

tragen, weil er weiter als 100 km von dem für die Nichtzulassungsbeschwerde im Schadensersatzprozess zuständigen BGH entfernt wohnt. Die Bekl. meinte dagegen, sie habe nur Kosten zu decken, die i. S. v. § 91 ZPO zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren; dazu gehörten im Revisionsverfahren die Kosten eines Verkehrsanwalts in der Regel aber nicht. Die Vorschriften der ARB 75, über deren Auslegung die Parteien stritten, lauten auszugsweise:

#### § 1 Gegenstand

(1) Der Versicherer sorgt nach Eintritt eines Versicherungsfalles für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers, soweit sie notwendig ist, und trägt die dem Versicherungsnehmer hierbei entstehenden Kosten. Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen ist notwendig, wenn sie hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.

#### § 2 Umfang

(1) Der Versicherer trägt

a) die gesetzliche Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwaltes. Dieser muss in den Fällen der Verteidigung wegen Verletzung einer Vorschrift des Straf-, Ordnungswidrigkeiten-, Disziplinar- oder Ständesrechtes und der Wahrnehmung rechtlicher Interessen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland am Ort des zuständigen Gerichtes wohnhaft oder bei diesem Gericht zugelassen sein.

In allen anderen Fällen ist es nicht erforderlich, dass der Rechtsanwalt am Ort des zuständigen Gerichtes wohnhaft oder bei diesem Gericht zugelassen ist; in diesen Fällen trägt der Versicherer die gesetzliche Vergütung jedoch nur, soweit sie auch bei Tätigkeit eines am Ort des zuständigen Gerichtes wohnhaften oder bei diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwaltes entstanden wäre. Wohnt der Versicherungsnehmer mehr als 100 km vom zuständigen Gericht entfernt und erfolgt eine gerichtliche Wahrnehmung seiner Interessen, trägt der Versicherer auch weitere Rechtsanwaltskosten bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung eines Rechtsanwaltes, der lediglich den Verkehr des Versicherungsnehmers mit dem Prozessbevollmächtigten führt; ...

[3] Das AG hat die Klage abgewiesen.

[4] Die Sprungrevision des Kl. hatte Erfolg.

Aus den *Gründen*:

[5] 1. Nach Auffassung des AG verpflichtet auch § 2 ARB 75 die Bekl. nicht zur Tragung von Kosten der Rechtsverfolgung, die nicht zu den notwendigen Kosten i. S. v. § 91 ZPO gehören. Aus § 1 ARB 75 ergebe sich, dass die Deckungspflicht der Bekl. unter dem Vorbehalt der Notwendigkeit der entstandenen Kosten stehe. In der auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkten Revisionsinstanz sei die Einschaltung eines Verkehrsanwalts nicht mehr erforderlich, soweit nicht ausnahmsweise der Vortrag zusätzlicher Tatsachen auf Anfrage des Gerichts in Betracht komme.

[6] 2. Diese von der Bekl. verteidigte Ansicht wird von mehreren Gerichten und auch in der Literatur vertreten (vgl. LG Fulda zfs 1990, 416; LG Göttingen r+s 1993, 187; AG Osnabrück r+s 1999, 246; *Böhme*, ARB 11. Aufl. § 2 Abs. 1 a Rn. 18). Andere Autoren haben diese Auffassung dagegen zurückgewiesen (*Bauer* NJW 2000, 1235 [1237]; ders. in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 7. Aufl. § 2 ARB 75 Rn. 77; *Prölss/Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl. § 2 ARB 75 Rn. 8).

[7] 3. Der Kl. hat Anspruch auf die Erstattung der Verkehrsanwaltskosten.

[8] a) Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Kosten eines Verkehrsanwalts zwar in der Regel in den höheren Instanzen nicht vom unterlegenen Prozessgegner nach § 91 ZPO zu erstatten (vgl. BGH vom 21. 9. 2005 – IV ZB 11/04 – VersR 2006, 136 unter 2 a; vom 4. 8. 2004 – XII ZA 6/04 – NJW-RR 2004, 1662 unter III; beide m. w. N.). Aus den hier maßgeblichen Versicherungsbedingungen geht aber nicht hervor, dass der Versicherer zur Deckung der Kosten eines Verkehrsanwalts nur im Rahmen ihrer Erstattungsfähigkeit nach § 91 ZPO verpflichtet wäre.

[9] b) Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher VN sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss; dabei kommt es auf die

Verständnismöglichkeiten eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit – auch – auf seine Interessen an (vgl. BGHZ 123, 83 [85] = VersR 1993, 957 [958] und ständig). Hier beschränkt der Versicherer in § 1 Abs. 1 ARB 75 seine Deckungspflicht zwar auf die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des VN, „soweit sie notwendig ist“. Dabei geht es aber, wie der folgende Satz der Bedingungen klarstellt, nur darum, dass Kosten einer Wahrnehmung rechtlicher Interessen, die keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint, nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind (*Bauer* NJW 2000, 1235 [1237]). Für die Annahme, der Begriff „notwendig“ beziehe sich auf die entsprechende Wendung in § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, ist nach dieser Klarstellung kein Raum. § 1 Abs. 1 ARB 75 betrifft nicht den Umfang der Kostentragungspflicht des Versicherers.

[10] c) Diesen regelt vielmehr erst § 2 ARB 75. Dort wird dem VN die Erstattung von Verkehrsanwaltskosten ausdrücklich zugesagt, wenn er – wie hier – mehr als 100 km vom zuständigen Gericht entfernt wohnt. Diese Zusage ist nicht auf bestimmte Instanzen beschränkt. Sie lässt auch nicht erkennen, dass der Versicherer die Kosten des Verkehrsanwalts nur im Rahmen des zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i. S. v. § 91 ZPO Notwendigen trägt. Vielmehr knüpft sie allein an das von § 91 ZPO unabhängige Merkmal einer Entfernung der Wohnung des VN vom zuständigen Gericht von mehr als 100 km an (*Bauer* in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 7. Aufl. § 2 ARB 75 Rn. 77; *Prölss/Armbrüster* aaO). Dass für die Erstattungsfähigkeit von Verkehrsanwaltskosten nach § 91 ZPO auch die Entfernung der Wohnung einer Partei vom Ort des Prozessgerichts eine Rolle spielen kann (vgl. etwa OLG Köln VersR 2001, 257 = AnwBl 2001, 121), rechtfertigt nicht die Übertragung weiterer Voraussetzungen des § 91 ZPO auf § 2 Abs. 1 a ARB 75, zumal dem durchschnittlichen VN Einzelheiten der Rechtsprechung zu § 91 ZPO unbekannt sind. Soweit die Erstattung der Verkehrsanwaltskosten auf die Höhe der gesetzlichen Vergütung begrenzt wird, geht es um die einschlägigen Gebührentatbestände des RVG als Obergrenze gegenüber einer etwa höheren Honorarvereinbarung (vgl. § 2 Abs. 1 b ARB 75), also nicht um die Erstattungspflicht des Prozessgegners nach § 91 ZPO.

[11] d) An der uneingeschränkten Zusage einer Erstattung von Verkehrsanwaltskosten bei entsprechender Entfernung der Wohnung des VN vom zuständigen Gericht ändert auch die dem VN in § 15 Abs. 1 d cc ARB 75 auferlegte Obliegenheit nichts, alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte. Vielmehr kann – verspricht der Versicherer mit § 2 Abs. 1 a ARB 75 die Erstattung von Verkehrsanwaltskosten unabhängig von deren Erstattungsfähigkeit nach § 91 ZPO – die Beauftragung eines Verkehrsanwalts von vornherein keine Verletzung dieser Obliegenheit darstellen.

[12] Danach war der Klage, deren Höhe nicht streitig ist, unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils stattzugeben.

## Feuerversicherung

*Anspruch auf Neuwertspitze setzt auch bei bloßer Gebäudebeschädigung Sicherung der Wiederherstellung voraus*

### AFB 87 § 11 Nr. 1 und 5

**\* Soll ein brandgeschädigtes Gebäude nicht wiederhergestellt werden, steht dem VN, auch wenn das Gebäude nur beschädigt worden ist, kein Anspruch auf die Neuwertspitze zu. \***

(199) BGH, Urteil vom 24. 1. 2007 (IV ZR 84/05, München)

[1] Der Kl. forderte von der Bekl. nach einem Brand, der Teile einer Lagerhalle zerstört hatte, die Auszahlung weiterer Versicherungsleistungen. Die Bekl. hatte den von Gutachtern festgestellten Zeitwertschaden ersetzt. Der Kl. beabsichtigte nicht, das Gebäude wiederherstellen zu lassen. Er forderte dennoch Neuwertentschädigung.

[2] Dem Versicherungsvertrag lagen die AFB 87 zugrunde. Die Parteien stritten um die Auslegung des § 11 dieser Bedingungen, der auszugsweise wie folgt lautet:

§ 11 Entschädigungsberechnung; Unterversicherung

1. Ersetzt werden

a) bei zerstörten oder infolge eines Versicherungsfalles abhandengekommenen Sachen der Versicherungswert (§ 5) unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles;

b) bei beschädigten Sachen die notwendigen Reparaturkosten zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles zuzüglich einer durch den Versicherungsfall etwa entstandenen und durch die Reparatur nicht ausgleichenden Wertminderung, höchstens jedoch der Versicherungswert unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles; die Reparaturkosten werden gekürzt, soweit durch die Reparatur der Versicherungswert der Sache gegenüber dem Versicherungswert unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles erhöht wird.

...

5. Ist der Neuwert (§ 5 Nr. 1 a und Nr. 2 a) der Versicherungswert, so erwirbt der Versicherungsnehmer auf den Teil der Entschädigung, der den Zeitwertschaden (Abs. 2) übersteigt, 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; ...

b) bewegliche Sachen oder Grundstücksbestandteile, die zerstört worden oder abhandengekommen sind, in gleicher Art und Güte und in neuwertigem Zustand wiederzubeschaffen; ...

c) bewegliche Sachen oder Grundstücksbestandteile, die beschädigt worden sind, wiederherzustellen.

Der Zeitwertschaden wird bei zerstörten oder abhandengekommenen Sachen gemäß § 5 Nr. 1 b, Nr. 2 b und Nr. 5 festgestellt. Bei beschädigten Sachen werden die Kosten einer Reparatur um den Betrag gekürzt, um den durch die Reparatur der Zeitwert der Sache gegenüber dem Zeitwert unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles erhöht würde.

[3] Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG die Sache insgesamt an das LG zurückverwiesen. Dabei geht es ebenso wie das LG davon aus, dass der Anspruch auf die Neuwertspitze unbegründet sei. Soweit der Kl. hilfsweise einen höheren als den von der Bekl. erstatteten Betrag als Zeitwert verlangte, führte das OLG aus, das LG habe seine Aufklärungspflicht verletzt. Mit der Revision machte der Kl. geltend, auf den Verfahrensfehler hinsichtlich der Hilfsbegründung, der zur Zurückverweisung geführt habe, komme es nicht an, weil das OLG bei richtiger Anwendung des materiellen Rechts dem Kl. den Anspruch auf die Neuwertspitze habe zubilligen müssen. Deshalb sei das Urteil des OLG aufzuheben und dem Antrag des Kl. in vollem Umfang stattzugeben. Im Übrigen hält auch die Revision die Entscheidung des LG zur Höhe des Zeitwertschadens für fehlerhaft.

Die Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision ist zulässig. Der Kl. hat die Anwendung des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO durch das Berufungsgericht gerügt. Denn eine Rüge zu dieser Vorschrift kann zulässigerweise auch so lauten, dass die nach dieser Vorschrift ausgesprochene Aufhebung und Zurückverweisung (verfahrens)fehlerhaft sei, weil das Berufungsgericht bei korrekter Anwendung des materiellen Rechts selbst in der Sache hätte entscheiden müssen, mithin für ein Vorgehen nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO mangels Entscheidungserheblichkeit des angenommenen Verfahrensverstößes überhaupt kein Raum bestanden habe (BGH vom 18. 2. 1997 – XI ZR 317/95 – NJW 1997, 1710 unter 2 b; vom 19. 3. 2003 – IV ZR 233/01 – VersR 2003, 635 unter II 1). Die Revision hat aber in der Sache keinen Erfolg.

[5] 1. Nach Ansicht der Vorinstanzen bezieht sich die Bestimmung des § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87, wonach der VN den Teil der Entschädigung, der den Zeitwertschaden übersteigt, nur erwirbt, wenn er die Wiederherstellung des brandgeschädigten Gebäudes sicherstellt, auch auf den Fall, dass das Gebäude durch den Brand wie hier nicht vollständig, sondern nur teilweise zerstört worden ist und deshalb gem. § 11 Nr. 1 Abs. 1 b

AFB 87 die notwendigen Reparaturkosten bis zur Höchstgrenze des vor Eintritt des Versicherungsfalles bestehenden Versicherungswerts zu ersetzen sind. Soweit dies im Urteil des OLG Düsseldorf VersR 2002, 1279 (= r+s 2002, 246) anders gesehen worden ist, hat sich das LG der Kritik an diesem Urteil von Schirmer und Clauß (r+s 2003, 1 [2 f.]) angeschlossen.

[6] 2. Dagegen meint die Revision unter Bezug auf das Urteil des OLG Düsseldorf, dem Kollhoser (in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 11 AFB 87 Rn. 2) zustimmt, der Wiederherstellungsvorbehalt in § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87 sei grundsätzlich nicht auf Reparaturschäden anwendbar, die in § 11 Nr. 1 Abs. 1 b AFB 87 eine spezielle Regelung gefunden hätten.

[7] 3. Nach Auffassung des Senats ist die Regelung in § 11 Nr. 1 und 5 AFB 87 im Ergebnis so zu verstehen wie die Bestimmungen in § 15 VGB 88 und VGB 94, die den Senatsurteilen vom 13. 12. 2000 (IV ZR 280/99 – VersR 2001, 326 unter I 2 a) und vom 18. 2. 2004 (IV ZR 94/03 – VersR 2004, 512 unter II 1 a) zugrunde lagen. Allerdings kommt es für die Auslegung auf die Sicht des durchschnittlichen VN an, der die AFB 87 durchsieht, also ohne einen Vergleich mit ähnlichen Bedingungswerken und ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse, aber aufmerksam, unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs und auch seiner eigenen Interessen (vgl. BGHZ 123, 83 [85] = VersR 1993, 957 [958] und ständig).

[8] a) § 11 Nr. 1 AFB 87 stellt für die Berechnung des zu leistenden Ersatzes zunächst auf den Versicherungswert gem. § 5 AFB 87 ab. Nach § 5 Nr. 1 a AFB 87 ist Versicherungswert von Gebäuden der Neuwert im Sinne des ortsüblichen Neubauwerts einschließlich Architekten-, Konstruktions- und Planungskosten. Soweit nach Buchst. b und c des § 5 Nr. 1 AFB 87 auch der Zeitwert oder der gebaute Wert als Versicherungswert in Betracht kommen, trifft dies auf den vorliegenden Fall nicht zu. Vielmehr wird der VN durch Versicherung des Neuwerts in die Lage versetzt, bei Eintritt des Versicherungsfalles ohne erhebliche Eigenaufwendungen ein neues Gebäude an die Stelle des brandgeschädigten zu setzen, auch wenn dessen Zeitwert vor dem Brand unter dem Neuwert lag (vgl. BGHZ 137, 318 [326 f.] = VersR 1998, 305 [307]). Unterschieden wird in § 11 Nr. 1 Abs. 1 AFB 87 zwischen zwei Alternativen: Im Fall der vollständigen Zerstörung (oder des Abhandenkommens, Buchst. a der Klausel) wird als Versicherungswert i. S. v. § 5 AFB 87 der Neuwert ersetzt, der unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles gegeben war. Im Fall einer Beschädigung (Buchst. b der Klausel) werden die notwendigen Reparaturkosten ersetzt, allerdings höchstens bis zur Grenze des unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles festzustellenden Neuwerts.

[9] b) Soweit § 11 Nr. 1 Abs. 1 b AFB 87 im zweiten Halbsatz eine Kürzung der Reparaturkosten für den Fall vorschreibt, dass infolge der Reparatur der Neuwert höher geworden ist als vor dem Versicherungsfall, wird auch dem durchschnittlichen VN nicht entgehen, dass die Bestimmung nicht etwa von einem Vergleich des Zeitwerts vor dem Versicherungsfall mit dem Neuwert nach Durchführung der Reparatur ausgeht, sondern von einem Vergleich des Neu(bau)werts, wie er vor dem Versicherungsfall gegeben war, mit dem Neuwert nach Durchführung der Reparatur. Obwohl Letzterer meist dem Neuwert vor Eintritt des Versicherungsfalles entsprechen wird, kann er unter besonderen Umständen auch höher geworden sein, etwa infolge einer technisch neuartigen und darum höherwertigen Wiederherstellung durch die Reparatur. § 11 Nr. 1 Abs. 1 b Halbs. 2 AFB 87 stellt klar, dass auch in solchen Sonderfällen der Neuwert vor Eintritt des Versicherungsfalles die Obergrenze der Ersatzpflicht des Versicherers bleibt.

[10] Damit wird aber noch nichts zu dem Wertzuwachs gesagt, den das brandgeschädigte Gebäude allein dadurch erfahren kann, dass bei seinem Wiederaufbau an die Stelle eines alten Hauses mit einem nach möglicherweise langjähriger Abnutzung geringen Zeitwert schon durch eine dem ursprünglichen Zustand technisch gleichwertige Reparatur, etwa den Einbau eines neuen Dachstuhls, ein sehr viel höherwertiges Objekt tritt. Diese sogenannte Neuwertspitze wird also keineswegs von § 11 Nr. 1 Abs. 1 b Halbs. 2 AFB 87 abgeschöpft, wie das OLG Düsseldorf gemeint hat.

[11] c) Um diese Neuwertspitze geht es vielmehr erst in § 11 Nr. 5 AFB 87. Hier wird in Abs. 1 der Neuwert als der auch im

vorliegenden Fall maßgebliche Versicherungswert zu dem Zeitwertschaden in Bezug gesetzt. Der Zeitwert ergibt sich aus dem Neuwert des Gebäudes durch einen Abzug entsprechend seinem insbesondere durch den Abnutzungsgrad bestimmten Zustand (§ 5 Nr. 1 b Halbs. 2 AFB 87). Durch den Versicherungsfall „Brand“ wird der unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalls bestehende Zeitwert vernichtet oder jedenfalls gesenkt. Das ist der Vermögensschaden, den der Gebäudeeigentümer tatsächlich durch den Versicherungsfall erleidet. Über diesen Zeitwertschaden geht aber eine wie hier am Neuwert ausgerichtete Ersatzleistung des Versicherers deutlich hinaus. Das gilt auch, wenn sich die Entschädigung nicht unmittelbar nach dem Neuwert errechnet (wie im Fall des § 11 Nr. 1 Abs. 1 a AFB 87), sondern die Reparaturkosten bis zur Höhe des Neuwerts maßgeblich sind (§ 11 Nr. 1 Abs. 1 b AFB 87). § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87 spricht nur von der „Entschädigung“ und umfasst damit beide Alternativen. Bezüglich der Differenz, um die eine Entschädigung nach dem Neuwert den Zeitwertschaden übersteigt, erwirbt der VN den Anspruch auf die versprochene Leistung des Versicherers nach § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87 erst, wenn er die Wiederherstellung der Gebäude oder beschädigten Grundstücksbestandteile in gleicher Art und Zweckbestimmung sicherstellt.

[12] d) Insoweit handelt es sich um eine strenge Wiederherstellungsklausel (vgl. *Langheid* in *Römer/Langheid*, VVG 2. Aufl. § 97 Rn. 8). Ihr naheliegender und dem durchschnittlichen VN erkennbarer Zweck besteht darin, betrügerische Eigenbrandstiftungen zu verhindern, durch die sich ein VN für ein wertlos gewordenes Gebäude dessen vollen Neuwert zu freier Verfügung beschaffen könnte (vgl. *Kollhosser* aaO § 97 Rn. 8 m. w. N.). Weder nach dem Sinn noch nach dem Wortlaut dieser Klausel kommt es darauf an, ob das versicherte Gebäude durch den Brand total zerstört oder nur beschädigt worden ist. Zwar unterscheidet § 11 Nr. 5 Abs. 1 zu Buchst. a, b und c AFB 87 u. a. zwischen Gebäuden, Grundstücksbestandteilen, die zerstört worden sind, und Grundstücksbestandteilen, die nur beschädigt worden sind. Das mag an die in § 11 Nr. 1 Abs. 1 zu Buchst. a und b AFB 87 getroffene Unterscheidung erinnern. Der Wiederherstellungsvorbehalt als Voraussetzung für den Anspruch auf die Neuwertspitze gilt aber gleichermaßen für Gebäude und Gebäudebestandteile, und zwar auch, wenn es nur um Beschädigungen und nicht um einen Totalschaden geht. Die Auffassung der Revision, § 11 Nr. 5 Abs. 1 c AFB 87 gewähre die volle Erstattung der Reparaturkosten unabhängig davon, ob die Reparatur tatsächlich ausgeführt worden sei, ist mit dem Wortlaut dieser Klausel nicht zu vereinbaren. Sie lässt den verständigen VN vielmehr nicht im Zweifel darüber, dass der Wiederherstellungsvorbehalt auch auf den Fall der Geltendmachung von Reparaturkosten bis zur Höhe des Neuwerts anzuwenden ist. Es wäre nicht einzusehen, warum der VN bei vollständiger Zerstörung des Gebäudes die Neuwertspitze erst nach Sicherung der Wiederherstellung verlangen kann, wenn er bei fast vollständiger Zerstörung, die aber nur als Beschädigung anzusehen ist, auch die den Zeitwertschaden übersteigenden Reparaturkosten ganz unabhängig von einer Wiederherstellung verlangen könnte!

[13] e) Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht aus § 11 Nr. 5 Abs. 2 S. 2 AFB 87. Im ersten Satz des Abs. 2 dieser Klausel wird auf die anderweit näher geregelte Feststellung des Zeitwertschadens hingewiesen, um den es auch im Folgenden geht. Im zweiten Satz ist bestimmt, dass die zu ersetzenden Reparaturkosten bei beschädigten Sachen um den Betrag gekürzt werden, um den der Zeitwert infolge der Reparatur gegenüber dem Zeitwert vor dem Versicherungsfall erhöht würde. Der Sinn dieses zweiten Satzes erschließt sich dem durchschnittlichen VN erst nach Vorüberlegungen: Es geht um den Ersatz von Reparaturkosten. Sie sind für die Höhe der Ersatzleistung des Versicherers gem. § 11 Nr. 1 Abs. 1 b AFB 87 bei Beschädigungen von Bedeutung, soweit sie den Neuwert unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalls nicht übersteigen. Der Ersatz von Reparaturkosten als Entschädigung wird, soweit er den Zeitwertschaden übersteigt, in § 11 Nr. 5 Abs. 1 a und c AFB 87 weiter davon abhängig gemacht, dass die Wiederherstellung der Gebäude oder beschädigten Grundstücksbestandteile sichergestellt ist. Fehlt es daran, kommt ein Ersatz der Reparaturkosten lediglich in Höhe des Zeitwertschadens in Betracht, also des Schadens, der sich aus der Verschlechterung des unmittelbar vor dem Versicherungsfall bestehenden Zeitwerts durch den Eintritt des Versicherungsfalls ergibt. Insoweit stellt nun § 11 Nr. 5 Abs. 2 S. 2

AFB 87 klar: Wenn die Reparatur, die vom VN nicht durchgeführt werden soll, aber für die Höhe der Ersatzleistung des Versicherers maßgebend ist, im Fall ihrer Durchführung zu einer Erhöhung des unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalls gegebenen Zeitwerts führen würde, kann der Versicherer seine Ersatzleistung um diesen fiktiven Erhöhungsbetrag kürzen (so auch *Kollhosser* aaO § 97 Rn. 13; *Schirmer/Clauß* r+s 2003, 1 [2 f.]). Damit bleibt der Zeitwert vor Eintritt des Versicherungsfalls die Obergrenze der Ersatzpflicht des Versicherers.

