

TE OGH 2014/10/29 7Ob108/14d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.10.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich in der Rechtssache der klagenden Partei Baumeister Ing. C***** GmbH, *****, vertreten durch MMMag. Dr. Franz Josef Giesinger Rechtsanwalt GmbH in Götzis, gegen die beklagte Partei V*****Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Manfred Steininger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 10. April 2014, GZ 2 R 22/14v-77, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 18. November 2013, GZ 28 Cg 79/11w-70, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts einschließlich der Kostenentscheidung wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 6.047,70 EUR (darin enthalten 780,95 EUR USt und 1.362 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 299,57 EUR (darin enthalten 49,93 EUR USt) bestimmten Kosten der Beantwortung des Kostenrekurses der klagenden Partei binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Dem zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherungsvertrag liegen die Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung von staatlich befugten und beeideten Architekten und Zivilingenieuren für Hochbau, Ingenieurkonsulenten und Zivilingenieuren für Bauwesen sowie für Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen (AHBA) zugrunde.

Auszugsweise lauten deren Bestimmungen:

„Art 6

Ausschlüsse vom Versicherungsschutz

1. Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schadenersatzverpflichtungen

1.1. der Personen, die den Schaden, für den sie von einem Dritten verantwortlich gemacht werden, vorsätzlich rechtswidrig herbeigeführt haben.

Als vorsätzlich gesetzt gilt auch eine Handlung oder Unterlassung, welche die betreffende Person nicht vermeidet, obwohl sie die wahrscheinlichen schädlichen Folgen voraussehen musste, diese jedoch in Kauf genommen hat;

1.2. infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen für seine beruflichen Tätigkeiten geltenden Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften, sowie infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen Anweisungen oder Bedingungen des Auftraggebers oder dessen Bevollmächtigten.

Art 7 Artikel 7

Begriff des Versicherungsfalles

1. Versicherungsfall ist ein Verstoß (Handlung oder Unterlassung), als dessen Folge Schadenersatzverpflichtungen des Versicherungsnehmers erwachsen könnten. Wenn aus einem Verstoß mehrere Schadenersatzverpflichtungen erwachsen könnten, gilt dies als ein Versicherungsfall. Als ein Versicherungsfall gilt es auch, wenn aus mehreren, auch von verschiedenen Personen gesetzten Verstößen ein einheitlicher Schaden entsteht.

2. Als ein Verstoß gilt auch auf gleicher oder gleichartiger Fehlerquelle beruhendes Tun oder Unterlassen, wenn die betreffenden Angelegenheiten miteinander in rechtlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.“

Bauherrin des Bauvorhabens S***** war die R***** GmbH, die Bauausführung oblag der A***** GmbH. Als Statiker fungierte im Auftrag der Bauherrin die DI G***** GmbH.

Die Klägerin hatte Büroleistungen in Form der Erstellung des Vorentwurfs, des Entwurfs, der Einreich-, der Ausführungs- und Detailplanung sowie der Leistungsverzeichnisse samt geschäftlicher und künstlerischer Oberleitung übernommen. Sie war überdies mit der örtlichen Bauaufsicht betraut, dies auch im Zusammenhang mit der an der Nordseite des Parkplatzes zu errichtenden Steinschlichtungsmauer.

Nach dem von der Klägerin verfassten Leistungsverzeichnis (LV) war ein Steinschlichtungsmauersystem nach Angabe des beauftragten Statikers herzustellen; für die Steinschlichtungen war vorgeschrieben, die Steine zwischen 800 bis 2.000 kg trocken in Humus zu verlegen und zwar inklusive Drainagierung im Sohlenbereich und kompletter Hinterfüllung zur Ableitung des Hangwassers. Als maximale Höhe waren vier Meter (drei Meter über Terrain) bei mindestens 170 cm Breite des Mauerfußes und 120 cm der Mauerkrone vorgesehen. Diese Ausschreibungsposition beinhaltet technische Mängel wegen fehlender Auseinandersetzung der Klägerin mit den technischen Grundlagen oder Rücksprache mit dem Statiker. Die Ausführung „trocken Humus verlegt“ widerspricht den Regeln der Technik, weil ab einer gewissen Höhe die Schlichtung zur Gewährleistung der Statik vollflächig, zumindest aber in Teilbereichen zu vermörteln ist.

Die Mauer wurde im Auftrag der ausführenden Firma von einem Subunternehmer zunächst in der in der Einreichplanung vorgesehenen Höhe errichtet und vom Geschäftsführer der Klägerin abgenommen. Die Mauer wurde mit einer zu geringen Neigung errichtet, der untere Bereich war nicht mit gemörtelten Fugen hergestellt und der Verbund der Steine war mangelhaft ausgeführt, weil die Stoßfugen der Steine bis zu vier Reihen übereinander angeordnet waren. Die vorgenommene Fugenfüllung mit bindigem (Aushub-Erd-)Material war ebenfalls nicht fach- und sachgerecht. Es konnte nicht festgestellt werden, wodurch die vertikale Ausbuchtung der Mauer im unteren Bereich, die schon während der Herstellung aufgetreten war, konkret entstand, ob es sich dabei um einen technischen oder optischen Mangel handelte und ob und welchen Einfluss dieser Mangel auf die Standfestigkeit der Mauer hatte. Wegen der Fugenfüllung mit Erdmaterial wäre die Mauer in jedem Fall abzutragen und neu zu errichten gewesen.

Der Geschäftsführer der Klägerin überprüfte die Neigung der Mauer nicht. Als einziger Mangel fiel ihm der „Bauch“ anlässlich einer Standardkontrolle auf, den er als rein optischen Mangel qualifizierte, weshalb er gegenüber der ausführenden Firma keine Mängelbehebung einforderte. Dass ihm die übrigen Mangelhaftigkeiten nicht auffielen, ist auf mangelnde fachliche Qualifikation und Fachbezug der Klägerin und deren Geschäftsführer zurückzuführen.

In der zweiten Hälfte des Jahres 2000 wünschte die Bauherrin eine Erhöhung der Mauer. Die obersten Steine sollten in Beton verlegt werden, um eine entsprechende Stabilität zu gewährleisten. Die ausführende Firma übernahm die Erhöhung der Mauer im Rahmen der pauschal festgelegten Auftragssumme ohne zusätzliches Entgelt.

Eine ordnungsgemäße Fundamentierung ist Voraussetzung für die Standfestigkeit einer Mauer; bei einer Erhöhung ist das Fundament zu verstärken/verbreitern. Durch eine Mauererhöhung ändert sich die Statik einer Mauer. Eine darauf bezugnehmende Austauschskizze oder einen Teilplan erstellte die Klägerin nicht. Ein Statiker wurde vor der Erhöhung der Mauer nicht beigezogen. Die Klägerin ging davon aus, dass die Baufirma die Erhöhung mit dem Statiker abklärt, sie überprüfte diesen Umstand aber nicht.

Die Klägerin holte für die Mauererhöhung keine Baubewilligung ein. Es war angedacht, diese im Rahmen einer nachfolgenden „Auswechslungsplanung“ nachzuholen. Von der Baubehörde wäre im Rahmen des Bewilligungsverfahrens, sofern keine ortspflegerischen oder sonstigen Gründe dagegen gesprochen hätten, die Bewilligung unter der Auflage erteilt worden, dass die Mauer vom beauftragten Statiker entsprechend dimensioniert und deren Standsicherheit nachgewiesen wird.

Die Baufirma erhöhte im Frühjahr 2009 die Mauer auf eine maximale Höhe von 4,6 m, ohne sie zu verbreitern.

Im April 2009 forderte die Baufirma den Statiker auf, die erhöhte Mauer zu prüfen. Er verfasste eine Skizze, in der er die erforderlichen Maßnahmen zur Erreichung der Standfestigkeit der Mauererhöhung darstellte. Die Standsicherheit der bestehenden Mauer prüfte er nicht. Wäre die Mauer entsprechend den Vorgaben in dieser Skizze verbessert worden, so wäre ihre Standfestigkeit - mit Ausnahme der Verwendung von Erdmaterial zur Verlegung und Füllung - gegeben gewesen. Die Baufirma führte dann Ausbesserungsarbeiten an der Mauer durch. Der Zustand, den diese Mauer nach der Verbesserung aufwies, und ob die Mauer danach standsicher war, kann nicht mehr festgestellt werden.

Die Mauer wurde nach Prüfung auf Sicht vom Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen der förmlichen Endabnahme gemeinsam mit dem übrigen Bauvorhaben abgenommen. Die Klägerin gab, nachdem Beanstandungen nicht erfolgt waren, die Rechnung der Baufirma zur Bezahlung durch die Bauherrin frei.

Im Frühjahr 2010 zog die Eigentümer-gemeinschaft einen Sachverständigen bei, weil sie Bedenken gegen die Sicherheit dieser Mauer hatte. Dieser beurteilte die Mauer als nicht standsicher und ging von Gefahr in Verzug aus. Die Baubehörde führte eine baupolizeiliche Prüfung unter Beiziehung eines Amtssachverständigen durch. Mit ihrem Bescheid vom 3. 11. 2010 trug sie der Bauherrin auf, binnen vier Monaten die Standsicherheit der Mauer herzustellen.

Im März/April 2011 wurde die erhöhte Mauer abgetragen und eine neue Mauer errichtet. Die Baufirma verrechnete der Bauherrin brutto 56.765,05 EUR, worauf die Bauherrin am 31. August 2011 24.000 EUR überwies.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2011 forderte die Bauherrin von der Klägerin die Zahlung von 56.765,05 EUR für die Mauersanierung zuzüglich 5.000 EUR an pauschalitem Schadenersatz. Sie begründete ihre Forderung mit gravierenden Planungsfehlern (keine statische Berechnung, keine Standfestigkeit) und mit der unterlassenen Überprüfung der Mauer auf bauliche und statische Richtigkeit und damit mit einer gröblichen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht der Klägerin.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten, ihr aus dem bestehenden Versicherungsvertrag in Ansehung der ihr gegenüber geltend gemachten Schadenersatzforderung von 61.765,05 EUR Deckung zu gewähren. Die Erhöhung der Mauer um 1,6 m sei über ausdrücklichen Wunsch der Bauherrin erfolgt. Diese für die Baubehörde unerhebliche Änderung habe die Klägerin entsprechend der üblichen und tolerierten Praxis mittels Auswechslungsplanung bekannt geben und so deren Bewilligung erwirken wollen. Sie sei mit der statisch konstruktiven Ausarbeitung weder beauftragt noch befasst gewesen. Offenkundige, jedenfalls für die Klägerin erkennbare Mängel seien nicht vorgelegen. Der „kleine Bauch“ habe einen rein optischen Mangel dargestellt. Die entgegen der Ausschreibung erfolgte Ausführung ohne Mörtelschicht habe die Klägerin nicht bemerkt. Sie habe weder vorsätzlich noch fahrlässig einen Schaden verursacht und auch nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Die von der Beklagten behaupteten Obliegenheitsverletzungen lägen nicht vor. Die Baufirma habe die Mauer zu den gleichen Kosten wie bei einer früheren Schadensbehebung sach- und fachgerecht ausgeführt, weshalb der Klägerin auch kein Verstoß gegen die Rettungsobliegenheit des § 62 VersVG anzulasten sei; ein allfälliger Verstoß sei jedenfalls nicht vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt. Auch bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses sei die Klägerin nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgegangen. Die Klägerin begehrt von der Beklagten, ihr aus dem bestehenden Versicherungsvertrag in Ansehung der ihr gegenüber geltend gemachten Schadenersatzforderung von 61.765,05 EUR Deckung zu gewähren. Die Erhöhung der Mauer um 1,6 m sei über ausdrücklichen Wunsch der Bauherrin erfolgt. Diese für die Baubehörde unerhebliche Änderung habe die Klägerin entsprechend der üblichen und tolerierten Praxis mittels Auswechslungsplanung bekannt geben und so deren Bewilligung erwirken wollen. Sie sei mit der statisch konstruktiven Ausarbeitung weder beauftragt noch befasst gewesen. Offenkundige, jedenfalls für die Klägerin erkennbare Mängel seien nicht vorgelegen. Der „kleine Bauch“ habe einen rein optischen Mangel dargestellt. Die entgegen der Ausschreibung erfolgte Ausführung ohne Mörtelschicht habe die Klägerin nicht bemerkt. Sie habe weder vorsätzlich noch fahrlässig einen Schaden verursacht und auch nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Die

von der Beklagten behaupteten Obliegenheitsverletzungen lägen nicht vor. Die Baufirma habe die Mauer zu den gleichen Kosten wie bei einer früheren Schadensbehebung sach- und fachgerecht ausgeführt, weshalb der Klägerin auch kein Verstoß gegen die Rettungsobliegenheit des Paragraph 62, VersVG anzulasten sei; ein allfälliger Verstoß sei jedenfalls nicht vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt. Auch bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses sei die Klägerin nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgegangen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Die Klägerin habe eine behördliche Genehmigung oder statische Nachrechnung der tatsächlichen Höhe (der erhöhten Mauer) bewusst nicht veranlasst; in einem solchen Fall hätte die Behörde die Erbringung des erforderlichen Nachweises aufgetragen, wodurch zu Tage gekommen wäre, dass die geplante Erhöhung nicht standsicher sei. Bei der Schlichtung seien die Steine ohne Anbringung einer Mörtelschicht nur gelegt worden und im unteren Bereich habe sich ein „Bauch“ gebildet; der Klägerin hätte die mangelhafte Standsicherheit durch Augenschein auffallen müssen. Die Beklagte sei nach Art 6.1.1. und 6.1.2. AHBA leistungsfrei, weil der Klägerin die Standsicherheit der Mauer trotz Überschreitung der genehmigten Höhe um mehr als 50 % gleichgültig gewesen sei. Ihr sei auch bewusst gewesen, der Bauherrin eine nicht abgeklärte und mangelhafte Steinmauer zu übergeben; dennoch habe sie die Rechnungen in Kenntnis der Mangelhaftigkeit freigegeben und die Bauherrin nicht darauf aufmerksam gemacht, wodurch sie ihre Rettungsobliegenheit nach § 62 VersVG grob fahrlässig verletzt habe. Die Klägerin habe sich auftragswidrig, vorsätzlich und rechtswidrig auf die Baufirma verlassen, offenkundige Mängel wie das Fehlen der Statik und der Baugenehmigung, die Ausbuchtung und die mangelnde Schlichtung der Steine im Verbund vorsätzlich, rechtswidrig und bewusst ignoriert und nichts unternommen, sondern vielmehr die Rechnung trotz optischer Mängel freigegeben. Entgegen den Vorgaben in der Vorstatik habe die Klägerin in ihrem Leistungsverzeichnis nur eine trockene Verlegung in Humus verlangt und die Verlegung im Mörtelbett und die Verwendung von Filterbeton nur als alternative Aufzählungsposition angeführt. Sie habe damit bewusst und vorsätzlich wider besseren Wissens gegen die Anweisungen des Statikers als Bevollmächtigten der Bauherrin verstoßen. Bei pflichtgemäßem Vorgehen hätte die Mauer nicht neu errichtet werden müssen. Die Klägerin habe die Schädigung der Bauherrin billigend in Kauf genommen. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Die Klägerin habe eine behördliche Genehmigung oder statische Nachrechnung der tatsächlichen Höhe (der erhöhten Mauer) bewusst nicht veranlasst; in einem solchen Fall hätte die Behörde die Erbringung des erforderlichen Nachweises aufgetragen, wodurch zu Tage gekommen wäre, dass die geplante Erhöhung nicht standsicher sei. Bei der Schlichtung seien die Steine ohne Anbringung einer Mörtelschicht nur gelegt worden und im unteren Bereich habe sich ein „Bauch“ gebildet; der Klägerin hätte die mangelhafte Standsicherheit durch Augenschein auffallen müssen. Die Beklagte sei nach Artikel 6 Punkt eins Punkt eins und 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA leistungsfrei, weil der Klägerin die Standsicherheit der Mauer trotz Überschreitung der genehmigten Höhe um mehr als 50 % gleichgültig gewesen sei. Ihr sei auch bewusst gewesen, der Bauherrin eine nicht abgeklärte und mangelhafte Steinmauer zu übergeben; dennoch habe sie die Rechnungen in Kenntnis der Mangelhaftigkeit freigegeben und die Bauherrin nicht darauf aufmerksam gemacht, wodurch sie ihre Rettungsobliegenheit nach Paragraph 62, VersVG grob fahrlässig verletzt habe. Die Klägerin habe sich auftragswidrig, vorsätzlich und rechtswidrig auf die Baufirma verlassen, offenkundige Mängel wie das Fehlen der Statik und der Baugenehmigung, die Ausbuchtung und die mangelnde Schlichtung der Steine im Verbund vorsätzlich, rechtswidrig und bewusst ignoriert und nichts unternommen, sondern vielmehr die Rechnung trotz optischer Mängel freigegeben. Entgegen den Vorgaben in der Vorstatik habe die Klägerin in ihrem Leistungsverzeichnis nur eine trockene Verlegung in Humus verlangt und die Verlegung im Mörtelbett und die Verwendung von Filterbeton nur als alternative Aufzählungsposition angeführt. Sie habe damit bewusst und vorsätzlich wider besseren Wissens gegen die Anweisungen des Statikers als Bevollmächtigten der Bauherrin verstoßen. Bei pflichtgemäßem Vorgehen hätte die Mauer nicht neu errichtet werden müssen. Die Klägerin habe die Schädigung der Bauherrin billigend in Kauf genommen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Statiker habe das zu verwendende Füllmaterial nicht festgelegt. Die Klägerin habe dazu die Verwendung von Humus angeordnet und damit gegen die geltenden Regeln der Technik verstoßen. Schon allein die Ausführung mit Erdmaterial habe die Abtragung der Mauer und deren Wiedererrichtung erforderlich gemacht. Das Nichterkennen dieser Mangelhaftigkeit im Rahmen der Ausübung der örtlichen Bauaufsicht, die daraus resultierende Unterlassung einer Mängelrüge samt Vorbehalt bei der Rechnungsprüfung und die Freigabe der Auszahlung durch die Bauherrin beruhten ebenfalls auf der Nichtbeachtung der bautechnischen Regeln; das Vorgehen der Klägerin sei in seiner Gesamtheit als grob fahrlässig zu werten. Die Leistungsfreiheit der Beklagten trete aber nur ein, wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt worden sei und kumulativ dazu ein bewusster

Verstoß gegen die für den versicherten Betrieb geltenden Gesetze, Verordnungen und Vorschriften vorliege. Den bewussten Verstoß habe die Beklagte zu beweisen. Dass der Geschäftsführer der Klägerin die für die Trockenverlegung von Steinschichtungsmauern geltenden bautechnischen Regeln zur Vorfallszeit gekannt habe, habe das Beweisverfahren nicht ergeben. Eine Inkaufnahme des dadurch eingetretenen Schadens durch die Klägerin sei daraus nicht abzuleiten. Die unterlassene Einholung einer Baubewilligung für die Erhöhung der Mauer stelle keinen bewussten Gesetzesverstoß dar, weil die beabsichtigte Auswechslungsplanung einer von der Baubehörde tolerierten und in solchen Fällen durchaus üblichen Vorgehensweise entspreche. Ein schuldhafter Verstoß gegen die Rettungsobliegenheit des § 62 VersVG könne der Klägerin nicht angelastet werden, weil ihr zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Eintritts des Versicherungsfalls keine Maßnahmen zur Rettung mehr möglich gewesen seien. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Statiker habe das zu verwendende Füllmaterial nicht festgelegt. Die Klägerin habe dazu die Verwendung von Humus angeordnet und damit gegen die geltenden Regeln der Technik verstoßen. Schon allein die Ausführung mit Erdmaterial habe die Abtragung der Mauer und deren Wiedererrichtung erforderlich gemacht. Das Nichterkennen dieser Mangelhaftigkeit im Rahmen der Ausübung der örtlichen Bauaufsicht, die daraus resultierende Unterlassung einer Mängelrüge samt Vorbehalt bei der Rechnungsprüfung und die Freigabe der Auszahlung durch die Bauherrin beruhten ebenfalls auf der Nichtbeachtung der bautechnischen Regeln; das Vorgehen der Klägerin sei in seiner Gesamtheit als grob fahrlässig zu werten. Die Leistungsfreiheit der Beklagten trete aber nur ein, wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt worden sei und kumulativ dazu ein bewusster Verstoß gegen die für den versicherten Betrieb geltenden Gesetze, Verordnungen und Vorschriften vorliege. Den bewussten Verstoß habe die Beklagte zu beweisen. Dass der Geschäftsführer der Klägerin die für die Trockenverlegung von Steinschichtungsmauern geltenden bautechnischen Regeln zur Vorfallszeit gekannt habe, habe das Beweisverfahren nicht ergeben. Eine Inkaufnahme des dadurch eingetretenen Schadens durch die Klägerin sei daraus nicht abzuleiten. Die unterlassene Einholung einer Baubewilligung für die Erhöhung der Mauer stelle keinen bewussten Gesetzesverstoß dar, weil die beabsichtigte Auswechslungsplanung einer von der Baubehörde tolerierten und in solchen Fällen durchaus üblichen Vorgehensweise entspreche. Ein schuldhafter Verstoß gegen die Rettungsobliegenheit des Paragraph 62, VersVG könne der Klägerin nicht angelastet werden, weil ihr zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Eintritts des Versicherungsfalls keine Maßnahmen zur Rettung mehr möglich gewesen seien.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil in eine gänzliche Klagsabweisung ab. Hätte die Klägerin durch ihr Organ die von ihr vertraglich übernommenen Leistungen im Sinn des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs nach § 1299 ABGB wahrgenommen, so hätte sich bereits nach Fertigstellung der Mauer in der ursprünglichen Höhe von drei Meter über Niveau gezeigt, dass das Werk den Regeln der Technik widerspreche. Der verantwortliche Bauleiter der Baufirma hätte sich ohne statischen Nachweis weigern müssen, diese Erhöhung durchzuführen, vor allem hätte er aber auch schon die ursprüngliche Ausführung ablehnen müssen. Infolge Verletzung der Warnpflicht hätte die Baufirma für die mangelhafte Ausführung einstehen müssen und es wäre bei sorgfältiger Erfüllung der von der Klägerin vertraglich übernommenen Leistungen nicht zur Freigabe des Rechnungsbetrags gekommen. Damit wäre eine Schadenersatzverpflichtung der Klägerin als Versicherungsnehmerin gar nicht eingetreten. Ihre gesamten Handlungen und Unterlassungen begründeten grobe Fahrlässigkeit, weil ihr Geschäftsführer einfache, naheliegende Maßnahmen nicht ergriffen habe. Daraus folge, dass schon allein deshalb die Beklagte im Sinn des § 62 VersVG leistungsfrei sei. Dass der Schaden nicht geringer gewesen wäre, habe die Versicherungsnehmerin nicht unter Beweis gestellt. Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil in eine gänzliche Klagsabweisung ab. Hätte die Klägerin durch ihr Organ die von ihr vertraglich übernommenen Leistungen im Sinn des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs nach Paragraph 1299, ABGB wahrgenommen, so hätte sich bereits nach Fertigstellung der Mauer in der ursprünglichen Höhe von drei Meter über Niveau gezeigt, dass das Werk den Regeln der Technik widerspreche. Der verantwortliche Bauleiter der Baufirma hätte sich ohne statischen Nachweis weigern müssen, diese Erhöhung durchzuführen, vor allem hätte er aber auch schon die ursprüngliche Ausführung ablehnen müssen. Infolge Verletzung der Warnpflicht hätte die Baufirma für die mangelhafte Ausführung einstehen müssen und es wäre bei sorgfältiger Erfüllung der von der Klägerin vertraglich übernommenen Leistungen nicht zur Freigabe des Rechnungsbetrags gekommen. Damit wäre eine Schadenersatzverpflichtung der Klägerin als Versicherungsnehmerin gar nicht eingetreten. Ihre gesamten Handlungen und Unterlassungen begründeten grobe Fahrlässigkeit, weil ihr Geschäftsführer einfache, naheliegende Maßnahmen nicht ergriffen habe. Daraus folge, dass schon allein deshalb die Beklagte im Sinn des Paragraph 62, VersVG leistungsfrei sei. Dass der Schaden nicht geringer gewesen wäre, habe die Versicherungsnehmerin nicht unter Beweis gestellt.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision der Klägerin mit einem Abänderungsantrag. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte begehrt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen; Hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig, sie ist auch berechtigt.

1. Gemäß § 62 VersVG ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen und hat dabei, soweit ihm dies möglich ist, Weisungen des Versicherers einzuholen und zu befolgen. Hat der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit verletzt, so ist der Versicherer von seiner Leistungsverpflichtung befreit, es sei denn, dass die Obliegenheitsverletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung durch den Versicherungsnehmer hat der Versicherer nur insoweit eine Leistung zu erbringen, als der Umfang des Schadens auch bei gehöriger Erfüllung der Obliegenheit nicht geringer gewesen wäre. Die Rettungsverpflichtung nach § 62 VersVG beginnt objektiv mit dem Versicherungsfall. Sie gilt zeitlich unbeschränkt, solange der Schaden abgewendet oder gemindert oder der Umfang der Entschädigung gemindert werden kann. Sie verlangt inhaltlich vom Versicherungsnehmer, die ihm in der jeweiligen Situation möglichen und zumutbaren Rettungsmaßnahmen unverzüglich und mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu ergreifen, wie wenn er nicht versichert wäre. Er hat in der jeweiligen Situation unverzüglich, auch wenn der Erfolg zweifelhaft ist, einzuschreiten (7 Ob 28/90; Beckmann in Honsell, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz § 62 Rz 9; Voit/Knappmann in Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz²⁷, § 62 Rz 11; Römer in Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz² § 62 Rz 7; Zum inhaltsgleichen § 82 VVG: Voit in Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz²⁸ § 82 Rz 9, Koch in Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz § 82 Rz 79; Looschelders in Langheid/Wandt, Münchener Kommentar VVG § 82 Rz 32). Die konkret in Betracht kommende Maßnahme muss generell geeignet sein, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Zu zweck- oder sinnlosen Rettungsmaßnahmen ist der Versicherungsnehmer nicht verpflichtet (Beckmann aaO Rz 10; Voit/Knappmann aaO Rz 12, Voit aaO Rz 29, Looschelders aaO Rz 33, Koch aaO Rz 79). 1. Gemäß Paragraph 62, VersVG ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen und hat dabei, soweit ihm dies möglich ist, Weisungen des Versicherers einzuholen und zu befolgen. Hat der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit verletzt, so ist der Versicherer von seiner Leistungsverpflichtung befreit, es sei denn, dass die Obliegenheitsverletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung durch den Versicherungsnehmer hat der Versicherer nur insoweit eine Leistung zu erbringen, als der Umfang des Schadens auch bei gehöriger Erfüllung der Obliegenheit nicht geringer gewesen wäre. Die Rettungsverpflichtung nach Paragraph 62, VersVG beginnt objektiv mit dem Versicherungsfall. Sie gilt zeitlich unbeschränkt, solange der Schaden abgewendet oder gemindert oder der Umfang der Entschädigung gemindert werden kann. Sie verlangt inhaltlich vom Versicherungsnehmer, die ihm in der jeweiligen Situation möglichen und zumutbaren Rettungsmaßnahmen unverzüglich und mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu ergreifen, wie wenn er nicht versichert wäre. Er hat in der jeweiligen Situation unverzüglich, auch wenn der Erfolg zweifelhaft ist, einzuschreiten (7 Ob 28/90; Beckmann in Honsell, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Paragraph 62, Rz 9; Voit/Knappmann in Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz²⁷, Paragraph 62, Rz 11; Römer in Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz² Paragraph 62, Rz 7; Zum inhaltsgleichen Paragraph 82, VVG: Voit in Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz²⁸ Paragraph 82, Rz 9, Koch in Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Paragraph 82, Rz 79; Looschelders in Langheid/Wandt, Münchener Kommentar VVG Paragraph 82, Rz 32). Die konkret in Betracht kommende Maßnahme muss generell geeignet sein, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Zu zweck- oder sinnlosen Rettungsmaßnahmen ist der Versicherungsnehmer nicht verpflichtet (Beckmann aaO Rz 10; Voit/Knappmann aaO Rz 12, Voit aaO Rz 29, Looschelders aaO Rz 33, Koch aaO Rz 79).

1.1 Für die Haftpflichtversicherung gilt allgemein, dass der Versicherer verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat (§ 149 VersVG). Durch das Gesetz ist der Begriff „Versicherungsfall“ nicht definiert (Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 401; Voit/Knappmann aaO § 149 Rz 12; Langheid aaO § 149 Rn 35). Zur Prüfung der Frage, ob und wann ein Versicherungsfall eingetreten ist, ist daher auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zurückzugreifen. 1.1 Für die Haftpflichtversicherung gilt allgemein, dass der Versicherer verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner

Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat (Paragraph 149, VersVG). Durch das Gesetz ist der Begriff „Versicherungsfall“ nicht definiert (Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 401; Voit/Knappmann aaO Paragraph 149, Rz 12; Langheid aaO Paragraph 149, Rn 35). Zur Prüfung der Frage, ob und wann ein Versicherungsfall eingetreten ist, ist daher auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zurückzugreifen.

In den vorliegenden AHBA ist der Versicherungsfall als der Verstoß (Handlung oder Unterlassung), als dessen Folge Schadenersatzverpflichtungen des Versicherungsnehmers erwachsen könnten, definiert. Weiters wird bestimmt, dass es als ein Versicherungsfall gilt, wenn aus einem Verstoß mehrere Schadenersatzverpflichtungen erwachsen könnten; ebenso gilt als ein Versicherungsfall, wenn aus mehreren auch von verschiedenen Personen gesetzten Verstößen ein einheitlicher Schaden entsteht.

1.2 Die Klägerin wurde von der Bauherrin mit der Herstellung von Entwürfen und Plänen, aber auch mit der Oberleitung und der örtlichen Bauaufsicht beauftragt. Sind nur Pläne herzustellen, ist der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren. Wird aber auch die Oberleitung des Baus und die örtliche Bauaufsicht übertragen, kommt damit der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien zum Ausdruck, dass auch eine Betrauung mit der Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn gegenüber Behörden und Professionisten erfolgt ist. Immer dann, wenn die damit übernommene Aufgabe zur Wahrnehmung der Interessen für den Auftraggeber dem Vertrag das Gepräge gibt, überwiegen die Elemente des Bevollmächtigungsvertrags (zum Architektenvertrag: RIS-Justiz RS0019364 [T5]; RS0021309 [T3, T5]; 2 Ob 203/08d mwN).

1.3 Die Klägerin verletzte zweifelsohne mehrfach ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin, indem sie die Planung, die Oberleitung und auch die örtliche Bauaufsicht nicht ordnungsgemäß durchführte. Die Streitteile gehen übereinstimmend davon aus, dass hier durch mehrere gesetzte Verstöße ein einheitlicher Schaden entstand, was nach Art 7.1. letzter Satz AHBA als ein Versicherungsfall gilt. 1.3 Die Klägerin verletzte zweifelsohne mehrfach ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin, indem sie die Planung, die Oberleitung und auch die örtliche Bauaufsicht nicht ordnungsgemäß durchführte. Die Streitteile gehen übereinstimmend davon aus, dass hier durch mehrere gesetzte Verstöße ein einheitlicher Schaden entstand, was nach Artikel 7 Punkt eins, letzter Satz AHBA als ein Versicherungsfall gilt.

Die Beklagte argumentiert nun, dass die Klägerin durch die unbeanstandete Abnahme der Mauer und der daraus resultierenden Freigabe der Rechnung der bauausführenden Firma ihre Rettungspflicht nach § 62 VersVG verletzt habe, woraus die zur Leistungsfreiheit der Beklagten resultiere. Die Beklagte argumentiert nun, dass die Klägerin durch die unbeanstandete Abnahme der Mauer und der daraus resultierenden Freigabe der Rechnung der bauausführenden Firma ihre Rettungspflicht nach Paragraph 62, VersVG verletzt habe, woraus die zur Leistungsfreiheit der Beklagten resultiere.

Auch dieses Verhalten, nämlich die mangelhafte Erfüllung ihrer aus der Übernahme der örtlichen Bauaufsicht resultierende Verpflichtung zur Wahrnehmung der Interessen ihrer Auftraggeberin stellt eine Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin dar. Es handelt sich gleichfalls um einen unter Art 7.1. AHBA fallenden Verstoß, aus dem Schadenersatzverbindlichkeiten erwachsen können und für den demnach grundsätzlich Versicherungsschutz bestünde. Auch dieses Verhalten, nämlich die mangelhafte Erfüllung ihrer aus der Übernahme der örtlichen Bauaufsicht resultierende Verpflichtung zur Wahrnehmung der Interessen ihrer Auftraggeberin stellt eine Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin dar. Es handelt sich gleichfalls um einen unter Artikel 7 Punkt eins, AHBA fallenden Verstoß, aus dem Schadenersatzverbindlichkeiten erwachsen können und für den demnach grundsätzlich Versicherungsschutz bestünde.

Entsteht ein einheitlicher Schaden durch mehrere - vom Versicherungsschutz an sich umfasste - Verstöße, dann verbietet sich die Annahme, einer dieser Verstöße stelle eine Verletzung der Rettungspflicht nach § 62 VersVG dar. Es darf nicht übersehen werden, dass in der Haftpflichtversicherung gemäß § 152 VersVG die Leistungsfreiheit des Versicherers nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles eintritt. Nach § 149 VersVG hat der Haftpflichtversicherer dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Demgegenüber ist die sogenannte Rettungspflicht für sämtliche Versicherungszweige der Schadensversicherung in § 62 VersVG geregelt, der bezüglich eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung geringere Voraussetzungen für den

Wegfall der Leistungspflicht des Versicherers vorsieht. Beurteilt man einen an sich in der Haftpflichtversicherung versicherten Verstoß nach § 62 VersVG, widerspräche dies dem Grundsatz, dass in der Haftpflichtversicherung nur die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls den Versicherungsschutz auszuschließen vermag. Entsteht ein einheitlicher Schaden durch mehrere - vom Versicherungsschutz an sich umfasste - Verstöße, dann verbietet sich die Annahme, einer dieser Verstöße stelle eine Verletzung der Rettungspflicht nach Paragraph 62, VersVG dar. Es darf nicht übersehen werden, dass in der Haftpflichtversicherung gemäß Paragraph 152, VersVG die Leistungsfreiheit des Versicherers nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalls eintritt. Nach Paragraph 149, VersVG hat der Haftpflichtversicherer dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Demgegenüber ist die sogenannte Rettungspflicht für sämtliche Versicherungszweige der Schadensversicherung in Paragraph 62, VersVG geregelt, der bezüglich eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung geringere Voraussetzungen für den Wegfall der Leistungspflicht des Versicherers vorsieht. Beurteilt man einen an sich in der Haftpflichtversicherung versicherten Verstoß nach Paragraph 62, VersVG, widerspräche dies dem Grundsatz, dass in der Haftpflichtversicherung nur die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls den Versicherungsschutz auszuschließen vermag.

Zusammengefasst bedeutet dies: Führen in der Haftpflichtversicherung mehrere - grundsätzlich unter den Versicherungsschutz fallende - Verstöße zu einem einheitlichen Schaden und damit zum Eintritt eines Versicherungsfalls, dann kann nicht einer dieser Verstöße als Verletzung der Rettungspflicht § 62 VersVG qualifiziert werden. Leistungsfreiheit der Beklagten wegen Verletzung der Rettungspflicht scheidet demnach aus. Zusammengefasst bedeutet dies: Führen in der Haftpflichtversicherung mehrere - grundsätzlich unter den Versicherungsschutz fallende - Verstöße zu einem einheitlichen Schaden und damit zum Eintritt eines Versicherungsfalls, dann kann nicht einer dieser Verstöße als Verletzung der Rettungspflicht Paragraph 62, VersVG qualifiziert werden. Leistungsfreiheit der Beklagten wegen Verletzung der Rettungspflicht scheidet demnach aus.

2.1 Die Beklagte wandte weiters Leistungsfreiheit nach Art 6 AHBA ein. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Risikoausschluss. 2.1 Die Beklagte wandte weiters Leistungsfreiheit nach Artikel 6, AHBA ein. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Risikoausschluss.

Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schadenersatzverpflichtungen der Personen, die den Schaden, für den sie von einem Dritten verantwortlich gemacht werden, vorsätzlich rechtswidrig herbeigeführt haben (Art 6.1.1.). Gemäß § 152 VersVG, dem Art 6.1.1. AHBA nachgebildet ist, haftet der Versicherer nicht, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeiführt. § 152 VersVG und Art 6.1.1. AHBA verlangen nicht bloß vorsätzliche Handlungsweisen, sondern auch vorsätzliche Schadenszufügung. Der Wille des Täters muss sich daher auf die Schadensfolge erstrecken. Weiters wird die Inkaufnahme des Schadens, der als Folge einer Handlung oder Unterlassung mit Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden musste, dem Vorsatz gleichgestellt. Der Vorsatz des Versicherungsnehmers muss sich demnach zumindest bedingt auf die letztlich eingetretene Schadensfolge beziehen. Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schadenersatzverpflichtungen der Personen, die den Schaden, für den sie von einem Dritten verantwortlich gemacht werden, vorsätzlich rechtswidrig herbeigeführt haben (Artikel 6 Punkt eins Punkt eins,). Gemäß Paragraph 152, VersVG, dem Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA nachgebildet ist, haftet der Versicherer nicht, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeiführt. Paragraph 152, VersVG und Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA verlangen nicht bloß vorsätzliche Handlungsweisen, sondern auch vorsätzliche Schadenszufügung. Der Wille des Täters muss sich daher auf die Schadensfolge erstrecken. Weiters wird die Inkaufnahme des Schadens, der als Folge einer Handlung oder Unterlassung mit Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden musste, dem Vorsatz gleichgestellt. Der Vorsatz des Versicherungsnehmers muss sich demnach zumindest bedingt auf die letztlich eingetretene Schadensfolge beziehen.

Nach Art 6.1.2. AHBA erstreckt sich die Versicherung nicht auf Schadenersatzverpflichtungen infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen für die beruflichen Tätigkeiten des Versicherten geltenden Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften, sowie infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen Anweisungen oder Bedingungen des Auftraggebers oder dessen Bevollmächtigten. Die Leistungsfreiheit des Versicherers setzt nicht ein Kennenmüssen - das heißt einen grob fahrlässigen Verstoß gegen Vorschriften oder Anweisungen des Auftraggebers - voraus, sondern einen bewusst vorsätzlichen Verstoß. Der Versicherungsnehmer muss die Verbotsvorschrift zwar nicht in

ihrem Wortlaut und ihrem genauen Umfang kennen, er muss sich aber bei seiner Vorgangsweise bewusst sein, dass er damit gegen Vorschriften verstößt, er muss also das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise haben. Das Kennenmüssen von Vorschriften genügt daher nicht (7 Ob 136/05h mwN zu vergleichbaren Bestimmungen der EHVB). Nach Artikel 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA erstreckt sich die Versicherung nicht auf Schadenersatzverpflichtungen infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen für die beruflichen Tätigkeiten des Versicherten geltenden Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften, sowie infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen Anweisungen oder Bedingungen des Auftraggebers oder dessen Bevollmächtigten. Die Leistungsfreiheit des Versicherers setzt nicht ein Kennen- müssen - das heißt einen grob fahrlässigen Verstoß gegen Vorschriften oder Anweisungen des Auftraggebers - voraus, sondern einen bewusst vorsätzlichen Verstoß. Der Versicherungsnehmer muss die Verbotsvorschrift zwar nicht in ihrem Wortlaut und ihrem genauen Umfang kennen, er muss sich aber bei seiner Vorgangsweise bewusst sein, dass er damit gegen Vorschriften verstößt, er muss also das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise haben. Das Kennenmüssen von Vorschriften genügt daher nicht (7 Ob 136/05h mwN zu vergleichbaren Bestimmungen der EHVB).

2.2 Zu den einzelnen, von der Beklagten geltend gemachten Risikoausschlüssen, deren Vorliegen diese zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0080068):

2.2.1 Soweit die Beklagte argumentiert, dass die Klägerin aufgrund der erteilten Aufträge auch die Anweisungen und Bedingungen des Auftraggebers übernommen habe, eine standsichere, den Regeln der Technik entsprechende Mauer herzustellen oder herstellen zu lassen, ist ihr entgegenzuhalten, dass aus der allgemeinen vertraglichen Umschreibung der Leistungspflicht keine besondere Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers nach Art 6.1.2. AHBA ersichtlich wird. 2.2.1 Soweit die Beklagte argumentiert, dass die Klägerin aufgrund der erteilten Aufträge auch die Anweisungen und Bedingungen des Auftraggebers übernommen habe, eine standsichere, den Regeln der Technik entsprechende Mauer herzustellen oder herstellen zu lassen, ist ihr entgegenzuhalten, dass aus der allgemeinen vertraglichen Umschreibung der Leistungspflicht keine besondere Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers nach Artikel 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA ersichtlich wird.

2.2.2 Die von der Beklagten vermisste Fotodokumentation mag zwar vom allgemeinen Leistungsumfang der Klägerin umfasst gewesen sein. Dass diese Leistung nicht erbracht wurde, stellt gleichfalls kein Zuwiderhandeln gegen eine konkrete Anweisung des Auftraggebers und damit auch nicht den Ausschlussgrund des Art 6.2.2. AHBA dar. 2.2.2 Die von der Beklagten vermisste Fotodokumentation mag zwar vom allgemeinen Leistungsumfang der Klägerin umfasst gewesen sein. Dass diese Leistung nicht erbracht wurde, stellt gleichfalls kein Zuwiderhandeln gegen eine konkrete Anweisung des Auftraggebers und damit auch nicht den Ausschlussgrund des Artikel 6 Punkt 2 Punkt 2, AHBA dar.

2.2.3 Die von der Klägerin ins Leistungsverzeichnis aufgenommene Ausführung „trocken in Humus“ widerspricht zwar den Regeln der Technik, dass diese dem Geschäftsführer der Klägerin auch bekannt waren, steht hingegen nicht fest. Damit wurde weder der Ausschlussgrund des Art 6.1.1. AHBA noch jener nach Art 6.1.2. AHBA dargetan. 2.2.3 Die von der Klägerin ins Leistungsverzeichnis aufgenommene Ausführung „trocken in Humus“ widerspricht zwar den Regeln der Technik, dass diese dem Geschäftsführer der Klägerin auch bekannt waren, steht hingegen nicht fest. Damit wurde weder der Ausschlussgrund des Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA noch jener nach Artikel 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA dargetan.

2.2.4 Richtig ist, dass dem Geschäftsführer der Klägerin bekannt war, dass die Erhöhung der Mauer der Bewilligung durch die Baubehörde bedurfte. Es steht aber auch fest, dass in solchen Fällen oftmals von der Baubehörde nachfolgende Auswechslungspläne toleriert werden, weshalb auch die Klägerin im vorliegenden Fall eine solche - und damit die nachträgliche Erlangung der Bewilligung - plante. Die Ansicht des Erstgerichts, dass damit dem Geschäftsführer der Klägerin das für den Ausschlussgrund des Art 6.1.2. AHBA erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlte, ist nicht korrekturbedürftig. 2.2.4 Richtig ist, dass dem Geschäftsführer der Klägerin bekannt war, dass die Erhöhung der Mauer der Bewilligung durch die Baubehörde bedurfte. Es steht aber auch fest, dass in solchen Fällen oftmals von der Baubehörde nachfolgende Auswechslungspläne toleriert werden, weshalb auch die Klägerin im vorliegenden Fall eine solche - und damit die nachträgliche Erlangung der Bewilligung - plante. Die Ansicht des Erstgerichts, dass damit dem Geschäftsführer der Klägerin das für den Ausschlussgrund des Artikel 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlte, ist nicht korrekturbedürftig.

2.2.5 Die Beklagte argumentiert weiters, dass die Klägerin anlässlich der Erhöhung der Mauer keinen Statiker befasst

und kein besseres Fundament und keine breitere Ausführung der Steinschlichtung veranlasst habe. Hier habe „der Geschäftsführer bewusst gegen die technischen (dargestellt beispielsweise in der Stellungnahme des Sachverständigen) Regeln oder Stand der Technik, vertraglichen (dargestellt beispielsweise auf US 10) und behördlichen (Baubescheid) sowie gesetzlichen (§ 40 Kärntner Bauordnung - Bauleiter ist verantwortlich für die dem Stand der Technik entsprechende Ausführung) Normen verstoßen, indem er nichts unternommen, insbesondere keinen Statiker beigezogen hat (dann wären die bestehenden Mängel aufgedeckt worden), sondern einfach weiter gebaut und nicht einmal die Bauherrenschaft von seinem Wissen um diese Notwendigkeit informiert hat“. Auch diese Ausführungen und die wiederum in den Raum gestellte Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe gegen Anweisungen und Bedingungen des Auftraggebers verstoßen, lassen offen, welche Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften der Geschäftsführer der Klägerin nicht beachtet haben soll. Vor allem wird nicht dargelegt, gegen welchen Baubescheid und insbesondere gegen welche darin enthaltenen Auflagen verstoßen worden sein soll.

2.2.5 Die Beklagte argumentiert weiters, dass die Klägerin anlässlich der Erhöhung der Mauer keinen Statiker befasst und kein besseres Fundament und keine breitere Ausführung der Steinschlichtung veranlasst habe. Hier habe „der Geschäftsführer bewusst gegen die technischen (dargestellt beispielsweise in der Stellungnahme des Sachverständigen) Regeln oder Stand der Technik, vertraglichen (dargestellt beispielsweise auf US 10) und behördlichen (Baubescheid) sowie gesetzlichen (Paragraph 40, Kärntner Bauordnung - Bauleiter ist verantwortlich für die dem Stand der Technik entsprechende Ausführung) Normen verstoßen, indem er nichts unternommen, insbesondere keinen Statiker beigezogen hat (dann wären die bestehenden Mängel aufgedeckt worden), sondern einfach weiter gebaut und nicht einmal die Bauherrenschaft von seinem Wissen um diese Notwendigkeit informiert hat“. Auch diese Ausführungen und die wiederum in den Raum gestellte Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe gegen Anweisungen und Bedingungen des Auftraggebers verstoßen, lassen offen, welche Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften der Geschäftsführer der Klägerin nicht beachtet haben soll. Vor allem wird nicht dargelegt, gegen welchen Baubescheid und insbesondere gegen welche darin enthaltenen Auflagen verstoßen worden sein soll.

Der Ausschlussgrund des Art 6.1.2. AHBA wird damit nicht dargelegt. Der Ausschlussgrund des Artikel 6 Punkt eins Punkt 2, AHBA wird damit nicht dargelegt.

2.2.6 Die Beklagte erachtet den Ausschlussgrund des Art 6.1.1. AHBA dadurch gegeben, dass dem Geschäftsführer der Klägerin bewusst gewesen sei, dass sich bei der Erhöhung der Mauer die Statik verändere und ein besseres Fundament und eine breitere Ausführung erforderlich seien. Wegen der damit verbundenen fehlenden Kenntnis der Standsicherheit der Mauer hätte er die Rechnung der ausführenden Firma nicht freigeben und ihr den Werklohn nicht auszahlen dürfen. Daraus folge, dass der Geschäftsführer der Klägerin Handlungen oder Unterlassungen nicht vermieden habe, obwohl er die wahrscheinlich schädigenden Folgen vorhergesehen, jedoch billigend in Kauf genommen habe. Er hätte vielmehr vor Freigabe der Rechnung die Standsicherheit der Mauer prüfen müssen.

2.2.6 Die Beklagte erachtet den Ausschlussgrund des Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA dadurch gegeben, dass dem Geschäftsführer der Klägerin bewusst gewesen sei, dass sich bei der Erhöhung der Mauer die Statik verändere und ein besseres Fundament und eine breitere Ausführung erforderlich seien. Wegen der damit verbundenen fehlenden Kenntnis der Standsicherheit der Mauer hätte er die Rechnung der ausführenden Firma nicht freigeben und ihr den Werklohn nicht auszahlen dürfen. Daraus folge, dass der Geschäftsführer der Klägerin Handlungen oder Unterlassungen nicht vermieden habe, obwohl er die wahrscheinlich schädigenden Folgen vorhergesehen, jedoch billigend in Kauf genommen habe. Er hätte vielmehr vor Freigabe der Rechnung die Standsicherheit der Mauer prüfen müssen.

Auch diese Ausführungen gehen ins Leere. Art 6.1.1. zweiter Absatz AHBA umschreibt bedingten Vorsatz. Entscheidend ist, dass der Versicherungsnehmer die wahrscheinlichen schädlichen Folgen der Handlung (Unterlassung) vorhersehen musste. Dies setzt voraus, dass er sich mit diesen wahrscheinlich schädlichen Folgen bewusst auseinandergesetzt und innerlich Stellung bezogen hat. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Versicherungsnehmer die schädlichen Folgen in Kauf nimmt, sich also damit abfindet. Bedingter Vorsatz in Art 6.1.1. AHBA sieht also vor, dass der Versicherungsnehmer die Wahrscheinlichkeit schädlicher Folgen erkennt und dennoch handelt, weil er gewillt ist, dies hinzunehmen. Es reicht nicht aus, dass er um die schädlichen Folgen hätte wissen müssen oder können oder mit ihnen hätte rechnen können. Ebenso wenig genügt es, dass sich der Versicherungsnehmer irgendwelche Gedanken hätte machen müssen oder können.

Auch diese Ausführungen gehen ins Leere. Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, zweiter

Absatz AHBA umschreibt bedingten Vorsatz. Entscheidend ist, dass der Versicherungsnehmer die wahrscheinlichen schädlichen Folgen der Handlung (Unterlassung) vorhersehen musste. Dies setzt voraus, dass er sich mit diesen wahrscheinlich schädlichen Folgen bewusst auseinandergesetzt und innerlich Stellung bezogen hat. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Versicherungsnehmer die schädlichen Folgen in Kauf nimmt, sich also damit abfindet. Bedingter Vorsatz in Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA sieht also vor, dass der Versicherungsnehmer die Wahrscheinlichkeit schädlicher Folgen erkennt und dennoch handelt, weil er gewillt ist, dies hinzunehmen. Es reicht nicht aus, dass er um die schädlichen Folgen hätte wissen müssen oder können oder mit ihnen hätte rechnen können. Ebensovienig genügt es, dass sich der Versicherungsnehmer irgendwelche Gedanken hätte machen müssen oder können.

Dem Geschäftsführer der Klägerin sind mehrfache Verletzungen seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin vorzuwerfen, die auf seine festgestellte mangelnde fachliche Qualifikation zurückzuführen sind. Dass er dabei vorsätzlich im Sinn des Art 6.1.1. AHBA handelte und dass die möglichen schädlichen Folgen in den Überlegungen des Geschäftsführers der Klägerin überhaupt eine Rolle spielten, vermochte die Beklagte nicht nachzuweisen. Dem Geschäftsführer der Klägerin sind mehrfache Verletzungen seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrin vorzuwerfen, die auf seine festgestellte mangelnde fachliche Qualifikation zurückzuführen sind. Dass er dabei vorsätzlich im Sinn des Artikel 6 Punkt eins Punkt eins, AHBA handelte und dass die möglichen schädlichen Folgen in den Überlegungen des Geschäftsführers der Klägerin überhaupt eine Rolle spielten, vermochte die Beklagte nicht nachzuweisen.

3. Es ist daher das dem Klagebegehren stattgebende Urteil des Erstgerichts in der Hauptsache wiederherzustellen.

4. Zu den Verfahrenskosten:

4.1 Hat das Berufungsgericht einer Berufung stattgegeben und das erstgerichtliche Urteil abgeändert, wodurch ein gegen das Urteil erhobener Kostenrekurs oder eine Berufung im Kostenpunkt gegenstandslos wurde, und stellt der Oberste Gerichtshof das erstinstanzliche Urteil wieder her, so hat dieser über die Verfahrenskosten zu entscheiden (RIS-Justiz RS0036069). Hier hat die Klägerin mittels Kostenrekurs den erstinstanzlichen Kostenersatzanspruch in mehreren Punkten bemängelt.

4.2 Dieser ist nicht berechtigt.

Zutreffend ging das Erstgericht davon aus, dass der Schriftsatz vom 17. 7. 2011 nicht zu honorieren sei, weil das darin erstattete Vorbringen und die darin erfolgte Urkundenvorlage mit dem nur wenige Tage später, nämlich am 26. 7. 2012 eingebrachten Schriftsatz verbunden hätte werden können. Auch wenn in der Tagsatzung vom 5. 7. 2012 die Vorlage der Urkunden binnen 14 Tagen aufgetragen wurde, hätte - entgegen der Ansicht der Klägerin - die geringfügig verspätete Vorlage am 26. 7. 2012 insbesondere im Hinblick darauf, dass die Tagsatzung auf unbestimmte Zeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens erstreckt worden war, keinen Raum für eine Zurückweisung gegeben.

Auch die Urkundenvorlage vom 4. 10. 2012 ist nicht zu honorieren. Tatsächlich hatte die Klägerin schon vorher vielfach in Tagsatzungen und Schriftsätzen die Möglichkeit gehabt, die Urkunden vorzulegen. Wenn sie aufgrund ihrer Fehleinschätzung die Prozessrelevanz nicht früher erkannte, so begründet dies jedenfalls nicht die Pflicht der Beklagten zum Kostenersatz.

Gleiches gilt für die Honorierung des Schriftsatzes ON 51. Die Relevanz der Ausschreibungs-, Einreich- und Ausführungspläne für das Verfahren lag von Beginn an auf der Hand.

Richtig ist auch, dass die Klägerin ihre Äußerungen/Anträge vom 24. 4., 26. 4. und 13. 5. 2013 entweder mit der Äußerung/dem Antrag vom 8. 4. 2013 verbinden oder in der Tagsatzung vom 19. 6. 2013 hätte erstatten können. Die im Schriftsatz vom 26. 4. 2013 beantragte Einvernahme der Zeugen zum dort genannten Beweisthema war bereits durchgeführt, sodass auch hier kein zweckentsprechendes Vorgehen der Klägerin erkennbar ist.

Infolge Unterliegens mit dem Kostenrekurs hat die Klägerin der Beklagten die tarifmäßigen Kosten der Rekursbeantwortung gemäß TP 3A I Z 5 lit b iVm § 11 RATG zu ersetzen. Infolge Unterliegens mit dem Kostenrekurs hat die Klägerin der Beklagten die tarifmäßigen Kosten der Rekursbeantwortung gemäß TP 3A römisch eins Ziffer 5, Litera b, in Verbindung mit Paragraph 11, RATG zu ersetzen.

4.3 Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO. 4.3 Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

Schlagworte

Vertragsversicherungsrecht

Textnummer

E109016

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:0070OB00108.14D.1029.000

Im RIS seit

18.11.2014

Zuletzt aktualisiert am

28.01.2016

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at