



Pfurtscheller Orgler Huber
Rechtsanwälte

Ging.: 30. Okt. 2012 G. 2012

Erläutigt: 27.11.2012

TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Rastädter-Puschnig als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Neuhold und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Waldner als Senatsmitglieder in der Rechtssache der klagenden Partei Peter **Schmölzer**, Kaufmann, Unterdorf 15-17, 9812 Pusarnitz, vertreten durch Dr.J.Pfurtscheller, Dr.M.Orgler, Mag.N.Huber, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei **Generali Versicherungs AG** (FN 38641a), Landskrongasse 1-3, 1010 Wien, vertreten durch Dr.Maximilian Motschiunig, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen restliche EUR 275.635,02 samt Anhang, über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsstreitwert: EUR 140.459,16 sA) und der beklagten Partei (Berufungsstreitwert: EUR 135.175,86 sA) gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 20.Dezember 2011, 28 Cg 110/04v-117, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die auf § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gestützte Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit wird als **unbegründet verworfen**.

II. Der Berufung des Klägers wird **teilweise Folge** gegeben.

Der Berufung der Beklagten wird im Übrigen **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in seinem abweisenden Teil **teilweise bestätigt**, sodass es als Teilurteil lautet:

„1. Das Klagebegehren, die Beklagte sei schuldig, dem Kläger den Betrag von EUR 52.353,00 samt 7 % Zinsen aus diesem Betrag seit 1.Mai 2004, die vierteljährlich zum 31.März, 30.Juni, 30.September und 31.Dezember eines jeden Jahres dem aushaftenden Kapitalbetrag zuzuschlagen und ab diesem Zeitpunkt wiederum mit dem gleichen Zinssatz

zu verzinsen sind, zu bezahlen, wird **abgewiesen**.

2. Die Kostenentscheidung bleibt bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache vorbehalten (§ 52 Abs 1 ZPO).“

Im Übrigen, also hinsichtlich des stattgebenden Teils (EUR 135.175,86 sA) und des abweisenden Teils im Umfang von EUR 88.106,16 sA, zusammen daher im Umfang von EUR 223.282,02 sA, wird das angefochtene Urteil **aufgehoben** und die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Prozessgericht erster Instanz **zurückverwiesen**.

Hinsichtlich des Teilurteils ist die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO **nicht zulässig**.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger als Versicherungsnehmer hat mit der Beklagten als Versicherer zu Polizzen-Nr.959-101649 einen Bündelversicherungsvertrag abgeschlossen. In diesem Bündelversicherungsvertrag ist die Versicherung gegen mehrere Risiken zusammengefasst. Insbesondere beinhaltet dieser Versicherungsvertrag eine Feuer-Sachversicherung, eine Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung und eine Haushaltsversicherung. Die Vertragsdauer war vom 1.Mai 1998, 0.00 Uhr, bis 1.Jänner 2009, 0.00 Uhr, vereinbart. Versicherungsort ist das Objekt in 9812 Pusarnitz Nr.12.

Im Umfang der Feuer-Sachversicherung ist die Anwendung der Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherung (ABS-Fassung 1997), der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB-Fassung 1984), der Gruppierungserläuterung (Fassung 1995), der Besonderen Bedingungen 402, 407d, 508a, 516a, 533, 64d, 87, 88, 93f, 89f, 96 sowie der Besonderen Vereinbarungen laut Polizzenbeilage vereinbart.

Gemäß Separatvereinbarung vom 27.November 1995 wurde seitens der Beklagten auf den Einwand der Unterversicherung im Sinne des Art 10 Abs 2 der ABS unter der Voraussetzung verzichtet, dass die Versicherungssummen jährlich den Änderungen des Baukostenindex gemäß Besonderer Bedingung 508a angepasst werden.

Nach der Versicherungspolizze Nr.959-101649, datiert mit 18.Mai 1998, belief sich die Versicherungssumme für das streitgegenständliche Wohn- und Bürogebäude auf ATS 7,840.000,00, für die technische und kaufmännische Betriebseinrichtung in den Gebäuden auf (richtig) ATS 2,600.000,00, jeweils zum Neuwert, sowie für die Vorräte (Waren) in den Gebäuden auf ATS 3,000.000,00. Im Rahmen der Versicherungssumme waren unter

anderem Aufräumungs-, Isolierungs-, De- und Remontage sowie Feuerlöschkosten erweitert auf 5 % der Gesamtversicherungssumme bezogen auf das Wohn- und Bürogebäude mitversichert.

Am 5. Dezember 2001 ist am versicherten Objekt im Wohn- und Bürogebäude ein Schadensfeuer ausgebrochen. Dadurch entstanden Schäden an den versicherten Sachen.

Die Beklagte hat aus Anlass dieses Versicherungsfalles folgende Akontierungszahlungen an den Kläger geleistet:

Eingang beim Kläger:	Widmung:	
19. Dezember 2001	Sanierung	EUR 72.672,83
14. März 2002	Akonto	EUR 109.009,25
9. Februar 2002	Akonto	EUR 145.345,67
3. Juni 2002	Akonto	EUR 73.000,00
8. August 2003	Akonto	EUR 150.000,00
19. Mai 2004	Akonto	EUR 40.000,00
23. Juni 2004	Feuer, Vorfall vom 5. Dezember 2001	EUR 58.018,00
7. September 2004	Anteil MWSt./Nebenkosten	<u>EUR 10.723,35</u>
	Insgesamt	EUR 658.769,10

Die Beklagte überwies an den Kläger am 16. November 2005 einen weiteren Betrag von EUR 6.891,55 mit der Widmung „anerkannter Betrag laut KB vom 5. Dezember 2001“. Von diesem Betrag entfielen EUR 6.483,79 auf den Hauptsachebetrag, der Rest (EUR 407,76) auf Zinsen.

Aus der Feuerbetriebsunterbrechungsversicherung wurde an den Kläger von der Beklagten ein Betrag von EUR 50.649,00 (= Gesamtversicherungssumme in dieser Sparte) sowie aus der Haushaltsversicherung ein Betrag von EUR 167.874,25 (= Gesamtversicherungssumme aus dieser Sparte) geleistet.

Zum Schadenszeitpunkt belief sich die für das Wohn- und Bürogebäude laut dem Versicherungsvertrag festgelegte entsprechend aufgewertete Versicherungssumme aus der Feuer-Sachversicherung auf EUR 607.986,00. Zwischen den Streitparteien wurde im Zuge der Abrechnung des Schadensfalles bezüglich der anfallenden USt eine einkommens- und umsatzsteuerrechtliche Privatnutzung des gesamten versicherten Wohn- und Bürogebäudes zu 67,88 % angewendet.

Für die Wertberichtigung der Feuerversicherung wurde im Auftrag des Klägers ein

Gutachten durch den Sachverständigen DI Gerolf Urban vom 28. Februar 1991 erstellt und der Beklagten vorgelegt. Die Grundlagen seiner Bewertungen waren die seinerzeit vom Kläger zur Verfügung gestellten Baupläne sowie eine örtliche Besichtigung mit Aufmaß. Zweck seiner Bewertung war die Ermittlung des ortsüblichen Neubauwertes sowie des ortsüblichen Bauwertes (Zeitwert).

2. Der Neubauwert des Wohn- und Bürogebäudes wurde im Gutachten DI Urban aus einem Gebäudewert von ATS 6,200.000,00 und dem Wert der technischen Betriebseinrichtung von ATS 1,200.000,00 mit insgesamt netto ATS 7,700.000,00 (richtig: 7,400.000,00) zuzüglich 20 % Mehrwertsteuer, somit mit ATS 8,880.000,00, das entspricht EUR 645.000,00, ermittelt.

In diesem Gutachten wurde die bebaute Fläche mit 305 m² ausgewiesen, die Erdgeschosshöhe mit 3,2 m sowie der verbaute Raum mit 1.999,5 m³ ermittelt. Auf seiner letzten Seite enthält dieses Gutachten auch noch eine Aufschlüsselung der Büro- und Wohnfläche mit 435,61 m². Dieses Gutachten bildete die einvernehmliche Grundlage der Festlegung der Versicherungssumme zwischen den Streitparteien.

Über Auftrag der Beklagten vom 6. Dezember 2001 an Ing. Kurt Bernthaler, der ein gerichtlich beeideter Sachverständiger für das Bauwesen ist und von der Beklagten regelmäßig mit derartigen Begutachtungen beauftragt wird, ein Gutachten über den klagsgegenständlichen Brandschaden zu erstellen, führte dieser am 7. Dezember 2001 einen ersten Ortsaugenschein durch. Im Zuge dessen wurde in Bezug auf das ausgebaute Dachgeschoss des Wohn- und Geschäftsgebäudes des Klägers einvernehmlich zwischen den Streitparteien festgelegt, dass der dortige Inhaltsschaden (Haushaltsschaden und Schaden aus privatem Inventar) ohne weitere Begutachtung auf Totalschadensbasis abgewickelt werden wird.

In Bezug auf das Erdgeschoss, in welchem es nicht gebrannt hatte, sehr wohl aber Löschwasser eingedrungen war, dies im unterschiedlichen Umfange, wurde im Zuge dieser Besichtigung zum Schadensumfang nichts Gesondertes gesagt. Es wurde zwischen den Streitparteien festgelegt, dass dazu das Gutachten Ing. Bernthalers eingeholt wird und dessen Ergebnisse abzuwarten sind. Eine Festlegung zwischen den Streitparteien darüber, was mit dem Erdgeschoss tatsächlich weiter geschehen soll, insbesondere, ob die Brandruine wieder aufgebaut werden soll oder nicht, wurde damals nicht getroffen.

8a) In diesem Zusammenhang wurde als sofort zu setzende Maßnahme einvernehmlich festgelegt, dass von der Firma Alpine Mayreder Bau GmbH (in der Folge: Firma Alpine) die Reste des Dachgeschosses wegen der Einsturzgefahr abgebrochen und das Erdgeschoss zum Schutz der Bausubstanz, insbesondere angesichts der herrschenden Witterung vor

Handwritten note:
 Handl.
 nicht
 in den Verhandlungen
 (138)

thermischen Feuchtigkeitseintritten, provisorisch eingehaust werden soll. Die Vornahme dieser Einhausung wurde aber nicht vereinbart, um Unterstellmöglichkeiten in der Brandruine zu schaffen.

Über die Durchführung von Trocknungsmaßnahmen in der Brandruine wurde damals nicht gesprochen.

Der Kläger betrieb und betreibt auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft einen Handel mit Büromaterialien im weitesten Sinn.

Im Zuge des Rundganges auf der klägerischen Liegenschaft am 7. Dezember 2001 wurde der Kläger von Ing. Bernthaler auf den Umfang der durch den Brand beschädigten Warenvorräte seines Betriebes angesprochen und nannte der Kläger ihm einen Betrag von ATS 100.000,00, das sind EUR 7.267,00. Dieser Betrag stellte noch keine exakte Schadensangabe durch den Kläger dar. Im Zuge des Rundganges wurde auch das Lagergebäude Nr. 2 der Beilage .R begangen. Der Kläger gab gegenüber Roland Engel auf dessen Nachfrage an, dass ausgehend vom Brand an diesem Gebäude kein Schaden entstanden war und war ein solcher damals für Engler wie Ing. Bernthaler auch nicht ersichtlich.

involvent (S 37)
1.a) Eine Beschädigung am Dach dieses Gebäudes bedingt durch das Brandgeschehen wurde der Beklagten bzw. deren Sachverständigen Ing. Bernthaler vor der vorliegenden Klagsführung vom Kläger nie zur Kenntnis gebracht.

Dass zusätzlicher Lagerraum seitens des klägerischen Betriebes benötigt wird, wurde Roland Engler gegenüber damals vom Kläger ebenfalls nicht bekannt gegeben und war für ihn vor Ort auch nicht ersichtlich.

Im Zuge der damaligen Gespräche im Wohnzimmer der Mutter des Klägers drängte die Gattin des Klägers darauf, die alten Gemäuer zu erhalten und das Gebäude wieder in Stand setzen zu wollen. Darauf reagierte Ing. Bernthaler, der ebenso wie DI Urban und Ing. Sattlegger ein Schulkollege des Klägers gewesen ist, insofern, als er zu diesem meinte: „Peter, schieb die Hütte weg, sie ist ein Totalschaden. Du hast soviel Grund, baue unten neu auf und kaufe deiner Frau um die Differenz ein Collier beim Schullin.“ Diese Äußerung Ing. Bernthalers erfolgte jedenfalls nicht in Anwesenheit des zuständigen Sachbearbeiters der Beklagten Roland Engler.

✓ 9b) Sie stellte auch keine offizielle Einschätzung seinerseits in seiner Funktion als von der beklagten Partei bestellter Sachverständiger dar, sondern erfolgte auf Grundlage seiner freundschaftlichen Beziehung zum Kläger auf rein privater und freundschaftlicher Basis.

Neben Erstmaßnahmen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes des Klägers in Form

der Zurverfügungstellung von Containern zur Fortführung des klägerischen Betriebes und Leistung weiterer Hilfestellungen wurde zwischen Ing.Bernthaler und dem Kläger schließlich auch noch festgelegt, dass vom Kläger die erforderlichen Kostenvoranschläge über die Höhe der Kosten für eine Wiederinstandsetzung des Brandobjektes eingeholt und Ing.Bernthaler vorgelegt werden sollen. Dabei entspricht es der üblichen Vorgehensweise bei derartigen Schadensfällen, dass der Versicherungsnehmer die Unternehmer, von denen er Kostenvoranschläge erstellen lässt, selbst aussuchen kann und diese dann von den von der Versicherung beauftragten Sachverständigen überprüft werden. Diese Aufgabe übernahm für den Kläger Ing.Sattlegger von der Firma Alpine, der beim Ortsaugenschein als Freund des Klägers und Vertreter dieser Baufirma anwesend war.

In rascherer Folge nach dem 7.Dezember 2001 wurde das Erdgeschoss des Brandobjektes von den Mitarbeitern der Firma Alpine praktisch leer geräumt und die dort zuvor vorhandenen (Einrichtungs-)Gegenstände und Möbel und dergleichen in die von diesem Unternehmen auf der klägerischen Liegenschaft aufgestellten Baucontainer eingelagert. Zuletzt wurden dabei die Küchenmöbel ausgebaut.

Schon in der zweiten Dezemberwoche 2001 wurde von der Firma Alpine im Auftrag des Klägers mit den Umbauarbeiten zur Schaffung von neuen Büroflächen auf der klägerischen Liegenschaft begonnen. Es wurden im Erdgeschoss des Lagergebäudes Nr.2 der Beilage ./R sowie im ehemaligen Mostkeller, situiert im Wohnhaus der Mutter des Klägers, Büroräume neu geschaffen und ein Durchbruch zwischen diesen Gebäuden neu hergestellt. In dieser Zeit fasste der Kläger auch schon den Entschluss, das Wohn- und Bürogebäude nicht wieder aufzubauen.

In der Zeit vom 14. bis 28.Februar wurden von der bzw über die Firma Alpine die Reste des Dachgeschosses des Brandobjektes abgetragen, auf der Erdgeschossdecke eine Isolierung aufgetragen, darüber eine Holzdecke angebracht sowie schließlich eine provisorische Eindachung ausgeführt.

8.b) *Die Kosten hierfür inklusive der Aufräumarbeiten beliefen sich auf netto EUR 53.979,87.*

Im März 2002 konnten die neuen Büroräume im Lagergebäude bezogen werden. Die Adaptierung des Mostkellers erfolgte erst später.

Im Februar 2002 war vom Kläger ein Architekt mit der Planung eines neuen Wohnhauses auf seiner Liegenschaft beauftragt worden.

Am 29.April 2002 suchte der Kläger auch schon um eine Baubewilligung für die Errichtung des Neubaus an, die aber wegen der notwendigen Umwidmung erst im März 2003 erteilt

wurde.

Mit dem Neubau wurde im Juli/August 2003 begonnen und dieser im Jahr 2004 fertiggestellt. Im Mai 2004 zog der Kläger mit seiner Familie in ihr neues Wohnhaus ein.

Am 9. April 2002 suchte Ing. Bernthaler die gegenständliche Örtlichkeit erneut auf, und zwar zum Zwecke der Überprüfung der Angemessenheit der Rechnung über die Abrissarbeiten sowie über die Herstellung der Einhausung der Brandruine. Zu diesem Zeitpunkt war Ing. Bernthaler vom Kläger bereits das mit 15. März 2002 datierte Angebot der Firma Munters über die erforderlichen Trocknungskosten mit einem Bruttobetrag von insgesamt EUR 90.904,34 vorgelegt worden.

Handwritten note: 9.a) Dass Ing. Bernthaler damals vom Vorliegen einer Unterversicherung infolge einer Bewertung des Wohn- und Bürogebäudes zwischen ATS 10,5 und 11,5 Millionen durch ihn gegenüber dem Kläger und dessen Gattin gesprochen hat, kann nicht festgestellt werden.

Die Durchführung einer technischen Trocknung der Brandruine wurde gegenüber dem Kläger in der Zeit nach dem 7. Dezember 2001 weder von Ing. Bernthaler noch Roland Engler oder der Beklagten angeordnet.

Im Zeitraum Mai/Juni 2002 wurde Ing. Bernthaler das Generalunternehmerangebot datierend mit 5. April 2002 über die Wiederherstellungskosten für das Wohnhaus des Klägers, beinhaltend eine Generalunternehmeranbotssumme von netto EUR 714.129,73, das sind brutto EUR 856.955,68, vorgelegt. Dieses Angebot wurde von der Firma Alpine/Ing. Sattlegger erstellt.

Bei der Erstellung der Angebote durch die Firma Alpine wurden die Skizzen/Aufmaßblätter der Firma Unterwaditzer GmbH, Anlage K der Beilage /1, ebenso wie eine Bestandaufnahme durch einen Mitarbeiter der Firma Alpine sowie vom Kläger zur Verfügung gestellte Kostenvoranschläge anderer Firmen als Grundlage herangezogen.

Ing. Bernthaler nahm daraufhin mit Ing. Sattlegger fernmündlich Kontakt auf und rügte, dass in dem Angebot, wie auch für die technische Trocknung, „Wahnsinnskosten“ veranschlagt worden seien. Daraufhin verwies Ing. Sattlegger ihn darauf, dass die Baumeisterleistungen selbst nur einen geringen Umfang der Kosten ausmachen würden und für die übrigen Kosten die ihm vom Kläger zur Verfügung gestellten Angebote Grundlage gewesen wären.

In diesem Zusammenhang wurden Ing. Bernthaler von Ing. Sattlegger zwei weitere Angebote, erstellt von der Firma Alpine, beinhaltend die Wiederherstellungskosten für das Wohnhaus des Klägers zur Verfügung gestellt, die im Wesentlichen idente Positionen aufweisen, sich aber in Bezug auf die Pauschalgesamtsomme von netto EUR 438.780,97 und netto EUR 532.462,63 unterscheiden. Ing. Sattlegger teilte Ing. Bernthaler in diesem

Zusammenhang damals auch noch mit, dass der Kläger auf die Firma Alpine eingewirkt hätte, damit möglichst hohe Kosten in den/das von diesem Unternehmen erstellte/n Kostenvoranschlag/Angebot Eingang finden. Dies hatte aber für Ing.Bernthaler zur Folge, dass er selbst weitere Schritte setzen musste, um die ihm von der Beklagten auftragene Einschätzung der Kosten vornehmen zu können, so zB musste er selbst Kostenvoranschläge über die angemessenen Kosten der erforderlichen technischen Trocknung sowie Subgutachten einholen, was die Gutachtenserstellung durch ihn weiter verzögerte.

Roland Engler von der Beklagten machte gegenüber dem Kläger vor dem Vorliegen des Gutachtens Ing.Bernthalers keine Aussagen in Bezug auf den Schadensumfang resultierend aus der Feuer-Sachversicherung.

Mit den Subsachverständigen Ing.Pintar und DI Brunner, bestellt für die Bereiche Sanitär- und Heizungs- sowie Elektroinstallationen, wurde mit Ing.Bernthaler und einem Vertreter der Firma Munters am 30.Juli 2002 ein neuer Ortsaugenschein durchgeführt und die Brandruine besichtigt. Von den beiden Subsachverständigen wurde dabei der Bestand und die Ausstattung im Erdgeschoss sowie weiterführend in das ausgebaute Dachgeschoss, soweit noch vorhanden, genau befundet. Darüber hinaus wurde der Kläger dazu im Zuge des Ortsaugenscheines befragt bzw von ihnen - vergeblich - zur Vorlage von Unterlagen und Plänen zum Bestand und Zustand, insbesondere des Dachgeschosses, aufgefordert. Des Weiteren wurden den beiden Subsachverständigen die dem Sachverständigen Ing.Bernthaler vorliegenden, vom Kläger eingeholten Kostenvoranschläge über die Wiederherstellungskosten zur Verfügung gestellt. Gegründet darauf wurden von den beiden Sachverständigen, zum Teil gestützt auf die erforderlichen Einschätzungen ihrerseits in Bezug auf Bestand und Ausstattung mangels Zurverfügungstellung der erforderlichen Unterlagen durch den Kläger, jeweils die Subgutachten am 17.August bzw 19.September 2002 erstellt und Ing.Bernthaler zur Verfügung gestellt.

Am 28.Oktober 2002 erstellte schließlich Ing.Bernthaler sein Gutachten über den Feuerschaden am klagsgegenständlichen Gebäude. Dieses Gutachten gründet sich auf die eigene Befundaufnahme durch den Sachverständigen, auf die ihm vom Kläger auf dessen Nachfrage erteilten Informationen sowie die von ihm eingeholten und überprüften Kostenvoranschläge und Subgutachten. Er ging darin von einem Totalschaden im Bereich des ausgebauten Dachgeschosses sowie einem enormen Folgeschaden im Erdgeschoss aus. Er ermittelte die Abbruch- Aufräum- und Feuerlöschkosten mit EUR 78.987,57, den Schaden am Gebäude/Neuwert mit EUR 427.358,06, den Schaden an der technisch-kaufmännischen Betriebseinrichtung mit EUR 78.230,00 sowie den Schaden an Waren und Vorräten mit EUR 7.267,00, jeweils Nettobeträge.

11.11.2002
(534)

1.b) Vor der Klagseinbringung im vorliegenden Verfahren wurden gegenüber

Ing.Bernthaler bzw auch der beklagten Partei von der Klagsseite ein Folgeschaden im Bereich der Dachschindeln am Nebengebäude, Nr.2 der Beilage ./R, sowie im Bereich von drei Sedus-Sesseln, an Teppichen, Vorhängen sowie der Betriebsküche über den im Gutachten Beilage ./1 aufgenommenen Umfang hinaus, nie behauptet bzw dargestellt.

Die klägerische Aufstellung über die Schäden aus der Haushaltsversicherung ging bei der Beklagten am 10.März 2002 ein und wurde dieser Schaden bis zum 12.März 2002 in Form der Auszahlung der Gesamtversicherungssumme von EUR 167.847,25 zur Gänze abgedeckt.

Über Wunsch des Klägers wurde der Schaden aus der Betriebsunterbrechungsversicherung erst relativ spät und ebenfalls zur Gänze im Rahmen der Gesamtversicherungssumme von EUR 50.649,00 abgerechnet.

Das Thema Vorratsschaden wurde von dem mit der Begutachtung der Schäden aus der Sparte Betriebsunterbrechungsversicherung beauftragten Sachverständigen Ing.Gferrer ausgeschieden, weil dieser Schaden in den Bereich der Begutachtung durch den Sachverständigen Ing.Bernthaler gehörte. In Bezug auf diese Schäden wurden vom Kläger an den in seinem Auftrag tätigen Versicherungsmakler Kaiser ca ab der ersten Woche nach dem Brand immer wieder Aufstellungen zur Verfügung gestellt, zuletzt im Juli 2002, die dann an die Beklagte bzw die Sachverständigen weitergeleitet wurden. Diese beinhalteten eine Aufstellung über die beschädigte Ware sowie Schäden an den Computern und in der EDV.

3.a) Die Aufstellung Beilage ./J wurde dem Versicherungsmakler vom Kläger nicht zur Verfügung gestellt und ging bei der Beklagten bzw Ing.Bernthaler vor der vorliegenden Klagsführung ebenfalls nicht ein.

3.b) In welcher tatsächlichen Höhe dem Kläger über den im Gutachten Ing.Bernthalers Beilage ./1 zuerkannten Betrag von EUR 7.267,00 hinaus aus dem Titel Vorratsschaden weitere Schäden anerlaufen sind, kann nicht festgestellt werden.

5. Ebenso kann nicht festgestellt werden, dass, in welchen Bereichen und in welchem Umfang der Sachverständige Ing.Bernthaler sowie dessen Subsachverständige sowie auch der Sachverständige Ing.Leitner bezogen auf den Aufbau und die Errichtung des Brandobjektes sowie dessen gesamten (Ausstattungs-)Zustand vor dem Brand nicht von den tatsächlich gegebenen Verhältnissen ausgegangen sind; dies gilt bezogen auf den Sachverständigen Ing.Leitner auch auf den Wohnhausneubau sowie den Büroräumlichkeitausbau und deren Bewertung. Weiters können die konkreten betrieblichen/privaten Nutzungsverhältnisse bezogen auf die Erdgeschossräumlichkeiten vor dem Brand nicht festgestellt werden.

Die persönliche Übergabe des Gutachtens an den Kläger durch die Vertreter der Beklagten

erfolgte, weil sowohl der Kläger als auch dessen Versicherungsmakler dies gewünscht hatten, am 25. Oktober 2002. Vom Kläger wurde dann in der Folge eine Stellungnahme gegenüber der Beklagten abgegeben, mit der Bemessung welcher Positionen des Gutachtens er nicht einverstanden ist. Diesbezügliche die Einwände begründende und beweisende Unterlagen wurden vom Kläger der Beklagten jedoch nie zur Verfügung gestellt. Der damalige Versuch einer vergleichsweisen Bereinigung der vorliegenden Streitigkeit mit der Bezahlung einer Pauschalsumme von rund ATS 800.000,00 durch die Beklagte, wie von dieser angeboten, kam nicht zustande.

Der südliche Teil des Erdgeschosses des Brandobjektes stellt das ursprüngliche alte, historische Gebäude dar, dessen nördlicher Teil sowie das Obergeschoss wurden in den Jahren 1991 bis 1996 neu gebaut. Das Gebäude ist nicht unterkellert, bei der Erweiterung wurde über dem gesamten Erdgeschoss eine Stahlbetondecke errichtet, wobei über die alten Gewölbe aus Stein bestehend betoniert wurde.

10. In den Wänden und Gewölben des Altbaues bestehen zum Zeitpunkt des Ortsaugenscheins durch den Sachverständigen Ing. Leitner im Jahre 2007 Auffälligkeiten wie konstruktiv bedingte Risse, die typisch für nicht unterkellerte historische Massivbauten sind und mit Sicherheit bereits vor dem Brand vorhanden waren.

Die seinerzeit über das gesamte Erdgeschoss betonierete Stahlbetondecke ist kurzfristig wasserdicht und verhinderte so im Zusammenhang mit dem Ableiten des Löschwassers über die hergestellten Abrinnöffnungen das Eindringen von großen Mengen des Löschwassers in das darunter liegende Mauerwerk. Löschwasser konnte daher nur über die Öffnungen in dieser Decke, wie zB Leitungsdurchbrüche, Kamine, Installationsschächte und Leitungen in das Erdgeschoss dringen und eine Durchfeuchtung des Mauerwerks und anderer Bauteile verursachen. Die starken Verschmutzungen der Mauer- und Gewölbeflächen sind durch die „Auswaschung“ der Beschüttung über den Gewölben und anderen Stoffen zu erklären. Durch das von oben eindringende und von unten in Putz und Mauerwerk aufsteigende Brandwasser sind nach dem Brand die starken Vernässungen und vorhandenen Ausblühungen des Mauerwerks verursacht worden. In einigen Räumen im Erdgeschoss des Altbaues wurden die Parkettböden nach dem Brand nicht herausgerissen, obwohl sich die Böden aufgewölbt haben. Es gibt keine Hinweise, dass gegen die zuvor beschriebenen Schäden nach dem Brand etwas unternommen wurde. Die Holzfenster und -türen im Erdgeschoss sind gängig. Die Holzstiege in das Obergeschoss ist durch das vollständige Auflegen eines Vlieses und Auflegen von Brettern auf die Stufenauftrittsflächen nach dem Brand geschützt worden. Das vorliegende Restbauwerk ist auch fünf Jahre nach dem Vorfall aus bautechnischer Sicht als technisch sanierbar zu bezeichnen.

Als Folge der Einhausung des Brandobjektes entstanden an diesem keine weiteren

Schäden, sodass der Zustand des Brandobjektes im November 2002 als gleich wie unmittelbar nach dem Brand anzunehmen ist.

7. Die Brandruine war nach dem Brand und im November 2002 aus bautechnischer Sicht wiederverwendbar.

Die Außen- und tragenden Innenwände, das Gewölbe und die Stahlbetondecken über Erdgeschoss und die Unterbetone im Erdgeschoss waren aus bautechnischer Sicht wiederverwendbar. Die Holzfensterstöcke samt Flügel, die massive Haustür sowie die massive Holzstiege waren unter Berücksichtigung entsprechender Sanierungsmaßnahmen ebenso wiederverwendbar.

6. Das Erdgeschoss des Brandobjektes wies eine Nutzfläche bezogen auf den Altbau von 89,30 m² und bezogen auf den Neubau von 136,18 m², gesamt 225,48 m² und bezogen auf das Dachgeschoss von 202,50 m² auf, womit sich eine Gesamtnutzfläche von 428 m² ergibt.

Für die Balkone ist eine Nutzfläche von 9,60 m² den Berechnungen zugrunde zu legen.

12. Der Sanierungsaufwand bei Aufbau auf dem nach Brand zurückgebliebenen aus bautechnischer Sicht verwertbaren Bestand errechnet sich im Bezug auf das Erdgeschoss wie folgt:

Sanierungsaufwand für das Erdgeschoss inklusive USt und gerundet	EUR 225.000,00
Dachgeschossausbau inklusive USt gerundet	EUR 301.600,00
Sanierungskosten Traufenbereich	<u>EUR 3.600,00</u>
Summe Wiederaufbau	EUR 530.000,00
Wert der verwertbaren Reste inklusive Haustechnik	EUR 68.200,00
zuzüglich maximal	EUR 1.000,00.

4. Der Neuwert des Brandobjektes vor dem Brand betrug inklusive USt als Mittelwert brutto EUR 611.500,00.

Die Kosten des Abbruches der Erdgeschoss-Gebäudeteile belaufen sich auf EUR 11.064,00, die anteilige USt beträgt (EUR 11.064,00 x 0,2 x 0,678) EUR 1.502,05, das sind insgesamt EUR 12.566,05.

Die Kosten für die Errichtung eines m² Gewölbe liegt mit Sicherheit um 150 % über den Kosten für die Errichtung einer Stahlbetondecke. Vom Sachverständigen Ing. Leitner wurde der Wert eines Objektes mit der Kubatur des Bestandes vor dem Brand unter Berücksichtigung der entsprechenden Mauerstärken bei Bauführung nach den aktuellen technischen Erfordernissen ermittelt.

Der Neuwert der ausgebauten Büro-/Geschäftsräumlichkeiten zum Zeitpunkt von deren Errichtung betrug inklusive Mehrwertsteuer EUR 218.843,00, der Neuwert des neu errichteten Wohnhauses (als Ersatzbau) zum Zeitpunkt von dessen Errichtung betrug inklusive Mehrwertsteuer EUR 477.640,00.

Es ist davon auszugehen, dass mit dem Löschwasser ein Teil der während des Brandes gebildeten Toxine in die Erdgeschoss-Gebäudeteile eingedrungen ist. Das Ausmaß und die Position dieser Kontamination sind nicht qualifizierbar und damit nicht konkret feststellbar. Es kann aber angenommen werden, dass ein Großteil der Toxine in der Stahlbetondecke, der Gewölbedecke, im Mauerwerk unterhalb der Deckendurchdringungen und der Risse angereichert wurde. Aufgrund der tiefen Temperaturen im Winter kann weiters angenommen werden, dass das Schimmelwachstum bis zum Frühjahr gering war und sich erst danach schnell entwickelte. Der Eintrag an Dioxinen und Furanen in die Erdgeschoss-Gebäudeteile wäre nicht zu verhindern gewesen. Die Schimmelbildung wäre durch Entfernung aller organischen Beschichtungen wenige Tage nach dem Brand und sofortige Einleitung einer technischen Trocknung zu verhindern gewesen, was mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden gewesen wäre. Zur Entfernung des Anstrichs und zur Beschleunigung der Austrocknungsgeschwindigkeit hätte der gesamte Innen- und Deckenverputz abgeschlagen, das Wärmedämmsystem an der Fassade sowie der gesamte Fußbodenaufbau bis zum Unterbau entfernt werden müssen. Die Auffüllung zwischen der Stahlbetondecke und der Gewölbedecke wäre zu trocknen gewesen.

11.b) Die Kosten für die Trockenlegung des Füllmaterials zwischen der Stahlbetondecke und der Gewölbedecke sind nicht abschätzbar, da vorher das Volumen, die Lage und die Zugänglichkeit der Hohlräume bekannt sein muss. Erst danach können die Einblasöffnungen gebohrt und die Heizleistung bestimmt werden.

Nach Setzung dieser Maßnahmen wären die darin verbliebenen Toxine weitgehend stabilisiert und immobilisiert, sodass die Erdgeschoss-Gebäudeteile danach zu Wohnzwecken wieder bewohnbar gewesen wären.

11.a) Der Wert der verwendbaren Reste des Erdgeschosses im Sinne des Art 5 (2) AFB kann vorliegendenfalls nicht festgestellt werden.

Mit der vorliegenden, am 2. Dezember 2004 beim Landesgericht Klagenfurt eingebrachten Klage begehrte **der Kläger** von der Beklagten ursprünglich den Betrag von EUR 282.526,57 samt Anhang. In der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2006 (PS 2 in ON 24) schränkte der Kläger zuletzt das Klagebegehren - aufgrund der Zahlung der Beklagten vom 16. November 2005: EUR 6.483,79 zuzüglich EUR 407,76 an Zinsen - auf EUR 276.042,78 samt 7 % Zinsen seit 1. Mai 2004 aus diesem Betrag, die vierteljährlich zum 31. März, 30. Juni,

30. September und 31. Dezember eines jeden Jahres dem aushaftenden Kapitalbetrag zuzuschlagen und ab diesem Zeitpunkt wiederum mit dem gleichen Zinssatz zu verzinsen sind, ein. Das Erstgericht erkannte jedoch unangefochten nur über einen Betrag von EUR 275.635,02 sA entsprechend der ursprünglichen Einschränkung des Klägers (PS 1 in ON 24).

Zur Begründung seiner Ansprüche brachte er vor, dass er als Versicherungsnehmer mit der Beklagten als Versicherer zu Polizzen-Nr.959-101649 einen Bündelversicherungsvertrag abgeschlossen habe. In diesem Bündelversicherungsvertrag sei die Versicherung gegen mehrere Risiken zusammengefasst. Insbesondere beinhalte dieser Versicherungsvertrag eine Feuer-Sachversicherung, eine Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung und eine Haushaltsversicherung. Im Umfang der Feuer-Sachversicherung sei die Anwendung der Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherung (ABS-Fassung 1997), der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB-Fassung 1984), der Gruppierungserläuterung (Fassung 1995), der Besonderen Bedingungen 402, 407d, 508a, 516a, 533, 64d, 87, 88, 93f, 89f, 96 sowie der Besonderen Vereinbarungen laut Polizzenbeilage vereinbart worden. Gemäß Separatvereinbarung vom 27. November 1995 sei seitens der Beklagten auf den Einwand der Unterversicherung im Sinne des Art 10 Abs 2 der ABS unter der Voraussetzung verzichtet worden, dass die Versicherungssummen jährlich den Änderungen des Baukostenindex gemäß Besonderer Bedingung 508a angepasst werden. Dies sei regelmäßig erfolgt. Am 25. Dezember 2001 sei am versicherten Objekt im Wohn- und Bürogebäude ein Schadensfeuer ausgebrochen. Dadurch seien Schäden an den versicherten Sachen entstanden. Das Schadensfeuer habe das Wohn- und Bürogebäude total beschädigt. Die nach Brand noch verbleibende Ruine könne nicht mehr dauerhaft in der Bestimmung laut Versicherungsvertrag verwendet werden und wirtschaftlich mit zumutbarem Aufwand auch nicht mehr in einen brauchbaren Zustand versetzt werden. Gemäß Art 5 Abs 1 AFB sei zur Ermittlung der Ersatzleistung nur dann der Unterschied zwischen Versicherungswert und Wert der Reste als Ersatzwert heranzuziehen, wenn die Reste verwendbar seien. Dies sei unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten hier nicht der Fall. Gemäß Art 5 AFB werde der Ermittlung der Ersatzleistung der Versicherungswert zur Zeit des Eintritts des Schadensfalles (= Ersatzwert) zugrunde gelegt. Als Ersatzwert gelte bei Gebäuden der ortsübliche Bauwert, der im konkreten Fall aufgrund der Neuwertversicherung keinen Abschlag für Alter und Abnutzung erfahre. Der so ermittelte konkrete Ersatzwert übersteige die für das Wohn- und Bürogebäude festgelegte Versicherungssumme von aufgewertet EUR 607.986,00 zum Schadenszeitpunkt. Aufgrund des Verzichtes auf die Einrede der Unterversicherung sei daher der Ersatzwert bis zur Versicherungssumme zu ersetzen. Die Beklagte habe hierauf allerdings nur einen Betrag von EUR 485.376,19 anerkannt und bestreite den Differenzbetrag von EUR 122.609,81.

Die bisher angefallenen Abbruchkosten seien entsprechend den Bestimmungen des Versicherungsvertrages ersetzt worden. Für den noch stehenden Gebäudeteil (gemauertes Gewölbe des Erdgeschosses) werden noch Abbruchkosten von sachverständig geschätzt EUR 11.064,00 anfallen. Dazu komme der Mehrwertsteueranteil für den gemäß Einkommens- und Umsatzsteuerrecht zu 67,88 % privat genutzten Anteil des Gebäudes aus diesen Abbruchkosten (EUR 11.064,00 x 0,2 x 0,6788) von EUR 1.502,05, sodass die noch weiters zu ersetzenden Abbruchkosten EUR 12.566,05 betragen, welche von der Beklagten bisher ebenfalls nicht anerkannt worden seien.

Durch Funkenflug sei auch das Dach des ebenfalls am versicherten Objekt befindlichen und mitversicherten Nebengebäudes betroffen gewesen, wodurch ein Teil der Bitumenschindeln zerstört worden und zu ersetzen seien. Der dafür erforderliche Aufwand und sohin der Ersatzwert nach obigen Kriterien betrage mindestens EUR 3.000,00. Der Kläger habe den Schaden in der Schadensmeldung bekannt gegeben, die Beklagte habe aus welchen Gründen immer diesbezüglich jedoch keine Erhebungen darüber gepflogen.

Der von der Beklagten mit der Erstellung eines Gutachtens über den Schaden beauftragte Sachverständige Ing.Kurt Ewald Bernthaler habe in seinem von der Beklagten zugrunde gelegten Gutachten vom 28.Oktober 2002 den durch das Feuer herbeigeführten Schaden an der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung zu Position 11.3 (seines Gutachtens) mit EUR 78.230,00 exklusive USt ermittelt. Diese Ermittlung sei jedoch teilweise lückenhaft, teilweise fehlerhaft erfolgt. Gemäß Art 5 Z 2 lit b sei hinsichtlich sonstiger technischer Einrichtungen der Ersatzwert durch die Wiederbeschaffungskosten bestimmt, wobei infolge Neuwertversicherung laut Polizze der Abschlag für den Unterschied zwischen alt und neu nicht zu berücksichtigen sei. Demnach seien folgende Positionen des Gutachtens unrichtig und durch nachstehende Einzelpositionen zu substituieren:

Position 11.3.1.1. Instandsetzung der Heizung in den ursprünglichen Zustand EUR 19.051,24 statt EUR 7.730,00; Position 11.3.12. Instandsetzung der Sanitäreinrichtungsgegenstände EUR 20.095,02 statt EUR 9.660,00; Position 11.3.2.1. Instandsetzung Elektroinstallationen EUR 29.105,00 statt EUR 12.104,00; Position 11.3.2.2. diverse Kosten für Computer, tatsächlich erforderlicher Ersatzwert für Elektronik, Elektrogeräte einschließlich Leistungen für Wiederinbetriebnahme, dafür neu erforderliche Software sowie Reparaturaufwendungen EUR 20.689,65 statt EUR 2.950,00; Position 11.3.2.4. Sat Spiegel von EUR 580,00, der jedoch im Betrag EUR 20.095,02 für Elektroinstallationen bereits beinhaltet sei (ergibt insgesamt EUR 55.916,91). Weiters würden nachstehende Schadenspositionen überhaupt fehlen: Kosten für Wiederherstellung der Betriebsküche im Erdgeschoss EUR 20.000,00; Wiederbeschaffungskosten für drei Sedus-Sessel EUR 2.000,00; Wiederbeschaffungskosten für Teppiche und Vorhänge im Erdgeschoss:

EUR 3.000,00. Die Differenz kaufmännische und technische Betriebseinrichtung errechne sich somit mit EUR 80.916,91.

Infolge einkommens- und umsatzsteuerrechtlicher Privatnutzung des genannten Betriebsgebäudes zu 67,88 % stehe für einen Mehrwertsteuerbetrag aus EUR 68.251,26 (Kosten Heizungsinstallation EUR 19.051,24, Kosten Sanitärinstallation EUR 20.095,02, Kosten Elektroinstallation EUR 29.105,00) ebenfalls ein Anspruch auf Versicherungsleistung zu. Dieser betrage (EUR 68.251,26 x 0,2 x 0,6788) EUR 9.265,79.

Des Weiteren habe der Sachverständige Ing.Bernthaler den Schaden an Waren und Vorräten zur Position 11.4. seines Gutachtens nur mit EUR 7.267,00 pauschal ermittelt, wobei er allerdings Vorräte, die sich zum Brandschadenszeitpunkt im Lager befunden hätten, nicht bewertet habe. Möglicherweise sei er davon ausgegangen, dass diese Schäden im Rahmen der Betriebsunterbrechungsversicherung zu ersetzen sein werden, was aber nicht zutrefe und seitens der Beklagten auch abgelehnt worden sei. Die Ersatzwerte der zum Brandzeitpunkt im Lager befindlichen Vorräte, welche durch das Schadensfeuer zerstört worden seien, würden laut Inventurdifferenz EUR 52.353,00 betragen, welche zum im Gutachten festgestellten Waren- und Vorräteschaden hinzuzuzählen seien. Auch auf diese Position habe die Beklagte keine Zahlung geleistet.

Dem sich daraus ergebenden Ersatzanspruch des Klägers im Betrag von EUR 941.295,67 stünden Akontozahlungen von EUR 658.769,10 zuzüglich der während des Verfahrens geleisteten EUR 6.483,79 samt Anhang gegenüber, woraus sich ein Differenzbetrag in Höhe der eingeschränkten Klagsforderung von EUR 276.042,78 ergebe.

Nicht berücksichtigt im Rahmen der gegenständlichen Klage seien diejenigen sonstigen Ansprüche des Klägers aus demselben Ereignis, die durch gewidmete Zahlungen bereits abgegolten seien. Es handle sich dabei um die Ansprüche aus der Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung (Anspruch und Zahlung EUR 50.649,00) und aus der Haushaltsversicherung (Anspruch und Zahlung EUR 167.874,25).

Weiters würden vor allem auch Summenverschiebungen innerhalb der einzelnen Positionen der Klage sowie die Stützung auf andere Positionen dieser Klage im Rahmen aller mit dem Versicherungsvertrag versicherten Risiken vorbehalten bleiben, soweit sie aus dem Schadensereignis vom 5.Dezember 2001 resultieren. Der Gesamtbetrag werde auf alle Schäden und die Ansprüche aus Versicherungsvertrag gestützt.

Die Beklagte wäre gemäß § 11 Abs 1 VersVG spätestens am 1.Mai 2002 zur Akontierung auch hinsichtlich der hier klagsgegenständlichen Beträge verpflichtet gewesen und habe dies nicht getan. Der Kläger habe aufgrund dieses Zahlungsverzuges der Beklagten Lieferanten- und Bankkredit mindestens in Höhe des Klagsbetrages in Anspruch nehmen müssen und

diesen mit mindestens 7 % jährlich bei vierteljährlicher Kapitalisierung verzinsen müssen. Soweit es sich um Ansprüche handle, die erst ab 1. August 2002 fällig geworden seien, sei § 1333 Abs 2 ABGB anzuwenden, weil es sich um Geldforderungen zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften handle. Diesbezüglich sei der einkommens- und umsatzsteuerrechtliche Privatanteil nicht relevant, das Geschäft sei seitens des Klägers als Kaufmann und zum Betrieb seines Unternehmens gehörig geschlossen worden, wobei diesbezüglich allein die Zweifelsregeln des HGB bereits ausreichend seien.

Ein Wiederaufbau des Gebäudes wäre - auch bei sofortigem Abschlagen des Putzes - nicht möglich gewesen. Vielmehr habe die Löschwasserdurchfeuchtung ebenso wie die durch den Brand bewirkte statische Beeinträchtigung bereits ein Ausmaß erreicht gehabt, das eine Wiederverwertung der Reste mit einer dem Versicherungsnehmer zumutbaren technischen Zuverlässigkeit nicht mehr gewährleistet hätte. Allfällige Schadensminderungspflichten seien nämlich nur unter Zugrundelegung auch außertechnischer Gesichtspunkte zu ermitteln: Dies ergebe sich schon aus Art 5 Abs 1 AFB, wonach Ersatzwert der Unterschied zwischen dem Wert der beschädigten Sachen und dem Wert der Reste sei, wobei die „Verwendbarkeit“ der Reste für die Wiederherstellung zu berücksichtigen sei. Die Verwendbarkeit sei ein keineswegs auf technische Umstände eingeschränkter Begriff, sondern inkludiere auch wirtschaftliche und vertrauensberührende Gesichtspunkte.

Der Versicherer habe im Übrigen vor dem Vorliegen des endgültigen schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Bernthaler sowohl direkt als auch über diesen von ihm beauftragten Sachverständigen wiederholt mitgeteilt, am Gebäude sei Totalschaden entstanden, ein Wiederaufbau sei nicht mehr möglich. Eine solche Äußerung des Versicherers und der diesem zuzurechnenden Person sei als Weisung im Sinne von § 62 Abs 1 VersVG zu qualifizieren.

Tatsächlich habe auch die Beklagte bis November 2002 nie von Wiederverwendung der Reste gesprochen oder diese ins Kalkül gezogen: Am 7. Dezember 2001, unmittelbar nach dem Brandgeschehen also, habe der von der Beklagten bestellte Sachverständige Bernthaler in Anwesenheit des Sachbearbeiters der Beklagten Engler, von DI Urban, von Herrn Sattlegger von der Firma Alpine Bau, von Herrn Pichler des mit der Abwicklung betrauten Versicherungsmaklerbüros Kaiser und von Marianne Schmölder geäußert, dass hinsichtlich des Gebäudeschadens Totalschaden vorliege. Wörtlich: „Das ist ein Totalschaden, Peter (gemeint der Kläger), schieb die Brandruine weg und bau dir ein neues Haus. Du hast ja eh soviel Grund hier!“ Diese Aussage sei durch den Sachverständigen Bernthaler bei einem späteren Besuch am 9. April 2002, also bereits etwa vier Monate nach dem Brandgeschehen, meritorisch substantiiert wiederholt worden. Auch der Schadensreferent der Beklagten, Herr Engler, habe in einem Telefonat vom Mai 2002 bestätigt, dass die Beklagte aufgrund der

Darlegungen von Herrn Bernthaler von Totalschaden ausgehen und abrechnen werde. Selbst bei Verwendbarkeit der Reste wäre ein unterlassener Wiederaufbau unter Einbeziehung der Reste nicht grob fahrlässig erfolgt. Auch sei der Versicherte gemäß § 93 VersVG verpflichtet, ohne Einwilligung des Versicherers bis zur Feststellung des an einem Gebäude entstehenden Schadens jegliche Änderung zu unterlassen, die nicht zur Erfüllung der Pflichten gemäß § 62 VersVG erforderlich sei. Eine Feststellung des Schadens liege keinesfalls vor dem Sachverständigengutachten, das der Versicherer einhole, vor. Zum Zeitpunkt der Vorlage des Sachverständigengutachtens Bernthaler sei aber seit dem Brandgeschehen bereits soviel Zeit vergangen, dass eine Wiederverwertung der Gebäudereste selbst dann, wenn sie anfänglich noch möglich gewesen wäre, zwischenzeitig verunmöglicht worden wäre. Der Kläger habe den Klagsanspruch nie auf einen bestimmten Tatsachen- oder Rechtsgrund eingeschränkt, insbesondere die Position des Ersatzwertes des Wohn- und Bürogebäudes nie auf eine Wiederherstellungsvariante mit oder ohne Verwendung der Gebäudereste eingeschränkt. Maßgeblich sei daher nicht, dass bei Wiederherstellung ohne Benutzung der Mauerreste keine Trocknungskosten und Putzentfernungskosten anfallen. Maßgeblich sei vielmehr, welcher Betrag für die Wiederherstellung tatsächlich erforderlich sei und ob dieser die Versicherungssumme erreiche. Selbst unter Einbeziehung der stehen gebliebenen Mauerreste wäre eine Wiederherstellung, wenn sie technisch und unter den sonstigen Zumutbarkeitskriterien überhaupt noch je möglich gewesen wäre, keinesfalls um einen Betrag von EUR 485.376,19 brutto zu bewerkstelligen gewesen. Aufgrund der außerordentlich soliden, technisch sehr aufwendigen und hochwertigen Bauführung und Bauausstattung des abgebrannten Gebäudes hätte selbst eine derartige Wiederherstellung den Betrag der Versicherungssumme überschritten. Die stehenden Reste des Altbaus könnten aus chemisch-toxikologischen Gründen nicht mehr gleichwertig wie bisher verwendet werden und würden auch aus diesem Grunde keine verwertbaren Reste darstellen können, insbesondere weil sich durch entsprechende chemische Prozesse in Folge von Brand und Löschwassereintrag Dioxine und Forane gebildet hätten, welche aus dem Bau nicht mehr nachhaltig entfernbar seien.

Die Wiedererrichtung des Bauwerks sei - zulässigerweise an anderer Stelle - binnen drei Jahren ab Brandereignis erfolgt.

Hinsichtlich der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung sei der Betrag von EUR 78.230,00 geringer als der Ersatzwert. Der vom Sachverständigen Bernthaler beigezogene Gutachter für Sanitär- und Heizungsinstallation Ing. Pintar veranschlage die Wiedererrichtung der Gewerke Sanitär- und Heizungsinstallationen im ersten Obergeschoss in dessen Subgutachten mit EUR 17.390,00. Im letzten Absatz seines Subgutachtens befinde er die Heizungs-, Wasser- und Fußbodenheizungsinstallationen im Erdgeschoss für technisch

in Ordnung und gehe davon aus, dass diese lediglich zu reinigen seien. Der SV Bernthaler dagegen befunde in seinem Gutachten auf Seite 10 unter Punkten 11.1.5. und 11.1.6., dass sämtliche Estriche samt Bodenbelägen in der Brandruine abzutragen seien und auch die Demontage der Beschüttung und Isolierung notwendig sei. Da sich die Fußbodenheizung und diverse Installationen aber im Estrich befinden und damit mit Entfernung der Estriche ihrerseits zerstört werden, stehe hier das Subgutachten Pintar mit dem Gutachten Bernthaler in unlösbarem Widerspruch. Da insofern der Subgutachter Pintar auf die Prämissen aus dem Gutachten Bernthaler angewiesen sei, sei entgegen dem Gutachten Pintar von Neuerrichtungsnotwendigkeit dieses Teils der Heizungs- und Sanitärinstallationen auszugehen. Abgesehen davon sei im Fall der Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit der Wiedererrichtung unter Benutzung der alten Bauteile von vornherein von einer Neuerrichtungsnotwendigkeit auszugehen. Vergleichbar verhalte es sich hinsichtlich des Subgutachtens DI Brunner betreffend die Elektroinstallationen: Dieser befinde die Elektroinstallationen im Erdgeschoss zwar im Wesentlichen für funktional in Ordnung. Die Leitungen seien allerdings in Putz verlegt, da sie nicht in das Gewölbe verlegt werden konnten. Der SV Bernthaler gehe in seinem Gutachten selbst und gerade unter der Prämisse der Wiederverwendung der Mauerteile von einer Entfernungsnotwendigkeit des Putzes aus (Punkt 9.11.1.1. und Punkt 11.1.2.), womit auch die Elektroinstallationen entfernt und daher nachher wieder neu errichtet werden müssen. Für den Fall der Wiederherstellung ohne Benutzung der alten Bauteile gelte insoweit das zur Sanitär- und Heizungsinstallation Gesagte. DI Brunner verwende weiters teilweise Bildmaterial des Sachverständigen Bernthaler und behaupte aufgrund dessen ohne eigene Befundung, dass keine Blitzschutzanlage vorhanden gewesen sei. Dagegen ergebe sich aus dem Foto 89 auf Seite 47 des Gutachtens Bernthaler und den Fotos 90 und 91 auf Seite 48 desselben das Vorhandensein von Blitzschutzkabeln, die auch tatsächlich vorhanden gewesen seien. Weiters seien im Subgutachten DI Brunner wesentlich weniger Steckdosen und Schalter im ersten Obergeschoss zugrunde gelegt, als tatsächlich vorhanden gewesen wären. Betreffend der Elektro- und EDV-Geräte habe der Kläger der Beklagten bereits lange vor Klageeinbringung eine Aufstellung samt Original-Rechnung übergeben. Hinsichtlich der Betriebsküche sei das Gutachten Bernthaler unzutreffend: Die Spanplatten, aus denen die Einrichtung gefertigt sei, seien durch Löschwasser und nachfolgenden starken Wasseraustritt aus dem Gewölbe durchnässt, sie seien aufgequollen und unbrauchbar geworden. Die Küchenmöbel wären im Übrigen zum Zweck der vom SV Bernthaler angeordneten Fußboden- und Putzentfernung ihrerseits zu entfernen gewesen und allein schon dadurch vernichtet und als Maßanfertigungen nicht mehr wiederverwendbar gewesen. Diese Möbel seien nämlich maßangefertigt und an das Gewölbe angepasst. Im nordseitigen Büro hätten sich fünf Stück Sessel der Marke Sedus befunden, drei davon seien durch Wasser und herabstürzende

Deckenteile derart zerstört worden, dass eine Reparatur teurer als der Neuwert gewesen wäre, sodass sie rechtlich als total beschädigt zu gelten hätten. In Anlage A des SV-Gutachtens Bernthaler auf Seite 45 Foto 84 sei noch ein Stück dieser Sessel mit komplett gebrochener Sitzfläche und stark verrußter Oberfläche sichtbar. Im Übrigen sei allein durch die Ruß- und Geruchskontaminierung des Stoffbezuges ein irreparabler Schaden vorhanden.

Gegenstände, die in der Gruppenerläuterung unter Gruppe B als technisch und kaufmännische Betriebseinrichtung erwähnt würden und dort insbesondere nur demonstrativ aufgezählt seien, die sich in Räumlichkeiten befunden hätten, die gemischt genutzt worden seien, seien jedenfalls der technisch-kaufmännischen Betriebseinrichtung und nicht dem Gebäude zuzuzählen. Gemäß Art 2 AFB würden Installationen in Gebäuden, die industriell oder gewerblich genutzt würden, zur technischen Betriebsausstattung gehören. Alle Räume im abgebrannten Haus seien zumindest gemischt genutzt worden, die Räume im Erdgeschoss faktisch nur betrieblich.

Der Kläger habe die geltend gemachten Schäden am Warenlager erst später bemerkt, weshalb der Sachverständige Bernthaler diese offensichtlich bei seiner sofort nach dem Brand erfolgten Befundaufnahme noch nicht registriert hätte. Der Schaden von insgesamt EUR 59.620,00 sei ursprünglich vom Steuerberater des Klägers Mag.Mairitsch im Rahmen des Jahresabschlusses des Klägers für das Kalenderjahr 2002 ermittelt und im Rahmen der Schadensabwicklung des Betriebsunterbrechungsversicherungsvertrages geltend gemacht worden. Im Gutachten Bernthaler zum Sachschaden sei zu Position 11.4. nur ein Betrag von EUR 7.267,00 hievon als Sachschaden berücksichtigt worden, woraus die Differenz von EUR 52.353,00 resultiere. Noch im Kalenderjahr 2004 habe der von der Beklagten mit der Errechnung des Betriebsunterbrechungsschadens beauftragte Sachverständige Ing.Gfrerrer diese Beträge zwar nicht bestritten, seinerseits jedoch der Feuerschadensversicherung zugeordnet. Der Kläger habe bereits in der Klage seine Ansprüche hilfsweise auf den Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherungsvertrag gestützt. Insofern sei im gegenständlichen Verfahren ohne Relevanz, aus welchem Versicherungsvertrag der Ersatz dieses Vorrateschadens zustehe, zumal er bis zu dieser Höhe weder in der Betriebsunterbrechungsversicherung noch in der Sachversicherung einer betragsmäßigen Beschränkung unterliefe.

Vorsichtshalber stützte der Kläger hinsichtlich des Finanzierungsaufwandes die Klage auch auf Schadenersatz, weil die Beklagte verspätet bezahlt habe.

Die Beklagte bestritt das Klagsvorbringen und beantragte die Abweisung der Klage.

Sie wandte ein, dass der Sachverständige Ing.Bernthaler genauestens überprüft habe, ob eine Verwertbarkeit der Reste im Sinne der Bedingungen des Versicherungsvertrages

vorliege. Danach habe er die Sanierungskosten des Brandobjektes berechnet und sei zum Ergebnis gekommen, dass mit einem Aufwand von EUR 427.358,06 netto, das sind EUR 485.376,19 brutto, die Wiedererrichtung vorgenommen werden könne. Damit dies möglich werde, seien das Abschlagen des alten Putzes, das Auswechseln sämtlicher Fenster und Türen sowie Austrocknungsmaßnahmen kalkuliert, um die tauglichen Mauerteile auch entsprechend wiederzuverwerten. Im oben genannten Betrag über die Wiedererrichtungskosten seien daher inklusive (67,88 % der 20 %-igen USt) EUR 23.928,31 oder netto EUR 21.068,11 Trocknungskosten enthalten, die bei einem Neubau nicht angefallen wären. In den Abbruch-, Aufräum- und Feuerlöschkosten seien insgesamt rund EUR 33.853,00 mehr enthalten, als angefallen wären, wenn keine Sanierung des Brandobjektes zu berücksichtigen gewesen wäre. Dennoch liege der Sanierungswert mit dem eingeklagten Differenzbetrag von EUR 122.609,81 unter der indexaufgewerteten Versicherungssumme. Der Sachverständige habe die nach dem Versicherungsvertrag als „technisch-kaufmännische Betriebseinrichtung“ definierten Schäden durch Subgutachter betreffend die Sanitär- und Heizungsinstallation, aber auch betreffend die Instandsetzung der Elektroinstallation und dergleichen unter Position 11.3. gesondert mit netto EUR 78.230,00 bewertet. Mit diesen Beträgen sei auch eine Wiederinstandsetzung der technisch-kaufmännischen Betriebseinrichtung zu bewerkstelligen. Die darüberhinausgehenden Beträge, die klagsweise geltend gemacht werden, seien offensichtlich darauf zurückzuführen, dass der Kläger von einem Totalschaden und damit auch von einer kompletten Neuerrichtung der gesamten kaufmännischen und technischen Betriebseinrichtung ausgehe. Die Betriebsküche im Erdgeschoss sei ebenso wenig wie die geltend gemachten drei Stück Sedus-Sessel beschädigt worden. Ebenso bestritten werde der aus den klagsweise geltend gemachten Mehraufwendungen für die kaufmännische und technische Betriebsausstattung geforderte Mehrwertsteueranteil. Völlig unverständlich sei, wie der Kläger nunmehr auf im Lager befindliche Vorräte im Wert von EUR 52.353,00, die durch das Schadensfeuer zerstört worden seien, gelange. Der Sachverständige Ing. Bernthaler habe nach den Angaben des Klägers diese mit lediglich EUR 7.267,00 netto pauschal ermittelt. Hier sei ein Aufklärungsbedarf des Klägers gegeben. Jedenfalls habe der Sachverständige Ing. Bernthaler nach den Angaben des Klägers die im Brandschadenszeitpunkt im Brandobjekt befundenen Waren und Vorräte eingeschätzt. Der Sachverständige habe die gesamte Brandruine besichtigt und wären Schäden an Vorräten in dem Umfang, wie sie nunmehr geltend gemacht werden, jedenfalls aufgefallen. Hier werde insbesondere auch Unschlüssigkeit des Klagebegehrens geltend gemacht, weil nicht konkret aufgeschlüsselt sei, um welche Sachen es sich hier handle bzw wie sich der geltend gemachte Betrag errechne.

Der Anspruch des Klägers stelle sich wie folgt dar:

Gebäudeschaden brutto	EUR 485.376,19
Abbruch- und Aufräumkosten und Feuerlöschkosten brutto	EUR 89.710,92
technische und kaufmännische Betriebseinrichtung netto	EUR 78.230,00
67,88 % USt aus gemeinschaftlich genutzten Teilen (netto EUR 34.390,00 x 20 % x 67,88 %)	EUR 4.668,78
Vorratsschaden netto pauschal	<u>EUR 7.267,00</u>
daher insgesamt	EUR 665.252,90
abzüglich tatsächlich geleisteter Akontobeträge von	<u>EUR 658.769,10</u>
verbleibe daher ein offener Restbetrag von	EUR 6.483,79,

der dem Kläger noch zustehe. Dieser Betrag sei unter einem an den Kläger zur Anweisung gebracht worden. Das gesamte restliche Klagebegehren sei überhöht und stehe dem Kläger nichts mehr zu.

Entgegen den Behauptungen des Klägers sei eine Verwertbarkeit der Reste des Gebäudes gegeben gewesen. Tatsächlich handle es sich nämlich bei dem Gewölbe und den Außenmauern um meterdicke Steinmauern, die gleich wie bei Burgen und Schlössern praktisch auch durch Feuchtigkeit nicht zerstört werden. Die im Gutachten Bernthaler berücksichtigten Reste seien auch heute noch verwendbar, wobei der Aufwand zur Wiedererrichtung sich aus dem vorgelegten Gutachten Bernthaler zuzüglich der tatsächlichen Elektroinstallation und der Kosten für die Heizschläuche der Fußbodenheizung ergebe.

Bestritten werde insbesondere, dass dem Kläger vom Sachverständigen wie auch von Roland Engler mitgeteilt worden wäre, bevor das Gutachten übermittelt worden sei, dass ein Totalschaden vorläge. Diesfalls hätte der Kläger auch die Errichtung des Notdaches bzw die Einhausung der Reste niemals vorgenommen. Das Lagern von Büromaterial sei in eigens angeschafften Containern vorgenommen worden. Hiezu hätte der Kläger niemals die Brandruine verwendet, weil dort jedenfalls Schäden an den eingelagerten Sachen entstanden wären. Es könnte dies aber die Erklärung für die Schadensposition in der Klage unter Punkt 3. Warenvorratedifferenz laut 2.6. über EUR 52.353,00 sein.

Hinsichtlich der Forderungen bezüglich technisch-kaufmännische Betriebseinrichtung sei es unrichtig, dass mit dem Putzabschlag und der Entfernung der Estriche und Bodenbeläge die Heizungs-, Wasser- und Fußbodenheizungsinstallation gänzlich zu erneuern gewesen wäre. Die Heizkessel, die entsprechenden Aggregate und dergleichen seien durch den Brand nicht beeinträchtigt worden, auch nicht durch Löschwasser, sondern seien bestenfalls zu reinigen, wie dies auch der Gutachter Pintar ausgeführt habe. Wenn der Estrich im Bereich, in dem Fußbodenheizschlangen verlegt seien, entfernt werde, werden die Fußbodenheizschlangen natürlich zu erneuern sein. Ebenso verhalte es sich bei

Elektroinstallationen. Dort wo Elektroinstallationen in der Mauer - im Gewölbe sei dies ohnedies nicht der Fall - verlegt worden seien, werde die Elektroinstallation zu erneuern sein. Diese Einwände hätten allerdings nichts mit dem geforderten Mehrbetrag von EUR 80.916,91 zuzüglich USt zu tun. Soweit nur darauf verwiesen werde, dass wesentlich weniger Steckdosen und Schalter sowie wesentlich weniger Elektrogeräte kalkuliert worden seien als tatsächlich begehrt, sei das Klagebegehren nach wie vor unschlüssig. Der Kläger führe nämlich nicht aus, welche Geräte sich dort befunden hätten. Die Betriebsküche, Küchenmöbel und dergleichen mehr wären natürlich aus dem Gebäude zur Erhaltung zu entfernen gewesen, insbesondere wenn dem Kläger bekannt gewesen sei, dass es sich dabei um Spanplattenkonstruktionen handle. Der direkte Wasseraustritt aus dem Gewölbe sei durch Fotos nachvollziehbar. Die Möbel hätten aus der Brandruine entfernt und nach dem Putzabschlag natürlich wieder dort eingebaut werden können und müssen. Dies sei auch tatsächlich möglich gewesen. Was die USt anbelange, so stelle sich die Angelegenheit so dar, dass der Kläger natürlich hinsichtlich der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung im Umfang der betrieblichen Nutzung vorsteuerabzugsberechtigt sei. Im Rahmen der Klagebeantwortung sei für den nicht vorsteuerabzugsberechtigten Teil von 67,88 % aus gemeinschaftlich genutzten Einrichtungen ein Betrag von EUR 4.646,78 errechnet worden. Die 67,88 % würden der Privatnutzung und dem Teil entsprechen, der steuerlich nicht absetzbar sei. Unrichtig sei jedenfalls die Auffassung, dass der nicht um die Umsatzsteuer entlastete Teil den Schadensbehebungsaufwendungen zuzuschlagen sei. Dies deshalb nicht, weil bei privater Versicherung eines Hauses keine technische und kaufmännische Betriebseinrichtung mitbewertet werde. Dort sei die Heizung, die Elektroinstallation und dergleichen mehr Bestandteil des Hauses. Die Einrichtungsgegenstände seien dann nicht Gegenstand der Feuerversicherung, sondern der Haushaltsversicherung. Mit der Brandschadensversicherung werden im Prinzip nur Immobilien abgedeckt, die Immobilien seien im Rahmen des Inhaltsschadens aus der Bündelversicherung bereits abgedeckt und abgerechnet worden. Diesbezüglich behaupte der Kläger selbst, dass die Versicherungssumme der Haushaltsversicherung ausbezahlt sei, sodass hier keine Leistungen mehr offen seien. Lediglich im beruflich genutzten Teil werden sogenannte technische und kaufmännische Betriebseinrichtungen gesondert versichert und auch abgegolten. Nachdem das Gebäude bis auf das Erdgeschoss komplett abgebrannt sei, habe die Beklagte den Haushaltsschaden, der die Immobilien betreffe, also die gesamte Hauseinrichtung durch Überweisung der Versicherungssumme entschädigt. Wenn nunmehr unter dem Titel technische und kaufmännische Betriebseinrichtung die Instandsetzung von Sanitäreinrichtungsgegenständen mit EUR 20.095,00 bewertet werde, dann sei davon auszugehen, dass damit Sanitäreinrichtungsgegenstände betreffend den privat genutzten Teil des Hauses angesprochen seien. Im Erdgeschoss, welches betrieblich genutzt worden sei,

hätten sich keine Sanitäranlagen befunden, die instand zu setzen gewesen wären. Die Sanitäreinrichtungen betreffend das privat genutzte Wohnhaus seien aber mit der Bezahlung der Summe der Haushaltsversicherung abgedeckt. Jene Sanitäreinrichtungen, die allerdings niet- und nagelfest mit dem Gebäude verbunden seien, seien reiner Gebäudeschaden und mit den Wiedererrichtungskosten aus dem Brandschaden mitgeschätzt und abgedeckt. Diese fix mit dem Gebäude verbundenen Teile seien nie unter den Titel der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung zu subsumieren. Hier begehre der Kläger eindeutig eine Zweifachzahlung, die die Beklagte nicht leisten könne. Diese sei auch vertraglich nicht geschuldet. Bei der Elektroinstallation handle es sich offensichtlich genauso um eine solche Fehleinschätzung des Klägers. Dies insbesondere, wenn vorgebracht werde, dass viel zu wenig Schalter, Steckdosen und dergleichen im Gutachten Bernthaler berücksichtigt worden seien. Die fix mit dem Gebäude verbundenen Elektroinstallationen seien also mit dem Gebäudeschaden bewertet, die Elektrogeräte für den Betrieb seien Gegenstand der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung. Die im Haushalt verwendeten Elektrogeräte wiederum Gebäudeinhaltschaden, der mit der Haushaltsversicherung bereits bestritten worden sei. Die Elektroinstallationen im privat genutzten Bereich seien mit der Feuerversicherung abgegolten und dort auch mitgeschätzt.

In der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2006 (PS 7 bis 9 in ON 26) wandte die Beklagte weiters ein, dass das ständige Nachtragen von Qualitäts- und Ausstattungsmerkmalen durch den Kläger bereits im Hinblick auf die gescheiterten außergerichtlichen Erledigungsversuche der Beklagten erfolgt sei und dieses sich fortsetzende Vorbringen verspätet sei, weil spätestens vor Fassung des Prozessprogramms das das Klagebegehren begründende Vorbringen entsprechend zu erstatten gewesen wäre. Der Kläger werfe dem Gutachter vor, dass sein Gutachten viel zu spät erstattet worden sei. Aufgrund der heute erstatteten Ausstattungsbeschreibung hätte der Sachverständige Bernthaler erst irgendwann im Sommer 2006 das Gutachten nach den Vorstellungen und Beschreibungen des Klägers erstatten können. Es sei daher auch der von der Klagsseite erhobene Vorwurf verfehlt, nachdem sie selbst hinsichtlich der Ausstattungsmerkmale des ersten Obergeschosses mitteilungspflichtig an die Beklagte gewesen sei. Dies ergebe sich aus dem Versicherungsvertrag. Verspätet erstattete Mitteilungen würden aber auch dazu führen, dass die Beklagte diesbezüglich nicht mehr leistungspflichtig sei. Es könne nicht angehen, dass annähernd sechs Jahre nach dem Brand erst die gänzlichen Informationen, die Grundlage eines Gutachtens sein sollen, nachgetragen werden, um dann Basis für eine gerichtliche Entscheidung zu sein. Die Gutachtenserstattung durch Ing. Bernthaler habe sich deshalb verzögert, weil ursprünglich die Firma Mayreder die Wiedererrichtung vornehmen hätte sollen. Zumindest sei dieser Eindruck dem Sachverständigen vermittelt worden, sodass der Sachverständige auf die Angebote der Firma Mayreder gewartet habe. Die lange Dauer der

Gutachtenserstellung sei daher durch den Kläger verursacht, sodass er sich nunmehr nicht mehr darauf berufen könne, dass der dem Sachverständigen verheimlichte Entschluss, separat ein Wohnhaus wieder aufzubauen, nunmehr aus der langen Sachverständigengutachtenserstellungsdauer begründet werde. Auch diese Vorgehensweise sei Grund dafür, weshalb eine außergerichtliche Einigung offensichtlich nicht mehr möglich gewesen sei.

Zum Sanierungsaufwand wandte die Beklagte ein, dass nur für den Fall, als die Beklagte säumig wäre, gesetzliche Zinsen zu ersetzen seien, alle anderen Finanzierungszinsen oder sonstigen Aufwände würden keinen durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherungsvertrag gedeckten Wiederherstellungsaufwand darstellen. Lediglich die Kosten eines Architekten, Planungskosten und dergleichen mehr, seien Baukosten, aber keine über die Säumnis hinausgehenden Finanzierungskosten.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren mit einem Betrag von EUR 135.175,86 samt 7 % Zinsen aus diesem Betrag seit 1.Mai 2004, die vierteljährlich zum 31.März, 30.Juni, 30.September und 31.Dezember eines jeden Jahres dem aushaftenden Kapitalbetrag zuzuschlagen und ab diesem Zeitpunkt wiederum mit dem gleichen Zinssatz zu verzinsen sind, statt und wies das Mehrbegehren von EUR 140.459,16 samt Anhang ab.

Es stellte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest, wobei die vom Kläger bzw der Beklagten bekämpften Feststellungen unter Punkt 1. bis 12. kursiv gedruckt dargestellt sind. Darüber hinaus traf das Erstgericht noch die Feststellungen aus den Versicherungsbedingungen in Seite 30 bis 33 des angefochtenen Urteils, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass gemäß Art 5 Abs 1 AFB bei der Ermittlung der Ersatzleistung unbeschadet des Art 10 ABS der Versicherungswert zur Zeit des Eintrittes des Schadensfalles (Ersatzwert) zugrunde gelegt werde, bei beschädigten Sachen der Unterschied zwischen diesem Wert und dem Wert der Reste, bei dessen Ermittlung die Verwendbarkeit der Reste für die Wiederherstellung zu berücksichtigen sei. Der Beklagten sei im vorliegenden Verfahren zwar der Nachweis gelungen, dass die stehen gebliebenen Erdgeschoss-Gebäudeteile grundsätzlich sowohl aus bautechnischer Sicht als auch bauchemischer Sicht wiederverwertbar gewesen wären. Ihr Wert im Sinne des Art 5 Abs 1 AFB habe jedoch im vorliegenden Verfahren nicht festgestellt werden können. Dafür sei aber jedenfalls die Beklagte beweispflichtig, und zwar schon im vorliegenden Verfahren, da entgegen ihrer Einwendungen sich nicht erst im Zuge der Wiedererrichtung zeigen könne, ob bei dieser die Neuwertwiedererrichtungskosten die Versicherungssumme erreichen, übersteigen oder darunter liegen. Damit habe aber im vorliegenden Fall der Wert der Reste im

Sinne des Art 5 Abs 1 AFB mangels Feststellbarkeit der Höhe nach nicht vom Neubauwert in Abzug gebracht werden können. Der Neubauwert des Wohn- und Geschäftsgebäudes belaufe sich nach den getroffenen Feststellungen auf (gemittelt) brutto EUR 611.500,00. Dieser beziehe sich auf die Wiederherstellung eines dem versicherten Objekt laut Versicherungsvertrag und der aufgewerteten Versicherungssumme gleichartigen und gleichwertigen Gebäudes. Dem Umstand, dass das mit diesem Betrag neu errichtete Gebäude naturgemäß keine alten Gewölbe aufweise, stehe der Vorteil gegenüber, dass dieses Gebäude mit modernen und bauphysikalisch auf dem letzten Stand stehenden Materialien und Techniken errichtet werden würde. Ein persönlicher Liebhaberwert (= altes Gewölbe) sei nach Art 5 Abs 4 der AFB nicht zu berücksichtigen und sei bei einem Vergleich mit dem der Versicherung zugrunde liegenden Bewertungsgutachten DI Urban auch nicht versichert. Damit würden auch die diesbezüglichen Einwendungen des Klägers ins Leere gehen. Zwischen den Streitparteien sei eine Wiederaufbauklausel vereinbart worden, die vom Kläger auch zeitgerecht eingehalten worden sei.

Der Neuwert des Wohnhausneubaus auf der klägerischen Liegenschaft belaufe sich auf brutto EUR 477.640,00, der der neu geschaffenen Büro- und Geschäftsräumlichkeiten auf brutto EUR 218.843,00, gesamt sohin EUR 696.483,00. Nachdem die aufgewertete Versicherungssumme von EUR 607.986,00, die jedenfalls den Grenzwert für die Auszahlung darstelle, unter dem oben dargestellten Neubauwert liege, habe der Kläger daher nur Anspruch auf diese. Unter Berücksichtigung des darauf von der Beklagten bislang geleisteten Betrages von EUR 485.376,19 ergebe sich damit ein offener Anspruch des Klägers aus diesem Titel von EUR 122.609,81. Zusätzlich seien dem Kläger an Abbruchkosten für den noch stehenden Erdgeschoss-Gebäudeteil EUR 11.064,00 samt anteiliger USt im Betrag von EUR 1.502,05, und damit insgesamt EUR 135.175,86, von der Beklagten zu ersetzen.

Des Weiteren sei dem Kläger aber der Nachweis, dass ihm die darüber hinaus geltend gemachten Ansprüche aus dem Schadensfeuer tatsächlich anerlaufen seien, im vorliegenden Verfahren nicht gelungen. Darüber hinaus erfolge die Anspruchserhebung hinsichtlich jener Positionen, die nach Darstellung des Klägers im Gutachten Ing.Bernthaler nicht Berücksichtigung gefunden hätten, außerhalb der Verjährungszeit. Dies deshalb, da der Schadensfall sich am 5. Dezember 2001 ereignet habe und die Schäden ab diesem Zeitpunkt bzw in Bezug auf die behaupteten Schäden am Dach des Nebengebäudes spätestens ab Februar 2002 feststellbar gewesen wären. Ausgehend davon sei das darüberhinausgehende Klagebegehren im Betrag von EUR 140.459,16 als unbegründet abzuweisen gewesen.

Soweit der Kläger das Klagebegehren auch auf den Titel Finanzierungsaufwand stütze, sei dem entgegenzuhalten, dass Finanzierungskosten keinen durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherungsvertrag gedeckten Wiederherstellungsaufwand darstellen,

sondern im Falle der Säumigkeit der Beklagten mit dem Zuspruch der gesetzlichen Zinsen zu ersetzen seien.

Gegen den abweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Sachverhaltsdarstellung (aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung) und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass dem gesamten Klagebegehren unter Einbeziehung des stattgebenden Teils des Ersturteils im vollen Umfang stattgegeben werde; hilfsweise wurde ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer gegen den stattgebenden Teil des Urteils erhobenen Berufung wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung, das angefochtene Urteil in ein gänzlich klagsabweisendes Urteil abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger und die Beklagte erstatteten Berufungsbeantwortungen; sie bestreiten jeweils das Vorliegen der geltend gemachten Rechtsmittelgründe und beantragen, der Berufung des Gegners nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit ist nicht berechtigt.

Im Übrigen erweisen sich die Berufung des Klägers teilweise und die Berufung der Beklagten zur Gänze, jeweils im Sinne der hilfsweise gestellten Aufhebungsanträge, als berechtigt.

I. Zur Berufung wegen Nichtigkeit:

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass das Urteil mit dem Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO behaftet sei, weil es in sich widersprüchlich und dieser Widerspruch auch nicht auflösbar sei. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung habe das Erstgericht ausdrücklich festgehalten, dass dem Kläger nur die gesetzlichen Zinsen, also 4 %, zustünden, wohingegen im Spruch 7 % Zinsen zugesprochen werden, die quartalsmäßig abgerechnet dem Kapital zuzuschlagen und mit eben diesem Zinssatz zu verzinsen seien.

Ein den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO darstellender Widerspruch liegt vor, wenn einzelne Aussprüche innerhalb des Spruches der Entscheidung einander logisch ausschließen (RIS-Justiz RS0041306, RS0042171 [T2]). Ein solcher Widerspruch liegt nicht vor: Die Ausführungen des Erstgerichtes im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung beziehen sich, wie das Erstgericht in seinem Beschluss vom 20. März 2012 (ON 126), mit dem der den Zinsenausspruch (4 % statt 7 %) betreffende Berichtigungsantrag der Beklagten abgewiesen wurde, zutreffend dargelegt hat, ausschließlich auf den Titel Finanzierungsaufwand des

Klägers. Damit ist kein Widerspruch im Spruch selbst, sondern (lediglich) ein einfacher Begründungs- bzw sekundärer Feststellungsmangel gegeben, der nicht als Nichtigkeit zu qualifizieren ist (RIS-Justiz RS0042133).

Ein Nichtigkeitsgrund haftet dem Ersturteil damit nicht an, sodass die darauf gestützte Berufung als unbegründet zu verwerfen war.

II. Zu den Berufungen im Übrigen:

A) Zur Mangelhaftigkeit:

1. Soweit der Kläger als Verfahrensmangel geltend macht, dass der Zeuge Ing.Johann Gfrerrer zum Thema des Vorräteschadens nicht einvernommen wurde, übersieht er, dass er diesen Zeugen selbst nicht geführt hat. Die Übergehung eines Beweisantrags des Gegners kann aber nicht als Verfahrensmangel geltend gemacht werden (Klauser-Kodek, JN-ZPO MGA¹⁶ § 496 E 39). Im Übrigen hat der genannte Zeuge, wie das Erstgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung zutreffend ausgeführt hat (US 46), die Vorräteschäden nicht gesehen oder beurteilt; vielmehr hat nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Streitteile kein Sachverständiger die Vorräte begutachtet. Das Erstgericht war daher - auch mangels Beachtlichkeit - nicht gehalten, den Zeugen Gfrerrer zum Beweisthema (der Beklagten), dass dieser die beschädigte Ware weder gesehen noch beurteilt haben soll (Seite 10 in ON 11), einzuvernehmen.

Der geltend gemachte primäre Verfahrensmangel ist daher nicht gegeben.

2. Der Kläger rügt weiters unter dem Rechtsmittelgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens einerseits, dass das Erstgericht seine „Erinnerungen zum Sachverständigengutachten“ vom 23.Februar 2012 (ON 108) zurückgewiesen hat, und andererseits, dass die beantragte mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens Dris.Steiningner unterblieben ist und die Erstrichterin das Sachverständigengutachten Dris.Steiningner vielmehr fernmündlich ergänzen ließ.

2.1. Der Sachverständige DI Dr.Karl-Heinz Steiningner hat am 23.November 2010 ein schriftliches Gutachten (ON 101) erstattet. Mit Beschluss vom 22.Dezember 2010 (ON 102), der dem Klagsvertreter am 12.Jänner 2011 zugestellt wurde, wurde den Parteien die Gelegenheit gegeben, binnen 14 Tagen 1. eine Äußerung zur Gebührennote abzugeben (§ 39/1 GebAG) und/oder 2. einen Antrag auf Erörterung des Gutachtens zu stellen (§ 357 ZPO), in dem auch die an den Sachverständigen zu stellenden Fragen darzulegen waren. Der Kläger stellte in der Folge am 26.Jänner 2011 (ON 105), am 9.Februar 2011 (ON 106) und am 16.Februar 2011 (ON 107) Fristerstreckungsanträge, über welche vom Erstgericht nicht entschieden wurde. In seinen Erinnerungen zum Sachverständigengutachten ON 101 vom

23. Februar 2011 (ON 108) erstattete der Kläger unter Vorlage zweier Schreiben des Baumeisters Ing. Schmiedt ein umfassendes Vorbringen zum Sachverständigengutachten; ein Antrag auf Gutachtenserörterung wurde jedoch nicht gestellt. Nachdem die Beklagte im Rahmen ihres vorbereitenden Schriftsatzes vom 10. März 2011 (ON 109) die Zurückweisung dieses Schriftsatzes des Klägers beantragt und ihren Gutachtenserörterungsantrag (ON 104) zurückgezogen hatte, wies das Erstgericht den Schriftsatz des Klägers vom 23. Februar 2011 gemäß § 257 ZPO als unzulässig zurück.

Entgegen den Rechtsmittelausführungen ist die Zurückweisung dieses Schriftsatzes nicht zu beanstanden. Nach § 257 Abs 3 ZPO können die Parteien einander in der Klage oder Klagebeantwortung noch nicht enthaltene Anträge, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Behauptungen und Beweise, welche sie geltend machen wollen, durch besonderen, spätestens eine Woche vor der vorbereitenden Tagsatzung bei Gericht und beim Gegner einlangenden, vorbereitenden Schriftsatz mitteilen. Bis zu diesem Zeitpunkt können die Parteien auch Anträge im Sinne des § 229 ZPO mittels Schriftsatzes stellen. Nach diesem Zeitpunkt erstattete Schriftsätze sind nur zulässig, wenn es sich um bestimmende Schriftsätze handelt oder wenn diese vom Gericht aufgetragen wurden. Der gegenständliche (nicht bestimmende) Schriftsatz war somit weder nach § 257 Abs 3 ZPO zulässig, noch enthält er eine aufgetragene (verspätete) Äußerung zur Gebührennote oder einen Antrag auf Erörterung des SV-Gutachtens.

Die Zurückweisung dieses Schriftsatzes durch das Erstgericht ist somit nicht zu beanstanden.

2.2. Soweit der Kläger moniert, dass sein Antrag auf mündliche Erörterung des Gutachtens des Sachverständigen DI Dr. Steininger abgewiesen wurde und das Erstgericht unzulässigerweise fernmündlich dessen SV-Gutachten ergänzen ließ, erweist sich seine Mängelrüge als berechtigt.

Gemäß § 357 Abs 2 ZPO sind die Sachverständigen, wird das Gutachten schriftlich erstattet, verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärung zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern. Nach Auffassung des OGH ist es nicht allein Sache des Gerichtes, für eine mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens zu sorgen. Auch die Parteien sind dazu befugt, das "Verlangen" nach Ladung des Sachverständigen zur Erörterung seines Gutachtens zu stellen. Die Parteien haben ein Recht darauf, vom Sachverständigen Vervollständigungen seines schriftlichen Gutachtens zu verlangen und ihm alle Fragen zu stellen, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig erscheinen. Dem Antrag muss aber schon zur Verhinderung von möglichen Prozessverschleppungen zu entnehmen sein, welche Aufklärungen bzw. Erläuterungen im Sinne des § 357 Abs 2 ZPO sich der Antragsteller erwartet. Besteht ein

Recht der Parteien, die Ladung des Sachverständigen zwecks Gutachtenserläuterungen zu beantragen, so ergibt sich daraus konsequenter Weise, dass es als Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu werten ist, wenn das Gericht den Sachverständigen trotz gegenteiligen (begründeten) Parteienantrags nicht zur mündlichen Streitverhandlung lädt oder die Erörterung des Sachverständigengutachtens ablehnt. Nach einhelliger Meinung genügt bei der Geltendmachung eines diesbezüglichen Verfahrensmangels im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO die abstrakte Eignung des Mangels, die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern. Um diese darzutun, bedarf es aber keiner weitergehenden Begründung, als in erster Instanz für das "Verlangen" zu fordern ist, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden (Rechberger in Fasching/Konecny² § 357 Rz 4; Rechberger in Rechberger ZPO³ § 357 Rz 5; EFSlg 25.367, 32.031, 82.283).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger zwar erstmals mit Schriftsatz vom 3.Mai 2011 (ON 112), somit wenige Tage vor der bereits anberaumten Verhandlung vom 12.Mai 2011, die mündliche Gutachtenserörterung beantragt und ist dem Erstgericht beizupflichten, dass der Antrag grob schuldhaft verspätet erstattet wurde. Die vom Erstgericht offensichtlich auf die Bestimmung des § 275 Abs 2 ZPO gestützte Zurückweisung erweist sich aber insoweit als nicht berechtigt, als dem Kläger einerseits eine Prozessverschleppungsabsicht nicht zu unterstellen ist und andererseits die Zulassung der mündlichen Gutachtenserörterung im Hinblick darauf, dass das schriftliche SV-Gutachten ohnedies zu ergänzen war, die Erledigung des Verfahrens nicht erheblich verzögert hätte.

Die Erstrichterin erkannte selbst, dass das schriftliche SV-Gutachten Dris.Steininger unvollständig ist. Die Vorgangsweise, eine fernmündliche Ergänzung des Gutachtens beim Sachverständigen einzuholen und den Parteien in der mündlichen Verhandlung - ohne Beiziehung des Sachverständigen - die mündliche Stellungnahme des Sachverständigen mitzuteilen, mag zwar (scheinbar) kostensparend sein, widerspricht aber - wie vom Kläger in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich gerügt - dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Die Unterlassung der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich beantragten Gutachtenserörterung stellt sohin einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO dar (Rechberger aaO Vor § 266 ZPO Rz 90).

3. Der Kläger moniert zwar zutreffend, dass die Urteilsausfertigung nicht den Bestimmungen des GOG entspricht, weil sie zwei Unterschriftenvermerke - Abteilung 27 am 20.12.2011/Abteilung 28 am 16.1.2012, jeweils Mag^a.Monika Rauter-Repar; RichterIn - enthält. Das maßgebliche Original entspricht jedoch den gesetzlichen Erfordernissen. Es enthält nur die Signatur: Abteilung 28 am 20.12.2011 Mag^a.Monika Rauter-Repar. Die lediglich hinsichtlich der Urteilsausfertigungen unrichtige Signatur bewirkt somit weder eine Nichtigkeit

noch einen Verfahrensmangel; der Kläger ist im Hinblick auf die fehlerhafte Ausfertigung auf die Möglichkeit der Stellung eines Berichtigungsantrages zu verweisen.

4. Die Beklagte macht unter dem Rechtsmittelgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend, dass das Gericht sie überraschend mit der Rechtsansicht im Urteil konfrontiert habe, wonach es der Beklagten zwar gelungen sei, den Beweis zu erbringen, dass verwertbare Reste nach dem Bausachverständigengutachten vorliegen, mangels Feststellbarkeit der Trocknungskosten die Reste jedoch unverwertbar seien. Diese Rechtsansicht sei jedenfalls überraschend gekommen. Immerhin sei es nicht vom Kerngebiet des Sachverständigen für Bauchemie umfasst, Gebäudetrocknungen zu bewerten bzw einzuschätzen. Trocknungskosten werden ständig vom Bausachverständigen bewertet. Es sei daher nicht erwartbar, dass das Gericht mit den vorhandenen eingeholten Gutachten ON 44 und ON 75 hinsichtlich der Trocknungskosten, die durch den Gutachter Ing.Leitner festgestellt wurden, und den verwertbaren Resten der Brandruine ein Problem gehabt habe. Immerhin seien auch vom Gericht an den Bausachverständigen in diese Richtung keine Fragen gestellt worden. Der Bauchemiker hätte gar keinen Auftrag gehabt, die Trocknungskosten festzustellen. Das Gericht hätte daher gemäß § 182a ZPO diesen Umstand mit den Parteien erörtern müssen, dann hätte die Beklagte jedenfalls die ergänzende Erörterung des Gutachtens Ing.Leitner in diesem Punkte beantragt und wäre es dem Gericht möglich gewesen, zu entscheiden, ob ein Sachverständiger, der zehn Jahre nach dem Vorfall zur eingehausten Brandruine komme, die Vorgänge realistisch einschätzen könne, oder ob nicht zeitnähere Beurteilungen aussagekräftiger seien. Zudem komme aber, dass auch der seitens der Beklagten beigezogene Sachverständige Ing.Bernthaler die Trocknungskosten bemessen habe und letztendlich auch von Ing.Leitner die Werte betreffend der verwertbaren Reste ähnlich bewertet worden seien, sowie die Verwertbarkeit insgesamt. Durch die mangelnde Erörterung sei das Verfahren jedenfalls mangelhaft geblieben. Die Beklagte hätte bei entsprechender Erörterung dieses Umstandes die ergänzende Einvernahme des Sachverständigen Ing.Bernthaler und des Sachverständigen Ing.Leitner beantragt. Es wäre auf relativ kurzem Wege klar gewesen, dass die stehen gebliebenen Mauerteile, wie dies auch vom Gericht festgestellt werde, nur durch Öffnungen in der Stahlbetondecke durchfeuchtet werden konnten, dass sich diese Durchfeuchtung nicht auf alle Mauerbereiche bezogen habe und dass mit wirtschaftlich sinnvollem Aufwand von maximal EUR 21.000,00 eine Trocknung zu bewerkstelligen gewesen wäre.

Die Einvernahme des Zeugen Ing.Kurt Bernthaler und die ergänzende Erörterung des Sachverständigengutachtens Ing.Leitner hätte jedenfalls ergeben, dass nach Einhausung spätestens im Jänner 2002 und Putzabschlag, sowie Entfernung der Wärmeisolierung an der Außenfassade, weder eine Schimmelbildung stattgefunden hätte noch ein unwirtschaftlicher

Trocknungsaufwand erforderlich gewesen wäre, weil praktisch über die ganze Sommerperiode 2002 der so hergestellte Rohbau trocknen hätte können. Das Verfahren sei diesbezüglich daher mangelhaft geblieben.

Die durch die ZVN 2002 eingefügte Bestimmung des § 182a ZPO normiert die Pflicht des Gerichtes, das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern und schreibt das von der Rechtsprechung schon bisher aus § 182 ZPO abgeleitete „Verbot von Überraschungsentscheidungen“ fest. Danach darf das Gericht, sieht man von Nebenansprüchen (Zinsen, Kosten uä) ab, seine Entscheidung nur auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, stützen, wenn es sie zuvor mit den Parteien erörtert und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Damit wurde die Rechtsprechung, dass die Parteien von einer Rechtsansicht nicht überrascht werden dürfen, in das Gesetz aufgenommen (RIS-Justiz RS0108816 [T3]).

Für das Berufungsgericht ist nicht nachvollziehbar, dass das Erstgericht die Gutachten des Bau-SV Ing.Rudolf Leitner und des bauchemischen Sachverständigen DI Dr.Karl-Heinz Steininger im Hinblick auf deren unterschiedliche Ausführungen zum Kostenaufwand der Instandsetzungskosten (insbesondere der Trocknungskosten) der stehen gebliebenen Mauern des vormaligen Wohn- und Betriebsgebäudes bzw zur Frage, ob die Stahlbetondecke aus statischen Gründen erneuert werden muss oder nicht, nicht mündlich - unter Beiziehung beider Sachverständigen - erörtert hat, sondern insoweit überraschend in seinem Urteil die Auffassung vertreten hat, dass der Wert der Reste im Sinne des Art 5 Abs 1 AFB mangels Feststellbarkeit der Höhe nach nicht vom Neubauwert in Abzug gebracht werden könnte.

Das Gericht ist verpflichtet, auf die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit des Sachverständigengutachtens hinzuwirken (Rechberger aaO § 362 ZPO Rz 2ff). Der vom Erstgericht beigezogene Bau-SV Ing.Rudolf Leitner hat ein schlüssiges Gutachten (schriftliches SV-Gutachten vom September 2007 ON 44; Ergänzungsgutachten vom September 2009 ON 75) erstattet, das in den mündlichen Verhandlungen vom 15.September 2008 (ON 61) und 3.Mai 2010 (ON 90) ausführlich erörtert und vom Sachverständigen nachvollziehbar begründet wurde. Als Ergebnis der ausführlichen Erörterungen hat der Gerichts-SV den Neuwert des Brandobjekts zur Zeit des Schadensfalles - den Ersatzwert bzw Wiederbeschaffungswert bzw ortsüblichen Bauwert - mit EUR 611.500,00 inklusive Mehrwertsteuer (Seite 25 in ON 75) sowie den Neuwert des neuen Wohnhauses zum Zeitpunkt der Errichtung 2004 mit EUR 477.640,00 inklusive Mehrwertsteuer (Seite 26 in ON 75) ermittelt.

Den Wert der verwertbaren Reste - der Sachverständige geht davon aus, dass die Brandruine nach dem Brand technisch wieder verwendbar war - hat der Bau-SV in seinem Gutachten (Seite 16 in ON 75) mit EUR 68.200,00 inklusive Mehrwertsteuer bewertet. In der

mündlichen Verhandlung vom 3. Mai 2010 (ON 90) hat der Bau-SV sein Gutachten insoweit ergänzt, als er ausgeführt hat, dass im ermittelten Neuwert die Kosten der Haustechnik inkludiert sind (PS 3 in ON 90) und die mit der Durchführung einer Trocknung verbundenen Stromkosten von ca EUR 3.000,00 bei der Wertfeststellung (des Restwerts des Gebäudes) von ihm nicht berücksichtigt wurden. Über Antrag des Klägers wurde in der Folge - zur Abklärung des Restwerts durch einen darauf spezialisierten chemisch-bauphysikalischen Sachverständigen - das bauchemische Gutachten des Sachverständigen DI Dr. Karl-Heinz Steininger (ON 101) zur Beurteilung, ob aufgrund entsprechender chemischer Prozesse (Belastung mit Dioxinen und Furanen/Schimmelpilz) die nach dem Brand stehen gebliebenen Mauern (insbesondere im Hinblick auf ein Gefahrenpotential für die Bewohner) wieder verwendet werden könnten oder nicht bzw welcher Kostenaufwand damit verbunden gewesen wäre, eingeholt. Der Sachverständige DI Dr. Steininger hat in seinem Gutachten zwar die Ausführungen des Bau-SV insoweit bestätigt, dass das Erdgeschoss - jedoch mit einem beträchtlichen Aufwand - wieder für Wohnzwecke bewohnbar gemacht hätte werden können, jedoch im Widerspruch zu den gutachtlichen Ausführungen des Bau-SV Ing. Leitner (Seite 12 in ON 44 bzw Seite 13 in ON 75; PS 21ff in ON 90) die Tragfähigkeit der Stahlbetondecke angezweifelt (Seite 6 in ON 101) und ausgeführt, dass die Trocknungskosten nicht abschätzbar wären (Seite 10 in ON 101).

Abgesehen davon, dass das Gutachten des SV DI Dr. Steininger, wie bereits unter Punkt II.A 2.2. oben ausgeführt, unvollständig war und mündlich zu erörtern gewesen wäre, hätte das Erstgericht die aufgezeigten Widersprüche zwischen den beiden Gutachten - auch von Amts wegen - im Rahmen einer mündlichen Gutachtenserörterung - unter Beiziehung der beiden Gerichtssachverständigen - zu erörtern bzw aufzuklären gehabt. Der Bau-SV Ing. Leitner hätte sohin sein Gutachten hinsichtlich der verwertbaren Reste bzw der Kosten des Wiederaufbaus unter Berücksichtigung der verwertbaren Reste im Hinblick auf das Gutachten des Sachverständigen DI Dr. Steininger bzw die Ergebnisse der Gutachtenserörterung zu ergänzen gehabt.

Die Überraschungsentscheidung des Erstgerichtes bzw das mangelnde Hinwirken auf die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit des SV-Gutachtens bewirkt daher einen weiteren wesentlichen Verfahrensmangel, der die Aufhebung des Urteils zur Folge hat.

B) Zu den Beweisrügen:

Unter dem Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft der Kläger in seiner Berufung bzw Berufungsbeantwortung die im eingangs dargestellten Sachverhalt kursiv wiedergegebenen Feststellungen des Erstgerichtes zu Punkt 1. bis 11.a und 12. und die Beklagte in ihrer Berufung jene zu Punkt 11.a und 11.b und begehren nachstehende Ersatzfeststellungen:

offen 1. Die Beschädigung am Dach des Nebengebäudes bedingt durch das Brandgeschehen war seitens der klagenden Partei im oder nach Mai 2002, aber jedenfalls lange vor Klageeinbringung dem Versicherungsmakler Kaiser gemeldet worden, und hat dieser sie an die beklagte Partei bzw deren Sachverständigen Ing. Bernthaler weitergeleitet.

offen 2. Der Gebäudewert des Versicherungsvertrages wurde einvernehmlich exklusive der Installationen festgelegt.

X 3. Der Vorräteschaden hat zumindest EUR 59.000,00 betragen; die Beilage .JJ wurde dem Maklerbüro zur Verfügung gestellt. *Wf auf € 7267 = 57.732,- (ATS 2002)*

offen 4. Der ortsübliche Bauwert unmittelbar vor dem Brand liegt deutlich über dem Betrag von EUR 611.500,00 und weit über der Versicherungssumme.

offen 5. Die Gutachten Leitner, Bernthaler, Brunner und Pintar gingen teilweise nicht von den tatsächlich gegebenen Verhältnissen aus.

X 6. Die Grundfläche des EG beträgt 16,2 x 18,4 m statt wie vom Sachverständigen Leitner angenommen 16,1 x 18,4 m; alle Flächen sind daher größer als im Gutachten Leitner angegeben, das exakte Maß kann aber aufgrund der bisher vorliegenden Beweisergebnisse noch nicht ermittelt werden.

offen 7. Die Reste sind technisch nicht wiederverwertbar. In eventu: Es kann nicht festgestellt werden, ob sie technisch verwertbar sind.

8. Die Einhausung, die EUR 2.405,93 netto gekostet hat, ist zum Zweck, Unterstellungsmöglichkeiten in der Brandruine zu schaffen, vereinbart worden.

9. Ing. Bernthaler hat von Unterversicherung gesprochen und im Zuge seiner Tätigkeit als von der beklagten Partei beauftragter Sachverständiger die Äußerung gemacht, dass Totalschaden (am ganzen Gebäude) eingetreten ist.

offen 10. Vor dem Brand waren keine Mauerrisse vorhanden. In eventu: Es kann nicht festgestellt werden, ob Mauerrisse vor dem Brand vorhanden waren.

offen 11. Der Wert der Reste ist geringer als der für die Herstellung ihrer technischen Verwendbarkeit erforderliche Betrag (begehrte Ersatzfeststellung des Klägers).

Die Kosten für die Trockenlegung des Füllmaterials zwischen der Stahlbetondecke und der Gewölbedecke sind nach Putzabschlag und Entfernen des Fußbodens mit maximal EUR 21.000,00 anzusetzen. Diesbezüglich existiert ein Angebot der Firma Munters. Da bei der Trocknung die restlich stehen gebliebenen Mauerteile (Erdgeschossgebäudeteile) nur noch im Rohbau und getrocknet bestehen, sind sie nach dem eingeholten Gutachten Ing. Leitner sowie nach dem Gutachten DI Karl Steininger ON 101 verwertbar. Der Umstand,

dass DI Dr.Steiningger im Jahre 2010 - Befundtermin 11.November 2010 - die Trocknungskosten nicht mehr beziffern kann, ändert nichts an den Gutachten der Bausachverständigen ON 44 und ON 75 sowie Beilage ./1 (begehrte Ersatzfeststellung der Beklagten).

offen 12. Wäre der Sanierungsaufwand aus rechtlichen Gründen zu berechnen, überschritte dieser die Gebäudeversicherungssumme bei weitem. Dies auch unter Einbeziehung der noch verwertbaren Reste einschließlich der auf die Adaptierung derselben zu tätigen Aufwendungen. Der vor dem Brand gegebene Neubauwert des versicherten Gebäudes, dh der Kostenaufwand, der erforderlich wäre, ein Gebäude exakt identer Ausführungsart wie das versicherte an exakt demselben Ort im Schadenszeitpunkt zu errichten, betrug im Schadenszeitpunkt exklusive der technischkaufmännischen Betriebsausstattung jedenfalls weit mehr als die Gebäudeversicherungssumme.

Aufgrund der Aufhebung des Urteils wegen der vorliegenden Verfahrensmängel waren die zu Punkt 2., 4., 5., 7., 10., 11. und 12. gerügten Feststellungen im Rahmen der Beweisrüge nicht zu behandeln, da nicht auszuschließen ist, dass Beweisergebnisse im fortgesetzten Verahren (die erforderlichen SV-Gutachtensergänzungen) sich auf die bekämpften Feststellungen auswirken könnten.

1. Soweit der Kläger die Feststellungen des Erstgerichtes zu 1.a und 1.b bekämpft, wonach der vom Kläger mit der Klage geltend gemachte Schaden am Dach (im Bereich der Dachschindel) des mitversicherten Nebengebäudes Nr.2 (im Betrag von EUR 3.000,00) der Beklagten bzw dem SV Ing.Bernthaler vor der Klagserhebung nicht zur Kenntnis gebracht worden sei, ist auszuführen, dass die Feststellung wegen Unerheblichkeit unberücksichtigt gelassen bleiben kann (Kodek in Rechberger, ZPO³ § 498 Rz 1). Im Hinblick darauf, dass der Schaden entgegen der insoweit unrichtigen Rechtsansicht des Erstgerichtes innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht wurde, kommt dem Umstand, wann er der Beklagten gemeldet wurde, keine rechtliche Bedeutung zu. Die bekämpften Feststellungen waren daher nicht zu übernehmen.

2. Das Erstgericht hat die bekämpften Feststellungen zu Punkt 3.a und 3.b zum Thema Vorratsschaden auf die Angaben des Zeugen Peter Pichler bzw des Klägers, der Zeugen Mag.Thomas Mairitsch und Marianne Schmölder sowie die Inventurbuchungen für den Jahresabschluss (Beilage ./J) gestützt und im Rahmen seiner Beweiswürdigung dazu ausgeführt, dass es für das Gericht angesichts der damals gegebenen Sachlage als durchaus möglich erscheine, dass es sich bei der Angabe des Vorratsschadens durch den Kläger am 7.Dezember 2001 gegenüber Ing.Bernthaler - mit rund ATS 100.000,00 - um eine Schätzung des Klägers gehandelt haben wird. Es möge auch sein, dass es entgegen dem Eindruck Roland Englers durch die Löschkaktivitäten der Feuerwehr vom Lagergebäude aus bzw die

Einbringung von durchnässten Gegenständen und Waren in dieses, was auch der Zeuge Mag.Mairitsch bestätige, zu Feuchtigkeitsschäden auch an den im Lagergebäude eingelagerten Warenvorräten gekommen sei, die erst nach und nach entdeckt worden seien. In keiner Weise nachvollziehbar sei aber für die RichterIn die Höhe der daraus resultierenden zusätzlichen Schäden aus diesem Titel. Dies beginne schon damit, dass von Marianne Schmölzer, dem Kläger und Mag.Mairitsch die zum Brandzeitpunkt gegebenen Lagermöglichkeiten des klägerischen Betriebes und deren Ausnutzung und Auslastung durchaus unterschiedlich beschrieben worden seien. Bei Mag.Mairitsch handle es sich um den langjährigen Steuerberater des klägerischen Betriebes, der seiner Darstellung nach mit der jährlichen Inventur jeweils selbst befasst und der auch bei der Schadensfeststellung an den Vorratsschäden im Umfang von 60 % der Überprüfungen gemeinsam mit dem Kläger anwesend gewesen sei. In diesem Zusammenhang führe der Kläger aus, dass der Großteil der im Lager auf seiner Liegenschaft vorhandenen Waren relativ rasch nach dem Brand in ein zu seinem Betrieb gehöriges Lager in Möllbrücke verbracht worden sein solle. Der Zeuge Mairitsch führe hingegen aus, im Zeitraum bis Juni, zum Teil auch noch im Herbst 2002 gemeinsam mit dem Kläger Warenvorräte, und zwar ausschließlich im Lagergebäude auf der klägerischen Liegenschaft, überprüft zu haben. Im Lager Möllbrücke habe er überhaupt keine Ware überprüft und könne er sich auch nicht vorstellen, dass vom Brand beschädigte Ware in diesem Lager jemals eingelagert gewesen sein solle. Nach Mag.Mairitsch sei die Liste Beilage ./J auf der Grundlage der vorangehenden Inventur erstellt worden und solle den Gesamtumfang der als Folge des Brandes geschädigten Warenvorräte beinhalten. Erstaunlich sei nun aber, dass der Zeuge Pichler die Liste Beilage ./J überhaupt nicht kenne. Dies, obwohl sein Büro ab den ersten Wochen nach dem Brand immer wieder Aufstellungen über Vorrateschäden vom Kläger erhalten und an die Beklagte zuletzt im Juli 2002 übermittelt habe, was im Wesentlichen auch vom Zeugen Roland Engler bestätigt werde. Insgesamt gesehen würden aber diese Beweisergebnisse keinerlei verlässliche Grundlage dafür bieten, eine höhen- und betragsmäßig verlässliche Einschätzung des Schadens an den Warenvorräten, über den von der Beklagten aus diesem Titel dem Kläger bereits zuerkannten und bezahlten Betrag hinaus, vorzunehmen, sodass hiezu auch keine Feststellungen hätten getroffen werden können.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass der Umstand, dass der Kläger die Vorrateschäden zwei Tage nach dem Brand mit ca ATS 100.000,00 nur grob geschätzt und dies Ing.Bernthaler mitgeteilt habe, seine Glaubwürdigkeit im Hinblick auf die tatsächlichen Vorrateschäden nicht in Frage stellen könne, zumal der Zeuge Mairitsch diese anhand der Beilage ./J bestätigt habe. Im Rechnungswesen seien die Vorrateschäden mit einem Betrag in der Größenordnung von EUR 58.000,00 angesetzt worden. Daraus lasse sich bis zum Beweis des in keiner Weise indizierten Gegenteils schließen, dass ehrlich gehandelt worden sei. Eine damit gegebene

finanzstraf- und berufsrechtliche Involvierung spreche gravierend dagegen. Der angenommene Schaden von EUR 7.267,00 - richtig wohl EUR 7.267,28 = ATS 100.000,00 - entspreche nicht einmal 5 % des durch den Brand gesamt geschädigten Lagerbestandes. Sofern sich das Erstgericht daran stoße, dass laut Mag.Mairitsch der Schaden im am Brandort gelegenen Lagergebäude - und nicht im Lager Möllbrücke - festgestellt worden sei, der Kläger aber angegeben habe, dass bald nach dem Brand ein maßgeblicher Teil der Warenvorräte nach Möllbrücke verlagert worden sei, sowie dass der Zeuge Pichler die Liste Beilage ./J überhaupt nicht kenne, sei dem entgegenzuhalten, dass der Zeuge Mairitsch ausgesagt habe, er selbst habe gemeinsam mit dem Kläger die Ware angeschaut, zwar nicht die ganze, aber einen Großteil (ca 60 %) davon. Das sei nicht auf einmal passiert, sondern im Verlauf der nachfolgenden Monate, dabei seien jeweils die Verpackungen geöffnet und dann eben überprüft worden, ob und in welchem Umfang Beschädigungen an Warenvorräten eingetreten seien. Auf Grundlage einer Liste, die im Rahmen der Inventur schon vor dem Brand erstellt worden sei, sei dann - ohnedies zum Einkaufspreis - der Schaden anhand dieser Liste festgehalten worden. Einem bisher nie auffällig gewordenen erfahrenen Steuerberater sei wegen eines derartigen Falles derartige kriminelle Energie nicht zu unterstellen, vor allem, wenn ein solches Vorgehen wie hier noch dazu von einer gehörigen Portion nicht einfach zu unterstellender Dummheit gekennzeichnet wäre. Hätte das Erstgericht nämlich die Angaben von Mag.Mairitsch berücksichtigt, hätte es festgestellt, dass dessen Aussage in Bezug auf Möllbrücke nicht im Widerspruch zu der des Klägers stehe. Selbst das Erstgericht stelle fest, dass die im Lagergebäude brandbedingt installierten neuen Büroräume schon im März 2002 bezogen werden konnten, sodass zu diesem Zeitpunkt notgedrungen allenfalls ungeprüft ausgelagerte Ware wieder aus dem Lager Möllbrücke nach Pusarnitz rückgeführt und gelagert werden konnte. Insoweit das Erstgericht sich auf die angebliche Uninformiertheit des Zeugen Pichler berufe, hätte es dessen Aussage genauer lesen sollen, der in ON 25, Seite 36, ausführe, mit dem Steuerberater des Klägers und dem Sachverständigen für die Betriebsunterbrechungsversicherung Ing.Gfrerrer seien die Informationen auch betreffend die Schäden an den Warenvorräten erörtert worden, vom Sachverständigen Gfrerer seien Vorratsschäden im Umfang von EUR 59.000,00 aber als nicht zur Betriebsunterbrechungsversicherung gehörig ausgeschieden worden, diesen Betrag habe er dann übernommen. Ob er die Beilage ./J also übernommen habe oder nicht: Die Schadenshöhe von rund EUR 59.000,00 sei ihm also bekannt gewesen. Auch der Zeuge Engler bestätige im Übrigen das Ausscheiden der Vorrateschäden aus der Betriebsunterbrechungsversicherung.

Die erstgerichtliche Beweiswürdigung zu diesem Thema ergehe sich daher in schlecht recherchierten Spekulationen, die keinen Anspruch auf Nachvollziehbarkeit erheben könnten. Im Gegenteil würden alle Beweisergebnisse eindeutig für das Vorhandensein eines Schadens

in einer Größenordnung von ca EUR 59.000,00 sprechen.

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt.

Soweit der Kläger die Feststellung zu Punkt 3.a bekämpft, zeigt er im Rahmen seiner Beweistrüge nicht auf, warum das Erstgericht den insoweit zitierten Angaben des Zeugen Peter Pichler (PS 34 in ON 25) nicht folgen hätte dürfen, hingegen den Angaben des Klägers (PS 29 in ON 24) folgen hätte müssen. Der Zeuge Pichler hat ausgesagt, dass ihm „die Beilage ./J nicht bekannt ist“ und „die Beilage ./J nicht zugegangen ist“ (PS 34 und 36 in ON 25). Dass das Erstgericht im Hinblick auf diese klare und eindeutige Aussage den gegenteiligen Angaben des Klägers nicht gefolgt ist, ist nachvollziehbar, war doch der Kläger, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, offensichtlich bemüht, einen möglichst hohen Schaden der Beklagten gegenüber geltend zu machen.

Entgegen den Berufungsausführungen hat sich das Erstgericht im Hinblick auf die bekämpfte Negativfeststellung zu 3.b mit sämtlichen Beweisergebnissen in seiner Beweiswürdigung auseinandergesetzt und darin das Ergebnis seines Meinungsbildungsprozesses im Sinne des in § 272 ZPO verankerten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung ebenso sorgfältig zur Darstellung gebracht, wie die Gründe, die im Einzelfall für das Treffen der Negativfeststellung hinsichtlich der tatsächlichen Höhe des Vorräteschadens aufgrund der nicht ausreichenden Beweisergebnisse maßgebend waren. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, dass der Kläger, ohne dass - seinen eigenen Angaben nach - ein Sachverständiger (der Beklagten oder des Klägers) die Schäden an den Warenvorräten begutachtet hätte (PS 29 in ON 24) jene Waren, die Gegenstand der Beilage ./J sind, einfach weggeworfen hat und nicht einmal sagen konnte, ob er den dafür zuständigen Sachverständigen Ing.Berthaler auf den tatsächlichen Schadensumfang jemals hingewiesen hätte (PS 29 und 30 in ON 24). Selbst wenn die vom Erstgericht aufgezeigten Umstände der Erhebung der Schäden - an den in den verschiedenen Lagern deponierten Warenvorräten - plausibel erklärt werden können, fehlt es dem Gericht an einer ausreichenden Grundlage für die Feststellung des vom Kläger begehrten Schadensausmaßes, stellt die Auflistung in Beilage ./J doch nur eine steuerliche Verbuchung der Schäden dar, und hat der Zeuge Mag.Mairitsch nach seinen eigenen Angaben nur rund 60 % der Ware gemeinsam mit dem Kläger angeschaut (PS 11 in ON 113). Dass das Erstgericht aufgrund der vorliegenden Beweisergebnisse den Nachweis eines über rund ATS 100.000,00 (entspricht rund EUR 7.267,00) hinausgehenden Warenvorräteschadens von weiteren EUR 52.353,00 nicht mit der dafür erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit (Rechberger in Rechberger, ZPO³ Vor § 266 Rz 5) feststellen konnte, ist nachvollziehbar, ist das tatsächliche Schadensausmaß doch nicht ausreichend objektiviert.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpften Feststellungen und legt sie seiner

Entscheidung zugrunde.

3. Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung zu Punkt 6. auf das Gutachten des Sachverständigen Ing.Rudolf Leitner gestützt.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass der Sachverständige selbst zugestanden hat, nicht Naturmaß genommen zu haben und dass die Polierpläne nicht verifiziert seien.

Die Beweisrüge ist nicht berechtigt.

Abgesehen davon, dass der Kläger nicht angibt, warum das Erdgeschoss die Maße (laut begehrter Ersatzfeststellung) von 16,1 x 18,4 m Grundfläche (statt der festgestellten 16,2 x 18,4 m) haben soll, entspricht die bekämpfte Feststellung den gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen Ing.Leitner in seinem Ergänzungsgutachten vom September 2009 (Seite 13 in ON 75). Der Sachverständige hat zur Frage des Klägers, ob er Naturmaß genommen hat, angegeben, dass er aufgrund der Vorlage der Polierpläne im Maßstab 1:50 ausschließlich dann Naturmaße genommen hat, wenn augenscheinlich grobe Mängel gegeben waren. Solche Abweichungen wurden vom Sachverständigen auch tatsächlich berücksichtigt (Seite 9 in ON 75). Der SV erachtete es aus sachverständiger Sicht nicht für erforderlich, darüber hinaus Naturmaße zu nehmen. Von einer mangelnden Verifizierung ist somit nicht auszugehen.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

4. Da es rechtlich nicht relevant ist, aus welchem Grund und zu welchen Kosten die Einhausung der Brandruine erfolgte, muss die bekämpfte Feststellung zu Punkt 8. nicht geprüft werden. Sie war daher nicht zu übernehmen.

5. Soweit der Kläger die Feststellung zu Punkt 9.a bekämpft, ist er wiederum darauf zu verweisen, dass diese mangels rechtlicher Relevanz nicht zu übernehmen war.

Die bekämpfte Feststellung zu 9.b hat das Erstgericht auf die Angaben des Klägers sowie der Zeugen Roland Engler, DI Urban, Ing.Sattlegger und Marianne Schmölzer gestützt und im Rahmen seiner Beweiswürdigung dazu ausgeführt, dass der Kläger behauptete, dass der von der Beklagten beauftragte Sachverständige Ing.Bernthaler sowohl am 7.Dezember 2001 in Anwesenheit aller Beteiligten, insbesondere des zuständigen Sachbearbeiters der Beklagten Roland Engler, sich dahin verbindlich geäußert habe, dass ein Totalschaden vorliege, welche Aussage er auch am 9.April 2002 bei einem Besuch beim Kläger wiederholt habe. Auch der Sachbearbeiter der Beklagten Roland Engler habe noch bei einem Telefonat im Mai 2002 gegenüber dem Kläger bestätigt, dass dieser aufgrund der Darlegungen von Ing.Bernthaler von einem Totalschaden ausgehe, was Marianne Schmölzer mittels Fernsprechanlage

mitangehört habe. Im November 2002 sei dann über massives Drängen des Versicherungsmaklers des Klägers das Gutachten Ing.Bernthaler vorgelegt worden, in welchem erstmals von einer Einbeziehung der Brandruine in den Wiederaufbau des Gebäudes die Rede gewesen wäre. Die Errichtung des Notdaches sei nicht Ausfluss einer anfänglich gegebenen Überzeugung von der Verwendbarkeit der baulichen Reste, sondern ausschließlich zur Schaffung einer Möglichkeit zur Lagerung minderempfindlicher Gegenstände erfolgt. Der Kläger habe dazu im vorliegenden Verfahren eine dieses Vorbringen im Wesentlichen bestätigende Parteiaussage abgelegt. Die Zeugin Marianne Schmölzer, die aber am eigentlichen Ortsaugenschein 7.Dezember 2011 nicht zugegen gewesen sei, sowie der Zeuge Peter Pichler vom Versicherungsmaklerbüro Kaiser, das im Auftrag des Klägers tätig gewesen sei, sowie DI Urban, der ein Bausachverständiger sei und als Berater des Klägers bei diesem Ortsaugenschein eingeschritten sei, hätten die oben dargestellte Äußerung Ing.Bernthalers zum Vorliegen eines Totalschadens bestätigt. Etwas differenziert habe der Zeuge Ing.Sattlegger den damaligen Ablauf dargestellt. Er habe ausgeführt, dass zunächst das Dachgeschoss begangen worden sei, in Bezug auf welches man allgemein ohne größere Diskussion vom Vorliegen eines Totalschadens ausgegangen sei. Dies werde sowohl von Ing.Bernthaler als auch Roland Engler bestätigt. Im Zuge der dann anschließenden weiteren Begehung des Erdgeschosses sei nach der Aussage Ing.Sattleggers weder von Ing.Bernthaler noch den übrigen Teilnehmern zum Schadensumfang in Bezug auf das Erdgeschoss etwas Gesonderes gesagt worden. Dies lasse sich auch mit den diesbezüglichen Darstellungen des Zeugen DI Urban und Peter Pichler zum damaligen Ablauf in Einklang bringen. Im Anschluss an diese Begehung habe dann nach den übereinstimmenden Angaben im Wesentlichen aller Beteiligten im Wohnhaus der Mutter des Klägers eine Schlussbesprechung stattgefunden. Einzig Ing.Sattlegger verlege diese Schlussbesprechung auf einen Tag nach dem 7.Dezember 2002, was aber angesichts der Angaben der übrigen Beteiligten auf einen zeitlichen Zuordnungsfehler Ing.Sattleggers zurückzuführen sein dürfte. Dort sei dann nach der Zeugin Marianne Schmölzer zwischen den Fachleuten, wohl im Wesentlichen Ing.Bernthaler, Ing.Sattlegger und DI Urban, über den Aufbau und Zustand des Gebäudes vor und nach dem Brand, die Möglichkeit von dessen Trocknung sowie das Schicksal der verbliebenen Gebäudeteile diskutiert worden, eine diesbezügliche Festlegung sei damals aber insbesondere nach dem Zeugen Ing.Sattlegger wie auch DI Urban und Peter Pichler nicht erfolgt; vielmehr sei vereinbart worden, dass dafür das Gutachten Ing.Bernthalers einzuholen und dessen Ergebnis abzuwarten sei. Dies hätten auch Ing.Bernthaler und Roland Engler im Rahmen ihrer Aussagen bestätigt. Für diese Einschätzung spreche auch, dass weder die im Auftrag des Klägers erstellten Generalunternehmerangebote noch das Gutachten Ing.Bernthalers darauf ausgerichtet gewesen seien, festzustellen, was es koste, das Wohn- und Betriebsgebäude wieder

herzustellen, wie dies der Zeuge Ing.Sattlegger ausgeführt habe. Wäre tatsächlich am 7.Dezember 2001 im Sinne der diesbezüglichen Klagsbehauptungen definitiv vom Vorliegen eines Totalschadens ausgegangen worden, so wäre es zwar sicherlich auch zur Begutachtung durch Ing.Bernthaler gekommen, aber nicht im Sinne der Wiederherstellungskosten, sondern im Sinne der Feststellung des Neubauwertes, der ja versichert und im Falle eines Totalschadens zu ersetzen gewesen sei. Der Umstand, dass Ing.Bernthaler am 7.Dezember 2001 wohl als Reaktion auf den von Marianne Schmölder angesichts der alten Gebäude geäußerten dringenden Wiederaufbauwunsch des Wohn- und Betriebsgebäudes die in den Feststellungen übernommene Äußerung gegenüber dem Kläger getätigt habe, werde von allen Teilnehmern dieses Ortsaugenscheines samt Schlussbesprechung mit Ausnahme des Zeugen Bernthaler selbst sowie der Zeugen Roland Engler und DI Urban, die beide eine derartige Äußerung Ing.Bernthalers nicht mitgehört haben, bestätigt. Dadurch, dass auch DI Urban diese Äußerung nicht gehört habe, der immerhin damals im Auftrag des Klägers als Berater eingeschritten sei, sei die diesbezügliche Darstellung Roland Englers als durchaus überzeugend und nachvollziehbar zu bewerten. Berücksichtige man nun, dass es sich bei Ing.Bernthaler ebenso wie bei den Zeugen Ing.Sattlegger und DI Urban um ehemalige Schulkollegen des Klägers handle, sei sie für die Richterinnen aus dem Umstand, dass gerade Roland Engler wie auch DI Urban diese Äußerung nicht gehört haben, nur der Schluss zu ziehen, dass es sich hierbei eben nicht um eine offizielle in seiner Eigenschaft als von der Beklagten beauftragter Sachverständiger getätigte Äußerung Ing.Bernthalers gegenüber allen Anwesenden gehandelt habe, sondern um einen privaten Ratschlag Ing.Bernthalers gegenüber seinem ehemaligen Schulkollegen, dem Kläger. Für diese Einschätzung spreche ja auch, dass entgegen der Vorgangsweise bezüglich des Haushaltsschadens im ausgebauten Dachgeschoss, bezüglich dessen ja auf eine Gutachtenseinholung durch Roland Engler schon damals verzichtet worden sei, damals bezüglich des Schicksals der Brandruine noch nichts Verbindliches festgelegt worden sei, vielmehr sei vereinbart worden, dass das Gutachten Ing.Bernthalers über die Wiederherstellungskosten jedenfalls abgewartet werden müsse. Was ja, wie dies der Zeuge DI Urban ausgeführt habe, der selbst Bausachverständiger sei, bei verbindlicher Festlegung des Vorliegens eines Totalschadens wohl nicht erfolgt wäre.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass, auch wenn Ing.Bernthaler ein Schulfreund des Klägers gewesen sein sollte, seine Äußerungen nicht in je eine Freundschafts- und Sachverständigenkomponente zerlegt werden könnten. Dass Ing.Bernthaler einen reinen Freundschaftsvorbehalt gemacht habe, sei nicht festgestellt. Die hinter seiner Äußerung stehende allfällige Motivation sei hier nicht zu erörtern, weil (gerade auch im Sinn der Vertrauenslehre) nur nach außen tretende Handlungen relevant seien. Gemacht habe er die Äußerung und er sei damals als mit der Schadenserhebung betrauter Sachverständiger der

Beklagten tätig gewesen. Damit habe seine Äußerung nur als die in dieser Funktion abgegebene qualifiziert werden können. Außerdem sei - ob nun Obliegenheit oder Risikobegrenzung - ohnedies egal, was gesagt wurde, wenn nur nicht vor Vorliegen des Gutachtens die gegenteilige Versichererweisung ergangen sei, und das stelle nicht einmal das Erstgericht fest.

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat schlüssig begründet, aufgrund welcher Erwägungen es die bekämpfte Feststellung zu 9.b getroffen hat. Dem Kläger ist zwar beizupflichten, dass aus der Aussage des Zeugen Ing.Bernthaler, ob diese nun freundschaftlich oder im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beklagte erfolgte, wonach Totalschaden eingetreten sei, nichts Wesentliches abzuleiten ist, war doch allen Beteiligten klar, dass damit nichts - sowohl für den Kläger als auch die Beklagte - Bindendes festgelegt wurde und dass insoweit das schriftliche Gutachten des Ing.Bernthaler abgewartet werden musste. Damit hat es sich bei den Äußerungen des Ing.Bernthaler aber um keine (bindende) offizielle Einschätzung gehandelt und ist die bekämpfte Feststellung somit ebenso nicht zu beanstanden, wie der Umstand, dass, wie das Erstgericht nachvollziehbar rückschließt, freundschaftliche Bindungen die Ursache für diese - sich in der Folge seitens des Sachverständigen als unrichtig herausstellende - Einschätzung waren.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

C) Zu den Rechtsrügen:

Der Kläger als Versicherungsnehmer begehrt mit der vorliegenden Klage von der Beklagten als Versicherer aufgrund des Brandschadens vom 5.Dezember 2001 aus der Bündelversicherung zu Polizzen-Nr.959-101649 im Rahmen der Feuerversicherung den Ersatz von Schäden 1. aus der Gebäudeversicherung [a) Wohn- und Betriebsgebäude zum Neuwert: EUR 607.986,00; b) Nebengebäude: EUR 3.000,00], 2. aus im Rahmen der Versicherungssumme mitversicherten Abbruchkosten Wohn- und Betriebsgebäude Holzteil [a) EUR 78.987,57 sowie der USt Abbruch Holzteil für Privatanteil b) EUR 10.723,35], 3. aus im Rahmen der mitversicherten Abbruchkosten Mauerteil [a) EUR 11.064,00 sowie der USt daraus b) EUR 1.502,05], 4. aus der Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung zum Neuwert in den Gebäuden [a) EUR 78.230,00 und b) EUR 80.916,91 sowie der USt aus Heizungs-, Sanitär- und Elektroinstallationen für Privatanteil c) EUR 9.265,79] und 5. aus der Versicherung der Vorräte (Waren) in den Gebäuden [a) EUR 7.267,00 und b) EUR 52.353,00]. Unter Abzug der von der Beklagten bisher geleisteten Zahlungen von EUR 658.769,10 (vor Verfahrensbeginn) und EUR 6.483,79 zuzüglich Zinsen

EUR 407,76 (während des laufenden Verfahrens) errechnet sich die geltend gemachte Klagsforderung richtig mit insgesamt EUR 276.042,78 samt Anhang. Streitgegenständlich sind jedoch nur mehr EUR 275.635,02 samt Anhang (siehe die Darstellung der Entwicklung der Klagsforderung durch das Berufungsgericht).

1. Schäden aus der Gebäudeversicherung:

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt liegen dem zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Feuerversicherungsvertrag die Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherung (ABS-Fassung 1997), die Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB-Fassung 1984), die Gruppierungserläuterung (Fassung 1995), die Besonderen Bedingungen 402, 407d, 500a, 516a, 533, 64d, 87, 88, 93, F89, F96 sowie die Besonderen Vereinbarungen laut Beilage der Versicherungspolize (insbesondere BMF 0360 Wiederaufbau) zugrunde.

Der Versicherungsvertrag ist eine Neuwertversicherung, wobei jedoch eine Wiederaufbauklausel (innerhalb von drei Jahren ab Schadenstag), die bei der hier vorliegenden Neuwertversicherung keine Obliegenheit, sondern eine Risikobegrenzung begründet (RIS-Justiz RS0081840; § 97 VersVG), vereinbart wurde. Nur im Falle der Wiedererrichtung kann der Neubauwert (des Gebäudes) verlangt werden, sonst gebührt nur der tatsächliche Zeitwert. Dies ist hier der Fall, hat der Kläger doch innerhalb von drei Jahren ab Schadenstag das Wohn- und Betriebsgebäude - zulässigerweise nicht am selben Ort (BMF 0360 Wiederaufbau) - zu Neuwert-(errichtungs-)Kosten von insgesamt EUR 696.483,00 wieder aufgebaut. Die Entschädigungsleistung ist jedoch gemäß den vereinbarten Versicherungsbedingungen einerseits in jenem Betrag begrenzt, der sich bei Wiederaufbau bzw Wiederherstellung an derselben Stelle und dem gleichen Umfang ergeben würde (BMF 0360 Wiederaufbau), andererseits ist bei der Ermittlung der Ersatzleistung die Verwendbarkeit der Reste für die Wiederherstellung zu berücksichtigen (Art 5 AFB). Restwerte sind dem Versicherungsnehmer in jedem Fall in voller Höhe anzurechnen. Der Versicherungsnehmer erwirbt Anspruch auf Zahlung des die Zeitwertentschädigung übersteigenden Teils der Entschädigung nur insoweit, als dieser Teil zusammen mit der Zeitwertentschädigung den Wiederherstellungsaufwand nicht übersteigt und in dem Umfang, in dem die Verwendung der Entschädigung zur Wiederherstellung an der bisherigen Stelle besichert ist (Bedingung 402).

Der - in Art 5 der AFB auch als Ersatzwert genannte - ortsübliche (Neu)Bauwert ist der Preis, zu dem am Schadenort unter Berücksichtigung der Preisentwicklung während der unvermeidlichen Zeitdauer des Wiederaufbaus ein Gebäude gleicher Art und gleicher Zweckbestimmung herzustellen ist, ohne Rücksicht auf den für den Versicherungsnehmer günstigeren oder ungünstigeren Preis des ersten Baues (RIS-Justiz RS0112573; Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz²⁸ § 88 Rz 13).

a) Der Gerichtssachverständige Ing.Leitner hat diesen ortsüblichen (Neu)Bauwert in seinem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten mit EUR 611.500,00 brutto ermittelt. Soweit der Kläger geltend macht, dass der Preis für die exakte Wiederherstellung des Gebäudes - insbesondere auch des Gewölbes - zu ersetzen wäre, übersieht er, dass bei der Wiederbeschaffung nicht völlige Gleichheit, sondern gleiche Art und Güte für den gleichen Zweck verlangt wird. Dem entspricht das Sachverständigengutachten. Eine Sache von historischem oder künstlerischem Wert im Sinne des Art 5 Abs 3 AFB liegt nicht vor und wurde auch im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet.

Den Wert der verwertbaren Reste hat der Sachverständige - vorbehaltlich der Ergebnisse des zusätzlich einzuholenden bauchemischen Gutachtens - mit EUR 68.200,00 (zuzüglich der Stromkosten der Trocknung von rund EUR 3.000,00) ermittelt. Im Hinblick auf die im Rahmen der Behandlung der Berufungen wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens aufgezeigten Verfahrensmängel - die unterlassene mündliche Erörterung des Gutachtens des bauchemischen Sachverständigen DI Dr.Steiningger und die unterlassene Ergänzung des Gutachtens des Bausachverständigen Ing.Leitner - kann die dem Kläger aus dem Titel Gebäudeversicherung zustehende Ersatzleistung nicht abschließend beurteilt werden.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Gutachten des DI Dr.Steiningger mündlich zu erörtern und das Gutachten des Sachverständigen Ing.Leitner zu ergänzen sein. Die Sachverständigen werden dabei mit den aufgezeigten Widersprüchen in ihren Gutachten (insbesondere zur Tragfähigkeit der Erdgeschossdecke, zum Wiederherstellungsaufwand, zur Bezifferbarkeit der Trocknungskosten etc) zu konfrontieren sein. Der Sachverständige Ing.Leitner wird unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Gutachtens DI Dr.Steiningger gutachtlich zu beurteilen haben, ob weiterhin von einer technischen und wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Reste bei der Wiederherstellung des Gebäudes auszugehen ist und im Falle der Bejahung dieser Frage die Wiederaufbaukosten (unter Berücksichtigung der Verwertbarkeit der Reste) zu beziffern haben.

Dem Erstgericht bleibt es dabei vorbehalten, ob es insoweit die von der Beklagten begehrte ergänzende Einvernahme des sachverständigen Zeugen Ing.Bernthaler für erforderlich erachtet.

b) Darüber hinaus macht die Beklagte zutreffend als sekundären Feststellungsmangel geltend, dass das Erstgericht die im vom Sachverständigen Ing.Leitner ermittelten Neu(bau)wert von EUR 611.500,00 enthaltenen Kosten der Haustechnik (Seite 19 in ON 75; PS 3 in ON 90) nicht festgestellt und insoweit nicht geprüft hat, ob eine Doppelverrechnung im Hinblick auf die gesondert versicherte und vom Kläger geltend gemachte technische und kaufmännische Betriebseinrichtung gegeben ist. Zur Hintanhaltung eines Verstoßes gegen das (auch) im Versicherungsrecht geltende Bereicherungsverbot können im Rahmen der

Gebäudeversicherung somit die Wiedererrichtungskosten Haustechnik nur in dem Umfang geltend gemacht werden, als sie in die Gebäudeversicherung und nicht unter die versicherte technische und kaufmännische Betriebseinrichtung fallen.

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien und dem Bausachverständigen Ing.Leitner unter Bezugnahme auf den Versicherungsvertrag und die ihm zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen (Umfang der Gebäudeversicherung; vereinbarter Gegenstand der Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung [Erdgeschoß?]; Gruppierungserläuterung, Art 2 AFB etc) zu erörtern und zu klären haben, ob insoweit eine Doppelversicherung vorliegt und die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

c) Ausgehend von der unrichtigen Rechtsansicht, dass der diesbezügliche Schaden verjährt wäre, hat das Erstgericht, wie der Kläger im Rahmen seiner Berufung zutreffend moniert, ausreichende Feststellungen zum geltend gemachten Schaden am Dach des Nebengebäudes Nr.2 nicht getroffen.

Abgesehen davon, dass die Beklagte den Einwand der Verjährung nicht erhoben hat und diese daher nicht vom Erstgericht von Amts wegen wahrzunehmen gewesen ist (Dehn in KBB² § 1501 Rz 1) - entgegen den Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung kann ihr Vorbringen in AS 295 bis 297/I. Band bzw PS 7 bis 9 in ON 26 nicht als Verjährungseinrede qualifiziert werden, weil sie sich damit nicht explizit auf Verjährung (sondern auf Leistungsfreiheit) berufen (vgl Dehn aaO § 1501 Rz 1) und auch nicht die anspruchsbegründenden Tatsachen dazu vorgebracht hat - , ist der geltend gemachte Anspruch im Hinblick darauf, dass der Schaden am 5.Dezember 2001 eintrat und mit Klage am 2.Dezember 2004 geltend gemacht wurde, jedenfalls nicht verjährt (vgl § 12 Abs 1 VersVG).

Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht den diesbezüglich geltend gemachten Schaden inhaltlich zu prüfen und die notwendigen Feststellungen zu treffen haben, damit beurteilt werden kann, ob bzw in welcher Höhe dem Kläger durch den Brand ein im Rahmen der Gebäudeversicherung versicherter Schaden am Dach des Nebengebäudes entstanden ist.

Anzumerken ist, dass sich der Bau-SV Ing.Leitner zum geltend gemachten Schaden bereits gutachtlich geäußert hat (PS 25 in ON 90). Mit der Beklagten wird im Hinblick auf diese gutachtlichen Ausführungen zu erörtern sein, ob die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Dachdeckerfach beantragt oder der Schaden (der Höhe nach) außer Streit gestellt wird.

Weiters ist zu klären, im Rahmen welcher Versicherungssumme (LF Nr.1 oder 2 Beilage

./A, Seite 2) das Nebengebäude 2 versichert ist.

2. Die Ansprüche des Klägers hinsichtlich der im Rahmen der Versicherungssumme mitversicherten Abbruchkosten Wohn- und Betriebsgebäude Holzteil sowie dem USt-Anteil von insgesamt EUR 89.710,92 wurden von der Beklagten als berechtigt anerkannt (PS 5 in ON 5).

*Abbruchkosten
Haus
11.064,-
1.502,05*

3. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt belaufen sich die (bei der Gebäudeversicherung im Rahmen der Versicherungssumme mitversicherten) Abbruchkosten der EG-Gebäudeteile auf EUR 11.064,00 und EUR 1.502,05 an anteiliger USt.

Ob der Kläger Anspruch auf Ersatz dieser Kosten hat, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden, weil noch nicht feststeht, ob von einer (technischen und wirtschaftlichen) Verwertbarkeit dieser Reste bei der Wiedererrichtung des Gebäudes auszugehen ist.

4. Die Ansprüche des Klägers im Rahmen der Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung zum Neuwert in den Gebäuden wurden von der Beklagten mit EUR 78.230,00 als berechtigt anerkannt (PS 5 in ON 5).

*WTD
80.916,91
9.265,79*

Ausgehend von seiner unrichtigen Rechtsauffassung, dass der insoweit geltend gemachte Anspruch von weiteren EUR 80.916,91 sowie der anteiligen USt von EUR 9.265,79 verjährt wäre (vgl. Punkt II.C 1.c), hat sich das Erstgericht mit den - über das Gutachten Ing. Bernthaler hinausgehenden - Ansprüchen des Klägers nicht befasst und dazu insbesondere kein Sachverständigengutachten eingeholt. Dies begründet einen sekundären Feststellungsmangel.

Wie schon unter Punkt 1.b) der Rechtsrüge oben dargelegt wurde, wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren den Umfang der Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung - entsprechend dem Versicherungsvertrag und den vereinbarten Vertragsgrundlagen bzw. Versicherungsbedingungen; der zur Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung eingereichten Vorschätzung; in Abgrenzung zur Gebäudeversicherung und der Haushaltsversicherung - zu berücksichtigen haben.

Art 4 AFB

Darüber hinaus wird der insoweit offensichtlich auf Art 4 AFB gestützte Einwand der Leistungsfreiheit der Beklagten bzw. des Vorliegens einer Obliegenheitsverletzung und die tatsächliche Nutzung der Baubestandteile (EG, OG) - hier liegen ausreichende Beweisergebnisse für entsprechende Feststellungen vor - zu prüfen sein.

*Nutzg.
EG/OG*

5. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist dem Kläger aus dem Titel Warenvorräte der ihm obliegende Nachweis (RIS-Justiz RS0109832) eines EUR 7.267,00 übersteigenden Schadens - die Beklagte anerkennt lediglich den Betrag von EUR 7.267,00 - nicht gelungen.

Das Erstgericht hat damit im Ergebnis diesen Anspruch zutreffend mit dem angefochtenen Urteil als unberechtigt abgewiesen. Aufgrund der vorliegenden Entscheidungsreife war die angefochtene Entscheidung insoweit mit Teilurteil zu bestätigen, sodass das Begehren über EUR 52.353,00 samt Anhang abgewiesen bleibt.

6. Gemäß § 94 Abs 1 VersVG ist die Entschädigung nach Ablauf eines Monats seit der Anzeige des Versicherungsfalles mit vier von hundert für das Jahr zu verzinsen, soweit nicht aus besonderen Gründen eine weitergehende Zinsenpflicht besteht. Der Lauf der im Abs 1 bezeichneten Frist ist gehemmt, solange infolge eines Verschuldens des Versicherungsnehmers der Schaden nicht festgesetzt werden kann (§ 94 Abs 2 VersVG). Die Verzinsung nach § 94 VersVG gilt auch für die gesamte Feuerversicherung; daher auch für die - hier vorliegende - Neuwertversicherung auch bei Wiederbeschauungsklauseln (RI0000082 [OLG Innsbruck 4 R 112/99y]). Die Regelung des § 94 Abs 1 bedeutet, dass § 94 VersVG subsidiär zu jenen Bestimmungen ist, in denen aus bestimmten Gründen eine andere Verzinsung vorgesehen ist, wie zB § 352 HGB (UGB) oder § 1333 ABGB. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, warum die gesetzliche Bestimmung des § 1333 ABGB idF des ZinsRÄG Leistungen aus Versicherungsverträgen nicht umfassen sollte (7 Ob 49/06s; RdW 2007, 217; Grubmann, VersVG⁷ § 94 E 1).

Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass die Beklagte das Zinsenbegehren (den Beginn des Zinsenlaufs sowie den über 4 % hinausgehenden Zinssatz) nicht qualifiziert bestritten hat. Soweit der Kläger jedoch den über 4 % begehrten (gesetzlichen bzw aus dem Titel des Schadenersatzes) Zinssatz von 7 % samt Kapitalisierung auf eine vorzulegende Bankbestätigung, somit auf Kreditzinsen stützt, wird er seinen Schadenersatzanspruch nachzuweisen haben.

7. Der Kläger erkennt zutreffend in seiner Berufung (Seite 16 in ON 119), dass er aus dem Titel Finanzierungsaufwand gar keinen bestimmten (Schadenersatz)Betrag geltend gemacht hat. Soweit die Klage somit hinsichtlich des Finanzierungsaufwandes pauschal auch auf Schadenersatz (mit der Begründung, dass die Beklagte verspätet bezahlt habe) gestützt wurde, liegt Unschlüssigkeit vor, hat der Kläger es doch unterlassen, ein substantiiertes Vorbringen zu erstatten und insoweit den (Zwischen-)Finanzierungsaufwand betraglich zu konkretisieren.

D) Ergebnis:

Aus diesen Gründen war den Berufungen teilweise bzw Folge zu geben.

Die angefochtene Entscheidung war hinsichtlich der Abweisung des Betrages von EUR 52.353,00 samt Anhang - als Teilurteil (§ 390 ZPO) - zu bestätigen, im Übrigen - hinsichtlich des Betrages von EUR 223.282,02 samt Anhang - aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO idF BBG 2011; die hierfür im Abs 2 leg cit normierten Voraussetzungen liegen vor.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil Rechtsfragen erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu entscheiden waren.

Oberlandesgericht Graz, Abteilung 5
Graz, 10. Oktober 2012
Dr.Maria Luise Rastädter-Puschnig, Senatspräsidentin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG