



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Die Rolle und die Haftung des Baufortschrittsprüfers im Rahmen des
Bauträgervertragsgesetzes

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Johanna Nausch

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

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt | Post-
graduate programme as it appears on the stu-
dent record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von | Supervisor:

Dr. Herbert Gartner

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Abkürzungsverzeichnis.....	3
1. Historie und Grundlagen des Bau trägervertragsgesetzes	5
1.1. Einleitung	5
1.2. Rechtsnatur	8
1.3. Grundbücherliche Sicherstellung	13
1.4. Die Rolle des Treuhänders	14
1.5. Der Bau fortschrittsprüfer	16
2. Grundlagen der Haftpflichtversicherung	19
2.1. Rechtsquellen der Haftpflichtversicherung	19
2.2. Das Wesen der Haftpflichtversicherung.....	21
2.3. Der Versicherungsfall	22
2.4. Der Schadensbegriff.....	26
2.5. Unterschied zwischen Haftung und Deckung	27
2.6. Die Haftpflichtversicherung des Bau fortschrittsprüfers.....	27
3. Die Rolle und die Aufgaben des Bau fortschrittsprüfers.....	29
3.1. Die Qualifikation des Bau fortschrittsprüfers.....	29
3.2. Die Bestellung des Bau fortschrittsprüfers.....	31
3.3. Der Umfang der Bau fortschrittsprüfung	32
3.4. Der geringfügige Mangel	36
3.5. Die Bau fortschrittsraten	39
3.6. Die einzelnen Bau fortschritte	41
4. Die Haftung des Bau fortschrittsprüfers.....	46
4.1. Eintritt der Haftung	46
4.2. Höhe der Haftung.....	48
5. Exkurs: Die Haftung des Bau fortschrittsprüfers bei Serienschäden	49
5.1. Der Serienschaden und die Serienschadenklausel.....	49
5.2. Die Zulässigkeit einer Serienschadenklausel	53
5.3. Die Drittwirkung einer Serienschadenklausel	54
6. Der Treuhänder und der Bau fortschrittsprüfer	60
6.1. Die Aufgabe des Treuhänders	60

6.2. Die Pflichten des Treuhänders bei der Auswahl	62
6.3. Bindung des Treuhänders an die Bestätigungen des Baufortschrittsprüfers	64
7. Conclusio	68
8. Literaturverzeichnis	71
8.1 Kommentare	71
8.2 Fachartikel	72
8.3 Seminare	72
9. Entscheidungsverzeichnis	72
9.1 Höchstgerichtliche Rechtsprechung	72
9.2 Rechtssätze	73

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AHVB	Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung
Art	Artikel
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVBV	Allgemeine Versicherungsbedingungen für Vermögensschäden
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BTVG	Bauträgervertragsgesetz
bzw.	beziehungsweise
EHVB	Ergänzende Bedingungen für die allgemeine Haftpflichtversicherung
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
f	folgende
ff	fortfolgende
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iVm	in Verbindung mit
KschG	Konsumentenschutzgesetz
Lfg	Lieferung
lit	Litera
OGH	Oberster Gerichtshof
Pkt	Punkt
RDB	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung

RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SDG	Sachverständigen- und Dolmetschergesetz
ua	unter anderem
vgl	vergleiche
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel

1. Historie und Grundlagen des Bauträgervertragsgesetzes

1.1. Einleitung

Die österreichische Bevölkerung strebt trotz der massiv gestiegenen Zinsen nach wie vor nach Eigentum. 64 % der ÖsterreicherInnen gaben bei einer Umfrage im Jahr 2023 nach ihrer bevorzugten Wohnsituation an, dass der Wunsch nach Eigentum der Miete vorgeht. Insbesondere bei Familien ist dieser Wunsch sehr präsent.¹

Ein Immobilienerwerb bietet nicht nur das Gefühl von Sicherheit, sondern kann ein zukünftiges Investment sein, indem Eigentumsobjekte als Geldanlage oder Altersvorsorge angeschafft werden. Mit der Vereinbarung von indexierten Mietverträgen, dienen Immobilien auch bei drohender Inflation als eine fortlaufende und sichere Investition, zumal der Mietzins entsprechend angepasst wird.

Der aktuelle Immobilienmarkt bietet nicht nur den Kauf und Verkauf von bereits bestehenden Immobilienobjekten, sondern insbesondere auch den Erwerb von Wohnungseigentumsobjekten oder Gebäuden im Zuge der Abwicklung eines noch zu finalisierenden oder bevorstehenden Bauträgerprojektes.

Beim Erwerb eines Immobilienobjektes, welche zur Gänze erst neu hergestellt oder durchgreifend erneuert werden, und der Erwerber vor Fertigstellung mindestens EUR 150 pro Quadratmeter Nutzfläche an den Bauträger oder an Dritte entrichten muss, finden die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) Anwendung.²

Dieses Regelwerk, welches für den Abschluss von Bauträgerverträgen vorgesehen ist, ist in den Neunzigerjahren in Kraft getreten und bietet aufgrund verschiedener Schutz- und

¹<https://www.erstegroup.com/de/newsmedia/presseaussendungen/2023/06/20/wohnbaustudie-2023-wunsch-nach-eigentum-ungebrochen#:~:text=Österreicher%3Ainnen%20wünschen%20sich%20Eigentum&text=Nach%20ihrer%20bevorzugten%20Wohnform%20gefragt,eigenen%20vier%20Wänden%20bei%20Familien> (Stand, abgerufen am 11.01.2024).

² § 1 BTVG.

Sicherungsmechanismen dem Erwerber einen erheblichen Schutz im Rahmen der Abwicklung und der Gestaltung der entsprechenden Verträge.

Die Besonderheit des Erwerbes eines Bauträgerobjektes liegt nämlich u.a. darin, dass der Erwerber bereits vor Fertigstellung bzw. Übergabe des Kaufobjektes, (Teil)Zahlungen an den Bauträger (verkaufende Partei) leistet bzw. diese Zahlungen zumindest sicherstellen muss. Dieses Vorgehen würde jedoch bedeuten, dass der Erwerber im Falle einer Insolvenz des Bauträgers oder im Falle bedeutender Leistungsstörungen seine Gegenleistung, nämlich das vertragsgegenständliche Wohnungseigentumsobjekt, nicht oder nicht im vereinbarten Zustand erhalten würde. Es handelt sich in diesem Sinne um eine erhebliche finanzielle Investition, welche Risiken verschiedener Art mit sich bringt.

Vor diesem Hintergrund sieht das BTVG verschiedene Sicherungsinstrumente vor, insbesondere das grundbücherliche Sicherungsmodell und die damit in Zusammenhang stehenden und vom Baufortschritt abhängigen Ratenzahlungen des Kaufpreises. Der Treuhänder darf die Kaufpreisrate immer erst dann an den Bauträger ausbezahlen, wenn der Baufortschritt auch tatsächlich fertiggestellt wurde. Die Feststellung eines abgeschlossenen Baufortschrittes erweist sich sohin als ein Element von besonderer Wichtigkeit, zumal die Zahlungen des Erwerbers davon abhängig gemacht werden.

Dem Vorausgeschickt sind entsprechende Prüfungen der Baufortschritte vorzunehmen. Nachdem der Treuhänder im Regelfall nicht über ausreichend bautechnische Kenntnisse verfügt, ist dieser berechtigt, sich eines Experten zur Beurteilung des Baufortschrittes zu bedienen. Somit kommt dem beigezogenem Baufortschrittsprüfers in der Praxis eine bedeutende Rolle zu. Die Pflicht des Baufortschrittsprüfers, Kontrollen an den baulichen Gegebenheiten vorzunehmen, um den Baufortschritt richtig beurteilen zu können, ist für die ordnungsgemäße Abwicklung eines Bauträgervertrages unerlässlich.

Insbesondere kann es dann zu Spannungsfeldern führen, wenn der Treuhänder aufgrund einer unrichtigen Baufortschrittsfeststellung Auszahlungen an den Bauträger vorgenommen hat.

Hinsichtlich der Beiziehung eines sachverständiger Baufortschrittsprüfers sieht der Gesetzestext des BTVG jedoch nicht die Notwendigkeit einschlägiger und materienspezifischer Fachkenntnisse vor. Aus dem Gesetzestext des § 13 Abs 2 BTVG ergibt sich lediglich, dass ein für den Hochbau zuständiger Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder einen im Rahmen der der Förderung des Vorhabens tätige Gebietskörperschaft beigezogen werden kann.

Sowohl die Materialien als auch die Judikatur und die Lehre sehen für die Eignung zum sachverständiger Baufortschrittsprüfers im Sinne des BTVG verschiedene geeignete Personen vor. Aufgrund der großzügigen Erwähnung unterschiedlichster geeigneter Personen kann dies in der Praxis jedoch gerade dazu führen, dass die beigezogenen sachverständigen Baufortschrittsprüfern über keine geeigneten Fachkenntnisse verfügen. Im Ergebnis können mangelnde materienspezifische Fachkenntnisse weitreichende Konsequenzen mit sich bringen, denn an die Fachexpertise eines sachverständiger Baufortschrittsprüfers knüpfen unter Anderem signifikante Handlungen des Treuhänders an.

Das BTVG sieht neben zwingenden Inhalterfordernissen des Bauträgervertrages, der Beiziehung eines sachverständiger Baufortschrittsprüfers noch viele andere Notwendigkeiten vor, wie etwa der zwingende Abschluss einer Mindesthaftpflichtversicherung des sachverständiger Baufortschrittsprüfers.

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere ist die Reichweite der Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers ein relevantes Problem. § 13 Abs 4 BTVG normiert, dass der Baufortschrittsprüfer über eine Mindestversicherungssumme in Höhe von € 400.000,00 für jeden Versicherungsfall abzuschließen hat. Inwiefern diese Versicherungssumme dem Erwerber allerdings zur Verfügung stehen soll, regelt das BTVG nicht. Zu klären bleibt unter anderem, ob diese Versicherungssumme jeweils jedem einzelnen Erwerber zur Verfügung steht oder, ob ein eingetretener Schaden bloß einen Versicherungsfall darstellt und dieser von der Versicherungssumme abgedeckt wird.

All diese Ausführungen deuten auf eine besondere Kernfunktion des sachverständigen Baufortschrittsprüfers im Rahmen des BTVG hin. Bereits an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass der sachverständige Baufortschrittsprüfer neben dem Treuhänder in vielen Hinsichten eine bedeutende Rolle einnimmt. Nicht nur darf sowohl der Erwerber als auch der Treuhänder auf das „Expertenwissen“ vertrauen, sondern schließen sich auch erhebliche finanzielle Dispositionen, wie insbesondere die Ratenzahlungen der Erwerber, dem Ergebnis des sachverständigen Baufortschrittsprüfers an.

Die vorliegende Arbeit thematisiert schwerpunktmäßig die Rolle und die Haftung des Baufortschrittsprüfers im Rahmen des BTVG. Zu Beginn wird daher, sowohl der Aufbau als auch das Wesen des BTVG zur Darstellung gebracht, um in weiterer Folge auf die Tätigkeit und die mit der Tätigkeit verbundenen Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers näher eingehen zu können. Die Prüfung und Behandlung der Haftung setzt jedoch auch eine Veranschaulichung des Versicherungswesens voraus, weshalb diese Veranschaulichung den Erläuterungen zur Haftung vorangeht.

Zur näheren Behandlung der Rolle des sachverständigen Baufortschrittsprüfers wird sich die vorliegende Arbeit auch mit dem Zusammenspiel bzw. dem Verhältnis zwischen dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer und dem beauftragten Treuhänder befassen.

1.2. Rechtsnatur

Gemäß § 1 Abs. 1 BTVG ist dieses Bundesgesetz auf „Bauträgerverträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 EUR 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 zu berücksichtigen, die der Erwerber für vom Bauträger angebotene oder vorgegebene Sonder- oder Zusatzleistungen entrichten muss.“

Dem Gesetzeswortlaut ist die bereits anfangs erwähnte Eigenschaft zu entnehmen, dass der Erwerber vor Fertigstellung Zahlungen entrichten muss. Grundsätzlich ist unter Fertigstellung die Schaffung des vertraglich vereinbarten Bauzustandes zu verstehen³, wovon im „Zweifelsfall auch die Fertigstellung der der gemeinsamen Benützung dienenden Anlagen umfasst ist.“⁴ Unter den Begriff „Zahlung“ fallen nicht nur sämtliche Leistungen, die der Abgeltung der Leistung des Bauträgers dienen, sondern auch sämtliche darüberhinausgehende Zahlungen, die mit dem Bauträgervertrag verknüpft sind. Es handelt sich daher nicht nur um den eigentlichen „Pauschalkaufpreis für das Objekt im vereinbarten Zustand inkl. Sonder- und Zusatzleistungen im Sinne des § 1 Abs. 1, sondern um alle Zahlungen, die im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag stehen, auch wenn sie an Dritte geleistet werden sollen und gar nicht in den finanziellen Verfügungsbereich des Bauträgers gelangen.“⁵

Diese vorgenannten Vorauszahlungen, welche der Erwerber an den Bauträger zu leisten hat, bergen jedoch das Risiko des Verlustes der geleisteten Vorauszahlungen im Falle der Insolvenz des Bauträgers in sich.

„Das BTVG soll die Erwerber von Wohn- und Geschäftsräumen vor dem Verlust ihrer Vorauszahlungen in der Insolvenz des Bauträgers schützen“.⁶

Um diesen Risiken entgegenzuwirken ist im Jahre 1997 das BTVG in Kraft getreten, welches im Jahre 2008 umfangreich novelliert wurde. Die Einführung des BTVG gewährleistet nun erstmalig einen Schutz des Erwerbers vor einer allfälligen Insolvenz des Bauträgers.

Bis zu diesem Zeitpunkt war es dem Erwerber lediglich möglich, sich durch die Bestellung eines Treuhänders und/oder durch eine entsprechende und umsichtige Gestaltung sowie Auslegung des Vertrages abzusichern. Ein einheitliches und gesetzlich

³ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 12.

⁴ *Aufner/Bydlinski*, Bauträgervertragsgesetz² § 1 Rz 2.

⁵ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 1 Rz 9.

⁶ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 1.

normiertes Reglement zum Schutze des Erwerbers hat es nicht gegeben. Vielmehr regelten unterschiedliche Schutzbestimmungen jeweils spezifische Gebiete.⁷

Das BTVG ist dem Konsumentenschutzrecht zuzuordnen und hat als wesentliches Ziel die Abwendung bzw. Abschwächung der wirtschaftlichen Folgen der Risiken für den Erwerber⁸ sowie „die Verstärkung des Konsumentenschutzes in einem Bereich der Immobilienbranche, und zwar primär die Absicherung des Vorauszahlungsrisikos.“⁹

Grundsätzlich ist das Konsumentenschutzgesetz lediglich auf Rechtsgeschäfte zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher anzuwenden. Das BTVG hingegen „gilt für alle Erwerber, ungeachtet ihrer Eigenschaft als Verbraucher oder Unternehmer.“¹⁰

Die Bestimmungen des BTVG sind jedoch nur dann relativ zwingend anzuwenden, wenn der Erwerber eine Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 KSchG aufweist. Relativ zwingend bedeutet, dass von den Bestimmungen des BTVG nur dann abgewichen werden darf, wenn die stattdessen heranzuziehende Bestimmung für den Erwerber nicht ungünstiger ist. Daraus folgt, dass „das BTVG nur solche gesetzlichen Vorschriften verdrängt, die für den Erwerber als ungünstiger als das BTVG zu qualifizieren sind.“¹¹

Sofern der Erwerber eine Unternehmereigenschaft aufweist, sind grundsätzlich auch die Bestimmungen des BTVG anzuwenden, diese können jedoch innerhalb der Grenzen der Generalklauseln (z.B. § 879 ABGB) abgeändert werden. Bei Unternehmern besteht daher hinsichtlich der Vertragsgestaltung ein größerer Spielraum als bei Verbrauchern.

Die zwingende Anwendung des BTVG bei Verbrauchern gewährleistet einen gewissen Mindeststandard in der vertraglichen Gestaltung und bietet somit einen erhöhten Erwerberschutz beim Kauf eines noch fertigzustellenden Immobilienobjektes.

⁷ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 8.

⁸ vgl RS0113312; OGH 4 Ob 56/03v.

⁹ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 1 Rz 1.

¹⁰ *Markl in Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a, BTVG § 1 Rz 4.

¹¹ *Markl in Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a, BTVG § 1 Rz 4.

Um dem gerecht zu werden sieht das BTVG neben einem vertraglichen Mindestinhalt im Sinne des § 4 BTVG und der zwingenden Bestellung eines Treuhänders im Sinne des § 12 BTVG viele andere Schutzinstrumente vor. Besonders signifikant ist § 7 Abs. 1 BTVG, da diese Bestimmung einen Grundstein der Sicherungspflicht gegenüber dem Erwerber darstellt.

Gemäß § 7 Abs. 1 BTVG hat der Bauträger den Erwerber gegen den Verlust der von diesem auf Grund des Bauträgervertrages geleisteten Zahlungen (§ 1 Abs. 1) mit Ausnahme seiner Zahlungen für Abgaben und Steuern sowie für die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung zu sichern.

Zu diesem Zwecke sieht § 7 Abs. 2 BTVG entweder

- die schuldrechtliche Sicherung (§ 8 BTVG),
- die grundbücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbes auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan (§§ 9 und 10 BTVG) oder
- die pfandrechtliche Sicherung (§ 11 BTVG) vor.

