nach dem Gesetze einzutreten hat;*
- c) bezüglich sämtlicher Folgen eines Verstoßes. Dabei gilt mehrfaches auf gleicher oder gleichartiger Fehlerquelle beruhendes Tun oder Unterlassen als einheitlicher Verstoß,*

¹²⁶ Art 1 Punkt 1.2 AHVB idF 07/2021.

wenn die betreffenden Angelegenheiten miteinander in rechtlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.“¹²⁷

Aufgrund derartiger Serienschadensklauseln soll das Haftungsrisiko des Versicherers dahingehend eingegrenzt werden, dass mehrere Versicherungsfälle als ein Versicherungsfall fingiert werden und die vereinbarte Versicherungssumme daher nur einmal zur Verfügung stehen muss.¹²⁸

Sollten nun mehrere Versicherungsfälle zu nur einem Versicherungsfall zusammengefasst werden, würde dies grundsätzlich bedeuten, dass die Versicherungssumme zur Deckung aller Schadensfälle insgesamt nur einmal zur Verfügung steht. Es wären die jeweiligen Erwerber dadurch faktisch schutzlos gestellt, indem ihnen die vertraglich bzw gesetzlich zugesicherte Haftung des Baufortschrittsprüfer faktisch unmöglich gemacht wird. Dieser hätte den eingetretenen Schaden eben nur mit der einmaligen Versicherungssumme abzudecken. In der Praxis wird sich dadurch aber oftmals nicht der gesamte Schaden abdecken lassen.

Aus rechtlicher Sicht sind Serienschadensklauseln grundsätzlich anerkannt und nicht ungewöhnlich, erfahren ihre Schranken aber sehr wohl im Rahmen einer allfälligen gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB bzw eines überraschenden ungewöhnlichen Inhaltes iSd § 864a ABGB.¹²⁹

Im Hinblick auf die Beurteilung der Zusammenfassung mehrerer Schadensereignisse bzw Verstöße zu einem Versicherungsfall sieht die Serienschadensklausel zwei Möglichkeiten vor, welche die Versicherungsfälle als einen einheitlichen Leistungsfall bewerten sollen:

1) Mehrere Schadenereignisse beruhen auf der derselben Ursache (Ursachenidentität), oder

¹²⁷ § 3 I. AVBV.

¹²⁸ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (6).

¹²⁹ OGH 7Ob122/10g, 14.7.2010; Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

2) mehrere Schadenereignisse beruhen auf gleichartigen Ursachen.¹³⁰

Zudem stellt die vereinbarte bzw vorgeschriebene Versicherungssumme ein wesentliches Element bei der Bestimmung der Serienschadensklausel dar:

Die Versicherungssumme stellt für die Ersatzleistung des Versicherers die Höchstgrenze dar, welche pro Versicherungsfall zur Verfügung stehen muss. Der relevante Zeitpunkt ist hierbei die vorgeschriebene Höhe zum Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls.¹³¹

Die Mindestversicherungssumme des baufortschrittsprüfenden Ziviltechnikers und Sachverständigen beträgt gem § 13 Abs 4 BTVG EUR 400.000,-- für jeden Versicherungsfall.

Zweck der Serienschadensklausel ist es also nur solche Versicherungsfälle zu einem Versicherungsfall zusammenzufassen, welche auch einen (objektiven) Zusammenhang aufweisen.¹³²

4.1 Die Ursachenidentität/Gleichartigkeit der Ursachen

Ob im Fall eines eingetretenen Schadens nunmehr von einem Serienschaden auszugehen ist, welcher als ein Versicherungsfall gilt, hängt in der Regel davon ab, ob der Schaden des jeweiligen Erwerbers auf einen Vorgang zurückzuführen ist, welcher in einem ursächlichen und zeitlichen Zusammenhang steht und dadurch als einheitlicher Vorgang anzusehen ist.

Entweder muss zwischen mehreren Schadensereignissen bzw Fehlerquellen Ursachenidentität bestehen, oder diese Schadensereignisse bzw Fehlerquellen müssen auf -

¹³⁰ Maitz, AHVB/EHVB (2018) 16.

¹³¹ Erwin Gisch/Christian Wetzelberger, Die Serienschadensklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I), versdb print 2022 H 9, 11.

¹³² Maitz, AHVB/EHVB (2018), 17.

in rechtlichem, wirtschaftlichem oder technischem Zusammenhang bestehenden - gleichartigen Ursachen begründet sein.¹³³

Als Zeitpunkt in welchem ein Serienschaden eintritt, gilt jener Zeitpunkt, in welchem das erste Schadensereignis der Serie eingetreten ist.¹³⁴

Nach Rechtsprechung und Lehre ist es für die Ursachenidentität des Serienschadens notwendig, dass die Versicherungsfälle einem Geschehnisablauf entspringen, welcher als einheitlicher Lebensvorgang aufgefasst werden kann.¹³⁵ Dies lässt sich klarerweise nur einzelfallbezogen beurteilen.

Ursachenidentität kann ebenso nur bei einer Multiplikation der Ursache ohne einen selbständigen Umsetzungsvorgang vorliegen.¹³⁶

Für das Vorliegen eines einheitlichen Lebensvorgangs reicht nach ständiger Judikatur demnach lediglich ein zeitlicher und ursächlicher Zusammenhang der Vorgänge nicht aus, sondern bedarf es weiterer Hinweise darauf, dass mehrere Versicherungsfälle auch tatsächlich einem Geschehnisablauf entspringen.¹³⁷

Im Gegensatz zur - in der Lehre und Rsp - relativ eindeutigen Beantwortung der Frage wann ein zeitlicher und ursächlicher Zusammenhang besteht, lässt sich das Vorliegen eines einheitlichen Lebensvorgang nicht so einfach beurteilen.

¹³³ *Erwin Gisch/Christian Wetzelberger*, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil II), versdb print 2022 H 10, 4; *Maitz*, AHVB/EHVB (2018), 16.

¹³⁴ *Fenyves/Keltner/Koban* in *Fenyves/Keltner/Koban* (Hrsg), Allgemeine Versicherungsbedingungen⁶ (2020) Allgemeine und Ergänzende Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 2005* und EHVB 2005) Version 2012.

¹³⁵ *Erwin Gisch/Christian Wetzelberger*, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I), versdb print 2022 H 9, 11.

¹³⁶ *Michtner*, Kein Serienschaden bei jährlicher Abschlussprüfung, ZVers 2022, 204.

¹³⁷ OGH 14.07.2010, 7 Ob 122/10g.

Diesbezüglich bedarf es nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit einer analogen Heranziehung der Ausführungen zum Vorliegen eines einheitlichen Versicherungsfalls.¹³⁸

Ein solcher einheitlicher Versicherungsfall liegt vor, wenn ein einheitliches „Verstoßverhalten“ erkennbar ist, und eben nicht mehrere selbstständige Verhaltensweisen den jeweiligen Verstoß verursacht haben. Dabei ist es irrelevant, ob es sich hierbei um einen vorsätzlichen Verstoß handelt, oder dem Versicherungsnehmer (dh dem Baufortschrittsprüfer) bloß Fahrlässigkeit iSd Außerachtlassung der Pflichten vorzuwerfen ist. Zudem wird darauf zu achten sein, ob bereits beim ersten Verstoß mit dem Bestehen weiterer gleichartiger Verstöße zu rechnen sein kann.¹³⁹

Liegt zwar keine Ursachenidentität vor, beruhen die Schadensereignisse aber auf gleichartigen Ursachen, ist es unter Zugrundelegung der Definition einzelner Serienschadensklauseln in einem weiteren Schritt notwendig, den rechtlichen, wirtschaftlichen oder technischen Zusammenhang zu prüfen, wobei für das Vorliegen eines Serienschadens nur eine dieser Voraussetzungen erfüllt sein muss.¹⁴⁰

Im Unterschied zu sog Ursachenklauseln, welche den Umstand der gleichen oder gleichartigen Fehlerursache genügen lassen - und welche wohl als rechtsunwirksam anzusehen sein werden - bedarf es für die Anwendbarkeit der gegenständlichen Serienschadensklausel iSd Art 1 Punkt 1.2 AHVB jedenfalls auch das kumulativ geforderte Vorliegen eines rechtlichen, wirtschaftlichen oder technischen Zusammenhangs.¹⁴¹

¹³⁸ Erwin Gisch/Christian Wetzelberger, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I), versdb print 2022 H 9, 11.

