

---

**Datum:** 21.11.2000  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 9. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 9 U 180/98  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2000:1121.9U180.98.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 24 O 156/97

---

**Tenor:**

Die Berufung der Kläger gegen das am 22. Oktober 1998 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 24 O 156/97 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 12.000 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Die Sicherheit kann auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

---

**Tatbestand**

1

Die Kläger erhielten als die Erben ihres während der Nazi Herrschaft emigrierten Vaters, eines jüdischen Bankiers, durch Restitutionsbescheid vom 27.10.1995 (GA 23 ff), bestandskräftig seit dem 5.12.1995 (GA 407), Eigentum am Grundstück L.-R.-Straße .. in P.. Dieses Grundstück wurde bis zur Emigration von der Familie der Kläger neben einer im Zentrum B. gelegenen Villa - überwiegend während der Sommermonate - benutzt. Es war mit einer um 1900 errichteten Villa bebaut, die neben den im Erdgeschoß (Hochparterre) und im ersten Obergeschoß gelegenen Räumen für Familienangehörige zusätzlich im Keller -

2

möglicherweise auch im Dachgeschoß - ausweislich der alten Baupläne (GA 153-155) über einzelne Räume für Bedienstete verfügte. Auch die Küche war nach den alten Plänen im Kellergeschoß untergebracht. Das Haus wurde, nachdem die Familie der Kläger ausgewandert war, verändert. Die Veränderungen betrafen im wesentlichen die Innenaufteilung des Gebäudes, das 1987 in Volkseigentum überführt wurde. Wegen der Einzelheiten hierzu wird auf den Bescheid der Landeshauptstadt P. vom 27.10.1995 (GA 25 f) verwiesen. Nach der Wiedervereinigung war die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesvermögensamt Potsdam Verfügungsberechtigt. Die Verwaltung lag in Händen der G., Gemeinnützige Wohnungsbaugenossenschaft, und ihrer Tochter, der W. Wohnungsverwaltungsgesellschaft P. mbH (im folgenden: W.) Beide waren in erster Instanz als Nebenintervenientinnen auf seiten der Beklagten am Rechtsstreit beteiligt. Die W. schloß mit der Beklagten, die zugleich "namens und im Auftrag der beteiligten Mitversicherer" auftrat, für die Zeit ab dem 1. April 1993 einen Sach- und Haftpflichtversicherungsvertrag (GA 417 ff), der auf die VGB 86 (GA 476 ff) in Verbindung mit Sonderbedingungen für die Gleitende Neuwertversicherung (SGIN 79a) Bezug nimmt. In den Allgemeinen Bestimmungen des Vertrages (GA 441 ff.) heißt es in Nr. 5 u.a.: "Der Versicherungsnehmer wird bei Streitfällen aus diesem Verträge seine Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer und wegen dessen Anteils gerichtlich geltend machen". Das Haus wurde von sechs Mietparteien bewohnt, als es am 19. Dezember 1993 durch einen Brand im Obergeschoß stark beschädigt und - auch durch die Wirkungen des Löschwassers - unbewohnbar wurde. Die zu dieser Zeit erzielte Jahresnettomiete betrug für das gesamte Haus rund 29.900 DM (Mietliste GA 93). Es gab eine Wohneinheit im Untergeschoß von 123,7 qm, zwei Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 221 qm im Erdgeschoß und drei Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 239 qm im ersten Obergeschoß (GA 730 ff). Die Raumaufteilung in den einzelnen Geschossen ist für die Zeit nach dem Brand in Plänen vom 19.12.1993 festgehalten (GA 156-158 = 734-736 ohne das abgebrannte Dachgeschoß), der Zustand des Gebäudes auf Fotografien (GA 159-191). Der Zugschnitt der drei im 1. Obergeschoß gelegenen Wohnungen läßt sich der Skizze GA 391 entnehmen. Der Grundriß der im Untergeschoß gelegenen Wohnung ergibt sich aus der Wohnflächenberechnung GA 731 in Verbindung mit dem Plan vom 19.12.1993 (GA 736). Anfang 1994 entwendeten Unbekannte aus dem Gebäude Sanitäreanlagen. Hierdurch kam es zu einem größeren Leitungswasserschaden. Der von der Beklagten beauftragte Sachverständige K. kam in seinem Gutachten vom 3.4.1995 (GA 83 - 192) zu dem Ergebnis, der insgesamt eingetretene Schaden sei ein Reparaturschaden. Der Zeitwertschaden belaufe sich auf 643.900 DM, der Gesamtschaden zum Neuwert auf 967.400 DM und der Neuwertgesamtschaden inklusive Abbruch- und Aufräumkosten auf 1.015.600 DM. Die Beklagte zahlte am 27.3.1995 an die WVP 100.000 DM, am 29.5.1995 weitere 300.000 DM und am 3.4.1997, also nach erfolgter Restitution der Kläger, nochmals 243.900 DM. Für Sicherungsmaßnahmen am Gebäude hatte die G. insgesamt 186.000 DM aufgewendet. Wegen der von der Beklagten gezahlten Beträge nahmen die Kläger vor dem Landgericht Potsdam die G. und die W. in Anspruch. Mit Urteil vom 7.7.1998 wurde die G. zur Zahlung von 457.797,33 DM verurteilt (GA 507 ff.). Das Urteil wurde insoweit im Februar 2000 rechtskräftig (GA 795 ff, 813). Unter dem 5.8.1996 erklärten die G. sowie die W. gegenüber der Anwaltssozietät de W. aus F., die für die Kläger tätig war, die Abtretung der auf die Neuwertspitze gerichteten Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag (GA 651). Mit Schreiben vom 27.8.1996 (GA 484) erkundigten die Kläger sich bei der Beklagten danach, welche Kriterien nach § 7 Abs. 3 a VGB erfüllt sein müßten, damit die Verwendung der Entschädigung zur Wiederherstellung des Gebäudes (sog. Neuwertspitze) als sichergestellt angesehen werde. In ihrem Antwortschreiben vom 10.9.1996 (GA 486) wies die Beklagte u.a. auf Entscheidungen des OLG Hamm (VersR 1984, 833 und 1994, 175) hin und darauf, daß danach u.a. ein rechtsverbindlicher, unwiderruflicher Bauvertrag über die Wiederherstellung des betroffenen Objektes in ursprünglicher Funktion erforderlich sei.

Am 15. November 1996 schlossen die Kläger mit Rechtsanwalt de W. einen notariellen Vertrag über die Einräumung eines Ankaufrechts (GA 672 ff.). Die Klägerin zu 2) wurde hierbei und auch im weiteren Verlauf der Vereinbarungen durch den Kläger zu 1) vertreten, dem sie eine vom deutschen Generalkonsulat Montreal beurkundete Vollmacht erteilt hatte (GA 492 f), auf die wegen der Einzelheiten ihres Inhalts Bezug genommen wird. In dem Vertrag heißt es u.a., die Vertragsparteien seien sich einig, daß ein Neubau erstellt werde. Der vom Käufer zu entrichtende Kaufpreis von 1.8 Mio. DM reduziere sich um 200.000 DM, wenn die Beklagte die Neuwertentschädigung nicht an die Kläger zahle. Der Vertrag enthält eine Vollmacht für Rechtsanwalt S., der in der Kanzlei de W. tätig war, zum Abschluß eines Bauvertrages zum Wiederaufbau des Gebäudes und zur Schaffung der Voraussetzungen zur Auszahlung der Neuwertentschädigung. Einigkeit bestehe darüber, daß mit Ausübung des Ankaufrechts die Rechte und Pflichten aus dem Bauvertrag auf den Käufer übergehen (GA 678). Am 8. Dezember 1997 wurden ein Nachtrag zum Vertrag über die Einräumung des Ankaufsrechts und die Auflassung notariell beurkundet (GA 682 ff.). In dem Vertrag wird festgestellt, die Vertragsschließenden seien sich darüber einig, daß der Zeuge de W. das Ankaufsrecht form- und fristgerecht ausgeübt habe; er enthält ferner eine Vereinbarung der Eheleute de W., wonach die aus dem Vertrag vom 15. November 1996 resultierenden Rechte zur Hälfte auf Frau M. de W. übertragen wurden. Die Auflassung erfolgte an beide Eheleute. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag verwiesen. Am 5. Januar 1999 wurden die Eheleute de W. als Miteigentümer je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen (GA 708).

3

Im Oktober 1996 reichte ein Architekturbüro S. verschiedene Genehmigungsanträge bei der Stadt P. ein. Unter dem 14. November 1997 wurde für den Bauantrag mit dem Aktenzeichen 03367-96-09 (GA 290 - 368) eine Baugenehmigung erteilt. Von dieser Genehmigung wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Vielmehr wurde weiterhin - vergeblich - mit der Behörde verhandelt, um möglichst die Genehmigung für eine Bebauung mit Abstand zur Grenze des Nachbargrundstücks zu erhalten. Weitere Umplanungen, durch die insbesondere Änderungen im Bereich des Treppenhauses erfolgten, führten im Frühjahr 1998 zur Stellung eines neuen Bauantrages (Aktenzeichen ....-...), für den unter dem 22. März 1999 eine Genehmigung erteilt wurde. Nach der von den Klägern vorgelegten Wohn- und Nutzflächenberechnung (hinter Seite 23 des Nachtrags zum Bauantrag) sollen 747,67 qm Wohn- bzw. Praxisfläche entstehen. Im Souterrain ist eine psychologische Praxis (Sondereigentum) mit einer Größe von 64,15 qm geplant. Im früheren Erdgeschoß (jetzt: Beletage) und im Obergeschoß sollen jeweils zwei Wohnungen von 128,14 bzw. 111,27 qm entstehen. Im zum Vollgeschoß auszubauenden Dachgeschoß nebst der darüber angeordneten Galerie, die Turmcharakter hat, soll für die Eheleute de W. eine Wohnung von insgesamt 204,7 qm Netto-Wohnfläche entstehen. In den Praxisräumen im Souterrain will die Ehefrau des Zeugen de W. eine psychologische Praxis betreiben. Die übrigen Wohnungen - je zwei Wohnungen im früheren Erdgeschoß (in den Plänen Beletage genannt) und im ersten Obergeschoß - sollen veräußert werden (Wohnungseigentum).

4

Der Zeuge de W. ist neben einem Architekten namens M. Geschäftsführer der planrecht Immobilien-Entwicklungs-Gesellschaft mbH, die mit Gesellschaftsvertrag vom 15. April 1996 gegründet und am 2. September 1996 im Handelsregister eingetragen wurde (HRB 5242 Handelsregister AG Freiburg, Auszug überreicht mit Schriftsatz der Kläger vom 14.6.2000). Am 29. November 1996 kam mit dieser Firma ein Generalunternehmervertrag über den Wiederaufbau des Hauses zu einem Pauschal festpreis von 3,8 Mio. DM zustande. Der Vertrag wurde für die Kläger von Rechtsanwalt S. aus der Kanzlei de W. und für die p. GmbH von beiden Geschäftsführern unterzeichnet. Gemäß § 2 des Vertrages gehören "der Bauantrag vom 21.10.1996 einschließlich der zugehörigen Pläne des Architekturbüros Schindler, Az. der Baubehörde .....-..." sowie die Kostenberechnung desselben

5

Architekturbüros vom 15.11.1996 zu den Vertragsgrundlagen. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Vertrag (GA 56-60) Bezug genommen. Eine Kündigung der Gebäudeversicherung erfolgte nicht.

Die Kläger haben behauptet, das Gebäude sei allein durch den Brand schon irreparabel beschädigt worden (Risse im Mauerwerk). 6

Sie haben zunächst beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 371.700 DM und zur Rechnungslegung bezüglich der an die Nebenintervenientinnen geflossenen Leistungen zu verurteilen sowie festzustellen daß die Beklagte verpflichtet sei, den noch nicht ausgekehrten Teil der Zeitwertentschädigung an sie zu zahlen. Nachdem die Beklagte Auskunft über die erfolgten Zahlungen erteilt hatte, haben die Kläger den Auskunftsantrag für erledigt erklärt und den Zahlungsantrag um 100.000 DM erhöht. Sie haben ferner die Herausgabe des zwischen der Beklagten und der W. bestehenden Rahmenvertrages sowie eines zum Schadensfall erstellten Gutachtens beantragt. Nachdem die Beklagte diese Unterlagen vorgelegt hat, ist der Rechtsstreit auch insoweit für erledigt erklärt worden. Anstelle des ursprünglich erhobenen Feststellungsantrages haben die Kläger schließlich einen weiteren Zahlungsantrag gestellt. 7

Der Kläger haben sodann beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, 9

an sie 10

1. 471.700 DM nebst 4% Zinsen aus 371.700 DM ab dem 5.8.1996 und 4 % Zinsen aus 100.000 DM seit dem 8.12.1997 und 11
2. weitere 243.900 DM nebst 4% Zinsen seit dem 9.7.1998

zu zahlen. 12

Die Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie hat behauptet, das Gebäude sei zumindest zunächst reparaturfähig gewesen. Wegen der Leitungswasserschäden falle den Klägern eine Obliegenheitsverletzung zur Last, weil die Leitungen nicht entleert wurden. Weitere Schäden seien durch Fehler der Trocknungsfirma entstanden, die erst 9 Monate nach dem Brand tätig geworden sei. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, ein Anspruch auf Neuwertentschädigung sei nicht entstanden. Es sei beabsichtigt, an Stelle eines Gebäudes mit einfachem Wohnstandard ein luxuriöses Appartementhaus zu errichten, das teilweise gewerblich genutzt werden solle. Im übrigen sei die Dreijahresfrist des § 7 VGB abgelaufen, ohne daß die Wiedererrichtung des Gebäudes sichergestellt worden sei. 15

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf das am 22. Oktober 1998 verkündete Urteil verwiesen, das den Klägern am 13. November 1998 zugestellt worden ist und gegen das sie am 14. Dezember 1998, einem Montag, Berufung eingelegt haben. Sie haben das Rechtsmittel nach entsprechenden Fristverlängerungen am 12. März 1999 begründet. 16

Die Kläger wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Sachvortrag. Sie fordern in zweiter Instanz auf der Grundlage der Berechnungen des Sachverständigen K. nur noch die Neuwertspitze gemäß § 7 Abs. 3 a VGB 86. Sie behaupten, zum Kontakt der Kläger mit dem Zeugen de W. sei es gekommen, als dieser ein geeignetes Grundstück für eigene Wohnzwecke in P. gesucht habe. Primär sei ein Neubau nach Abriß des vorhandenen Gebäudes angestrebt worden, wobei das neue Gebäude nicht wieder auf der im rechten Winkel zur L.-R.-Straße verlaufenden Grenze, sondern mit Abstand zu dieser Grenze habe errichtet werden sollen. Eine Genehmigung für einen entsprechenden am 18.10.1996 gestellten Bauantrag, der unter dem Aktenzeichen .....-...-... geführt worden sei, habe die Stadt P. jedoch nicht erteilt. Da bekannt gewesen sei, daß die Stadt einen Wiederaufbau wünschte, sei vorsorglich ein entsprechender Plan vom 21.10.1996 eingereicht worden (Verfahren .....-...-...). Darüber hinaus seien Vorbescheide beantragt und Verhandlungen über eine genehmigungsfähige Variante geführt worden. Die Anträge auf Vorbescheid für den Neubau seien abgelehnt worden, ebenso der ursprünglich gestellte Wiederaufbauantrag. Die Genehmigung zum Wiederaufbau mit Bescheid vom 14.11.1997 zum Aktenzeichen .....-...-... sei nach Einlegung eines Widerspruchs und umfangreichen Verhandlungen und Kompromissen erteilt worden. Auch danach habe der Zeuge de W. jedoch weiterhin die Absicht verfolgt, Änderungen in der Planung zu erreichen. So sollte das mit Tageslicht versorgte Treppenhaus ins Gebäudeinnere verlegt werden, um die Fensteröffnungen für andere Räume nutzen zu können. Eine entsprechende Umplanung sei im Frühjahr 1998 durch das Architekturbüro A. erfolgt. Die Stadt P. habe sich entgegen üblicher Handhabung mit einer bloßen Änderung der schon erteilten Genehmigung nicht einverstanden erklärt, so daß man einen neuen Bauantrag habe stellen müssen (Genehmigung vom 22.3.1999 zum Aktenzeichen .....-...-..., Anlage zum Klägerschriftsatz vom 14.6.00). Diese Planung werde derzeit verwirklicht. Die Kläger behaupten weiter, das ursprüngliche Gebäude sei vollständig abgerissen worden. Wegen Schwammbefalls sei es nicht möglich gewesen, einen Teil der Außenmauern entsprechend den Auflagen der Behörden zu erhalten. Die p. GmbH habe als Generalunternehmer die Gewerke für den Neubau vergeben. Sie werde auf der Grundlage des Vertrags aus dem Jahr 1996 zu dem dort vereinbarten Preis tätig. Der Bau stehe kurz vor der Fertigstellung.

Ferner behaupten die Kläger, Ansprüche auf die Neuwertspitze, soweit diese in der Person der Eheleute de W. entstanden sein könnten, seien an sie abgetreten worden. Dies sei bei einem Telefongespräch zwischen dem Kläger zu 1) und dem Zeugen de W. vereinbart (Beweis: Zeugnis de W.) und dementsprechend zutreffend unter dem 30.9.1999 bestätigt worden (GA 707). 18

Die Kläger bestreiten mit Nichtwissen, daß die Beklagte lediglich zu 50% an dem zwischen der W. und der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag beteiligt sei. Sie halten die "Prozeßführungsklausel" für unbestimmt und nicht eindeutig. 19

Die Kläger beantragen, 20

die angefochtene Entscheidung teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 371.700 DM nebst 4% Zinsen seit dem 5.8.1996 zu zahlen, 21

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an die Eheleute Siegfried und M. de W., W.straße .. in ..... P., 371.700 DM nebst 4% Zinsen ab dem 5.8.1996 zu zahlen, 22

äußerst hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, 371.700 DM nebst 4% Zinsen ab dem 5.8.1996 an die Kläger, zu Händen des Notars E. B., J.-B.-Straße ., ..... F. i.Br. zu zahlen; 23

im Unterliegensfall den Klägern nachzulassen, eine mögliche Sicherheitsleistung auch durch Beibringung einer Bankbürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen.

Die Beklagte beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Die Beklagte behauptet, ihre Beteiligung am Versicherungsvertrag betrage 50% (GA 716). 27  
Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die Sitzungsniederschriften 28  
vom 10. August 1999, vom 27. Juni und vom 17. Oktober 2000 sowie auf den vorgetragenen  
Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe** 29

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. 30

Die Parteien streiten allein darüber, ob den Klägern die Neuwertspitze von 371.700 DM 31  
zusteht, die sich aus den Berechnungen des Sachverständigen K. ergibt, der den  
Neuwertschaden inklusive Aufräumungs- und Abbruchkosten auf 1.015.600 DM bezifferte.  
Da die Beklagte den von diesem Sachverständigen berechneten Zeitwertschaden von  
643.900 DM durch Zahlungen an die W. ausglich, errechnet sich eine darüber  
hinausgehende "Spitze" von 371.700 DM (1.015.600 DM - 643.900 DM), die Gegenstand der  
Berufung ist. Darüber hinausgehende Ansprüche werden nicht mehr geltend gemacht.

I. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 a VGB 86 (GA 477) für einen Anspruch auf Zahlung 32  
der sogenannten Neuwertspitze liegen nicht vor.

1. Dies gilt, obwohl die Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten Versicherungsnehmer 33  
wurden, wie sich aus § 16 Abs. 2, 4 VermG ergibt. Diese Bestimmung enthält eine spezielle  
Regelung, wonach die Kläger mit der Rückübertragung des Eigentums "in alle in bezug auf  
den jeweiligen Vermögenswert bestehenden Rechtsverhältnisse", also auch in den  
Versicherungsvertrag, eingetreten sind. Die Rückübertragung wurde mit Bestandskraft des  
Bescheids vom 27. Oktober 1995 am 5. Dezember 1995 wirksam (GA 407). Ab diesem Tag  
waren die Kläger (auch ohne Grundbucheintragung) Eigentümer und damit auch  
Versicherungsnehmer.

2. Daß der Anspruch auf die sogenannte Neuwertspitze grundsätzlich auch in der Person 34  
eines Grundstückserwerbers entstehen kann, der die Wiederherstellung erstmals sicherstellt,  
bedarf keiner weiteren Ausführungen (vgl. BGH VersR 1988, 925 f und VersR 1992, 1221).  
Soweit die Beklagte anzweifelt, daß diese Möglichkeit auch im vorliegenden Fall bestand,  
obwohl die ursprüngliche Versicherungsnehmerin, die W., aus Rechtsgründen keine  
Wiederherstellung vornehmen durfte, überzeugt sie nicht. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß  
diese Besonderheit bei Abschluß des Versicherungsvertrages, der auch die Entstehung des  
Anspruchs auf die Neuwertspitze vorsieht (anders war dies in einem Fall, über den das OLG  
Naumburg zu entscheiden hatte, vgl. OLGR 1999, 434 ff), bedacht und berücksichtigt wurde,  
also den Vertragsinhalt beeinflusste.

Da der Anspruch, der jetzt nur noch Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, der W. zu keiner 35  
Zeit zugestanden hat und da der Senat - wie dargelegt - von einer Anwendbarkeit des § 16  
Abs. 2, 4 VermG ausgeht, erübrigt es sich, auf die Auffassung Tenbiegs (VersR 1993, 8, 9)

weiter einzugehen, der § 73 VVG (und damit auch § 69 VVG) analog anwenden will (ebenso Prölss/Martin, VVG, 26. Aufl., § 69 Rn. 40). Ebenso erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Rechtsausführungen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (OLGR 1999, 102 ff) im Rechtsstreit der Kläger gegen die WVP und die GeWoBa.

3. Auf die Frage, ob der Anspruch auf die Neuwertspitze durch die ursprüngliche Versicherungsnehmerin wirksam abgetreten werden konnte und wirksam abgetreten wurde, kommt es dementsprechend nicht an. 36

4. Die Entstehung des Anspruchs, der über den Zeitwert hinausgeht, setzt voraus, daß der Versicherungsnehmer das Gebäude an der bisherigen Stelle wiederherstellt oder die Verwendung der Entschädigung zu diesem Zweck fristgerecht sichergestellt hat. Ist dies bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Versicherungsfall gleich aus welchem Grunde nicht erfolgt, so ist der Anspruch nach § 7 Abs. 3 a VGB 86 auf den - hier gezahlten - Zeitwert beschränkt. 37

Die Frist von drei Jahren begann mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles (der ursprüngliche Versicherungsnehmer war gehindert, Maßnahmen zu treffen, die über eine Reparatur hinausgingen), spätestens mit der Bestandskraft des Restitutionsbescheids am 5. Dezember 1995 und endete dementsprechend spätestens am 5. Dezember 1998. Sie ist verstrichen, ohne daß eine Wiederherstellung des Gebäudes erfolgte oder zumindest sichergestellt war, so daß dahinstehen kann, ob der Fristablauf nicht schon früher, nämlich drei Jahre nach dem Versicherungsfall eingetreten ist. 38

Die eigentliche Wiederherstellung des Gebäudes erfolgte frühestens im Jahr 2000, also deutlich mehr als drei Jahre nach dem Versicherungsfall und auch mehr als drei Jahre nach der erfolgten Restitution. Dies sehen die Kläger nicht anders. Sie meinen zu Unrecht, der fragliche Anspruch stehe ihnen dennoch zu, weil die Verwendung der Neuwertspitze zur Wiederherstellung des Gebäudes jedenfalls innerhalb der Frist von drei Jahren sichergestellt worden sei. Ihrer Auffassung ist schon deswegen nicht zu folgen, weil die Errichtung des Gebäudes, das nach ihrer Darstellung derzeit errichtet wird bzw. im Jahr 2000 errichtet wurde, nicht innerhalb der maßgeblichen Frist sichergestellt war. Schon aus den Daten zur Planung, die im Tatbestand mitgeteilt sind, folgt, daß erst im März 1999 die jetzt verwirklichte Planung genehmigt wurde. Frühestens mit dieser Genehmigung, mit deren Ausführung nach Darstellung der Kläger inzwischen zumindest begonnen worden sein soll, war die Herstellung des Gebäudes sichergestellt. Diese Sicherstellung erfolgte mehr als drei Jahre nach der erfolgten Restitution der Kläger und mehr als fünf Jahre nach dem Versicherungsfall. Auf die früheren Planungen kann nicht abgestellt werden, nachdem die Kläger (bzw. die Eheleute de Witt) von ihrer Ausführung Abstand genommen haben. 39

Es kann dahinstehen, ob Fallgestaltungen denkbar sind, bei denen eine Planung als fristgerecht sichergestellt zu beurteilen ist, obwohl später eine andere als die zunächst sichergestellte Planung zur Ausführung gelangt. In einem Fall wie dem hier gegebenen ist jedenfalls aus dem Umstand, daß ein früherer Plan nicht zur Ausführung gelangte, zu schließen, daß die Wiederherstellung nach diesem Plan schon deswegen nicht sichergestellt war, weil die Beteiligten die Ausführung dieses Plans nicht ernsthaft wollten. Schon der Umstand, daß gleichzeitig Genehmigungen für einen Neubau und für eine Wiederherstellung beantragt wurden, zeigt die Unentschlossenheit des Vorgehens. Wenn man in einer Situation, in der völlig unklar ist, welche Variante genehmigt und welche ausgeführt werden würde, einen Generalunternehmervertrag zum Wiederherstellungsantrag abschloß, obwohl vorrangig die Erstellung eines Neubaus angestrebt wurde, so ist dies nur vor dem gegebenen rechtlichen Hintergrund nachvollziehbar: Man wollte die Voraussetzungen für den Anspruch 40

auf die Neuwertspitze schaffen. Da hierzu eine Firma eingeschaltet werden konnte, deren Geschäftsführer der Zeuge de W. war, mag man die Risiken, die sich aus dem Vertrag ergaben, für tragbar und überschaubar gehalten haben. Es spricht sogar viel dafür, daß solche Risiken mit Rücksicht auf getroffene Absprachen letztlich nicht vorhanden waren. Aus dem Gesamtverhalten aller Beteiligten läßt sich der Schluß ziehen, daß es im Oktober 1996, als man zwei verschiedene Vorhaben zur Genehmigung einreichte, weder auf seiten der Kläger noch auf seiten des Zeugen de W. die feste Absicht gab, den Plan zu verwirklichen, der genehmigt würde. Dementsprechend wurde von der erteilten Genehmigung auch kein Gebrauch gemacht.

Soweit die Kläger behaupten, das jetzige Bauvorhaben werde auf der Grundlage des damaligen Generalunternehmervertrages ausgeführt, läßt dies nicht den Schluß zu, daß die Ausführung des jetzigen Bauvorhabens mit dem Abschluß des Generalunternehmervertrages gesichert war. Abgesehen davon, daß die Planung des jetzigen Bauvorhabens bei Abschluß des Vertrages nicht einmal vorlag und erst recht nicht als genehmigungsreif angesehen werden konnte, waren weitere (neue) vertragliche Absprachen erforderlich, bevor der Generalunternehmervertrag auch für das Vorhaben gelten konnte, das jetzt nach Darstellung der Kläger verwirklicht wird, denn der im November 1996 abgeschlossene Generalunternehmervertrag bezog sich ausdrücklich und ausschließlich auf die Planung, die von der Behörde unter dem Aktenzeichen .....-... bearbeitet wurde. Nur diese Planung war auch Gegenstand der Kostenberechnung, die ihrerseits Grundlage des vereinbarten Pauschalpreises war. Wenn man mehrere Jahre später, nämlich im Frühjahr 1999, vereinbart haben mag, daß die nunmehr vorliegende genehmigte Planung zu den alten Bedingungen - also zum alten Preis - ausgeführt werden sollte, so liegt hierin eine Vertragsänderung, denn der Vertragsinhalt wurde in maßgeblichen Punkten geändert. Der Generalunternehmer sollte nunmehr nach anderen Plänen bauen.

41

5. Es liegt kein Fall vor, in dem die Beklagte gehindert ist, sich auf den Fristablauf zu berufen. Die Rechtsprechung hat zwar bei bestimmten Fallgestaltungen den Anspruch auf die den Zeitwertschaden übersteigende Neuwertentschädigung auch dann zuerkannt, wenn die Frist von drei Jahren überschritten wurde. Allerdings handelte es sich jeweils um Fälle, in denen der Versicherer rechtsmißbräuchlich handelte, indem er sich auf den Fristablauf berief (vgl. z.B. OLG Hamm, r+s 1989, 195; OLG Köln r+s 1989, 405 ff.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Beklagte hat sich ihrer Leistungspflicht nicht generell entzogen, sie hat ihre Einstandspflicht insbesondere nicht verneint. Daß die Abschlagszahlungen zunächst an die W. erfolgten, entsprach der Rechtslage und konnte von den Klägern von vornherein berücksichtigt werden. Dafür, daß die Kläger bei der Sicherstellung der Wiederherstellung nachhaltig beeinträchtigt wurden, weil auch die letzte Zahlung an die W. veranlaßt wurde, ist nichts ersichtlich. Es ist im Gegenteil belegt, daß die Kläger unabhängig von dieser finanziellen Leistung ihre Planung vornehmen konnten. Die Einreichung der ersten Bauanträge im Oktober 1996 für die später nicht ausgeführten Pläne erfolgte noch vor der letzten Zahlung (März 1999). Im übrigen würde die Zahlung an den falschen Adressaten keinesfalls ausreichen, der Beklagten rechtsmißbräuchliches Verhalten vorzuwerfen, weil sie sich auf den Fristablauf beruft.

42

II. Abgesehen davon, daß die Frist zur Wiederherstellung des Gebäudes verstrichen ist, ohne daß eine Wiederherstellung zumindest sichergestellt wurde, entspricht das Gebäude, das nunmehr errichtet wird, nicht den Anforderungen, die erfüllt sein müssen, damit von einem - verglichen mit dem ursprünglich versicherten Objekt - gleichartigen Gebäude ausgegangen werden kann. Ansprüche der Kläger scheitern demnach auch daran, daß die Baumaßnahme, die derzeit nach ihrem Vortrag ausgeführt wird, nicht als Wiederherstellung des Gebäudes im

43

Sinne des § 7 Abs. 3a VGB 86 zu werten ist. Hierauf hat bereits das Landgericht die Klageabweisung gestützt. Im Ergebnis folgt der Senat der dort vertretenen Auffassung.

1. Die nach dem Vortrag der Kläger zur Zeit durchgeführte Baumaßnahme kann nicht als Wiederherstellung des abgerissenen Gebäudes angesehen werden. Dies gilt auch dann, wenn das neue Gebäude entsprechend der Darstellung der Kläger hinsichtlich der bebauten Grundfläche sowie hinsichtlich der Trauf- und Firsthöhe mit dem abgerissenen Bau übereinstimmt. 44

a) Der jetzt errichtete Neubau ist kein bloßer Ersatz für das zuvor als Mehrfamilienmiethaus genutzte Gebäude, wie sich schon aus einem Vergleich der Wohnflächen ergibt. Während vor dem Brand auf drei Etagen sechs Wohnungen mit einer Wohnfläche von insgesamt 583,7 qm vorhanden waren (123,7 + 221 + 239 qm), werden nunmehr 747,67 qm (64,15 + 128,14 + 111,27 + 128,14 + 111,27 + 204,7 qm) auf fünf Ebenen hergestellt, wobei 683,52 qm (747,67 - 64,15) als Wohnfläche und weitere 64,15 qm als gewerblich zu nutzende Fläche (Praxisräume) vorgesehen sind. Schon allein die geänderte Nutzung des Gebäudes, das nicht mehr ausschließlich Wohnzwecken dienen soll, führt in Verbindung mit der erheblichen Vergrößerung der Wohnfläche zu bedeutenden Veränderungen des früheren Zustandes und zur Verneinung der Gleichartigkeit des Neubaus. 45

Der Vortrag der Beklagten zum Umfang der vor dem Brand vermieteten Wohnflächen muß als unstrittig behandelt werden (§ 138 Abs. 4 ZPO), denn die Kläger sind der Darstellung nicht in substantiierter Weise entgegengetreten, auch nicht nachdem sie ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, daß die Darstellung der Beklagten in sich geschlossen und widerspruchsfrei ist. Es ist insbesondere nichts dafür vorgetragen, daß die in den ursprünglichen Bauplänen ausgewiesenen Zimmer zur Zeit des Abschlusses der Versicherung und/oder zur Zeit des Brandes vorhanden (d.h. ausgebaut) waren. Erst recht ist nichts dafür ersichtlich, daß sich die vermietete (oder vermietbare) Fläche um die Grundfläche solcher Zimmer erhöhen könnte. Der Umstand, daß die Kläger ihre Ansprüche als Rechtsnachfolger der W. geltend machen, enthebt sie nicht der prozessualen Pflicht zu substantiierter Stellungnahme (vgl. z.B. Zöller, ZPO, 21. Aufl., § 138 Rn. 16 m. Nachw.). Soweit sie aus eigener Kenntnis zu den tatsächlichen Gegebenheiten vor dem Brand nicht Stellung nehmen können, müssen sie sich informieren. Die Beklagte ist insoweit letztlich in einer ähnlichen Situation wie die Kläger. Auch sie muß sich bei Dritten Kenntnis verschaffen. 46

b) Die deutliche Vergrößerung der Wohn- und Nutzfläche wurde insbesondere durch die geänderte Ausführung des früheren Dachgeschosses möglich. Diese neue Ausführung hat - abgesehen von der aus ihr folgenden Vergrößerung der Wohnfläche - weitere Auswirkungen tatsächlicher und rechtlicher Art. Während im Dachgeschoß zuvor Kuppelaufbauten vorhanden waren, die zu erheblichen Einschränkungen hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten führten, sind jetzt sämtliche Räume ohne Dachschrägen geplant, so daß ein Vollgeschoß entsteht. Nach § 2 Abs. 5 BbgBauO ist ein Vollgeschoß gegeben, wenn ein oberirdisches Geschoß über mindestens zwei Drittel seiner Grundfläche eine Höhe von mindestens 2,30 m hat. Dies war hier bei dem Dachgeschoß des abgebrannten Gebäude nicht der Fall, wie den Feststellungen des Sachverständigen Karge zu entnehmen ist, die durch die alten Baupläne bestätigt werden. Erst der geplante Neubau soll als Dachgeschoß ein Vollgeschoß erhalten. Daß jetzt im Gegensatz zum früheren Zustand ein Vollgeschoß entsteht, ergibt sich unter Berücksichtigung der Definition des § 2 Abs. 4, 5 BbgBauO ohne weiteres aus den Plänen, nach denen nunmehr gebaut wird, auch wenn diesen Plänen keine Berechnungen beigelegt waren, in denen dieses Ergebnis ermittelt wird - so wie in den Berechnungen der Vermessungsingenieurin Marbach vom 23.9.1997 (vgl. GA 341 ff) für die 47

frühere Planung, die nach der eigenen Darstellung der Kläger hinsichtlich der Wohn- und Nutzflächen nur geringfügig geändert wurde. Die Kläger bestätigen auch, daß das Dachgeschoß des Neubaus als Vollgeschoß entsteht.

c) Auf diesem Dachgeschoß wird zusätzlich eine Galerie errichtet, wodurch die Gesamthöhe des Gebäudes sich zwangsläufig vergrößert. Es liegen dementsprechend deutliche Änderungen der früheren Situation vor, die zusätzlich bestätigen, daß von einer Gleichartigkeit nicht mehr ausgegangen werden kann. Insoweit ist ohne Belang, ob die Errichtung der Galerie auf eine Initiative der Behörde zurückgeht oder nicht. 48

d) Auch das Untergeschoß war nach den Ausführungen des Sachverständigen Karge vor dem Brand nicht als Vollgeschoß anzusehen. Die Beurteilung des Sachverständigen dürfte nach Aktenlage zum einen darauf beruhen, daß nur bei einem oberirdischen Geschoß von einem Vollgeschoß zu sprechen ist (§ 2 Abs. 5 BbgBauO), und ein oberirdisches Geschoß liegt nach § 2 Abs. 4 BbgBauO vor, wenn die Deckenoberkante im Mittel mehr als 1,40 m über die Geländeoberfläche hinausragt. Ob dies bei dem teilweise abgebrannten Gebäude der Fall war, ist zweifelhaft. Den vorgelegten Plänen ist zu entnehmen, daß bereits in den Umbauplänen vom Oktober 1996 Änderungen hinsichtlich des Geländeverlaufs vorgesehen waren, die offenbar dazu führen sollten, daß die im Souterrain gelegenen Räume größere Fenster erhalten konnten als zuvor. Möglicherweise führte auch eine zu geringe Höhe der Kellerräume (vgl. Foto 24 GA 170) dazu, daß kein Vollgeschoß gegeben war. Wie bereits erwähnt, ist von einem Vollgeschoß nur zu sprechen, wenn mindestens zwei Drittel der Grundfläche eine Höhe von mindestens 2,30 m haben, § 2 Abs. 5 BbgBauO. Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob das Untergeschoß entgegen der Beurteilung Karges vielleicht schon vor dem Brand als Vollgeschoß anzusehen war oder nicht, denn bereits die übrigen Unterschiede zwischen dem Neubau und dem ursprünglich versicherten Gebäude führen dazu, daß von einer Wiederherstellung nicht ausgegangen werden kann. 49

e) Soweit die Kläger nach einem Hinweis auf die bauliche Situation (vier Vollgeschosse) behauptet haben, auch vor dem Brand habe es vier Vollgeschosse gegeben, ist dieser Vortrag als unsubstantiiert und daher als unbeachtlich zu werten, § 138 Abs. 1 ZPO. Es fehlt jeder Sachvortrag, der ihre Behauptung nachvollziehbar machen könnte, so daß die Darstellung letztlich als die Äußerung einer durch keinerlei Tatsachenvortrag gestützten Rechtsauffassung einzuordnen ist, die angesichts der vorstehenden Ausführungen haltlos ist. Es wurde ausführlich dargelegt, daß es nach den vorliegenden Plänen vor dem Brand allenfalls - unter Einschluß des Kellergeschosses - drei Vollgeschosse gab. 50

f) Es kann nach den vorstehenden Ausführungen dahinstehen, ob eine Gleichartigkeit von Neubau und Altbau nicht schon deshalb zu verneinen ist, weil nunmehr kein Miethaus, sondern Eigentumswohnungen errichtet werden. Der Senat neigt dazu, diesem Umstand letztlich keine Erheblichkeit beizumessen, denn es ist zwar nichts dafür ersichtlich, daß man vor dem Brand ohne weiteres, d.h. ohne erhebliche bauliche Änderungen, Wohnungs- und Teileigentum hätte begründen können. Aber die Errichtung eines Mehrfamilienhauses hätte voraussichtlich eine künftige Teilungserklärung und die Genehmigung zur Umwandlung in Wohnungseigentum ohne weiteres ermöglicht. Sieht man nun von vornherein Wohnungseigentum vor, so dürfte dies allein die Beurteilung der Gleichartigkeit noch nicht beeinflussen. 51

g) Allerdings wirkt sich der Umstand, daß Wohnungseigentum entsteht, hier auf die Gestaltung der Wohnungen und die Ausstattung des Gebäudes aus. Das neue Gebäude weist danach nicht nur die bereits aufgezeigten tatsächlichen und rechtlichen Abweichungen vom ursprünglichen Gebäude auf (erhebliche Vergrößerung der Wohnfläche, zusätzlich 52

gewerblich zu nutzende Fläche; mindestens ein weiteres Vollgeschoß und Bildung von Wohnungseigentum), sondern zusätzlich weitere Gegebenheiten, die - zumindest in Verbindung mit den bereits aufgezeigten Umständen - dazu führen, daß hier nicht mehr von einer bloßen Wiederherstellung ausgegangen werden kann.

Schließt man sich also nicht der Auffassung an, daß allein die erhebliche Vergrößerung der Wohnfläche in Verbindung mit der zusätzlichen Nutzung eines Gebäudeteils für gewerbliche Zwecke zur Verneinung der Gleichartigkeit führt, so folgt dieses Ergebnis jedenfalls aus einer Gesamtschau, die sämtliche aufgezeigten Veränderungen berücksichtigt. 53

Insgesamt wird die Bauqualität, die ausweislich der vorgelegten Fotos als einfach zu bezeichnen war (u.a. keine zentrale Warmwasserversorgung) nicht nur dem heute verbesserten Standard angepaßt, sondern in einem Maß verändert, das nur mit Rücksicht auf die geänderte Nutzung als Eigentumswohnung statt Mietwohnung zu erklären ist. So wird insbesondere ein Aufzug eingebaut, was angesichts der geringen Anzahl von Geschossen bei einem Miethaus äußerst ungewöhnlich wäre. Außerdem werden die Wohnungen mit Balkonen bzw. (so das Dachgeschoß) mit großzügiger Terrasse ausgestattet, was auf die Wohnqualität ebenso wie auf die äußere Gestaltung des Gebäudes Auswirkungen hat. Zur weiteren Ausstattung haben die Kläger nicht Stellung genommen. 54

2. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Neubau nicht mehr als gleichartiges Gebäude zu bezeichnen ist, er dient nicht nur den Zwecken, die das durch den Versicherungsfall beschädigte Gebäude erfüllte, sondern er dient weitergehenden Zwecken und Ansprüchen an die Nutzungsmöglichkeiten (vgl. zu den maßgeblichen Kriterien z.B. BGH VersR 1990, 486 f; OLG Hamm VersR 1981, 270; OLG Schleswig NJW-RR 1989, 280, 284). 55

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 56

Streitwert für das Berufungsverfahren und zugleich Urteilsbeschwer für die Kläger: 371.700 DM 57