



MASTERARBEIT | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Optimierung der Qualitätssicherung und Gewährleistung im
Bauprojekt nach dem Bau trägervertragsgesetz

verfasst von | submitted by

Sarah Schüttner BSc (WU)

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien | Vienna, 2024

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

UA 066 915

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

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von | Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner LL.M.

Abstract

Diese Masterarbeit befasst sich dem Titel entsprechend mit der Qualitätssicherung im Bauprojekt nach dem Bau trägerv ertragsgesetz (BTVG) und der besonderen Rolle des Baufortschrittsprüfers. Im Fokus steht die Analyse der im BTVG verankerten Sicherheitsmechanismen und deren Wirksamkeit beim Schutz des Erwerbers vor Baumängeln und Insolvenzrisiken des Bau trägers. Die Arbeit gibt einen Überblick über die aktuell greifenden Sicherstellungen des BTVG und untersucht unter anderem die Herausforderungen bei der Anwendung des Ratenplans gemäß § 10 BTVG und der grundbücherlichen Sicherstellung nach § 9 BTVG. Eine entscheidende Rolle spielt insbesondere die unterschiedliche Definition und Handhabung von „gravierenden Mängeln“ gemäß dem BTVG und dem allgemeinen Gewährleistungsrecht. Neben den spezifischen Regelungen des BTVG, wird auch die Anwendung des allgemeinen Gewährleistungsrechts nach dem ABGB in Bezug auf eine Qualitätssicherung analysiert und das zentrale Problem des Gewährleistungsschutzes, der erst mit der Übergabe der Sache beginnt, wird thematisiert. Es werden praxisnahe Lösungsansätze zur Optimierung der Qualitätssicherung vorgestellt, darunter etwa eine verpflichtende Dokumentation der Mängelbehebung während der Bauphase und die Forderung nach einem unabhängigen Baufortschrittsprüfer. Die Arbeit soll einen Beitrag zur Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Bau trägergeschäft leisten und den Schutz der Erwerber vor wirtschaftlichen Risiken stärken.

Inhaltsverzeichnis

Abstract.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Gendererklärung	VII
1 Einleitung	1
1.1 Zielsetzung der Arbeit - Forschungsfragen.....	1
1.2 Gliederung der Arbeit	2
2 Bauträgervertragsgesetz (BTVG) und Zahlungsplan	4
2.1 Einführung in das BTVG.....	4
2.2 Relevante Bestimmungen zum Zahlungsplan	5
2.3 Grundbücherliche Sicherung nach § 9 BTVG iVm Zahlungen nach Baufortschritt	7
2.3.1 Ratenplanmethode gem § 10 BTVG	9
2.3.2 Die Definition eines gravierenden Mangels	20
2.4 Die Bauabschnittsprüfung gem § 13 BTVG.....	25
3 Qualitätssicherung im Bauprojekt nach dem BTVG	29
3.1 Analyse der Sicherheitsmechanismen bei mangelhafter Bauausführung im BTVG	29
3.2 Notwendigkeit der Qualitätssicherung im Bauprojekt	33
3.3 Rolle und Verantwortung des Baufortschrittsprüfers	35
3.4 Haftung der Projektbeteiligten nach dem BTVG	39
3.4.1 Bauträger.....	39
3.4.2 Treuhänder.....	42
3.4.3 Baufortschrittsprüfer.....	45
4 Geltendmachung der Gewährleistung im Bauprojekt - Definition und Zweck der Gewährleistung im Bauprojekt	49
4.1 Mangelbegriff im allgemeinen Gewährleistungsrecht	51
4.2 Fälle der Gewährleistung gem § 923 ABGB.....	52
4.3 Gewährleistungsfrist bei unbeweglichen Sachen - Nachweis der Mängel bei Übergabe..	59

4.4	Die Sicherstellung gem § 4 Abs 4 BTVG im Verhältnis zum allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB.....	61
4.5	Gewährleistungsbehelfe	64
5	Verbesserung der Qualitätssicherung und Gewährleistung	70
5.1	Herausforderungen in der Praxis.....	70
5.1.1	Ungeeigneter Baufortschrittsprüfer	71
5.1.2	Insolvenz der Bauträgers	75
5.1.3	Fehlende Definition des „gravierenden Mangels“	79
5.1.4	Geltendmachung der Gewährleistung ab Übergabe.....	80
5.2	Praxisbezogene Lösungsansätze zur Optimierung der Qualitätssicherung	82
5.2.1	Dokumentation der Behebung von Mängeln während der Bauphase.....	82
5.2.2	Erweiterung der Rolle des Baufortschrittsprüfers.....	84
5.2.3	Unabhängiger Baufortschrittsprüfer	86
6	Conclusio	88
7	Literaturverzeichnis	90
8	Judikaturverzeichnis	93

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
bbl	„Baurechtliche Blätter“
B2B	Business-to-Business
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BTVG	Bauträgervertragsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dgl	dergleichen
Erläut	Erläuterungen
ErlRV	Erläuterungen der Regierungsvorlage
etc	et cetera
EvBL	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“
ff	fortfolgend
GeKo	Gesamtkommentar
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GRUG	Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

HKLS	Heizung/Klima/Lüftung/Sanitär
hM	herrschender Meinung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
inkl	inklusive
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JAB	Justizausschussbericht
JB1	„Juristische Blätter“
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
OLG	Oberlandesgericht
ÖBA	Örtliche Bauaufsicht
RdW	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“
resp	respektive
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
stRsp	ständige Rechtsprechung

TaKomm	Taschenkommentar
u	und
UGB	Unternehmensgesetzbuch
ursp	ursprünglich
Vgl	Vergleich
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
wobl	„Wohnrechtliche Blätter“
zb	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTG	Ziviltechnikergesetz
zust	zustimmend
ZVB	„Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht“
zw	zwischen
zzgl	zuzüglich

Gendererklärung

In dieser Masterarbeit wird das generische Maskulinum verwendet. Die Verwendung der männlichen Wortform dient ausschließlich der besseren Lesbarkeit und es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass jegliche personenbezogenen Bezeichnungen als geschlechtsneutral zu verstehen sind.

1 Einleitung

In Zeiten von hohen Finanzierungszinsen und einer ungewissen Marktlage ist für viele Bauträger der Abschluss eines Bauträgervertrags mit einhergehender Ratenzahlung des Erwerbers wieder zunehmend interessanter geworden. Das BTVG bietet dem Erwerber ein solides Grundgerüst und Schutz beim Kauf einer Immobilie vor Fertigstellung. Werden jedoch während der Bauphase Mängel durch den Erwerber bemerkt, hat dieser grds keine Möglichkeit auf die Behebung dieser vor Übergabe des Vertragsobjektes zu bestehen. Ferner wird der von ihm hinterlegte Kaufpreis durch den Treuhänder weiterhin an den Bauherren ausgezahlt. Gem § 10 BTVG sind die vereinbarten Raten nach Abschluss der festgelegten Bauabschnitte fällig. Der Bauabschnitt wird in der Regel durch einen Baufortschrittsprüfer bzw Sachverständigen freigegeben, welcher vom Treuhänder beauftragt werden kann. Der Treuhänder wiederum wird vom Bauträger direkt beauftragt, wonach eine gewisse Abhängigkeit zwischen Bauträger, Treuhänder und Sachverständigen zu vermuten ist. Aufgabe des Baufortschrittsprüfers ist zu prüfen, ob der Bauabschnitt gemäß vereinbarten Zahlungsplans erreicht wurde und das Geld folglich durch den Treuhänder an der Bauträger freigegeben wird.

Fraglich ist jedoch, ob die bloße Beurteilung des Erreichens des Bauabschnittes, jedoch keine Kontrolle bzw Prüfung der qualitativen Bauausführung, ausreichend Begründung für die Geldfreigabe bietet. Im Rahmen meiner Masterarbeit möchte ich daher intensiv auf die Rolle und Aufgabe des Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 Abs 2 BTVG eingehen.

Ein Mangel, welcher nach Übergabe der Sache erkennbar ist, wird im österreichischen Zivilrecht grds nach dem ABGB und den Schadens- und Gewährleistungsrecht gem § 922 ff ABGB behandelt. Im Bereich des Bauwesens ist ein Mangel jedoch nicht immer sofort eindeutig erkennbar und kann unter Umständen mehrere Jahre verdeckt bleiben. Ebenso ist zu erwähnen, dass ein Mangel gem dem Gewährleistungsrecht immer erst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Vertragsgegenstand bereits übergeben worden ist. Die Masterarbeit soll sich daher auch intensiv mit der Gewährleistung im Bauprojekt befassen und einhergehende Probleme aufzeigen.

1.1 Zielsetzung der Arbeit - Forschungsfragen

Die Arbeit soll mögliche Lücken bei Baumängeln im BTVG-Projekt im Hinblick auf den Schutz des Erwerbers aufdecken und Optimierungsansätze zeigen. Denkbar wäre zb die Rolle des Baufortschrittsprüfers auf eine qualitative Beurteilung zu erweitern oder dass Mängel, welche bereits während des Baus erkennbar werden, unverzüglich vom Bauträger zu beheben sind und die Mängelbehebung dem Erwerber bereits vor dem Zeitpunkt der Übergabe

nachzuweisen ist. Die Mögliche Verbesserungs- und Optimierungsansätze sollen im Rahmen dieser Masterarbeit erläutert und diskutiert werden.

Die zentralen Forschungsfragen dieser Arbeit lauten: Inwieweit bietet das BTVG ausreichenden Schutz für Erwerber bei der Feststellung und Behebung von Baumängeln während der Bauphase? Kann und soll der Erwerberschutz im BTVG-Projekt erweitert werden?

1.2 Gliederung der Arbeit

Gefolgt von der Einleitung, bietet das zweite Kapitel eine Einführung in das BTVG und die relevanten Bestimmungen zum Zahlungsplan. Es wird die grundbücherliche Sicherung gemäß § 9 BTVG in Verbindung mit Zahlungen nach Baufortschritt detailliert erläutert, wobei die Ratenplanmethode gemäß § 10 BTVG und die Definition eines gravierenden Mangels besondere Beachtung finden.

Im dritten Kapitel wird die Qualitätssicherung im Bauprojekt nach dem BTVG analysiert. Hier werden die Sicherheitsmechanismen bei mangelhafter Bauausführung, die Notwendigkeit der Qualitätssicherung sowie die Rolle und Verantwortung des Baufortschrittsprüfers untersucht. Zusätzlich wird die Haftung der verschiedenen Projektbeteiligten wie Bauträger, Treuhänder und Baufortschrittsprüfer thematisiert.

Das vierte Kapitel befasst sich mit der Geltendmachung der Gewährleistung im Bauprojekt. Der Mangelbegriff im allgemeinen Gewährleistungsrecht wird erläutert, gefolgt von den Gewährleistungsfristen und dem Nachweis von Mängeln bei Übergabe. Zudem wird die Sicherstellung gemäß § 4 Abs 4 BTVG im Verhältnis zum allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB behandelt und es werden übersichtsmäßig die Gewährleistungsbehelfe vorgestellt.

Im fünften Kapitel werden die Herausforderungen in der Praxis sowie praxisbezogene Lösungsansätze zur Optimierung der Qualitätssicherung und Gewährleistung diskutiert. Dabei werden Themen wie ungeeignete Baufortschrittsprüfer, die Insolvenz von Bauträgern, fehlende Definitionen eines „gravierenden Mangels“ und die Geltendmachung der Gewährleistung ab Übergabe behandelt. Verschiedene praxisbezogene Lösungsansätze zur Optimierung der Qualitätssicherung werden vorgestellt.

Das letzte Kapitel fasst die Schlussfolgerungen der Arbeit zusammen, hebt die wesentlichen Erkenntnisse und vorgeschlagenen Optimierungen hervor und geht auf die Limitationen der Untersuchung ein.

Zur Methodik der Arbeit kann gesagt werden, dass eine qualitative Analyse der gesetzlichen Bestimmungen, ergänzt durch Fachartikel und juristische Kommentierungen, durchgeführt wird. Zudem werden Praxisbeispiele und aktuelle Rechtsprechungen herangezogen.

2 Bauträgervertragsgesetz (BTVG) und Zahlungsplan

Das BTVG trat am 1.1.1997 in Kraft und war das erste spezialisierte Gesetz, welches sich auf die Beziehung zwischen Immobilienkäufer und Immobilienproduzenten – also dem Bauträger – konzentriert. Vor dem BTVG gab es jedoch schon Regelungen in den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen wie dem ABGB, KSchG, WEG und auch UGB (ursp HGB).¹ Ziel der BTVG-Regelungen war bzw ist es den Erwerber bei dem Kauf einer noch zu errichtenden Immobilie vor bereits geleisteten Zahlungen im Fall der Insolvenz des Bauträgers zu schützen. Primärer Ansatzpunkt des BTVG ist es dem Risiko, dass geleistete Vorauszahlungen vor Bau bzw Fertigstellung des Vertragsobjekts untergehen, entgegenzuwirken und den Bauträger zu verpflichten diese Zahlungen abzusichern.² Wie auch schon in den KSchG Bestimmungen gilt das BTVG zwingend für Verbraucherverträge und darf nur zum Vorteil des Verbrauchers abgeändert werden. Allgemein gelten Bauträgerverträge als sehr risikobehaftet für den Erwerber, weshalb der Gesetzgeber mit der Implementierung des BTVG die einhergehenden Risiken minimieren wollte.³

2.1 Einführung in das BTVG

Das BTVG in seiner Stammfassung enthält 18 Paragraphen und ist verglichen mit dem MRG oder WEG von überschaubarer Länge. Den allgemeinen Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Einführung des BTVG ist zu entnehmen, dass die Implementierung in den 90er Jahren dem Druck der Koalition folgte, wonach der damals schon mögliche Bauträgervertrag ein besonders hohes Risiko für den Erwerber darstellte. Grundstückerschließung, Gebäudeerrichtung und auch die Finanzierung liegen meist vollständig in den Händen der Bauträger, welche durch Vorauszahlungen der Erwerber eine günstige Finanzierungsmöglichkeit sehen. Der Gesetzesentwurf sah daher einerseits die Einführung von Mindeststandards für die Gestaltung des Bauträgervertrags vor, andererseits sollten unterschiedliche Systeme zur Sicherung der vom Erwerber geleisteten Vorauszahlungen implementiert werden.⁴

Der Anwendungsbereich des BTVG betrifft grds alle Bauträgerverträge, so auch Verträge zwischen Unternehmer oder gemeinnützigen Bauträgern. Ziel war es unter anderem die Regelungen in Österreich dem Verbraucherschutzniveau der Europäischen Ebene

¹ Witt-Döring in Artnér/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2020) 281.

² Witt-Döring in Artnér/Kohlmaier 281; Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008) 1.

³ Böhm/Höllwerth in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht III (2023) Vor § 1 BTVG Rz 23.

⁴ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 10.

anzugleichen. Vergleichbare Gesetze gab es zu diesem Zeitpunkt bereits in anderen Westeuropäischen Staaten, in Australien und den USA.⁵

Die Gesetzesnovelle 2008 behandelte die seit der Einführung in den vergangenen 10 Jahren aufgetretenen Lücken im Erwerberschutz, welche in einer Studie von Univ.-Prof. Dr. Böhm analysiert wurden.⁶ Zum einen wurden die Mindestanforderungen an Bauträgerverträgen so abgeändert, dass verständlichere Verträge in der Praxis erzielt werden. Ebenso wurden die Rücktrittsfristen zu Gunsten des Erwerbers auf 14 Tage ausgedehnt. Zum anderen sollten die gewählten Sicherungsmechanismen, welche die Vorauszahlungen schützen sollen, verschärft werden. Besonderes Augenmerk wurde hier auf die Zahlungen des Erwerbers nach Ratenplan gelegt.⁷ Ebenso verschärft wurden die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers durch die Einführung eines Haftrücklasses, welcher für die Dauer von drei Jahren ab Übergabe des Vertragsgegenstands gelten soll.⁸

2.2 Relevante Bestimmungen zum Zahlungsplan

Die in §§ 7-11 BTVG geregelten Sicherheitsmechanismen in Bezug auf den Zahlungsplan gelten als Hauptbestandteil des BTVG und lassen wenig Spielraum für Abweichungen. Gem § 7 Abs 2 BTVG sind unterschiedliche Sicherungssysteme denkbar, neben der schuldrechtlichen Sicherung nach § 8 BTVG, ist die grundbücherliche Sicherung in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan gem §§ 9 und 10 BTVG und die pfandrechtliche Sicherung gem § 11 BTVG möglich. Die schuldrechtliche Sicherstellung darf seit der Novelle 2008 nur noch durch eine Bankgarantie oder eine vergleichbare Versicherung erfolgen, die bis 2008 zulässige Bürgschaft einer Bank ist nicht mehr erlaubt.⁹ Ziel all dieser Sicherungsbestimmungen ist, dass der Bauträger die Zahlungen des Erwerbers vor einem Verlust – zb bei seiner Insolvenz - schützt. Grds sollen alle Zahlungen des Erwerbers der Sicherung unterliegen, laut Gartner ist es jedoch strittig ob und inwiefern *Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche wegen mangelhafter Leistung des Bauträgers gesichert werden müssen*.¹⁰

Nach § 7 Abs 5 BTVG endet die Sicherungspflicht des Bauträgers, sobald die Übergabe des Vertragsgegenstandes erfolgte und der Erwerber die vertragliche vereinbarte Rechtsstellung erreicht. Unter der vertraglich vereinbarten Rechtsstellung versteht man nach hM die

⁵ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 10.

⁶ Böhm, Gutachten: Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf? (2004).

⁷ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 2.

⁸ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 319; ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 7.

⁹ Gartner, BTVG⁵ (2023) § 7 Rz 8.

¹⁰ Gartner, BTVG⁵ § 7 Rz 4.

Sicherung der in § 2 Abs 1 BTVG genannten Rechte.¹¹ Gem § 7 Abs 5 BTVG muss die Sicherungspflicht für einen bestimmten Zeitraum aufrechterhalten werden. Zusätzlich dazu müssen seit der Einführung von § 4 Abs 4 BTVG die in dieser Bestimmung genannten Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche durch den Haftrücklass gesichert werden. Diese Sicherungspflicht gilt sogar über die Dauer der Sicherungspflicht nach § 7 Abs 5 BTVG hinaus.¹² In diesem Zusammenhang muss daher von der allgemeinen Sicherung von Rückforderungsansprüchen während der Bauphase und der Sicherung gem § 4 Abs 4 BTVG und den Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen unterschieden werden, da letztere auf die Sicherungspflicht nach Übergabe der Sache abzielt.¹³ Auf § 4 Abs 4 BTVG und der Rechtslage des allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB wird in den Folgekapitel näher eingegangen.

Wenn die grundbücherliche Sicherung gem § 9 BTVG gewählt wird, geht diese mit der Zahlung nach Ratenplan einher. Dieses Sicherungsmodell gilt in der Praxis als am häufigsten gewähltes und war von zentraler Bedeutung in der BTVG-Novelle 2008.¹⁴ Aufgrund sogenannter „Reibungsverluste“ (wird in Kapitel 2.3.1 näher erläutert) gab es in den Jahren vor 2008 Forderungen nach der Abschaffung dieses Sicherungsmodelles, aufgrund der weit verbreiteten und effektiven Sicherung, stellte dies für die Gesetzgebung aber keine angemessene Lösung dar. Das Problem der grundbücherlichen Sicherung ist, dass dieses System nicht direkt die Vorauszahlungen des Erwerbers absichert, sondern lediglich auf die Sicherung des wirtschaftlichen Gegenwerts abzielt. Die Novelle versuchte dieses Risiko weitgehendst zu minimieren - kann dieses jedoch nicht völlig eliminieren.¹⁵

Grds stellt das Gesetz eine Mindestanforderung dar und erlaubt gem § 7 Abs 3 BTVG eine Kombination aus den drei zur Verfügung stehenden Sicherungsmodellen. *Aufner* und *Bydlinski* weisen in ihrer Auffassung daraufhin, dass der Bauträger das Modell der Ratenzahlung inkl grundbücherlicher Absicherung wählen kann, jedoch von der maximalen Höhe der Ratenzahlung gem § 10 BTVG abweichen kann, wenn er für *die überschießenden Zahlungen eine Absicherung durch ein anderes Sicherungsmittel vorsieht*.¹⁶ Das in der Praxis sogenannte *Kombinationsmodell* zwischen grundbücherlicher und schuldrechtlicher Absicherung bietet dem Bauträger aus Sicht der Finanzierungskosten ein günstiges Modell – gerade bei hohen

¹¹ *Prader*, BTVG^{3,13} § 7 (2019) E 15; *Witt-Döring* in *Artner/Kohlmaier* 296; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 7 Rz 7.

¹² *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 4.

¹³ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 5.

¹⁴ *Witt-Döring* in *Artner/Kohlmaier* 296.

¹⁵ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 3 und *Witt-Döring* in *Artner/Kohlmaier* 297.

¹⁶ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 7 Rz 3.

Zinsperioden wie sie in den vergangenen Monaten und Jahren zu verzeichnen waren.¹⁷ Der Bauträger unterliegt dem Vorteil, dass die Garantie nicht den vollen Kaufpreis sichern muss und die bereits bezahlten Raten das Garantievaluta weiter stetig vermindern.¹⁸ Ziel der Sicherungsfunktionen nach dem BTVG ist es, den Erwerber zu jedem Zeitpunkt zu schützen und daher sicherzustellen, dass in jedem Zahlungszeitpunkt ein Sicherungssystem aufrecht und vorhanden ist.¹⁹

Für diese Masterarbeit spielt das in der Praxis häufig verwendete Modell der grundbücherlichen Sicherstellung in Kombination mit der Zahlung nach Ratenplan eine zentrale Rolle. Neben der Häufigkeit hat die grundbücherliche Sicherung inkl der Zahlungen nach Ratenplan auch eine große Bedeutung im Zusammenhang mit dem Haftrücklass nach § 4 Abs 4 BTVG. Ebenso hat die Tatsache des erhöhten Risikos eines Verlusts der geleisteten Zahlungen durch die grundbücherliche Sicherung einen maßgebenden Einfluss auf meine Masterarbeit. Aus diesen Gründen wird in den nachfolgenden Kapiteln dieses System näher betrachtet. Die beiden anderen Sicherungssysteme – die schuldrechtliche Sicherung nach § 8 BTVG und die pfandrechtliche Sicherung nach § 11 BTVG – werden in diesem Zusammenhang nicht näher analysiert.

2.3 Grundbücherliche Sicherung nach § 9 BTVG iVm Zahlungen nach Baufortschritt

Das gem § 9 BTVG dargestellte Sicherungssystem der grundbücherlichen Sicherung gilt in der Praxis als am häufigsten gewähltes Modell in Österreich.²⁰ Das Modell bietet für einen Bauträger ein einfaches Modell zur Sicherung der geforderten Rechtsstellung des Erwerbers, gleichzeitig ist es im Vergleich zur schuldrechtlichen Sicherung gem § 8 BTVG und der pfandrechtlichen Sicherung gem § 11 BTVG eine für den Bauträger kostengünstigere Variante. Die beiden selten genutzten Sicherungssysteme sichern die Rückzahlungsansprüche und die tatsächlich geleisteten Zahlungen - also die wirtschaftliche Stellung - des Erwerbers, wohingegen die grundbücherliche Sicherung die Rechtsstellung und den Erfüllungsanspruch des Erwerbers schützt und jegliche Rückforderungsansprüche vollkommen unberücksichtigt und ungesichert bleiben.²¹ Allgemein kann gesagt werden, dass der Unterschied zwischen den beiden Sicherungssystemen "schuldrechtliche Sicherung" und "grundbücherliche Sicherung" erst im Fall von Leistungsstörungen auf Seiten einer der beiden Parteien – meist auf Seiten

¹⁷ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 307.

¹⁸ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 308.

¹⁹ Prader in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) § 7 BTVG Rz 7.

²⁰ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 296.

²¹ Gartner, BTVG⁵ § 7 Rz 2 und 8.

des Bauträgers - deutlich wird.²² In diesem Zusammenhang äußern *Gartner*²³ und auch *Böhm/Pletzer*²⁴ Kritik, dass die Anwendung der grundbücherlichen Sicherung den Erwerber quasi dazu nötig im Projekt zu verbleiben, selbst im Falle einer Insolvenz des Bauträgers. Der Erwerber muss in diesem Fall bestmöglich versuchen, eine wirtschaftliche Lösung zu finden, sei es durch die Verwertung des Gesamtprojekts oder durch die Fertigstellung in Zusammenarbeit mit den anderen Beteiligten.²⁵ Ebenso kann kritisiert werden, dass diese Sicherung den Erwerber praktisch daran hindert, vom Bauträgervertrag zurückzutreten. Dies gilt nicht nur im Fall einer Insolvenz des Bauträgers, sondern auch bei sonstigen Rücktritts- oder Anfechtungsgründen nach Vertragsabschluss. Da der einzige Wertgegenstand des Erwerbers die ihm eingeräumten Rechte am Vertragsobjekt sind, wird ein Rücktritt aus wichtigem Grund faktisch unmöglich gemacht.²⁶ Ein Gesamtrücktritt des Erwerbers ist beim grundbücherlichen Sicherungsmodell wirtschaftlich nur dann sinnvoll, wenn der Bauträger die finanzielle Möglichkeit hat, die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen des Rücktritts zu stemmen. Ist der Bauträger finanziell nicht in der Lage, den Kaufpreis zurückzuzahlen, wäre ein solcher Gesamtrücktritt für den Erwerber sehr nachteilig. In diesem Fall bleibt dem Erwerber meist nur die Möglichkeit, von den noch zu erbringenden Bauleistungen des Bauträgers teilweise zurückzutreten.²⁷

Sollte der Erwerber - aus welchen Gründen auch immer - vom Vertrag zurücktreten wollen, zeigt sich ein entscheidender Unterschied in der grundbücherlichen und schuldrechtlichen Sicherung. Beim grundbücherlichen Sicherungssystem hat der Erwerber als Sicherungsmittel für seine Ansprüche gegen den Bauträger auf Rückzahlung der geleisteten Beträge „nur“ sein entsprechend verbüchertes Eigentumsrecht verknüpft mit dem Wert der bereits angefallenen Bauleistungen. Beim schuldrechtlichen Sicherungsmodell kann der Erwerber hingegen die geleisteten Zahlungen zurückfordern und aus dem Bauträgerprojekt ausscheiden oder auf Wunsch zusammen mit dem Bauträger die Mängel beheben lassen und letztendlich im Projekt bleiben.²⁸

Dem Gesetzgebers zufolge soll den Zahlungen des Erwerbers vor Fertigstellung des Objekts und Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung ein wirtschaftlicher Gegenwert gegenüberstehen. Dieser Gegenwert kann nach *Gartner*²⁹ in Form von entsprechenden

²² *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 13.

²³ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

²⁴ *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann* (Hrsg), Kommentierung des BTVG² (2001) § 9 Rz 5.

²⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

²⁶ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 7; *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*, BTVG² § 9 Rz 5

²⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 8.

²⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 13.

²⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

Eigentumsrechten, Anwartschaftsrechten oder Wohnungseigentumsrechten im Sinne des WEG oder eines Baurechts dargestellt werden. Jedoch betrifft der wirtschaftliche Gegenwert nicht nur die Liegenschaft selbst oder Anteile daran, sondern auch die erbrachten Bauleistungen auf der Bauträgerliegenschaft.³⁰

Das grundbücherliche Sicherungsmodell verpflichtet den Bauträger in Bezug auf seine Vertragspflichten immer in Vorleistung zu gehen. Er muss zuerst die Voraussetzungen im Grundbuch schaffen, um die Sicherung des Erwerbers herzustellen oder zumindest zu gewährleisten und gleichzeitig werden die Zahlungen des Erwerbers erst fällig, wenn die verpflichtende Sicherstellung übergeben oder erwirkt wurde.³¹

Wird die grundbücherliche Sicherung gem § 9 BTVG gewählt und ist der Konsument ein Verbaucher iSd KSchG muss zur Zahlung der Raten zwingend ein Ratenplan gem § 10 BTVG gewählt werden. Von dieser gesetzlichen Regelung kann zum Schutze des Erwerbers nicht zum Nachteil des Erwerbers abgewichen werden – wohl aber zu seinen Gunsten.³²

Das Modell der Zahlung nach Ratenplan zeichnet sich weiters dadurch aus, dass der Erwerber an den Erwerb des Vertragsgegenstandes gebunden bleibt, auch wenn der Bauträger grobe Leistungsstörungen auslöst oder gar in die Insolvenz gleitet.³³ Die Sicherung seiner Stellung wird jedoch dadurch gewährleistet, dass die Zahlungen an den Bauträger nur nach dem Erreichen des vereinbarten Bauabschnitts an den Bauträger ausbezahlt werden. Um diese Bauabschnitte vergleichbar und nachvollziehbar zu gestalten, hat der Gesetzgeber diese Abschnitte in § 10 BTVG genau definiert. Ebenso wurde die maximal zulässige prozentuale Auszahlung je erreichten Bauabschnitts angeführt.

2.3.1 Ratenplanmethode gem § 10 BTVG

Wie bereits zuvor genannt, ist die grundbücherliche Sicherung nach § 9 BTVG iVm mit der Ratenplanmethode gem § 10 BTVG anzuwenden. Die Überprüfung des Baufortschritts gem der Ratenplanmethode ist nur bei der grundbücherlichen Sicherstellung (sowohl nach Ratenplan A als auch B) von entscheidender Bedeutung. Denn die Sicherheit durch den Eintrag im Grundbuch hängt vom Wert des Grundstücks ab, der mit fortschreitendem Baufortschritt zunimmt.³⁴ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die jeweiligen Zahlungen

³⁰ Gartner, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

³¹ Gartner, BTVG⁵ § 7 Rz 10.

³² Knoll/Scharmer, IWD – Der BTVG-Ratenplan und die Auszahlung ohne vorliegende Feststellungsanzeige: Haftungsrisiko für Baufortschrittsprüfer und Treuhänder, wobl 2018, 151 (151).

³³ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 297.

³⁴ Mandl, Der Baufortschrittsprüfer und seine Berechtigung, immolex 2022, 381 (383).

nicht fällig sind, wenn die erforderliche Sicherung nicht erfüllt bzw vorhanden ist.³⁵ In den Materialien des Gesetzgebers wird die Ratenplanmethode so definiert, dass diese sicherstellen soll, dass Zahlungen des Erwerbers an den Bauträger den gesteigerten Wert der Liegenschaft oder seines Anteils am Eigentum durch bereits erbrachte Bauleistungen widerspiegeln. Sollte vereinbart werden, dass der Erwerber zusätzlich zu den in §10 Abs 2 BTVG genannten Beträgen weitere Zahlungen leisten muss, so ist dies gem § 7 Abs 4 BTVG nur zulässig, wenn der Bauträger gleichzeitig angemessene Sicherheiten gem §§ 8 oder 11 BTVG stellt, um potenzielle Rückforderungsansprüche im Umfang der zusätzlich erhaltenen Gelder abzusichern. Eine Ausnahme wird jedoch für die Fälligkeit der ersten Rate vorgeschlagen, die hauptsächlich dazu dient, die Grundkosten zu decken, wie in § 10 Abs 3 BTVG angegeben.³⁶

Die Raten werden gem § 10 Abs 1 BTVG immer „erst nach Abschluss“ der jeweiligen Bauabschnitte fällig. Den Materialien³⁷ des Gesetzgebers und der herrschenden Lehre³⁸ zufolge, versteht man unter „Abschluss“ die vollständige Fertigstellung des jeweiligen Bauabschnitts, der zudem frei von "gravierenden" Mängeln sein muss. Die Interpretation des § 10 BTVG wirft vor allem die Frage auf, wie Mängel die "Fertigstellung" eines bestimmten Bauabschnitts oder des gesamten Bauvorhabens beeinflussen. Gem § 10 Abs 1 BTVG werden die Ratenzahlungen des Erwerbers also erst nach Erreichen eines bestimmten Bauabschnitts fällig. § 10 Abs 2 BTVG knüpft dann an die "Fertigstellung" dieser Bauabschnitte an und definiert die einzelnen zu erreichenden Bauabschnitte. Ein Problem, welches daraus erkennbar wird, ist dass dem BTVG kein einheitlicher Fertigstellungsbegriff zugrunde liegt. Während § 1 Abs 1 BTVG die Fertigstellung grds als die Herstellung des vertraglich vereinbarten Bauzustands definiert und somit einen subjektiven Fertigstellungsbegriff festlegt, stellt sich bei § 10 Abs 2 BTVG die Frage nach den Auswirkungen von Mängeln auf die Fertigstellung. Bei § 10 Abs 2 BTVG liegt ein objektiver Fertigstellungsbegriff vor, insb im Hinblick auf "gravierende Mängel" (auf diese wird in den Folgekapiteln näher eingegangen). Die Gesamtfertigstellung und damit auch die Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte basieren jedoch wieder auf einem subjektiven Fertigstellungsbegriff, der durch das Eingreifen des Zug-um-Zug-Prinzips gem § 1052 ABGB beeinflusst wird. Der Ansicht *Böhm/Höllwerth* ist

³⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 1.

³⁶ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

³⁷ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

³⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 12; *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, BTVG² § 10 Rz 10; *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 15.

demnach zu folgen, wonach der Fertigstellungsbegriff in § 10 BTVG als "gemischt" betrachtet werden kann.³⁹

Nach *Friedl*⁴⁰ ist die Zahlung gem dem Ratenplan zwar dem Zug-um-Zug-Prinzip ähnlich, aber die einzelnen Leistungen bzw Bauabschnitte stehen nicht in einem funktionalen Synallagma (also die abhängige Erbringung von Leistung und Gegenleistung), weshalb die Einrede nach § 1052 ABGB nicht greift. Demnach ist das Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers bei den einzelnen Bauabschnitten nur eingeschränkt und wird praktisch nur bei gravierenden Mängeln angewendet. Wenn ein Bauabschnitt Mängel aufweist, die nach allgemeiner Verkehrsanschauung so erheblich sind, dass der Abschnitt nicht als abgeschlossen gilt, wird ein ähnlicher Effekt wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags erzielt, indem Zahlungen des Erwerbers für diesen Bauabschnitt nicht fällig werden.⁴¹

Der Gesetzgeber sieht in § 10 BTVG zwei mögliche Zahlungspläne vor – Ratenplan A und Ratenplan B. Beide Ratenpläne umfassen die gleichen zu erreichenden Bauabschnitte jedoch unterscheiden sich die jeweiligen prozentualen Raten voneinander. Wohingegen Ratenplan A dem Erwerber eine höhere „Anzahlungsphase“ abverlangt (vgl dazu § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 je lit a und b BTVG), teilt der Ratenplan B die Zahlungen verhältnismäßig mehr auf die gesamte Bauphase auf. Aufgrund des erhöhten Anfangsrisikos des Erwerbers, weist *Pittl*⁴² darauf hin, dass der Bauträger beim Ratenplan A *eine zusätzliche Garantie oder Versicherung* vorlegen muss. Dies gilt jedoch nur, wenn mit dem Erwerb der Liegenschaft ein dringendes Wohnbedürfnis des Erwerbers (oder nahen Angehörigen) gedeckt werden muss.⁴³ Diese zusätzliche Sicherheit hat zumindest 10% des Gesamtkaufpreises zu entsprechen und soll mögliche Reibungsverluste absichern. Diese sogenannten Reibungsverluste entstehen durch die Insolvenz eines Bauträgers und die darauffolgende Einstellung des Bauvorhabens und sind laut *Pittl* in der ersten Rohbauphase am gravierendsten.⁴⁴

Im Zusammenhang mit der Zahlung nach Ratenplan muss näher auf die Begriffsdefinition „Baufortschritt“ eingegangen werden. Im BTVG und in den Materialien wird der Begriff nicht näher definiert, jedoch findet sich in der ÖNORM B 2120 *Mindesterfordernisse für einen Bauträgervertrag* folgende Definition: „*Ergebnis der Beurteilung gemäß § 10 BTVG (Ratenplan), die sich auf Basis der vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung auf das*

³⁹ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 10.

⁴⁰ *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 10 Rz 2.

⁴¹ *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 10 Rz 24; *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 12.

⁴² *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 2.

⁴³ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 2; *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 10 BTVG Rz 20.

⁴⁴ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 2; *Pittl*, BTVG³ § 10 Anm 509.

tatsächliche Vorhandensein der dem jeweiligen Bauabschnitt gemäß allgemeiner Verkehrsauffassung entsprechenden Bauleistungen bezieht. Das Erreichen der im § 10 BTVG festgelegten Bauabschnitte wird nach allgemeiner Verkehrsauffassung in der Baubranche durch geringfügige Mängel (hier auch zu verstehen offene Leistungen) nicht gehindert, deren Behebungsaufwand im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint. 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.⁴⁵ Gartner⁴⁶ betont die Bedeutung der letzten Überarbeitung der ÖNORM B 2120, in der erstmals eine Einschränkung berücksichtigt wird, die von der Praxis gefordert wurde. Dabei wird im letzten Satz der Begriffsdefinition klargestellt, dass auch Maßnahmen in geringfügigem Ausmaß, zu den weiteren Bauabschnitten zählen, sofern sie für die Vollendung zweckmäßig oder notwendig sind. Diese Kriterien spiegeln die allgemeine Verkehrsanschauung in der Baubranche wider und beziehen sich auf "geringfügige Mängel", die im weiteren Baufortschritt routinemäßig behoben werden. Gartner unterstreicht, dass der Treuhänder oder Baufortschrittsprüfer gem § 13 BTVG daher berechtigt ist, den Baufortschritt entsprechend zu beurteilen, selbst wenn noch geringfügige Arbeiten ausstehen, die den Gesamtfertigstellungsprozess nicht wesentlich beeinträchtigen. Es liegt in seiner Verantwortung sicherzustellen, dass das Fehlen bestimmter Leistungen entweder auf Fehler oder Versäumnisse des Bauträgers zurückzuführen ist oder objektiv erforderlich ist, um den Baufortschritt zu ermöglichen oder zu erleichtern. Wichtig zu betonen ist jedoch, dass die Geltung der ÖNORM explizit im Bauträgervertrag vereinbart werden muss.⁴⁷

Den Ausführungen in den Erläut⁴⁸ zufolge dient die Baufortschrittskontrolle gem §§ 10 und 12 BTVG vor allem dazu, sicherzustellen, dass der Erwerber nur Zahlungen leistet, die dem Wertzuwachs der Liegenschaft durch die Bauarbeiten entsprechen. Mängel sind nur dann gravierend, wenn sie dazu führen, dass der Wertzuwachs hinter den Erwartungen zurückbleibt, die dem Ratenplan entsprechen. Technische Probleme wie das Fehlen einiger Dachziegel hindern nicht zwangsläufig den gewünschten Wertzuwachs durch den Baufortschritt. Es ist wichtig sicherzustellen, dass die Zahlungen des Erwerbers immer mit dem Wertzuwachs der Liegenschaft im Einklang stehen.⁴⁹ Nach *Engin-Deniz* ist ein Bauabschnitt dann abgeschlossen, wenn die vorhandenen Mängel üblicherweise erst in einer späteren

⁴⁵ ÖNORM B 2120:2012.

⁴⁶ Gartner, BTVG⁵ § 10 Rz 12.

⁴⁷ Gartner, BTVG⁵ § 10 Rz 12.

⁴⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁴⁹ Gartner, BTVG⁵ § 10 Rz 12.

Phase behoben werden oder wenn sie im Rahmen kleinerer Fertigstellungsarbeiten in einer späteren Phase gelöst werden können.⁵⁰

In Bezug auf die genannte Wertrelation betont *Gartner* weiterhin, dass bei der Bewertung dieser Relation berücksichtigt werden muss, dass aufgrund der Verschiebung der Ratenzahlungen nach der Novelle 2008 der Mehrwert der Bauträgerleistungen im Ausmaß des ursprünglich höheren Werts der Leistungen des Bauträgers (an Liegenschafts- und Bauwert) während der gesamten Bauphase beibehalten werden muss. Gem dem Willen des Gesetzgebers wird dieser Vorsprung des Bauträgerwerts erst ausgeglichen, wenn die Zahlungen des Erwerbers fällig werden und der fertiggestellte Vertragsgegenstand übergeben wird.⁵¹

Im Folgenden soll nun näher auf die einzelnen Raten und die einhergehenden Bauabschnitte eingegangen werden. Die erste und jede weitere Zahlung(en) gem § 10 BTVG werden grds erst fällig, wenn eine rechtskräftige Baugenehmigung für das Objekt vorliegt. In Fällen, in denen keine spezifischen Baugenehmigungen mehr für bestimmte Bauvorhaben gem den geltenden Bauordnungen ausgestellt werden (zb vereinfachtes Bauverfahren nach § 70a Wiener BO), gilt das Kriterium als erfüllt, sobald die vorgesehenen Einspruchsfristen für Parteien abgelaufen sind.⁵² Je nachdem ob der Ratenplan A oder B gewählt werden, sind bei Vorliegen einer gültigen Baubewilligung 10 oder 15 % des Kaufpreises fällig. In Ausnahmefällen kann gem § 10 Abs 3 BTVG vereinbart werden kann, dass die erste Rate fällig wird, auch wenn keine Baugenehmigung vorliegt, sofern der Wert der Liegenschaft oder des verkauften Liegenschaftsanteils ausreichende Sicherheit bietet.⁵³ Die Überprüfung dieses Kriteriums und des entsprechenden Werts obliegt dem Treuhänder.⁵⁴ *Gartner* betont in seiner Auffassung, dass die erteilte Baugenehmigung dem Bauträger die volle Befugnis geben muss, das gem dem Bauträgervertrag geschuldete Objekt vollständig zu errichten.⁵⁵ Ebenso weist *Gartner* daraufhin, dass die Baubewilligung und die zugrunde liegenden Pläne mit den "aussagekräftigen Plänen" des Bauträgervertrags übereinstimmen müssen. Kleine Unterschiede oder Abweichungen, die keine separate Baubewilligung erfordern, sind unerheblich.⁵⁶ Werden nach Unterzeichnung des Bauträgervertrags bewilligungspflichtige Änderungswünsche geäußert, stellt auch die Bewilligung der baulichen Änderungen eine

⁵⁰ *Engin-Deniz*, BTVG² (1999) § 10 Rz 3.

⁵¹ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 13.

⁵² *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 3; *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 8; *Pittl*, BTVG² § 10 113 f.

⁵³ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 3; *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 5; OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d

⁵⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 3; *Pittl*, BTVG² § 10 127 f.

⁵⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 4.

⁵⁶ *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 10 Rz 10.

wesentliche Voraussetzung für die Fälligkeit von Zahlungen gem § 10 BTVG dar. Wenn solche Änderungen eine separate Baubewilligung erfordern, ist die erste Rate erst nach Erteilung dieser neuen Genehmigung fällig – auch dann, wenn die ursprüngliche Baugenehmigung ohne Änderungswünsche vorliegt.⁵⁷ Bei geringfügigen Änderungswünschen, die lediglich durch Bauanzeige der Behörde bekannt gemacht werden müssen, reicht die vorhandene Baubewilligung aus, um die Rate fällig werden zu lassen. Falls jedoch die Baubehörde feststellt, dass eine Bauanzeige nicht ausreicht und eine Baubewilligung erforderlich ist, kann der Erwerber die geleisteten Zahlungen zusammen mit Zinsen gem § 14 BTVG zurückfordern. Es liegt daher in der Verantwortung des Bauträgers, die Änderungswünsche des Erwerbers zu prüfen und entsprechend den baurechtlichen Folgen zu handeln.⁵⁸ Es liegt stets in der Verantwortung des Bauträgers, Änderungswünsche zu prüfen und baurechtliche Folgen zu berücksichtigen. Bei Änderungsaufträgen des Erwerbers ohne Mitteilung an den Bauträger oder Treuhänder trägt der Erwerber das Risiko abweichender Bauführung. Daher ist es ratsam, dass der Bauträger mit den beauftragten Professionisten entsprechende Vereinbarungen trifft, um die Kontrolle über Änderungen zu behalten, die eine nachträgliche Baubewilligung erfordern.⁵⁹

Ein Baufortschrittsprüfer, der vorschnell die Baubewilligungsfähigkeit bestimmter Änderungen annimmt, kann sich im Nachhinein gegenüber den Erwerbern, die mit Abbruchaufträgen aufgrund einer fehlenden Genehmigung konfrontiert sind, schadenersatzrechtlich haftbar machen. Dennoch kann vertraglich festgelegt werden, dass die Fälligkeit der Raten auch ohne rechtskräftige Baubewilligung eintritt, wenn die grundbücherliche Sicherstellung des Erwerbers ausreichend ist. Unter denselben Bedingungen kann auch die Notwendigkeit einer Baubewilligung für Änderungen des Erwerbers die Fälligkeit der Ratenzahlungen nicht beeinträchtigen, wenn der Wert der Liegenschaft oder der bisher erbrachten Bauleistungen ausreichende Sicherheit bietet. Diese Einschätzung obliegt dem Treuhänder oder Baufortschrittsprüfer gem § 13 BTVG.⁶⁰

Eine wichtige Überlegung betrifft nach *Gartner* die verbreitete Praxis, Bauträgerverträge als eine Kombination aus einem Kaufvertrag mit einem Drittverkäufer von Liegenschaften und einem Vertrag mit dem Bauträger zu gestalten, wobei beide Verträge gemäß § 2 Abs 4 BTVG eine wirtschaftliche Einheit bilden. Die früher vertretene Auffassung muss aufgrund einer

⁵⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 4.

⁵⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 5.

⁵⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 6.

⁶⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 6; *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 10.

Entscheidung des OGH⁶¹ revidiert werden. Der OGH stellte klar, dass der bloße Liegenschaftsverkäufer selbst nicht als Bauträger im Sinne des BTVG betrachtet wird, sondern nur der "Errichter" diese Eigenschaft besitzt. Bei solchen "Kombinationsmodellen" müssen dennoch der Kaufpreis für den Grundanteil, der Errichtungspreis und die Kosten für vom Bauträger vorgegebene Professionisten oder Sonderwünsche in das Sicherungssystem des errichtenden Bauträgers einbezogen werden. Der Kaufvertrag mit dem bloßen Liegenschaftsverkäufer wird separat nach den "Liegenschaftskaufvertragsregeln" abgeschlossen und abgewickelt, wobei nur ein Rückforderungsanspruch des Kaufpreises für den Grundanteil vom errichtenden Bauträger gesichert werden muss.⁶² Falls der Liegenschaftsverkäufer und der Bauträger identisch sind, obliegt es dem Treuhänder, die Verbücherung des Eigentums oder Miteigentums des Erwerbers zu ermöglichen, um den Sicherungskriterien gerecht zu werden.⁶³

Die zweite Rate ist gem § 10 Abs 2 BTVG bei Fertigstellung des Rohbaus und des Daches fällig. Die ÖNORM B 2120 definiert diese Fertigstellung des Rohbaus mit folgenden erforderlichen Bauelementen: „*Fundament samt Abdichtung, tragende Wände, Rohdecken, Stiegenkonstruktion Haupteinschließung, Stiegenkonstruktion im eigentlichen Vertragsgegenstand (sofern massiv)*“. Bei den erforderlichen Bauelementen betreffend Fertigstellung des Daches kommt es darauf an, ob das Dach als Steil- oder Flachdach ausgeführt wird. Jedenfalls haben beide Dacharten zB eine vollständige Dämmung, Verblechung und Abdeckung vorzuweisen.⁶⁴ Die Fertigstellung des Daches hat insofern eine große Bedeutung, als dies einen großen Stellenwert für die technische „Nutzbarkeit“ des Vertragsobjekt hat.⁶⁵ Nach *Gartner* umfasst die Erreichung dieses Bauabschnitts notwendigerweise die Errichtung der tragenden Innenwände. Befindet sich das konkrete Vertragsobjekt in einem Wohnhaus, in dem mehrere eigenständige Einheiten entstehen, muss dies auch für das gesamte Gebäude gelten, um die erforderliche Wertäquivalenz zu erreichen. Ob zudem im spezifischen Vertragsobjekt nichttragende Innenwände fertiggestellt werden müssen, hängt sowohl von den vertraglichen Abmachungen und etwaigen Sonderwünschen des Käufers ab als auch vom Erfordernis, den entsprechenden Bauwert zu erzielen.⁶⁶

Die dritte und vierte Rate gem § 10 Abs 2 BTVG betreffen die Fertigstellung der Rohinstallationen sowie die Fertigstellung der Fassade und der Fenster einschließlich deren

⁶¹ OGH 21.4.2016, 9 Ob 12/16d.

⁶² *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 10.

⁶³ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 11.

⁶⁴ ÖNORM B 2120:2012. Punkt 3.14.3

⁶⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 29.

⁶⁶ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 29.

Verglasung. Die Rohinstallationen betreffen gem ÖNORM B 2120 jegliche HKLS Installationen, wobei sowohl in Ratenplan A als auch in Ratenplan B zu diesem Zeitpunkt 20% des Kaufpreises fällig werden.⁶⁷

Die Fassade wurde als vierte Rate und eigenes Fertigstellungsmerkmal in den Ratenplan integriert, um den angemessenen Schutz des Objekts vor Witterungseinflüssen sicherzustellen. Sie stellt einen Wertgegenstand dar und muss technisch vollendet sein. Seit der BTVG-Novelle 2008 hat die Verschiebung des Leistungsmerkmals „Fassade“ in diesen Bauabschnitt viel (nach *Gartner* berechnete) Kritik bei Bauträgern hervorgerufen. In der Praxis wird die Fertigstellung der Fassade – insb der Farbstrich - erst gegen Ende des Bauvorhabens vorgenommen. Der Hintergrund ist nachvollziehbar: ein möglichst später Zeitpunkt der Färbung der Fassade soll Beeinträchtigungen und Mängel durch weitere (zwingend notwendige) Bauarbeiten verhindern und so vor einem weiteren Farbanstrich schützen.⁶⁸ Weiters muss bei einem Mehrparteienhaus die Fertigstellung der Fenster im gesamten Gebäude abgeschlossen sein. Es reicht nicht aus, wenn die Fenster „nur“ im spezifischen Vertragsobjekt des Erwerbers eingebaut wurden. Wie auch schon bei der Fertigstellung des Dachs, stellen die Fenster ebenfalls ein wertbestimmendes Merkmal eines Gebäudes dar und schützen es vor Witterungseinflüssen.⁶⁹

Die Rate gem § 10 Abs 2 Z1 und Z2 je lit e BTVG und sogleich fünfte Rate spielt im Baugeschehen eine wichtige Rolle. Die ÖNORM B 2120 definiert den Zeitpunkt der Bezugsfertigstellung als Zustand der Fertigstellung, in dem der eigentliche Gegenstand des Vertrags gem den Bauvorschriften rechtlich benutzt werden darf. Das bedeutet, dass die allgemeinen Teile des Gebäudes und der Gesamtanlage im vereinbarten Zustand fertiggestellt sind und der Zugang zum Gebäude ohne wesentliche Hindernisse möglich ist.⁷⁰ Nach *Pittl* hat die Fertigstellung des Vertragsgegenstandes dem vereinbarten Zustand des Vertrages (oder zb der Bau und Ausstattungsbeschreibung) zu entsprechen und setzt die Benutzbarkeit sowie einen problemlosen Zutritt (samt Zufahrt) zum Eigentumsobjekt voraus.⁷¹ Diese Ansicht vertritt auch *Gartner*. Er betont, dass der Baufortschritt "Bezugsfertigstellung" gem den Kriterien des § 10 BTVG zu bewerten ist, was bedeutet, dass die objektive Wertrelation zwischen der erbrachten Leistung und der fälligen Rate berücksichtigt werden muss. Die Bezugsfertigstellung wird erreicht und die entsprechende Rate wird fällig, wenn der vereinbarte

⁶⁷ ÖNORM B 2120:2012. Punkt 3.14.4

⁶⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 31.

⁶⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 32.

⁷⁰ ÖNORM B 2120:2012. Punkt 3.14.5

⁷¹ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 7.

Leistungsgegenstand gem den Vertragsbedingungen hergestellt wurde und frei von sichtbaren „gravierenden Mängeln“ (wird im Kapitel 2.3.2 näher erläutert) ist. Es ist wichtig zu beachten, dass zu diesem Zeitpunkt auch die allgemeinen Teile des Gebäudes und der Anlage benutzbar sein müssen, die notwendig sind, um den Vertragsgegenstand des Erwerbers zu erreichen und zu nutzen. Jedoch müssen die allgemeinen Teile zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig fertiggestellt sein, da dieser Fälligkeitsspunkt seit der Gesetzesnovelle 2008 eine eigene Bauabschnittsrate darstellt.⁷² Auch *Prader/Pittl*⁷³ sowie der OGH⁷⁴ vertreten die Ansicht, dass eine Benützungserlaubnis eine Kernvoraussetzung für die „Bezugsfertigstellung“ ist. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um ein formelles Genehmigungsverfahren mit der Ausstellung einer Benützungsbewilligung oder um eine einfache Fertigstellungsmeldung handelt.⁷⁵

Gartner hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass unabhängig von Bezugsfertigstellung der Erwerber gem § 1052 ABGB das Recht hat, den Kaufpreis oder Werklohn zurückzuhalten. Wenn der Zeitpunkt der Prüfung und Bestätigung des Baufortschritts "Bezugsfertigstellung" mit der tatsächlichen Übergabe des fertiggestellten Vertragsgegenstands an den Erwerber zusammenfällt, können diese beiden Rechte in Konflikt geraten. In solchen Fällen sollte nach *Gartner* dem Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers Vorrang eingeräumt werden. Dies liegt daran, dass der Bauträger durch die Übergabe des Objekts an den Erwerber seine rechtliche Verantwortung für das Objekt abschließt und akzeptieren muss, dass der Erwerber sein Zurückbehaltungsrecht ausübt, falls Mängel vorliegen. Der OGH⁷⁶ hat das Zurückbehaltungsrecht gem § 1052 ABGB ausdrücklich bestätigt und nach *Gartner* besteht dieses Recht auch für frühere oder weitere Baufortschrittsraten, die zum Zeitpunkt der Übergabe des Vertragsgegenstands noch nicht bezahlt wurden. Ab diesem Zeitpunkt gelten die Gewährleistungs- und Zurückbehaltungsregeln des ABGB (auf die Gewährleistungsrechte des ABGB wird in Kapitel 4 näher eingegangen), die die Beurteilungskriterien des BTVG überlagern. Es ist zu beachten, dass Einschränkungen des Gewährleistungsrechts des Verbrauchers gemäß § 9 KSchG bei Verbraucherverträgen unzulässig sind. Auch bei Wohnungseigentumsprojekten sind Vereinbarungen über die Beschränkung von Gewährleistungsansprüchen und Schadenersatzansprüchen nichtig, selbst gegenüber Unternehmern. Der Erwerber ist nicht verpflichtet, ein mangelhaftes Objekt zu übernehmen,

⁷² *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 19.

⁷³ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), BTVG Praxiskommentar² (2023) § 10 Rz 26.

⁷⁴ OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d

⁷⁵ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 10 Rz 26; *Böhm*, Unzulässige vorzeitige Auszahlung bei fehlender baubehördlicher Benützungserlaubnis, immolex 2021/167.

⁷⁶ OGH 21.3.2017, 10 Ob 17/16x.

und hat das Recht, die Übernahme zu verweigern und den Werklohn zurückzuhalten, bis das Objekt mangelfrei ist. Diese Regeln gelten auch für die Übergabe von Vertragsobjekten, die gemäß dem BTVG errichtet wurden.⁷⁷ Jegliche Klauseln, die den Erwerber dazu verpflichten, das Vertragsobjekt trotz geringfügiger Mängel zu übernehmen, sind im Kontext des Konsumentenschutzes auf jeden Fall unzulässig. Im Bereich des B2B wäre solch eine Vertragsklausel grds zulässig.⁷⁸

Im Kontext des Verbrauchergeschäfts wird nach *Prader/Pittl* debattiert, ob ein Zurückbehaltungsrecht trotz geringfügiger Mängel besteht, insb in Bezug auf den Ratenplan. Diese Fragestellung wird im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 6 KSchG näher beleuchtet. Einig ist sich die Lehre darin, dass günstigere Normen gem § 1 Abs 2 KSchG Anwendung finden könnten. Diese Erwägungen werden insb bei der Insolvenz des Bauträgers relevant. Denn selbst bei kleinen Mängeln kann ein Zurückbehaltungsrecht für den Erwerber bedeutsam sein, insb wenn die Insolvenz zu einer Baueinstellung führt, bevor die Übergabe stattfindet. Eine solche Baueinstellung könnte dazu führen, dass der Erwerber mit bloßen Insolvenzforderungen konfrontiert wird, was aus rechtlicher Sicht problematisch ist. Die Diskussion berührt auch die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht des § 1052 ABGB auch Zahlungen aus dem Treuhandkonto beeinflussen könnte. Allerdings wird dies verneint, da vertraglich eine sofortige Zahlung auf das Treuhandkonto vereinbart werden kann, ohne dass ein Sicherungsinstrument erfüllt sein muss. Es wird argumentiert, dass es Sinn und Zweck des Ratenplans ist, die Abwicklung nicht unnötig zu verkomplizieren und dem Treuhänder ein praxistaugliches Abgrenzungskriterium zu geben. Daher sprechen diese Überlegungen nicht gegen, sondern für die Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts. Dieses dient als Abgrenzungskriterium, um zu bestimmen, ob der Treuhänder grds auszahlen darf oder nicht. Es wird jedoch betont, dass dies nicht bedeutet, dass weitergehende Einwendungen, insb im Insolvenzfall mit Baueinstellung vor der Übergabe, ausgeschlossen werden sollen. Dies steht im Zusammenhang mit den Überlegungen zur Prüfpflicht des Treuhänders, der den Baufortschritt beurteilt, jedoch keine Qualitätskontrolle durchführt.⁷⁹

§ 10 Abs 2 Z 1 bzw Z 2 je lit e BTVG sieht neben der „Bezugsfertigstellung“ auch eine vorzeitige Übergabe als mögliche Baufortschrittsphase vor. Die Unterscheidung zw Bezugsfertigstellung und vorzeitiger Übergabe bietet keine vollständige Wahlfreiheit. Vorzeitige Übergabe kann entweder von Anfang an vereinbart werden⁸⁰, wenn der Erwerber beabsichtigt, das Objekt

⁷⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 20; OGH 21.3.2017, 10 Ob 17/16x.

⁷⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 21; *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, BTVG² § 10 Rz 22.

⁷⁹ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 10 Rz 30.

⁸⁰ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 10 BTVG Rz 54.

selbst auszubauen⁸¹, oder das Objekt wird in bezugsfertigem Zustand übergeben. Diese vorzeitige Übergabe kann jedoch nicht die Schlüsselfertigkeit ersetzen und führt nach *Prader/Pittl* nicht zur Fälligkeit der Rate gem § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 je lit e BTVG, selbst wenn der Erwerber die Rechtslage nicht kennt. Verträge, die darauf abzielen, widersprechen der gesetzlichen Anordnung und können als gröblich benachteiligend betrachtet werden. Selbst bei wirksam vereinbarter vorzeitiger Übergabe zum Selbstausbau ersetzt dies nicht die behördliche Benützungserlaubnis für die Fertigstellung der Gesamtanlage. Die Bezugsfertigstellung ist nicht gleichbedeutend mit der behördlichen Benützungserlaubnis und erfordert keine vollständig bezugsfertige Wohnung.⁸²

Die sechste Rate gem § 10 Abs 2 Z 1 bzw Z 2 lit f BTVG stellt den Zeitpunkt der Fertigstellung der Gesamtanlage dar. Der vorgesehene Prozentsatz betrifft je nach Ratenplan 4 bzw 9 % des Kaufpreises und beinhaltet die Fertigstellung des (bereits zuvor erwähnten) Vertragsgegenstandes zzgl der Gesamtanlage, die durch den Erwerber gewöhnlich mitgenutzt wird.⁸³ Nach *Gartner* sind unter Gesamtanlage ausschließlich die Teile der Anlage zu verstehen, die üblicherweise vom Erwerber genutzt werden können. Dazu gehören die allgemeinen Bereiche innerhalb des Gebäudes, in dem sich der eigentliche Vertragsgegenstand befindet, sowie die für dieses Gebäude erforderlichen Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, eventuelle Garagenabstellplätze, Spielplätze und andere Einrichtungen, die für die Nutzung durch die Bewohner des betreffenden Gebäudes vorgesehen oder geeignet sind.⁸⁴

Als letzte Rate wird gem § 10 Abs 2 Z 1 bzw Z 2 lit g BTVG drei Jahre nach Übergabe des Vertragsgegenstandes in Form eines Hafrücklasses iHv 2 % fällig – dies jedoch nur, wenn der Bauträger keine Garantie oder Versicherung gem § 4 Abs 4 BTVG vorgelegt hat. Der Hafrücklass gem § 4 Abs 4 BTVG wird in den nachfolgenden Kapiteln genauer betrachtet.

Der Vertragserrichter oder Treuhänder muss sicherstellen, dass im Bauträgervertrag mit einem Verbraucher keine Abweichungen vom gesetzlichen Ratenplan zu Lasten des Verbrauchers vorgenommen werden. Was genau als "zum Nachteil des Verbrauchers" zu betrachten ist, bleibt rechtlich unklar – der OGH hat in dieser Sache bis dato keine Entscheidung getroffen.⁸⁵ Die vorherrschende Meinung in der Literatur⁸⁶ ist jedoch, dass jede

⁸¹ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 7; *Prader/Pittl* in *Schwimmann/Kodek*, BTVG² § 10 Rz 28.

⁸² *Prader/Pittl* in *Schwimmann/Kodek*, BTVG² § 10 Rz 28.

⁸³ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 8.

⁸⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 37; *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 8.

⁸⁵ OGH 20.5.2003, 4 Ob 107/03v.

⁸⁶ *Pittl*, BTVG³ § 10 Rz 13; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 10 Rz 15.

frühere Zahlung, die vom Erwerber verlangt wird, selbst wenn eine entsprechende Wertrelation nachgewiesen ist, als Nachteil angesehen werden kann. Dies liegt daran, dass frühere Zahlungen zu Zinsnachteilen und einer möglichen Beeinträchtigung der Äquivalenz bzw Wertrelation zw Bauleistung und Zahlungen führen können. Daher sollte der Bauträgervertrag, insb bei Neubauten, entweder den gesetzlichen Ratenplan genau einhalten oder die finanzielle Situation des Erwerbers verbessern, indem Zahlungen in geringerem Umfang oder zu einem späteren Zeitpunkt verlangt werden.⁸⁷

2.3.2 Die Definition eines gravierenden Mangels

Ein „wesentlicher Mangel“ ist in der österreichischen Rechtslage bereits aus dem allgemeinen Gewährleistungsrecht gem § 923 ABGB bekannt. Der Begriff "gravierender Mangel" welcher in den BTVG-Materialien⁸⁸ Anwendung findet, unterscheidet sich jedoch vom Konzept des "wesentlichen Mangels" im Gewährleistungsrecht. Ein Mangel gilt als wesentlich gem den Gewährleistungskriterien, wenn er den Gebrauch der Sache verhindert. Jedoch muss ein Mangel, der nach diesen Kriterien als wesentlich betrachtet wird, nicht unbedingt als "gravierend" iSd § 10 BTVG angesehen werden.⁸⁹ *Gartner* betont in diesem Zusammenhang, dass es wichtig zu beachten ist, dass bei der Beurteilung von Mängeln auch Rechtsmängel als "gravierend" angesehen werden können. Obwohl Beispiele für solche Rechtsmängel im Allgemeinen seltener sind als die klassischen Sachmängel an den Bauleistungen, müssen sie dennoch im Einzelfall bewertet werden.⁹⁰

Mängel beeinträchtigen die Fertigstellung eines Bauabschnitts nur dann, wenn sie dazu führen, dass der tatsächliche Wertzuwachs der Liegenschaft im Vergleich zum erwarteten Wertzuwachs bei mangelfreier Durchführung der Bauarbeiten deutlich zurückbleibt. Um den Sicherungszweck des Ratenplanmodells zu erfüllen, betonen *Böhm/Höllwerth*⁹¹ daher, dass eine gewisse objektive Äquivalenz zw dem durch die Bauarbeiten erzielten Wertzuwachs und den Zahlungen des Erwerbers für den jeweiligen Bauabschnitt bestehen muss. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der BTVG-Novelle im Jahr 2008 eine teilweise Verschiebung der Ratenzahlungen vorgenommen, wodurch die strikte Übereinstimmung zwischen dem Wert der erbrachten Bauleistungen und den zu leistenden Vorauszahlungen zugunsten des Erwerbers aufgegeben wurde. Diese Vorleistung des Bauträgers in Bezug auf den Wert der Liegenschaft und des Baus muss während der gesamten Bauphase beibehalten werden und darf erst mit

⁸⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 40.

⁸⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

⁸⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 14; *Böhm/Pletzer* in *Schwimann*, BTVG² § 10 Rz 13.

⁹⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 14.

⁹¹ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht* III § 10 BTVG Rz 15.

Abschluss des gesamten Bauvorhabens ausgeglichen werden. Wenn der Wertzuwachs der Liegenschaft aufgrund von Mängeln hinter den Zahlungen des Erwerbers und diesem Vorleistungsvorsprung des Bauträgers zurückbleibt, ist die Äquivalenz gestört und die Sicherung des Erwerbers gem der Ratenplanstruktur nach § 10 BTVG nicht mehr gewährleistet.⁹²

Es besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass ein Bauabschnitt, und folglich das gesamte Bauvorhaben, nur dann als fertiggestellt gilt (iS der Bezugsfertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Fertigstellung der Gesamtanlage gemäß § 10 Abs 2 Z 1 bzw 1 lit e und f BTVG), wenn keine gravierenden Mängel vorliegen.⁹³ Da der Begriff des „gravierenden Mangel“ im BTVG nicht definiert ist und es in der Lehre unterschiedliche Auffassungen darüber gibt, was genau als "gravierender Mangel" zu verstehen ist, ist eine Beurteilung oftmals schwierig.⁹⁴ Diese entgegengesetzten Ansichten der Lehre verdeutlichen die Vielschichtigkeit der Diskussion über die Bedeutung von "gravierenden Mängeln" im Kontext des BTVG.⁹⁵ Es existieren im Wesentlichen drei verschiedene Ansichten⁹⁶, auf die hier im Folgenden kurz näher eingegangen werden soll.

Praders Ansicht nach ist die Frage nach einem nicht gravierenden oder geringfügigen Mangel besonders wichtig, da das Ratenplanmodell am häufigsten angewendet wird.⁹⁷ Daher sollte die Schwelle für Geringfügigkeit anhand der Zielsetzung des Ratenplans bestimmt werden. Es ist bekannt, dass das grundbücherliche Sicherungsmodell nicht der Absicherung von Rückforderungsansprüchen des Erwerbers dient, sondern lediglich seinen Rechtserwerb an dem Vertragsobjekt absichert. Dies soll sicherstellen, dass der Erwerber nur in dem Umfang zahlt, wo auch eine entsprechende Gegenleistung vorliegt.⁹⁸ *Prader* betont, dass dem Bauträger bereits mehrere Absicherungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, wie explizit in § 6 Abs 1 Z 2 BTVG festgelegt ist. Zusätzlich kann vereinbart werden, dass der Kaufpreis bereits vor der Fälligkeit nach dem Ratenplan auf ein Treuhandkonto eingezahlt wird, was zu einer vollständigen Absicherung des Bauträgers führt. Im Vergleich dazu ist der Schutz des Erwerbers auf die Fälligkeit der Raten nach dem Ratenplan beschränkt. Daher hat der

⁹² *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 15.

⁹³ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6; *Böhm*, Nur eingeschränkte Haftung des Treuhänders bei verfrühter Weiterleitung des Treuhandererlags an den Bauträger?, wobl 2021, 81 (83).

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

⁹⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 14.

⁹⁶ *Böhm*, Nur eingeschränkte Haftung des Treuhänders bei verfrühter Weiterleitung des Treuhandererlags an den Bauträger?, wobl 2021, 81 (83); *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 17.

⁹⁷ *Prader*, wobl 2016, 384; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 10 Rz 2.

⁹⁸ *Prader*, wobl 2016, 384; OGH 17.2.2005, 8 Ob 113/04g.

Bauträger nicht nur mehr Sicherungsmöglichkeiten, sondern kann sich auch vollständig absichern, was für den Erwerber nicht gilt.⁹⁹ *Prader* erläutert weiterhin, dass durch den Ratenplan und die begrenzte Baufortschrittskontrolle ein ansonsten unübersichtlicher Aufwand und Verzögerungen bei der Abwicklung vermieden werden sollen. Angesichts dieser Faktoren wird nach *Praders* Ansicht deutlich, dass die Wertrelation nicht das einzige relevante Argument ist, wenn es zur Beurteilung eines „gravierenden Mangels“ kommt. Dennoch ist vor allem der Schutz der Erwerber gemäß den Bestimmungen des BTVG zu beachten. Da sich der Erwerber in einer schwächeren Position befindet, ist es daher angemessen, einen strengen Maßstab anzulegen.¹⁰⁰ Zu beachten ist ebenso, dass neben der Wertrelation zwischen Leistung und Rate auch sichergestellt sein muss, dass die geschuldete Leistung trotz des nicht gravierenden Mangels noch erbracht werden kann, um einen Fall dauerhafter Unmöglichkeit zu vermeiden. Dies zeigt sich zb bei Pflichtstellplatzanforderungen, bei denen eine unzureichende Vorkehrung zur dauerhaften Unmöglichkeit führen kann. Der Schutz liegt dabei auf Seiten des Erwerbers, der im Insolvenzfall besonders benachteiligt ist und dessen Ausfallsrisiko minimiert werden muss. Zudem sind Mängel oft bei Übergabe nicht erkennbar und bleiben nur dem Bauträger oder Baufortschrittsprüfer bekannt (bzw sollten bekannt sein). Der Treuhänder ist sich vieler dieser Mängel oft nicht bewusst, insb wenn sie vom Baufortschrittsprüfer nicht erwähnt werden.¹⁰¹ Angesichts eines solchen Risikos für den Ausfall kann nach der Ansicht von *Prader* nur etwas als nicht gravierend oder geringfügig betrachtet werden, wenn es objektiv betrachtet für den Erwerber, gemessen an der bereits erhaltenen Leistung, keine signifikante Bedeutung hat, insb im Fall der Insolvenz des Bauträgers.¹⁰²

Während *Prader* einen Ansatz verfolgt, der sich am gesetzlichen Haftrücklass orientiert¹⁰³ und von den gängigen Definitionskriterien abweicht, basierend auf den Gesetzesmaterialien, hebt *Gartner* hervor, dass das Vorhandensein von Mängeln nicht zwangsläufig die Beurteilung eines Bauabschnitts als abgeschlossen behindert. Ganz im Gegenteil: Mängel, die routinemäßig mit normalen Mitteln behoben werden können, sollten diese Beurteilung nicht beeinträchtigen.¹⁰⁴ *Gartner* argumentiert, dass die rein optische Beurteilung eines Mangels und die grobe Bewertung im Sinne der grundlegenden Prinzipien der Bauabschnittsprüfung nach dem BTVG eine gewisse Bandbreite der Schätzung ermöglichen sollten. Dies gilt insb vor dem Hintergrund, dass der Bauträger durch die strengeren Ratenpläne gem der BTVG-

⁹⁹ *Prader*, wobl 2016, 384; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 10 Rz 7.

¹⁰⁰ *Prader*, wobl 2016, 384.

¹⁰¹ *Prader*, wobl 2016, 384.

¹⁰² *Prader*, wobl 2016, 385.

¹⁰³ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht* III § 10 BTVG Rz 20.

¹⁰⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 14.

Novelle von 2008 nicht unnötig belastet werden sollte. Es muss berücksichtigt werden, dass eine zu niedrige Festlegung der Grenze für einen gravierenden Mangel den Bauträger wirtschaftlich erneut belasten könnte und womöglich dadurch weitere vermeidbare Mängel verursacht.¹⁰⁵

*Böhm und Höllwerth*¹⁰⁶ sind der Meinung, dass ein Mangel als gravierend betrachtet wird, wenn nach allgemeiner Verkehrsauffassung der zur Mängelbehebung erforderliche Aufwand im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen unverhältnismäßig erscheint. Dabei spielt die konkrete Bedeutung des Mangels und seine Auswirkung auf den Erwerber eine entscheidende Rolle.¹⁰⁷ Mängel, die routinemäßig während der weiteren Bauarbeiten behoben werden können und mit keinem wesentlichen Aufwand verbunden sind, hindern die Beurteilung der Fertigstellung nicht. Insgesamt liegt der Fokus darauf, den Grad der objektiven Wertminderung der Liegenschaft aufgrund des Mangels zu bewerten, wobei die Kosten für die Mängelbehebung und der Anteil am Kaufpreis für den betreffenden Bauabschnitt entscheidend sind.¹⁰⁸

Das OLG Linz hat bei der Auslegung des Begriffs "gravierender Mangel" in seinem Urteil¹⁰⁹ betont, dass neben der Wertrelation auch die optische Erkennbarkeit des Mangels für den Baufortschrittsprüfer eine weitere Voraussetzung ist. Dabei stellte der OGH klar, dass die Bauabschnittsprüfung gem den ErlRV nicht primär zur Qualitätskontrolle dient, sondern auf einer rein visuellen Prüfung durch den Baufortschrittsprüfer basiert. Infolgedessen rücken die Wertrelation und das wertmäßige Ausmaß des Mangels etwas in den Schatten.¹¹⁰

Um diese abstrakte Beschreibung praxisrelevant zu gestalten, stellt sich die Lehre darüber hinaus die Frage welche zahlenmäßige Begrenzung als geringfügiger Mangel toleriert wird.

*Prader*¹¹¹ vertritt hier klar die Ansicht, dass eine zulässige Höchstgrenze für nicht gravierende Mängel auf maximal 2% des Kaufpreises (dies entspricht dem Hafrücklass gemäß § 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 je lit g) für sämtliche Bauabschnitte vorliegt. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass der vorhandene Mangel trotz des Fortschritts des Baus vollständig „sach- und fachgerecht saniert werden kann“, ohne dass dies für den Erwerber Nachteile mit sich bringt. Insb sollte nach *Prader* auch gefordert werden, dass den Erwerbern der noch nicht

¹⁰⁵ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 19.

¹⁰⁶ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 16.

¹⁰⁷ OGH 26.8.2008, 5 Ob 107/08h; *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 16.

¹⁰⁸ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 16.

¹⁰⁹ OLG Linz 7.5.2014, 4 R 45/14m.

¹¹⁰ *Prader*, wobl 2016, 383.

¹¹¹ *Prader*, WGG^{4.16} (2024) § 10 Anm 5; *Prader*, wobl 2016, 385.

fertiggestellten eigenen Abschnitte keine Ansprüche gem den Bestimmungen des WEG gegenüber den anderen Erwerbern zustehen. Eine Fertigstellung liegt demzufolge nicht vor, wenn das Gebäude zwar fertiggestellt wurde, aber zb nur eine eingeschränkte Benutzungserlaubnis (die eine Voraussetzung für die Fälligkeit der Rate darstellt) erteilt wurde, weil zb Mängel vorhanden sind, die behoben werden müssen (zb falsche Brandschutzausführungen). Ein derartiger Mangel könnte dazu führen, dass ein Anspruch auf die erstmalige Herstellung eines mangelfreien Zustands entsteht und somit die anderen Käufer finanziell belastet werden¹¹² (vgl dazu auch § 30 Abs 1 Z 1 WEG). In diesem Fall sieht *Prader* eine Fertigstellung als nicht gegeben.¹¹³

Gartner argumentiert, dass eine differenzierte Herangehensweise angemessener ist als eine einheitliche Grenze von zb 2%. Er schlägt vor, eine Größenordnung von 10-20% der jeweiligen Bauabschnittsrate als Maßstab zu verwenden und diese Prozentsätze differenziert auf die einzelnen Bauabschnitte anzuwenden. Seiner Ansicht nach ermöglicht diese Herangehensweise eine bessere Berücksichtigung der "Unverhältnismäßigkeit" der Absicherung von Bauträger und Erwerber. *Gartner* betont, dass die Einschätzung eines Mangels und dessen Bewertung eine gewisse Schätzungsbandbreite erfordert, um der Tiefe der Bauabschnittsprüfung gemäß BTVG gerecht zu werden.¹¹⁴ Auf diese sogenannte Toleranzgrenze geht *Gartner* jedoch in seiner BTVG-Kommentierung von 2023 nicht mehr ein.¹¹⁵ *Böhm* stellt *Gartners* Ansatz in Frage, insb da unklar ist, wie genau diese "Schätzungsbandbreite" in der Praxis angewendet werden soll. Vor allem aber würde der Erwerber im Extremfall eine übermäßige Einschränkung des Werts der Bauleistungen in den betroffenen Bauabschnitten hinnehmen müssen. Dies lässt es *Böhm* zufolge unwahrscheinlich erscheinen, dass dieser Mangel in den nächsten beiden Etappen ausgeglichen werden kann.¹¹⁶

Böhm vertritt die Ansicht, dass der Mangel maximal 5 % der jeweiligen Raten nicht überschreiten sollte. Dies begründet er damit, dass der Mangel nicht größer sein dürfe als der letzte zu zahlende Ratenbetrag, der gem der alten Rechtslage noch 3 % betrug. Nach *Böhm* hat sich an diesem Ansatz von 5 % durch die BTVG-Novelle von 2008 nichts geändert, er argumentiert, dass dieser Ansatz auch nach der Novelle beibehalten werden kann, da er realistische Ergebnisse lieferte und der Gesetzgeber die Ratenplanregelungen nicht gelockert

¹¹² OGH 11.12.2001, 5 Ob 275/01d.

¹¹³ *Prader*, WGG^{4.16} § 10 Anm 5.

¹¹⁴ *Gartner*, immolex 2013, 331.

¹¹⁵ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 19; *Gartner*, BTVG⁵ § 10.

¹¹⁶ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 19.

hat. Obwohl er im Sinne eines flexiblen Systems auf den Einzelfall abzielt, setzt er keine absolute Höchstgrenze fest, sodass sich nach seiner Ansicht die 5 % auch in besonderen Fällen "vervielfältigen" könnten.¹¹⁷

Wie sich zeigt, ist die Definition eines „gravierenden Mangels“ im Kontext des BTVG äußerst komplex und unterliegt verschiedenen Interpretationen. Da eine eindeutige Definition seitens des Gesetzgebers fehlt, führt dies zu einem gewissen Spielraum bei der Auslegung. Weder im Gesetz noch in den Materialien findet sich eine klare Festlegung einer zahlenmäßigen Grenze. Dies hat zu einer Vielfalt von Ansichten in der Lehre geführt und verschiedene Experten argumentieren für Prozentsätze von 2 bis 20% als angemessene Grenzwerte für einen gravierenden Mangel. Diese Bandbreite verdeutlicht die Schwierigkeit, einen einheitlichen Maßstab für die Beurteilung von Mängeln im Bauprojekt festzulegen und zeigt die Notwendigkeit einer genaueren Betrachtung der individuellen Umstände jedes Falls.

2.4 Die Bauabschnittsprüfung gem § 13 BTVG

Bei der grundbücherlichen Sicherung iVm den Zahlungen nach Ratenplan gem §§ 9 und 10 BTVG spielen die in § 10 Abs 2 BTVG näher definierten Bauabschnitte eine entscheidende Rolle. Das Gesetz gibt klare Vorgaben, nach welchen erreichten Bauabschnitten die Zahlungen des Erwerbers an den Bauträger ausgezahlt werden dürfen und erlaubt keine für den Erwerber nachteiligere Abweichung. Das Gesetz sagt in § 12 Abs 4 BTVG, dass der Treuhänder den *Erwerber bei der Einhaltung des Ratenplans durch Überwachung des Baufortschritts zu unterstützen hat*.¹¹⁸

Grds obliegt die Aufgabe der Überprüfung des erreichten Bauabschnitts gem § 13 Abs 2 BTVG dem bestellten Treuhänder. Die Beurteilung ob der gem vereinbarten Zahlungsplan betreffende Bauabschnitt erreicht wurde, bedarf technisches Wissen, welches in der Praxis durch einen Treuhänder nicht abgedeckt wird.¹¹⁹ Aus diesem Grund räumt der Gesetzgeber dem Treuhänder gem § 13 Abs 2 BTVG das Recht ein, *einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft* beizuziehen. Strittig ist jedoch, ob der Terminus „Sachverständigen für das Bauwesen“ vom Gesetzgeber als spezifisch genug definiert wurde. Diese Problematik

¹¹⁷ Böhm, 2004, 45ff; Prader, wobl 2016, 385; Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 18.

¹¹⁸ Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 6.

¹¹⁹ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 315; Gartner, BTVG⁵ § 13 Rz 11; Prader in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 3.

verschärft sich, wenn man die Definition der „Sachverständigen für das Bauwesen“ heranzieht, da es im Gebiet des Bauwesens für unterschiedlichste Bereiche Sachverständige gibt (zB Sachverständige für abwassertechnische Anlagen, Tunnelbau, Wasserkraftwerksbau usw). Zweifelhafte ist, dass jeder dieser Sachverständiger einen geeigneten Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG darstellt. *Prader* ist der Auffassung, dass § 13 Abs 2 BTVG *insoweit teleologisch dahin gehend zu reduzieren ist*, dass ein Sachverständiger für Bauwesen als geeigneter Baufortschrittsprüfer zu beurteilen ist, wenn *dessen Befugnis auf die Errichtung des konkret zu beurteilenden Objektes gerichtet ist*. Demnach sollen vorwiegend Sachverständige aus dem Bereich Architektur, Statik und Hochbau herangezogen werden.¹²⁰ Diese Ansicht vertritt *Böhm* partiell, wonach nicht jeder Sachverständige laut Sachverständigenliste die Voraussetzungen eines Baufortschrittsprüfers erfüllt. Nach dem Gesetz wären grds alle Sachverständigen der Fachgruppe 72 „Bauwesen“ gemeint, *Böhm* sieht hier explizit nur die Gruppe 72.01 „Hochbau & Architektur“ als für die Aufgabe qualifiziert, schließt die Gruppe der Statiker – im Gegensatz zu *Prader* – jedoch aus.¹²¹

In dem Zusammenhang der Auswahl eines Baufortschrittsprüfers, soll bereits dem Kapitel der Haftung etwas vorgegriffen werden und erwähnt werden, dass die Benennung eines formell ungeeigneten Sachverständigen an sich weder die ordnungsgemäße Umsetzung des grundbücherlichen Sicherungsmodells noch die Fälligkeit der einzelnen Ratenplanzahlungen beeinträchtigt.¹²² Daher löst dies auch keinen Rückforderungsanspruch gemäß § 14 BTVG oder eine Strafbarkeit nach § 17 Z 2 BTVG aus.

Der sogenannte Baufortschrittsprüfer, welcher direkt vom Treuhänder bestellt wird, jedoch nicht als Erfüllungsgehilfe des Treuhänders gem §1313a ABGB auftritt, empfiehlt dem Treuhänder anhand der erreichten Bauabschnitte, ob eine Zahlung freigegeben werden kann oder nicht.¹²³ Der Treugeber muss in diesem Zusammenhang jedoch die ihm verifizierbaren Informationen prüfen, so falls eine unrichtige Bestätigung durch den Baufortschrittsprüfer für ihn erkennbar ist, er die Zahlungen gem § 10 Abs 2 BTVG nicht freigibt.¹²⁴ Der Treuhänder kann sich einem Baufortschrittsprüfer „bedienen“, dies bedeutet jedoch nicht, dass zwischen den beiden ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis vorliegen muss.¹²⁵

¹²⁰ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 4; *Friedl* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ (2022) § 13 BTVG Rz 2.

¹²¹ *Böhm*, Der formal „untaugliche“ Baufortschrittsprüfer im BTVG, *immolex* 2017, 266 (267).

¹²² *Böhm*, *immolex* 2017, 267.

¹²³ *Witt-Döring* in *Artnner/Kohlmaier* 316.

¹²⁴ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 5.

¹²⁵ *Pittl*, BTVG³ (2019) § 13 Rz 2.

§ 13 Abs 1 BVTG besagt, dass die Prüfung, ob ein Bauabschnitt erreicht wurde, nach dem Fertigstellungsgrad der Hauptanlage zu beurteilen ist.¹²⁶ Wie *Gartner* richtig erläutert hat, ist diese Beurteilung für ein Einfamilienhaus einfach zu überprüfen, bei einem Mehrparteienhaus bzw einer Reihenhausanlage ist die Überprüfung differenziert zu betrachten¹²⁷, da neben dem vereinbarten Vertragsgegenstand – zb einer Wohnungen - auch die Allgemeinflächen des Gebäudes berücksichtigt werden müssen.¹²⁸ Sollte es sich um eine Wohnanlage mit mehreren Wohnblöcken handeln, wird nach hM der Fertigstellungsgrad des Wohnblockes in welchem der Vertragsgegenstand des Erwerbers liegt, beurteilt.¹²⁹ *Friedl* weist jedoch daraufhin, dass die Begriffe „Gesamtanlage“ und „Hauptanlage“ wie sie im Gesetz verwendet werden, zu unterscheiden sind, *als die Auszahlungsschritte bis hin zur Gesamtanlage (§ 4 Abs 1 Z 1) nur nach der Hauptanlage beurteilt werden, die vorletzte Rate vor dem Hafrücklass dann aber nur fällig werden kann, wenn auch die Gesamtanlage iSd § 4 Abs 1 Z 1 fertiggestellt ist.*¹³⁰

Neben der technischen Beurteilung, ob ein Bauabschnitt erreicht wurde, muss zwingend auch eine wirtschaftliche Beurteilung durch den Treuhänder resp den Baufortschrittsprüfer erfolgen, denn die grundbücherliche Sicherung gem § 9 BTVG unterstellt als Basis eine wirtschaftliche, und keine technische, Bewertung des Vertragsinhaltes. Der Gesetzgeber zielt bei den Sicherungsmodellen darauf ab die Wertrelation zwischen den geleisteten Zahlungen und den entsprechenden Bauwerten im jeweiligen Stadium aufrecht zu halten. Der sogenannte „Reibungsverlust“ soll zu jedem Zeitpunkt möglichst gering bzw abgedeckt bleiben, dem folgend wird nicht nur der jeweilige bauliche Akt, sondern auch der dementsprechende „Wert“ dieses Bauakts überprüft.¹³¹

Der in der Praxis häufig verwendete Terminus „bezugsfertig“ versteht sich nach hM jedenfalls als Zustand, welcher für den Erwerber benutzbar für die im Vertrag vereinbarten Zwecke ist.¹³² Folglich bedeutet dies für den Fertigstellungsgrad der Allgemeinflächen, dass der Erwerber den Vertragsgegenstand *problemlos auf übliche Art und Weise* betreten kann, um dort sein Eigentumsrecht frei ausüben zu können.¹³³ Ob und inwiefern die Inbetriebnahme des Lifes der Allgemeinfläche die Bezugsfertigstellung des Vertragsgegenstandes beeinflusst, hängt zb davon ab, ob der Lift Teil des Vertrages wurde. Der Ratenplan sieht gem § 10 Abs 2 Z 1 lit f bzw § 10 Abs 2 Z 2 lit f BTVG die Fertigstellung der Gesamtanlage als separat zu erreichenden

¹²⁶ *Witt-Döring* in *Artner/Kohlmaier* 315.

¹²⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 1.

¹²⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 3.

¹²⁹ *Prader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 1; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 13 Rz 1.

¹³⁰ *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 13 Rz 1

¹³¹ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 2.

¹³² *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 13 Rz 2.

¹³³ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 5.

Bauabschnitt vor, wurde der Lift jedoch im Vertrag als Voraussetzung für die Bezugsfertigstellung angeführt, wird der Bauabschnitt der Bezugsfertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes erst mit der Fertigstellung des Liftes erreicht.¹³⁴

Das Erreichen eines Bauabschnittes soll grds nicht auf einer Qualitätsprüfung der Bauleistung beruhen und daher aufgrund von geringfügigen Mängeln verhindert werden. *Prader* vertritt jedoch die Auffassung, dass es nicht nur zu baulichen Mängeln kommen kann, sondern auch öffentlich-rechtliche Mängel vorliegen können. Insb ist hier Rücksicht darauf zu nehmen, dass ein Baufortschritt bloß als erfüllt zu betrachten ist, wenn sich dieser an die vorgegebenen Inhalte der Baubewilligung hält und davon nicht abweicht. Wenn es aufgrund von Bauausführungen zu Abweichungen der ursprünglichen Baugenehmigung kommt und eine neue Bewilligung erforderlich ist, um die notwendige Benützungsbewilligung zu erhalten, können die festgestellten Mängel nicht mehr als geringfügig angesehen werden, da sie die Fertigstellung des Bauabschnitts beeinträchtigen.¹³⁵

In Bezug auf die Frage, ob sich der Treuhänder darauf verlassen kann, dass die Abweichungen unerheblich sind und keine neue Baubewilligung erforderlich ist, hängt dies laut *Prader*¹³⁶ von den individuellen Umständen ab und ist als Einzelfallentscheidung zu bewerten. Der Treuhänder sollte, wenn er von solchen Abweichungen Kenntnis hat, jedenfalls den Baufortschrittsprüfer konsultieren, um festzustellen, ob die Abweichungen tatsächlich eine neue Baugenehmigung erfordern.¹³⁷ In diesem genannten Zusammenhang ist die Notwendigkeit der Beiziehung eines fachlich geeigneten Baufortschrittsprüfers besonders gut erkennbar.

Das BTVG hat seit seiner Einführung 1997 ein solides Schutzgerüst für den Erwerber eines noch zu entrichtenden Bauobjekts gebracht, jedoch wurden seit Einführung seitens der Praxis immer wieder Bedenken in Bezug auf die Qualitätssicherung des Bauprojekts und dem Sicherungsverhältnis von Bauträger- und Erwerberschutz geäußert. Im folgenden Kapitel soll daher ein praxisnaher Blick auf die Qualitätssicherung im Rahmen eines Bauprojekts nach dem BTVG geworfen werden.

¹³⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 6.

¹³⁵ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 2; *Gartner*, Die Haftung des Baufortschrittsprüfers nach BTVG, *immolex* 2013, 331 (331).

¹³⁶ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 2.

¹³⁷ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 2.

3 Qualitätssicherung im Bauprojekt nach dem BTVG

Das Kapitel der Qualitätssicherung beschäftigt sich mit den aktuellen Sicherheitsmechanismen des BTVG bei einer mangelhaften Bauausführung und geht dabei unter anderem auf die Haftrücklassgewährung des § 4 Abs 4 BTVG ein. Das Bauwesen ist ein Gewerbe mit hoher finanzieller Wertigkeit, umso wichtiger ist daher die Notwendigkeit einer Qualitätssicherung bei Verträgen, welche auf noch fertigzustellende Objekte abzielen. In einem weiteren Schritt wird daher auf diese Notwendigkeit der Qualitätssicherung eingegangen und demonstrative Gründe erläutert.

Um die Freigabe der Ratenzahlungen nach Baufortschritt (vgl dazu Kapitel 2) zu gestatten, hat der Treuhänder nach § 13 Abs 2 BTVG die Möglichkeit einen Baufortschrittsprüfer beizuziehen. Dieser soll die „technische“ Erfüllung der Bauabschnitte beurteilen und ist dabei nicht als Erfüllungsgehilfe des Treuhänders gem § 1313a ABGB zu bewerten. Ein wichtiger Teil dieses Kapitels beschäftigt sich daher mit der Rolle und Verantwortung des Baufortschrittsprüfers.

Sollte der Bauträger seine Arbeiten ordnungs- und vertragsgemäß durchführen, kommt es selten zu Haftungsansprüchen gegenüber den Projektbeteiligten. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass externe Faktoren - zb der Preisanstieg der Baurohstoffe oder ein hohes Zinsniveau – Auswirkungen auf die Qualitätsausführung eines Bauprojektes haben können. Aus diesem Grund befasst sich der letzte Abschnitt dieses Kapitels mit den Haftungen der wichtigsten und haftungsrelevantesten Projektteilnehmer – dem Bauträger, dem Treuhänder und dem Baufortschrittsprüfer - nach dem BTVG.

3.1 Analyse der Sicherheitsmechanismen bei mangelhafter Bauausführung im BTVG

In der BTVG-Novelle 2008 wurde den damals geäußerten Sicherheitsdefiziten nachgegangen und mit dem § 4 Abs 4 BTVG die für den Bauträger verpflichtende Gewährung eines Haftrücklasses iHv mindestens 2% des Gesamtkaufpreises zur Sicherung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aufgrund mangelhafter Bauleistung, implementiert.¹³⁸ *Aufner/Bydlinski* äußern, dass vom Gesetzgeber nach wie vor eine Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch das bestehende Gewährleistungsrecht des ABGB beabsichtigt wird.¹³⁹ Die Verpflichtung nach § 4 Abs 4 BTVG

¹³⁸ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 7; *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

¹³⁹ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 4 Rz 18.

betrifft jedoch lediglich Verträge über den *Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums oder des Baurechts*, wohingegen das allgemeine Gewährleistungsrecht auf sämtliche Verträge anwendbar ist.¹⁴⁰ Den Ansichten *Pittl* zufolge, könnte dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen sein, dass sich die 2% Haftrücklass nur am Kaufpreis ohne Zusatzbeträge orientieren, jedoch ist aus den Materialien und der Absicht der Gesetzgebung zu entnehmen, dass jedenfalls auch Kosten nach § 4 Abs 1 Z 3 BTVG inkludiert sind.¹⁴¹

Das Gesetz bietet dem Bauträger zur Gewährung dieses Haftrücklasses die Sicherungswahl zwischen einem sogenannten „Barhaftrücklass“ oder einer Haftrücklassgarantie. Beide müssen für mindestens drei Jahre nach erfolgter Übergabe des Vertragsgegenstandes aufrecht bleiben.¹⁴² Üblicherweise fällt die dreijährige Frist des Haftrücklasses nach § 4 Abs 4 BTVG mit der Frist des Gewährleistungsrechtes nach ABGB zusammen, da beide Fristen mit der Übergabe der Sache zu laufen beginnen.¹⁴³ Der Haftrücklass ist vom Gesetzgeber weder im BTVG noch sonst wo näher geregelt, ergibt sich aber durch die Praxisanwendung.¹⁴⁴ Die Wahl der Haftrücklassgarantie ermöglicht dem Bauträger den vollen Kaufpreis bereits vor Ablauf der dreijährigen Frist zu erhalten – in diesem Fall wird die Bankgarantie jedoch dem Vermögen des Erwerbs zugerechnet.¹⁴⁵ Auch in der Praxis hat sich die Haftrücklassgarantie bewährt, da der Erwerber den vollen Kaufpreis bereits mit Übergabe der Sache leistet und daher nicht nach dem Ablauf der dreijährigen Frist die verbleibenden 2% bezahlen muss. Dieser „Trennungsschmerz“ des Erwerbers kann dazu führen, dass er versuchen wird jegliche Mängel zu behaupten um somit nicht erneut Geld in die Hand nehmen muss.¹⁴⁶

Der Haftrücklass zielt darauf ab - im Widerspruch zur gesetzlichen Fälligkeitsregel nach § 1170 ABGB – nicht den vollständigen „Werklohn“ sofort zu entrichten. Stattdessen darf ein Teil des Werklohns vorerst vom Auftraggeber bzw Erwerber einbehalten werden. Aus diesem „Puffer“ kann sich der Erwerber bedienen, wenn Mängel auftreten, welche vom Bauträger nicht behoben werden bzw dieser in die Insolvenz schlittert.¹⁴⁷ Die Vereinbarung über den Haftrücklass wird in der Fachliteratur als eine Abmachung betrachtet, durch die die Fälligkeit des Werklohns des Bauträgers auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der Haftfrist verschoben

¹⁴⁰ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 4 BTVG Rz 77.

¹⁴¹ *Pittl*, BTVG² § 4 55; *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 58.

¹⁴² ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 7.

¹⁴³ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 4 Rz 19.

¹⁴⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 4 Rz 20 f.

¹⁴⁵ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 4 Rz 20.

¹⁴⁶ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 4 BTVG Rz 86; *Böhm*, Der "Barhaftrücklass" nach dem BTVG in der praktischen Abwicklung, immolex 2011, 178 (180).

¹⁴⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

wird.¹⁴⁸ Im Fall einer Haftrücklassgarantie, die anstelle des vereinbarten Haftrücklasses gegeben wird, besteht laut Rsp¹⁴⁹ nicht nur der Zweck, dem Begünstigten eine Sicherheit zu gewähren, sondern ihn in die Position zu versetzen, als hätte er bereits Bargeld erhalten oder genauer gesagt, als hätte er die fragliche Summe noch nicht ausgezahlt. Die Haftrücklassgarantie ersetzt lediglich den Haftrücklass, ohne dass sich die rechtlichen Positionen ändern. Dadurch kann der Erwerber einen Teil des bereits gezahlten Werklohns zurückfordern. Nach Abruf der Garantie gelten die Parteien so, als hätte der Erwerber diesen Teil des Preises noch nicht bezahlt oder als hätte der Unternehmer diesen Teil noch nicht erhalten. Die Beweislast des Erwerbers bezüglich der Herstellung bleibt auch nach der Übergabe unverändert bestehen.¹⁵⁰ Sollte der Haftrücklass nach Ablauf der vereinbarten Frist nicht beansprucht worden sein, ist der „Puffer“ freizulassen.¹⁵¹

Pittl wies daraufhin, dass die Garantie gem § 4 Abs 4 BTVG in der Vergangenheit auch an Bedingungen geknüpft werden konnte¹⁵², mit der wegweisenden Entscheidung des OGH¹⁵³ aus 2015 wurde dies jedoch unterbunden. In dieser Entscheidung betont der OGH, dass die Haftrücklassgarantie dem Erwerber die gleichen Möglichkeiten bieten muss wie der ansonsten berechnete "bare Einbehalt" des Haftrücklassbetrages, der keinerlei besonderen Kriterien unterliegt.¹⁵⁴ *Gartner* merkte in diesem Zusammenhang an, dass die Erläuterung der RV Raum für eine Vereinbarung lassen würden, wonach die Bankgarantie nur unter bestimmten Bedingungen, wie zB der Feststellung von Mängeln durch einen Sachverständigen oder einer gerichtlichen Geltendmachung¹⁵⁵ in Anspruch genommen werden darf. Dies steht jedoch im klaren Widerspruch zu der hier betonten eindeutigen Position des OGH, die seitens *Gartner* vollständig unterstützt wird.¹⁵⁶ Auch *Böhm/Höllwerth* greifen diese „Gleichstellungsthese“ auf, wonach der Erwerber bei der Haftrücklassgarantie das Recht haben muss, immer die vollständige Garantiesumme zu beanspruchen, um auf diese Weise Druck auf den Bauträger ausüben zu können. Strittig ist jedoch, ob diese „Gleichstellungsthese“ nur für Verbraucherverträge iSd KSchG oder alle Bauträgerverträge Gültigkeit hat.¹⁵⁷

¹⁴⁸ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 45; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 4 Rz 22; *Riss*, Sicherung von Gewährleistungsansprüchen in der Insolvenz des Werkunternehmers, ÖBA 2008, 18 (20).

¹⁴⁹ OGH 25.6.2015, 8 Ob 19/15z; OGH 30.01.2017, 6 Ob 140/16f.

¹⁵⁰ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 45.

¹⁵¹ *Iro/Riss*, Der Haftrücklass im Bauträgervertrag, wobl 2007, 266 (267); *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

¹⁵² *Pittl*, BTVG² § 4 56.

¹⁵³ OGH 25.6.2015, 8 Ob 19/15z.

¹⁵⁴ OGH 8 Ob 19/15z.

¹⁵⁵ *Pittl*, BTVG² § 4 56.

¹⁵⁶ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 61; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 4 Rz 27; *Pittl*, BTVG³ § 4 61 f.

¹⁵⁷ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 4 BTVG Rz 86.

Das Gesetz sagt klar, dass der Hafrücklass für die „*Sicherung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche auf Grund mangelhafter Leistung*“ vorliegt. Eine mangelhafte Leistung liegt vor, wenn der Bauträger von den vertraglich vereinbarten Bedingungen abweicht bzw die Sache nicht die vertraglich vereinbarten Eigenschaften der Nutzung aufweist.¹⁵⁸ Wichtig zu erwähnen ist, dass diese Mängel laut *Pittl*¹⁵⁹ und *Gartner*¹⁶⁰ nicht nur auf die eigentliche Vertragssache, sondern auch auf Allgemeinflächen zutreffen können. *Pittl*'s Ansicht nach hat der Gesetzgeber die Rechtsnorm ganz bewusst auf „*bei Übergabe vorhandene, idR nicht erkennbare Sachmängel*“ zugeschnitten.“¹⁶¹ Sollte der Erwerber objektiv erkennbare Mängel bereits bei Übergabe der Sache bekanntgeben und der Bauträger es verabsäumen die Mängel innerhalb der Frist zu beheben, kann der Erwerber den Hafrücklass einbehalten bzw die letzte ausstehende Baufortschrittsrate ausfallen lassen. Sollten die Mängel erst kurz vor der dreijährigen Frist erkennbar werden, hat der Bauträger binnen angemessener Frist Zeit – auch wenn die dreijährige Frist bereits abgelaufen ist - den Mangel zu beheben. In diesem Fall verzögert sich auch die Fälligkeit der letzten Rate des Erwerbers jedenfalls bis zur vollständigen Behebung des Mangels.¹⁶²

Der OGH hat basierend auf seiner stRsp¹⁶³ entschieden, dass der Erwerber bei behebbaren Mängeln - es sei denn, es liegt Rechtsmissbrauch oder Verweigerung der erforderlichen Mitwirkung vor - die gesamte Zahlung bis zur vollständigen Behebung der Mängel zurückhalten darf. Da gem § 6 Abs 1 Z 6 KSchG das Recht des Verbrauchers, die Leistung zu verweigern, nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, war eine spezifische vertragliche Klausel, die besagte, dass der Hafrücklass "bis zur Höhe der tatsächlichen Behebungskosten" besteht, wenn der Bauträger Mängel nicht behebt und "dadurch die Hafrücklassgarantie anteilig" reduziert wird, unzulässig.¹⁶⁴ Dies führt dazu, dass Klauseln in Bauträgenerverträgen, durch die das Recht des Erwerbers, welcher Verbraucher ist, die Leistung zu verweigern, ausgeschlossen oder beschränkt wird, jedenfalls gesetzwidrig und nichtig sind.¹⁶⁵

¹⁵⁸ *Pittl*, BTVG² § 4 56.

¹⁵⁹ *Pittl*, BTVG² § 4 56.

¹⁶⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 64.

¹⁶¹ *Pittl*, BTVG² § 4 57.

¹⁶² *Pittl*, BTVG² § 4 57.

¹⁶³ OGH 30.01.2017, 6 Ob 140/16f.

¹⁶⁴ OGH 6 Ob 140/16f.

¹⁶⁵ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 46.

Aus § 4 Abs 4 BTVG und aus den Materialien ist keine Regelung zur Beweislast abzuleiten, weshalb *Böhm/Höllwerth* anführen, dass der Erwerber die von ihm behaupteten Mängel zu beweisen hat.¹⁶⁶

Das Leistungsverweigerungsrecht des allgemeinen Zivilrechts bleibt auch bei Vorliegen einer Hafrücklassgarantie aufrecht und der Verzicht darauf kann bei Verbraucherverträgen auch nicht ausgeschlossen werden.¹⁶⁷ Zugunsten des Verbrauchers kann die Frist und auch der Hafrücklassbetrag jedoch verlängert bzw erhöht werden.¹⁶⁸ Die Hafrücklassregelung soll kein „Sondergewährleistungsrecht“ zur Folge haben¹⁶⁹, der Spannungsgrad zwischen dem allgemeinen Gewährleistungsrecht nach §§ 922 ff ABGB und § 4 Abs 4 BTVG soll daher in Kapitel 4 näher beleuchtet werden.

Wenn Mängel vorliegen, die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu führen, dass der Bauabschnitt aufgrund des Ausmaßes der Mängel noch nicht als abgeschlossen betrachtet wird, hat der Erwerber gemäß § 1052 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 6 KSchG das Recht zur Zurückbehaltung. Dieses darf nicht mit der Begründung in Frage gestellt werden, dass der Erwerber durch seine Zahlungen bereits einen ausreichenden Gegenwert zur Sicherung möglicher Rückforderungsansprüche erhält. Der Zweck der Regelung in § 1052 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 6 KSchG besteht nicht nur darin, Rückforderungsansprüche zu sichern, sondern auch den Erfüllungsanspruch zu gewährleisten.¹⁷⁰

3.2 Notwendigkeit der Qualitätssicherung im Bauprojekt

Entscheiden sich Verbraucher dazu ein Immobilienobjekt zu kaufen, ist das in den meisten Fällen eine wohl überlegte Entscheidung und soll nicht selten das zukünftige Eigenheim darstellen. In diesen Fällen fließt ein Großteil der Ersparnisse sowie Finanzierungskosten durch Fremdkapital in ein noch zu errichtendes Objekt. Dem Bauträger wird ein hohes Maß an Vertrauen zugewendet, welches im Zuge der monate- bzw jahrelangen (Rechts-)Beziehung der beiden Parteien nicht missbraucht werden soll. Die Notwendigkeit der Qualitätssicherung im Bauprojekt nach dem BTVG kann aus folgenden Gründen als besonders wichtig erachtet werden:

- Schutz des Erwerbers
- Erfüllung der vertraglichen Vereinbarung

¹⁶⁶ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 4 BTVG Rz 77; OGH 25.6.2015, 8 Ob 19/15z.

¹⁶⁷ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 4 Rz 23; *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 63.

¹⁶⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 57.

¹⁶⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 63.

¹⁷⁰ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 6; OGH 25.3.2014 4Ob3/14s.