¹³⁹ Erwin Gisch/Christian Wetzelberger, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I), versdb print 2022 H 9, 11; RIS-Justiz RS0111811.

¹⁴⁰ Maitz, AHVB/EHVB (2018) 18.

¹⁴¹ OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g = ZVers 2021,122 (*Salficky*) = RdW 2021, 345 = AnwBl 2021, 341 (*Michtner*).

Für die Anwendbarkeit der Serienschadensklausel iSd § 3 AVBV, welche für den gegenständlichen Fehler des Baufortschrittsprüfers heranzuziehen sein wird, bedarf es ebenfalls Verstöße, welche auf gleichen oder gleichartigen Fehlerquellen beruhen; diese müssen miteinander in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Für diese Prüfung muss aber zunächst geklärt werden, aus welcher Perspektive der Zusammenhang zu beurteilen ist, also aus Sicht des Geschädigten (Erwerbers) oder aus Sicht des Versicherungsnehmers (Baufortschrittsprüfers).

Die Serienschadensklausel beschränkt die Leistungspflicht des Versicherers zulasten des Versicherungsnehmers und kann nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit daher der (insbesondere rechtliche oder wirtschaftliche) Zusammenhang auch nur aus der Sicht des Baufortschrittsprüfers als Versicherungsnehmer beurteilt werden. Diesbezüglich wird aber zu hinterfragen sein, ob eine Serienschadensklausel, welche eben nur im Innenverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zu prüfen ist, überhaupt eine Drittwirkungen gegenüber einem geschädigten Erwerber entfalten kann (siehe dazu Punkt 4.2).¹⁴²

Ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen gleichartigen Ursachen wird in der Regel dann anzunehmen sein, wenn zwischen den Handlungen oder Unterlassungen des Versicherungsnehmers (Baufortschrittsprüfers) ein Zusammenhang besteht. Dies wäre nicht der Fall, wenn eine Schadensursache nur zufällig mehrfach gesetzt wird.¹⁴³

Im Fall der Ausstellung einer nicht korrekten Baufortschrittsbestätigung, auch wenn der Baufortschrittsprüfer nicht vorsätzlich gehandelt hat, kann die Ursache des Verstoßes sinngemäß nur in der fälschlichen Bestätigung eines Baufortschritts liegen. Dem Baufortschrittsprüfer wird also unterstellt, dass er die Vornahme der Prüfung des

¹⁴² *Wilhelmer*, Die Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung - zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 70/14s, ZFR 2015/133.

¹⁴³ *Maitz*, AHVB/EHVB (2018), 18.

entsprechenden, ihm bekanntgegebenen, Baufortschritts nicht nach Ratenplan gemäß den Kriterien des BTVG vorgenommen hat und wird damit auch ein ursächlicher Zusammenhang gegeben sein.¹⁴⁴

Auch wenn der Schadenseintritt für die jeweiligen Erwerber, deren bereits hinterlegten Kaufpreise durch den Treuhänder unter Bezugnahme des falschen Gutachtens zu früh an den Bauträger ausgezahlt wurden und damit die Sicherung des jeweiligen Erwerbers zunichtemacht, selbstverständlich zu verschiedenen Zeitpunkten (und in verschiedener Höhe) erfolgen kann, ist bereits mit Eintritt des ersten Verstoßes des Baufortschrittsprüfers der zeitliche Zusammenhang als Grundvoraussetzung eines Serienschadens erfüllt.

4.2 Drittwirkung einer Serienschadenklausel

Den bisherigen Ausführungen folgend muss sich selbst bei berechtigter Anwendbarkeit einer Serienschadenklausel noch nicht automatisch darauf schließen lassen, dass der Erwerber als Geschädigter auch tatsächlich insofern ohne ausreichende Sicherung zurückbleibt, als dass die Versicherungssumme des Baufortschrittsprüfers in Summe nur einmal für sämtliche Erwerber zur Verfügung stehen muss.¹⁴⁵

Da Serienschadenklauseln zwar grundsätzlich anerkannt sind, deren Anwendungsbereich aber, wie bereits ausgeführt, nur im Innenverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer (Baufortschrittsprüfer) zu prüfen ist, ist fraglich, ob diese überhaupt eine Drittwirkungen gegenüber den Geschädigten (Erwerber) entfalten kann.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, ImmoLex 2013, 333.

¹⁴⁵ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

¹⁴⁶ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (8).

Eine Drittwirkung der Serienschadensklausel wird grundsätzlich, zumindest von Teilen der Lehre, abgelehnt. Insbesondere *Fenyves*¹⁴⁷ äußerte sich Ablehnend zur Drittwirksamkeit der Serienschadensklausel, da diese den Pflichtversicherungsvorgaben zuwiderlaufe, indem der Drittschutz gegenüber den Geschädigten durch die Drittwirkung beseitigt werden würde. Gleichwohl aber wäre der Ausschluss jeder Drittwirksamkeit einer Serienschadensklausel zu weitgehend. Im Zentrum des Drittschutzes in der Pflichthaftpflichtversicherung steht idR immer der unmittelbar Geschädigte und nicht jeder beliebige Dritte. Grundsätzlich kann nur der Vertragspartner des Versicherungsnehmers als unmittelbar Geschädigter gelten und soll daher einen besonderen Schutz erfahren.¹⁴⁸

Der Erwerber eines Bauträgerobjekts steht aber in der Regel in keinem direkten Vertragsverhältnis zum Baufortschrittsprüfer. Die Vereinbarung zwischen dem Treuhänder, dem Bauträger und/oder dem Baufortschrittsprüfer entfalten aber Schutzwirkungen zugunsten des Erwerbers, sodass diesem nichtsdestotrotz ein allfälliger vertraglicher Schadenersatzanspruch gegen den Baufortschrittsprüfer zustehen könnte. So ist es unstrittig, dass sich der Auftragsvertrag zwischen dem Baufortschrittsprüfer und dem Treuhänder bzw. Bauträger, als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter darstellt.¹⁴⁹

Damit ist aber nicht gesagt, dass der Erwerber als direkt Geschädigter anzusehen ist und die Serienschadensklausel ihm gegenüber keine Wirkung entfaltet, sondern könnte der Erwerber auch lediglich als mittelbar Geschädigter gewertet werden und würde die Serienschadensklausel sohin auch ihm gegenüber voll zu Tragen kommen.¹⁵⁰

Nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit ist *Gartner* dahingehend zu folgen, dass die gesetzliche Anforderung an die Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers iSd § 13

¹⁴⁷ Rubin in *Fenyves/Schauer* (Hrsg), VersVG (2019) § 158b Rz 65.

¹⁴⁸ *Wilhelmer*, Die Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung - zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 70/14s, ZFR 2015/133, 259.

¹⁴⁹ *Böhm*, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 268.

¹⁵⁰ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6 (7).

