

Zur Reichweite des Baurisikoausschlusses in der Rechtsschutzversicherung

Von Dr. Caspar David Hermanns und Johanna Ennemann, Osnabrück*

A. Ausgangslage

Der Versicherungsnehmer darf von seiner Rechtsschutzversicherung grundsätzlich erwarten, dass diese das Kostenrisiko aus der Erledigung seiner Rechtsangelegenheiten übernimmt. Dennoch darf die Rechtsschutzversicherung vom Versicherungsnehmer jedoch nicht als „Rundum-Sorglos-Paket“ verstanden werden, denn der Versicherer kann schon aus wirtschaftlichen Gründen nicht jedes Kostenrisiko abdecken. Deswegen ist es interessengerecht besonders kostspielige Risiken, welche meist zugleich nur im Interesse einer geringen Anzahl von Versicherungsnehmern stehen, von dem Versicherungsschutz auszuschließen. So kann sichergestellt werden, dass es bei einem niedrigen Versicherungsbeitrag bleibt und die Versicherungsgemeinschaft zugleich keiner zu hohen Belastung ausgesetzt wird¹.

Einer der Ausschlusstatbestände findet sich in § 3 Abs. 1 d ARB wieder, der das mit dem Bauvorhaben verbundene Kostenrisiko vom Versicherungsumfang ausschließt. Wie weit insbesondere der „ursächliche Zusammenhang“ zwischen dem entstandenen Rechtsstreit und dem Bauvorhaben besteht, ist unklar, so dass es immer wieder zu Deckungsprozessen zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer im Zusammenhang mit der Baurisikoausschlussklausel kommt.

I. Ausschluss des Versicherungsschutzes

Bauprozesse sind aufgrund ihrer komplizierten Beweisaufnahme vielfach langwierig und kostenintensiv, so dass der betroffene Versicherungsnehmer besonders in diesem Fall Unterstützung von seinem Versicherer erwartet. Doch gerade die schwer überschaubaren und kaum kalkulierbaren rechtlichen Streitigkeiten rund um das Bauvorhaben sind im Interesse der Versicherungsgemeinschaft und in dem Interesse an einem möglichst niedrigen Beitrag von dem Versicherungsschutz ausgeschlossen. So hat der Versicherungsnehmer die Kosten der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen, die im ursächlichen Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Veräußerung eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstückes oder der Planung, Errichtung oder genehmigungspflichtigen baulichen Veränderungen an seinem oder an einem zu erwerbenden Grundstück, Gebäudes oder Gebäudeteils und dessen Finanzierung gem. § 3 Abs. 1 d ARB selbst zu tragen.

* Der Verf. *Dr. Hermanns* ist Rechtsanwalt in der Sozietät Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte, in Osnabrück, die Verf. *Ennemann* ist juristische Mitarbeiterin dieser Sozietät.

¹ Hierzu *Bauer*, in: Harbauer, ARB, 7. Aufl., München 2004, Vor § 1, Rn. 7.

II. Entwicklung der Ausschlussklausel und deren Auslegungskriterien

Ursprünglich knüpfte die Baurisikoklausel in den ARB 69 an die Eigenschaft als Bauherr an, um das Baurisiko vom Versicherungsschutz auszuschließen. Dieser Anknüpfungspunkt lief jedoch bei den damals aufkommenden Bauträgermodellen ins Leere². Mit der Einführung der ARB 75 wurde das Baurisiko durch § 4 Abs.1 k ARB 75 dann vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Nach dieser Regelung wurde nicht mehr auf die Eigenschaft als Bauherr, sondern auf das Bauvorhaben des Versicherungsnehmers, das in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit steht, abgestellt. So sollte das Baurisiko umfassend ausgeschlossen werden³.

Doch auch durch die Klausel gelang es nicht, den versicherten Fall hinreichend von den unversicherten Streitigkeiten abzugrenzen, so dass es zu vielen Streitfragen und voneinander abweichenden Entscheidungen über den Anwendungsbereich der Ausschlussklausel kam⁴. Die ARB 94 hielten daher an dem Bezugspunkt des Bauvorhabens fest und schlossen ausdrücklich den Erwerb, sowie die Veräußerung eines Baugrundstücks und die Finanzierung der Vorhaben aus § 3 d ARB 94 aus. Gleichzeitig wurde der bisherige „unmittelbare Zusammenhang“ nicht mehr gefordert und es sollte nun der „ursächliche Zusammenhang“ zwischen Bauvorhaben und Rechtsstreit genügen. Die Regelung wurde in die ARB 2000 übernommen. Auf Grund der vielen Deckungsprozesse zu den ARB 75, hatte der BGH diesen Regelungsgehalt teilweise schon vorweggenommen, so dass die Änderung durch ARB 94 eher einen klarstellenden Charakter, als eine gänzliche Neuregelung bedeutete⁵.

Um festzustellen, ob im Streitfall Versicherungsschutz besteht, ist die Ausschlussklausel für den Einzelfall auszulegen. Hierbei muss zunächst der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB (§ 5 AGBG a. F.) besondere Beachtung geschenkt werden. Denn da die ARB Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB (§ 1 AGBG a. F.) sind⁶, sind diese nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und erkennbarem Sinnzusammenhang verstehen muss. Dabei ist auf einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer abzustellen, der frei von Interessen, juristischen Vorkenntnissen oder Berufskenntnissen ist. Ein objektiver Dritter dürfte die Klauseln in der Position des Durchschnittskunden nicht weiter auslegen, als dies ihr Sinn unter Beachtung des wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert⁷. Sollten trotz der Auslegungsbemühungen, Zweifel an der Deutung einer Klausel bestehen, so gehen diese gemäß

² *Wendt*, R+S 2006, 45, 45.

³ *Wendt*, R+S 2006, 45, 45.

⁴ *Maier*, VersR 1997, 394, 394.

⁵ *Berger*, VersR 2000, 1321, 1323.

⁶ *BGH*, Urt. v. 17.03.1999 – IV ZR 218/97 – NJW 1999, 1865; *LG Saarbrücken*, Urt. v. 27.06.2002 – 2 S 341/01 – ZfS 2002, 497, 498.

⁷ *BGH*, Urt. v. 15.05.2000 – IV ZR 113/99 – VersR 2000, 1090, 1091; *LG Saarbrücken*, Urt. v. 27.06.2002 – 2 S 341/01 – ZfS 2002, 497, 498.

§ 305 Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders, wobei die kundenfreundlichste Auslegung zugrunde zu legen ist⁸.

Insgesamt dauerte es eine gewisse Zeit bis der Bundesgerichtshof den seinen recht abstrakten Ausführungen schärfere Konturen gegeben hatte. So stellte der Bundesgerichtshof zunächst fest, dass ein „gewisser zeitlicher Zusammenhang auch einen inneren sachlichen Bezug forde- re“⁹ um dem damals streitigen unmittelbaren Zusammenhang gerecht zu werden. In einem späteren Urteil bezog der Bundesgerichtshof dann erstmals den Zweck der Ausschlussklausel als Abgrenzungskriterium in seine Überlegungen mit ein. So soll die Ausschlussklausel das kaum kalkulierbare Risiko bei Streitigkeiten um Baumaßnahmen vom Versicherungsschutz ausnehmen¹⁰. In dem zu entscheidenden Fall sah der Senat das Erwerbsrisiko bei einem Grundstückskauf und nicht das Baurisiko als gegeben und sprach dem Versicherungsnehmer folglich im Streit um einen Grundstückskaufvertrag den Deckungsschutz seiner Versicherung zu. In einem späteren Fall hatte der Bundesgerichtshof über den Kauf eines Einfamilienhau- ses, dass nach Angaben des Veräußerers an einer Wohnstraße mit Alleecharakter liegen sollte, tatsächlich jedoch an einer Durchgangsstraße mit täglich 150 passierenden Bussen lag, zu entscheiden¹¹. Bei dieser Entscheidung stellte der Senat jedoch nicht wie zuvor auf den Zu- sammenhang, sondern auf die Beurteilung aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungs- nehmer ab, und sprach dem Versicherungsnehmer auch in diesem Fall den Versicherungs- schutz zu.

Im Streit um den Versicherungsschutz bezüglich einer Klage gegen einen geschlossenen Im- mobilienfond beziehungsweise dessen Initiatoren legte der Bundesgerichtshof¹² zwei Ausle- gungsmaßstäbe an, an denen gemessen wird, ob der Rechtsstreit von der Ausschlussklausel erfasst werde. So komme es zunächst auf das Verständnis eines durchschnittlichen Versiche- rungsnehmers bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs an¹³. Gleichzeitig dürfe der Anwendungsbereich nicht weiter ausgedehnt werden, als es der Sinn unter Beachtung des wirtschaftlichen Ziels und der gewählten Ausdrucksweise erfordert¹⁴.

Mit der Einführung der ARB 94 suchte die Versicherungswirtschaft die zwischenzeitlich er- gangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umzusetzen und Kriterien zu entwickeln, die die Grenzen des ursächlichen Zusammenhangs näher definieren konnten. Nach der jünge- ren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies jedenfalls partiell gelungen. So stellte der

⁸ *AG Saarbrücken*, Urt. v. 14.05.1995 – 12 C 86/95 – ZfS 1995, 351.

⁹ *BGH*, Urt. v. 16.10.1985 – IVa ZR 49/84 – VersR 1986, 132.

¹⁰ *BGH*, Urt. v. 14.02.1990 – IV ZR 4/89 – VersR 1990, 485.

¹¹ *BGH*, Urt. v. 10.11.1993 – IV ZR 87/93 – VersR 1994, 44.

¹² *BGH*, Urt. v. 19.02.2003 – IV ZR 318/02 – VersR 2003, 454.

¹³ *BGH*, Urt. v. 23.06.1993 – IV ZR 135/92 – BGHZ 123, 83, 85

¹⁴ *BGH*, Beschl. v. 17.09.1975 – IV ZR 17/75 – BGHZ 65, 142, 145; Urt. v. 17.03.1999 – IV ZR 89/98 – VersR 1999, 748 unter 2 a).

Senat in einem um den Deckungsschutz für einen gegen eine Bausparkasse angestregten Prozess wegen eines aufgrund arglistiges Täuschung zustande gekommenen Finanzierungsvertrags, dass der Rechtsstreit durch den Ausschluss der Finanzierung erfasst und somit nicht von dem Versicherungsumfang gedeckt sei. Hier komme es auf den Zusammenhang zwischen der Finanzierung und dem Bauvorhaben und nicht auf die Unterscheidung, ob sich hier ein Baurisiko oder ein Finanzierungsrisiko verwirklicht habe, an. Dem Versicherungsnehmer erschließe sich, dass das Finanzierungsrisiko, das mit einem Bauvorhaben an sich in Bezug stehe, gänzlich vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sei¹⁵.

In einem Streit mit einem Feuerversicherer lehnte die Rechtsschutzversicherung ihre Einstandspflicht ab, da sich nach der Auffassung des Versicherers um die Finanzierung des Wiederaufbaus des abgebrannten Gebäudeteils gestritten wurde. Jedoch hielt der Bundesgerichtshof die Baurisikoklausel nicht für anwendbar, da die Leistungen eines Brandversicherers kein Instrument der Baufinanzierung seien¹⁶.

Zusammenfassend bleiben somit folgende Kriterien bei der Beurteilung eines Versicherungsfalls zu beachten. Einerseits genügt ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Rechtsstreit und Bauvorhaben, dieser muss jedoch im Rahmen des Baurisikos oder des Baufinanzierungsrisikos stehen. Die Grenzen der Ausschlussklausel bestimmen die Beurteilung des durchschnittlichen Versicherungsnehmers, wie er die Baurisikoklausel versteht, um die Klausel nach seinem Verständnis auszulegen.

B. Fallgruppen

Von diesen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten aber doch recht abstrakten Kriterien ausgehend haben sich Fallgruppen herausgebildet, in denen die Rechtsprechung die Reichweite der Klauseln konkretisiert hat.

I. Verwirklichung des Baufinanzierungsrisikos

Spätestens seit der Einführung der ARB 94 ist der Streit, ob der Begriff der Planung auch die wirtschaftliche Planung und somit die Finanzierung umfasst hinfällig. § 3 Abs. 1 d dd ARB erfasst ausdrücklich die Finanzierungen der Bauvorhaben aus § 3 Abs. 1 d aa bis cc in ihrem Ausschlussstatbestand. Folglich müssen die Einwendungen nicht zwingend aus dem baurechtlichen Verhältnis erhoben werden. Sobald die Finanzierung im ursächlichen Zusammenhang mit einem der Vorhaben aus § 3 Abs. 1 d steht, ist auch diesbezüglich jeglicher Streit vom Versicherungsumfang ausgeschlossen, denn neben dem Baurisiko ist seit der ARB 94 nun auch das Baufinanzierungsrisiko durch § 3 Abs. 1 d ausgeschlossen.

¹⁵ *BGH*, Urt. v. 29.11.2004 – IV ZR 170/03 – VersR 2004, 1596.

¹⁶ *BGH*, Urt. v. 28.09.2005 – IV ZR 106/04 – VersR 2005, 1684.

Hierbei bleibt allerdings unklar, was das typische Baufinanzierungsrisiko kennzeichnet. Der Versicherungsnehmer nimmt für die Finanzierungen, die im Zusammenhang mit seiner Baumaßnahmen stehen, in der Regel eine relativ hohe Darlehenssumme auf, welche grundbuchrechtlich abgesichert ist. Größtenteils spielen auch steuerrechtliche Aspekte bei der Finanzierungsplanung eine nicht geringe Rolle. So werden mit der Ausschlussklausel sowohl die rechtlichen Streitigkeiten des Versicherungsnehmers gegen das das Darlehen gewährende Kreditinstitut aus dem Vertrag, als auch von der Bank ausgeübte Zwangsvollstreckungen¹⁷, sowie Streitigkeiten, die sich aus der nicht Beachtung der Kundenanweisung ergeben, ausgeschlossen¹⁸.

Gemessen an den Erwägungen zur Zulässigkeit von Risikoausschlüssen – es kommt auf die Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers an, dessen Interesse regelmäßig dahin geht, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare Zweck der Klausel dies gebietet¹⁹ – muss man dennoch die Frage nach der Zulässigkeit der Baufinanzierungsklausel grundsätzlich aufwerfen. So ist mit einer Baufinanzierung kein spezifisches Risiko verbunden, das über den zumeist hohen Streitwert hinaus geht. Hält man sich vor Augen, dass dagegen der Kauf eines Gebäudes vom Versicherungsumfang umfasst ist und somit auch alle Streitigkeiten, die mit dem Erwerb im Zusammenhang stehen versichert sind, treten schwierig aufzulösende Wertungswidersprüche auf. Denn die praktische Erfahrung zeigt, dass insbesondere der Erwerb älterer Häuser ein nicht minder großes Risiko eines Rechtsstreits beinhaltet als der genehmigungspflichtige Bau eines Hauses. Insofern ist es das Mindeste, die Baufinanzierungsklausel – soweit man sie überhaupt als wirksam erachtet – restriktiv auszulegen.

Dies bedeutet, dass der Streit mit bei der Finanzierung beratenden Dritten nicht vom typischen Finanzierungsrisiko erfasst und somit ausgeschlossen sein kann. Soweit in der Kommentierung ausgeführt wird, dass der Versicherungsnehmer beispielsweise keine Deckung für einen Rechtsstreit mit einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Notar erhalten könne, wenn er geltend mache, von diesen insoweit falsch beraten worden zu sein²⁰, da ein hinreichender Bezug zur Finanzierung des Bauvorhabens jedenfalls dann gegeben sei, wenn sich der steuerliche oder anwaltliche Rat auf das „Ob“ und „Wie“ des aufgenommenen Baudarlehens bezogen habe, muss dem entgegen getreten werden. Denn Streitpunkt ist dann nicht mehr der Baufinanzierungsvertrag, sondern die Beratungsleistung des Beraters.

Demgemäß sah der Bundesgerichtshof einen Rechtsstreit wegen Beratungsfehler eines Rechtsanwalts in einem Bauprozess nicht in einem ursächlichen Zusammenhang im Sinne von § 3 Abs. 1 d ARB stehen, denn in diesem Fall habe sich gerade nicht das typische Bauri-

¹⁷ So auch schon *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 16.09.1991 – 12 W 86/91 – R+S 1992, 308; *OLG Nürnberg*, Urt. v. 28.01.1993 – 8 U 1775/92 – ZfS 1993, 172.

¹⁸ *Meier*, in: Harbauer, ARB, 7. Aufl., München 2004, § 3 ARB 94/2000, Rn. 6d.

¹⁹ *BGH*, Urt. v. 16.06.1982 – IVa ZR 270/80 – VersR 1982, 841.

²⁰ *Meier*, in: Harbauer, ARB, 7. Aufl., München 2004, § 3 ARB 94/2000, Rn. 6d.

siko, sondern das Risiko der Falschberatung verwirklicht. Der Bundesgerichtshof vermochte zu Gunsten des Versicherungsnehmers nicht zu erkennen, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer davon ausgehe, „... dass sich der Risikoausschluss auch auf den, einem Bauprozess nachfolgenden Regressprozess wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen erstrecke“²¹.

Anders mag der Fall liegen, in dem es im Rahmen von Baufinanzierungen zu rechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Finanzamt kommt, weil über die Abzugsfähigkeit des Disagios eines Baudarlebens gestritten wird. Nach einem Urteil des Amtsgerichts Hannover falle auch ein solcher Streit unter die Ausschlussklausel²². Im Hinblick darauf, dass der Ausschlussstatbestand im Ergebnis durch die Einführung des § 3 d Abs. 1 d dd ARB erheblich erweitert wurde und des nunmehr allein hinreichenden ursächlichen Zusammenhangs, wird man einen Leistungsausschluss nicht verneinen können.

II. Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds

Insbesondere die Frage, ob die Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds unter den Begriff der Finanzierung fällt, dürfte im Hinblick auf die im Zuge der Finanzkrise offenbar gewordenen Schieflage einiger Immobilienfonds für die Rechtsprechung wieder von Bedeutung werden.

Isoliert betrachtet stellt die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfond eine Form der Geldanlage dar²³ wobei, je nach rechtlicher Gestaltung der Beteiligung diese aber auch den Erwerb eines Baugrundstücks mit sich bringen kann. Das Ziel des geschlossenen Immobilienfonds ist es in der Regel ein einzelnes Bauprojekt zu finanzieren. So vermag selbst der Bundesgerichtshof die Frage nicht pauschal zu beantworten, ob die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds von dem Begriff der Finanzierung in § 3 Abs. 1 d dd erfasst und somit von der Ausschlussklausel erfasst ist²⁴.

Mithin kommt es auf die Rechtsanwendung im Einzelfall, insbesondere auf die Ausgestaltung der jeweiligen Beteiligung an. Hierbei ist die rechtliche Struktur der Beteiligung vor allem in Bezug auf die unter aa) bis cc) der Klausel beschriebenen Bauvorhaben zu prüfen. So fällt zum Beispiel ein Schadensersatzanspruch aus der Prospekthaftung für einen geschlossenen Immobilienfond nicht unter den Ausschlussstatbestand²⁵, während hingegen der Versicherungsschutz nicht gegeben ist, wenn die Beteiligung an einem Fonds auf Grund der Anpreisung eines mit der Beteiligung verbundenen (im Grundbuch einzutragenden) Erwerbs von (Gesamthands-)Eigentum und der Veräußerlichkeit seines Immobilienanteils erfolgte²⁶. Im

²¹ *BGH*, Urt. v. 28.05.2008 – IV ZR 282/07 – BauR 2008, 1618.

²² *AG Hannover*, Urt. v. 11.08.1992 – 528 C 5884/92 – R+S 1993, 25.

²³ *BGH*, Urt. v. 21.01.2002 – II ZR 2/00 – NJW 2002, 1642.

²⁴ *BGH*, Beschl. v. 17.10.2007 – IV ZR 37/07 – VersR 2008, 113.

²⁵ *LG Limburg*, Beschl. v. 26.02.2007 – 3 S 300/05 – VersR 2007, 1693.

²⁶ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.03.2006 – 4 U 97/05 – VersR 2007, 832.

Ergebnis kann die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfond im Rahmen von § 3 d ARB weder pauschal eingeordnet, noch ausgeschlossen werden. Leider vermag es die Ausschlussklausel in diesem Fall nicht, den versicherten von dem unversicherten Fall hinreichend zu trennen. Der Rechtsprechung ist jedoch zu entnehmen, dass Streitigkeiten, die sich auf bloße Bankrisiken, wie Prospekthaftung beziehen nicht unter die Baufinanzierungsklausel fallen. Kommt es dem Versicherungsnehmer bei seiner Beteiligung dagegen darauf an, (Mit-)Eigentum an dem Baugrundstück zu erwerben, so wird dieser Fall von dem typischen Baufinanzierungsrisiko erfasst.