Zudem normiert § 7 Abs. 6 BTVG neben der soeben genannten allgemeinen Sicherungspflicht noch andere Sondersicherungsmodelle im Falle der Errichtung eines geförderten Wohnbaus.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen sämtliche Sicherungsmodelle, und zwar auch die „Sondersicherungsmodelle“ untereinander kombiniert werden können.¹²

Sämtliche Sicherungspflichten des Bauträgers enden gemäß § 7 Abs. 5 BTVG mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung. Der tatsächliche Eintritt der Beendigung der Sicherungspflicht kann nicht pauschal definiert werden, da dies von den jeweils vertraglich vereinbarten einzuräumenden Rechten abhängt. Allerdings ist es um

¹² ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 8.

unumstritten, „dass die Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung dann gesichert ist, wenn diese einzig in der Hand des Erwerbers bzw. Treuhänders gelegen ist. Die Sicherung bezieht sich darauf, dass der Erwerber ohne weiteres Zutun des Bauträgers die vereinbarte Rechtsstellung erwerben kann.“¹³

Der wesentliche Unterschied in den allgemeinen „Grundsicherungsmodellen“ besteht darin, dass sowohl die schuldrechtliche als auch die pfandrechtliche Sicherstellung die allfälligen Rückforderungsansprüche des Erwerbers sichern, während das grundbücherliche Sicherungsmodell nicht auf die allfälligen Rückforderungsansprüche des Erwerbers abzielt, sondern die Rechtsposition des Erwerbs sicherstellen soll. „Beim grundbücherlichen Sicherungsmodell ist das besondere Interesse des Erwerbers am Erwerb eines bestimmten Objektes gesichert.“¹⁴

Das grundbücherliche Sicherungsmodell ist das in der Praxis am häufigsten herangezogene Sicherungsmodell, weshalb in einem weiteren Kapitel die Funktion und den Ablauf des grundbücherlichen Sicherungsmodelles näher erörtert wird.

Dieses Sicherungsmodell ist aufgrund der Verbindung mit einer Zahlung nach Ratenplan und unter Heranziehung eines Treuhänders sowie unter der Beiziehung eines Baufortschrittsprüfers sehr komplex und bietet in der tatsächlichen Abwicklung in Anbetracht der Formulierung „ausreichende grundbücherliche Sicherstellung“ viel Interpretations- und Gestaltungsspielraum.

Da der Schwerpunkt dieser Arbeit jedoch auf das Zusammenspiel zwischen Treuhänder und Baufortschrittsprüfer und die damit verbundenen Haftungsfolgen im Rahmen der Anwendung des grundbücherlichen Sicherungsmodelles abzielt, wird in weiterer Folge nicht näher auf die Begrifflichkeit der „ausreichenden grundbücherlichen Sicherstellung“ eingegangen.

¹³ Pittl, Bauträgervertragsgesetz² 80.

¹⁴ Aufner/Bydlinski, Bauträgervertragsgesetz² § 9 Rz 1.

1.3. Grundbücherliche Sicherstellung

Im Rahmen einer grundbücherlichen Sicherstellung zielt der Bauträgervertrag darauf ab, dem Erwerber ein Eigentum, Wohnungseigentum, -oder Baurecht einzuräumen, so kann gemäß § 9 BTVG der Erwerber durch eine ausreichende Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan gesichert werden.

Primär dient die grundbücherliche Sicherstellung der Sicherstellung des Anspruches auf Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung. Konkret „bezweckt die grundbücherliche Sicherung in der Abwicklungsphase die Herstellung und Aufrechterhaltung einer wertmäßigen und wirtschaftlichen Relation zwischen den geleisteten Zahlungen des Erwerbers und der ihm im Gegenzug einzuräumenden Rechte an der Liegenschaft, auf welcher das Bauträgerobjekt errichtet wird, sowie die an den vom Bauträger oder in dessen Auftrag von dritten Personen erbrachten Leistungen.“¹⁵

Die Anwendung des grundbücherlichen Sicherungsmodelles ist nur dann möglich, wenn der Bauträgervertrag entweder die Einräumung des Eigentums, des Mit -oder Wohnungseigentums oder des Baurecht -oder Baurechtswohnungseigentumes vorsieht. Es muss sich um ein dingliches Recht handeln. Zielt der Bauträgervertrag darauf ab, dem Erwerber ein Bestand -oder Nutzungsrecht einzuräumen, so ist lediglich eine schuldrechtliche Sicherstellung im Sinne des § 8 BTVG möglich.

Die herrschende Lehre erfordert für die Vollständigkeit der Herstellung des grundbücherlichen Sicherungsmodelles folgende sechs Voraussetzungen: „Bestellung eines Treuhänders (§ 12); Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 40 Abs. 2 WEG); einverleibungsfähige Titellurkunde; Vorliegen der baubehördlichen (außer hoher Liegenschaftswert nach § 10 Abs. 3, bezogen auf die erste Rate) und jeder sonstigen Bewilligung, deren Nichtvorliegen einer grundbücherlichen Durchführung entgegenstehen würde; Herstellung der Lastenfreiheit oder Sicherung der künftigen Lastenfreiheit der Liegenschaft (§ 9 Abs. 3); Einhaltung des Ratenplanes.“¹⁶

¹⁵ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 9 Rz 2.

¹⁶ Pittl, Bauträgervertragsgesetz² 100.

1.4. Die Rolle des Treuhänders

Die tatsächliche Auswahl des Treuhänders obliegt dem Bauträger. Dem Erwerber, dessen Interesse der Treuhänder im Rahmen des BTVG auch zu wahren hat, kommt hier kein Mitbestimmungsrecht zu.

Es handelt sich bei dieser zwingenden Treuhandschaft im Rahmen des BTVG um eine mehrseitige Treuhandschaft¹⁷, wobei der Treuhänder sowohl die Interessen des Bauträgers als auch die Interessen der Erwerber zu wahren hat. Während der Bauträger so schnell wie möglich das Geld erhalten möchte, liegt es im Interesse des Erwerbers, die entsprechende Rate erst so spät wie möglich zu zahlen, um ein allfälliges Risiko zu minimieren.

Als Treuhänder kann ausschließlich ein Rechtsanwalt, eine Rechtsanwaltsgesellschaft oder ein Notar tätig werden, da der Gesetzgeber Personen dieser Berufsgruppe als besonders qualifiziert erachtet und somit die Treuepflichten gegenüber dem Erwerber gewährleistet werden. Gerade die für diese Berufsgruppen geltenden Standesrechtlichen Vorschriften sollen ein treuwidriges Naheverhältnis zwischen dem Treuhänder und dem Bauträger vermeiden.¹⁸

Der Bauträger ist gemäß § 12 BTVG verpflichtet, spätestens bei der Unterfertigung des Bauträgervertrages einen Treuhänder zu bestellen, dessen Tätigkeit erst mit dem Ende der Sicherungspflicht des Bauträgers (§ 7 Abs. 5 BTVG) 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 BTVG) bestellt wird.

Den Treuhänder trifft neben der vertraglichen Belehrungspflicht gegenüber dem Erwerber (§ 12 Abs. 3 Z 1 BTVG) und zahlreichen anderen Verpflichtungen,

¹⁷ Prader in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 12 Rz 1.

¹⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 24.

insbesondere die Pflicht, die Erfüllung der Sicherungspflicht des Bauträgers nach dem BTVG zu überwachen (§ 12 Abs 3 Z 2 BTVG).

Kommt der Treuhänder diesen Verpflichtungen nicht nach, ist er sowohl dem Erwerber als auch dem Bauträger gegenüber schadenersatzpflichtig.

Die Überwachungspflicht in Zusammenhang mit der Sicherungspflicht des Bauträgers, schlägt sich auch insofern nieder, als dass der Treuhänder gemäß § 12 Abs. 4 BTVG den Erwerber bei der Einhaltung des Ratenplanes durch Überwachung des Baufortschrittes zu unterstützen hat.

Die grundbücherliche Sicherung setzt die Einhaltung des Ratenplanes und die damit verbundenen Teilzahlungen an den Bauträger zwingend voraus. Die Zahlung nach Ratenplan sieht gemäß § 10 Abs. 1 BTVG vor, dass der vereinbarte Preis in Raten zu entrichten ist, die jeweils erst nach Abschluss des in § 10 Abs. 2 BTVG festgelegten Bauabschnittes fällig werden. Mit Fälligkeit der entsprechenden Rate, das heißt nach Herstellung bzw. Vollendung des jeweils in § 10 Abs. 2 BTVG vorgesehenen Bauabschnittes, hat der Treuhänder dafür Sorge zu tragen, dass die entsprechende Rate, welche vom Erwerber nunmehr zu leisten ist, auf das Konto des Bauträgers überwiesen wird. In diesem Zusammenhang hat der Treuhänder ein entsprechendes Treuhandanderkonto einzurichten, über welches er verfügungsberechtigt ist und welches den Regeln des anwaltlich elektronischen Treuhandbuches unterliegt.

Der Erwerber erlegt entweder den vollen Kaufpreis oder die entsprechende Rate auf dieses Treuhandanderkonto und der Treuhänder leitet infolge die der fälligen Rate entsprechende Summe von diesem Treuhandanderkonto an das Konto des Bauträgers weiter. Die Weiterleitung der Rate darf aber immer erst dann erfolgen, wenn der jeweilige Bauabschnitt bzw. Baufortschritt abgeschlossen ist. Nimmt der Treuhänder Überweisungen des Treuhandanderkontos an den Bauträger vor, obwohl der Baufortschritt noch nicht abgeschlossen ist, kann er sich in eine Haftung begeben. Eine etwaige Haftung des Treuhänders kann daher von der Beurteilung abhängen, ob der entsprechende Bauabschnitt abgeschlossen ist.

Schlussendlich kommt auch dem Treuhänder im Rahmen des BTVG eine zentrale Rolle zu. Vor diesem Hintergrund ist insbesondere das Zusammenspiel zwischen dem Treuhänder und dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer von besonderer Bedeutung, da die Tätigkeit des Treuhänders u.a. auch von der Tätigkeit des sachverständiger Baufortschrittsprüfers bestimmt wird.

1.5. Der Baufortschrittsprüfer

„Grundsätzlich obliegt nach den Bestimmungen des BTVG die Prüfung des Baufortschritts dem Treuhänder gemäß § 12 BTVG.“¹⁹

Der Treuhänder als Jurist verfügt in der Regel jedoch nicht über die Qualifikation, die Überwachung durchzuführen und die Feststellung des Baufortschrittes selbst beurteilen zu können, weshalb ihm § 13 Abs. 2 BTVG die Möglichkeit einräumt, zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnittes einen für Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft beizuziehen. Diese haften dem Erwerber unmittelbar; sie gelten nicht als Erfüllungsgehilfe des Treuhänders.

Auf die Möglichkeit und die Konsequenzen der Beiziehung einer inländischen Gebietskörperschaft wird in weiterer Folge nicht eingegangen.

§ 13 Abs. 4 BTVG sieht außerdem vor, dass Ziviltechniker und Sachverständige zur Deckung der gegen sie aus Abs. 2 und Abs. 3 genannten Tätigkeiten entstehenden Schadenersatzansprüche eine Haftpflichtversicherung über eine Mindestversicherungssumme von 400.000 Euro für jeden Versicherungsfall bei einem Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen haben.²⁰

¹⁹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 13 Rz 11.

²⁰ § 13 Abs 4 BTVG.

Auf die in Abs. 3 genannte Tätigkeit und die damit verbundenen Konsequenzen wird in weiterer Folge auch nicht eingegangen.

Dem Gesetzeswortlaut ist zu entnehmen, dass die beigezogenen Baufortschrittsprüfer grundsätzlich nicht dem Treuhänder als Erfüllungshilfe im Sinne des § 1313a ABGB zuzurechnen sind, sondern den Erwerbern gegenüber im Sinne der Sachverständigenhaftung (§ 1299 ABGB) haften.

„Der Zweck der Regelung des § 13 Abs. 2 und Abs. 3 liegt freilich in einer Haftungseinschränkung für den Treuhänder, wenn dieser zur Vornahme der jeweiligen Tätigkeit eine vom Gesetz als besonders qualifiziert angesehen Person bezieht.“²¹

Vor diesem Hintergrund trifft den Treuhänder allerdings das Auswahlverschulden. Er hat sorgfältig zu überprüfen, ob die beigezogene Hilfsperson die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt. Neben der Überprüfung, ob der für den Hochbau zuständige Ziviltechniker oder der allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständigen (in weiterer Folge „sachverständige Baufortschrittsprüfer“) tatsächlich befugt ist, obliegt dem Treuhänder „die Überprüfung, ob der sachverständige Baufortschrittsprüfer eine geeignete Versicherung im Sinne des § 13 Abs. 4 eingedeckt hat.“²²

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Treuhänder sich sehr wohl in eine Haftung im Sinne des § 1313a begibt, wenn er als Baufortschrittsprüfer eine Hilfsperson heranzieht, die die in § 13 Abs. 2 und Abs. 4 genannten Kriterien nicht erfüllt.

Wie der Begriff der abzuschließenden Haftpflichtversicherung von 400.000 Euro für jeden Versicherungsfall auszulegen ist, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Der Gesetzgeber zielt jedoch darauf ab, die Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers mit der Versicherungspflicht von Sachverständigen, Notaren und Anwälten zu vergleichen.²³

²¹ Pittl, Baurägersvertragsgesetz² 139.

²² Gartner, Baurägersvertragsgesetz⁵ § 13 Rz 11.

²³ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 12.

Die zwingend abzuschließende Haftpflichtversicherung ist ein wesentliches Element der grundbücherlichen Sicherstellung, da der Erwerber auch dann einen Schutz genießen soll, wenn die Beurteilung des Bauabschnittes und die damit verknüpfte Weiterleitung des Treuhandgeldes sich nicht mehr in der „Haftungssphäre“ des Treuhänders befindet. Die Bestätigung über den abgeschlossenen Bauabschnitt durch den sachverständigen Baufortschrittsprüfer bzw. die Richtigkeit dieser Bestätigung ist ein wesentliches Erfordernis für die Verwirklichung des grundbücherlichen Sicherungsmodelles.

„Durch den Einsatz des Sachverständigen wird die Ratenplanmethode insofern umgesetzt, als den jeweiligen Feststellungen des Sachverständigen zu den einzelnen Bauabschnitten eine Entsprechung zwischen den Zahlungen des Erwerbers und der Erhöhung des Wertes der Liegenschaft bzw. eines Liegenschaftsanteiles durch die inzwischen erbrachten Bauleistungen zu gewährleisten ist.“²⁴

Demzufolge ist es von besonderer Bedeutung, Klarheit darüber zu schaffen, ob, wem gegenüber und in welchem Ausmaß der sachverständige Baufortschrittsprüfer nun tatsächlich haftet und, wie der gesetzliche Wortlaut „400.000 Euro für jeden Versicherungsfall“ tatsächlich zu verstehen ist.

Dem BTVG kann dazu nichts Genaueres entnommen werden. Der Gesetzgeber hat den Begriff „Versicherungsfall“ im Rahmen des BTVG nicht näher definiert. Zur Veranschaulichung dieser Thematik wird daher in einem gesonderten Kapitel näher auf die Grundlagen des Versicherungswesens, nämlich das VersVG und die damit verbundenen AHVB/EHVB eingegangen.

²⁴ Friedl in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 Rz 9.

2. Grundlagen der Haftpflichtversicherung

2.1. Rechtsquellen der Haftpflichtversicherung

Die fundamentalen Grundlagen des Versicherungsvertragsgesetzes sind das VersVG sowie die AVB der Versicherungsunternehmen. Während das VersVG die gesetzliche Grundlage bildet, handelt es sich bei den AVB um die vertraglichen Rechtsgrundlagen.²⁵ Die AVB sind die sogenannten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (AGB) des jeweiligen Versicherungsunternehmens, welche den zivilrechtlichen Klauselkontrollen (§§ 864a, 879 Abs. 3 ABGB) jedenfalls standhalten müssen.²⁶

Diese bestehen in der Regel aus standardisierten und vorformulierten Vertragsteile. „Typischer und wesentlicher Bestandteil der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ist jedoch die Beschreibung des versicherten Risikos und damit des Gegenstandes der Hauptleistung des Versicherers als Vertragspartner des Versicherungsnehmers.“²⁷

„Die Einbeziehung wird im österreichischen Recht nicht durch eine besondere gesetzliche Bestimmung geregelt. Es gelten die allgemeinen Regeln zum Vertragsabschluss, das heißt, es bedarf des beidseitig erklärten übereinstimmenden Willens, dass konkrete AVB gelten sollen.“²⁸

Alternativ dazu können individuelle Vereinbarungen, welche im Einzelnen zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt werden müssen, auch Eingang in die Versicherungsvertragsgestaltung finden. Die Anforderungen an das Ausverhandeln solcher Individualbedingungen sind allerdings hoch.²⁹

²⁵ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 16 ff.

²⁶ *Wieser in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser*, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 373.

²⁷ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 25.

²⁸ *Wieser in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser*, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 387.

²⁹ *Wieser in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser*, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 376.

Die Haftpflichtversicherung ist eine Vermögensversicherung im Sinne der Schadenversicherung. Für das Haftpflichtversicherungsrecht ist als Rechtsgrundlage das VersVG von großer Bedeutung. Die einschlägigen Normen zur Haftpflichtversicherung finden sich in §§ 149 – 158i VersVG. Außerdem finden die Bestimmungen der §§ 1-80 VersVG Anwendung, sofern sich aus den spezielleren Bestimmungen zur Haftpflichtversicherung (§§149 – 158i) nichts anderes ergibt.³⁰

§§ 158b – 158i VersVG normiert die Regelungen zur obligatorischen Haftpflichtversicherung. Ergänzend zu diesen gesetzlichen Bestimmungen und zu den AVB nehmen im Bereich des Haftpflichtversicherungsrechtes die AHVB/EHVB eine besondere Rolle ein. Die AHVB/EHVB sind „unverbindliche Musterbedingungen des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs, wobei die Möglichkeit zur Vereinbarung abweichender Bedingungen nicht nur unberührt ... sondern in der Praxis auch häufig wahrgenommen wird.“³¹

Die Haftpflichtversicherung kann unterschiedlichste Sparten umfassen, welche höchst unterschiedlichste Risiken versichert. Zur Vertragsgestaltung können daher die AHVB und EHBV, welche eine Vielzahl von abstrakten Bestimmungen zur Allgemeinen Haftpflichtversicherung sind, als Hilfsmittel herangezogen werden, um den Versicherungsschutz im Einzelfall angemessen zu gestalten und im Schadenfall angemessen beurteilen zu können.³²

Grundsätzlich decken die AHVB nur Personenschäden, Sachschäden oder Vermögensfolgeschäden, nicht jedoch reine Vermögensschäden.³³

Zur Gestaltung eines Versicherungsvertrages, welcher ausschließlich auf die Deckung eines reinen Vermögensschadens abstellt, wurden eigens darauf abgestellte

³⁰ *Reisinger in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 2150.*

³¹ *Reisinger in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung² 2.*

³² *Maitz, AHVB/EHVB Kommentar (2018) Vorwort V.*

³³ *Wieser in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 2152.*

Versicherungsbedingungen, nämlich die AVBV 1951 (Allgemeine Versicherungsbedingungen für Vermögensschäden) geschaffen. Es handelt sich dabei ebenfalls um unverbindliche Musterbedingungen, die als Grundlage dienen, um spezielle Versicherungsbedingungen zu schaffen, die den Ansprüchen und den Konditionen einer bestimmten Berufsgruppen, nämlich jene der beratenden Berufe, gerecht werden.

2.2. Das Wesen der Haftpflichtversicherung

Gemäß § 149 VersVG ist bei der Haftpflichtversicherung der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Die Intention dieser Bestimmung liegt darin, den Versicherungsnehmer vor finanzielle Belastungen zu schützen, die sich dann verwirklichen, wenn der Dritte aufgrund einer gesetzlichen Anordnung oder aufgrund eines Versicherungsvertrages gegenüber dem Versicherungsnehmer Schadenersatzansprüche geltend macht.³⁴

„Die Haftpflichtversicherung ist von der Besonderheit geprägt, dass sie die Leistungspflicht davon abhängig macht, ob ein Dritter gegen den Versicherungsnehmer Schadenersatzansprüche geltend macht.“³⁵

Unter diesem Aspekt erfüllt die Haftpflichtversicherung eine sogenannte Doppelfunktionalität, da sie einerseits die begründeten Schadenersatzansprüche Dritter durch ihre Zahlungsleistung erfüllt („Befreiungsfunktion“) und andererseits ungerechtfertigte erhobene Schadenersatzansprüche abwehrt („Abwehr- bzw. Rechtsschutzfunktion“).³⁶

Im Rahmen der Haftpflichtversicherung richtet sich die Frage, ob tatsächlich eine Haftung besteht, nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzes. In diesem

³⁴ Haslwanter, Der Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung (2019) 15.

³⁵ Haslwanter, Der Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung (2019) 19.

³⁶ Straube/Gisch/Berisha, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 110.

Zusammenhang muss geklärt werden, ob der Dritte gegenüber dem Versicherungsnehmer tatsächlich einen Schadenersatzanspruch hat. Bei der Frage der Deckung steht die Relation zwischen Versicherungsnehmer und dem Versicherer im Vordergrund, da aufgrund des Versicherungsvertrages geprüft werden muss, ob der Versicherer dem Versicherungsnehmer gegenüber zur Leistung verpflichtet ist. Die Haftpflichtversicherung sieht im Regelfall keinen direkten Anspruch des Geschädigten gegenüber dem Versicherungsnehmer vor („Trennungsprinzip“).³⁷

„Maßgebend für den Abschluss eines Versicherungsvertrages sind das Vorliegen einer Gefahr, eines daraus resultierenden Risikos und eines Interesses am Versicherungsschutz.“³⁸

2.3. Der Versicherungsfall

Die Definition des Schadenereignisses und des damit verbundenen Schadens spielt bei der allgemeinen Haftpflichtversicherung eine zentrale Rolle, da das Eintreten des Schadensereignisses der Auslöser für den Eintritt des in § 1 VersVG genannten Versicherungsfalles ist. Das VersVG sieht jedoch keine konkrete Definition des Begriffes „Versicherungsfall“ vor.³⁹

§ 149 VersVG sieht nur vor, dass „der Versicherer verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund einer Verantwortlichkeit für eine während des Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat.“ Dem Begriff „Tatsache“ wird ebenfalls kein gesetzlich festgelegtes Versicherungsfallprinzip zugeordnet.⁴⁰

Der (Berufs)Haftpflichtversicherung sind grundsätzlich verschiedene Versicherungsfallprinzipien zu entnehmen. Besonders hervorzuheben sind sowohl das

³⁷ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 111.

³⁸ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 4.

³⁹ *Reisinger* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG–Versicherungsvertragsrecht 5. Lfg (2020) § 149 Rz 1.

⁴⁰ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022) Rz 1939.

Schadenereignisprinzip als auch das Verstoßprinzip. Während Letzteres überwiegend im Bereich der Berufshaftpflichtversicherung maßgeblich ist, ist in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung das Schadenereignisprinzip besonders signifikant.⁴¹

In der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung gilt hingegen das Verstoßprinzip als wichtigstes Versicherungsfallprinzip.⁴²

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden definieren in Art. 5 einen Versicherungsfall wie folgt:

„Versicherungsfall im Sinne dieses Vertrages ist der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge hat oder haben könnte.“⁴³

Sofern einem Versicherungsfall das Verstoßprinzip zugrunde liegt, sind für die zeitliche Festlegung des Versicherungsfalles der Verstoß per se und der Zeitpunkt des Verstoßes erheblich. Dabei ist das Verstoßprinzip von einem schadensverursachenden Verhalten geprägt, welches sich entweder in einem Tun oder in einem Unterlassen niederschlägt. Auf den Zeitpunkt des Schadenseintrittes kommt es hier nicht an.⁴⁴ Oftmals liegt der Verstoß zeitlich bereits vor dem Schadenereignis. Dies ist aber nicht zwingend. Der Verstoß kann auch mit dem Schadenereignis zusammenfallen.

Im Rahmen des versicherten Risikos ist jede Pflichtverletzung, sohin jedes Tun oder Unterlassen, als Verstoß zu verstehen, weshalb der Begriff „Verstoß“ weit auszulegen ist.⁴⁵

⁴¹ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022) Rz 1927 ff.

⁴² *Grammelhofer/Cenčić/Herzog*, Bildungsakademie der Österreichischen Versicherungswirtschaft (Hrsg), Versicherungshandbuch (14. Lfg 2016) A. Haftpflichtversicherung 26.

⁴³ Art. 5 1. AVBV idF Juli 2012.

⁴⁴ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022) Rz 1945 f.

⁴⁵ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022) Rz 1953.

Das Verstoßprinzip wird in jenen Bereichen als Anknüpfung verwendet, in denen es besonders schwierig ist, den Eintrittszeitpunkt des Schadenereignisses festzustellen, der Zeitpunkt des fehlerhaften Tuns oder Unterlassen hingegen leicht erkennbar ist.

Wie bereits ins Treffen geführt, zielt der Gesetzgeber darauf ab, die Versicherungspflicht des sachverständigen Baufortschrittprüfers mit der Versicherungspflicht der Sachverständigen, Notare und Anwälte zu vergleichen.⁴⁶ Demnach liegt die Intention des Gesetzgebers darin, denselben „Versicherungsfall“ als bei den Sachverständigen, Notaren und Rechtsanwälten heranzuziehen.⁴⁷

Beim Schadenereignisprinzip, welches meistens im Bereich der AHVB und EHVB für Personen- und Sachschäden und den daraus entstandenen Vermögensschäden gilt, ist das Schadenereignis der Eintritt des realen Schadens. Hier wird auf den Zeitpunkt des Schadenseintrittes abgestellt.⁴⁸ Es handelt sich beim Schadenereignis um eine Ursache, welches sich von einem fehlerhaften Tun oder Unterlassen (Verstoß) unterscheidet. Die Ursache liegt hier bereits häufig vor dem Schadenereignis. Man spricht auch von einem äußeren, sichtbaren Vorgang, der den Schaden herbeiführt.⁴⁹ Der Versicherungsschutz ist nur dann gegeben, wenn sich das Schadenereignis, sohin der Versicherungsfall, innerhalb der Geltungsdauer des abgeschlossenen Versicherungsvertrages realisiert. Schadenereignisse, die nach Ablauf des Vertrages eintreten, genießen keinen Versicherungsschutz.⁵⁰

Der Gesetzgeber lässt hinsichtlich der Definition einen gewissen Spielraum zu, da er die Umschreibung des Versicherungsfalles von anderen Faktoren abhängig macht. „Die Verwirklichung der im Versicherungsvertrag versicherten Gefahr bedeutet den Eintritt

⁴⁶ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 12.

⁴⁷ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3.

⁴⁸ Wilhelmer, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022) Rz 1988.

⁴⁹ Grammelhofer/Cenčič/Herzog, Bildungsakademie der Österreichischen Versicherungswirtschaft (Hrsg), Versicherungshandbuch (14. Lfg 2016) A. Haftpflichtversicherung 25.

⁵⁰ Grammelhofer/Cenčič/Herzog, Bildungsakademie der Österreichischen Versicherungswirtschaft (Hrsg), Versicherungshandbuch (14. Lfg 2016) A. Haftpflichtversicherung 165.

des Versicherungsfalles, der die Entschädigungspflicht (Zahlungspflicht) des Versicherers konkretisiert.“⁵¹

Zur Erörterung des Eintritts des Versicherungsfalles ist daher stets der jeweils zwischen den Vertragsparteien abgeschlossene Versicherungsvertrag heranzuziehen. In diesem Versicherungsvertrag ist auch festgelegt, welche Versicherungsfallprinzipien konkret heranzuziehen sind. Dies wird grundsätzlich von der jeweiligen Tätigkeit des Versicherten abhängig gemacht. Wie sich bereits gezeigt hat, ist für das Eintreten eines Versicherungsfalles jedoch nicht nur das Versicherungsfallprinzip, sondern auch die Festlegung des versicherten Risikos erforderlich.

Diesen Gegebenheiten zu Folge, liegt der Versicherungsfall des sachverständigen Baufortschrittsprüfers dem Verstoßprinzip zugrunde. Denn schließlich handelt es sich bei der Haftpflichtversicherung im Sinne des § 13 Abs. 4 BTVG um eine reine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung.

Der wesentliche Inhalt des Versicherungsvertrages enthält der Versicherungsschein, welcher in weiterer Folge als „Polizze“ bezeichnet wird. In der Polizze sind neben den konkreten Vertragsparteien insbesondere das versicherte Risiko, die Versicherungssumme, die Prämie und die Vertragsdauer sowie hinsichtlich weiterer Bestimmungen allfällige Verweise auf die AHVB/EHVB und die AVBV 1951 enthalten. Die Polizze umfasst die sogenannten Individualbestimmungen aufgrund derer der Versicherungsvertrag sich von anderen differenziert.⁵²

Die Definition des versicherten Risikos bzw. dessen Umfang findet in den gesetzlichen Bestimmungen keinen Eingang, weshalb die Festlegung den Vertragsparteien selbst überlassen ist bzw. in den AHVB/EHVB/ AVBV 1951 geregelt ist. Die Umschreibung des versicherten Risikos erweist sich aufgrund unterschiedlichster Sachverhalte und Schadenssituationen als sehr delikat.⁵³

⁵¹ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 70.

⁵² *Wieser in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser*, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 765.

⁵³ *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 4.

Diese ist individuell geprägt und hängt stets vom jeweiligen Tätigkeitsbereich des Versicherungsnehmers und der damit verbundenen Gefahren ab. Sie legt aufgrund dieser Gefahren, die verwirklicht werden könnten, den konkreten Risikobereich fest. Die genaue Festlegung des versicherten Risikos bzw. des Risikobereiches ist sehr entscheidend, da aufgrund der Verwirklichung der Gefahr innerhalb dieses versicherten Risikos, ein Schadenereignis eintreten kann, welches einen Versicherungsfall auslöst.

Die AHVB-Muster definieren einen Versicherungsfall dahingehend, als dass ein Versicherungsfall vorliegt, wenn sich ein Schadensereignis verwirklicht, das dem konkreten versicherten Risiko entspringt.⁵⁴

2.4. Der Schadensbegriff

Nach § 1293 ABGB ist der Schadensbegriff „weit und umfasst jeden Nachteil, der jemand an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“⁵⁵

Der Schadensbegriff im Rahmen des Haftpflichtversicherungsrechtes ist jedoch nicht gesetzlich definiert. Vielmehr bemisst sich dieser am versicherten Interesse selbst. „Der in § 55 VersVG enthaltene Schadensbegriff ist also nicht ausschließlich jener der haftpflichtrechtlichen Bestimmungen des ABGB, sondern – innerhalb der Grenzen der Rechts- und Sittenwidrigkeit – am versicherten Interesse, wie es zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages vertraglich, daher individuell und näher umschrieben wurde, orientiert.“⁵⁶

Grundlage ist daher der Haftpflichtversicherungsvertrag.

⁵⁴ Maitz, AHVB/EHVB Kommentar (2018) 13 f.

⁵⁵ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 316.

⁵⁶ Kath in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 1306.

2.5. Unterschied zwischen Haftung und Deckung

Unter Heranziehung der bereits dargelegten Definition einer Haftpflichtversicherung ist es für die weitere Behandlung des Themas „Haftung“ von Bedeutung den Begriff der „Deckung“ von strikt jenem Begriff der „Haftung“ zu unterscheiden.

Unter „Deckung“ ist die Übernahme von gerechtfertigten Schadenersatzforderungen durch den Versicherer zu verstehen. Dies bedeutet nichts anderes, als dass ein Schadensfall eingetreten ist, für dessen Risiko ein wirksamer Versicherungsvertrag vorliegt und darüber hinaus keine Gründe vorliegen, die diese Übernahme ausschließen.⁵⁷ Die Deckung wird sohin aus einem Versicherungsvertrag hergeleitet, der zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer zustande gekommen ist.⁵⁸

„Haftung“ bedeutet hingegen, dass derjenige, der einen Schaden verursacht hat, zur Schadenersatzpflicht herangezogen wird. Es handelt sich hier um einen Begriff des Schadenersatzrechtes.⁵⁹

2.6. Die Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers

Damit das mit der Tätigkeit des sachverständigen Baufortschrittsprüfers nicht unbeträchtliche Haftungsrisiko auch tatsächlich abgedeckt ist, sieht §13 Abs. 4 BTVG zwingend den Abschluss einer Haftpflichtversicherung für jeden Versicherungsfall vor.⁶⁰

Für diese Haftpflichtversicherung, welche aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung zwingend abzuschließen ist, gelten die Bestimmungen des §§ 158c bis 158i VersVG.

Die gesetzliche Verpflichtung für den sachverständigen Baufortschrittsprüfer findet sich sowohl in § 13 Abs 4 BTVG als auch in § 2a SDG. Sofern der beigezogene Baufortschrittsprüfer ein allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständige für Bauwesen ist, ist die Berufshaftpflichtversicherung bereits aufgrund

⁵⁷ Maitz, AHVB/EHVB Kommentar (2018) 21.

⁵⁸ Maitz, AHVB/EHVB Kommentar (2018) 22.

⁵⁹ Maitz, AHVB/EHVB Kommentar (2018) 21.

⁶⁰ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ 158.

der Sachverständigenzugehörigkeit im Sinne des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes gegeben.⁶¹

Der Sachverständige hat vor Eintragung in die Liste der Gerichtssachverständigen gemäß § 2a SDG nachzuweisen, „dass eine Haftpflichtversicherung vorliegt bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer besteht, die während der Dauer der Eintragung aufrechtzuerhalten ist (§ 2a Abs 1 SDG). Die Mindestversicherungssumme hat EUR 400.000,00 für jeden Versicherungsfall zu betragen (§ 2a Abs 2 SDG).“⁶²

Das Ziviltechnikergesetz für Architekten oder Ingenieurkonsulenten sieht hingegen keine gesetzlich zwingende Berufshaftpflichtversicherung vor. Wählt der Treuhänder einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, so kommt der Erwerber durch die bloße Berufszugehörigkeit des Baufortschrittsprüfers nicht schon in den Genuss des Versicherungsschutzes. Die zwingende Haftpflichtversicherung ergibt sich diesfalls aus § 13 Abs 4 BTVG.

In Zusammenhang mit den Bestimmungen und den Vorkehrungen des BTVG handelt es sich bei der Haftpflichtversicherung im Sinne des § 13 Abs. 4 BTVG um eine reine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, die den konkreten Schaden ersetzen soll.

Für Berufe mit beratender Tätigkeit (z.B. Rechtsanwälte oder Sachverständige), daher insbesondere auch für den sachverständigen Baufortschrittsprüfer aufgrund seiner gutachterlichen Tätigkeit, besteht insbesondere die Gefahr, Schäden am Vermögen des Vertragspartners oder gar an einem Dritten herbeizuführen. Sach- oder Personenschäden sind in dieser Berufsgruppe von keiner praktischer Relevanz.⁶³

⁶¹ *Reisinger in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 2174.*

⁶² *Friedl in Illedits (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 2.*

⁶³ *Reisinger in Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser, Versicherungsvertragsrecht Bd 1 Rz 2174.*

Demzufolge wird diese Arbeit ausschließlich die Deckung bzw. die Haftung für allfällig verursachte Vermögensschäden beleuchten und auf die Begriffserklärungen nach den AVBV abstellen. Das Eintreten eines Versicherungsfalles wird sohin dem Verstoßprinzip zugrunde gelegt.

Die nach § 13 Abs 4 BTVG abzuschließende Vermögensschadenshaftpflichtversicherung deckt lediglich einen in Geld messbaren Nachteil. Ein solcher Schaden tritt im Rahmen des BTVG dann ein, wenn der Erwerber aufgrund einer unrichtigen Feststellung des jeweiligen Bauabschnittes durch den sachverständigen Baufortschrittsprüfer bereits Zahlungen an den Bauträger leistet und dadurch einen Vermögensnachteil erleidet. Die Baufortschrittszahlungen des Erwerbers würden diesfalls nicht dem wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung entsprechen. Der sachverständigen Baufortschrittsprüfer hat nämlich dafür Sorge zu tragen, dass „die gewünschte Wertrelation zwischen dem Sicherungserfordernis des Erwerbers und seinen jeweiligen Baufortschrittszahlungen gewahrt bleibt.“

Das grundbücherliche Sicherungsmodell soll den Erfüllungsanspruch des Erwerbers sichern, weshalb sich auch die Haftung des sachverständiger Baufortschrittsprüfers auf die Sicherung des Erfüllungsanspruches gegen den Bauträger während der Bauphase beschränkt.⁶⁴

3. Die Rolle und die Aufgaben des Baufortschrittsprüfers

3.1. Die Qualifikation des Baufortschrittsprüfers

Grundsätzlich obliegt die Beurteilung über das Vorliegen und den Abschluss der in § 10 Abs 2 BTVG genannten Bauabschnitten dem Treuhänder. Wie bereits eingangs erwähnt, bestimmt § 13 Abs 2 BTVG jedoch, dass der Treuhänder zur Feststellung des jeweiligen Bauabschnittes einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen

⁶⁴ Prader in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ Band 5a § 13 Rz 5.

der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft beiziehen kann. Eine Ziviltechnikergesellschaft kann ebenfalls zum Baufortschrittsprüfer bestellt werden.⁶⁵

Während sich aus dem Wortlaut „für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker“ eine eindeutige Qualifikation ergibt, erscheint der Umfang der Definition „allgemein beeideter und zertifizierter Sachverständiger für das Bauwesen“ eher problematisch. Der Treuhänder muss schließlich darauf vertrauen können, dass der von ihm beigezogene Sachverständige für das Bauwesen tatsächlich das erforderliche Fachwissen hat und ein geeigneter Baufortschrittsprüfer ist. In der Literatur ist strittig, welche konkrete Qualifikation der Baufortschrittsprüfer haben muss. Unter dem Fachgebiet „Bauwesen“ fallen nämlich unter anderem auch Sachverständige für abwassertechnische Anlagen, alternative Energietechnik, Bau von Seilbahnen, Brunnen und Wasserleitungen, Brückenbau und Wegebau, Tiefbau, Tunnelbau, Stollenbau, Wasserkraftwerksbauten oder Wasserschutzbauten.⁶⁶

Entgegen dem Gesetzestext sind daher nicht sämtliche Untergruppen der Fachgruppe 72 („Bauwesen“) einschlägig. *Prader* vertritt in diesem Zusammenhang die Meinung, dass der beizuziehende Sachverständige für Bauwesen nur dann als ein geeigneter Baufortschrittsprüfer anzusehen ist, wenn seine Befugnis „auf die Errichtung des konkret zu beurteilenden Objekts gerichtet ist, vordergründig daher wohl Hochbau und Architektur sowie Statik.“⁶⁷

H. Böhm ist hingegen der Ansicht, dass als Sachverständige der Fachgruppe 72 („Bauwesen“) ausschließlich Sachverständige der Untergruppe Architektur und Hochbau, nicht jedoch Statik, in Betracht kommen.⁶⁸

Höchstgerichtliche Judikatur gibt es zu diesem Thema nicht. Die Beiziehung eines formal ungeeigneten Sachverständigen führt auch nicht zum Entfall des grundbücherlichen

⁶⁵ 8 Ob 124/21z.

⁶⁶ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 Rz 4.

⁶⁷ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 Rz 4.

⁶⁸ *Böhm*, der formal „untaugliche“ Baufortschrittsprüfer im BTVG, Immolex 2017, 266.

Sicherungsmodells, zumal die Beiziehung eines Baufortschrittsprüfers nicht zwingend ist.⁶⁹

Aus Gründen der Vorsicht empfiehlt es sich jedoch nur Sachverständige aus der Fachgruppe Architektur und Hochbau beizuziehen, da der Treuhänder im Falle der Beiziehung eines Baufortschrittsprüfers, dessen Qualifizierung nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, ein Auswahlverschulden im Sinne des § 1313a ABGB trifft.⁷⁰

3.2. Die Bestellung des Baufortschrittsprüfers

Grundsätzlich obliegt die Feststellung und Prüfung des Baufortschrittes dem Treuhänder. Dieser kann jedoch zur Beurteilung des Baufortschrittes einen Baufortschrittsprüfer beiziehen. Die Beiziehung erfolgt weitgehend auf Basis eines Vertrages, welcher mit dem Bauträger oder dem Treuhänder abgeschlossen wird. Grundsätzlich kann der Baufortschrittsprüfer auch auf Grundlage eines zwischen ihm und dem Erwerber abgeschlossenen Vertrages tätig werden. Dieser Vertrag bedarf dann jedoch der Zustimmung des Bauträgers, da der beigezogene Baufortschrittsprüfer in das grundbücherliche Sicherungsmodell des Bauträgers eingebunden wird und ihm Zutritt zur entsprechenden Baustelle gewährt werden muss.⁷¹

Der Gesetzeswortlaut „beiziehen“ setzt nicht zwangsläufig eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Betrauung des Baufortschrittsprüfers durch den Treuhänder voraus.⁷² Wie bereits erwähnt, kann der sachverständige Baufortschrittsprüfer auch lediglich vom Bauträger selbst oder vom Erwerber beauftragt werden.

In der Praxis wird der sachverständigen Baufortschrittsprüfer jedoch in der Regel aufgrund eines Vertrages zwischen dem Bauträger und dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer tätig. Die Bestellung erfolgt mittels Vertrages, welcher Schutzwirkung zugunsten des Erwerbers entfaltet. Der sachverständige

⁶⁹ Prader in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 Rz 4.

⁷⁰ Prader in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 Rz 4.

⁷¹ Mezera/Gartner in *HB Baumängel und Bauschäden* (2014) 39.

⁷² Pittl, *Bauträgervertragsgesetz*² 137.

Baufortschrittsprüfer haftet dem Erwerber für jeden Schaden, den dieser aus seiner fehlerhaften Tätigkeit erleidet.⁷³

Wird der Vertrag mit dem Bauträger abgeschlossen, so handelt es sich ebenso um einen Vertrag mit Rechtswirkung zu Gunsten Dritter, nämlich sowohl zu Gunsten des Erwerbers als auch zu Gunsten des Treuhänders. Der Treuhänder darf sich diesfalls auf die Tätigkeit des sachverständiger Baufortschrittsprüfers verlassen.⁷⁴

Trotzdem empfiehlt es sich, ein direktes Auftragsverhältnis zwischen Treuhänder und sachverständigen Baufortschrittsprüfer zu schaffen. Ein unmittelbares Vertragsverhältnis räumt dem Treuhänder eine erleichterte Einflussnahme auf die Tätigkeit des sachverständiger Baufortschrittsprüfers ein. Darüber hinaus entspricht es auch dem Interesse des sachverständiger Baufortschrittsprüfers, eine transparente Vereinbarung zu treffen, welche die Aufgabengebiete regelt und insbesondere die Grundlagen für die Beurteilung des Abschlusses des jeweiligen Baufortschrittes festlegt.⁷⁵ Damit soll das Haftungsrisiko des sachverständiger Baufortschrittsprüfers abgegrenzt werden, um eine ausufernde Haftung zu vermeiden.

3.3. Der Umfang der Baufortschrittsprüfung

Im Rahmen der Tätigkeit des sachverständigen Baufortschrittsprüfers spielt das Ausmaß und die „Tiefe“ seiner Prüfungstätigkeit eine maßgebliche Rolle. Das BTVG beinhaltet keine näheren Indikatoren hinsichtlich einer notwendigen Gestaltung der Bauabschnittsprüfung. Das Gesetz normiert in diesem Zusammenhang nicht mehr, als dass die Raten der jeweiligen Bauabschnitte erst nach „Abschluss der in Abs. 2 festgelegten Bauabschnitte fällig werden.“⁷⁶

⁷³ Prader in *Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a, BTVG § 13 Rz 6.

⁷⁴ Mezera/Gartner in *HB Baumängel und Bauschäden* (2014) 39.

⁷⁵ Knoll/Schwarmer, IWD – der BTVG-Ratenplan und die Auszahlung ohne vorliegende Feststellungsanzeige: Haftungsrisiko für Baufortschrittsprüfer und Treuhänder, wobl 2018, 151.

⁷⁶ Mezera/Gartner in *HB Baumängel und Bauschäden* (2014) 41.

Der konkrete Umfang der Baufortschrittsprüfung ist zwar gesetzlich nicht geregelt, doch bilden die Pläne (welche die Details eines Ausführungsplanes enthalten müssen) sowie die vom Bauträger zwingend dem Bauträgervertrag beizulegende Bau- und Ausstattungsbeschreibung jedenfalls die technischen Grundlagen für die Prüfung.⁷⁷

Wie bereits oben ausgeführt, divergieren die Lehrmeinungen in Anbetracht der Eignung eines Sachverständigen in Sinne des § 13 BTVG. Der gemeinsame Tenor ist jedoch dahingehend zu verstehen, dass § 13 Abs. 2 BTVG eher teleologisch zu reduzieren als weit auszulegen ist. Eine teleologische Reduzierung führt zu einer Einschränkung des Sachverständigenbegriffes, weshalb die Vornahme einer Qualitätskontrolle nicht von der Prüfpflicht des Baufortschrittsprüfers umfasst ist. Der Verantwortungsbereich des Baufortschrittsprüfers soll damit nicht überstrapaziert werden oder ausufern.

Aufgrund seiner besonderen Kenntnisse ist auch für den sachverständigen Baufortschrittsprüfer der erhöhte Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB heranzuziehen, wonach er sich nicht auf mangelnde Kenntnisse berufen kann. Im Falle von einer behaupteten Schadenersatzforderung muss der sachkundige sachverständigen Baufortschrittsprüfer beweisen, dass er sowohl die objektiv geforderte als auch die subjektiv geforderte Sorgfalt eingehalten hat. Die Beweislastumkehr im Sinne des § 1298 ABGB findet hier Anwendung.

Folgt man den Regelungen des ABGB, so ist ein sachverständigen Baufortschrittsprüfer selbstverständlich nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn seine Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden auch kausal ist (*conditio-sine-qua-non*-Prüfung).⁷⁸

Kann tatsächlich nachgewiesen werden, dass der sachverständige Baufortschrittsprüfer nicht nur schuldhaft, sondern auch rechtswidrig im Rahmen seiner Prüfpflicht gehandelt hat, ist in einem weiteren Schritt die Prüfung der Kausalität zwischen dem seitens des Erwerbers eingetreten Schaden und der Pflichtverletzung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers vorzunehmen.

⁷⁷ Mezera/Gartner in *HB Baumängel und Bauschäden* (2014) 40.

⁷⁸ Welser/Zöchling-Jud, *Bürgerliches Recht* II¹⁴ Rz 1365.

Dabei wird zwischen der tatsächlichen Vorgehensweise der Bauträgervertragsabwicklung und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Zustand des Erwerbers eine Gegenüberstellung angestrebt. Diese Gegenüberstellung erfolgt unter der Berücksichtigung einer korrekten Baufortschrittsprüfung und der damit einhergehenden ordnungsgemäßen Ausstellung der entsprechenden Baufortschrittsbestätigungen.

Bei dieser Gegenüberstellung handelt es sich um die Erörterung eines hypothetischen Kausalverlaufes.⁷⁹ Der hypothetische Kausalverlauf umfasst hier den durchaus weiten Schadensbegriff des ABGB, nämlich jeden Zustand, der als rechtlicher Nachteil zu bewerten ist.⁸⁰

Die herrschende Lehre lehnt den Umfang der Prüfpflicht auch an die Kompatibilität des ausgeführten Bauwerkes mit dem diesem Bauvorhaben zugrunde liegendem Baubescheid an.⁸¹

Die Baufortschrittskontrolle gemäß § 10 bzw. § 12 BTVG dient primär der Überprüfung der Sicherung des Erwerbers dahingehend, ob der vom Erwerber zu leistenden Ratenzahlung ein entsprechender Wertzuwachs durch das Bauvorhaben auf der Liegenschaft gegenübersteht. Den Materialien⁸² sowie der herrschenden Lehre⁸³ zu Folge ist ein Baufortschritt erst als abgeschlossen anzusehen, wenn dieser keine „gravierenden Mängeln“ aufweist.

Pkt 3.14 der ÖNORM B 2120 sieht für den Begriff „Baufortschritt“ folgende Definition vor: „...*Ergebnis der Beurteilung gemäß § 10 BTVG (Ratenplan), die sich auf Basis der vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung auf das tatsächliche Vorhandensein der dem jeweiligen Baufortschritt gemäß allgemeiner Verkehrsauffassung*

⁷⁹ vgl OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m.

⁸⁰ RIS-Justiz RS0022537.

⁸¹ Prader in *Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a, BTVG § 10 Rz 4; *Gartner*, Immolex 2013, 331.

⁸² ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

⁸³ Prader in *Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a, BTVG § 10 Rz 5; *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz² 116 f; *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 12.

entsprechenden Bauleistungen bezieht. Das Erreichen der in § 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. Darunter sind auch Maßnahmen in geringfügigem Ausmaß, wie das Belassen von Transportöffnungen u dgl. zu verstehen, die baupraktisch für die Vollendung der weiteren Bauabschnitte zweckmäßig oder notwendig sind.“

Diese Formulierung lässt einen relativen weiten Spielraum zu. Der sachverständigen Baufortschrittsprüfer darf beispielsweise den Baufortschritt „Rohbau mit Dach“ auch dann als für abgeschlossen beurteilen, wenn nur mehr die Dacheindeckung in jenem Bereich fehlt, wo ein Lastenaufzug installiert ist oder beispielsweise das Erlangen des Baufortschrittes „Fenster und deren Verglasung“ als für abgeschlossen beurteilen, wenn lediglich ein Fenster noch nicht eingebaut wurde, da dies offenbar aus bautechnischen Gründen geboten ist, um die Fertigstellung des Baufortschrittes grundsätzlich besser zu ermöglichen.⁸⁴

Es darf auch nicht ignoriert werden, dass diese Regelung nur dann Anwendung findet, wenn die Geltung der ÖNORM B 2120 zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart wurde. Bei dieser Regelung ist davon auszugehen, dass die Anforderungen in der ÖNORM B 2120 die „allgemeinen Kriterien in der Baubranche“ veranschaulichen und es sich indessen um „geringfügige Mängel“ handelt, welche im Laufe des weiteren Baufortschritts regelmäßig beseitigt werden.⁸⁵

Vor diesem Hintergrund ist daher ein Vergleich zwischen der tatsächlich geschuldeten und erbrachten Leistung und dem geschaffenen Istzustand anhand der vorliegenden und dem Vertrag zugrunde liegenden Pläne, Bau- und Ausstattungsbeschreibungen sowie (wenn vereinbart) ÖNORMEN anzustellen. Diese oberflächliche Prüfung kann aber nur in jenen Fällen durchgeführt werden, bei denen die Prüfung keiner näheren

⁸⁴ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 12.

⁸⁵ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 12.

Qualitätskontrolle bedarf. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Baufortschrittsprüfer keine konkrete Prüfung der Funktionstauglichkeit oder der Funktionsmöglichkeit vornehmen soll, zumal eine solche weitgehende Prüfpflicht womöglich die Befugnisse des Sachverständigen im Sinne des § 13 BTVG übersteigt.⁸⁶

Zusammenfassend bedeutet dies, dass das Nichtvorhandensein von „gravierenden Mängeln“ maßgebliches Kriterium für Beurteilung ist, ob ein Bauabschnitt fertig gestellt wurde. Wichtig ist hierbei, dass es sich um einen „gravierenden Mangel“ im Sinne des BTVG und nicht um einen wesentlichen Mangel nach den Kriterien des Gewährleistungsrechtes handelt.⁸⁷

3.4. Der geringfügige Mangel

Den Materialien zufolge sollen geringfügige Mängel den Abschluss bzw. die Fertigstellung eines Baufortschritts nicht behindern, „sofern die Mängel nicht so gravierend sind, dass schon nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht von einem Erreichen des betreffenden Fertigstellungsgrades gesprochen werden kann; dies wäre etwa dann der Fall, wenn der zur Mängelbehebung erforderliche Aufwand im Verhältnis zu den für jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint.“⁸⁸

Darüber hinaus wird in den Materialien festgehalten, dass „nur gravierende und in die Augen fallende Mängel eine Rolle spielen.“⁸⁹

Den Materialien sind an dieser Stelle nicht näher definierte Kriterien wie „allgemeine Verkehrsauffassung“, „Unverhältnismäßigkeit“ und „in die Augen fallende“ zu entnehmen, an welchen sich die Lehre in weiterer Folge im Rahmen der Auslegung orientiert.

⁸⁶ Prader, Die Crux des Begriffs des nicht gravierenden bzw geringfügigen Mangels im Bauträgervertragsrecht, wobl 2016, 383.

⁸⁷ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 14.

⁸⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁸⁹ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

Wie der Begriff eines geringfügigen oder nicht gravierenden Mangels in Hinblick auf die Baufortschrittsprüfung jedoch tatsächlich auszulegen ist, ist nicht abschließend und einheitlich geklärt. Näheres zur Auslegung der Terminologie des Mangels im Rahmen des BTVG kann auch nicht den Materialien entnommen werden. In der Lehre besteht lediglich Einigkeit dahingehend, als dass der Begriff des nicht gravierenden oder des geringfügigen Mangels im Rahmen des BTVG von einem wesentlichen Mangel im Sinne des ABGB abzugrenzen ist.

Wurde für die Beurteilung des Erreichens des Baufortschritts die Geltung der ÖNORM B 2120 zwischen den Vertragsparteien vereinbart, so hat sich die Beurteilung auf die allgemeine Verkehrsauffassung und auf die Unbeachtlichkeit geringfügiger Mängel zu stützen. Die Ausführungen der ÖNORM B 2120 stimmen auch mit jenen des Gesetzgebers überein, der im Grunde genommen das Erreichen des Baufortschritts auch bei Bestehen eines geringfügigen Mangels anerkennt.⁹⁰

S. Bydlinski und *Aufner* vertreten die Ansicht, dass für die Beurteilung, ob ein geringfügiger oder nicht gravierender Mangel vorliegt der Zeitpunkt maßgeblich ist. Hinsichtlich der Fälligkeit der einzelnen Baufortschrittsraten berufen sie sich auf die in den Materialien ausgeführte Unverhältnismäßigkeit, während für das Ende der Sicherungspflicht ein strengerer Maßstab gelten soll. *Prader* erachtet in dieser Differenzierung einen Widerspruch, zumal die Sicherungspflicht bereits mit der Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes erlischt, was vor Abschluss der letzten Rate bedeutet.

Gartner, Böhm und *Pletzer* meinen, dass es lediglich auf ein angemessenes Äquivalent hinsichtlich des Wertzuwachses der Liegenschaft ankomme. Auch hier wird auf die Unverhältnismäßigkeit abgestellt.⁹¹ Jene Mängel, die nicht die Beurteilung eines Bauabschnittes als abgeschlossen hindern, dürfen jedoch nur solche Mängel sein, „die im

⁹⁰ *Prader*, Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Bd 5a § 10 BTVG Rz 5.

⁹¹ *Prader*, Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Bd 5a § 10 BTVG Rz 5.

Zuge der weiteren Durchführung der Bauarbeiten mit normalen üblichen Mitteln routinemäßig behoben werden.“⁹²

Pittl ist der Auffassung, dass es letztendlich den Gerichten obliegt, einen Maßstab festzulegen, anhand dessen ein Mangel als geringfügig oder nicht gravierend zu qualifizieren ist. Dabei ist insbesondere zu verdeutlichen, ob es lediglich auf quantitative Kriterien, wie das Ausmaß der Minderung des Wertzuwachses ankommt, oder ob auch qualitative Kriterien bei der Bewertung zu berücksichtigen sind.⁹³

Das Oberlandesgericht Linz, welches sich bisher als einziges Gericht mit der Auslegung des gravierenden Mangels auseinandersetzte, stützt sich in seiner Entscheidung 4 R 45/14m auf die Wertrelation. Darüber hinaus wird aber als Voraussetzung gefordert, dass der Mangel bei optischer Betrachtung für den Baufortschrittsprüfer auch erkennbar sein muss. Dies in Anbetracht der Tatsache, dass den Erläuterungen der Regierungsvorlage zufolge die Baufortschrittsprüfung lediglich auf eine optische Prüfung durch den Baufortschrittsprüfer und nicht auf eine Qualitätskontrolle darstellt.⁹⁴

Dabei muss auch Bedacht auf allfällige Rechtsmängel genommen werden. Denn auch Rechtsmängel können, wenn auch seltener, einen gravierenden Mangel darstellen.

In Anbetracht der Tatsache, dass für die Beurteilung des Vorliegens eines gravierenden Mangels die Wertrelation eine wichtige Rolle spielt, kommt dem Ratenplanmodell eine erhebliche Relevanz zu. Der Ratenplan und die grundbücherliche Sicherstellung zielen nämlich ausschließlich darauf ab, den Erwerber und dessen Rechtserwerb an der zu bebauenden Liegenschaft zu sichern. Es geht dabei nicht um allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers gegenüber dem Bauträger.

Um die Grenze des geringfügigen Mangels zu ermitteln und um dem Rechtsanwender eine greifbare Orientierung zu gewähren, erscheint es daher notwendig am Telos des

⁹² *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 14.

⁹³ *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz³ 131.

⁹⁴ *Prader*, Die Crux des Begriffs des nicht gravierenden bzw geringfügigen Mangels im Bauträgervertragsrecht, wobl 2016, 383.

Ratenplanes festzuhalten. Der Schutz des Erwerbers beschränkt sich auf die Fälligkeit der Raten nach dem Ratenplan, während der Bauträger bereits durch eine Vereinbarung, dass der Kaufpreis bereits vor Fälligkeit der Raten zur Gänze auf das Treuhandkonto einzuzahlen ist, vollständig abgesichert ist. Dieses Missverhältnis bringt zum Ausdruck, dass für die Einstufung eines vorliegenden Mangels vor allem auf die Wertrelation und dem damit einhergehenden Schutz des Erwerbers abzustellen ist. Der Erwerber befindet sich gegenüber dem Bauträger in einer schwächeren Position, weshalb bereits aus diesem Grund ein strenger Maßstab an den Tag zu legen ist.⁹⁵

3.5. Die Baufortschrittsraten

„Die Ratenplanmethode zielt iVm § 9 darauf ab, dem Erwerber nur Zahlungen in einem solchen Umfang aufzuerlegen, die wie sie auch dem durch die jeweils erbrachte Leistung erhöhten Liegenschaftswert entsprechen.“⁹⁶

Die Fertigstellung eines Bauabschnittes bedeutet gleichzeitig das Erreichen eines bestimmten Baufortschrittes. An dem Erreichen des Baufortschritts knüpft die Zahlung der Rate an den Bauträger an, nämlich die Baufortschrittsrate. Die Fertigstellung eines Bauabschnittes bringt sohin die Fälligkeit der Zahlung der Rate mit sich.

Die Fertigstellung eines Bauabschnittes bestimmt daher auch die Pflicht des Treuhänders, die jeweils entsprechenden Raten an den Bauträger zu überweisen.

Das BTVG gliedert seit der Novelle 2008 die zwei verschiedenen Ratenplanmodelle grundsätzlich in Ratenplan A und Ratenplan B.

§ 10 Abs. 2 Z 1 BTVG (Ratenplan A) normiert die Fälligkeitstermine der auszahlenden Höchstbeträge der Teilzahlung wie folgt:

⁹⁵ Prader, Die Crux des Begriffs des nicht gravierenden bzw geringfügigen Mangels im Bauträgervertragsrecht, wobl 2016, 384.

⁹⁶ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³126.

- 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 Gewährungsleistungs- und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat;

§ 10 Abs. 2 Z 2 BTVG (Ratenplan B) regelt hingegen die Fälligkeitstermine der auszuzahlenden Höchstbeträge der Teilzahlung 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;
- 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 Gewährungsleistungs- und Schadenersatzansprüche nicht durch eine Garantie oder Versicherung (§ 4 Abs. 4) gesichert hat.

Der wesentliche Unterschied dieser beiden Ratenplanmodelle liegt darin, dass der Ratenplan A im Gegensatz zu Ratenplan B in den ersten Bauphasen höhere Teilzahlungen bzw. Raten vorsieht. Bei der Anwendung des Ratenplanes A erhält der Bauträger sohin für ersten beiden Bauabschnitte höhere Geldbeträge.⁹⁷

Sofern der Erwerb der Deckung eines dringenden Wohnbedürfnisses des Erwerbers dient, hat der Bauträger jedoch bei der Anwendung des Ratenplanes A eine „zusätzliche Garantie oder Versicherung eines in § 8 Abs 3 genannten Rechtsträgers idHv von zumindest 10% des vom Erwerber zu entrichtenden Kaufpreises beizubringen.“⁹⁸ Nach den ErläutRV soll diese Zusatzsicherheit den Erwerber im Falle einer insolvenzbedingten Verzögerung oder einer Einstellung des Bauvorhabens vor vermögenswerte Nachteile schützen.⁹⁹

Die oben angeführten und gesetzlich festgelegten Auszahlungsschritte bilden einen gewöhnlichen Bau im Hochbau ab.¹⁰⁰

3.6. Die einzelnen Baufortschritte

Zum besseren Verständnis der Tätigkeit und des Prüfungsumfanges des sachverständigen Baufortschrittsprüfers wird in weiterer Folge ein kurzer Überblick über die einzelnen Baufortschritte des § 10 BTVG im Sinne der Ratenplanmethode dargestellt.

Weder der zuvor § 10 BTVG noch die sonstigen Bestimmungen des BTVG enthalten näheren Ausführungen zu den jeweils angeführten Baufortschritte. Diese werden jedoch u.a. in der ÖNORM B 2120 näher bezeichnet.

Wie bereits oben erwähnt, muss die ÖNORM B 2120 jedoch vertraglich vereinbart werden, um eine normative Bedeutung zu erlangen. Bis dahin handelt es sich lediglich um Orientierungshilfen.

⁹⁷ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ § 10 BTVG Rz 3.

⁹⁸ *Richter*, Ratenplan (Stand 12.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

⁹⁹ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ § 10 BTVG Rz 3.

¹⁰⁰ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ § 10 BTVG Rz 10.

Baubeginn aufgrund einer rechtskräftigen Baubewilligung

Die Bekanntgabe des Baubeginnes an die Baubehörde allein rechtfertigt nicht die Fälligkeit der ersten Zahlung.¹⁰¹

Grundsätzlich ist unter dem „Baubeginn“ der tatsächliche Beginn der Erdarbeiten, wie etwa Aushub oder andere Vorbereitungsarbeiten samt Abbrucharbeiten zu verstehen.¹⁰² Der Baubeginn darf in diesem Zusammenhang erst dann starten, wenn die von der Baubehörde erteilte Baubewilligung die Leistung in jenem Umfang abdeckt, den der Bauträger dem Erwerber vertraglich schuldet. Das bloße Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung ist für die Erfüllung des ersten Baufortschrittes nicht ausreichend. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Baubewilligung mit den Bauträgerkaufvertrag konform geht.¹⁰³

„Der nach § 13 bestellte Sachverständige oder der Treuhänder selbst, wozu dieser in der Regel nicht in der Lage sein wird, haben daher zu prüfen, ob die erteilte Baubewilligung im Einklang mit der vertraglich geschuldeten Leistung des Bauträgers steht, bei jeder weiteren Bauetappe und der ausgestellten Bestätigung über das Erreichen eines Baufortschrittes ist immer auch zu prüfen, ob die baulichen Maßnahmen nach wie vor mit der erteilten Bewilligung übereinstimmen.“¹⁰⁴

Fertigstellung des Rohbaus und des Daches

Die ÖNORM B 2120 sieht für die Erlangung und Fertigstellung dieses Baufortschrittes unterschiedliche Kriterien vor, welche vom jeweiligen Bauwerk abhängig sind. Als erforderliche Bauelemente des Rohbaus werden sohin das Fundament samt Abdichtung, tragende Wände, Rohdecken sowie die Stiegenkonstruktionen im eigentlichen Vertragsgegenstand festgesetzt. Darüber hinaus unterscheidet die ÖNORM zwischen dem Bau eines Steildaches und eines Flachdaches. Im Fall eines Flachdaches sind

¹⁰¹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 28.

¹⁰² Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ 127.

¹⁰³ Friedl in Illedits (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 10 BTVG Rz 10.

¹⁰⁴ Friedl in Illedits (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 10 BTVG Rz 10.

Dachstuhl, Dämmung/Dampfbremse, Dachdeckung sowie Verblechungen (Traufe, Ortgang) als Bauelemente notwendig. Bei einem Flachdach sind die erforderlichen Bauelemente Gefälleausbildung, Schwarzdeckung, Entwässerung, Dämmung samt Schutz sowie Verblechungen (Attika).¹⁰⁵

Fertigstellung der Rohinstallationen

Der ÖNORM B 2120 zufolge können die Rohinstallationen erst dann als fertiggestellt beurteilt werden, wenn alle Innenwände, dies bedeutet sämtliche nichttragenden Innenwände, welche sowohl den eigentlichen Vertragsgegenstand als auch die allgemeinen Teile betreffen, errichtet sind.¹⁰⁶

Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren Verglasung

Die Fertigstellung der Fassade verfolgt den Zweck, das zu errichtende Bauträgerobjekt vor Witterungseinflüssen zu schützen. Die Fassade stellt in diesem Zusammenhang einen Wertgegenstand dar, der in bautechnischer Hinsicht fertiggestellt sein muss.

Mit Inkrafttreten der BTVG-Novelle 2008 wurde der Fertigstellung der Fassade ein eigenes Leistungsmerkmal im Sinne eines eigenen Baufortschrittes zuerkannt. Die Fertigstellung der Fassade wurde sohin als Baufortschrittsmerkmal in das Ratenplanmodell eingegliedert. Die Eingliederung als dritter Baufortschritt wird jedoch von Bauträgern oftmals kritisiert, zumal die Fassade häufig erst am Ende des Bauvorhabens errichtet wird.¹⁰⁷

Darüber hinaus ist auch der vollständige Einbau sämtlicher Fenster und deren Verglasung ein wertbestimmendes Merkmal und Teil dieses Baufortschrittes, da auch diese das Bauträgerobjekt vor Witterungseinflüssen schützen sollen.¹⁰⁸

Wie bereits oben ausgeführt vertritt *Gartner* in diesem Zusammenhang und unter Berücksichtigung der Anwendung des Pkt. 3.14 der ÖNORM B 2120 berechtigterweise

¹⁰⁵ *Friedl* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 10 BTVG Rz 15.

¹⁰⁶ Pkt. 3.14.3 ÖNORM B 2120.

¹⁰⁷ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 31.

¹⁰⁸ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 32.

die Meinung, dass der Treuhänder oder der sachverständigen Baufortschrittsprüfer diesen Baufortschritt auch als fertiggestellt beurteilen dürfen, wenn aufgrund bautechnischer Gegebenheiten nur ein Fenster noch nicht eingebaut wurde, um den weiteren Fortgang der Baufortschrittsfertigstellung zu erleichtern.¹⁰⁹

Bezugsfertigstellung oder bei vereinbarter vorzeitiger Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstandes

Die ÖNORM B 2120 betrachtet unter „Bezugsfertigstellung“ im Sinne dieses Baufortschrittes die Fertigstellung des jeweiligen Vertragsgegenstandes und, sofern diese für die Gebrauchstauglichkeit erforderlich sind, die Fertigstellung dieser allgemeinen Teile des Gebäudes.¹¹⁰

Aus dem Wortlautes dieses Baufortschrittes geht hervor, dass dem Bauträger die Möglichkeit eingeräumt wird, den Baufortschritt „Bezugsfertigstellung“ per se durch den sachverständigen Baufortschrittsprüfer als fertiggestellt bestätigen zu lassen, wodurch die entsprechende Rate zur Zahlung fällig wird oder, ob er den „eigentlichen Vertragsgegenstand“ sogleich an den Erwerber übergibt und damit die Zahlung der Rate auslöst, allerdings in diesem Fall der Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß § 1052 ABGB und vor allem in Hinblick auf das Bestehen allfälliger Gewährleistungsansprüchen ermöglicht.“¹¹¹

Fertigstellung der Gesamtanlage

Unter diesem Baufortschritt ist die „benutzungsbereite“ Fertigstellung der für die Bewohner des jeweiligen Hauses gewöhnlich nutzbaren Teile des Gesamtobjektes zu verstehen.¹¹²

Der Gesetzgeber verweist hier explizit auf § 4 Abs 1 Z 1 BTVG, wonach für das Erreichen dieses Baufortschrittes jedenfalls „das Gebäude, die Wohnung oder der Geschäftsraum

¹⁰⁹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 12.

¹¹⁰ Punkt 3.14.5 ÖNORM B 2120.

¹¹¹ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 34.

¹¹² Friedl in Illedits (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 10 BTVG Rz 15.

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

Unter den gewöhnlich nutzbaren Teilen der Gesamtanlage verstehen sich sämtliche für das jeweilige Haus notwendigen Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, Spielfelder und Garagenabstellplätze sowie sonstigen Einrichtungen der Infrastruktur, die für die ordnungsgemäße Nutzung des Hauses durch die Bewohner veranlasst wurden.¹¹³

Der Hafrücklass

So wie bei der „Fertigstellung der Gesamtanlage“ verweist auch hier Gesetzgeber konkret auf § 4 Abs 4 BTVG, der folgendes normiert:

„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.“

Zur Sicherstellung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche ist der Erwerber berechtigt, den Hafrücklass, welcher mindestens 2% des Gesamtkaufpreises zu betragen hat, bis zum Ablauf von drei Jahren ab Übergabe einzubehalten.

Dem Bauträger wird jedoch auch die Möglichkeit eingeräumt, dem Erwerber eine Bankgarantie- oder Versicherungsgarantie als Sicherstellung übergeben.¹¹⁴

¹¹³ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁵ § 10 Rz 37.

¹¹⁴ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ 129.

4. Die Haftung des Baufortschrittsprüfers

4.1. Eintritt der Haftung

Erwähnt wurde bereits, dass das BTVG für Ziviltechniker und Sachverständige zur Deckung allfälliger Schadenersatzansprüche den Abschluss einer Haftpflichtversicherung eine Höhe von mindestens EUR 400.000,00 vorsieht.

Auf den Inhalt und die Einzelheiten der Baufortschrittsprüfung und die dem zugrunde liegenden (Vertrags)Grundlagen per se wurde bereits im Vorfeld eingegangen. Mit dieser Abgrenzung wird ein klares Bild über die Grenzen des Beurteilungsspielraumes des sachverständigen Baufortschrittsprüfers und den damit einhergehenden Rahmen seiner Haftung geschaffen.

Für den sachverständigen Baufortschrittsprüfer tritt ein Fall der Haftung ein, wenn die Baufortschrittsprüfung fehlerhaft ist. Diesfalls haftet der sachverständigen Baufortschrittsprüfer dem Erwerber gegenüber unmittelbar. Sofern tatsächlich ein Versicherungsfall eingetreten ist, ist der Versicherer verpflichtet, dem Erwerber den vom sachverständigen Baufortschrittsprüfer herbeigeführten Schaden zu ersetzen. Der Ersatz ist diesfalls bis zur gesetzlich vorgeschriebenen Mindestversicherungssumme begrenzt.¹¹⁵

Das schadensverursachende Verhalten, d.h. der Verstoß, liegt im Ausstellen einer fehlerhaften Baufortschrittsbestätigung. Die Pflichtverletzung ist die Unterlassung einer gesetzeskonformen Prüfung im Sinne des BTVG. Dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer wird die nicht korrekte Vorname der Prüfung vorgeworfen, indem er sich bei der Prüfung des ihm bekanntgegebenen Baufortschrittes des Ratenplans nicht

¹¹⁵ *Traxler/Bart*, die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodelles (§9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021, 180.

an den Kriterien des BTVG orientiert und das Ausstellen der fehlerhaften Baufortschrittsbestätigung für das Eintreten des Schadens kausal ist.¹¹⁶

Bei Vorliegen eines schuldhaften und rechtswidrigen Verhaltens des sachverständigen Baufortschrittsprüfers wird das Vorliegen der Kausalität geprüft, indem zwischen der tatsächlichen Abfolge des Bauträgervertrages und der Entwicklung der wirtschaftlichen Gegebenheiten des Erwerbers bei fehlerfreier Baufortschrittsbestätigung ein Vergleich gezogen wird.¹¹⁷

Die Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers ist auf den Ersatz jenes Schaden begrenzt, den der Erwerber durch die unrichtige Beurteilung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers erleidet.¹¹⁸ Diese Summe ist jedoch mit der Summe der fälschlicherweise ausbezahlten Baufortschrittsrate begrenzt.¹¹⁹

Der sachverständigen Baufortschrittsprüfer haftet dann, wenn „einen Bauabschnitt schuldhaft als fertiggestellt und frei von gravierenden Mängeln beurteilt wurde, obwohl dies objektiv nicht der Fall war.“¹²⁰

Der sachverständigen Baufortschrittsprüfer muss im Haftungsfall in seinem Verantwortungsbereich fehlerhaft und vorwerfbar gehandelt haben, indem er die Grenzen innerhalb seines Beurteilungsspielraumes bei der Untersuchung, ob ein bestimmter Bauabschnitt erreicht ist, schuldhaft und zum Nachteil des Erwerbers überschritten hat.