Abs 4 BTVG, gem derer die Versicherungssumme für „jeden Versicherungsfall“ zur Verfügung stehen muss, nur bedeuten kann, dass die Versicherungssumme auch bei mehreren Erwerbern jedem einzelnen zur Gänze zur Verfügung stehen muss. Ein Fehler des Sachverständigen würde sohin für jeden einzelnen Erwerber Haftungsansprüche gegenüber dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer auslösen.¹⁵¹

Denn es bestehen mehrere selbstständige Bauträgerverträge, welche auch zwischen verschiedenen Vertragsparteien abgeschlossen wurden. Ein Verstoß des Baufortschrittsprüfers wirkt sich dadurch mehrfach in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen aus und kann es sich dadurch nicht bloß um einen Versicherungsfall handeln. Vielmehr muss für jeden Bauträgervertrag und für jeden Baufortschritt ein gesonderter Verstoß vorliegen, für welchen die Mindestversicherungssumme einmal ungeschmälert zur Verfügung zu stehen hat.¹⁵²

Auch *Vonkilch* vertritt die Meinung, dass der Versicherungsschutz des Baufortschrittsprüfers nach § 13 Abs 4 BTVG im Schadensfall für jeden einzelnen Erwerber vollständig zur Verfügung stehen muss. So würde der Sachverständige den Baufortschritt für jeden Vertragsgegenstand strenggenommen isoliert betrachten und wäre daher wohl jede einzelne fehlerhafte Bestätigung als ein eigener Versicherungsfall zu werten. Es wird aber auch daraufhin hingewiesen, dass dies bedeuten würde, es obliege dem jeweiligen Sachverständigen einen entsprechenden Versicherungsschutz zu erhalten, was dem Sachverständigen nicht leichtfallen würde, da die Konditionen des Versicherers wohl zu hoch ausfallen könnten. Diesfalls würde es laut Ansicht des Verfassers dieser Arbeit ebenfalls an einer klaren gesetzlichen Grundlage betreffend die Deckung aus der Haftpflichtversicherung mangeln. Unverständlich bleibt laut *Vonkilch* weiters, warum es der Gesetzgeber unterlassen hat, mit der BTVG-Novelle 2008 ein Jahreshöchstlimit des Versicherungsschutzes vorzusehen.¹⁵³

¹⁵¹ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

¹⁵² *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023) § 13 Rz 24.

¹⁵³ *Vonkilch*, Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).

Diesbezüglich erscheint es zweckmäßig den Telos des Gesetzgebers bei Einführung des BTVG heranzuziehen: Dieser ist vorrangig auf den Erwerberschutz gerichtet und verfolgt primär das Ziel der Absicherung des Vorauszahlungsrisikos des Erwerbers.¹⁵⁴

Es spricht daher auch aufgrund des Gesetzeszweckes sehr viel dafür, dass die Mindestversicherungssumme des § 13 Abs 4 BTVG pro Erwerber vollständig zur Verfügung stehen muss.

In der Literatur lässt sich aber durchaus auch ein anderer Meinungsstrom ableiten und geht etwa *Prader* davon aus, dass die Versicherung des § 13 Abs 4 BTVG jeden einzelnen Bauabschnitt als eigenständigen Versicherungsfall zu umfassen hat und die normierte Versicherungssumme daher auch nur einmal für jeden Bauabschnitt zur Verfügung stehen muss. Demnach würde nur die eine schädigende Handlung, sohin die eine fehlerhafte Baufortschrittsbestätigung, als Versicherungsfall zählen und, unter Berücksichtigung der Serienschadensklausel, die Versicherungssumme der Gesamtheit der Erwerber nur einmal zur Verfügung stehen. Laut *Prader* würde die Ansicht, wonach die Versicherungssumme jedem Erwerber zur Verfügung stehen muss, *e contrario* bedeuten, dass der Baufortschrittsprüfer die entsprechende Versicherung für jeden Erwerber getrennt abzuschließen habe.¹⁵⁵ Eine Deckung zu Gunsten des jeweiligen Erwerbers würde diesfalls aber vom Vorgehen des Baufortschrittsprüfers abhängen und würde, nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit, damit der wesentliche Schutzgedanken des BTVG nicht eingehalten werden können.

Wie bereits unter Punkt 3.2 ausgeführt, lässt sich aus den Erläuterungen zu § 13 Abs 4 BTVG eindeutig entnehmen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Versicherungspflicht des

¹⁵⁴ *Traxler/Bart*, Die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021, 180 (184); RIS-Justiz RS0113312.

¹⁵⁵ *Traxler/Bart*, Die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021, 180; *Prader* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) zu § 13 BTVG.

Baufortschrittsprüfers einen Vergleich zu den Versicherungspflichten des Sachverständigen, Notars und des Rechtsanwalts ziehen wollte. Dementsprechend empfiehlt es sich auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 7 Ob 17/21g einzugehen, in welcher sich das Höchstgericht zuletzt mit der Anwendung der Serienschadensklausel in Zusammenhang mit der Exzedentenversicherung für Rechtsanwälte auseinandergesetzt hat.¹⁵⁶

4.3 Zu OGH 24.2.2021, 7 Ob 17/21g

In dieser Entscheidung vom 24.02.2021 hatte der OGH die Situation zu beurteilen, dass sich im Haftpflichtversicherungsvertrag des Versicherers (im Grundversicherungsvertrag bei einer Exzedentenversicherung) eine Serienschadensklausel¹⁵⁷ findet, wonach die Versicherungssumme für bestimmte Fallkonstellationen nur einmal zur Verfügung steht.

Im Versicherungsvertrag des Erstversicherers wurde folgende im Urteil des OGH wiedergegebene Serienschadensklausel festgehalten:

„Artikel 3 - Sachliche Begrenzung der Haftung des Versicherers

(1) Die Versicherungssumme stellt den Höchstbetrag der dem Versicherer - abgesehen vom Kostenpunkt ... - in jedem einzelnen Schadensfall obliegenden Leistung dar, und zwar mit der Maßgabe, dass nur eine einmalige Leistung der Versicherungssumme infrage kommt,

a) gegenüber mehreren entschädigungspflichtigen Personen, auf welche sich der Versicherungsschutz erstreckt;

¹⁵⁶ OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g.

¹⁵⁷ Anm des Verfassers: dieselbe Serienschadensklausel des § 3 AVBV welche bereits unter Punkt 4. thematisiert wurde.

b) bezüglich eines aus mehreren Verstößen erfließenden einheitlichen Schadens, auch wenn diese Verstöße ganz oder teilweise durch Personen begangen wurden, für die der Versicherungsnehmer nach dem Gesetz einzutreten hat,

c) bezüglich sämtlicher Folgen eines Verstoßes. Dabei gilt mehrfaches auf gleichen oder gleichartigen Fehlerquellen beruhendes Tun oder Unterlassen als einheitlicher Verstoß, wenn die betreffenden Angelegenheiten miteinander im rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.“¹⁵⁸

Im gegenständlichen Fall wurde der berufshaftpflichtversicherte Rechtsanwalt für mehrere Mandanten aufgrund eines jeweils eigens erteilten Mandats tätig und vertrat seine Mandanten im Zusammenhang mit der Insolvenz einer Aktiengesellschaft.

Im Zuge seiner anwaltlichen Tätigkeit wurde der Rechtsanwalt von einer Vielzahl von Geschädigten mit der Durchsetzung ihrer Ansprüche beauftragt und verletzte aufgrund einer unterbliebenen Anmeldung von Ansprüchen mehrerer Mandanten dabei seine anwaltlichen Pflichten iSd § 9 Abs 1 Satz 1 RAO bzw § 1009 ABGB.

Unstrittig für das Höchstgericht war, dass die stattgefundenen Pflichtverletzungen des Rechtsanwalts auf „gleichen oder gleichwertigen Fehlerquellen“ beruht haben.

Da die Mandate der einzelnen Mandanten des Rechtsanwalts zwar die gleichen Interessen verfolgten, aber unabhängig voneinander erteilt wurden, lag bereits aus Sicht aller Verfahrensparteien kein rechtlicher Zusammenhang vor.

Beachtenswert ist aber, dass der OGH auch das Bestehen eines wirtschaftlichen Zusammenhangs verneinte, da der Rechtsanwalt den verschiedenen Mandanten aufgrund der jeweils selbstständigen Bevollmächtigungen die pflichtgemäße Erfüllung schulde und daher auch jedem Mandant gegenüber gesondert haftbar ist. Es reiche demnach für die Herstellung

¹⁵⁸ § 3 AVBV idF 1992.

eines wirtschaftlichen Zusammenhangs nicht aus, dass der Rechtsanwalt die Ansprüche seiner verschiedenen Mandate in einem standardisierten Vorgehen bearbeitet hat.

Die fehlerhafte Vertretung der Mandanten wurde sohin mangels eines rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs nicht als ein Serienschaden gewertet und kam somit die Serienschadensklausel, nach derer die Versicherungssumme nur einmal zur Verfügung stehen würde, nicht zur Anwendung.

Diese Entscheidung beruht aber ausdrücklich darauf, dass die zitierte Serienschadensklausel des AVBV – im Gegensatz zu sogenannten Ursachenklauseln, für welche die gleiche/gleichartige Ursache ausreichend sind - neben dem Vorliegen einer gleichen oder gleichartigen Fehlerursache auch einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang erfordert.¹⁵⁹

Dahingehend ist, auch wenn dem urteilsgegenständlichen Sachverhalt mehrere getrennte Mandate zugrunde liegen, ein Konnex zwischen der angeführten OGH-Entscheidung und der Auslegung der Serienschadensklausel des § 3 AVBV für den fallgegenständlichen Sachverhalt herzustellen (siehe dazu sogleich unter Punkt 5.2.1).

5. Anwendbarkeit auf die konkrete Problemstellung

Zurückkommend auf die konkrete Problemstellung wie in Punkt 1.1 dieser Arbeit beschrieben, gilt es nun eingangs zu beurteilen, ob für das fallgegenständliche Abwicklungsprojekt und die einzelnen Kaufverträge der Anwendungsbereich des BTVG eröffnet ist.

¹⁵⁹ OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g.

Da die Nutzflächen der neu zu errichtenden kaufgegenständlichen Wohnungen zwischen 75 m² und 95 m² und die jeweiligen Kaufpreise zwischen EUR 750.00,-- und 950.00,-- liegen, kann unstrittig festgestellt werden, dass der Anwendungsbereich des BTVG iSd § 1 Abs 1 BTVG bereits dadurch eröffnet ist, dass von dem jeweiligen Käufer jedenfalls die Grunderwerbssteuer und die Eintragungsgebühr in Höhe von insgesamt 4,6 % des Kaufpreises, und damit ein Betrag von zumindest EUR 150,--/Quadratmeter Nutzfläche vor Fertigstellung des Vertragsgegenstandes entrichtet werden musste.

Damit wurde die Abwicklung der Kaufverträge nach dem Bauträgervertragsgesetz folgerichtig vereinbart und kommt den einzelnen Käufern der weitergehende Schutz ihrer Vorauszahlungen zu Gute.

Diesbezüglich kommen dem bestellten Treuhänder in weiterer Folge die Pflichten gem § 12 BTVG zu und hat dieser insbesondere die vom Bauträger angebotene Sicherung auf deren Tauglichkeit zu prüfen.

In der gegenständlichen Fallkonstruktion wurde das grundbücherliche Sicherungsmodell mit der Zahlung nach Ratenplan B gewählt und stellt dieses Sicherungsmodell eine ausreichende Sicherung der Vorauszahlungen der jeweiligen Käufer dar.

Um die Fälligkeit der Raten gemäß Ratenplan beurteilen zu können, hat sich der Treuhänder sodann ordnungsgemäß eines sachkundigen Baufortschrittsprüfers bedient. Da es sich bei der fallgegenständlichen Bestellung des Baufortschrittsprüfers um einen gerichtlich beeideten Sachverständigen für den Fachbereich „Hochbau, Architektur“ handelt, gilt dieser *ipso iure* als geeignet die Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnitts vorzunehmen. Der Baufortschrittsprüfer haftet dem Erwerber sohin unmittelbar für die Richtigkeit der Bauabschnittsbestätigungen.

Eine Durchbrechung dieser Haftung zu Lasten des Treuhänders würde nur dann tragend werden, wenn es der Treuhänder unterlassen hätte zu prüfen, ob der Baufortschrittsprüfer über eine ausreichende Versicherung iSd § 13 Abs 4 BTVG verfügt oder wenn dem

Treuhänder anderweitige Anhaltspunkte für die Mangelhaftigkeit des Gutachtens vorliegen. Mangels derartiger Anhaltspunkte im fallgegenständlichen Sachverhalt muss auf die etwaige Haftung des Treuhänders nicht näher eingegangen werden.

Zusammengefasst bedeutet dies nun, dass der Treuhänder seinen vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen ordnungsgemäß nachgekommen ist und eine Haftung für fehlerhaft ausgestellte Baufortschrittsbestätigungen nur den Baufortschrittsprüfer treffen kann.

Die vom Baufortschrittsprüfer ausgestellte Baufortschrittsbestätigung attestierte dem Treuhänder sodann das Erreichen der zweiten Bauetappe gemäß Ratenplan B, nämlich die Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs.

Welche Bauleistungen jeweils bei Fertigstellung eines Bauabschnitts vorgenommen werden müssen, wurde durch den Gesetzgeber der Praxis und Rsp überlassen. Zur Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs wird aber jedenfalls auch die Herstellung der tragenden Innenwände gehören und wird das Dach samt Dachdeckung und vorgenommener Spenglerarbeiten fertiggestellt sein müssen (siehe Punkt 2.3.1.2). So kommt dem Dach sowohl aus technischer Sicht (zur Verhinderung von Wassereintritten auf die Baustelle) als auch in wirtschaftlicher Sicht eine erhebliche Bedeutung zu.¹⁶⁰

Mit der erfolgten Bestätigung der Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs ohne Berücksichtigung der nicht durchgeführten Spenglerarbeiten stellt sich die vom Baufortschrittsprüfer ausgestellte Baufortschrittsbestätigung als grob fehlerhaft dar.

Dennoch konnte sich der Treuhänder zu Recht auf die Expertise des sachverständigen Baufortschrittsprüfers verlassen und hat unter Berücksichtigung der Baufortschrittsbestätigung die Raten im Ausmaß von insgesamt EUR 2.400.000,-- an den Bauträger ausgezahlt. Für die jeweiligen Erwerber ist daher ein Schaden entstanden, welcher in dem Wegfall der Sicherung seines bereits hinterlegten Kaufpreises gegenüber dem

¹⁶⁰ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 10 Rz 29 (Stand 29.12.2017, rdb.at).

Bauträger liegt und welcher eine Haftung des Baufortschrittsprüfers zu begründen vermag (siehe dazu Punkt 5.1).

Da der Baufortschrittsprüfer über die gesetzlich vorgeschriebene Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von EUR 400.000 für jeden Versicherungsfall verfügt, stellt sich nun die Frage, ob mehrere Versicherungsfälle vorliegen, oder ob der jeweilige Schaden für den einzelnen Erwerber iSd der Serienschadensklausel des § 3 AVBV zu einem Versicherungsfall zusammengefasst wird.

Sollte sich herausstellen, dass die mehrfachen Versicherungsfälle tatsächlich als ein Versicherungsfall angesehen werden können, würde die Versicherungssumme von EUR 400.000,-- insgesamt nur einmal zur Verfügung stehen und würde sich der eingetretene Schaden dadurch nicht zur Gänze abdecken lassen.

5.1 Vorliegen eines Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers

Der Schaden des jeweiligen Erwerbers liegt im Fall der Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung, wie bereits ausgeführt, im Wegfall der Sicherheit des Erwerbers bei Insolvenz des Bauträgers. Dieser Wegfall der Sicherheit konnte nur dadurch zustande kommen, dass der Treuhänder die von den Erwerbern jeweils geleisteten Vorauszahlungen (Kaufpreise) zu früh an den Bauträger ausgezahlt hat; die Auszahlung also vor tatsächlicher Erfüllung der (wertmäßigen) Sicherheit gemäß Ratenplan B stattgefunden hat.

Diese Auszahlung wurde durch den Treuhänder vorgenommen, weil diesem die entsprechende Erfüllung des Baufortschritts vom Baufortschrittsprüfer bestätigt wurde.

Diese fehlerhafte Bestätigung, welche dem Baufortschrittsprüfer als Sorgfaltsverstoß anzulasten ist, beruht wiederum auf einer einzigen Fehleinschätzung des Baufortschrittsprüfer bei Vornahme der Prüfung des konkreten Baufortschritts. Hätte der

sachverständige Baufortschrittsprüfer seine gesetzlich determinierten Pflichten, nämlich die Überprüfung der Baufortschritte nach Maßgabe der Bestimmungen des Ratenplan B, ordnungsgemäß eingehalten, wären ihm die fehlenden Spenglerarbeiten aufgefallen und hätte er die Baufortschrittsbestätigung nicht ausgestellt. Der Treuhänder hätte die Rate daraufhin nicht an den Bauträger zur Auszahlung bringen dürfen. Es liegt sohin Kausalität zwischen dem Verstoß und dem Schaden vor.

Der Baufortschrittsprüfer hat sohin bei Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung vorwerfbar fehlerhaft gearbeitet (vgl auch § 1299 ABGB), indem er die Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Feststellung der Erreichung des jeweiligen bestimmten Bauabschnitts schuldhaft zum Nachteil des Erwerbers übertreten hat.

Es ist sohin jedenfalls ein Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers eingetreten.

5.2 Vorliegen eines Serienschadens

Zur Beurteilung des Vorliegens eines Serienschadens erscheint es zunächst tunlich die für die Erwerber eingetretenen Schadensereignisse sowie den vorgenommenen Verstoß des Sachverständigen und deren zeitlichen Horizont aufzuarbeiten.

Die Bestätigung der Baufortschritte wurde dem Treuhänder mittels eines einzigen Gutachtens attestiert, welches vom Treuhänder sodann für die Auszahlung jeder einzelnen Rate herangezogen wurde. Zu beachten ist hierbei aber, dass der Sachverständige die Bestätigung des Erreichens des Baufortschritts zwar mit einem einzigen Gutachten attestiert, es dafür aber jedenfalls notwendig ist, die einzelnen eigentlichen Vertragsgegenstände isoliert zu betrachten. Deutlich wird das insbesondere im Fall der Bestätigung der

Bezugsfertigstellung, welche ohne Begutachtung des jeweiligen Vertragsgegenstandes samt dessen Vertragsunterlagen grundsätzlich nicht vorgenommen werden kann.¹⁶¹

Dennoch liegt den Schadensereignissen der jeweiligen Erwerber einzig ein fehlerhafter Baufortschrittsbericht zu Grunde und würde sich dadurch bereits aus diesem Grund darauf schließen lassen, dass die Fehlerquelle des Baufortschrittsprüfers zumindest auf gleichartigen Ursachen beruht.

Ursachenidentität zwischen den Schadensereignissen setzt voraus, dass die Fehlerquelle einem tatsächlichen Geschehnisablauf entspringt, welcher nach der Verkehrsauffassung als einheitlicher Lebensvorgang zu verstehen ist. Zwar ist davon auszugehen, dass der Baufortschrittsprüfer für die Erstellung des Gutachtens eine einzige optische Besichtigung der vertragsgegenständlichen Liegenschaft vornimmt und damit der jeweilige Baufortschritt bestätigt wird. Dennoch muss der Baufortschritt vom Sachverständigen nicht in Form einer Gesamtschau für das gesamte Gebäude bestätigt werden, sondern muss sich die Baufortschrittsbestätigung auf das jeweilige Kaufobjekt des jeweiligen Erwerbers beziehen. Es wird vom Baufortschrittsprüfer daher zu erwarten sein, dass dieser – zumindest in der Theorie – jeden Vertragsgegenstand isoliert zu betrachten hat und daher jeweils ein selbstbeständiger Umsetzungsvorgang vorliegt.

Nun ist davon auszugehen, dass der Baufortschrittsprüfer den jeweiligen Baufortschritt nur einmal fälschlich bestätigt und die fehlerhafte Bestätigung in einer einzigen schädigenden Handlung (Verstoß iSd Versicherungsfalls) liegt. Selbst wenn der Baufortschrittsprüfer den Fortschritt für mehrere Objekte bestätigt, kann der Verstoß nur in der einen unrichtigen Baufortschrittsfeststellung begründet sein.¹⁶²

¹⁶¹ Vonkilch, Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).

¹⁶² Traxler/Bart, Die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021, 180 (185).

Dennoch hat sich der Baufortschrittsprüfer bei der Feststellung eines Baufortschrittes immer auf eine wirtschaftliche Bewertung des Bauabschnitts zu orientieren und fällt eine solche für jeden Erwerber, aufgrund der unterschiedlichen Höhe der geleisteten Vorauszahlung, unterschiedlich aus.

Dies führt dazu, dass der Treuhänder die Raten an den Bauträger zwar durchaus zeitgleich an den Bauträger zur Anweisung bringen kann, die Höhe der jeweiligen Rate der einzelnen Erwerber aber unterschiedlich ausgestaltet ist. Auch werden die Raten von verschiedenen Treuhandkonten an den Bauträger überwiesen und handelt es sich allgemein um jeweils getrennt zu wertende Zahlungen.

Zwar besteht zwischen dem Baufortschrittsprüfer in der Regel kein direktes Vertragsverhältnis mit dem Erwerber, sondern lediglich ein Vertrag mit dem Treuhänder, welcher aber jedenfalls Schutzwirkungen zu Gunsten des Erwerbers entwickelt, darf hierbei aber der genaue Wortlaut des Gesetzestextes nicht außer Acht gelassen werden.

Immerhin normiert § 13 Abs 2 letzter Satz BTVG ausdrücklich: Baufortschrittsprüfer *„haften dem Erwerber unmittelbar; sie gelten nicht als Erfüllungsgehilfen des Treuhänders.“*¹⁶³

Zudem muss beachtet werden, dass § 13 Abs 4 BTVG zur Mindestversicherungssumme des Baufortschrittsprüfers vorschreibt, dass diese *„für jeden Versicherungsfall“* abzuschließen ist.¹⁶⁴ In Bezugnahme auf den Grundgedanken des Gesetzgebers bei Einführung des Bauträgervertragsgesetzes 1997 (Schutz der Vorauszahlung des Erwerbers im Fall der Insolvenz des Bauträgers) würde es nicht sinnvoll erscheinen, wenn die gesetzlich normierte Versicherungspflicht *„für jeden Versicherungsfall“* einen Ausweg im Sinne der Anwendbarkeit einzelner Versicherungsbedingungen, welche die Anwendbarkeit der Versicherungspflicht auf jeden Versicherungsfall durch eine fingierte Zusammenziehung mehrerer Versicherungsfälle zu einem einzigen Versicherungsfall, verunmöglichen, zu

¹⁶³ § 13 Abs 2 BTVG.

¹⁶⁴ § 13 Abs 4 BTVG.

bieten. Dies würde schlichtweg dem Schutzgedanken des BTVG widersprechen und wesentlich zu Lasten der schutzbedürftigen Personen (der Erwerber) gehen.

Damit liegt es auf der Hand, dass es vom Gesetzgeber gewollt sein muss, dass der Baufortschrittsprüfer, ähnlich wie es beim Rechtsanwalt aufgrund mehrerer erteilten Mandate der Fall ist (dazu aber später mehr), jedem einzelnen Erwerber die ordnungsgemäße Durchführung der Baufortschrittsprüfungen schuldet und diesem dafür auch haftet.

Dies wird insbesondere auch dadurch deutlich, dass der Treuhänder bei Vornahme der Auszahlungen nach Ratenplan einer Gesamtschau im Sinne einer Gesamtüberprüfung des Bauträgerprojekts keinen wesentlichen Glauben schenken darf, sondern die jeweiligen Baufortschrittmeldungen auf die jeweilige Vertragsabwicklung des einzelnen Erwerbers zu beziehen hat. Lediglich bei Fertigstellung des Baufortschritts gem dem einzelnen Bauträgerkaufvertrag und Erfüllung der darin gesondert aufgenommen Auszahlungsbedingungen gemäß Ratenplanmethode ist es dem Treuhänder kraft Gesetzes erlaubt die Auszahlung vorzunehmen.

Ein weiteres Indiz dafür, dass trotz der einheitlichen Vorgehensweise des Baufortschrittsprüfers bei Überprüfung der Baufortschritte von mehreren getrennt voneinander bestehenden Versicherungsfällen auszugehen ist, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich bei dem Auftragsverhältnis zwischen Treuhänder und Baufortschrittsprüfer um einen Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter (der Erwerber) handelt. So werden bei dieser Vertragskonstellation die Schutz- und Sorgfaltspflichten des Baufortschrittsprüfers auf jene Dritte erstreckt, welche durch die Vertragserfüllung vorhersehbar gefährdet werden und welche der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören.¹⁶⁵

¹⁶⁵ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁶ (2020) zu § 1295 ABGB Rz 19.

Gerade dies ist im Fall der Ausstellung einer Baufortschrittsbestätigung augenscheinlich gegeben, da die fehlerhafte Baufortschrittsbestätigung, worauf sich auch der Treuhänder im Zuge der Auszahlung der jeweiligen Raten bezieht, die Vorleistung des jeweiligen Erwerbers zu beeinträchtigen vermag und die Erwerber damit eindeutig den Interessen des Treuhänders an der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung durch den Baufortschrittsprüfer angehören.

Zwar liegt somit ein zeitlicher Zusammenhang zwischen den Fehlerquellen welche den jeweiligen Verstoß des Baufortschrittsprüfers zugrunde liegen vor, und wird auch das Bestehen einer gleichartigen Ursache nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Allerdings ergibt sich aus den fallgegenständlichen Umständen, dass der Baufortschrittsprüfer jedem einzelnen Erwerber die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Tätigkeit schuldet und jedem einzelnen Erwerber dafür zu haften hat.

Damit ist, trotz gleichartiger Interessen der Erwerber (die jeweils ordnungsgemäße Ausstellung des Gutachtens), der rechtliche Zusammenhang – dessen kumulativ gefordertes Vorliegen aber neben einem wirtschaftlichen Zusammenhang gegeben sein muss – nicht erfüllt.

Gleichfalls ist das Vorliegen eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zu verneinen, da der Baufortschrittsprüfer, wie ausgeführt, die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Pflichten gegenüber jedem einzelnen Erwerber einzuhalten hat und durch den Verstoß seiner Pflichterfüllung in jeweils selbstständige Vermögensmassen der einzelnen Erwerber (deren Vorauszahlungen) eingegriffen hat.

Es handelt sich bei dem Verstoß des Baufortschrittsprüfers durch die Ausstellung einer fehlerhaften Baufortschrittsbestätigung sohin um keinen einheitlichen Verstoß welcher aufgrund der Serienschadensklausel des § 3 AVBV zu einem einzigen Versicherungsfall zusammengefasst werden könnte, sondern vielmehr um zehn einzelne Verstöße und damit um zehn getrennt zu betrachtende Versicherungsfälle (einen für jeden Erwerber der zehn Objekte).

Im Ergebnis steht, nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit, den zehn Erwerbern sohin die volle Deckungssumme im Ausmaß von je EUR 400.000,-- zur Gänze zur Verfügung.

5.2.1 Konnex zu OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g

Wie bereits unter Punkt 4.3 ausgeführt, hatte der OGH in einem ähnlich gestalteten Fall zuletzt die Anwendbarkeit der Serienschadensklausel des § 3 AVBV auf einen berufshaftpflichtversicherten Rechtsanwalt zu prüfen. Der OGH kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Pflichtverletzungen des Rechtsanwaltes auf gleichen oder gleichwertigen Fehlerquellen beruhten. So hat der Rechtsanwalt durch das standardisierte fehlerhafte Vorgehen bei der Vertretung seiner Mandanten seine Pflichten zur sachgemäßen Vertretung seiner Klienten verletzt.

Insofern erscheint es sinnvoll, diese Entscheidung auch für die Beurteilung der konkreten Problemstellung dieser Arbeit heranzuziehen.

Nun wurde in der gegenständlichen Entscheidung des OGH zu 7 Ob 17/21g ausdrücklich erwähnt, dass sich der Begriff „betreffende Angelegenheiten“ in der Serienschadensklausel des § 3 AVBV auf den durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmer aus dem angesprochenen Adressatenkreis (also Rechtsanwälte) bezieht und damit nicht auf sein generelles Tätigkeitsfeld, sondern auf das jeweilige Mandatsverhältnis, abzielt.¹⁶⁶ Bezogen auf die konkrete Problematik bedeutet dies, dass sich der Begriff „betreffende Angelegenheiten“ nur auf den sachkundigen Baufortschrittsprüfer bei Erfüllung seiner jeweiligen Pflichten gegenüber jedem Erwerber beziehen kann.

Im entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt handelte der Rechtsanwalt zwar einheitlich pflichtwidrig, wurde aber aufgrund jeweils selbstständig erteilter Mandate tätig. Er schulde daher jedem einzelnen Mandanten die pflichtgemäße Erfüllung des Bevollmächtigungsvertrags.

¹⁶⁶ RIS-Justiz RS0008901.

Aufgrund der selbstständig erteilten Mandate und der damit stattgefundenen Schädigung von selbstständigen Vermögensmassen der unterschiedlichen Rechtsinhaber reicht laut OGH das standardisierte fehlerhafte Vorgehen des Rechtsanwalts, welches jeweils auf der gleichen/gleichartigen Fehlerquelle basiert, nicht aus und mangelt es am rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang. Die Anwendbarkeit der Serienschadensklausel wurde daher mangels Vorliegens eines einheitlichen Verstoßes verneint und ist daher von jeweils getrennten Versicherungsfällen auszugehen.

Nun liegen im Fall des Verstoßes des Baufortschrittsprüfers bei Ausstellung des fehlerhaften Gutachtens aber keine jeweils selbstständigen Mandate oder Beauftragungen der einzelnen Erwerber vor.

Der Baufortschrittsprüfer wird nicht von den einzelnen Erwerbern beauftragt, sondern entweder (idR) vom Treuhänder, oder aber direkt vom Bauträger. Ob die Beauftragung vom Treuhänder oder vom Bauträger erfolgt, ist rechtlich gleichwertig zu behandeln.¹⁶⁷

Dennoch schuldet der Baufortschrittsprüfer aus dem Vertrag mit dem Auftraggeber, welcher Schutzwirkungen zu Gunsten der jeweiligen Erwerber entfaltet, die pflichtgemäße Erfüllung seiner Tätigkeit jedem einzelnen Erwerber und ist gegenüber jedem dieser Erwerber haftbar.

Damit ist die Entscheidung des OGH zu 7 Ob 17/21g, insbesondere auch aufgrund dem sich aus den ErläutRV ergebenden Vergleich der Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers zu jenen des Rechtsanwalts, für die konkrete Problemstellung richtungsweisend und muss es laut Ansicht des Verfassers dieser Arbeit durchaus im Sinne des Gesetzgebers sein, das Ergebnis dieses Urteils auch auf die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers anzuwenden. Damit ist klarstellend festzuhalten, dass auch unter Heranziehung der höchstgerichtlichen Rsp das Vorliegen eines Serienschadens und die entsprechende Anwendbarkeit der Serienschadensklausel im konkreten Fall der fehlerhaften Baufortschrittsbestätigung zu verneinen ist.

¹⁶⁷ Böhm, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 268.

6. Conclusio

Mit Einführung des Bauträgervertragsgesetzes ist es dem Gesetzgeber durchaus gelungen die Sicherheit des Erwerbers beim Ankauf einer noch zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Immobilie zu verstärken. Insbesondere mit der 2008 stattgefundenen Novellierung des BTVG und der Überarbeitung des Sicherungsmodells „grundbücherliche Sicherstellung mit Ratenplan“ kann die geleistete Vorauszahlung des Erwerbers insofern abgesichert werden, als dass dieser darauf vertrauen kann, dass sein vorab geleisteter Kaufpreis nur in Raten, welche dem jeweiligen Wert des Kaufgegenstandes entsprechen, vom Treuhänder aus der Hand gegeben werden.

Dass sich der Treuhänder bei der Beurteilung des Baufortschritts eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers bedienen kann, verstärkt das Vertrauen des jeweiligen Erwerbers in die – auch in technischer Sicht – fehlerlose Feststellung des Baufortschritts umso mehr.

Für den Treuhänder geht mit der Bestellung eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen eine gleichzeitige Reduzierung seines Haftungsrisikos einher, da dieser nicht gemäß § 1313a ABGB für die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers einzustehen hat. Daher ist es für den Treuhänder von unabdingbarer Wichtigkeit, sicherzustellen, dass der eingesetzte Baufortschrittsprüfer auch die notwendigen Voraussetzungen erfüllt.

Begeht der Baufortschrittsprüfer bei Durchführung seiner Tätigkeit jedoch einen Fehler, welcher rechtswidrig und schuldhaft ausgeführt wurde, kann dem Erwerber dadurch ein Schaden entstehen.

Der Schaden des Erwerbers liegt grundsätzlich immer darin, dass dieser in der Sicherheit seiner bereits geleisteten Zahlungen gefährdet ist, da der Treuhänder das Treuhandgut, also den jeweiligen Kaufpreisteil, fälschlich an den Bauträger überwiesen hat. Im Fall der Insolvenz des Bauträgers hat der Erwerber daher nicht mehr die Sicherheit, dass der

ausbezahlte Kaufpreisteil auch dem tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnis der bis dahin erbrachten Bauleistungen entspricht. Es tritt ein Haftungsfall des Baufortschrittsprüfers ein.

Für diesen Fall hat der Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 Abs 4 BTVG über eine Haftpflichtversicherung iHv von EUR 400.000,--für jeden Versicherungsfall zu verfügen.

Diese gesetzliche Forderung an den Baufortschrittsprüfer, wonach die Versicherungssumme für jeden Versicherungsfall zur Verfügung zu stehen hat, kann sich nur darauf beziehen, dass auch bei Baufortschrittsprüfungen zu Gunsten mehrerer Erwerber die Mindestversicherungssumme für jeden einzelnen Erwerber in voller Höhe zur Verfügung stehen muss. Dies selbst dann, wenn die konkrete Prüfung des Baufortschritts durch den Baufortschrittsprüfer in nur einem Besichtigungstermin vorgenommen wird.

Dennoch versucht der Versicherer des Baufortschrittsprüfers sein Haftungsrisiko idR durch eine sog Serienschadensklausel einzuschränken. Dabei fasst der Versicherer mittels Fiktion mehrere Versicherungsfälle zu nur einem Versicherungsfall zusammen, wenn die Verstöße des Baufortschrittsprüfers auf einer gleichen oder gleichartigen Fehlerquelle beruhen, welche in rechtlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.

Den Erwerbern wäre aufgrund dieser Zusammenfassung der jeweiligen Verstöße des Baufortschrittsprüfers die Haftungsdeckung ab dem Gesamtbetrag von EUR 400.000,--genommen.

Da aber gerade den Erwerbern der Schutzzweck des BTVG zu Gute kommen soll, kann das Vorgehen des Versicherers nicht zu deren Lasten gehen. So schuldet der Baufortschrittsprüfer jedem einzelnen Erwerber die pflichtgemäße Erfüllung seiner Aufgabe und muss dafür die Haftung übernehmen.

Immerhin gilt jede einzelne Baufortschrittsbestätigung des Baufortschrittsprüfers als Grundlage der einzelnen Zahlung des Erwerbers an den Bauträger, unabhängig davon, ob die Bestätigung für den einzelnen Erwerber gesondert ausgestellt wurde, oder ob diese für

mehrere Bauträgerverträge in Einem als Sammelbestätigung abgegeben wurden. Diese fehlerhafte Bestätigung wirkt sich sodann auch bei jedem einzelnen Erwerber vermögensschädigend aus und bestehen zwischen dem Baufortschrittsprüfer und jedem einzelnen Erwerber jeweils selbstständige gesetzliche Schuldverhältnisse.

Daher ist selbst bei Vorliegen von Verstößen des Baufortschrittsprüfers, welche auf einer gleichen bzw gleichartigen Fehlerquelle beruhen, der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang zu verneinen und die Anwendbarkeit einer Serienschadensklausel auszuschließen. Ein Verstoß, welcher sich mehrfach in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen auswirkt, ist demnach sicher nicht nur ein Versicherungsfall. Vielmehr ist für jeden Bauträgervertrag, der auch zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien abgeschlossen wird, von einem gesondert zu wertenden Verstoß auszugehen.

Der Baufortschrittsprüfer muss also für jeden einzelnen Verstoß, welcher einen Haftungsfall auslöst, Versicherungsdeckung erhalten. Die Mindestversicherungssumme steht sohin für jeden Erwerber und für jeden Baufortschritt ungeschmälert und in voller Höhe zur Verfügung. Nur dadurch kann der Telos des BTVG, welcher sich vorrangig auf den Erwerberschutz bezieht, erfüllt werden.

7. Literaturverzeichnis

3SI Immogroup GmbH, Immo-Markt: Droht eine Überhitzung?, Zinshaus-Zeitung Juli/August 2022.

Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017).

Aufner/S. Bydlinski, Bauträgervertragsgesetz - BTVG² (2008).

Böhm, Der formal "untaugliche" Baufortschrittsprüfer im BTVG, immolex 2017, 266.

Böhm, Gutachten: Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf? (2004).

Wiesinger, Geschäftsstelle Bau in Bauzeitung 01/2020, 13.

Wiesinger, Wer kann Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG sein?, bauaktuell 2019, 217.

Deloitte Property Index 2022¹¹ August 2022.

Erwin Gisch/Christian Wetzelberger, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I), versdb print 2022 H 9.

Fellner, Die grundbücherliche Sicherung der Erwerber durch den Treuhänder gemäß § 9 BTVG, RdW 1999, 339.

Fenyves/Keltner/Koban (Hrsg), Allgemeine Versicherungsbedingungen⁶ (2020).

Allgemeine und Ergänzende Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 2005* und EHVB 2005) Version 2012.

Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ (2018).

Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023).

Gartner, Die BTVG-Novelle 2008., bbl 2008, 141.

Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 331.

Georg Aichinger/Klaus G. Koban, Die Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, 437.

Böhm, Konsumentenschutz im Bauträgervertragsrecht, Vortrag vom 5.5.1998, Linz, Wirtschaftskammer für OÖ.

Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht³ (2018).

Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum⁷ (2022).

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020).

Maitz, AHVB/EHVB - Allgemeine und Ergänzende Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (2018).

Nora Michtner, Kein Serienschaden bei jährlicher Abschlussprüfung, ZVers 2022.

Prader, Manz Wohnrecht, BTVG^{4,08} (2022).

Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6.

Rainer, Die unrichtige Baufortschrittsprüfung, immolex 2014.

Rummel, ABGB³ BTVG § 1 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015).

Traxler/Bart, Die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021, 180.

Vonkilch, Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203.

Wilhelmer, Die Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung - zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 70/14s, ZFR 2015/133, 253.

7.1 Internetquellen

< <http://sdgliste.justiz.gv.at> > (zugegriffen am 28.11.2022).

< <https://www.rakwien.at/?seite=kammer&bereich=aufgaben> > (zugegriffen am 28.11.2022).

<<https://de.statista.com/themen/3608/wohnimmobilien-in-oesterreich/#dossierKeyfigures>> (zugegriffen am 28.11.2022).

<<https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/T/Seite.991316.html>>. (zugegriffen am 29.11.2022).

7.2 Judikatur

7.2.1 Rechtssätze

RIS-Justiz RS0008901

RIS-Justiz RS0022537.

RIS-Justiz RS0113312.

RIS-Justiz RS0113312.

RIS-Justiz RS0117608.

RIS-Justiz RS0119703.

7.2.2 OGH

OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v = wobl 2005/20 = bbl 2003, 200 = JBl 2003, 640
(*Staudegger*) = ecolex 2003, 757 = RdW 2003, 696 = SZ 2003/50.

OGH 17.02.2005, 8 Ob 113/04g.

OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m.

OGH 14.07.2010, 7 Ob 122/10g.

OGH 29.05.2012, 9 Ob 50/11k = bbl 2012/196 = ZIK 2013, 38 = *Gartner*, immolex 2013, 331 = immolex 2014,27 (*Prader*) = MietSlg 64.519 = Kerschner, SV 2013,139
(Rechtsprechungsübersicht).

OGH 24.02.2021, 7 Ob 17/21g = ZVers 2021,122 (*Salficky*) = RdW 2021, 345 = AnwBl 2021, 341 (*Michtner*).

OGH 25.01.2022, 8 Ob 124/21z = immolex-LS 2022/34 = EvBl 2022,621 (*Hargassner*) = ImmoZak 2022, 40 (*Dobler*) = Zak 2022, 96 = immolex 2022,263 (*Trapichler*).

Abstract

Mit Einführung des Bauträgervertragsgesetzes ist es dem Gesetzgeber durchaus gelungen die Sicherheit des Erwerbers beim Ankauf einer noch zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Immobilie zu verstärken. Insbesondere mit der 2008 stattgefundenen Novellierung des BTVG und der Überarbeitung des Sicherungsmodells „grundbücherliche Sicherstellung mit Ratenplan“ kann die geleistete Vorauszahlung des Erwerbers insofern abgesichert werden, als dass dieser darauf vertrauen kann, dass sein vorab geleisteter Kaufpreis nur in Raten, welche dem jeweiligen Wert des Kaufgegenstandes entsprechen, vom Treuhänder aus der Hand gegeben werden.

Die - insbesondere aus Sicht eines Verbrauchers - zwingende Anwendbarkeit des BTVG ist dann gegeben, wenn der Erwerber bereits vor Fertigstellung Zahlungen von mehr als EUR 150,-- pro Quadratmeter Nutzfläche an den Bauträger oder Dritte zu leisten hat.

Mit der Anwendbarkeit des BTVG geht die Pflicht zur Bestellung eines Treuhänders (ausgenommen nur im Fall einer schuldrechtlichen Sicherstellung gemäß § 8 BTVG) einher, welchen zahlreiche Aufklärungs, Prüf-, und Belehrungspflichten treffen. Insbesondere obliegt es dem Treuhänder die Fälligkeit der einzelnen Raten nach dem gewählten Ratenplan festzustellen bzw feststellen zu lassen.

Da als Treuhänder gemäß § 12 Abs 2 BTVG nur ein Rechtsanwalt oder ein Notar bestellt werden darf, wird sich dieser bei Beurteilung der Baufortschritte eines sachkundigen Dritten, eines Baufortschrittsprüfers, bedienen. Hierbei ist dem Treuhänder zu empfehlen einen Sachverständigen aus der Fachgruppe Hochbau und Architektur als geeigneten Baufortschrittsprüfer zu bestellen und geht die Haftung für eine fehlerhafte Bestätigung eines Baufortschritts auf den Baufortschrittsprüfer über.

Für den Fall, dass dem Baufortschrittsprüfer bei Ausstellung der Baufortschrittsbestätigung ein Fehler unterläuft, welcher rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, wird dieser den

Erwerbern gegenüber schadenersatzpflichtig. Diesbezüglich hat der Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 Abs 4 BTVG über eine Haftpflichtversicherung iHv von EUR 400.000,-- für jeden Versicherungsfall zu verfügen.

Wenn nun aber ein Versicherungsfall eintritt, stellt sich die Frage ob die Versicherungssumme des Baufortschrittsprüfers überhaupt ausreicht, die Schadenswiedergutmachung abdecken zu können. Denn in der Regel wird das eine ausgestellte Gutachten des Baufortschrittsprüfers herangezogen um damit die Raten von mehreren Erwerbern in einem Schritt an den Bauträger auszusahlen.

Da der Versicherer des Baufortschrittsprüfers sein Haftungsrisiko aufgrund sogenannter Serienschadensklauseln dahingehend absichert, indem der Versicherer mittels Fiktion mehrere Versicherungsfälle zu nur einem Versicherungsfall zusammenzieht, könnte der Erwerber als Geschädigter bei Anwendung dieser Serienschadensklausel trotz der gesetzlichen Regelungen wenig Chancen haben seinen Schaden durch die Versicherung des Baufortschrittsprüfers abgedeckt zu bekommen.

Sollte in weiterer Folge festgestellt werden, dass der Verstoß des Baufortschrittsprüfers bei Ausstellung des Gutachtens dazu geführt hat, dass der Treuhänder die Kaufpreistraten einer Vielzahl von Erwerbern an den Bauträger ausgezahlt hat, wird seitens des Versicherers (im Innenverhältnis zum Versicherungsnehmer) das Vorliegen eines Serienschadens zu prüfen sein.

Dabei fasst der Versicherer mehrere Verstöße des Baufortschrittsprüfers als einen Verstoß zusammen, wenn diese auf einer gleichen oder gleichartigen Fehlerquelle beruhen, welche in rechtlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.

Den Erwerbern wäre aufgrund dieser Zusammenfassung der jeweiligen Verstöße des Baufortschrittsprüfers die Haftungsdeckung ab dem Gesamtbetrag von EUR 400.000,-- genommen.

Da aber gerade den Erwerbern der Schutzzweck des BTVG zu Gute kommen soll, kann das Vorgehen des Versicherers nicht zu deren Lasten gehen. So schuldet der Baufortschrittsprüfer jedem einzelnen Erwerber die pflichtgemäße Erfüllung seiner Aufgabe und muss dafür die Haftung übernehmen.

Immerhin gilt jede einzelne Baufortschrittsbestätigung des Baufortschrittsprüfers als Grundlage der einzelnen Zahlung des Erwerbers an den Bauträger, unabhängig davon, ob die Bestätigung für den einzelnen Erwerber gesondert ausgestellt wurde, oder ob diese für mehrere Bauträgerverträge in Einem als Sammelbestätigung abgegeben wurden. Diese fehlerhafte Bestätigung wirkt sich sodann auch bei jedem einzelnen Erwerber vermögensschädigend aus und bestehen zwischen dem Baufortschrittsprüfer und jedem einzelnen Erwerber jeweils selbstständige gesetzliche Schuldverhältnisse.

Daher ist selbst bei Vorliegen von Verstößen des Baufortschrittsprüfers, welche auf einer gleichen bzw gleichartigen Fehlerquelle beruhen, der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang zu verneinen und die Anwendbarkeit einer Serienschadensklausel auszuschließen. Ein Verstoß, welcher sich mehrfach in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen auswirkt, ist demnach sicher nicht nur ein Versicherungsfall. Vielmehr ist für jeden Bauträgervertrag, der auch zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien abgeschlossen wird, von einem gesondert zu wertenden Verstoß auszugehen.

Der Baufortschrittsprüfer muss also für jeden einzelnen Verstoß, welcher einen Haftungsfall auslöst, Versicherungsdeckung erhalten. Die Mindestversicherungssumme steht sohin für jeden Erwerber und für jeden Baufortschritt ungeschmälert und in voller Höhe zur Verfügung. Nur dadurch kann der Telos des BTVG, welcher sich vorrangig auf den Erwerberschutz bezieht, erfüllt werden.