



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZR 12/23

vom

13. Dezember 2023

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Karczewski, die Richterinnen Dr. Brockmüller, Dr. Bußmann, die Richter Dr. Götz und Piontek

am 13. Dezember 2023

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Streithelfers des Klägers wird die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 7. Dezember 2022 zugelassen.

Das vorbezeichnete Urteil wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 30.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die Parteien streiten um die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger aus einer bei ihr gehaltenen Wohngebäudeversicherung Leistungen aus Anlass eines behaupteten Unwetterschadens am versicherten Gebäude vom 27. Mai 2018 zu erbringen.

- 2            Zur Schadensabwicklung bediente sich der Kläger eines Maklerbüros, dem er im Nachgang zur Schadensaufnahme durch einen von der Beklagten beauftragten Schadensregulierer und ein Sachverständigenbüro Unterlagen einer Baufirma übersandte, die Aufstellungen zu Preisen für unterschiedliche Arbeiten beinhalteten und jeweils einen Gesamtbruttobetrag inklusive 16 % Umsatzsteuer auswiesen. Die Unterlagen waren undatiert und enthielten weder ein Ausführungsdatum noch eine Rechnungsnummer. Im Briefkopf der Baufirma war deren Steuernummer und in der Fußzeile die Bankverbindung genannt.
- 3            Das Maklerbüro leitete die Unterlagen mit einer E-Mail vom 5. August 2020 an die Beklagte weiter. In dieser E-Mail, die "Cc" auch an das Büro des Klägers ging, heißt es:
- "Hallo liebes Team, anbei erhalten Sie die Rechnungen gemäß Schaden im Jahr 2018. Im Anhang finden Sie die Rechnungen. Die Gesamthöhe beläuft sich auf: 35.369 Euro. Wir bitten um Veranlassung. Die Rechnungen wurden bezahlt von dem Kunden. Bitte überweisen Sie auf folgende Kontoverbindung ..."
- 4            In einer WhatsApp-Nachricht vom 19. August 2020, die an den Streithelfer des Klägers - einen der Inhaber des Maklerbüros - gerichtet war, wies die Ehefrau des Klägers darauf hin, dass es sich bei den an die Beklagte weitergeleiteten Unterlagen nicht um Rechnungen, sondern um Kostenvoranschläge handele und die Schadensbeseitigung erst nach Genehmigung durch den Versicherer erfolgen solle. Die Nachricht schließt mit der Bitte, den Kläger am Folgetag anzurufen.

5 Die Beklagte veranlasste nach Erhalt der Unterlagen einen weiteren Ortstermin durch einen Sachverständigen. Dieser stellte fest, dass seit dem Schadenstag keine Reparaturen vorgenommen worden waren und erbat vom Kläger mit einer E-Mail vom 3. November 2020 die E-Mail-Korrespondenz bezüglich der "Rechnungs- bzw. Angebotseinreichung". Diese Unterlagen, insbesondere den WhatsApp-Verkehr mit dem Maklerbüro, überließ der Kläger der Beklagten.

6 Die Beklagte hält sich für leistungsfrei. Sie ist der Überzeugung, der Kläger habe die Unterlagen in der Absicht eingereicht, sie über die tatsächliche Durchführung der Sanierungsarbeiten zu täuschen. Jedenfalls müsse er sich das Verhalten des Maklerbüros zurechnen lassen.

7 Das Landgericht hat der auf Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten gerichteten Klage nach Vernehmung der Ehefrau des Klägers und des Streithelfers stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner Beschwerde wendet sich der Streithelfer des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil.

8 II. Die Beschwerde hat Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 1. Dieses hat angenommen, die Beklagte sei wegen einer arglistigen Obliegenheitsverletzung des Streithelfers des Klägers leistungsfrei geworden. Nach Abschnitt B § 8 Ziff. 2 Buchst. a), hh) der dem streitgegenständlichen Vertrag zugrunde liegenden VGB habe den Kläger die Obliegenheit getroffen, unverzüglich jede Auskunft zu erteilen, die zur Feststellung des

Umfangs der Leistungspflicht der Beklagten erforderlich sei. Diese Obliegenheit habe "der Zeuge W. und Nebenintervenient", dessen Verhalten dem Kläger nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen sei, da "der Zeuge W. " im Rahmen der Schadensabwicklung als Versicherungsmakler im Auftrag des Klägers gehandelt habe, zumindest dadurch verletzt, indem er es unterlassen habe, seine vorherigen falschen Angaben gegenüber der Beklagten richtigzustellen und damit deren Irrtum, dass die Reparaturen durchgeführt seien, aufrechterhalten habe. Unstreitig habe "der Zeuge W. " gegenüber der Beklagten mit der E-Mail vom 5. August 2020 objektiv falsche Angaben dahingehend gemacht, dass Rechnungen über erbrachte Leistungen vorlägen, die vom Kläger schon bezahlt seien. Die der E-Mail an die Beklagte beigefügten und als Rechnungen bezeichneten Anlagen erweckten den Eindruck, die Leistungen seien erbracht worden. Obwohl "der Zeuge W. " mit der WhatsApp-Nachricht vom 19. August 2020 auf diesen Fehler aufmerksam gemacht worden sei, habe er eine zeitnahe Richtigstellung gegenüber der Beklagten unterlassen und damit deren Irrtum aufrechterhalten.

10 Der "Zeuge W. " habe auch arglistig gehandelt. Dass die Angabe, die Arbeiten seien ausgeführt, Einfluss auf die Regulierung haben konnte, sei für einen Versicherungsmakler offensichtlich. Dennoch habe er die Richtigstellung der objektiv falschen Angaben unterlassen, ohne dass der Kläger hierfür einen plausiblen Grund dargelegt habe. Der "Zeuge W. " habe im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Landgericht selbst bekundet, dass er es sich nicht erklären könne, weshalb er auf die WhatsApp-Nachricht der Ehefrau des Klägers nicht reagiert habe. Seine allgemein gehaltene Ausführung, es sei damals sehr viel mit Schadenabwicklungen los gewesen, vermöge die Arglist nicht zu beseitigen, zumal die Ehefrau des Klägers ihn in der WhatsApp-Nachricht ausdrücklich um einen Anruf beim Kläger gebeten habe. Daher sei davon auszugehen,

dass "der Zeuge W. " auch noch einmal in einem Gespräch auf seinen vorherigen Fehler hingewiesen worden sei.

11                    2. Das verletzt den Kläger in entscheidungserheblicher Weise in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör.

12                    a) Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 ZPO von einer erneuten Zeugenvernehmung abgesehen hat, obwohl es die Aussagen des als Zeugen vernommenen Streithelfers des Klägers im Ergebnis anders gewürdigt hat als das Landgericht.

13                    aa) In diesem Zusammenhang kommt es - entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung - nicht darauf an, dass das Berufungsgericht in seiner Würdigung auf das Verhalten des Zeugen W. - und damit eines weiteren, vom Kläger erstinstanzlich als Zeugen benannten Mitarbeiters des Maklerbüros abgestellt hat. Dass das Berufungsgericht den Streithelfer des Klägers lediglich versehentlich namentlich falsch bezeichnet hat und nicht auf das Verhalten des vom Landgericht nicht vernommenen Zeugen W. abstellen wollte, ergibt sich daraus, dass das Berufungsgericht den Zeugen W. auch als Nebenintervenient bezeichnet und zudem ausdrücklich auf dessen Bekundungen im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Landgericht abgestellt hat. Anders als die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung meint, steht auch nicht mit der Beweiskraft des § 314 ZPO fest, dass das Berufungsgericht auf das Verhalten des nicht vernommenen Zeugen W. hat abstellen wollen. Zwar erbringt das aus dem Berufungsurteil ersichtliche Parteivorbringen nach § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der Berufungsinstanz. Eine etwaige Unrichtigkeit tatbestandlicher Darstellungen im Berufungsurteil muss deshalb im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO

geltend gemacht werden. Die Beweiskraft tatbestandlicher Feststellungen entfällt aber, wenn diese Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweisen und sich diese - wie hier - aus dem Urteil selbst ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2011 - V ZR 277/10, VersR 2012, 1265 Rn. 12 m.w.N.).

- 14           bb) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen sind allerdings erneute Feststellungen geboten. Auch wenn die erneute Vernehmung von Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts steht, ist es verpflichtet, einen bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals gemäß § 398 Abs. 1 ZPO zu vernehmen, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilen oder die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will (Senatsbeschlüsse vom 7. November 2018 - IV ZR 189/17, ZEV 2019, 281 Rn. 8; vom 21. März 2018 - IV ZR 248/17, VersR 2018, 1023 Rn. 10; vom 10. November 2010 - IV ZR 122/09, VersR 2011, 369 Rn. 6; vom 21. April 2010 - IV ZR 172/09, juris Rn. 5; jeweils m.w.N.). Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (Senatsbeschlüsse vom 7. November 2018 aaO; vom 21. März 2018 aaO; vom 10. November 2010 aaO; jeweils m.w.N.).

- 15           cc) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen. Das Landgericht ist nach seiner Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass weder der Kläger noch ihm zurechenbar dessen Streithelfer mit Täuschungsvorsatz gehandelt hätten. Dabei hat sich das Landgericht auch auf die Bekundungen des Streithelfers des Klägers gestützt und es als glaubhaft angesehen, dass dieser im Rahmen der Übersendung der Unterlagen an die Beklagte den Schadensfall mit einem anderen im Zusammenhang mit dem Unwetter bei der Beklagten bearbeiteten verwechselt habe, der sich bereits im Stadium der Abwicklung der Rechnungen befunden habe.
- 16           Soweit das Berufungsgericht demgegenüber in den Angaben des Streithelfers des Klägers eine plausible Erklärung für die unterbliebene Berichtigung seiner objektiv falschen Angaben gegenüber der Beklagten vermisst hat, durfte es von einer erneuten Vernehmung des Zeugen nicht allein deshalb absehen, weil es für seine Annahme einer arglistigen Täuschung nicht auf die Übersendung der Unterlagen, sondern auf das Aufrechterhalten des bei der Beklagten hervorgerufenen Irrtums durch das Unterlassen der Richtigstellung seiner zuvor gemachten Angaben abgestellt hat. Das Landgericht hat seine gegenteilige Würdigung der Angaben des Zeugen maßgeblich damit begründet, Anknüpfungstatsachen dafür, dass und weshalb dieser aus eigenem Antrieb den Vorsatz gehabt haben könnte, die Beklagte darüber zu täuschen, die Arbeiten seien tatsächlich noch nicht durchgeführt worden, seien weder ersichtlich noch von der Beklagten vorgetragen oder behauptet. Indem das Berufungsgericht die Ausführungen des Zeugen im Rahmen seiner erstinstanzlichen Vernehmung als nicht plausibel bewertet und hierauf seine Annahme von Arglist gestützt hat, hat es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilt. Eine solche Beurteilung, die nicht auf dem persönlichen Eindruck des Gerichts von dem Zeugen beruht, verletzt das Gebot der Unmittelbarkeit

der Beweisaufnahme jedenfalls dann, wenn sie - wie hier - nicht in gleichgerichteten Erwägungen des erstinstanzlichen Richters eine Stütze findet. In einem solchen Fall fehlt für die Bildung der persönlichen Gewissheit des Richters, die § 286 ZPO verlangt, die Grundlage (BGH, Urteil vom 23. Juni 1987 - VI ZR 213/86, NJW 1987, 3205 [juris Rn. 15]).

17            b) Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, es sei davon auszugehen, dass der Streithelfer des Klägers nicht allein durch die WhatsApp-Nachricht der Ehefrau des Klägers, sondern auch noch einmal in einem Gespräch auf seinen vorherigen Fehler hingewiesen worden sei, verletzt ebenfalls das rechtliche Gehör des Klägers.

18            aa) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gericht ist danach unter anderem verpflichtet, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und - soweit er eine zentrale Frage des Verfahrens betrifft - in den Gründen zu bescheiden. Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung des Gerichts nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmung beruht (BGH, Beschlüsse vom 1. Februar 2023 - VII ZR 882/21, NJW-RR 2023, 450 Rn. 11; vom 21. Januar 2020 - VI ZR 165/19, VersR 2021, 861 Rn. 7; jeweils m.w.N.; st. Rspr.).

19           bb) Wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht beanstandet, hat das Berufungsgericht hiergegen verstoßen, indem es der WhatsApp-Nachricht der Ehefrau des Klägers an dessen Streithelfer und der darin enthaltenen Bitte um Rückruf entnommen hat, der Streithelfer des Klägers sei mehrfach auf seinen vorherigen Fehler hingewiesen worden, so dass seine Erklärung, die unterlassene Richtigstellung gegenüber der Beklagten beruhe auf einem Vergessen, in einem anderen Licht erscheine. Diese Schlussfolgerung des Gerichts wird nicht durch entsprechende tatsächliche Feststellungen getragen. Das Berufungsgericht hat vielmehr ohne nähere Begründung und ohne tragfähige Grundlage im Sachvortrag der Parteien allein aus der Bitte um einen Anruf auf ein weiteres Gespräch geschlossen, in welchem dem Streithelfer sein Fehler erneut vor Augen geführt worden sei. Hierbei hat das Berufungsgericht übergangen, dass weder die Beklagte ein solches Gespräch behauptet hat noch sich dieses dem Vorbringen des Klägers oder seines Streithelfers entnehmen lässt.

20           c) Das Berufungsurteil beruht auf den dargestellten Gehörsverstößen, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei verfahrensfehlerfreiem Vorgehen anders entschieden hätte (vgl. Senatsbeschlüsse vom 19. April 2023 - IV ZR 204/22, r+s 2023, 446 Rn. 18; vom 8. Februar 2023 - IV ZR 9/22, r+s 2023, 303 Rn. 18). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, wenn es den Streithelfer des Klägers selbst erneut vernommen und den Inhalt des Parteivorbringens vollständig ausgeschöpft hätte, zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

21

III. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die allgemeine Auskunfts- und Aufklärungsobliegenheit in Abschnitt B § 8 Ziff. 2 Buchst. a), hh) der dem Vertrag zugrunde liegenden VGB 2014, auf deren Verletzung das Berufungsgericht seine Annahme von Leistungsfreiheit der Beklagten gestützt hat, grundsätzlich ein Auskunftsverlangen des Versicherers voraussetzt (vgl. Senatsurteile vom 22. Februar 2017 - IV ZR 289/14, BGHZ 214, 127 Rn. 31; vom 16. November 2005 - IV ZR 307/04, VersR 2006, 258 Rn. 16 m.w.N.). Demgegenüber enthält die gesonderte Regelung in Abschnitt B § 15 Ziff. 2 VGB 2014 mit der Anordnung von Leistungsfreiheit des Versicherers in Fällen der - auch versuchten - arglistigen Täuschung des Versicherungsnehmers über Tatsachen, die für den Grund oder die Höhe der Entschädigung von Bedeutung sind, eine Verwirkungsbestimmung mit Strafcharakter, die den in § 242 BGB wurzelnden Rechtsgedanken des redlichen Umgangs der Vertragspartner miteinander konkretisiert und in der Erwägung fußt, dass sich gerade das Versicherungsverhältnis in besonderem Maße auf wechselseitiges Vertrauen beider gründet (vgl. Senatsurteile vom 13. März 2013 - IV ZR 110/11, r+s 2013, 273 Rn. 26; vom 13. Juni 2001 - IV ZR 237/00, VersR 2001, 1020 [juris Rn. 13]). Treu und Glauben setzen hierbei der Leistungsfreiheit des Versicherers auch Grenzen (Senatsurteil vom 2. Oktober 1985 - IVa ZR 18/84, BGHZ 96, 88, 91 [juris Rn. 22]). Die in der Bestimmung angeordnete Regel des völligen Anspruchsverlustes kann deshalb nicht ungeachtet der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles und losgelöst insbesondere vom Maß des Verschuldens des Versicherungsnehmers angewendet werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1963 - II ZR 64/62, BGHZ 40, 387, 388 ff. [juris Rn. 4, 7]).

Prof. Dr. Karczewski

Dr. Brockmüller

Dr. Bußmann

Dr. Götz

Piontek

Vorinstanzen:

LG Gießen, Entscheidung vom 13.06.2022 - 2 O 71/21 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 07.12.2022 - 3 U 205/22 -