- Werterhalt des Bauvorhabens
- Vermeidung von finanziellen Risiken
- Einhaltung gesetzlicher Regelungen
- Vermeidung von Mängeln

Der **Schutz des Erwerbers** kann allgemein als ein übergeordnetes Ziel betrachtet werden. Eine Qualitätssicherung soll gewährleisten, dass die vom Bauträger erbrachten Leistungen einerseits den vertraglichen Standards und den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Andererseits sollen sie den Erwerber auch vor Mängeln schützen und das Risiko von Bauproblemen minimieren.

Um den Erwerber nicht nur vor finanziellen Auswirkungen zu bewahren, sondern auch rechtliche Konsequenzen für eine schlechte Qualitätsausführung einzudämmen, muss gewährleistet werden, dass der Bauträger die im Vertrag festgelegten Baustandards und Qualitätsanforderungen erfüllt. Die **Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen** und die Erfüllung der Bauleistung gemäß den festgelegten Bedingungen sind zwingend.

Ein weiterer wichtiger Faktor ist der **Wertehalt des Bauvorhabens**. Die Qualitätssicherung trägt dazu bei, den langfristigen Wert des Bauvorhabens zu erhalten und eine finanzielle Sicherheit und Zukunftsplanung zu ermöglichen. Gut durchgeführte Bauleistungen und eine qualitativ hochwertige Bauausführung – zumindest gem den vertraglichen Vereinbarungen - tragen dazu bei, dass das fertige Bauwerk seinen Wert auch in Zukunft behält.

An diesen Grund knüpft auch die **Vermeidung von finanziellen Risiken** an. Eine frühzeitige Identifizierung von Mängeln und die Gewährleistung der Baustandards minimieren finanzielle Risiken. Die Behebung eines Mangels erst nach Abschluss des Projekts kann erhebliche Kosten verursachen, die vermieden werden können, wenn eine effektive Qualitätssicherung bereits während der Bauphase stattfindet. Zudem können versteckte Mängel oft erst nach Ablauf einiger Jahre ans Licht kommen und die finanzielle Zukunftsplanung erschweren.

Wie bereits erwähnt, stellt eine Qualitätssicherung sicher, dass das Bauprojekt alle relevanten Bauvorschriften und **gesetzlichen Bestimmungen einhält**. Dies schützt nicht nur den Erwerber, sondern auch den Bauträger vor rechtlichen Konsequenzen - während und nach der Bauphase. Da gravierende Mängel sowohl baulicher als auch rechtlicher Natur sein können, steht die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen in engem Zusammenhang mit der Freigabe der einzelnen Bauabschnittsraten nach § 10 BTVG.

Ein besonders wichtiger Punkt dieser Masterarbeit stellt die **Vermeidung von Mängeln** dar, welche durch kontinuierliche Überwachung und Prüfung reduziert werden können. Insb das

frühzeitige Erkennen und Beheben von Mängeln minimiert die Wahrscheinlichkeit von nachträglichen Problemen. In diesem Zusammenhang spielt der sogenannte Baufortschrittsprüfer eine tragende Rolle, weshalb im nachfolgenden Kapitel näher auf seine Rolle und Verantwortung eingegangen werden soll.

3.3 Rolle und Verantwortung des Baufortschrittsprüfers

Wie bereits in Kapitel 2.4 näher erläutert, wird der Sachverständige bzw Baufortschrittsprüfer in der Regel im Rahmen eines Vertrags mit dem Treuhänder beauftragt. Da der Treuhänder direkt durch den Bauträger beauftragt wird, erfolgt die Beauftragung des Baufortschrittsprüfers unter Umständen auch direkt durch den Bauträger.¹⁷¹ Böhm ist jedoch der Ansicht, dass vor dem Hintergrund von § 6 Abs 1 Z 10 KSchG der Baufortschrittsprüfer in einem Verbrauchergeschäft im Allgemeinen nicht dem "Einflussbereich" des Bauträgers zugeordnet werden soll, um zu verhindern, dass der Bauträger unter Umständen indirekt oder direkt Einfluss auf die Freigabe der Zahlungen nehmen könnte.¹⁷² Das Problem der möglichen Einflussnahme wird in Kapitel 5 näher beleuchtet. Es wäre auch möglich, die Tätigkeit des Baufortschrittsprüfers auf Grundlage eines Vertrags mit dem Erwerber auszuüben, jedoch bedarf dies der zwingenden Zustimmung des Bauträgers. Dies liegt daran, dass der Sachverständige in das vom Bauträger vorgeschlagene grundbücherliche Sicherungsmodell eingebunden ist und insb Zugang zur Baustelle benötigt.¹⁷³

Dem Treuhänder steht es frei, zur Unterstützung seiner Tätigkeit einen Baufortschrittsprüfer beizuziehen, welcher den Baufortschritt aus bautechnischer Sicht beurteilt. Das Gesetz gibt hier in § 13 Abs 2 BTVG klare Vorgaben, wonach der Baufortschrittsprüfer zwei mögliche Berufsbilder ausüben kann:

- Einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker
- Einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen

Aus Gründen der Vollständigkeit wird erwähnt, dass die dritte Möglichkeit eines Baufortschrittsprüfers - eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft - für diese Masterarbeit keine wesentliche Rolle spielt und daher im Folgenden nicht weiter behandelt wird.

¹⁷¹ Gartner, Die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, bbl 2008, 207 (208); Gartner, BTVG⁵ § 13 Rz 11.

¹⁷² Böhm, immolex 2017, 266; Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 10.

¹⁷³ Gartner, bbl 2008, 208; Gartner, BTVG⁵ § 13 Rz 11; Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 9.

Die Tätigkeit eines Baufortschrittsprüfers gem § 13 BTVG kommt also grds zur Anwendung, wenn der Treuhänder den Baufortschrittsprüfer mit der Aufgabe der Feststellung eines erreichten Bauabschnitts beauftragt. Ein wesentlicher Aspekt im Kontext der Bauabschnittsprüfung durch den Sachverständigen ist der Umfang und die Intensität seiner Überprüfungstätigkeit. Das Gesetz selbst enthält in den §§ 10 und 13 BTVG keine detaillierten Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung dieser Prüfung, sondern legt lediglich fest, dass die Zahlung der jeweiligen Bauabschnittsraten erst nach dem *Abschluss der in Abs 2 festgelegten Bauabschnitte* fällig wird.¹⁷⁴

Der Gesetzesgeber hat in den Erläut zur Stammfassung des BTVG klar Stellung genommen, dass das Gesetz im Zusammenhang mit § 13 BTVG *vom Treuhänder nur die Beurteilung des Baufortschritts, nicht aber eine Qualitätskontrolle verlangt*. Konkret wird angeführt: *der Treuhänder soll (nur) darauf zu achten haben, ob nach allgemeiner Verkehrsauffassung der jeweilige Baufortschritt erreicht ist. Dabei werden nur gravierende und in die Augen fallende Mängel eine Rolle spielen.*¹⁷⁵ Daraus folgend schließt Witt-Döring, dass geringfügige Mängel eine Bestätigung des Bauabschnitts nicht verhindern.¹⁷⁶ Gartner legt die Erläut des Gesetzgebers demnach aus, dass sich der Baufortschrittsprüfer auf *eine weitgehend optische Prüfung beschränken* darf. Ebenso weist er jedoch darauf hin, dass diese Prüfung durch eine Person erfolgt, welche offensichtlich aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation in der Lage ist, "gravierende Mängel" gem dem BTVG auf eine fachliche Weise zu identifizieren. Folglich ist diese rein „optische Prüfung“ des Baufortschrittsprüfers nicht mit der eines Unkundigen zu vergleichen.¹⁷⁷ Die Erläut des Gesetzgebers zeigen jedoch laut hM¹⁷⁸, dass der Begriff des "gravierenden Mangels" gemäß BTVG sich erheblich von der üblichen gewährleistungsrechtlichen Definition des "wesentlichen Mangels" unterscheidet.

Gartner¹⁷⁹ weist in seiner Auffassungen daraufhin, dass die Absicht der Bauabschnittsprüfung gem dem BTVG nicht darauf ausgerichtet ist, sicherzustellen, dass der Bau zu jedem Zeitpunkt während der Bauphase mangelfrei ist, was laut Gartner wohl auch technisch unmöglich sein dürfte. Vielmehr verfolgt der erklärte Zweck des grundbücherlichen Sicherungsmodells samt Zahlung nach Ratenplan die Absicherung der Rechtsposition des Erwerbers. Im Ratenplanmodell erfolgt diese Sicherung jedoch nicht durch die Gewährleistung der Rückzahlung der vom Erwerber geleisteten Zahlungen mittels Bankgarantie, sondern durch

¹⁷⁴ Gartner, bbl 2008, 209.

¹⁷⁵ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

¹⁷⁶ Witt-Döring in Artner/Kohlmaier 317.

¹⁷⁷ Gartner, bbl 2008, 211.

¹⁷⁸ Böhm/Pletzer in Schwimann, BTVG² § 10 Rz 16; Gartner, bbl 2008, 209.

¹⁷⁹ Gartner, bbl 2008, 209.

die bestmögliche wirtschaftliche Absicherung der Fertigstellung des Bauvorhabens und somit der Erfüllung der Leistungsverpflichtung des Bauträgers.¹⁸⁰ Daraus folgend verlangt der Gesetzgeber keinen durchgehend mangelfreien Zustand der Vertragssache, sondern verlangt vom Baufortschrittsprüfer die Abwägung der Werthaltigkeit der Bauleistungen verglichen mit den zu leistenden Zahlungen durch den Erwerber.¹⁸¹

Ein essenzieller Faktor zur Beurteilung, ob ein Bauabschnitt trotz vorliegendem Mangel freigegeben werden kann, oder ob es sich tatsächlich um einen „gravierenden Mangel“ handelt, ist einerseits die Abwägung ob nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht mehr von der Erreichung des Bauabschnitts gesprochen werden kann. Andererseits muss geprüft werden, ob die Bauleistungen in diesem Abschnitt so mangelhaft sind, dass der Aufwand zur Mangelbehebung im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu zahlenden Beträgen unverhältnismäßig hoch ist.¹⁸²

Die Aufgabe des Baufortschrittsprüfers in diesem Zusammenhang liegt also in der Prüfung, ob (nach allgemeiner Auffassung) alle üblichen Leistungen für den relevanten Bauabschnitt erfolgt sind, ob Mängel erkennbar vorhanden sind und schließlich ob diese erkennbaren Mängel durch einen unverhältnismäßig hohen Aufwand zu beheben sind. Der unverhältnismäßig hohe (finanzielle) Aufwand muss dabei den freizugebenden Bauabschnittsraten gegenübergestellt werden.¹⁸³ Um einen Bauabschnitt gem BTVG als "fertiggestellt" zu beurteilen, muss der Aufwand zur Behebung des "gravierenden Mangels" also als "unverhältnismäßig" betrachtet werden.¹⁸⁴ Bei der Durchführung der oben genannten „optischen Kontrolle“ ist der Baufortschrittsprüfer bei Vorliegen eines zweifelhaften „gravierenden Mangel“ gem BTVG verpflichtet, die notwendigen zusätzlichen technischen Untersuchungen zu vollziehen, wobei ihm freigestellt ist, in welchem Umfang er diese Untersuchungen ausweitet. Sollten weiterführende Untersuchungen aufgrund von Verdachtsmomenten nur mithilfe technischer Messgeräte möglich sein, ist der Baufortschrittsprüfer im konkreten Fall dazu verpflichtet, diese auch einzusetzen.¹⁸⁵ Dabei muss er laut *Gartner* berücksichtigen, dass in der Bauphase die Behebung von Baumängeln am Fundament oder im Mauerwerk sowie eine Abweichungen von den Bauplänen zugunsten des Erwerbers usw einfacher durchführbar sind als nach der Übergabe des Objekts an den

¹⁸⁰ *Gartner*, bbl 2008, 209; OGH 27.5.2004, 8 Ob 42/04s;

¹⁸¹ *Gartner*, bbl 2008, 209.

¹⁸² *Gartner*, bbl 2008, 209; ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 22.

¹⁸³ *Gartner*, bbl 2008, 209; *Gartner*, immolex 2013, 332.

¹⁸⁴ *Gartner*, bbl 2008, 210.

¹⁸⁵ *Gartner*, bbl 2008, 211.

Erwerber. In diesem Zusammenhang hat der Sachverständige sowohl die wirtschaftlichen Interessen des Bauträgers als auch die Interessen des Erwerbers zu berücksichtigen.¹⁸⁶

Stellt der Baufortschrittsprüfer fest, dass Bauarbeiten von den bekannten Bauplänen abweichen, so ist er ebenfalls verpflichtet, erforderliche Nachforschungen anzustellen, um sicherzustellen, dass die Bauausführung sowohl den getroffenen Vereinbarungen entspricht als auch behördlich genehmigt wurde.¹⁸⁷ Er ist verpflichtet sich über die etwaigen Planänderungen bzw Übereinkünfte zwischen Bauträger und Erwerber auf dem Laufenden zu halten.¹⁸⁸

Nach der Ansicht von *Böhm* erfüllt ein (wertmäßiger) Behebungsaufwand von mehr als 5% der jeweiligen Bauabschnittsrate das genannte Kriterium der "Unverhältnismäßigkeit".¹⁸⁹ *Gartner* sieht die genannte Grenze von 5 % jedoch als zu gering und empfiehlt für die "Unverhältnismäßigkeit" bei der Beurteilung eines Bauabschnitts gem BTVG auf 10–20% der jeweiligen Bauabschnittsrate anzusetzen. Er argumentiert, dass eine differenzierte Anwendung dieser Prozentsätze auf die einzelnen Bauabschnittsraten eher dem Begriff der "Unverhältnismäßigkeit" entspricht als eine einheitliche Grenze von 5%, da diese dazu führen könnte, geringfügige Mängel als "gravierend" zu bewerten.¹⁹⁰ Diese Argumentation beruht letztlich darauf, dass die rein optische Beurteilung eines Mangels und die grobe Einschätzung im Rahmen der Intensität der Bauabschnittsprüfung gemäß BTVG eine gewisse Bandbreite bei der Schätzung erlauben muss. *Gartner* fügt in diesem Zusammenhang noch an, dass der Bauträger seit der BTVG-Novelle 2008 mit den Bauleistungen verglichen mit den Ratenzahlungen des Erwerbers deutlich in Vorleistung gehen muss und die Bürde einer 5% Schwelle den Bauträger nur weiter in finanzielle Bedrängnis bringen würde – was sich letztendlich auch wieder negativ auf den Erwerber auswirken könnten.¹⁹¹

Weiters ist es wichtig zu erwähnen, dass der Baufortschrittsprüfer zwingend berücksichtigen muss, dass die Einschätzung eines Mangels als "gravierend" gem dem BTVG primär auf der wertmäßigen Relation des Mangels oder der Mängelbehebungskosten im Verhältnis zur Bauleistung basieren sollte und nicht die Qualifizierung als "wesentlich" oder "unwesentlich"

¹⁸⁶ *Gartner*, bbl 2008, 211.

¹⁸⁷ *Gartner*, immolex 2013, 333; *Gartner*, BTVG² (2013) § 10 Rz 5f; OGH 29.8.2006, 5 Ob 151/06a.

¹⁸⁸ *Gartner*, immolex 2013, 333.

¹⁸⁹ *Böhm* in *Gartner/Riss/Wolfinger*, Praxishandbuch zum BTVG (2008) 136f.

¹⁹⁰ *Gartner*, bbl 2008, 210; *Gartner*, immolex 2013, 332.

¹⁹¹ *Gartner*, immolex 2013, 332.

im Sinne der gewährleistungsrechtlichen Kriterien im Vordergrund steht.¹⁹² Die Aspekte des allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB werden im Kapitel 4 näher betrachtet.

3.4 Haftung der Projektbeteiligten nach dem BTVG

Die Qualitätssicherung im Bereich des BTVG wird unter anderem mit der Haftung der Projektbeteiligten ermöglicht. In den folgenden Unterkapiteln soll näher auf die einzelnen Beteiligten eingegangen werden. Da sich die Masterarbeit insb mit der Freigabe der Baufortschrittszahlungen beschäftigt und wie dieser Mechanismus im Zuge einer erhöhten Qualitätssicherung verbessert werden kann, werden vorwiegend die Haftungen des Treuhänders und des Baufortschrittsprüfers thematisiert. Ebenso soll die Haftung des Bauträgers nach dem BTVG erörtert werden. Ein Immobilienprojekt besteht in den meisten Fällen jedoch nicht nur aus diesen drei ausgewählten Beteiligten – vom ausführenden Bauunternehmen und seinen Subfirmen bis hin zur örtlichen Bauaufsicht (ÖBA) sind viele Parteien mit unterschiedlichen Aufgaben betreut. Da der Bauträger, der Treuhänder und der Baufortschrittsprüfer im Hinblick auf die Freigabe der Ratenzahlungen gem § 10 BTVG jedoch wohl den größten Einfluss haben, werden diese Projektbeteiligten in dieser Arbeit näher beleuchtet.

3.4.1 Bauträger

In diesem Kapitel soll auf die Haftung des Bauträgers bzw die Ansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger im Zeitraum während des Bauprojektes eingegangen werden. Die Tatbestände der Gewährleistung bei mangelhafter Ausführung nach Übergabe der Vertragssache werden hier nicht behandelt und im Kapitel 4 näher erläutert.

Dem Erwerber steht das Recht der Rückforderungsansprüche gem § 14 BTVG bei vorzeitiger Zahlung an den Bauträger zu. Der Gesetzgeber wollte damit einen präventiven Schutz des Erwerbers bezwecken und erklärt in den Materialien, dass der Bauträger alle Zahlungen, die er entgegen den Bestimmungen des BTVG erhalten hat, an den Erwerber zurückerstatten muss. Ein besonderes Merkmal dieses Rückforderungsanspruchs ist, dass der zu erstattende Betrag unabhängig von einem Verschulden des Bauträgers in einer Höhe zu verzinsen ist, die den gesetzlichen Zinssatz erheblich übersteigt.¹⁹³ Die Zinsen beginnen dabei ab dem Zeitpunkt der Annahme der Zahlung zu laufen. Diese spezielle Rückforderungsnorm stellt sicher, dass der Erwerber sein Geld unter Verzinsung zurückfordern kann. Im Gegensatz zu

¹⁹² *Gartner*, bbl 2008, 210.

¹⁹³ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26; *Pittl*, BTVG³ § 14 161.

den Bestimmungen des § 1432 ABGB, soll diese Rückforderung auch bei einer nicht irrtümlichen Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld möglich sein. Falls die Fälligkeit zwischenzeitlich eingetreten ist, kann das Kapital nicht mehr zurückgefordert werden. Dennoch behält der Erwerber das Recht, die bis zur Fälligkeit aufgelaufenen Zinsen zu verlangen. Auf dieses Recht kann der Erwerber – zu seinem eigenen Schutz – auch nicht verzichten.¹⁹⁴

Eine besondere Rolle spielt hier der vom Gesetzgeber verwendete Begriff „vorzeitig“. Die Lehre vertritt die Annahme, dass die Verwendung des Begriffs "vorzeitig" anzeigt, dass insb Zahlungen zurückgefordert werden können, die zum Zeitpunkt ihrer Zahlung noch nicht fällig waren.¹⁹⁵ Dies könnte zb auch in einem direkten Zusammenhang mit einer fälschlichen Beurteilung durch den Baufortschrittsprüfer hängen.

Wenn eine Zahlung ursprünglich in Übereinstimmung mit dem BTVG erfolgte, da die entsprechenden Sicherheiten (Bankgarantie, grundbücherliche Sicherung etc) vorhanden waren, und die Sicherung später entfällt, zb weil eine Bankgarantie aufgrund von Fristablauf ihre Wirkung verliert oder ein zuvor bestätigter Baufortschritt nach dem Ratenplan aufgrund von äußeren Ereignissen, die dem Bauträger zuzurechnen sind, wieder rückgängig gemacht wird, entfällt die entsprechende Sicherheit rückwirkend. *Friedl*¹⁹⁶ und *Gartner*¹⁹⁷ äußern in ihren Kommentaren, dass gem § 14 Abs 1 BTVG auch in solchen Fällen die ursprünglich "richtig" geleistete Zahlung mit Verzinsung zurückgefordert werden können, die Zahlungen aber wieder fällig werden, sobald der Bauträger die Sicherheiten erneut erfüllt.¹⁹⁸

Der Rücktritt des Erwerbers vom Vertrag stellt keine Voraussetzung der Inanspruchnahme einer Rückforderung dar. Vielmehr kann der Erwerber auch trotz Zahlungsrückforderung am Bauvertrag festhalten.¹⁹⁹

Die Frage ob bei einer vorzeitigen Auszahlung und folglich den Rückforderungsansprüchen des Erwerbers auch Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können, verneint der OGH in einer Entscheidung aus 2018, wonach in dem vorliegenden Fall der Treuhänder

¹⁹⁴ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

¹⁹⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 14 Rz 3; *Böhm/Pletzer* in *Schwimmann*, BTVG² § 14 Rz 1; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 14 Rz 1.

¹⁹⁶ *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 14 Rz 2.

¹⁹⁷ *Gartner*, BTVG⁵ § 14 Rz 12.

¹⁹⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 14 Rz 12; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 14 Rz 2.

¹⁹⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 14 Rz 5; *Pittl*, BTVG³ § 14 161.

geklagt wurde und der Schadensersatzanspruch an der Kausalität scheiterte, da der Treuhänder den behaupteten Schaden nicht verursacht habe.²⁰⁰

Gem § 15 BTVG haftet der Bauträger dem Erwerber für Rückforderungsansprüche nach § 14 BTVG auch dann, selbst wenn der Erwerber nach den Bedingungen des Bauträgervertrags Zahlungen an Dritte getätigt hat. Dem Wortlaut nach hat der Gesetzgeber hier eine weite Auslegung ermöglicht, den Gesetzesmaterialien zu Folge soll diese Bestimmung jedoch nur eine Lücke schließen. Diese Lücke kann auftreten, wenn aufgrund der vertraglichen Gestaltung des Bauträgervertrags Teile des Entgelts direkt einem Dritten zustehen und der Erwerber bereits Zahlungen an diesen Dritten geleistet hat.²⁰¹ Die Materialien zu § 7 BTVG verdeutlichen, dass *Zahlungen des Erwerbers für Vertragserrichtung und -abwicklung von der Sicherungspflicht ausgenommen* werden sollen. Dies liegt laut dem Gesetzgeber daran, dass solche Zahlungen nicht das Baugeschehen selbst und die Bauleistungen betreffen. Obwohl sie zur Prüfung des Anwendungsbereichs des BTVG berücksichtigt werden sollen, befinden sie sich außerhalb des Schutzbereichs des Gesetzes.²⁰² In diesem Zusammenhang hat auch der OGH in einem Fall entschieden, dass der Bauträger nicht für Rückforderungsansprüche haftet, wenn Zahlungen an Dritte aufgrund einer eigenständigen vertraglichen Vereinbarung, wie zb dem Maklervertrag, erfolgten. Die Argumentation stützt sich auf die Auslegung von § 15 BTVG.²⁰³

Die Ansichten des OGH vertritt auch die Lehre. Gemäß *Gartner* haftet der *Bauträger nicht für sonstige Zahlungen des Erwerbers, die dieser aufgrund anderer eigenständiger Verträge leistet, wie etwa Honorare für Vertragserrichtung und -abwicklung, Gebühren und Kosten von Banken, vom Erwerber bezahlte Grunderwerbssteuern und Eintragungsgebühren und vor allem Provisionen von Immobilienmaklern.*²⁰⁴ Auch *Prader*²⁰⁵ argumentiert dafür, dass es auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Bauträgervertrag und dem Vertrag mit dem Dritten ankommt. Zahlungen an vom Bauträger "vorgegebene" Professionisten unterliegen dem § 15 BTVG, während Zahlungen an vom Erwerber selbst ausgewählte Professionisten oder Honorarzahungen an den Vertragsverfasser nicht darunterfallen. Eigenständige vertragliche Vereinbarungen führen dazu, dass selbst im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag kein Rückforderungsanspruch nach § 15 BTVG besteht.²⁰⁶ *Pittl* bejaht

²⁰⁰ OGH 20.2.2018, 10 Ob 64/17k; *Gartner*, BTVG⁵ § 14 Rz 8.

²⁰¹ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

²⁰² OGH 3 Ob 67/17z bbl 2017/226.

²⁰³ OGH 3 Ob 67/17z bbl 2017/226.

²⁰⁴ *Gartner*, BTVG² § 15 Rz 10; OGH 3 Ob 67/17z bbl 2017/226.

²⁰⁵ *Prader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 15 BTVG Rz 3.

²⁰⁶ *Prader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 15 BTVG Rz 3; OGH 3 Ob 67/17z bbl 2017/226.

in seiner Kommentierung des § 15 BTVG das Vorliegen von Leistungen an einen Dritten entsprechend dem Bauträgervertrag, insb im Fall einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Bauträgervertrag und dem Vertrag mit einem Dritten über den Rechtserwerb. Er hebt jedoch hervor, dass Treuhänder und kontoführende Banken nicht als Dritte im Sinne des § 15 BTVG betrachtet werden, da sie kein Entgelt aus dem Bauträgervertrag, sondern aus der Treuhandabrede erhalten.²⁰⁷

Zusätzlich könnte eine Haftung des Bauträgers durch die Bestellung des Baufortschrittsprüfers entstehen, wenn diesem weitere Aufgaben zugeteilt werden. Wenn der Bauträger den Baufortschrittsprüfer zb separat mit der begleitenden Baukontrolle oder auch der ÖBA beauftragt hat – was nach *Gartner* eine empfehlenswerte Vorgehensweise ist – und der Sachverständige in dieser Funktion fachliche Äußerungen gegenüber den Erwerbern abgibt, die sich als unrichtig herausstellen, haftet der Bauträger dafür. Dies liegt daran, dass in diesem Kontext der qualifizierte Bautechniker als Erfüllungsgehilfe des Bauträgers betrachtet wird.²⁰⁸

3.4.2 Treuhänder

Dem Gesetz nach ist der Treuhänder nicht verpflichtet einen Baufortschrittsprüfer zur Beurteilung der Bauabschnitte beizuziehen. Wenn er sich dazu entschließt die Beurteilung bzw Freigabe ohne Experten vorzunehmen, entfällt das Haftungsprivileg nach § 13 Abs 2 BTVG und der Treuhänder haftet dem Erwerber für die Freigabe der Bauabschnitte und der Auszahlung der einhergehenden Raten unmittelbar in eigener Verantwortung.²⁰⁹

Wenn sich der Treuhänder dazu entscheidet, einen Baufortschrittsprüfer beizuziehen hat dies zur Folge, dass der Treuhänder gegenüber dem Erwerber grds nur für eine fehlerhafte Baufortschrittsanzeige haftet, wenn ihm ein Auswahlverschulden bezüglich Baufortschrittsprüfer nachgewiesen werden kann.²¹⁰ In diesem Kontext muss das Verständnis des Begriffs "Auswahlverschulden" näher beleuchtet werden. Es ist unklar, ob § 13 Abs 2 und 3 BTVG als gesetzliche *Substitutionsbefugnis*²¹¹ oder als *Haftungsnorm* betrachtet werden sollte. *Prader* führt aus, dass obwohl die Gesetzesmaterialien eher auf eine Substitutionsbefugnis und somit eine Haftung nach § 1010 ABGB hinweisen, ist anzunehmen, dass der Zweck von § 13 Abs 2 und 3 BTVG in einer Einschränkung der Haftung für den Treuhänder liegt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass eine spezielle Substitutionsregelung

²⁰⁷ *Pittl*, BTVG² § 15, 144; OGH 3 Ob 67/17z bbl 2017/226.

²⁰⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 21.

²⁰⁹ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 13 BTVG Rz 22; *Böhm*, *immolex* 2017, 267.

²¹⁰ *ErläutRV* 312 BlgNR 20. GP 25.

²¹¹ *RV BlgNR* 20. GP 26; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 1010 Rz 4.

vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Laut *Prader* sollte daher die Anwendung einer Haftung nach § 1315 ABGB Vorrang haben.²¹²

Auf die Frage, inwieweit eine Haftung des Treuhänders für eine unrichtige Baufortschrittsanzeige gegenüber anderen Personen, zb dem Bauträger, besteht, soll nach der Erläuterung des Gesetzgebers zur Folge individuell beurteilt werden. Dabei sollen Faktoren wie die Ausgestaltung des Vertrags und dessen Interpretation eine entscheidende Rolle spielen.²¹³ Das BTVG enthält selbst keine Regelung darüber, inwiefern der Treuhänder anderen Projektbeteiligten gegenüber haftet. Nach *Böhm/Höllwerth*²¹⁴ haftet der Treuhänder dem Bauträger aufgrund des bestehenden Treuhändervertragsverhältnis. Sollte auch die finanzierende Bank ein Vertragsverhältnis mit dem Treuhänder abgeschlossen haben, haftet er auch hier nach den vertraglichen Grundsätzen, andernfalls jedoch nur deliktisch. Das Haftungsprivileg, welches der Treuhänder bei Bestellung eines Baufortschrittsprüfers genießt, greift laut der Auffassung von *Böhm/Höllwerth* auch gegenüber Dritten (zb Bauträger und Bank), da der Gesetzgeber hier explizit eine Substitution vorsieht.²¹⁵

Der Treuhänder hat neben der Beiziehung eines Baufortschrittsprüfers gem § 13 Abs 2 BTVG auch die Möglichkeit weitere Fachleute zur Feststellung des Baufortschritts hinzuziehen, jedoch gibt der Gesetzgeber klar zu verstehen, dass diese Fachleute – im Gegensatz zum Baufortschrittsprüfer – als Erfüllungsgehilfen gem § 1313a ABGB fungieren und der Treuhänder folglich für diese haftet.²¹⁶ Der Treuhänder kann bei Beiziehung eines Baufortschrittsprüfers grds auf sein fachliches Wissen vertrauen, die rein fachliche Äußerung allein befreit den Treuhänder jedoch nicht von seiner direkten Verpflichtung zur Überprüfung des erreichten Baufortschritts. Die Haftung des Treuhänders bleibt in vollem Umfang bestehen, wenn der Bauabschnitt tatsächlich nicht abgeschlossen wurde und der Treuhänder dennoch die entsprechende Zahlung für den Bauabschnitt an den Bauträger leistet.²¹⁷ Solange keine Informationen vorliegen, die den Treuhänder zwingen, an der Richtigkeit der Baufortschrittsbestätigung des beauftragten Baufortschrittsprüfers zu zweifeln, kann sich der Treuhänder grds auf die Bestätigung des Baufortschrittsprüfers verlassen.²¹⁸ Jedoch ist in diesem Zusammenhang wichtig zu erwähnen, dass die Haftung des Treuhänders jedenfalls bestehen bleibt, auch wenn er einen Baufortschrittsprüfer beizieht. Sollte der Treuhänder

²¹² *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 3.

²¹³ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 25.

²¹⁴ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 13 BTVG Rz 25.

²¹⁵ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 13 BTVG Rz 25.

²¹⁶ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 25; *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 13; *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 3; *Böhm*, *immolex* 2017, 269.

²¹⁷ *Gartner*, *bbl* 2008, 208.

²¹⁸ *Gartner*, *immolex* 2013, 333.

Baufortschrittszahlungen an den Bauträger freigeben bzw. überweisen, obwohl eine *für ihn erkennbare Unrichtigkeit* bezüglich der Bestätigung des Bauabschnitts vorliegt, haftet er dem Erwerber aufgrund seiner Pflichtverletzung weiterhin.²¹⁹ Ebenso muss der Treuhänder die *Schlüssigkeit der Baufortschrittsbestätigungen* des Experten bei der Freigabe der Raten berücksichtigen, um die eingeschränkte Haftung zu genießen.²²⁰

Wichtig zu betonen ist, dass der Treuhänder resp. der Baufortschrittsprüfer nur für die *Beurteilung des Baufortschritts* zuständig ist, ihm jedoch keine direkte Verpflichtung bezüglich einer Qualitätskontrolle des Baufortschritts trifft. *Gravierende und in die Augen fallende Mängel* sollen sehr wohl in die Beurteilung hineinfließen, jedoch ist es nicht Intention des Gesetzgebers, den Erwerber durch das BTVG vor einer mangelhaften Bauausführung zu schützen, sondern wie in § 7 BTVG erläutert, das Risiko des Verlustes der geleisteten Vorauszahlungen abzusichern.²²¹

Bei der direkten Haftung des Treuhänders gegenüber dem Erwerber kommt es im ersten Schritt darauf an, ob vom Treuhänder überhaupt ein Baufortschrittsprüfer bestellt wurde. Wenn ein Baufortschrittsprüfer beigezogen wurde, sagt der Gesetzgeber in § 13 Abs 2 BTVG, dass dieser dem Erwerber unmittelbar haftet und er eben kein Erfüllungsgehilfe des Treuhänders ist. Ist dem Treuhänder jedoch ein „Auswahlverschulden“ vorzuwerfen bzw. gem. den Worten von *Böhm*²²² vom Treuhänder ein „*formal untauglicher Baufortschrittsprüfer*“ bestellt wurde, haftet der Treuhänder in diesem Fall „doppelt“. Einerseits haftet der Treuhänder für die unqualifizierte Auswahl des Sachverständigen, da er seiner Sorgfaltspflicht zur Prüfung der Qualifikationen des Sachverständigen nicht nachkommt. Andererseits haftet er folglich auch gem. § 1313a ABGB für das fehlerhafte Verhalten des untauglichen Baufortschrittsprüfers. Die „Doppelgleisigkeit“ der Haftung tritt in der Praxis in Kraft, wenn sich der Grad des Verschuldens beim Treuhänder und beim Baufortschrittsprüfer unterscheiden. *Böhm* nennt als Beispiel den Fall, wenn die fehlende *Einsichtnahme in die Sachverständigenliste als leicht fahrlässig*, die fehlerhafte Beurteilung des Baufortschritts jedoch als *grob fahrlässig* eingestuft wird.²²³

Der Umfang und Inhalt der Treuhänder-Haftung in Bezug auf vorzeitig ausgezahlte Zahlungen an den Bauträger umfasst die sofortige Pflicht der Wiederauffüllung des Treuhandkontos vom privaten Vermögen des Treuhänders.²²⁴ Die Frage, ob durch die Auszahlung einer

²¹⁹ *Pittl*, BTVG² § 13, 138.

²²⁰ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht* III § 13 BTVG Rz 27.

²²¹ *ErläutRV* 312 BlgNR 20. GP 26.

²²² *Böhm*, *immolex* 2017, 269.

²²³ *Böhm*, *immolex* 2017, 269.

²²⁴ *Böhm*, *immolex* 2017, 269.

