



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZR 5/10

vom

8 . Dezember 2011

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Dr. Kessal-Wulf, die Richter Wendt, Felsch, die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt und Dr. Brockmüller

am 8. Dezember 2011

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Klägers und unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen wird die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. Dezember 2009 zugelassen, soweit die Klage sich auf einen Schaden aus der Bargeldentsorgung stützt, mithin nicht mit dem Verlust eines zur Anlage eines Hartgeldpools bestimmten Geldbetrages von 191.000 € (62,5% hiervon = 119.375 €) begründet wird.

Die Klägerin trägt die durch das Beschwerdeverfahren angefallenen Gerichtskosten, soweit es ohne Erfolg geblieben ist. Insoweit beträgt der Wert des Beschwerdegegenstandes 119.375 €. Von der Auferlegung außergerichtlicher Kosten wird diesbezüglich abgesehen (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Im Umfang der Revisionszulassung wird das vorbezeichnete Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Rechtsmittelkosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: bis 3.200.000 €

Gründe:

1 I. Der Kläger betreibt eine Drogeriekette mit zahlreichen Filialen in der Bundesrepublik Deutschland. Mit Wirkung ab dem 1. März 2005 hatte er mit der W. GmbH, H.

, (im Folgenden: W. GmbH) einen "Vertrag Geldentsorgung" abgeschlossen, der die Transporte von Zahlungsmitteln, deren Bearbeitung (einschließlich Lagerung, Zählung und Einzahlung) und die Hartgeldversorgung von Filialen zum Gegenstand hatte (vgl. § 1 Ziff. 1 des Vertrages). Unter § 8 ist darin bestimmt:

"...

5. Der Auftragnehmer darf Zahlungsmittel, die er vom Auftraggeber erhalten hat oder für diesen verwaltet bzw. verwahrt, nur auf Konten des Auftraggebers einzahlen. Dies gilt insbesondere für die ihm zum Transport einschließlich der Bearbeitung übergebenen Zahlungsmittel.

Sofern Gelder ... ausnahmsweise auf eigene Konten des Auftragnehmers eingezahlt werden, sind diese als offene Treuhandkonten zu führen. ...

6. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, Zahlungsmittel, die er vom Auftraggeber erhalten hat oder für diesen verwaltet bzw. verwahrt, von anderen, auch eigenen Zahlungsmitteln strikt getrennt zu verwahren.

..."

2 Im dazu gehörenden Leistungsverzeichnis ist unter anderem bestimmt:

"Auszahlung und Aufbereitung der Tageseinnahmen und Einzahlung spätestens am nächsten auf den dem Entsor-

gungstag folgenden Banktag bei der zuständigen LZB auf das festgelegte Bankkonto. Die Einzahlung hat so zu erfolgen, dass eine taggleiche Wertstellung des Betrags auf unserem Konto gewährleistet ist."

3 Die seither zunächst durch die W. GmbH ausgeführte Geldbearbeitung wurde im Zuge von deren Integration in die HEROS-Gruppe übernommen, die ab Ende August 2005 für die Bargeldent- und -versorgung verantwortlich war. Sie war auch schon in der Zeit vor Februar 2005 vom Kläger mit der Bargeldentsorgung beauftragt gewesen.

4 Die HEROS-Gruppe hatte mit mehreren Versicherungsunternehmen unter Führung der Beklagten eine "Valorenversicherung" abgeschlossen, deren Versicherungsbedingungen (im Folgenden: VB) im Senatsurteil vom 25. Mai 2011 (Geldtransporte HEROS I - IV ZR 117/09, VersR 2011, 918) und im Senatsbeschluss vom 21. September 2011 (Geldtransporte HEROS II - IV ZR 38/09, juris) auszugsweise wiedergegeben sind.

5 Die Auftraggeber der HEROS-Unternehmen waren Versicherte dieses Vertrages.

6 Im Februar 2006 kam es zum Zusammenbruch der HEROS-Gruppe. Zahlreichen Auftraggebern, darunter nach seiner Behauptung auch dem Kläger, wurde den HEROS-Gesellschaften überlassenes Bargeld nicht mehr (vollständig) auf ihren Konten gutgeschrieben oder sonst zurückerstattet. Nachdem im April 2006 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der HEROS-Gruppe eröffnet worden war, focht die Beklagte den Versicherungsvertrag im Januar 2007 wegen arglistiger Täuschung an.

