

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 19960925\_d\_vs\_o\_00 vom 25. September 1996**

FINMA Versicherungsrecht, 1996-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_19960925\\_d\\_vs\\_o\\_00](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_19960925_d_vs_o_00)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 19960925\_d\_vs\_o\_00 du 25 septembre 1996

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 19960925\_d\_vs\_o\_00 del 25 settembre 1996

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Zürich Versicherungsgesellschaft bezahlt die Kosten von Verfahren und Urteil." In rechtlicher Hinsicht stützte sie die Forderungen nunmehr primär auf Auftrag. Subsidiär berief sie sich neu auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 422 ff. OR. Bei den Schlussverhandlungen hinterlegte die Klägerin eine Bestätigung von A. wonach die Einzelfirma A. die Forderung gegenüber der Zürich Versicherungsgesellschaft mit sämtlichen Rechten und Pflichten an die Firma A. & S. AG abgetreten habe. Sie hielt die in der Schlussdenkschrift gestellten Begehren aufrecht. Die Beklagte erhob die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation und begehrte die kostenpflichtige Abweisung der Klage. Gründe: Am 20. März 1989 schlossen T. als Bauherr und A. als Unternehmer einen Werkvertrag betreffend die Maurerarbeiten für einen Neubau (Wohnhaus) in Bin. ab. Die Rohbauarbeiten sollten am 19. Juni 1989 beendet sein, damit am 20. Juni 1989 der Zimmermann seine Arbeit aufnehmen konnte. Am 1. Mai 1989 begann die Bauunternehmung A. mit den Aushubarbeiten, die sie bereits am darauffolgenden Tag abschloss. Gleichentags, also am 2. Mai 1989, am Abend stürzte die bergseitige Böschung inklusive Stützmauer des sich oberhalb der Baugrube befindlichen Grundstücks der Familie G. ein. Durch den Einsturz der Böschung war die bergseitige Liegenschaft der Familie G. mit dem darauf gebauten Wohnhaus einsturzgefährdet. A. hatte am 16. März 1987 bei der Zürich Versicherungsgesellschaft eine Betriebshaftpflichtversicherung, gültig ab 1. März 1987, abgeschlossen, die im Zeitpunkt des erwähnten Baugrubeneinsturzes in Kraft war. Bei den Akten findet sich die erste Seite einer offenbar von ihm ausgefüllten Schadensanzeige. Als Schadensursache ist darin angegeben: "ungünstiger Aushub (Baugrube)". Ein Verschulden des Versicherten oder seines Personals wird verneint. Nach dem Schadenfall fand am 11. Mai 1989 eine Ortsschau statt, an der A., T. und seitens der "Zürich" P., Schadeninspektor, und Architekt B., Versicherungsexperte, teilnahmen. Thema war nach B., wie es mit der Baugrube weitergehen solle und was für "sachdienliche Massnahmen" zu treffen seien. Bei dieser Ortsschau wurde die von A. vorgeschlagene Hangsanierung mit Zementsteinriegeln diskutiert, die B. aber als absolut unzureichend qualifizierte. Die Situation sei sehr prekär gewesen. Es habe Gefahr bestanden, dass das Haus der Familie G. abstürzt. Weiter führte B. aus: "Ich habe ihn darauf hingewiesen, da(ss) ich nicht wollte, dass man mich eines Tages belangen könnte, wenn etwas passieren würde. Ich habe demzufolge dem Unternehmer gesagt, er solle den Ingenieuren beiziehen, der sich mit der Realisierung der Baute befasse." Ähnlich äusserte sich A.: "Architekt B. machte geltend, die von mir angeregte Hangsanierung sei zu wenig stabil. Der Hang müsse dermassen stabilisiert werden, damit die Sicherheit gewährleistet sei und die Versicherung nicht nach zehn Jahren erneut zur Kasse gebeten werde. Das war

der Anlass, weshalb man den Ingenieur I. beizog. I. schlug vor, eine Wand zu betonieren. Die Betonmauer war mit Ankern zu versehen." In der Folge wurde die Hangsanierung nach den Vorschlägen des Ingenieurs I. durchgeführt. Am 22. November 1989 unterbreitete A. der Zürich Versicherungsgesellschaft eine "Zusammenstellung der Arbeiten" 1) Rechnung A., Bi. Fr. 156'733.20 2) Rechnung PTT. Sit. Fr. 548.45 3) Rechnung Z., Sit Fr. 56'872.05 4) Rechnung T. Fr. 5'718.55 5) Rechnung Grabarbeiten PTT Fr. 651.25 6) Rechnung Ingenieur I. Fr. 1'457.80

### E. 3

Fr. 222'981.30 B. kontrollierte die verschiedenen Rechnungen und Ausmasse. In seinem Expertenbericht zu Händen der Zürich Versicherungsgesellschaft kommt er insgesamt auf eine Schadenssumme von Fr. 220'090.90. Die Differenz von Fr. 2'890.40 ist auf WUST-Beträge zurückzuführen, die A. den Rechnungen Z. (vgl. S. 19: Fr. 2'527.05), I. (S. 87: Fr. 64.80) und T. (S. 18: Fr. 288.55) beigefügt hat. Da die zwischen den Beteiligten geführten aussergerichtlichen Verhandlungen erfolglos geblieben waren, erstellte die Firma F. Geotechnik AG am 11. April 1990 im Auftrag der "Zürich" ein Kurzgutachten und kam darin zum Schluss, dass die Verschuldensanteile wie folgt zu verlegen sind: - Bauherrschaft (T.) 50 % - Ingenieur (I.) 20 % - Aushubunternehmen (A.) 30 % In dieser aussergerichtlichen Expertise wird zudem festgehalten, dass die Baugrube und bergseitige Stützmauer bereits zu Beginn der Aushubarbeiten hätte gesichert werden müssen. Diese "Ohnehin-Kosten" hätten sich auf Fr. 60'000.-- belaufen. Am 24. April 1990 unterzeichnete Rechtsanwalt Bo. für die Firma A. folgende "Vereinbarung über die Auszahlung von Versicherungsleistungen": "Der Unterzeichnete Firma A., Bauunternehmung, vertreten durch Herrn Dr. iur. Bo., Anwalt, F.-str. .. in Br. hat mit der «Zürich» als teilweise Versicherungsleistung für das Ereignis vom 02.05.89, Baugrube stürzte ein, den Betrag von Fr. 50'000.-- vereinbart. Er erklärt sich damit für die ihm aus diesem Schadenereignis erwachsenen Ansprüche an die Gesellschaft «Zürich» als abgefunden. In Haftpflichtfällen geschieht die Erledigung unter Offenlassung der Haftpflichtfrage und ohne Vorwegnahme einer Entscheidung für allfällige eigene Ansprüche des Versicherten der «Zürich». DIESE ANZAHLUNG ERFOLGT OHNE ANERKENNUNG EINER OBLIGATION UNSERERSEITS UND WIR HALTEN UNS DIE RECHTE DES VERSICHERUNGS-VERTRAGES VOR" Am 4. Mai 1990 ist der Betrag von Fr. 50'000.-- von der Zürich Versicherungsgesellschaft überwiesen worden. Nach dieser Teilzahlung wurde weiter verhandelt. Eine Einigung kam nicht zustande. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1991 stellte die Zürich-Versicherungsgesellschaft konventionellen Akt der Nichtvermittlung aus. Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Handels in erster Instanz ist aufgrund des Streitwertes von Fr. 168'619.25 gegeben (Art. 5 Abs. 1 ZPO und Art. 46 OG). Die Klage vom 29. Oktober 1993 nennt als Beklagte die "Zürich Versicherung Generalagentur Wallis, Sitten". Die Zürich Versicherungsgesellschaft ist indessen eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Generalagentur in Sitten ist demgegenüber bloss eine sogenannte Zweigstelle, die zwar wirtschaftlich selbständig ist, aber dennoch keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Sie bildet rechtlich einen Bestandteil der Gesellschaft, von der sie abhängt (BGE 108 II 124 E. 1; Montavon/Mermelinger/Favre/Stalder, Droit et pratique de la société anonyme, Bd. 1, S. 47 ff.). Es wäre vorliegend somit nicht die Generalagentur in Sitten ins Recht zu fassen gewesen. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Kantonsgerichts wird jedoch in Fällen wie dem vorliegenden zwecks Vermeidung eines exzessiven Formalis-

#### E. 4

mus die Bezeichnung des Beklagten von Amtes wegen berichtet (vgl. ZWR 1983 S. 151, 1968 S. 438). Die Zürich Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Zürich ist daher Beklagte im vorliegenden Prozess und als solche passivlegitimiert. Das Kantonsgericht ist auch ratione loci zuständig. Einerseits hat sich die Beklagte auf den Handel vorbehaltlos eingelassen (Art. 20 Abs. 1 ZPO). Andererseits räumen deren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) dem Versicherten in Art. 34 wahlweise den Gerichtsstand des schweizerischen Wohnsitzes oder Sitzes des Versicherten ein. Die Klage gegen die Zürich Versicherungsgesellschaft ist für die Firma A. & S. AG eingereicht worden, und zwar "als Rechtsnachfolgerin der Bauunternehmung A., Bi.", wobei die entsprechenden Forderungen zunächst für A. und in der Schlussdenkschrift dann für die A. & S. AG verlangt wurden. Die klägerische Vollmacht vom 26. Mai 1994 lautet auf die Aktiengesellschaft. Gemäss hinterlegtem Handelsregisterauszug wurde die Firma A. & S. AG am 5. Juni 1992 mit einem voll einbezahlten Aktienkapital von Fr. 150'000.-- gegründet und am 10. Juni 1992 im Handelsregister eingetragen. Es ist somit nicht aktenkundig, dass die Klägerin Rechtsnachfolgerin der Einzelfirma A. ist. Ebenso wenig ist erstellt, dass A. die eingeklagten Forderungen an die Klägerin abgetreten hat. In dem von der Klägerin bei den Schlussverhandlungen hinterlegten Schriftstück bestätigt A. zwar, die fragliche Forderungen an die Klägerin abgetreten zu haben, doch dieses Schriftstück stellt keine Zession dar und ein schriftlicher Abtretungsvertrag (Art. 165 OR) liegt nicht vor. Die Klägerin hat somit ihre Legitimation zur Sache nicht dargetan. Die klägerischen Rechtsbegehren müssen demnach bereits wegen fehlender Aktivlegitimation der Firma A. & S. AG abgewiesen werden. Allerdings müsste selbst bei gegebener Aktivlegitimation der Klägerin die Klage aus den nachstehenden Gründen zur Zeit abgewiesen werden: Die Klägerin stützt die Forderungen "sub-subsidiär" auf die von A. am 16. März 1987 mit der Beklagten abgeschlossene schriftliche Betriebshaftpflichtversicherung und damit auf einen Versicherungsvertrag. Es ist naheliegend, die Ansprüche vorab im Lichte dieses Vertragsverhältnisses zu prüfen und dabei zuerst den Stellenwert der bei den Akten liegenden "Vereinbarung über die Auszahlung von Versicherungsleistungen" vom 24. April 1990 zu beurteilen. Gemäss dieser Vereinbarung wurde der Betrag von Fr. 50'000.-- ausdrücklich als "teilweise" Versicherungsleistung und als "Anzahlung" umschrieben. Auch wenn der Standardsatz: "Er erklärt sich damit für die ihm aus diesem Schadenereignis erwachsenen Ansprüche an die Gesellschaft «Zürich» als abgefunden" nicht gestrichen worden ist, handelt es sich mithin nicht um eine Saldo-Vereinbarung, die eine weitere Prüfung auf versicherungsvertraglicher Grundlage ausschliessen würde. Gemäss Art. 13 AVB bestehen die Leistungen der Beklagten in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche. Bezüglich der Schadenbehandlung bestimmt Art. 28 sodann was folgt: "Die «Zürich» übernimmt die Behandlung eines Schadenfalles nur insoweit, als die Ansprüche den festgesetzten Selbstbehalt übersteigen. Die «Zürich» vertritt den Versicherten gegenüber dem Geschädigten; der Versicherte hat sie dabei nach Möglichkeit zu unterstützen. Die vergleichsweise Erledigung eines Schadenfalles durch die "Zürich" oder ein gegen den Versicherten ergangenes Gerichtsurteil ist für diesen verbindlich. Die «Zürich» ist berechtigt, den Schadenersatz dem Geschädigten direkt und ohne Abzug eines allfälligen Selbstbehaltes auszurichten; der Versicherte hat ihr in diesem Fall unter Verzicht auf sämtliche Einwendungen den Selbstbehalt zurückzuerstatten. Ohne vorgängige Zustimmung der «Zürich» ist der Versicherte nicht berechtigt, Entschädigungsansprüche anzuerkennen oder abzufinden und den Befreiungsanspruch aus dieser

Ver- sicherung an den Geschädigten oder an Dritte abzutreten. ..."

## **E. 5**

Geschädigte des Schadenfalles vom 2. Mai 1989 sind gemäss Aktenlage einmal die Geschwister G., die gegenüber T. einen Mietausfall von Fr. 4'050.-- geltend gemacht haben, Betrag der von diesem am 19. September 1989 beglichen worden ist. Geschädigt ist sodann offenbar die PTT, der am 2. Mai 1989 ein TT-Kabel beschädigt worden ist. Die entsprechenden Reparaturkosten im Betrag von Fr. 548.45 wurden am 13. September 1989 A. in Rechnung gestellt und von diesem am 13. November 1989 bezahlt. Geschädigter ist schliesslich T. oder allenfalls die Gebrüder T. mit folgenden Positionen: Rechnung A. vom 19. September 1989 Fr. 156'733.20 Rechnung Z. vom 4. August 1989 (inkl. WUST; Subunternehmung von A.: vgl. Werk- vertrag S. 76 ff. Fr. 56'872.05 Rechnung A. vom 22. November 1989 Fr. 651.25 Rechnung I. vom 14. Oktober 1989 (inkl. WUST) Fr. 1'457.80 Diverse Instandstellungen bei der Liegenschaft G., K. und I. Fr. 2'370.- Gegenüber A. sind dabei als allenfalls haftpflichtigem Baugrubenaushubunternehmer lediglich seitens der PTT die Kabelreparaturkosten von Fr. 548.45 und von T. der Betrag von Fr. 6'718.55 geltend gemacht worden. Alle Rechnungen im Zusammenhang mit der eigentlichen Hangsanierung (Fr. 156'733.20 + Fr. 56'872.05 + Fr. 651.25 + Fr. 1'457.80) wurden demgegenüber vom mit der Hangsanierung beauftragten A. entweder direkt an T. adressiert oder gingen - weil sie eben die unter der Verantwortung von A. vorgenommene Hangsanierung betrafen - an letzteren. Versicherungsvertraglich handelt es sich indessen - unter Vorbehalt anderweitiger Vereinbarungen, wie sie die Klägerin anführt - insgesamt um Kosten, für die T. als Geschädigter zu qualifizieren ist. Der "Geschädigte" T. hat sich nun aber bis heute gegenüber A. nicht als solcher zu erkennen gegeben, und zwar weil beide offenbar davon ausgehen, die Beklagte habe die entsprechenden Arbeiten in Auftrag gegeben und damit auch zu bezahlen. Es kann daher auch nicht gesagt werden, A. habe entsprechende Entschädigungsansprüche anerkannt oder abgefun- den. Letzteres trifft namentlich auch nicht für die Zahlungen von insgesamt Fr. 49'010.-- an die Firma Z. zu, da dieses Unternehmen von A. als Subunternehmerin entschädigt worden ist. Zusammenfassend ist demnach auf der Basis des geltenden Versicherungsvertrages festzuhalten, dass A. lediglich Fr. 548.45 an die PTT überwiesen und ansonsten keinerlei Entschädigungsansprüche anerkannt hat. Bei dieser Ausgangslage ist in diesem Kontext weiter zu prüfen, ob die allfälligen klägerischen Ansprüche verjährt sind, soweit sie aus Versicherungsvertrag hergeleitet werden. Die Beklagte beruft sich diesbezüglich auf Art. 46 Abs. 1 VVG wonach Forderungen aus Versicherungsvertrag zwei Jahre nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet, verjähren. Der Schaden habe sich am 2. Mai 1989 ereignet. Akt der Nichtvermittlung sei am 11. Oktober 1991 ausgestellt worden. Die Klageeinreichung datiere vom 29. Oktober 1993; "Es sind folglich seit dem Schadensereignis und dem Akt der Nichtvermittlung mehr als zwei Jahre vergangen."

## **E. 6**

Ab wann die versicherungsrechtliche Verjährung gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG zu laufen beginnt, ist in der Doktrin höchst umstritten (vgl. Zusammenfassung der entsprechenden Ansichten in Alfred Maurer, Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht, 1976, S. 299 ff.). Das Bundesgericht seinerseits kam zum Schluss, die Tatsache, welche die Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers begründe, sei die Verurteilung des haftpflichtigen Versicherten zu Schadenersatz (BGE 61 II 197 ff.), womit der Beginn der Verjährung unter Umständen tatsächlich weit aufgeschoben werden kann (Alfred Maurer,

a.a.O., S. 300). Die Frage des Beginns der Verjährungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG kann in casu aber offengelassen werden. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nämlich um eine sogenannte halbzwingende Vorschrift im Sinne von Art. 98 VVG, die also nur nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten abgeändert werden darf (Alfred Maurer, a.a.O.). Vorliegend bestimmt nun Art. 32 der AVB, die auf einem Schadenfall beruhenden Ansprüche eines Versicherten aus diesem Vertrag verjähren (erst) nach Ablauf von zwei Jahren seit dem Abschluss eines aussergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleiches oder dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils. Wie bereits dargelegt, obliegt dem Versicherten nach Art. 28 Abs. 2 AVB die Pflicht, die "Zürich" bei der Schadensregulierung zu unterstützen. Dies würde versicherungsvertraglich u.a. bedeuten, dass die Klägerseite die entstandenen Hangsanierungskosten bei der Bauherrschaft einzutreiben versucht hätte, nötigenfalls auf dem Prozessweg. Zudem bestimmt Art. 23 AVB ausdrücklich, dass A. als Versicherter verpflichtet war, "einen gefährlichen Zustand, der zu einem Schaden führen könnte und dessen Beseitigung die 'Zürich' verlangt hat, innerhalb angemessener Frist, auf eigene Kosten zu beseitigen." Nur soweit solche im Verhältnis zur Haftpflichtversicherung vorerst vom Versicherten zu tragende Kosten nicht oder nur teilweise von den in Frage kommenden (weiteren) Verantwortlichen erstattet würden, stünde quantitativ die allfällige Leistungspflicht der "Zürich" fest. Solange mithin die Klägerseite nicht auf die angegebene Weise vorgeht, hat sie gemäss Art. 29 Abs. 1 AVB alle diejenigen Folgen zu tragen, "die bei bedingungsgemäsem Verhalten vermieden worden wären," unter anderem, dass versicherungsvertraglich eine Leistungspflicht der "Zürich" noch gar nicht entstanden ist. Wenn aber die Leistungspflicht der Beklagten noch gar nicht feststeht, konnte auch die Verjährung der versicherungsvertraglichen Ansprüche nicht beginnen. Die Verjährungseinrede der Beklagten ist somit unbegründet. Nach dem Gesagten steht aber auch fest, dass die klägerischen Forderungen zur Zeit auf versicherungsvertraglicher Grundlage nicht geschützt werden können, da klägerseits die Voraussetzungen hierfür noch nicht geschaffen worden sind. Das ist eine Folge, welche die Klägerin im Sinne von Art. 29 Abs. 1 AVB mangels bisherigem bedingungsgemäsem Verhalten zu tragen hat. Zu solchem Verhalten hätte nämlich zweifelsohne gehört, dass die Klägerseite die Hangsanierungskosten bei jenen Personen einzutreiben versucht, denen die Hangsanierung letztlich zugute kommt. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beklagte zur Zeit und bis anhin auf versicherungsvertraglicher Basis zu Recht weitere Leistungen an ihren Versicherten verweigert hat. Es ist nach dem Gesagten an diesem, die hierfür erforderlichen Entscheidungsgründe zu schaffen. Tut er dies nicht (oder allenfalls zu spät), bleibt es eben dabei, dass er die entsprechenden Folgen zu tragen hat und auf den entsprechenden Kosten sitzen bleibt. Die Klägerin macht nun aber - und zwar primär - geltend, die Beklagte sei die Bestellerin bzw. Auftraggeberin der Hangsanierung gewesen und schulde ihr daher die Vergütung aus Werkvertrag oder allenfalls aus Auftrag. Die Beweislast für das Zustandekommen eines solchen Werkvertrages oder Auftrages zwischen den Prozessparteien obliegt der Klägerin (Art.

## **E. 8**

"Ich habe seitens der Zürich Versicherungen dem Unternehmer A. nie einen Auftrag erteilt, Sanierungsarbeiten auszuführen. Ich hatte lediglich eine beratende Funktion und gab in dieser Funktion Empfehlungen ab." Der damalige Schadensinspektor P. erklärte als Zeuge, bezüglich dieses Schadenfalls nie irgendeiner Unternehmung einen Auftrag erteilt zu haben. Eine Haftpflichtversicherung gebe niemals Unternehmungen den Auftrag, einen Schadenfall zu liquidieren. Man habe über verschiedene Sanierungsvarianten gesprochen.

Er erinnere sich daran, B. einen Experten- auftrag erteilt zu haben. Er vermöge sich aber nicht zu erinnern, irgend etwas von I. verlangt zu haben. Aufgrund dieser im wesentlichen Punkt der angeblichen Auftragserteilung der "Zürich" an die Firma A. widersprüchlichen Aussagen lässt sich tatbeständlich keinesfalls festhalten, es sei der übereinstimmende Wille der Prozessparteien gewesen, dass die Bauunternehmung A. die anstehenden Hangsanierungsarbeiten im Auftrag und auf Kosten der Beklagten aus- führt. Die diesbezüglichen Aussagen der direkt beteiligten Herren A., B. und P. sind nicht auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Der Aussage von T. wiederum kann letztlich nichts anderes entnommen werden, als dass B. und P. die Durchführung einer Hangsanierung wollten, die nicht neue Probleme aufwirft. I. schliesslich blieb in seinen Äusserungen sehr un- bestimmt. Erst nach Vorlegung der Bestätigung vom 5. Januar 1992 erklärte er, dass der In- halt derselben und damit auch der Satz "Herr A. wurde von den Vertretern der Zü- rich-Versicherungsgesellschaft beauftragt, die Sanierungsarbeiten auszuführen" wohl stim- men werde. Entgegen der Vermutung dieses Zeugen wurde die fragliche Bestätigung indes- sen nicht im Anschluss an die Begehung verfasst, sondern mehr als zweieinhalb Jahre nach dem Schadenfall und über zwei Monate, nachdem die Beklagte konventionellen Akt der Nichtvermittlung ausgestellt hatte. Ist ein übereinstimmender Wille der Parteien nicht festgestellt, so sind die Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 111 II 457 E. 3). Willenserklärungen (auch solche durch schlüssiges Verhalten: BGE 110 II 345 E. b) sind "so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (...). Dabei sind der Zu- sammenhang, in dem sie stehen, und die Umstände, unter denen sie abgegeben wurden, zu berücksichtigen ...; ferner jene Umstände, die den Parteien bei Vertragsabschluss bekannt oder erkennbar waren; später eintretende Umstände (... das nachträgliche Verhalten der Parteien) lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint hatten" (Peter Gauch, OR Allgemeiner Teil - Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. A. 1989, S. 10/11 mit zahlreichen Hinweisen auf einschlägige BGE). Vorliegend steht fest, dass die Vertreter bzw. beigezogenen Fachleute der Beklagten, P. und B., darauf gedrungen haben, dass eine sichere und damit auch kostspieligere Sanie- rungsvariante realisiert wird. Nach dem Vertrauensprinzip konnte und durfte A. die entspre- chenden Äusserungen nicht dahin gehend verstehen, es werde nun die "Zürich" bezüglich dieser Hangsanierung als Bestellerin fungieren. Selbst wenn P. bei diesen Diskussionen die Bemerkung fallengelassen haben sollte, wenn die Versicherung bezahle, so sage er, was wie durchgeführt werde und was nicht T., wusste A., in welcher Funktion P. und B. auf Platz wa- ren, nämlich für seinen Haftpflichtversicherer und somit gestützt auf einen bestehenden Haft- pflichtversicherungsvertrag. Aus den AVB konnte und musste A. zudem bekannt sein, dass er als Versicherter verpflichtet war, "einen gefährlichen Zustand, der zu einem Schaden führen könnte und dessen Beseitigung die 'Zürich' verlangt hat, innerhalb angemessener Frist auf eigene Kosten zu beseitigen" (Art. 23 AVB, S. 116). Was das nachträgliche Verhalten der Prozessparteien anbelangt, so spricht auch dieses keineswegs dafür, dass A. die Empfehlungen und/oder Forderungen P. und B. in guten Treu- en dahin gehend verstehen durfte, die Beklagte sei Bestellerin oder Auftraggeberin der Sa- nierungsarbeiten. Im Gegenteil. Die Beklagte war nach den Ortsschauen nie als Bauherrin

## **E. 9**

aufgetreten und hat nie Weisungen erteilt. Die eigene Rechnung A. betreffend die Hangsa- nierung vom 19. September 1989 war zudem an M. T. adressiert, ebenso seine Rechnung vom 22. November 1989 betreffend Aushubarbeiten für das Verlegen der Telefonleitung inkl. Einfüllen und Ausebnen von Terrain. Bei seiner "Zusammenstellung der Arbeiten"

vom 22. November 1989 zu Handen der Beklagten handelt es sich sodann offensichtlich nicht um eine "Rechnung", wie im entsprechenden Bordereau vermerkt, sondern eben um eine "Zusammenstellung" aller Schadenspositionen zu Handen von B., "damit Sie nun den Expertenbericht machen können", wie A. selber bemerkt. Ein solcher Expertenbericht hatte aber nur bezüglich der Abklärung der vertraglichen Haftpflichtversicherungsansprüche A. einen Sinn, gewiss nicht im Hinblick auf vertragliche Werklohnforderungen. Folgerichtig enthielt denn die erwähnte Zusammenstellung nicht nur Kosten im Zusammenhang mit der eigentlichen Hangsanierung, sondern auch Schadenersatzforderungen Dritter, namentlich auch des Bauherrn T. Schliesslich ist noch zu bemerken, dass die "Werkvertragstheorie" - zumindest in den Gerichtsakten - erst auftaucht, nachdem die Verhandlungen mit der Beklagten gescheitert waren. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Klägerin bzw. A. in Berücksichtigung aller massgeblichen und dargelegten Gesichtspunkte die im Vorfeld der anschliessend realisierten Hangsanierung getätigten Äusserungen und Verhaltensweisen von P. und B. nicht in guten Treuen dahin gehend verstehen durfte und konnte, die Zürich Versicherungsgesellschaft habe ihm den Auftrag erteilt, die Hangsanierung im Sinne eines Werkvertrages oder Auftrages ganz (oder teilweise) auf ihre Kosten vorzunehmen. In der Schlussdenkschrift vom 23. September 1996 berief sich die Klägerin noch auf Art. 422 ff. OR. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern hier A. eine Geschäftsbesorgung im Interesse der "Zürich" übernommen haben sollte. Vielmehr war es diese, welche in dieser Angelegenheit im Interesse A., ihrem Haftpflichtversicherten, tätig geworden ist. Aus dem Gesagten folgt, dass die klägerischen Rechtsbegehren - mindestens zur Zeit - abzuweisen sind. Dies gilt namentlich auch bezüglich der geltend gemachten aussergerichtlichen Anwaltskosten von Fr. 3'500.--, für die zudem in quantitativer Hinsicht klägerseits kein Beweis angeboten, geschweige denn erbracht worden ist. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten von Verfahren und Urteil der Klägerin (Art. 302 Abs. 1 ZPO) aufzuerlegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.