

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

AI – Artificial Intelligence

- > Verantwortung
- > Künstlerische Intelligenz
- > Novelle der ProdukthaftungsRL

Klauselnichtigkeit und
dispositives Recht

GesDigG 2022

Whistleblowing und
Geschäftsführerhaftung

Einheitspatent

Quellensteuerrückerstattung

Einsatz von Google Analytics



Wer ist Baufortschrittsprüfer im Sinne des BTVG?

Anmerkung zu OGH 8 Ob 124/21 z

BEITRAG. Der OGH führt in 8 Ob 124/21 z seine Rechtsprechung zum Offenlegungsgrundsatz im Stellvertretungsrecht fort. Bei Ausstellung einer Baufortschrittsbestätigung nach dem BTVG durch den Geschäftsführer einer Ziviltechniker-GmbH ohne Hinweis auf die GmbH haftet der Geschäftsführer persönlich für eine unrichtige Bestätigung. Die E bietet aber auch Anlass für weiterführende Überlegungen zur Haftung des Baufortschrittsprüfers.¹⁾ **ecolex 2023/53**



Dr. **Georg Bruckmüller** ist Rechtsanwalt und Partner der Bruckmüller Rechtsanwalts-gmbH in Linz. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen im Immobilienrecht sowie im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht und Technologie- und IT-Recht. Im Immobilienrecht ist Dr. Georg Bruckmüller als Universitätslektor tätig.
Mag. **Christoph Reichl** ist Rechtsanwaltsanwarter bei der Bruckmüller Rechtsanwalts-gmbH in Linz. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht sowie im Immobilien- und Wirtschaftsvertragsrecht.

A. Einführung

Das Bauträgervertragsgesetz (BTVG) sieht zum Schutz der Erwerber vor der Insolvenz des Bauträgers drei Sicherungsmodelle vor. Bei der häufig gewählten „grundbücherlichen Sicherstellung“ nach § 9 BTVG erfolgt die Auszahlung des Kaufpreises durch den Treuhänder in Raten nach dem Grad der Fertigstellung.

Der Treuhänder (meist ein Notar oder Rechtsanwalt) kann zwar den Fertigstellungsgrad der einzelnen Bauabschnitte selbst beurteilen, bedient sich aufgrund der meist fehlenden Sachkunde aber im Regelfall eines Baufortschrittsprüfers.²⁾ Dieser stellt nach Fertigstellung eines Bauabschnitts jeweils eine Baufortschrittsbestätigung aus. Erst nach Vorliegen der Bestätigung wird vom Treuhänder die Auszahlung der für den Bauabschnitt gebührenden Kaufpreistraten veranlasst. Die Baufortschrittsbestätigung hat deshalb in der Praxis eine herausragende Bedeutung.

Gem § 13 Abs 2 BTVG kann der Treuhänder zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnitts einen für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Vorhabens tätige inländische Gebietskörperschaft beiziehen. Ein gem § 13 Abs 2 BTVG bestellter Baufortschrittsprüfer haftet dem Erwerber unmittelbar, etwa bei verfrühter Auszahlung der Kaufpreistraten aufgrund einer unrichtigen Baufortschrittsbestätigung. Wenn Erwerber direkt gegen den Baufortschrittsprüfer vorgehen wollen, stellt sich deshalb folgende Frage: Wer ist Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG?

B. Ausgangsfall

Die Kl hatten als künftige Wohnungseigentümer mit einer Projekt-GmbH Bauträgerverträge geschlossen, in denen der Vertragserrichter, eine Rechtsanwalts-gesellschaft, zum Treuhänder gem § 12 BTVG bestellt wurde. In den Bauträgerverträgen ist festgehalten, dass der Bekl vom Treuhänder zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Baufortschritts beigezogen werde.

Der Bekl ist Ziviltechniker und übt seine Tätigkeit seit 15 Jahren ausschließlich im Rahmen einer GmbH aus, deren

Firma seinen Nachnamen enthält und als deren Geschäftsführer er fungiert.

Der Bekl vereinbarte mit dem Geschäftsführer der Bauträger-gesellschaft mündlich, dass er die Baufortschrittsprüfung für das Projekt übernehmen werde, wobei sowohl dem Bauträger als auch dem davon informierten Treuhänder aufgrund ihrer früheren Zusammenarbeit unzweifelhaft klar war, dass nicht der Bekl im eigenen Namen, sondern die von ihm vertretene GmbH handeln sollte.

In der Folge wurde die GmbH aufgrund des Gesprächs mit dem Bauträger als Baufortschrittsprüfer tätig, stellte auf Briefpapier ihrer Firma die jeweiligen Baufortschritte fest und legte auch als GmbH dafür Rechnungen.

Nachdem die Klagevertreterin im Dezember 2018 beim Treuhänder reklamiert hatte, dass die Baufortschrittsbestätigung nicht durch den im Bauträgervertrag genannten Bekl, sondern durch die GmbH ausgestellt war, ersuchte die Treuhänderin den Bekl, die Meldungen „der Ordnung halber als Sachverständiger und nicht als ZT GmbH“ auszustellen, da dies im Bauträgervertrag so angegeben sei. Der Bekl, der kein gerichtlich beeideter Sachverständiger ist, verstand diese Aufforderung dahin, dass er sein persönliches Ziviltechnikerrund-siegel anstelle des eckigen Firmenstempels der GmbH verwenden möge. Der Bekl hielt dies für eine reine Formalität und nicht für eine Aufforderung, als natürliche Person statt als Vertreter der GmbH tätig zu werden. Er stellte in der Folge die von der GmbH erteilte Bestätigung für die Bezugsfertigstellung mit dem alten Datum, aber dem Rundsiegel versehen und ohne Nennung der GmbH, neu aus.

Am 1. 3. 2019 bestätigte der Bekl ebenfalls nur unter Verwendung seines Rundsiegels und mit seiner Unterschrift die Gesamtfertigstellung, nachdem die Bauträgerin die dringliche Auszahlung des Restbetrags urgiert hatte.

Im August 2019 holten die Kl ein Privatgutachten ein, das zu dem Ergebnis kam, dass die Voraussetzungen für die Gesamtfertigstellung nicht vorlagen. Der Bekl zog daraufhin mit einem auf Briefpapier der GmbH erstellten Schreiben v 13. 8. 2019 die Bestätigung der Gesamtfertigstellung zurück.

¹⁾ Beide Autoren waren am Verfahren als Klagevertreter beteiligt.

²⁾ Friedl in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht³ (2018) § 13 BTVG Rz 2.

Die Kl beehrten aus dem Titel des Schadenersatzes vom Bekl den Ersatz der anteiligen Kosten des Privatgutachtens und ihrer anwaltlichen Vertretung.

Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren wegen mangelnder Passivlegitimation ab. Nicht der Bekl selbst, sondern die GmbH sei mit der Baufortschrittsprüfung beauftragt worden. Nur diese könne daher für allfällige Unrichtigkeiten der Baufortschrittsbestätigung haften.

C. Die Position des OGH

Der OGH korrigierte die Rechtsauffassung der Vorinstanzen. Das Stellvertretungsrecht sei vom Offenlegungsgrundsatz beherrscht. Das bedeute, dass der als Stellvertreter Handelnde seine Stellvertretereigenschaft dem Kontrahenten ausreichend zu erkennen geben und beweisen müsse, dass dem Geschäftspartner gegenüber deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, dass er für einen anderen agiert.³⁾

Ist der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar, könne die Wirkung der direkten Stellvertretung nicht eintreten und der Handelnde hafte persönlich für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäft.⁴⁾ Ob die Erklärung der GmbH oder dem Geschäftsführer persönlich zuzurechnen sei, richte sich nach der Vertrauentheorie, also danach, wie die Erklärung des Geschäftsführers von einem redlichen und verständigen Erklärungsempfänger aufzufassen war.

Da der Bekl hier der ausdrücklichen Aufforderung des Treuhänders, die Bestätigung „nicht als GmbH auszustellen“, nachgekommen sei, konnte nach Ansicht des OGH der Treuhänder, umso mehr aber die aus dem Bauträgervertrag berechtigten Kl, diesem Verhalten keine andere Bedeutung beimessen, als dass der Bekl die Bestätigungen nunmehr wie verlangt tatsächlich nicht „als GmbH“, sondern selbst in seiner Eigenschaft als Ziviltechniker erteilt habe. Maßgeblich sei nicht die subjektive Erklärungsabsicht des Bekl, vielmehr sind empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger im Einzelfall verstehen musste.⁵⁾

Bei einer Bestätigung, die auf ausdrückliche Aufforderung „nicht für die GmbH“ und auch ohne Hinweis auf eine GmbH im Text ausgestellt ist, kann für einen Empfänger objektiv nicht der Eindruck entstehen, es handle sich dennoch um eine Bestätigung der GmbH. Der OGH bejahte folglich die Passivlegitimation des beklagten Baufortschrittsprüfers.

D. Stellungnahme

Mit der gegenständlichen E schreibt der OGH seine Rsp zum im Stellvertretungsrecht vorherrschenden Offenlegungsgrundsatz fort.⁶⁾ Die Begründung ist überzeugend und die E sachgerecht.

Dabei gilt es insb zu bedenken, dass die Erwerber in den Bestellvorgang meist nicht eingebunden sind und auf die Auswahl des Baufortschrittsprüfers keinen Einfluss haben. Den Erwerberrn liegt daher meist nur die Baufortschrittsbestätigung vor. Wenn eine Erklärung des Baufortschrittsprüfers nicht auf Briefpapier der GmbH, ohne Stempel der Ziviltechniker GmbH und ohne jeglichen Hinweis auf ein Tätigwerden der GmbH erfolgt, kann eine solche Erklärung – jedenfalls den Erwerberrn gegenüber – nicht der GmbH zugerechnet werden.

Vom BerG wurden in der Zulassungsbegründung weitere spannende Rechtsfragen aufgeworfen, die der OGH mangels unmittelbarer Relevanz für den gegenständlichen Fall nicht (mehr) beantworten musste. Die vom BerG aufgeworfenen Fragen, ob eine Ziviltechnikergesellschaft überhaupt als Baufortschrittsprüfer iSd § 13 Abs 2 BTVG beigezogen werden

könne, und welche Bedeutung es habe, wenn der bestellte Baufortschrittsprüfer im Bauträgervertrag völlig falsch bezeichnet wurde, bieten Anlass für weiterführende Überlegungen.

1. Kann eine GmbH Baufortschrittsprüferin sein?

Die Antwort auf die erste vom BerG aufgeworfene Frage, ob eine Ziviltechnikergesellschaft als Baufortschrittsprüfer iSd § 13 Abs 2 BTVG beigezogen werden kann, geht aus der E nicht hervor. Die Ansicht des OGH lässt sich aber zumindest errahnen. Daran, dass nach den Feststellungen vorerst die GmbH aufgrund des Gesprächs mit dem Bauträger als Baufortschrittsprüfer tätig wurde und auf Briefpapier ihrer Firma die jeweiligen Baufortschritte feststellte, hatte der OGH nichts auszusetzen. Das HöchstG scheint damit die Beiziehung einer Ziviltechniker-GmbH als Baufortschrittsprüfer zu billigen. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen.

Zwar spricht der Wortlaut des § 13 Abs 2 BTVG nur von der Beiziehung von Ziviltechnikern, nicht aber von Ziviltechnikergesellschaften, jedoch erlaubt das Ziviltechniker-gesetz 2019 (ZTG) ausdrücklich die Bildung von Ziviltechnikergesellschaften. Diese üben gem § 23 Abs 2 ZTG selbst den Beruf des Ziviltechnikers aus. Eine Differenzierung zwischen Ziviltechniker-GmbH und anderen Ziviltechnikern wäre uE wohl auch sachlich kaum zu rechtfertigen. Wenn § 13 Abs 2 BTVG vorsieht, dass ein Treuhänder einen Ziviltechniker beiziehen kann, so bedeutet dies daher, dass auch eine Ziviltechnikergesellschaft als „Ziviltechniker“ beigezogen werden kann (so auch das LG Salzburg als Berufungsgericht). Im Vordergrund für die Beurteilung des Baufortschritts steht die fachliche Kompetenz und nicht, ob diese Tätigkeit in der Form einer Ziviltechnikergesellschaft oder als Einzelunternehmer ausgeübt wird. Die 2008 in § 13 Abs 4 BTVG aufgenommene Mindestversicherungssumme, die uE zumindest einer Wertanpassung unterzogen werden sollte, sollte für die geschädigten Erwerber ausreichen. Dass eine Haftung einer natürlichen Person erforderlich ist, lässt sich aus dem BTVG nicht ableiten.

2. Bedeutung der Festlegung des Baufortschrittsprüfers im Bauträgervertrag - mögliche Haftung für Treuhänder und Vertragserrichter

Ungeklärt ließ der OGH die Frage, welche Konsequenzen es hat, wenn der Ziviltechniker im Bauträgervertrag einvernehmlich zwischen Treuhänder, Bauträger und Wohnungseigentümer festgelegt wird, anschließend aber – abweichend vom Vertrag – eine andere Person (in diesem Fall eine Ziviltechnikergesellschaft) die Baufortschrittsbestätigungen ausstellt.

In gegenständlichem Fall wurde der Baufortschrittsprüfer zulässigerweise⁷⁾ im Bauträgervertrag festgelegt. Dies bedeutet eine vertragliche Vereinbarung zwischen Bauträger, Treuhänder und Erwerber mit der Folge, dass der Treuhänder ohne Zustimmung des Bauträgers und des Erwerbers nicht einen anderen Baufortschrittsprüfer bestellen kann, es sei denn, es

³⁾ RIS-Justiz RS0088906; RS0019595.

⁴⁾ RIS-Justiz RS0019540.

⁵⁾ RIS-Justiz RS0053866.

⁶⁾ RIS-Justiz RS0019516 und RS0019427.

⁷⁾ Gartner, BTVG⁴ § 13 Rz 13.

liegen gewichtige Gründe gegen die Person des vertraglich vereinbarten Baufortschrittsprüfers vor.⁸⁾

Aus der E geht hervor, dass der Bauträger mit dem Bekl (unter Billigung des Treuhänders) vereinbarte, dass er die Baufortschrittsprüfung für das Projekt mit seiner GmbH übernehmen werde. Diese Vereinbarung widersprach aber der ausdrücklichen Vereinbarung im Bauträgervertrag, in dem der Bekl persönlich und nicht dessen GmbH als Baufortschrittsprüfer festgelegt wurde.

UE ist es die Verpflichtung des Treuhänders, den im Vertrag festgelegten Baufortschrittsprüfer auch tatsächlich beizuziehen. Wenn er diese Kompetenz an den Bauträger delegiert und dieser einen anderen Baufortschrittsprüfer als im Vertrag festgelegt beauftragt, so haftet der Treuhänder für das Verschulden des Bauträgers bei der Wahl des Baufortschrittsprüfers ebenso wie für sein eigenes. Bedient sich der Treuhänder zur Feststellung des Baufortschritts einer anderen Person als im Bauträgervertrag (eilvernehmlich) festgelegt, verletzt er seine Verpflichtung aus dem Bauträgervertrag und kann schadenersatzpflichtig gegenüber den Erwerbern werden.

Nach den ErläutRV soll der Treuhänder für eine unrichtige Baufortschrittsanzeige nur haften, wenn ihn ein Auswahlverschulden trifft.⁹⁾ Wird der Treuhänder aber vertragsbrüchig und zieht einen anderen als den vertraglich festgelegten Baufortschrittsprüfer bei, so haftet der Treuhänder uE nicht nur für Auswahlverschulden, sondern für alle Schäden der Erwerber, die durch die Beiziehung dieses „falschen“ Baufortschrittsprüfers entstehen, etwa auch für Schäden aufgrund einer objektiv unrichtigen Baufortschrittsbestätigung.

Die Beiziehung des anderen Baufortschrittsprüfers ist dennoch zivilrechtlich wirksam, zumal die Festlegung im Bauträgervertrag für den Baufortschrittsprüfer keine Wirkung entfalten kann, weil er nicht Partei des Bauträgervertrags wird. In jedem Fall haftet der tatsächlich beigezogene Baufortschrittsprüfer den Erwerbern gegenüber für die Richtigkeit der Baufertigstellungsanzeigen. Dies ergibt sich bereits aus § 13 Abs 2 BTVG, wonach der beigezogene Baufortschrittsprüfer den Erwerbern gegenüber unmittelbar haftet.

Eine Haftung des im Vertrag festgelegten, aber vom Treuhänder nicht beigezogenen Baufortschrittsprüfers scheidet hingegen schon daran, dass der nicht beigezogene Baufortschrittsprüfer nicht tätig wird und deshalb keine unrichtige, die Erwerber schädigende, Baufortschrittsbestätigung ausstellen kann. Eine Bestellung eines Baufortschrittsprüfers ohne dessen Einwilligung wäre von vornherein unwirksam.

E. Fazit und Handlungsempfehlungen

In der Praxis erfolgt die Auswahl des Baufortschrittsprüfers meist durch den Bauträger ohne unmittelbare Mitwirkung des Treuhänders. Der Bauträger kümmert sich auch um den Erhalt der Baufortschrittsbestätigungen. Treuhänder sind deshalb gut beraten, sich entweder im Bauträgervertrag weitgehende Freiheiten hinsichtlich der Auswahl des Baufortschrittsprüfers vorzubehalten oder sich vorab vom im Vertrag festgelegten Baufortschrittsprüfer die Zustimmung zur Baufortschrittsprüfung einzuholen. Ansonsten könnte eine unmittelbare Haftung des Treuhänders bei Ausstellung einer unrichtigen Baufortschrittsbestätigung durch den Baufortschrittsprüfer drohen. Treuhänder sollten auch genau prüfen, ob die Baufortschrittsbestätigung von dem im Bauträgervertrag vorgesehenen Ziviltechniker oder Sachverständigen ausgestellt wurde oder al-

lenfalls von einer dazu berechtigten Ziviltechnikergesellschaft. Ein solcher Fall birgt hohes Haftungspotential.

Baufortschrittsprüfer sollten sich vor Augen führen, dass sie vom Treuhänder – und nicht vom Bauträger – bestellt werden. Die Kenntnis des Bauträgervertrags samt den dazu gehörigen Unterlagen sind ebenso erforderlich wie die des Baubescheids. Wenn – wie im gegenständlichen Fall – der Baufortschrittsprüfer behauptet, er habe keine Kenntnis von dem Bauträgervertrag gehabt und wisse daher auch nicht, dass er persönlich bestellt worden sei, führt dies zwangsläufig dazu, dass der Baufortschrittsprüfer den Ist-Zustand eines Bauvorhabens gar nicht mit dem geschuldeten eigentlichen Vertragsgegenstand vergleichen kann. Dass dies zu einer Haftung wegen unrichtiger Beurteilung des Baufortschritts führen kann, liegt auf der Hand.

Für Erwerber ergibt sich die folgende Konsequenz: Diese haben – wenn überhaupt – lediglich aus dem Bauträgervertrag eine Information, wen der Treuhänder als Baufortschrittsprüfer bestellt hat. Über die Bestellung zum Baufortschrittsprüfer und eine allfällige Abänderung haben diese meist keine Wahrnehmung. Erwerber dürfen daher nicht auf die Angaben zum Baufortschrittsprüfer im Bauträgervertrag vertrauen, sondern müssen die jeweilige Bauabschnittsprüfung dahingehend prüfen, wer diese Urkunde tatsächlich ausgestellt hat. Dies ist mitunter bei Verwendung von Firmenpapieren der Ziviltechnikergesellschaft heikel, wenn die Erklärung nicht im Namen der Gesellschaft abgegeben wird. Vor einer allfälligen Inanspruchnahme sollten die Erwerber im Zweifelsfall vom Treuhänder eine Bestätigung über die Person des Baufortschrittsprüfers einholen.

Schlussstrich

8 Ob 124/21z hat weit über das Bauträgervertragsrecht Bedeutung. Die E verdeutlicht, wie wichtig es ist, dass Geschäftsführer, aber auch Mitarbeiter von Unternehmen, bei mündlichen und schriftlichen Erklärungen ihre Stellvertretereigenschaft offenlegen und dem Geschäftspartner gegenüber ausreichend deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie im fremden Namen handeln. Bei Zweifeln ist ein Eigengeschäft des Handelnden anzunehmen und der Handelnde haftet persönlich für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäft. Schriftliche Mitteilungen sollten daher stets auf Briefpapier der Gesellschaft abgegeben werden. E-Mails sollten mit einer Signatur der Gesellschaft versehen sein.

⁸⁾ Gartner, BTVG⁴ § 13 Rz 13.

⁹⁾ ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 26.