

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 213/82

URTEIL

Verkündet am

26. September 1984

Hellmann

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E- G- F- KG, vertreten durch den Komplementär
Günther E, O M, O,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. -

g e g e n

N A V AG, gesetzlich ver-
treten durch den Vorstand, R platz, N,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1984

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilanerkennnis- und Endurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 21. Oktober 1982 im Kostenauspruch und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29. August 1980 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betrieb ein Unternehmen zur Galvanisierung von Kunststoffen. Die Betriebsanlagen bestanden vor allem aus mit chemischen Bädern gefüllten Kunststoff-

- 3 -

wannen und elektrischen Schaltanlagen und waren in einem älteren Gebäude untergebracht.

Die Betriebseinrichtung war bei der Beklagten mit einer Gesamtsumme von 820.000,- DM gegen Feuer versichert. Außerdem unterhielt die Klägerin bei der Beklagten eine Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung mit einer Versicherungssumme von 525.000,- DM. Es war die Geltung der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB) und der Bedingungen für die Betriebsunterbrechungsversicherung (FBUB) vereinbart.

Am 15. Januar 1977 drang infolge eines Brandes in einem anderen, im gleichen Gebäude untergebrachten Betrieb Rauch in die Betriebsräume der Klägerin und überzog die gesamten Gerätschaften und die Gebäudeteile mit einer unterschiedlich starken, fettigen Ruß- und Schmauchsicht.

Der von der Beklagten mit der Schadensfeststellung beauftragte Sachverständige Ingenieur Heidenreich zog als chemischen Beirat den Diplomchemiker Dr. Lowicki zu. Beide empfahlen zur Beseitigung der Brandniederschläge (neben der Reinigung der Gebäudeteile) eine Reinigung der Anlagen der Klägerin mit einem alkalischen Reinigungsmittel im Wischverfahren. Die Klägerin hielt dies für nicht ausreichend zur Schadensbeseitigung an ihren Betriebsanlagen und forderte weitgehende Erneuerung der Anlagen, insbesondere der Wannen. Die Beklagte bestand auf der Durchführung der von ihren Beauftragten



empfohlenen Reinigung, die daraufhin von der Firma B in der Zeit bis Mitte März 1977 an den Anlagen der Klägerin und an dem bei einer anderen Versicherung brandversicherten Betriebsgebäude vorgenommen wurde.

Den am 21. März 1977 begonnenen Probelauf brach die Klägerin am 6. Mai 1977 ab, weil es nach ihrer Darstellung zu erhöhtem Ausschuß und zu Fehlreaktionen gekommen war. Nach einer in eigener Regie durchgeführten weiteren Reinigung ihrer Anlagen startete die Klägerin am 8. Juni 1977 einen zweiten Probelauf, den sie am 25. Juni 1977 mit der gleichen Begründung wie den ersten Probelauf abbrach. Am 30. Juni 1977 stellte sie ihren Betrieb endgültig ein.

Auf Antrag der Beklagten hatten die Parteien am 15. Februar 1977 zur Ermittlung der Schadenshöhe in der Feuerversicherung das in den AFB vorgesehene Sachverständigenverfahren vereinbart. Die von den Parteien benannten Sachverständigen, Ingenieur Heidenreich und Dr. Ing. Wintrich trafen, soweit sie zu übereinstimmenden Feststellungen gelangten, diese schriftlich unter dem 7. Juni 1977. Daneben legte Ingenieur Heidenreich ein gesondertes Gutachten vor. Dr. Wintrich legte sein Amt vor Abschluß einer zahlenmäßigen Festlegung seiner abweichenden Feststellungen nieder, da er sich von dem Komplementär der Klägerin unter Druck gesetzt fühlte.

Der von den Sachverständigen zum Obmann bestimmte und nunmehr von der Beklagten eingeschaltete Diplomingenieur Urban zog als chemischen Berater den Sachverständigen Dr. Schuh zu. Dr. Schuh und Dr. Lowicki unterhielten seinerzeit eine Laborgemeinschaft. Der Obmann Urban entfaltete nach einer vorbereitenden Besichtigung am 21. Juni 1978 bis zum Sommer 1979 keine über die Korrespondenz mit den Parteien hinausgehende Tätigkeit, da die Klägerin ihn für befangen erklärte und einen von ihr zunächst geforderten, eine erste Zahlung von 2.000,- DM übersteigenden Vorschuß nicht leistete. Die Klägerin lehnte es ab, sich mit der Beklagten auf einen anderen Obmann zu einigen, und erwirkte mit einem Antrag vom 24. Mai 1978 ein Beweissicherungsverfahren, in dem die Bayerische Landesgewerbeanstalt (LGA) am 24. Januar 1979 ein Gutachten über den Zustand der Betriebseinrichtung erstattete. Mit Schreiben vom 25. Juni 1979 lehnte die Beklagte Ersatzansprüche aus der Feuerversicherung wegen Obliegenheitsverletzung der Klägerin ab, die sie in der Behinderung des Sachverständigenverfahrens durch Nicht-einzahlung des Vorschusses erblickt, und verwies die Klägerin auf den Rechtsweg.

Über die Verrechnung der von der Beklagten vor Prozeßbeginn auf den Schadensfall aus beiden Versicherungsverträgen geleisteten 269.018,35 DM besteht Streit.

Zur Begründung ihrer Klage, die sie ursprünglich auf 1.584.389,70 DM zuzüglich Zinsen gerichtet und

nach Veräußerung der Betriebsanlagen um 55.000,- DM im Laufe des Rechtsstreits auf 1.529.389,70 DM ermäßigt hat, trägt die Klägerin vor allem vor, die Beklagte habe ihr trotz Widerspruchs ein sinnloses Reinigungsverfahren aufgezwungen und so schuldhaft den Zusammenbruch ihres Unternehmens herbeigeführt, wofür sie ihr Schadensersatzpflichtig sei.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, vor Abschluß des Obmannverfahrens seien Forderungen der Klägerin aus der Feuerversicherung nicht fällig. Die Reinigungsanweisung sei keine Anweisung im Sinne des § 13 AFB gewesen. Für ein etwaiges Verschulden der Sachverständigen hafte sie nicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin ist - abgesehen von dem anerkannten Teilbetrag von 33.407,04 DM - erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche in der verbliebenen Höhe von 1.495.982,66 DM weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Urteils, soweit in ihm die Zurückweisung der Berufung der Klägerin ausgesprochen ist, und zur Zurückverweisung der Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht.

I.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß nach dem Prozeßvortrag der Klägerin nicht davon ausgegangen werden könne, sie mache ausschließlich Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung und nicht auch noch Restansprüche auf die Versicherungsleistungen aus der Feuer- und der Feuerbetriebsunterbrechungsversicherung geltend. Insbesondere die Darlegungen der Klägerin zur Höhe der noch offenstehenden Versicherungsrestleistungen im Schriftsatz vom 7. Juni 1982 tragen die Wertung des Vorbringens, die das Berufungsgericht vorgenommen hat.

2. Zutreffend ist auch seine Annahme, die Beklagte könne einer klageweisen Geltendmachung des restlichen Versicherungsanspruchs aus der Feuerversicherung nicht (mehr) entgegenhalten, das vereinbarte Sachverständigenverfahren sei noch nicht abgeschlossen und die Versicherungsleistung deshalb nicht fällig. Dieser etwaigen Einrede hat sich die Beklagte jedenfalls dadurch endgültig begeben, daß sie mit Schreiben vom 25. Juni 1979 weitere Ansprüche der Klägerin aus der Feuerversicherung ohne Klarstellung, daß sie im Falle ihrer Haftung den Abschluß des Sachverständigenverfahrens vorbehalten wissen wolle, nur mit der gemäß § 12 Abs. 3 VVG gebotenen Belehrung abgelehnt und damit die Klägerin zu einem klageweisen Vorgehen genötigt hat (vgl. Wussow, Feuerversicherung, 2. Aufl., § 15 AFB, Anm. 4, Seite 536 Mitte).

3. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Behinderung des Fortganges und Abschlusses des vereinbarten Sachverständigenverfahrens durch die Klägerin nicht zu einer der in § 13 Abs. 1 AFB angeführten Obliegenheitsverletzungen zählt. Da die Klägerin dem (von ihr wegen Befangenheit abgelehnten) Obmann den jederzeitigen Zutritt zu ihren Werksanlagen für etwa von ihm erforderlich gehaltene Untersuchungen ausdrücklich eingeräumt hat, kann die Beklagte ihre Leistungsfreiheit schon deshalb nicht aus § 13 Abs. 1 c AFB herleiten (vgl. im übrigen BGH Urteil v. 11.6.1976 - IV ZR 84/75 - VersR 1976, 821).

Daß die Klägerin es abgelehnt hat, für die Tätigkeit des Obmanns einen 2.000,- DM übersteigenden Vorschuß zu zahlen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach § 13 Abs. 1 c AFB hat der Versicherungsnehmer lediglich, soweit es ihm billigerweise zugemutet werden kann, jede Untersuchung über Ursache und Höhe des Schadens und über den Umfang der Entschädigungspflicht zu gestatten. Dem ist die Klägerin unstreitig nachgekommen. Eine im Falle ihrer Verletzung Leistungsfreiheit begründende Obliegenheit zur Vorschußzahlung für die Tätigkeit eines Obmanns im Sachverständigenverfahren gemäß § 15 AFB, § 64 VVG hat die Beklagte in ihren Versicherungsbedingungen nicht vereinbart, so daß sich die Frage der Wirksamkeit einer solchen Klausel hier nicht stellt (vgl. zu § 15 Abs. 2 e VHB BGHZ 83, 169).

II.

Mit Erfolg beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht den Sachvortrag der Klägerin zu den vertraglichen Ansprüchen als entweder nicht schlüssig oder als nicht ausreichend unter Beweis gestellt behandelt und deshalb von Feststellungen abgesehen hat, inwieweit die Betriebsanlagen brandbedingt zerstört worden und funktionsunfähig geworden sind, und welcher versicherungsmäßig gedeckte Schaden der Klägerin daraus entstanden ist.

1. Das Berufungsgericht stellt seinen Überlegungen zu Ansprüchen aus der Feuerversicherung die §§ 1 und 2 der vereinbarten Bedingungen für die Neuwertversicherung von Industrie und Gewerbe voran, nach denen in der Feuerversicherung für durch Brand zerstörte Gegenstände der Wiederbeschaffungspreis (Neuwert) und für beschädigte Sachen die Reparaturkosten zuzüglich Wertminderung zu ersetzen sind, unter Berücksichtigung einer etwaigen Unterversicherung und der Begrenzung der Versicherungsleistung nach oben durch die Versicherungssumme.

Im eingeleiteten Sachverständigenverfahren sind die beiden Gutachter der Parteien in einem gemeinsamen Gutachten übereinstimmend zu einem Neuwert der "technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung" der Klägerin in Höhe von 870.000,- DM, und damit zu einer Unterversicherung, und zu einer übereinstimmenden Teilbewertung des brandbedingten

Schadens in Höhe von 134.240,- DM gekommen. Die hieran orientierte Zahlung hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Solange nicht feststeht, daß die gemeinsamen Feststellungen offenbar von der wirklichen Sachlage abweichen, kommt in diesem Umfang auch die Durchführung eines Obmannverfahrens bzw. eine Begutachtung durch einen gerichtlich beauftragten Sachverständigen nicht in Betracht, § 64 Abs. 1 Satz 1 VVG. Für die offensichtliche Unrichtigkeit der gemeinsamen Feststellungen ist die Klägerin beweispflichtig. Es läßt sich nicht ausschließen, daß ihr dieser Beweis im Rahmen der gebotenen weiteren Beweisaufnahme gelingen wird (s.u. III 3 b).

Dem Berufungsgericht haben die von der Klägerin übergebenen Unterlagen vorgelegen, die sie zur Grundlage ihrer Brandschadensberechnung macht und zu deren Richtigkeit sie ihren Steuerberater Dr. H. [REDACTED] benannt hat. Dem Berufungsgericht stand das im Beweissicherungsverfahren erstellte Gutachten der LGA zur Verfügung, aus dem hervorgeht, daß Materialproben von deren Sachbearbeitern gesichert wurden. Ferner lag ihm das Gutachten 77009 des Sachverständigen Dr. Lowicki vor, das auf Begehungen mit Probeentnahmen vom 17. und 26. Januar 1977 und vom 15. Februar 1977 basiert. Dieses auswertbare Beweismaterial erlaubt dem Tatrichter die ihm gemäß § 287 ZPO aufgebene Schadensermittlung, erforderlichenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen von Amts wegen.

2. Auch bei der Prüfung der Ansprüche der Klägerin aus der Feuerbetriebsunterbrechungsver-sicherung ist sich das Berufungsgericht seiner Stellung gemäß § 287 ZPO nicht bewußt geworden. Bei der nachzuholenden Ermittlung wird von dem eigenständigen Gewinnbegriff der §§ 4 bis 6 FBUB auszugehen sein. Etwaige Verlusterhöhungen, die auf die brandschadensbedingte Betriebsunterbrechung zurückzuführen sind, fallen unter den Versicherungs-schutz. Zinsbelastungen stellen, soweit sie auch un-abhängig von der Betriebsunterbrechung angefallen wären, einen in die Berechnung nicht einzubeziehen-den Posten dar.

III.

Soweit die Klägerin Anspruch auf die vertrag-lichen Versicherungsleistungen hat, konnte ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aus schuldhaftem Fehlverhalten bei Erteilung einer Weisung zur Schadensbeseitigung oder bei der Über-prüfung des Ergebnisses der geforderten Schadens-beseitigungsmaßnahme nicht entstehen. Ein die Ver-sicherungsleistungen übersteigender Schadensersatz-anspruch aus positiver Forderungsverletzung kann zum einen entstanden sein, wenn sich ergibt, daß die Beschädigungen der Betriebsanlagen zwar an sich zu beheben gewesen wären, die Anlagen jedoch bei dem auf Weisung der Beklagten unternommenen Reinigungsver-

such zerstört worden sind. Zum anderen kann ein solcher Anspruch auch gegeben sein, wenn die Betriebsanlagen von Anfang an irreparabel zerstört waren, so daß nur ein umgehender Teileaustausch in Betracht gekommen wäre. Der je nach Fallgestaltung versicherte Schaden ist auf Grund des Versicherungsvertrages und nicht als Teilposten eines Schadenersatzanspruches zu regulieren. Dieser betrifft allein die über die Versicherungsleistungen hinausgehende Forderung der Klägerin.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht in dem Verlangen der Beklagten, den Sanierungsvorschlag des von ihr eingeschalteten Sachverständigen Dr. Lowicki auszuführen, eine Weisung des Versicherers gemäß § 13 Abs. 1 b AFB, § 10 Abs. 2 a FBUB gesehen, der die Klägerin bei Meldung des Verlustes des Anspruches auf die Versicherungsleistung gemäß § 13 Abs. 2 AFB, § 10 Abs. 3 FBUB Folge leisten mußte. Der Sachverständige Dr. Lowicki wurde als Erfüllungsgehilfe der Beklagten tätig, für dessen Verhalten sie nach § 278 BGB einzustehen hat (vgl. Wussow, aaO, § 13 AFB, Anm. 12 c).

2. Haben die Beklagte oder ihr Erfüllungsgehilfe im Rahmen der von der Beklagten verlangten Schadensbehebung vorwerfbar falsch gehandelt und der Klägerin hierdurch einen über die ohnehin geschuldeten Versicherungsleistungen hinausgehenden Schaden zugefügt, so ist die Beklagte der Klägerin hierfür ersatzpflichtig.

Als schadensersatzbegründendes Verhalten könnte in Betracht kommen:

a) Ein vorwerfbares Verhalten bei Weisungerteilung, das zur Voraussetzung hätte, daß der Sachverständige Dr. Lowicki einen nach dem seinerzeitigen Erkenntnis- und Wissensstand ungeeigneten Sanierungsvorschlag gemacht hat. Dieser könnte auch darin bestehen, daß nicht ausreichend sorgfältig geprüft worden ist, ob eine Reinigungsmaßnahme überhaupt zur Beseitigung der Brandfolgen an den Betriebsanlagen der Klägerin geeignet war bzw. welche Reinigungsmethode nach dem - gegebenenfalls durch genauere Materialprüfungen zu ermittelnden - Schadensbild erfolgversprechend erscheinen konnte;

b) Eine vorwerfbare Nachlässigkeit der Beklagten bei der ersten Überprüfung, ob die durchgeführte Sanierungsmaßnahme zur Schadensbeseitigung geführt hatte;

c) Eine vorwerfbare Weigerung der Beklagten, den alsbald von der Klägerin erhobenen Beanstandungen nachzugehen, daß die Reinigungsmaßnahme nicht zu einer nachhaltigen Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit ihrer Betriebsanlagen geführt habe.

3. Das Berufungsgericht hat ein vorwerfbares Fehlverhalten der Beklagten verneint, soweit es um die Weisungerteilung selbst geht, da die vorgeschlagene Reinigungsmethode nach den es überzeugenden Darlegungen des

mündlich gehörten Sachverständigen Dr. Raub nicht falsch gewesen sei. Es hat die Beklagte auch nicht für verpflichtet angesehen, durch ihre Sachverständigen eine chemische Untersuchung der Anlage nach der Reinigung durchführen zu lassen.

Mit Erfolg macht die Revision geltend, daß das Berufungsgericht diese Wertung unter Übergehung von entscheidungserheblichem Parteivortrag und hierzu gebotener Beweiserhebung getroffen hat.

a) Nicht gefolgt werden kann ihr allerdings in ihrer Ansicht, das Berufungsgericht habe den Haftungsmaßstab verkannt, der für das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit ihrer Weisung gelte, und ein Einstehenmüssen nur für offensichtlich sinnlose Weisungen bejaht. Diese Annahme könnte der erste auf Seite 18 des Berufungsurteils beginnende Satz nahelegen. Jedoch ergibt schon der folgende Satz und schließlich völlig eindeutig der erste Satz unter b) auf Seite 19 des Berufungsurteils, daß das Berufungsgericht die Erteilung einer offensichtlich sinnlosen Weisung nur als eine denkbare Variante des Fehlverhaltens erachtet hat, für das die Beklagte einzustehen hat, und zutreffend als Haftungsmaßstab Vorsatz und Fahrlässigkeit angesehen hat.

b) Jedoch basiert seine Feststellung, die von der Beklagten geforderte Reinigungsmethode sei nicht falsch, sondern das bei der gegebenen Sachlage übliche Verfahren gewesen, auf einem fehlerhaften, von der Revision ge-

rügten Vorgehen in der Beweiserhebung. Eine Beweis-
aufnahme war allerdings entgegen der Rüge der Revi-
sion nicht zu dem nach dem Tatbestand des Berufungs-
urteils unstreitigen Widerspruch der Klägerin gegen
die von der Beklagten geforderte Reinigungsmaßnahme
geboten.

Dagegen hebt die Revision zutreffend darauf ab,
daß der Sachverständige Dr. Raub, der die brandge-
schädigten Betriebsanlagen der Klägerin nie gesehen
hat, in seiner schriftlichen Stellungnahme die von
der Beklagten geforderten Reinigungsmaßnahmen nur
als bei geringen Brandschäden üblich bezeichnet hat.
Der Sachverständige hat darüber hinaus darauf hinge-
wiesen (Seite 1 seiner schriftlichen Stellungnahme),
daß Brandschäden, auch leichter Art, an Schaltan-
lagen - wie im Betrieb der Klägerin vorhanden - sehr
kritisch seien, und es deshalb von Fall zu Fall unter-
schiedlich sei, ob die von Dr. Lowicki vorgeschlagene
Reinigungsmethode den gewünschten Erfolg bringe. Darüber
hinaus hat er klargestellt, daß sich aus dem Aktenin-
halt nicht feststellen lasse, inwieweit die Reinigung
sorgfältig ausgeführt worden sei.

In seiner mündlichen Anhörung vor dem Berufungs-
gericht hat er ergänzend erläutert: Falls es sich bei
den Wannen um porigen Kunststoff gehandelt haben sollte
(was er aus den Akten nicht feststellen könne), der das
Eindringen von Brandschmauch in die Kunststoffober-
flächen begünstige, hätten ein routinemäßiges Wisch-

wie ein Tauchverfahren nur einen geringen Effekt erzielen können. In diesem Fall wäre nur ein Teileaustausch in Betracht gekommen.

Spätestens zu diesem Zeitpunkt, in dem ein Sachverständiger bestätigte, daß die Auffassung der Klägerin, durch ein - wie auch immer geartetes - Reinigungsverfahren habe eine sachgerechte Behebung der Brandschäden ihrer Betriebsanlagen gar nicht erfolgen können, unter Umständen zutreffend ist, hätte das Berufungsgericht dem Antrag der Klägerin und der Anregung des Sachverständigen Dr. Raub folgen und die für die LGA tätig gewordenen Sachverständigen Distelrath und Schwantes schriftlich oder mündlich unter Auswertung ihrer Materialproben hören müssen. Es war weiter gehalten, der Beklagten aufzugeben, auch die seinerzeit von ihrem Sachverständigen Dr. Lowicki genommenen Materialproben den Sachverständigen der LGA zur Auswertung zu überlassen. Erst wenn der tatsächliche Schadenszustand der Betriebsanlagen der Klägerin unmittelbar nach dem Brandgeschehen nach umfassender Auswertung des verfügbaren Beweismaterials (auch hinsichtlich der Frage, ob und wie weit es sich um porigen Kunststoff handelte,) festgestellt ist, kann geprüft werden, ob sich die Beklagte bei Erteilung ihrer Weisung oder auf Beanstandungen der Klägerin nach Ausführung der Reinigungsmaßnahme schuldhaft in einer schadensersatzanspruchsbegründenden Weise verhalten hat oder nicht.

Ergibt die Beweisaufnahme eine Schadensersatzpflicht der Beklagten, so wird auch hier die Feststellung der umstrittenen Schadenshöhe gemäß § 287 ZPO erfolgen müssen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Ritter