

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

VVG § 43; HGB § 98; ZPO §§ 296 Abs. 2, 419, 528 Abs. 2

- a) Zur Stellung des Versicherungsmaklers und des Versicherungsagenten bei der Weiterleitung von Versicherungsanträgen.
- b) Zur Frage, wer die Beweislast trägt, wenn zwischen den Parteien streitig ist, ob eine Änderung des Versicherungsantrags vom Versicherungsmakler oder vom Versicherer vorgenommen worden ist.
- c) Die in § 419 ZPO genannten Mängel nehmen der Urkunde nicht schlechthin die Beweiskraft, sondern schließen nur die Geltung der Beweisregeln der §§ 415 bis 418 ZPO aus; sie stellen damit den Grundsatz der freien Beweiswürdigung wieder her.
- d) Zur Frage, ob objektiv verspätetes Vorbringen deshalb zurückgewiesen werden kann, weil die Partei es versäumt hat, rechtzeitig Ermittlungen anzustellen.

BGH, Urt. v. 25. März 1987 - IVa ZR 224/85 - OLG Nürnberg
LG Amberg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 224/85

URTEIL

Verkündet am: 25. März 1987
Hellmann, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Wassersport-Center F [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführerin Erika B [REDACTED], Sa [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Michael S c h [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Michael Sch [REDACTED], H [REDACTED]str. [REDACTED], A [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streitgehilfin der Beklagten:

B a [REDACTED] Versicherungsgesellschaft, Niederlassung für Deutschland, gesetzlich vertreten durch den Hauptbevollmächtigten Franz R. St [REDACTED], Ba [REDACTED] Straße [REDACTED], Bad [REDACTED]

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] in [REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1987 durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 21. Juni 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision und die in der Revision entstandenen Kosten der Streitgehilfin, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch geltend, weil die von der durch Vermittlung der Beklagten mit der Streitgehilfin (einer Versicherungsgesellschaft) abgeschlossene Geschäfts- und Betriebsversicherung nicht den von ihr, der Klägerin, gewünschten Umfang hat.

Die Klägerin betrieb am Feringasee in U [REDACTED] ein Wassersport- und Tauchcenter. Im Jahr 1979 wollte sie hierfür eine Geschäfts- und Betriebsversicherung ab-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schließen und ließ daher den Geschäftsführer der Beklagten zu sich kommen, um über ihn die von ihr gewünschte Versicherung vermittelt zu erhalten. Dabei legte sie Wert darauf, daß sämtliche vorhandenen Gebäude einschließlich Inventar und Zubehör in vollem Umfang versichert werden. Der Geschäftsführer der Beklagten füllte dementsprechend zunächst einen handschriftlichen "Antrag auf gebündelte Geschäfts- und Betriebsversicherung" an die Streitgehilfin aus, in der das zu versichernde Risiko wie folgt umschrieben war:

"Summarisch zu versichern sind

In den Geschäfts- und Lagerräumen, Schaufenstern, Schaukästen und Vitrinen auf dem Versicherungsgrundstück:

- | | |
|--|------------------------------------|
| 1. die technische und kaufmännische Betriebseinrichtung mit allem Zubehör einschließlich Gebrauchsgegenstände der Betriebsinhaber und -angehörigen zum Neuwert - ohne Geld, Wertpapiere und Kraftfahrzeuge - | Gesamt-
versicherungs-
summe |
| 2. der gesamte Warenbestand, und zwar (Art der Waren): | |
| 3. als Vorsorge zum Ausgleich einer etwaigen Unterversicherung | DM
170.000,--" |

Die Beklagte reichte den Antrag bei der Streitgehilfin ein. Das Schriftstück weist heute mehrere handschriftliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Wortlaut auf. Wann und wie es zu diesen Veränderungen gekommen ist, ist streitig.

Die Streitgehilfin fertigte einen Versicherungsschein aus und übersandte ihn der Klägerin. Sein Inhalt entspricht der handschriftlich geänderten Fassung des Antrags. Das versicherte Risiko wird in ihm wie folgt umschrieben:

"Summarisch zu versichern sind
In den Geschäfts- und Lagerräumen, Schaufenstern,
Schaukästen und Vitrinen auf dem Versicherungs-
grundstück:

- | | | |
|--|---------------|--------------------------|
| 1. die technische und kaufmännische Betriebseinrichtung mit allem Zubehör einschließlich Gebrauchsgegenstände der Betriebsinhaber und
- angehörigen zum Neuwert - ohne Geld, Wertpapiere und Kraftfahrzeuge f.d. Büro und Verkaufskiosk | 6.000,-- DM | |
| 2a. der gesamte Warenbestand, und zwar (Art der Waren): Lebensmittel und Prospekte in Kiosken mit | 14.000,-- DM | Gesamtversicherungssumme |
| 2b. Surfbretter mit Zubehör in der Lagerh. | 150.000,-- DM | |
| 3. als Vorsorge zum Ausgleich einer etwaigen Unterversicherung | | DM |
| | | 170.000,-- DM" |

Im November 1980 kam es auf dem Betriebsgelände der Klägerin zu einem Großbrand, bei dem die Lagerhalle und der Verkaufskiosk samt Inhalt weitgehend zerstört wurden. Die Streitgehilfin lehnte es ab, für die in der Lagerhalle verbrannten Boote, Segel und Anzüge Ersatz zu leisten; sie stellte sich auf den Standpunkt, daß vom Inhalt der Lagerhalle nur Surfbretter versichert gewesen seien. Es kam schließlich zu einem Vergleich, in dem sich die Streitgehilfin zur Zahlung von 65.000 DM an die Klägerin verpflichtete.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den Versicherungsantrag eigenmächtig abgeändert und in dieser Form an die Streitgehilfin weitergeleitet. Wäre ein Versicherungsvertrag mit dem von ihr, der Klägerin gewünschten Inhalt, d.h. entsprechend der ursprünglichen Fassung des Antrags, zustande gekommen, so hätte ihr Gesamtschaden in Höhe von 176.261,60 DM von der Streitgehilfin ersetzt werden müssen. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie von der Klägerin Ersatz des Differenzbetrages von 102.261,60 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte behauptet, die handschriftliche Ergänzung des Antrages habe sie weder vorgenommen noch veranlaßt. Anscheinend habe die Klägerin unmittelbar mit der Streitgehilfin weitere Vereinbarungen getroffen.

Die Streitgehilfin behauptet, sie habe keine Ergänzung des Antrages ohne Einverständnis des Versicherungsvermittlers oder des Versicherungsnehmers vorgenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt sie ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin nicht nachgewiesen, daß die Beklagte "beim Zu-

standekommen des Versicherungsvertrages" die ihr obliegenden Verpflichtungen als "Versicherungsvermittlerin" verletzt habe. Die Beklagte habe unstreitig den von der Streitgehilfin ausgestellten Versicherungsschein vor dem Brandschaden nicht zu Gesicht bekommen. Sie habe auch als "Vermittlerin" nicht die Verpflichtung gehabt, den Versicherungsschein zu überprüfen. Daß die Beklagte die für die Klägerin nachteiligen Änderungen des Versicherungsantrags herbeigeführt habe, habe diese nicht zu beweisen vermocht. Zwar sei der Versicherungsantrag von der Beklagten sowohl in ihrer Eigenschaft als Vermittlerin als auch im Auftrag der Klägerin als deren Vertreterin unterzeichnet und somit eine Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO. Durch die augenfällig von einer fremden Hand herrührenden Veränderungen des Textes werde jedoch die Vermutung entkräftet, daß sie vom Aussteller stammen. Der Antrag der Klägerin, den Zeugen Michel dazu zu vernehmen, daß der Geschäftsführer der Beklagten die Änderung des Antrags veranlaßt habe, sei verspätet und im übrigen ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.

Diese Ausführungen enthalten keine erschöpfende Würdigung des Streitstoffs; sie sind in mehrfacher Hinsicht durch Rechtsfehler beeinflusst.

II.

Das Berufungsgericht bezeichnet die Beklagte als Versicherungsvermittlerin. Unter diesem Oberbegriff werden Versicherungsagenten (§§ 43 bis 48 VVG) und die im Ver-

sicherungsvertragsgesetz nicht erwähnten Versicherungs-
makler zusammengefaßt (vgl. Bruck/Möller VVG 8. Aufl.
Vorbem. vor §§ 43 bis 48 Anm. 2, 10, 11, 12, 13, 14;
BGHZ 94, 356, 358 f). Das Berufungsgericht läßt es unent-
schieden, zu welcher dieser beiden Gruppen die Beklagte ge-
hört. Dies ist jedoch in zweifacher Hinsicht für die Ent-
scheidung des Rechtsstreits von wesentlicher Bedeutung:

a) Nach der Legaldefinition des § 92 Abs. 1 HGB ist
Versicherungsvertreter, wer als Handelsvertreter damit
betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln (oder
abzuschließen). Handelsvertreter ist nach § 84 Abs. 1 HGB
ein selbständiger Gewerbetreibender, der von einem Unter-
nehmer (hier also: vom Versicherer) ständig damit be-
traut ist, für diesen Geschäfte zu vermitteln (oder
in dessen Namen abzuschließen). Der Versicherungsver-
treter steht daher in einem Vertragsverhältnis zum Ver-
sicherer. Er hat zwar auch gegenüber dem Antragsteller
(dem zukünftigen Versicherungsnehmer) gewisse Sorgfalts-,
insbesondere Aufklärungspflichten zu erfüllen. Deren Ver-
letzung begründet jedoch keinen Schadensersatzanspruch
wegen Vertragsverletzung, sondern nur einen solchen aus
Verschulden beim Vertragsschluß, der sich in der Regel
gegen den Geschäftsherrn, nicht aber gegen den Ver-
sicherungsvertreter richtet.

Auch für die Frage, welchen Inhalt der zwischen der
Streitgehilfin und der Klägerin zustandegekommene
Versicherungsvertrag hatte, kann es darauf an-
kommen, ob die Beklagte Maklerin oder Agentin
war. War sie nämlich Versicherungsvertreterin, dann
war sie nach § 43 Nr. 1 VVG zur Entgegennahme von

Anträgen auf Abschluß eines Versicherungsvertrages bevollmächtigt. Mit der Entgegennahme des Versicherungsantrags durch den Vertreter ist daher der Antrag dem Versicherer zugegangen; der Vertreter kann den Inhalt der an den Versicherer gerichteten Willenserklärung nicht mehr wirksam ändern (vgl. Prölss/Martin VVG 23. Aufl. § 43 Anm. 3). Da für den Versicherungsvertrag und damit auch für den Antrag auf Abschluß eines Versicherungsvertrages keine Form vorgeschrieben ist, gilt dies auch für mündliche Vertragsanträge; daß die Vertreter von den Versicherungsgesellschaften angewiesen sind, schriftliche Formularanträge aufzunehmen und von dem Versicherungsnehmer unterzeichnen zu lassen, steht dem nicht entgegen.

Unstreitig hat der Geschäftsführer der Beklagten das Antragsformular zweimal unterzeichnet, nämlich einmal an der Stelle, die für den Versicherungsvermittler, und zum anderen an der Stelle, die für den Versicherungsnehmer vorgesehen ist. Wenn die Beklagte Versicherungsagentin gewesen sein sollte, wird man dies nicht dahin auffassen können, daß die Agentin (oder deren Geschäftsführer) hier als rechtsgeschäftliche Vertreterin der Klägerin den Versicherungsantrag gestellt hätte; dies wäre mit der Stellung des Versicherungsagenten, der ja nach dem gesetzlichen Leitbild (§ 43 VVG) nicht etwa den Versicherungsnehmer bei der Abgabe des Antrags, sondern den Versicherer bei der Entgegennahme des Antrags vertreten soll, schwer vereinbar. Eher wird man annehmen können, daß der Geschäftsführer der Beklagten mit der Ausfüllung gegenüber seiner Geschäftsherrin den Inhalt des von ihm mündlich entgegengenommenen Versicherungsantrags dokumentieren wollte.

Fertigt der Versicherer einen Versicherungsschein aus, der inhaltlich nicht dem vom Agenten entgegengenommenen Versicherungsantrag entspricht, so liegt darin keine unveränderte Annahme dieses Antrags; es finden also die Vorschriften des § 5 VVG Anwendung. Unterläßt der Versicherer die in § 5 Abs. 2 VVG vorgeschriebene Rechtsbelehrung, weil er irrigerweise glaubt, der Versicherungsschein entspreche dem vom Versicherungsnehmer gestellten Antrag, dann gilt der Antrag als unverändert angenommen (§ 5 Abs. 3 VVG). Auf ein Verschulden des Versicherers kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 3 VVG treten auch dann ein, wenn der Versicherer ohne Verschulden die Abweichung zwischen Antrag und Versicherungsschein nicht erkannt hat. Im vorliegenden Fall wäre - trotz des abweichenden Wortlauts des Versicherungsscheins - ein den Wünschen der Klägerin entsprechender Versicherungsvertrag zustande gekommen. Etwaige Fehler des Geschäftsführers der Beklagten bei der Ausfüllung des Versicherungsantrages hätten sich also nicht zu ungunsten der Klägerin ausgewirkt.

b) War die Beklagte dagegen Versicherungsmakler, dann ist die Rechtslage eine andere. Ein Versicherungsmakler ist in der Regel nicht bevollmächtigt, Erklärungen für den Versicherer entgegenzunehmen; daß die Beklagte im vorliegenden Falle von der Streitgehilfin ausdrücklich bevollmächtigt gewesen wäre, wird von keiner Seite behauptet. Dagegen ist es durchaus möglich und für die Stellung eines Versicherungsmaklers sogar typisch, daß er den Versicherungsnehmer bei Abschluß

des Versicherungsvertrages vertritt (vgl. Bruck/Möller VVG 8. Aufl. Vorbem. vor § 43 bis 48 Anmerkung 40; BGHZ 94, 356, 359). Aus dem Parteivortrag ergibt sich, daß die Klägerin die Beklagte zumindest in schlüssiger Weise, vielleicht sogar ausdrücklich zum Abschluß des Versicherungsvertrags ermächtigt hatte. Darin liegt gleichzeitig auch die Erteilung eines Auftrags, den Versicherungsvertrag entsprechend den erteilten Weisungen abzuschließen (§ 662 BGB). Wenn die Beklagte von diesen Weisungen abwich, obwohl ihr eine vorherige Rückfrage bei der Klägerin möglich gewesen wäre und obwohl sie den Umständen nach annehmen mußte, daß die Klägerin die Abweichungen nicht billigen würde, so lag darin eine Verletzung des § 665 BGB, die zum Schadensersatz verpflichtet. Ein Vertragsverstoß läge sowohl dann vor, wenn die Beklagte von vorneherein einen den Wünschen der Klägerin nicht entsprechenden Antrag eingereicht haben sollte, als auch dann, wenn sie sich nachträglich mit einer Änderung zu Ungunsten der Klägerin einverstanden erklärte. § 5 VVG käme in diesem Falle nicht zugunsten der Klägerin zur Anwendung: Wenn die Beklagte Maklerin und Abschlußbevollmächtigte der Klägerin war, ist der von ihr, der Beklagten, auf dem Formular niedergelegte Text der Versicherungsantrag; eine Kennzeichnungspflicht nach § 5 Abs. 2 VVG bestand also nur, wenn der Versicherungsschein von dem von der Beklagten gestellten Antrag abwich. Es erscheint demnach zweifelhaft, ob der Klägerin ein Schadensersatzanspruch zustehen kann, wenn die Beklagte im vorliegenden Fall nicht als Versicherungsmakler tätig geworden ist.

2. Die Klägerin hat jedoch in schlüssiger Weise dargelegt, daß sie mit der Beklagten einen Versicherungsmaklervertrag abgeschlossen hat. Die Beklagte bezeichnet sich auf ihren gedruckten Briefbögen als "Versicherungsmakler"; auf ihnen fehlt jeder Hinweis auf eine ständige Verbindung mit einer bestimmten Versicherungsgesellschaft. Sie tritt also nach außen hin als Versicherungsmakler auf. Unter diesen Umständen muß die Bitte der Klägerin, die Beklagte möge ihr Feuerversicherungsschutz verschaffen, als Antrag auf Abschluß eines Versicherungsmaklervertrages angesehen werden. Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Parteiwillen ergeben sich aus dem Sachvortrag der Klägerin nicht. Die Beklagte vertritt allerdings die Ansicht, daß sie nicht als Versicherungsmakler tätig geworden sei (Schriftsatz vom 6. Juli 1984 S. 2, Bl. 42 d.A. unten). Damit steht es im Einklang, wenn sie an anderer Stelle die Rechtsansicht vertritt, zwischen den Parteien hätten "keinerlei Vertragsbeziehungen" bestanden (Schriftsatz vom 14. Mai 1984, S. 12 Bl. 29 d.A., vgl. dazu auch im selben Schriftsatz S. 5 Bl. 22 d.A.). Auch die Streitgehilfin ist der Auffassung, daß die Beklagte im vorliegenden Fall als Versicherungssagent tätig geworden sei (Schriftsatz vom 11. November 1984 Seite 2 Bl. 64 d.A.). Ob die Beklagte und die Streitgehilfin ihr Bestreiten hinreichend substantiiert haben, kann dahingestellt bleiben; mangels gegenteiliger tatrichterlicher Feststellungen muß auf jeden Fall für die Revisionsinstanz die Richtigkeit des schlüssigen Vorbringens der Klägerin unterstellt werden.

III.

Es ist unstreitig, daß das Exemplar des Versicherungsantrags, das sich bei den Akten der Versicherungsgesellschaft befindet und das zweimal die Unterschrift des Geschäftsführers der Beklagten trägt, heute einen Inhalt hat, der dem der Beklagten erteilten Auftrag nicht entspricht. Die Beklagte leugnet demgemäß auch nicht, daß sie sich pflichtwidrig verhalten hätte, wenn sie einen Antrag mit diesem Inhalt bei der Versicherungsgesellschaft eingereicht oder sich nach der Einreichung mit einer entsprechenden Änderung des Antrages einverstanden erklärt hätte. Sie behauptet, daß die Versicherungsgesellschaft nach der Einreichung des Antrags diesen ohne ihre, der Beklagten, Zustimmung verändert habe.

Das Berufungsgericht geht ohne jede Begründung davon aus, daß es Sache der Klägerin sei, die Sachdarstellung der Beklagten zu widerlegen (BU S.8, 4. Abs. 1. Satz). Das ist jedoch unzutreffend. Im vorliegenden Rechtsstreit wird, wie oben dargelegt, ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag, nicht ein Anspruch aus unerlaubter Handlung oder aus culpa in contrahendo geltend gemacht. Soweit der Gesetzgeber die Ansprüche aus Vertragsverletzung geregelt hat (Verzug und Unmöglichkeit), trifft, wie allgemein anerkannt ist, den Verpflichteten die Beweislast für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten, und zwar auch dann, wenn aus der Nichterfüllung dieser Pflicht ein Schadensersatzanspruch hergeleitet wird (BGHZ 83, 260, 267 m.w.N.). Bei positiven Vertragsverletzungen hatte dagegen das Reichsgericht angenommen, daß der Geschädigte

alle Voraussetzungen seines Anspruchs, also sowohl die objektive Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung als auch das Verschulden des Schädigers zu beweisen habe (RGZ 66, 289, 291; 78, 432, 435; RG JW 1908, 236, 237), eine Ansicht, die allerdings im Schrifttum keine ungeteilte Zustimmung gefunden hat (Raape AcP 147, 217; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Bearbeitung § 55 II, 3; Arwed Blomeyer, Allg. Schuldrecht 4. Aufl. § 30 III; Rosenberg, Beweislast 5. Aufl. S. 350 ff und 360 ff; Schönke DR 1944, 184; Lindenmaier in Festschrift Raape S. 349; Krönig MDR 1953, 647, 649; Ballerstedt, Festschrift für Nipperdey, 1955 S. 261, 271; Fichtener NJW 1966, 454; Löwisch bei Staudinger BGB 12. Aufl. § 282 Rdn. 11 ff; teilweise wird auch die Berechtigung des Begriffs der positiven Vertragsverletzung überhaupt geleugnet: Himmelschein AcP 135, 255; 158, 273; Wicher AcP 158, 297; Molitor, Allgemeines Schuldrecht 8. Aufl. § 9; Emmerich in MK 2. Aufl. Vorbemerkungen vor § 275 Rdn. 22 bis 24, 184, 185, 190 ff). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat sich der Gedanke durchgesetzt, daß die allgemeine Regel, nach der der Gläubiger alle Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung zu beweisen habe, dann nicht gilt, wenn feststeht, daß nur eine Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich des Schuldners in Betracht kommt; in diesem Falle hat sich der Schuldner zu entlasten und zwar nicht nur hinsichtlich der subjektiven Seite (BGHZ 8, 239, 241; 23, 288, 290), sondern auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit (BGHZ 27, 236). Die Anwendung dieser Grundsätze muß dazu führen, daß ein Abschlußbevoll-

mächtigter, dem eine Verletzung des ihm erteilten Auftrags vorgeworfen wird, den Gang der Vertragsverhandlungen aufklären muß; insbesondere ist es seine Sache, den Inhalt der Willenserklärung zu beweisen, die er im Namen des Vollmachtgebers abgegeben hat. Wenn zwischen den Parteien streitig wäre, ob die Beklagte überhaupt einen Versicherungsantrag an die Streitgehilfin gerichtet habe, würde die Beweislast die Beklagte treffen; denn in diesem Falle läge ein schlichter Fall der Nichterfüllung vor. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Beweislast anders verteilt sein sollte, wenn dem Bevollmächtigten vorgeworfen wird, er habe einen anderen Vertrag abgeschlossen als den, den er nach dem erteilten Auftrag abzuschließen hatte. In diesem Sinne hat sich schon das Reichsgericht ausgesprochen (RGZ 90, 129, 134, 135; ebenso MünchKomm/Seiler 2. Aufl. § 665 Rdn. 42).

In der Rechtsprechung und in der Literatur findet man allerdings auch die Auffassung, daß der Auftraggeber für das Vorliegen einer Abweichung von der erteilten Weisung beweispflichtig sei (KG OLGZ 1973, 18, 20; Steffen in BGB, RGRK 12. Aufl. § 665 Rdn. 16). Dabei hatte man aber offenbar diejenigen Fälle im Auge, in denen der Inhalt des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unstreitig, der Inhalt der erteilten Weisungen aber streitig war. Für diesen Fall ist es richtig, die Beweislast dem Auftraggeber aufzuerlegen; es entspricht dies dem allgemeinen Grundsatz, daß bei Klagen wegen Verletzung vertraglicher Verpflichtungen der Kläger den Inhalt und Umfang der Pflicht, der Beklagte dagegen ihre Erfüllung beweisen muß. Anders ist es jedoch, wenn, wie hier, unstreitig ist, welchen Vertrag die Beklagte abzuschließen hatte und lediglich darüber zu entscheiden ist, welchen Inhalt der tatsächlich von ihr gestellte Versicherungsantrag hatte.

IV.

Die Revision macht weiterhin mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht § 419 ZPO nicht richtig angewandt hat. Sie verweist darauf, daß die in dieser Gesetzesvorschrift bezeichneten Mängel der Urkunde nicht schlechthin die Beweiskraft nehmen, sondern nur die Geltung der Beweisregeln der §§ 415 bis 418 ZPO ausschließen, aber gerade deswegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) wiederherstellen (Thomas/Putzo 14. Aufl. Anm. 2 zu § 419 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 45. Aufl. § 419 ZPO Anm. 2; Zöllner/Stephan ZPO 15. Aufl. § 419 Rdn. 2). Das Berufungsgericht hätte also seine Überlegungen nicht mit der Feststellung abschließen dürfen, daß die formelle Beweiskraft der Privaturkunde (§ 416 ZPO) hier gemäß § 419 ZPO entfällt (S. 9 BU oben); es hätte vielmehr eine Erörterung der Frage anschließen müssen, welche Schlüsse man im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) aus dieser Urkunde zu ziehen hat, wobei die gesamten übrigen Umstände des Falles zu berücksichtigen gewesen wären. Dabei hätte es bedenken müssen:

Die Änderungen am Versicherungsantrag können den Umständen nach nur von der Beklagten oder von der Streitgehilfin, vorgenommen worden sein; andere Möglichkeiten kommen ernsthaft nicht in Betracht. es fragt sich deshalb, ob man annehmen kann, Angestellte der Streitgehilfin hätten eigenmächtig, also ohne Rückfrage bei der Beklagten oder der Klägerin, einen ihnen vorliegenden Versicherungsantrag abgeändert, also eine Urkunde verfälscht. Die Streitgehilfin bestreitet dies (Bl. 64 d.A.); sie behauptet, daß sie "keine Er-

gänzung des Antrags ohne Einverständnis des Versicherungsvermittlers bzw. des Versicherungsnehmers vorgenommen" habe. Dieser Vortrag der Streitgehilfin weicht zwar teilweise von dem der Beklagten ab und kann daher dieser nicht zugerechnet werden (§ 67 ZPO letzter Nebensatz).

Im Rahmen der Beweiswürdigung, bei der alle aus dem Parteivortrag ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen sind, kann ihre Einlassung jedoch von Bedeutung sein. Das Berufungsgericht hätte sich ferner die Frage vorlegen müssen, ob man ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen muß, daß die Streitgehilfin sich unter Umgehung der Beklagten, die die gesamten Verhandlungen über den Abschluß des Versicherungsvertrages für die Klägerin geführt und selbst den Versicherungsantrag unterzeichnet hatte, unmittelbar an die Klägerin wandte und mit ihr die Abänderung des Versicherungsantrags vereinbarte. Wenn das wirklich geschehen wäre, hätten wohl bei der Versicherungsgesellschaft hierüber Unterlagen (z.B. Durchschläge, Aktenvermerke, Telefonnotizen) vorhanden sein müssen; die Streitgehilfin, die die Beklagte unterstützen will, hätte allen Anlaß gehabt, konkret vorzutragen, in welcher Form die Klägerin sich mit der Änderung des ursprünglichen Versicherungsantrags einverstanden erklärt habe. Ob diese Erwägungen für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichen, ist eine Frage, die der tatrichterlichen Würdigung überlassen bleiben muß.

V.

Schließlich beanstandet die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht den Antrag auf Vernehmung des Zeugen M. [REDACTED] mit einer unzureichenden Begründung zurückgewiesen hat (§§ 296 Abs. 2, 528 Abs. 2 ZPO). Der bei der Streitgehilfin beschäftigte

Zeuge war von der Klägerin zum Beweise dafür benannt worden, daß die handschriftlichen Änderungen im Versicherungsantrag auf ausdrückliche Veranlassung des Geschäftsführers der Beklagten erfolgt seien (Sitzungsprotokoll vom 31. Mai 1985, Bl. 147 d.A.). Der Beweis war allerdings erst in der Schlußverhandlung vor dem Oberlandesgericht, demnach also objektiv verspätet, angetreten worden. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hatte jedoch die Verspätung damit entschuldigt, daß er vom "Vorhandensein des Zeugen und des Beweisthemas erst am Sitzungstag durch einen Anruf des Korrespondenzanwalts erfahren habe und daß dieser seine Kenntnis auch erst in der laufenden Woche (d.h. also in der Zeit zwischen dem 28. und 30. Mai 1985) erlangt" habe. Das Berufungsgericht zieht die Richtigkeit dieser Angaben nicht in Zweifel. Es macht jedoch der Klägerin zum Vorwurf, daß sie nicht vorgetragen hat, ob und welche Anstrengungen sie bisher unternommen habe, den Zeugen namhaft zu machen und warum dies ihr oder ihrem Korrespondenzanwalt erst so spät gelungen sei. Diese Begründung trägt jedoch die Zurückweisung des Antrags nicht. Bei den Vorschriften, die die Zurückweisung verspäteten Vorbringens vorsehen, hat der Gesetzgeber in erster Linie an die Fälle gedacht, in denen eine Partei eine ihr bekannte Tatsache nicht vorgetragen oder ein ihr bekanntes Beweismittel nicht benannt hat. Sie können allerdings auch dann Anwendung finden, wenn eine Partei unschwer in der Lage gewesen wäre, sich durch Erkundigungen bei Dritten über eine für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentliche Frage Gewißheit zu verschaffen oder von diesem Dritten Name und Anschrift eines Zeugen zu erfahren. Hier

war es aber anders: Die Streitgehilfin hatte vorge-
tragen, daß es sich nicht mehr feststellen lasse, wie
es zu der handschriftlichen Änderung des Versicherungs-
antrags gekommen sei (Schriftsatz vom 11. November 1984
Seite 2 Bl.64 d.A.). Die Klägerin durfte davon ausgehen,
daß die Streitgehilfin ihrer prozessualen Wahrheits-
pflicht nachgekommen sei. Sie hatte deshalb keine Ver-
anlassung, die Richtigkeit dieser Angabe in Zweifel
zu ziehen und Ermittlungen darüber anzustellen, ob
etwa die Bediensteten der Streitgehilfin doch über den
Hergang besser unterrichtet waren. Auch war nicht zu er-
warten, daß Angestellte der Streitgehilfin bereit
gewesen wären, dem Prozeßgegner ihrer Dienstherrin
Informationen zukommen zu lassen, die dieser dann
gegen sie verwenden konnte. Eine solche Erkundigung
wäre der Klägerin nicht einmal zuzumuten gewesen.

Hilfsweise begründet das Berufungsgerichts die Zu-
rückweisung des Beweisantrages damit, daß es sich um
einen Ausforschungsbeweis gehandelt habe. Auch diese
Erwägung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht
stand. Nach dem im Zivilprozeß herrschenden Verhandlungs-
grundsatz kann die darlegungs- und beweispflichtige
Partei eine Beweisaufnahme und damit eine Klärung der
für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen
Tatsachen nur dann erreichen, wenn sie entsprechende
bestimmte Behauptungen aufstellt. Andererseits kann
es ihr aber auch nicht verwehrt werden, eine tatsäch-
liche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Punkte
zu verlangen, über die sie kein zuverlässiges Wissen
besitzt und auch nicht erlangen kann. Sie kann des-
halb genötigt sein, eine von ihr nur vermutete Tat-

sache zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Darin kann weder eine Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht noch ein unzulässiger Ausforschungsbeweis gesehen werden (BGH, Urteile vom 19. September 1985 - IX ZR 138/84 - NJW 1986, 246 = WM 1985, 1425; vom 13. Februar 1985 - IVa ZR 119/83 - VersR 1985, 543 = WM 1985, 736). Ohne jeden Anhaltspunkt ist die Behauptung nicht aufgestellt worden.

VI.

Das Berufungsurteil muß demnach aufgehoben werden.

Bei der erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß es in seinem Urteil nicht nur anzugeben hat, inwieweit es die für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen streitigen Behauptungen für erwiesen oder nicht erwiesen hält, sondern daß es auch die Gründe darlegen muß, die für seine Überzeugungsbildung maßgeblich waren (§ 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Ferner wird es im Rahmen der Kostenentscheidung auch über die Kosten der Streitgehilfin zu befinden haben; der allgemeine Ausspruch über die Kosten des Rechtsstreits umfaßt diese Kosten nicht (Thomas/Putzo ZPO 14. Aufl. § 101 Anm. 1 b).

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter