

recht und schaden

Sachgebiete:

Versicherungsvertragsrecht
Kraftfahrt-Haftpflichtvers.
Kraftfahrt-Fahrzeugvers.
Allgemeine Haftpflichtvers.
Rechtsschutzversicherung
Feuerversicherung u. a.
Technische Versicherungen
Transportversicherung
Reiseversicherungen
Krankenversicherung
Lebensversicherung
Berufsunfähigkeitszusatzvers.
Unfallversicherung
Straßenverkehrshaftung
Sonstige Haftung
Schadenersatz
Sozialversicherungsrecht
Verfahrensrecht/Kostenrecht
Agentenrecht
Maklerrecht

Aus dem Inhalt:

Kai-Jochen Neuhaus, Das Argument des „Vergessens“ bei der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung	273
Hanspeter Clos, Der Abzug von Sozialabgaben und Lohnnebenkosten bei fiktiver Reparaturkostenabrechnung	277
OLG Stuttgart, Alkoholbedingte absolute Fahruntüchtigkeit und Kürzung der VersLeistung in der K-Fahrzeugvers.	280
OLG Hamm und BGH, Erfüllungsschadensausschluss in der Betriebshaftpflichtvers.	284
BGH, Gesetzliche Vergütung des Rechtsanwalts – Aktenversendungspauschale	287
BGH, Regress des Feuerversicherers des Hauseigentümers gegen den Wohnungsmieter	290
BGH, VersFall in der Valoren-Transportvers..	295
OLG Celle, Anm. v. Burkhard Lehmann zum Recht des Krankenversicherers zur außerordentlichen Kündigung bei Vorlage gefälschter Rezepte	300
BGH, Nachfragenobliegenheit: nicht angezeigte Folgeerkrankung bei angezeigter Neurodermitis	304
OLG Celle, Hirninfarkt in der Unfallvers. – Unfallursache oder Unfallfolge (m. Anm. v. Ulf Hoenicke)	306
BGH, Verjährungsbeginn bei Anspruchsübergang auf Pflegekasse (m. Anm. v. Hermann Lemcke)	312

7/2011

Seite 273 bis 316, 15. Juli 2011, 38. Jahrgang

Verlag C.H.Beck · München und Frankfurt a. M.


L450201107

7/2011

Seite 273–316

38. Jahrgang

15. Juli 2011

Unabhängige monatliche Informationsschrift
für Versicherungsrecht und Schadenersatz

Schriftleitung:

Prof. Dr. Johannes Wälder (Sprecher) · RA Hermann Lemcke, VorsRiOLG a. D. (stellv. Sprecher)
RA Dr. Ulf Hoenicke · RA'in Monika Maria Risch · Prof. Dr. Peter Schimikowski
VorsRiBGH a. D. Wilfried Terno

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht
im Deutschen Anwaltverein

Aufsätze

RA/FAVersR/FAMuWR Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund¹

Das Argument des „Vergessens“ bei der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung

Gliederung:

1. Einführung
2. Echtes Vergessen
3. Nachträgliche Erinnerung
4. Darlegung des Vergessens, Plausibilität
5. Glaubwürdigkeit
6. Bewertungsindizien und Beispielfälle
7. Sonderfall: Vergessen/Verdrängen als Krankheitsbild
8. Beweislast
9. Verschulden bei Nicht-Vergessen

1. Einführung

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG sind die dem Versicherungsnehmer (VN) bekannten Gefahrumstände anzuzeigen. Erforderlich ist positive Kenntnis zum Zeitpunkt der Abgabe der Vertragserklärung, Kennenmüssen oder grob fahrlässige Unkenntnis genügen nicht. VN argumentieren häufig, der gefahrerhebliche Umstand sei zum Zeitpunkt der Antragsstellung nicht mehr erinnerlich gewesen, d. h. man habe bspw. die frühere Erkrankung, den Arztbesuch, die Vorversicherung oder frühere Schadenfälle vergessen. Dies kann eine reine Schutzbehauptung, also gelogen sein. Solche Gedächtnislücken spielen insbes. im Bereich der Personenversicherungen und den dortigen Gesundheitsangaben bei Vertragsschluss eine Rolle, sie sind jedoch auch in anderen Sparten regelmäßig ein Thema, wenn der Versicherer (VR) die Konsequenzen aus einer (aus seiner Sicht gegebenen) vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung zieht. Zu prüfen sind in diesen Fällen vor allem zwei Punkte: War dem VN der Umstand bei Antragsstellung wirklich nicht mehr erinnerlich (Frage der objektiven Kenntnis), und wenn nein, wie ist dies im Rahmen des Verschuldens zu bewerten? Außerdem ist zu klären, wie im Rahmen eines Gerichtsverfahrens die Darlegungs- und Beweislast zu bewerten ist.

