
Datum: 08.05.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 109/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0508.20U109.18.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 115 O 228/17
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, IV ZR 176/19
Schlagworte: Feuer-/EC-Versicherung: Neuwertspitze
Leitsätze:

Zur Sicherstellung der Wiederherstellung einer Anlage (hier bejaht) durch Abschluss eines Sale-and-lease-back-Vertrages (Rückvermietung an Verkäuferin).

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 15.07.2018 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 249.416,83 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszins seit 28.06.2017 zu zahlen.

Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen der Beklagten zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Vollstreckungsschuldner darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte als führenden Versicherer anteilig aus einer Feuer- / EC-Versicherung die Neuwertspitze für die Wiederbeschaffung einer Ersatzbrennstoffaufbereitungsanlage nach einem Brand vom 14.12.2013 geltend.

Die Klägerin schloss unter dem 07. / 12.12.2016 mit einem Drittunternehmen (im Folgenden: Verkäuferin) einen Vertrag zur Wiederbeschaffung (eGA 126-130 [Blattzahl der elektronischen Gerichtsakte]) einer Ersatzbrennstoffaufbereitungsanlage, der mit folgendem Satz endete:

„Der Auftrag steht unter dem Vorbehalt der Erteilung der Blmsch Genehmigung zur Errichtung der EBS [Anlage].“

Die Verkäuferin, die nicht Hersteller oder Händler für derartige Geräte ist, musste dafür selbst eine entsprechende Anlage kaufen. Nach der von der Klägerin behaupteten Konzeption sollte diese auf der Grundlage des Kaufvertrages an die Klägerin übertragen und dann an die Verkäuferin zum Betrieb zurückvermietet werden (*sale-and-lease-back*).

Die Beklagte lehnte eine Regulierung ab, da dieser Wiederbeschaffungsvertrag keine Sicherstellung der Wiederherstellung bedeute. Insbesondere fehle es an einer Genehmigung der Anlage. Zum anderen sei die Anlage nicht gleicher Art und Zweckbestimmung, zumal ein Zusammenhang zwischen der geplanten Neuanlage und dem Betrieb auf dem Versicherungsgrundstück nicht erkennbar sei.

In § 8 Abs. 2 Teil A AFB (vgl. eGA 209, 541 f.), die nach Ziff. 1 der besonderen Vereinbarungen im Versicherungsschein (im Folgenden: AVB; Anl. K1, eGA 36) neben den AVB Vertragsgrundlage sind, heißt es insoweit:

„2. Neuwertschaden

„Ist die Entschädigung [z]um Neuwert vereinbart, erwirbt der Versicherungsnehmer auf den Teil der Entschädigung, der den Zeitwertschaden übersteigt (Neuwertanteil), einen Anspruch nur, soweit und sobald er innerhalb von drei Jahren nach Eintritt des Versicherungsfalles sichergestellt hat, dass er die Entschädigung verwenden wird, um

a) Gebäude in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle wiederherzustellen. Ist die Wiederherstellung an der bisherigen Stelle rechtlich nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zu vertreten, so genügt es, wenn das Gebäude an anderer Stelle innerhalb der Bundesrepublik Deutschland wiederhergestellt wird;

b) bewegliche Sachen, die zerstört wurden oder abhanden gekommen sind, in gleicher Art und Güte und in neuwertigem Zustand wiederzubeschaffen. Nach vorheriger Zustimmung des Versicherers genügt Wiederbeschaffung gebrauchter Sachen; anstelle von Maschinen können Maschinen beliebiger Art beschafft werden, wenn deren Betriebszweck derselbe ist.

c) bewegliche Sachen, die beschädigt worden sind, wiederherzustellen“

Weiter heißt es im Vertrag unter Ziff. 3.6.9 und Ziff. 3.6.10 AVB (Anl. K1, eGA 66):

„3.6.9 Wiederherstellungsfristen

Die Wiederherstellungs- bzw. Wiederbeschaffungsfrist von drei Jahren gemäß Abschnitt A § 8 Nr. 2 AFB 2008 und Abschnitt A § 19 ECB 2008 ist gewahrt, wenn bindende Wiederherstellungs- bzw. Wiederbeschaffungsaufträge erteilt werden. 16

3.6.10 Wiederherstellung und Wiederbeschaffung 17

Es genügt, wenn eine den Zeitwertschaden übersteigende Entschädigungsleistung innerhalb des in diesem Versicherungsvertrag versicherten Unternehmens oder in diesen Versicherungsvertrag versicherten Unternehmensgruppe verwendet wird. Die den Zeitwert übersteigende Neuwertdifferenz wird für den Anteil fällig, der investiert wird. Auch eine Ersatzbeschaffung aus vorhandenen Lagern, Reserven, Leasing und ähnliches genügen.“ 18

Die auf Auszahlung der Neuwertspitze nebst Zinsen gerichtete Klage hat das Landgericht im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass es an einer Wiederherstellung innerhalb der Frist fehle und die Wiederherstellung auch nicht durch den Vertrag sichergestellt sei. Denn der Vertrag sei unter der aufschiebenden Bedingung einer Genehmigung geschlossen worden und damit noch in der Schwebe. Nichts anderes ergebe sich aus § 242 BGB. 19

Bezüglich des weiteren erstinstanzlichen Vortrages, der Anträge und der Entscheidungsgründe wird auf das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts (eGA 300-314) verwiesen. 20

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts sowie Rechtsfehler bei der Tatsachenfeststellung durch das Landgericht rügt und ihr erstinstanzliches Klagebegehren – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens – weiterverfolgt. 21

Die Sicherstellung der Wiederherstellung sei durch den Kaufvertrag gewährleistet, da keine vernünftigen Zweifel daran bestünden, dass die Anlage bei wirtschaftlich normalem Verlauf wiederhergestellt werde. Es sei von der Verkäuferin der Anlage ein genehmigungsfähiger Genehmigungsantrag gestellt worden, so dass das Ermessen der Behörde auf null reduziert sei. Zudem sei das Vorliegen einer Genehmigung nach der Rechtsprechung des Senats keine notwendige Voraussetzung für die Sicherstellung. Mittlerweile liege die Genehmigung – was unstreitig ist – seit dem 01.03.2019 vor (eGA 802-826). Die Bedingung im Kaufvertrag sei nur rein vorsorglich aus kaufmännischen Gründen aufgenommen worden. Unzutreffend seien auch die Feststellungen des Landgerichts dazu, dass die Klägerin das Genehmigungsverfahren nicht hinreichend betrieben habe. 22

Die Klägerin beantragt, 23

unter Abänderung des am 05.07.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster (115 O 228/17) die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 251.742,74 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.06.2017 zu zahlen. 24

Die Beklagte beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Sie verteidigt – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens – die angefochtene Entscheidung. 27

Die Beklagte verweist insbesondere darauf, dass es sich bei dem Vertrag um einen Scheinvertrag handle, zumal die Verkäuferin in keiner Weise Hersteller oder Vertriebsgesellschaft für eine derartige Entsorgungsanlagen und ihre Bestandteile sei. Merkwürdig sei auch, dass der Kaufpreis exakt mit dem im Sachverständigengutachten festgestellten Preis übereinstimme. Der Vertrag sei viel zu kurz formuliert für eine solche Anlage. Außerdem fehlte auch eine Regelung über die Durchführung diverser anderer Arbeiten.

Genehmigungsfähigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt des Fristablaufs könne nicht angenommen werden, da zu diesem Zeitpunkt noch gar kein Genehmigungsantrag gestellt gewesen sei. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Protokolle vom 13.02.2019 (eGA 708 f.) und vom 08.05.2017 (eGA 852-855) sowie den Berichterstattevermerk vom 08.05.2019 (eGA 856-864) verwiesen. 30

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin in beiden Senatsterminen persönlich angehört und im zweiten Senatstermin den Geschäftsführer der Verkäuferin als Zeugen vernommen. Insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift vom 08.05.2019 (eGA 852-855) verwiesen. Bezüglich der Angaben des klägerischen Geschäftsführers und der Zeugenaussage im zweiten Senatstermin wird auf den Berichterstattevermerk vom 08.05.2019 (eGA 856-864) Bezug genommen. 31

II. 32

Die Klage ist bis auf einen geringen Teil der geltend gemachten Wiederbeschaffungskosten begründet. 33

1. Dem Grunde nach besteht gemäß § 1 Satz 1 VVG in Verbindung mit dem Versicherungsvertrag sowie mit dem Vergleich (Anl. K2, GA 88) sowie mit den Versicherungsbedingungen ein Anspruch, da die Klägerin mit dem Vertrag zur Wiederbeschaffung vom 07. / 12.12.2016 die Wiederbeschaffung binnen der Dreijahresfrist sichergestellt hat. Der Höhe nach ist die Beklagte nur in Höhe des unstreitigen, im Sachverständigenverfahren festgestellten Neuwerts zur Zahlung verpflichtet. 34

a) Die Klägerin hat die Wiederbeschaffung fristgerecht im Sinne des § 8 Abs. 2 lit. b Teil A AFB sichergestellt. 35

aa) § 8 Abs. 2 Teil A AFB enthält – wie § 13 Abs. 7 Teil A VGB 2010 – eine so genannte strenge Wiederherstellungs- / Wiederbeschaffungsklausel, nach der – gemäß den Anforderungen des § 97 VVG a. F. bzw. § 93 S. 1 VVG n. F. – die Sicherstellung der Verwendung der Entschädigung zur Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des Schadens ist, der über den Zeitwertschaden hinausgeht. Ohne diese Verwendungssicherstellung oder die Wiederherstellung selbst ist der Anspruch auf den Ersatz des Zeitwertschadens beschränkt (BGH Urt. v. 20.7.2011 – IV ZR 148/10, VersR 2011, 1180 Rn. 12; BGH Urt. v. 18.2.2004 – IV ZR 94/03, VersR 2004, 512 Rn. 11; Senat Urt. v. 12.2.2016 – 20 U 126/15, VersR 2016, 1116 = juris Rn. 46; vgl. Armbrüster in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl. 2018, § 8 AFB Rn. 2 ff.; Johannsen in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2012, § 8 AFB Rn. 26 ff.). 36

Der Sinn und Zweck der strengen Wiederherstellungs- / Wiederbeschaffungsklausel besteht in zweierlei Hinsicht: Bereicherungsausschluss beim Versicherungsnehmer und Begrenzung des subjektiven Risikos des Versicherers (vgl. BGH Urt. v. 20.4.2016 – IV ZR 415/14, r+s 2016, 302 Rn. 11 f.; siehe auch zu A.2.6.3 AKB BGH Urt. v. 26.10.2016 – IV ZR 193/15, VersR 2017, 90 Rn. 26).

Die Sicherstellung im Streitfall nach den gegebenen Umständen festzustellen ist Sache des Tatrichters. Sie erfordert eine Prognose in dem Sinne, dass bei vorausschauend-wertender Betrachtungsweise eine bestimmungsgemäße Verwendung der Entschädigung hinreichend sicher angenommen werden kann. Es bedarf diesbezüglich Vorkehrungen, die – auch wenn sie keine restlose Sicherheit garantieren – jedenfalls keine vernünftigen Zweifel an der Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung aufkommen lassen, um Manipulationen möglichst auszuschließen. Das wird beispielsweise anzunehmen sein nach verbindlichem Abschluss eines Wiederbeschaffungs- / Wiederherstellungsvertrages, wenn die Möglichkeit der Rückgängigmachung des Vertrages nur fernliegend ist oder wenn von der Durchführung des Vertrages nicht ohne erhebliche wirtschaftliche Einbußen Abstand genommen werden kann (Senat Urt. v. 12.2.2016 – 20 U 126/15, VersR 2016, 1116 = juris Rn. 47 m. w. N. – NZB zurückgewiesen: BGH Beschl. v. 8.3.2017 – IV ZR 59/16; vgl. BGH Urt. v. 18.2.2004 – IV ZR 94/03, VersR 2004, 512 Rn. 12 f.; BGH Urt. v. 20.7.2011 – IV ZR 148/10, VersR 2011, 1180 Rn. 13).

Von einer hinreichenden Bindungswirkung ist beispielsweise ausgegangen worden, nachdem der Versicherungsnehmer einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag für ein Ersatzfahrzeug vorgelegt hatte (vgl. Senat Beschl. v. 29.12.1980 – 20 W 39/80, VersR 1981, 273; Senat Urt. v. 15.06.1984 – 20 U 382/83, VersR 1984, 1140, bestätigt durch BGH Urt. v. 28.5.1986 – IVa ZR 197/84, r+s 1986, 224 = juris Rn. 8; Johannsen in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2012, § 8 AFB Rn. 29).

Ausreichend ist es auch, wenn der Versicherungsnehmer einen Wiederbeschaffungsvertrag nur aufschiebend bedingt auf die Zahlung der Versicherungsleistung schließt, solange es sich nicht um ein Scheingeschäft handelt (vgl. Senat Urt. v. 25.11.2005 – 20 U 158/05, VersR 2006, 355 = juris Rn. 27, 26) und der Vertragspartner des Versicherungsnehmers sich überhaupt auf diese Bedingung einlässt (vgl. OLG Celle Beschl. v. 10.10.2016 – 8 U 94/16, r+s 2017, 357 = juris Rn. 30).

bb) Gemessen daran ist hier ein hinreichend bindender Vertrag gegeben. Der Kaufvertrag stellte kein Scheingeschäft dar und es musste bei dessen Abschluss auch noch keine Anlagenbetriebsgenehmigung vorliegen.

(1) Der Kaufvertrag war hinreichend verbindlich.

(a) Einseitige Lösungsrechte sieht der Vertrag nicht vor. Obwohl er keine Vertragsstrafe bei einseitiger Lösung der Klägerin vom Vertrag vorsieht, drohen der Klägerin in diesem Fall von Gesetzes wegen Schadensersatzansprüche. Sollte es zu einer beiderseitigen Lösung vom Vertrag kommen, wäre die Beklagte hinreichend über § 93 Satz 2 VVG / § 9 Abs. 2 Teil A AFB geschützt. Daran ändert auch die Kündigungsregelung in § 8 Abs. 4 des Pachtvertrages vom 07.11.2018 (Anl. K31, eGA 678) nichts. Denn diese betrifft nicht den eigentlichen Kaufvertrag. Zudem ist der Pachtvertrag erst deutlich nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt („vorausschauend-wertender Betrachtungsweise“ bei Vertragsschluss) geschlossen worden.

- (b) Eine Zweifel an der Verbindlichkeit begründende Personengleichheit auf beiden Seiten (vgl. OLG Hamm Urt. v. 12.2.2016 – 20 U 126/15, VersR 2016, 1116 = juris Rn. 49 f. – NZB zurückgewiesen: BGH Beschl. v. 8.3.2017 – IV ZR 59/16) ist weder hinreichend konkret von der Beklagten vorgetragen noch ersichtlich. Die vom Geschäftsführer der Klägerin und vom Zeugen im zweiten Senatstermin geschilderte Gründung einer gemeinsamen Verwertungsgesellschaft begründet eine solche Personengleichheit jedenfalls nicht.
- (c) Die aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB auf die Erteilung der Genehmigung steht der Verbindlichkeit ebenfalls – anders als im benannten Fall des OLG Celle, in dem sich die Auftragnehmerin nicht auf die Bedingung eingelassen hatte und damit gar kein Vertrag zustande gekommen war – nicht entgegen. Denn die Verkäuferin ließ sich auf die Bedingung ein. 45
- Allerdings haben die Klägerin und die Verkäuferin durch die Bedingung die Erteilung der Genehmigung zu einer Frage der Sicherstellung gemacht. Denn war die Anlage damals an dem geplanten Ort entsprechend der Vorgaben des Kaufvertrages nicht genehmigungsfähig, konnte die Bedingung nie eintreten und der Vertrag hätte keine Bindungswirkung gehabt. Nicht Gegenstand der Bedingung war hingegen, dass vor Ablauf der Dreijahresfrist ein Genehmigungsantrag gestellt werden musste. 46
- Jedoch rechneten die Parteien fest mit der Erteilung der Genehmigung (siehe dazu ausführlich unten zur Frage des Scheingeschäfts unter (2)). Sie durften auch mit der Erteilung der Genehmigung rechnen. 47
- Denn an der formellen und materiellen Genehmigungsfähigkeit bestehen – auch aus der *ex-ante*-Sicht vor der unstreitig erteilte Anlagengenehmigung vom 01.03.2019 (eGA 802-826) – im Hinblick auf das Ergebnis der Beweisaufnahme (dazu noch unten (2)) keine Zweifel. 48
- Gleichwohl entspricht es – wie die Klägerin mehrfach zutreffend vorgetragen hat – geschäftlicher Vorsicht, dass sie nicht das Risiko einer aus unvorhersehbaren Gründen doch versagten Genehmigung eingehen wollte. 49
- (d) Auch der sonstige Vertragsinhalt selbst steht der Sicherstellung nicht entgegen. 50
- Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass sich aus dem Vertrag nicht sämtliche Einzelheiten bezüglich der bestellten Anlage entnehmen lassen, sondern nur die wesentlichen Bestandteile mitsamt Preis sowie die Materialdaten aufgeführt sind. Viel mehr Inhalt hat indes das Sachverständigengutachten (Anl. K4, eGA 92-116) ebenfalls nicht, auch wenn dort mehr Unterbestandteile beschrieben sind. 51
- Für den bindenden Vertragsschluss kommt es aber nur auf diese *essentialia negotii* an, zumal mangels Formerfordernisses auch mündliche Nebenabreden zu berücksichtigen sind (zur Frage des Scheingeschäfts siehe unter (2)). 52
- So hat der Geschäftsführer der Klägerin im zweiten Senatstermin unbestritten vorgetragen, dass die Anlage im gemeinsamen Sachverständigengutachten einem von der Klägerin eingeholten Angebot entsprach, das anschließend von der Klägerin und der Verkäuferin auf ein entsprechendes Angebot eines Zweitanbieters in den Kaufvertrag umgesetzt worden ist. 53
- Auch wenn der glaubwürdige Zeuge im Senatstermin den schriftlichen Klägervortrag nicht bestätigt hat, es sei zwischen der Klägerin und der Verkäuferin ausdrücklich besprochen gewesen, der Kaufvertrag gebe bis auf den Zerkleinerer exakt das 54

Sachverständigengutachten wieder, hat er doch glaubhaft bestätigt, dass dem Kaufvertrag eben das vom Geschäftsführer der Klägerin benannte Angebot des Zweitanbieters zugrunde lag.

Klägerin und Verkäuferin mussten in dem – nicht formbedürftigen – Kaufvertrag mithin nicht sämtliche Details der Anlage wiedergeben. Es reichte, dass die wesentlichen Daten angegeben waren und sich die Parteien darüber einig waren, dass der Kaufvertrag sich auf das konkrete Angebot des Zweitanbieters bezog, das die Verkäuferin dann auch annahm. 55

Entsprechend hat der Beklagtenvertreter wie schon schriftsätzlich im Rahmen der Erörterung des Beweisergebnisses im zweiten Senatstermin auch darauf verwiesen, dass sich die bestellte Anlage mit der Anlage aus dem Sachverständigengutachten (bis auf die Zerkleinerer) decke. Gerade deshalb ist es aber entgegen dem Vorbringen der Beklagten nicht verdächtig, dass der Kaufpreis mit dem im Sachverständigengutachten ermittelten Neuwert übereinstimmt. 56

(e) Schließlich steht der Bindungswirkung des Vertrages auch nicht die auf Seite 4 des Vertrages enthaltenen Angebotsbindefrist entgegen. Die Klägerin als Käuferin und Auftraggeberin hat der Verkäuferin als Auftragnehmerin in ihrem Angebot vom 07.12.2016 damit eine Annahmefrist im Sinne des § 148 BGB von sechs Monaten gesetzt, die die Verkäuferin unter dem 12.12.2016 innerhalb der Frist angenommen hat, und damit auch innerhalb der Wiederherstellungsfrist. 57

Ebenso unerheblich ist es, dass der Vertrag keine Leistungen für Maurer- und Stemmarbeiten, Erd- bzw. Betonarbeiten, Durchbrüche, statische Berechnungen und Gefährdungsanalysen sowie für Bauleitung / Bauüberwachung vorsieht. Insoweit werden keinerlei Ansprüche geltend gemacht. Diese Positionen sind auch technisch und rechtlich zu trennen von der hier zu beantwortenden Frage der Wiederbeschaffung der Anlage als bewegliche Sache. 58

(2) Es handelte sich bei dem Kaufvertrag auch nicht um ein Scheingeschäft. 59

Der Senat ist davon aufgrund der Beweisaufnahme unter Berücksichtigung der von der Beklagten für ein Scheingeschäft vorgebrachten Indizien mit der für ein positives Beweisergebnis erforderlichen Gewissheit überzeugt, welche vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet (§ 286 ZPO). Wer in Bezug auf die Frage des Scheingeschäfts die Beweislast trägt, kann mithin offen bleiben. 60

(a) Für ein Scheingeschäft spricht nicht der Abschluss des Kaufvertrages einen Tag vor dem Fristablauf, da es sich ersichtlich um ein großes Projekt handelte und die Beklagte nicht bereit war, die Frist zu verlängern. Fristen dürfen bis zum Schluss ausgenutzt werden. 61

(b) Auch die Tatsache, dass es sich bei dem Verkäufer nicht um einen Hersteller einer entsprechenden Anlage handelte, ist letztlich weder bei individueller Betrachtung noch bei einer Gesamtbetrachtung entscheidend. Denn dies stellt die Verbindlichkeit des Vertrages sowie die damit einhergehenden Pflichten der Parteien nicht in Frage. Im Hinblick auf das Ergebnis der erfolgten Beweisaufnahme und die tatsächliche Errichtung der Anlage sowie die erfolgte Anlagebetriebsgenehmigung vom 01.03.2019 steht zudem – sowohl bei *ex-ante*- als auch bei *ex-post*-Betrachtung – außer Frage, dass die Verkäuferin dazu in der Lage war, eine entsprechende Anlage zu beschaffen und der Klägerin zu übereignen. 62

Die von der Beklagte als nicht nachvollziehbar bezeichnete dahinterliegende Konstruktion des (*buy-*)*sale-and-lease-back* ist allgemein als Gestaltungsmöglichkeit anerkannt. Sie findet im vorliegenden Fall ihre Berechtigung darin, dass die Klägerin mit der Versicherungssumme als finanzierendes Unternehmen zur Verfügung steht, der Betriebsort indes auf dem Grundstück der Verkäuferin liegt und nach dem eigenen Vortrag der Klägerin, weder sie noch die Verkäuferin allein (und ohne Erhalt der Neuwertspitze) zur Umsetzung des Projekts in der Lage gewesen wäre. § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB sieht nicht vor, dass die Klägerin derart nicht vorgehen darf. Die gewählte Konstruktion – wie auch die Möglichkeit, den erworbenen Gegenstand nach Kauf und Sicherstellung sofort weiter zu veräußern – wird von den Vertragsbedingungen an keiner Stelle für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer ersichtlich ausgeschlossen.

Die Einschränkung des Betriebszwecks nach § 8 Abs. 2 lit. b Satz 2 Hs. 2 Teil A AFB gilt nur für den hier nicht vorliegenden Fall, dass „anstelle von Maschinen [...] Maschinen beliebiger Art beschafft“ werden sollen. 64

(c) Auf die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob der Kaufvertrag tatsächlich nach seinem Abschluss gelebt wurde – was nach der Beweisaufnahme sowie der vorliegenden Betriebs- und Probetriebsgenehmigungen aber für den Senat ohnehin außer Zweifel steht –, kommt es aus der maßgeblichen *ex-ante*-Betrachtung („vorausschauend-wertende Betrachtungsweise“ bei Vertragsschluss) nicht an. 65

Entscheidend ist, dass nach der Beweisaufnahme feststeht, dass der Kaufvertrag tatsächlich gelebt werden sollte. 66

Der Zeuge hat detailreich, schlüssig und im Kerngeschehen sowie im größten Teil des Randgeschehens übereinstimmend mit dem Geschäftsführer der Klägerin geschildert, wie es zum Kontakt der Verkäuferin und der Klägerin gekommen ist, warum und in welchem Umfang die Verkäuferin an einem gemeinsamen Geschäft ein wirtschaftliches Interesse hatte, wie es zum Abschluss sowie zur Umsetzung des Kaufvertrages bis hin zur am 01.03.2019 unstreitig erteilten Anlagenbetriebsgenehmigung und wann und wie es zu den vertraglich vorgesehenen Anzahlungen per Scheck gekommen ist. 67

Der Senat hat – auch nach dem persönlichen Eindruck, welchen der Zeuge bei seiner Vernehmung gemacht hat – keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben. Der Zeuge hat nicht nur eingeräumt, dass er sich an bestimmte Einzelheiten nicht erinnere; er hat auch sonst keineswegs einseitig zum eigenen oder zum Vorteil der Klägerin ausgesagt und dem Senat die Gewissheit vermittelt, dass er um Wahrheit bemüht gewesen ist und nur das bekundet hat, was er sicher hat sagen können. So hat er beispielsweise – siehe schon oben – den eigentlichen Vortrag der Klägerin, das gemeinsame Sachverständigengutachten sei Grundlage des Kaufvertrages gewesen, nicht bestätigt. 68

Für die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit seiner Angaben spricht insbesondere auch, dass er das Gesamtgeschehen trotz der Übereinstimmung im Kerngeschehen sowie im größten Teil des Randgeschehens aus einer ganz anderen Perspektive als der Geschäftsführer der Klägerin berichtet hat. Dabei ist besonders deutlich geworden, dass Klägerin und Verkäuferin zwar dasselbe Ergebnis, aber an sich unterschiedliche Interessen verfolgten. Eine derartige Schilderung lässt sich aus Sicht des Senats nicht bei einem nicht tatsächlich erfolgten Geschehensablauf erbringen. 69

(d) Völlig unerheblich ist es auch, dass die Verkäuferin im Vertrag nicht mit ihrem im Handelsregister eingetragenen Namen aufgeführt ist, sondern mit einem leicht gekürzten 70

Namen. Aufgrund der Aussage des Zeugen steht die Identität der Verkäuferin nicht in Frage. Die Beklagte wollte auch nicht die Fälschung des Kaufvertrages behaupten.

(e) Schließlich ist bei der maßgeblichen *ex-ante*-Betrachtung unerheblich, dass die Klägerin zunächst nicht ausdrücklich zu den Zahlungsvorgängen vorgetragen hat. Ohnedies steht aufgrund der Beweisaufnahme aber außer Zweifel, dass die Klägerin tatsächlich die erste und die zweite Rate per Scheck gezahlt hat. 71

(3) Zur Sicherstellung musste zum Ablauf der maßgeblichen Dreijahresfrist auch noch keine Anlagenbetriebsgenehmigung vorliegen, weil weder § 8 Abs. 2 lit. b Teil A AFB noch die im Vertrag aufgenommene Bedingung dies voraussetzen. 72

(a) § 8 Abs. 2 lit. b Teil A AFB setzt zur Sicherstellung der Wiederbeschaffung einer beweglichen Sache – wie hier der Ersatzbrennstoffaufbereitungsanlage – keine Anlagenbetriebsgenehmigung voraus. 73

(aa) Allerdings ist streitig, welche Auswirkungen das Fehlen einer notwendigen Baugenehmigung für die Sicherstellung der Wiederherstellung eines Gebäudes (hier: § 8 Abs. 2 lit. a Teil A AFB) hätte: 74

Eine Baugenehmigung soll nach einer Ansicht notwendige Voraussetzung für die Sicherstellung sein (vgl. *OLG Zweibrücken Beschl. v. 16.7.2018 – 1 U 174/16, VersR 2018, 1508 unter 1.; OLG Köln Urst. v. 29.6.2010 – 9 U 136/08, BeckRS 2011, 25785 = juris Rn. 35; OLG Köln Urst. v. 27.11.2007 – 9 U 196/06, VersR 2008, 962 = juris Rn. 64; so offenbar auch Johannsen in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2012, § 8 AFB Rn. 27, nach dem ihr Fehlen die Frist nicht verlängert, unklar in Rn. 29).*

Nach anderer Ansicht ist dies keine notwendige Voraussetzung. Entscheidend sei vielmehr, ob ihre Erteilung objektiv zu erwarten ist, weil der Versicherungsnehmer ansonsten das Risiko von Fehlern der Verwaltung und Zeitverzögerungen im Rahmen Genehmigungsverfahren trüge (vgl. *Senat Urst. v. 6.5.1983 – 20 U 364/82, VersR 1984, 175 = juris Rn. 31; zuletzt offengelassen: Senat Urst. v. 12.2.2016 – 20 U 126/15, VersR 2016, 1116 = juris Rn. 53*). Dazu könnte es gehören, dass fristgerecht ein Genehmigungsantrag gestellt worden ist. 75

Dass es überhaupt auf das Vorliegen einer Baugenehmigung oder jedenfalls die materielle Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens ankommt, ergibt sich hingegen unstreitig aus dem Umstand, dass das Gebäude dort „in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle“ oder hilfsweise „an anderer Stelle innerhalb der Bundesrepublik Deutschland“ wiederhergestellt werden muss. Eine Wiederherstellung und deren Sicherstellung sind mithin nur möglich, wenn das Bauvorhaben tatsächlich errichtet werden kann. 77

(bb) Hierauf kommt es aber für den vorliegenden Fall nicht an, weil Letzteres bei beweglichen Sachen – wie hier der Anlage – nach § 8 Abs. 2 lit. b (Satz 1) Teil A AFB gerade keine Voraussetzung ist. 78

Solange die Herstellung der Anlage genehmigungsfrei möglich ist, kann sie „in gleicher Art und Güte und in neuwertigem Zustand wiederbeschafft“ werden. Dass dies nicht der Fall ist, ist – wie im ersten Senatstermin ausführlich erörtert – weder vorgetragen noch ersichtlich, zumal es gleichartige Anlagen unstreitig vielfach gibt. Auch eine Ortsbindung ist in § 8 Abs. 2 lit. b Teil A AFB nicht vorgesehen. 79

- (b) Die Notwendigkeit, dass bereits zum Ablauf der Dreijahresfrist eine Anlagengenehmigung vorliegen müsste, ergibt sich auch nicht aus der Bedingung im Kaufvertrag. Denn danach stand der Vertrag gerade unter dem Vorbehalt einer zukünftigen – sicher erst nach Fristablauf erwartbaren – Anlagenbetriebsgenehmigung. Mit der Erteilung dieser Genehmigung durften die Parteien aus den bereits genannten Gründen fest rechnen.
- cc) Der Kaufvertrag bezog sich auch auf eine Anlage „in gleicher Art und Güte“ im Sinne des § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB. 81
- (1) Auf den „Betriebszweck“ stellt § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB für neuwertige Wiederbeschaffungen von beweglichen Sachen im Gegensatz zu § 8 Abs. 2 lit. b Satz 2, Hs. 2 Teil A AFB für gebrauchte Maschinen oder zu § 8 Abs. 2 lit. a Teil A AFB für Gebäude, der eine gleiche „Zweckbestimmung“ voraussetzt, nicht ab. 82
- Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, der Betriebszweck müsse auch in die Voraussetzung „gleiche Art“ in § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB hineingelesen werden. Für eine solche Auslegung bestehen aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmer aber keinerlei Anhaltspunkte. Er kann in dem Begriff „gleicher Art und Güte“ keine Verknüpfung zum Betriebszweck des Versicherungsnehmers oder der beweglichen Sache erkennen. 83
- Im Übrigen hat sich der Betriebszweck vorliegend nicht verändert. Dazu hat der Geschäftsführer zunächst von der Beklagten bestritten (es seien nur Teppichreste verarbeitet worden) erklärt, es seien Kunststoffe insgesamt verarbeitet worden. Sodann hat er im ersten Senatstermin ausgeführt, dass bereits vor dem Brand der Versicherungszweck von „Teppichverarbeitung“ abgeändert worden sei dahin, dass alles verarbeitet werde. Hierzu konnte der Regulierungsbeauftragte der Beklagten im ersten Senatstermin keine Auskunft erteilen. Der Beklagtenvertreter wollte sich dazu nicht weiter erklären. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im zweiten Senatstermin hat die Beklagte dazu nicht weiter Stellung genommen. 84
- (2) Was der Begriff „gleicher Art und Güte“ beispielsweise in Abgrenzung zur „gleichen Art und Zweckbestimmung“ im Sinne von § 8 Abs. 2 lit. a Teil A AFB (oder § 13 Abs. 7 Teil A VGB) oder zur „mittleren Art und Güte“ im Sinne des § 243 Abs. 1 BGB genau bedeutet, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. 85
- Denn im Hinblick auf den bereits beschriebenen Sinn und Zweck der strengen Wiederbeschaffungsklausel ist ohne Weiteres zu bejahen, dass die bestellte Anlage gleicher Art und Güte war. 86
- So handelt es sich bis auf die Zerkleinerer unstreitig um die exakt gleiche Anlage wie sie im gemeinsamen Sachverständigengutachten vorgesehen war. Die abweichend bestellten Zerkleinerer waren ebenfalls gleicher Art und Güte wie die im bindenden Sachverständigenverfahren vorgesehenen Zerkleinerer. Denn die bestellten Zerkleinerer hoben den Gesamtkaufpreis gegenüber dem im Gutachten festgehaltenen Neuwert um nur 0,35 %. Für einen die gleiche Art und Güte aufhebenden technischen Mehrwert der bestellten Zerkleinerer ist nichts vorgetragen oder ersichtlich. 87
- Aber auch bei einem Vergleich der bestellten Zerkleinerer mit den alten Zerkleinerern selbst ist von gleicher Art und Güte auszugehen. Der Geschäftsführer der Klägerin hat bereits im ersten Senatstermin unbestritten erklärt, dass die neue Maschine den gleichen Ersatzbrennstoff für dieselben Abnehmer produziere. Die Maschine habe nur mehr Output pro Zeit. Der neue Vorzerkleinerer könne ungefähr 15 Tonnen, der alte ungefähr 10 Tonnen 88

verarbeiten. Der neue Nachzerkleinerer könne ungefähr 10 Tonnen, der alte ungefähr 8 Tonnen verarbeiten.

Diese Werte hat der glaubwürdige Zeuge im zweiten Senatstermin unter Angabe von Produktionsrahmen als untere Nennleistung glaubhaft bestätigt. Die von ihm benannten oberen Nennleistungen gehen zwar über den vom Geschäftsführer der Klägerin genannten Wert hinaus, stellen aber nach den Angaben des Zeugen nicht die praktisch erzielbaren Werte dar. Zudem machen sie aber auch nicht zuletzt im Hinblick auf den Fortschritt der Technik seit Herstellung der alten Anlage aus der neuen Anlage keine Anlage ungleicher Art und Güte. 89

dd) Schließlich ist unstreitig, dass die Klägerin die Anlage in „neuwertigem Zustand“ im Sinne des § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB bestellte. 90

ee) Da die Klägerin bereits eine Sicherstellung im Sinne des § 8 Abs. 2 lit. b Satz 1 Teil A AFB bewiesen hat, kann offen bleiben, ob und welche Erleichterungen des Sicherstellungsnachweises sich für die Klägerin aus Ziff. 3.6.9 und 3.6.10 AVB im Einzelnen ergeben. Jedenfalls entfielen nach Ziff. 3.6.9 AVB ein aufgrund von § 8 Abs. 2 Teil A AFB etwaig bestehendes Genehmigungserfordernis. 91

b) Die Beklagte hat als führender Versicherer ihren Anteil von 35 % (Ziff. 3.7.2 AVB, Anl. K1, eGA 67) am unstreitigen, im Sachverständigenverfahren festgestellten Neuwert von 3.116.662,00 EUR zuzüglich festgestellter Genehmigungskosten von 30.000,00 EUR (Anl. K4, eGA 92-116) abzüglich der erfolgten Zeitwertzahlung in Höhe von 2.244.612,00 EUR sowie abzüglich des Vergleichsabschlags von 21 % (Anl. K2, eGA 88) zu ersetzen. 92

aa) Der Klägerin ist es im Hinblick auf die Bindungswirkung des Sachverständigenverfahrens (§ 10 Abs. 5 Satz 3 Teil A AFB 2008, eGA 543) versagt, den im Kaufvertrag vereinbarten, von den Feststellungen im Sachverständigenverfahren nach oben abweichenden Kaufpreis ihrer Schadensberechnung zugrunde zu legen. 93

bb) Demgegenüber bleibt der Einwand der Beklagten ohne Erfolg, Kosten für Anlagenteile (Elektroarbeiten) und Genehmigung seien nicht zu ersetzen. 94

Denn im Vertrag gibt es – wie im ersten Senatstermin besprochen (siehe auch Hinweis vom 20.02.2019 (eGA 712 ff.) – keine Regelung, die die Erstattung von Genehmigungskosten erst dann vorsieht, wenn sie tatsächlich angefallen sind. 95

Die Anlagenteile, insbesondere die Elektroarbeiten, sind nach dem Gutachten im privaten Sachverständigenverfahren notwendiger Bestandteil der Wiederbeschaffung und Wiederinbetriebnahme. Sollte diese nicht Teil des streitgegenständlichen Vertrages sein, fehlte es bereits an einer Sicherstellung. Da aber Elektroarbeiten ausdrücklich aufgeführt sind und nach vorstehenden Ausführungen feststeht, dass sich der Vertrag an den Vorgaben des Sachverständigengutachtens und des entsprechenden Zweitangebotes orientierte, ist insoweit von einer Sicherstellung auszugehen und der im privaten Sachverständigenverfahren ermittelte Betrag anzusetzen. 96

cc) Die vereinbarte Selbstbeteiligung ist nach der Erklärung des Schadensregulierers der Beklagten im ersten Senatstermin bereits berücksichtigt, also nicht erneut in Abzug zu bringen. 97

2. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 Abs. 2 Nr. 3, § 288 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die ernsthafte und endgültige Leistungsablehnung im Schreiben der Beklagten vom 27.06.2017 (Anl. K14, eGA 173) analog § 187 Abs. 1 BGB ab dem Folgetag.

III. 99
100

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die 101
vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 Satz 1 und Satz 2, § 711 Satz 1, Satz 2, §
709 Satz 2 ZPO.

IV. 102

Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). 103