

Kopie an MdL Stellkrzsn.	WV:
EINGEGANGEN	
21. DEZ. 2017	
Schulz Kneip Löhr Rechtsanwälte	
Kopie an MdL: Kernstein	Kopie an MdL: Hücker
Kopie an MdL: Zehner	zda

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

8 U 171/17
8 O 342/16 Landgericht Verden

Verkündet am
18. Dezember 2017

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro SKL Schulz, Kneip, Löhr, Bödekerstraße 79, 30161 Hannover,
Geschäftszeichen:

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht
die Richterin am Oberlandesgericht _____ und den Richter am
Oberlandesgericht : _____ für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das am 28. Juni 2017 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Verden wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht mit seiner Klage Ansprüche aus einer Gebäudeversicherung auf Zahlung des Neuwertanteils nach einem Brandschaden geltend.

Der Kläger ist seit 2012 Eigentümer des Grundstücks

Für dieses Objekt besteht bei der Beklagten zur Vers.-Nr. _____ eine Gebäudeversicherung zum Neuwert, die unter anderem eine Feuerversicherung umfasst. Das Versicherungsobjekt ist in dem Vertrag, der eine Selbstbeteiligung in Höhe von 250,00 € je Versicherungsfall vorsieht, wie folgt beschrieben:

„Hotel mit zwei Anbauten (Bj 1955 und Bj 1972) mit Nebengebäude und Garage(n)“

Dem Vertrag liegen unter anderem die Feuerversicherungsbedingungen (AFB 08, Stand 01/2011) zugrunde. § 8 AFB 08 – Umfang der Entschädigung – enthält folgende Regelung:

„2. Neuwertschaden

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

- a) Gebäude in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle wiederherzustellen. ...“

Wegen weiterer Einzelheiten der vertraglichen Grundlagen wird auf das Anlagenkonvolut K 1 (Bl. 7 ff. d. A.) Bezug genommen.

Im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch den Kläger befand sich im Erdgeschoss des Hauptgebäudes (Fachwerk) der Gastronomiebereich. Im Erdgeschoss des unmittelbar angebauten hinteren Backsteinnebengebäudes befand sich die Hotelküche. Im Obergeschoss befanden sich Zimmer. Ein weiteres einstöckiges Nebengebäude war seitlich an das Hauptgebäude angebaut. Wohnungen gab es in den Gebäuden nicht. In der Folgezeit begann der Kläger im Obergeschoss des Backsteinnebengebäudes sowie im Dachgeschoss des Hauptgebäudes Renovierungsmaßnahmen mit dem Ziel, insgesamt drei Wohnungen zu erstellen. Zumindest eine der Wohnungen war weitgehend fertiggestellt und an einen Bruder des Klägers vermietet, der sich dort unregelmäßig aufhielt.

Am 2. Dezember 2013 kam es im Dachgeschoss des Hauptgebäudes zu einem Brand, durch den die Substanz des Dachtragwerks zerstört wurde. Außerdem wurde das Objekt durch Löschwasser bis in das Kellergeschoss durchfeuchtet.

Die Beklagte trat in die Leistungsprüfung ein und beauftragte den Privatgutachter mit der Schadensermittlung. Dieser bezifferte – ausgehend von einer von ihm für möglich gehaltenen Reparatur – den Zeitwertschaden auf 162.000,00 € und den Neuwertschaden auf 213.000,00 € (jeweils netto). In diesen Beträgen waren 5.576,25 € für eine Noteindeckung gemäß Angebot der Firma sowie 6.500,00 € Trocknungskosten enthalten. Ferner ging der Privatgutachter von Aufräumungskosten in Höhe von 10.000,00 € (netto) aus. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die gutachterliche Stellungnahme des vom 25. März 2014 (Anlage B 5, Bl. 153 ff. d. A.) Bezug genommen. Die Beklagte zahlte dem Kläger für Sofortmaßnahmen und Aufräumungskosten ohne Anerkennung einer Rechtspflicht einen Betrag in Höhe von 26.000,00 €. Weitere Leistungen lehnte die Beklagte in der Folgezeit ab, weil sie von einer vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den Kläger ausging und zudem annahm, der Kläger habe arglistig falsche Angaben gemacht.

Zu einem nicht bekannten Zeitpunkt – jedoch nach dem von dem Privatgutachter am 20. Januar 2014 durchgeführten Ortstermin – ließ der Kläger eine Noteindeckung des Daches gemäß Angebot der Firma vornehmen. Trocknungsmaßnahmen unterblieben demgegenüber.

Der Kläger nahm die Beklagte vor dem Landgericht Verden – 8 O 63/15 – auf Zahlung der Zeitwertentschädigung in Anspruch. Das Landgericht verurteilte die Beklagte auf der Grundlage der Bewertung des Privatgutachters mit Urteil vom 14. Oktober 2015 zur Zahlung von 146.800,24 € nebst Zinsen. Dabei brachte es die von der Beklagten geleistete Zahlung sowie die Selbstbeteiligung in Abzug. Die Beklagte ließ dieses Urteil rechtskräftig werden und zahlte den ausgeurteilten Betrag Mitte November 2015.

Bereits Anfang April 2015 ließ sich der Kläger von dem Baugeschäft ein Angebot Nr. 318 über den Neubau einer Gaststätte mit vier Wohneinheiten zum Nettogesamtpreis von 1.113.589,00 € unterbreiten (Bl. 272 ff. der Beiakten). Wohl am 15. Mai 2015 übermittelte das Baugeschäft dem Kläger ein weiteres Angebot Nr. 324, ebenfalls lautend auf eine Nettoauftragssumme von 1.113.589,00 €; Einzelheiten dieses Angebots sind nicht bekannt. In den Akten befindet sich eine von dem Kläger und Herrn unterzeichnete und auf den 16. Juni 2016 datierte Auftragsbestätigung zu diesem Angebot (Bl. 146 f. d. A.), die der jetzige Prozessbevollmächtigte des Klägers demjenigen der Beklagten am 24. Juni 2016 übersandte. Im Oktober 2016 ließ der Kläger durch den die Planung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit je drei Wohnungen im Erd- und Obergeschoss vornehmen. Der Planer ermittelte Baukosten in Höhe von netto 846.359,00 € (brutto 1.007.167,21 €). Wegen der Einzelheiten dieser Planung wird auf das Anlagenkonvolut K 5 (Bl. 97 ff. d. A.) Bezug genommen. Einen schriftlichen Bauvertrag zu dieser Neuplanung – die der Kläger seiner Klageforderung zugrunde legt – gibt es nicht.

Der Kläger hat behauptet, der erhaltene Vorschuss habe für die tatsächlich erforderlichen Sicherungsmaßnahmen nicht ausgereicht. Deshalb habe sich der Zustand des Gebäudes insbesondere aufgrund von Feuchtigkeit so weit verschlechtert, dass ein Totalschaden vorliege und ein Neubau erforderlich sei.

Der Kläger hat gemeint, die Wiederherstellung sei sichergestellt. Hierzu hat er behauptet, er habe sich mit dem Bauunternehmer mündlich geeinigt, dass dieser das von dem gemäß Anlagenkonvolut K 5 geplante Gebäude zu den dort ermittelten Kosten in Höhe von 846.359,00 € zuzüglich Umsatzsteuer errichten solle. Der Bauunternehmer sei zur Durchführung dieser Baumaßnahme in der Lage. Die Baumaßnahme habe nach Vorlage einer Regulierungszusage der Versicherung erfolgen sollen und stehe „unter dieser auflösenden Bedingung“.

Ferner hat der Kläger gemeint, das von dem . geplante Gebäude sei dem zerstörten vergleichbar. Hierzu hat er behauptet, er habe die Beklagte davon in Kenntnis gesetzt, dass er im Obergeschoss der zerstörten Gebäude Wohnungen eingerichtet habe.

Der Kläger hat gemeint, seine Forderung wie folgt ermitteln zu können:

Wiederaufbaukosten [brutto]	1.007.167,21 €
zzgl. Aufräumkosten	+ 10.000,00 €
zzgl. Notabdeckung Dachdecker	+ 5.567,04 €
zzgl. Umsatzsteuer Dachdeckerrechnung	+ 1.059,45 €
gesamt	1.023.793,70 €
abzgl. Vorschuss	- 26.000,00 €
abzgl. ausgeurteilte Zeitwertentschädigung	- 146.800,24 €
abzgl. Selbstbehalt	- 250,00 €
verbleiben	<u>850.743,46 €</u>

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 850.743,46 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. November 2016 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, im Wege des Verzugsschadens nicht festsetzbare Anwaltsgebühren in Höhe von 4.224,98 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten seit Zustellung der Klage an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für die Zahlung des Neuwertanteils lägen nicht vor. Sie hat behauptet, es sei weiterhin eine Reparatur des Objekts möglich. Der Neuwertschaden belaufe sich auf maximal 213.000,00 €.

Eine etwaige Schadensvertiefung beruhe darauf, dass der Kläger die erforderlichen Maßnahmen zur Schadensreduzierung nicht durchgeführt habe. Der Vorschuss habe dafür ausgereicht.

Das Landgericht hat die Klage nach Beiziehung der Akten 8 O 63/15 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch auf den Neuwertanteil nicht zu, weil das von ihm geplante Gebäude mit dem zuvor vorhandenen von der Zweckbestimmung her nicht vergleichbar sei. Zudem sei der Kläger für seine Behauptung, er habe die Errichtung von Wohnungen mit der Beklagten abgesprochen, beweisfällig geblieben.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 304 ff. d. A.) Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

Der Kläger macht geltend, das Landgericht habe die Klage zu Unrecht unter Hinweis auf die geplante Nutzung des neu zu errichtenden Objektes abgewiesen. Es komme lediglich darauf an, ob ein gleichwertiges Objekt errichtet werde. Das geplante Objekt mit sechs Wohneinheiten sei von seiner Grundfläche und dem umbauten Raum her nicht größer als das abgebrannte und beschädigte Objekt. Der Umbau zu Wohnungen sei zumindest im Obergeschoss im Wesentlichen abgeschlossen gewesen; lediglich die letzte geplante Wohnung habe sich noch in der Bauphase befunden. Die Tatsache, dass nunmehr auch die Gastronomieräumlichkeiten im „Untergeschoss“ [gemeint ist offensichtlich das Erdgeschoss] zu Wohneinheiten umgebaut werden sollten, führe nicht zu einer Bereicherung des Klägers, weil das Gesamtobjekt nicht wertvoller werde.

Zur Vermeidung weiterer Diskussionen habe er nunmehr ein kombiniertes Wohn- und Geschäftshaus mit drei Wohneinheiten planen lassen, welches mit Kosten in Höhe von 1.038.931,29 € brutto zu errichten sei. Das Bauunternehmen sei bereit, das Objekt auf Basis der nunmehr vorgelegten Planungsunterlagen zu errichten. Ein entsprechender Bauvertrag sei geschlossen worden, wie sich aus der

auf den 29. August 2017 datierten und beidseits unterschriebenen Auftragsbestätigung ergebe. Das darin in Bezug genommene Angebot Nr. 405 vom 29. August 2017 liegt entgegen dem Vortrag im Schriftsatz vom 24. Oktober 2017 wiederum nicht vor. Wegen der Einzelheiten dieser Planung und der Auftragsbestätigung wird auf die Anlagen zum Schriftsatz vom 24. Oktober 2017 (Bl. 387 ff. d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass er die Wiederherstellung nicht innerhalb von drei Jahren gewährleistet habe. Eine Berufung auf den Fristablauf sei treuwidrig, weil die Beklagte zu Unrecht eine Deckung abgelehnt habe, weshalb er seine Ansprüche zunächst gerichtlich habe durchsetzen müssen.

Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, die geänderte Nutzung mit einem Umbau zu Wohnobjekten nicht gekannt zu haben. Von dem geplanten Umbau der Fremdenzimmer in Wohneinheiten habe er den Leiter der Hauptgeschäftsstelle der Beklagten im Bereich im Zuge der Vertragsverhandlungen unterrichtet.

Hilfsweise stehe ihm der geltend gemachte Zahlungsanspruch auch unter Verzugsaspekten zu. Hätte die Beklagte von Anfang an ordnungsgemäß reguliert, wäre ein Totalschaden zu vermeiden gewesen. Die nunmehr eingetretenen Schäden im Wand- und Fachwerkbereich sowie an den tragenden Teilen des Gebäudes seien im Wesentlichen auf die Durchfeuchtungsbilder zurückzuführen. Im Bereich des Holzträgerwerkes gebe es erhebliche Schimmel- und Schwamm- bzw. Pilzbildung. Eine ausreichende Sicherung des Objektes und Trocknung des Gebäudes sei mit den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Mitteln nicht möglich gewesen.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Verden vom 28. Juli 2017 (Az. 8 O 342/16) aufzuheben [abzuändern],
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 850.743,46 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. November 2016 zu zahlen,

3. die Beklagte zu verurteilen, im Wege des Verzugsschadens nicht festsetzbare Anwaltsgebühren in Höhe von 4.224,98 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten seit Zustellung der Klage an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Die in zweiter Instanz vorgelegte, geänderte Planung erachtet die Beklagte als prozessual verspätet; sie bestreitet das zugehörige neue Tatsachenvorbringen des Klägers. Zudem beruft sie sich auf den Ablauf der Dreijahresfrist für die Sicherstellung der Wiederherstellung.

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat weder einen Anspruch auf Versicherungsleistungen in Form des Neuwertanteils (dazu 1.) noch einen Anspruch auf Schadensersatz (dazu 2.) schlüssig dargelegt. Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie die Zahlung von Zinsen kann der Kläger ebenfalls nicht verlangen (dazu 3.).

1. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Versicherungsentschädigung nicht zu.

Der Anspruch auf den – streitgegenständlichen – Neuwertanteil entsteht gemäß § 8 Nr. 2 lit. a AFB 08 nur, soweit und sobald der Versicherungsnehmer innerhalb von drei Jahren nach Eintritt des Versicherungsfalles sichergestellt hat, dass er die

Entschädigung verwenden wird, um Gebäude in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle wiederherzustellen. Das Vorliegen dieser Anspruchsvoraussetzungen hat das Landgericht auf der Grundlage des Sach- und Streitstands im Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz zu Recht verneint (dazu a)). Auch das neue Vorbringen in der Berufungsinstanz genügt nicht, um die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen (dazu b)).

a) Das Landgericht hat auf der Grundlage des ihm unterbreiteten Sach- und Streitstands zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 lit. a AFB 08 mit der Begründung verneint, dass es an der Vergleichbarkeit des von dem Kläger geplanten Gebäudes mit dem ursprünglich vorhandenen fehle.

Entgegen der vom Kläger auch noch in der Berufungsinstanz vertretenen Auffassung sind die Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 lit. a AFB 08 nicht bereits dann erfüllt, wenn der Versicherungsnehmer ein Gebäude errichtet (bzw. die Errichtung sicherstellt), welches dem zerstörten Gebäude hinsichtlich der Größe und des Werts vergleichbar ist. Vielmehr ist darüber hinaus erforderlich, dass das neue Gebäude gleichartigen Zwecken dient wie das zerstörte (BGH, Urteil vom 21. Februar 1990 – IV ZR 298/88, juris, Rn. 8; Gierschek in Dietz/Fischer/Gierschek, Wohngebäudeversicherung, 3. Aufl., § 13 A Rn. 99; Halbach in Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Aufl., § 93 Rn. 5).

Eine so genannte strenge Wiederherstellungsklausel orientiert sich nach ständiger Rechtsprechung an dem für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbaren Zweck der Neuwertversicherung, den Schaden auszugleichen, der dem Versicherungsnehmer dadurch entsteht, dass er einen höheren Betrag als den Zeitwert aufwenden muss, wenn er das zerstörte Gebäude wiederherstellt. Auf diesen tatsächlichen Schaden ist der Umfang des Ersatzanspruchs allerdings beschränkt. Die Neuwertversicherung soll grundsätzlich nicht auch solche Aufwendungen abdecken, die durch wesentliche Verbesserungen des Gebäudes bei seiner Wiedererrichtung verursacht wurden. Eine derartige Bereicherung des Versicherungsnehmers aus Anlass des Schadenfalles ist zu vermeiden, auch um das Interesse am Abbrennen des versicherten Gebäudes nicht zu fördern. Zweck der

Wiederherstellungsklausel ist es deshalb zum einen, die Bereicherung durch die Neuwertentschädigung auf den Teil zu beschränken, der das Bedürfnis für die Neuwertversicherung begründet, also auf die ungeplanten, dem Versicherungsnehmer erst durch den Versicherungsfall aufgezwungenen Ausgaben. Zum anderen zielt die Bestimmung aber auch auf die Begrenzung des subjektiven Risikos des Versicherers, der davor geschützt werden soll, dass der Versicherungsnehmer – wie bei freier Verwendbarkeit der Versicherungsleistung – in Versuchung geraten könnte, sich durch Vortäuschen eines Versicherungsfalles Vermögensvorteile zu verschaffen. Solche unerwünschten Vermögensvorteile können auch darin bestehen, dass der Versicherungsnehmer zwar bereit ist, die durch eine Erweiterung oder wesentliche Veränderung des Neubaus gegenüber dem Vorgängergebäude entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen, im Übrigen aber auf die Neuwertentschädigung für das abgebrannte Gebäude bei der Finanzierung des neuen Bauvorhabens zurückgreifen kann. Wollte man dem Versicherungsnehmer diesen Zugriff auf die Neuwertentschädigung für das abgebrannte Haus ungeachtet der Art und Zweckbestimmung des neu errichteten Gebäudes zur freien Verwendung gestatten, wäre auch dadurch das subjektive Risiko erhöht, weil Versicherungsnehmer dann ebenfalls versucht sein könnten, zur Teilfinanzierung eines Neubauvorhabens den Versicherungsfall vorsätzlich herbeizuführen (BGH, Urteil vom 20. April 2016 – IV ZR 415/14, juris, Rn. 11 f., zu § 28 (7) VGB 2010).

Das Merkmal der gleichartigen Zweckbestimmung ist vorliegend selbst dann nicht erfüllt, wenn man zugunsten des Klägers dessen Behauptung als zutreffend unterstellt, er habe die Beklagte bei Vertragsschluss von seiner Absicht, im Obergeschoss Wohnungen zu errichten, in Kenntnis gesetzt. Denn in diesem Fall handelte es sich bei dem versicherten Objekt um ein Wohn- und Geschäftsgebäude, welches – jedenfalls gemessen nach der Grundfläche – ungefähr zu gleichen Teilen der Wohnnutzung (im Obergeschoss) und der Nutzung als Gastronomiebetrieb (im Erdgeschoss) diene. Dass er der Beklagten angekündigt habe, auch das Erdgeschoss in Mietwohnungen umwandeln zu wollen, behauptet der Kläger selbst nicht; vielmehr hat er gegenüber einem Regulierer der Beklagten am 10. Dezember 2013 angegeben, das Erdgeschoss habe unverändert bleiben sollen (Seite 3 der Verhandlungsniederschrift, Bl. 189 ff. der Beiakten). Bei dem Objekt, das der

Kläger im Oktober 2016 hat planen lassen und mit dessen beabsichtigter Errichtung er seinen Anspruch erstinstanzlich begründet hat, handelt es sich demgegenüber um ein reines Wohngebäude. Bei einem Wohn- und Geschäftsgebäude einerseits und einem reinen Wohngebäude andererseits kann eine gleichartige Zweckbestimmung nicht angenommen werden (so auch OLG Hamm, Urteil vom 6. November 1991 – 20 U 176/91, juris, Rn. 11, für den Fall der Ersetzung eines Gebäudes mit Gaststätte und Einliegerwohnung für den Wirt durch ein Gebäude mit zwei Mietwohnungen).

Lediglich der Vollständigkeit halber ist auszuführen, dass sich die Sicherstellung der Wiederherstellung eines vergleichbaren Gebäudes auch nicht mit der auf den 16. Juni 2016 datierten Auftragsbestätigung – auf die der Kläger die geltend gemachten Ansprüche nicht stützt – begründen ließe. Abgesehen davon, dass unklar ist, welchen Inhalt das der Auftragsbestätigung zugrunde liegende Angebot vom 15. Mai 2015 hatte, mag man der Bezeichnung des Projekts („Neubau eines Gaststätte und Neben Räume mit 4 Wohneinheiten und Keller“) noch entnehmen können, dass es um die Errichtung eines Wohn- und Geschäftsgebäudes ging; dann mag eine mit der des zerstörten Gebäudes vergleichbare Zweckbestimmung vorgelegen haben, unterstellt man die Behauptung des Klägers als zutreffend, er habe die Beklagte bei Vertragsschluss auf die Errichtung von Wohnungen im Obergeschoss hingewiesen. Jedenfalls zeigt aber der weitere Verlauf, dass der Kläger ein solches Wohn- und Geschäftsgebäude gar nicht errichten wollte. Denn nur dreieinhalb Monate nach dem auf der Auftragsbestätigung angegebenen Datum lag die als Anlagenkonvolut K 5 eingereichte Genehmigungsplanung für ein reines Wohngebäude vor. Auch das Baugeschäft soll nach dem Vorbringen des Klägers nicht auf der Umsetzung des Bauvertrags gemäß der auf den 16. Juni 2016 datierten Auftragsbestätigung bestanden haben, sondern mit einer Errichtung des reinen Wohngebäudes einverstanden gewesen sein.

b) Auch auf der Grundlage des neuen Vortrags im Berufungsverfahren lassen sich die Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 lit. a AFB 08 nicht feststellen. Die Wiederherstellung eines vergleichbaren Gebäudes ist jedenfalls nicht innerhalb der Dreijahresfrist sichergestellt worden (dazu aa)). Die Beklagte ist nicht gehindert, sich auf die Dreijahresfrist zu berufen (dazu bb) und cc)).

aa) Dahingestellt bleiben kann, ob das neue Vorbringen prozessual überhaupt berücksichtigungsfähig ist. Dahingestellt bleiben kann auch, ob das nunmehr unter dem 8. August 2017 geplante Objekt mit einem Gastronomiebereich im Erdgeschoss und drei Wohnungen im Obergeschoss dem bisherigen von der Größe und der Zweckbestimmung her vergleichbar ist; in Betracht kommt dies allerdings nur dann, falls die Behauptung des Klägers zuträfe, er habe die Beklagte bei Vertragschluss von der beabsichtigten Errichtung von Wohnungen im Obergeschoss, mithin von der Umnutzung eines reinen Geschäftsgebäudes in ein Wohn- und Geschäftsgebäude, in Kenntnis gesetzt. Dahingestellt bleiben kann schließlich, ob diese Planung vor dem Hintergrund, dass sie als Vorentwurfsplanung bezeichnet ist, überhaupt als Grundlage der Sicherstellung der Wiederherstellung geeignet ist.

Jedenfalls steht einem Anspruch des Klägers insoweit entgegen, dass die in § 8 Nr. 2 AFB 08 vorgesehene Dreijahresfrist zwischenzeitlich abgelaufen ist. Die Dreijahresfrist begann mit dem Versicherungsfall, also am 2. Dezember 2013. Fristablauf war mithin am 2. Dezember 2016, mehr als ein halbes Jahr vor Erstellung der neuen Planung.

bb) Die Beklagte ist nicht gehindert, sich auf den Ablauf der Dreijahresfrist zu berufen.

Zwar weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass der Versicherer im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gehindert sein kann, sich auf den Fristablauf zu berufen. Die Berufung des Versicherers auf eine solche Ausschlussfrist kann eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer an der Fristwahrung gehindert hat. Das ist insbesondere dann denkbar, wenn der Versicherer jegliche Ersatzpflicht geleugnet hat (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1978 – IV ZR 129/77, juris, Rn. 33 f.; Senat, Urteil vom 2. Juni 1989, r+s 1990, 93). So liegt es hier aber nicht. Der vorliegende Sachverhalt ist mit den vom Kläger insoweit herangezogenen Entscheidungen nicht vergleichbar.

Ein erheblicher Unterschied besteht zunächst in zeitlicher Hinsicht. In dem vom BGH 1978 entschiedenen Fall erkannte der Versicherer eine Leistungspflicht dem Grunde nach erstmals etwa einen Monat vor Fristablauf an (BGH, Urteil vom

6. Dezember 1978, a. a. O., Rn. 12). In dem vom Senat 1989 entschiedenen Fall (Urteil vom 2. Juni 1989, a. a. O.) verneinte der Versicherer seine Leistungspflicht noch im Berufungsverfahren, mehr als vier Jahre nach dem Schadensfall. Gleiches scheint für den vom OLG Hamm entschiedenen Fall zu gelten (Urteil vom 16. Dezember 1988 – 20 U 123/88, juris). Im vorliegenden Fall gab die Beklagte ihre Verweigerungshaltung demgegenüber gut *ein Jahr* vor Fristablauf auf, indem sie das im Vorprozess ergangene Urteil rechtskräftig werden ließ und Mitte November 2015 die ausgeurteilte Zeitwertentschädigung an den Kläger zahlte.

Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die ursprüngliche Verweigerungshaltung der Beklagten den Kläger in zeitlicher Hinsicht daran gehindert hat, die Wiederherstellung fristgerecht sicherzustellen. Dem Kläger ist es nämlich nach eigenem Vorbringen gelungen, während der laufenden Frist die Neuerrichtung eines (Wohn-) Gebäudes durch Abschluss eines Bauvertrages mit dem Baugeschäft sicherzustellen. Dann hätte er aber ebenfalls die Neuerrichtung eines Gebäudes mit gleicher Zweckbestimmung wie der des zerstörten Gebäudes sicherstellen können. Dass der Vertrag nach Behauptung des Klägers unter der „auflösenden Bedingung“ einer Regulierungszusage der Beklagten gestanden haben soll, steht der Annahme einer Sicherstellung nicht entgegen. Unabhängig davon, ob die Vertragsparteien die Erteilung einer Regulierungszusage als aufschiebende Bedingung oder aber die endgültige, gegebenenfalls durch rechtskräftiges Urteil „abgesegnete“ Nichterteilung einer Regulierungszusage als auflösende Bedingung vereinbaren wollten, hätte diese vertragliche Konstruktion grundsätzlich ausgereicht, um zu gewährleisten, dass eine Versicherungsleistung der Beklagten ausschließlich für die Durchführung des Bauvorhabens verwendet werden konnte.

Letztlich scheiterte die fristgerechte Sicherstellung der Wiederherstellung eines den Versicherungsbedingungen entsprechenden Gebäudes nicht daran, dass die Beklagte erst knapp zwei Jahre nach dem Versicherungsfall in Höhe des Zeitwerteschadens regulierte. Vielmehr scheiterte die fristgerechte Sicherstellung der Wiederherstellung daran, dass der Kläger gar kein Interesse daran hatte, den von ihm geforderten Neuwertanteil bedingungsgemäß für die Errichtung eines vergleichbaren Gebäudes zu verwenden, sondern stattdessen ein andersartiges Gebäude, nämlich ein reines Wohngebäude, errichten wollte.

cc) Eine andere Beurteilung ergäbe sich auch dann nicht, wenn man dem Versicherungsnehmer unabhängig von der zuvor erörterten Frage, ob sich die ursprüngliche Leistungsverweigerung des Versicherers überhaupt auf die Möglichkeit des Versicherungsnehmers, die Wiederherstellung sicherzustellen, ausgewirkt hat, eine angemessene Frist zubilligen wollte. Denn auch diese Frist wäre abgelaufen.

Als angemessen wird üblicherweise eine Frist von 18 Monaten ab Wegfall des Hindernisses angesehen (Senat, Urteil vom 2. Juni 1989, a. a. O.; OLG Hamm, Urteil vom 16. Dezember 1988, a. a. O., Rn. 56; Gierschek in Dietz/Fischer/Gierschek, a. a. O., § 13 A Rn. 115 f.). Das Hindernis der Leistungsverweigerung der Beklagten entfiel im November 2015, als die Beklagte im Vorprozess das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig werden ließ und die Zeitwertentschädigung an den Kläger zahlte. Unter Berücksichtigung einer Frist von 18 Monaten hätte der Kläger mithin die Wiederherstellung spätestens im Mai 2017 sicherstellen müssen. Die von ihm nunmehr vorgelegte Planung wurde jedoch erst im August 2017 erstellt.

2. Der geltend gemachte Anspruch steht dem Kläger auch nicht im Wege eines – mit der Berufungsbegründung hilfsweise geltend gemachten – Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs zu.

Dahingestellt bleiben kann, ob sich die Beklagte mit der Zahlung der Zeitwertentschädigung in Verzug befand (dazu a)). Dahingestellt bleiben kann auch, ob in der Verschlechterung des Gebäudezustands eine Verzugsfolge zu sehen sein kann (dazu b)). Es fehlt aber jedenfalls an einer ausreichenden Darlegung der über den Verzug hinausgehenden Anspruchsvoraussetzungen (dazu c)) und der Anspruchshöhe (dazu d)).

a) Der Kläger ist im Vorprozess davon ausgegangen, dass sich die Beklagte mit der Zahlung des Zeitwertschadens ab dem 3. Juni 2014, also mit Ablauf dem Schreiben seines damaligen anwaltlichen Vertreters vom 19. Mai 2014 gesetzten Frist, in Verzug befand. Ob dies zutrifft oder ob die Versicherungsleistung zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig war, weil die Beklagte berechtigterweise weitere Ermittlungen durchführte, kann offenbleiben.

b) Grundsätzlich mag es – was vorliegend nicht entschieden zu werden braucht – denkbar sein, denjenigen Schaden an einem Gebäude als Verzugsschaden einzuordnen, der eintritt, weil der Versicherer eine geschuldete Versicherungsleistung (zunächst) nicht erbringt und der Versicherungsnehmer deshalb keine Maßnahmen ergreifen kann, um eine Schadensvertiefung zu verhindern.

Verzugsschaden ist derjenige Schaden, der allein auf der Verzögerung in der Leistungserbringung beruht und durch die Nachholung der Leistung nicht beseitigt wird. Neben Kosten der Rechtsverfolgung wird als Verzugsschaden beispielsweise der Gewinn behandelt, der dem Gläubiger entgeht, weil dieser infolge der verzögerten Leistung des Schuldners Aktien nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt kaufen und sodann wieder – unter Erzielung eines Spekulationsgewinns – verkaufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Februar 2002 – II ZR 355/00, juris, Rn. 11).

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht fernliegend, auch andere Vermögens-einbußen als Verzugsschaden zu behandeln, die der Gläubiger dadurch erleidet, dass er über geschuldetes Geld zum Fälligkeitszeitpunkt nicht verfügen kann. Im vorliegenden Fall kommt das umso mehr in Betracht, als zwischen der seitens der Beklagten geschuldeten Versicherungsleistung und dem geltend gemachten Schaden in Form einer durch Zeitablauf begründeten Verschlechterung des Gebäudezustands ein Zusammenhang besteht; die geschuldete Versicherungsleistung umfasst gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1 VVG auch diejenigen Aufwendungen, die der Versicherungsnehmer zur Abwendung und Minderung des Schadens tätigt.

c) Es fehlt jedoch an einer ausreichenden Darlegung der über das Vorliegen von Verzug hinausgehenden Voraussetzungen eines Anspruchs.

Durch den Ersatz des Verzögerungsschadens soll der Gläubiger so gestellt werden, wie er bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners stehen würde (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 286 Rn. 42). Dem trägt der Vortrag des Klägers nicht Rechnung.

Der Kläger hat schon die Kausalität eines etwaigen Verzuges der Beklagten mit der Zahlung des Zeitwertschadens für die behauptete Schadensvertiefung nicht schlüssig dargelegt. Nach der Schadensermittlung des Privatgutachters

vom 3. Januar 2014 waren gemäß Angebot der Firma Bedachungen vom 19. Dezember 2013 für eine Notdachkonstruktion, die Folgeschäden vermieden hätte, 5.576,25 € netto notwendig, ferner für die Trocknung des Gebäudes einschließlich Energie- und Nebenkosten 6.500,00 € netto, insgesamt also 12.076,25 € zuzüglich Umsatzsteuer, das sind 14.370,74 €. Der von der Beklagten gezahlte Betrag in Höhe von 26.000,00 € überstieg diese Kosten erforderlicher Sicherungsmaßnahmen um mehr als 10.000,00 €. Weshalb eine Vertiefung der Feuchtigkeitsschäden auf Verzug der Beklagten beruhen soll, ist daher nicht ersichtlich. Im Übrigen macht der Kläger geltend, dass der Betrag von 26.000,00 € für die Vermeidung der Folgeschäden nicht genügt hätte. Diese schlichte Behauptung reicht aber nicht, weil das Angebot des Fachunternehmens vorlag.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der von der Beklagten gezahlte Betrag nicht für sämtliche erforderlichen Sofortmaßnahmen ausreichte und Folgeschäden in der Zeit nach Verzugseintritt entstanden, würde der Vortrag des Klägers gleichwohl nicht ausreichen. Der Kläger müsste jedenfalls darlegen, wie sich der Zustand des Gebäudes dargestellt hätte, wenn er zumindest den restlichen Betrag in Höhe von knapp 20.000,00 € (26.000,00 € abzüglich ca. 6.600,00 € für das Notdach) für geeignete Sofortmaßnahmen wie beispielsweise die Trocknung des Gebäudes und gegebenenfalls die Ausbesserung der Notdachkonstruktion verwendet hätte. Erst dann ließe sich feststellen, ob es infolge der verzögerten Zahlung der Zeitwertentschädigung tatsächlich zu einem Schaden des Klägers gekommen ist. Auch hierzu gibt es keinen Vortrag des Klägers.

Außerdem müsste der Kläger mit seinem Vortrag die erst nach November 2015 hinzugekommenen Verschlechterungen des Gebäudezustands abgrenzen. Denn der Verzug der Beklagten endete im November 2015. Danach eingetretene Veränderungen wären nicht mehr als Verzugsschaden zu behandeln, weil der Kläger im November 2015 in der Lage war, den seitens der Beklagten geschuldeten und nunmehr gezahlten Betrag für Arbeiten an dem Gebäude zu verwenden.

Ergänzenden Vortrag hat der Kläger nicht gehalten, obwohl er im Verhandlungstermin vor dem Senat auf die Defizite seines Vortrags hingewiesen worden ist.

d) Hinzu kommt, dass der Kläger auch keinen ausreichenden Vortrag zur Schadenshöhe gehalten hat.

Selbst wenn sich feststellen ließe, dass es infolge der verzögerten Zahlung der Beklagten zu einer Verschlechterung des Gebäudezustands bis hin zu einem Totalschaden gekommen wäre, schuldete die Beklagte im Rahmen des Schadensersatzes doch nicht die Errichtung eines neuwertigen Gebäudes bzw. die Erstattung der entsprechenden Kosten. Vielmehr hätte sie lediglich für die Wiederherstellung desjenigen Zustands (bzw. deren Kosten) einzustehen, der im Zeitpunkt des Verzugseintritts bestand. Maßgeblich wäre also der Zustand einer gebrauchten Immobilie mit zumindest teilweise im Bau befindlichen Wohnungen im Obergeschoss, einem Brandschaden und weiteren Schäden infolge des Löschwassers. Auch insoweit fehlt es – trotz des im Verhandlungstermin erteilten Hinweises – an Vortrag des Klägers dazu, welche Verschlechterungen während des Verzuges der Beklagten eingetreten und welche Maßnahmen, verbunden mit welchen Kosten, allein zur Rückgängigmachung dieser Verschlechterungen erforderlich sein sollen.

3. Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie auf Zahlung von Zinsen besteht mangels eines Anspruchs in der Hauptsache nicht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Anlass, die Revision zuzulassen, bestand nicht, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.