



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IV ZR 33/09

vom

7. 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 7. Dezember 2011

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Klägerin wird die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 29. Januar 2009 zugelassen.

Das vorbezeichnete Urteil wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: bis 185.000 €

#### Gründe:

- 1 I. Die Klägerin, eine zentrale Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft von neun Vertriebsgesellschaften mit zahlreichen in Deutschland und Österreich gelegenen Filialen, begehrt von der Beklagten als führendem Versicherer anteilige Versicherungsleistungen aus einer von Unternehmen der HEROS-Gruppe (im Folgenden: HEROS-Gruppe) mit mehreren Versicherungsunternehmen abgeschlossenen "Valorenversicherung", 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.

2 Die Klägerin ist Versicherte dieses Vertrages. Sie behauptet Schäden aus Bargeldentsorgungen vom 17. Februar 2006 (316.430 €), ferner aufgrund vor Erreichen der Cash-Center der HEROS-Gruppe abhandengekommener Safebags (16.955 €) sowie infolge nicht erfüllter Hartgeldanforderungen (1.005 €). Mit dem Geldtransport, der Geldbearbeitung und Hartgeldversorgung für die Klägerin war die HEROS Transport GmbH auf Grundlage eines am 30. September 2005 mit dieser geschlossenen Rahmenvertrages beauftragt. Im Leistungsverzeichnis dieses Vertrages ist zur Geldbearbeitung unter anderem vereinbart:

"Überweisung an: Wird gesondert mitgeteilt

Die bearbeiteten Gelder werden am folgenden Bankwerktag valutengleich nach der Abholung zugunsten des Kundenkontos bei der jeweiligen ortsnahe Bundesbank eingezahlt."

3 Die Versicherer der Police Nr. 7509 übersandten eine "Versicherungsbestätigung" über den Abschluss einer Versicherung für die HEROS-Gruppe an Versicherte. Darin angegeben wurden unter anderem die versicherten Interessen, die Haftungshöchstsummen sowie Umfang und Gegenstand der Versicherung.

4 Im Februar 2006 kam es zum Zusammenbruch der HEROS-Gruppe. Zahlreichen Auftraggebern, darunter nach ihrer Behauptung auch der Klägerin, wurde den HEROS-Gesellschaften überlassenes Bargeld nicht mehr (vollständig) auf ihren Konten gutgeschrieben oder sonst zurücker-

stattet. 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.

5 Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob diese Anfechtung wirksam und die Beklagte schon daher leistungsfrei ist, ferner darüber, ob die HEROS Transport GmbH im Umgang mit dem ihr anvertrauten Bargeld gegen vertragliche Verpflichtungen verstoßen und dadurch einen Versicherungsfall ausgelöst hat.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin, die - unter Berücksichtigung von zurückerhaltenen Beträgen - zuletzt Zahlung von 172.714,66 € nebst Zinsen, einen Zinsschaden von 41.302,48 € sowie Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in Höhe von 35.650,97 € begehrt hat, hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Beschwerde.

7 II. Das Rechtsmittel führt zur Zulassung der Revision unter gleichzeitiger Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gemäß § 544 Abs. 7 ZPO. Dieses hat den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, weil es deren Antrag auf Vernehmung zweier Zeugen übergangen hat.

8 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 Täu-

schung 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.

9                    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 Gelder 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. Senatsbeschluss vom 21. September 2011, HEROS II - IV ZR 38/09 juris Rn. 9-11).

10                    b) Damit hat das Berufungsgericht das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

11                    Es durfte einen Irrtum der Beklagten nicht feststellen, ohne zuvor den von der Klägerin 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.

12                    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 Vorbringen der Klägerin war vielmehr hinreichend substantiiert, zumal sie selbst keine unmittelbare Kenntnis von internen Vorgängen bei der Beklagten hat, was ihr die Darlegung und Beweisführung erschwert. In einem 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 unstrittiger und vom Berufungsgericht unterstellter - Anhaltspunkte, die für eine besondere Nähe zwischen den Zeugen S. und W. sprechen, nichts ersichtlich.

13                    bb) Die Beweiserhebung war auch nicht deshalb 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 ei-

nem 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).

14                    2. Der dargelegte Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich, denn die übrigen Einwände der Klägerin gegen die Wirksamkeit der von der Beklagten erklärten Arglistanfechtung greifen nicht durch.

15                    a) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Police Nr. 7509 handle 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.

16                    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).

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

18           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.

19           (1) Das gilt auch, soweit das Berufungsgericht übersehen hat, dass Werttransporte von und zu einer Bank in Dänemark bereits seit 1996 auf der Grundlage einer Zusatzvereinbarung von der Police Nr. 7265 umfasst waren, weshalb seine Annahme, die in Ziffer 4.1.11 der Police Nr. 7509 getroffene "Sondervereinbarung Dänemark" enthalte eine Neuregelung, nicht zutrifft. Der Senat schließt aus, dass das Beru-



fungungsgericht, hätte es dies erkannt, zu einer anderen Bewertung der Police Nr. 7509 gelangt wäre.

20 (2) Ohne Erfolg rügt die Beschwerde in diesem Zusammenhang, es sei angebotener Zeugenbeweis übergangen worden. Von einer näheren Begründung sieht der Senat insoweit nach § 564 Satz 1 ZPO ab.

21 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.

22 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 Vertragsabschluss 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.

23 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).

24           cc) Die Frage, ob die Klägerin 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.).

25           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.

26           aa) Die tatsächlichen Grundlagen, aus denen dies hergeleitet wird, hat das Berufungsgericht 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 darlegt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 16. März 2005 - IV ZR 140/04, NJW-RR 2005, 1024 unter 1 und 2; BGH, Urteil vom 22. Ja-

nuar 1991 - VI ZR 97/90, NJW 1991, 1894 unter II 1). Die dagegen gerichteten Angriffe der Beschwerde sind nicht erfolgreich, insbesondere bedarf es keiner differenzierten Betrachtung für jede einzelne Gesellschaft der HEROS-Gruppe (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 37).

27           bb) Eine anzeigepflichtige unmittelbare Gefährdung des Vertragszwecks der Versicherung lag bereits im Betreiben dieses 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 Versicherer 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).

28           cc) Anders als die Klägerin meint, ist es hier 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.).

- 29           d) Ob einerseits der von der Beklagten behauptete Irrtum ursächlich für die Willenserklärungen zum Abschluss der Police Nr. 7509 gewesen und andererseits die Anfechtung ausgeschlossen ist, weil die Beklagte den Versicherungsvertrag möglicherweise gemäß § 144 BGB 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.
- 30           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 dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts einen Einfluss auf die EntschlieÙung 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 EntschlieÙung 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).
- 31           bb) Eine Bestätigung nach § 144 BGB erfordert, 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 mindestens 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).

32           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.

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

34           3. An der Entscheidungserheblichkeit des dargelegten Gehörsverstoßes fehlt es hinsichtlich des von der Klägerin behaupteten Schadens aus der Geldentsorgung vom 17. Februar 2006 nicht deshalb, weil insofern der Eintritt eines Versicherungsfalles auszuschließen ist. Diese Annahme des Berufungsgerichts beruht auf einem Rechtsfehler.

35           a) Zutreffend sieht es noch, dass mit der hier genommenen "Valorenversicherung" nur Bargeld - nicht hingegen Buch- oder Giralgeld - gegen typische Transportrisiken bei und während des Werttransports bis zu dessen Abschluss versichert ist. 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 Un-

terschlagung) 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.).

36           aa) Gegenüber dieser Auslegung des Versicherungsvertrages vermag die Klägerin nicht mit Erfolg geltend zu machen, es habe - abweichend von dessen Wortlaut - zwischen der HEROS-Gruppe und den Versicherern Einigkeit bestanden, dass die Gewährung von Versicherungsschutz nicht davon abhinge, auf welche Art und Weise Gelder verloren gingen, so dass auch Buchgeld einbezogen sei. Einen vom Vertragswortlaut abweichenden Willen der Vertragsparteien hat sie hier nicht dargelegt. Ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG durfte das Berufungsgericht deshalb davon ausgehen, die HEROS-Gruppe als Versicherungsnehmerin und die Versicherer hätten den Vertrag nicht abweichend von seinem Wortlaut dahin verstanden, dass auch "Buchgeld" versichert sei (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 37 ff.; dazu auch Senatsbeschluss vom 27. Juni 2011 - IV ZR 117/09, juris Rn. 4).

37           bb) Entgegen der Annahme der Beschwerde kommt gegenüber einzelnen Auftraggebern der HEROS-Gruppe abgegebenen besonderen Versicherungsbestätigungen keine ausreichende Aussagekraft für den Umfang des Versicherungsschutzes zu. Damit lässt sich keine generelle, auch zugunsten der Klägerin wirkende Erweiterung des Schutzbereichs der Valorenversicherung begründen (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 29. Juni 2011 - IV ZR 156/09, juris Rn. 8 und vom 25. Mai 2011 - IV ZR 247/09, VersR 2011, 923 Rn. 14).

- 38            b) Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht jedoch davon aus, dass die Klägerin bezüglich des am 17. Februar 2006 der HEROS Transport GmbH zur Entsorgung übergebenen Bargeldes einen Verlust oder Schaden i.S. von Ziffer 2.1.1.1 VB deswegen nicht nachgewiesen habe, weil deren Verpflichtung, das Geld unmittelbar und in bar auf ein Konto einer der Vertriebsgesellschaften der Klägerin einzuzahlen, nicht feststehe.
- 39            aa) Nach der Behauptung der Beklagten ist das von der HEROS Transport GmbH übernommene Geld vollständig auf ein bei der Deutschen Bundesbank geführtes Konto der HEROS-Gruppe eingezahlt worden. Dem hat die Klägerin nicht substantiiert widersprochen. Sie hat nur dargelegt, dass das betreffende Bargeld übergeben wurde, sich im Weiteren aber darauf beschränkt, den Vortrag der Beklagten zum Ablauf der Geldentsorgung - zum Teil mit Nichtwissen - zu bestreiten, und lediglich vermutet, das an die HEROS Transport GmbH überlassene Bargeld könne bereits vor der Einzahlung auf ein HEROS-Konto verschwunden sein. Damit hat die Klägerin ihrer insofern bestehenden Darlegungslast nicht genügt (vgl. dazu Senatsurteil vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 41). Das führt dazu, dass der Vortrag der Beklagten zum Ablauf der Geldentsorgung zugrunde zu legen ist.
- 40            bb) Diese Einzahlung zu entsorgenden Bargeldes begründet jedoch einen innerhalb des nach Ziffer 3.1 und 3.2 VB versicherten Zeitraums eingetretenen Versicherungsfall i.S. von Ziffer 2.1.1.1 VB, wenn darin der von den Versicherungsbedingungen vorausgesetzte stoffliche Zugriff liegt. Ein solcher Zugriff ist anzunehmen, wenn die geschuldete Übergabe an die Deutsche Bundesbank nicht nach den Weisungen der

Klägerin ausgeführt worden ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 9. November 2011 - IV ZR 251/08 unter II 3 b). Diese hat das Berufungsgericht jedoch nicht ausreichend ermittelt.

41 (1) Ohne Rechtsfehler geht es noch davon aus, dass es nach dem Wortlaut des zwischen der Klägerin und der HEROS Transport GmbH geschlossenen Rahmenvertrages und des Leistungsverzeichnisses Letzterer nicht untersagt war, transportiertes Geld im so genannten kontogebundenen Überweisungsverfahren (Pooling-Verfahren) zunächst auf ein für die HEROS-Gruppe bei der Deutschen Bundesbank eingerichtetes Konto verbuchen zu lassen (so auch der Sachverhalt im Senatsurteil vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 52 ff.; ferner in den Senatsbeschlüssen vom 25. Mai 2011 - IV ZR 156/09, juris Rn. 18 ff. und - IV ZR 247/09 aaO Rn. 20 ff.). Die hiergegen gerichteten Angriffe der Beschwerde versuchen lediglich in revisionsrechtlich unbehelflicher Weise, die Auslegung des Wortlautes durch das Berufungsgericht durch eigene, vermeintlich bessere Erwägungen zu ersetzen.

42 (2) Die Klägerin hat indes zudem behauptet, die mit den Vertragsverhandlungen betrauten Mitarbeiter der HEROS-Gruppe und der HEROS-Geschäftsführer W. hätten anlässlich der Gespräche im Vorfeld des Vertragsabschlusses den Eindruck vermittelt, die zu entsorgenden Gelder würden direkt bei der Deutschen Bundesbank eingezahlt. Dies habe möglichst gebündelt erfolgen sollen, so dass pro Vertriebsgesellschaft nur eine Einzahlung erforderlich werde, um die Bundesbankgebühren auf das Minimum zu reduzieren. Zuvor habe nur eine körperliche Zusammenführung von Geldern der Vertriebsgesellschaften stattfinden sollen, aber keine Vermengung mit Geldern anderer Kunden. Den für diesen von der Beklagten bestrittenen Vortrag angebotenen Zeugenbe-



weis hat das Berufungsgericht nicht erhoben, weil sich selbst bei einer Bestätigung dieser Behauptung angesichts des Wortlautes des Rahmenvertrages immer noch nicht ein Ausschluss der Einzahlung im kontogebundenen Überweisungsverfahren ergebe (Nicht-Konto-Verfahren).

