

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 32/89

URTEIL

Verkündet am:
21. März 1990
Keller
Justizassistentin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Horst B. [REDACTED], c/o Dr. O. B. [REDACTED], T. [REDACTED]
[REDACTED] H. [REDACTED]weg 26, H. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

G. [REDACTED] Versicherungsbank, Versicherungsverein auf Gegensei-
tigkeit, vertreten durch den Vorstand, Zweigniederlassung
H. [REDACTED], K. [REDACTED]straße 23-25, H. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1990

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 20. Dezember 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von dem beklagten Versicherungsverein Ersatz des in seiner Gaststätte "L[REDACTED]-Pub" in H[REDACTED] in der Nacht zum 7. Mai 1984 entstandenen Brandschadens. Der Beklagte hatte unter anderem die Feuer- und die Betriebsunterbrechungsversicherung dieser Gaststätte durch vorläufige Deckungszusage vom 6. April 1984 übernommen.

Die Gaststätte war im vorangegangenen Jahr bereits einmal abgebrannt. Nach der Schadensregulierung durch den dama-

ligen Versicherer wurde sie wieder aufgebaut. Der Kläger hatte damit die P [REDACTED] Gaststätteneinrichtungen GmbH beauftragt. Er beabsichtigte nach seinen Angaben, den Betrieb im Mai 1984 wieder vollständig zu eröffnen, hatte aber am Abend vor dem Brand bereits Gäste bewirtet. Wie bei dem vorausgegangenen Brand wurde ein gegen den Kläger eingeleitetes Ermittlungsverfahren später eingestellt.

Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 21. Februar 1985 die Entschädigungsansprüche ab. Er berief sich auf begründeten Brandstiftungsverdacht und auf arglistige Täuschung bei den Entschädigungsverhandlungen durch Vorlage einer fingierten "Rechnung" des Zeugen P [REDACTED] mit dem Datum des 3. Mai 1984. Im Rechtsstreit hat der Beklagte weiterhin geltend gemacht, der Kläger habe die vorläufige Deckungszusage durch arglistige Täuschung erreicht und außerdem durch seine Aufstellung über Warenvorräte bei den Entschädigungsverhandlungen zu täuschen versucht.

Der Kläger beantragt Zahlung von 755.074,11 DM nebst Zinsen an sich selbst, Zahlung weiterer insgesamt 223.543,65 DM nebst Zinsen und Kosten an verschiedene, namentlich bezeichnete Abtretungs- und Pfändungsgläubiger sowie die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, allen weiteren materiellen Schaden aus der Geschäfts- und Betriebsunterbrechungsversicherung zu zahlen. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe seine Ansprüche verwirkt, weil er mit der Rechnung vom 3. Mai 1984 arglistig getäuscht habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers mit der gleichen Begründung zurückgewiesen. Dagegen wendet dieser sich mit seiner Revision.



Entscheidungsgründe:

I.

Das angefochtene Urteil kommt zur völligen Leistungsfreiheit des Beklagten gemäß § 16 AFB aufgrund verschiedener Verfahrens- und Rechtsfehler.

1. Die Revision rügt mit Recht, der Tatrichter habe bei der Bejahung der Frage, ob der Kläger arglistig getäuscht habe, verfahrensfehlerhaft einen Beweisantritt und entscheidungserheblichen Vortrag übergangen.

a) Das Berufungsurteil will den Tatbestand der versuchten arglistigen Täuschung bei der Ermittlung der Entschädigung darin sehen, daß der Kläger durch den Zeugen P [REDACTED] dessen fingierte "Rechnung" vom 3. Mai 1984 dem Sachverständigen der Beklagten, dem Zeugen T [REDACTED], am 14. Mai 1984 habe übergeben lassen. Diese "Rechnung" habe nach den gesamten, im Berufungsurteil näher ausgeführten Umständen den Eindruck erweckt und erwecken sollen, daß die darin in 41 Einzelpositionen genannten Leistungen tatsächlich ausgeführt worden seien und der Rechnungsbetrag von 467.721,14 DM tatsächlich gefordert werde. Der Kläger müsse sich die falschen Angaben von P [REDACTED] zurechnen lassen. Er habe den Beklagten nicht von sich aus darauf aufmerksam gemacht, daß es sich entgegen der Datumsangabe und der Überschrift nicht um eine Abrechnung handelte, und daß die darin bezeichneten Leistungen zu niedrigeren Preisen und zum Teil von anderen Unternehmern erbracht worden waren. Vielmehr habe er auf aus-

drückliche Anfrage des Beklagten mit seiner Antwort vom 9. August 1984 die falsche Angabe noch verstärkt.

Der Kläger habe mit seinen unrichtigen Angaben eine Täuschung der Beklagten bezweckt. Seine Darstellung, P [REDACTED] [REDACTED] habe im allseitigen Einverständnis eine Aufstellung auf Neuwertbasis erstellen sollen, die versehentlich als Rechnung bezeichnet worden sei, sei nicht richtig.

b) Der Tatrichter hat erklärtermaßen der "Rechnung" vom 3. Mai 1984, insbesondere ihrer Bezeichnung als Rechnung einen hohen Beweiswert zugemessen. Seine Begründung dafür, daß der Kläger schon damals die Bedeutung dieser Bezeichnung erkannt, sie also zu Täuschungszwecken gebraucht hat, beruht jedoch auf Verfahrens- und auf Rechtsfehlern.

aa) Der Kläger hat in der Berufungsbegründung die Ehefrau des Zeugen P [REDACTED] zum Beweis dafür benannt, daß diese das Schriftstück am Sonntag, dem 13. Mai 1984 "spätabends noch getippt" und dabei versehentlich die Bezeichnung "Rechnung" verwendet habe; ob die Datumsangabe "3." wegen der letzten von P [REDACTED] am 3. Mai 1984 erbrachten Leistung bewußt gewählt worden oder ob lediglich die "1" vor "3" (= 13) vergessen worden sei, könne nicht mehr nachvollzogen werden. Diesen Beweisantritt hat das Berufungsgericht übergangen. Es hat vielmehr ohne Vernehmung dieser Zeugin die Aussage des Zeugen P [REDACTED], es habe sich um ein Versehen gehandelt, man habe der Bezeichnung keine große Bedeutung zugemessen, für äußerst unglaubwürdig gehalten. Zu einer solchen Wertung wäre es aber erst nach Vernehmung auch der Zeugin P [REDACTED] befugt gewesen. Diese hätte insbesondere dazu befragt werden

müssen, ob sie auf Anweisung ihres Ehemannes oder des Klägers die Bezeichnung "Rechnung" wählte, weil das Berufungsgericht davon ausgehen will (vgl. S. 23 unten, 24 Abs. 2 Zeile 6, 25 Abs. 1 am Ende des Berufungsurteils), daß der Kläger mit der unrichtigen Angabe eine Täuschung bezweckte. Hatte aber der Kläger selbst eine solche Anweisung nicht gegeben oder - wozu ebenfalls Feststellungen fehlen - mit P. nicht verabredet, dann kann ihm nicht wie immer wieder im Berufungsurteil (z.B. S. 25 Abs. 2 Mitte, S. 26 oben, Mitte und unten, S. 27 Abs. 1 Mitte) entscheidend zur Last gelegt werden, daß er den Grund für diese Bezeichnung nicht plausibel hat erklären können.

bb) Wie der Sachverständige in seinem Gutachten erkennt auch das Berufungsgericht (S. 20 untere Hälfte und 26 Abs. 1 im Berufungsurteil) den Widerspruch, der darin liegt, daß die wie ein Abschluß aufgemachte Rechnung eine fortlaufende Nummer nach einer Teilrechnung, aber ein Datum vor dieser Teilrechnung aufweist. Gleichwohl lassen seine Ausführungen nicht erkennen, daß es erwogen hat, ob diese Auffälligkeit gegen den von ihm angenommenen Täuschungszweck spricht, obwohl für die Hauptrechnung doch ein Datum zwischen Teilrechnung und Brand hätte gewählt werden können. Gerade wegen dieser Auffälligkeit bestehen weitere Bedenken gegen das Gewicht, das im Berufungsurteil der Tatsache beigemessen wird, daß der Kläger Bezeichnung und Datum nicht plausibel hat erklären können.

cc) Widersprüchlich wird begründet, daß der Kläger schon damals die Bedeutung der Bezeichnung "Rechnung" erkannt hat. Auf S. 25 Abs. 2 a.A. führt das Berufungsurteil aus, jeder Versicherungsnehmer, auch der Kläger wisse, was

die Einreichung eines als Rechnung bezeichneten Schriftstückes bei der Versicherung bedeute. Unstreitig hat jedoch nicht der Kläger, sondern P [REDACTED] die nach Behauptung des Klägers erst am Vortage erstellte Rechnung dem Sachverständigen des Beklagten am 14. Mai 1984 übergeben. Der Kläger selbst hat sie nach der Feststellung auf S. 21 Abs. 2 Zeile 4 des Berufungsurteils "erst einige Tage später" erhalten, als sie der Versicherung schon eingereicht war. An anderer Stelle (S. 27 Mitte des Berufungsurteils) wird vom Berufungsgericht die den Kläger hinsichtlich der Täuschungsabsicht entlastende Überlegung gesehen, daß wegen der Abtretungen vom 17. Mai 1984 an andere Gläubiger die Aufnahme von deren Forderungen in die Rechnung sofort aufgedeckt werden konnte. Diese Überlegung verwirft das Berufungsgericht nicht nur vorrangig wegen der fehlenden Plausibilität der Erklärungsversuche des Klägers, sondern auch deshalb, weil der Kläger erst nach dem Einreichen der Rechnung abgetreten habe. Dazu verweist die Revision mit Recht darauf, daß noch nicht einmal feststeht, ob der Kläger bei der Abtretung am 17. Mai 1984 die Rechnung kannte, die ihm erst "einige Tage" nach dem 14. Mai 1984 übermittelt worden ist.

Im Widerspruch zu der erwähnten Feststellung, der Kläger kenne wie jeder Versicherungsnehmer die Bedeutung einer "Rechnung", heißt es wörtlich S. 26 oben im Berufungsurteil, "schon damals mußte ... dem Kläger ... die Bedeutung der Bezeichnung als Rechnung bewußt sein". Nach dieser Formulierung ist wie schon nach der ähnlichen Formulierung S. 21 Abs. 2 Satz 3 ("... konnte ... erkennen.") nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht grobe Fahrlässigkeit für die arglistige Täuschung hat ausreichen lassen. Das wäre rechtsfehlerhaft.

dd) Durch die Zurückverweisung erhält der Tatrichter auch Gelegenheit, sich mit dem von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht herausgestellten streitigen Vortrag zu dem Vorhandensein eines handschriftlichen Vermerks über den noch zu zahlenden Betrag auf dem Original der "Rechnung" auseinanderzusetzen (GA 264 und 274).

c) Desweiteren wertet das Berufungsgericht zu Lasten des Klägers hinsichtlich seiner Täuschungsabsicht dessen Antwortschreiben vom 9. August 1984 auf die Anfrage des Regulierungsbevollmächtigten Schröder, ob die Rechnung "in vollem Umfang den Status einer Schadenaufstellung erhalten soll". Bei dieser Wertung bleibt jedoch der Anlaß für das Antwortschreiben unberücksichtigt, was die Revision rügt.

Die Anfrage vom 19. Juli 1984 des Zeugen S. zeigt, daß dieser Zeuge wußte, daß die "Rechnung" vom 3. Mai 1984 nicht, jedenfalls nicht in vollem Umfang eine Abrechnung über tatsächlich von Pohlmann erbrachte Leistungen war. Nach dem Inhalt der Anfrage hatte nämlich der Kläger selbst dem Zeugen die Auskunft gegeben, daß Rechnungsbeträge dritter Firmen über Einrichtungsgegenstände darin enthalten und nicht zusätzlich zu berücksichtigen seien. Wird dieser Umstand in die Bewertung einbezogen, dann ist nicht auszuschließen, daß der Kläger entgegen der Erwägung S. 22 oben im Berufungsurteil mit seinem Schreiben nicht einen bereits erweckten falschen Eindruck aufrecht erhalten und verstärken, sondern nur darauf hinweisen wollte, daß er über das ursprüngliche Angebot P. hinaus mehr an Einrichtung, vielleicht auch gegenüber den tatsächlich von ihm gezahlten Preisen höher zu bewertende Einrichtung angeschafft hatte.

d) Nicht auszuschließen ist schließlich, daß das Berufungsgericht zu seinem Ergebnis, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis des subjektiven Tatbestandes der arglistigen Täuschung erbracht, rechtsfehlerhaft gelangt ist. Es will aufgrund der Gesamtheit der vorgelegten Unterlagen in Verbindung mit den Aussagen der vom Beklagten benannten Zeugen T [REDACTED] und S [REDACTED] ein Wissen dieser beiden Zeugen davon ausschließen, daß diese Rechnung nur eine Aufstellung über die fiktiven Kosten der Neuherstellung sein sollte. Diese aufgrund dieser Beweismittel gebildete Überzeugung erklärt das Berufungsgericht für nicht erschüttert durch die Aussagen der weiteren, vom Kläger benannten Zeugen P [REDACTED], H [REDACTED], Sch [REDACTED] und D [REDACTED] (S. 24 Mitte und erneut S. 30 Abs. 2 im Berufungsurteil).

Auch wenn man mit dem Berufungsgericht ein Wissen der beiden Zeugen der Beklagten vom wahren Charakter der Rechnung als "ausgeschlossen" ansieht - jedenfalls bis Juni oder Juli 1984 (vgl. oben c) - kann daraus noch nicht die hier allein entscheidende Täuschungsabsicht des Klägers entnommen werden. Das Berufungsgericht hat nämlich nicht die bislang nicht ausgeschlossene Möglichkeit erörtert, daß der Kläger irrtümlich annahm, T [REDACTED] und S [REDACTED] seien über den Charakter der Rechnung unterrichtet und hätten die möglicherweise unklaren Hinweise in den Besprechungen kurz nach dem Brand auf die Art dieses Schriftstücks völlig verstanden.

2. Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsurteil überhaupt nicht darauf ein, ob die Inanspruchnahme völliger Leistungsfreiheit seitens des Beklagten unzulässige Rechtsausübung ist (BGHZ 96, 88 und Senatsurteile vom 8.2.1984 und

29.5.1985 - IVa ZR 203/81 und 259/83 - VersR 1984, 453 unter II. und 1985, 875 unter 2.).

Diese Frage mußte hier geprüft werden. Die Existenzgrundlage des Klägers ist bei völliger Leistungsfreiheit des Beklagten endgültig vernichtet. Nach der im Berufungsurteil S. 20 oben geäußerten Auffassung soll der Kläger mit der Rechnung eine falsche Angabe über die Höhe des Versicherungswertes gemacht haben, was für den Umfang der Entschädigungspflicht des Beklagten unmittelbar von Bedeutung gewesen sein soll. Das Berufungsurteil führt aber nicht aus, daß tatsächlich die in der Rechnung angegebenen Gegenstände und Leistungen vor dem Brandschaden nicht vorhanden oder nicht - von wem auch immer - erbracht worden sind oder nicht die angegebenen Neuwerte hatten. Dargelegt wird nur, daß es sich bei der Rechnung nicht um eine Abrechnung von P [REDACTED] über tatsächlich erbrachte und berechnete Leistungen handelte. Wenn die falschen Angaben nicht die Höhe des Versicherungswertes berühren, ist die Berufung auf Leistungsfreiheit für den Versicherungsnehmer häufig eine unzumutbare Härte. Zum Maß des Verschuldens muß der Tatrichter gegebenenfalls noch Feststellungen treffen.

3. Dafür, daß der Beklagte dem Kläger auch den Betriebsunterbrechungsschaden nicht zu ersetzen hat, findet sich im Berufungsurteil keine Begründung. Die Revision rügt Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO. Ob diese Rüge wegen der Ausführungen im Urteil des Landgerichts zu diesem Anspruch trotz fehlender Verweisung gemäß § 543 ZPO durchgreift, kann unentschieden bleiben. Denn die Begründung im Urteil des Landgerichts, daß sich die Verwirkung gemäß § 16 AFB auch

auf den mitversicherten Betriebsunterbrechungsschaden erstreckt, ist nicht mit der Senatsrechtsprechung vereinbar. Nach dieser kommt es auf den Schutzzweck an (Urteil vom 8.2.1984 - IVa ZR 203/81 - VersR 1984, 453 unter IV.).

II.

Das angefochtene Urteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Die vom Beklagten behauptete arglistige Täuschung bei dem Einreichen der vorläufigen Deckungszusage ist bislang nicht festgestellt. Deshalb kann offen bleiben, ob die Anfechtungserklärung im Prozeß verspätet ist.

2. Zu der vom Kläger bestrittenen Behauptung des Beklagten, der Kläger habe durch seine Aufstellung über Warenvorräte getäuscht, fehlen tatrichterliche Feststellungen. Es soll hier nur um nicht klar genug belegte Beträge von 5.000 DM bis 7.000 DM gehen. Danach könnte es sein, daß ein deshalb anzuerkennender Leistungsausschluß auf diese abgegrenzte Position beschränkt bleiben muß (Martin, Sachversicherungsrecht 2. Aufl. X III 24; Prölss/Martin, 24. Aufl. AFB § 16 Anm. 6b).

3. Ob der Beklagte den Nachweis für die Voraussetzungen des § 61 VVG, also für eine vom Kläger veranlaßte Brandstiftung erbringen kann, ist ebenfalls offen. Die vom Beklagten in Anspruch genommene Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises steht ihm jedenfalls nicht zu (Senatsurteil vom 17.5.1989 - IVa ZR 130/88 - VersR 1989, 841).

III.

Ausweislich der Geschäftsverteilung des Hanseatischen Oberlandesgerichts bearbeitet der bislang mit der Sache befaßte 12. Zivilsenat = 3. Familiensenat weiterhin fast ausschließlich Familiensachen. Es erscheint zweckmäßig, die Sache an einen Senat zurückzuverweisen, dessen Zuständigkeitsbereich dem Versicherungsvertragsrecht deutlich näher liegt.

Bundschuh

RiBGH Dehner ist wegen Urlaubs an der Unterschrift verhindert.

Bundschuh

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Römer