

wohnrechtliche blätter:wobl

wohnrechtliche blätter:wobl

Heft 5 Mai 2021
(34. Jahrgang)

S. 175–202

Aufsätze

Hon.-Prof. SenPräs. Dr. *Johann Höllwerth*
**Reallasten – überholtes oder (immer noch)
taugliches Instrument der Liegenschaftsnutzung?** 175

RA *Manuel C. Traxler*, LL.M. LL.B. BSc. /
RA *MMag. Stefan C. Bart*
**Die Pflichtversicherung des Baufortschritts-
prüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des
grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG):
Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders** 180

Veranstaltungsbericht

Univ.-Ass. Mag. *Viola Hoti* /
Univ.-Ass. Mag. *Marco Scharmer*, B.A.
**IWD – Das WGG-WEG: Ein neues Hybrid am
Immobilienmarkt** 186

Rechtsprechung Nr. 53–63

• MRG

53. Kein Verzicht auf Geltendmachung von
Mietzinsrückständen durch Verlängerung des
Mietvertrags (OGH 13. 5. 2020, 3 Ob 16/20d) 191

54. Eigenbedarfskündigung für die 29-jährige,
derzeit studierende Enkelin
(OGH 3. 6. 2020, 5 Ob 80/20f) 191

• WEG

55. Umfang des gesetzlichen Vorzugspfandrechts
(OGH 21. 7. 2020, 5 Ob 82/20z) 192

56. Klage zur Geltendmachung des wohnungs-
eigentumsrechtlichen Vorzugspfandrechts nach
Insolvenzeröffnung
(OGH 19. 5. 2020, 5 Ob 5/20a) 193

• Grundbuchsrecht

57. Einigung über Bauabstandsnachsicht
nicht als Reallast verbücherbar
(OGH 21. 7. 2020, 5 Ob 123/20d) 193

58. Einigung über Bauabstandsnachsicht nicht
als Reallast verbücherbar
(OGH 12. 8. 2020, 5 Ob 145/20i) 194

59. Einverleibung einer Reallast
(OGH 12. 5. 2020, 5 Ob 62/20h –
*öffentlicher Notar Hon.-Prof. Univ.-Doz.
DDr. Ludwig Bittner*) 195

• Maklerrecht

60. Rechtsgültigkeit eines zweiten Alleinvermittlungs-
auftrags zwischen denselben Parteien und betreffend
dieselbe Liegenschaft
(OLG Wien 30. 1. 2020, 11 R 157/19t) 196

61. Kein Provisionsanspruch des Maklers bei
fehlender Kausalität
(OGH 26. 4. 2019, 3 Ob 86/19x) 198

62. Keine Nachforschungspflicht des Maklers bei
Baubewilligung
(OGH 24. 1. 2019, 9 Ob 96/18k) 199

63. Verjährungshemmung der Maklerprovision
bei Streitigkeiten über das Zustandekommen des
vermittelten Geschäfts
(OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 38/19k) 200

Impressum 202

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier-TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

RA Manuel C. Traxler, LL.M. LL.B. BSc., Altmünster und RA MMag. Stefan C. Bart, Altmünster

Die Pflichtversicherung des Baufortschrittsprüfers (§ 13 Abs 4 BTVG) im Rahmen des grundbücherlichen Sicherungsmodells (§ 9 BTVG): Umfang der Prüfpflicht des Treuhänders

Den zwingend zu bestellenden Treuhänder treffen beim grundbücherlichen Sicherungsmodell zahlreiche Pflichten (§ 12 BTVG). Er hat ua nach hM¹ zu prüfen, ob der beigezogene Baufortschrittsprüfer über die erforderliche Pflichtversicherung gem § 13 Abs 4 BTVG verfügt. Der Beitrag prüft, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Treuhänder seiner BTVG-Prüfpflicht nachkommt.

Deskriptoren: Pflichtversicherung Baufortschrittsprüfer, grundbücherliches Sicherungsmodell, Treuhänderpflichten.

Normen: § 9, § 10, § 12, § 13 BTVG; § 158b, § 158c, § 158i VersVG.

Übersicht

- A. Einleitung
- B. Auslegung des Begriffs „Versicherungsfall“ iSd § 13 Abs 4 BTVG
- C. Prüfpflicht des Treuhänders in Bezug auf die Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers gem § 13 Abs 4 BTVG
- D. Eigene Ansicht zum gesetzlich geforderten Versicherungsschutz
- E. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Das grundbücherliche Sicherungsmodell (§ 9 BTVG) ist die in der Praxis bei Bauträgerprojekten am häufigsten gewählte Sicherungsform des Erwerbers.² Es kommt nur in Betracht, wenn der Bauträger (BT) dem Erwerber das Eigentum, das WE oder das Baurecht an der zu bebauenden Liegenschaft verschafft (§ 9 Abs 1 BTVG).

Das grundbücherliche Sicherungsmodell sichert den Erfüllunganspruch³ des Erwerbers gegenüber dem BT (Rechtserwerb an der Liegenschaft / an dem Liegenschaftsanteil⁴). Rückforderungsansprüche des Erwerbers gegen den BT bleiben ungesichert.⁵ Das grundbücherliche Sicherungsmodell verfolgt das Ziel, dass der Erwerber seine zugesagte (bedungene) grundbücherliche Position und

seine bisher geleisteten Zahlungen im Fall eines steckengebliebenen Baus und/oder der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über den BT und/oder den Liegenschaftseigentümer nicht verliert.⁶

Um dieses Ziel zu erreichen, gibt das BTVG ua die Zahlungen des Erwerbers an den BT gem § 10 Abs 2 BTVG vor⁷; Ratenplanmethode⁸. Die gesetzlich vorgegebenen Raten werden ua erst fällig, wenn die in § 10 Abs 2 BTVG festgelegten Bauabschnitte abgeschlossen sind (§ 10 Abs 1 BTVG). Die Ratenplanmethode bezweckt, eine angemessene Wertrelation zwischen den Erwerberzahlungen und der Liegenschaftswertsteigerung durch inzwischen erbrachte Bauleistungen des BT zu gewährleisten.⁹

Beim grundbücherlichen Sicherungsmodell ist zwingend ein Treuhänder (TH) zu bestellen (§ 12 Abs 1 BTVG). Der TH überwacht ua den Baufortschritt bzw ob die festgelegten Bauabschnitte abgeschlossen sind (§ 10 Abs 2 BTVG – Ratenplan A oder B).¹⁰ Möchte oder kann der TH nicht selbst beurteilen, ob die festgelegten Bauabschnitte gem § 10 Abs 2 BTVG abgeschlossen sind, kann er einen für Hochbau zuständigen Ziviltechniker oder einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen (SV) für das Bauwesen als Baufortschrittsprüfer¹¹ beiziehen (§ 13 Abs 2 BTVG).

Sowohl Ziviltechniker als auch allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte SV müssen,

¹ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklausel, ImmoZak 2020, 6 (7); Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24; Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 10; Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 13 BTVG Rz 2.

² Prader, WGG-BTVG⁴ § 4 BTVG Rz 8.

³ Aufner/S. Bydlinski, Bauträgervertragsgesetz² § 9 Rz 1.

⁴ Prader, WGG-BTVG⁴ § 9 Rz 1.

⁵ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 9 Rz 6.

⁶ Feil, IO Praxiskommentar⁸ § 21 Rz 20.

⁷ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ § 9 Rz 1 f.

⁸ Aufner/S. Bydlinski, Bauträgervertragsgesetz² § 10 Rz 1.

⁹ Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 10 Rz 1 f.

¹⁰ Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 12 Rz 7.

¹¹ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 2.

wenn sie als BTVG-Baufortschrittsprüfer tätig werden, über eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von € 400.000 für jeden Versicherungsfall bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer verfügen (§ 13 Abs 4 BTVG). Dies ua vor dem Hintergrund, dass der Baufortschrittsprüfer dem Erwerber unmittelbar gem § 13 Abs 2 BTVG für eine unrichtige Baufortschrittsprüfung haftet.¹² Der TH muss nach hM¹³ vor Überweisung der ersten Rate an den BT prüfen, ob der Baufortschrittsprüfer über eine Versicherungsdeckung verfügt, die den Vorgaben des § 13 Abs 4 BTVG entspricht. Eine Ausnahme von dieser Prüfpflicht soll nach *Prader*¹⁴ und *Friedl*¹⁵ nur bei gerichtlich beeideten SV bestehen. Dies zumal SV für die Eintragung in die Gerichtssachverständigenliste und während ihrer Tätigkeit eine solche Versicherung nachzuweisen haben. Der TH muss aber in diesem Fall nach *Prader* und *Friedl* prüfen, ob der SV während seiner Tätigkeit als Baufortschrittsprüfer in die Gerichtssachverständigenliste eingetragen ist. Die gesetzlich vorgesehene Versicherungsdeckung muss nicht nur vor Überweisung der ersten Rate an den BT vorliegen, sondern während des gesamten Tätigkeitszeitraumes des Baufortschrittsprüfers vorhanden sein.¹⁶

Nachdem der TH prüfen muss, ob der Baufortschrittsprüfer über eine ausreichende Versicherungsdeckung gem § 13 Abs 4 BTVG verfügt, stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der TH seine Prüfpflichten erfüllt. Um diese Frage zu beantworten, erscheint es uns sinnvoll, vorab zu klären, was unter einem Versicherungsfall gem § 13 Abs 4 BTVG zu verstehen ist und wie oft (oder für wen) die Mindestversicherungssumme von € 400.000 zur Verfügung stehen muss („Deckungsumfang“).

B. Auslegung des Begriffs „Versicherungsfall“ iSd § 13 Abs 4 BTVG

Der Baufortschrittsprüfer muss – wie bereits erwähnt (vgl Pkt A) – über eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von € 400.000 für jeden Versicherungsfall bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer verfügen (§ 13 Abs 4 BTVG). Was unter Versicherungsfall gem § 13 Abs 4 BTVG zu verstehen

ist, definiert das Gesetz nicht.¹⁷ Die Gesetzesmat¹⁸ verweisen darauf, dass als Vorbild für Abs 4 leg cit die Regelungen über die Pflichtversicherung von SV, Notaren und RA dienen. Rsp zur Auslegung des § 13 Abs 4 BTVG liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

In der Lit werden unterschiedliche Ansichten zur Frage vertreten, wie § 13 Abs 4 BTVG auszulegen ist. Eingangs ist es nützlich, die divergierende Lit kurz darzulegen.

Die Lit lässt sich uE in zwei divergierende „Meinungsströme“ unterteilen, die sich wie folgt darstellen:

*Gartner*¹⁹ vertritt die Meinung, dass iSd § 13 Abs 4 BTVG bei mehreren Erwerbern eines Bau-trägerprojektes, die Mindestversicherungssumme zur Gänze für jeden Erwerber zur Verfügung stehen muss. Daran ändert nach *Gartner* auch nichts, dass der Baufortschrittsprüfer bei einem Besichtigungstermin einen bestimmten Baufortschritt für mehrere WE- oder Nutzungsobjekte bestätigt. *Pittl*²⁰ geht ebenfalls davon aus, dass die Mindestversicherungssumme von € 400.000 jedem Erwerber für jeden Versicherungsfall zur Gänze zur Verfügung stehen muss. *Vonkilch*²¹ meint, der Versicherungsschutz müsse so ausgestaltet sein, dass die Versicherungssumme pro „eigentlichem Vertragsgegenstand“ vollständig zur Verfügung steht. Dies zumal jeder SV meistens für jedes Objekt isoliert dessen Bezugsfertigstellung bestätige und deshalb jede fehlerhafte Bestätigung als eigener Versicherungsfall anzusehen sei. *Vonkilch* gesteht aber zu, dass es für viele SV nicht leicht werden wird, einen entsprechenden Versicherungsschutz (zumindest zu leistbaren Konditionen) zu erhalten. IdZ merkt *Vonkilch* an, dass es ein ungelöstes Rätsel der BTVG-Novelle 2008 darstelle, warum der Gesetzgeber im gegebenen Zusammenhang kein Jahreshöchstlimit vorgegeben hat.

Gartner, *Pittl* und *Vonkilch* vertreten zusammengefasst die Rechtsansicht, dass die Mindestversicherungssumme von € 400.000 iSd § 13 Abs 4 BTVG für jeden Erwerber vollständig im Schadensfall zur Verfügung stehen muss.²²

*Prader*²³ geht hingegen davon aus, dass die Pflichtversicherung gem § 13 Abs 4 BTVG jeden einzelnen Bauabschnitt als eigenständigen Versicherungsfall zu umfassen hat. Nach *Prader* muss die Versicherungssumme von € 400.000 nur einmal pro Bauabschnitt zur Verfügung stehen. *Prader*²⁴ begründet

¹² *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8.

¹³ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklausel, ImmoZak 2020, 6 (7); *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24; *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 10; *Friedl* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 13 BTVG Rz 2.

¹⁴ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020, 6 (7).

¹⁵ *Friedl* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 13 BTVG Rz 2.

¹⁶ *Prader* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 13 BTVG Rz 8; *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8.

¹⁷ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020, 6 (7).

¹⁸ ErlRV 432 BlgNR XXIII GP 12.

¹⁹ *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24.

²⁰ *Pittl*, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 10.

²¹ *Vonkilch*, Das Bauträgervertragsvertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).

²² *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020, 6 (7).

²³ *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8; *Prader*, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4.

²⁴ *Prader*, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4.

seine Ansicht ua damit, dass der Begriff des Versicherungsfalls gesetzlich nicht definiert ist. Er sei daher nach den Versicherungsbedingungen auszufragen. Prader weist auch darauf hin, dass in den Erläuterungen²⁵ ein Vergleich zur Versicherungspflicht von SV, Notaren und RA gezogen wird. Damit könne der Telos nicht darauf gerichtet gewesen sein, dem SV nach § 13 Abs 4 BTVG eine Versicherungspflicht dahingehend abzuverlangen, dass er pro Erwerber eine eigene Versicherung abschließt. Prader ordnet als Versicherungsfall nur eine schädigende Handlung ein. Diese liege in der nur einmal gesetzten unrichtigen Baufortschrittsbestätigung. Der SV bestätige nur einmal, dass der jeweilige Baufortschritt erreicht ist. Außerdem sind nach Prader²⁶ allfällige Serienschadenklauseln zu berücksichtigen, die in den Versicherungsbedingungen enthalten sind.

Zusammengefasst geht Prader²⁷ davon aus, dass die Mindestversicherungssumme von € 400.000 iSd § 13 Abs 4 BTVG pro Bauabschnitt für alle Erwerber gemeinsam zur Verfügung stehen muss.

Diese divergierenden Meinungen führen zu erheblichen Unterschieden hinsichtlich des benötigten Versicherungsumfangs iSd § 13 Abs 4 BTVG. Mangels klarer gesetzlicher Vorgaben sowie fehlender Rsp und divergierender Lit stellt sich die Frage, was der sorgfältige TH tun muss, um seine BTVG-Prüfpflichten hinsichtlich der Versicherungsdeckung des Baufortschrittsprüfers gem § 13 Abs 4 BTVG zu erfüllen.

C. Prüfpflicht des Treuhänders in Bezug auf die Versicherungspflicht des Baufortschrittsprüfers gem § 13 Abs 4 BTVG

Die hM²⁸ geht, wie bereits angemerkt (vgl Pkt A), davon aus, dass der TH – bevor er die erste Rate an den BT überweist – prüfen muss, ob der Baufortschrittsprüfer über eine ausreichende Versicherungsdeckung iSd § 13 Abs 4 BTVG verfügt.²⁹

Gartner³⁰, Pittl³¹ und Friedl³² lassen offen, was der TH genau zu tun hat, damit er seine BTVG-

Prüfpflichten hinsichtlich der Versicherungsdeckung des Baufortschrittsprüfers erfüllt (zB Polizzenprüfung?, Prüfung AVB?). Prader³³ fragt sich, ob der TH diese offenbar ungeklärte Rechtsfrage (vgl Pkt B) überhaupt zu prüfen hat oder ob er sich nicht mit einer Polizza mit dem Gesetzeswortlaut der Deckung von € 400.000 pro Versicherungsfall begnügen kann. H. Böhm³⁴ meint, dass der TH in die Versicherungspolizze Einsicht nehmen und mit dem Versicherer vereinbaren sollte, dass ihm dieser einen Prämienverzug des Baufortschrittsprüfers meldet. Welche Prüfschritte muss der TH sohin setzen, damit er seine BTVG-Prüfpflichten erfüllt?

Der TH erfüllt uE seine BTVG-Prüfpflichten, wenn er a) sich vom Versicherer des Baufortschrittsprüfers schriftlich bestätigen lässt (auch für den Baufortschrittsprüfer), dass dieser über eine Versicherungsdeckung verfügt, die die gesetzlichen Vorgaben des § 13 Abs 4 BTVG erfüllt („Deckungsbestätigung“) und wenn er b) mit dem Versicherer vereinbart, dass dieser ihn unverzüglich informieren muss, falls der gesetzliche Versicherungsschutz des Baufortschrittsprüfers entfällt (zB Prämienverzug, Zeitablauf). Dies aus folgenden Gründen:

Bei der Versicherung nach § 13 Abs 4 BTVG handelt es sich um eine gesetzliche Pflichtversicherung für den Baufortschrittsprüfer.³⁵ Auf diese sind die Bestimmungen der §§ 158c bis 158i VersVG anwendbar (§ 158b VersVG). Der Versicherer hat dem VN auf dessen Verlangen unter Angabe der Versicherungssumme zu bescheinigen, dass eine der zu bezeichnenden Rechtsvorschriften entsprechende Haftpflichtversicherung besteht (§ 158i VersVG). Der VN und der Geschädigte können sich auf diese Bescheinigung (Bestätigung) des Versicherers verlassen und sich im Streitfall darauf berufen.³⁶ Der Versicherer hat für die Richtigkeit seiner Bescheinigung einzustehen.³⁷ Diese Haftung des Versicherers für die Richtigkeit seiner Bescheinigung wird damit begründet, dass der Versicherer im Regelfall eher als der VN in der Lage ist zu prüfen, ob der Versicherungsvertrag den gesetzlichen Vorgaben entspricht.³⁸ Rubin³⁹ vertritt idZ, dass der Versicherer für eine fehlerhafte Bescheinigung nur bei Verschulden haftet, wobei dieses zu vermuten ist. Die Gesetzesmat⁴⁰ sprechen uE nicht davon, dass der Versicherer für die Richtigkeit seiner Bescheinigung nur bei Verschulden haften soll. Ihnen ist

²⁵ ErlRV 432 BlgNR XXIII. GP 12.

²⁶ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklauseln, ImmoZak 2020, 6 (8 f).

²⁷ Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8; Prader, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4.

²⁸ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklausel, ImmoZak 2020, 6 (7); Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24; Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 10; Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 13 BTVG Rz 2.

²⁹ Der TH muss, wie bereits angemerkt (vgl Pkt A), auch darauf achten, dass die Versicherungsdeckung während des gesamten Tätigkeitszeitraums des Baufortschrittsprüfers vorhanden ist (Prader in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 13 BTVG Rz 8; Prader in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8).

³⁰ Gartner, Bauträgervertragsgesetz⁴ § 13 Rz 24.

³¹ Pittl, Bauträgervertragsgesetz³ § 13 Rz 10.

³² Friedl in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht³ § 13 BTVG Rz 2.

³³ Prader, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4.

³⁴ Knoll/Scharmer, IWD – Aktuelle Fragen des Bauträgervertragsrechts – Die größten Haftungsfallen für Vertragserrichter/Treuhänder, wobl 2016, 314 (315).

³⁵ Prader, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadenklausel, ImmoZak 2020, 6 (7).

³⁶ Reisinger in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung (2017) 73.

³⁷ Grubmann, VersVG⁸ § 158i VersVG Rz 1; ErlRV 641 BlgNR XVIII. GP 5.

³⁸ Reisinger in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung (2017) 73; ErlRV 641 BlgNR XVIII. GP 5.

³⁹ Rubin in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG (2014) § 158i VersVG Rz 11.

⁴⁰ ErlRV 641 BlgNR XVIII. GP 5.

ua zu entnehmen, dass der Versicherer für die Richtigkeit seiner Bescheinigung einzustehen hat und sich der VN im Streitfall darauf berufen kann. Auch *Grubmann*⁴¹ und *Reisinger*⁴² erwähnen uE nicht, dass ein Verschulden des Versicherers vorliegen muss, damit er für die Richtigkeit seiner Bescheinigung iSd § 158i VersVG haftet. *Fucik*⁴³ geht davon aus, dass § 158i VersVG eine Rechtsscheinhaftung des Versicherers für die Richtigkeit seiner Bescheinigung begründet.

Nach den Gesetzesmat⁴⁴ hat der Versicherer für die Richtigkeit seiner Bescheinigung einzustehen; der VN kann sich im Streitfall darauf berufen. Der Versicherer haftet daher für eine unrichtige Bescheinigung. Diese Haftung gilt sowohl gegenüber dem VN als auch dem Geschädigten.⁴⁵ UE lässt sich eine „Erklärung-/Vertrauenshaftung“ des Versicherers für die Richtigkeit seiner Bescheinigung iSd § 158i VersVG argumentieren. Dies indem man eine „Parallele“ zum Zessionsrecht zieht. § 1396 S 2 ABGB begründet nach der Lit⁴⁶ eine Vertrauenshaftung. Erklärt der Schuldner gegenüber dem Zessionar auf dessen Anfrage, dass die Forderung richtig ist, ist er an diese (Wissens-) Erklärung gebunden und haftet für den Vertrauensschaden des Zessionars;⁴⁷ Auskunftshaftung kraft Rechtsscheins.⁴⁸ Bei dieser (Wissens-) Erklärung handelt sich nach hM und Rsp um ein deklaratives Anerkenntnis.⁴⁹ Der Schuldner kann dem Zessionar keine Einwendungen mehr entgegenhalten, die bereits bei Abgabe seiner (Wissens-) Erklärung bestanden und die er kannte.⁵⁰ Strittig ist, ob der Schuldner auch Einwendungen verliert, die er bei Abgabe seiner Erklärung kennen musste; ein Teil der Lit bejaht dies.⁵¹ Als (Wissens-) Erklärung kommt jede Erklärung des Schuldners in Betracht, die dieser gegenüber dem Zessionar im Wissen abgibt, dass dieser sie benötigt (auch konkludente Erklärungen).⁵² Im „Versicherungsbereich“ versteht bspw der OGH die Anfrage des Krankenhausträgers an den Krankenversicherer,

ob er die Kosten des Krankenhausaufenthaltes der VN übernehme, als Auskunftersuchen, ob der Versicherer als Schuldner diese Forderung anerkenne. Die bejahende Antwort des Versicherers führe dazu, dass diese gegenüber dem redlichen Zessionar verbindlich sei; dies jedoch nur bzgl Einreden, die dem Schuldner bei Abgabe seiner Erklärung bekannt waren.⁵³ Warum soll dies nicht auch für die Bescheinigung des Versicherers gegenüber dem TH gelten, wonach der Baufortschrittsprüfer eine Versicherung iSd § 13 Abs 4 BTVG hat?

Erklärt der Versicherer des Baufortschrittsprüfers auf Anfrage des TH, dass der Baufortschrittsprüfer über eine Versicherungsdeckung gem § 13 Abs 4 BTVG verfügt, ist diese Erklärung (Bescheinigung) für den Versicherer bindend. Er haftet für deren Richtigkeit auch gegenüber dem TH (uE Erklärungs-/Vertrauenshaftung). Der Versicherer gibt dem TH mit seiner Bescheinigung zu verstehen, dass er im gesetzlichen Versicherungsfall die Forderung bis zur Mindestversicherungssumme gem § 13 Abs 4 BTVG als Schuldner anerkennt. Der redliche TH darf auf die Richtigkeit dieser Bescheinigung vertrauen; er ist auf diese aufgrund seiner BTVG-Prüfpflichten auch angewiesen (vgl Pkt C).⁵⁴ Der TH disponiert außerdem im Vertrauen darauf.⁵⁵ Der Versicherer kann sich nur auf Einwände berufen, die im Zeitpunkt seiner Bescheinigung nicht bestanden und ihm nicht bekannt waren bzw ihm nicht bekannt sein mussten. Dass die Bestimmungen des § 13 Abs 4 BTVG zum Zeitpunkt seiner Bescheinigung bestanden und dass diese dem Versicherer auch bekannt waren, wird von ihm wohl nicht ernsthaft bestritten werden. Hieraus folgt uE, dass der Versicherer für die Richtigkeit seiner Bescheinigung iSe „Erklärungs-/Vertrauenshaftung“ gegenüber dem TH (ebenso gegenüber dem Erwerber) einzustehen hat. Dies unabhängig davon, wie die Rsp schlussendlich § 13 Abs 4 BTVG auslegt.

Nachdem der Versicherer für die Richtigkeit seiner Deckungsbescheinigung haftet und sich sowohl der VN (hier Baufortschrittsprüfer) als auch der Geschädigte (hier zB Erwerber) darauf verlassen und berufen können⁵⁶, kann uE auch der TH auf diese vertrauen. Dies zumal der Versicherer

⁴¹ *Grubmann*, VersVG³ § 158i VersVG Rz 1.

