

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

22.11.1995

Geschäftszahl

7Ob9/95

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter, Dr. Schalich, Dr. Tittel und Dr. I. Huber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Friedrich P***** Gesellschaft mbH, Bauunternehmung, *****, vertreten durch Dr. Martin Schloßgangl, Rechtsanwalt in Steyr, wider die beklagte Partei O***** Versicherung*****, vertreten durch Prof. Dr. Alfred Haslinger ua Rechtsanwälte in Linz, wegen Feststellung (Streitwert S 150.000,-), in Folge Rekurses beider Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 21. Oktober 1994, GZ 6 R 23/94-42, womit das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 10. Dezember 1993, GZ 3 Cg 20/92-36, aufgehoben wurde, den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Beiden Rekursen wird in der Sache selbst nicht Folge gegeben. Die Rechtssache wird jedoch nicht an das Erst-, sondern an das Berufungsgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten des Berufungsverfahrens.

Text**Begründung:**

Das Erstgericht hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Leopold H***** war 1985 Eigentümer des unterhalb der Liegenschaft der Hildegard H***** liegenden Grundstückes Nr. ***** in der EZ ***** KG M*****. Die genannten Grundstücke liegen an einem nach Süden abfallenden Hang im Ortsteil H***** der Gemeinde D***** und wurden durch einen zwei bis drei Meter breiten unbefestigten, auf dem Grundstück H***** verlaufenden (von allen Anrainern aber benützten) Zufahrtsweg getrennt. Dieser Weg war mit Schwerfahrzeugen gar nicht, mit anderen Fahrzeugen nur schwierig zu befahren. Hildegard H***** hatte ohne Baubewilligung an der südwestlichen Ecke ihres Grundstückes ein Gartenhaus errichten lassen. Unmittelbar vor diesem befand sich eine dreiecksförmige Betonplatte, die an den Zufahrtsweg etwa niveaugleich anschloß. Der Abstand der Hausecke zur Grundgrenze beträgt 70 cm. Die Zufahrt zum Gartenhaus war daher eben bzw. nur leicht ansteigend. An die erwähnte Betonplatte, die als Vorplatz des Gartenhauses diente, schloß sich eine ca. 4,9 m lange Betongartenmauer an. Der Zufahrtsweg führte unmittelbar an dieser Gartenmauer vorbei.

Leopold H***** ließ im Mai 1985 den erwähnten Zufahrtsweg ausbauen. Dabei wurden im Bereich der südöstlichen Gartenhausecke rund 70 bis 90 cm vom Hang abgegraben und auch Abwasserrohre des Gartenhauses der Hildegard H***** zerstört. Entlang der Gartenmauer wurden etwa 0,7 bis 1 m abgegraben. Ob diese Abgrabarbeiten (zur Gänze) von der Klägerin durchgeführt wurden, konnte nicht festgestellt werden. Die Klägerin führte lediglich am 24.5.1985 in Regie Baggerungsarbeiten im Ausmaß von fünf Stunden im Bereich

des Zufahrtsweges durch. Im August 1985 rief Leopold H***** bei der Klägerin an und erklärte, er würde neuerlich einen Bagger samt Fahrer benötigen. Da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt einen Bagger mit dem Baggerfahrer Johann B***** in der Nähe eingesetzt hatte, wurde dieser zur Liegenschaft H***** beordert. Die Baggerungen wurden nach Anweisungen des auf der Baustelle anwesenden Leopold H***** ausgeführt. Johann B***** ging davon aus, daß, wie dies bei der Herstellung eines Frostkoffers üblich ist, die ausgebagerten Räume wiederum mit Schotter aufgefüllt werden. Im Bereich zur Grundgrenze zu Hildegard H***** baggerte B***** noch rund 60 cm aus. Dabei wurde die noch bestehende Böschung zum Gartenhaus bis unmittelbar an die Betonplatte senkrecht abgegraben. Der Geländeabtrag betrug im Ergebnis 1,5 bis 1,7 m. Entlang der Gartenmauer wurden noch 0,6 bis 1 m abgegraben. Auch dort wurde die bestehende Böschung senkrecht abgegraben, wodurch die maximale Abgrabung letztlich 1,5 m betrug. Noch während der Baggerungsarbeiten erfuhr auch die Gemeinde als Baubehörde davon. Der vom Bürgermeister (der Gemeinde D*****) noch während der Ausbaggerungsarbeiten an der Baustelle eintreffende Gemeindevizepräsident E***** erklärte H***** daß die Arbeiten genehmigungspflichtig seien und er sie daher sofort einstellen müsse. Dennoch ließ H***** weiterbaggern. Unmittelbar nach Beendigung der Arbeiten kam der Geschäftsführer der Klägerin, Friedrich P*****, an die Baustelle, um die sofortige Bezahlung der Arbeit von Leopold H***** einzufordern. Nach einer Besichtigung der Aushubarbeiten nahm er als selbstverständlich an, daß die ausgekofferte Zufahrtsstraße fertiggestellt wird, indem der Frostkoffer mit Schotter aufgefüllt und verdichtet wird. Die Straße war im nicht fertiggestellten Zustand nicht leicht befahrbar, weil die darin befindlichen Kanalschächte das Niveau der Wegstraße um einen halben Meter überragten. Friedrich P***** bot Leopold H***** an, auch die Beschotterung der Straße durchzuführen, doch erklärte H*****, daß er dies von einer anderen Firma zu einem günstigeren Preis machen lasse. Friedrich P***** machte H***** auch darauf aufmerksam, daß, wenn keine Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, die Gefahr von Rutschungen im Bereich des Gartenhauses der Hildegard H***** gegeben sei. Leopold H***** erklärte darauf, daß er die Absicht habe, auch das Grundstück, auf dem sich das Gartenhaus befinde, zu erwerben. Friedrich P***** erklärte dann, daß als Sicherungsmaßnahme auch die Errichtung einer Stützmauer möglich sei. Dazu kam es jedoch nicht, weil Hildegard H***** es ablehnte, einen Kostenbeitrag für diese Stützmauer zu leisten. Leopold H***** befolgte den von der Gemeinde in der Folge erteilten Auftrag, eine Stützmauer zu errichten, nicht. Unmittelbar nach Beendigung der Baggerungsarbeiten im August 1985 bestand noch keine Gefahr für die auf dem Grundstück der Hildegard H***** befindlichen Bauwerke. Eine solche ergab sich erst ab dem Eintreten einer feuchtkalten Witterung. Wären im Herbst bzw. Spätsommer 1985 Sicherungsmaßnahmen getroffen worden, hätte ein Schaden abgewendet werden können. So stürzte im Verlauf des Frühjahrs 1986 die Gartenmauer herab und schließlich auch die Betonplatte, die abbrach. Hildegard H***** ließ im Sommer 1988 eine Stützmauer in der Länge von 13,85 m herstellen. Am 20.11.1986 klagte sie die dafür aufzuwendenden Kosten von S 203.800,- sA gegen die klagende Partei ein. Nach Erhalt der Klage erstattete die Klägerin unter Anschluß der Klage der beklagten Partei eine Schadensmeldung, wobei sie als Datum des Schadensereignisses Mai 1985 angab. Mit Schreiben vom 10.12.1986 lehnte die beklagte Partei eine Deckung mit der Begründung ab, daß, falls sich der Schadensfall so zugetragen habe, wie er in der Klage dargestellt werde, die Klägerin den Schaden in Kauf genommen bzw. gegen baubehördliche Bestimmungen verstoßen habe. Dieser Ansicht widersprach die Klägerin im Schreiben vom 15.12.1986. Daraufhin teilte die Beklagte mit Schreiben vom 18.12.1986 der Klägerin mit, daß sie zur Frage der Deckung nach Vorliegen des Urteiles Stellung nehmen werde. Im Verfahren der Hildegard H***** gegen die Klägerin trat am 30.6.1988 Ruhen des Verfahrens ein.

Art. 7.2 der dem gegenständlichen Betriebshaftpflichtversicherungsvertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 1978) lautet: "Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schadenersatzverpflichtungen der Personen, die den Schaden, für den sie von einem Dritten verantwortlich gemacht werden, rechtswidrig und vorsätzlich herbeigeführt haben. Dem Vorsatz wird gleichgehalten

2.1. eine Handlung oder Unterlassung, bei welcher der Schadenseintritt mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden mußte, jedoch in Kauf genommen wurde (zB im Hinblick auf die Wahl einer kosten- oder zeitsparenden Arbeitsweise);

2.2. die Kenntnis der Mangelhaftigkeit oder der Schädlichkeit von hergestellten oder gelieferten Waren oder geleisteten Arbeiten."

Nach Punkt 3 des Abschnittes A der Ergänzenden allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (EHVB 1978) ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer, seine gesetzlichen Vertreter oder jene Personen, die er zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teiles desselben angestellt hat, das die Schadenersatzpflicht auslösende Ereignis durch bewußtes Zuwiderhandeln gegen die für seinen Betrieb oder Beruf geltenden Gesetze, Verordnungen oder behördlichen Vorschriften herbeigeführt hat.

Die Klägerin begehrt mit der vorliegenden Klage von der beklagten Haftpflichtversicherung Deckung für das von Hildegard H***** gegen sie geführte Schadenersatzverfahren, wobei sie im Urteilsbegehren ursprünglich nur den Mai 1985 als Zeitpunkt des Schadensereignisses anführte.

Die beklagte Partei beantragte die Klagsabweisung und wendete, soweit dies noch revisionsgegenständlich ist, Leistungsfreiheit ein. Die klagende Partei habe durch die Ausführung der von Leopold H***** in Auftrag gegebenen Baggerungsarbeiten gegen gesetzliche Vorschriften, nämlich gegen die §§ 41 Abs.1 lit.h und 68 Abs.1 lit.b der Oberösterreichischen Bauordnung verstoßen. Es hätte jedem Baufachmann klar sein müssen, daß die Vornahme derartiger Geländevertiefungen zu einem Herabstürzen der Betonmauer führen werde; der Geschäftsführer der Klägerin habe den Auftraggeber selbst gewarnt und trotzdem die fast senkrechte Abbaggerung ausführen lassen. Er habe somit den Schadenseintritt billigend in Kauf genommen. Darüber hinaus liege eine Obliegenheitsverletzung nach § 6 VersVG und Art.8 AHVB vor, weil die klagende Versicherungsnehmerin den Versicherungsfall noch im Jahr 1985 der Beklagten hätte melden müssen, jedoch erst am 3.12.1986 eine Schadensmeldung erstattet habe. Die Klägerin habe in ihrer Schadensmeldung als Schadenstag Mai 1985 angegeben, ein Schaden vom August 1985 sei der Beklagten nie gemeldet worden, sodaß auch diesbezüglich eine Obliegenheitsverletzung vorliege. Die Klägerin wäre verpflichtet gewesen, die durch die Bauarbeiten gefährdeten Bauwerke fachgerecht abzusichern und zu überprüfen, ob dem Auftrag eine rechtswirksame Baubewilligung zugrundeliege. Schließlich verstoße die gesetzte Baumaßnahme gegen § 61 der Allgemeinen Arbeitnehmerschutzverordnung.

Die Klägerin erwiderte auf diese Behauptungen, daß der ausgebagerte Frostkoffer durch Anschüttung von Schotter und nachfolgende Verdichtung wieder angefüllt hätte werden müssen. Darauf sei der Auftraggeber Leopold H***** auch aufmerksam gemacht worden. Die von ihr ausgeführten Arbeiten seien nicht baubewilligungspflichtig, außerdem bestehe zwischen dem Schadenseintritt und einer allfällig fehlenden Baubewilligung kein Rechtswidrigkeitszusammenhang, da eine Baubewilligung nicht verhindert hätte, daß H***** entgegen seiner ausdrücklichen Zusicherung die ausgekofferte Straße nicht wieder abgesichert und beschottert habe.

Das Erstgericht gab im zweiten Rechtsgang dem Klagebegehren statt. Die von der Klägerin durchgeführten Bauarbeiten wären bewilligungspflichtig gewesen; dafür habe sich jedoch grundsätzlich der Bauherr zu kümmern. Zur Durchführung der gegenständlichen Arbeiten wäre die Beiziehung eines Bauführers nicht erforderlich gewesen. Derjenige, der nur einzelne Arbeiten eines gesamten Bauvorhabens ausführe, sei nicht Bauführer. Im vorliegenden Fall sei nämlich der Bagger der Klägerin zur Herstellung eines Zufahrtsweges im Mai 1985 nur für fünf Stunden zur Verfügung gestellt worden. Im August 1985 habe die Klägerin zwar die Auskofferrung vorgenommen, nicht aber die ebenfalls zur ordnungsgemäßen Herstellung des Werkes erforderliche Beschotterung und Verdichtung. Da die Klägerin nicht Bauführerin gewesen sei, träfen sie nicht die Verpflichtungen nach den §§ 54 Abs.3 und 4 der Oö. Bauordnung. Der Klägerin könne daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, das Vorliegen einer entsprechenden Baubewilligung nicht überprüft zu haben. Die im § 54 Abs.3 der Oö. Bauordnung angeführten Sicherheitsvorkehrungen sowie jene des § 61 der Allgemeinen Arbeitnehmerschutzverordnung dienten nur dem Schutz der Arbeitnehmer bzw. bezweckten nur Sicherheitsvorkehrungen während der Durchführung der Arbeiten. Im übrigen könne von einem Bauunternehmen nicht verlangt werden, daß es, wenn es nur für Teilarbeiten herangezogen werde, zu überwachen habe, ob der Bau letztlich auch ordnungsgemäß weitergeführt werde, und wenn dies nicht geschehe, auf ihre eigenen Kosten Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen. Dem Geschäftsführer der Klägerin könne daher weder ein grob fahrlässiges Verhalten, noch könnten ihm Obliegenheitsverletzungen im Sinne des Abschnittes A Punkt 3 der EHVB 1978 und des Art.7 Z 2.2. AHVB 1978 vorgeworfen werden. Darüber hinaus habe nicht der Geschäftsführer der Klägerin, sondern ein bei ihr beschäftigter Baggerführer, also eine Hilfsperson, die Arbeiten verrichtet.

Das Berufungsgericht hob mit dem angefochtenen Beschluß das Ersturteil auf und erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Es übernahm nur einen Teil der Feststellungen des Erstgerichtes und trug dem Erstgericht zur Klärung der Frage über Art und Umfang der Auftragserteilung Beweisergänzungen auf. Die im August 1985 durchgeführten Arbeiten seien zwar nach § 41 Abs.1 lit.h der Oö. Bauordnung bewilligungspflichtig, nicht jedoch bauführerpflchtig im Sinne des § 54 Abs.1 des zitierten Gesetzes gewesen. Die Bestimmungen der §§ 54 Abs.3 und 68 Abs.1 lit.b der Oö. Bauordnung wendeten sich nur an den Bauführer, das sei derjenige, der das Bauvorhaben über Auftrag des Bauherrn als Unternehmer ausführe bzw. ausführen lasse. Die an den Bauführer gerichtete Vorschrift des § 54 Abs 3 der Oö BauO statuiere nur die Verantwortlichkeit des Bauführers für die bewilligungsgemäße und fachgerechte Ausführung des Bauvorhabens und die Einhaltung aller Sicherheitsvorkehrungen und Vorschriften, die sich auf die Bauausführung beziehen. Somit verweise diese Bestimmung selbst wiederum nur genauso wie Punkt 3 des Abschnittes A der EHVB auf Gesetze, Verordnungen und behördliche Vorschriften, die die Bauausführung und die Einhaltung von Sicherheitsmaßnahmen regeln. Eine Feststellung, ob die klagende Partei im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten in Kenntnis der fehlenden Baubewilligung gewesen sei, erübrige sich jedoch, wenn man rechtlich

davon ausgehe, daß die klagende Partei Leopold H***** lediglich einen Bagger samt Baggerfahrer im Rahmen von Regiarbeiten überlassen habe. Aufgrund der Berufungsausführungen der beklagten Partei müsse jedoch die entsprechende Feststellung des Erstgerichtes als bekämpft angesehen werden. Tatsächlich bestünden gegen die Aussage des Geschäftsführers der klagenden Partei Friedrich P***** gewisse Bedenken, die in einem fortgesetzten Verfahren noch aufzuklären seien. Die Bauführereigenschaft der klagenden Partei sei nur zu bejahen, wenn Leopold H***** der Klägerin einen bestimmten Auftrag erteilt und nicht nur sich einen Bagger samt Fahrer von dieser ausgeliehen habe. Unabhängig davon könne sich die Leistungsfreiheit der beklagten Partei aus einem Verstoß der klagenden Partei gegen die Allgemeine Arbeitnehmerschutzverordnung bei Ausführung der Arbeiten ergeben, was aber ebenfalls noch nicht abschließend beurteilt werden könne. Dagegen spreche, daß der Baggerfahrer kein gesetzlicher Vertreter der Klägerin bzw. auch nicht zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes im Sinne des Punktes 3 des Abschnittes A der EHVB angestellt gewesen sei. Überdies diene die Regelung der Abs.3, 4 und 5 des § 61 der Allgemeinen Arbeitnehmerschutzverordnung nur dem Schutz der am Bau Beschäftigten, sodaß ein Verstoß gegen die Bestimmung des Abs.7 leg. cit. nur dann zur Leistungsfreiheit der Beklagten führen könne, wenn dem Geschäftsführer der Klägerin der Inhalt der genannten Bestimmung bekannt und ihm bewußt gewesen sei, daß er durch das Unterlassen der erforderlichen Vorkehrungen gegen die betreffende Vorschrift verstoße. Ein bloßes Wissenmüssen genüge nicht. Tatsächlich lasse aber die Aussage des Geschäftsführers der Klägerin keine abschließende Würdigung zu, weil sie mit jener im Vorprozeß nicht in Einklang zu bringen sei. Zur Klärung, ob Friedrich P***** die Arbeiten in Kenntnis ihrer Schädlichkeit habe durchführen lassen oder nicht, werde das Erstgericht noch ergänzende Feststellungen zu treffen haben. Darüber hinaus werde das Erstgericht noch festzustellen haben, ob Friedrich P***** Leopold H***** sofort darauf hingewiesen habe, daß durch die von letzterem angeordnete Ausbaggerung das Gartenhaus der Hildegard H***** samt Mauer abstürzen könne, oder ob dies erst nach Abschluß der Arbeiten geschehen sei. Da im Falle, daß Friedrich P***** die Arbeiten in Kenntnis ihrer Schädlichkeit habe ausführen lassen, sich ein Risikoausschluß ergebe, es sei denn, er hätte damit rechnen können, daß ein Frostkoffer umgehend eingebracht werde, sei auch noch die vom Erstgericht abgelehnte Einvernahme des Zeugen Leopold H***** erforderlich.

Die gegen diese Entscheidung von beiden Teilen erhobenen Rekurse sind nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Die von der Klägerin behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor, weil sie sich nur auf eine Interpretation ihres eigenen Berufungsvorbringens durch das Berufungsgericht bezieht (vgl. MGA ZPO14 § 503/90). Soweit von der Klägerin Aufträge des Berufungsgerichtes zur Klärung der Tatfrage bekämpft werden, kann dies vom Revisionsgericht nur im Rahmen der rechtlichen Beurteilung überprüft werden. Soweit die Würdigung von Beweisen, die zu entscheidungswesentlichen Feststellungen führten, vom Berufungsgericht für bedenklich erachtet wurde bzw die beantragten Beweise zur Klärung der Tatfrage noch für erforderlich gehalten werden, ist dem Obersten Gerichtshof ein Eingriff in diese Tatfragen verwehrt.

Zum Verjährungseinwand der Beklagten:

Das Erstgericht wies im ersten Rechtsgang das Klagebegehren wegen Verjährung mit der Begründung ab, die Klägerin habe ihren Deckungsanspruch ausschließlich auf den Vorfall vom Mai 1985, aus dem Hildegard H***** in ihrem Begehren gegen die Klägerin aber keine Ansprüche ableite, gestützt (ON 8). Tatsächlich hat die Klägerin erst in der Tagsatzung vom 20.4.1990 (ON 7) ihr Urteilsbegehren um den Vorfall vom August 1985 erweitert. Daraus leitet die Beklagte ab, daß zufolge der Überreichung der Klage der Hildegard H***** gegen die nunmehr klagende Partei am 20.11.1986 die Verjährungsfrist des § 12 VersVG (in der alten Fassung) mit Ende des Jahres 1986 in Lauf gesetzt worden sei, sodaß die Klägerin den zweiten Vorfall verspätet geltend gemacht habe. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung mit Beschluß vom 12.12.1990 (ON 14) mit der Begründung auf, daß durch die Übersendung der Klage Hildegard H***** durch die klagende Partei gemeinsam mit der Schadensmeldung der beklagten Partei klar gewesen sei, daß sich deren Schadenersatzbegehren auf den zweiten, allerdings irrig mit Juli 1985 angegebenen Vorfall beziehe. Die Beklagte habe zunächst mit Schreiben vom 10.12.1986 eine Deckung abgelehnt, über nochmalige Anfrage der Klägerin aber mit Schreiben vom 18.12.1986 erklärt, daß sie zur Frage der Deckung erst nach Vorliegen des Urteils Stellung nehmen werde. Sie habe damit zum Ausdruck gebracht, sich nicht mehr an die frühere Ablehnungserklärung für gebunden zu erachten. Es sei daher von einer Hemmung der Verjährung des Deckungsanspruches der Klägerin auszugehen.

Der Rechtsschutzanspruch des Versicherungsnehmers in der Haftpflichtversicherung entsteht mit der Erhebung von Ansprüchen gegen ihn durch den Dritten (vgl. Prölss-Martin VVG2, 705). Dies war nach den vorliegenden Feststellungen erstmals mit der Zustellung der Klage der Hildegard H***** an die Klägerin der Fall, die der Beklagten auch unmittelbar darauf zuing. In dieser Klage ist unzweifelhaft von zwei Abgrabungsvorgängen die Rede und wird das schadensauslösende Ereignis einwandfrei mit dem Vorfall vom Juli (richtig August) 1985

beschrieben. Die Beklagte kann sich daher nicht auf die Unkenntnis des zweiten Vorfalles berufen. Richtig ist, daß das Urteilsbegehren im vorliegenden Fall nur den Vorfall vom Mai 1985 anführt. Der Klagserzählung selbst ist aber zweifelsfrei der angeblich schadensauslösende Vorfall vom (richtig) August 1985 zu entnehmen, sodaß die Klage von vornherein verbesserungsbedürftig gewesen wäre. Auch der beklagten Partei mußte daher klar sein, daß die Haftpflichtansprüche gegen die Klägerin nur aus dem zweiten Vorfall resultieren können. Die Beklagte kann sich daher nicht auf die Verjährung des gegen sie geltend gemachten Haftpflichtanspruches berufen. Die Rechtsmeinung des Berufungsgerichtes im ersten Aufhebungsbeschluß war daher zutreffend.

Zu beiden Rekursen:

Nach der in diesem Punkt unstrittigen Feststellungslage wurde der von Hildegard H***** geltend gemachte Schaden allein durch die Abgrabungsarbeiten im August 1985 verursacht. Objektiv beurteilt wurde dabei gegen mehrere, vom Schutzzweck her einander überdeckende Schutzvorschriften, nämlich gegen die Oberösterreichische Bauordnung, die Arbeitnehmer- schutzverordnung und gegen § 364 b ABGB verstoßen. Für die Beurteilung, ob die letztlich durch die Klägerin vorgenommenen Abgrabungsarbeiten zufolge der damit verbundenen akuten Bedrohung eines Nachbargebäudes nicht doch bauführerpflichtig gewesen wären, bedürfte es zwar weiterer Feststellungen, aber selbst wenn man die Rechtsauffassung der Vorinstanzen teilt, exkulpiert dies nicht einen Unternehmer, der im Rahmen seines Betriebes einen Auftrag für derartige Abgrabungsarbeiten übernimmt, wenn man sich den Schutzzweck der zitierten Normen vor Augen hält.

Nach der Feststellungslage ist die Klägerin nicht gewerbsmäßig zum Verleih (richtig: zur Vermietung) von Baumaschinen samt Fahrern befugt. Die klagende Partei hat sich auch weder in dem von Hildegard H***** gegen sie angestregten Verfahren, noch im gegenständlichen Prozeß darauf berufen, nur einen Bagger samt Fahrer "vermietet" zu haben, vielmehr spricht die Klage von einem Auftrag Leopold H*****, dies allerdings nach dessen Anweisung bis zu einer gewissen Linie abzubaggern (AS 3). Allein aus dem für den gegenständlichen Auftrag im August 1985 angegebenen Einsatzort mußte der Klägerin im Zusammenhang mit dem Vorauftrag klar sein, daß Leopold H***** wieder Abgrabungsarbeiten für den Straßenausbau vornehmen lassen will. Daraus allein ergibt sich schon, daß der von Leopold H***** geforderte Einsatz eines Caterpillars wesentliche Elemente eines Werkvertrages enthält (vgl. 5 Ob 136/72). In den Fällen, in denen fremde Sachen zur Herbeiführung eines Arbeitserfolges benützt werden, kommt es darauf an, ob der Erfolg von dem bewirkt werden soll, für dessen Zwecke die Sache verwendet wird, oder vom Eigentümer der Sache (vgl. Krejci in Rummel ABGB2 § 1165, 1166 Rz 133). Eine Verrechnung nach Stunden steht der Annahme eines Werkvertrages nicht entgegen. Daß dies auch so vom Geschäftsführer der Klägerin aufgefaßt wurde, ergibt sich auch aus seinem Verlangen gegenüber Leopold H*****, mit den Folgearbeiten, nämlich der Auffüllung des ausgehobenen Straßenbereiches mit einem Frostkoffer, betraut zu werden. Sieht man davon ab, daß der von den Vorinstanzen aufgegriffene, die Eigenverantwortlichkeit der Klägerin entlastende Rechtsgrund der Maschinenvermietung samt Zurverfügungstellung eines Fahrers von letzterer gar nicht geltend gemacht worden ist und der Aufhebungsantrag des Berufungsgerichtes letztlich nur dazu führen würde, der Klägerin Gelegenheit zu geben, diese Behauptung nachzuholen, geht es nicht an, Versäumnisse eines Unternehmers bei der Auftragserteilung und Durchführung letztlich dahin zu deuten, daß nur eine Maschinenmiete vorliege.

Die Verpflichtung des Bauwerbers, gemäß § 54 der Oö. BauO für gewisse Arbeiten einen Bauführer zu bestellen, hat den Zweck, die Ausführung bzw Leistung gewisser Facharbeiten nur durch speziell ausgebildete Professionisten zu gestatten, um Schädigungen durch mangelndes Eigenwissen des Bauwerbers hintanzuhalten (vgl. Neuhofer-Sapp OÖ Bauordnung3 234). Allein aufgrund der Art und des Ausmaßes der Abgrabungsarbeiten an einem doch steileren Hang erscheint die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß es hiezu keines Bauführers bedurft hätte, daher nicht in den unstrittigen Feststellungen gedeckt. Versicherungsrechtlich beurteilt ist die vom Berufungsgericht noch für erforderlich gehaltene Aufklärung über die Art der Auftragserteilung an die klagende Partei durch Leopold H***** auf Grund der derzeit schon feststehenden Sachlage entbehrlich. Die Klägerin wurde von Leopold H***** als ein zu derartigen Arbeiten nach der Gewerbeordnung befugtes Unternehmen, sohin als Unternehmen, dem grundsätzlich Bauführereigenschaft zukommt, beauftragt. Nimmt ein Unternehmen einen derartigen Auftrag an, so kann es nicht gleich einer zur Bauhilfe beigezogenen Privatperson bzw. als Arbeiter- und Maschinenverleiher behandelt werden, den keinerlei Eigenverantwortung trifft. Die Klägerin hatte bei Ausführung der ihr in Auftrag gegebenen Arbeiten daher sämtliche Schutzvorschriften gleich einem Bauführer zu beachten.

Soweit überblickbar, wurde in der Rechtsprechung die Oö. Bauordnung noch nicht als Schutzvorschrift im Sinne des § 1311 ABGB beurteilt, wohl aber wurde dies hinsichtlich anderer Bauordnungen einhellig ausgesprochen (vgl. MGA ABGB34 § 1311/105 ff); es besteht daher kein Zweifel, im Einklang mit den anderen Bauordnungen auch die Oö. Bauordnung als Schutznorm im Sinne des § 1311 ABGB zu behandeln. Eine Bauordnung bezweckt auch den Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelösten Schäden. Das die Bauführung ausübende Unternehmen muß zur Vermeidung von Gesetzesverstößen alle

Vorkehrungen treffen, die nach dem jeweiligen Stand der technischen Wissenschaften in dieser Hinsicht üblich sind.

Nach § 152 VersVG verwirkt der Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz, wenn er vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat. Diese Formulierung wird so verstanden, daß der Versicherungsnehmer den schädlichen Erfolg seines Verhaltens vorhersehen und ihn zumindest billigend in Kauf nehmen muß; dolus eventualis wird dem dolus directus also gleich gehalten. § 152 VersVG deckt sich bei dieser Deutung völlig mit dem allgemeinen Tatbestand des Art 7 Punkt 2. AHVB 1978. Nach Art 7.2.1. dieser AHVB wird dem Vorsatz eine Handlung oder Unterlassung gleichgehalten, bei welcher der Schadenseintritt mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden mußte, jedoch in Kauf genommen wurde. Der darauffolgende Tatbestand des Art 7 Punkt 2.2. AHVB entspricht allerdings nicht mehr dem Modell des § 152 VersVG: Nach ihm wird dem Vorsatz nämlich auch die Kenntnis der Mangelhaftigkeit und der Schädlichkeit von hergestellten oder gelieferten oder geleisteten Arbeiten gleichgestellt. Gemeinsam ist den beiden genannten Bestimmungen, daß sich das Bedenken und der Beschluß des Versicherungsnehmers nicht auf den Schadenserfolg selbst, sondern nur auf einen diesem Erfolg vorgelagerten Umstand beziehen müssen, der eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür begründet, daß es wirklich zum Eintritt des Schadens kommen kann. Bei Art 7 Punkt 2.2. AHVB ist dieser Umstand das Vorliegen eines Mangels bzw der Schädlichkeit einer Sache, bei Punkt 3 des Abschnitts A der EHVB das Vorhandensein eines konkreten Schutzgesetzes, das gerade Schäden dieser Art verhindern will. Nach Punkt 3 des Abschnitts A der EHVB braucht sich der Vorsatz des Versicherungsnehmers daher nur auf das Zuwiderhandeln, nicht aber auch auf die damit möglicherweise verbundenen Schadensfolgen zu erstrecken; selbst wenn der Versicherungsnehmer den Eintritt des Schadens also nicht billigst, sondern im Gegenteil hofft, daß er nicht eintreten werde, reicht der bewußte Verstoß für sich allein schon aus, um die Leistungsfreiheit des Versicherers zu bewirken (vgl Fenyves, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre in VR 1982, 84 ff [94 ff]).

Der erkennende Senat vertritt nach neuerlicher Prüfung der Rechtslage - in teilweiser Abänderung der der Entscheidung VR 1994, 27 zugrundeliegenden Ansicht - die Auffassung, daß Fehlhandlungen iS der angeführten Ausschlußtatbestände, die von Erfüllungsgehilfen des Versicherungsnehmers gesetzt werden, denen nicht eine der in Punkt 3 des Abschnitts A der EHVB genannten Funktionen (wie die Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teils desselben) zukommt, auch dann nicht zum Wegfall des Versicherungsschutzes führen, wenn diese Erfüllungsgehilfen einen Auftrag selbständig ausführen. Bezüglich des "bewußten Zuwiderhandelns" liegt den AHVB 1978 auch das sogenannte Selbstverschuldensprinzip zugrunde; dem Versicherungsnehmer kann danach nur sein eigenes bewußtes Zuwiderhandeln zum Nachteil gereichen, nicht auch jenes seiner Leute (Fenyves aaO, 93). Als Ausnahme davon ordnet Punkt 3 des Abschnitts A der EHVB 1978 für alle Betriebsrisiken an, daß das bewußte Zuwiderhandeln gegen Vorschriften den Versicherer auch dann von der Verpflichtung zur Leistung befreit, wenn dieses Verhalten vom gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers oder von jenen Personen gesetzt wird, die der Versicherungsnehmer zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teiles desselben angestellt hat. Die Ausdehnung des Personenkreises in Punkt 3 des Abschnitts A der EHVB auf der Personen, denen gewisse Unternehmereigenschaften zukommen, stellt eine ausdrückliche Ausnahmsregelung dar, die ihrerseits klarstellt, daß andere Erfüllungsgehilfen des Versicherungsnehmers nicht für die Verwirklichung der zitierten Ausschlußtatbestände herangezogen werden dürfen. Der beklagten Partei ist daher entgegenzuhalten, daß es sich beim Baggerführer B*****, weder um einen leitenden Angestellten im Sinne des § 36 Abs.2 Z 3 ArbVG handelte, weil ihm kein maßgeblicher Einfluß auf die Betriebsführung zukam (vgl. MKK ArbVG § 36/9 ff; Czerny ua ArbVG II, 165), noch um einen Erfüllungsgehilfen, der im Einzelfall die Aufsicht über den versicherten Betrieb oder einen Teil desselben führte. Der erkennende Senat lehnt auch weiterhin die in der Bundesrepublik in der Lehre vertretene Repräsentantenhaftung ab.

Allerdings kann den Versicherungsnehmer trotzdem ein allfälliges Organisationsverschulden treffen. In diesem Zusammenhang kommt einer der Erwägungen des Berufungsgerichtes, aus denen es die Sache für noch nicht als entscheidungsreif erachtete, Bedeutung zu. Sollte der Geschäftsführer der klagenden Versicherungsnehmerin tatsächlich, wie er im Verfahren 2 Cg 221/85 des Landesgerichtes S***** am 3.7.1986 angab (AS 125 f), schon vor der Abgrabung, die zur Hangrutschung führte, von seinem Auftraggeber H***** erfahren haben, daß dieser diese Ausführung so haben will, wie sie letztlich zustandekam, und daß er H***** sofort darauf hingewiesen habe, daß damit die Gefahr eines Abbruches der Mauer und eventuell des Gartenhauses gegeben sei, wäre ihm allerdings ein Verstoß im Sinne des Art 7 Punkt 2.1 AHVB 1978 bzw des Punktes 3 des Abschnitts A der EHVB vorzuwerfen, weil er dennoch diesen Auftrag angenommen hat. Das Erstgericht hat jedoch, ohne zu der zitierten Aussage Stellung zu nehmen, den nunmehrigen, dieser früheren Aussage zuwiderlaufenden Angaben (vgl AS 32 ff in ON 7) Glaubwürdigkeit zugebilligt. Die Behandlung der diesen Punkt betreffenden Beweisrüge der beklagten Partei ist jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Berufungsgericht zu übertragen, das im Rahmen einer Beweiswiederholung dem Geschäftsführer der klagenden Partei diesen Widerspruch vorzuhalten haben wird, um dann aus dem Beweisergebnis Feststellungen über den Wissensstand des Geschäftsführers der klagenden Partei vor Auftragserteilung treffen zu können. Hingegen bedarf es keiner weiteren Feststellungen, ob die durchgeführten Abgrabungsarbeiten gegen die Oö BauO bzw gegen die Arbeitnehmerschutzverordnung

verstoßen haben, weil ein ausführender Unternehmer schon nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen verpflichtet ist, im Rahmen seiner Diligenzverpflichtung nach § 1299 ABGB die erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung der Beschädigung fremder Güter zu treffen bzw seinen Mitarbeitern dazu entsprechende Anweisungen zu erteilen. Jeder erwachsene Durchschnittsbürger weiß, daß eine senkrechte ungesicherte Abgrabung in einer Höhe von 1,5 bis 1,7 m an einem relativ steilen Hang direkt am Fuß eines Hauses bzw einer Umgrenzungsmauer, früher (so zB durch starke Regenfälle) oder später (wie hier durch Frosteinwirkung) zum Abrutschen dieser Bauwerke führt, wenn nicht sofort Stützungs- oder Stabilisierungsmaßnahmen durchgeführt werden. Die besondere Gefährlichkeit derartiger Abgrabungen ergibt sich aus der nicht vorhersehbaren Tragfähigkeit des verbliebenen Erdreiches.

Die bloße Annahme, daß H***** den erforderlichen Folgeauftrag erteilen werde, exculpiert die Klägerin in einer derartigen Situation ebensowenig wie die Zusicherung H*****, die erforderlichen Abstützarbeiten bzw Auffüllungsarbeiten durch einen anderen Unternehmer vorzunehmen lassen. Auf derartige vage Zusagen durfte sich die Klägerin bei der gegebenen besonderen Gefährlichkeit des von ihr geschaffenen Zustandes nicht einlassen, weil ihr keine juristische Handhabe zur Verfügung stand, die Arbeit ordnungsgemäß zu beenden. Die Klägerin wäre nur von diesem Vorwurf freizusprechen, wenn ihr Leopold H***** ursprünglich die vollständige Beschottung zugesagt, dies in der Folge aber widerrufen hätte, und die weiteren Arbeiten auch geeignet gewesen wären, die durch die durchgeführten Arbeiten möglich gewordenen widrigen Folgen zu beseitigen.

Den Rekursen der Streitteile war daher im Ergebnis nicht Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.