Baufortschrittsrate an den Bauträger durch den Treuhänder auf Basis einer Baufortschrittsfreigabe ein Schaden entstanden ist, versucht der OGH²²⁵ zu beantworten in dem er *die wirkliche Lage mit Schadenseintritt mit der gedachten hypothetischen Lage ohne Schadenseintritt*²²⁶ vergleicht. Nach Pittl umfasst das ABGB einen sehr weiten Begriff des Schadens, wonach bereits der „Verlust der Sicherheit eines Gläubigers“ ein substituierbarer Schaden ist.²²⁷ Böhm/Höllwerth²²⁸ äußern in diesem Zusammenhang, dass sich die Ersatzpflicht bzw die Haftung des Treuhänders bloß auf Schäden bezieht, welche auf die Unfähigkeit des Prüfers zurückzuführen sind. Eine Kausalität ist also zwingend.²²⁹

In Bezug auf den vorhin erwähnten § 14 BTVG und dem Rückforderungsanspruch des Erwerbers bei vorzeitiger Zahlung muss im Zusammenhang mit der Haftung des Treuhänders erwähnt werden, dass kein Rückforderungsanspruch gegenüber dem Treuhänder besteht, wenn der Betrag bloß am Treuhandkonto liegt.²³⁰ Auch die Frage ob aus § 14 BTVG ein Schadenersatzanspruch gegen den Treuhänder geltend zu machen ist, verneint der OGH²³¹. Der Treuhänder ist ausschließlich für Schäden haftbar, die dem Erwerber aufgrund fehlerhafter Tätigkeiten des Treuhänders entstehen, insb für die rechtswidrige Verminderung des Treuhanderlags durch vorzeitige Auszahlungen an den Bauträger.²³²

3.4.3 Baufortschrittsprüfer

Der zweite Satz in § 13 Abs 2 BTVG normiert klar, dass wenn ein Baufortschrittsprüfer durch den Treuhänder hinzugezogen wird, haftet dieser dem Erwerber direkt. Dies wird auch in den Gesetzesmaterialien bestätigt wonach der *beigezogene Ziviltechniker* direkt vom Erwerber in Anspruch genommen werden kann.²³³ Voraussetzung für die direkte Haftung ist die BTVG-konforme Bestellung des Baufortschrittsprüfers durch den Treuhänder und das zwingende Erfordernis, dass es sich bei dem Baufortschrittsprüfer um einen Ziviltechniker bzw allgemein beeideten Sachverständigen handelt.²³⁴

Der Vertrag zw dem Treuhänder und dem Sachverständigen wirkt zugunsten des Erwerbers und bedeutet, dass der Sachverständige dem Erwerber für jeglichen Schaden haftet, der aus

²²⁵ OGH 25.3.2014, 4 Ob 3/14s.

²²⁶ Pittl, BTVG² § 13, 137.

²²⁷ Pittl, BTVG² § 13, 137.

²²⁸ Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 24.

²²⁹ Böhm/Höllwerth in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 24.

²³⁰ OGH 29.8.2006, 5 Ob 151/06a; Gartner, BTVG⁵ § 14 Rz 3.

²³¹ OGH 20.2.2018, 10 Ob 64/17k.

²³² OGH 10 Ob 64/17k.

²³³ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 25.

²³⁴ Witt-Döring in Artnner/Kohlmaier 315.

seiner fehlerhaften Tätigkeit resultiert. Aufgabe des Baufortschrittsprüfers ist es die Wertrelation zwischen der Sicherung des Erwerbers und den jeweiligen Zahlungen nach Baufortschritt zu bewahren. In diesem Zusammenhang bezieht sich die Haftung auf die Sicherstellung des Erfüllungsanspruchs des Käufers gegenüber dem Bauträger während der Bauphase.²³⁵

Entscheidend ist jedoch, dass es nicht Aufgabe des Baufortschrittsprüfers ist, ein „Qualitätsgutachten“ der Bauausführung zu erstellen.²³⁶ Er haftet nicht für die fehlerhafte Ausführung des Bauträgers.

Bei der Beurteilung der Haftung des Baufortschrittsprüfers gemäß BTVG ist stets die konkrete Situation auf der Baustelle zum Zeitpunkt der Überprüfung maßgeblich. Dies wird nach *Gartner*²³⁷ in Auseinandersetzungen zwischen Erwerbern und deren Gutachtern, die nachträglich Baumängel festgestellt haben und diese dem Baufortschrittsprüfer vorwerfen, häufig übersehen. Wird bei einer Revision der Arbeit des Baufortschrittsprüfers festgestellt, dass er beanstandbar gearbeitet hat, indem er die Grenzen seines Beurteilungsspielraums bei der Feststellung des Baufortschritts nach den Kriterien des BTVG schuldhaft überschritten hat und dem Erwerber zu Lasten fällt, wird in jedem Fall geprüft, welche Haftung den Baufortschrittsprüfer für diesen Fehler trifft.²³⁸

Die Verantwortung des Baufortschrittsprüfers erstreckt sich ausschließlich auf sein rechtskonformes Handeln, insb die korrekte Überprüfung des mitgeteilten Baufortschritts gem dem festgelegten Ratenplan und den Kriterien des BTVG. Die Zahlung der jeweiligen Baufortschrittsrate erfolgt als unmittelbare Folge der erfolgreichen Prüfung durch den Baufortschrittsprüfer. Eine fehlerhafte Bestätigung des Baufortschritts seitens des Prüfers führt somit direkt zu einer entsprechenden Zahlung durch den Treuhänder. Wenn der Fehler des Baufortschrittsprüfers nun rechtswidrig und schuldhaft war, muss geprüft werden, welchen konkreten Schaden der Erwerber durch diesen Fehler erlitten hat. Dabei erfolgt ein Vergleich zw dem tatsächlichen Verlauf der Vertragsabwicklung und einem hypothetischen Verlauf, der sich ergeben hätte, wenn der Baufortschrittsprüfer eine korrekte Baufortschrittsfreigabe abgegeben hätte.²³⁹ In diesem Szenario hätte der Treuhänder die jeweilige Baufortschrittsrate nicht an den Bauträger überwiesen, da er erkannt hätte, dass die Rate zu diesem Zeitpunkt

²³⁵ *Prader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 6.

²³⁶ *Gartner*, immolex 2013, 333.

²³⁷ *Gartner*, immolex 2013, 333.

²³⁸ *Gartner*, immolex 2013, 333.

²³⁹ *Gartner*, immolex 2013, 333.

noch nicht fällig war. In dieser Situation gilt es nach *Gartner*²⁴⁰, die finanzielle Lage des Erwerbers während der "Krise" des Bauträgervertrags zu bewerten. Das bezieht sich konkret auf die Phase nach der Einstellung der Bautätigkeit durch den Bauträger und den darauffolgenden Handlungen des Erwerbers, einschließlich der Insolvenzeröffnung und des Rücktritts des Insolvenzverwalters des Bauträgers von der weiteren Fertigstellung des Bauvorhabens. In diesem Kontext sollte eine Klärung zwischen dem Erwerber und dem Bauträger bzw Insolvenzverwalter erfolgen, um festzustellen, ob der Bauträger noch Forderungen gegenüber dem Erwerber hat. Dies könnte zB der Fall sein, wenn der objektive Wert aller erbrachten Bauleistungen zum Zeitpunkt des Baustopps höher ist als die tatsächlichen Zahlungen des Erwerbers gem dem Ratenplan.²⁴¹ Falls der höhere Wert der Bauleistungen nicht nachweisbar ist, wird der finanzielle Aufwand für die vertragsgemäße Fertigstellung ermittelt. Sind diese Kosten nicht höher als die noch ausstehenden Baufortschrittsraten, erleidet der Erwerber durch den Fehler des Baufortschrittsprüfers keine Schädigung. Wenn jedoch die Kosten für die Bewältigung der Baueinstellung bzw Bauträgerinsolvenz sowie für Mängelbehebung und Fertigstellung höher sind als die noch ausstehenden Raten, wird hypothetisch geprüft, wie die finanzielle Lage des Erwerbers wäre, wenn der Baufortschrittsprüfer eine korrekte Bestätigung bezüglich der bestimmten Baufortschrittsrate abgegeben hätte.²⁴²

Sieht man von der direkten Haftung des Baufortschrittsprüfers zu Gunsten des Erwerbers kurz ab, kann sich auch eine Haftung gegenüber dem Bauträger entwickeln. Wenn der Baufortschrittsprüfer den Baufortschritt fälschlicherweise als nicht abgeschlossen einschätzt, obwohl er tatsächlich abgeschlossen ist, oder wenn er unrichtige sachkundige Äußerungen über die Qualität der Bauleistungen abgibt, die vom Erwerber als Grundlage genommen werden, um die Auszahlung der Raten zu verhindern, haftet der Baufortschrittsprüfer für diese Aussagen sowohl gegenüber dem Bauträger als auch gegenüber dem Erwerber. Dies gilt insb dann, wenn der Erwerber aufgrund seines Vertrauens in die Korrektheit der fachlichen Bewertungen des Prüfers rechtlich nicht abgesicherte Maßnahmen ergreift, die zu Ansprüchen gegen ihn führen können.²⁴³ Ebenso haftet der Baufortschrittsprüfer demjenigen, mit dem er das Vertragsverhältnis eingegangen ist. Wie bereits zuvor erwähnt, erfolgt die Beauftragung und daher das Vertragsverhältnis meist durch den Treuhänder bzw den Bauträger, jedoch

²⁴⁰ *Gartner*, immolex 2013, 333.

²⁴¹ *Gartner*, immolex 2013, 333.

²⁴² *Gartner*, immolex 2013, 334.

²⁴³ *Gartner*, BTVG⁵ § 13 Rz 22.

wäre auch ein Vertragsverhältnis mit dem Erwerber denkbar, wonach der Baufortschrittsprüfer jedenfalls auch einer vertraglichen Haftung ausgesetzt sein kann.²⁴⁴

Der Baufortschrittsprüfer muss gem § 13 Abs 4 BTVG eine Haftpflichtversicherung zur Deckung etwaiger Schadenersatzansprüche gem Abs 3 und 4 iHv zumindest EUR 400.000 für jeden Versicherungsfall nachweisen. Das Konstrukt einer Haftpflichtversicherung ist notwendig, da der Baufortschrittsprüfer dem Erwerber eben direkt haftet. Ob die verpflichtende Haftpflichtversicherung tatsächlich vorliegt, liegt im Aufgabenbereich des Treuhänders zu prüfen.²⁴⁵

²⁴⁴ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht* III § 13 BTVG Rz 30.

²⁴⁵ *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 8.

4 Geltendmachung der Gewährleistung im Bauprojekt - Definition und Zweck der Gewährleistung im Bauprojekt

Eine klare Definition und effektive Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche sind von entscheidender Bedeutung für den Erfolg eines Bauprojekts. Im Kontext des Baufortschrittsprüfers, wie bereits in den vorangegangenen Kapiteln erläutert, ist es wichtig, zwischen den rechtlichen Definitionen von Mängeln im Gewährleistungsrecht und des BTVG zu unterscheiden. Während ein Mangel nach dem Gewährleistungsrecht bereits bei geringfügigen Beeinträchtigungen der Funktion vorliegen kann, erfordert der BTVG zusätzlich eine Wertrelation, die das Maß der Beeinträchtigung mit den Behebungskosten ins Verhältnis setzt. Ein gravierender Mangel im Sinne des BTVG liegt zb nicht vor, wenn trotz einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktion einer Heizungsanlage durch einen Defekt, der mit einem geringen Reparaturaufwand behoben werden kann, kein Austausch des betroffenen, jedoch kostengünstigen Ventils erfolgt. Obwohl dies einen wesentlichen Mangel im Gewährleistungsrecht darstellt, erfüllt es nicht die Kriterien eines "gravierenden" Mangels nach den Wertrelationen – also einem unverhältnismäßig hohen Behebungsaufwand - des BTVG.²⁴⁶ Dieser Unterschied ist entscheidend für die Bewertung von Mängeln und die daraus resultierenden Gewährleistungsansprüche im Bauprojekt.

Wichtig zu erwähnen ist, dass die Bauabschnittsprüfung gem dem BTVG nicht darauf abzielt sicherzustellen, dass der Bau während jeder Phase der Bauphase frei von Mängeln ist, was technisch wohl kaum zu erreichen ist. Vielmehr dient sie dem erklärten Zweck des grundbücherlichen Sicherungsmodells und des Zahlungsplans, nämlich die Sicherung der vom Erwerber geleisteten Zahlungen. Im Ratenplanmodell wird diese Sicherung jedoch nicht durch Gewährleistung der Rückzahlung der geleisteten Zahlungen durch Bankgarantien oder ähnliches gewährleistet, sondern durch die bestmögliche wirtschaftliche Sicherstellung der Fertigstellung des Bauvorhabens und somit der Erfüllung der Leistungsverpflichtung des Bauträgers.²⁴⁷

In Bezug auf die Wahl des Sicherungsmodells gem § 7 BTVG weist *Gartner*²⁴⁸ darauf hin, dass jegliche Gewährleistungsansprüche erst bei der Übernahme des Vertragsgegenstandes entstehen. Falls keine spezielle Übernahme von Teilleistungen vereinbart wurde, die bereits eigene Gewährleistungsansprüche für diese Teilleistung vor der Fertigstellung des gesamten

²⁴⁶ *Gartner*, bbl 2008, 210f.

²⁴⁷ *Gartner*, bbl 2008, 209.

²⁴⁸ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

Vertragsgegenstandes ermöglicht (was laut *Gartner* üblicherweise der Fall ist), kann vor der Übergabe des Vertragsgegenstandes an den Erwerber keine schuldrechtliche Sicherung für Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Dies liegt daran, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Gewährleistungsansprüche entstanden sind und folglich auch kein Rückforderungsanspruch besteht. Gem den Erläuterungen zum ursprünglichen Gesetzestext von 1997 sollen Gewährleistungsansprüche in Bezug auf BTVG Objekte nicht durch die Sicherungsmodelle nach § 7 BTVG gesichert werden.²⁴⁹

Das österreichische Gewährleistungsrecht ist in den §§ 922 ff ABGB geregelt und sichert Käufern umfassende Rechte bei Mängeln gekaufter Sachen. Es stellt sicher, dass der Käufer im Fall von Mängeln der Kaufgegenstände seine Ansprüche effektiv durchsetzen kann. Gem § 922 ABGB haftet der Verkäufer dafür, dass die verkaufte Sache die vertraglich vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften besitzt und für den vorgesehenen Gebrauch geeignet ist. Diese Gewährleistung erstreckt sich auch auf öffentliche Äußerungen über die Sache, etwa durch Werbung oder Angaben des Herstellers. Das ABGB sagt klar, dass das Gewährleistungsrecht sowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen miteinschließt. Im Falle eines Mangels kann der Käufer gem §§ 922 ff ABGB die primären oder sekundären Gewährleistungsbehelfe geltend machen. Der Käufer hat gem § 932 ABGB primär das Wahlrecht zwischen der Verbesserung (Nachbesserung oder Ergänzung des Fehlenden) oder dem Austausch der Sache. Wenn diese Maßnahmen nicht möglich oder für den Verkäufer unverhältnismäßig aufwändig sind, hat der Käufer das Recht auf Preisminderung oder Vertragsauflösung. Diese Rechte müssen innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfristen geltend gemacht werden, die gem § 933 ABGB bei beweglichen Sachen zwei Jahre und bei unbeweglichen Sachen drei Jahre betragen.

Das Gewährleistungsrecht umfasst auch die Beweislastumkehr gem § 924 ABGB: Tritt ein Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe auf, wird vermutet, dass dieser bereits bei Übergabe vorhanden war. Diese Vermutung kann der Verkäufer widerlegen.

Im folgenden Kapitel wird ein eingehender Blick auf die Geltendmachung und Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche bei unbeweglichen Sachen geworfen.

²⁴⁹ *Gartner*, BTVG⁵ § 7 Rz 6.

4.1 Mangelbegriff im allgemeinen Gewährleistungsrecht

Gem § 922 Abs 1 S 1 ABGB ist der Übergeber verpflichtet, Gewähr zu leisten, dass die gelieferte Sache dem Vertrag entspricht. *Ofner*²⁵⁰ betont, dass die Bestimmung gemäß § 922 ABGB, die eine Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung des Veräußerers vorsieht, der Vorgabe der Verbrauchsgüterkauf-RL entspricht, wobei die Verwendung des Begriffs "Vertragsmäßigkeit" lediglich zur Klarstellung dient und keine Änderung gegenüber der vorherigen Rechtslage darstellt. Eine Leistung gilt gem § 922 als mangelhaft, *wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten*, also dem Vertragsinhalt, zurückbleibt.²⁵¹ Die genaue Verpflichtung des „Geschuldeten“ ergibt sich aus dem konkreten Vertrag und der Auslegung, wobei auch dispositives Recht wie § 905a ABGB herangezogen wird, um dies zu bestimmen. *Bydlinski* weist daraufhin, dass ein bloßer Mangelverdacht (wenn auch begründet) nicht ausreicht.²⁵²

Gem dem subjektiven Mangelbegriff des ABGB muss die Mangelhaftigkeit der Leistung aus einer Abweichung vom vertraglich Vereinbarten resultieren.²⁵³ Dies bedeutet, dass die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, stets anhand des konkreten Vertrags erfolgt, wobei objektive Erwägungen, insb gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, ebenfalls berücksichtigt werden.²⁵⁴ Dennoch hat das ausdrücklich Vereinbarte Vorrang bei der Feststellung des Geschuldeten und somit auch der Mangelhaftigkeit²⁵⁵. Wurde also zb explizit eine Wohneinheit ohne die Montage von Lichtschaltern als Kaufgegenstand vereinbart, gilt die Übergabe der Wohnung ohne Lichtschalter nicht als mangelhaft, auch wenn Lichtschalter eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft darstellen. Es ist wichtig zu beachten, dass eine einschränkende Beschreibung der geschuldeten Leistung keinen Gewährleistungsausschluss darstellt, sondern das Vertragsgeschuldete von vornherein qualitativ begrenzt²⁵⁶. Obwohl der subjektive Mangelbegriff maßgeblich ist und sich am konkreten Vertrag orientiert, wird der Ausdruck "Mangel" im Gesetz auch in anderer Bedeutung verwendet, und zwar als „*Fehler im objektiven Sinn*“, der am Idealzustand gemessen wird. „*Gewöhnliche Mängel*“ gem § 923

²⁵⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB V⁵ (2021) § 922 Rz 13; OGH 27.6.2019, 6 Ob 106/19k = wobl 2019/124 (zust *Punt*).

²⁵¹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 922 Rz 13; OGH 27.6.2019, 6 Ob 106/19k = wobl 2019/124 (zust *Punt*).

²⁵² *Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) § 922 Rz 1.

²⁵³ *Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, ABGB⁷ § 922 Rz 1; *Santangelo-Reif*, Mangel, lexis360.at (Stand 10.5.2024)

²⁵⁴ OGH 22.01.2015, 1 Ob 229/14d = RdW 2015, 360; *Santangelo-Reif*, Mangel.

²⁵⁵ *Santangelo-Reif*, Mangel; OGH 1 Ob 14/13k = bbl 2013/256.

²⁵⁶ *Santangelo-Reif*, Mangel; OGH 27.6.2013, 1 Ob 14/13k = bbl 2013/256.

ABGB stellen nur selten negative Abweichungen vom Geschuldeten dar (vgl § 922 Abs 1 S 2) und führen daher nicht zur Gewährleistungspflicht.²⁵⁷

Eigenschaften können entweder ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, wobei letztere von gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften zu differenzieren sind. Aufgrund der Verkehrsauffassung oder der Natur des Geschäfts gelten gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften als vertraglich geschuldet, sofern sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden.²⁵⁸ Die Unterscheidung zw bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ist für verschiedene Rechtsfragen relevant, wie zb den Fristbeginn der *Gewährleistungsfrist*²⁵⁹ und die *Haftung bei augenfälligen Mängeln*^{260, 261}.

Grds unterscheidet man zw unterschiedlichen Arten von Mängeln²⁶² (zb Rechtsmängel, Sachmängel, Quantitätsmängel, ungewöhnliche Mängel, bloß geringfügige oder nicht geringfügige Mängel, behebbare Mängel usw). Ein Sachmangel tritt auf, wenn die Substanz der Leistung negativ beeinträchtigt ist oder wenn der Mangel physisch an der Leistung haftet.²⁶³

In Bezug auf diese Arbeit und das Thema des BTVG sowie der Optimierung der Qualitätssicherung in Bauprojekten, insb im Zusammenhang mit mangelhaften Bauausführungen, wird dem Sachmangel – im Gegensatz zum Rechtsmangel – mehr Aufmerksamkeit bei der Beurteilung von Mängeln gem dem Gewährleistungsrecht geschenkt.

4.2 Fälle der Gewährleistung gem § 923 ABGB

Der Gesetzgeber unterscheidet die Fälle der Gewährleistung gem § 923 ABGB zw a) gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, b) ungewöhnliche Mängel, c) Rechtsmängel und d) vereinbarte Eigenschaften. Es muss also einer dieser vier genannten Tatbestände vorliegen, damit von Gewährleistungsansprüchen gesprochen werden kann.

*Ofner*²⁶⁴ kommentiert in seinem Werk zu § 923 ABGB ausführlich die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften – unter anderem auch im baurechtlichen Kontext. Diese sind nach Verkehrsauffassung und Natur des Geschäfts zu beurteilen und bedürfen keiner

²⁵⁷ Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 922 Rz 1.

²⁵⁸ Santangelo-Reif, Mangel; OGH 20.9.1990, 7 Ob 23/90 = SZ 63/160.

²⁵⁹ OGH 23.11.2016, 3 Ob 153/16w.

²⁶⁰ OGH 20.10.2005, 3 Ob 24/05h.

²⁶¹ Santangelo-Reif, Mangel.

²⁶² Santangelo-Reif, Mangel.

²⁶³ Santangelo-Reif, Mangel.

²⁶⁴ Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB V⁵ § 923 Rz 1 ff.

besonderen Abrede. Gesetzliche Dispositivnormen und verkehrsübliche Vertragsbestimmungen dienen als Bestimmungsgründe.²⁶⁵ Technische Ö-Normen sind ebenfalls relevante Maßstäbe.²⁶⁶ Fehlen solche Normen, ist der Veräußerer nicht verpflichtet, Sachverständige zu konsultieren oder Gutachten erstellen zu lassen^{267, 268}.

Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften gelten als stillschweigend vereinbart. Entscheidend ist, ob der Übernehmer nach der Verkehrsauffassung bestimmte Eigenschaften erwarten kann.²⁶⁹ Es kommt nicht darauf an, was der Erklärende beabsichtigt, sondern was der Empfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung schließen darf. Eine besondere konkludente Eigenschaftsvereinbarung geht dem durch Verkehrssitte und Geschäftsnatur bestimmten typischen Vertragsinhalt vor. Dies bedeutet, dass individuelle Vereinbarungen Vorrang vor allgemeinen Erwartungen haben. Wenn eine Ware geliefert wird, die nach der Verkehrsauffassung mangelhaft wäre, aber nach der vertraglichen Vereinbarung so geliefert werden darf, liegt kein Mangel vor.²⁷⁰

Zu den baurechtlich relevanten gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehören nach *Ofner* unter anderem²⁷¹:

- Lastenfreiheit der verkauften Liegenschaftsanteile
- Freiheit von Altlasten und Kontaminationen nach dem Altlasten-Gesetz²⁷²
- ausreichende Wasserversorgung bei Wohnobjekten
- Betriebsanlagengenehmigung beim Verkauf eines Sägewerks
- Unwiderruflichkeit der Baubewilligung für Gebäude²⁷³
- Freiheit einer Wohnung von gesundheitsschädlichen Substanzen²⁷⁴
- dauerhafte Dichtheit und uneingeschränkte Begehbarkeit eines Daches²⁷⁵

²⁶⁵ OGH 16.9.2020, 7 Ob 97/20w immolex-LS 2020/77.

²⁶⁶ *Benesch*, Gewährleistung und Schadenersatz vom Beginn der Planungsphase bis zum Ende der Nutzungsphase von Immobilien, immolex 2011, 166; OGH 27.4.2016, 8 Ob 126/15k; OGH 29.5.1995, 1 Ob 564/95.

²⁶⁷ OGH 1 Ob 564/95.

²⁶⁸ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 1 ff.

²⁶⁹ *Reischauer* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2018) § 923 Rz 42; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 932 Rz 1; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (2016) § 923 Rz 16.

²⁷⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 1 ff.

²⁷¹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 2.

²⁷² *Zankl*, „Altlastenatlas“ und Gewährleistungsausschluss, *ecolex* 1990, 609; *Madl*, Ansprüche des Käufers einer altlastenbehafteten Liegenschaft, *ecolex* 1995, 705; *Pilgerstorfer*, Gewährleistung bei Bodenkontaminationen auf Baugrund, *wobl* 2000, 365.

²⁷³ OGH 11.8.2015, 4 Ob 117/15g SZ 2015/80 = EvBL 2016/15.

²⁷⁴ *Prader*, Zur Minderung der Provision bei Pflichtverletzung und Verletzung von Aufklärungspflichten durch den Makler, immolex 2011, 93.

²⁷⁵ OGH 24.2.2009, 4 Ob 192/08a.

- Grund- und Geländebruchsicherheit bei Stützmauern²⁷⁶

Diese Eigenschaften sind so zu liefern, wie es für solche Arbeiten üblich und angemessen erscheint. Technische Ö-Normen stellen hierbei übliche Sorgfaltsanforderungen dar²⁷⁷. Wenn zb eine Liegenschaft verkauft wird, wird typischerweise erwartet, dass sie frei von Altlasten und Kontaminationen ist. Ebenso wird bei der Errichtung von Stützmauern die Grund- und Geländebruchsicherheit vorausgesetzt. Im Falle von Dächern wird erwartet, dass sie dauerhaft dicht und uneingeschränkt begehbar sind.²⁷⁸

Der zweite Tatbestand, welchen der Gesetzgeber als Gewährleistungsrelevant nennt, sind ungewöhnliche Mängel oder Lasten. Diese müssen vom Veräußerer oder Hersteller offengelegt werden und dürfen nicht verschwiegen werden. Ob solche Mängel oder Lasten vorliegen, wird rein objektiv beurteilt, wobei ein Verschulden des Übergebers nicht erforderlich ist.²⁷⁹ Als ungewöhnliche Mängel gelten solche, die im Geschäftsverkehr so selten auftreten, dass man vernünftigerweise nicht damit rechnen muss. Die Bedeutung oder Schwere dieser Mängel ist dabei unerheblich.²⁸⁰

In der Rechtsprechung wurden folgende Beispiele in Bezug auf baurechtliche Themen als ungewöhnliche Mängel anerkannt: Ein durch rechtskräftigen Bescheid zu behebbes Baugebrechen sowie besondere wasserrechtliche Nutzungsbeschränkungen und Lasten wegen eines Baches, der über das Grundstück fließt.²⁸¹ Im Gegensatz dazu werden bestimmte Umstände nicht als ungewöhnliche Mängel betrachtet. Dazu gehört zb eine veränderte Darlehensbelastung eines Wohnungsobjekts infolge eines Weiterverkaufs.²⁸²

Ein Rechtsmangel als dritter Tatbestand gem § 923 ABGB liegt vor, wenn der Übergeber dem Übernehmer nicht die vereinbarte rechtliche Position verschafft.²⁸³ Dies tritt zb dann ein, wenn fremde Sachen ohne Verfügungsrecht veräußert werden, ungewöhnliche Lasten verschwiegen oder das Fehlen gewöhnlicher Lasten entgegen den Tatsachen zugesichert wird.²⁸⁴ Wenn einer Sache hingegen die sachliche Substanz fehlt, handelt es sich um einen Sachmangel.²⁸⁵

²⁷⁶ OGH 2 Ob 135/10g bbl 2011/163.

²⁷⁷ *Berl*, Das Risiko des Unternehmers bei Misslingen des Werks, ZVB 2019, 44.

²⁷⁸ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 2 ff.

²⁷⁹ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 922 Rz 10.

²⁸⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 4.

²⁸¹ OGH 3.10.1956, 1 Ob 408/56 JBl 1957/413.

²⁸² *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 4.

²⁸³ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 6.

²⁸⁴ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 119.

²⁸⁵ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 9.

In Bezug auf baurechtliche Themen hat die Rechtsprechung folgende Sachverhalte als Rechtsmängel anerkannt²⁸⁶:

- Fehlen der baubehördlichen Genehmigung²⁸⁷
- Widerruflichkeit der Baubewilligung²⁸⁸
- Fehlerhafte Benützungsbewilligung (wenn eine Benützungsbewilligung fehlerhaft ist, kann das Gebäude nicht wie vorgesehen genutzt werden)²⁸⁹
- Überschreiten der Bebauungsdichte²⁹⁰
- Behördliche Untersagung der Benutzung (zb eine behördliche Anordnung, die die Nutzung eines Kinderspielturms oder anderer Einrichtungen auf dem Grundstück untersagt)²⁹¹

Die Mängelfreiheit bezüglich der bürgerlichen Lasten von Liegenschaften ist nicht zum Zeitpunkt der physischen Übergabe, sondern zum Zeitpunkt der Einverleibung zu beurteilen.²⁹² Das bedeutet, dass alle rechtlichen Eintragungen im Grundbuch berücksichtigt werden müssen, bevor die Liegenschaft als mängelfrei gilt.²⁹³

Erwirbt der Übernehmer bei Veräußerung einer fremden Sache gutgläubig Eigentum, so liegt hingegen kein Rechtsmangel vor. Das bedeutet, dass der Erwerb rechtlich gültig bleibt, selbst wenn der Veräußerer nicht der rechtmäßige Eigentümer war, vorausgesetzt, der Übernehmer handelte in gutem Glauben.²⁹⁴

Rechts- und Sachmängel werden grds ident behandelt²⁹⁵. Bei Rechtsmängeln wird jedoch die Voraussetzung des Hervorkommens des Widerspiels besonders interpretiert: Nicht die bloße Behauptung eines Dritten über ein Eigentumsrecht, sondern erst die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an diesen löst den Gewährleistungsanspruch aus. Dabei bedarf es keiner rechtskräftigen Verurteilung des Erwerbers; die Glaubhaftmachung eines bestehenden Eviktionsanspruchs (die Durchsetzung eines Herausgabeanspruchs) genügt.²⁹⁶ Wenn der Veräußerer trotz Streitverkündung und Auktorbenennung gem § 931 ABGB und §§ 21 ff ZPO

²⁸⁶ *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 7.

²⁸⁷ OGH 15.3.1988, 2 Ob 622/87 JBI 1988/787.

²⁸⁸ OGH 11.8.2015, 4 Ob 117/15g SZ 2015/80 = EvBl 2016/15.

²⁸⁹ OGH 14.5.1992, 6 Ob 531/91 ecolex 1992/628.

²⁹⁰ OGH 02.7.2009, 6 Ob 263/08g.

²⁹¹ OGH 26.6.1997, 2 Ob 182/97x.

²⁹² OGH 3.1.1981, 4 Ob 540/8 JBI 1983/253; *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 928 Rz 51.

²⁹³ *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 6.

²⁹⁴ OGH 28.4.2000, 1 Ob 349/99a; *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 6.

²⁹⁵ OGH 27.8.1980, 1 Ob 636/80.

²⁹⁶ *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 9.

nicht in den Rechtsstreit eintritt, kann sich der Erwerber durch Aufgabe des Objekts vom klägerischen Anspruch befreien und sein Gewährleistungsrecht geltend machen.²⁹⁷

Beispiele für rechtmangelhafte Zustände umfassen die Kündigung einer scheinbar mietergeschützten Wohnung oder die Aberkennung eines Teils des Jagdpachtgebiets durch einen Dritten.²⁹⁸

Die Pfändung des Gewährleistungsanspruches ist erst möglich, wenn das Widerspiel hervorkommt – dies ist grds ab der rechtskräftigen Verurteilung zur Sachherausgabe der Fall²⁹⁹. Nach *Ofner*³⁰⁰ gilt der Tatbestand der Veräußerung einer „nicht mehr vorhandenen Sache“ nach § 923 ABGB als durchaus umstrittener Punkt. Der Lehre zufolge wurde durch die ausdrückliche Regelung sichergestellt, dass auch bei der Veräußerung einer nicht mehr existierenden Sache ein gültiges Geschäft vorliegen kann und Verträge über ursprünglich unmögliche, aber nicht völlig unmögliche Leistungen gültig sind und nicht unter § 878 ABGB fallen.³⁰¹ Die bisherige Rechtsprechung zu § 923 ABGB bleibt weiterhin anwendbar. Eine Leistung ist nach hM „geradezu unmöglich“ iSv § 878 S 1 ABGB, wenn sie faktisch absurd oder rechtlich unmöglich ist.³⁰²

Als vierten und letzten Tatbestand können fehlende vereinbarte Eigenschaften einen Gewährleistungsanspruch auslösen. Eine bestimmte Eigenschaft einer Sache gilt nach *Ofner*³⁰³ als vereinbart, wenn sie ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten gem § 863 ABGB zum Vertragsinhalt gemacht wird.³⁰⁴ Der Veräußerer haftet daher, wenn das Objekt den vereinbarten Verwendungszweck nicht erfüllt, vorausgesetzt, dieser Zweck wurde ausdrücklich oder implizit vereinbart, das Objekt dafür angeboten oder entsprechende Auskünfte erteilt wurden.³⁰⁵ Wird einer bestimmten Eigenschaft oder Gebrauchsmöglichkeit eine Zusage erteilt, ist diese Zusage als Willenserklärung zu betrachten.³⁰⁶

Aus der Zusicherung spezifischer Eigenschaften lässt sich jedoch nicht automatisch eine umfassende Haftung für alle Konsequenzen eines Mangels ableiten, die über die

²⁹⁷ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 9.

²⁹⁸ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 9.

²⁹⁹ OGH 10.11.1948 1 Ob 368/48 SZ 21/154.

³⁰⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 11.

³⁰¹ *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung: Kurzkommentar zu sämtlichen gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und des KSchG (2001) § 922 ABGB Rz 1.

³⁰² *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 11; *Welser/B. Jud*, Gewährleistung § 922 ABGB Rz 1.

³⁰³ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 12.

³⁰⁴ OGH 11.11.2016, 10 Ob 72/16k Zak 2017/47.

³⁰⁵ OGH 16.01.1985, 1 Ob 515/85 JBI 1985/620.

³⁰⁶ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 12.

Gewährleistung hinausgeht.³⁰⁷ Kennt der Veräußerer den gewünschten Verwendungszweck aus der Sicht des Erwerbers oder muss er ihn erkennen und erfolgt keine Aufklärung über die Untauglichkeit, gilt die Eignung stillschweigend als zugesagt und der Veräußerer ist gewährleistungspflichtig.³⁰⁸ Qualitätsangaben sind nach *Ofner*³⁰⁹ insb dann relevant, wenn sie offensichtlich einen entscheidenden Einfluss auf die Kaufentscheidung haben. Das Wissen um den Verwendungszweck schadet jedoch nicht, wenn der Veräußerer die Untauglichkeit des Objekts nicht kannte und auch nicht kennen musste.³¹⁰ Die Zusicherung besonderer Eigenschaften ist insb dann von Bedeutung, wenn es sich um im Verkehr als unerheblich betrachtete Merkmale handelt, die „augenfällig“ fehlen, oder bei einem Kauf "wie besichtigt" (Kauf in Pausch und Bogen) gem § 930 ABGB hinsichtlich einer bestimmten Quantität oder Qualität der vorhandenen Güter.³¹¹ Wichtig zu betonen ist jedoch, dass die Erteilung von Zusagen nicht als ein Garantieverprechen zu bewerten ist. Gemachte Zusagen schränken einen globalen Gewährleistungsverzicht nach *Ofner* ein.³¹²

Eine „ausdrückliche“ Zusage liegt vor, wenn die Erklärung des Veräußerers so klar und eindeutig ist, dass der Erwerber darauf vertrauen kann und keine Besichtigung des Objekts mehr nötig ist. Fehlt diese Klarheit, insb wenn die Parteien den später als fehlerhaft erkannten Umstand beim Vertragsschluss nicht bedacht haben, ist keine ausdrückliche Zusage gegeben. Je klarer die Zusage, umso weiterreichender kann ihr Inhalt aufgrund der Schutzwürdigkeit des Empfängers sein.³¹³ *Ofner* betont weiters, dass bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften es unerheblich ist, ob der Veräußerer deren Fehlen erkennen konnte.³¹⁴ Die Zusicherung, dass ein Objekt frei von Mängeln und Belastungen ist, gilt als gleichwertig mit der Zusicherung bestimmter Eigenschaften. Wird die Lastenfreiheit einer Immobilie ausdrücklich garantiert, sind unzutreffende Angaben über den Grundbuchsstand irrelevant. Eine Zusage wie „vollkommen satz- und lastenfreie Übergabe“ schließt auch die Freiheit von Servituten ein. Zudem befreit die Zusicherung „völlig einwandfrei“ den Käufer von der Pflicht, das Objekt auf offensichtliche Mängel zu überprüfen.³¹⁵ Die Aussage „völlig einwandfrei“ und die Tatsache, dass hier keine detaillierte Prüfung des Erwerbers auf offensichtliche Mängel zu

³⁰⁷ Hödl in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 923 Rz 9; OGH 9.8.2012, 5 Ob 53/12y.

³⁰⁸ OGH 10 Ob 72/16k; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 13; Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 923 Rz 9.

³⁰⁹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 13.

³¹⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 13; OGH 21.10.2015, 2 Ob 234/14x.

³¹¹ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 72 f; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 15.

³¹² OGH 5.3.1980, 1 Ob 745/79 SZ 53/37; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 16.

³¹³ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 17.

³¹⁴ OGH 25.1.1990, 7 Ob 732/89.

³¹⁵ OGH 20.01.2016, 3 Ob 238/15v wobl 2016/64; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 18.

erfolgen hat, hat auch einen direkten Einfluss auf die Qualitätssicherung im BTVG-Bauprojekt. Beinhaltet der BTVG-Vertrag diesen Passus, unterstützt dies die rechtliche Position des Erwerbers, wonach die Sache jedenfalls mangelfrei sein sollte. Werden nachträglich Mängel ersichtlich, kann sich der Erwerber darauf berufen, dass der Vertragsgegenstand ein „völlig einwandfreies“ Vertragsobjekt verlangt und Mängel jedenfalls behoben werden müssen.

*Ofner*³¹⁶ nennt in seiner Kommentierung einige Beispiele, welche als ausdrückliche Zusagen gem § 923 ABGB zu werten sind. Wird eine Liegenschaft als „Baugrund“ verkauft, muss nicht zugesichert werden, dass nach einem bestimmten Plan oder zu einer bestimmten Zeit gebaut werden kann.³¹⁷ Die Erklärung, dass ein Rohbau auf dem Grundstück steht, impliziert jedoch, dass die baubehördliche Benützungsbewilligung nach Fertigstellung problemlos erteilt wird.³¹⁸ Die Qualität einer „Repräsentationswohnung für Anspruchsvolle“ darf nicht durch nachteilige Veränderungen der Gesamtanlage beeinträchtigt werden. Ein Haus, das zu Wohnzwecken verkauft wird, darf nicht durch eine abweichende Bauausführung unbewohnbar werden, selbst wenn ein Haftungsausschluss vereinbart wurde.³¹⁹

Eine Objekteigenschaft wird als schlüssig zugesichert betrachtet, wenn sie klar aus dem Verhalten des Veräußerers gem § 863 ABGB abgeleitet werden kann.³²⁰ Jedoch impliziert der Verkauf einer Sache unter Kenntnis der beabsichtigten Verwendung durch den Käufer oder dessen Abnehmer nicht zwangsläufig eine stille Zusicherung aller für diese Verwendung erforderlichen Eigenschaften.³²¹ Eine stille Zusicherung gilt nur dann, wenn der Veräußerer aus Sicht des Erwerbers die gewünschte Eigenschaft kennt oder hätte kennen müssen und nicht über deren Unzulänglichkeit aufklärt.³²² Generell kann nach *Ofner* eine implizite Zusage einer bestimmten Eigenschaft nur dann angenommen werden, wenn der Käufer aufgrund der Aussagen des Verkäufers darauf vertrauen kann.³²³

³¹⁶ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 18 ff.

³¹⁷ OGH 26.6.2014, 8 Ob 57/14 ZVB 2014/134 = Zak 2014/597 (zust *Wagner*); *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 23.

³¹⁸ OGH 19.12.1968, 1 Ob 274/68 SZ 41/182; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 23.

³¹⁹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 23.

³²⁰ OGH 19.5.1998, 1 Ob 414/97g JBI 1998, 652.

³²¹ OGH 13.11.1986, 6 Ob 669/86 JBI 1987, 315.

³²² *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 79; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 27.

³²³ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 923 Rz 27.

4.3 Gewährleistungsfrist bei unbeweglichen Sachen - Nachweis der Mängel bei Übergabe

Vor dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (kurz GRUG), welches auf Verträge vor dem 1. Januar 2022 angewendet wird, mussten Gewährleistungsansprüche gerichtlich eingefordert werden. Mit den Regelungen des GRUG entfällt dieses Erfordernis. Wenn der Übergeber sich weigert, seinen Verpflichtungen nachzukommen, muss der Übernehmer seine Rechte dennoch gerichtlich durchsetzen. Seit dem GRUG unterscheidet das Gesetz auch zw einer Gewährleistungsfrist, innerhalb der ein vorhandener Mangel bei Übergabe auftreten muss und einer Verjährungsfrist, innerhalb der Übernehmer seine Gewährleistungsrechte geltend machen muss. Es gibt keine allgemeine Pflicht zur Beanstandung als Voraussetzung für Ansprüche im Gewährleistungsrecht, außer in spezifischen Fällen wie beim Warenkauf zw Unternehmen und bei Pauschalreiseverträgen.³²⁴

Die Gewährleistungsfrist für Sachmängel beginnt gem § 933 Abs 1 ABGB mit der Übergabe der Sache, definiert als Zeitpunkt, an dem der Übernehmer die Sache vollständig physisch erhält und erstmals prüfen kann. Diese Übergabe muss nicht unbedingt mit der rechtlichen Übergabe gem §§ 425 ff ABGB übereinstimmen. Im Bereich des Immobilienkaufs kann als Fristbeginn die physische Übergabe der Liegenschaft an den Übernehmer festgelegt werden und etwa nicht die Eintragung des Eigentums im Grundbuch.³²⁵ *Ofner*³²⁶ teilt in seiner Auffassung die Meinung, dass Parteien gem § 933 ABGB die Möglichkeit haben, den Zeitpunkt der Übergabe gem dem Gewährleistungsrecht unabhängig von der tatsächlichen Übergabe durch Vereinbarung festzulegen. Dies kann zb durch die Festlegung eines bestimmten Zeitpunkts oder die Verknüpfung des Übergabezeitpunkts mit dem Eintritt einer Bedingung erfolgen. Trotz einer solchen Vereinbarung kann es jedoch dazu kommen, dass der Übernehmer die Sache vorzeitig und stillschweigend übernimmt, zb durch die Nutzung. Es ist jedoch zu beachten, dass eine stillschweigende Übergabe nach *Ofner* zu verneinen ist, wenn vereinbart wird, dass der Übernehmer die Sache vor dem festgelegten Zeitpunkt oder dem Eintritt der Bedingung nutzen darf.³²⁷ *Bydlinski*³²⁸ vertritt die Auffassung, dass unter dem Begriff "Übergabe" im Allgemeinen der sachenrechtliche Akt zu verstehen ist, der zum Rechtserwerb führt. Er weist jedoch auch daraufhin, dass abweichend davon, gem § 1419

³²⁴ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 933 Rz 1 ff.

³²⁵ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 933 Rz 7 f.

³²⁶ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 933 Rz 9.

³²⁷ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 933 Rz 9.

³²⁸ *Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, ABGB⁷ § 924 Rz 1.

ABGB auf den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs geachtet werden muss, da es um die *sachgemäße Verteilung der Sphärenrisiken geht*.³²⁹

Hödl³³⁰ stellt in seiner Kommentierung klar, dass es für Rechtsmängel keine Gewährleistungsfrist gem § 933 Abs 1 ABGB, sondern eine Verjährungsfrist gem § 933 Abs 3 ABGB gibt, welche beginnt, sobald der Übernehmer von dem Mangel Kenntnis erlangt. Laut OGH³³¹ gilt die Kenntnisnahme als erfolgt, wenn der Übernehmer die notwendigen Informationen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann. Bei Rechtsmängeln, die durch Rechte Dritter an der Sache entstehen, beginnt die Frist nicht mit der Anspruchserhebung durch den Dritten, sondern mit der Kenntnis des Übernehmers vom Bestehen des Drittrechts. Daher wird der Fristbeginn oft erst mit dem rechtskräftigen Urteil im Prozess, den der Dritte zur Verfolgung seiner Rechte eingeleitet hat, festgelegt, insb wenn der Übergeber das Drittrecht weiterhin bestreitet.³³²

Für Sachmängel beträgt die Gewährleistungsfrist nach § 933 ABGB bei beweglichen Sachen zwei Jahre und bei unbeweglichen Sachen drei Jahre. Gem § 293 ABGB ist zw beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden. Wird eine bewegliche Sache unselbständiger Bestandteil einer unbeweglichen Sache, gilt die dreijährige Gewährleistungsfrist nur, wenn die vertraglich geschuldete Tätigkeit des Übergebers auch die Verbindung oder den Einbau umfasste.³³³ Nach der Rechtsprechung³³⁴ trifft dies auf Grunddienstbarkeiten und Reallasten zu, nicht jedoch auf persönliche Dienstbarkeiten und andere Rechte, die nicht dem Eigentümer der herrschenden Liegenschaft als solchem zustehen. Alternativ kann man nach Hödl darauf abstellen, ob das beeinträchtigte Recht an einer unbeweglichen oder einer beweglichen Sache besteht.³³⁵

Ein wichtiger Aspekt ist die Vermutung der Mangelhaftigkeit gemäß § 924 ABGB. Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Innerhalb der ersten sechs Monate nach der Übergabe wird vermutet, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorlag, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Diese Regelung dient dem Schutz des Übernehmers und erleichtert ihm die Beweisführung hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Sache bei Übergabe. In diesem

³²⁹ Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 924 Rz 1.

³³⁰ Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 933 Rz 10.

³³¹ OGH 29.11.2021, 8 Ob 113/21g.

³³² OGH 21.4.2005, 6 Ob 353/04m; Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 933 Rz 10.

³³³ Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 933 Rz 11; OGH 16.9.1998, 3 Ob 79/97g; OGH 14.5.1987, 7 Ob 559/87.

³³⁴ OGH 19.10.1993, 1 Ob 43/92.

³³⁵ Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 933 Rz 13.

Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass eine sechsmonatige Frist bei Neubauten als durchaus kurz einzustufen ist.

Ein zentrales Problem, welches im Rahmen dieser Arbeit thematisiert werden soll, liegt jedoch in der Tatsache, dass die Gewährleistungsfrist erst mit der Übergabe der Sache zu laufen beginnt. Dies bedeutet, dass ein Gewährleistungsanspruch erst mit der Übergabe der Sache entsteht. Diese Regelung hat bei Bauträgerverträgen erhebliche Auswirkungen, da der Erwerber gem §§ 9 und 10 BTVG oft bereits weit vor der eigentlichen Übergabe des fertiggestellten Vertragsgegenstandes Zahlungen an den Bauträger leistet. Während des Baufortschritts auftretende Mängel können vom Erwerber zwar erkannt werden, rechtlich besteht jedoch keine Möglichkeit, die Behebung dieser Mängel vor der tatsächlichen Übergabe des Vertragsgegenstandes zu verlangen. Der Bauträger ist lediglich verpflichtet, bei der Übergabe eine mängelfreie Sache zu übergeben. Dieses Problem wird in Kapitel 5 näher ausgeführt.

4.4 Die Sicherstellung gem § 4 Abs 4 BTVG im Verhältnis zum allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB

Wie bereits in Kapitel 3.1 thematisiert, spielt der Haftrücklass nach § 4 Abs 4 BTVG in der Praxis eine wichtige Rolle im Erwerberschutz und soll den Erwerber auch nach der Bauphase schützen. Zum Begriff „Haftrücklass“ ist zu sagen, dass dieser im BTVG zwar erwähnt, jedoch nicht näher definiert wird und auch außerhalb des BTVG gibt es keine gesetzliche Regelung dazu. Seine Herkunft liegt jedoch in der Praxis des Bauwesens und er wurde in die relevante ÖNORM B2110 aufgenommen. Die Anwendung des Haft(ungs)rücklasses sowie der Spannungsgrad zwischen dem vermeintlichen „Sondergewährleistungsrecht“ und dem Gewährleistungsrecht resp dem Zurückbehaltungsrecht nach dem ABGB wird in der Fachliteratur³³⁶ ausführlich behandelt und soll im Folgenden näher erläutert werden.³³⁷

Die BTVG-Novelle 2008 führte erstmals in § 4 Abs 4 BTVG eine ausdrückliche Absicherung des Gewährleistungsrisikos des Erwerbers ein. Bei der Einführung des BTVG war jedoch nicht beabsichtigt, ein eigenes "Sondergewährleistungsrecht für Bauträgerverträge" zu normieren. Dies bedeutete jedoch nicht, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche grds nicht gesichert sein sollten, wie es in den Erläut zur Stammfassung des BTVG zum Ausdruck kam.

³³⁸ Gem den Materialien zur Novelle von 2008 soll der obligatorische Haftrücklass oder die

³³⁶ Pittl, BTVG³ § 4 58f; Böhm, Die bauträgervertragsrechtliche „Haftrücklassgarantie“ in der praktischen Abwicklung, immolex 2016, 187; Gartner, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

³³⁷ Gartner, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

³³⁸ Pittl, BTVG³ § 4 Rz 42.

Hafrücklassgarantie gem § 4 Abs 4 BTVG die zusätzlichen Risiken mindern, die sich aus Bauverträgen ergeben. Der Schwerpunkt des BTVG liegt auf der Sicherung der Vorauszahlungen des Erwerbers, während Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche bisher nur am Rande durch den Anspruch auf Abtretung von Ansprüchen des Bauträgers gegenüber Dritten geschützt waren. Dies wurde als unzureichend angesehen, da das Baugeschäft generell anfällig für Fehler ist und die zusätzlichen Nachteile für den Erwerber reduziert werden sollten.³³⁹ Es wird deutlich, dass die gesetzliche Regelung des Hafrücklasses speziell auf die Besonderheiten von Bauträgerverträgen zugeschnitten ist und nicht für andere Verträge und Vertragsarten verallgemeinerbar ist. Das dem Erwerber gemäß allgemeinem Zivilrecht zustehende Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB bleibt nach *Pittl* und *Aufner/Bydlinski* durch den Hafrücklass und die Hafrücklassgarantie jedenfalls unberührt.³⁴⁰ Wichtig ist auch zu erwähnen, dass der Hafrücklass nach § 4 Abs 4 BTVG eigens für Bauträgerverträge zugeschnitten ist und jedenfalls nicht auf andere Verträge anwendbar ist – eine Verallgemeinerung ist nicht zulässig.³⁴¹

*Iro/Riss*³⁴² sehen in der Regelung des § 4 Abs 4 BTVG einen unangemessenen Eingriff in die Vertragsfreiheit, was ihrer Ansicht nach zu "Wertungswidersprüchen" und "systemfremden Sonderregelungen" führt, insb im Kontext der spezifischen Merkmale von Bauträgerverträgen. Sie betrachten die damit einhergehende vermeintliche Bevorzugung des Erwerbers im Anwendungsbereich des BTVG als schwer begründbar. Demgegenüber ist nach *Pittl*³⁴³ festzuhalten, dass der Gesetzgeber das Recht hat, den Erwerberschutz durch eine teilweise Ausweitung des Schutzzwecks des Gesetzes zu verbessern, sofern diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt und somit verfassungsgemäß ist. Die gesetzlichen Änderungen und Ergänzungen, einschließlich des Hafrücklasses, wurden vom Gesetzgeber inhaltlich angemessen ausgestaltet und ausführlich begründet. Somit hat er nach *Pittl* seine verfassungsmäßige Verpflichtung zur rechtlichen Unterscheidung von tatsächlichen Unterschieden erfüllt, die auch durch den erweiterten Schutzzweck des BTVG gerechtfertigt sind.³⁴⁴

Die Hafrücklassabrede dient dazu, die gegensätzlichen Interessen von Besteller und Unternehmer auszugleichen. § 4 Abs 4 BTVG ermöglicht es, dass der Werkunternehmer trotz Vollendung und Übergabe des Werkes zunächst nicht den gesamten Werklohn erhält.

³³⁹ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 8; *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 42.

³⁴⁰ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 42; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 4 Rz 23.

³⁴¹ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 42.

³⁴² *Iro/Riss*, wobl 2007, 267.

³⁴³ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 44.

³⁴⁴ *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 44.

Entgegen der gesetzlichen Fälligkeitsregel nach § 1170 ABGB darf der Erwerber einen Teil des Werklohns vorerst einbehalten.³⁴⁵

Aus den Erläut zur BTVG-Novelle ist zu entnehmen, dass der Haftrücklass in allen Sicherungsmodellen etwaige Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aufgrund einer mangelhaften, also im Sinne der §§ 922 ff ABGB vertragswidrigen, Leistung des Bauträgers umfassen muss. Der Gesetzgeber verdeutlicht also klar, dass § 4 Abs 4 BTVG keine zusätzlichen Gewährleistungsansprüche des Erwerbers normiert werden, sondern knüpft er an das bestehende allgemeine Gewährleistungsrecht nach dem ABGB an.³⁴⁶

Das jüngste Urteil des OGH³⁴⁷ beleuchtet in diesem Zusammenhang das Verhältnis zw dem Zurückbehaltungsrecht gem § 1052 ABGB und dem BTVG. Wie im Urteil des OGHs verdeutlicht, bleibt das Recht des Erwerbers, die Leistung gem § 1052 ABGB bis zur Behebung von Mängeln zu verweigern, auch dann bestehen, wenn im Bauträgervertrag eine Zahlung nach dem Ratenplan vereinbart wurde. Dieses Leistungsverweigerungsrecht wird nicht durch den Haftrücklass gem § 4 Abs 4 BTVG eingeschränkt und gilt auch nicht ausschließlich für die letzte Rate abzüglich des Haftrücklasses. Bei Bauträgerverträgen über Wohnungseigentum kann der Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht nach dem ABGB sowohl bei Mängeln an seinem eigenen Wohnungseigentumsobjekt als auch bei Mängeln an allgemeinen Teilen des Gebäudes heranziehen. Dies wiederum bedeutet, dass Erwerber bei Vorliegen von Mängeln, unabhängig davon, ob diese spezielle oder allgemeine Teile des Gebäudes betreffen, auch frühere Raten einbehalten dürfen. Das Leistungsverweigerungsrecht unterliegt jedoch nach wie vor dem Schikaneverbot. Der OGH verdeutlicht in dem Urteil, dass das Zurückbehalten eines Betrags von ca 14.000 € bei Mängelbehebungskosten von ca 18.000 € keine Schikane darstellt, selbst wenn der Großteil der Kosten für Mängel an Allgemeinflächen und nur ca 2.500 € für Mängel am eigenen Wohnungseigentumsobjekt aufgewendet werden müssen. Das Recht auf das Leistungsverweigerung nach dem ABGB verschwindet, wenn der Erwerber die Mängelbehebung verweigert oder die erforderliche Zusammenarbeit unterlässt. Eine bloße Ablehnung eines weiteren identischen Verbesserungsversuchs nach einem gescheiterten Versuch, Risse nur durch Überspachteln und Übermalen zu beheben, führt jedoch nicht zum Verlust dieses Rechts, solange die tatsächlich notwendigen Behebungsmaßnahmen nicht eindeutig festgelegt sind.³⁴⁸

³⁴⁵ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56; *Iro/Riss*, wobl 2007, 267.

³⁴⁶ ErläutRV 432 BlgNR 23. GP 7; *Pittl*, BTVG³ § 4 Rz 48 f.

³⁴⁷ OGH 4.4.2024, 4 Ob 128/23m.

³⁴⁸ OGH 4 Ob 128/23m Zak 2024/261 (*Kolmasch*).

4.5 Gewährleistungsbefehle

Die Rechte des Übernehmers bei Mängeln sind in § 932 ABGB detailliert aufgeführt. Der Übernehmer kann die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine Preisminderung oder die Auflösung des Vertrages verlangen. Diese Rechte sind abgestuft und abhängig von der Art des Mangels sowie der Zumutbarkeit und Angemessenheit der jeweiligen Abhilfe. Die Gewährleistungsbefehle in § 932 ABGB bieten einheitliche Regeln für Kauf- und Werkverträge, ohne grds nach Art und Schwere des Mangels zu differenzieren (ausgenommen des geringfügigen Mangels). Es wird der Vorrang der Mängelbehebung durch Verbesserung oder Austausch gegenüber den Gestaltungsrechten der Preisminderung und der Vertragsaufhebung (vormals „Wandlung“) festgelegt. Aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung muss der Übernehmer dem Übergeber grds eine zweite Chance geben, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Erst wenn auch diese zweite Chance scheitert oder einer der in § 932 Abs 4 ABGB geregelten Ausnahmefälle zutrifft, kann der Übernehmer Preisminderung oder Vertragsaufhebung verlangen. Hödl betont weiters, dass § 932 ABGB viele unbestimmte Gesetzesbegriffe enthält, was oft zu Unsicherheiten bei der Abgrenzung führt.³⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist auch wichtig zu erwähnen, dass die Gewährleistungsbefehle in direkter Konkurrenz mit dem Schadenersatz gem § 933a ABGB stehen.³⁵⁰

Der Übernehmer hat zunächst Anspruch auf Mängelbehebung durch den Übergeber, also auf Verbesserung oder Austausch (=primäre Gewährleistungsbefehle). Dieser Anspruch basiert auf dem ursprünglichen Vertragsvereinbarungen. Bei Beteiligung mehrerer Personen an einem Werk haftet jede nur für die Mängel ihrer eigenen Leistung.³⁵¹ Die Mängelbehebung erfolgt unentgeltlich am ursprünglichen Erfüllungsort – die Maßnahmenkosten trägt gem § 932 Abs 3 ABGB der Übergeber. Der EuGH³⁵² hat im Hinblick auf Verbraucherverträgen und § 8 KSchG entschieden, dass der Übergeber beim Austausch auch die Ausbau- und Einbaukosten tragen muss, auch wenn der damalige Einbau nicht Teil des Vertragsgegenstandes war. Die Mängelbehebung muss in angemessener Frist und mit möglichst wenigen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer erfolgen.³⁵³ Der Übernehmer kann zwischen Verbesserung und Austausch wählen, es sei denn, eine der Maßnahmen ist unmöglich oder mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden. Die einmal getroffene Wahl kann nicht

³⁴⁹ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 1.

³⁵⁰ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 2.

³⁵¹ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 3; OGH 16.12.2014, 10 Ob 71/14k.

³⁵² EuGH C-65/09 und C-87/09, *Weber/Putz*, ECLI:EU:C:2011:396.

³⁵³ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 3.

einseitig geändert werden, jedoch kann der Übernehmer nach dem Scheitern eines Verbesserungsversuchs den Austausch verlangen.³⁵⁴ Der Übergeber trägt die Kosten der Mängelbehebung³⁵⁵, und es besteht keine Verpflichtung zum Vorteilsausgleich für den Übernehmer.³⁵⁶

Grds sind also zunächst die primären Gewährleistungsbefehle anzuwenden. In einigen Fällen, ist sind diese jedoch gem § 932 Abs 4 ABGB unmöglich umzusetzen. *Hödl* erläutert, dass der Austausch bei Stückschulden von vornherein ausgeschlossen ist, da eine wirtschaftlich gleichwertige Ersatzleistung keine Erfüllung darstellt. Ein Austausch ist bei Gattungsschulden ausgeschlossen, wenn die Gattung nicht mehr verfügbar ist. Eine Verbesserung gilt auch als unmöglich, wenn sie über das vertraglich Geschuldete hinausgeht und die reparierte Sache nicht mehr als vom Vertrag umfasst anzusehen ist.³⁵⁷ Eine Unbehebbarkeit eines Mangels hat zur Folge, dass eine Verbesserung unmöglich wird. In diesem Zusammenhang äußert *Hödl*, dass Uneinigkeit darüber besteht, ob bei einem teilweise behebbaren Mangel die Verbesserung im möglichen Ausmaß erfolgen kann oder der Übernehmer im Vorhinein vollständig auf Austausch oder sekundäre Befehle beschränkt ist. Der OGH hat in seiner Entscheidung³⁵⁸ eine teilweise Auflösung (vormals Wandlung) des Vertrags als zulässig erachtet.³⁵⁹

Neben der eben erwähnten „Unmöglichkeit“ der primären Gewährleistungsbefehle, ist als weitere Einschränkung gem § 932 Abs 4 ABGB auch die „Unverhältnismäßigkeit“ zu berücksichtigen. Dies ermöglicht es dem Übergeber, sich auf die Unzumutbarkeit des vom Übernehmer gewählten Befehls zu berufen und den Mangel mit dem anderen Befehl zu beheben, wenn ihm ansonsten ein unverhältnismäßig hoher Aufwand entstehen würde. Auf eine „Unverhältnismäßigkeit“ kann sich der Übernehmer gem § 932 Abs 4 ABGB jedoch nicht bei bloß geringfügigen Mängeln berufen.³⁶⁰

Das Leistungsverweigerungsrecht gem § 1052 ABGB ermöglicht es dem Übernehmer, den gesamten noch offenen Kaufpreis oder Werklohn bis zur vollständigen Mängelbehebung zurückzuhalten. Voraussetzung dafür ist, dass der Übernehmer noch eine Mängelbehebung wünscht. Sobald er sich jedoch für einen der sekundären Befehle entscheidet oder selbst Maßnahmen ergreift, greift das Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr. Dies gilt auch, wenn

³⁵⁴ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 5.

³⁵⁵ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 3.

³⁵⁶ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 4; OGH 29.09.2021, 7 Ob 116/21s.

³⁵⁷ OGH 10 Ob 71/14k.

³⁵⁸ OGH 29.08.2019, 1 Ob 112/19f.

³⁵⁹ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 6.

³⁶⁰ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 7.

der Übernehmer die Fertigstellung des Werks verhindert oder unmöglich macht, zb durch mangelnde Kooperation oder Einflussnahme auf die Verbesserung. Eine unzulässige Schikane liegt vor, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen dem zurückbehaltenen Betrag und dem Verbesserungsaufwand besteht.³⁶¹ Hödl weist daraufhin, dass die Beurteilung in der Rsp von Fall zu Fall unterschiedlich ist und es grds auf den Einzelfall ankommt. Grds ist nach Hödl ein Verbesserungsaufwand von mindestens 10 bis 15 % des zurückbehaltenen Betrags für den Übernehmer akzeptabel. Der Übergeber sollte jedoch erst ab dem Zeitpunkt auf Schikane verweisen können, wenn der Übernehmer durch den Übergeber auf das Missverhältnis aufmerksam gemacht worden ist.³⁶²

Die Frage nach den Konsequenzen einer vorzeitigen Selbstverbesserung durch den Übernehmer ist umstritten. Einige Quellen argumentieren, dass der Übernehmer in diesem Fall keine weiteren Ansprüche gegen den Übergeber geltend machen kann, während andere dies ablehnen. Gem der Rsp des OGH³⁶³ hat der Übergeber jedoch die aufgewendeten Verbesserungskosten bis zu dem Betrag zu erstatten, den er selbst für die Mängelbehebung hätte aufwenden müssen. Der Ersatzanspruch des Übernehmers wegen Selbstverbesserung wird auf die Anrechnung von Ersparnissen auf den Entgeltanspruch gestützt, wobei die Entgelthöhe eine zusätzliche Grenze bildet.³⁶⁴

Neben der Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebung, muss noch das übergeberseitige Verweigern, Scheitern und der Verzug durch den Übergeber erwähnt werden. Verweigert der Übergeber die Verbesserung der Sache oder scheitert er bei der (bereits ersten) Verbesserung, kann sich der Übernehmer direkt auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe berufen.³⁶⁵ Verzug tritt ein, wenn die Mängelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, jedoch ohne dass eine Fristsetzung erforderlich ist. Die Fristdauer bemisst sich nach der objektiv erforderlichen Zeit für die Mängelbehebung unter Berücksichtigung konkreter Umstände wie der Notwendigkeit von Bestellungen. Zudem muss der dem Übergeber erkennbare Zweck der Sache in die Fristbemessung einfließen. Bei mehreren Verbesserungsversuchen zählt der insgesamt gewährte Zeitraum. Der OGH hat zb eine 14-tägige Frist für die nicht dringliche Behebung optischer Mängel als zu kurz³⁶⁶ und eine

³⁶¹ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 8.

³⁶² Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 8.

³⁶³ OGH 27.9.2017, 9 Ob 45/17h; OGH 12.3.2015, 7 Ob 228/14a; OGH 8.11.2013, 7 Ob 196/13v.

³⁶⁴ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 9.

³⁶⁵ Hödl in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 10.

³⁶⁶ OGH 3.11.2005, 6 Ob 85/05a.

Frist von über neun Monaten für die Herstellung der Funktion einer Heizanlage³⁶⁷ als ausreichend erachtet.³⁶⁸

Liegt ein Anspruch auf die sekundären Behelfe vor, kann der Übernehmer grds frei zw Preisminderung und Vertragsauflösung wählen, es sei denn, es handelt sich um einen geringfügigen Mangel, der nur eine Preisminderung erlaubt. Beide Rechte können seit der neuen Rechtslage nach dem GRUG gem § 933 Abs 1 ABGB formfrei ausgeübt werden. Diese Änderung hat eine schuldrechtliche, jedoch keine sachenrechtliche Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses³⁶⁹. Die Rückforderung zu viel gezahlter Beträge oder die Rückabwicklung des Vertrags erfolgt grds nach dem Zug-um-Zug Prinzip gem § 877 bzw § 1435 ABGB^{370, 371}.

Das Gestaltungsrecht der Preisminderung zielt nach *Hödl* darauf ab die gestörte subjektive Äquivalenz durch Anpassung des Entgelts wiederherzustellen. Die Berechnung erfolgt nach der relativen Methode: Der geminderte Preis steht im Verhältnis zum vereinbarten Preis wie der Wert der mangelhaften Sache zum Wert der mangelfreien Sache. Entscheidend sind die Verhältnisse am Erfüllungsort zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses³⁷². Es gibt keine Untergrenze, die den Verkehrswert der mangelhaften Sache berücksichtigt, es sei denn, es bestehen besonders schutzwürdige Interessen des Verkäufers³⁷³. Falls die Preisminderung nicht durch einen Sachverständigen berechnet werden kann³⁷⁴, ist § 273 Abs 1 ZPO anwendbar.³⁷⁵

Die Ausübung des Gestaltungsrechts zur Auflösung des Vertrags gem § 932 Abs 4 ABGB führt zur Aufhebung des Vertrags.³⁷⁶ Die Auflösung ist nicht ausgeschlossen, wenn die Rückgabe der mangelhaften Sache wirtschaftlich unzumutbar³⁷⁷ oder unmöglich ist, zb durch Weiterveräußerung³⁷⁸, selbst wenn der Übernehmer die Rückstellung schuldhaft vereitelt hat. Allerdings kann die Unmöglichkeit der Rückgabe bereicherungs- oder schadenersatzrechtliche Folgen haben. Ein konkludenter Verzicht auf das Recht zur

³⁶⁷ OGH 12.7.2006, 4 Ob 112/06h.

³⁶⁸ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 16.

³⁶⁹ OGH 27.2.1995, 1 Ob 579/94.

³⁷⁰ OGH 21.1.2009, 3 Ob 248/08d.

³⁷¹ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 19.

³⁷² OGH 20.12.2017, 7 Ob 38/17i; OGH 20.12.1991, 6 Ob 634/91.

³⁷³ OGH 19.1.2021, 10 Ob 47/20i; OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h.

³⁷⁴ OGH 23.7.2013, 10 Ob 11/13k.

³⁷⁵ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 21.

³⁷⁶ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 23; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 932 Rz 69.

³⁷⁷ OGH 4.3.2013, 8 Ob 80/12s.

³⁷⁸ OGH 7.7.2008, 6 Ob 134/08m.

Vertragsauflösung kann durch lange Weiterbenutzung der mangelhaften Sache oder Zulassen der Verbesserung angenommen werden, wobei ein strenger Maßstab anzulegen ist³⁷⁹. Das Recht auf Vertragsauflösung kann mit dem Hauptanspruch aus dem Vertrag abgetreten werden und erlischt nicht, wenn der Mangel ohne Zutun des Übernehmers beseitigt wurde.³⁸⁰ Nach Auflösung des Vertrags kann der Übergeber Anspruch auf ein Benützungsentgelt haben, das sich am Wertverlust durch gebrauchsbedingte Abnutzung orientiert.³⁸¹

Wie bereits kurz erwähnt, kann ein Unternehmer bei einem geringfügigen Mangel nicht die Vertragsauflösung verlangen, sondern ist auf das Recht zur Preisminderung beschränkt. Die Kriterien zur Bestimmung der Geringfügigkeit gelten nach *Hödl* als umstritten. Jüngere Literatur legt den Fokus auf die Schwere des Mangels, während die Rsp³⁸² eine Interessenabwägung anhand objektiver Kriterien vornimmt. Ein geringfügiger Mangel liegt vor, wenn die Nachteile für den Unternehmer im Vergleich zu den Nachteilen für den Übergeber bei einer Vertragsrückabwicklung deutlich schwerer wiegen³⁸³. Die subjektive Bedeutung des Mangels für den Unternehmer wird ebenfalls berücksichtigt, sofern sie für den Übergeber bei Vertragsabschluss erkennbar war^{384 385}.

Die Rsp hat in verschiedenen Fällen die Geringfügigkeit eines Mangels bejaht, zb bei einem Neuwagen mit gelegentlichen, kaum hörbaren Geräuschen³⁸⁶ oder einem Gebrauchtwagen mit einer wertmindernden Reparaturhistorie³⁸⁷. Kein geringfügiger Mangel wurde hingegen bei gravierenden technischen Mängeln wie einer „Ganzhausheizung“, die nur einen Raum heizen kann³⁸⁸, oder einem Neuwagen mit sicherheitsrelevanten Mängeln³⁸⁹ angenommen. Im für diese Arbeit relevanten Bereich des Bauwesens wurde die Geringfügigkeit bei einer Überdachung verneint, deren Niederschlagswasserableitung nur durch erhebliche optische und technische Veränderungen funktionstüchtig gemacht werden konnte^{390 391}.

³⁷⁹ OGH 29.8.2013, 1 Ob 106/13i.

³⁸⁰ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 23.

³⁸¹ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 24.

³⁸² OGH 22.2.2017, 8 Ob 59/16h; OGH 27.11.2007, 10 Ob 108/07s; OGH 28.9.2005, 7 Ob 194/05p; OGH 24.5.2005, 1 Ob 14/05y.

³⁸³ OGH 1 Ob 14/05y.

³⁸⁴ OGH 1 Ob 106/13i.

³⁸⁵ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 25.

³⁸⁶ OGH 1 Ob 14/05y.

³⁸⁷ OGH 24.9.2020, 6 Ob 240/19s.

³⁸⁸ OGH 12.7.2006, 4 Ob 112/06h.

³⁸⁹ OGH 1 Ob 106/13i.

³⁹⁰ OGH 8 Ob 59/16h.

³⁹¹ *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ § 932 Rz 26 f.

Zusammengefasst zeigt sich, dass das allgemeine Gewährleistungsrecht gemäß § 922 ff ABGB zwar einen umfassenden Schutz bietet, dieser jedoch erst mit der Übergabe der Sache greift. Bei Bauträgerverträgen führt dies dazu, dass während der Bauphase keine rechtlichen Ansprüche auf Mängelbehebung bestehen, was für die Erwerber erhebliche praktische Probleme mit sich bringen kann. Die gesetzlichen Regelungen zur Gewährleistung bieten zwar umfangreiche Rechte nach der Übergabe, lassen aber eine wichtige Phase des Erwerbsprozesses unberücksichtigt, in der der Erwerber bereits Risiken trägt, jedoch keine adäquaten Schutzmechanismen zur Verfügung hat.

Die Bauwirtschaft ist naturgemäß mit einem erhöhten Insolvenzrisiko für Bauträger verbunden. In den vergangenen Monaten und Jahren haben hohe Zinspolitiken und steigende Rohstoffpreise viele Bauträger, sowohl kleine als auch große, europaweit in die Insolvenz getrieben. Das allgemeine Gewährleistungsrecht und die Gültigkeitsfrist der Übergabe spielen im Bauwesen eine wichtige Rolle. Doch was passiert, wenn ein Bauträger kurz nach der Übergabe – ein nicht unwahrscheinliches Szenario – Konkurs anmeldet und somit die Sicherstellung des Erwerbs und die Behebung von Mängeln gefährdet ist? Diese exemplarische Problematik wird im folgenden Kapitel ausführlich behandelt.

5 Verbesserung der Qualitätssicherung und Gewährleistung

Das folgende Kapitel dieser Masterarbeit widmet sich einerseits den bestehenden Herausforderungen in der Praxis eines BTVG Projekts, andererseits sollen praxisrelevante Lösungsansätze präsentiert werden, welche eine Verbesserung der Qualitätssicherung und Gewährleistung im Bauwesen ermöglichen. Zunächst soll auf das Problem des ungeeigneten Baufortschrittsprüfers sowie der im Kapitel 4 bereits thematisierten Problematik der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen erst ab Übergabe eingegangen werden. Ebenso soll ein Blick auf eine mögliche Insolvenz des Bauträgers geworfen werden.

Basierend auf den bisherigen Informationen und Analysen werden im zweiten Teil dieses Kapitels eine Reihe von Maßnahmen und Vorschlägen präsentiert, um die Qualitätssicherung während des gesamten Bauprozesses zu optimieren und eine effektive Gewährleistung für Bauvorhaben zu gewährleisten. Die bisherigen Erkenntnisse haben gezeigt, dass eine gezielte Qualitätskontrolle und -sicherung entscheidend ist, um Mängel zu minimieren, die Erwerbersicherheit zu steigern und die langfristige Wertbeständigkeit von Bauwerken zu gewährleisten. Dieses Kapitel wird verschiedene Ansätze und Empfehlungen vorstellen, um die Qualitätssicherung in verschiedenen Phasen des Bauprozesses zu stärken, die Mechanismen zur Gewährleistung von Bauqualität und -standards zu verbessern und als oberstes Ziel den Erwerberschutz zu erhöhen. Die verpflichtende Dokumentation von Mängeln während der Bauphase und eine Erweiterung der Verpflichtungen bzw der Rolle des Baufortschrittsprüfers können dabei das gewünschte Resultat bringen. Ebenso wird die Problematik der faktischen Abhängigkeit des Baufortschrittsprüfers vom Bauträger anhand einer verpflichtenden Unabhängigkeit entkräftet.

5.1 Herausforderungen in der Praxis

Die Praxis der Qualitätssicherung und Gewährleistung nach dem BTVG ist von diversen Herausforderungen geprägt, die den Schutz und die Zufriedenheit der Erwerber gefährden können. Ein zentrales Problem ist die Schwierigkeit für Erwerber, auf eigene Kosten einen Baufortschrittsprüfer zu bestellen, um die Behebung von qualitativen Mängeln zu überwachen. Trotz dieser Möglichkeit bleibt die Überprüfungspflicht des Baufortschrittsprüfers beim Treuhänder, was die unabhängige Beauftragung durch den Erwerber in der Praxis erschwert.

Wie in den Kapiteln 3.3 und 3.4.3 erläutert, liegt das Problem nicht in der Haftung des Baufortschrittsprüfers gegenüber dem Erwerber, da der Vertrag zwischen Treuhänder und Baufortschrittsprüfer zugunsten des Erwerbers wirkt. Der Baufortschrittsprüfer haftet somit grds für alle Schäden, die aus seiner fehlerhaften Tätigkeit resultieren. Das eigentliche

Problem liegt in der Zuständigkeit des Baufortschrittsprüfers und seiner Pflichten zur Freigabe der Bauabschnitte. Hier muss sichergestellt werden, dass der Baufortschrittsprüfer unabhängig agiert, um zu verhindern, dass der Bauträger indirekt Einfluss auf die Freigabe der Zahlungen nehmen kann.³⁹² Ebenso muss in diesem Zusammenhang erneut erwähnt werden, dass vor dem Hintergrund des § 6 Abs 1 Z 10 KSchG der Baufortschrittsprüfer bei Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts grds *nicht einem „Einflussbereich“ des Bauträgers zuzurechnen* sein soll, da der Bauträger sonst unter Umständen indirekt Einfluss auf die Freigabe der Zahlungen nehmen könnte.³⁹³

Im Folgenden werden drei häufige Problemstellungen näher thematisiert: das Problem eines ungeeigneten Baufortschrittsprüfers welcher wo mögliche nicht die notwendigen Qualifikationen aufweist, die Insolvenz des Bauträgers, welche als Hauptmotiv zur Einführung des BTVG zählt, und das Problem der allgemeinen Gewährleistungsrechte welche erst ab Übergabe der Sache geltend gemacht werden können.

5.1.1 Ungeeigneter Baufortschrittsprüfer

Wie bereits in Kapitel 3 erwähnt wurde und wie *Böhm*³⁹⁴ in seiner Arbeit betont hat, kam es in der Vergangenheit in der Praxis seitens Treuhänder wiederholt zur Beauftragung von Baufortschrittsprüfern, die zwar gerichtlich beeideten waren und sich öffentlich als beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige für das Bauwesen ausgaben, zb durch die Verwendung von Rundsiegel, Briefpapier, Websites usw. Es stellte sich jedoch oft erst nach langjähriger Tätigkeit heraus, dass diese Angaben nicht der Realität entsprachen, da der Eintrag in die Sachverständigenliste sich nicht auf das Bauwesen, sondern zb auf das Immobilienwesen bezog. Dem Treuhänder blieb die "Unzuständigkeit" des Baufortschrittsprüfers in der Regel verborgen, da er keinen Einblick in die Sachverständigenliste nahm und stattdessen auf die Qualifikation des Beauftragten vertraute, der bereits in zahlreichen Bauträgerprojekten als Sachverständiger tätig war und auch öffentlich immer den Anschein erweckte, für das Bauwesen qualifiziert zu sein.³⁹⁵ Eine weitere problematische Situation entsteht oft bei Sachverständigen, die zwar für das "Bauwesen" beeideten sind, aber nur für ein nicht einschlägiges Fachgebiet. Ein weiterer Aspekt, der die "Eignung" des Baufortschrittsprüfers betrifft, ist die vom Gesetz vorgeschriebene

³⁹² Prader in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 6.

³⁹³ *Böhm*, immolex 2017, 266.

³⁹⁴ *Böhm*, immolex 2017, 266.

³⁹⁵ *Böhm*, immolex 2017, 266.

Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von 400.000 Euro pro Versicherungsfall gemäß § 13 Abs 4 BTVG. Auch dies ist vom Treuhänder zu überprüfen.³⁹⁶

Die praktische Anwendung des BTVG erfordert die Bestellung eines Baufortschrittsprüfers, auch wenn der Begriff im Gesetz nicht explizit genannt wird. Gem § 13 Abs 2 BTVG kann der Treuhänder auf verschiedene Fachleute zurückgreifen, darunter einen "für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft". Die Auswahl des geeigneten Baufortschrittsprüfers stellt in der Praxis eine entscheidende Rolle für die Qualität des Baues dar.³⁹⁷

Ein "für den Hochbau zuständiger Ziviltechniker" muss den Abschluss eines Bauabschnitts feststellen können.³⁹⁸ Gem § 1 ZTG 2019 sind Ziviltechniker natürliche Personen, die auf ingenieurwissenschaftlichen oder naturwissenschaftlichen Fachgebieten freiberuflich tätig sind. Um die Anforderungen des § 13 Abs 2 BTVG zu erfüllen, muss der Ziviltechniker nach *Mandl* jedoch speziell für den Hochbau qualifiziert sein. In Fällen einer fehlerhaften Baufortschrittsanzeige haftet der Treuhänder nur dann, wenn ihm ein Auswahlverschulden bei der Wahl des Ziviltechnikers nachgewiesen werden kann. Andernfalls kann der Erwerber den beigezogenen Ziviltechniker direkt in Anspruch nehmen.³⁹⁹

Die Einbeziehung allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für das Bauwesen wurde zunächst nicht im BTVG erwähnt. Diese Möglichkeit wurde erst im Bericht des Justizausschusses⁴⁰⁰ festgelegt, der besagt, dass neben Ziviltechnikern auch allgemein beeidete Bausachverständige zur Feststellung des Baufortschritts herangezogen werden können. Allerdings bleibt unklar, welche Personen genau darunterfallen. Die fehlende Definition führt in der Praxis zu Unsicherheiten und unterschiedlichen Interpretationen der Bestimmung.⁴⁰¹

In Bezug auf die fälschliche Auswahl eines ungeeigneten Baufortschrittsprüfers gibt es in Literatur und Praxis unterschiedliche Auffassungen darüber, welche Fachgebiete innerhalb der Fachgruppe 72 (Bauwesen) die erforderlichen Kenntnisse für die Baufortschrittsprüfung gem § 13 Abs 2 BTVG umfassen. *Prader*⁴⁰² argumentiert, dass nicht alle Fachgebiete

³⁹⁶ *Böhm*, immolex 2017, 267.

³⁹⁷ *Mandl*, immolex 2022, 382.

³⁹⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 5.

³⁹⁹ *Mandl*, immolex 2022, 382; ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 5.

⁴⁰⁰ JAB 450 BlgNR 20. GP 2.

⁴⁰¹ *Mandl*, immolex 2022, 382.

⁴⁰² *Prader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 13 BTVG Rz 4.

innerhalb der Fachgruppe Bauwesen automatisch die erforderlichen Kompetenzen für den Hochbau aufweisen, und schlägt vor, die Auswahl auf Sachverständige für Hochbau und Architektur zu beschränken. Hingegen ist *Böhm*⁴⁰³ der Meinung, dass nur Sachverständige aus dem Fachgebiet 72.01 (Hochbau, Architektur) als geeignet angesehen werden sollten. *Friedl*⁴⁰⁴ und *Riepl*⁴⁰⁵ schließen sich dieser Ansicht an und betonen, dass der Begriff "Sachverständiger für Bauwesen" iSd Gesetzes ausschließlich einen Sachverständigen für Hochbau und Architektur umfasst.⁴⁰⁶

*Wiesinger*⁴⁰⁷ stellt klar, dass § 13 Abs 2 BTVG eine rein haftungsrechtliche Bestimmung ist und keine berufsrechtlichen Anforderungen an den Baufortschrittsprüfer festlegt. Die Befugnis zur Tätigkeit als Baufortschrittsprüfer muss daher gem der Gewerbeordnung und dem ZTG 2019 beurteilt werden. *Guggenbichler*⁴⁰⁸ stimmt mit *Prader, Böhm, Friedl, Riepl* und *Wiesinger* überein und argumentiert, dass nicht alle Fachgebiete innerhalb der Fachgruppe 72 für eine Baufortschrittsprüfung nach dem BTVG geeignet sind. Er betont, dass die Auswahl von Sachverständigen darauf basieren sollte, ob sie fachlich in der Lage sind, den Baufortschritt bei einem Wohnhausbauprojekt zu prüfen und die nächste Rate zur Zahlung freizugeben. Allerdings vertreten *Guggenbichler* und *Mandl*⁴⁰⁹ die Ansicht, dass die teleologische Reduktion des § 13 Abs 2 BTVG rein auf das Fachgebiet Hochbau und Architektur zu weit geht. Er argumentiert, dass auch Sachverständige anderer Fachgebiete innerhalb der Fachgruppe 72 geeignet sein können, sofern sie über das erforderliche Fachwissen und die Kompetenzen verfügen, um eine zuverlässige Baufortschrittsprüfung durchzuführen. Dazu zählen zb Sachverständige für Kalkulation, Vergabewesen, Bauabwicklung und Bauabrechnung (Fachgebiet 72.03).⁴¹⁰

Guggenbichlers Argumentation ist nach *Mandl* überzeugend, besonders vor dem Hintergrund der erforderlichen Prüfungstiefe gem den Gesetzesmaterialien für eine Baufortschrittsprüfung. Laut ihm ist das entscheidende Kriterium für die Einordnung als "schwerwiegender Mangel", ob dieser die Wertigkeit der Bauleistung derart beeinträchtigt, dass entweder nach allgemeinem Verständnis nicht von einem abgeschlossenen Bauabschnitt gesprochen werden

⁴⁰³ *Böhm*, immolex 2017, 267.

⁴⁰⁴ *Friedl* in *Illedits/O. Reich-Rohrwig*, Wohnrecht-TaKomm³ (2018) § 13 BTVG Rz 2.

⁴⁰⁵ *Riepl*, Die Anforderungen an den Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 BTVG, immolex 2019, 287 (288).

⁴⁰⁶ *Mandl*, immolex 2022, 383.

⁴⁰⁷ *Wiesinger*, Wer kann Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG sein?, bau aktuell 2019, 217.

⁴⁰⁸ *Guggenbichler*, Bauträgervertragsgesetz: Wer darf den Baufortschritt prüfen? Sachverständige 2021, 185 (186).

⁴⁰⁹ *Mandl*, immolex 2022, 383.

⁴¹⁰ *Mandl*, immolex 2022, 383.

kann oder ob die Mängel derart gravierend sind, dass der erforderliche Aufwand für die Behebung in keinem angemessenen Verhältnis zu den für diesen Bauabschnitt zu leistenden Zahlungen steht. Daher muss der Baufortschrittsprüfer nur solche Mängel feststellen, die so schwerwiegend und offensichtlich sind, dass sie einen direkten Einfluss auf den Wert des Bauwerks haben. In Anbetracht dieser Voraussetzungen scheint es nach *Mandl* tatsächlich unwahrscheinlich zu sein, dass einem Sachverständigen des Fachgebiets 72.03 die Fähigkeit abgesprochen werden kann, schwerwiegende Mängel an einem Hochbau, die auf den ersten Blick erkennbar sind, zu identifizieren.⁴¹¹

Mandl betont, dass angesichts der erforderlichen Prüftiefe des Baufortschrittsprüfers auch die Frage geklärt werden kann, ob es zulässig ist, wenn der Planverfasser des Bauprojekts und der Baufortschrittsprüfer dieselbe Person ist, was in der Praxis häufig vorkommt. Da gem den Ausführungen zuvor lediglich der Baufortschritt zu bewerten ist und keine Qualitätskontrolle stattfinden soll, geschweige denn, dass im schlimmsten Fall Planungsfehler aufgedeckt werden müssen, kann nicht von einer voreingenommenen Baufortschrittsprüfung oder Befangenheit gesprochen werden, wenn der Baufortschrittsprüfer und der Planverfasser identisch sind.⁴¹²

Wie bereits kurz im Kapitel 2.4 erwähnt, hat die Auswahl eines Sachverständigen, der formell nicht geeignet ist, grds keinen Einfluss auf die ordnungsgemäße Umsetzung des grundbücherlichen Sicherungsmodells oder die Fälligkeit der einzelnen Ratenplanzahlungen. Daher löst dies auch keinen Rückforderungsanspruch gemäß § 14 BTVG oder eine Strafbarkeit nach § 17 Z 2 BTVG aus. Wenn der Treuhänder also einen formal untauglichen Baufortschrittsprüfer bestellen sollte, besteht die rechtliche Konsequenz darin, dass dem Treuhänder das Haftungsausschlussprivileg gemäß § 13 Abs 2 S 2 BTVG nicht zusteht. Daher ist der Treuhänder eigenverantwortlich und haftet dafür, die gesetzmäßige Fertigstellung der Bauabschnitte zu überprüfen.⁴¹³

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass als Baufortschrittsprüfer neben einem für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker nur ein Sachverständiger infrage kommt, der im Fachgebiet Hochbau und Architektur eingetragen ist. Die Bestellung eines Sachverständigen durch den Treuhänder stellt eine Substitution dar. Fehlt dem Sachverständigen die erforderliche formale Eignung, ist das grundbücherliche Sicherungsmodell zwar korrekt

⁴¹¹ *Guggenbichler*, Sachverständige 2021, 186; *Mandl*, *immolex* 2022, 383; ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 27.

⁴¹² *Mandl*, *immolex* 2022, 383.

⁴¹³ *Böhm*, *immolex* 2017, 267.

verwirklicht, aber der Treuhänder haftet für etwaige Fehler des Sachverständigen wie für eigene. Ein Auswahlverschulden nach § 1010 ABGB oder die Erfüllung eines Tatbestands des § 1315 ABGB sind hierbei nicht relevant. Im Falle einer vertraglichen Verpflichtung zur Bestellung eines Sachverständigen gemäß § 13 BTVG werden Zahlungen des Erwerbers bei Bestellung eines formal unqualifizierten Sachverständigen nicht fällig. Allerdings haftet der Treuhänder auch hier nur im Fall eines schuldhaft unrichtig erstellten Gutachtens für entstandene Schäden beim Erwerber durch eine vor Fälligkeit erfolgte Zahlung.⁴¹⁴

5.1.2 Insolvenz der Bauträgers

Die Insolvenz des Bauträgers stellt insb ein Problem dar, wenn sich der Vertragsgegenstandes noch im Bau befindet und der Bauträger nicht mehr fähig ist die vereinbarte Sache vereinbarungsgemäß fertigzustellen. Der Erwerber hat bei der Ratenplanmethode gem § 10 BTVG meist bereits einige Bauabschnittsraten gezahlt und im Gegenzug die grundbücherliche Sicherung erhalten. Da die grundbücherliche Sicherung nicht auf die Sicherung der geleisteten Vorauszahlung abzielt, jedoch versucht die vom Erwerber geforderte Rechtsstellung – zB den Eigentumserwerb an einer Wohneinheit – abzusichern, ist der Erwerber oftmals gezwungen den Bau des Vertragsgegenstandes auf eigene Initiative fertigzustellen. Die bereits geleisteten Ratenzahlungen können in solchen Fällen bereits vollständig aufgebraucht sein und die Erwerber stellen häufig fest, dass sie nicht mehr über ausreichendes Restkaufpreiskapital verfügen, das noch nicht an den Bauträger gezahlt wurde. Als „letzten“ Ausweg, versuchen viele Erwerber den Baufortschrittsprüfer auf eine mögliche fehlerhafte Leistungserbringung zu klagen.⁴¹⁵

Das Ausgangsproblem der Insolvenz eines Bauträgers liegt darin, dass trotz des Bestrebens, *das Risiko des Verlustes der vom Erwerber vorgestreckten Zahlungen zu minimieren, eine umfassende und obligatorische Absicherung der Fertigstellung von im Bauträgermodell zu errichtenden Objekten*⁴¹⁶ aufgrund der damit verbundenen Kostensteigerungen nicht vorgesehen ist. Die Sicherungspflicht des Bauträgers wird auf Vorauszahlungen beschränkt, und Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche werden grds nicht gedeckt.⁴¹⁷ Eine Ausnahme davon sieht § 16 BTVG vor, der den Übergang von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen des Bauträgers gegen Dritte auf den Erwerber vorsieht, um die rechtliche und wirtschaftliche Position des Erwerbers zu verbessern. Im Fall der Insolvenz des Bauträgers oder anderer Situationen, die die Durchsetzung von Gewährleistungs- und

⁴¹⁴ Böhm, immolex 2017, 270.

⁴¹⁵ Gartner, immolex 2013, 331.

⁴¹⁶ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.

⁴¹⁷ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 27.

Schadenersatzansprüchen erschweren, ist vorgesehen, dass der Übergang dieser Ansprüche auf den Erwerber stattfinden kann.⁴¹⁸ Dies tritt jedoch erst ein, nachdem der Erwerber schriftlich vom Bauträger oder gegebenenfalls vom Masseverwalter darum gebeten hat und dabei die spezifischen Mängel und Ansprüche genau angibt. Entscheidend ist, dass dieses präzise Verlangen beim Bauträger oder Masseverwalter eingeht.⁴¹⁹ Wichtig zu erwähnen ist auch, dass jegliche Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche natürlich erst ab Übergabe geltend gemacht werden können.

Um die Rechte des Erwerbers zu schützen, soll ihm durch den Gesetzgeber der Auffassung *Prader/Pittl*⁴²⁰ zu Folge eine Art von Haftung gegenüber Dritten gewährt werden, die vom Bauträger beauftragt wurden und für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche verantwortlich sind. Diese Haftung erstreckt sich jedoch nur auf solche Dritten, mit denen der Erwerber keine direkte Vertragsbeziehung hat. Dadurch kann der Erwerber zB Rechtsmängel, die aufgrund unvollständiger Herstellung der vertraglich vereinbarten Rechtsstellung entstehen, direkt gegenüber dem Vertragsverfasser geltend machen. In solchen Fällen haften der Vertragsverfasser und der Bauträger gemeinsam, sofern sie schuldhaft gehandelt haben.⁴²¹

Die Voraussetzungen für die Abtretung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen sind die Insolvenzeröffnung oder die Erschwernis oder Unmöglichkeit der Durchsetzung aus anderen Gründen.⁴²² Im Fall der Insolvenzeröffnung genügt die Eröffnung des entsprechenden Verfahrens⁴²³, während bei Erschwernis oder Unmöglichkeit der Durchsetzung mehrere Fallvarianten denkbar sind, wie etwa die Einstellung der Geschäftstätigkeit, Zahlungsunfähigkeit ohne Insolvenzeröffnung⁴²⁴ oder beharrliche Ablehnung, die geltend gemachten Ansprüche zu erfüllen.⁴²⁵ Diese Weigerung muss jedoch im Einzelfall beurteilt werden und gilt nur dann, wenn der Mangel grds feststeht oder anerkannt ist, jedoch nicht, wenn der Bauträger selbst den Mangel bestreitet, es sei denn, der dafür letztlich verantwortliche Subunternehmer erkennt den Anspruch an.⁴²⁶

⁴¹⁸ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 27.

⁴¹⁹ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 27; *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² zu § 16 des Entwurfs.

⁴²⁰ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 1.

⁴²¹ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 1.

⁴²² *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 2.

⁴²³ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 16 BTVG Rz 9; *Gartner*, BTVG⁵ § 16 Rz 4.

⁴²⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 16 Rz 5.

⁴²⁵ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 2; *Gartner*, BTVG⁵ § 16 Rz 6; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 16 Rz 1.

⁴²⁶ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 2; *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 16 BTVG Rz 10.

Der Forderungsübergang erfolgt erst, wenn der Erwerber dies schriftlich vom Bauträger oder gegebenenfalls vom Insolvenzverwalter verlangt und dabei die betreffenden Mängel und Ansprüche präzise angibt.⁴²⁷ Die Abtretung erfolgt zahlungshalber, wobei das Einlangen beim Bauträger oder Insolvenzverwalter durch den OGH als entscheidend bewertet wurde.⁴²⁸ Eine Zustimmung oder Erklärung des Bauträgers ist nicht erforderlich. Die Geltendmachung muss schriftlich erfolgen und die schriftliche Erklärung ist empfangsbedürftig, sodass auch der Nachweis des Zugangs dem Erwerber obliegt.⁴²⁹

Eine weitere Bedingung besteht darin, dass jeder individuelle Erwerber, der gem § 16 BTVG die Abtretung der Ansprüche verlangt, klar identifizierbar sein muss. Dies ermöglicht es dem Bauträger oder dem Insolvenzverwalter festzustellen, welche Ansprüche auf welche Erwerber übergegangen sind und welche Ansprüche noch zur Insolvenzmasse gehören.⁴³⁰ Da es keine Gesetzeslücke gibt, kann nach *Prader/Pittl* zu Folge der Erwerberbegriff nicht auf Einzelrechtsnachfolger ausgedehnt werden. Daher ist eine sofortige Abtretung des Anspruchs gegen Dritte an die Eigentümergemeinschaft ausgeschlossen. Der Erwerber muss den Anspruch persönlich geltend machen und die Abtretung beantragen. Auf diese Weise können sowohl die Interessen des Einzelnen als auch die der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt werden.⁴³¹

Die Ansicht *Prader/Pittl* ist, dass im Falle der Liquidation des Bauträgers die Bestellung eines Nachtragsliquidators erforderlich ist. Ihrer Meinung nach besteht ein gesetzlicher Anspruch der Erwerber, der die Position der Gläubiger verbessert, auch wenn es sich nicht um traditionelles Vermögen handelt. Sie argumentieren, dass die Abtretung der Ansprüche dazu beitragen kann, die wirtschaftliche Lage der Erwerber und damit möglicherweise auch der Gläubiger zu verbessern. Daher empfehlen sie die Beantragung eines Zustellkurators, falls der Bauträger untergeht.⁴³²

Die Übertragung der Forderung an den Dritten erfolgt in genau dem Zustand, wie sie beim Bauträger bestand. Gem § 1396 ABGB und dem OGH⁴³³ behält der Dritte daher alle Einwände, die ihm bis zum Zeitpunkt der Benachrichtigung durch den Bauträger entstanden sind. Somit bleiben alle Vereinbarungen, die zwischen dem Bauträger und dem Dritten getroffen wurden,

⁴²⁷ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 3; OGH 14.3.2012, 3 Ob 227/11w; ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 27.

⁴²⁸ 3 Ob 227/11w; OGH 5.8.2008, 8 Ob 70/08i.

⁴²⁹ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 3; 3 Ob 227/11w.

⁴³⁰ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 4; OGH 25.5.2016, 2 Ob 187/15m.

⁴³¹ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 4.

⁴³² *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 5.

⁴³³ 3 Ob 227/11w.

sowie die Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche, welche eine mangelhafte Bauführung regeln, gegenüber dem Erwerber wirksam, sofern sie vor dem Rechtsübergang getroffen wurden. Dies bedeutet auch, dass die vom Bauträger gewährten abweichenden längeren Verjährungsfristen zu Gunsten des Erwerbers gelten können. Jedoch weisen *Prader/Pittl* daraufhin, dass diese Regelung im Falle einer Insolvenz des Bauträgers fragwürdig ist, da dem Erwerber trotz des Rechtsübergangs weiterhin die Einwendungen gegen den Gläubiger zustehen. Insb betrifft dies die Einreden aufgrund eines nicht vollständig erfüllten Vertrages gem § 1052 ABGB aufgrund bereits fälliger Entgeltansprüche des Professionisten gegen den Bauträger.⁴³⁴ Weiters kann im Falle einer Insolvenz der Anspruch verloren gehen, wenn der Bauträger (oder Insolvenzverwalter) die Ansprüche gegenüber dem Dritten bereits vor dem Abtretungsverlangen geltend gemacht hat, was einen Aussonderungsanspruch nach § 44 IO oder einen Bereicherungsanspruch nach § 46 Z 6 IO ausschließt.⁴³⁵

Die Zulässigkeit einer Globalzession im Rahmen des § 16 BTVG wird von *Böhm/Höllwerth*⁴³⁶ und *Männl*⁴³⁷ befürwortet, wobei jedoch nicht automatisch sämtliche Sicherheiten des Bauträgers auf den Erwerber übergehen. Grds sind die Erwerber nach *Prader/Pittl*⁴³⁸ gem § 932 ABGB verpflichtet, ihre Ansprüche der Reihenfolge dieses Gesetzes entsprechend geltend zu machen, was auch für Ansprüche gegenüber Dritten gilt.⁴³⁹ Die vielfach vereinbarten Haftrücklassgarantien spielen dabei eine bedeutende Rolle, können aber Probleme hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Dritten aufwerfen.⁴⁴⁰ Die automatische Übertragung von Ansprüchen des Bauträgers aus einer Bankgarantie bei einer Zession wird verneint, da Bankgarantien und Zessionen grds als Nebenrechte betrachtet werden.⁴⁴¹ Die Möglichkeit einer Globalzession im Rahmen des § 16 BTVG wird daher abgelehnt, da bei Einlösungsfällen die Gefahr besteht, dass der Garant ohne materielle Berechtigung in Anspruch genommen wird.⁴⁴² In Bezug auf Bankgarantien stellt der Anspruch auf Ausfolgung der Garantie eine Gesamthandforderung dar, sodass nur ein Hinterlegungsanspruch

⁴³⁴ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 6; *Pittl*, BTVG³ § 16 Rz 3.

⁴³⁵ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 7.

⁴³⁶ *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 16 BTVG Rz 16.

⁴³⁷ *Männl*, Zu den Inhalts- und Formerfordernissen der Willenserklärung nach § 16 BTVG, *immolex* 2017, 308 (310).

⁴³⁸ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 8.

⁴³⁹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V⁵ § 932 Rz 7 ff.

⁴⁴⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 16 Rz 23; *Prader*, Zur Aktivlegitimation, Globalabtretung und zu Bankgarantien im Lichte des § 16 BTVG, wobl 2017, 263 (268f).

⁴⁴¹ *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 8; *Prader*, wobl 2017, 269f; *Bydlinski/Vollmaier*, Die gesetzliche Entschärfung vertraglicher Abtretungsverbote und Abtretungsausschlüsse (§ 1396a ABGB), *JB* 2006, 206 (219); *OGH* 23.7.2014, 3 Ob 113/14k.

⁴⁴² *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 16 BTVG Rz 7; *Prader*, wobl 2017, 269.

zugunsten aller Erwerber besteht, es sei denn, sie machen den Anspruch gemeinsam geltend.⁴⁴³

Ebenfalls muss im Rahmen der Insolvenz eines Bauträgers nochmals angesprochen werden, dass der Erwerber jegliche Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche erst ab Übergabe der Sache geltend machen kann. Wird der Bauträger jedoch bereits in mitten der Bauausführung insolvent oder kurz nach Übergabe, ist das allgemeine Gewährleistungsrecht des ABGB für den Erwerber faktisch schwierig durchzusetzen.

5.1.3 Fehlende Definition des „gravierenden Mangels“

Ein wesentliches Problem im Kontext des BTVG ist die fehlende Definition eines gravierenden Mangels. In Kapitel 2.3.2 wurde die fehlende Definition des gravierenden Mangels bereits ausführlich thematisiert. In diesem Abschnitt soll nun nochmals bewusst auf die Unverhältnismäßigkeit der grundbücherlichen Sicherstellung nach § 9 BTVG eingegangen werden. *Prader* betonte, dass die Schwelle für Geringfügigkeit eines Mangels anhand der Zielsetzung des Ratenplans bestimmt werden soll. Diese wiederum soll sicherstellen, dass der Erwerber nur in dem Umfang zahlt, in dem auch eine entsprechende (mangelfreie) Gegenleistung vorliegt.⁴⁴⁴ Ein zentrales Argument ist, dass das grundbücherliche Sicherungsmodell primär den Rechtserwerb des Erwerbers absichert und nicht auf die Absicherung von Rückforderungsansprüchen abzielt. Dies führt dazu, dass der Bauträger bereits im Vorfeld über mehrere Absicherungsmöglichkeiten verfügt und darüber hinaus kann vereinbart werden, dass der Kaufpreis vor Fälligkeit nach dem Ratenplan auf ein Treuhandkonto eingezahlt wird, was faktisch zu einer vollständigen Absicherung des Bauträgers führt.⁴⁴⁵

Im Vergleich dazu ist der Schutz des Erwerbers auf die Fälligkeit der Raten nach dem Ratenplan limitiert. Der Bauträger hat somit nicht nur mehr Sicherungsmöglichkeiten, sondern kann sein Risiko auch vollständig absichern, während dies für den Erwerber nicht möglich ist. Durch den Ratenplan und die begrenzte Baufortschrittskontrolle soll zudem ein unübersichtlicher Aufwand und Verzögerungen bei der Abwicklung vermieden werden.⁴⁴⁶

Angesichts dieser Faktoren wird deutlich, dass die Wertrelation nicht das einzige relevante Argument ist, wenn es zur Beurteilung eines gravierenden Mangels kommt. Da sich der

⁴⁴³ *Prader*, wobl 2017, 269f; *Prader/Pittl* in *Schwimann/Kodek*, BTVG² § 16 Rz 8; *Böhm/Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht III* § 16 BTVG Rz 16.

⁴⁴⁴ *Prader*, wobl 2016, 384; 8 Ob 113/04g.

⁴⁴⁵ *Prader*, wobl 2016, 384; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 10 Rz 7.

⁴⁴⁶ *Prader*, wobl 2016, 384; *Aufner/Bydlinski*, BTVG² § 10 Rz 7.

Erwerber in einer schwächeren Position befindet, ist es daher angemessen, einen strengen Maßstab bei der Bewertung eines gravierenden Mangels anzulegen.⁴⁴⁷ Es muss sichergestellt sein, dass die geschuldete Leistung trotz eines nicht gravierenden Mangels noch erbracht werden kann, um dauerhafte Unmöglichkeit zu vermeiden. Der Erwerber ist im Insolvenzfall des Bauträgers besonders benachteiligt, weshalb sein Ausfallsrisiko dringend minimiert werden muss. Zudem sind Mängel häufig bei der Übergabe nicht erkennbar und bleiben oft ausschließlich dem Bauträger oder Baufortschrittsprüfer bekannt.⁴⁴⁸

Angesichts dieser Risiken argumentiert *Prader*, dass ein Mangel nur dann als nicht gravierend oder geringfügig eingestuft werden kann, wenn er für den Erwerber objektiv betrachtet keine wesentliche Bedeutung hat, insb im Kontext der zuvor erwähnten möglichen Insolvenz des Bauträgers. Der Erwerber befindet sich daher in einer deutlich schwächeren Position und bedarf besonderen Schutzes, während der Bauträger durch die Hinterlegung auf dem Treuhandkonto umfassend abgesichert ist.⁴⁴⁹

Da die Lehre unterschiedliche Ansichten in Bezug auf die Bedeutung eines gravierenden Mangels vertritt (vgl dazu Kapitel 2.3.2), ist es wenig überraschend, dass diese Unsicherheit auch als Nachteil für den Erwerber zu bewerten ist. Die fehlende Definition führt zu einer Unsicherheit in der Beurteilung eines Mangels – sei es auf Seiten des Baufortschrittsprüfers, Bauträgers oder Erwerbers. Weiters kommt dem hinzu, dass der Bauträger durch die Hinterlegung des gesamten Kaufpreises auf eine Treuhandkonto bereits vor Fertigstellung des Vertragsgegenstandes von einer gewissen Sicherheit profitieren kann. Der Erwerber hat jedoch keine weitere vergleichbare Sicherheit, dass der Vertragsgegenstand auch wirklich wie vereinbart hergestellt wird.

5.1.4 Geltendmachung der Gewährleistung ab Übergabe

Wie bereits im Kapitel der Gewährleistung dargelegt, liegt das Problem des allgemeinen Gewährleistungsrecht nach dem ABGB nicht an dem Inhalt was es zu schützen hat. Vielmehr liegt das Problem in der Tatsache, dass jegliche Gewährleistungsansprüche nach dem ABGB erst mit Übergabe des Vertragsgegenstandes geltend gemacht werden können.

Wie *Gartner*⁴⁵⁰ in seiner Kommentierung treffend feststellt, werden insb bei Bauvorhaben Mängel häufig erst nach der Übergabe entdeckt, da sie zuvor entweder leicht zu übersehen

⁴⁴⁷ *Prader*, wobl 2016, 384.

⁴⁴⁸ *Prader*, wobl 2016, 384 f.

⁴⁴⁹ *Prader*, wobl 2016, 385.

⁴⁵⁰ *Gartner*, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

waren oder trotz gebotener Sorgfalt des Erwerbers erst später wahrnehmbar werden. Zahlt der Werkbesteller den Werkunternehmer bei Übergabe des Werkes vollständig, steht er regelmäßig vor der Herausforderung, dass die Durchsetzung berechtigter Gewährleistungsrechte auf tatsächliche, rechtliche und wirtschaftliche Hürden stoßen kann.⁴⁵¹

Die Qualitätssicherung bei Bauträgerobjekten im Rahmen des BTVG leidet also dadurch, dass der Erwerber erst nach Übergabe der Wohneinheit etwaige Mängel beanspruchen und die Behebung verlangen kann.

In der Praxis ist es gängig, dass die Wohnung oft bereits weit vor der Übergabe gekauft wird und (Raten-)Zahlungen nach den Baufortschritten gem § 10 BTVG erfolgen. Während des Baufortschritts auftretende Mängel können vom Erwerber zwar erkannt werden, jedoch hat er rechtlich keine Möglichkeit, die Behebung dieser Mängel zu verlangen, solange die Übergabe noch nicht stattgefunden hat. Diese Situation führt zu erheblichen praktischen Problemen für den Erwerber. Beispielsweise könnten während der Bauphase Mängel an den verbauten Materialien oder an der Bauausführung selbst auftreten, die der Erwerber zwar bemerkt, aber nicht sofort zur Mängelbehebung drängen kann. Ein praxisrelevantes Beispiel hierfür ist ein Mangel, der innerhalb der Wände oder anderer nicht sofort sichtbarer Strukturen auftritt. Die Behebung von Mängeln an diversen Leitungen, welche im Zuge einer routinemäßigen Besichtigung des Erwerbers erkennbar werden, kann vom Erwerbers nicht verlangt werden. Der Bauträger resp die Baufirma hat bis zur Fertigstellung und Übergabe der Sache Zeit, diverse Mängel zu beheben. Bei der endgültigen Übergabe der Wohnung sind solche Mängel jedoch oft aufgrund der Verbauung bzw Verschließung von Wänden schwerer oder gar nicht zu erkennen und können möglicherweise erst viel später ans Licht kommen.

Die Gewährleistungsansprüche gemäß § 922 ff ABGB bieten einen umfassenden Schutz für den Erwerber, setzen jedoch voraus, dass die Übergabe der Sache bereits erfolgt ist. Diese Diskrepanz führt insb bei Bauträgerverträgen zu einer Lücke im Schutz des Erwerbers während der Bauphase, da er keine rechtlichen Möglichkeiten hat, die sofortige Behebung von Mängeln zu verlangen. Somit bleibt der Erwerber während der Bauphase in einer rechtlich schwächeren Position, obwohl er möglicherweise schon erhebliche finanzielle Vorleistungen erbracht hat. Ebenso hat dieser Umstand zur Folge, dass während der Bauphase keine technische Qualitätssicherung gewährleistet werden kann.

⁴⁵¹ Gartner, BTVG⁵ § 4 Rz 56.

5.2 Praxisbezogene Lösungsansätze zur Optimierung der Qualitätssicherung

In den folgenden Kapiteln sollen die zuvor erhobenen Herausforderungen durch mögliche Lösungsansätze abgeschwächt werden. Die angeführten Ansätze stellen praxisnahe Möglichkeiten dar, um den Erwerber bei einer grundbücherlichen Sicherstellung nach § 9 BTVG iVm mit dem Ratenplan nach § 10 BTVG, eine höhere Sicherung zu gewähren. Ziel ist es die einhergehenden Risiken durch ein BTVG Objekt und der naturgemäßen hohen Insolvenzquote im Bauwesen zu minimieren.

5.2.1 Dokumentation der Behebung von Mängeln während der Bauphase

In der Praxis kann ein Muster betrachtet werden, wonach bei Vorliegen von erkennbaren Mängeln während der Bauphase, der Erwerber keine rechtliche Möglichkeit hat auf die Behebung der Mängel zu bestehen. Dem Erwerber ist es nicht möglich, das weitere Auszahlen der Zahlungen gem § 10 BTVG an die erfolgreiche Behebung der Mängel zu knüpfen. Das faktisch einzige „Druckmittel“ des Erwerbers stellt die vereinbarten Zahlungen dar. Den Gesetzesmaterialien zufolge soll der Treuhänder darauf achten, ob der jeweilige Baufortschritt nach allgemeiner Verkehrsauffassung erreicht ist und wie bereits erläutert werden nur gravierende und offensichtliche Mängel berücksichtigt. Diese Aussagen werden gemeinhin so interpretiert, dass eine visuelle Prüfung auf offensichtliche Mängel ausreicht und folglich keine Qualitätskontrolle nötig ist.⁴⁵²

Die Rolle des Baufortschrittsprüfers (vgl dazu Kapitel 3.3) spielt in diesem Zusammenhang eine beeinflussende Rolle. Wie bereits ausgeführt, hat der Baufortschrittsprüfer eine „optische Kontrolle“ der Bautätigkeit in Bezug auf die Bauabschnittszahlungen durchzuführen, bei möglichen „gravierenden Mängeln“ muss er diese durch weitere Überprüfungen untersuchen und gegebenenfalls die Wertrelation zwischen dem Mangel und der Ratenplanzahlung gegenüberstellen.

In der gängigen Praxis wird der Baufortschrittsprüfer in der Regel vom Bauträger oder dessen Treuhänder ausgewählt, was die Unabhängigkeit und Neutralität dieses wichtigen Kontrollorgans infrage stellt. Die Aufgabe des Baufortschrittsprüfers besteht darin, die Einhaltung der notwendigen Wertrelation zu überprüfen, bevor eine Baufortschrittsrate gem

⁴⁵² *Gartner*, immolex 2013, 331; *Mandl*, immolex 2022, 383.

Ratenplan nach § 10 BTVG freigegeben wird. Dabei ist es üblich, dass der Erwerber der Wohnung lediglich als passiver Beobachter agiert und wenig Einfluss auf den Prozess hat. Diese Praxis birgt erhebliche Risiken, insbesondere im Hinblick auf die Dokumentation und Behebung von während der Bauphase auftretenden Mängeln.

Ein zentrales Problem besteht darin, dass Mängel, die während der Bauphase entstehen und möglicherweise nur vorübergehend behoben werden, nach der Fertigstellung oft nicht mehr erkennbar sind. Beispielsweise können verdeckte Mängel hinter verspachtelten oder zugemauerten Wänden Jahre später auftauchen, wenn die allgemeine Gewährleistungsfrist nach dem ABGB bereits abgelaufen ist. Dies stellt den Erwerber vor erhebliche Herausforderungen, da der Nachweis, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorlag, oftmals schwer zu erbringen ist. Dem ist hinzuzufügen, dass die Behebung von Mängeln zu einem späteren Zeitpunkt oftmals mit erheblichen Mehrkosten verbunden ist. Dies liegt daran, dass Mängel sofort bei ihrem ersten Auftreten behoben werden können, während die Baufirma und andere Beteiligte noch vor Ort sind und möglicherweise nur ein „kleiner Handgriff“ nötig ist.

Um diesen Problemen entgegenzuwirken, kann eine verpflichtende Dokumentation von Mängeln während der Bauphase, die vom Baufortschrittsprüfer kontrolliert wird, als Lösungsansatz herangezogen werden. Dieser Ansatz umfasst mehrere spezifische Maßnahmen und soll im Folgenden näher beschrieben werden:

1. Erfassung und Dokumentation von Mängeln

Sobald ein Mangel während der Bauphase erkannt wird, sei es durch den Erwerber, den Bauträger oder den Baufortschrittsprüfer, soll dieser Mangel umgehend schriftlich dokumentiert werden. Die Dokumentation sollte detaillierte Informationen über Art, Umfang und genaue Position des Mangels enthalten.

2. Verpflichtende Behebung und Nachweispflicht

Der Bauträger ist verpflichtet, jeden dokumentierten Mangel unverzüglich zu beheben. Nach Abschluss der Mangelbehebung muss der Bauträger eine detaillierte Dokumentation der durchgeführten Arbeiten erstellen, einschließlich Fotobelegen, Beschreibungen der Maßnahmen und verwendeten Materialien. Die Dokumentation gilt als Nachweis und Bestätigung der Mangelbehebung seitens des Bauträgers.

3. Kontrolle durch den Baufortschrittsprüfer – Freigabe der Ratenzahlungen

Der Baufortschrittsprüfer überprüft die vollständige und fachgerechte Behebung des Mangels. Dies umfasst eine Inspektion der betroffenen Bereiche sowie die Überprüfung der

bereitgestellten Dokumentation. Erst wenn der Baufortschrittsprüfer bestätigt, dass der Mangel vollständig und ordnungsgemäß behoben wurde, darf in der Folge die nächste Baufortschrittsrate freigegeben werden. Die Verknüpfung der Mangelbehebung und Freigabe der nächsten Ratenzahlung ist deshalb von Bedeutung, da die Ratenzahlung faktisch das einzige Druckmittel des Erwerbers darstellt, um eine Behebung des Mangels zu erwirken bzw. beschleunigen. Wird eine Mangelfreiheit als Voraussetzung für die Freigabe der Folgezahlung betrachtet, bestärkt dies das Interesse des Bauträgers zu einer mangelfreien Bauausführung.

4. Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Sicherheit

Durch die lückenlose Dokumentation und Kontrolle wird zu jedem Zeitpunkt der Bauphase sichergestellt, dass das Bauvorhaben den vertraglichen und gesetzlichen Anforderungen entspricht. Dies schafft Transparenz und Nachvollziehbarkeit, da genau dokumentiert wird, wann und wie ein bestimmter Mangel aufgetreten und behoben wurde. Der Ansatz bietet dem Erwerber eine zusätzliche Sicherheit, da er sicher sein kann, dass alle Mängel während der Bauphase ordnungsgemäß behoben wurden. Dadurch wird das Risiko reduziert, dass nach der Übergabe verdeckte Mängel auftauchen, die schwer nachzuweisen sind und erhebliche Kosten verursachen können.

Der Lösungsansatz der verpflichtenden Dokumentation knüpft an die bereits dargelegten Notwendigkeiten der Qualitätssicherung an, indem er den Schutz des Erwerbers, die Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen, den Werterhalt des Bauvorhabens und die Vermeidung finanzieller Risiken sicherstellt. Zudem wird durch die verpflichtende Dokumentation und Kontrolle der Mängelbehebung die Einhaltung gesetzlicher Regelungen und die Vermeidung von Mängeln gewährleistet.

Insgesamt zielt dieser Lösungsansatz darauf ab, das Bauvorhaben zu jedem Zeitpunkt der erreichten Raten nach § 10 BTVG mangelfrei zu halten. Dies erleichtert nicht nur die Nachvollziehbarkeit des Baufortschritts, sondern stellt auch sicher, dass die Verantwortung für die Behebung von Mängeln klar definiert und dokumentiert ist. Durch die Einführung dieser Maßnahmen könnte eine deutliche Verbesserung der Qualitätssicherung im Bauprojekt erreicht, was letztlich sowohl dem Bauträger – da künftige Gewährleistungsansprüche geringer ausfallen könnten - als auch dem Erwerber zugutekommt.

5.2.2 Erweiterung der Rolle des Baufortschrittsprüfers

Der objektive Fertigstellungsbegriff im Zusammenhang mit dem grundbücherlichen Sicherungsmodell impliziert eine eingehende Überprüfung des Preises und der Qualität im Bauträgervertrag. Ein überhöhter Preis oder eine minderwertige Bauausführung können die

Effektivität des Sicherungsmodells beeinträchtigen. Es ist daher von entscheidender Bedeutung sicherzustellen, dass der vereinbarte Preis angemessen ist und dass die Leistungsbeschreibungen ausreichende Qualitätsstandards enthalten. Dies erfordert nicht nur Kenntnisse der einschlägigen Normen, sondern auch eine gründliche Beurteilung der Seriosität und Leistungsfähigkeit des Bauträgers sowie seiner beauftragten Fachkräfte. Die Anwendung von Qualitätsmanagementprinzipien gemäß der Normenfamilie ISO 9000 kann in diesem Zusammenhang äußerst hilfreich sein.⁴⁵³

Wie bereits im Kapitel 2.3.1 betont, unterstreicht *Gartner* in diesem Zusammenhang die Bedeutung der letzten Überarbeitung der ÖNORM B 2120. Diese Überarbeitung berücksichtigt eine von der Praxis geforderte Einschränkung und stellt klar, dass auch Maßnahmen in geringfügigem Ausmaß zu den weiteren Bauabschnitten zählen, sofern sie für die Vollendung zweckmäßig oder notwendig sind. Diese Kriterien beziehen sich auf "geringfügige Mängel", die routinemäßig im weiteren Baufortschritt behoben werden. *Gartner* hebt hervor, dass der Treuhänder oder Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 BTVG berechtigt ist, den Baufortschritt entsprechend zu beurteilen, selbst wenn noch geringfügige Arbeiten ausstehen, die den Gesamtfertigstellungsprozess nicht wesentlich beeinträchtigen. Es liegt in ihrer Verantwortung sicherzustellen, dass das Fehlen bestimmter Leistungen entweder auf Fehler oder Versäumnisse des Bauträgers zurückzuführen ist oder objektiv erforderlich ist, um den Baufortschritt zu ermöglichen oder zu erleichtern. Diese Bestimmungen gelten jedoch nur, wenn die Geltung der ÖNORM explizit im Bauträgervertrag vereinbart wird.⁴⁵⁴

Hinsichtlich der Fertigstellungskontrolle stellt sich die Frage nach dem Umfang der Prüfpflicht des Baufortschrittsprüfers oder des Treuhänders. Wie bereits zuvor erläutert, gibt das Gesetz hierzu keine klaren Vorgaben. Die gängige Auslegung beschränkt die Prüfpflicht auf eine rein optische Inspektion, um offensichtliche Mängel zu identifizieren. Diese Auslegung wird jedoch von einigen Experten⁴⁵⁵ kritisiert, da sie nicht ausdrücklich im Gesetzestext verankert ist. *Böhm/Höllwerth* plädieren dafür, dass die Prüfung daher nicht nur eine oberflächliche Betrachtung umfassen sollte, sondern auch eine gründliche Qualitätskontrolle sowie eine Funktionsprüfung technischer Einrichtungen. Es ist wichtig, dass die Prüfpflicht nicht auf visuelle Inspektionen beschränkt sein sollte, sondern auch eine Bewertung der materiellen Aspekte beinhalten muss.⁴⁵⁶ Um dies zu veranschaulichen, kann ein praktisches Beispiel herangezogen werden: Wenn im Vertrag und in den Baubeschreibungen die Verwendung von

⁴⁵³ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 28.

⁴⁵⁴ *Gartner*, BTVG⁵ § 10 Rz 12.

⁴⁵⁵ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 28; *Friedl* in *Illedits*, BTVG⁴ § 10 Rz 11.

⁴⁵⁶ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 28; *Gartner*, *immolex* 2013, 331.

Stahlbetonwänden vereinbart wurde, kann es notwendig sein, mittels einer Probebohrung oder einer zerstörenden Befundung zu überprüfen, ob tatsächlich Stahlbeton und nicht etwa Ziegel verwendet wurden, auch wenn das Haus bereits verputzt ist. Dies verdeutlicht die Bedeutung einer umfassenden Qualitätskontrolle während des Baufortschritts, um sicherzustellen, dass die vereinbarten Standards eingehalten werden.

Den Ansichten *Böhm/Höllwerth*⁴⁵⁷ ist zu folgen. Eine Erweiterung des Aufgabenbereiches eines Baufortschrittsprüfers um eine Qualitätskontrolle hätte zur Folge, dass der Bauträger resp der Bauunternehmer während der Bauphase von einem „externen“ (unter der Annahme, dass der Baufortschrittsprüfer unabhängig vom Bauträger ist) Kontrollorgan begleitet werden würde. Für diese Erweiterung spricht die Tatsache, dass dem Erwerber somit garantiert wird, dass eine Baufortschrittsrate nur dann ausgezahlt wird, wenn auch die vereinbarte Bauleistungsqualität nachzuweisen ist. Ebenso ist zu erwähnen, dass das Leistungsbild hier nicht neu erfunden werden muss. Die bereits in der Baubranche gängigen Leistungsbilder einer ÖBA oder einer baubegleitenden Kontrolle könnten teilweise übernommen bzw angepasst werden. Knüpft man die Freigabe der Baufortschrittszahlung an eine gewisse Qualitätserfordernisse, bewirkt man damit nicht nur eine erhöhte Sicherheit für den Erwerber, sondern auch ein Bewusstsein des Bauträgers resp des Bauunternehmers, dass die Bauarbeiten sorgfältig und vereinbarungsgemäß während der gesamten Bauzeit durchgeführt werden. Es soll dem Bauträger damit nicht ermöglicht werden über eine längere Periode hin schlechte und lückenhafte Leistung zu erbringen – andernfalls droht ihm die Konsequenz einer ausbleibenden Ratenzahlung.

5.2.3 Unabhängiger Baufortschrittsprüfer

Wie bereits in Kapitel 2.4 und 3.3 erwähnt, wird der Sachverständige bzw Baufortschrittsprüfer typischerweise durch einen Vertrag mit dem Treuhänder beauftragt. Da der Treuhänder vom Bauträger bestellt wird, könnte die Beauftragung des Baufortschrittsprüfers daher indirekt ebenfalls durch den Bauträger erfolgen. Die Ansicht *Böhm*⁴⁵⁸ ist in diesem Zusammenhang zu vertreten, da er behauptet, dass gem § 6 Abs 1 Z 10 KSchG der Baufortschrittsprüfer in einem Verbrauchergeschäft grds nicht dem Einflussbereich des Bauträgers zugeordnet werden sollte. Dies soll verhindern, dass der Bauträger indirekt Einfluss auf die Freigabe der Zahlungen nehmen könnte. Es wäre grds denkbar, dass der Baufortschrittsprüfer auch direkt

⁴⁵⁷ *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 10 BTVG Rz 28

⁴⁵⁸ *Böhm*, immolex 2017, 266; *Böhm/Höllwerth* in GeKo Wohnrecht III § 13 BTVG Rz 10.

durch den Erwerber beauftragt wird, jedoch ist hierfür die Zustimmung des Bauträgers erforderlich.

Ein weiterer Lösungsansatz zur Optimierung der Qualitätssicherung im BTVG könnte daher die verpflichtende Unabhängigkeit des Baufortschrittsprüfers sein. Obwohl der Baufortschrittsprüfer in seiner Rolle als Sachverständiger verpflichtet ist, einen „gewissenhaften“ Job zu erledigen, wird er in der Praxis häufig vom Treuhänder beauftragt, welcher wiederum vom Bauträger bestellt wird und ein gewisses „Näheverhältnis“ kann daher nicht ausgeschlossen werden. In der gängigen Praxis, insb in Österreich, wo die Immobilienbranche stark vernetzt ist, wählen Bauträger oftmals dieselben Konsulenten aus, mit denen sie bereits in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht haben oder welche sie persönlich kennen. Diese Praxis führt zu einer faktischen Abhängigkeit, die die unabhängige Beurteilung des Baufortschrittsprüfers beeinträchtigen kann, auch wenn keine direkte Einflussnahme unterstellt wird.

Um diese faktische Abhängigkeit zu entschärfen, könnten verschiedene Maßnahmen ergriffen werden. Eine Möglichkeit wäre die gemeinsame Auswahl des Treuhänders durch den Erwerber und den Bauträger. Dies würde sicherstellen, dass beide Parteien ein Mitspracherecht haben und die Unabhängigkeit des Baufortschrittsprüfers gestärkt wird. Ein potenzielles Problem bei diesem Ansatz könnte jedoch entstehen, wenn keine Einigkeit zwischen dem Erwerber und dem Bauträger besteht. In solchen Fällen könnte ein neutraler Dritter, zB eine öffentliche Stelle oder eine Kammer, als Schiedsrichter fungieren und eine Liste qualifizierter und unabhängiger Treuhänder bereitstellen, aus der beide Parteien gemeinsam auswählen können.

Eine weitere Verbesserung könnte die Einführung eines rotierenden Systems sein, bei dem Baufortschrittsprüfer regelmäßig ausgetauscht werden, um langfristige Abhängigkeiten zu vermeiden. Während eine Rotation innerhalb eines Bauprojekts nicht zu empfehlen ist, sollte ein Bauträger nicht nach und nach bei unterschiedlichen Projekten denselben Baufortschrittsprüfer wählen dürfen. Damit kann auch der Gefahr von möglichen Versprechen des Bauträgers zur Wiederbeauftragung des Baufortschrittsprüfers, wenn er im aktuellen Projekt „ein Auge zudrückt“ entgegengewirkt werden. Zusätzlich könnten strengere gesetzliche Regelungen eingeführt werden, die klare Kriterien für die Unabhängigkeit und Auswahl der Baufortschrittsprüfer festlegen. Diese Maßnahmen würden dazu beitragen, die Unabhängigkeit der Baufortschrittsprüfer zu gewährleisten, die Position des Erwerbers zu sichern und das Vertrauen in den Baufortschritt und die Qualitätssicherung im Rahmen des BTVG zu stärken.

6 Conclusio

Wie eingangs erwähnt wurde, hat sich die Immobilienbranche in den vergangenen Jahren massiv verändert. In Zeiten hoher Finanzierungszinsen und einer unsicheren Marktlage genießt der Abschluss von Bauträgerverträgen mit Ratenzahlungen gem § 10 BTVG zunehmend an Beliebtheit. Das BTVG bietet den Erwerbern einen grundlegenden Schutz beim Immobilienkauf vor Fertigstellung. Allerdings zeigt sich besonders in ungewissen Zeiten, dass das BTVG in seiner jetzigen Form nicht immer den optimalen Schutz bietet. Die Praxis zeigt ein Bild, wonach Mängel während der Bauphase oft nicht unmittelbar behoben werden - der hinterlegte Kaufpreis wird aber trotz dieser bemerkten Mängel weiterhin an den Bauträger ausgezahlt, denn der Gesetzgeber sagt hier explizit, dass gem § 10 BTVG die Raten nach Abschluss der festgelegten Bauabschnitte fällig werden. Die Prüfung des Bauabschnitts obliegt dabei einem Baufortschrittsprüfer oder Sachverständigen, der vom Treuhänder beauftragt wird. Da der Treuhänder wiederum vom Bauträger beauftragt wird, kann eine gewisse Abhängigkeit zwischen den Beteiligten vermutet werden.

Ziel dieser Arbeit war es, mögliche Lücken im BTVG in Bezug auf den Schutz des Erwerbers aufzudecken und Optimierungsansätze aufzuzeigen. Dabei wurde intensiv auf die Rolle und Aufgabe des Baufortschrittsprüfers gemäß § 13 Abs 2 BTVG eingegangen. Es wurde festgestellt, dass die bloße Beurteilung des Erreichens eines Bauabschnitts, ohne eine qualitative Prüfung der Bauausführung, oft nicht ausreichend ist, um die Freigabe von großen Summen zu rechtfertigen.

Eine wesentliche Erkenntnis dieser Arbeit ist, dass die Rolle des Baufortschrittsprüfers erweitert werden sollte, um eine qualitative Beurteilung der Bauausführung zu umfassen. Dies könnte sicherstellen, dass Mängel, die während der Bauphase erkannt werden, unverzüglich vom Bauträger behoben werden und die Mängelbehebung dem Erwerber bereits vor der Übergabe nachgewiesen wird. Solche Maßnahmen könnten den Schutz des Erwerbers erheblich verbessern. Weiters sorgt dies auch für eine finanzielle Stabilität beider Parteien, da Mängel in einem frühzeitigen Stadium oftmals deutlich günstiger zu beheben sind.

Darüber hinaus wurde die Notwendigkeit der Qualitätssicherung im Bauprojekt betont. Eine umfassendere Dokumentation der Mängelbehebung während der Bauphase sowie die Einführung unabhängiger Baufortschrittsprüfer könnten weitere Schritte in diese Richtung sein. Diese Arbeit hat gezeigt, dass eine Stärkung der Rolle und Unabhängigkeit der Baufortschrittsprüfer sowie eine frühzeitige und umfassende Mängelbehebung den aktuell noch ungleichmäßig verteilten Erwerberschutz (im Vergleich zur Sicherstellung des Bauträgers) erheblich verbessern könnten.

Es ist jedoch zu beachten, dass diese Arbeit bestimmte Limitationen aufweist. So wurde der Fokus insbesondere auf das Gewährleistungsrecht nach dem ABGB gelegt, während das Schadenersatzrecht aufgrund des begrenzten Rahmens der Arbeit nicht ausführlich behandelt wurde. Zudem konzentrierte sich die Analyse ausschließlich auf Wohnungsobjekte und den Erwerber als Verbraucher, nicht als Unternehmer. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Arbeit ausschließlich auf die grundbücherliche Sicherstellung gem § 9 BTVG iVm dem Ratenplan nach § 10 BTVG konzentriert hat. Die durch das Gesetz ermöglichten weiteren Sicherungsmodelle, wie die schuldrechtliche (§ 8 BTVG) und die pfandrechtliche Sicherstellung (§ 11 BTVG), wurden nicht näher berücksichtigt. Der Fokus auf die grundbücherliche Sicherstellung beruht auf deren häufigem Einsatz in der Praxis, obwohl sie im Vergleich zu den anderen Sicherungsmodellen dem Erwerber geringere Sicherheit hinsichtlich der hohen Geldsummen bietet. Diese Schwerpunktsetzung stellt eine weitere Limitation dieser Arbeit dar und könnte in weiterfolgenden Recherchen erweitert werden.

Abschließend lässt sich sagen, dass das BTVG in seiner jetzigen Form zwar einen soliden Grundschutz für Erwerber bietet, jedoch noch Raum für Verbesserungen in der Qualitätssicherung und Mängelbehebung während der Bauphase besteht. Die vorgeschlagenen Optimierungsansätze könnten dazu beitragen, den Erwerberschutz weiter zu stärken und das Vertrauen in Bauträgerverträge langfristig zu erhöhen.

7 Literaturverzeichnis

Apathy in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 1010.

Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008).

Benesch, Gewährleistung und Schadenersatz vom Beginn der Planungsphase bis zum Ende der Nutzungsphase von Immobilien, *immolex* 2011, 166.

Berl, Das Risiko des Unternehmers bei Misslingen des Werks, *ZVB* 2019, 44.

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

Böhm in *Gartner/Riss/Wolfinger*, Praxishandbuch zum BTVG (2008).

Böhm, Der "Barhafrücklass" nach dem BTVG in der praktischen Abwicklung, *immolex* 2011, 178.

Böhm, Die bauträgervertragsrechtliche „Hafrücklassgarantie“ in der praktischen Abwicklung, *immolex* 2016, 187.

Böhm, Der formal „untaugliche“ Baufortschrittsprüfer im BTVG, *immolex* 2017, 266.

Böhm, Unzulässige vorzeitige Auszahlung bei fehlender baubehördlicher Benützungserlaubnis, *immolex* 2021, 167.

Böhm, Nur eingeschränkte Haftung des Treuhänders bei verfrühter Weiterleitung des Treuhandererlags an den Bauträger?, *wobl* 2021, 81.

Böhm/Höllwerth in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht III* (2023).

Böhm/Pletzer in *Schwimann* (Hrsg), Kommentierung des BTVG² (2001).

Bydlinski in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), *KBB – Kurzkomentar zum ABGB*⁷ (2023).

Bydlinski/Vollmaier, Die gesetzliche Entschärfung vertraglicher Abtretungsverbote und Abtretungsausschlüsse (§ 1396a ABGB), *JB1* 2006, 206.

Engin-Deniz, BTVG² (1999).

Friedl in *Illedits/O. Reich-Rohrwig*, *Wohnrecht-TaKomm*³ (2018).

Friedl in *Illedits* (Hrsg), *Wohnrecht*⁴ (2022).

Gartner, BTVG² (2013).

Gartner, BTVG⁵ (2023).

Gartner, Die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, *bbl* 2008, 207.

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

Guggenbichler, Bauträgervertragsgesetz: Wer darf den Baufortschritt prüfen?
Sachverständige 2021, 185.

Hödl in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023).

Iro/Riss, Der Hafrücklass im Bauträgervertrag, wobl 2007, 266.

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

Madl, Ansprüche des Käufers einer altlastenbehafteten Liegenschaft, ecolex 1995, 705.

Mandl, Der Baufortschrittsprüfer und seine Berechtigung, immolex 2022, 381.

Männl, Zu den Inhalts- und Formerfordernissen der Willenserklärung nach § 16 BTVG,
immolex 2017, 308.

Ofner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB V⁵ (2021).

Pilgerstorfer, Gewährleistung bei Bodenkontaminationen auf Baugrund, wobl 2000, 365.

Prader, Zur Minderung der Provision bei Pflichtverletzung und Verletzung von
Aufklärungspflichten durch den Makler, immolex 2011, 93.

Pittl, BTVG² (2015).

Pittl, BTVG³ (2019).

Prader, BTVG^{3.13} § 7 (2019).

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

Prader, Zur Aktivlegitimation, Globalabtretung und zu Bankgarantien im Lichte des § 16
BTVG, wobl 2017, 263.

Prader, WGG^{4.14} § 13 BTVG (2023).

Prader in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2015).

Prader in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), BTVG Praxiskommentar (2019) § 13 BTVG.

Prader in, BTVG Praxiskommentar (2019).

Prader/Pittl in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), BTVG Praxiskommentar² (2023).

Reischauer in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2018).

Riepl, Die Anforderungen an den Baufortschrittsprüfer gemäß § 13 BTVG, immolex 2019, 287.

Riss, Sicherung von Gewährleistungsansprüchen in der Insolvenz des Werkunternehmers, ÖBA 2008, 18.

Santangelo-Reif, Mangel, lexis360.at (Stand 10.5.2024)

Welser/B. Jud, Die neue Gewährleistung: Kurzkommentar zu sämtlichen gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und des KSchG (2001) § 922 ABGB Rz 1.

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

Witt-Döring in *Artner/Kohlmaier* (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2020).

Zankl, „Altlastenatlas“ und Gewährleistungsausschluss, ecolex 1990, 609.

Zöchling-Jud in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (2016).

ErläutRV 312 BlgNR 20. GP.

ErläutRV 432 BlgNR 23. GP.

JAB 450 BlgNR 20. GP.

RV BlgNR 20. GP 26.

8 Judikaturverzeichnis

EuGH C-65/09 und C-87/09, *Weber/Putz*, ECLI:EU:C:2011:396.

OGH 10.11.1948 1 Ob 368/48.

OGH 3.10.1956, 1 Ob 408/56.

OGH 19.12.1968, 1 Ob 274/68.

OGH 27.8.1980, 1 Ob 636/80.

OGH 3.1.1981 4 Ob 540/8.

OGH 16.1.1985, 1 Ob 515/85.

OGH 13.11.1986, 6 Ob 669/86.

OGH 14.5.1987, 7 Ob 559/87.

OGH 15.3.1988, 2 Ob 622/87.

OGH 25.1.1990, 7 Ob 732/89.

OGH 20.9.1990, 7 Ob 23/90.

OGH 20.12.1991, 6 Ob 634/91.

OGH 14.5.1992, 6 Ob 531/91.

OGH 19.10.1993, 1 Ob 43/92.

OGH 27.2.1995, 1 Ob 579/94.

OGH 29.5.1995, 1 Ob 564/95.

OGH 26.6.1997, 2 Ob 182/97x.

OGH 19.5.1998, 1 Ob 414/97g.

OGH 16.9.1998, 3 Ob 79/97g.

OGH 28.4.2000, 1 Ob 349/99a.

OGH 11.12.2001, 5 Ob 275/01d.

OGH 20.5.2003, 4 Ob 107/03v.

OGH 27.5.2004, 8 Ob 42/04s.

OGH 17.2.2005, 8 Ob 113/04g.

OGH 21.4.2005, 6 Ob 353/04m.
OGH 24.5.2005, 1 Ob 14/05y.
OGH 28.9.2005, 7 Ob 194/05p;
OGH 20.10.2005, 3 Ob 24/05h.
OGH 3.11.2005, 6 Ob 85/05a.
OGH 12.7.2006, 4 Ob 112/06h.
OGH 29.8.2006, 5 Ob 151/06a.
OGH 29.8.2006, 5 Ob 151/06a.
OGH 7.7.2008, 6 Ob 134/08m.
OGH 5.8.2008, 8 Ob 70/08i.
OGH 26.8.2008, 5 Ob 107/08h.
OGH 21.1.2009, 3 Ob 248/08d.
OGH 24.2.2009, 4 Ob 192/08a.
OGH 2.7.2009, 6 Ob 263/08g.
OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h.
OGH 7.4.2011, 2 Ob 135/10g.
OGH 27.11.2007, 10 Ob 108/07s.
OGH 14.3.2012, 3 Ob 227/11w.
OGH 9.8.2012, 5 Ob 53/12y.
OGH 4.3.2013, 8 Ob 80/12s.
OGH 27.6.2013, 1 Ob 14/13k.
OGH 23.7.2013, 10 Ob 11/13k.
OGH 29.8.2013, 1 Ob 106/13i.
OGH 29.10.2013, 3 Ob 123/13d.
OGH 8.11.2013, 7 Ob 196/13v.
OGH 25.3.2014, 4 Ob 3/14s.
OGH 26.6.2014, 8 Ob 57/14.

OGH 23.7.2014, 3 Ob 113/14k.
OGH 16.12.2014, 10 Ob 71/14k.
OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d.
OGH 12.3.2015, 7 Ob 228/14a;
OGH 25.6.2015, 8 Ob 19/15z.
OGH 11.8.2015, 4 Ob 117/15g.
OGH 21.10.2015, 2 Ob 234/14x.
OGH 20.1.2016, 3 Ob 238/15v.
OGH 21.4.2016, 9 Ob 12/16d.
OGH 27.4.2016, 8 Ob 126/15k.
OGH 25.5.2016, 2 Ob 187/15m.
OGH 11.11.2016, 10 Ob 72/16k.
OGH 23.11.2016, 3 Ob 153/16w.
OGH 30.1.2017, 6 Ob 140/16f.
OGH 22.2.2017, 8 Ob 59/16h.
OGH 21.3.2017, 10 Ob 17/16x.
OGH 7.6.2017, 3 Ob 67/17z.
OGH 27.9.2017, 9 Ob 45/17h.
OGH 20.12.2017, 7 Ob 38/17i.
OGH 20.2.2018, 10 Ob 64/17k.
OGH 29.8.2019, 1 Ob 112/19f.
OGH 16.9.2020, 7 Ob 97/20w.
OGH 24.9.2020, 6 Ob 240/19s.
OGH 19.01.2021, 10 Ob 47/20i.
OGH 29.9.2021, 7 Ob 116/21s.
OGH 29.11.2021, 8 Ob 113/21g.
OGH 4.4.2024, 4 Ob 128/23m.

OLG Linz 7.5.2014, 4 R 45/14m.