
Datum: 27.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 196/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:1127.9U196.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 531/05

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 28.09.2006 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 24 O 531/05 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch die Beklagte wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE:

I.

Der Kläger unterhielt bei der Beklagten eine Wohngebäudeversicherung für das auf seinem Grundstück in der N-Straße 12 in K stehende Gebäude. Vertragsbestandteil waren die Wohngebäude-Vertragsbedingungen VGB 88 (Anlage K 1, Bl.9–11 R d.A.).

1

2

3

Bei diesem Gebäude handelte es sich um ein teilunterkellertes, zweigeschossiges Wohn- und Geschäftshaus mit voll ausgebautem Satteldach. Die Grundfläche im Erdgeschoss betrug 10,90 m x 20,20 m (220,18 m²), der Bruttorauminhalt betrug 1.772 m³. Der überwiegende Teil des Erdgeschosses wurde als Bierlokal genutzt. Im ersten Obergeschoss und im Spitzboden befanden sich acht Kleinstwohnungen, die an die Stadt K zur Aufnahme von Asylbewerbern vermietet waren.	4
Am 29.06.2000 kam es zu einem Brand, bei dem das Gebäude erheblich beschädigt wurde. Auf der Grundlage der von den Parteien am 26.07.2000 unterschriebenen Vereinbarung zur Durchführung eines Sachverständigenverfahrens (Bl. 276 d.A.) ermittelten der vom Kläger benannte Sachverständige Dipl.-Ing. T und der von der Beklagten benannte Dipl.-Ing. L in ihrem gemeinsamen Gutachten vom 01.09.2000 folgende Werte:	5
Neuwert Zeitwert	6
Versicherungswert 1.118.096,00 DM 726.762,00 DM	7
+ Gewinnungskosten 38.895,00 DM 38.895,00 DM	8
- vorhandene Restwerte 363.957,00 DM 236.572,00 D;	9
Schaden gesamt 793.034,00 DM 529.085,00 DM	10
Aufräumkosten 32.834,00 DM	11
Mietausfallkosten 19.950,00 DM	12
Die Gutachter kamen insgesamt zu einem Neuwerteschaden von 845.818 DM und einem Zeitwertschaden von 581.869 DM. Die Beklagte regulierte den Brandschaden auf der Grundlage eines Zeitwertschadens.	13
In der Folgezeit veranlasste der Kläger mehrere – nachfolgend näher beschriebene - Planungen, die sich einerseits auf den Wiederaufbau des brandgeschädigten Gebäudes und andererseits auf Ersatzobjekte auf anderen Grundstücken bezogen.	14
Mit Bescheid vom 26.02.2002 lehnte der Oberkreisdirektor des Landkreises G als Bauordnungsbehörde einen vom Kläger am 18.02.2002 beantragten Bauvorbescheid zum Ersatzbau eines Wohn- und Geschäftshauses auf dem durch den Brand geschädigten Grundstück N-Straße 12 in K ab (Anlage K 4, Bl. 16 ff. d. A.). Zur Begründung, in der zu zwei vom Kläger eingereichten Vorentwürfen vom 05.12.2000 und 05.02.2001 Stellung genommen wurde, war u.a. ausgeführt, das Gebäude habe durch den Brand seinen Bestandsschutz verloren. Zudem wurde im einzelnen ausgeführt, welche baurechtlichen Hindernisse den eingereichten Entwürfen entgegenstünden. Der Kläger hat diesen Bescheid nicht angegriffen.	15
Im Juni 2002 plante der Kläger den Erwerb und die Bebauung eines Grundstücks in der Ortschaft F. Mit Schreiben vom 24.06.2002 lehnte die Beklagte die Auszahlung der Neuwertentschädigung mit der Begründung ab, dass die Voraussetzungen zur Fälligkeit des Neuwertanteils nicht erfüllt seien.	16
Etwa zwei Wochen später, am 12.07.2002 wandte sich der Kläger mit der Bitte um einen Besprechungstermin an die Beklagte. Dieses Begehren lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 16.07.2002 (Anlage K 6a, Bl. 24 d.A.) mit der Begründung ab, die vertraglichen Voraussetzungen für den Erwerb des Neuwertanteils seien dem Kläger mehrfach und	17

ausführlich erläutert worden, so dass sie keine Grundlage für weitere Verhandlungen sehe.

Mit Schreiben vom 21.10.2002 (Anlage K 6 b, Bl. 25 f. d.A.) fragte der Kläger bei der Beklagten wegen bestehender Erwerbsabsichten in Bezug auf ein Grundstück in K in der Nähe des Brandgrundstücks an und bat die Beklagte, ihm – wenn auch mit Vorbehalt – zu bestätigen, dass sie mit dieser Vorgehensweise einverstanden sei. Auch diese Anfrage des Klägers lehnte die Beklagte mit der Begründung ab, die Voraussetzungen für die Fälligkeit des Neuwertanteils seien nicht erfüllt (Schreiben vom 28.10.2002, Anlage K 6 b, Bl. 27 d.A.). 18

Knapp zwei Monate später, am 12.12.2002 (Anlage BK 1, Bl. 203 d.A.) übersandte der Kläger der Beklagten Planunterlagen und den Entwurf eines Kaufvertrages über den Erwerb eines Objekts in K, O-Weg 5 (Anlage zum Schriftsatz vom 08.09.2006, Bl. 76, 79 – 97 d. A.), und bat um Bestätigung, dass die Beklagte diesen Ersatzbau anerkenne. Der Vertrag bezog sich auf den Erwerb von vier Miteigentumsanteilen zu je $\frac{1}{4}$, die jeweils mit zwei Gewerbeeinheiten im Erdgeschoss des Objekts (Bl. 110 d.A.: zu je 88,41 m²) und zwei Wohnungen im Obergeschoss (Bl. 110 d.A.: zu je 91,91 m²) verbunden sein sollten. Die Grundfläche des geplanten Hauses sollte 242,17 m² und der umbaute Raum 1.369,11 m³ betragen (Bl. 112 d. A.). Mit weiterem Schreiben vom 09.02.2003 (Anlage BK 2, Bl. 204) fragte der Kläger noch einmal nach und wies darauf hin, er erwarte keine Garantieerklärung. Er müsse aber gegenüber der Bank erklären, ob eine weitere Zahlung der Beklagten im Bereich des Möglichen liege. Die Beklagte reagierte mit Schreiben vom 14.02.2003 (Anlage K 6 d, Bl. 28 d.A.) und teilte dem Kläger mit, auch dieses Objekt erfülle nicht die Fälligkeitsvoraussetzungen der strengen Wiederherstellungsklausel. 19

Am 30.05.2003 unterbreitete der Kläger der Beklagten Planzeichnungen bzgl. eines Objektes, welches er in X in der P-Straße errichten wolle. Ausweislich der Pläne handelte es sich bei diesem noch zu errichtenden Bauobjekt um ein zweieinhalbgeschossiges Wohn- und Geschäftshaus. Die Grundfläche im Erdgeschoss sollte 15,12 m x 28,94 m (437,57 m²) und der Bruttorauminhalt sollte ca. 4.300 m³ betragen. Das Erdgeschoss sollte aus insgesamt vier Landlokalen bestehen. Die beiden Obergeschosse sollten in insgesamt acht Dreizimmerwohnungen aufgeteilt sein. Für den Spitzboden war keine Nutzung ausgewiesen. Mit Schreiben vom 23.06.2003 (Anlage K 8, Bl. 31 d.A.) erteilte die Beklagte dem Kläger auch insoweit eine Absage. Die hiergegen gerichtete Eingabe des Klägers vom 24.06.2003 (Bl.29 d.A.) blieb erfolglos. 20

Am 08.07.2003 (Anlage K 8, Bl. 30 d.A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, die dreijährige Frist des § 15 Ziffer 4 VGB 88 habe mit dem 30.06.2003 geendet, ohne dass der Kläger den Nachweis der Sicherstellung der Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung geführt habe. 21

Im März 2005 verklagte der Kläger den für ihn im Rahmen der Ermittlung des Brandschadens tätig gewordenen Sachverständigen T, den Streithelfer der Beklagten, vor dem Landgericht Aurich (Az. 4 O 289/05) auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 274.168,51 € wegen Schlechterfüllung des Gutachtenvertrages. Das Landgericht Aurich wies diese Klage ab. Die dagegen vom Kläger eingelegte Berufung wurde durch Beschluss des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 22.05.2006 zurückgewiesen. 22

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte sei verpflichtet, die Neuwertspitze bemessen am Versicherungswert zum Neuwert zu zahlen. Er hat behauptet, ein Wiederaufbau des Gebäudes auf den vorhandenen Grundmauern sei nicht möglich gewesen, weil das alte Gebäude durch den Brand ausweislich des Bescheides des Landkreises G vom 26.02.2002 seinen Bestandsschutz verloren habe. Nachdem festgestanden habe, dass eine Neuerrichtung auf dem Ursprungsgrundstück baurechtlich nicht zulässig gewesen sei, habe 23

er spätestens mit Schreiben vom 30.05.2003 sowie den insoweit fristgerecht nachgereichten ergänzenden Unterlagen die Sicherstellung der Mittelverwendung für ein Ersatzobjekt nachgewiesen. Da die Beklagte sämtliche vorgelegten Planungen ohne konkrete Begründung zurückgewiesen und ihm auch nie mitgeteilt habe, welche Voraussetzungen sie an die Gewährung der Neuwertentschädigung knüpfe, habe er immer wieder mit einer lapidaren Zurückweisung rechnen müssen. Angesichts dessen sowie unter Berücksichtigung der Besonderheit, dass in der gegebenen Konstellation – im Unterschied zum Normalfall - allein die Errichtung eines Ersatzbaus auf einem ihm nicht bereits gehörenden Grundstück möglich gewesen sei, würden die Planungsunterlagen für eine Sicherstellung ausreichen; weitere Schritte zur Durchführung seiner Vorhaben, insbesondere ein Grundstückskauf oder auch der Abschluss eines unwiderruflichen Bauvertrages, seien ihm ohne eine seitens der Beklagten zugesagte Sicherheit auch wirtschaftlich nicht zumutbar gewesen.

Auf ein etwaiges Fristversäumnis könne die Beklagte sich nicht berufen, weil sie durch ihr eigenes Verhalten stets verhindert habe, dass er ein Ersatzgrundstück in zumutbarer Weise habe anschaffen und ein konkretes Bauvorhaben beginnen können. 24

Der Kläger hat zudem die Auffassung vertreten, sein Anspruch ergebe sich auch daraus, dass entgegen den insoweit unzutreffenden Ausführungen der Sachverständigen in dem gemeinsamen Gutachten ein wirtschaftlicher Totalschaden vorgelegen habe. Entsprechend den Ausführungen des von ihm im Juli 2004 eingeholten Gutachtens des Dipl.-Ing. I sei ein Wiederaufbau des Gebäudes auf den vorhandenen Grundmauern wegen des Verlustes des Bestandsschutzes nicht möglich. Die von der Beklagten vorgenommene Abrechnung des Schadensfalls zum Zeitwert sei daher fehlerhaft gewesen. 25

Der Kläger hat beantragt, 26

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 274.168,51 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 27

Die Beklagte und der Streithelfer haben beantragt, 28

die Klage abzuweisen. 29

Die Beklagte hat sich auf den Standpunkt gestellt, dem Kläger stehe ein Anspruch auf die Neuwertspitze bereits unter Zugrundelegung seines eigenen Vortrags sowie der eingereichten Unterlagen nicht zu. 30

Auch habe der Kläger keine erhebliche und offenkundige Abweichung im Sinne des § 64 VVG dargelegt. 31

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils des Landgerichts Köln vom 28.09.2006 (Bl. 145 – 150 d. A.) Bezug genommen. 32

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf das auch im Übrigen wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. 33

Die vom Kläger vorgelegten Planungsunterlagen reichten nicht aus, um eine Sicherstellung der Verwendung der Neuwertspitze zur Wiederherstellung des Gebäudes anzunehmen. 34

Die Beklagte sei auch nicht im Wege des Schadenersatzes aus Vertragsverletzung verpflichtet, die Neuwertspitze auszus zahlen. Für eine Pflichtverletzung der Beklagten in Form 35

einer unredlichen Vereitelung des Anspruchs des Klägers sei nichts ersichtlich. Die dem abschlägigen Bauvorbescheid des Landkreises G vom 26.02.2002 zu entnehmenden Hindernisse für den geplanten Wiederaufbau an gleicher Stelle hätten durch den Kläger selbst mit einfachen Mitteln durch entsprechende Umplanungen beseitigt werden können. Überdies habe die Beklagte in dem Schreiben vom 04.04.2004 zunächst grundsätzlich ihre Einstandspflicht hinsichtlich der Neuwertspitze anerkannt und auch in der Folgezeit immer wieder zutreffend reagiert, indem sie darauf hinwies, dass die eingereichten Pläne allein nicht ausreichen. Auch könne sich der Kläger nicht darauf berufen, dass er ohne bindende Zahlungszusage der Beklagten seine Planungen nicht bereits habe umsetzen können. Die Finanzierung falle zum einen allein in seinen Risikobereich. Zum anderen habe er aber auch mit der erfolgten Auszahlung des Zeitwertschadens einen finanziellen Ausgangspunkt gehabt, um die Voraussetzungen für eine sichere Wiederherstellung zu schaffen.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner frist- und formgerechten Berufung, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. 36

Zu Unrecht habe das Landgericht die Voraussetzungen des § 15 Nr. 4 VGB 88 als nicht erfüllt angesehen. Ein bindender Bauvertrag sei nicht zwingend erforderlich, sondern nur als eine von mehreren Möglichkeiten anerkannt, bei der eine Sicherstellung gegeben sei. Auch der Rechtsprechung des Senats sei zu entnehmen, dass der Erteilung der Baugenehmigung innerhalb der Drei-Jahres-Frist durchaus Bedeutung für die Sicherstellung zukomme. Die Vorlage einer vollständigen Bauplanung mit bereits erteilter Baugenehmigung reiche aus, da mit deren Ausarbeitung regelmäßig Kosten entstünden, die eine Nichtausführung fern liegend erscheinen ließen. Insoweit seien die Grundsätze anwendbar, die von der Rechtsprechung zu einer Beurkundungsbedürftigkeit von im Zusammenhang mit einem Grundstückserwerb stehenden Geschäften entwickelt worden seien. 37

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht auch einen Schadenersatzanspruch verneint. Mit seinen Schreiben vom 12.12.2002 und 09.02.2003 habe er die Beklagte klar um eine Aussage zu der Vergleichbarkeit des Objekts O-Weg in K gebeten. Obwohl das Objekt O-Weg vergleichbar mit dem Brandobjekt gewesen sei, habe die Beklagte es zurückgewiesen. Daher stelle die Antwort der Beklagten vom 14.02.2003 eine Vertragsverletzung dar. 38

Schließlich habe sich das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht mit der Frage befasst, ob das Gutachten der Sachverständigen L und T offensichtlich fehlerhaft und damit unverbindlich gewesen sei. Dies sei der Fall, da es die Fragen des durch den Brand verlorenen Bestandsschutzes sowie des bei einem Wiederaufbau nicht zu beseitigenden Brandgeruchs unberücksichtigt gelassen und insbesondere den aus beiden Umständen sich ergebenden wirtschaftlichen Totalschaden des Gebäudes fehlerhaft nicht festgestellt habe. Im Hinblick auf den Brandgeruch habe ihm der Sachverständige T in einem nachträglich erstellten Kurzgutachten (Bl. 207 d.A.) Entsprechendes bestätigt. Dem entsprechend sei – entgegen den von den Sachverständigen getroffenen erfolgten Feststellungen - kein Restwert anzusetzen, so dass die Beklagte zumindest den vollen Versicherungswert zum Zeitwert ersetzen müsse; die Differenz zu der vorgenommenen Zahlung betrage 74.082,61 €. 39

Der Kläger beantragt, 40

unter Abänderung des am 28. September 2006 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln – 24 O 531/05 – die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 274.168,51 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 41

Die Beklagte beantragt, 42

die Berufung zurückzuweisen.	43
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.	44
Im Hinblick auf den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung der Neuwertspitze ist die Beklagte der Auffassung, dem Kläger fehle infolge des – unstreitig – zwischenzeitlich vorgenommenen Verkaufs des Grundstücks N-Straße 12 in K nunmehr die Aktivlegitimation.	45
Soweit der Kläger nunmehr seinen Zahlungsanspruch mit der Behauptung, das Sachverständigengutachten sei unrichtig und entfalte keine Bindungswirkung, auf den restlichen Versicherungszeitwert stütze, sei dieser Anspruch bislang nicht rechtshängig gewesen. Überdies sei in erster Instanz gar nicht und in zweiter Instanz nicht ausreichend substantiiert dargelegt, inwieweit der Brandgeruch dauerhaft die Substanz beeinträchtige. Angesichts dessen sei das Gutachten bindend.	46
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Akten 4 O 289/05 LG Aurich (= 8 U 314/05 OLG Oldenburg) verwiesen, welche Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat waren.	47
II.	48
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.	49
Dem Kläger steht gegen die Beklagte aus keinem Rechtsgrund ein über die bereits erhaltene Versicherungsleistung hinausgehender Zahlungsanspruch zu.	50
1.)	51
Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der Neuwertspitze gemäß § 15 Nr.4 VGB 88.	52
Gemäß § 15 Nr. 4 VGB 88 erwirbt der Versicherungsnehmer den Anspruch auf Zahlung des Teils der Entschädigung, der den Zeitwertschaden übersteigt, nur, soweit und sobald er innerhalb von drei Jahren nach Eintritt des Versicherungsfalles sichergestellt hat, dass er die Entschädigung verwenden wird, um versicherte Sachen in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle wiederherzustellen oder wiederzubeschaffen. Ist dies 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.	53
Zu Recht ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger diese Anspruchsvoraussetzungen nicht dargetan hat.	54
a) Um den Anspruch auf Zahlung der sog. Neuwertspitze zu erlangen, ist es zwar nicht erforderlich, dass das wiederhergestellte bzw. neu erstellte Gebäude mit dem zerstörten Objekt vollständig identisch ist. Auf technischen, wirtschaftlichen oder sozialen Änderungen beruhende Modernisierungen stehen der Bejahung einer Wiederherstellung in gleicher Art und Zweckbestimmung nicht entgegen (BGH VersR 1990, 488; OLG Köln VersR 2006, 1357 f., juris-Rz. 22). Ob im Einzelfall eine Wiederherstellung in gleicher Art und Zweckbestimmung gegeben ist, ist am Zweck der Wiederherstellungsklausel zu messen (BGH VersR 1990, 488; OLG Köln VersR 2006, 1357, juris-Rz. 22). Mit der Neuwertversicherung soll lediglich der etwaige Nachteil ausgeglichen werden, der dem	55

Versicherungsnehmer dadurch entsteht, dass er einen höheren Betrag als den Zeitwert aufwenden muss, wenn er das brandgeschädigte Gebäude wieder aufbaut. Auf diesen tatsächlichen Nachteil ist der Umfang des Entschädigungsanspruchs beschränkt. Die Neuwertentschädigung soll nicht darüber hinaus dem Versicherungsnehmer erleichtern, ein für ihn ohnehin nutzloses oder nur eingeschränkt nutzbares Gebäude durch ein anderes, seinen Vorstellungen besser entsprechendes zu ersetzen (vgl. BGH VersR 1984, 843). Durch die Beschränkung der Neuwertentschädigung soll auch das Interesse am Abbrennen eines Gebäudes gemindert werden und so eine subjektive Risikobegrenzung erfolgen (BGH VersR 1990, 488; OLG Köln VersR 2006, 1357, juris-Rz. 22; OLG Hamm VersR 1981, 270). Wird das Gebäude in seiner Gesamtheit nicht unwesentlich vergrößert, so geht dies in der Regel über Modernisierungsmaßnahmen hinaus. Deshalb kann eine Wiederherstellung nur dann angenommen werden, wenn das neu errichtete Gebäude etwa dieselbe Größe wie das zerstörte aufweist und gleichartigen Zwecken dient (BGH VersR 1990, 488; OLG Köln VersR 2006, 1357, juris-Rz. 22; OLG Frankfurt RuS 2006, 112, juris-Rz. 15; Kollhosser, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 97 Rz. 8).

Als nicht erfüllt hat das OLG Frankfurt (RuS 2006, 112, juris-Rz. 16) diese Voraussetzungen bei einem Neubau angesehen, dessen Nutzfläche die frühere Nutzfläche um 53% und dessen umbauter Raum den früheren umbauten Raum um 60% überstieg. Da die Neuwertspitze nur die Nachteile ausgleichen solle, die dem Versicherungsnehmer dadurch entstehen, dass er für die Wiederherstellung einen höheren Betrag als den Zeitwert des brandgeschädigten Gebäudes aufwenden muss, müsse das neue Objekt in einer vernünftigen Relation zum abgebrannten Gebäude stehen. Ein Überschreiten der ursprünglichen Nutzfläche um 53% überschreite die Toleranzgrenze, innerhalb derer von einer Wiederherstellung gesprochen werden könne. 56

Auch der Senat hat einen errichteten Neubau nicht als Wiederherstellung angesehen, bei dem der Vergleich der Wohnflächen ergab, dass vor dem Brand auf drei Etagen sechs Wohnungen mit einer Wohnfläche von insgesamt 583 qm vorhanden waren und nunmehr 747 qm auf fünf Ebenen hergestellt wurden. Durch die erheblichen Veränderungen (hier: Vergrößerungen) der nutzbaren Flächen und/oder durch eine Veränderung des Nutzzweckes als solchem weiche der Charakter des Ersatzobjektes von dem des abgebrannten Objektes ab (OLG Köln RuS 2001, 156, juris-Rz. 42). 57

Es ist nicht als ausreichend zu erachten, dass das neu errichtete Gebäude insofern gleich *artig* ist, als es demselben Zweck (hier: Gewerbe- und Wohnnutzung) dient wie das abgebrannte Gebäude. Der Begriff der gleichen Art und Zweckbestimmung umfasst nicht nur den Sortenbegriff "gewerbliches Gebäude" bzw. "Wohngebäude", sondern auch dessen konkrete Ausgestaltung nach Fläche und umbautem Raum (OLG Frankfurt, RuS 2006, 112, juris-Rz. 16). 58

Gemessen an diesen Anforderungen handelte es sich bei den vom Kläger benannten Objekten nicht um vergleichbare Gebäude: 59

Zu dem Objekt in F, auf das sich die Planungen des Klägers im Juni 2002 bezogen, sind bereits keine näheren Einzelheiten vorgetragen, anhand derer die Vergleichbarkeit hätte geprüft werden können. 60

Ebenso verhält es sich hinsichtlich des im Oktober 2002 avisierten Objektes in K, das sich in der Nähe des Brandobjektes befand. Auch zu diesem Objekt hat der Kläger keine näheren Einzelheiten vorgetragen; bereits Größenangaben fehlen. Aus der Anlage K 6 b (Bl. 25 f d.A.) ergab sich insoweit lediglich, dass dieses Objekt einen Gewerbeanteil enthalten sollte, der als 61

Gastronomie nicht nutzbar war, in dem aber andere gewerbliche Einrichtungen (Kanzleiräume, Frisör- /Kosmetik-Salon) hätten betrieben werden können. Diese Angaben reichen jedoch nicht aus, um die Vergleichbarkeit prüfen zu können.

Das unter der Adresse O-Weg 5 in K gelegene Objekt, an dem der Kläger im Dezember 2002 Mit – bzw. Wohnungseigentum zu erwerben plante, sollte zwar – wie sich allerdings lediglich den vorgelegten Unterlagen entnehmen ließ – eine Grundfläche (242,17 m²) und einen umbauten Raum (1.369,11 m²) vergleichbar mit dem brandgeschädigten Objekt (220,18 m² - 1.772 m³) haben. Auch weisen beide Objekte eine Mischnutzung von Gewerbe und Wohnen aus. Indes haben beide Objekte eine völlig unterschiedliche Nutzungsart. Während das brandgeschädigte Objekt neben dem Gastronomiebetrieb acht an die Stadt zur Unterbringung von Asylbewerbern vermietete Kleinstwohnungen enthielt und damit insoweit einen hotelartigen Charakter hatte, sollte der Wohnanteil des neu geplanten Objektes nur noch aus zwei Wohnungen zu je 91,91 m² bestehen. Dies stellt eine Wohnnutzung ganz anderer Art dar, die mit der Wohnnutzung des Brandobjekts nicht gleichgesetzt werden kann.

Die Planungen des Klägers im Mai 2003 bezogen sich auf ein Objekt in X mit einer Grundfläche von 437,57 m² und umbautem Raum von 4.300 m³. Die Grundfläche ist damit nahezu doppelt so groß wie das brandgeschädigte Objekt und der Rauminhalt beträgt nahezu das Zweieinhalbfache des versicherten Gebäudes (220,18 m² bzw. 1.772 m³). Bereits deshalb fehlt es an der Vergleichbarkeit.

Abgesehen davon scheitert ein entsprechender Anspruch gestützt auf die vorgenannten Ersatzobjekte aber auch daran, dass der Kläger nicht substantiiert dargelegt hat, dass eine Wiederherstellung des brandgeschädigten Gebäudes entsprechend § 15 Nr. 4 Satz 2 VGB 88 an der bisherigen Stelle rechtlich unmöglich oder wirtschaftlich unvertretbar ist.

Ob rechtliche Unmöglichkeit oder wirtschaftliche Unvertretbarkeit gegeben ist, kann nicht durch Bezugnahme auf zwei nicht genehmigungsfähige Einzelplanungen dargelegt und bewiesen werden. Vielmehr bedarf es konkreter Ausführungen, auf deren Grundlage die Unmöglichkeit oder die Unvertretbarkeit der Wiederherstellung allgemein für dieses Grundstück geprüft und beurteilt werden kann. Solche sind vom Kläger nicht dargetan. Sein Vorbringen erschöpft sich vielmehr weitgehend in einer Bezugnahme auf den Bescheid des Landkreises G vom 26.02.2002. Diesem ist jedoch nur zu entnehmen, dass die beiden eingereichten Planungen in verschiedenen Punkten den - bedingt durch den Wegfall des Bestandsschutzes – veränderten baurechtlichen Vorgaben nicht entsprochen haben. Hingegen ist dem Bescheid – worauf auch das Landgericht bereits hingewiesen hat – nicht zu entnehmen, dass diese Hindernisse nicht durch entsprechende Umplanungen hätten beseitigt werden können.

b) Gleichfalls zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass es auch an der erforderlichen Sicherstellung fehlt.

Die Feststellung der Verwendungssicherstellung (Sicherstellung) erfordert eine Prognose in dem Sinne, dass bei vorausschauend-wertender Betrachtungsweise eine bestimmungsgemäße Verwendung hinreichend sicher angenommen werden kann (BGH VersR 2004, 512 ff., juris-Rz. 12). Dabei können die im Bereich der Kaskoversicherung entwickelten Grundsätze, nach denen die Sicherstellung bei einem verbindlich geschlossenen Reparatur- oder Kaufvertrag anerkannt wird (vgl. BGHZ 103, 228, 235), auf die Wohngebäudeversicherung übertragen werden (BGH VersR 2004, 512 ff., juris-Rz. 13). Für die Annahme einer entsprechenden Sicherstellung bedarf es Vorkehrungen, die – auch wenn sie keine restlose Sicherheit garantieren – jedenfalls keine vernünftigen Zweifel an der

Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung aufkommen lassen. Manipulationen müssen möglichst weitgehend ausgeschlossen sein. Diese Voraussetzungen sind insbesondere erfüllt nach Abschluss eines Bauvertrages oder Fertighauskaufvertrages mit einem leistungsfähigen Unternehmer, wenn die Möglichkeit der Rückgängigmachung des Vertrages nur eine fernliegende ist bzw. wenn von der Durchführung des Vertrages nicht ohne erhebliche wirtschaftliche Einbußen Abstand genommen werden kann (BGH, VersR 2004, 512 ff., juris-Rz. 13; OLG Hamm, VersR 1984, 175 f.; Kollhosser in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 97 Rz. 14; Langheid in Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., § 97 Rz. 20; Martin, Sachversicherungsrecht, 3. Aufl., R IV Rz. 35).

Dagegen besteht ein solches praktisches Maß an Gewissheit, dass die Neuwertspitze tatsächlich für die Wiederherstellung verwendet wird, gerade nicht, wenn nur eine Bauplanung oder nur ein Baugenehmigungsantrag vorliegt. Auch eine bereits erteilte Baugenehmigung bietet keine vergleichbare Sicherheit, wenn damit keine (vertragliche) Verpflichtung des Versicherungsnehmers zum Wiederaufbau einhergeht. Denn eine Baugenehmigung berechtigt zwar zum Bauen, verpflichtet den Adressaten dazu aber nicht (vgl. LG Köln, VersR 2005, 1077, juris-Rz. 45; Kollhosser in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 97 Rz. 14; Langheid in Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., § 97 Rz. 20; Martin, Sachversicherungsrecht, 3. Aufl., R IV Rz. 35). Der Baugenehmigung oder zumindest einer positiven Bauvoranfrage kommt allerdings insoweit besondere Bedeutung zu, als ihr Fehlen der Annahme einer Sicherstellung selbst dann entgegen steht, wenn der Versicherungsnehmer bereits einen bindenden Bauvertrag im o. g. Sinne abgeschlossen hat. Das Vorhandensein einer Baugenehmigung ist also eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Annahme einer Verwendungssicherstellung (siehe OLG Hamm, VersR 1998, 1152 f., juris-Rz. 32; OLG Hamm, VersR 1984, 175 f., Ziffer 2 der Gründe).

68

Bereits nach seinem eigenen Vortrag ist der Kläger binnen der dreijährigen Frist eine den vorstehend aufgeführten Maßstäben entsprechende bindende Verpflichtung zum Wiederaufbau eines Ersatzobjektes nicht eingegangen.

69

Soweit der Kläger eine bereits bestehende Bindungswirkung mit der Höhe der bereits von ihm investierten Planungskosten unter Heranziehung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundzusätze zur Beurkundungsbedürftigkeit von Grundstücksgeschäften begründet, greift sein Vorbringen nicht durch. Beide Sachverhalte betreffen völlig unterschiedliche Konstellationen und sind nicht vergleichbar. Bei der Frage der Beurkundungsbedürftigkeit wird darauf abgestellt, ob Warn- und Schutzpflichten, wie sie durch das notarielle Beurkundungserfordernis gewahrt werden, tangiert sind. Hier geht es hingegen um eine von dem Versicherungsnehmer zu erbringende Sicherstellung, die Voraussetzung dafür ist, dass ihm ein Zahlungsanspruch gegen seinen Versicherer zusteht.

70

c) Die Beklagte ist nicht nach Treu und Glauben gehindert, sich auf den Fristablauf zu berufen. Der Kläger hat – aus den vorstehend unter a) und b) im einzelnen dargelegten Gründen - keine der Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Nr. 4 VGB 88 dargelegt.

71

Zwar hat die Rechtsprechung in 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 (siehe OLG Köln RuS 2001, 156 f., juris-Rz. 39). Ein solcher Rechtsmissbrauch kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Versicherer zunächst seine Einstandspflicht auch für eine Entschädigung nach dem Zeitwert schon dem Grunde nach bestreitet und den

72

Versicherungsnehmer dadurch zu einem langwierigen Prozess zwingt, vor dessen Ende der Versicherungsnehmer wegen beschränkter finanzieller Mittel die Wiedererrichtung nicht in Angriff nehmen kann (Hans. OLG Bremen VersR 2002, 1372 f., juris-Rz. 16; OLG Hamm VersR 1993, 1352 f., juris-Rz. 12; OLG Hamm VersR 1989, 1082 f., juris-Rz. 55).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Beklagte hat sich ihrer Leistungspflicht nicht generell entzogen, sondern in Bezug auf den Zeitwertschaden eine Auszahlung getätigt und die Verpflichtung zur Auszahlung der Neuwertspitze im April 2002 dem Grunde nach anerkannt. 73

2.) 74

Dem Kläger steht gegen die Beklagte auch kein Anspruch auf Schadensersatz aus sog. positiver Vertragsverletzung des Versicherungsvertrages zu. 75

Es fehlt bereits an einer Pflichtverletzung der Beklagten. 76

Dafür, dass der Kläger bei der Sicherstellung der Wiederherstellung nachhaltig durch ein Verhalten der Beklagten beeinträchtigt wurde, ist nichts ersichtlich. Angesichts des fehlenden Nachweises der Unmöglichkeit bzw. Unwirtschaftlichkeit des Wiederaufbaus, der fehlenden Vergleichbarkeit der vom Kläger vorgesehenen Ersatzobjekte und auch der nicht gegebenen Sicherstellung der Verwendung ist die Weigerung der Beklagten, die Neuwertspitze an den Kläger auszusahlen, rechtmäßig. 77

3.) 78

Der Kläger hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch aus § 15 Nr.1 VGB 88 auf Zahlung des "vollen" Versicherungszeitwertes. 79

Diesen Anspruch konnte der Kläger allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten im Berufungsrechtszug ohne die in § 533 ZPO bestimmten Einschränkungen hilfsweise geltend machen, weil sich dieser Anspruch als minus zu dem vorrangig vom Kläger geltend gemachten Zahlungsanspruch auf die Neuwertspitze und nicht als Klageänderung darstellt. Selbst wenn darin eine Klageänderung liegen sollte, wäre diese jedenfalls gemäß § 533 ZPO als sachdienlich zuzulassen. In der Sache hat der Kläger diesen Anspruch bereits erstinstanzlich darauf gestützt, dass er das Sachverständigengutachten als fehlerhaft bewertet und einen wirtschaftlichen Totalschaden des Gebäudes geltend gemacht hat. 80

Der Anspruch steht dem Kläger aber nicht zu, weil dem Gutachten der Sachverständigen L und T vom 01.09.2000 Bindungswirkung zukommt. Den danach dem Kläger zustehenden Zeitwertschaden, bei dessen Ermittlung der Restwert des brandgeschädigten Gebäudes in Abzug gebracht worden ist, hat die Beklagte zuzüglich der Aufräumkosten und des Mietausfalls bereits an den Kläger ausgezahlt. 81

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat konnte nach Vorlage der von den Parteien am 26.07.2000 (Bl. 276 d.A.) geschlossenen Vereinbarung über das Sachverständigenverfahren unstreitig gestellt werden, dass das eingeholte Gutachten im Sachverständigenverfahren nach § 22 VGB 88 erstattet wurde. 82

Die übereinstimmend getroffenen Feststellungen der Sachverständigen weichen nicht im Sinne des § 22 Nr. 6 VGB 88 offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich ab und sind damit bindend. Dies gilt insbesondere für den hier maßgeblichen Punkt des Abzugs des Restwertes bei der Bemessung des Zeitwertschadens. 83

Ein Schiedsgutachten ist dann offenbar unrichtig, wenn sich die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens dem sachkundigen und unbefangenen Beobachter - ggf. erst nach eingehender Prüfung - aufdrängt. Maßgeblich ist, ob es für einen fachkundigen Dritten, der sachgerecht vorgeht, offenbare Unrichtigkeiten enthält (BGH VersR 1986, 482). Dabei sind strenge Anforderungen zu stellen. Abzustellen ist für die Beurteilung auf den Sach- und Streitstand, den die Parteien dem Gutachter zur Beurteilung unterbreitet haben. Neuer Sachvortrag nach Abgabe des Gutachtens ist nicht zu berücksichtigen. Für die Frage, ob das Gutachten offenbar unrichtig ist, kann es nur darauf ankommen, ob den Gutachtern bei der Beurteilung des ihnen vorgelegten Materials offenbare Fehler unterlaufen sind (s. BGH NJW 1979, 1885, juris-Rz. 22).

Gemessen an diesen Voraussetzungen ist eine offenbare Unrichtigkeit des Gutachtens der Sachverständigen L und T nicht feststellbar. 85

Soweit der Kläger die von ihm angenommene Unrichtigkeit darauf stützt, dass ein Wiederaufbau des brandgeschädigten Gebäudes wegen des Wegfalls des Bestandsschutzes gar nicht möglich sei und aus diesem Grunde auch die noch vorhandenen Gebäudeteile wertlos seien, mithin ein wirtschaftlicher Totalschaden vorliege, ist sein Vortrag unsubstantiiert. Das Vorbringen des Klägers erschöpft sich insoweit im wesentlichen in der Bezugnahme auf den Bescheid des Landkreises G vom 26.02.2002 (GA 16 f). Konkreter und nachvollziehbarer schriftsätzlicher Vortrag fehlt. Der vom Kläger angeführte Bescheid bezog sich – wie bereits ausgeführt – lediglich auf zwei konkrete Vorentwürfe. Ihm lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass ein Wiederaufbau des Gebäudes schlechthin nicht möglich und sämtliche noch vorhandenen Gebäudeteile damit wertlos sind. Auch ist aus dem Bescheid nicht ersichtlich – und zwar auch nicht unter ergänzender Berücksichtigung des Kurzgutachtens des Dipl.-Ing. I vom 28.07.2004 - , inwieweit angesichts der baurechtlichen Vorgaben (insbesondere der geschlossenen Brandwand an der Westgrenze, der Einhaltung eines Grenzabstandes an der Südgrenze, der einzuhaltenden Traufhöhen sowie der erforderlichen Beseitigung von Innenwänden und der Neuordnung des Raumprogramms) ggf. anteilige Wertlosigkeit anzunehmen ist und diese ein "erhebliches Abweichen" (s. hierzu Römer in Römer/Langheid, aaO, § 64 Rz.16 VVG) darstellt. Soweit der Architekt I unter Ziff. 4.0. seiner Stellungnahme ausgeführt hat, die in den Anlagen 1-4 dargestellten Konsequenzen seien in dem Gutachten der Sachverständigen T und L nicht enthalten, war dies – auch nach Vorlage dieser Anlagen erstmals im Berufungsverfahren – nicht nachvollziehbar. Weder dem Text noch aus den Anlagen des Gutachtens ist zu entnehmen, ob die restlichen Gebäudeteile deshalb ganz oder teilweise wertlos sind, weil sie bei jeder rechtlich möglichen und wirtschaftlich vertretbaren Planung hätten abgerissen werden müssen. 86

Abgesehen davon ist vorliegend aber auch nicht ersichtlich, dass die Sachverständigen L und T die klägerseits behauptete Wertlosigkeit des Restobjektes infolge der nach Wegfall des Brandschutzes geltenden abweichenden baurechtlichen Regelungen im Rahmen ihres Gutachtens hätten feststellen können. Inwieweit die Gebäudereste des brandgeschädigten Gebäudes bei einem Wiederaufbau noch verwendet werden können, hängt von der jeweiligen Planung ab und kann nicht – jedenfalls nicht umfassend - anhand der für eine neue Planung maßgeblichen allgemeinen baurechtlichen Vorschriften bestimmt werden. Eine konkrete Planung gab es vorliegend bei Gutachtenerstattung im September 2000 aber noch gar nicht, sondern erst viel später. Dem entsprechend konnte der Umfang einer ggf. bestehenden Wertlosigkeit der vorhandenen Gebäudereste von den Gutachtern nicht berücksichtigt werden. 87

Auch soweit der Kläger den von den Sachverständigen angesetzt und bei der Schadensberechnung in Abzug gebrachten Restwert damit angreift, dass von den verbliebenen Gebäudeteilen ein Brandgeruch ausgehe, der bei einem Wiederaufbau nicht nachhaltig beseitigt werden könne, und daher auch aus diesem Grunde von einem Totalschaden auszugehen sei, dringt die Berufung nicht durch.

Diese Behauptung ist im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO neu und nicht zulassungsfähig, da der Kläger sie zum ersten Mal in der Berufung aufgestellt hat. In erster Instanz findet sich hierzu kein Vortrag. Zum anderen ist das pauschale Vorbringen des Klägers in zweiter Instanz aber auch in insoweit ohne ausreichende Substanz. In dem Gutachten I wurde diese Frage offen gelassen. Die zur Akte gereichte ergänzende Stellungnahme des Dipl.-Ing. T (Bl.207 d.A.) ersetzt substantiierten Vortrag bereits nicht; abgesehen davon ist ihr aber auch nicht hinreichend konkret zu entnehmen, dass der Brandgeruch nicht mit Erfolg abgestellt werden könnte. 89

4.) 90

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 711 ZPO. 91

5.) 92

Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 20.11.2007 führt zu keiner abweichenden Beurteilung und konnte deshalb auch nicht zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung Anlass geben. 93

6.) 94

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Die Entscheidung des Senats weicht von der gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ab. 95

Wert des Berufungsverfahrens: 274.168,51 € 96