III. Materialkauf

Im Wege der Errichtung oder genehmigungspflichtigen Veränderung kommt es häufig vor, dass der Versicherungsnehmer auch selber Bauarbeiten an seinem Bauvorhaben vornimmt. Insoweit kann sich die Frage stellen, ob der Versicherungsschutz ausgeschlossen ist, wenn an den vom Versicherungsnehmer gekauften Baumaterialien Mängel bestehen und der Versicherungsnehmer deswegen den Rechtsweg beschreitet, um seine Rechte gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen. Nach der Rechtslage der ARB 75 wurde vertreten, dass, wenn der Fehler am Baumaterial vor dem Einbau entdeckt wurde, es an einem – damals noch geforderten – unmittelbaren Zusammenhang fehle²⁷.

Heute kommt es jedoch, wie dargestellt, in den allermeisten Verträgen nur noch auf den ursächlichen Zusammenhang an. Dass der Kauf der Materialien im ursächlichen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben steht, ist hierbei unproblematisch zu bejahen. Da es bei der Auslegung der Ausschlussklausel jedoch auf die Sicht des Versicherungsnehmers ankommt, ist entscheidend, ob dieser einen Streit über Gewährleistungsansprüche aus einem Kaufvertrag unter die Baurisikoklausel subsumieren würde. Dem Versicherungsnehmer erschließt sich, dass durch die Klausel sämtliche Streitigkeiten ausgeschlossen werden sollen, die im Zusammenhang mit seinem Bauvorhaben stehen und denen gleichzeitig das Baurisiko innewohnt. Insofern ist wiederum entscheidend welche Risiken das Baurisiko ausmacht. So sollen nicht nur werkvertragliche Ansprüche, sondern sämtliche bei Bauvorhaben oftmals auftretende Streitigkeiten von der Risikoklausel erfasst sein²⁸. Wie bereits oben dargestellt kommt es durchaus häufig zu Materialeinkäufen der Versicherungsnehmer im Laufe des Bauvorhabens. Mit diesen Einkäufen treten ebenfalls die Streitigkeiten über den Kaufgegenstand auf, so dass diese Streitigkeiten typisch für ein Bauvorhaben sind und deswegen der Baurisikoklausel unterfallen. Ebenso verhält es sich für den Fall, dass der Versicherungsnehmer die Materialien bereits eingebaut hat und der Mangel erst in diesem Zeitpunkt zu erkennen ist. Denn in diesem Fall können sich die Mängel auf das gesamte Gebäude beziehungsweise den Gebäudeteil übertragen, so dass typische Beweisprobleme auftreten, die von dem Baurisiko erfasst und vom Versicherungsschutz nicht gedeckt sind. Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass Ge-

²⁷ *BGH*, Urt. v. 18.05.1999 – X ZR 158/97 – NJW 1999, 2887; Urt. v. 03.02.1999 – VIII ZR 14/98 – NJW 1999, 1404; *Maier*, *VersR* 1997, 394, 399.

²⁸ *Maier*, in: Harbauer, *ARB*, 7. Aufl., München 2004, § 3 ARB 94/2000, Rn. 6b.

währleistungsansprüche über Baumaterialien, die für die Errichtung oder die genehmigungspflichtige Änderung von dem Versicherungsnehmer eingekauft wurden, ebenfalls vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind.

Wird der Versicherungsnehmer dagegen während des Materialkaufs in seinen Rechtsgütern verletzt, so kann er gegebenenfalls Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo gegen den Verkäufer geltend machen. Zwar erfolgte der Besuch der Geschäftsräume des Veräußerers zum Zwecke des Materialkaufs, weshalb dieser in einem ursächlichen Zusammenhang mit einem Bauvorhaben steht. Eine Haftung aus culpa in contrahendo kann jedoch nicht als typische Verwirklichung des Baurisikos verstanden werden, weshalb der Versicherer seinen Schutz nicht gemäß § 3 Abs. 1 d ARB verweigern kann, auch wenn der Besuch des Baumarktes in Zusammenhang mit dem Bauvorhaben steht.

IV. Grundstückskauf

Vor der Einführung der ARB 94 war auch der Fall des Grundstückskaufs sehr umstritten. War der Veräußerer an der Errichtung und Planung beteiligt, so fiel der Grundstückskauf unter die Ausschlussklausel, ansonsten verwirklichte sich in den Erwerbsfällen nur das Erwerbsrisiko, welches von dem Baurisiko nicht erfasst war. Nun ist jedoch der Fall des Erwerbs oder der Veräußerung eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstücks eigens vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Allerdings kommt es auch bei dieser – scheinbar – ausdrücklichen Formulierung zu Problemen.

So stellt sich zunächst die Frage, wann ein Grundstück zu Bauzwecken erworben wurde. Zwar könnte hier auf ein objektives Merkmal, nämlich die Bebaubarkeit des Grundstücks, beispielsweise durch Ausweisung desselben in einem Bebauungsplan als bebaubare Fläche, abgestellt werden. Die Versicherungswirtschaft entschied sich in den ARB 94/2000 jedoch gegen einen objektiven Anknüpfungspunkt und stellte auf den subjektiven Willen des Versicherungsnehmers ab. Zwar trägt der Versicherer so grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen eines Risikoausschlusses, die Frage, für welchen Zweck das Grundstück gekauft wurde, liegt jedoch in der Sphäre des Versicherungsnehmers. Es obliegt daher dem Versicherungsnehmer die Umstände darzulegen, aus denen er trotz bauplanungsrechtlicher Möglichkeit im konkreten Fall von einer Bebauungsmöglichkeit zunächst Abstand genommen hatte. Erst nach der Erklärung kann der Versicherer im Zuge seine sekundären Behauptungslast²⁹ Beweise erbringen, dass die vom Versicherungsnehmer vorgetragene Erklärungen nicht den Tatsachen entsprechen. So umfasst der Ausschlussbestand auch Fälle, in denen der Versicherungsnehmer ein Grundstück im Glauben an die Bebaubarkeit erworben hat, tatsächlich jedoch das Grundstück nicht als Baufläche ausgewiesen ist. Das Abstellen auf einen subjektiven Anknüpfungspunkt war somit erforderlich.

²⁹ hierzu: *BGH*, Urt. v. 18.05.1999 – X ZR 158/97 – *NJW* 1999, 2887; Urt. v. 03.02.1999 – VIII ZR 14/98 – *NJW* 1999, 1404.

Auch hierbei stellt sich allerdings die Frage, wie weit das Erwerbsrisiko und damit der Versicherungsausschluss reichen soll. In einem vom Landgericht Dortmund zu entscheidenden Rechtsstreit begehrte der Versicherte Rechtsschutz für eine Schadensersatzklage gegen die Stadt³⁰. Diese hatte dem Versicherten im Jahr 1994 ein Grundstück verkauft, in dessen Kaufvertrag festgelegt war, dass das angrenzende Nachbargrundstück viergeschossig bebaut werden solle. Tatsächlich wurden jedoch fünf Etagen auf dem Nachbargrundstück errichtet. Der Versicherte sah in diesem Streit keine Verwirklichung des Baurisikos, was seiner Ansicht nach für einen Ausschluss zumindest mitursächlich sein müsse. Bei der Auslegung des Klausel stellte das Gericht allerdings fest, dass der verständige Versicherungsnehmer alle Streitigkeiten mit dem Veräußerer eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstückes unter die Ausschlussklausel fassen würde, soweit ein innerer Zusammenhang zwischen dem Erwerb und der Streitigkeit gegeben ist. Das zusätzlich noch ein typisches Baurisiko verwirklicht werden müsse, sei weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Klausel zu folgern. Es sei folglich das Erwerbsrisiko schlechthin vom Versicherungsschutz ausgeschlossen³¹. Der Versicherte musste demnach das Prozessrisiko alleine tragen.

C. Fazit

Wenn auch die vom Bundesgerichtshof entwickelten Kriterien zu vertretbaren Ergebnissen führen, ist die Auslegung der ARB aus Sicht des Versicherungsnehmers nicht unproblematisch. In Anbetracht der Spezialisierung des Bundesgerichtshofs und zumindest der Senate der Obergerichte, oftmals auch schon der Landgerichte indem entsprechende Spezialzuständigkeiten begründet werden, besteht das nicht unerhebliche Risiko, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer überschätzt wird. Die Beratungspraxis zeigt regelmäßig, dass sich der Versicherungsnehmer oftmals keine – erst recht keine zutreffende – Vorstellung von der Reichweite seines Versicherungsschutzes macht, wobei die Werbung der Versicherer ihren Anteil hierzu beitragen wird. Insofern überrascht die hohe Zahl der Deckungsprozesse bezüglich der Auslegung der Baurisikoklausel nicht, weil bestimmte Fallgruppen weder pauschal unter den Tatbestand fallen, noch von dieser pauschal ausgeschlossen werden.

Ist zu der jeweils streitigen Konstellation noch kein Urteil ergangen, so muss der Versicherte, vor allem aber der diesen beratende Rechtsanwalt im Einzelfall die nachfolgend dargestellte Prüfungsreihenfolge einhalten um festzustellen, ob Deckungsschutz besteht oder nicht. Dies sollte schon im eigenen Interesse des Rechtsanwalts geschehen, da Bauherren oft das Ausfechten eines Streites vom Bestehen des Versicherungsschutzes abhängig machen und eine Beratung, durch die bestehender Versicherungsschutz fälschlicherweise verneint wird, zu erheblichen Haftungsgefahren für den Rechtsanwalt führt. Zunächst ist also zu prüfen, ob die Rechtsstreitigkeit im Zusammenhang der Tatbestände aus § 3 d Abs. 1 ARB steht. Weiter ist zu prüfen, ob der Streit ein häufig auftretendes Problem im Zusammenhang mit dem Baurisi-

³⁰ *LG Dortmund*, Urt. v. 28.06.2007 – 2 O 97/07 –.

³¹ *Maier*, in: Harbauer, ARB, 7. Aufl., München 2004, § 3 ARB 94/2000, Rn. 6a.

ko beziehungsweise des Baufinanzierungsrisiko ist und schließlich gilt es zu hinterfragen, ob der durchschnittliche Versicherungsnehmer den Fall von der Ausschlussklausel erfasst sieht.

Können alle drei Kriterien bejaht werden, so ist davon auszugehen, dass für den streitigen Fall kein Deckungsschutz besteht. Das mag für den Betroffenen Bauherren in der konkreten Situation bitter sein, ist aber die Folge der restriktiven Behandlung des Baurisikos durch die Versicherungswirtschaft. Berücksichtigt man aber, dass schon der Bau eines Einfamilienhauses im Regelfall die Grenze von 300.000,00 € erreicht, ist es von einem Bauherren nicht zu viel verlangt, zwei bis drei Prozent der Investitionssumme in eine „Kriegskasse“ zu stecken – so bleibt man auch bei Streitigkeiten als Bauherr tatsächlich Herr seiner selbst, wird nicht erpressbar und kann die „Kriegskasse“ nach Abschluss der Arbeiten und bewältigter Abrechnung in eine Sondertilgung, einen (weiteren) Carport oder etwas anderes für ihn Wichtiges stecken.

Auszug aus ARB 94/2000:

§ 3 Ausgeschlossene Rechtsangelegenheiten

Rechtsschutz besteht nicht für Wahrnehmung rechtlicher Interessen

(1) in ursächlichem Zusammenhang mit

- d) aa) dem Erwerb oder der Veräußerung eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstückes,
- bb) der Planung oder Errichtung eines Gebäudes oder Gebäudeteiles, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,
- cc) der genehmigungspflichtigen baulichen Veränderung eines Grundstückes, Gebäudes oder Gebäudeteiles, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,
- dd) der Finanzierung eines der unter aa) bis cc) genannten Vorhaben.

Auszug aus ARB 75:

§ 4 Allgemeine Risikoausschlüsse

(1) Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen
k) die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Planung, Errichtung oder genehmigungspflichtigen baulichen Veränderung eines im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindlichen oder von diesem zu erwerbenden Grundstückes, Gebäudes oder Gebäudeteiles stehen;