

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV a ZR 12/80

URTEIL

Verkündet am
23. Oktober 1980

Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tischlers Friedel R [REDACTED], An den H [REDACTED] 13,
B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Röhrich -

g e g e n

die R [REDACTED]- und V [REDACTED] V [REDACTED] AG, ver-
treten durch den Vorstand, bestehend aus dem Vorsitzen-
den Dr. Karl W [REDACTED], dem stellvertretenden Vorsitzenden
Dr. h.c. Reinhold B [REDACTED]-K [REDACTED] und den Mitgliedern Josef
B [REDACTED], Kurt B [REDACTED], Wolffjürgen K [REDACTED] und Dr. K [REDACTED]
[REDACTED], T [REDACTED]straße 1, W [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

9

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 10. Februar 1978 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1971 Eigentümer einer Fabrik in S- -W- bei E- , in der er Polstergestelle herstellte. Das Fabrikanwesen ist in der Nacht vom 6. auf den 7. Juni 1972 ausgebrannt. Es war bei der Beklagten mit einer Gesamtversicherungssumme von 1.255.000 DM gegen Brand versichert. Diese Versicherungssumme setzte sich wie folgt zusammen:

- 3 -

Gebäude - zum Neuwert -	900.000	DM
Betriebseinrichtungen		
- zum Neuwert -	300.000	DM
Warenvorräte	30.000	DM
Vorsorgeversicherung	10.000	DM
Aufräumungskosten		
- auf Erstgefahr -	15.000	DM
	1.255.000	DM

Der Kläger behauptet darüberhinaus, daß der Bezirksleiter der Beklagten S [REDACTED] eine vorläufige Deckungszusage gegeben habe, durch die die Versicherungssumme für die Betriebseinrichtung auf 450.000,- und für Vorräte und Fertigwaren auf 180.000,-- DM erhöht worden sei.

Die Beklagte hat an Grundschuldgläubiger des Klägers bisher Zahlungen in einer Gesamthöhe von 983.672,29 DM geleistet. Sie hat dem Kläger den Versicherungsschutz mit der Begründung versagt, er habe den Brand selbst gelegt oder legen lassen; sie berührt sich wegen der von ihr erbrachten Leistungen eines Rückgriffsanspruchs gegen den Kläger.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die "Verurteilung" der Beklagten zur Gewährung von Versicherungsschutz nach Maßgabe der abgeschlossenen Versicherungsverträge beantragt. In der Berufungsinstanz hat er den Antrag dahin erweitert, daß er nunmehr auch Versicherungsschutz im Rahmen der behaupteten Deckungszusage verlangte.



In beiden Vorinstanzen ist dem Kläger ein Erfolg versagt geblieben. Mit seiner Revision verfolgt er den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Obwohl der Kläger ausdrücklich "Verurteilung" der Beklagten zur Gewährung von Versicherungsschutz beantragt, ist seine Klage nicht als Leistungsklage aufzufassen; dazu fehlt es ihr an der erforderlichen Bestimmtheit. Sämtliche Beteiligte sind daher mit Recht davon ausgegangen, daß der Kläger erkennbar die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Versicherungsschutz begehrt. Die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht mit Recht als zulässig angesehen. Ein Interesse an der alsbaldigen Klärung der Deckungspflicht der Beklagten hat der Kläger bereits deshalb, weil die Beklagte ihre Eintrittspflicht leugnet und mit dieser Begründung sich eines Rückgriffsanspruchs wegen ihrer an die Realgläubiger bewirkten Leistungen berührt.

Die Feststellungsklage ist zwar in der Regel dann ausgeschlossen, wenn der Kläger in der Lage ist, die Rechtsfrage, die er zum Gegenstand der Feststellungsklage machen will, durch Erhebung der Leistungsklage zu klären. So ist es hier aber nicht. Eine Leistungsklage wäre dem Kläger nur hinsichtlich des Betrages möglich, um den die von der Beklagten zu zahlende Gesamtentschädigung ihre bereits an die Realgläubiger er-

brachten Leistungen übersteigt. Ein Urteil, das dem Kläger diesen Betrag zusprechen würde, würde einen Rückgriff der Beklagten wegen der an die Realgläubiger geleisteten Zahlung nicht ausschließen und daher nicht zu der vom Kläger gewünschten umfassenden Klärung führen.