43 Auf diese bloße Heranziehung des Wortlautes der vertraglichen Vereinbarung hätte sich das Berufungsgericht jedoch nur beschränken dürfen, wenn es die Klägerin als darlegungs- und beweispflichtige Partei unterlassen hätte, weitere Tatsachen vorzutragen und unter Beweis zu stellen, die eine abweichende Auslegung rechtfertigten (vgl. nur BGH, Urteile vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83, 88 f. und vom 23. Februar 1956 - II ZR 207/54, BGHZ 20, 109, 112). So liegt der Fall hier indes nicht.

44 Die Behauptungen der Klägerin legen vielmehr nahe, dass die Vertragsparteien mit ihrer Vereinbarung eine Einzahlung im Wege des Nicht-Konto-Verfahrens festschreiben wollten. Dies wäre - ungeachtet der vom Berufungsgericht zu Recht angezweifelten Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit der von der Klägerin als vereinbart behaupteten Abwicklung der Bargeldentsorgung - geeignet, einen Vertragsinhalt zu begründen, der von demjenigen abweicht, den das Berufungsgericht dem insofern nicht eindeutigen und klaren Wortlaut des Leistungsverzeichnisses entnommen hat. Daher erfordert die Ermittlung des Inhalts der Vereinbarung hier eine weitergehende Feststellung des Erklärungstatbestands der beiderseitigen Willenserklärungen und insbesondere der weiteren tatsächlichen Umstände, die für das Verständnis der Vereinbarung von Bedeutung sind und zu denen auch etwaige Vorbesprechungen zählen (vgl. nur BGH, vom 13. März 2003 - IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235 unter II 1 m.w.N.).

45 III. Der Senat weist für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:

46 Greift die Anfechtung bezüglich der Police Nr. 7509 nach § 123  
Abs. 1 BGB durch, wird neu zu prüfen sein, ob sie auch die einvernehm-  
liche Aufhebung der Vorgänger-Police Nr. 7265 erfasst und im Ergebnis  
zu deren Wiederaufleben führt.

47 Soweit das Berufungsgericht dies bisher verneint hat, begegnet die  
Begründung des Berufungsurteils rechtlichen Bedenken.

48 1. Ist der Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, wird davon gemäß  
§ 139 BGB das gesamte Rechtsgeschäft erfasst, es sei denn die Fallum-  
stände rechtfertigen die Annahme, der nicht unmittelbar von der Nichtig-  
keit betroffene Teil des Rechtsgeschäftes wäre auch ohne den nichtigen  
Teil vorgenommen worden. § 139 BGB erfordert damit zunächst eine  
Klärung der Frage, ob ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, welches  
lediglich teilweise der Anfechtung unterliegt, oder ob zwei selbständige  
Rechtsgeschäfte abgeschlossen worden sind, auf die § 139 BGB keine  
Anwendung findet.

49 2. Ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S. von § 139 BGB ist indes  
nur anzunehmen, wenn der Wille der Parteien dahin geht, dass die mög-  
licherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte miteinander stehen  
und fallen sollten, mithin das eine nicht ohne das andere von den Partei-  
en gewollt war (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. Oktober 2006 - XI ZR  
216/05, NJW-RR 2007, 395 Rn. 17 m.w.N.; OLG Saarbrücken aaO  
1682 f.).

50

Dies hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 55 ff.). Es hat ferner nicht geprüft, ob die Aufhebung des bestehenden Versicherungsvertrages (Police Nr. 7265) bei den Verhandlungen über die Police Nr. 7509 zumindest von der Versicherungsnehmerin nicht ohne den gleichzeitigen Neuabschluss gewollt war und ob dies für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts deshalb ausreichte, weil die Beklagte bei Abschluss der Police Nr. 7509 erkannt und akzeptiert hat, dass beide Rechtsgeschäfte jedenfalls für die Versicherungsnehmerin miteinander stehen und fallen sollten (vgl. Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 58 f.).

Dr. Kessal-Wulf

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Brockmüller

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 20.12.2007 - 8 O 338/06 -  
OLG Celle, Entscheidung vom 29.01.2009 - 8 U 41/08 -