⁴² *Reisinger* in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung (2017) 73.

⁴³ *Fucik*, Neuerungen durch den EWR / die EU – Auswirkungen auf das Zivilrecht, RZ 1995, 50 ff.

⁴⁴ ErlRV 641 BlgNR XVIII. GP 5.

⁴⁵ *Reisinger* in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung (2017) 73.

⁴⁶ *Kepplinger* in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1396 Rz 6; *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1396 Rz 12 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

⁴⁷ *Neumayr* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁶ §§ 1395–1396 Rz 6.

⁴⁸ *Spitzer*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 885 (887).

⁴⁹ *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ 1396 Rz 13; RIS-Justiz RS0107731.

⁵⁰ *Kepplinger* in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1396 Rz 6.

⁵¹ *Neumayr* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁶ §§ 1395–1396 Rz 6.

⁵² *Thöni* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar zum ABGB³ § 1396 Rz 35.

⁵³ *Thöni* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar zum ABGB³ § 1396 Rz 34; OGH 11.02.1997, 4 Ob 1/97v.

⁵⁴ Dem Versicherer sollte jedenfalls bekannt sein, dass der TH aufgrund seiner BTVG-Prüfpflicht auf die Bescheinigung des Versicherers angewiesen ist, wonach der Baufortschrittsprüfer über den gesetzlich vorgesehenen Versicherungsschutz verfügt. Der umsichtige TH wird in seiner Anfrage an den Versicherer darauf hinweisen, dass er diese Bescheinigung des Versicherers aufgrund seiner BTVG-Prüfpflichten benötigt.

⁵⁵ Im Vertrauen auf die Bescheinigung bestellt der TH den Baufortschrittsprüfer. Er zahlt in weiterer Folge die Raten an den BT auf Basis der Baufortschrittsbestätigungen aus. All dies würde der umsichtige TH nicht tun, wenn ihm keine Bescheinigung über den bestehenden Versicherungsschutz iSd § 13 Abs 4 BTVG vorliegen würde.

⁵⁶ *Reisinger* in Hartjes/Janker/Reisinger, Die Haftpflichtversicherung (2017) 73.

dem TH (und auch dem Erwerber) aufgrund seiner Deckungsbestätigung haftet, dass der Baufortschrittsprüfer über eine Versicherung verfügt, die den gesetzlichen Vorgaben des § 13 Abs 4 BTVG entspricht. Der TH erfüllt daher seine BTVG-Prüfpflichten, wenn ihm a) die schriftliche Bescheinigung des Versicherers vorliegt, dass der Baufortschrittsprüfer über eine ausreichende Versicherungsdeckung iSd § 13 Abs 4 BTVG verfügt und er b) mit dem Versicherer vereinbart hat, dass dieser ihn unverzüglich informiert, falls der Versicherungsschutz entfällt.⁵⁷ Dem TH weitere Prüfpflichten im Hinblick auf § 13 Abs 4 BTVG aufzuerlegen, wäre überschießend.⁵⁸ Dies auch aufgrund der fehlenden Rsp, unklarer Gesetzeslage und divergierender Lit (vgl Pkt B).

Auch dem vom BTVG bezweckten Erwerberschutz⁵⁹ ist uE durch die schriftliche Deckungsbestätigung des Versicherers genüge getan. Dies aus folgenden Gründen:

Im Falle einer fehlerhaften Baufortschrittsprüfung haftet der Baufortschrittsprüfer dem Erwerber unmittelbar (§ 13 Abs 2 BTVG). Liegt ein Versicherungsfall vor, muss der Versicherer dem Erwerber den vom Baufortschrittsprüfer verursachten Schaden bis zur gesetzlich vorgeschriebenen Mindestversicherungssumme ersetzen (§ 158c VersVG). Dies selbst dann, wenn er gegenüber dem Baufortschrittsprüfer leistungsfrei wäre (§ 158c VersVG). Der Versicherer ist uE durch seine Bescheinigung iSd § 158i VersVG, wonach der Baufortschrittsprüfer über eine Versicherung gem § 13 Abs 4 BTVG verfügt, verpflichtet, den Schaden (Versicherungsfall) bis zur gesetzlich vorgesehenen Mindestversicherungssumme zu regulieren. Dies unabhängig davon, ob sich der OGH hinsichtlich der Auslegung des § 13 Abs 4 BTVG der Rechtsansicht *Gartners*, *Pittls* und *Vonkilchs* oder *Praders* (vgl Pkt B) oder eines Dritten anschließt. Der Erwerber kann auf die Deckungsbestätigung (wie der TH) vertrauen und sich im Streitfall darauf berufen. Der Versicherer haftet für die Richtigkeit seiner Bescheinigung (uE Erklärungs-/Vertrauenshaftung).

Holt der TH jedoch die schriftliche Deckungsbescheinigung vom Versicherer nicht ein, haftet er für die daraus resultierenden Schäden.⁶⁰ Diese können, sich bspw aus einer Minderversicherungsdeckung im Schadensfall ergeben (fehlende oder geringere Versicherungssumme als € 400.000 iSd

§ 13 Abs 4 BTVG). Gleiches gilt, wenn der TH nicht mit dem Versicherer vereinbart, dass dieser ihn unverzüglich informiert, falls der Versicherungsschutz entfällt. Dies zumal die Versicherungsdeckung iSd § 13 Abs 4 BTVG, wie bereits erwähnt (vgl Pkt A) während des gesamten Tätigkeitszeitraumes des Baufortschrittsprüfers vorhanden sein muss.⁶¹

D. Eigene Ansicht zum gesetzlich geforderten Versicherungsschutz

Geht man davon aus, dass der Telos des BTVG vorrangig auf den Erwerberschutz gerichtet ist,⁶² so spricht uE sehr viel dafür, der Rechtsansicht von *Gartner*, *Pittl* und *Vonkilch* zu folgen, wonach zusammengefasst die Mindestversicherungssumme gem § 13 Abs 4 BTVG pro Erwerber vollständig zur Verfügung stehen muss.⁶³

*Prader*⁶⁴ weist uE jedoch zutreffend auf die Gesetzmat⁶⁵ hin, die davon sprechen, dass die Regelungen über die Pflichtversicherung für SV, Notare und RA als Vorbild für die Versicherungspflicht nach § 13 Abs 4 BTVG dienen. Wie *Prader* anmerkt, ist der Begriff des Versicherungssfalls in § 13 Abs 4 BTVG gesetzlich nicht normiert. Er ist daher nach den Versicherungsbedingungen auszulegen. Dies ist auch mangels gesetzlicher Vorgabe bei der Pflichtversicherung der RA gem § 21a RAO⁶⁶ und der Notare gem § 30 NO⁶⁷ der Fall.

Der OGH hat zu § 21a RAO ausgeführt, dass selbst eine Serienschadensklausel in den Versicherungsbedingungen nichts Ungewöhnliches ist. Sie ist auch nicht gröblich benachteiligend. Der Geschädigte muss diese gegen sich gelten lassen; die gesetzliche Versicherungssumme steht daher nur einmal zur Verfügung.⁶⁸ Dieser E⁶⁹ lag zusammengefasst der Sachverhalt zugrunde, dass der TH mehrere Auszahlungen vom TH-Konto entgegen dem Treuhandauftrag tätigte, sodass der Treugeber geschädigt wurde. In den Versicherungsbedingungen war ua geregelt, dass die Versicherungssumme nur einmal geleistet wird, einerseits für sämtliche Folgen eines Verstoßes und andererseits bei mehreren Verstößen auf Grund mehrfachen, auf gleichen oder gleichartigen Fehlerquellen beruhenden Tuns oder Unterlassens, weil dies bei rechtlichem oder

⁵⁷ Gibt der Versicherer dem TH vereinbarungswidrig die Beendigung des Versicherungsverhältnis nicht bekannt, haftet er für die daraus resultierenden Schäden. Der TH darf darauf vertrauen, dass ihn der Versicherer unverzüglich informiert. Es würde uE die Prüfpflicht des TH überspannen, wenn er vor jeder Baufortschrittsprüfung beim Versicherer nachfragen müsste, ob noch eine aufrechte Versicherungsdeckung iSd § 13 Abs 4 BTVG besteht.

⁵⁸ *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8.

⁵⁹ *Prader*, Zur „Rechtskraft“ der Baubewilligung im BTVG, Zak 2020, 388 (388).

⁶⁰ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadensklauseln, ImmoZak 2020, 6 (9).

⁶¹ *Prader* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 13 BTVG Rz 8.

⁶² *Prader*, Zur „Rechtskraft“ der Baubewilligung im BTVG, Zak 2020, 388 (388).

⁶³ *Prader*, Risiko untauglicher Baufortschrittsprüfer unter Beachtung der Serienschadensklauseln, ImmoZak 2020, 6 (7).

⁶⁴ *Prader*, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4.

⁶⁵ ErlRV 432 BlgNR XXIII. GP 12.

⁶⁶ *Vitek* in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO⁹ § 21a RAO Rz 3.

⁶⁷ *Schauer*, Einige Rechtsfragen der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Notare, NZ 1999, 305 ff.

⁶⁸ *Grubmann*, VersVG⁸ § 149 E 42; OGH 09.07.2014, 7 Ob 70/14s.

⁶⁹ OGH 09.07.2014, 7 Ob 70/14s.

wirtschaftlichem Zusammenhang als einheitlicher Verstoß gilt.

Geht man davon aus, dass der Baufortschrittsprüfer den jeweiligen Baufortschritt nur einmal fehlerhaft iS einer schädigenden Handlung (Versicherungsfall) bestätigen kann⁷⁰ und berücksichtigt man die Gesetzmat⁷¹ (Verweis auf die Pflichtversicherung von SV, RA und Notaren als Vorbild), so ist uE der Ansicht *Praders*⁷² zu folgen, wonach § 13 Abs 4 BTVG dahingehend auszulegen ist, dass die Mindestversicherungssumme iHv € 400.000 nur einmal pro Baufortschrittsprüfung für die Erwerber gemeinsam zur Verfügung stehen muss. Dies selbst dann, wenn der Baufortschrittsprüfer im Zuge einer Baufortschrittsprüfung den Baufortschritt für mehrere Objekte bestätigt.⁷³