Der Kläger hätte zwar möglicherweise mit der Feststellungsklage eine Leistungsklage auf Zahlung des Spitzenbetrages verbinden können; dies hätte wegen der teilweisen Identität des Streitgegenstandes zu einer geringeren Kostenbelastung geführt als eine möglicherweise erforderliche Geltendmachung in zwei getrennten Prozessen. Verpflichtet ist der Kläger zu einer solchen Klageverbindung aber nicht.

II.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Kläger seinen Anspruch innerhalb der Ausschlußfrist des § 12 Abs. 3 VVG erhoben hat; insoweit werden von der Beklagten in der Revisionsinstanz keine Bedenken mehr erhoben.

2. Auch den Einwand der Gefahrerhöhung hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die Beklagte verweist zur Begründung dieses Einwandes darauf, daß das Betriebsgelände spätestens von dem Zeitpunkt an völlig verlassen, unbewohnt und unbewacht war, in welchem die Ehefrau des Klägers zu ihren Eltern abgefahren war. Dies sei nach der Sachdarstellung des Klägers am 6. Juni 1972 gg. 23.00 Uhr geschehen. Bereits vorher hätten gegen Mittag die meisten Arbeitnehmer, ge-

gen 15.00 Uhr der Sohn des Klägers mit dem Wachhund, gegen 16.00 Uhr der Kläger selbst mit dem Zeugen L. und zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt der Zeuge K. das Gelände verlassen. Für die Beurteilung des Risikos und damit für die Bemessung der Prämie sei einmal das vom Kläger im ersten Versicherungsantrag erwähnte Vorhandensein eines Wachhundes, zum anderen die unmittelbare Verbindung von Betriebsgelände und Wohnhaus maßgeblich gewesen. Dadurch, daß die Familie des Klägers in der Nacht vom 6. auf den 7. Juni 1972 die Wohnung und den Betrieb von jeder Bewachung entblößt habe, sei die Gefahr für das versicherte Objekt "schlagartig und nachhaltig" erhöht worden.

Aus diesen Umständen ergibt sich jedoch keine Leistungsfreiheit der Beklagten. Gefährdungsvorgänge sind nur dann als eine Gefahrerhöhung im Sinne der §§ 23 ff. VVG anzusehen, wenn sie einen neuen Zustand erhöhter Gefahr schaffen, der seiner Natur nach geeignet ist, von so langer Dauer zu sein, daß er die Grundlage eines neuen natürlichen Gefahrenverlaufs bilden und damit den Eintritt des Versicherungsfalls generell fördern kann (BGHZ 7, 311, 318). Die kurzfristige Abwesenheit vom versicherten Objekt fällt nicht unter diesen Begriff.

III.

Das Berufungsgericht versagt dem Kläger den begehrten Versicherungsschutz, weil er den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt habe. Die dieser Ent-

scheidung zugrundeliegende Beweiswürdigung kann aus Rechtsgründen keinen Bestand haben.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß sich der Kläger im Juni 1972 in einer hoffnungslosen wirtschaftlichen Lage befunden habe; es glaubt, daß durch einen Brand die wirtschaftlichen Schwierigkeiten behoben worden wären. Diese Erwägungen sind durch Rechtsfehler beeinflusst. Das Berufungsgericht meint, daß der Kläger mit einer Versicherungssumme von mehr als 1,6 Millionen DM habe rechnen können; denn die "fest abgeschlossene Brandversicherungssumme" habe 1.255.000 DM betragen; im übrigen habe der Kläger am 9. Mai 1972 eine Nachversicherung von 300.000 DM beantragt, von deren Annahme er sicherlich ausgegangen sei. Der Kläger konnte jedoch vernünftigerweise nicht damit rechnen, daß die Beklagte den Antrag nach Eintritt des Versicherungsfalls noch annehmen würde. Selbst wenn sie aber die Annahmeerklärung in Unkenntnis des Brandschadens abgeschickt hätte, wäre diese dem Kläger erst nach Eintritt des Versicherungsfalls zugegangen; erst in diesem Zeitpunkt wäre der Versicherungsvertrag zustande gekommen. Der Versicherer hat aber grundsätzlich nur diejenigen Schäden zu decken, die sich nach Vertragsschluß ereignet haben; daß der Kläger eine Rückwärtsversicherung beantragt habe, ist nicht behauptet und den Umständen nach unwahrscheinlich. Auch bei einer Rückwärtsversicherung hätte der Kläger im übrigen keinen Anspruch auf Leistungen im Rahmen der erhöhten Versicherungssumme gehabt, da er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, d.h. des Zugangs der Annahmeerklärung der Beklagten, bereits Kenntnis des Versicherungsfalls gehabt hätte (§ 2 Abs. 2 Satz 2 VVG). Wäre