2. Echtes Vergessen

Echtes Vergessen kann entschuldigen, was aber selbstverständlich – soweit ersichtlich einhellig in Rechtsprechung und Literatur – insoweit zu relativieren ist, dass dem VN

eine Gedächtnisanstrengung abzuverlangen ist. Der BGH verlangt eine „zumutbare Anspannung des Gedächtnisses“², andere formulieren dies als „angemessene Gedächtnisanstrengung“³, „gehörige Gedächtnisanspannung“⁴ oder „verstärktes Nachdenken“⁵. Gemeint ist aber immer dasselbe und zwar, dass sich der VN bei der Beantwortung der Frage Gedanken macht, er also nachdenkt und in seiner Erinnerung „forscht“, statt das Thema sofort gedanklich „abzuhaken“. Gefordert wird daher nicht, dass der fragliche Umstand dem VN sogleich präsent ist, sondern dass er sein Gedächtnis prüft⁶.

Darauf, dass dem VN der Umstand bei der Erfüllung der Anzeigepflicht gerade nicht präsent war, er also nicht daran gedacht hat, kann er sich jedoch – schon aus Gründen der Praktikabilität und weil sonst die Anzeigepflicht ausgehöhlt würde⁷ – nicht berufen; vielmehr kommt es auf die Möglichkeit an, sich bei Anspannung des Gedächtnisses an den Umstand zu erinnern⁸. Umstände, die der VN einmal gekannt

¹ Der Autor ist Partner in der Kanzlei Kloth · Neuhaus Rechtsanwälte und Fachanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht, www.kloth-neuhaus.de (Mail-Kontakt: neuhaus@kloth-neuhaus.de).

² BGH, Urt. v. 11. 2. 2009 – IV ZR 26/06, r+s 2009, 361/384 = VersR 2009, 529.

³ OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193; Härle in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., § 19 Rn. 91; Langheid in Langheid/Wandt, MüKo VVG, Band 1, § 19 Rn. 60.

⁴ Knappmann, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ VVG § 16 ff VVG) durch den VersNehmer, r+s 1996, 81, 82.

⁵ OLG Frankfurt/M., Urt. v. 14. 6. 2006 – 7 U 81/05, r+s 2007, 66 = VersR 2006, 1629 zur Dread Disease-Versicherung; OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 9. 2004 – 5 U 25/04-2, NJOZ 2006, 608 = OLGR Saarbrücken 2005, 341 zur BUZ.

⁶ OLG Oldenburg, Urt. v. 16. 1. 1991 – 2 U 162/90, r+s 1992, 177 = NJW-RR 1991, 1185 zur BUZ; Günther/Spielmann, Vollständige und teilweise Leistungsfreiheit nach dem VVG 2008 am Beispiel der Sachversicherung (Teil 1), r+s 2008, 133, 144.

⁷ So KG, Urt. v. 9. 11. 1999 – 6 U 2171/98, r+s 2000, 122 zur PKV.

⁸ BGH, Urt. v. 11. 2. 2009 – IV ZR 26/06, r+s 2009, 361/384 = VersR 2009, 529; OLG Oldenburg, Urt. v. 16. 1. 1991 – 2 U 162/90, r+s 1992, 177 = NJW-RR 1991, 1185 zur BUZ; Prölss in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn. 20.

hat, die seinem Gedächtnis inzwischen aber wieder entfallen sind, kennt er nicht mehr⁹, wobei allerdings ein tatsächliches Vergessen vorliegen muss, das trotz verstärkten Nachdenkens oder Erkundigung plausibel ist (dazu unten), da es dem VN ansonsten freistünde, sich beliebig an gefahrerhebliche Umstände nicht mehr erinnern zu können¹⁰.

3. Nachträgliche Erinnerung

Hatte der VN den anzeigepflichtigen Umstand im Antragsgespräch tatsächlich vergessen, fällt er ihm aber nachträglich wieder ein, muss er dies schon im Rahmen der aus § 242 BGB folgenden Rücksichtnahmepflicht bei Dauerschuldverhältnissen nachmelden¹¹. Häufig glaubhaft ist die Behauptung, der Befragte habe, als er von dem Vermittler „auf den Kopf“ befragt worden sei, an den nicht angezeigten Umstand einfach nicht gedacht, obwohl er ihn eigentlich in Erinnerung hatte. In solchen Fällen war der Befragte nach der Rechtsprechung zum VVG a.F. verpflichtet, den Umstand nachträglich anzuzeigen, sobald er ihm wieder einfel. Dies gilt auch nach neuem VVG, da es nichts mit dem Entfallen der früheren Nachmeldeobliegenheit zu tun hat, denn es geht nicht um einen nach Abgabe der Vertragserklärung neu aufgetretenen, sondern um einen bereits vorher vorhandenen und nur vergessenen Umstand¹².

4. Darlegung des Vergessens, Plausibilität

Dass ein tatsächliches Vergessen bei dem VN vorgelegen hat, muss auf der Grundlage seines Vorbringens hinreichend plausibel sein¹³. Zunächst geht es dabei um (eine nicht zu überspannende) Substantiierung des Vortrags des VN, dem dann die Beurteilung der Glaubwürdigkeit folgt. Im Streitfall hat der VN darzulegen, warum ihm der anzeigepflichtige Umstand nicht bewusst war und weshalb er ihm auch beim Nachdenken nicht wieder einfel; wird dies nachvollziehbar und plausibel dargelegt, hat der VR diesen Vortrag zu widerlegen¹⁴. Dabei stellt die bloße Behauptung des VN, einen offenbarungspflichtigen Umstand vergessen zu haben, im Allgemeinen keine plausible Erklärung dar¹⁵. Unsubstantiiert ist bspw. das Vorbringen des VN, wenn dieser widersprüchlich vorträgt, indem er zunächst behauptet, nicht angezeigten Erkrankungen vergessen zu haben und erst später angibt, den Vermittler oder Arzt über die Vorerkrankungen unterrichtet zu haben¹⁶. Ein substantiiertes Vorbringen des VN liegt ferner nicht vor, wenn er zunächst behauptet hat, die nicht angeführten Krankheiten vergessen zu haben, und später angibt, den Arzt über die Vorerkrankung unterrichtet zu haben¹⁷.

5. Glaubwürdigkeit

Ob dem VN das behauptete Vergessen geglaubt werden kann, erfordert eine Gesamtbetrachtung und hängt wie bei Arglistprüfung von der Bewertung der Indizien ab. Das Problem des Vergessens-Nachweises oder der Widerlegung liegt darin, dass es medizinisch kein standardisiertes Gedächtnis gibt. Vielmehr ist dessen Leistungsfähigkeit höchst individuell. Mit der Zeit soll die Erinnerung eines Jeden an gesundheitliche Störungen, an Beschwerden und Krankheiten schwinden¹⁸, was aber insofern zu relativieren ist, dass dies nicht für gravierende oder langwierige Umstände angenommen werden kann, sondern dort eher das Gegenteil der Fall ist (Vergessen als Ausnahme). Menschen, die regelmäßig an Wichtiges zu denken haben, vergessen häufig Vorgänge, die sie für erledigt halten¹⁹.

Wesentlich ist dabei die verstrichene Zeit und die Bedeutsamkeit des verschwiegenen Umstandes für den VN; je kürzer die Zeitspanne ist und je schwer wiegender und einschneidender der Umstand empfunden wurde oder empfunden werden musste, umso unwahrscheinlicher wird ein Vergessen werden²⁰. Ein „echtes“ Vergessen wird umso wahrscheinlicher, je länger der abgefragte Zeitraum (bspw. bis 10 Jahre) ist und je länger die Beschwerden zurückliegen²¹. Ferner sind auch die intellektuellen Fähigkeiten und der Gesundheitszustand (allgemeine Vergesslichkeit) des VN zu berücksichtigen²².

6. Bewertungsindizien und Beispielfälle

Folgende Indizien sprechen gegen ein „echtes“ Vergessen:

- Es handelt sich um eine schwere Erkrankung²³. Lebensbedrohliche Erkrankungen werden in der Regel ein Vergessen ausschließen (möglich bleibt aber ein psychisches Verdrängen).
- Langwierige Erkrankungen oder Beschwerden, insbesondere mit nicht nur kurzfristigen Krankenhaus- oder Klinikaufhalten (Kur, Reha etc.). Beispiele: Gravierende und über mehrere Wochen andauernden Sehstörungen mit Untersuchung und Behandlung vor drei Jahren²⁴. Mehrere ambulante ärztliche Untersuchungen und medikamentösen Behandlungen sowie weitere Untersuchungen und Behandlungen in einer Klinik wegen krankhafter Störungen der Leberfunktion ca. fünf Jahre vor Abschluss einer Lebensversicherung, da es nicht nur um einen einmal geäußerten Verdacht einer Leberschädigung, sondern um eine langdauernde Behandlung wegen einer Leberschädigung aufgrund mehrfach durchgeführter Untersuchungen handelte²⁵.
- Nicht alltägliche und nicht völlig risikolose Untersuchung (Koronarangiographie mittels Herzkatheter, die eine sog Dreifäßerkrankung ergeben und Anlass gegeben hatte, eine Bypassoperation zu erwägen)²⁶.

9 OLG Oldenburg, Urt. v. 16. 1. 1991 – 2 U 162/90, r+s 1992, 177 = NJW-RR 1991, 1185 zur BUZ; Günther/Spielmann, Vollständige und teilweise Leistungsfreiheit nach dem VVG 2008 am Beispiel der Sachversicherung (Teil 1), r+s 2008, 133, 144.

10 Langheid in Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., § 17 Rn. 15.

11 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 43.

12 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 43.

13 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 14. 6. 2006 – 7 U 81/05, r+s 2007, 66 = VersR 2006, 1629 zur Dread Disease-Versicherung; OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 9. 2004 – 5 U 25/04-2, NJOZ 2006, 608 = OLGR Saarbrücken 2005, 341 m. w. N.; Knappmann, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ VVG § 16 ff VVG) durch den VersNehmer, r+s 1996, 81, 82.

14 Knappmann, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ VVG § 16 ff VVG) durch den VersNehmer, r+s 1996, 81, 82.

15 OLG Frankfurt, Urt. v. 23. 6. 2010 – 7 U 90/09, jurisPR-VersR 4/2011, Anm. 2 Jakob.

16 Sauer in Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 4. Aufl., Anhang nach § 2 MB/KK Rn. 105 mit Verweis auf Büsken, VersR 1992, 272, 278.

17 LG Berlin, Urt. v. 6. 3. 1990 – 7 O 244/89, VersR 1992, 304 Ls. zur PKV.

18 OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193.

19 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 42.

20 Knappmann, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ VVG § 16 ff VVG) durch den VersNehmer, r+s 1996, 81, 82.

21 Ebenso Terbille in Terbille, MAH VersR, 2. Aufl., § 1 Rn. 39.

22 Knappmann, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ VVG § 16 ff VVG) durch den VersNehmer, r+s 1996, 81, 82.

23 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 42.

24 OLG Frankfurt, Urt. v. 1. 7. 1998 – 7 U 105/97, OLGR 1998, 346 zur LV.

25 OLG Karlsruhe, Urt. v. 1. 4. 1993 – 12 U 188/92, r+s 1994, 234.

26 OLG Hamm, Urt. v. 11. 12. 1987 – 20 U 35/87, r+s 1988, 211 zur LV.

- Zeitnähe. Beispiele: Daumenverletzung (Bandabriss) mit einer operativen Wiederherstellung des gerissenen Bandes und Gebrauchsbeeinträchtigung der Hand erst knapp zwei Jahre vor Antragsstellung²⁷. Erst wenige Monate zurückliegende Kur²⁸. Vor ca. zwei Wochen vom VR gekündigte Vorversicherung bei der Frage „Wurden Unfallversicherungen vom VR gekündigt?“ nicht angegeben²⁹.
- Der gefahrerhebliche Umstand ist persönlich wichtig für den VN. Beispiel: VN macht vom Ergebnis einer Koronarangiographie seine Entscheidung abhängig, ob er sich als Arzt selbstständig machen sollte oder nicht³⁰.
- Lange Arbeitsunfähigkeit. Beispiel: Der VN gibt bei Beantragung einer BUZ Unfallverletzungen im BWS/LWS-Bereich und eine daraus folgende fast zehnmonatige Arbeitsunfähigkeit nicht an, während er zeitlich geordnet sonstige kurz dauernde Erkrankungen benennt³¹; Arbeitsunfähigkeit von 30 Tagen und hoher Leidensdruck vor vier Jahren³².
- Widersprüche zu späteren Angaben. Beispiel: VN behauptet zunächst, die nicht angeführten Krankheiten vergessen zu haben, und gibt später an, den Arzt über die Vor-erkrankung unterrichtet zu haben³³.
- VN litt 1989 unter einer ca. vierwöchigen Episode des Sehens von Doppelbildern. Magnetresonanztomografische Aufnahme zur Abklärung (MRT) 1989, weitere MRT-Kontrollen erfolgten 1990, 1993 und 1997 mit Diagnose dauerhafte Entzündungsherde in Nervenbahnen. Antragsstellung für eine Dread Disease-Versicherung 2002, ohne dass dies angegeben wurde, jedoch Angaben anderer (harmloser) Erkrankungen/Behandlungen.
- Gegen ein Vergessen spricht, dass es sich um eine relativ schwerwiegende Gesundheitsstörung handelt, dass sich die VN genau an andere Erkrankungen – wie z. B. Blinddarmdurchbruch 1997/Venenstripping 2000 – erinnern konnte und dass die VN anlässlich ihrer Anhörung vor Gericht ohne weiteres in der Lage war, Angaben zu den durchgeführten Untersuchungen und den ihr hierbei mitgeteilten Befunden zu machen³⁴.
- Diagnose Herzfehler und fünf Arztbehandlungen mit Injektionen wegen Stressbelastung werden vergessen, während im gleichen Zeitraum vorgenommene befundfreie Vorsorgeuntersuchungen detailgenau in Erinnerung geblieben sind³⁵.
- Der Arzt des VN hat sowohl auf die Behandlungsbedürftigkeit der verschwiegenen Erkrankung (hier: Coxarthrose) als auch auf deren für die Zukunft zu erwartende Folgen eindringlich hingewiesen³⁶.
- Herzklappenfehler im Antrag einer BUZ genannt, diese Erkrankung jedoch bagatellisiert, dass angegeben wurde, nie Probleme mit dem Herzen gehabt und sich nur Routineuntersuchungen ohne Befund beim Kardiologen unterzogen zu haben, während seit 14 Jahren bestehende Atemprobleme/Luftnot nicht angegeben wurden³⁷.
- Sechs Jahre in Behandlung bei einem Arzt, der dann bei der Antragsfrage nach dem Arzt, der über die Gesundheitsverhältnisse am besten Auskunft geben könne, nicht genannt wird³⁸.
- Der VN ist schon von Berufs wegen mit der genauen Beantwortung von Fragen o. ä. befasst, etwa als Versicherungsvertreterin³⁹, Finanzbeamter, Lehrer oder Anwalt. Der VN ist, soweit es um Gesundheitsangaben geht, selbst medizinisch vorgebildet⁴⁰.
- Unterbliebene Angabe von drei Vorversicherungen, davon zwei vom VR gekündigt wegen Schadenfällen, beim Abschluss einer Wohngebäudeversicherung und zeitlicher

Abstand von ca. 5 Monaten zwischen der letzten Kündigung und dem Neuabschluss⁴¹.

Für ein Vergessen kann folgendes sprechen:

- Lange zurückliegender Zeitraum. Beispiel: länger zurückliegende, geringe Beschwerden verursachende, nur mit geringer Medikation verbundene Beschwerden mit wenigen Arztbesuchen wegen Eisenmangel⁴².
- Zeitlich kurze Erkrankungen oder Beschwerden.
- Wird anlässlich eines Unfalls im Bericht des Durchgangs- arztes unter der Rubrik „Röntgenergebnisse“ auch von einer Arthrose gesprochen, so ist es nachvollziehbar, wenn sich der VN 4 Jahre später bei der Beantragung einer BUZ an diesen Vermerk nicht mehr erinnert⁴³.
- Ärztliche Diagnose einer Fettleber (laut Arztbericht „diskret homogen verfettet“), Fettstoffwechselstörung und Mikrohämaturie (mit geringer Überschreitung der Norm- Laborwerte) vier Jahre vor Antragsstellung, keine spür- baren Symptome oder Beschwerden, keine ärztliche Be- handlung⁴⁴.
- Untersuchender/behandelnder Arzt nicht angegeben, aber Nennung der dort diagnostizierten Gesundheitsstörung im Antrag.
- Infolge seelischer/geistiger Erkrankung liegt eine Bewusst- seinsveränderung mit Verdrängen/Vergessen vor⁴⁵. Krankheiten, bei denen ein Vergessen oder Verdrängen zum Krankheitsbild gehört⁴⁶ (dazu nachfolgend).

7. Sonderfall: Vergessen/Verdrängen als Krankheitsbild

Bei bestimmten Erkrankungen kann es in der Natur der Krankheit liegen, dass dem Betroffenen die positive Kenntnis fehlt, also ein krankheitsbedingtes Vergessen oder Verdrängen vorliegt. Beispielsweise ist es für Alkoholranke krank- heitstypisch, dass sie ihren Alkoholgenuss als normal einstu- fen; es ist nicht ungewöhnlich, dass ein Betroffener, der gewohnheitsmäßig über einen sehr langen Zeitraum Unmen- gen an Alkohol zu sich nimmt ohne schon akute gesundheit-

- 27 OLG Frankfurt, Urt. v. 23. 6. 2010 – 7 U 90/09, jurisPR-VersR 4/2011, Anm. 2 Jakob.
- 28 BGH, Urt. v. 11. 2. 2009 – IV ZR 26/06, r+s 2009, 361/384 = VersR 2009, 529.
- 29 OLG Frankfurt, Urt. v. 10. 6. 1992 – 19 U 168/91, r+s 1992, 357 = NJW-RR 1992, 1250 = VersR 1993, 568 zur Unfallversicherung.
- 30 OLG Hamm, Urt. v. 11. 12. 1987 – 20 U 35/87, r+s 1988, 211 zur LV.
- 31 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 7. 6. 2000 – 7 U 249/98, r+s 2003, 208 = NVersZ 2001, 115 = zfs 2001, 117.
- 32 OLG Celle, Urt. v. 1. 2. 2007 – 8 U 163/06, OLGR 2009, 333 zur BUZ.
- 33 LG Berlin, Urt. v. 6. 3. 1990 – 7 O 244/89, VersR 1992, 304 Ls. zur PKV.
- 34 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 14. 6. 2006 – 7 U 81/05, r+s 2007, 66 = VersR 2006, 1629.
- 35 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7. 4. 2005 – 12 U 391/04, VersR 2006, 205 = NJW-RR 2006, 463 = MDR 2005, 1410 zur BUZ.
- 36 OLG Köln, Urt. v. 22. 9. 1988 – 5 U 178/87, r+s 1989, 35 zur BUZ.
- 37 OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 1. 2006 – I-4 U 63/06, BeckRS 2009, 29174.
- 38 OLG Köln, Urt. v. 22. 9. 1988 – 5 U 178/87, r+s 1989, 35.
- 39 OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193.
- 40 OLG Hamm, Urt. v. 11. 12. 1987 – 20 U 35/87, r+s 1988, 211 zur LV bei einem Arzt.
- 41 OLG Hamm, Urt. v. 11. 11. 1998 – 20 U 49/98, r+s 1999, 250 = VersR 1999, 1265 = zfs 1999, 305 = MDR 1999, 225.
- 42 LG Bielefeld, Urt. v. 14. 2. 2007 – 25 O 105/06, VersR 2007, 636 zur PKV.
- 43 OLG Oldenburg, Urt. v. 16. 1. 1991 – 2 U 162/90, r+s 1992, 177 = NJW-RR 1991, 1185 zur BUZ.
- 44 OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 3. 2006 – 5 U 269/05, r+s 2007, 334 = NJOZ 2006, 3615 = BeckRS 2006 09213 = VersR 2007, 96.
- 45 OLG Hamm, Urt. v. 12. 12. 1980 – 20 U 184/80, VersR 1981, 874 zur PKV; erwähnt in OLG Köln, Urt. v. 11. 4. 1994 – 5 U 32/93, r+s 1994, 202 = VersR 1994, 1413.
- 46 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 43.

liche Folgen dieses Verhaltens zu spüren, einen Alkoholmissbrauch nicht zur Kenntnis nimmt⁴⁷. Alkoholiker erkennen den Krankheitswert ihres Zustandes nicht, sondern sind bestrebt, diesen – insbes. aus Scham – zu verheimlichen, zu verharmlosen oder zu verdrängen⁴⁸.