[14] Die Verwendung des Worts „würde“ in § 11 Nr. 5 Abs. 2 S. 2 AFB 87 zeigt an, dass eine Durchführung der Reparatur gerade nicht vorausgesetzt wird. Aus diesem von der Revision hervorgehobenen Umstand ergibt sich aber nicht, dass es für den Ersatz der Reparaturkosten, auch soweit sie über den Zeitwertschaden hinausgehen, gegen den Wortlaut des § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87 auf die Sicherung der Wiederherstellung nicht ankäme.

[15] Danach haben die Vorinstanzen dem Kl. mit Recht keinen Anspruch auf die Neuwertspitze zugebilligt. Unter dieser Voraussetzung wendet sich die Revision nicht gegen eine Zurückverweisung und damit gegen eine Überprüfung der landgerichtlichen Entscheidung zur Höhe des Zeitwerts.

### Anmerkung

Das Urteil ist von erheblicher Bedeutung, da der BGH erstmalig zur Frage der Neuwertspitze von Gebäudeteilschäden nach den AFB 87, wenn das Gebäude nicht repariert wird, Stellung nimmt und dabei die Praxis der meisten Sachversicherer entgegen der bislang wohl herrschenden Meinung bestätigt.

In der Tat war die Rechtslage aufgrund des Wortlauts des § 11 AFB 87 (im Gegensatz zum anders lautenden Wortlaut der VGB 88 und 94) nicht eindeutig. Das OLG Düsseldorf<sup>1</sup> hat die Entschädigung auf Reparaturkostenbasis nach § 11 Nr. 5 AFB 87 nicht an die Sicherung der Wiederherstellung als Anspruchsvoraussetzung für die Neuwertspitze gekoppelt. Dies wurde damit begründet, dass § 11 Nr. 1 b AFB 87 eine spezielle Regelung enthalte, wonach die Entschädigung nur um eine etwaige Wertverbesserung gekürzt werde. *Schirmer* und *Clauß*<sup>2</sup> schlossen demgegenüber aus der Systematik von § 11 Nr. 5 Abs. 1 AFB 87, dass der Wiederherstellungsvorbehalt bei Gebäuden sowohl für Total- als auch reparaturfähige Teilschäden gelte. Allerdings führen sie weiter – nicht ganz klar verständlich – aus, dass § 11 Nr. 5 Abs. 2 S. 2 AFB 87 ausschließlich die Fälle umfasse, in denen aufgrund von Reparaturkosten im Umfang bis zum Zeitwert eine Steigerung des Zeitwerts eintrete. Diese Steigerung solle dann nur unter der Voraussetzung der Wiederherstellungsklausel geleistet werden<sup>3</sup>. Daraus könnte man e contrario schließen, dass sie die Reparaturkosten dann in voller Höhe zusprechen wollen, wenn diese den Zeitwert nicht erreichen. Nach *Kollhosser*<sup>4</sup> sollen die Kosten einer nicht ausgeführten Reparatur nach § 11 Nr. 5 AFB 87 ersetzt werden, abzüglich einer Wertsteigerung über den Zeitwert hinaus, die sich durch die Reparatur ergeben hätte. *Dietz*<sup>5</sup> will, wenn der VN nicht repariert, die Reparaturkosten in voller Höhe gewähren, wenn diese nicht höher sind als der Zeitwert der beschädigten Sache. Solange also der Zeitwert höher als die Reparaturkosten ist, wären danach diese in voller Höhe zu erstatten, auch wenn nicht repariert wird. Etwas anderes solle seiner Ansicht nach nur gelten, wenn einzelne Gebäudeteile zerstört wurden; dann würde es sich abrechnungstechnisch um einen Teil-Totalschaden handeln. Andererseits soll nach *Johannsen*<sup>6</sup> die Neuwertspitze der Reparaturkosten dann nicht gelten, wenn die Fälligkeit des Neuwertanteils vom Nachweis der Wiederherstellung abhängig gemacht würde, wobei sich diese Argumentation allerdings nicht ausdrücklich auf § 11 AFB 87 bezieht.

1 OLG Düsseldorf VersR 2002, 1279 = r+s 2002, 246.

2 *Schirmer/Clauß* r+s 2003, 1.

3 Ähnlich *Martin*, Sachversicherungsrecht 2. Aufl. R IV Rn. 38.

4 *Kollhosser* in *Prölss/Martin*, VVG § 97 Rn. 13 und § 11 AFB 87 Rn. 2.

5 *Dietz*, Wohngebäudeversicherung R 6.1.1.

6 *Johannsen* in *Bruck/Möller*, Feuerversicherung Anm. H 164.

Interessant ist auch, dass gem. § 11 Nr. 1 b AFB 87 im Rahmen einer reinen Zeitwertversicherung die notwendigen Reparaturkosten geschuldet sein dürften, soweit diese den Versicherungswert, also den Zeitwert des gesamten Gebäudes, nicht übersteigen. Im Rahmen der Neuwertversicherung ist dies aber, wie der BGH nunmehr festgestellt hat, anders. Vom Ergebnis her wäre es auch schwer verständlich, warum bei einem Totalschaden nur der Zeitwert geschuldet werden soll, bei einem Teilschaden aber auch die Neuwertspitze, wenn in beiden Fällen nicht wiederhergestellt wird.

Der BGH hat aber nicht vom Ergebnis her gedacht, sondern die Bestimmung aus der Sicht des durchschnittlichen VN ausgelegt, dem es nicht entgehen könne, dass § 11 Nr. 1 Abs. 1 b AFB 87 nicht von einem Vergleich des Zeitwerts vor dem Versicherungsfall mit dem Neuwert nach Durchführung der Reparatur ausgehe, sondern von einem Vergleich des Neubauwerts vor dem Versicherungsfall mit dem Neuwert nach Durchführung der Reparatur. Allerdings würde die sogenannte Neuwertspitze nicht von § 11 Nr. 1 Abs. 1 b Halbs. 2 AFB 87 abgeschöpft, wie es das OLG Düsseldorf gemeint hat. Vielmehr sei insoweit § 11 Nr. 5 AFB 87 einschlägig.

Der BGH hat also das auf den ersten Blick nicht leicht zu durchschauende und auch vom OLG Düsseldorf verkannte Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen innerhalb des § 11 AFB 87 im Wege der AVB-konformen Auslegung nach dem VN-Verständnis überzeugend aufgeschlüsselt.

Dr. Reinhard Dallmayr, Rechtsanwalt, München\*

\* Der Autor ist Partner in der Kanzlei Bach, Langheid & Dallmayr, Büro München.

## Einbruchdiebstahlversicherung

*Voraussetzungen des Versicherungsschutzes bei Entwendung von Bargeld aus einem mit richtigem Schlüssel geöffneten Tresor*

### AERB 87 §§ 1 Nr. 2 e aa, 4 Nr. 4

**1. Nach § 4 Nr. 4 AERB 87 liegt u. a. ein Einbruchdiebstahl vor, wenn der Dieb die richtigen Schlüssel eines Behältnisses (hier: Tresor) durch einen bedingungsgemäßen Einbruchdiebstahl aus einem anderen Behältnis erlangt hat, das mindestens die gleiche Sicherheit bietet.**

**2. Wenn sich Bargeld unter qualifiziertem Verschluss befinden muss, muss dies auch für den Schlüssel zu diesem Behältnis gelten. Befindet sich der Schlüssel nicht in einem solch qualifizierten Behältnis, liegt kein Versicherungsfall vor.**

**3. Die Regelung des § 4 Nr. 4 AERB 87 i. V. m. § 1 Nr. 2 e Halbs. 2 AERB 87 ist nicht unklar, sodass auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot ersichtlich ist (i. A. an OLG München VersR 1978, 729 [730]).**

(200) KG, Beschluss vom 1. 9. 2006 (6 U 21/06)

Die Parteien stritten um Ansprüche aus einer Einbruchdiebstahlversicherung.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den *Gründen*:

Der Kl. hat nach wie vor das äußere Bild eines bedingungsgemäß versicherten (Einbruch-)Diebstahls nicht hinreichend dargelegt. Da nach dem eigenen Vorbringen des Kl. jeweils „mittels richtiger Schlüssel“ sowohl in die von ihm betriebene Postagentur eingedrungen als auch der dort befindliche Tresor geöffnet worden sein soll, hätte er das äußere Bild eines bedingungsgemäß versicherten Diebstahls dieser Schlüssel konkret darlegen müssen, was er jedoch trotz des diesbezüglichen Bestreitens der Bekl. und eines entsprechenden Hinweises des Senats vom 7. 7. 2006 nicht getan hat. Soweit sich der Kl.

insoweit auf den Inhalt der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft bezieht (was allerdings grundsätzlich eigenen Vortrag nicht zu ersetzen vermag), ergeben sich aus dieser zwar Tatsachen, die nach der Lebenserfahrung den Schluss auf einen Einbruchdiebstahl zulassen, gleichzeitig finden sich darin aber auch Anhaltspunkte, die eine Vortäuschung des Versicherungsfalles durch den Kl. nahelegen. Ob diese Anhaltspunkte ausreichen, um mit erheblicher Wahrscheinlichkeit von einer Vortäuschung ausgehen zu können, kann letztlich dahinstehen, da es an einer qualifizierten Schlüsselvortat nach § 1 Nr. 2 e Halbs. 2 aa AERB 87 fehlt. Nach dieser Vorschrift gilt die Entwendung von Sachen, die nur unter vereinbarten zusätzlichen Voraussetzungen gem. § 4 Nr. 4 AERB 87 versichert sind, nur dann als Einbruchdiebstahl, wenn der Dieb die richtigen Schlüssel des Behältnisses – hier also des Tresors – durch Einbruchdiebstahl gem. Nr. 2 b (d. h. durch Aufbrechen eines Behältnisses oder Öffnen desselben mittels falscher Schlüssel oder anderer Werkzeuge) aus einem Behältnis erlangt hat, das mindestens die gleiche Sicherheit wie das Behältnis bietet, in denen die Sachen versichert sind.

Vorliegend war das Bargeld, dessen Ersatz der Kl. begehrt, nur unter vereinbarten zusätzlichen Voraussetzungen gem. § 4 Nr. 4 AERB 87, nämlich nur „im verschlossenen Panzergeldschrank ...1, Geldschrankeinheit ...2“ versichert. Während § 4 Nr. 3 AERB 87 nämlich nur ein „verschlossenes Behältnis, das erhöhte Sicherheit auch gegen dessen Wegnahme gewährt“ voraussetzt, haben die Parteien ausweislich des Nachtrags zum Versicherungsschein vom 10. 5. 2002 darüber hinaus die Sicherheitsmerkmale „Panzergeldschrank ...1, Geldschrankeinheit ...2“ vereinbart. Dabei handelt es sich erkennbar nicht nur um eine allgemeine Beschreibung eines verschlossenen Behältnisses i. S. v. § 4 Nr. 3 AERB 87, sondern eine konkrete Vereinbarung über zusätzliche Sicherheitsmerkmale, die über die Anforderung „verschlossenes Behältnis, das erhöhte Sicherheit auch gegen dessen Wegnahme gewährt“ hinausgeht. Denn aus der von den Parteien verwandten Formulierung ergibt sich, dass es sich bei dem Behältnis um einen „Panzergeldschrank“ der Sicherheitsstufe ...1, ...2 (erhöhter Einbruchschutz) handeln muss.

Damit steht nach der konkreten Ausgestaltung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäftsversicherung fest, dass sich Bargeld – sowie im Weiteren auch der Schlüssel für das Behältnis, in dem das Bargeld verwahrt wird – unter qualifiziertem Verschluss befinden muss, um bei Eintritt des Versicherungsfalles eine Ersatzpflicht der Bekl. zu begründen. Denn § 1 Nr. 2 e Halbs. 2 AERB 87 schließt den Versicherungsschutz für entwendete Sachen aus besonders gesicherten Behältnissen mittels Gebrauchs des richtigen Schlüssels durch die Formulierung: „So gilt dies als Einbruchdiebstahl nur“ erst einmal gänzlich aus (vgl. *Martin*, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. D X Rn. 3), um sodann die zusätzlichen Voraussetzungen zu statuieren, unter denen der Gebrauch des richtigen Schlüssels für das Behältnis doch einen versicherten erschwerten Diebstahl begründet. Diese zusätzlichen Voraussetzungen lagen aber nach dem eigenen Vortrag des Kl. nicht vor. Denn der Kl. hat die Schlüssel – unabhängig davon, ob sie überhaupt aus seiner Wohnung entwendet worden sind – nicht in einem Behältnis verwahrt, das mindestens die gleiche Sicherheit wie das Behältnis bietet, in denen die Sachen versichert sind. Der „Normalfall“ des erschwerten Diebstahls (nämlich Einbruch in ein Gebäude, in dem der Schlüssel – wie hier – unverschlossen aufbewahrt wird) des richtigen Schlüssels begründet keinen Versicherungsschutz, wenn der Dieb mit dessen Hilfe das qualifizierte Behältnis aufschließt (vgl. *Martin* aaO Rn. 23).

Entgegen der Ansicht des Kl. ist § 4 Nr. 4 AERB 87 i. V. m. § 1 Nr. 2 e Halbs. 2 AERB 87 nicht unklar, sodass auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot ersichtlich ist. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es für einen VN, der Bargeld oder Wertgegenstände in einer nicht unerheblichen Größenordnung sichern und versichern will, von vornherein klar sein muss, dass der Panzergeldschrank nur insoweit eine Verminderung des Risikos gewährleistet, als er nicht von Unbefugten durch die richtigen Schlüssel geöffnet werden kann (vgl. hierzu OLG München VersR 1978, 729 [730]). Der Kl. musste deshalb von vornherein damit rechnen, dass die Bekl. ihr Risiko durch die Vereinbarung bestimmter Sicherheitsmerkmale nicht nur für das Behältnis, in dem sich die versicherten Sachen befinden, sondern auch für das Behältnis, in dem der