Würde man außerdem der zuvor genannten Ansicht *Gartners*, *Pittls* und *Vonkilchs* folgen (vgl Pkt B), so wären uE gerade bei größeren Bauträgerprojekten immense Versicherungssummen notwendig.⁷⁴ Selbst *Vonkilch*⁷⁵ merkt an, dass es für viele SV nicht leicht werden wird, einen entsprechenden Versicherungsschutz (zumindest zu leistbaren Konditionen) zu erhalten. Folgt man jedoch der Ansicht *Praders*, so benötigt der Baufortschrittsprüfer „lediglich“ eine Mindestversicherungssumme pro Bauträgerprojekt iHv gesamt € Mio 2,4.⁷⁶ Derartige Risiken („benötigte Versicherungssumme“) sind am Versicherungsmarkt „leichter“ versicherbar. Auch aus dieser Perspektive ist uE der Ansicht *Praders* zu folgen. Dies zumal es uE nicht die Intension des Gesetzgebers gewesen sein kann, den „Marktzugang“ für Baufortschrittsprüfer dadurch zu erschweren, dass der erforderliche Versicherungsschutz kaum zu erhalten ist bzw sehr hohe Prämienzahlungen dafür notwendig sind.

⁷⁰ *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 3.

⁷¹ ErlRV 432 BlgNR XXIII. GP 12.

⁷² *Prader*, WGG-BTVG⁴ § 13 BTVG Rz 4; *Prader* in Schwimann/Kodek, BTVG-Praxiskommentar § 13 Rz 8.

⁷³ Hier können uE Parallelen zum Sachverhalt der E 7 Ob 70/14s gezogen werden. Dort hat der TH aufgrund eines Treuhandvertrages mehrere treuwidrige Überweisungen getätigt. Der Baufortschrittsprüfer würde aufgrund einer Baufortschrittsprüfung für mehrere Objekte einen unrichtigen Baufortschritt feststellen („Serien-schaden“).

⁷⁴ Der Baufortschrittsprüfer würde bspw bei einem Bauträgerprojekt mit 50 Erwerbern bzw Wohnungen eine Mindestversicherungssumme iHv € Mio 20 benötigen (€ 400.000 x 50 Erwerber/Wohnungen).

⁷⁵ *Vonkilch*, Das Bauträgervertragsvertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).

⁷⁶ Bei dieser Berechnung wird von sechs Bauabschnitten ausgegangen (§ 10 Abs 2 Z 1 bzw 2 lit a-f BTVG).

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber klarstellen würde, was unter einem Versicherungsfall iSd § 13 Abs 4 BTVG zu verstehen ist und/oder wofür und/oder wie oft die Mindestversicherungssumme von € 400.000 zur Verfügung stehen muss. IdZ wäre es bereits hilfreich, wenn der Gesetzgeber – *Vonkilch*⁷⁷ folgend – ein Jahreshöchstlimit vorgeben würde.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der beim grundbücherlichen Sicherungsmodell zwingend zu bestellende TH (§ 12 Abs 1 BTVG) muss nicht selbst prüfen, ob die Baufortschritte gem § 10 Abs 2 BTVG erreicht sind. Er kann sich hierzu eines Baufortschrittsprüfers bedienen. Dieser haftet dem Erwerber unmittelbar (§ 13 Abs 2 BTVG).

2. Bedient sich der TH eines Baufortschrittsprüfers, muss er bereits vor Überweisung der ersten Rate an den BT prüfen, ob der Baufortschrittsprüfer über eine Pflichtversicherung gem § 13 Abs 4 BTVG verfügt. Er muss auch darauf achten, dass der Versicherungsschutz über den gesamten Tätigkeitszeitraum des Baufortschrittsprüfers besteht.

3. Der TH erfüllt seine BTVG-Prüfpflicht, wenn er sich vom Versicherer des Baufortschrittsprüfers iSd § 158i VersVG bestätigen lässt (auch für den Baufortschrittsprüfer), dass dieser über eine Versicherungsdeckung verfügt, die den Vorgaben des § 13 Abs 4 BTVG entspricht. Er muss außerdem mit dem Versicherer vereinbaren, dass ihn dieser unverzüglich informiert, falls der Versicherungsschutz entfällt.

4. Der Versicherer haftet für seine Deckungsbestätigung gegenüber dem Erwerber und TH. Er haftet diesen auch dafür, wenn er den TH nicht informiert, falls der Versicherungsschutz entfällt. Dem Erwerberschutzgedanken des BTVG ist dadurch genüge getan.

5. Im Hinblick auf die nicht eindeutige Rechtslage und die divergierende Lit wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber Klarstellungen zu § 13 Abs 4 BTVG trifft.

Korrespondenz: RA *Manuel C. Traxler*, LL.M. LL.B. BSc., GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Maximilianstraße 1, 4813 Altmünster; E-Mail: traxler@ra-maximilianhof.at; RA MMag. *Stefan C. Bart*, GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Maximilianstraße 1, 4813 Altmünster; E-Mail: bart@ra-maximilianhof.at.

⁷⁷ *Vonkilch*, Das Bauträgervertragsvertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008, wobl 2008, 203 (219).