In der Neuropsychologie existieren Erkenntnisse über krankheitsbedingte Gedächtnisstörungen durch Störungen des Einspeicher- und Konsolidierungssystems, der Ablagerungssysteme und material- und modalitätsspezifische Defizite sowie durch Störungen im Bereich des Abrufs⁴⁹. Bei bestimmten Erkrankungen sollen Gedächtnisstörungen sogar im Vordergrund stehen, etwa bei cerebralen Infarkten bzw. vaskulären Erkrankungen, Hirntraumata, intracranialen Tumoren, bakteriellen oder viralen Infekten, Mangelkrankheiten oder Avitaminosen, mit Intoxikationen wie chronischem Alkoholabusus oder Korsakow-Syndrom, Epileptiker oder Patienten mit Organinsuffizienzen oder degenerativen Veränderungen des Zentralnervensystems oder mit einem Zustand nach einer Hypoxie bzw. einer Anoxie, psychiatrische Patienten oder Patienten mit einem Zustand nach Drogenmissbrauch oder nach einer Elektrokrampftherapie, Patienten mit transients globaler Amnesie oder einer psychogenen Amnesie⁵⁰.

Kommt eine solche Störung ernsthaft in Betracht, kann man Vorsatz nicht mehr im Sinne des § 286 ZPO als bewiesen erachten⁵¹.

8. Beweislast

Nach § 69 Abs. 3 VVG liegt die Beweislast für die Verletzung der Anzeigepflicht – wenn wie im Regelfall ein Versicherungsvertreter eingeschaltet war – beim VR, und der VN trägt die Beweislast für die Abgabe oder den Inhalt des Antrags. Damit gilt für die Beweislastverteilung wie im VVG a. F., dass der VR die Pflichtverletzung (also Kenntnis des gefahrerheblichen Umstandes, dessen Gefahrerheblichkeit sowie die eigentliche unterbliebene Anzeige) und der VN nachweisen muss, dass er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig Angaben unterlassen hat⁵².

Wendet der VN ein Vergessen ein, muss dieser dazu substantiierte Angaben machen (s. o.), sonst ist dies nicht zu berücksichtigen. Steht fest, dass der VN den Umstand einmal gekannt hat und behauptet, diesen vergessen zu haben, so ist jedoch zu erwägen, ob man dem VN nicht sogar die Beweislast aufbürdet, wie dies unter dem Aspekt der für die Unmöglichkeit geltenden Beweisregeln zur Auskunftspflicht vertreten wird⁵³. Der BGH hat dazu entschieden, dass die Beweislast für die Kenntnis der dem VR mitzuteilenden Umstände nach Eintritt des Versicherungsfalles zwar als Teil des objektiven Tatbestandes der Verletzung der Aufklärungsobliegenheit vom VR zu beweisen ist; er hat aber gleichzeitig festgestellt, dass der VN für seine Behauptung, die zunächst vorhandene Kenntnis der betreffenden Umstände nachträglich durch eine tief greifende Bewusstseinsstörung i. S. des § 827 BGB verloren zu haben (hier: retrograde Amnesie), die Beweislast trägt⁵⁴. Begründet wurde dies damit, dass nach dem Rechtsgedanken des § 827 S. 1 BGB derjenige die Voraussetzungen dieser Vorschrift darzulegen und zu beweisen hat, der sich auf sie beruft (also hier der „vergessliche“ VN). Dies lässt sich ohne weiteres auf die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung übertragen und führt auch für „leichtere Fälle“ (also „normales“ Vergessen ohne psychische Defekte) zu der Schlussfolgerung, dass immer dann, wenn der VR die Ursprungskennntnis des VN bewiesen hat (Beispiele: eindeutige Artunterlagen, Zeugenaussagen) der Entlastungsbeweis vollumfänglich durch den VN zu führen ist. Denn alle Umstände, die das Vergessen betreffen, stammen aus dessen

Sphäre. Der VR muss also nicht beweisen, dass der VN nicht vergessen hat, sondern der VN hat das Vergessen zu beweisen. Voraussetzung dafür ist zwingend die oben beschriebene plausible Darlegung, die sich im Einzelfall ausnahmsweise auch aus den Umständen ergeben kann (etwa anhand von Informationen aus vorliegenden Arztunterlagen). Fehlt es bereits daran, handelt es sich prozessual um unsubstantiierten, nicht zu berücksichtigenden Vortrag.

Liegt Plausibilität vor, muss das Gericht das persönliche Erscheinen des VN anordnen (§ 141 ZPO), um nach Anhörung ggf. eine Vernehmung nach § 448 ZPO durchzuführen. Die Parteianhörung hat vornehmlich den Zweck, rechts-erhebliche Fakten zu klären und der Partei im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben⁵⁵. Einen Grundsatz, dass dabei zunächst einmal dem VN zu glauben ist, gibt es dabei nicht. In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass die Prozesspartei typischerweise eben nicht nur am besten informiert, sondern auch am stärksten interessiert ist, so dass der Tatrichter deshalb auch in diesem Bereich zu differenzierter Beweiswürdigung aufgerufen bleibt⁵⁶.

9. Verschulden bei Nicht-Vergessen

Für die Bewertung des Verschuldens sind häufig erneut die o. g. für die Feststellung des Vergessens oder Nicht-Vergessens relevanten Kriterien, etwa Schwere einer Vorerkrankung, heranzuziehen. Zu berücksichtigen ist dabei ferner, dass den Antragsteller „in gewissem Umfang“ eine Nachfrage- und Erkundigungspflicht trifft⁵⁷. Dies betrifft bspw. Fälle, in denen der VN seine „Gedächtnislücke“ erkennt, ihm also etwas „schwant“, er eine Vermutung hat oder sich nur dunkel erinnert, etwa wenn der VN weiß, dass er beim Arzt war, aber nicht mehr genau klären kann, ob dies in den anzeigepflichtigen Zeitraum fällt oder wenn der VN den Grund des (noch erinnerlichen) Arztbesuchs vergessen hat. Da es hier immer um Fälle geht, in denen im Nachhinein bewertet wird, dass der VN sich hätte schlau machen können, es aber nicht getan hat und somit „unwissend“ blieb, kann dieser Gesichtspunkt nur bei der Bewertung des Verschuldens des VN eine Rolle spielen. Ist sich der VN also unsicher, muss er (zumindest) darauf hinweisen, ansonsten

- 47 OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193; OLG Hamm, Beschl. v. 29. 5. 1990 – 20 W 8/90, r+s 1990, 357.
- 48 OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193; OLG Hamm, Beschl. v. 29. 5. 1990 – 20 W 8/90, r+s 1990, 357.
- 49 Terbille in Terbille, MAH VersR, 2. Aufl., § 2 Rn. 416, der auf die Veröffentlichungen von Markowitsch „Gedächtnisstörungen“ (1999) und „Dem Gedächtnis auf der Spur, Vom Erinnern und Vergessen“ (2005) verweist.
- 50 Terbille in Terbille, MAH VersR, 2. Aufl., § 2 Rn. 416, der wiederum auf Markowitsch „Gedächtnisstörungen“ (1999), S. 96 verweist.
- 51 Terbille in Terbille, MAH VersR, 2. Aufl., § 2 Rn. 416.
- 52 Härle in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., § 19 Rn. 143; Pröls in Pröls/Martin, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn. 67; Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 2; vgl. auch BT-Drucks. 16/3945, S. 65, Begründung § 19 Abs. 3.
- 53 Pröls in Pröls/Martin, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn. 67.
- 54 BGH, Urt. v. 13. 12. 2006 – IV ZR 252/05, VersR 2007, 389 = NJW 2007, 1126 = MDR 2007, 653.
- 55 Greger in Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 278 ZPO Rn. 2 ff.
- 56 Terbille in Terbille, MAH VersR, 2. Aufl., § 3 Rn. 55 zur Anhörung in Entwendungsfällen.
- 57 OLG Saarbrücken, Urt. v. 14. 6. 2006 – 5 U 697/05-103, r+s 2007, 464 = NJOZ 2006, 3435 = VersR 2007, 193; OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 9. 2004 – 5 U 25/04-2, NJOZ 2006, 608 = OLGR Saarbrücken 2005, 341; ähnlich OLG Hamburg, Urt. v. 3. 7. 1979 – 12 U 33/79, r+s 1980, 3 = VersR 1979, 1122; Langheid in Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., § 17 Rn. 15 m. w. N.

ist die Angabe falsch, da aus Empfängersicht kein Gefahrzustand erkennbar ist⁵⁸. Dem VR muss in diesen Fällen ermöglicht werden, ggf. zu recherchieren⁵⁹. Kann sich der VN bei mehreren früheren Erkrankungen nicht an alle anzeigepflichtigen Krankheiten erinnern, muss er sich bei seinen Ärzten erkundigen und sich dadurch Gewissheit verschaffen⁶⁰. Stehen ihm eigene Recherchemöglichkeiten zur Ver-

fügung, etwa Notizen, Arztberichte, persönliche Computeraufzeichnungen oder Arztrechnungen (welche Privatpatienten immer erhalten), muss er diese ggf. studieren⁶¹. Eine generelle Erkundigungspflicht besteht jedoch nicht⁶². ■

- 58 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn. 43; Neuhaus, Versicherungsvertrag – Aktuelle Fragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung, MDR 2010, 1360, 1363; Neuhaus, Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung im neuen VVG, r+s 2008, 45, 47.
59 Neuhaus, Versicherungsvertrag – Aktuelle Fragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung, MDR 2010, 1360, 1363.

60 KG, Urt. v. 9. 11. 1999 – 6 U 2171/98, r+s 2000, 122 zur PKV.

61 Kloth, Private Unfallversicherung, D Rn. 16.

62 So im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 21. 4. 1993 – IV ZR 34/92, VersR 1993, 828 = NJW 1993, 1862 unter 2 c), wo eine Erkundigungspflicht nur im Rahmen einer Auskunftspflicht bejaht wird; a. A. anscheinend Kloth, Private Unfallversicherung, D Rn. 16: „Vom VN kann und muss erwartet werden, dass er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nutzt, um wahrheitsgemäße und vollständige Angaben zu machen.“

Vors. Richter am Landgericht a. D. Hanspeter Clos, München

Der Abzug von Sozialabgaben und Lohnnebenkosten bei fiktiver Reparaturkostenabrechnung

Gliederung:

1. Ablehnende Rechtsmeinungen
2. Zustimmungende Rechtsmeinungen
3. Die Gesetzesmaterialien, insb. BT-Drs. 14/7752
4. Problemkreis Kompensation und Bereicherung
5. Ergebnis

Bei Sachschäden ist eine Abrechnung der Reparaturkosten durch den Geschädigten nach sog. fiktiven (auch „abstrakt“ genannten) Reparaturkosten, also anhand eines Kostenvoranschlags oder eines Sachverständigengutachtens, nach derzeitiger Rspr. uneingeschränkt möglich. Lediglich nicht angefallene Umsatzsteuer ist nach der Neuregelung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB abzuziehen.

Ein Abzug für nicht angefallene Sozialabgaben und Lohnnebenkosten ist in § 249 BGB nicht vorgesehen und wird in der Kommentierung derzeit überwiegend abgelehnt.

1. Ablehnende Rechtsmeinungen

a) Eine obergerichtliche Rspr., die einen Abschlag für nicht angefallene Sozialabgaben und Lohnnebenkosten vornehmen würde, ist nicht bekannt geworden.

Der BGH¹ hat – vor der Neufassung des § 249 BGB – zum Abzug der Mehrwertsteuer und der öffentlichen Abgaben sich wie folgt geäußert:

„Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kann für die Erstattung der „fiktiven“ Mehrwertsteuer nichts anderes gelten. Auch hier handelt es sich nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, um den Einzug einer „Steuer“, die dann aber nicht abgeführt wird; das würde in der Tat dem Rechtsgefühl widerstreben. Es liegt vielmehr auch hier ein echter Schadenposten vor, dem kein anzurechnender Vorteil gegenübersteht. Der steuertechnisch bedingte getrennte Ausweis der Mehrwertsteuer ändert nichts daran, dass sie ... nicht weniger ein allgemeiner Kostenfaktor ist als andere öffentliche Abgaben, welche direkt oder indirekt in die Kosten und damit in den Preis einer Ware oder Leistung Eingang gefunden haben.“

b) Die Mehrzahl der BGB-Komentierungen spricht sich gegen einen solchen Abzug aus:

Oetker² führt aus, ein Abzug von Sozialversbeiträgen und sonstigen öffentlichen Abgaben sei nicht vorzunehmen, da

nur die Umsatzsteuer von § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgenommen worden sei.

Mertens³ führt aus, es seien grundsätzlich auch bei einer Eigenreparatur die bei einer Fremdreparatur zustehenden Kosten zu ersetzen.

Schubert⁴ führt aus, eine billige Reparatur wäre ein überobligatorischer Verzicht des Geschädigten mit der Folge einer Schadenminderung.

Medicus⁵ meint, wegen der Regelung in § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB, betreffend die Umsatzsteuer, seien fiktive Kosten „im Übrigen“ voll zu erstatten.

Ebert⁶ ist der Ansicht, der Geschädigte könne bei einer Eigenreparatur die Kosten einer Fremdreparatur gem. Sachverständigengutachten verlangen. Bei fiktiver Reparaturabrechnung könne er die Sätze einer Fachwerkstatt erstattet verlangen.

Heinrichs⁷ führt aus, die fiktiven Kosten seien zu ersetzen mit Ausnahme von Verbringungskosten und UPE-Zuschlägen.

Teichmann⁸ meint, es seien vom Sachverständigen festgestellte Reparaturkosten bis zum Wiederbeschaffungswert bei selbst vorgenommener Ausbesserung zu erstatten. Der Gesetzgeber habe diese bedenkliche Rspr. faktisch akzeptiert und in Abs. 2 Satz 2 die Konsequenz daraus hinsichtlich der Umsatzsteuer gezogen.

2. Zustimmungende Rechtsmeinungen

Schiemann⁹ führt aus, laut Gesetzgeber sei es eine dauerhafte Aufgabe der Rspr., für angemessene Lastenverteilung bei Sachschäden aus Verkehrsunfällen zu sorgen. Die Beschränkung auf die Mehrwertsteuer in § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB habe nur einen klar abgrenzbaren, leicht zu handhabenden Teil erfasst. Die Schlussfolgerung, dass die weiteren fiktiven Kosten demnach unbedenklich zu ersetzen seien, wäre ver-

1 BGH, Urt. v. 19. 6. 1973, VI ZR 46/72, BGHZ 61, 56 (59) = NJW 73, 1647.

2 Münchener Kommentar, BGB, 2007, Rn. 350 zu § 249 BGB.

3 Soergel, BGB, 1990, Rn. 36 zu § 249 BGB.

4 Bamberger/Roth, BGB, 2007, Rn. 217 und 218 zu § 249 BGB.

5 Prütting, BGB, 2010, Rn. 29 zu § 249 BGB.

6 Erman, BGB, 2008, Rn. 78 und 79 zu § 249 BGB.

7 Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Rn. 14 zu § 249 BGB.

8 Jauernig, BGB, 2009, Rn. 5 zu § 249 BGB.

9 Staudinger, BGB, 2005, Rn. 1 a zu § 249 BGB.