- 7 Der Kläger fordert von der Beklagten als führendem Versicherer anteilige (62,5%) Versicherungsleistungen wegen Schäden, die nach seiner Behauptung zum einen im Zusammenhang mit dem am 14., 17. und 18. Februar 2006 zur Entsorgung bei seinen Filialen abgeholten Bargeld (5.963.124,77 €) stehen (Schäden aus Bargeldentsorgung) und zum anderen darauf beruhen, dass ein Betrag von 191.000 €, den er im Februar 2005 zur Einrichtung eines Hartgelddepots bei der W. GmbH an diese überwiesen hatte, nicht zurückerstattet wurde (Schaden aus Bargeldversorgung).
- 8 Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob die Anfechtung des Versicherungsvertrages wirksam und die Beklagte schon daher leistungsfrei ist, ferner darüber, ob die HEROS-Gruppe im Umgang mit dem ihr anvertrauten Bargeld gegen vertragliche Verpflichtungen verstoßen und dadurch einen Versicherungsfall ausgelöst hat.
- 9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers, der - unter Berücksichtigung zwischenzeitlich zurückerstatteter Beträge - zuletzt noch Zahlung von 3.167.943,01 € nebst Zinsen sowie die Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in Höhe von 678.384,97 € (vgl. NZBB 8) begehrt hat, hat das Oberlandesgericht unter Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Beschwerde.
- 10 II. Soweit das Berufungsgericht die auf die unterbliebene Zurückerstattung von Hartgeld im Rahmen der Bargeldversorgung gestützte Klageforderung abgewiesen hat, war die Nichtzulassungsbeschwerde zu-

rückzuweisen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO - dazu unten 4.).

- 11 Im Übrigen führt das Rechtsmittel zur Zulassung der Revision unter gleichzeitiger Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gemäß § 544 Abs. 7 ZPO. Soweit die Klage hinsichtlich des behaupteten Schadens aus der Entsorgung übergebenen Bargeldes abgewiesen worden ist, hat das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, weil es dessen Antrag auf Vernehmung zweier Zeugen übergangen hat.
- 12 1. Die Anfechtung einer Willenserklärung nach § 123 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Erklärende zu ihrer Abgabe durch eine arglistige Täuschung bestimmt worden ist. Das ist dann der Fall, wenn diese Täuschung einen Irrtum des Erklärenden hervorgerufen und dadurch dessen Entschluss zur Willenserklärung beeinflusst hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 - X ZR 123/03, MMR 2005, 447 unter 1 a). Einen solchen vom Erklärenden, hier der Beklagten, darzulegenden und gegebenenfalls zu beweisenden Irrtum (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1987 - V ZR 152/86, NJW-RR 1987, 1415 unter II 3) hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft festgestellt.
- 13 a) Es geht davon aus, bei der HEROS-Gruppe hätten spätestens seit Mitte der 1990er Jahre erhebliche finanzielle Schwierigkeiten bestanden. Unter anderem um Liquiditätsengpässe auszugleichen, seien laufend die im Zuge von Transportaufträgen entgegengenommenen Gel-

der nicht sogleich den Konten der jeweiligen Auftraggeber gutgebracht, sondern zu Teilen zur Befriedigung anderweitig offen stehender Forderungen verwendet worden. Der Ausgleich für die dadurch zunächst geschädigten Auftraggeber sei zeitverzögert durch einen entsprechenden Zugriff auf spätere Geldtransporte erfolgt. Daraus habe sich eine vielfach als "Schneeballsystem" bezeichnete Dynamik wachsender Finanzierungslücken entwickelt. Von all dem habe die Beklagte bei Abschluss der Police Nr. 7509 jedoch noch keine konkrete Kenntnis gehabt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 9-11).

14 b) Damit hat das Berufungsgericht das Recht des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

15 Es durfte einen Irrtum der Beklagten nicht feststellen, ohne zuvor den vom Kläger beantragten Beweis über die dieser Feststellung entgegenstehende Behauptung zu erheben, der Beklagten-Mitarbeiter S. , der zahlreiche Zuwendungen von Verantwortlichen der HEROS-Gruppe erhalten habe, sei über sämtliche Vorgänge bei HEROS unterrichtet gewesen und habe insbesondere gewusst, dass der Lebensstil des mit ihm befreundeten HEROS-Geschäftsführers W. aus Unterschlagungen und Veruntreuungen finanziert worden sei.

16 aa) Von der Vernehmung der dafür benannten Zeugen S. und W. durfte das Berufungsgericht nicht deshalb absehen, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet gewesen wären, dass ihre Erheblichkeit nicht hätte beurteilt werden können. Das Kläger-Vorbringen war vielmehr hinreichend substantiiert, zumal der Kläger selbst keine unmittelbare Kenntnis von internen Vorgängen bei der Beklagten hat, was ihm die Darlegung und Beweisführung erschwert. In ei-

nem solchen Fall darf eine Partei auch Tatsachen, deren Vorliegen sie lediglich vermutet, als feststehend behaupten und unter Beweis stellen, wenn - wie hier - für die Richtigkeit ihres Vorbringens hinreichende Anhaltspunkte bestehen. Zu einem unzulässigen Ausforschungsbeweis wird eine solche Beweisführung erst bei offensichtlicher Willkür oder Rechtsmissbrauch der vortragenden Partei (vgl. BGH, Urteile vom 5. April 2001 - IX ZR 276/98, NJW 2001, 2327 unter III 1 a und vom 11. Juli 1996 - IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147 unter II 5 d). Dafür ist hier angesichts zahlreicher - weitgehend unstreitiger und vom Berufungsgericht unterstellter - Anhaltspunkte, die für eine besondere Nähe zwischen den Zeugen S. und W. sprechen, nichts ersichtlich.

17

bb) Die Beweiserhebung war auch nicht entbehrlich, weil die benannten Zeugen S. und W. ungeeignete oder unerreichbare Beweismittel oder ihre Vernehmungen unzulässig gewesen wären. Ihre auf § 384 Nr. 2 ZPO gestützte, umfassende Aussageverweigerung in einem anderen Rechtsstreit aus dem HEROS-Komplex (vgl. dazu das Zwischenurteil des OLG Celle vom 14. Juni 2010 - 8 U 21/09, juris, betreffend den Zeugen W.) führt nicht dazu, die beiden Zeugen im vorliegenden Rechtsstreit als völlig ungeeignete oder unerreichbare Beweismittel i.S. des § 244 Abs. 2 Satz 2 StPO anzusehen oder die beantragte Beweiserhebung für unzulässig zu erachten (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 15-18).

- 18 2. Der dargelegte Gehörsverstoß ist mit Blick auf den behaupteten Schaden aus der Bargeldentsorgung auch entscheidungserheblich, da die übrigen Einwände des Klägers gegen die Wirksamkeit der von der Beklagten erklärten Arglistanfechtung nicht durchgreifen.
- 19 a) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Police Nr. 7509 handele es sich um den Abschluss eines neuen, zum 1. Dezember 2001 in Kraft getretenen Versicherungsvertrages und nicht lediglich um eine Änderung der zuvor bestehenden Police Nr. 7265, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.
- 20 aa) Ein neuer Vertrag liegt vor, wenn der aus den gesamten Fallumständen zu ermittelnde Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet war, die vertraglichen Beziehungen auf eine selbständige neue Grundlage zu stellen und sich nicht damit zu begnügen, einzelne Regelungen des bestehenden Vertrages zu modifizieren. Für einen neuen Vertrag spricht die Veränderung wesentlicher Vertragsinhalte, z.B. des versicherten Risikos, des versicherten Objekts, der Vertragsdauer, der Vertragsparteien und der Gesamtversicherungssumme (vgl. Senatsurteil vom 19. Oktober 1988 - IVa ZR 111/87, r+s 1989, 22, 23; OLG Saarbrücken VersR 2007, 1681, 1682; OLG Köln VersR 2002, 1225; BK/Riedler, VVG § 38 Rn. 9; Knappmann in Prölss/Martin, VVG 28. Aufl. § 37 Rn. 5; Römer in Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 38 Rn. 6).
- 21 bb) Unter Beachtung dieser Maßstäbe und Heranziehung der den Einzelfall prägenden Umstände ist das Berufungsgericht ohne durchgreifenden Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, die Police Nr. 7509 sei als neuer, zum 1. Dezember 2001 in Kraft getretener Vertrag anzusehen (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 20 ff.). Ent-

scheidungserheblichen Vortrag oder relevante Beweisangebote des Klägers hat es - entgegen der Auffassung der Beschwerde - nicht übergangen. Die Angriffe der Revision erschöpfen sich im Wesentlichen in dem revisionsrechtlich unbehelflichen Versuch, die Würdigung des Berufungsgerichts unter abweichender Bewertung einzelner Indizien durch eine vermeintlich bessere eigene Würdigung zu ersetzen.

22 Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht vorgenommenen Gesamtschau zahlreicher Umstände, die sich insbesondere auch nicht als willkürlich i.S. von Art. 3 Abs. 1 GG erweist, schließt der Senat weiter aus, dass einzelne von der Revision herausgegriffene Aspekte das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung veranlasst hätten, mögen sie auch - für sich betrachtet - auf eine Verlängerung der früheren Police hindeuten.

23 (1) Das gilt auch, soweit das Berufungsgericht nicht auf jedes einzelne in diesem Zusammenhang von der Klägerin im Verlaufe des Rechtsstreits vorgelegte Schreiben eingegangen ist. Nach Art. 103 Abs. 1 GG sind die Gerichte nur verpflichtet, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dagegen ist es nicht erforderlich, alle Einzelpunkte des Parteivortrags auch ausdrücklich zu bescheiden (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2007 - IV ZR 298/05, WuM 2008, 113; BGH, Beschluss vom 10. Mai 2005 - VI ZR 89/04, WuM 2005, 475; BVerfGE 96, 205, 216 f.). Besondere Umstände, die darauf hindeuten könnten, das Berufungsgericht habe diese aus Art. 103 Abs. 1 GG erwachsende Pflicht verletzt, sind nicht ersichtlich.

24 (2) Ohne Erfolg rügt die Beschwerde in diesem Zusammenhang auch, es sei angebotener Zeugenbeweis übergangen worden. Von einer

näheren Begründung sieht der Senat insoweit nach § 564 Satz 1 ZPO ab.

- 25 (3) Der Verweis des Klägers auf das Schreiben der Maklerin M. GmbH an die W. GmbH & Co. KG, eine andere Auftraggeberin der HEROS-Gruppe, vom 16. Juli 2003 belegt nicht, dass die Police Nr. 7509 erst zum 1. Dezember 2002 in Kraft getreten ist, zumal das Berufungsgericht einem von der Beschwerde nicht erwähnten Schreiben der Maklerin an den Kläger vom 25. November 2002 Gegenteiliges entnommen hat. Dass - wie die Beschwerde geltend macht - erst die Ereignisse des 11. September 2001 ursächlich für den Abschluss der Police Nr. 7509 gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Sie werden erstmals in Schreiben vom 16. Juli 2003 erwähnt, das nur eine Folgeänderung der Police Nr. 7509 zum Gegenstand hat.
- 26 (4) Anders als der Beschwerdeführer meint, ist es für die Einordnung der Police Nr. 7509 als Neuvertrag letztlich nicht entscheidend, ob es eine ausdrückliche Erklärung der HEROS-Gruppe gab, einen neuen Vertrag abschließen zu wollen, oder die Verantwortlichen der HEROS-Gruppe dies so einordneten.
- 27 b) Der Beklagten ist es in Ansehung einer von der Versicherungsnehmerin begangenen Täuschung auch nicht aufgrund Ziffer 13.4 VB verwehrt, sich gegenüber der Klägerin auf eine Anfechtung des Versicherungsvertrages zu berufen.
- 28 aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 21. September 2011 (aaO Rn. 26-30) entschieden hat, ist ein vertraglicher, im Voraus erklärter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Vertrags-

schluss unwirksam, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt worden ist, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB ist. Das gilt auch für das Verhältnis zwischen der Beklagten als Versicherer und den Versicherten einer Versicherung für fremde Rechnung. Es kann daher offenbleiben, ob Ziffer 13.4 VB durch Auslegung ein solcher, gegenüber diesen wirkender Verzicht zu entnehmen ist.

29 bb) Auch aus den Versicherungsbestätigungen, die die Beklagte den Versicherten übersandt hat, erwachsen Letzteren in Bezug auf die Arglistanfechtung keine weitergehenden Rechte. Das Berufungsgericht hat diese Bestätigungen zu Recht als lediglich deklaratorische Informationsschreiben angesehen, die dazu dienten, die Versicherten über den Abschluss einer Versicherung zwischen der Beklagten und der HEROS-Gruppe zu unterrichten und den Inhalt dieses Vertrages zusammenzufassen. Eine gesonderte Begründung, Stärkung und Sicherung von Rechten der Versicherten folgt daraus nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 30).

30 cc) Die Frage, ob der Kläger den Anfechtungsgrund kannte, ist für die Wirksamkeit der Anfechtung ohne Bedeutung, weil § 123 Abs. 2 BGB hier nicht anzuwenden ist. Sowohl § 123 Abs. 2 Satz 1 als auch Abs. 2 Satz 2 BGB setzen voraus, dass die Täuschung von einem Dritten ausgeht, und können mithin nicht eingreifen, wenn allein eine Täuschung durch den Erklärungsgegner - hier die HEROS-Gruppe als Versicherungsnehmerin - in Rede steht (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1959 - VIII ZR 134/58, BGHZ 31, 321, 327 f.).

- 31 c) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, die HEROS-Gruppe habe der Beklagten bei Abschluss der Police Nr. 7509 ihr bis dahin praktiziertes Geschäftsverhalten (vgl. zum Schneeballsystem unter II 1 a) offenbaren müssen.
- 32 aa) Die tatsächlichen Grundlagen, aus denen das Berufungsgericht dies herleitet, hat es unter Bezugnahme auf die strafrechtliche Verurteilung der Geschäftsführer von Unternehmen der HEROS-Gruppe durch das Landgericht Hildesheim und in Übereinstimmung mit der dazu ergangenen Revisionsentscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofes (Beschluss vom 1. April 2008 - 3 StR 493/07, wistra 2008, 427) in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt und dabei die für seine Überzeugungsbildung wesentlichen Gesichtspunkte nachvollziehbar dargelegt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 16. März 2005 - IV ZR 140/04, NJW-RR 2005, 1024 unter 1 und 2; BGH, Urteil vom 22. Januar 1991 - VI ZR 97/90, NJW 1991, 1894 unter II 1). Die dagegen gerichteten Angriffe der Beschwerde sind nicht erfolgreich. Das Berufungsgericht musste auch nicht den angebotenen Beweis darüber erheben, dass einzelne Zeugen im Strafverfahren vor dem Landgericht Hildesheim angegeben hätten, bei der HEROS-Gruppe sei es erst ab dem Jahre 2004 zu "Unstimmigkeiten" gekommen.
- 33 bb) Eine anzeigepflichtige unmittelbare Gefährdung des Vertragszwecks der Versicherung lag bereits im Betreiben des Schneeballsystems. Schon zur Zeit des Vertragsschlusses drohte jederzeit dessen Entdeckung und Zusammenbruch mit der Folge, dass zahlreiche Auftraggeber den HEROS-Unternehmen zum Transport übergebene Gelder beziehungsweise deren Gegenwert verlieren konnten. Infolgedessen stand für die Verantwortlichen der HEROS-Gruppe zu erwarten, dass die Versi-

cherer durch zahlreiche Versicherte in Anspruch genommen würden. Damit verlagerte die HEROS-Gruppe ihr eigenes wirtschaftliches Wagnis zum Teil auf die Versicherer und belastete diese bewusst mit einem Risiko, das über die mit dem Abschluss einer Valoren-Transport-Versicherung normalerweise verbundenen Gefahren erheblich hinausging (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 38).

34 cc) Dabei ist es unerheblich, dass sich die Verantwortlichen der HEROS-Gruppe bei Offenbarung ihrer Geschäftspraktiken gegenüber den Versicherern unerlaubter Handlungen hätten bezichtigen müssen. Insbesondere erwächst aus dem strafprozessualen Privileg, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, kein Anspruch darauf, ungeachtet des Verschweigens solcher Umstände dennoch private Rechte voll durchzusetzen oder sich gar versicherungsvertragliche Vorteile zu erschleichen (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 39 f.).

35 dd) Anders als der Beschwerdeführer meint, ist das Verschweigen des von der HEROS-Gruppe betriebenen Schneeballsystems und die darauf gestützte Arglistanfechtung auch für seinen Versicherungsschutz bedeutsam. Für die Berechtigung der Beklagten zur Anfechtung ihrer Vertragserklärung nach § 123 Abs. 1 BGB kommt es nicht allein auf etwaige Unregelmäßigkeiten bei der W. GmbH an; vielmehr muss diese - ebenso wie der Kläger - eine schon bei ihrem Beitritt zur HEROS-Gruppe möglicherweise bestehende Anfechtbarkeit des Versicherungsvertrages gegen sich gelten lassen (vgl. für die Übernahme einer anfechtbaren Dauerschuld bei Schuldbeitritt: Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1040 f.).

36 (1) Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass ein eigenständiger Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der W. GmbH nicht zustande gekommen, Letztere vielmehr in den Vertrag mit den anderen Unternehmen der HEROS-Gruppe nachträglich einbezogen worden ist. Für die Frage nach der Wirkung der Arglistanfechtung des Versicherungsvertrages mit der Police Nr. 7509 ist deshalb nicht davon auszugehen, dass die W. GmbH innerhalb der in der HEROS-Gruppe verbundenen Unternehmen eine Sonderstellung eingenommen hätte, in deren Folge ihr gegenüber nicht auf das - die Arglistanfechtung begründende - bei HEROS betriebene Schneeballsystem hätte abgestellt werden können, sondern allein die - für sich genommen möglicherweise regulären - Verhältnisse bei der W. GmbH in den Blick zu nehmen gewesen wären.

37 (2) Die W. GmbH trat als weitere Versicherungsnehmerin zu den anderen Unternehmen der HEROS-Gruppe hinzu und wurde dadurch aus dem Versicherungsvertrag berechtigt und verpflichtet. Sie erhielt somit zwar die volle Rechtsstellung eines weiteren Vertragspartners (vgl. dazu allgemein BGH, Urteil vom 5. März 1975 - VIII ZR 97/73, NJW 1975, 969 unter III 1b; MünchKomm-BGB/Roth, 5. Aufl. § 398 Rn. 197; Busche in Staudinger, BGB [2005] Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 207; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I 14. Aufl. § 35 III [S. 619]), konnte aber andererseits nur die gleiche Rechtsstellung erlangen wie die bereits zuvor durch den Vertrag geschützten Versicherungsnehmer (vgl. für den Eintritt eines weiteren Mieters: BGH, Urteile vom 7. Februar 2007 - VIII ZR 147/06, NJW-RR 2007, 668 Rn. 17 und vom 13. Juli 2005 - VIII ZR 255/04, NJW 2005, 2620 unter II 1; für die Einbeziehung eines neu eintretenden Sozius in ein bestehendes Mandatsverhältnis: BGH, Urteil vom 5. November 1993 - V ZR 1/93, BGHZ 124, 47, 49 f.).

38

(3) Anderes folgt auch nicht daraus, dass die Verantwortlichen der W. GmbH von einer vorangegangenen Täuschung der Beklagten und dem Geschäftsgefahren der HEROS-Gruppe keine Kenntnis gehabt hätten. Insoweit kann offen bleiben, ob eine solche Gutgläubigkeit auf Seiten der W. GmbH rechtlich zur Folge hätte, dass sich die Beklagte insoweit nicht auf die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages berufen könnte. Denn ausweislich eines Gesellschafterbeschlusses vom 11. August 2005 war der HEROS-Geschäftsführer W. bereits im Zeitpunkt der Aufnahme der W. GmbH in die HEROS-Gruppe und deren Versicherungsvertrag zum Geschäftsführer der W. GmbH bestellt, mag auch - worauf die Beschwerde abstellt - die Eintragung dieser Bestellung im Handelsregister erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt sein. Sie wirkt nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch (vgl. Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG 6. Aufl. § 39 Rn. 5). Die W. GmbH trat infolgedessen nicht "gutgläubig" in den Versicherungsvertrag ein, sondern muss sich die Kenntnisse ihres Geschäftsführers W., der zugleich im operativen Geschäft der HEROS-Gruppe gegenüber anderen Verantwortungsträgern Weisungen durchsetzen konnte und eine dominierende Stellung einnahm (vgl. BGH, Beschluss vom 1. April 2008 - 3 StR 493/07, wistra 2008, 427 unter II 2 a bb), zurechnen lassen. Die W. GmbH wurde mit ihrer Integration in die HEROS-Gruppe Teil dieses Unternehmensgeflechtes, das zur Aufrechterhaltung des Schneeballsystems arbeitsteilig zusammenwirkte. Deshalb durfte das Berufungsgericht die gesamte HEROS-Gruppe - einschließlich der W. GmbH - als Verbund von Unternehmen ansehen, bei dem es entbehrlich war, das Maß der gebotenen Sachaufklärung nach den einzelnen Unternehmen zu differenzieren (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 21. September 2011, Geldtransporte HEROS III- IV ZR 38/09, juris Rn. 37).

- 39 d) Ob einerseits der von der Beklagten behauptete Irrtum ursächlich für die Willenserklärungen zum Abschluss der Police Nr. 7509 war und ob die Anfechtung ausgeschlossen ist, weil die Beklagte den Versicherungsvertrag möglicherweise gemäß § 144 BGB nachträglich bestätigt hat, kann abschließend erst entschieden werden, wenn geklärt ist, in welchem Umfang und ab welchem Zeitpunkt die Beklagte oder ein ihr möglicherweise gleichstehender Wissensvertreter Kenntnis von denjenigen Tatsachen hatte, über die sie nach ihrer Behauptung getäuscht worden ist.
- 40 aa) Für die Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung genügt, dass der Getäuschte Umstände dartut, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein können, und die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschlie-ßung auszuüben pflegt. Liegen derartige Voraussetzungen vor, kann - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - ein Beweis des ersten Anscheins dafür gegeben sein, dass die Täuschung einen Einfluss auf die Entschlie-ßung des Getäuschten ausgeübt hat (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 23. April 1997 - VIII ZR 212/96, NJW 1997, 1845 unter II 2 b bb; Urteile vom 12. Mai 1995 - V ZR 34/94, NJW 1995, 2361 unter II 3 b und vom 5. Dezember 1975 - V ZR 34/74, WM 1976, 111 unter F; Hefermehl in Soergel, BGB 13. Aufl. § 123 Rn. 20, 22).
- 41 bb) Eine Bestätigung nach § 144 BGB setzt voraus, dass der ursprünglich Anfechtungsberechtigte eindeutig zum Ausdruck bringt, den Vertrag endgültig als wirksam gelten zu lassen (vgl. Staudinger/Roth, BGB [2010] § 144 Rn. 1), und dies zu einem Zeitpunkt äußert, zu dem er

bereits weiß oder zumindest mit der Möglichkeit rechnet, dass der Gegner ihn bewusst getäuscht hat. Außerdem muss er wissen, dass sich daraus für ihn ein Anfechtungsrecht ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1990 - VIII ZR 18/89, NJW-RR 1990, 817 unter III 3; RGZ 128, 116, 119; Staudinger/Roth aaO Rn. 7).

42 Zwar hat das Berufungsgericht diese Voraussetzungen auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen ohne Rechtsfehler verneint. Auch insoweit bedarf die Sache aber neuer Verhandlung und Entscheidung, weil neu geprüft werden muss, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Beklagte Kenntnis von dem von der HEROS-Gruppe praktizierten Schneeballsystem hatte.

43 Erst danach kann auch entschieden werden, inwieweit rechtsgeschäftlichen Äußerungen der Beklagten nach Vertragsschluss möglicherweise ein Bestätigungswille entnommen werden kann.

44 3. Der aufgezeigte Gehörsverstoß ist allerdings lediglich hinsichtlich des von der Klägerin behaupteten Schadens aus der Geldentsorgung und der damit in Zusammenhang stehenden Teilerledigungserklärung entscheidungserheblich, weil das Berufungsgericht insoweit ohne Rechtsfehler angenommen hat, ein Versicherungsfall liege vor.

45 a) Mit der hier genommenen "Valorenversicherung" ist nur Bargeld - nicht hingegen Buch- oder Giralgeld - gegen typische Transportrisiken bei und während des Werttransports bis zu dessen Abschluss versichert. Eingeschlossen werden zwar Verluste und Schäden, die aus einer Unterschlagung i.S. von § 246 Abs. 1 StGB oder einer Veruntreuung i.S. von § 246 Abs. 2 StGB (veruntreuende Unterschlagung) folgen. Nicht

versichert sind dagegen Schäden, die lediglich aus einer Untreue nach § 266 StGB resultieren. Ebenso wenig ist die vertragliche Haftung für den gesamten Transportbetrieb der Versicherungsnehmerin im Sinne einer Haftpflichtversicherung vom Versicherungsschutz umfasst (vgl. dazu Senatsurteil vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 31 ff., 35 ff.).

46 b) Selbst bei Einzahlung zu entsorgenden Bargeldes bei der dafür bestimmten Ablieferungsstelle stellt es einen noch innerhalb des nach Ziffer 3.1 und 3.2 VB versicherten Zeitraums eingetretenen Versicherungsfall i.S. von Ziffer 2.1.1.1 VB dar, wenn in den Begleitumständen der Einzahlung der von den Versicherungsbedingungen vorausgesetzte stoffliche Zugriff auf das transportierte Bargeld liegt. Das ist dann anzunehmen, wenn die geschuldete Übergabe bei Ablieferung des Transportgutes nicht nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt worden ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 9. November 2011 - IV ZR 251/08 unter II 3 b).

47 Insoweit durfte das Berufungsgericht der Zusammenschau der Regelungen aus dem vom Kläger mit der W. GmbH geschlossenen "Vertrag Geldentsorgung", der auch nach deren Beitritt zur HEROS-Gruppe Grundlage der Geldentsorgung geblieben war, entnehmen, dass es dem Werttransportunternehmen untersagt war, transportiertes Geld bei Ablieferung zunächst im so genannten Pooling-Verfahren auf ein eigenes Konto einzuzahlen. Die dagegen erhobenen Einwände der Beschwerdeerwiderung überzeugen nicht. Für die Auslegung des Berufungsgerichts spricht, dass der Auftragnehmer nach dem Bedingungswortlaut "Zahlungsmittel ... nur auf Konten des Auftraggebers einzahlen" darf und, "sofern Gelder ... ausnahmsweise auf eigene Konten des Auftragnehmers eingezahlt werden, ... diese als offene Treuhandkonten zu führen"

sind. Die darin liegende Vereinbarung des so genannten Nicht-Konto-Verfahrens wird auch durch eine E-Mail eines Kläger-Mitarbeiters vom 17. Januar 2006 belegt, mit der beanstandet wird, dass aufgrund der Zusammenführung von Einzahlungen verschiedener Niederlassungen bei der zur HEROS-Gruppe gehörenden Firma N. Verzögerungen eingetreten seien und HEROS aufgefordert werde, die Gelder "direkt auf unser Konto" einzuzahlen (vgl. zur Berücksichtigung nachträglichen Verhaltens einer Partei bei der Auslegung von Vertragserklärungen zuletzt: BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2011 - VII ZR 220/10 Rn. 9 m.w.N.).

48 Abgesehen davon hätte eine - hier nicht festgestellte - bloße Duldung von Verstößen des Werttransportunternehmens gegen das vereinbarte Nicht-Konto-Verfahren im Übrigen weder zu einer Änderung seiner entsprechenden Verpflichtung aus dem Transportvertrag geführt (vgl. dazu Senatsurteil vom 9. November 2011 - IV ZR 251/08 unter II 3 d) noch läge - wie die Beklagte meint - darin eine Herbeiführung des Versicherungsfalles durch die versicherte Person.

49 4. Soweit der Kläger sein Begehren auf Verluste bei der Bargeldversorgung (unterlassene Erstattung des für die Einrichtung eines Hartgelddepots vorgesehenen Betrages von 191.000 €) gestützt und das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, deckt die Beschwerde keinen Revisionszulassungsgrund auf. Der oben dargelegte Gehörsverstoß erweist sich insoweit als nicht entscheidungserheblich, denn das Berufungsgericht hat hier mangels stofflichen Zugriffs auf allein versichertes Bargeld einen Versicherungsfall ohne Rechtsfehler verneint (vgl. auch den Sachverhalt im Senatsurteil vom 9. November 2011 - IV ZR 173/10 unter II 2 f). Deshalb kommt es auf die Wirksamkeit der Arglistanfechtung diesbezüglich nicht mehr an.

50 Dass das Berufungsgericht einen stofflichen Zugriff auf Bargeld hier nicht festgestellt hat, greift der Beschwerdeführer nicht an. Soweit er die Auffassung vertritt, der Versicherungsvertrag erfasse auch den Verlust von Buch- oder Giralgeld, sind die damit in Zusammenhang stehenden Fragen der Auslegung des Versicherungsvertrages ebenso wie die von der Beschwerde aufgeworfenen Fragen zur Verteilung der Darlehens- und Beweislast bei Feststellung des Versicherungsfalles mittlerweile durch das Senatsurteil vom 25. Mai 2011 (aaO) geklärt und rechtfertigen insoweit mangels Erfolgsaussichten der beabsichtigten Revision nicht mehr deren Zulassung (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2004 - IV ZR 386/02, VersR 2005, 809 unter II 2 m.w.N.).

51 III. Die Kostenentscheidung folgt den Grundsätzen des Beschlusses des V. Zivilsenats vom 17. Dezember 2003 (V ZR 343/02, NJW 2004, 1048). Da die Zurückweisung der Beschwerde lediglich wegen eines gemessen an der Klagforderung von knapp 3,2 Millionen € geringfügigen Teilbetrages von 119.375 € (62,5% von 191.000 €) erfolgt, und dadurch keine höheren Kosten veranlasst worden sind, hat der Senat davon abgesehen, der Klägerin insofern die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

52 IV. Der Senat weist für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:

53 Greift die Anfechtung bezüglich der Police Nr. 7509 nach § 123 Abs. 1 BGB durch, kann hier offen bleiben, ob sie auch die Beendigung der Vorgängerpolice zum 1. Dezember 2001 erfasst, denn ein Beitritt der W. GmbH zu diesem früheren Versicherungsvertrag ist zu keiner Zeit erfolgt.

Dr. Kessal-Wulf

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Brockmüller

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 11.02.2009 - 6 O 84/07 -

OLG Celle, Entscheidung vom 22.12.2009 - 8 U 54/09 -