

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 39/84

URTEIL

Verkündet am: 30. Oktober 1985
Hellmann, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Geflügelzucht W[REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, Firma Geflügel-
zucht W[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäfts-
führerin Anneliese W[REDACTED], W[REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

M[REDACTED] F[REDACTED]-Gesellschaft, vertreten durch
den Vorstand Dipl.-Mathematiker Walter H[REDACTED], H[REDACTED],
K[REDACTED] Str. 2,

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1985
durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel,
Dr. Zopfs und Dr. Ritter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Celle vom 27. Januar 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage teilweise abgewiesen und die Beklagte zur Zahlung von 104.510,- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Hinsichtlich der Widerklage wird die Anschlußrevision zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin, die die Beklagte aus einer Feuerbetriebsunterbrechungsversicherung, der die FBUB a.F. zugrundeliegen, in Anspruch nimmt, betreibt in W [REDACTED] eine Geflügelzucht und Geflügelschlachtereie. Die Feuerbetriebsunterbrechungsversicherung war nur für die Geflügelschlachtereie abgeschlossen worden, in der seit Anfang Juni 1976 eine neu angeschaffte Brühmaschine zum Einsatz kam. Am 10. August 1976 wurde diese Brühmaschine durch einen Brand so stark beschädigt, daß der Schlachtereibetrieb bis zum 27. August 1976 eingestellt werden mußte. Die provisorisch hergerichtete Brühmaschine fiel erneut am 20. Oktober 1976 aus. Am 26. Oktober 1976 wurde eine neue Brühmaschine in Betrieb genommen.

Zur Ermittlung des in diesen 17 Arbeitstagen wegen der Nichtdurchführbarkeit von Geflügelschlachtungen entstandenen Betriebsunterbrechungsschadens führten die Parteien das gemäß §§ 12, 13 FBUB vorgesehene Sachverständigenverfahren durch. Da eine Bestandsaufnahme unmittelbar nach Schadenseintritt versäumt worden war, mußte die Schadensermittlung später anhand von Geschäftsbüchern, sonstigen Aufzeichnungen und Auskünften der Mitarbeiter der Klägerin erfolgen.

Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige Dr. Böckler gelangte zu der Feststellung eines Gesamtunterbrechungsschadens in Höhe von 410.000,- DM, der von der Beklagten beauftragte Sachverständige G [REDACTED] verneinte wegen möglicher Nachschlachtungen den Eintritt jeglichen Schadens und bejahte nur zur "Schadensminderung" erforderliche Aufwendungen in Höhe von



13.000,- DM. Der zum Obmann bestellte Sachverständige Dr. B. [REDACTED] ermittelte nach Betriebsbesichtigung einen Betriebsunterbrechungsschaden in Höhe von 306.000,- DM, den die Klägerin nebst Zinsen erstattet verlangt.

Die Beklagte erachtet das Obmanngutachten für nicht verbindlich. Außerdem beruft sie sich auf Leistungsfreiheit gemäß §§ 14, 10 Abs. 3 FBUB. Im Wege der Widerklage begehrt sie deshalb - nach teilweiser Ermäßigung - die Rückerstattung von 38.000,- DM, die sie für die Installation der neuen Brühmaschine aufgewendet hat.

Die Klage hatte in erster Instanz Erfolg, die Widerklage ist abgewiesen worden.

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht - unter Erweiterung des Zinsausspruches - die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin eine 104.510,- DM übersteigende Betriebsunterbrechungsentschädigung beansprucht, und es bei der Abweisung der Widerklage belassen.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Zuerkennung weiterer 201.490,- DM, mit der Anschlußrevision erstrebt die Beklagte die volle Klageabweisung und die Zuerkennung von 38.000,- DM im Wege der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Revision und Anschlußrevision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es Entscheidungen zur Klage enthält, und zur Zurückverweisung; die Anschlußrevision bleibt ohne Erfolg, soweit sie gegen die Abweisung der Widerklage gerichtet ist.

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte könne sich nicht auf Leistungsfreiheit berufen, da sie nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe, daß die Klägerin bei der Ermittlung des Unterbrechungsschadens eine arglistige Täuschung begangen bzw. überhaupt falsche Angaben gemacht habe. Die etwaige Repräsentanteneigenschaft des Prokuristen der Klägerin und Ehemannes der Geschäftsführerin der Komplementär-GmbH der Klägerin könne deshalb ebenso dahingestellt bleiben wie die Beantwortung der Frage, ob eine arglistige Täuschung gemäß § 14 FBUB auch gegenüber den beauftragten Sachverständigen begangen werden könne. Aus den unübersichtlichen Rechenwerken und Schätzangaben der Sachverständigen Dr. Bö[REDACTED] und G[REDACTED] lasse sich nicht ersehen, welche Angaben ihnen von Mitarbeitern der Klägerin überhaupt gemacht worden seien. Die Beklagte habe auch nicht vorgetragen, was den Sachverständigen mitgeteilt worden sei, und inwieweit hierbei Angaben vorsätzlich falsch gemacht worden seien. Es sei auch unklar geblieben, ob die Mitarbeiter der Klägerin tatsächlich einen Überblick über die rückschauend zu ermittelnden Bestandszahlen gehabt

hätten. Die Restbestandsermittlungen der beiden Sachverständigen begegneten schwerwiegenden Bedenken, denn es lasse sich nicht ausschließen, daß sie vorhandene Restbestände aus einem Kauf vom 15. Juni 1976 übersehen hätten; vor allem aber kranke die anhand vorhandener Entenfüße vorgenommene Bestandsberechnung, mit der die Beklagte die Unrichtigkeit von Angaben seitens der Klägerin dartun wolle, daran, daß jeder bereits geschlachteten Ente nur ein Fuß zuerkannt worden sei.

Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, es hätte die der Klägerin zumutbare Schadensminderungspflicht überstiegen, zur Durchführung von Nachschlachtungen Teile des Betriebes für kurze Zeit zu erweitern, einen anderen Schichtbetrieb einzuführen, kurzfristig und vorübergehend Aushilfskräfte einzustellen oder ähnliche Maßnahmen zu ergreifen.

2. Es erachtet das Gutachten des Obmanns Dr. B. für nicht verbindlich. Soweit sein Vorgehen bei der Schadensermittlung die Besorgnis der Befangenheit begründen könne, habe die Beklagte sich allerdings durch rügeloses Einlassen auf das Gutachten in der ersten Instanz ihrer Ablehnungsrechte begeben.

Auch daß der Obmann bei der Ermittlung des Unterbrechungsschadens methodisch von dem Vorgehen der beiden Vorgutachter abgewichen sei, begründe nicht die Unverbindlichkeit seines Gutachtens, denn er sei nur an unstreitige Feststellungen und die Schadensober- und -untergrenzen in den Vorgutachten gebunden, in der Wahl der Methode zur Schadensermittlung indes frei. Daß er

hierbei auch von der in § 13 FBUB vorgeschriebenen Berechnungsart abgewichen sei, sei ebenfalls unschädlich. Schon die Vorgutachter hätten nicht die in § 13 FBUB vorgesehenen Gewinn- und Verlustrechnungen angestellt. Dies hätten beide Parteien einverständlich hingenommen, offenbar in der Erkenntnis, daß die erst zwei Monate vor ihrem Ausfall in Betrieb genommene Brühmaschine, die eine wesentlich höhere Schlachtkapazität zur Folge gehabt habe, eine vergleichende Gewinn- und Verlustrechnung für die entscheidenden Zeiträume unmöglich gemacht habe. Mit der erstmaligen Rüge der tatsächlich angewandten Berechnungsmethode in der Berufungsinstanz setze sich die Beklagte zu ihrem früheren Verhalten in unzulässiger Weise in Widerspruch.

Die Unverbindlichkeit des Obmanngutachtens ergibt sich nach der Ansicht des Berufungsgerichts daraus, daß das Gutachten Denkfehler enthalte, die eine erhebliche und offenbare Unrichtigkeit des Gutachtenergebnisses bedingten.

Die der Schadensberechnung nach Kapazität zugrundegelegten Schlachtenten von 7.000 Stück pro Ausfalltag seien nach den eigenen Ermittlungen des Obmannes nur an drei Tagen tatsächlich vorhanden gewesen. Zudem sei in der Rechnung: Verkaufserlös pro Ente abzüglich Aufzucht-kosten pro Ente = Schaden pro Ente unzulässigerweise auch der Gewinn des nicht versicherten Aufzuchtbetriebes mit-enthalten. Andererseits sei der Gewinn aus einem Entenkükenverkauf kein schadensmindernd zu berücksichtigender Posten, denn diese Küken gehörten zum Bereich des Aufzuchtbetriebes. Fehlerhaft sei der erzielbare Gewinn

aus dem Verkauf von Federn und Füßen unberücksichtigt gelassen worden. Die sich ergebenden Kostendifferenzen seien erheblich.

3. Bei seiner eigenen Schadensberechnung folgt das Berufungsgericht dem von ihm bestellten Sachverständigen Dr. Be[REDACTED] nur zum Teil. Es übernimmt die von ihm für die 17 Tage des Ausfallens der Brühmaschine als verfügbar ermittelten 92.000 schlachtreifen Enten und den Ansatz von 1,03 DM je Ente als Reingewinn für den Verkauf einer bratfertigen Ente einschließlich Festkosten sowie den weiteren mit 9.750,- DM von dem Sachverständigen Dr. Be[REDACTED] errechneten Gewinnausfall für 15.000 infolge der Betriebsunterbrechung nicht geschlachtete Suppenhühner. Die 104.510,- DM übersteigenden Schadensposten aus den Gutachten des Dr. Bewer läßt das Berufungsgericht bei seiner Berechnung außer Acht, weil alle mit der Aufzucht zusammenhängenden Verluste nicht versichert seien, Nachschlachtungen bei der Berechnung nach Kapazitäten nicht berücksichtigungsfähig seien und die Zahl der anderweitig verwerteten Enten für das Berufungsgericht auf Grund der Gutachten des Dr. Be[REDACTED] nicht nachvollziehbar sei.

II.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Allerdings kommt nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sach- und Streitstand Leistungsfreiheit der Beklagten wegen einer arglistigen Täuschung oder auch nur vorsätzlich unvollständigen Information der Sachverstän-

digen Dr. Bö[REDACTED] und G[REDACTED] durch Günter W[REDACTED], den Prokuristen der Klägerin, nicht in Betracht. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten wieder aufgegriffene Behauptung, Günter W[REDACTED] habe den Sachverständigen verschwiegen, daß die Klägerin die Enten nicht selbst aufgezogen, sondern sofort zur Aufzucht an die Firma W[REDACTED] Gesellschaft des bürgerlichen Rechts weiterveräußert und erst als Schlachttiere von dieser zurückgekauft habe, steht teilweise im Widerspruch zu dem einen unstreitigen Parteivortrag wiedergebenden Satz im Tatbestand des Berufungsurteils: "Die Klägerin betreibt in Warmersdorf eine Geflügelzucht und Geflügelschlachtereier." Überdies war schon den ersten beiden Sachverständigen bekanntgegeben worden, daß der Aufzuchtbetrieb nicht versichert war.

Die Beklagte hat für ihren weiteren bestrittenen Sachvortrag, daß die Angabe unwahr gewesen sei, gekaufte Entenküken seien ohne Abnahme bezahlt worden, Beweis nicht angetreten. Das ist entscheidend. Auch mit dem Hinweis auf die Anlage 1 zum Gutachten des Dr. Bö[REDACTED], nämlich den Vertrag der Klägerin mit der Firma W[REDACTED] in E[REDACTED], ist ein endgültiges Freiwerden der Klägerin von der als vertragliche Verpflichtung übernommenen fortlaufenden Entenkükenabnahme in Fällen einer Betriebsstörung nicht dargetan. Der Vertrag sieht lediglich die Möglichkeit einer zweiwöchigen Belieferungsrückstellung für einen Teil der fortlaufend abzunehmenden Küken vor bei Bestehenbleiben der Abnahmeverpflichtung zu einem alsdann erhöhten Einstandspreis.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob bei der Anwendung des § 14 FBUB die arglistige Täuschung von Mit-

gliedern der Sachverständigenkommission der arglistigen Täuschung des Versicherers gleichgesetzt werden kann (vgl. für den Fall der Verletzung der Auskunftspflicht BGH, Urteil vom 11. Juni 1976 - IV ZR 84/75 - VersR 1976, 821).

2. Auch Leistungsfreiheit wegen eines Verstoßes gegen § 10 Abs. 2a, Abs. 3 FBUB (unterlassene Rückstellung des Kükenankaufs) kam nach dem Verhandlungsergebnis im Berufungsverfahren nicht in Betracht. Die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung treten nur dann ein, wenn der Versicherer die Leistungsfreiheit gegenüber dem Versicherungsnehmer unter Berufung auf die Obliegenheitsverletzung geltend macht. Das ist ein tatsächlicher Vorgang, der in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden kann (Senatsurteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 24/82 - VersR 1984, 530, 532 unter I 6.)

3. Rechtsfehlerfrei ist die vom Berufungsgericht mit Hilfe des Sachverständigen Dr. Be[REDACTED] getroffene Feststellung, daß das Obmanngutachten jedenfalls insoweit methodische, einem Leser mit Sachkenntnis sogleich offenbar werdende Fehler enthält, als der Obmann trotz seiner niedriger liegenden Entenbestandsermittlungen eine Berechnung nach voller Kapazitätsauslastung vorgenommen und dabei auch den Aufzuchtgewinn dem allein versicherten Schlachtereibetrieb gutgebracht hat.

4. Es begegnet auch keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt ist, angesichts der Fallbesonderheiten hätten sich die Parteien auf eine von § 13 FBUB teilweise abweichende Berechnungsmethode geeinigt.

5. Dagegen haben derzeit weder die Feststellung des Berufungsgerichts, die Obmannentscheidung sei unverbindlich, weil sich die methodischen Fehler maßgeblich im rechnerischen Gesamtergebnis des Gutachtens ausgewirkt hätten, noch seine eigene Berechnung Bestand.

a) Allerdings macht die Revision ohne Erfolg geltend, in seinem ersten schriftlichen Gutachten vom 5. Oktober 1981 sei der Sachverständige Dr. Bewer zu einem Betriebsunterbrechungsschaden von rd. 294.000,- DM und damit zu einem Ergebnis gelangt, das nur um 4 % von demjenigen des Obmannes Dr. B. [REDACTED] abweiche, so daß eine offenbare und erhebliche Unrichtigkeit des Obmanngutachtengesamtergebnisses nicht angenommen werden könne.

Es muß nämlich berücksichtigt werden, daß der weiterhin in gerichtlichem Auftrag tätige Sachverständige Dr. Bewer gegenüber dem Zahlenansatz (im Gutachten vom 5. Oktober 1981) von 96.000 in den Unterbrechungszeiträumen vorhandenen, schlachtreifen Enten auf Grund nochmaliger Überprüfungen abgerückt und zu dem korrigierten Ergebnis gelangt ist, es seien im ersten Unterbrechungszeitraum 81.000 Enten und im zweiten Unterbrechungszeitraum 11.000 Enten vorhanden gewesen. Schon daraus ergibt sich notwendigerweise eine Zahlenkorrektur des Unterbrechungsschadens, die den Betrag von 294.000,- DM unterschreitet.

Es sind auch noch weitere Abstriche veranlaßt.

Versicherter Betriebsunterbrechungsschaden ist gemäß den §§ 3 Abs. 1, 4 FBUB a.F. (VerBAV 1955, 154) der entgehende Betriebsgewinn (= Gewinn aus dem Absatz der

hergestellten Erzeugnisse und der gehandelten Waren sowie der Gewinn aus Dienstleistungen) und der Aufwand an fortlaufenden Kosten. Darunter fällt nicht der Schaden, der aus einem Verderb von Waren oder Produktionsmitteln im Gefolge einer Betriebsunterbrechung entsteht. Solche Schäden sind zwar durch die Betriebsunterbrechung verursacht. Sie fallen aber, sofern sie unvermeidlich waren, unter die Ersatzpflicht des Feuerversicherers, weil ein Sachschaden entsteht, der die unvermeidliche Folge des Feuers ist (§ 1 Abs. 3b AFB; vgl. Magnusson, Rechtsfragen zur Betriebsunterbrechungsversicherung S. 85, 87; Fußhoeller/Jöhn, Feuer-Betriebsunterbrechungs-Versicherung § 1 Anm. 4; Wussow, Feuerversicherung 2. Aufl. AFB § 1 Anm. 33). Deshalb sind bei den Enten, von denen der Sachverständige Dr. Be[REDACTED] angenommen hat, daß sie vorzeitig verendet seien, zwar die Beträge für den nicht mehr aus einem Verkauf von bratfertigen Enten zu erwirtschaftenden Gewinn und die anteiligen fortlaufenden Betriebskosten in Ansatz zu bringen, nicht aber auch der - nutzlos aufgewendete - Einkaufspreis für diese schlachtreifen Enten. Ferner ist neben der Erlöseinbuße bei den vom Sachverständigen als anderweitig verwertet angesetzten Enten nicht zusätzlich ein Gewinnentgang für den unmöglich gewordenen Verkauf dieser Tiere als bratfertiger Enten zu berücksichtigen.

b) Dem Senat ist eine abschließende Beurteilung der Gutachten des Dr. Be[REDACTED] nicht möglich, da sich das Berufungsgericht bislang nicht in dem gebotenen Maße mit seinen Ausführungen auseinandergesetzt hat. Seine bisherige Annahme (die es bei seiner eigenen Schadensberechnung überdies wieder verläßt), daß nämlich schlacht-

reife Enten vor dem Moment ihrer Schlachtung noch nicht dem Schlachtereibetrieb, sondern weiterhin dem Aufzuchtbetrieb zuzurechnen seien, entbehrt bislang der entsprechenden Feststellungen zur Betriebsorganisation der Klägerin. Wenn diese, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, schlachtreife Enten für 7,50 DM das Stück eingekauft hat, um sie zu schlachten, so mußte sie notwendigerweise lebende Tiere erwerben - auch wenn dies vermutlich in engem zeitlichen Zusammenhang mit der vorgesehenen Schlachtung geschah, es sich also nicht um Kükeneinkäufe handeln konnte. Wurde die termingerechte Schlachtung unmöglich, so waren Erhaltung und Verwertung der gekauften vorhandenen Schlachtenten (als schadenmindernde Maßnahme, § 11 FBUB) Sache des Schlachtereibetriebes. Deren Ergebnisse sind grundsätzlich im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen. Deshalb bestand für den Sachverständigen Dr. Bewer durchaus Veranlassung zu Feststellungen, wie bereits gekaufte Schlachttiere im Schlachtereibetrieb der Klägerin trotz der Betriebsunterbrechung verwertet worden sind, bzw. wieviele Tiere vorzeitig verendeten. Erschienen dem Berufungsgericht die Zahlenansätze des Sachverständigen, der sich im Betrieb der Klägerin umgesehen und die vorhandenen Unterlagen ausgewertet hat, oder die den Gutachten zugrundegelegte Betriebsführung erläuterungsbedürftig, so war es gehalten, sich schriftlich oder in mündlicher Anhörung die gewünschte Aufklärung geben zu lassen. Dagegen kam es nach Verfahrenslage, was die Revision rügt, nicht in Betracht, die vorliegenden Gutachten wegen Unklarheiten für teilweise unverwertbar zu erklären und damit Schadenspositionen des Sachverständigen von vorneherein ungeprüft zu lassen. Es liegt auf der Hand, daß mit den unstreitig nicht mehr

vorhandenen 92.000 Schlachtenten, die sich in den Unterbrechungszeiten im versicherten Schlachtereibetrieb befanden, etwas geschehen sein muß. Sie können verendet sein, sie können nachgeschlachtet und dann verkauft worden sein oder sie können mehr oder minder bald nach Eintritt der Betriebsunterbrechungen lebend an Dritte veräußert worden sein.

Die Schadensberechnung des Berufungsgerichtes kann nur zutreffen, wenn alle 92.000 Schlachtenten mit dem Eintritt der Betriebsunterbrechungen schlagartig, d.h. ohne zusätzlichen Fütterungs- und Haltungsaufwand verendet sind. Dies hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt.

6. Die Sache muß deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. Da sich derzeit nicht feststellen läßt, in welcher Mindesthöhe die Beklagte der Klägerin eine Versicherungsleistung schuldet, war nicht nur auf die Revision der Klägerin die teilweise Klageabweisung aufzuheben, sondern auf die Anschlußrevision der Beklagten auch deren bisherige Verurteilung.

Bei der neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht auch auf das Vorbringen der Klägerin einzugehen haben, daß mit dem Einbau und der Betriebsbereitschaft der neuen Brühmaschine die Auswirkungen der Betriebsunterbrechungen noch nicht behoben gewesen seien, sondern daß sie weitere Gewinnminderungen habe hinnehmen müssen, da schlachtreife Enten nicht jederzeit in beliebiger Menge aufkaufbar seien, und ihr nach den Betriebsunterbrechungen zeitweise ausreichende eigene Bestände an Schlachtenten gefehlt hätten. Die Beklagte erhält durch die Zurück-

verweisung Gelegenheit, etwaige Besonderheiten in der Verflechtung der W[REDACTED]-Betriebe darzulegen, die für die Schadensermittlung von Bedeutung sein könnten.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter