

Wob

zfs

Verkehrsrecht

Schadensrecht

Versicherungsrecht

2/13

G 21686

34. Jahrgang, Februar 2013

Herausgeber

Michael Burmann
Nicolas Eilers
Jörg Elsner
Frank Häcker
Daniela Mielchen
Oskar Riedmeyer
Klaus Schneider
ARGE Verkehrsrecht des
Deutschen Anwaltvereins

Beirat

Friedrich Dencker
Hans-Jürgen Gebhardt
Claudia Held
Ulrich Löhle
Vera von Pentz

Schriftleiter

Heinz Diehl
Heinz Hansens
Klaus-Ludwig Haus
Benjamin Krenberger
Roland Rixecker
Klaus Schneider

Aufsatz

Neuhaus: Genetische Defekte und vorvertragliche Anzeigepflichten 64 V6W xrf

Aus der Praxis

Krenberger: Pflichtverteidigung in Bußgeldsachen – weiterhin nur ein Ausnahmefall 69

Haftungsrecht

BGH: Keine Haftung des Waldbesitzers aus Verkehrssicherungspflicht für walddtypische Gefahren 76

Kaskoversicherung

BGH: Verletzung der Aufklärungsobliegenheit bei unerlaubtem Entfernen vom Unfallort; Kausalitätsgegenbeweis 91

Kostenrecht

BGH: Anfall der anwaltlichen Verfahrensgebühr in der Berufungsinstanz 103

Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht

BGH: Verwerfungsurteil trotz Teilrechtskraft 109

Verkehrsverwaltungsrecht

BayVGH: Inlandsunwirksamkeit einer ausländischen EU-Fahrerlaubnis bei „isolierter Sperre“ 114

Deutscher Anwaltverlag GmbH, Wachschiele 7, 53111 Bonn
ZKZ 21686, PsdG, DPAG, Entgelt bezahlt
21686#S14085151#2/2013
Herrn Kai-Jochen Neuhaus
In der Heide 1 a
44267 Dortmund

54

Jetzt bestellen!
Einbanddecken 2012
Tel. 01805/240225
(14 ct./Min.)



DeutscherAnwaltVerlag

Genetische Defekte und vorvertragliche Anzeigepflichten

Rechtsanwalt Kai-Jochen Neuhaus, Fachanwalt für Versicherungsrecht, für Mietrecht und Wohnungseigentumsrecht

Der Beitrag befasst sich primär mit der Frage, ob und in welchem Umfang „schlechte“ genetische Erkenntnisse anzeigepflichtig sind. Betrachtet werden auch „Altfälle“ vor Inkrafttreten des GenDG. Anlass dazu bietet auch eine aktuelle Entscheidung des OLG Saarbrücken,² die die bisher spärliche Rechtsprechung in diesem Bereich praxisnah ergänzt, allerdings erneut die Frage offenlässt, ob und inwieweit ein Versicherungsnehmer bei Antragsstellung auch ohne konkrete Beschwerden die genetisch festgestellte Disposition zu einer Erkrankung offenbaren muss. Unter prädiktiven Gentests sind dabei mit der ganz h.M. voraussagende Tests zu verstehen, mit denen genetische Abweichungen erkannt werden sollen, die später zum Ausbruch einer Krankheit führen können, also nicht etwa diagnostische Tests bei bereits ausgebrochener Erkrankung.

A. Problemaufriss

Die prädiktive Genomanalyse, also die vorausschauende Bewertung bereits genetisch angelegter künftiger Erkrankungen durch Gen- oder Bluttests, stellt in der Medizin einen der klassischen Reibepunkte zwischen dem technisch Möglichen und dem ethisch Gewollten dar. Dem Thema wohnt eine echte Janusköpfigkeit inne: einerseits wird gehofft, den Schlüssel zur Heilung von Krankheiten in den Händen zu halten, während andererseits die Furcht vor dem gläsernen Menschen besteht. Die rechtliche Demarkationslinie zwischen diesen Lagern ist das am 1.2.2010 in Kraft getretene Gendiagnostikgesetz,³ das einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen schaffen will und bei dem insbesondere auch versicherungswirtschaftliche und versicherungsrechtliche Aspekte berücksichtigt wurden. Durch das GenDG wird die in der deutschen Sprache als Synonym für Zwiespältigkeit verwendete „Janusköpfigkeit“ der Gendiagnostik dem tatsächlichen Charakter des römischen Gottes Janus angepasst, der in zwei und nicht nur in eine Richtung blickt und zugleich eröffnet und verschließt: denn Ziel des GenDG ist es, die mit der Untersuchung menschlicher genetischer Eigenschaften verbundenen möglichen Gefahren von genetischer Diskriminierung zu verhindern und gleichzeitig die Chancen des Einsatzes genetischer Untersuchungen für den einzelnen Menschen zu wahren. Mit dem

Gesetz sollen Anforderungen an eine gute genetische Suchungspraxis verbindlich gemacht werden.⁴ Der Bereich der Risikoprüfung bei Personenversicherungen (speziell Kranken-, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, aber bspw. auch Unfallversicherungen) ist natur in ganz besonderem Maß am Erhalt möglichst umfassender Gesundheitsdaten interessiert. Der Berufsverband der Humangenetiker e.V. (BVDH) führt eine Liste genetischer Erkrankungen, die im deutschsprachigen Raum entsprechend spezialisierten Einrichtungen gegenwärtig eine DNA-Analyse untersucht werden können.⁵ Diese umfasste zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung 1.199 tragene Krankheiten. Die Versicherungswirtschaft hat bereits früh mit dem Konflikt beschäftigt. Am 25.11.2010 wurde eine zunächst für fünf Jahre gültige und dann bis 31.12.2011 verlängerte freiwillige Selbstverpflichtung der Mitgliedsunternehmen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. abgegeben, in der die Durchführung prädiktiver genetischer Tests als Vorbedingung eines Vertragsabschlusses verzichteten.

B. Selbstverpflichtungserklärung der Versicherer

Die Selbstverpflichtungserklärung aus dem Jahr 2001 lautet wie folgt:
„Die Versicherungsunternehmen erklären sich bereit, die Durchführung von prädiktiven Gentests nicht zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses zu machen. Sie erklären weiter, für private Krankenversicherungen und für alle von Lebensversicherungen einschließlich Berufsunfähigkeits-, Erwerbsunfähigkeits-, Unfall- und Pflegerentgeltversicherungen bis zu einer Versicherungssumme von jeweils als 250.000,00 EUR bzw. einer Jahresrente von wenig-

¹ Der Autor ist Partner in der Kanzlei Kloth – Neuhaus Rechtsanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht, 1.1.2010, S. 1.

² Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98.

³ GenDG; BGBl 2009 I, S. 2529.

⁴ BT-Drucks 16/10532 v. 13.10.2008, S. 1.

⁵ <http://www.hgqn.org>.

30.000,00 EUR auch nicht von ihren Kunden zu verlangen, aus anderen Gründen freiwillig durchgeführte prädiktive Gentests dem Versicherungsunternehmen vor dem Vertragsabschluss vorzulegen. In diesen Grenzen verzichten die Versicherer auf die im Versicherungsvertragsgesetz verankerte vorvertragliche Anzeigepflicht gefahrerheblicher Umstände. Die Versicherungsunternehmen werden in diesen Fällen von den Kunden dennoch vorgelegte Befunde nicht verwerten.“ Zusammengefasst bedeutet dies: generell wollten die Versicherer keine Durchführung eines Gentests fordern und bis zu den genannten Beträgen auch keine Vorlage eines bereits vorhandenen Tests verlangen. Die Sätze 2 und 3 verführen zu dem Gedanken, die Versicherer hätten auf die Nutzung aller Informationen im Zusammenhang mit genetischen Defekten verzichten wollen. Dies hätte man klarer formulieren können. Durch die Formulierung „in diesen Grenzen“ wird aber deutlich, dass es nur um die Verwertung eines Tests und seiner Ergebnisse geht, also bspw. nicht auf einen Verzicht auf die Angabe genetisch bedingter Beschwerden, die der zu Versichernde bereits vor Antragsstellung hatte (ausführlich dazu unter D.).

C. Versicherungsrechtliche Kernaussagen des GenDG

§ 18 GenDG betrifft genetische Untersuchungen und Analysen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrags. § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GenDG sieht vor, dass Versicherer weder eine genetische Untersuchung noch Auskünfte („Ergebnisse oder Daten“) über bereits durchgeführte Untersuchungen oder Analysen verlangen können (Erhebungsverbot).⁶ Auch die Entgegennahme und Verwertung dieser Informationen wird untersagt, § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GenDG (Verwendungsverbot). Nach § 18 Abs. 1 S. 2 GenDG gilt S. 1 Nr. 2 für die Lebensversicherung, die Berufsunfähigkeitsversicherung, die Erwerbsunfähigkeitsversicherung und die Pflegerentenversicherung nicht, wenn eine Leistung von mehr als 300.000 EUR oder mehr als 30.000 EUR Jahresrente vereinbart wird (Ausnahme vom Verbot). Unabhängig davon sind gem. § 18 Abs. 2 GenDG vorhandene Erkrankungen und Vorerkrankungen anzuzeigen; insoweit sind die §§ 19 bis 22 und 47 VVG anzuwenden.⁷

D. Anzeigepflicht im Zusammenhang mit genetischen Abweichungen bei vorhandenen Vorerkrankungen

Ob einen Antragsteller zum Zeitpunkt der Beantragung einer Versicherung die Pflicht trifft, bereits vorhandene Ergebnisse einer genetischen Untersuchung zu offenbaren, hängt von mehreren Umständen ab. Klar ist die Rechtslage, wenn der Antragsteller unabhängig von dem Ergebnis des Tests an gesundheit-

lichen Beeinträchtigungen leidet, die von den gestellten Antragsfragen erfasst werden. Werden abgefragte Krankheiten, Störungen oder Beschwerden verheimlicht, kommt es auf das Ergebnis eines früheren prädiktiven oder aktuell diagnostischen Gentests nicht an, da sich die Anzeigepflichtverletzung bereits aus dem Verschweigen des früheren oder aktuellen Gesundheitszustands ergibt, sofern diese Umstände gefahrerheblich im Sinne von § 19 VVG bzw. §§ 16 ff. VVG a.F. sind. Weder die Selbstverpflichtungserklärung noch § 18 GenDG sind daher einschlägig, da es nicht um das Verheimlichen eines prädiktiven Tests geht.⁸ Die Täuschung als Spiegelbild der Offenbarungspflicht bezieht sich nicht auf das Verheimlichen des Ergebnisses eines Gentests, sondern darauf, dass sich vor Antragstellung manifestiert habende Krankheitszeichen und dadurch veranlasste Untersuchungen und Behandlungen wahrheitswidrig nicht angegeben wurden.⁹ Die Anzeigepflicht und spiegelbildlich eine Täuschung des Antragstellers bezieht sich daher auf seinen Gesundheitszustand und/oder auf Arztbesuche/-behandlungen, Krankenhausaufenthalte oder Arbeitsunfähigkeitszeiten (sofern abgefragt). Verheimlicht der Antragsteller anzeigepflichtige Umstände, ist der Versicherer daher – abhängig vom Verschuldensgrad – berechtigt, anzufechten oder die Gestaltungsrechte der §§ 19 VVG/16 ff. VVG a.F. auszuüben. § 18 Abs. 2 GenDG stellt dies ausdrücklich klar; für die Zeit vor Inkrafttreten des GenDG gilt dies ebenfalls, da die Selbstverpflichtungserklärung diese Situation gerade nicht regeln wollte. Es ist deshalb unerheblich, ob vor dem Ausbruch der Beschwerden prädiktive oder nach dem Ausbruch diagnostische Gentests durchgeführt wurden. Einschränkungen durch die Selbstverpflichtungserklärung oder das GenDG wären überhaupt nur denkbar für Anzeigepflichtigen, die ab dem jeweiligen Geltungszeitpunkt bzw. Inkrafttreten zu erfüllen waren. Sinn und Zweck der Selbstverpflichtungserklärung war es schon nach dem Wortlaut ausschließlich, Gendefekte, die durch prädiktive Tests festgestellt worden sind, beim Abschluss bestimmter Versicherungen unberücksichtigt zu lassen.¹⁰ Bereits vorhandene Erkrankungen etc. sollten aber davon nicht erfasst werden. Entsprechendes gilt für das GenDG und zwar auch, wenn zur Abklärung von Beschwerden und Symptomen (diagnostische) Gentests durchgeführt worden sind.¹¹ Weder verstößt dies gegen die Menschenwürde, noch wird der pathologische Gene tragende Versicherungsnehmer diskriminiert, denn es ist nicht sein Genom als solches, das zum An-

⁶ Ausführlich *Neuhaus*, r+s 2009, 309, 315.

⁷ *Prölss* in *Prölss/Martin*, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 15.

⁸ OLG Hamm, Ur. v. 21.11.2007 – 20 U 64/07, r+s 2008, 116 = *VersR* 2008, 773 zur privaten Krankenversicherung; a.A. LG Bielefeld, Ur. v. 14.2.2007 – 25 O 105/06 (insofern von OLG Hamm a.a.O. aufgehoben).

⁹ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98.

¹⁰ *Benkel/Hirschberg*, ALB-/BUZ-Kommentar, 2. Aufl., § 3 Rn 52 ALB 2008.

¹¹ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98 zur Berufsunfähigkeitsversicherung; ebenso bereits OLG Hamm, Ur. v. 21.11.2007 – 20 U 64/07, r+s 2008, 116 = *VersR* 2008, 773 zur privaten Krankenversicherung.

knüpfungspunkt (vertrags-)rechtlicher Nachteile gemacht wird, sondern eine vorhandene Krankheit, deren Ursache lediglich mit einer bestimmten Untersuchungsmethode geklärt worden ist.¹² Er wird insoweit nicht besser und nicht schlechter gestellt als jeder andere Versicherungsnehmer, der gefahrerhebliche Beschwerden, Gesundheitsstörungen, Untersuchungen und Behandlungen offen zu legen hat.¹³ Es bleibt daher – gleichgültig, wann die Anzeigepflicht zu erfüllen war – bei der durch § 19 VVG/§ 16 VVG a.F. festgelegten Auskunftspflicht unabhängig davon, wie Erkrankungen diagnostiziert worden sind.¹⁴

E. Anzeigepflicht im Zusammenhang mit genetischen Abweichungen bei fehlenden Vorerkrankungen

Komplizierter ist die Rechtslage, wenn der Antragsteller gesundheitlich (noch) nicht akut beeinträchtigt ist, ihm aber ein Testergebnis vorliegt, das einen Gendefekt bestätigt. Es handelt sich dann um einen „echten“ prädiktiven Test, bei dem sich die Frage stellt, ob der Versicherungsnehmer die Ergebnisse aufdecken muss. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt soweit ersichtlich nicht vor.

I. Grundsätzliche Überlegungen

Sowohl die Selbstverpflichtungserklärung als auch § 18 GenDG erfassen (nur) solche Tests, die der Feststellung erblicher Veranlagungen für noch nicht klinisch manifestierte Erkrankungen dienen, nicht aber diagnostische Tests, mit denen nach einer genetischen Ursache für ein bestehendes Beschwerdebild gesucht wird.¹⁵

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GenDG dürfen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle (300.000 bzw. 30.000 EUR) „Ergebnisse oder Daten“ aus (prädiktiven) Gentests nicht verlangt oder verwendet werden. Die Selbstverpflichtungserklärung von 2001 führt mit anderer Formulierung und einer Schwelle von 250.000 EUR zu derselben Einschränkung, womit das Gros der Fälle bereits zugunsten des Versicherungsnehmers entschieden ist. Was der Versicherer nicht verlangen darf, muss der Versicherungsnehmer auch nicht angeben, so dass eine Anzeigepflicht ausscheidet.

Dennoch ergeben sich sowohl zeitliche als auch betragsmäßige Grauzonen:

- Antragsstellungen vor dem 25.10.2001: es bestand noch keine Selbstverpflichtungserklärung. Selbst wenn daher eine Anzeigepflicht in Betracht käme, werden die Ausschlussfristen des § 21 VVG (5/10 Jahre) greifen, so dass sich dieser Punkt durch Zeitablauf erledigt hat.
- Antragsstellungen zwischen dem 25.10.2001 und 1.2.2010 (Inkrafttreten des GenDG): Sind nicht dem Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. angehörende Versicherungsunternehmen (Stichwort: ausländische Ver-

sicherer) an die Selbstverpflichtungserklärung gebunden. Dies ist zu verneinen, da diese Versicherer keine entsprechende Willenserklärung mit Selbstbindung durch „illegalen“ Verband abgegeben haben. Folge ist, dass bei diesen Versicherern Anzeigepflichtverletzungen und deren Sanftmögliche sein können.

- Wertüberschreitungen: Besteht oberhalb der monetären Grenzen bei Antragsstellungen zwischen dem 25.10.2001 und 31.12.2010 (250.000 Versicherungssumme/30.000 Jahresrente gemäß Selbstverpflichtungserklärung) und dem 1.2.2010 (300.000 Versicherungssumme/30.000 Jahresrente gemäß GenDG) eine Anzeigepflicht? kommt grundsätzlich in Betracht, da die Verbote der Anzeigepflicht nur unterhalb der Wertgrenzen gelten sollen.

In diesen Ausnahmefällen, in denen der Versicherungsnehmer zeitlichen, organisatorischen oder betragsmäßigen Grenzen nicht eingeschränkt war oder ist, richtet sich die Frage, ob der Versicherungsnehmer ihm bekannte Untersuchungsergebnisse anzeigen muss, nach folgenden Gesichtspunkten.

II. Gefahrerheblichkeit genetischer Befunde

1. Grundsätze

Offenbarungspflichtig sind nach § 19 Abs. 1 S. 1 VVG a.F.¹⁶ nur gefahrerhebliche Umstände. Ob präventive Untersuchungen und dadurch gewonnene Erkenntnisse gefahrerheblich sind, hängt von der Art der drohenden Erkrankung ab. Gefahrerheblich sind nach altem und neuem VVG a.F. Umstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherungsnehmers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, einen Einfluss auszuüben.¹⁷ Es muss al-

¹² OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98.

¹³ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98.

¹⁴ Neuhaus, r+s 2009, 309, 316.

¹⁵ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98; OLG Köln, Ur. v. 21.11.2007 – 20 U 64/07, r+s 2008, 116 = VersR 2008, 77 (Aufhebung von LG Bielefeld, Ur. v. 14.2.2007 – 25 O 105/06); Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 14; Sauer in Bach/Moser, 4. Aufl., Anh. nach § 2 MB/KK, Rn 51; Neuhaus, r+s 2009, 309, 316; Armbrüster, VW 2010, 1309.

¹⁶ Für Antragsstellungen vor 2008 gelten die §§ 16 ff. VVG a.F. mit den dort normierten Anzeigepflichten weiterhin, sog. Spaltungsmodell, vgl. OLG Frankfurt/M., Ur. v. 20.4.2011 – 7 U 124/10 zur BUZ; LG Dortmund, Ur. v. 10.3.2011 – 2 O 380/10, jurisPR-VersR 6/2011, Anm. 5, MünchKommBVerf/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn 9; Tschersich, r+s 2012, 53, 54.

¹⁷ BGH, Ur. v. 7.3.2007 – IV ZR 133/06, VersR 2007, 821; BGH, 7.7.1993 – IV ZR 119/92, r+s 1993, 393 = zfs 1993, 350 zur BUZ; BGH, Ur. v. 20.2.1991 – IV ZR 77/90, r+s 1991, 326 = NJW-RR 1991, 1991, 578; BGH, Ur. v. 11.7.1984 – IVa ZR 157/82, VersR 1984, 855 zur BUZ; OLG Oldenburg, Ur. v. 21.4.2010 – 5 U 78/09, VersR 2010, 387; Unfallversicherung und insulinpflichtige Diabetes-Erkrankung, OLG Naumburg, Ur. v. 4.6.1999 – 6 U 131/98, VersR 2001, 222; OLG Saarbrücken, Ur. v. 9.7.1997 – 5 U 180/97; VersR 1998, 444.

schlussrelevanz bestehen. Die Beurteilung der vom Versicherungsnehmer anzuzeigenden Umstände ist allein Sache des Versicherers.¹⁸ Die Gefahrerheblichkeit ist immer im Rahmen des jeweiligen Versicherungsvertrags zu beurteilen und richtet sich nach den konkreten Risikoprüfungsgrundsätzen des Versicherers. Eine Erkrankung, die nicht lebensbedrohlich ist, wird bspw. für eine Lebensversicherung nicht gefahrerheblich sein, für eine Krankenversicherung hingegen in der Regel schon. Tatsächliche Umstände, die kausale Voraussetzung für die spätere Entwicklung eines gefahrerheblichen Umstands sind, aber nicht ausdrücklich abgefragt werden, sind (noch) nicht gefahrerheblich. Konkret hängt die Gefahrerheblichkeit eines genetischen Defekts daher davon ab, ob der bisher nur „schwelende“ Defekt bereits die Schwelle zur Gefahrerheblichkeit überschreitet und was der Versicherer im Antragsformular abfragt.

2. Bekannter Gendefekt = Schwelle der Gefahrerheblichkeit überschritten?

Da sich die Gefahrerheblichkeit vornehmlich danach richtet, was der Versicherer für sich als Risiko einstuft, wird vertreten, dass es zwingende Voraussetzung einer Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers sein soll, dass der Versicherer bezüglich der konkreten Gentestergebnisse überhaupt Risikoprüfungsgrundsätze entwickelt habe.¹⁹ Verlangt wird damit anscheinend, dass der Versicherer zusätzlich zur (in der Regel vorliegenden) risikotechnischen Bewertung der „ausgebrochenen“ Erkrankung auch Annahmegrundsätze für die bloße prädiktive Bestätigung der genetischen Disposition entwickelt (fiktives Beispiel: prädiktiv bestätigte, aber noch nicht ausgebrochene Erkrankung bei unter 40jährigen = Risikozuschlag von 25 %).

Dies geht jedoch zu weit. Sobald der Versicherer die Erkrankung als solche in seinen „Katalog“ aufgenommen hat, ist das Vorhandensein von Risikoprüfungsgrundsätzen zu bejahen; die risikotechnische Bewertung einer noch nicht ausgebrochenen Erkrankung ist nicht erforderlich. Dies ergibt sich daraus, dass gefahrerhebliche Umstände auch solche sind, die die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Versicherungsfalls und dessen Folgen betreffen und dass auch nur indizierende Umstände, die auf wahrscheinlichsrelevante Tatsachen hinweisen oder zu deren Feststellung führen können, gefahrerheblich sind, wie z.B. Krankheitssymptome.²⁰ Formuliert wird zwar, dass alle diejenigen Umstände anzuzeigen sind, die auf das *Vorliegen* eines gefahrerheblichen Zustands schließen lassen.²¹ Gemeint ist damit aber zumindest auch eine bestimmte Wahrscheinlichkeit eines gefahrerheblichen Umstands und zwar bezogen auf dessen konkrete Realisierung. Denn auch wenn sich ein Mensch mit erhöhten Leberwerten oder einem Herzfehler derzeit „pudelwohl“ fühlt, interessiert den Versicherer dies im Hinblick auf die daraus möglicherweise sich entwickelnden Erkrankungen.

Aus Sicht des Versicherers ist gerade dies damit erheblich für die Gefahr. Eine andere Frage ist es, ob ein solcher Umstand einerseits auch objektiv gefahrerheblich sein muss und andererseits vom Versicherer auch für den Antragsteller erkennbar abgefragt wird.

III. Regulativ: überwiegende Wahrscheinlichkeit des Ausbruchs

Da es sich bei den Ergebnissen von Gentests ausschließlich um Wahrscheinlichkeitsaussagen über das Auftreten einer erblichen Krankheit handelt, ist je nach Erkrankung das „Ob“ des Ausbruchs, immer aber der Zeitpunkt und der genaue Krankheitsverlauf ungewiss. Wird beispielsweise bei einem Versicherungsnehmer anhand prädiktiver genetischer Testverfahren festgestellt, dass eine für Chorea Huntington typische Veränderung auf dem 4. Chromosom vorliegt, so wird der noch gesunde Versicherungsnehmer nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft mit nahezu 100 %iger Wahrscheinlichkeit im Laufe seines Lebens an Huntington erkranken. Eine derart sichere Prognose ist aber eher die Ausnahme als die Regel.

Beispiele für Manifestationswahrscheinlichkeiten krankheitsrelevanter Mutationen:²²

Krankheit	Wahrscheinlichkeit der Manifestation
Chronisch rezidivierende Pankreatitis bei Mutationen im SPINK1-Gen	1–2 %
Alzheimersche Erkrankung bei heterozygoten APOE4-Trägern	6–13 %
Hämochromatose bei homozygoten HFE-Mutationsträgern	10–50 %
Erblicher Eierstockkrebs bei BRCA1- oder BRCA2-Mutationsträgerinnen	30–40 %
Erblicher Brustkrebs bei BRCA1- oder BRCA2-Mutationsträgerinnen	40–80 %
Retinoblastom	90 %
Huntingtonsche Erkrankung	fast 100 %

¹⁸ BGH, Urt. v. 11.2.2009 – IV ZR 26/06, r+s 2009, 361/384 = VersR 2009, 529.

¹⁹ Knappmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 14 Rn 31.

²⁰ OLG Köln, Urt. v. 20.6.1991 – 5 U 83/89, r+s 1991, 354; erhöhte Leberwerte bei Lebensversicherung; Prölss in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 5 m.w.N.; Härle in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., § 19 Rn 82.

²¹ Langheid in Römer/Langheid, VVG, 3. Aufl., § 19 Rn 32.

²² Richtlinien zur prädiktiven genetischen Diagnostik (verabschiedet vom Vorstand der Bundesärztekammer am 14.2.2003), abgedr. in Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 v. 9.5.2003.

Daher ist es als Regulativ einer sonst ausufernden Gefahrerheblichkeit erforderlich, dass die durch den Gentest belegte Krankheitsdisposition (also das erhöhte Risiko, an dieser Krankheit zu erkranken) durch eine gewisse Wahrscheinlichkeit begrenzt wird. Ansonsten droht die Gefahr, dass der Antragsteller bei auch nur geringen Risiken mit dem Vorwurf einer Anzeigepflichtverletzung überzogen wird. Gefordert werden muss eine eher hohe Wahrscheinlichkeit, was nur anhand des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden kann. Werte unter 10 % werden damit jedenfalls in der Regel ausscheiden, Werte ab 40 % eher so gut wie nie.

Zumindest im Rahmen der Anzeigepflichten des § 19 VVG – also bei Vertragsschlüssen ab 2008 – wird dies dadurch gestützt, dass die Gefahrerheblichkeit nach der wohl h.M. nicht nur subjektiv aus Sicht des Versicherers bestehen, sondern auch objektiv bestehen muss.²³

IV. Kenntnis des Versicherungsnehmers

Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers kann nur dann bestehen, wenn ihm einerseits das Testergebnis, also die genetische Disposition zu der konkreten Erkrankung, und andererseits auch die Wahrscheinlichkeit, nach der er statistisch im Laufe seines Lebens erkranken wird, mitgeteilt worden ist. Nur wenn der Versicherungsnehmer wenigstens laienhaft überhaupt eine gewisse Gefahr für sich erkennt, kann er Rückschlüsse daraus ziehen, ob der Umstand den Versicherer interessiert oder nicht. Liegt Kenntnis objektiv vor, hat aber der mitteilende Arzt das Erkrankungsrisiko aus Gründen der Rücksichtnahme verharmlost, ist dies bei der Ermittlung des Verschuldensgrades des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen.

V. Frage des Versicherers

Betraf den Versicherer die Selbstverpflichtungserklärung in älteren Fällen nicht oder sollte bzw. soll ein Vertrag oberhalb der 250.000 bzw. 300.000 EUR Versicherungssumme oder 30.000 EUR Jahresrente gemäß Selbstverpflichtungserklärung bzw. § 18 GenDG abgeschlossen werden, durfte und darf der Versicherer nach Ergebnissen oder Daten aus bereits vorgenommenen genetischen Untersuchungen oder Analysen fragen, solche Ergebnisse oder Daten entgegennehmen und auch verwenden. Diese Fälle mit etwaigen konkreten Antragsfragen sind eher unproblematisch.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der Versicherungsnehmer auch dann Angaben machen muss, wenn er in diesen (Ausnahme-)Fällen nicht ausdrücklich nach genetischen Untersuchungen und Ergebnissen gefragt wird. Konkret geht es darum, ob in derartigen Fällen überhaupt eine zu beantwortende Antragsfrage des Versicherers im Sinne des § 19 Abs. 1 VVG vorliegt.

Da die Antragsformulare üblicherweise keine konkrete Frage nach genetischen Defekten enthalten, kann sich eine Anzeigepflicht nur aus der in der Regel – zumindest als Ober- oder Auffangfrage – gestellten Frage nach „Krankheiten, Störungen oder Beschwerden“ richten. Da sich der Defekt noch nicht manifestiert hat, die Erkrankung also nicht ausgebrochen ist, wird der Versicherungsnehmer keine Beschwerden haben, eine Krankheit liegt begrifflich gerade noch nicht vor, so dass nur eine Subsumtion unter den Begriff der Störung denkbar ist. Der Begriff der Gesundheitsstörung bzw. Störung ist weiter als der der Krankheit zu verstehen. Nach der Definition des BVerfG sind damit gesundheitliche Beeinträchtigungen gemeint, die noch nicht die Schwere oder Intensität einer Krankheit aufweisen; erfasst werden auch solche Beeinträchtigungen, die sich dem Befragten nicht schon durch wahrnehmbare „Beschwerden“ manifestieren und – als Abgrenzung zur Bagatelle – nicht offenkundig belanglos sind oder alsbald vergehen.²⁴ Ob die bloße Disposition zu einer wahrscheinlich ausbrechenden Krankheit eine solche „Beeinträchtigung“ ist, wird damit noch nicht gesagt.

Nach meiner Meinung ist unter einer Störung eine negative Abweichung vom „Normalzustand“ zu sehen, die sich nicht oder nicht mehr im Sinne eines Leidens auswirken kann, keine ärztliche Behandlung im Sinne einer Therapie indiziert muss. Umstände, die beim Versicherungsnehmer noch keine Beschwerden hervorrufen, keine Beschwerden mehr hervorrufen, noch keine Krankheit sind oder keine Krankheit sind, aber dauerhaft bestehen und aus medizinischer Sicht „behalten“ werden sollten, sind daher in der Regel als Störungen zu bewerten, weil der Normalzustand „gestört“ ist. Eine Störung kann deshalb bereits vorhanden sein, ohne dass dies Krankheitswert haben muss oder sich psychisch oder physisch negativ als Beschwerde (also belastend) auswirken muss. Von der Rechtsprechung als Störung bejaht wurde bspw. eine dilatative Kardiomyopathie (Herzmuskelschwäche) mit schwerdefreiem Verlauf, die aber Anlass zu kardiologischen Kontrollen und laufender Medikamenteneinnahme gibt.²⁵ Entsprechend dürften „abgeschlossene“ Vorgänge wie eine Organverpflanzung mit folgender lebenslanger Medikamenteneinnahme, damit das Organ nicht abgestoßen wird oder der Einsatz künstlicher Gelenke oder eines Herzschrittmachers zu beibringen sein, die zwar keine Beschwerden (mehr) hervorrufen, aber einer Medikation und/oder Kontrolle bedürfen. Das gilt auch für genetische Veranlagungen mit Krankheitswert.

²³ BT-Drucks 16/3945, S. 64; so auch *Voit/Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., M Rn 9; *Neuhaus/Kloth*, Praxis des neuen VVG, 2. Aufl., S. 62; *Härle* in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., § 19 Rn 84; *Schimikowski*, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., Rn 183; *Meixner/Steinbeck*, Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., § 6 Rn 51, 54; wohl auch *Langhe/Römer/Langheid*, VVG, 3. Aufl., § 19 Rn 27 und *Prölls* in *Prölls/N*, VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 5.

²⁴ BGH, Urt. v. 26.10.1994 – IV ZR 151/93, NJW-RR 1995, 216 = VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 5; BGH, Urt. v. 2.3.1994 – IV ZR 99/93, r+s 1995, 325 = NJW-RR 1995, 666 = VersR 1994, 711.

²⁵ OLG Frankfurt/M., Urt. v. 20.5.2009 – 7 U 197/06, r+s 2011, 128 = VVG, 28. Aufl., § 19 Rn 5.

Überschreitet daher die genetische Disposition den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit des Ausbruchs der Erkrankung, handelt es sich auch hierbei bereits um eine Störung mit der Folge der Anzeigepflichtigkeit auch ohne konkretisierende Frage. Fragt der Versicherer nach „ärztlichen Untersuchungen“, ist ein erfolgter Gentest ebenfalls anzugeben; fragt er aber ausschließlich nach Behandlungen, gilt dies nicht, da allein eine Diagnostik noch keine Behandlung darstellt.

F. Zusammenfassung

§ 18 GenDG und die Selbstverpflichtungserklärung der Versicherer betreffen unterhalb bestimmter Versicherungssum-

men nur prädiktive Gentests. Bestehen unabhängig davon bei Antragsstellung Gesundheitsbeeinträchtigungen, sind diese in der Regel anzeigepflichtig. Fehlen Gesundheitsbeschwerden, können ausnahmsweise Anzeigepflichten in Betracht kommen, weil Gendefekte, die mit einer größeren, vom Einzelfall abhängigen Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch der Erkrankung führen, gefahrerhebliche Umstände im Sinne der § 19 VVG/§ 16 VVG a.F. sein können. Oberhalb der Beträge der § 18 Abs. 1 GenDG oder außerhalb der Selbstverpflichtungserklärung dürfen Versicherer sowohl nach Gentests und deren Ergebnissen fragen als auch die Ergebnisse verwerten. Auch ohne solche ausdrücklichen Antragsfragen sind „negative“ genetische Befunde Störungen, die anzeigepflichtig sind, wenn der Versicherer nach Störungen fragt.

Aus der Praxis

Pflichtverteidigung in Bußgeldsachen – weiterhin nur ein Ausnahmefall

— Richter am Amtsgericht Dr. Benjamin Krenberger, Landstuhl

Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers in Bußgeldsachen scheint der rechtlichen Lage nach einfach zu sein: eine Beiordnung findet in den seltensten Fällen statt,¹ gerade weil man immer die Rechtsfolge als schlagendes Argument vor Augen haben muss. Was am Ende zu Lasten des Betroffenen im Urteil steht, wird als nicht gravierend angesehen, nicht einmal das Fahrverbot als Nebenfolge.² Dennoch wird immer wieder geäußert, dass das Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht, jedenfalls hinsichtlich bestimmter Fallkonstellationen, so detailliert umstritten ist, dass eine Verteidigung durch den Betroffenen selbst kaum sachgerecht erfolgen könne. Ob dieser subjektive Eindruck richtig oder nur Verteidigerwunsch ist, soll anhand eines kurzen Überblicks zur Thematik geprüft werden.

A. Grundlagen

Für das Verwaltungsverfahren gilt gem. § 60 OWiG nur § 140 Abs. 2 S. 1 StPO. Im späteren Verfahren vor Gericht gilt § 140 StPO über § 46 OWiG aber uneingeschränkt. Der Betroffene darf, sofern eine Beiordnung von Amts wegen in Betracht käme, noch keinen Wahlverteidiger beauftragt haben, § 141 Abs. 1 StPO. Eine während des gerichtlichen Verfahrens

erfolgte Beiordnung gilt auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren, eine vor der Verwaltungsbehörde erfolgte Beiordnung aber nicht für das gerichtliche Verfahren.³ Eine analoge Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO im bußgeldrechtlichen Vollstreckungsverfahren dürfte wegen der wenig schwerwiegenden Folgen stets scheitern.⁴

Ein klassischer und unstrittiger, aber seltener Fall der Pflichtverteidigung wäre der in anderer Sache inhaftierte Betroffene.⁵ Interessant sind jedoch eher die Fälle des § 140 Abs. 2 StPO. Allgemein müssen im Rahmen der Prüfung des § 140 Abs. 2 StPO i.V.m. § 46 OWiG die drei Beiordnungsvarianten unterschieden werden: die Tatschwere, die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage oder aber die Generalklausel zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens bei fehlender Verteidigungsfähigkeit des Betroffenen.

¹ Senge in: KK-OWiG, 3. Aufl., 2006, § 71, Rn 20.

² Seitz in: Göhler, OWiG, 16. Aufl., 2012, § 60, Rn 25.

³ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.11.2006 – Ss (B) 44/06 (57/06) – NJW 2007, 309.

⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 6.2.2007 – 3 Ss OWi 52/07 – http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/365.htm.

⁵ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.11.2006 – Ss (B) 44/06 (57/06) – NJW 2007, 309; vgl. aber auch OLG Celle, Beschl. v. 29.7.2010 – 1 Ws 392/10 – NSiZ-RR 2010, 342, zur Frage der Ermessensentscheidung nach Haftentlassung vor dem Hauptverhandlungstermin.