es dem Kläger darum gegangen, sich auch die Vorteile aus der im Mai 1972 beantragten Erhöhung der Versicherungssumme zu sichern, so hätte es nahegelegen, mit der von der Beklagten behaupteten Brandstiftung zu warten, bis er die Annahmeerklärung der Beklagten erhalten und die Erstprämie (§ 38 VVG) gezahlt hatte.

Daß man Versicherungsschutz nur durch Abschluß eines Versicherungsvertrages (und Zahlung der Erstprämie), nicht aber bereits durch Antragstellung erlangen kann, ist allgemein bekannt; aus dem Parteivortrag ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger dies nicht gewußt hätte.

Eine andere Beurteilung wäre allerdings dann möglich, wenn der Versicherungsvertreter, der den Erhöhungsantrag entgegengenommen hat, zur Erteilung einer vorläufigen Deckungszusage befugt gewesen sein und eine solche Deckungszusage auch erteilt haben sollte. Dies läßt jedoch das Berufungsgericht ausdrücklich dahingestellt. (S. 34 BU).

Im übrigen hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, daß der Kläger auch dann, wenn die Versicherungssumme wirksam auf 1,6 Millionen erhöht worden wäre, keineswegs ohne weiteres einen Anspruch auf Versicherungsleistung in dieser Höhe gehabt hätte. In der Feuerversicherung gilt, wie allgemein im Versicherungsrecht, der Grundsatz, daß die vom Versicherer zu leistende Entschädigung nicht zu einer Bereicherung des Versicherungsnehmers führen darf (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AFB, die gemäß dem Versicherungsschein Bestandteil des Versicherungsvertrages sind). Der Kläger hatte zwar

die Werkshalle und die Wohnung zum Neuwert versichert. Auch dies berechtigte ihn aber nicht zu der Hoffnung, daß er im Falle eines Brandes eine über den tatsächlichen Wert der Gebäude hinausgehende Entschädigung erhalten und zur Befriedigung seiner Gläubiger werde verwenden können. Denn einerseits waren die Gebäude erst vor ungefähr einem Jahr fertiggestellt worden, also praktisch noch völlig neuwertig. Zum anderen hätte der Kläger nach § 3 der Sonderbedingungen für die Neuwertversicherung von Industrie und Gewerbe, die ebenfalls Bestandteil des Versicherungsvertrages waren, einen Anspruch auf eine den Zeitwert übersteigende Entschädigung nur erworben, wenn er das Gebäude wieder aufbaut oder die Verwendung der Entschädigung für den Neubau sichergestellt hätte. Hätte er aber die Fabrikhalle wieder aufgebaut, dann hätte sich durch den Brand an seiner wirtschaftlichen Lage nichts Entscheidendes geändert.

Objektiv konnte daher der Kläger von einer Brandstiftung nur dann eine Vermehrung seines Aktivvermögens erwarten, wenn er entschlossen war, sich durch unwahre Angaben einen über den tatsächlichen Brandschaden hinausgehende Entschädigung zu verschaffen. Dafür, daß der Kläger einen solchen Versuch unternommen hätte, ergeben sich aus dem Parteivortrag keine Anhaltspunkte; den Einwand der arglistigen Täuschung (§ 16 AVB) hat die Beklagte nicht erhoben. Es ist auch nicht vom Berufungsgericht festgestellt worden, daß der Kläger sich über die Rechtslage geirrt hätte.

Der Kläger konnte auch nach der objektiven Rechtslage nicht damit rechnen, daß sich infolge des Brandes seine Liquiditätsslage alsbald verbessern würde. Nach

§ 17 Abs. 1 Satz 1 AFB wird die Brandentschädigung erst zwei Wochen nach der vollständigen Feststellung fällig. Nach der im Schrifttum vertretenen Ansicht gehört zu den Ermittlungen, die der Feststellung der Entschädigung vorausgehen, auch die Einsicht in die behördlichen Ermittlungsakten, und zwar selbst dann, wenn ein Verfahren gegen den Versicherungsnehmer nicht eingeleitet wird (Martin, Versicherungsrecht 1978, 392, 395; Prölss/Martin VVG 22. Aufl. § 17 AFB Anm. 1 a). Darüberhinaus bestimmt § 17 Abs. 2 b AFB, daß der Versicherer berechtigt ist, die Zahlung aufzuschieben, solange eine gegen den Versicherungsnehmer eingeleitete polizeiliche oder strafgerichtliche Untersuchung noch nicht erledigt ist. Schließlich hätte die Höhe des Schadens in einem Sachverständigenverfahren festgestellt werden müssen, das notwendigerweise einige Zeit in Anspruch nahm (§ 15 AFB). Es erscheint nach alledem ausgeschlossen, daß der Kläger bereits an dem Tag, an dem der Bankkredit zur Rückzahlung fällig war, über flüssige Mittel aus der Versicherungsentschädigung verfügen konnte. Ob er sich dieser Rechtslage bewußt war oder ob er zumindest eine allgemeine Vorstellung davon hatte, daß Versicherungsgesellschaften Brandentschädigungen nicht von heute auf morgen auszahlen, steht dahin; dies ist eine Tatfrage, zu der das Berufungsgericht keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat.

2. Aber auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich im Zeitpunkt des Schadensfalls in einer ausweglosen wirtschaftlichen Lage befunden, ist nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Das Berufungsgericht meint zunächst, diese werde in der Berufungsbegründung nicht mehr substantiiert in Zweifel gezogen. Diese Überlegung ist bereits deshalb fehlerhaft, weil Grundlage der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht der Inhalt der Berufungsbegründung (und der Berufungserwiderung), sondern der Gesamtvortrag der Parteien in der mündlichen Verhandlung ist. Auf den Inhalt der Begründungsschrift kommt es nur insoweit an, als das Gericht Vorbringen, das nicht in der Berufungsbegründungsschrift angekündigt worden ist, unter bestimmten Voraussetzungen unberücksichtigt lassen muß. Soweit es im Rahmen des Anzeichenbeweises darauf ankommt, ob der Versicherungsnehmer Anlaß zur Brandstiftung hatte, ist es Sache des Versicherers, das Vorliegen dieses Motives darzutun. Sicherlich ist der Kläger verpflichtet, sich auch zu den Behauptungen der Beklagten über seine wirtschaftliche Lage substantiiert zu erklären. Nach der nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts hatte er aber dieser prozessualen Last in der ersten Instanz genügt; denn im Berufungsurteil heißt es lediglich, daß der Beklagte seine ausweglose wirtschaftliche Situation "nicht mehr" in Zweifel ziehe. Wenn aber der Kläger in der ersten Instanz seiner Substantiierungspflicht genügt hatte, war eine Wiederholung dieses substantiierten Vortrags in der Berufungsinstanz nicht erforderlich; denn der Sach- und Streitstand erster Instanz ist auch der Entscheidung durch das Berufungsgericht zugrunde zu legen, sofern die Parteien nicht zulässigerweise ihren Sachvortrag ändern oder ergänzen (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 38. Aufl. § 525 Anm. 1; Stein/Jonas/Pohle ZPO 20. Aufl. § 526 Anm. I; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. § 137 III 1).

Eine andere Beurteilung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sich aus den Ausführungen des Klägers in der Berufungsinstanz ergäbe, daß er in dem genannten Punkt sein erstinstanzliches Vorbringen fallen lassen, also die Behauptungen der Beklagten über seine wirtschaftliche Lage entweder als richtig zugestehen oder nicht mehr bestreiten wollte. Dies nimmt jedoch das Berufungsgericht nicht an; es wäre auch mit dem Sach- und Streitstand, so wie er sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO), unvereinbar. Daß der Kläger nach wie vor den Behauptungen der Beklagten über seine ausweglose wirtschaftliche Notlage entgegentreten wollte, folgt insbesondere aus dem von ihm gestellten Antrag, die Akten 11 U 136/70 des OLG Hamm beizuziehen; denn damit wollte er dartun, daß sein Betrieb entgegen den Behauptungen der Beklagten nicht "konkursreif" gewesen sei. Freilich hat der Kläger in der Berufungsbegründung nachzuweisen versucht, daß selbst dann, wenn er sich in einer ausweglosen Notlage befunden hätte, der Schluß für eine vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Er hat jedoch keinen Zweifel darüber gelassen, daß es sich hierbei nur um Hilfs-erwägungen handelte.

b) Das Berufungsgericht verweist darauf, daß sich die Schuldenlast des Betriebes auf 1,25 Mill. DM belaufen habe. Auch hiermit konnte die Annahme einer ausweglosen wirtschaftlichen Situation des Klägers nicht begründet werden. Die absolute Höhe der Verschuldung besagt über die wirtschaftlichen Aussichten eines Betriebes wenig; es kommt vielmehr vor allem auf das

Verhältnis zwischen den Aktiven und den Passiven sowie darauf an, ob mit Erträgen gerechnet werden konnte, durch die zumindest die Betriebskosten und die aus der Schuldaufnahme entstandenen Zinsbelastungen gedeckt werden konnten. Darüber enthält das Berufungsurteil jedoch keine Feststellungen.

IV.

Wenn demnach auch die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Klägers begründet hat, einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten, so steht doch auf der anderen Seite noch nicht fest, daß der von der Beklagten unternommene Anzeichenbeweis gescheitert ist. Insbesondere würde der Umstand, daß der Kläger bei vernünftiger Überlegung sich von einer Brandstiftung keine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage versprechen konnte, eine Kurzschlußreaktion angesichts eines möglicherweise drohenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs nicht ausschließen. In diesem Zusammenhang könnte die tatrichterlich noch nicht geprüfte Behauptung der Beklagten von Bedeutung sein, der Kläger habe Brandstiftungsabsichten geäußert. Die Sache muß daher zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die erneute Prüfung durch das Berufungsgericht wird sich nicht darauf beschränken dürfen, ob auf Seiten des Klägers ein einleuchtendes Motiv für eine Brandstiftung vorliegt; es wird vielmehr auch die Möglichkeit erörtern müssen, ob nicht etwa anderen Personen - die

nicht auf Veranlassung des Klägers gehandelt haben - ebenfalls die Brandstiftung zuzutrauen ist. Dabei wird zu beachten sein, daß von einem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Unternehmens nicht nur der Kläger, sondern auch dessen stille Gesellschafter betroffen gewesen wären und daß nach der - bisher allerdings noch nicht geprüften - Behauptung des Klägers einer dieser Gesellschafter eine Brandstiftung angeregt haben soll. Auf der anderen Seite hat der Kläger unmittelbar vor dem Brand eine Auseinandersetzung mit drei ausländischen Arbeitern gehabt; nach den Ermittlungsakten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, bestehen Anhaltspunkte dafür, daß es hierbei sogar zu Beleidigungen und Tötlichkeiten gekommen ist. Nur wenn die Möglichkeit, daß der Brand von - nicht auf Veranlassung des Klägers handelnden - Dritten gelegt worden ist, nach der tatrichterlichen Überzeugung des Berufungsgerichts ausgeschlossen werden kann, hat die Beklagte den ihr obliegenden Beweis der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls geführt. Im übrigen wird bei der erneuten Prüfung und Entscheidung zu beachten sein:

1. Den Antrag auf Beiziehung der Akten 11 U 136/76 des OLG Hamm, mit dem der Kläger die Behauptungen der Beklagten über seine wirtschaftliche Lage entgegentreten wollte, wird das Berufungsgericht nicht mit der bisherigen Begründung ablehnen können. Für die Beurteilung von Beweisanträgen gelten im Zivilprozeß im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie im Strafprozeß (BGHZ 53, 245, 259). Ein Beweisantritt darf demnach unbeachtet gelassen werden, wenn das Beweismittel unzulässig, unerreichbar oder völlig ungeeignet ist,

wenn das Gericht die unter Beweis gestellte Tatsache für erwiesen oder offenkundig hält, wenn das Gericht die Wahrheit der unter Beweis gestellten Tatsache zugunsten des Beweisführers unterstellt oder wenn die unter Beweis gestellte Behauptung unerheblich ist. Keine dieser Voraussetzungen lag hier vor. Das Berufungsgericht hat den Beweisantrag nicht wegen Unerheblichkeit abgelehnt. Es hätte sich freilich ohne Rechtsverstoß auf den Standpunkt stellen können, daß es letzten Endes nicht darauf ankomme, ob der Bankdirektor G. den Betrieb des Klägers für konkursreif gehalten habe, sondern darauf, ob der Betrieb tatsächlich konkursreif war; dies wäre auf jeden Fall dann nicht zu beanstanden gewesen, wenn das Berufungsgericht dem Antrag der Beklagten auf Einholung eines Sachverständigengutachtens stattgegeben und dieses Gutachten die Behauptungen der Beklagten über die wirtschaftliche Lage des Klägers bestätigt hätte. Wenn aber das Berufungsgericht von einer solchen umfassenden Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Klägers absah und sich mit mehr äußerlichen Anzeichen begnügte, hätte es auch eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Klägers durch den Bankdirektor G. nicht als unerheblich abtun können. In der Tat hat es dies auch nicht getan: Es stellt vielmehr ausdrücklich fest, daß Günther Konkursreife angenommen habe. Es lehnt also den Beweisantrag deshalb ab, weil es das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptungen bereits als erwiesen ansieht. Eine solche Begründung ist, wie allgemein anerkannt, grundsätzlich unzulässig (BGHZ 53, 245, 259).

Im übrigen ist die vom Berufungsgericht gegebene Begründung auch unstimmig und mit dem Parteivortrag,

wie er sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt (§ 261 Abs. 1 Satz 1 ZPO), unvereinbar. Nach der Darstellung des Klägers soll der Zeuge G. als Zeuge im Rechtsstreit 11 U 136/76 unter Eid ausgesagt haben, der Betrieb des Klägers sei kurz vor dem Brand nicht konkursreif gewesen. Das Berufungsgericht bemerkt dazu: Die Beklagte habe in ihrem Schriftsatz vom 25. November 1976 - vom Kläger unbestritten - das "erwähnte" Protokoll zitiert; daraus könne entgegen der Auffassung des Klägers geschlossen werden, daß der Bankdirektor G. für den Zeitpunkt der Kreditkündigung Konkursreife angenommen habe. Diese Ausführungen können den Anschein erwecken, als ob die Beklagte in dem genannten Schriftsatz Auszüge aus dem Protokoll über die Vernehmung des Zeugen G. wiedergegeben habe. Dies war jedoch nicht der Fall. In dem Schriftsatz hat vielmehr die Beklagte lediglich Teile des Protokolls einer Aufsichtsrats- und Vorstandssitzung der Volksbank B. vom 26. Mai 1972 zitiert. Wieso sich aus ihnen ergeben soll, daß Günther im Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht Hamm die Konkursreife des Betriebs des Klägers nicht verneint haben könne, ist nicht ersichtlich. Äußerungen des Bankdirektors G. über die wirtschaftliche Lage enthält das Protokoll nicht, sondern lediglich solche des Aufsichtsratsmitglieds K., der gleichzeitig stiller Gesellschafter des Klägers war. Die Ansicht des Bankdirektors G. braucht sich nicht mit der des Aufsichtsratsmitglieds K. gedeckt haben.

2. Der Steuerbevollmächtigte Dr. H., der sowohl steuerlicher Berater des Klägers als auch Aufsichts-

ratsvorsitzender der Volksbank B[REDACTED] war, hat nach dem kriminalpolizeilichen Vermerk vom 8. Januar 1973 (Bl. 174 der Ermittlungsakten 5 Js 879/72 der Staatsanwaltschaft Bielefeld) erklärt, er habe eine Fusion zwischen der in Bünde abgebrannten Firma W[REDACTED]-H[REDACTED] und dem Unternehmen des Klägers angeregt. Bei seiner Zeugenvernehmung (vgl. Sitzungsniederschrift vom 10. März 1975 S. 11 ff. Bl. 147 ff. d.A.) ist Dr. Helsing über diesen Punkt nicht befragt worden; er hat jedoch bekundet, es sei einmal davon die Rede gewesen, daß der Grundbesitz und der Betrieb verkauft und damit die Schulden des Klägers abgedeckt werden sollten. In der Berufungsbegründung hat der Kläger ausdrücklich auf den Aktenvermerk in den Ermittlungsakten Bezug genommen und vorsorglich die erneute Vernehmung von Dr. H[REDACTED] beantragt (Bl. 258 d.A.). Das Berufungsgericht hat die Vernehmung des Zeugen Dr. H[REDACTED] abgelehnt, weil "die vom Kläger nur angedeutete Möglichkeit einer Fusion oder des Verkaufs an einen anderen Betrieb nicht ausreichend dargelegt" sei. Auch diese Erwägung beruht auf einer Verkennung der Darlegungs- und Beweislast. Da die Beklagte für die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls beweispflichtig ist, muß sie auch diejenigen Indizien behaupten und beweisen, aus denen die Täterschaft des Klägers gefolgert werden soll. Das Berufungsgericht durfte daher von der Ausweglosigkeit der wirtschaftlichen Lage des Klägers nur dann ausgehen, wenn es davon überzeugt war, daß aus der Sicht des Klägers in der Tat kein Ausweg mehr bestand; es mußte deshalb diesen Punkt schon dann zugunsten des Klägers entscheiden, wenn es die Möglichkeit, daß nach den Vorstellungen des Klägers noch ein Ausweg aus der wirtschaftlichen Krise be-

stand, nicht verneinen konnte. In diesem Zusammenhang können auch solche Lösungen von Bedeutung sein, die vom Kläger in Betracht gezogen worden sind, sich aber noch nicht zu einem konkreten Sanierungsplan verdichtet hatten. Entscheidend ist allein, ob der Kläger ernsthaft die Hoffnung hegen konnte, auf diesem Wege aus seinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten herauszukommen. Der Kläger will ersichtlich nicht behaupten, daß der vom Steuerberater Dr. H. [REDACTED] gemachte Fusionsvorschlag schon konkrete Gestalt angenommen hat. Es kann deshalb von ihm nicht verlangt werden, daß er im einzelnen darlegt, wie die Fusion hätte bewerkstelligt werden sollen. Sache des Tatrichters ist es zu prüfen, ob aus der Sicht des Klägers damit zu rechnen war, daß sich das Projekt rechtzeitig werde verwirklichen lassen.

3. Bedenklich erscheint auch die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger sei nur noch eine Zeit bis zum 7. Juni 1972 geblieben, um einen Ausweg aus der wirtschaftlichen Krise zu finden. Die Volksbank B. [REDACTED] hatte zwar die Rückzahlung des Kredits bis zu diesem Zeitpunkt verlangt. Aus dem eigenen Vortrag der Beklagten, insbesondere aus dem von ihr vorgelegten Aufsichtsratsprotokoll, ergibt sich jedoch, daß sie keineswegs die Absicht hatte, bei fruchtlosem Ablauf der Frist etwa einen Konkursantrag zu stellen. Sie wollte vielmehr lediglich den Grundsschuldbrief zur Zahlung vorlegen. Wenn auch dies nicht zur Rückzahlung des dem Kläger gewährten Kredites geführt hätte, hätte die Volksbank die Zwangsversteigerung beantragen müssen. In diesem Verfahren hätte zunächst über eine etwaige Einstellung der Zwangsvollstreckung verhandelt werden müssen (§§ 30 a ff. ZVG). Selbst wenn das

Gericht die Einstellung abgelehnt hätte, wäre doch über die Prüfung der Einstellungsfrage eine gewisse Zeit vergangen, innerhalb der der Kläger die Möglichkeit gehabt hätte, der Volksbank weitere Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs