



**Rechtsservice- und Schlichtungsstelle des Fachverbandes
der Versicherungsmakler**

Johannesgasse 2, Stiege 1, 2. Stock, Tür 28, 1010 Wien
Tel: 01- 955 12 00 – 42 (Fax DW 70)
schlichtungsstelle@ivo.or.at

RSS-0004-13-15

=RSS-E 10/13

Die Schlichtungskommission des Fachverbandes der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten Österreichs hat durch seinen Vorsitzenden Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner und die Beisitzer Mag. Thomas Hajek, Oliver Fichta, Helmut Mojescick und Peter Huhndorf unter Anwesenheit des Schriftführers Mag. Christian Wetzelberger in seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 13. Juni 2013 in der Schlichtungssache [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch [REDACTED] gegen [REDACTED] [REDACTED] beschlossen:

Der Antrag, der antragsgegnerischen Versicherung die Deckung der Schadensfälle [REDACTED] 4 und [REDACTED] 9 zu empfehlen, wird zurückgewiesen.

Begründung

Folgender Sachverhalt steht unbestritten fest:

Zwischen den Streitteilen besteht eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für das Gewerbe eines planenden, berechnenden und kontrollierenden Baumeisters zur Polizzenummer [REDACTED].

Die Antragstellerin war im Jahr 2008/2010 mit der Planung und Bauaufsicht des Bauprojektes [REDACTED] [REDACTED] beauftragt. Im Zuge der Bauausführung und nach

Fertigstellung wurden diverse Mängel und Planungsfehler beanstandet.

Mit Fax vom 17.3.2011 erstattete die Antragstellerin eine erste Schadensmeldung (in Folge Schaden Nr. [REDACTED] 9), welche in weiterer Folge nach Rückfrage der Antragsgegnerin präzisiert wurde.

Zusammengefasst brachte die Antragstellerin vor, es werden ihr Planungsfehler vorgeworfen, die auf Änderungen während der Ausführungsplanung gegenüber den ursprünglich bei der Gewerbebehörde eingereichten Unterlagen beruhen. Dabei wurden Fenster weggelassen, wodurch die nach der Arbeitsstättenverordnung vorgeschriebene Fensterfläche von 5% der Bodenfläche als Sichtkontaktfläche ins Freie unterschritten wurde.

Die Bezirkshauptmannschaft [REDACTED] erteilte daraufhin mit Bescheid vom 8.9.2010, [REDACTED], die Auflage, zusätzliche Fenster einzubauen. Die Berufung wurde vom Unabhängigen Verwaltungssenat [REDACTED] mit Bescheid vom 15.11.2010 ([REDACTED]) als unbegründet abgewiesen.

Für diesen Schadenfall lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 7.4.2011 wie folgt ab:

„(...)Aufgrund der uns vor vorliegenden (sic!) ist von einem Zuwiderhandeln gegen geltende Verordnungen bzw. behördlichen Vorschriften auszugehen.

Wir müssen daher, aufgrund der der (sic!) Bedingung P155, Artikel 6, Punkt 1.1 und Punkt 1.2, die Deckung für den Schadenfall ablehnen. Eine Versicherungsleistung können wir daher nicht erbringen.

*Pflichtgemäß weisen wir darauf hin, dass vermeintliche Ansprüche dann erlöschen, wenn diese nicht innerhalb eines Jahres - gerechnet ab Zugehen dieses Schreibens - beim zuständigen Gericht geltend gemacht werden (§ 12. (3) VersVG).
(...)"*

Die Antragsgegnerin wurde in der Folge durch die Fa. [REDACTED] von weiteren Schäden aufgrund mangelhafter Planung und Bauausführung informiert. Die Antragsgegnerin forderte daraufhin die Antragstellerin zur Schadensmeldung auf. Diese wurde mit Schreiben vom 9.12.2011 wie folgt erstattet (in der Folge Schaden Nr. [REDACTED]4):

„(...)Betreffend [REDACTED]. hatten wir bis dato keine Schadenmeldung an Sie verfasst, da betreffend unten angeführte Mängel nach unserer Meinung die Fa. [REDACTED] kein Verschulden trifft.

Diesbezüglich möchte ich hiermit zur Situation wie folgt Stellung nehmen.

Die Fa. [REDACTED] wurde von der Fa. [REDACTED], im Jahr 2008 mit Planung und Bauleitung zum Neubau Ihres Betriebsgebäudes in [REDACTED] beauftragt. Mit der Errichtung des Betriebsgebäudes wurde im Juni 2009 begonnen, die Betriebsanlage wurde mit Dezember 2009 fertiggestellt. Es wurden von der [REDACTED] diverse Firmen mit Sonderplanungen beauftragt. Unter anderen wurde die Fa. [REDACTED] mit der Planung der Sickeranlage und der Erstellung des Entwässerungskonzeptes beauftragt, die Fa. [REDACTED] wurde mit der Überwachung der Errichtung der technischen Gebäudeausrüstung beauftragt.

Nachfolgende Mängel werden vom Bauherrn beanstandet:

1. Mangelhafte Versickerung der Dachflächenwässer in den Untergrund.
2. Fehlende Entwässerung bzw. Gefälle im Bereich der Rampe auf der Westseite des Betriebsgebäudes.
3. Fehlende Dämmung an den Außenwänden des Treppenhauses.

Nachfolgend möchte ich zu den oben angeführten Punkten Stellung nehmen.

Zu 1. Mangelnde Versickerung der Dachflächenwässer in den Untergrund.

Die Versickerung der Dachflächenwässer wurde vom Büro [REDACTED] [REDACTED] geplant und der Gewerbebehörde zur Genehmigung vorgelegt. Die ursprünglich geplante Rigolversickerung vor dem Gebäude wurde von der Behörde aufgrund des hohen Grundwasserstandes nicht genehmigt. Das in der Folge von oben genanntem Büro nachgereichte Projekt wurde dann von der Behörde genehmigt. Die Versickerungsanlage wurde durch die Fa. [REDACTED] errichtet. Im Wasserrechtsbescheid der BH [REDACTED] wurde der Bauherr aufgefordert, eine fachliche qualifizierte Bauaufsicht mit der Errichtung der Versickerungsanlage zu betrauen, was der Bauherr jedenfalls nicht in Erwägung gezogen hat.

Die Fa. [REDACTED] war daher weder mit der Planung noch mit der Bauaufsicht betreffend die Versickerung beauftragt. Ein Verschulden unsererseits betreffend die Versickerung der Dachwässer ist daher nicht gegeben.

Zu 2. Fehlende Entwässerung bzw. Gefälle im Bereich der Rampe auf der Westseite des Betriebsgebäudes.

Besagte Rampe wurde nie im Gefälle geplant, da eine Be- und Entladung auf einer Rampe mit Gefälle immer ein Problem darstellen würde. (Transportmittel wie Stapler, Rollwagen, etc. bleiben ohne Sicherung nicht in Ruheposition). Aus diesem

Grund wurde eine Überdachung geplant, welche die gesamte Rampe in der vollen Rampenbreite abdecken sollte. (Die Überdachung ist in sämtlichen Planphasen ersichtlich). Gegen Ende der Bauphase hat der Bauherr entschieden, von einer Überdachung aus Kostengründen vorerst Abstand zu nehmen (sämtliche Vorbereitungen für das Vordach wie Schweißgründe etc. wurden in die Fassade eingebaut).

Aus oben genannten Gründen hat der Bauherr die Fa. [REDACTED] mit dem Einbau von Rigolen im Bereich der Türen und Tore entlang der Rampe auf eigene Kosten beauftragt. Die Herstellung von Rigolen mit ausreichender Tiefe war zu diesem Zeitpunkt aus statischen Gründen nicht mehr möglich. Auch hier kann ein Verschulden unsererseits nicht gegeben sein.

Zu 3. Fehlende Dämmung an den Außenwänden des Treppenhauses. Die ausgeführten Treppenhäuser wurden in den Ausführungsplänen mit entsprechender Dämmung geplant und war diese Dämmung unsererseits immer vorgesehen. Der Bauherr wollte trotz Warnung unsererseits die Stiegenhäuser aus optischen Gründen (Außenoptik in Sichtbeton) ohne das Anbringen einer Wärmedämmung herstellen. Auch in diesem Fall kann von einem Verschulden der Fa. [REDACTED] nicht die Rede sein.

Ich hoffe den Sachverhalt verständlich dargestellt zu haben, und bitte Sie hiermit höflich in den Haftungsfall einzutreten. (...) "

Nach mehrmaliger Korrespondenz, auch mit den Rechtsvertretern der Antragstellerin, lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben an die Rechtsvertreter der Antragstellerin, die Rechtsanwälte [REDACTED] in [REDACTED], vom 3.5.2012 die Deckung des Schadens wie folgt ab:

„ (...) Schaden zu geringe Sichtkontaktflächen

Dieser Schaden wurde uns bereits im März 2011 gemeldet. In der Beilage übermitteln wir Ihnen eine E-Mail von Herrn [REDACTED]. Entgegen Ihrer Mitteilung im Schreiben vom 16.04.2012 wurde der Bauherr nicht informiert.

Unabhängig davon wurde die Übernahme dieses Schadens ja bereits mit Schreiben vom 07.04.2011 qualifiziert abgelehnt (Schreiben als Kopie in der Beilage).

Betreffend der restlichen Mängel verweisen wir auf die Ausführungen des Sachverständigen [REDACTED].

Bei diesem Bauvorhaben sind viele Verstöße begangen worden, welche auf die fehlerhafte Planung als auch auf die mangelnde Bauleitung zurückzuführen sind. Unserer Meinung nach wurden die Schäden durch bewusste Fahrlässigkeit, zumindest bedingt vorsätzlich verursacht.

Wir lehnen daher die Deckung für den Schadenfall gemäß nachstehender Ausschlussbedingung ab (Bedingung P155):

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 geltende Gesetze, Verordnungen oder behördliche Vorschriften, sowie infolge bewussten

Zuwiderhandeln gegen Anweisungen oder Bedingungen des Auftraggebers oder dessen Bevollmächtigten;

Auch gehen wir davon aus, dass die Fa. [REDACTED] der Mitwirkungspflicht nicht entsprochen hat, weshalb wir auf nachstehende Obliegenheitsverletzungen verweisen.

Art. 8 - Pflichten des Versicherungsnehmers im Versicherungsfalle.

Verfahren. Rückgriffsansprüche. Verwirkung der Leistung

1.1 Der Versicherungsnehmer hat unverzüglich, spätestens innerhalb einer Woche, nachdem er von dem Versicherungsfall Kenntnis erlangt, dem Versicherer schriftlich Anzeige zu erstatten.

1.6 Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, unter Beachtung der Weisungen des Versicherers nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen und alles zu tun, was zur Klarstellung des Schadenfalles dient, sofern ihm dabei nichts Unbilliges zugemutet wird. Er hat den Versicherer bei der Abwehr des Schadens sowie bei der Schadenermittlung und -regulierung zu unterstützen, ihm ausführliche und wahrheitsgemäße Schadenberichte zu erstatten, alle Tatumstände, welche auf den Schadenfall Bezug haben, mitzuteilen und alle den Schadenfall betreffenden Schriftstücke sogleich einzusenden.

Es ist uns daher nicht möglich in den Schadenfall einzutreten.

Pflichtgemäß weisen wir darauf hin, dass vermeintliche Ansprüche dann erlöschen, wenn diese nicht innerhalb eines Jahres - gerechnet ab Zugehen dieses Schreibens - beim zuständigen Gericht geltend gemacht werden - VersVG § 12 (3). (...)."

Mit 11.6.2012 wurde seitens der Fa. [REDACTED] Klage beim LG [REDACTED] zur Behebung der Mängel mit einem Streitwert von € 191.755,91 eingebracht (GZ [REDACTED]).

Die Antragsgegnerin hat in der Folge einen Verjährungsverzicht hinsichtlich einer Deckungsklage vereinbart, sofern diese binnen 3 Monaten nach Rechtskraft des laufenden Gerichtsverfahrens eingebracht wird.

Die Antragstellerin beantragte die Deckung der beiden Versicherungsfälle und begründete dies wie folgt:

„ (...) Aus Sicht des Antragstellervertreeters der Fa. [REDACTED], erscheint die Ablehnung nicht gerechtfertigt. Dem VN Vorsatz durch Nichtbeachtung allf. arbeitsrechtlicher Vorschriften vorzuwerfen geht wohl entschieden zu weit. Vorsätzliches Handeln bedarf wohl einer stärkeren wissentlichen und willentlichen Zuwiderhandlung von Vorschriften als im gegenständlichen Fall. Bei einer derart strengen Interpretation der Bedingungen könnte wohl praktisch jeder Schadensfall zur Ablehnung gebracht werden. Auch die Verletzung der Mitwirkungspflicht scheint hier wohl nicht gegeben. Alleine die umfangreichen Gutachten einerseits durch den Geschädigten beauftragt und andererseits durch den Versicherer selbst bringen wohl ausreichende Feststellungen zum Sachverhalt zu Tage. Auch die Bemühungen eine Einigung auf Basis des gegenseitigen Einvernehmens durch den VN herbeizuführen, im Wesentlichen auch davon getragen den Versicherer damit nicht zu belasten, kann sicherlich nicht zum Nachteil des Antragstellers interpretiert werden.“

Die Antragsgegnerin beantragte die Abweisung des Schlichtungsantrages und begründete dies wie folgt:

„ (...)“ [REDACTED] 9:

Der Schaden an den Sichtkontaktflächen wurde uns im März 2011 gemeldet. Die Arbeitsstättenverordnung schreibt eine Fensterfläche von 5 % der Bodenfläche vor. Dies kann jedoch mit den vorhandenen Fenstern nicht mehr erreicht werden. In der Beilage übermitteln wir Ihnen den Mailverkehr mit Hrn. [REDACTED]. Der Fa. [REDACTED] war die Problematik bekannt, trotzdem wurden beim Bau einfach Fenster weggelassen. Somit ist auf alle Fälle von einer Inkaufnahme des Schadens auszugehen. Die Fa. [REDACTED] ist einfach davon ausgegangen, dass das Arbeitsinspektorat dies nachträglich so akzeptieren würde. Was jedoch nicht der Fall war.

Die Ablehnung erfolgte mit Schreiben vom 07.04.2011 qualifiziert. Die Jahresfrist gemäß § 12 (3) ist längst abgelaufen.

[REDACTED] 4:

Inhaltlich verweisen wir auf die vorliegenden Gutachten. Nur Auszugsweise aus den verschiedenen Gutachten:

zB Detailschaden - Überladebrücken - Seite 5: "Weiters ist es unumstritten, dass der Bauleiter Herr [REDACTED] vor dem Einbau der Überladebrücken auf den falschen Einbau der Vorabebaurahmen hingewiesen wurde."

zB Detailschaden - nicht funktionierende Versickerung - Seite 19: "Die Fa. [REDACTED] hat die Warnung der Fa. [REDACTED] Notüberläufe einzubauen ignoriert. Wenn die Angaben des SV [REDACTED] stimmen, hat die Fa. [REDACTED] sogar verhindern wollen, dass eine solche Warnung geschrieben wird."

usw.

Aus diesen und anderen Gründen haben wir die Übernahme des Schadens per 03.05.2012 qualifiziert abgelehnt. Wenn nunmehr behauptet wird, dass auch die Problematik der Sichtkontaktflächen zur Diskussion steht (Vergleichsgespräche usw...) verweise wir auf die beiliegende Ablehnung des Schadens. Der Rechtsvertretung der Fa. [REDACTED] wurde auch in

diesem Schreiben mitgeteilt, dass der Schaden (Sichtkontaktflächen) bereits abgelehnt wurde.

Beim LG [REDACTED] unter [REDACTED] wurde die Fa. [REDACTED] von der Fa. [REDACTED] geklagt. Warum die Klage aufgrund der erdrückenden Beweislage bestritten wird, ist fraglich. Auch wurde vor Gericht ein Vergleichsbetrag von EUR 165.000,00 ausgehandelt, welcher jedoch von der Fa. [REDACTED] widerrufen wurde. Von unserer Seite aus unerklärlich. Ein eventueller Regress bei anderen Firmen steht ja der Fa. [REDACTED] immer noch offen.

Mit Datum 14.06.2012 haben wir einen Kulanzbetrag von EUR 50.000,00 angeboten. Jedoch wurde dieses Anbot nicht angenommen. (...) "

In rechtlicher Hinsicht hat die Schlichtungskommission erwogen:

1. Zum Schaden Nr. [REDACTED] 9 (betreffend der Sichtkontaktflächen):

Gemäß § 12 Abs 3 VersVG ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Anspruch auf die Leistung nicht innerhalb eines Jahres gerichtlich geltend gemacht wird. Die Frist beginnt erst, nachdem der Versicherer dem Versicherungsnehmer gegenüber den erhobenen Anspruch in einer dem Abs. 2 entsprechenden Weise sowie unter Angabe der mit dem Ablauf der Frist verbundenen Rechtsfolge abgelehnt hat; sie ist für die Dauer von Vergleichsverhandlungen über den erhobenen Anspruch und für die Zeit, in der der Versicherungsnehmer ohne sein Verschulden an der rechtzeitigen gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs gehindert ist, gehemmt.

Die Frist des § 12 Abs 3 VersVG ist keine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche Ausschlussfrist (vgl etwa 7 Ob 143/73 ua.).

Dass die Jahresfrist des § 12 Abs 3 VersVG mit Schreiben vom 7.4.2011 in Gang gesetzt worden ist, ist unstrittig. Anhand des wechselseitigen Vorbringens und der der Schlichtungskommission vorliegenden Korrespondenz ist es jedoch strittig, ob diese Frist tatsächlich präkludiert wurde (vgl 7 Ob 3/82;

In den Entscheidungen 7 Ob 31/94, 7 Ob 11/89 und 7 Ob 34/89 hat der Oberste Gerichtshof dargelegt, dass die Berufung auf den Fristablauf treuwidrig sein kann, wenn sich der Versicherer nach Fristablauf noch auf Verhandlungen einlässt und neue Gutachten anfordert. Dies bedeutet, dass diese Vorgehensweisen des Versicherers Indizien für einen im Gesamtkontext zu beurteilenden Verzicht auf die Verjährungseinrede darstellen könnten. Es kann aber nur bei Würdigung aller Umstände des festgestellten Sachverhalts beurteilt werden, ob der Versicherer mit seinen die Gutachtenseinholung nach Ablauf der Verjährungsfrist begleitenden Verhaltensweisen auf die bereits eingetretene Verjährung konkludent verzichtete oder nicht (vgl 7 Ob 147/09g).

Nach Ansicht der Schlichtungskommission muss es im Hinblick auf diese Rechtsprechung auch möglich sein, dass das Versicherungsunternehmen diese Frist mehrmals verlängert.

Ob im genannten Schadensfall die Antragstellerin die Jahresfrist wegen Vergleichsverhandlungen mit der Antragsgegnerin verstreichen ließ, ist aufgrund der Stellungnahme der Antragsgegnerin strittig.

Es war schon daher hinsichtlich dieser Frage der Schlichtungsantrag gemäß Punkt 5.3. lit g der Verfahrensordnung zurückzuweisen, weil dieser Antragsgegenstand besser in einem streitigen Verfahren zu behandeln ist, zumal es sich um ein umfangreiches Beweisverfahren handelt.

In diesem streitigen Verfahren wird die Antragstellerin zu beweisen haben, dass die Frist durch Vergleichsverhandlungen auch über diesen Versicherungsfall gehemmt wurde.

2. Zum Schaden Nr. [REDACTED] 4 (weitere Bau- und Ausführungsmängel):

Die Antragstellerin vertritt die Meinung, dass die Ablehnung wegen vorsätzlichen Handelns im Sinne des Art 6 der Bedingungen P155 nicht gerechtfertigt sei, weil diese Voraussetzungen nicht zutreffen und man „bei einer derart strengen Interpretation praktisch jeder Schadensfall zur Ablehnung gebracht werden könne“.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

Bei der Beurteilung des Wesens des Anspruchs des Versicherungsnehmers aus der Haftpflichtversicherung sind das Deckungs- und das Haftpflichtverhältnis zu unterscheiden. Der Versicherungsanspruch in der Haftpflichtversicherung ist auf die Befreiung von begründeten und die Abwehr von unbegründeten Haftpflichtansprüchen gerichtet. Unbeschadet dieser beiden Komponenten (Befreiungs- und Rechtsschutzanspruch) handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch des Versicherungsnehmers. Er entsteht in dem Zeitpunkt und wird fällig, in dem der Versicherungsnehmer von einem Dritten auf Schadenersatz wegen eines unter das versicherte Risiko fallenden Ereignisses oder einer solchen Eigenschaft in Anspruch genommen wird, unabhängig davon, ob die Haftpflichtforderung begründet ist,

weil Versicherungsschutz auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche in sich schließt (vgl 7 Ob 84/08s vom 11.9.2008).

Daraus folgt aber, dass der Versicherer dann die Deckung bedingungsgemäß ablehnen kann, wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt wurde und kumulativ dazu ein bewusster Verstoß gegen die für den versicherten Betrieb geltenden Gesetze, Verordnungen und Vorschriften vorliegt. Dem Versicherer obliegt es, den bewussten Verstoß zu beweisen (vgl 7 Ob 264/04f vom 12.1.2005).

§ 152 VersVG stellt klar, dass der Täter den Schaden zumindest bedingt vorsätzlich zufügen muss, um den Ausschlussstatbestand zu verwirklichen. Bedingter Vorsatz setzt voraus, dass die betreffende Person eine Handlung oder Unterlassung setzt, obwohl sie die wahrscheinlichen schädlichen Folgen voraussehen musste, diese jedoch in Kauf genommen hat.

Ob die Antragstellerin vorsätzlich gehandelt oder im Sinne des Art 6 Pkt. 1.2 der Bedingung P155 bewusst gegen Vorschriften verstoßen hat, ist eine Tatfrage (vgl RS0081689).

Es wird daher in einem streitigen Verfahren zu klären sein, ob die Behauptung des Versicherers richtig ist, dass im vorliegenden Fall die Antragstellerin bewusst gegen Bau- bzw. Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat, oder das Vorbringen der Antragstellerin, dass sie nicht vorsätzlich gehandelt habe oder bewusst gegen bauliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen habe.

Ebenso stellt der behauptete Vorwurf der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe, eine Beweis- und Tatfrage dar, die nach Pkt. 5.3. lit g der Verfahrensordnung in einem streitigen Verfahren zu klären ist, zumal der Antragstellerin, auch wenn man eine

Obliegenheitsverletzung annehmen sollte, der Kausalitätsgegenbeweis gemäß § 6 Abs 3 Satz 2 VersVG offen steht.

Die genannten Erwägungen treffen aber auch auf den unter Pkt. 1 genannten Schadenfall zu.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Für die Schlichtungskommission:
Dr. Hellwagner e.h.

Wien, am 13. Juni 2013