

Aktuelle Rechtsprobleme in der Leitungswasserversicherung

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Saarbrücken vom 7. 11. 2018 (5 U 22/18) VersR 2019, 353 –

Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther, Köln*

Das Urteil des OLG Saarbrücken betrifft eine Reihe von interessanten Rechtsfragen, insbesondere zur benannten Gefahr in der Leitungswasserversicherung (hierzu I), zur All-Risk-Deckung (hierzu II), zur Problematik des vom OLG Saarbrücken nicht angesprochenen Beginns des Haftzeitraums in der Betriebsunterbrechungsversicherung (hierzu III) sowie zum Aufgabeverbot des § 86 Abs. 2 VVG (hierzu IV).

I. Leitungswasserversicherung

1. In dem vom OLG Saarbrücken zu beurteilenden Fall drang in den Fußboden einer Restaurantküche Wasser durch offene Ritzen und aufgrund anderer Baumängel in der Bodenkonstruktion ein. Das OLG geht zutreffend davon aus, dass der Austritt des Wassers im Rahmen von Reinigungsarbeiten mittels eines Schlauches *bestimmungsgemäß* erfolgte.

Die Folgefrage ist aber, ob man den gesamten Küchenfußboden als eine mit dem Rohrsystem der *Wasserversorgung verbundene Einrichtung* ansieht. Dies verneinen das OLG Saarbrücken und ebenso das OLG München (zu einem Duschraum in einem Fitnessstudio)¹ und das OLG Schleswig (gleichfalls zu einer Großküche im gewerblichen Bereich).²

Gegen diese Auffassung der nunmehr drei Oberlandesgerichte könnte eine rein technische Betrachtungsweise sprechen: Wenn ein Raum, gleichgültig wie groß er ist, über Wasserabläufe verfügt sowie Boden und Wände dieser Räume „bestimmungsgemäß“ mit Wasser für Reinigungsarbeiten in Berührung kommen und über entsprechende Ablaufrinnen das Wasser abfließen soll, könnte man den gesamten Raum als „Einrichtung der Wasserversorgung“ ansehen.

Dagegen ist wiederum anzuführen, dass bei der Auslegung von AVB nicht auf eine rein technische Betrachtungsweise abzustellen ist, worauf zutreffend bereits das OLG München³ hinweist, sondern maßgeblich die Sichtweise eines durchschnittlichen und verständigen VN ist. Dieser wird kaum einen kompletten Raum als eine „Einrichtung der Wasserversorgung“ ansehen, sondern als das, was er ist, nämlich z. B. ein Küchenraum. Eine andere Auslegung wirkt gekünstelt.⁴

Es spricht vieles dafür, dass der durchschnittliche und verständige VN zwar nicht nur die Armatur, aus der bestimmungsgemäß Wasser zum Duschen oder Baden austritt, und den Bodenablauf, in dem dieses Wasser bestimmungsgemäß abgeleitet wird, als Einrichtung der Wasserversorgung ansieht, sondern auch den Bereich des dazwischen liegenden und üblicherweise verfliesten „Luftraums“.⁵ Dies gilt nach Auffassung des Verfassers nicht nur in „konventionellen“ Badezimmern mit einer optisch und technisch klaren Abgrenzung durch eine Duschwanne mit Duschabtrennung, sondern auch dann, wenn es sich um eine bodengleiche Dusche mit gefliestem Duschboden und ohne Duschabtrennung handelt.⁶ Bei solchen Duschvorrichtungen eines modernen Badezimmers gehört der Bereich zur „Einrichtung der Wasserversorgung“, der dem eigentlichen Duschvorgang dient und der durch ein leichtes Gefälle und einen Ablauf als solcher zu erkennen ist.⁷ Dann wäre das Wasser innerhalb dieses Bereichs von der Leitungswasserversicherung gedeckt, nicht jedoch, wenn Wasser außerhalb dieses Bereichs austritt und zu Schäden führt.⁸ Für einen ganzen Raum, wie z. B. eine gewerbliche Küche, gilt dies hingegen nicht (mehr).

2. Das OLG Saarbrücken hätte auf den Ausschluss für *Reinigungs- und Planschwasser* abstellen können. Stattdessen ließ es offen, ob diese sekundäre Risikobegrenzung eingreift. Gerade der vom OLG Saarbrücken mitgeteilte Sachverhalt spricht für das Eingreifen des Ausschlusses. Unter Reinigungswasser ist nicht das der Körperpflege dienende Wasser zu verstehen, sondern Wasser, welches zur Reinigung von Sachen dient. Wenn daher, wie in den Fällen des OLG Schleswig und des OLG Saarbrücken, in der Küche bewusst Wasser aus einem Schlauch entnommen wird, um den Boden aus hygienischen Gründen zu reinigen, greift der Ausschluss ein.

Soweit der Ausschluss insbesondere von *Martin* dahin gehend ausgelegt wird, dass dieser nur für Schäden während des tatsächlichen Gebrauchs des Wassers zu Reinigungszwecken gilt,⁹ so ist dies mit dem Wortlaut der Klausel nicht in Einklang zu bringen. Danach unterfällt jedwedes Wasser dem Ausschluss, wenn es zu Reinigungs- oder Planschwammen bestimmt war, also auch das abfließende „verdreckte“ Wasser nach der Reinigung.¹⁰ Sämtliche Schäden durch Reinigungs- oder Planschwammen fallen daher unter diesen Ausschluss, wobei es auf den konkreten Schadenverlauf nicht ankommt. Die Grenze ist das Fehlen einer adäquaten Kausalität.¹¹ Hinzu kommt, dass der Ausschluss bereits bei einer Mitursächlichkeit eingreift, ebenso wie es umgekehrt zugunsten des VN genügt, wenn beim Versicherungsfall Mitursächlichkeit vorliegt. Insoweit hat der Versicherer ohne Beweiserleichterungen den Strengbeweis des § 286 ZPO zu erbringen.

Zu überlegen wäre allenfalls, die Klausel zu verwerfen. Da die Regelung sprachlich klar ist und dem Transparenzgebot entspricht, wäre sie nur bei einer unangemessenen Benach-

* Der Autor ist Partner bei BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Köln, und Leiter des Fachbereichs Sachversicherung und Special Lines am Institut für Versicherungswesen (ivwKöln), Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften, TH Köln.

1 OLG München vom 27. 7. 2017 – 25 U 1728/17 – r+s 2017, 527.

2 OLG Schleswig vom 14. 8. 2018 – 16 U 20/18 – BeckRS 2018, 20861.

3 OLG München vom 27. 7. 2017 – 25 U 1728/17 – r+s 2017, 527.

4 Vgl. zu den „Fliesenfugenfällen“ ausführlich Günther r+s 2018, 63 m. w. N.

5 So z. B. OLG Schleswig VersR 2016, 1495 in einer früheren Entscheidung.

6 Günther r+s 2018, 63.

7 Wobei selbstverständlich auch die Schäden außerhalb dieses Bereichs als Folgeschäden gedeckt sind, wenn sie auf einem Eindringen von Wasser innerhalb des versicherten Bereichs beruhen.

8 Vgl. *Wälder* in Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 5. Aufl. 2015 Kap. 9 Rn. 627.

9 So z. B. *Martin*, SVR 3. Aufl. F IV 38 ff.; *Dietz*, Wohngebäudeversicherung Rn. 30–40.

10 So auch *Wälder* in Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 5. Aufl. 2015 Kap. 9 Rn. 686.

11 Günther r+s 2018, 63.

teilung des VN i. S. d. § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.¹² Sinn und Zweck des Ausschlusses für Reinigungs- und Planschwasser als Begrenzung sowohl des objektiven als auch des subjektiven Risikos liegen auf der Hand. Eine unangemessene Benachteiligung ist jedoch abzulehnen. Die Fälle, dass es erst durch Reinigungs- bzw. Planschwasser zu Schäden kommt, dürften die Ausnahme sein. Gerade in den praxisrelevanten „Duschkabinefällen“ kommt es in der Regel nicht zu Schäden durch das für die Reinigung von Armaturen bzw. der Duschkabine eingesetzte Wasser und/oder durch Planschwasser, sondern durch das nicht unter den Ausschluss fallende Wasser zur Körperreinigung. Anders als z. B. bei dem Ausschluss für Schimmelschäden¹³ bedarf es hierzu auch keiner empirischen Untersuchung über eine Schadenshäufung durch ein Gutachten, da das Regel-Ausnahme-Verhältnis offenkundig ist.

II. All-Risk-Deckung

In gewerblichen Bereichen sind oft nicht nur benannte Gefahren versichert, sondern auch unbenannte Gefahren. Diese Begrifflichkeit ist sprachlich missverständlich, da eine Allgefahren-Versicherung insoweit eine benannte Gefahr ist, als dass ein Versicherungsfall auch dort vorzuliegen hat, und zwar in Form eines unvorhergesehen eingetretenen Schadens. Dies wird durch die Entscheidung des OLG Saarbrücken belegt, bei der ein Versicherungsfall auch aus der All-Risk-Versicherung verneint wurde.

Üblicherweise wird der *Versicherungsfall* in der Allgefahren-Versicherung wie folgt definiert¹⁴:

„Unvorhergesehen sind Schäden, die der VN oder seine Repräsentanten weder rechtzeitig vorhergesehen haben noch mit dem für die im Betrieb ausgeübte Tätigkeit erforderlichen Fachwissen hätten vorhersehen können, wobei nur grobe Fahrlässigkeit schadet und diese den Versicherer dazu berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen.“

Ob diese Regelung Sinn macht, mag bezweifelt werden; es handelt sich um eine Vermischung zwischen der Definition des Versicherungsfalles als objektive Risikobeschreibung zum einen mit einer subjektiven Risikobegrenzung in Anlehnung an die Formulierung des § 81 Abs. 2 VVG zum anderen. Um eine sekundäre Risikobeschreibung, also einen Ausschluss, handelt es sich nach dem Wortlaut nicht, da es weiterhin dabei bleibt, dass der Versicherungsfall definiert wird als primäre Risikobeschreibung.¹⁵ Systemwidrig erscheint es ferner, dass danach ein Versicherungsfall nur quotal vorliegen kann. Ein Versicherungsfall kann entweder gegeben sein oder eben nicht, nicht aber kann er quotal vorliegen. Hier gilt ein „Alles oder nichts“. Eine quotal (Leistungs-)Begrenzung kann erst bei einer Entschädigungsgrenze oder bei subjektiven Risikoausschlüssen eingreifen.¹⁶

Ein unvorhergesehener Sachschaden wird vom OLG Saarbrücken jedoch verneint, da es aufgrund von bekannten früheren und nur provisorisch behobenen Wasserschäden an diesem Tatbestandsmerkmal fehle. Diese Auffassung ist nicht unproblematisch, zumal sich aus den Entscheidungsgründen nicht ergibt, auf welche Person *in concreto* abzustellen ist und ob diese Kenntnis davon hatte.

Im Ergebnis ist dem OLG Saarbrücken jedoch zuzustimmen, da der in der Allgefahrenversicherung üblicherweise vereinbarte Ausschluss für *Konstruktions-, Material- oder Ausführungsfehler* aufgrund des vom Senat mitgeteilten Sachverhalts gegeben war.

III. Beginn des Haftzeitraums in der Betriebsunterbrechungsversicherung

1. Im Fall des OLG Saarbrücken bestand ein Haftzeitraum in der Betriebsunterbrechungsversicherung von zwölf Monaten. Stellt man, wie ohne Begründung das OLG Saarbrücken, auf den 17. 2. 2013 als den Tag der Feststellung der Verstopfung des Abflussrohrs ab, lag der eingetretene und offenbar am 7. 2. 2014 beendet Betriebsunterbrechungsschaden noch „so gerade“ innerhalb des Haftzeitraums.