Maßgebend ist in diesem Zusammenhang, dass der sachverständigen Baufortschrittsprüfer gegenüber dem Erwerber stets nur die Haftung für das gesetzeskonforme Vorgehen der Baufortschrittsprüfung nach Ratenplan und nach den Anforderungen des BTVG übernimmt.¹²¹

¹¹⁶ *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 333.

¹¹⁷ OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m.

¹¹⁸ OGH 8 Ob 124/21z = ImmoZak 2022/17 (Dobler).

¹¹⁹ *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 335.

¹²⁰ OGH 8 Ob 124/21z = ImmoZak 2022/17 (Dobler).

¹²¹ *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 333.

Für die konkrete Evaluierung der Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers im Rahmen des BTVG ist stets die jeweilige Situation auf der Baustelle heranzuziehen, die sich im Zeitpunkt der Überprüfung abbildet. Die tatsächliche Qualität ist von der Prüfungstätigkeit des sachverständigen Baufortschrittsprüfers nicht umfasst.¹²²

4.2. Höhe der Haftung

Die Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers ist auf den Ersatz jenes Schaden begrenzt, den der Erwerber durch die unrichtige Beurteilung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers erleidet.¹²³ Diese Summe ist jedoch mit der Summe der fälschlicherweise ausbezahlten Baufortschrittsrate begrenzt.¹²⁴

Die konkrete Höhe des Schadens ist durch eine Berechnung der Differenzsumme zu ermitteln. Zuerst wird die aus heutiger Sicht angenommene Vermögenssituation ermittelt, welches noch nicht von dem schädigenden Ereignis betroffen ist, und von dieser Summe wird der aus heutiger Sicht tatsächliche Vermögenswert abgezogen.¹²⁵

Der Umfang der Prüfung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers sowie das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines geringfügigen Mangels sind sohin für die Beurteilung der Frage, ob eine Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers vorliegt, von Relevanz.

Weder die Bestimmungen der AHVB und der AVBV noch das VersVG oder sonstige relevante Normen lassen jedoch erkennen, ob sich der eingetretene Versicherungsfall auf jeden Erwerber isoliert betrachtet erstreckt. Es kann nicht abgeleitet werden, ob die zur Verfügung stehende Versicherungssumme in Höhe von mindestens EUR 400.000,00 jeweils jedem einzelnen Erwerber zur Verfügung steht.

¹²² Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 333.

¹²³ OGH 8 Ob 124/21z = ImmoZak 2022/17 (Dobler).

¹²⁴ Gartner, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, immolex 2013, 335.

¹²⁵ OGH 8 Ob 124/21z = ImmoZak 2022/17 (Dobler).

Um dieses Haftungsrisiko des Versicherers gegenüber dem sachverständigen Baufortschrittsprüfers so weit wie möglich zu schmälern, sehen sowohl die AHVB als auch die AVBV in ihren Bedingungen Serienschadenklauseln vor. Bei Vorliegen eines Serienschadens werden mehrere Versicherungsfälle zu einem Versicherungsfall konzentriert, sodass die vereinbarte Versicherungssumme nur einmal zur Verfügung gestellt wird.¹²⁶

Welche Folgen die Aufnahme einer Serienschadenklausel in die Versicherungsbedingungen des sachverständigen Baufortschrittsprüfers gegenüber den Erwerbern hat, wird im nachstehenden Kapitel näher beleuchtet. Zu diesem Zwecke werden zunächst die Begriffsbestimmungen eines Serienschadens näher erörtert, um in weiterer Folge die tatsächliche Anwendung und Reichweite einer solchen Serienschadenklausel im Haftungsfall des sachverständigen Baufortschrittsprüfers näher beleuchten zu können.

5. Exkurs: Die Haftung des Baufortschrittsprüfers bei Serienschäden

5.1. Der Serienschaden und die Serienschadenklausel

Die beiden Standard-Bedingungswerke der österreichischen Berufshaftpflichtversicherung, nämlich die AVBV und die ABHV, sehen für die Definition von Serienschadenklauseln weitgehend gleiche Anknüpfungspunkte vor.¹²⁷

Artikel 1 Pkt 1.2 AHVB definiert einen Serienschaden etwa wie folgt:

„Mehrere auf derselben Ursache beruhende Schadenereignisse gelten als ein Versicherungsfall. Ferner gelten als ein Versicherungsfall Schadenereignisse, die auf

¹²⁶ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 6.

¹²⁷ Wilhelmer, Berufshaftpflichtversicherung – Serienschadenklausel (2022) Rz 2065.

gleichartigen Ursachen beruhen, wenn zwischen diesen Ursachen ein rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Zusammenhang besteht.“¹²⁸

In **Artikel 3 Z 1 AVBV** findet sich zum Umfang des Versicherungsschutzes folgender Text:

„Die Versicherungssumme stellt den Höchstbetrag der dem Versicherer (...) 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 Gesetz einzutreten hat;*
- c) bezüglich sämtlicher Folgen eines Verstoßes. Dabei gilt mehrfaches auf gleicher oder gleichartiger Fehlerquelle beruhendes Tun oder Unterlassen als einheitlicher Verstoß, wenn die betreffenden Angelegenheiten miteinander in rechtlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.“*

Serienschadenklauseln werden in den einschlägigen Regelungswerken unterschiedlich umschrieben. Sie zielen jedoch alle darauf ab, das Haftungsrisiko des Versicherers einzugrenzen. Unter bestimmten Voraussetzungen sollen mehrere Versicherungsfälle nur einen Versicherungsfall bilden, sodass die vertraglich vereinbarte Versicherungssumme nur einmal zur Verfügung steht.¹²⁹

Liegt im Rahmen einer Baufortschrittsprüfung tatsächlich ein und derselbe Versicherungsfall vor, bedeutet dies nichts anderes, als dass der gesamte Schaden sämtlicher betroffener Erwerber lediglich ein einziges Mal und nur bis zur Höhe der

¹²⁸ Art 1 Pkt 1.2 AHVB.

¹²⁹ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3.

Mindestversicherung, nämlich EUR 400.000,00, abgedeckt wird. De facto würde dies jedoch den Erwerbern ihren nach dem BTVG gewährleisteten Schutz nehmen, zumal aus praktischer Sicht die tatsächlich eingetretene Schadenssumme die einmalig zur Verfügung gestellte Versicherungssumme in Höhe von EUR 400.000,00 übersteigt. Der Schaden der Erwerber wäre trotz bestehender Haftpflichtversicherung des sachverständiger Baufortschrittsprüfers somit nicht abgedeckt.

Die Serienschadenklausel kann mittels zwei verschiedener Betrachtungsweisen ausgelegt werden. Es kann sowohl auf die Perspektive des Geschädigten als auf die Perspektive des Versicherungsnehmers abgestellt werden.¹³⁰

Bei der Auslegung einer Serienschadenklausel ist daher als entscheidende Vorfrage stets zu klären, aus wessen Sichtweise die einzelnen Elemente eines Serienschadens aufzufassen sind. Diese Frage wird in der Literatur verschieden beantwortet.

Nachdem der Versicherungsvertrag jedoch zwischen dem Versicherungsnehmer, dessen Schadensdeckung durch die Serienschadenklausel begrenzt wird, und dem Versicherer abgeschlossen wird, folgt die Verfasserin dieser Arbeit der Meinung, dass es bei der Auslegung richtigerweise ausschließlich auf die Perspektive des Versicherungsnehmers ankommt.¹³¹ Nach Ansicht der Verfasserin dieser Arbeit obliegt daher die Beurteilung dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer als Versicherungsnehmer.

Für die Beurteilung des Umstandes, ob mehrere eingetretene Versicherungsfälle nun tatsächlich als ein Versicherungsfall fingiert bzw. zusammengefasst werden können, stützt sich die Serienschadenklausel auf zwei Fallkonstellationen:

1.) Ursachenidentität:

Mehrere Schadensereignisse beruhen auf derselben Ursache;

¹³⁰ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3.

¹³¹ Wilhelmer, Berufshaftpflichtversicherung – Serienschadenklausel (2022) Rz 2068 ff.

2.) Gleichartige Ursache:

Die Schadensereignisse, welche auf gleichartigen Ursachen beruhen, stehen in einem zeitlichen Zusammenhang und darüber hinaus liegt zumindest eine der folgenden Voraussetzungen vor:

- Rechtlicher Zusammenhang
- Wirtschaftlicher Zusammenhang
- Technischer Zusammenhang

Das Bestehen eines Serienschadens setzt hier keine Ursachenidentität voraus.¹³²

Neben diesen beiden Fallkonstellationen spielt auch die zeitliche Komponente eine wesentliche Rolle.¹³³ Artikel 4.2 AHVB sieht für die zeitliche Einordnung eines Serienschadens folgende Bestimmung vor:

„Ein Serienschaden gilt als in dem Zeitpunkt eingetreten, in dem der erste Versicherungsfall der Serie eingetreten ist, wobei der zum Zeitpunkt des ersten Versicherungsfalles vereinbarte Umfang des Versicherungsschutzes maßgebend ist.“¹³⁴

Bei der Prüfung, ob ein einziger Versicherungsfall vorliegt, sind stets die Gegebenheiten jedes Einzelfalles heranzuziehen. Die einzelnen Versicherungsfälle müssen nach Rechtsprechung und Lehre einem Geschehnisablauf entstammen, welcher nach der Verkehrsauffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellen.

Zusammengefasst liegt ein Serienschaden dann vor, wenn mehrere Schadenereignisse entweder derselben Ursache entspringen oder diese Schadenereignisse auf gleichartige Ursachen (sohin auf einen ursächlichen Zusammenhang) zurückzuführen sind, diese einzelnen Schadenereignisse darüber hinaus in einem zeitlichen Zusammenhang stehen

¹³² Maitz, AHVB/EHVB (2018) 16 ff.

¹³³ Maitz, AHVB/EHVB (2018) 19.

¹³⁴ Artikel 4.2 AHVB.

und einem Geschehnisablauf herrühren, der einem einheitlichen Lebensvorgang gleichzusetzen ist.

Darüber hinaus ist es entscheidend, dass diese Zusammenhänge nicht zwischen den verschiedenen Prozessen vorliegen, sondern zwischen den einzelnen Versicherungsfällen. Soll die vereinbarte Haftungssumme nur einmal ausgelöst werden, so wird bei der Beurteilung ausschließlich auf die Versicherungsfälle abgestellt.¹³⁵

5.2. Die Zulässigkeit einer Serienschadenklausel

Grundsätzlich sind Serienschadenklauseln zulässig und werden anerkannt. Wäre keine Serienschadenklausel vereinbart, müsste der Versicherer die Versicherungssumme pro Versicherungsfall in unbeschränktem Ausmaß bereitstellen.¹³⁶

Allerdings sind Serienschadenklauseln nur dann wirksam, wenn sie sowohl einer Auslegungskontrolle im Sinne der §§ 914, 915 ABGB als auch einer Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen standhalten können.¹³⁷

Die Interpretation einer wirksamen einbezogenen Serienschadenklausel in den Versicherungsvertrag richtet sich nach der Übung des redlichen Verkehrs. Es wird daher auf die Sicht eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers abgestellt.¹³⁸

Im Haftpflichtversicherungsvertrag vorhandene Serienschadenklauseln stellen auch keine ungewöhnlichen Klauseln im Sinne des § 864a ABGB dar.¹³⁹ Jede

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

¹³⁶ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Serienschadenklausel (2022) Rz 2048.

¹³⁷ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Serienschadenklausel (2022) Rz 2052.

¹³⁸ *Uitz*, Serienschadenklauseln in der Haftpflichtversicherung des BTVG-Treuhänders (Teil II: Versicherungsvertragsrecht, Immozak 2023/12) 26.

¹³⁹ *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 864a Rz 48.

Haftpflichtversicherung enthält Serienschadenklauseln, weshalb im Allgemeinen von einer Marktüblichkeit auszugehen ist.¹⁴⁰

Ebenso wenig bewirkt nach Ansicht der Judikatur eine Serienschadenklausel eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB.

Die Vereinbarung von Serienschadenklauseln ist unter der Voraussetzung, dass sämtliche rechtliche Aspekte für die Zulässigkeit von Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingehalten werden, sachlich gerechtfertigt. Insofern hat sich der Versicherer bei der Definition und der Verknüpfung der Serienelemente einer Formulierung zu bedienen, welche sachlich rechtfertigbar ist. Die Rechtsposition des Versicherungsnehmers darf dadurch in keiner Unverhältnismäßigkeit zur Rechtsposition des Versicherers stehen.¹⁴¹

„Der Versicherer wird sich bei der Gestaltung der Serienelemente einer möglichst klaren, bestimmbaren und praktikablen Formulierung in den AVB bedienen müssen, um eine gröbliche Benachteiligung des Versicherungsnehmers infolge unbestimmbarer Rechtsbegriffe auszuschließen.“¹⁴²

5.3. Die Drittwirkung einer Serienschadenklausel

Im Rahmen der Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers, stellt sich nun natürlich auch die Frage, ob eine wirksam vereinbarte Serienschadenklausel und die damit einhergehende Beschränkung auch Wirkung gegenüber dem Erwerber entfaltet.

¹⁴⁰ *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Serienschadenklausel (2022) Rz 2063.

¹⁴¹ *Wilhelmer*, Die Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 70/14s, ZFR 2015/133.

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

Die Beurteilung der Rechtsfrage, ob einer Serienschadenklausel Drittwirksamkeit zukommt ist sowohl für den sachverständigen Baufortschrittsprüfer als auch für den Erwerber von enormer Bedeutung.

Zur weiteren Veranschaulichung der Tragweite dieser Problematik wird folgendes Beispiel herangezogen: Im Rahmen eines Bauträgerprojektes zahlt der Treuhänder aufgrund einer fehlerhaften Bestätigung des Baufortschrittsprüfers über die Fertigstellung des Rohbaus und Daches bei 17 Kaufverträgen ungerechtfertigt die zweite Baufortschrittsrate aus. Aufgrund dieser ungerechtfertigten Auszahlung entsteht den Käufern ein Schaden. Das Kaufpreistreuhandkonto des Käufers verringert sich jeweils um diese Summe (z.B. € 123.000,00). Die entsprechende Gegenleistung, nämlich die Fertigstellung des Rohbaus und des Daches, ist nicht gegeben. Für die Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfer macht es nun einen enormen Unterschied, ob die Mindestversicherungssumme in Höhe von € 400.000,00 nun einmal für alle 17 Kaufverträge zur Verfügung steht oder ob jedem einzelnen Käufern jeweils die Summe von € 400.000,00 ausbezahlt wird.

In der Lehre herrscht bezüglich dieser Rechtsfrage keine Einigkeit. Ein Teil der Lehre verneint die Drittwirkung einer Serienschadenklausel, zumal eine vereinbarte Serienschadenklausel grundsätzlich nur zwischen den Vertragspartnern, sohin zwischen dem Versicherer und dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer, gelten soll. Die Wirksamkeit einer Serienschadenklausel soll sich danach nicht auf unmittelbar Geschädigte, etwa die Erwerber, erstrecken.

Grundsätzlich steht der Erwerber in keinem direkten Vertragsverhältnis zum sachverständigen Baufortschrittsprüfer. Wie bereits in dieser Arbeit näher geschildert, entfalten jedoch zwischen dem Treuhänder, dem Bauträger und/oder dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer getroffene Vereinbarungen Schutzwirkungen zugunsten des Erwerbers, weshalb dem Erwerber dennoch vertragliche Schadenersatzansprüche gegen den sachverständigen Baufortschrittsprüfer zustehen könnten.

Daraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass der Erwerber als direkt Geschädigter zu betrachten ist und die Serienschadenklausel ihm gegenüber nicht anzuwenden ist. Der Erwerber könnte in diesem Zusammenhang nämlich auch als mittelbar Geschädigter angesehen werden, sodass die Serienschadenklausel dem Erwerber gegenüber Wirkung entfaltet und die Versicherungssumme nur einmal zur Verfügung steht.¹⁴³

Aufgrund der unstrittigen Schutzwirkung zugunsten des Erwerbers ist auch unter Berücksichtigung der bereits ausgeführten Umstände, nach welchen eine Serienschadenklausel Anwendung findet, jedoch nicht zwingend herzuleiten, dass dem geschädigten Erwerber in der Praxis keine hinreichende Sicherung zukommt.

In der Lehre finden sich grundsätzlich zwei unterschiedliche Meinungen zur Auslegung des § 13 Abs. 4 BTVG:

Gartner und *Pittl* sind der Ansicht, dass die vereinbarte Mindestversicherungssumme im Sinne des § 13 Abs. 4 BTVG für jeden einzelnen Erwerber eines Bauträgerobjektes zur Verfügung stehen muss.¹⁴⁴ Unterläuft dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer beim Ausstellen der Bestätigung ein Fehler, so können daraus Haftungsansprüche gegen den sachverständigen Baufortschrittsprüfer für jeden einzelnen Erwerber erwachsen. Die Mindestversicherungssumme in Höhe von € 400.000,00 soll daher jedem einzelnen Erwerber zur Verfügung stehen. Hintergrund dafür ist, dass zwischen den Erwerbern und dem Bauträger voneinander losgelöste Bauträgerkaufverträge abgeschlossen werden.¹⁴⁵

Jeder einzelne Erwerber schließt mit dem Bauträger einen eigenständigen Bauträgerkaufvertrag ab. Es bestehen sohin jeweils verschiedene Vertragspartner und daher jeweils verschiedenartige Rechtsverhältnisse. Jeder Käufer leistet unterschiedliche Vorauszahlungen und schließt einen Vertrag hinsichtlich eines unterschiedlichen

¹⁴³ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020/3, 7.

¹⁴⁴ *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.

¹⁴⁵ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023) § 13 Rz 24.

Vertragsgegenstandes ab. Die schädigende Handlung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers wirkt sich daher auch unterschiedlich innerhalb der verschiedenen Rechtsverhältnisse aus. Demgemäß ist wohl davon auszugehen, dass es sich um jeweils einzelne Versicherungsfälle handelt, die mit einer Serienschadenklausel nicht zusammengefügt werden können.

Beim Verhältnis zwischen Käufer und Treuhänder handelt es sich um jeweils einzelne Mandatsbeziehungen. Den Treuhänder treffen gegenüber jedem Käufer bzw. Bauträgerkaufvertrag Schutz- und Sorgfaltspflichten. Insbesondere hat der Treuhänder spätestens vor Überweisung der ersten Baufortschrittsrate sicherzustellen, ob der Baufortschrittsprüfer eine ausreichende Versicherung hat, die den gesetzlichen Anforderungen entspricht, nämlich eine Mindestversicherungssumme in Höhe von € 400.000,00 pro Versicherungsfall.

Die Verfasserin dieser Arbeit folgt unter diesem Aspekt *Gartners* Lehrmeinung dahingehend, als dass die gesetzliche Anordnung der Mindestversicherungssumme für jeden Versicherungsfall so zu verstehen ist, „dass bei jeder Baufortschrittsüberprüfung zu Gunsten mehrerer Erwerber eines Bauträgerprojektes die Versicherungssumme für jeden Erwerber zur Gänze zur Verfügung stehen muss.“¹⁴⁶

Ein Fehlverhalten des sachverständiger Baufortschrittsprüfers bei einer konkreten Besichtigung löst sohin jeweils einen Versicherungsfall pro Bauträgerkaufvertrag aus. Sohin hat für jeden abgeschlossenen Bauträgerkaufvertrag und für jeden Baufortschritt die Mindestversicherungssumme im vollen Umfang zur Verfügung zu stehen.¹⁴⁷ Die Tatsache, dass die Prüfung nur durch einen Besichtigungstermin vorgenommen wird und nur ein Gutachten ausgestellt wird, spielt für die Beurteilung keine Rolle.

Darüber hinaus lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut des § 13 Abs 2 BTVG, wonach der Baufortschrittsprüfer dem Erwerber gegenüber unmittelbar haftet, schließen, dass zwischen Baufortschrittsprüfer und Erwerber ein direktes Haftungsverhältnis besteht.

¹⁴⁶ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023) § 13 Rz 24.

¹⁴⁷ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵ (2023) § 13 Rz 24.

Nach Ansicht der Verfasserin dieser Arbeit erscheint es demnach nicht zielführend dieses Haftungsverhältnis durch die Vereinbarung einer Serienschadenklausel zwischen Versicherer und Baufortschrittsprüfer zu schmälern.

Die Serienschadenklausel findet im Innenverhältnis zwischen Versicherer und Versichertem (Baufortschrittsprüfer) Anwendung. Eine Drittwirkung dieser Serienschadenklausel, welche sich deckungseinschränkend gegenüber dem Erwerber auswirkt, widerspricht dem Schutzgedanken des Gesetzgebers. Es wäre sohin naheliegend, dass der sachverständige Baufortschrittsprüfer gegenüber jedem Erwerber einzeln haftet.

Ein weiterer Anhaltspunkt, welcher auf das Bestehen eines eigenen Versicherungsfalles pro Bauträgerkaufvertrag schließen lässt, ist das in den Bauträgerkaufvertrag gesetzte Vertrauen des Käufers. Jeder durchschnittliche und vernünftige Käufer würde beim Lesen des § 13 Abs. 4 BTVG davon ausgehen, dass es sich mit Abschluss des Bauträgerkaufvertrages jeweils um einen eigenen Versicherungsfall handeln würde und ihm die Mindestversicherungssumme in Höhe von € 400.000,00 zur Gänze alleine zur Verfügung steht. Bei Bestehen einer Serienschadenklausel, die diese Deckung maßgeblich einschränkt, würden unter Umständen sich einige Käufer letztendlich gegen den Abschluss eines Bauträgerkaufvertrages entscheiden, zumal ein wesentlicher Schutz entfällt.

Die gesetzlich angeordnete Mindestversicherungssumme soll eine Mindestanforderung innerhalb des Versicherungsschutzes für den geschädigten Dritten sein. Vor allem *Fenyves* verneint die Drittwirksamkeit einer Serienschadenklausel, zumal diese den Pflichtversicherungsvorgaben widerspricht und damit der Drittschutz gegenüber dem Geschädigten weggenommen wird. In der Haftpflichtversicherung steht schließlich der unmittelbar Geschädigte im Zentrum des Drittschutzes. Dies ist in der Regel der Vertragspartner des Versicherungsnehmers. Vor allem dieser ist der Gefahr eines Fehlverhalten im Rahmen der Berufstätigkeit des Versicherungsnehmers ausgesetzt und

kann geschädigt werden. Vor diesem Hintergrund kann und soll jeder einzelne Käufer auf die Bereitstellung der Mindestversicherungssumme vertrauen dürfen.¹⁴⁸

Der Ansicht, dass die Mindestversicherungssumme jedem einzelnen Erwerber vollständig zur Verfügung steht, folgt auch *Vonkilch*. Schließlich bestätigt der sachverständigen Baufortschrittsprüfer den Baufortschritt pro „eigentlichem Vertragsgegenstand“, weshalb jede fehlerhafte Bestätigung als ein eigener Versicherungsfall anzusehen ist.¹⁴⁹

Entgegen den vorgenannten Ansichten, geht etwa *Prader* davon aus, dass die Pflichtversicherung nach § 13 Abs 4 BTVG jeden gesonderten Bauabschnitt als losgelösten Versicherungsfall zu umfassen hat. Die Mindestversicherungssumme von € 400.000,00 hat daher lediglich pro Bauabschnitt nur einmal zur Verfügung zu stehen. *Prader* betrachtet nur eine schädigende Handlung, nämlich die fehlerhafte Bestätigung des Baufortschrittes, als Versicherungsfall. Unter Zugrundelegung einer allfällig vereinbarten Serienschadenklausel würde dies bedeuten, dass die Mindestversicherungssumme pro Bauabschnitt für alle Erwerber gemeinsam nur einmal zur Verfügung steht.¹⁵⁰

Aufgrund der divergierenden Lehrmeinungen und mangels einschlägiger Judikatur, ist es für eine abschließende Beurteilung sinnhaft auf den Zweck des Gesetzgebers des BTVG abstellen. Aus den bereits näher erörterten Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass das BTVG vordringlich das Ziel verfolgt, den Erwerber vor allfälligen Vorauszahlungsrisiken zu schützen. Unter Fortsetzung des Grundgedankens, dass der Schutz des Erwerbers vorrangig ist, liegt auch das Argument nahe, dass die vereinbarte Mindestversicherungssumme im Sinne des § 13 Abs. 4 BTVG jedem einzelnen Erwerber eines Bauträgerobjektes zur Gänze zur Verfügung stehen soll.

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

¹⁴⁹ *Vonkilch*, Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).

¹⁵⁰ *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.

Die wirksame Anwendung von Serienschadensklauseln würde im Falle einer Bejahung der Drittwirkung von Serienschadensklauseln gegenüber Geschädigten, die Erwerber eines Bauträgerobjektes im Rahmen des BTVG wesentlich belasten.¹⁵¹

Eine derartige Belastung, mit welcher den Erwerber ein wesentlicher Schutz genommen werden würde, widerspricht nach Ansicht der Verfasserin dieser Arbeit geradezu dem Telos, nämlich dem Schutzgedanken des Gesetzgebers.

In Anbetracht mangelhafter Judikatur, der mangelhaften Bestimmung des § 13 Abs. 4 BTVG und den damit eingehenden verschiedenen Meinungsströmen in der Lehre, erscheint es daher zielführend, dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer zum Abschluss eines Versicherungsvertrages mit einer möglichst hohen Deckungssumme zu raten, um vor dem Einwand einer allfällig schlagend gewordenen Serienschadenklausel gewappnet zu sein.¹⁵²

Ebenso wäre es sinnvoll, künftigen Erwerbern zu raten, die Drittwirkung einer allfällig vereinbarten Serienschadenklausel im Vorhinein auszuschließen, um einer Schmälerung der Deckungssumme entgegenzuwirken. Ob dies allerdings in der Praxis einfach umsetzbar wäre, ist fraglich.

6. Der Treuhänder und der Baufortschrittsprüfer

6.1. Die Aufgabe des Treuhänders

Wie bereits eingangs dieser Arbeit erwähnt, ist der Bauträger gemäß § 12 BTVG verpflichtet, spätestens bei der Unterfertigung des Bauträgenervertrages einen Treuhänder zu bestellen, dessen Tätigkeit erst mit dem Ende der Sicherungspflicht des Bauträgers (§ 7 Abs. 5) dem jeweiligen Erwerber gegenüber endet.

¹⁵¹ Uitz, Serienschadensklauseln in der Haftpflichtversicherung des BTVG-Treuhänders (Teil II: Versicherungsvertragsrecht, Immozak 2023/12) 28.

¹⁵² Uitz, Serienschadensklauseln in der Haftpflichtversicherung des BTVG-Treuhänders (Teil II: Versicherungsvertragsrecht, Immozak 2023/12) 29.

Welche allgemeinen Pflichten den Treuhänder im Rahmen der Abwicklung eines Bauträgerprojektes treffen, wurden auch bereits erörtert.

Vor dem Hintergrund der bereits näher ausgeführten Aufgaben des Baufortschrittsprüfers und dessen Haftung ist in diesem Zusammenhang jedoch auch relevant, welche Pflichten den Treuhänder bei der Auswahl des Baufortschrittsprüfers treffen.

Denn wie sich bereits gezeigt hat, hängen die Pflichten des Treuhänders unter anderem auch von der Prüfung bzw. Tätigkeit des sachverständiger Baufortschrittsprüfers ab.

Der Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 2 sieht vor, dass sich der Treuhänder zur Beurteilung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnittes einen sachverständigen Baufortschrittsprüfer „beiziehen“ darf.¹⁵³

Der Wortlaut „beiziehen“ stellt darauf ab, dass zwischen dem sachverständiger Baufortschrittsprüfer und dem Treuhänder nicht zwingend ein Auftragsverhältnis nach den zivilrechtlichen Bestimmungen bestehen muss. Demnach kann das Vertragsverhältnis unterschiedlicher Natur sein. Es besteht sohin auch die Möglichkeit, dass der sachverständige Baufortschrittsprüfer entweder vom Bauträger oder auch vom Erwerber beauftragt und von diesen auch bezahlt wird.¹⁵⁴

Nach den ErläutRV soll den Treuhänder bei der Bestellung des Baufortschrittsprüfers lediglich eine Haftung der Auswahl (Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB) treffen.

Böhm und *Gartner* vertreten an dieser Stelle die Meinung, welcher sich die Verfasserin dieser Arbeit ebenso anschließt, dass diese Beschränkung nicht bestehen kann, wenn der Treuhänder einen Sachverständigen bestellt, welcher die nach § 13 BTVG zwingend erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Diesfalls haftet der Sachverständige auch

¹⁵³ § 13 Abs. 2 BTVG.

¹⁵⁴ *Gartner*, Bauträgervertragsgestz⁵ § 13 Rz 11.

nach der Erfüllungsgehilfenhaftung, da der Tatbestand des § 13 Abs. 2 BTVG nicht erfüllt ist.¹⁵⁵

6.2. Die Pflichten des Treuhänders bei der Auswahl

Um die Haftung des Treuhänders tatsächlich auf eine allfällige Haftung für das Auswahlverschulden beschränken zu können, liegt es sohin im Interesse des Treuhänders einen sachverständigen Baufortschrittsprüfer beizuziehen, der die gesetzlichen Anforderungen auch zweifelsohne erfüllt.

Zunächst ist daher die Befugnis bzw. die Eignung des beizuziehenden sachverständigen Baufortschrittsprüfers im Sinne des § 13 Abs. 2 BTVG zu erkunden.

Dies gestaltet sich jedoch nicht als einfach, zumal der Wortlaut des § 13 Abs. 2 BTVG jeden Sachverständigen für das Bauwesen als geeignete Person ansieht.¹⁵⁶ Der sachverständigen Baufortschrittsprüfer sollte jedoch spezifische Kenntnisse aufweisen,

Vor diesem Hintergrund wird auf die Ausführungen auf das Kapitel 1.5 (der Baufortschrittsprüfer) verwiesen, in welchen die strittigen Ansichten zur Qualifikation des sachverständigen Baufortschrittsprüfers bereits näher dargestellt wurden. Die Verfasserin dieser Arbeit folgt der Ansicht, dass nur ein Sachverständiger der Untergruppe 72.01 „Hochbau und Architektur“ herangezogen werden sollte, um ein allfälliges Auswahlverschulden im Sinne des § 13 Abs. 2 BTVG zu verhindern.

Bei der tatsächlichen Auswahl des sachverständiger Baufortschrittsprüfers trifft den Treuhänder neben der Pflicht zur Überprüfung der fachlichen Eignung auch die Pflicht, das Vorhandensein der zwingend abzuschließenden Haftpflichtversicherung über eine Mindestversicherungssumme von EUR 400.000,00 pro Versicherungsfall im Sinne des § 13 Abs. 4 BTVG zu überprüfen.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Friedl in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ § 13 BTVG Rz 10.

¹⁵⁶ Prader in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 BTVG Rz 4.

¹⁵⁷ Friedl in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 2.

Unter Hinweis auf die Ausführungen zu Kapitel B.VI (Haftpflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers) ist an dieser Stelle jedoch festzuhalten, dass diese zwingend abzuschließende (Pflicht)-Haftpflichtversicherung nach § 2a SDG auf die Deckung von Schadenersatzansprüchen abstellt, die der gerichtlichen Sachverständigentätigkeit zugrunde liegen. Allein der Umstand, dass der beizuziehende sachverständige Baufortschrittsprüfer in die Liste der Gerichtssachverständigen eingetragen ist, setzt demnach nicht voraus, dass die nach § 2a SDG bestehende Versicherung auch außergerichtliche Tätigkeiten des sachverständigen Baufortschrittsprüfers im Rahmen des BTVG umfasst.

Demzufolge darf der Treuhänder bei der Beiziehung eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers aus der Gerichtssachverständigenliste nicht darauf vertrauen, dass die bereits bestehende (Pflicht)-Haftpflichtversicherung auch die Erfordernisse der Haftpflichtversicherung im Sinne des § 13 Abs 4 BTVG erfüllt.

Der tatsächliche Inhalt einer bereits vorliegenden Haftpflichtversicherung sollte daher sowohl bei einem beizuziehenden Gerichtssachverständigen als auch bei einem beizuziehenden Ziviltechniker, für welchen das Ziviltechnikergesetz für Architekten und Ingenieurkonsulenten keine zwingende Berufshaftpflichtversicherung vorsieht, stets im Einzelfall untersucht werden.¹⁵⁸

In der Praxis manifestiert sich diese Überprüfung darin, indem der beizuziehende sachverständige Baufortschrittsprüfer eine Bescheinigung gemäß § 158i VersVG über das Bestehen einer Versicherung gemäß § 13 Abs. 4 BTVG vorzulegen hat.

Wird eine solche Bestätigung der Haftpflichtversicherung ausgestellt und ist für den Versicherer erkennbar, dass diese Bestätigung zur Vorlage an einen Dritten, wie etwa an den Treuhänder oder an den Erwerber verwendet wird, so kann diese Bestätigung auch dann zu einer Deckungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer führen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gar nicht vorliegen. Der Treuhänder oder der Erwerber soll nämlich im Vertrauen darauf Dispositionen treffen können. Eine

¹⁵⁸ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 2.

Dritthaftung nach den allgemeinen Grundsätzen kann unter Umständen dann ausgelöst werden, wenn der Eindruck einer Bestätigung im Sinne des § 158i VersVG erzeugt wird, obwohl diese Bestimmung gar nicht anzuwenden wäre.¹⁵⁹

Darüber hinaus sollte der Treuhänder den Versicherer zu einer Verständigung über einen allfälligen Prämienverzug bzw. über eine allfällig erfolgte Auflösung des Versicherungsvertrages verpflichten. Eine solche Vereinbarung bedarf jedoch der Zustimmung des beizuziehenden sachverständigen Baufortschrittsprüfers.¹⁶⁰ Um eine allfällige Nachhaftungsfiktion abzusichern, wäre es daher von Vorteil, wenn der Treuhänder mit dem Versicherer eine Vereinbarung trifft, wonach der Versicherer dem Treuhänder gegenüber eine Anzeige nach § 158c Abs 2 VersVG abzugeben hat.¹⁶¹

6.3. Bindung des Treuhänders an die Bestätigungen des Baufortschrittsprüfers

Der Treuhänder sollte sich grundsätzlich auf die Richtigkeit der Baufortschrittsbestätigungen des sachverständigen Baufortschrittsprüfers verlassen dürfen.

Die Beurteilung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers bzw. die Bestätigung über die Fertigstellung des Baufortschrittes bilden für den Treuhänder die Grundlage für die Auszahlung der Baufortschrittsrate an den Bauträger. Der Treuhänder bedient sich bei seiner Entscheidung, ob ein Bauabschnitt tatsächlich abgeschlossen ist, der Bestätigung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers als fachkundige Beurteilungsgrundlage.¹⁶²

¹⁵⁹ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 6.

¹⁶⁰ *Böhm*, Fragen zum Seminar vom 04.07.2022, abgehalten bei Hule Bachmayr Nordberg Rechtsanwälte GmbH.

¹⁶¹ *Friedl in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 5.

¹⁶² OGH 25.1.2022, 8 Ob 124/21z.

Mit dem Abschluss und sohin Fertigstellung eines Baufortschrittes tritt die Fälligkeit der Zahlung der entsprechenden Baufortschrittsrate ein.

Die Richtigkeit des die Fertigstellung des Bauabschnittes bestätigenden Gutachtens bildet sohin die Basis für eine allfällige Haftung des sachverständigen Baufortschrittprüfers. Dabei beschränkt sich die Haftung des Baufortschrittprüfers auf den „Ersatz jener Nachteile, die der Erwerber dadurch erleidet, dass ein Bauabschnitt als fertiggestellt und frei von gravierenden Mängeln beurteilt wurden, obwohl dies objektiv nicht der Fall war.“¹⁶³

In der Praxis wird die Bestätigung des Abschlusses eines Bauabschnittes oft in Form eines Gutachtens zur Verfügung gestellt. Eine Pflicht, dass die Bestätigung inhaltlich und formal einem Gutachten zu entsprechen hat, ist dem Gesetzeswortlaut allerdings nicht zu entnehmen. Vielmehr wird der sachverständigen Baufortschrittprüfer lediglich zur Feststellung beigezogen. Diese Feststellung hat eine Beschreibung der baulichen Gegebenheiten zu enthalten.

Nachdem zwischen dem Treuhänder und dem sachverständigen Baufortschrittprüfer in der Regel ein direktes Auftragsverhältnis besteht, hat der sachverständigen Baufortschrittprüfer diese Feststellung in Form einer „Mitteilung“ ausschließlich an den Treuhänder zu richten. Diese „Mitteilung“ würde dann einem Befund entsprechen, zumal keine weiteren Schlussfolgerungen enthalten sind.

Das bloße Vorliegen eines Befundes ist grundsätzlich zulässig, wird jedoch in der Praxis nicht empfohlen. Vielmehr erscheint es aus Sicht des Treuhänders ratsam, eine Bestätigung zu verlangen, aus welcher zweifellos hervorgeht, dass der entsprechende Baufortschritt im Sinne des BTVG gemäß § 10 Abs. 2 BTVG erreicht wurde. Darüber hinaus soll die Bestätigung ausdrückliche Schlussfolgerungen dahingehend enthalten, dass die Bauleistungen, welche für die Umsetzung des jeweiligen Bauabschnittes erforderlichen sind, bewilligungs- und vertragsgemäß und der Bau- und

¹⁶³ OGH 25.1.2022, 8 Ob 124/21z.

Ausstattungsbeschreibung entsprechend, erbracht worden sind, und des Weiteren keine gravierenden Mängel im Sinne des BTVG vorliegen.

Sofern der sachverständigen Baufortschrittsprüfers es ablehnt, eine solche Begutachtung abzugeben, sollte der Treuhänder ihn jedoch dazu anhalten, eine Liste der festgestellten Mängel aufzusetzen und die Kosten der Behebung zu schätzen, sodass dem Treuhänder sämtliche Informationen vorliegen, um infolgedessen selbst subsumieren zu können, ob ein gravierender Mangel in Sinne des BTVG vorliegt.¹⁶⁴

Da den Treuhänder allerdings eine Haftung gemäß § 1315 ABGB trifft und der Treuhänder sohin für habituell untüchtige Gehilfen einzustehen hat, hat der Treuhänder auch trotz Beiziehung eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers anhand von objektiv erteilten Informationen die Tätigkeit des sachverständigen Baufortschrittsprüfers zu überprüfen.

Bestätigt der sachverständigen Baufortschrittsprüfer beispielsweise, dass die Fenster im Objekt bereits vorhanden sind, obwohl diese offensichtlich noch gar nicht eingebaut wurden, liegt eine objektiv unrichtige Bestätigung des Baufortschritts vor. Diese objektiv unrichtige Bestätigung ist ein Indiz dafür, dass der beigezogene sachverständigen Baufortschrittsprüfer untauglich ist und abgelöst werden sollte.

„Dem Treuhänder ist aber eine fachliche Überwachung und Beurteilung der Qualität der Baufortschrittsprüfung des Sachverständigen weder zumutbar noch möglich, noch ist eine solche gesetzlich vorgesehen.“ Vor diesem Hintergrund dürfen die Anforderungen an den Treuhänder nicht zu streng sein.¹⁶⁵

Der Treuhänder hat jedoch darauf zu achten, dass die für ihn überprüfbaren gesetzlich vorgeschriebene Vorgaben, welche für den Abschluss eines Baufortschrittes vorliegen müssen, erfüllt sind.¹⁶⁶ Bei offenkundigen Bedenken darf der Treuhänder trotz Vorliegen

¹⁶⁴ *Böhm*, Fragen zum Seminar vom 04.07.2022, abgehalten bei Hule Bachmayr Nordberg Rechtsanwälte GmbH.

¹⁶⁵ *Gartner*, Baurägervertragsgesetz⁵ § 13 Rz 15.

¹⁶⁶ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a § 13 BTVG Rz 5.

einer entsprechenden Baufortschrittsbestätigung die Rate nicht an den Bauträger auszahlen.¹⁶⁷ Ist die Baufortschrittsbestätigung widersprüchlich oder mit Fehlern behaftet, hat der Treuhänder weitere Erhebungen durchzuführen und darf er auf die Bestätigung nicht vertrauen.¹⁶⁸

Der Treuhänder hat darüber hinaus auch zu beachten, dass die vom sachverständigen Baufortschrittsprüfer ausgestellte Bestätigung tatsächlich eine solche Bestätigung ist, der eine Rechtswirkung im Sinne des BTVG zukommt und nicht bloß eine fachliche Äußerung darstellt. Bei bloßem Vorliegen einer fachlichen Äußerung wird der Treuhänder von seiner Pflicht, die Erreichung des entsprechenden Baufortschrittes zu überprüfen, nicht entlastet.¹⁶⁹

Eine Bindung an die vom sachverständigen Baufortschrittsprüfer ausgestellte Bestätigung des Baufortschrittes, welche keine Haftung des Treuhänders auslöst, ist nur dann möglich, wenn der Treuhänder sich eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers bedient, welcher zweifelsohne die gesetzlichen Anforderungen im Sinne des § 13 Abs. 2 und § 13 Abs. 4 BTVG erfüllt, der Treuhänder keine offenkundigen Bedenken gegen die Richtigkeit der Baufortschrittsbestätigung haben kann und der beigezogene sachverständige Baufortschrittsprüfer darüber hinaus nicht habituell untüchtig im Sinne des § 1315 ABGB ist.

Der Treuhänder sollte sich grundsätzlich auf die Richtigkeit der Bauabschnittsbestätigung des von ihm beigezogenen sachverständigen Baufortschrittsprüfers verlassen dürfen. Hat der Treuhänder infolge einer unrichtigen Bauabschnittsbestätigung die Kaufpreisrate zu

¹⁶⁷ *Prader*, zum Umfang der Pflichten und Bindung an Bestätigungen des Baufortschrittsprüfers sowie zur Relevanz von Freilassungsverpflichtungen am Musterbeispiel der ÖNORM B 2110, Immozak 2020/18.

¹⁶⁸ *Witt-Dörning* in *Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ 8.2. Bauträgervertrag (Stand 1.3.2023, rdb.at).

¹⁶⁹ *Gartner*, die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, baurechtliche blätter:bbl, Heft 6, Dezember 2008.

Unrecht an den Bauträger ausbezahlt und wird der Treuhänder nun dafür belangt, so haftet der sachverständigen Baufortschrittsprüfer für den daraus resultierenden Schaden.¹⁷⁰

7. Conclusio

Der in den vergangenen Jahren stetig wachsende Immobilienmarkt hat die Bedeutung und die Anwendung des BTVG in einem großen Ausmaß manifestiert. Von einer Anwendung des BTVG ist selbstverständlich nur dann die Rede, wenn ein entsprechender Tatbestand im Sinne des § 1 BTVG vorliegt. Die Anwendung und die Heranziehung der zwingenden Regelungen des BTVG verfolgen primär das Ziel, die Erwerber gegen den Verlust der bereits im Voraus getätigten Zahlungen abzusichern.

Wird im Rahmen der Abwicklung eines Bauträgerprojektes entweder das grundbücherliche oder das pfandrechtliche Sicherungsmodell eingesetzt, so hat der Bauträger verpflichtend einen Treuhänder zu bestellen. Neben der Rolle des sachverständigen Baufortschrittsprüfers nimmt beim grundbücherlichen Sicherungsmodell vor allem die Bestellung des Treuhänders eine zentrale Komponente ein.

Der Treuhänder und der sachverständigen Baufortschrittsprüfer nehmen jedoch zwei voneinander losgelöste Rollenbilder wahr. In der Praxis hat es sich nahezu als standardmäßig bewährt von § 13 Abs 2 BTVG Gebrauch zu machen, nämlich die Beiziehung eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers zur Überprüfung der Fertigstellung des entsprechenden Baufortschrittes. Im Regelfall verfügt der als Anwalt oder Notar ausgebildete Treuhänder aber nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse, die nach dem BTVG vorgesehene technische Beurteilung des Baufortschrittes durchführen zu können.

Während der Treuhänder unter anderem mit der Überwachung der Erfüllung der Sicherungspflicht (bzw. mit der Überwachung des Baufortschrittes) beauftragt ist, liegt

¹⁷⁰ *Gartner*, die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, baurechtliche blätter:bbl, Heft 6, Dezember 2008.

die wichtigste Aufgabe des sachverständigen Baufortschrittsprüfers darin, festzustellen, ob der vom Erwerber zu leistenden Ratenzahlung ein entsprechender Wertzuwachs durch das Bauvorhaben auf der Liegenschaft gegenübersteht. Mit dieser Aufgabe gehen jedoch etliche andere Aufgaben und Verpflichtungen einher, welche für die reibungslose Abwicklung eines Bauträgerprojektes einem unabdingbaren Stellenwert zukommen.

Die rechtliche Einordnung der Aufgaben und der mit diesen Aufgaben verbundenen Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers ist für den Ablauf und den vorgesehenen Schutz der Erwerber eines Bauträgerobjektes daher von zentraler Bedeutung. Insbesondere kann in der Reichweite der Haftung erkannt werden, ob das Konstrukt des BTVG einem umfangreichen Schutz der Erwerber tatsächlich Rechnung trägt oder, ob die Erwerber trotz Anwendung des BTVG finanziellen Risiken ausgesetzt sind. Schlittert der Bauträger in eine Insolvenz, so sind die Erwerber im Falle einer zuvor ungerechtfertigten Auszahlung der Kaufpreisrate, der Gefahr ausgesetzt, dass der ausbezahlte Kaufpreisrate nicht dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert der bisher erbrachten Bauleistungen korreliert.

Die Ausführungen dieser Arbeit haben insofern dargestellt, dass aufgrund einer dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer unterlaufener Ungleichheit den Erwerbern bedeutende Schäden entstehen können, sofern das fehlerhafte Verhalten auf ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen ist.

Grundsätzlich obliegt es dem Versicherer des sachverständigen Baufortschrittsprüfers den durch den Haftungsfall eingetretenen Schaden, begrenzt durch die vereinbarte Versicherungssumme, den Erwerbern zu ersetzen. Naturgemäß liegt es im Interesse des Versicherers, diese Verpflichtung weitgehend zu beschränken. Infolgedessen hat es sich in der Praxis als standardgemäß bewährt, in die zwischen dem Versicherer und dem sachverständigen Baufortschrittsprüfer abzuschließenden Versicherungsverträge entsprechende Serienschadenklauseln aufzunehmen. Diese Serienschadenklauseln fassen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen mehrere Versicherungsfälle zu einem einzigen Versicherungsfall zusammen. Liegt nur ein einziger Versicherungsfall vor, so hat der Versicherer die vereinbarte Versicherungssumme in Höhe von mindestens

€ 400.000,00, nur einmal zur Verfügung zu stellen. Durch diese Vereinbarung können die Erwerber jedoch einen erheblichen finanziellen Nachteil erleiden.

Der Telos des BTVG zielt jedoch gerade darauf ab, den Erwerber vor allfälligen finanziellen Nachteilen zu schützen. Das durchaus gelungene BTVG weist eine Vielzahl von Sicherungsinstrumente auf, die dem Erwerber, insbesondere im Falle einer Insolvenz des Bauträgers Abhilfe verschaffen.

Der konkrete Wortlaut des § 13 Abs. 4 BTVG erweist sich jedoch als eine Schwachstelle des BTVG. Weder dem Wortlaut noch der Judikatur kann unbestritten entnommen werden, wie oft die Mindestversicherungssumme in Höhe von EUR 400.000,00 den Erwerbern zur Verfügung steht.

Zum Schutze der Erwerber und zur Schaffung von Rechtsicherheit wäre daher seitens des Gesetzgebers eine Konkretisierung des im Zuge dieser Arbeit näher beleuchtenden § 13 Abs. 4 BTVG wünschenswert.

8. Literaturverzeichnis

8.1 Kommentare

- *Aufner/Bydlinski*, Bauträgervertragsgesetz².
- *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁵.
- *Grammelhofer/Cenčić/Herzog*, Bildungsakademie der Österreichischen Versicherungswirtschaft (Hrsg), Versicherungshandbuch (14. Lfg 2016).
- *Hartjes/Janker/Reisinger*, Die Haftpflichtversicherung².
- *Haslwanter*, Der Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung (2019).
- *Illedits*, Wohnrecht Taschenkommentar⁴ (2022).
- *Kath/Kronsteiner/Kunisch/Reisinger/Wieser*, Versicherungsvertragsrecht Bd 1.
- *Schwimman/Kodek*, ABGB⁴ Band 5a.
- *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz².
- *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz³.
- *Straube/Gisch/Berisha*, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³.
- *Maitz*, AHVB/EHVB Kommentar (2018).
- *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung – Versicherungsfall (2022).
- *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷.
- *Mezera/Gartner* in *HB Baumängel und Bauschäden* (2014).
- *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴.
- *Erwin Gisch/Christian Wetzelberger*, Die Serienschadenklausel in der Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung (Teil I).
- *Witt-Döring* in *Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ 8.2. Bauträgervertrag.

8.2 Fachartikel

- *Böhm*, der formal „untaugliche“ Baufortschrittsprüfer im BTVG, Immolex 2017.
- *Gartner*, die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, baurechtliche blätter:bbl, Heft 6, Dezember 2008.
- *Knoll/Schwarmer*, IWD – der BTVG-Ratenplan und die Auszahlung ohne vorliegende Feststellungsanzeige: Haftungsrisiko für Baufortschrittsprüfer und Treuhänder, wobl 2018.
- *Prader*, Die Crux des Begriffs des nicht gravierenden bzw geringfügigen Mangels im Bauträgervertragsrecht, wobl 2016.
- *Prader*, zum Umfang der Pflichten und Bindung an Bestätigungen des Baufortschrittsprüfers sowie zur Relevanz von Freilassungsverpflichtungen am Musterbeispiel der ÖNORM B 2110, Immozak 2020/18.
- *Traxler/Bart*, die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodelles (§9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders, wobl 2021.
- *Uitz*, Serienschadenklauseln in der Haftpflichtversicherung des BTVG-Treuhänders, Teil II: Versicherungsvertragsrecht, Immozak 2023/12.

8.3 Seminare

- *Böhm*, Fragen zum Seminar vom 04.07.2022, abgehalten bei Hule Bachmayr Nordberg Rechtsanwälte GmbH.

9. Entscheidungsverzeichnis

9.1 Höchstgerichtliche Rechtsprechung

- OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v.
- OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m.
- OGH 25.01.2022, 8 Ob 124/21z.
- OGH 09.07.2024, 7 Ob 70/14s.

9.2 Rechtssätze

- RIS-Justiz RS0022537.
- RIS-Justiz RS0113312.

Abstract

Die vorliegende Arbeit thematisiert weitreichend die Rolle und die Haftung des Baufortschrittsprüfers im Rahmen des BTVG.

Zur Erörterung dieser Thematik setzt sich diese Masterarbeit sowohl mit den Grundzügen des BTVG als auch mit den rechtlichen Grundzügen des Versicherungswesens auseinander. Um den bedeutenden Stellenwert und die Tragweite der Aufgaben des sachverständigen Baufortschrittsprüfers näher beleuchten zu können, erweist sich die Behandlung mehrerer angrenzenden Rechtsbereiche und Rechtsverhältnisse als erforderlich.

In diesem Zusammenhang setzt sich diese Masterarbeit auch mit der historischen Entwicklung, der Definition diverser Tatbestandsmerkmale und den Anwendungsbereichen zahlreicher Bestimmungen des BTVG und des Versicherungswesens auseinander. Zudem wird das Zusammenspiel und die daraus resultierenden Verpflichtungen zwischen Treuhänder und Baufortschrittsprüfer näher untersucht.

Im Ergebnis erweist sich das BTVG als ein durchaus geglücktes Gesetz. Die zentralen und bedeutsamen Aufgaben des sachverständigen Baufortschrittsprüfers wirken sich positiv auf den Schutz des Erwerbers aus.

Eine Mangelhaftigkeit des Gesetzes kommt vor allem dann zum Ausdruck, wenn es um die tatsächliche Höhe der Haftung des sachverständigen Baufortschrittsprüfers geht. Aufgrund unzureichender Judikatur des obersten Gerichtshofes erweist sich dieses Thema nach heutigem Stand als sehr delikat. Eine eindeutige Rechtssicherheit kann daher nicht geschaffen werden.