



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 88/19

Verkündet am:
23. September 2020
Heinekamp
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 404a Abs. 1, Abs. 4

Zur Frage der Anweisung an den gerichtlich bestellten Sachverständigen, eine Bauteilöffnung vorzunehmen.

BGH, Urteil vom 23. September 2020 - IV ZR 88/19 - OLG Celle
LG Hannover

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Prof. Dr. Karczewski, Lehmann, die Richterinnen Dr. Brockmüller und Dr. Bußmann auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2020

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 31. Januar 2019 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 290.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt den beklagten Wohngebäudeversicherer auf Versicherungsleistungen in Zusammenhang mit einem Gebäudeschaden in Anspruch.
- 2 Sie unterhält bei der Beklagten eine Wohngebäudeversicherung zum gleitenden Neuwert für ein Einfamilienhaus, der Allgemeine Wohngebäude-Versicherungsbedingungen (im Folgenden: VGB 2002), die Besonderen Bedingungen für die Wohngebäudeversicherung Klassik - Wert 1914 - sowie "Besondere Bedingungen für die Versicherung weiterer Elementarschäden in der Wohngebäudeversicherung" (im Folgenden: BEW 2002) zugrunde liegen. In den VGB 2002 heißt es auszugsweise:

"§ 27 Entschädigungsberechnung und Unterversicherung

1. Ersetzt werden im Versicherungsfall bei

a) zerstörten Gebäuden die ortsüblichen Wiederherstellungskosten des Gebäudes (einschließlich der Architektengebühren sowie sonstiger Konstruktions- und Planungskosten) bei Eintritt des Versicherungsfalles, in der Zeitwertversicherung der Neuwert abzüglich der Wertminderung durch Alter und Abnutzung,

...

c) beschädigten Gebäuden oder sonstigen beschädigten Sachen die notwendigen Reparaturkosten bei Eintritt des Versicherungsfalles zuzüglich einer durch die Reparatur nicht auszugleichenden Wertminderung, höchstens jedoch der Versicherungswert bei Eintritt des Versicherungsfalles,

...

2. Restwerte werden in den Fällen von Nr. 1 angerechnet."

...

3

Am versicherten Gebäude kam es am 2. Juni 2013 zu einem Hochwasserschaden. Die Klägerin behauptet, das Haus sei durch Wassereintritt am Fundament zerstört worden. Mit der Klage begehrt sie - soweit für die Revision noch von Interesse - festzustellen, die Beklagte sei verpflichtet, ihr für die durch das Hochwasser an dem versicherten Gebäude entstandenen Schäden eine bedingungsgemäße Entschädigung gemäß § 27 Ziffer 1 a) VGB 2002 unter Anrechnung der Restwerte zu leisten. Die Beklagte behauptet hingegen, das Haus sei lediglich beschädigt worden, und meint daher, die Klägerin könne nur gemäß § 27 Ziffer 1 c) VGB 2002 die von der Beklagten bereits vorgerichtlich geleisteten Reparaturkosten abzüglich der vereinbarten Selbstbeteiligung nebst - von der Beklagten nach Klageerhebung anerkannter - Verzinsung beanspruchen.

4 Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens die Klage mit Ausnahme des anerkannten Feststellungsantrags zur Verzinsung der Versicherungsleistungen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt sie den abgewiesenen Feststellungsantrag zur Hauptsache weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in r+s 2019, 153 veröffentlicht ist, hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - ausgeführt, der Versicherungsfall im Sinne von § 1 Ziffer 1 BEW 2002 sei unstreitig eingetreten. Die Klägerin könne jedoch nicht die Kosten der Wiederherstellung des Gebäudes verlangen, da die Voraussetzungen des § 27 Ziffer 1 a) VGB 2002 nicht vorlägen. Soweit sie eine Zerstörung des Gebäudes aufgrund der Beschädigung des Fundaments infolge Hochwassereintritts zwischen der sogenannten schwarzen Wanne und dem aus Beton bestehenden Fundament behauptet habe, sei sie hierfür beweisfällig geblieben.

7 Nach den Ausführungen des Landgerichts hätten sich bei einer Begehung des Hauses keine Anhaltspunkte für eine Beschädigung des Fundaments ergeben. Die von der Sachverständigen für erforderlich erachtete Bauteilöffnung habe die Klägerin abgelehnt. An diese Feststellungen sei das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebun-

den. Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit bestünden nicht. Die Sachverständige sei im Streitfall zu einer Bauteilöffnung in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko nicht verpflichtet gewesen. Die Erteilung von gerichtlichen Weisungen setze eine Abwägung zwischen den Interessen der beweispflichtigen Partei und den mit einer Durchführung des Gutachtauftrags für den Sachverständigen verbundenen Anforderungen voraus. Gehe es um die Bauteilöffnung des Fundaments als vorbereitende Maßnahme einer Begutachtung, sprächen gegen ein Weisungsrecht die mit einer solchen Maßnahme für den Sachverständigen regelmäßig verbundenen Haftungsrisiken. Die nicht zerstörungsfreie Untersuchung des Hausfundaments berge die Gefahr, dass die Horizontal- oder Vertikalsperre beschädigt werde. Dieses Risiko könne auch nicht unter Hinweis auf die Sachkunde des Sachverständigen von der Hand gewiesen werden. Ein überwiegendes Interesse der Klägerin an einer Bauteilöffnung durch die Sachverständige könne hingegen nicht festgestellt werden. Die Klägerin erfahre durch eine Bauteilöffnung auf eigene Verantwortung keine relevanten Rechtsnachteile; an der ihr obliegenden Beweisführung werde sie nicht gehindert.

8 Einen wirtschaftlichen Totalschaden habe die Klägerin ebenfalls nicht bewiesen. Die auf Grundlage des Sachverständigengutachtens getroffenen Feststellungen des Landgerichts zur Höhe der Reparaturkosten und des Zeitwerts des Gebäudes begegneten keinen Bedenken.

9 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Klägerin als beweisfällig angesehen, nachdem diese die für eine weitergehende Begutachtung durch die Sachverständige notwendige Bauteilöffnung nicht vorgenommen hat; revisionsrechtlich

unbedenklich hat es insoweit davon abgesehen, die Sachverständige zur Vornahme der Bauteilöffnung anzuweisen.

10 1. Zu Recht und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht dabei zugrunde gelegt, dass die Klägerin die Beweislast für die von ihr behauptete Zerstörung des versicherten Gebäudes im Sinne des § 27 Abs. 1 a) VGB 2002 trägt.

11 2. Soweit das Berufungsgericht weiter zu der Auffassung gelangt ist, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis einer Zerstörung des Gebäudes durch eine hochwasserbedingte Beschädigung des Fundaments nicht geführt, ist auch das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

12 a) Insoweit durfte sich das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die auf Grundlage des gerichtlichen Sachverständigengutachtens getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts gebunden sehen. Nach dieser Vorschrift hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, die die Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgesicht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH, Urteile vom 21. Juni 2016 - VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219 Rn. 10; vom 3. Juni 2014 - VI ZR 394/13, VersR 2014, 1018 Rn. 10; vom 12. März 2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269 [juris Rn. 8]; Beschluss vom 2. Juli 2013 - VI ZR 110/13, VersR 2014, 261 Rn. 7). Wurden Tatsachenfeststellungen auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens

getroffen, kann auch die Unvollständigkeit des Gutachtens Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen wecken (BGH, Urteile vom 18. Oktober 2005 - VI ZR 270/04, BGHZ 164, 330 [juris Rn. 9]; vom 8. Juni 2004 - VI ZR 230/03, BGHZ 159, 254 [juris Rn. 16]; vom 8. Juni 2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245 [juris Rn. 13]; Beschluss vom 10. Mai 2005 - VI ZR 245/04, VersR 2005, 1555 [juris Rn. 5]).

13 b) Derartige konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der vom Landgericht festgestellten Tatsachen bestanden nicht.

14 Keinen Bedenken begegnen insbesondere die vom Berufungsgericht gebilligten Feststellungen des Landgerichts zu der von der Sachverständigen für eine eingehende Untersuchung des Fundaments für erforderlich erachteten, tatsächlich aber nicht durchgeführten Bauteilöffnung. Entgegen der Auffassung der Revision waren die Vorinstanzen auch im Rahmen eines ihnen nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO etwa eingeräumten Ermessens nicht zu einer entsprechenden Weisung an die Sachverständige verpflichtet.

15 aa) Allerdings hat das Gericht gemäß § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO von Amts wegen die Pflicht, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und ihm in diesem Rahmen gegebenenfalls für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen zu erteilen. Damit ist klargestellt, dass der Gutachter Gehilfe des Gerichts ist und ihm vom Gericht vorgegeben werden kann, was rechtlich bedeutsam ist (BGH, Beschluss vom 15. Januar 2020 - VII ZB 96/17, NJW 2020, 1074 Rn. 12; vgl. MünchKommZPO/Zimmermann, 5. Aufl. § 404a Rn. 3; Zöller/Greger, ZPO 33. Aufl. Vor § 402 Rn. 1, § 404a Rn. 1; Musielak/Voit/Huber, ZPO 17. Aufl. § 404a Rn. 2). Das gerichtliche Weisungsrecht umfasst damit neben den inhaltlichen Vorgaben, die der Sachverständige seiner Begutachtung zu-

grunde zu legen hat, grundsätzlich auch die zur Beantwortung der Beweisfrage erforderlichen Maßnahmen, die der Begutachtung selbst oder deren Vorbereitung dienen und der Sachkunde des gerichtlich bestellten Gutachters bedürfen, sowie Weisungen zur Art und Weise des bei der Untersuchung des Beweisgegenstands gebotenen Vorgehens (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1360 [juris Rn. 7]; Stein/Jonas/Berger, ZPO 23. Aufl. § 404a Rn. 3; siehe auch OLG Celle BauR 1998, 1281 [juris Rn. 4]).

- 16 bb) Ob dieses grundsätzliche Weisungsrecht des Gerichts danach auch die Befugnis umfasst, einen Sachverständigen speziell zur Vornahme einer Bauteilöffnung anzuweisen, soweit diese für die Begutachtung erforderlich ist (bejahend z.B. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8. Januar 2018 - 19 W 41/17, juris Rn. 4; OLG Celle BauR 2005, 1358 [juris Rn. 18, 28]; OLG Frankfurt NJW 1998, 2834 [juris Rn. 5 f.]; Keldungs, Jahrbuch Baurecht 2009, 217, 228; Kern, BauR 2014, 603, 613 f.; Stein/Jonas/Berger, ZPO 23. Aufl. § 404a Rn. 14; verneinend z.B. OLG Schleswig ZfBR 2018, 364 Rn. 25; OLG Frankfurt DS 2018, 215 Rn. 7; Beschluss vom 13. November 2003 - 15 W 87/03, juris Rn. 15; OLG Rostock BauR 2003, 757 [juris Rn. 6]; Kamphausen, BauR 2003, 757, 760), kann im Streitfall allerdings offenbleiben. Denn selbst wenn man dieses annimmt, so ist die von Amts wegen zu treffende Entscheidung darüber, ob das Gericht dem Sachverständigen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine Weisung gemäß § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO zur Durchführung einer für die Begutachtung erforderlichen Maßnahme - hier die einer Bauteilöffnung - erteilt, dann jedenfalls in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Januar 2020 - VII ZB 96/17, NJW 2020, 1074 Rn. 12; OLG Schleswig NJW 2018, 1174 [juris Rn. 10]; OLG Köln, Beschluss vom 15. März 2010 - 11 W 14/10, juris Rn. 5; Kern, BauR 2014, 603, 613).

17 cc) Ein ihm etwa zustehendes Ermessen aber hat das Berufungsgericht mit der Ablehnung, im Streitfall eine Weisung an die Sachverständige zu erteilen, jedenfalls rechtsfehlerfrei ausgeübt.

18 (1) Dabei ist die Handhabung des nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO eingeräumten Ermessens im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüfbar, ob das Gericht die Notwendigkeit zur Ausübung seines Ermessens verkannt oder sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat (vgl. BGH, Urteile vom 17. Juli 2014 - III ZR 514/13, VersR 2015, 71 Rn. 26; vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 21; jeweils zu § 142 ZPO; Senatsurteil vom 26. Oktober 1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 [juris Rn. 21]; BGH, Urteile vom 13. April 1994 - XII ZR 168/92, NJW-RR 1994, 1143 [juris Rn. 42]; vom 20. Januar 1992 - II ZR 115/91, NJW-RR 1992, 866 [juris Rn. 10]; jeweils zu § 448 ZPO).

19 (2) Derartige Ermessensfehler liegen im Streitfall nicht vor.

20 (a) Das Berufungsgericht hat entgegen dem Vorbringen der Revision erkannt, dass die Erteilung einer Weisung eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Interessen der beweispflichtigen Partei und den mit einer Durchführung des Gutachtenauftrags für den Sachverständigen verbundenen Anforderungen voraussetzt und hierbei den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit einzelfallbezogen Rechnung zu tragen ist.

21 (b) Bei seiner Ermessensentscheidung kann das Gericht den möglichen Erkenntniswert und die Verhältnismäßigkeit einer Weisung, aber auch berechnete Belange des Sachverständigen oder Dritter berücksichtigen (vgl. BGH, Urteile vom 17. Juli 2014 - III ZR 514/13, VersR 2015, 71 Rn. 26; vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 20; jeweils zu § 142 ZPO). Dass es im Streitfall den mit der Bauteilöffnung des

Hausfundaments verbundenen besonderen Gefahren und daraus resultierenden Haftungsrisiken für die Sachverständige ausschlaggebendes Gewicht gegen die Erteilung einer Weisung nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO beigemessen hat, hält sich im Rahmen des ihm etwa eingeräumten Ermessens.

22 Unbeschadet der Frage, welche Haftungsrisiken generell für einen Bausachverständigen bei der Durchführung einer Bauteilöffnung bestehen und wieweit er sich dagegen versichern kann (siehe dazu Bleutge, DS 2018, 80, 81 f.; Seggwiße/Weber, MDR 2017, 679, 682 f.; Praun, BauR 2013, 1938, 1945 f.; Kern, BauR 2014, 603, 610 ff.; Keldungs, Jahrbuch Baurecht 2009, 217, 232 ff.; Liebheit, BauR 2008, 1510 ff.), ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung des Einzelfalls entscheidend auf hier vorliegende besondere Risiken abgestellt hat, die sich nach seinen unangegriffenen und aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen daraus ergeben, dass die nicht zerstörungsfreie Untersuchung des Hausfundaments die Gefahr einer Beschädigung der Horizontal- oder Vertikalsperre birgt und die Sachverständige dies trotz ihrer Sachkunde und auch bei sorgfältiger Überwachung hinzugezogener Fachunternehmen nicht verhindern kann. Zu einer Bauteilöffnung unter Eingehung unkalkulierbarer (Haftungs-)Risiken braucht das Gericht einen Sachverständigen nicht anzuweisen (vgl. Kern, BauR 2014, 603, 613; Keldungs, Jahrbuch Baurecht 2009, 217, 229; siehe auch OLG Braunschweig NZBau 2004, 550 [juris Rn. 18] zur Freilegung eines im Eigentum des Beweisgegners stehenden Regenwassertanks).

23 Auf der anderen Seite hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision rechtsfehlerfrei berücksichtigt, dass das Unterbleiben einer Weisung nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO die Klägerin nicht von vornherein in Beweisnot bringt, da sie unter den Umständen des Streitfalls die Öffnung des Fundaments selbst hätte veranlassen können.

24 c) Schließlich begegnet die Anwendung der Beweislastregeln zu lasten der Klägerin revisionsrechtlich keinen Bedenken, nachdem sich diese nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu einer Öffnung des Fundaments bereit erklärt hat. Dass die Beweisfrage aufgrund der verfügbaren Beweismittel noch in anderer Weise zu klären gewesen wäre (vgl. dazu BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 - VII ZR 274/17, VersR 2019, 1240 Rn. 19 m.w.N.), ist nicht ersichtlich.

Mayen

Prof. Dr. Karczewski

Lehmann

Dr. Brockmüller

Dr. Bußmann

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 28.06.2018 - 6 O 64/14 -
OLG Celle, Entscheidung vom 31.01.2019 - 8 U 180/18 -