Es hätte sich allerdings aufgedrängt zu fragen, ob nicht auf einen vorangegangenen Zeitraum abzustellen wäre, zumal es nach den Entscheidungsgründen bereits im Jahr 2011 einen ersten Wasserschaden und Mitte 2012 zwei weitere Wasserschäden gegeben hatte. Bei der Betriebsunterbrechungsversicherung beginnt die Haftzeit nicht mit dem Bemerkten, sondern mit dem *Eintritt des Sachschadens*.¹⁷

Die übliche Definition lautet (so z. B. § 2 Nr. 3 ZKBU):

„Die Haftzeit legt den Zeitraum fest, für welchen der Versicherer Entschädigung für den Ertragsausfallschaden leistet. Die Haftzeit beginnt mit Eintritt des Sachschadens. Die Haftzeit beträgt zwölf Monate, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Ist die Haftzeit nach Monaten bemessen, so gelten jeweils 30 Kalendertage als ein Monat. Ist jedoch ein Zeitraum von zwölf Monaten vereinbart, so beträgt die Haftzeit ein volles Kalenderjahr.“

Zwar wird üblicherweise der Schadenseintritt alsbald entdeckt, dies muss jedoch nicht der Fall sein. Gerade bei Leitungswasserschäden kann zwischen dem Eintritt des Sachschadens und seiner Entdeckung durchaus ein größerer Zeitraum liegen. Wenn zum Zeitpunkt der Schadensfeststellung indes der Haftungszeitraum bereits ganz oder teilweise verstrichen ist, kann das dazu führen, dass keine Deckung mehr aus einer Betriebsunterbrechungsversicherung besteht.¹⁸

2. Hier wäre zu überlegen, die „Erstentdeckertheorie“ des BGH¹⁹ anzuwenden. Der BGH stellt bei langandauernden und unbemerkt gebliebenen Leitungswasserschäden auf den Zeitpunkt der Entdeckung ab. Unabhängig von grundlegenden Bedenken an der „Erstentdeckertheorie“, die ebenso abzulehnen ist wie die „Theorie des ersten Tropfens“,²⁰ ist der unterschiedliche Bedingungswortlaut zu beachten. In dem „Erstentdeckerurteil“ des BGH ging es ausschließlich um einen Sachschaden in der Wohngebäudeversicherung auf Grundlage der Bedingungen in Form der VGB 2001. Diese enthalten nur eine schlan-

12 S. *Wälder* in Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 5. Aufl. 2015 Kap. 9 Rn. 686.

13 Vgl. hierzu BGH VersR 2017, 1076.

14 Z. B. § 2 Nr. 1 AMB.

15 Vgl. aber BGH (VersR 1983, 821), der bezüglich der Unvorhersehbarkeit der Auffassung ist, dieses Merkmal sei keine primäre Risikobeschreibung, sondern ein Risikoausschluss; kritisch hierzu *Günther/Eckes* in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG Technische Versicherung 3. Aufl. Rn. 43 ff.

16 Vgl. *Günther/Eckes*, Langheid/Wandt in Münch. Komm. zum VVG Technische Versicherung 3. Aufl. Rn. 47 ff.

17 Vgl. hierzu OLG Hamm VersR 1980, 668.

18 So LG Bielefeld vom 2. 9. 2007 – 10 O 48/07 – zfs 2008, 519 mit Anm. von *Rixecker*.

19 VersR 2017, 1076 mit Besprechungsaufsatz *Günther* VersR 2017, 1435.

20 Ausführlich hierzu *Günther* jurisPR-VersR 11/2015; VersR 2017, 1435.

ke Definition des Versicherungsfalls und regeln insbesondere nicht, zu welchem Zeitpunkt der Versicherungsfall als eingetreten gilt.

Demgegenüber sah § 6 Nr. 2 VGB 62 noch vor:

„Der Versicherungsfall tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem sich eine versicherte Gefahr an versicherten Sachen zu verwirklichen beginnt.“

Auf Grundlage der VGB 62 gilt aufgrund dieser klaren Regelung weiterhin die „Theorie des ersten Tropfens“.²¹ Die Regelung zur Haftzeit in den ZKBÜ unterscheidet sich zwar von der Formulierung in den VGB 62, andererseits ist in den ZKBÜ eine Regelung enthalten, dass die Haftzeit „mit Eintritt des Sachschadens beginnt“. Hier wird man jedenfalls kaum annehmen können, dass maßgebend der „letzte Tropfen“ für den Beginn der Haftzeit ist.

Zudem ist die Konstellation in der Betriebsunterbrechungsversicherung eine andere als in der Wohngebäudeversicherung. Selbst wenn man die „Erstentdeckertheorie“ des BGH in der Betriebsunterbrechungsversicherung grundsätzlich anwenden würde, wäre die Folge, dass man für den Beginn der Haftzeit nicht auf den Eintritt des (ersten) Sachschadens abstellt, aber auch nicht auf den rein subjektiven Zeitpunkt der ersten Entdeckung. Entscheidend wäre für den Beginn der Haftzeit der Eintritt eines so gravierenden Sachschadens, gleichgültig, ob dieser bereits entdeckt ist oder nicht, der so groß ist, dass bei fiktiver Annahme, er wäre sofort festgestellt worden, dieser zu einer Betriebsunterbrechung geführt hätte.²²

IV. Aufgabeverbot trotz Deckungsablehnung

1. Das OLG Saarbrücken stützt sich ferner auf einen vorsätzlichen Verstoß gegen das Aufgabeverbot des § 86 Abs. 2 VVG. Die Annahme einer vorsätzlichen „Aufgabe“ ist zutreffend begründet. Allenfalls wäre zu überlegen, den Verzicht des VN auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Pachtvertrag im Zusammenhang mit dem Wasserschaden dahin gehend auszulegen, dass damit nur auf eigene Ansprüche verzichtet wird, nicht aber auf etwaige künftig über die *cessio legis* des § 86 Abs. 1 VVG auf den Versicherer übergehende Ansprüche. Hier kommt es jeweils auf den Einzelfall an.²³ Ähnliche Erklärungen wurden von der Rechtsprechung zum Teil nicht als Aufgabe angesehen, da sich im Rahmen der Auslegung ergebe, dass etwaige Regressansprüche des Versicherers davon, obwohl nicht explizit aufgeführt, nicht miterfasst werden sollten,²⁴ zum Teil wurde eine Aufgabe i. S. d. § 67 VVG a. F. bzw. § 86 VVG bejaht.²⁵

Gerade weil im Fall des OLG Saarbrücken bereits ein Deckungsprozess gegen den Versicherer anhängig war, sodass aus Sicht des VN künftig mit Regulierung ein Anspruchsübergang ja gerade erfolgen sollte, wird man den Schriftwechsel der VN mit dem Verpächter nicht dahin gehend auslegen können, dass entgegen des klaren Wortlauts („Ihnen gegenüber verzichtet, gleich wie der Prozess gegen die A. endet“) künftige Ansprüche des Versicherers davon nicht erfasst werden sollten. Allenfalls wäre zu überlegen, nicht von Vorsatz, sondern nur von grober Fahrlässigkeit auszugehen.

2. Interessant sind die Ausführungen des Gerichts zum Eingreifen des § 86 Abs. 2 VVG, wenn der Versicherer zuvor die *Deckungsansprüche zurückgewiesen* hat. Der Rückgriff auf die Rechtsprechung, wonach im Obliegenheitenrecht der VN keine Obliegenheiten nach einer Ablehnung des Versicherers mehr zu erfüllen hat, passt in der Tat „nicht so richtig“. Würde man diese Rechtsprechung ohne Abweichung übertragen, könnte der VN, wenn der Versicherer den Versicherungsfall bestreitet, eine juristische Sekunde später auf alle Ansprüche gegen Dritte verzichten, die-

se mithin aufgeben i. S. v. § 86 Abs. 2 VVG mit der Folge, dass beim Wiederaufleben der Obliegenheit, wenn der Versicherer, sei es freiwillig, sei es erst nach einem verlorenen Prozess, in eine Regulierung eintritt, dessen Regress ins Leere geht.

Die ausführliche Begründung des OLG Saarbrücken verdient Zustimmung. Die von der Rechtsprechung²⁶ angeführten Gründe, dass nämlich der nicht regulierungsbereite Versicherer auf die in den AVB vereinbarte Aufklärungs- und Belegobliegenheit, die in etwa dem Inhalt des § 31 VVG entspricht, nicht mehr angewiesen ist, kann bei § 86 Abs. 2 VVG nicht gelten. Es fehlt an der strukturellen Vergleichbarkeit. Zum einen geht es nicht um eine vertragliche, sondern um eine gesetzliche Obliegenheit, zum anderen weiß in diesen Fällen der VN, dass es künftig zu einem Anspruchsübergang kommen soll. Dieser Anspruchsübergang ist gerade sein Ziel bzw. die zwingende Folge, wenn der VN die Deckungsablehnung des Sachversicherers erfolgreich angreift. Auch wirkt eine Spaltung der Aufgabeobliegenheit befremdlich, da in vielen Fällen der Versicherer nur die Höhe der Forderung des VN zurückweist, jedoch den Anspruch dem Grunde nach anerkannt und Teilzahlungen erbracht hat. Gegen einen pauschalen Gleichklang mit der Rechtsprechung zur vertraglichen Aufklärungs- und Belegobliegenheit spricht ferner, dass gegen die gesetzliche Obliegenheit des § 86 Abs. 2 VVG auch schon vor Eintritt des Versicherungsfalls verstoßen werden kann, z. B. durch marktunübliche pauschale Verzichte in Verträgen mit Dritten,²⁷ sodass auch grundlegende rechtsdogmatische Unterschiede bestehen.

Es ist es zu bedauern, dass das OLG Saarbrücken ohne nähere Begründung die Revision nicht zugelassen hat. Dies ist bedenklich, da vieles für den Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) spricht. Auch dürfte der Zulassungsgrund des § 543 Abs. 3 Nr. 1 ZPO vorliegen, da die Rechtsache in mehrfacher Hinsicht grundsätzliche Bedeutung hat.²⁸

21 So auch der BGH in seinem „Erstentdeckerurteil“, da dieser gerade auf die Unterschiede zu früheren Bedingungswerken hinweist, VersR 2017, 1076; so bereits *Felsch* r+s 2014, 313 unter Hinweis auf ein „Schubladenurteil“ des BGH in Sachen – IV ZR 191/12 – Revisionsverfahren nach OLG Celle VersR 2013, 57 = r+s 2012, 493; *Gruber/Mittendorf* NJW 2015, 2433.

22 *Günther*, Betriebsunterbrechungsversicherung in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. 2017 Rn. 48; VersR 2017, 1435 (1437).

23 Näher hierzu *Günther*, Der Regress des Sachversicherers, VVW GmbH, Karlsruhe, 6. Aufl. 2015 S. 27.

24 OLG Oldenburg VersR 2005, 72 mit Anm. von *Günther* zu einem Vergleich zwischen dem VN und dem Bauunternehmer mit einer Abgeltungsklausel; ähnlich OLG Celle VersR 2002, 884 zu einer Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter, wonach keine gegenseitigen Ansprüche aus dem Mietverhältnis mehr bestehen.

25 LG Köln VersR 2008, 486 zu einer Vergleichs- und Abfindungsvereinbarung über Einbruchsschäden des VN mit dem Betreiber der Einbruchmeldeanlage; OLG Köln VersR 2014, 623 mit Anm. von *Günther* zu einem Prozessvergleich über den „Ausgleich aller wechselseitigen Ansprüche“ des Ehemanns einer VN wegen Ansprüchen gegenüber dem Schädiger wegen mangelhaften Einbaus einer Dusche.

26 Diese wird von Teilen der Literatur abgelehnt, so *Baumgärtel* VersR 1992, 601; *Bach* VersR 1992, 302; *Langheid* r+s 1992, 109; NJW 2013, 2329 Fn. 12.

27 *Günther*, Der Regress des Sachversicherers, VVW GmbH, Karlsruhe, 6. Aufl. 2015 S. 28 ff.

28 Kritisch hierzu, insbesondere zu dem statistischen Zusammenhang zwischen der Erhöhung der Fallzahl und dem Rückgang der Zulassungsquote bei Nichtzulassungsbeschwerden, *Winter* NJW 2016, 922; *Nassall* NJW 2018, 3561.