

den inneren Tatsachen gehören, ist der Beweis regelmäßig schwierig zu erbringen und man ist gewöhnlich auf Indizien angewiesen. Hierbei kann von der Faustformel ausgegangen werden, je offenkundiger eine Pflicht ist, desto stärker ist die Indizwirkung hinsichtlich des Vorsatzes bzw. des Wissens darum.

Kann daher von bestimmten Indizien auf Wissentlichkeit des Pflichtverstoßes geschlossen werden, so gilt dieser Schluss erst recht für das bloße „Für-möglich-Halten“ der Pflicht. Umgekehrt gilt dieser Satz jedoch nicht. Rechtfertigen einzelne Indizien allenfalls den Schluss auf bedingten Vorsatz, kann damit noch nicht gesagt werden, der VN habe den Pflichtverstoß auch positiv gekannt. Die Beweisanforderungen sind hinsichtlich der Wissentlichkeitsklausel höher.

2. Das voluntative Element

Im Unterschied zu der Wissentlichkeit ist der Vorsatzbegriff noch um ein Willenselement angereichert. Genügt für die Wissentlichkeitsklausel die positive Kenntnis des Pflichtverstoßes, muss der VN für die Vorsatzklausel den Pflichtverstoß noch in seinen Willen aufgenommen haben. So gesehen ist die Vorsatzklausel enger als die Wissentlichkeitsklausel.

Es wäre jedoch ein Trugschluss, wollte man annehmen, die Vorsatzklausel komme deshalb zu für den VN günstigeren Ergebnissen. Relevanz entfaltet das Willenselement lediglich im Bereich des bedingten Vorsatzes und dient der Abgrenzung von der bewussten Fahrlässigkeit.

Hält der VN einen Pflichtverstoß lediglich für möglich, so entscheidet das Willenselement darüber, ob er bedingt vorsätzlich oder bewusst fahrlässig handelt. Findet er sich mit dem möglichen Pflichtverstoß ab, so handelt er bedingt vorsätzlich, wollte er ihn nicht begehen, so handelt er bewusst fahrlässig. Die Entscheidung für die eine oder andere Schuldform hängt davon ab, auf welche Umstände der VN seine Vorstellungen gründet. Lediglich vage, kaum nachvollziehbare, Hoffnungen, es werde ein ernstlich für möglich gehaltener Pflichtverstoß nicht eintreten, erschüttert noch nicht hinreichend die aus einem äußeren Geschehensablauf abgeleitete nahe liegende indizielle „Vermutung“, dass die Pflichtverletzung nicht nur bedacht, sondern auch in Kauf genommen wurde¹⁵. Sofern der Handelnde den tatbestandsmäßigen Erfolg als nahe liegende Möglichkeit vorausgesehen hat, kann er nicht ohne berechtigten Anlass darauf vertrauen, dass er nicht eintrete. Es liegt deshalb bedingter Vorsatz vor, auch wenn der Betreffende gehofft und gewünscht hat, der Erfolg werde nicht eintreten¹⁶.

Das Willenselement kann dem VN allenfalls helfen, sein Verhalten noch als bewusste Fahrlässigkeit darzustellen (und nicht schon als bedingten Vorsatz) und auf diese Weise eine Freizeichnung des Versicherers vermeiden. Dies stellt jedoch keine Besserstellung gegenüber der Wissentlichkeitsklausel dar, da hiernach eine Freizeichnung für bedingten Vorsatz von vornherein entfällt! Selbst wenn der VN den für möglich gehaltenen Erfolg in Kauf genommen hat, führt dies zu einer Haftungsübernahme des Versicherers mit Wissentlichkeitsklausel.

Hat der VN hingegen positive Kenntnis von dem Pflichtverstoß, rettet ihn auch das Willensmoment des Vorsatzes nicht vor der Freizeichnung des Versicherers. Wer weiß, dass er einen Pflichtverstoß begeht, kann schon nicht schlüssig vortragen, warum er den Pflichtverstoß dennoch nicht gewollt haben will. Bei positiver Kenntnis der Pflichtwidrigkeit kommt es demnach sowohl nach der Wissentlichkeitsklausel als auch nach der Vorsatzklausel zu der Freizeichnung des Versicherers.

IV. Zusammenfassung

Entgegen dem verbreiteten Vorurteil ist die Vorsatzklausel für den VN nicht günstiger als die Wissentlichkeitsklausel. Das Vorurteil basiert auf der fehlerhaften Annahme, der Vorsatz müsse auch immer den verursachten Schaden mitumfassen.

Diese Annahme trifft jedoch allenfalls für die gesetzlichen Freizeichnungstatbestände zu. Das Gros der Vertragsbedingungen mit Vorsatzklausel bezieht den Vorsatz jedoch nicht auf die Schadensverursachung, sondern schon auf die vorangegangene Pflichtverletzung. Damit hat die Vorsatzklausel den identischen Bezugspunkt wie auch die Wissentlichkeitsklausel.

Aufgrund dieses identischen Bezugspunkts hat die Wissentlichkeitsklausel erhebliche Vorteile gegenüber der Vorsatzklausel. Darf sich der Versicherer unter Verwendung der Vorsatzklausel schon bei bedingt vorsätzlichem Pflichtverstoß von der Haftungsübernahme freizeichnen, ist dies dem Versicherer mit Wissentlichkeitsklausel erst ab positiver Kenntnis des Pflichtverstoßes gestattet. Die Wissentlichkeitsklausel umfasst damit im Gegensatz zur Vorsatzklausel auch die Haftungsübernahme für den weiten Bereich der bedingt vorsätzlichen Pflichtverletzung.

Darüber hinaus ist die Formulierung „wissentliche Pflichtverletzung“ für die versicherte Person auch aus Beweisgründen regelmäßig günstiger, da hier der Versicherer Kenntnis der Pflicht, bei der „vorsätzlichen Pflichtverletzung“ jedoch nur Gleichgültigkeit gegenüber dem Bestehen der Pflicht beweisen muss.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass die Wissentlichkeitsklausel dem VN wesentlich günstiger ist als die Vorsatzklausel.

¹⁵ Vgl. *Baumann* aaO (Fn. 6) § 152 VVG Rn. 21, für § 152 VVG.

¹⁶ *Soergel/Wolf* aaO (Fn. 5) § 276 Rn. 65.

Die Haftung des Bewachungsunternehmers

– **Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 9. 12. 2004 (21 U 58/04) VersR 2005, 1074 –**

*Dr. Dirk-Carsten Günther, Rechtsanwalt, Köln**

Die intensivste – keineswegs selten vorkommende – Erscheinungsform der Pflichtverletzung eines Bewachungsvertrags ist es, wenn das Bewachungspersonal die Handlung (Einbruchdiebstahl, Entwendung eines Geldtransporters, Brandlegung) selbst vornimmt, die es gerade verhindern soll¹.

Im Fall des OLG Hamm ereignete sich am 29. 10. 1997 gegen 5.30 Uhr ein Großbrand in einer Halle, bei der 20 000 Computermonitore zerstört wurden. Die beiden Mitarbeiter des Bewachungsunternehmens hatten die Einbruchmeldeanlage (EMA), jedenfalls nach den Proto-

* Der Autor ist Partner in der Kanzlei Bach, Langheid & Dallmayr.

¹ Im Fall BGH VersR 1999, 493 lag der Extremfall vor, dass der Wachmann selbst eine vorsätzliche Brandstiftung beging. Nach der Auffassung des BGH muss sich der Bewachungsunternehmer das Verhalten des vorsätzlich handelnden Wachmanns als Verrichtungsgehilfe zurechnen lassen, da selbst eine vorsätzliche und arglistige Handlung des Verrichtungsgehilfen noch als von der übertragenen Verrichtung geprägt angesehen werden kann.

kollen des Errichters, nicht wie vereinbart um 20.15 Uhr scharf geschaltet, sondern erst um 2.47 Uhr. Die verspätete Scharfschaltung erfolgte zudem erst, nachdem man gegen 2.30 Uhr einen Lichtschein in der Halle wahrnahm, der bei dem ersten Rundgang nicht vorhanden war. Allein der Inhaltsschaden betrug knapp 5 Mio. Euro. Diesen Betrag verfolgte der Inhaltsversicherer im Regressweg gegen das Bewachungsunternehmen. In dem vom OLG Hamm zu beurteilenden Fall sprach einiges dafür, dass vor dem Brand die Monitore entwendet worden waren, der Brand mithin der Vertuschung dieser Tat diene und dies alles mit Wissen und Wollen der Wachleute erfolgte. Gerichtsverwertbar beweisen ließ sich dies nicht, sodass die Klägerin den Schwerpunkt ihrer Argumentation auf das fahrlässige Handeln der Wachleute legte².

Über den konkreten Einzelfall hinaus gibt die Entscheidung des OLG Hamm Veranlassung, auf grundlegende Fragen der Haftung des Bewachungsunternehmers einzugehen.

1. Vertrags- und Haftungsgrundlagen

Wird der Schaden dadurch verursacht, dass eine EMA, die den Einbruch verhindert hätte, nicht ordnungsgemäß eingebaut war, findet Werkvertragsrecht Anwendung³. Ist altes Schuldrecht anwendbar, kommt es auf die Abgrenzung von mittelbaren und unmittelbaren Mangelfolgeschäden an⁴. Nach neuem Recht ist für die Schadensersatzansprüche auf § 280 BGB abzustellen, sei es (bei einem Dienstvertrag) unmittelbar, sei es über die Verweisung in § 634 Nr. 4 BGB (bei einem Werkvertrag) oder §§ 651, 437 Nr. 3 (bei einem Werklieferungsvertrag)⁵. Typischer Fall einer Inanspruchnahme ist eine mangelhafte, eine mangelhaft gewartete oder eine falsch geplante EMA mit der Folge der Entwendung von Sachen durch einen Einbruchdiebstahl⁶.

Die Entwendung von Gegenständen oder der Eintritt sonstiger Schäden durch die Täter (z. B. Vandalismus; Brandstiftung) kann durch eine nicht ordnungsgemäße Bewachung oder Alarmverfolgung bei dem aufgeschalteten Wachdienst begünstigt werden. Der *Bewachungsvertrag* ist grundsätzlich kein Werk-, sondern ein Dienstvertrag⁷. Die nach früherem Recht problematische Frage der Abgrenzung zur positiven Vertragsverletzung stellt sich nicht mehr. Bei Dienstverträgen gab es keine gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften. Wurden vertragliche Pflichten verletzt, war Anspruchsgrundlage stets eine positive Vertragsverletzung⁸. Nunmehr gelten unmittelbar die §§ 280, 611 BGB⁹. Neben den „klassischen“ Wach- und Schließverträgen und der Fahrzeugbewachung gibt es eine Reihe vergleichbarer Verträge, wie z. B. Bewachung militärischer Anlagen, Werkenschutz in Fabriken, Wachdienste in Museen, Transportbegleitung von Geld- oder Werttransporten oder das „Homesitting“, d. h. die Bewohnung von Gebäuden in Abwesenheit des Eigentümers¹⁰.

Wenn der Bewachungsunternehmer nicht ordnungsgemäß die Sachen (Kfz, Gebäude, Inhalt) bewacht und diese aufgrund der Pflichtverletzung beschädigt oder entwendet werden, greift die Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB ein. Typischer Fall ist die Entwendung oder die Beschädigung eines Pkw von einem bewachten Parkplatz. Das Bewachungsunternehmen ist verpflichtet, während der Bewachungszeit Schäden an dem oder gar den Verlust des in Obhut übergebenen Pkw zu verhindern¹¹.

Der *Arbeitsvertrag* zwischen einem Bewachungsunternehmen und einem Wachmann, der zur Bewachung eines Lagerhauses eingesetzt ist, begründet ohne ausdrückliche Vereinbarung keine vertragliche Schutzpflicht

des Wachmanns gegenüber den Eigentümern der bewachten Sachen. Der Wachmann haftet daher den Eigentümern von Lagergut nicht dafür, dass er den Diebstahl nicht verhindert hat¹². Im Einzelfall kann aber ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegen¹³.

Neben vertraglichen Ansprüchen kommt die *deliktische Haftung* in Betracht, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Eigentums oder des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs gem. § 823 Abs. 1 BGB¹⁴. Die Bewachungsverordnung (BewachV) ist zudem ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB¹⁵.

Ein *Mitverschulden* des Auftraggebers ist nach § 254 BGB zu berücksichtigen (z. B. sichtbares Belassen wertvoller Gegenstände im Innenraum des auf dem bewachten Parkplatz abgestellten Pkw¹⁶; ein Mitverschulden für den Fall einer fehlerhaften Feuermeldeanlage wurde vom BGH abgelehnt, da der Feuermelder nur den Wachmann alarmiert hätte, dieser jedoch das Feuer selbst gelehrt hatte, sodass es an der Kausalität fehlt¹⁷).

Im Fall der Entscheidung des OLG Hamm war das Verschulden der Wachleute recht problemlos festzustellen:

- 2 Der Inhaltsversicherer hatte umfangreiche eigene Recherchen durchgeführt, auch unter Einschaltung von privaten Ermittlern. Die verdächtigen Wachleute hatten sich u. a. freiwillig einer polygraphischen Untersuchung („Lügendetektortest“) unterzogen, der für die Wachleute negativ ausfiel (zur fehlenden Verwertbarkeit im Zivilprozess s. z. B. BGH VersR 2003, 1322).
- 3 Zuletzt BGHReport 2004, 1603 (dort wurde der Nachweis eines Mangels an der EMA trotz fehlender Alarmauslösung bei mehreren Einbrüchen verneint, da nicht auszuschließen war, dass die fehlende Alarmierung auf dem Zustellen von Bewegungsmeldern beruhte).
- 4 Vgl. BGH NJW 1991, 2418, dort wurde ein entfernter Mangelfolgeschaden angenommen; anders OLG München NJW-RR 1988, 85.
- 5 Unterschiede bestehen bei der Verjährung, da bei dem Vertrag über den Einbau einer Einbruchmeldeanlage die (kenntnisunabhängige) Verjährungsfrist des § 634 a bzw. der §§ 651, 438 BGB von zwei Jahren bzw. bei Bauwerken von fünf Jahren anzuwenden ist. Ob der Einbau einer EMA „Arbeiten bei einem Bauwerk“ ist, ist im Einzelnen umstritten; Rechtsprechungs-nachweise bei Günther, Der Regress des Sachversicherers Karlsruhe 2. Aufl. 2005 S. 57.
- 6 Z. B. bei Umbau eines Juweliergeschäfts (einbruchsichere Fenster) und Schäden aus einem Einbruch (OLG München NJW-RR 1988, 85) oder bei Entwendung von Sachen bei Mangelhaftigkeit der Überwachungsanlage aus dem gesicherten Raum (BGH NJW 1991, 2418).
- 7 BGH VersR 2000, 494.
- 8 BGH NJW 1983, 1188.
- 9 Folge ist das Eingreifen der kurzen (kenntnisabhängigen) Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB.
- 10 Fehlt dem „Homesitter“-Vertrag ein Inhalt, der Aufgaben der Bewachung zum Hauptgegenstand hat, entfällt für die gewerbliche Tätigkeit eine Erlaubnispflicht nach § 34 a GewO (OVG Koblenz vom 4. 5. 1988 – 12 A 179/87).
- 11 LG Mönchengladbach VersR 1989, 1151; OLG Köln VersR 1994, 693; OLG Karlsruhe VersR 2005, 951; vgl. ferner BGH WM 1979, 497 zur Nichterfüllung, wenn Kontrollgänge ausfallen oder nicht zeitgerecht erfolgen.
- 12 BGH VersR 1987, 935 mit Anm. von Dunz VersR 1988, 34.
- 13 Näher hierzu Werner in Schönemann (Hrsg.), Privatrechtliche Haftung im Sicherheitsgewerbe 2001 S. 4 ff.; Dubischar NJW 1989, 3241 (3245).
- 14 BGH VersR 2001, 1121; OLG Köln VersR 1997, 847.
- 15 Dubischar NJW 1989, 3243; Dörner in Schönemann (Hrsg.), Privatrechtliche Haftung im Sicherheitsgewerbe 2001 S. 40.
- 16 OLG Köln VersR 1994, 693.
- 17 BGH VersR 1999, 493; zudem tritt bei einem vorsätzlich handelnden Schädiger ohnehin die Fahrlässigkeit des Geschädigten in der Regel zurück (BGH VersR 1987, 45; 2002, 613 = NJW 2002, 1643), vor allem im Fall des § 826 BGB (BGH VersR 1992, 174; OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 515). Wenn allerdings ein Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfe vorsätzlich gehandelt hat, soll sich der Geschäftsherr auf die Fahrlässigkeit des Geschädigten berufen können (BGH VersR 1984, 681; 1997, 981).

das Gericht konnte es dahingestellt lassen, ob eine Scharfschaltung um 20.15 Uhr von den Wachleuten unterlassen wurde. Jedenfalls war es eine Verletzung von Dienstpflichten, dass bei Feststellung des Lichtscheins um 2.30 Uhr das Objekt nur von außen begangen wurde. Eine solch gravierende Unregelmäßigkeit hätte eine sofortige Benachrichtigung des Sicherheitsbeauftragten des Eigentümers erfordert und eine Begehung des Halteninneren.

2. BewachV

Die zu erfüllenden Nebenpflichten des Bewachungsvertrags ergeben sich neben § 242 BGB aus der nach § 34 a GewO erlassenen BewachV¹⁸. § 1 BewachV bestimmt z. B. eine besondere Unterrichtung des Bewachungspersonals, § 5 eine besondere Sachkundeprüfung, § 8 die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, § 9 die besonderen Einstellungsvoraussetzungen, § 10 konkretisiert die Dienstanweisung an das Personal und § 13 den Waffengebrauch. Für Wach- und Sicherungsdienste gilt ferner die Unfallverhütungsvorschrift der Berufsgenossenschaftlichen Vorschriften für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit (BGV) C 7. Diese enthalten weitere Regelungen u. a. zur Eignung von Wachleuten (§ 3¹⁹), Dienstanweisungen (§ 4) und besondere Bestimmungen für Geldtransporte (§§ 24–27). Weitere Nebenpflichten außerhalb der BewachV oder der Unfallverhütungsvorschrift folgen unmittelbar aus dem Bewachungsvertrag. Anerkannt ist z. B. die Notwendigkeit der sicheren Verwahrung der Schlüssel zu dem bewachten Gelände, die Geheimhaltung bestimmter Zugänge bzw. Code-Nummern oder die Nichtweitergabe von internen Informationen, die einen Einbruch erleichtern²⁰.

Aus der BewachV ergibt sich die Verpflichtung zum Abschluss einer *Haftpflichtversicherung* mit einer Mindestsumme in Höhe von 1 Mio. Euro für Personenschäden, 250 000 Euro für Sachschäden, 15 000 Euro für entwendete Sachen und 12 500 Euro für reine Vermögensschäden (§ 6 BewachV). Da es sich um eine Pflichtversicherung handelt, finden – neben den übrigen Bestimmungen des VVG – die §§ 158 b bis 158 k VVG Anwendung. Selbst wenn der Haftpflichtversicherer gegenüber seinem VN leistungsfrei ist, bleibt er daher dem Geschädigten zur Leistung verpflichtet (§ 158 c Abs. 1 VVG). Einen Direktanspruch gegenüber dem Haftpflichtversicherer unmittelbar gibt es nach geltender Gesetzeslage jedoch nicht (§ 158 c Abs. 6 VVG).

3. Kausalitätsfragen

Bei einer fehlerhaften Bewachung oder Alarmverfolgung ist oft die Kausalität problematisch. Bewachungs- und Sicherheitsunternehmen behaupten regelmäßig, auch bei ordnungsgemäßer Pflichterfüllung wäre der Schaden in gleicher Weise eingetreten. Diese Einlassung kann vom Geschädigten nur selten widerlegt werden. Auch in dem vom OLG Hamm zu beurteilenden Fall war die Frage der Kausalität das Kernproblem des Rechtsstreits. Grundsätzlich obliegt es auch und gerade bei Dienstverträgen dem Geschädigten, die haftungsbegründende Kausalität nachzuweisen. Beweiserleichterungen gibt es – anders als beim Verschulden gem. § 280 S. 2 BGB – grundsätzlich keine. In den wenigen Urteilen zur Haftung des Bewachungsunternehmers finden sich verschiedene Lösungsansätze.

Beispiel 1: OLG Hamburg²¹

Bei dem beklagten Bewachungsunternehmen ging um 1.45 Uhr eine Störungsmeldung ein. Es war im Bewachungsvertrag vereinbart, auch bei einer Störungsmeldung und nicht nur bei einem Einbruchalarm die Polizei zu benachrichtigen, wenn die Kontaktperson des Auf-

traggebers nicht erreicht wird. Der Mitarbeiter des Bewachungsunternehmens versuchte vergeblich, das Geschäftslokal des Kunden anzurufen. Anschließend unternahm er nichts weiter, insbesondere setzte er sich nicht mit der Polizei in Verbindung.

Nach Auffassung des OLG Hamburg haftet das Bewachungsunternehmen. Dieses und nicht der Geschädigte habe die fehlende Ursächlichkeit zu beweisen, da eine erfolgsbezogene Pflicht verletzt worden sei²². Begründet wird diese Auffassung mit einer analogen Anwendung des § 282 BGB a. F.

Beispiel 2: OLG Zweibrücken²³

Um 0.47 Uhr wurde in einem Museumsgebäude ein Einbruchalarm ausgelöst. Dieser lief bei der zuständigen Alarmzentrale der Sicherheitsfirma auf. Die Zentrale der Wachfirma benachrichtigte den Streifenwagenführer, der am Rand des Streifeneinzugsgebiets zu Fuß unterwegs war. Der Streifenwagenführer traf erst um 1.55 Uhr am Museum ein. Er stellte die Anlage unscharf und sodann wieder scharf, weil er von einer bloßen Störung ausging. Anschließend verließ er das Objekt. Am nächsten Tag wurde der Einbruch über ein versteckt liegendes Fenster festgestellt.

Das OLG Zweibrücken wies trotz dieses evidenten Pflichtenverstoßes die Klage des Museums ab. Auf die Frage der Kausalität kam es dort nicht an. Die Klage war entgegen einer nach Auffassung des OLG Zweibrücken wirksamen Ausschlussfrist in den AGB nicht innerhalb von drei Monaten erhoben worden.

Beispiel 3: OLG Düsseldorf²⁴

In diesem Fall wurde ein akustischer Alarm um 18.58 Uhr ausgelöst und lief bei der in unmittelbarer örtlicher Nähe gelegenen Sicherheitsfirma auf. Der Einbruchalarm konnte dort nicht zugeordnet werden. Grund war ein Eingabefehler bei der Einrichtung eines neuen Leitstellenrechners bei der Bewachungsfirma. Ein Nachbar des Geschädigten bemerkte kurz nach dem Alarm verdächtige Geräusche. Seine Ehefrau benachrichtigte die Polizei um 19.02 Uhr, diese wiederum um 19.05 Uhr ein in der Nähe befindliches Polizeifahrzeug. Die Polizei erreichte um 19.06 Uhr den Tatort. Zuvor hatte der Täter zahlreiche hochwertige Uhren aus einem Raum entwendet.

Das OLG Düsseldorf sieht zwar – ähnlich wie das OLG Hamburg – den Bewachungsunternehmer als beweisbelastet für die fehlende Kausalität an. Diesen Nachweis konnte der Unternehmer jedoch führen, da bei einem Alarm mit der Sicherheitsfirma vereinbart war, zunächst einen Fehlalarm auszuschließen, was einen Zeitraum von etwa drei Minuten erfordert hätte. Bei einer unterstellten Benachrichtigungszeit um 19.01 Uhr bei der Polizeizentrale und der Alarmierung eines in der Nähe befindlichen Polizeiwagens über Funk um 19.02 Uhr wäre dieser frühestens um 19.03 Uhr eingetroffen. Bis zum Verschaffen eines Überblicks durch die Polizei wäre eine

18 Näher hierzu *Brauser-Jung/Lange* GewA 2003, 224; *Dubischar* NJW 1989, 3241; *Marcks* GewA 1996, 133; *Schönleiter* GewA 2003, 1; *Schünemann* (Hrsg.), *Privatrechtliche Haftung im Sicherheitsgewerbe* 2001.

19 Zu den Sorgfaltsanforderungen bei der Einstellung eines Wachmanns s. BGH VersR 2001, 1121 sowie § 5 BewachV.

20 *Werner* aaO (Fn. 13) S. 8.

21 OLG Hamburg MDR 2002, 329.

22 Beweisverteilung nach Gefahrenbereichen; allgemein hierzu Münch. Komm. zum BGB 4. Aufl. vor § 275 Rn. 308 ff., 326; OLG München MDR 1960, 224; OLG Hamburg MDR 2002, 329.

23 OLG Zweibrücken NJOZ 2001, 876.

24 OLG Düsseldorf vom 19. 5. 2004 – I-13 U 52/03.

weitere Minute vergangen. Zu dieser Zeit waren die Täter aber bereits flüchtig und hätten nicht mehr überwältigt werden können.

Das OLG Hamm lässt in seiner Entscheidung ausdrücklich offen, ob es der Auffassung des OLG Hamburg, d. h., der Bewachungsunternehmer habe den Nachweis der fehlenden Kausalität zu führen, folgt. Problematisch war im Fall des OLG Hamm bereits, ob es sich überhaupt um eine vorsätzliche Brandstiftung handelt. Der Bewachungsunternehmer berief sich auf die Möglichkeit eines technischen Defekts. Wegen der massiven Veränderungen am Brandort durch die Feuerwehr im Rahmen der Löschversuche war die konkrete Ursache nicht mehr festzustellen, insbesondere weil die technische Installation nicht mehr für eine Begutachtung zur Verfügung stand. Gleichwohl konnte eine vorsätzliche Brandstiftung nachgewiesen werden, und zwar durch den Einsatz einer komplexen Computersimulation. Aufgrund der Berechnungen des Sachverständigen geht das OLG Hamm von einer vorsätzlichen Brandstiftung aus, da sich der Brandverlauf nur durch den Einsatz von Brandbeschleunigern erklären lässt. Es handelt sich, soweit ersichtlich, um die erste Entscheidung, die sich zum Einsatz von Brandsimulationsberechnungsprogrammen im Rahmen eines Brandschadens verhält²⁵.

Das OLG Hamm stützt sich bei der Bejahung der Kausalität auf die Grundsätze des *Anscheinsbeweises*.

Grundsätzlich ist beizupflichten, dass von verschiedenen Gerichten zugunsten des Geschädigten eine Beweiserleichterung befürwortet wird, sei es über eine analoge Anwendung des § 282 BGB a. F. bzw. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. mit der Folge einer umfassenden Beweislastumkehr (so OLG Hamburg), sei es – moderater – über die Grundsätze des Anscheinsbeweises (so OLG Hamm).

Vorzugswürdig erscheint es, eine Beweiserleichterung bis hin zu einer Beweislastumkehr – über die allgemeinen Grundsätze des Anscheinsbeweises hinaus – bei einem *groben Verschulden* des Bewachungsunternehmers zu bejahen²⁶. Eine Beweislastumkehr bei einer groben Verletzung von Berufspflichten ist insbesondere im Arzthaftungsrecht allgemein anerkannt. Bereits mit Urteil vom 13. 3. 1962²⁷ hat der BGH ausgeführt, dass der Senat „keine Bedenken [trägt], die dargelegten Beweisgrundsätze allgemein jedenfalls auf den Fall grober Verletzung einer Berufspflicht anzuwenden, die, ähnlich wie beim Arztberuf, gerade auf die Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichtet ist.“

Zwar wird in dieser Entscheidung auf die Gefahren für Körper und Gesundheit abgestellt; allerdings ist der Geschädigte bei hohen Vermögenswerten vergleichbar schutzbedürftig²⁸. Für Vermögensschäden wird in der Literatur eine Beweislastumkehr bei groben Pflichtverletzungen bei einer besonderen Vertrauensstellung befürwortet²⁹. Diese Lösung vermeidet einerseits, dass es bereits bei einfacher Fahrlässigkeit zu einer Beweislastumkehr kommt – was bei einer analogen Anwendung des § 280 BGB a. F. bzw. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB der Fall wäre –, andererseits wird der Geschädigte davor geschützt, dass sich selbst bei größten Verstößen der Bewachungsunternehmer auf die fehlende Kausalität berufen kann, in dem Wissen, dass in vielen Fällen gerade aufgrund des Schadensbildes die für den Nachweis notwendigen Anknüpfungstatsachen (wie z. B. nach einem größeren Brand) nicht mehr vorhanden sind. Insofern erfordern „die Grundsätze der Billigkeit und des gerechten Interessenausgleichs diese Beweislastregelung“³⁰. Voraussetzung ist in jedem Fall ein besonderes Schutz- und Vertrauensverhältnis. Ob ein solches bereits bei Abstellen eines Pkw auf einem bewachten Parkplatz zustande kommt, ist zu bezweifeln. Bei einem

schriftlichen Bewachungsvertrag, der den Schutz erheblicher Vermögenswerte zum Gegenstand hat und deren Entwendung oder Vernichtung die wirtschaftliche Existenz des Auftraggebers gefährden kann, muss dies bejaht werden.

4. AGB-Fragen

Oft stellt sich bei Bewachungsverträgen die Frage der Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen. Individualvertraglich sind umfangreiche Haftungsfreizeichnungen möglich. In der Praxis spielen solche Regelungen keine Rolle, im Gegensatz zu Einschränkungen durch AGB (z. B. durch die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das deutsche Wach- und Sicherheitsgewerbe“)³¹.

Gelegentlich wurde vertreten, dass sich das Bewachungsunternehmen durch AGB auch für den Fall der groben Fahrlässigkeit freizeichnen könne³². Der BGH hat jedoch zu umfassende *Freizeichnungsklauseln* verworfen. Gerade die Mindestversicherungssummen des § 6 BewachV sollen die Befriedigung der Ansprüche der Kunden sicherstellen, nicht dagegen dem Bewachungsunternehmer weiter gehende Freizeichnungsmöglichkeiten einräumen. Eine AGB-Klausel, welche die Haftung des Bewachungsunternehmers für Schäden des Auftraggebers ohne Differenzierung hinsichtlich des Personenkreises und des Verschuldensgrades summenmäßig begrenzt, ist danach auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam³³. Freizeichnungsklauseln, die erst über der Mindestversicherungssumme Anwendung finden, sind im größeren Umfang möglich. Eine Freizeichnung ist insbesondere für vertragsuntypische und kaum vorhersehbare Schäden zulässig (z. B. Tötung eines Dritten durch den Wachmann mit seiner Dienstpistole außerhalb des bewachten Geländes³⁴).

Im Fall des OLG Hamm war die Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit auf die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung begrenzt. Nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz bestand eine volle Haftung. Der Senat be-

25 Nicht angesprochen wurde vom OLG Hamm das im Sachversicherungsrecht anerkannte so genannte Eliminationsverfahren. Wie sich aus dem Namen ergibt, besteht das Eliminationsverfahren darin, dass der Sachverständige alle denkbaren Brandursachen untersucht und auszuschließen oder zu bestätigen versucht, bis nur noch eine einzige Ursache übrig bleibt. Der Vorteil des Eliminationsverfahrens liegt darin, dass der Negativbeweis häufig einfacher zu führen ist als der positive Nachweis (z. B. durch chemischen Nachweis von Brandbeschleunigern) einer bestimmten Brandursache (näher zum Eliminationsverfahren z. B. Langheid VersR 1992, 13 sowie zur technischen Seite Göth, Werkzeugspur S. 203 ff.).

26 So wohl auch Dubischar NJW 1989, 3241.

27 BGH VersR 1962, 541, 959 (Bademeisterfall).

28 Zumal die Beweiserleichterungen im Arzthaftungsrecht bei allen Behandlungen angewandt werden, auch bei solchen, die selbst bei groben Verstößen nur zu geringsten körperlichen Beeinträchtigungen führen können.

29 Z. B. Heinemann NJW 1990, 2345; Palandt, BGB 64. Aufl. § 280 Rn. 38; jeweils zur Anwaltshaftung. Die neuere Rechtsprechung des BGH ist recht zurückhaltend bei der Annahme einer Beweislastumkehr bei groben Verstößen gegen Berufspflichten; auch im Rahmen der Anwaltshaftung erfolgt keine Beweislastumkehr, sondern nur im Einzelfall eine Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises (z. B. BGH VersR 1994, 1231 [1234 f.]).

30 BGH VersR 1962, 541 = NJW 1962, 959 (Bademeisterfall).

31 Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das deutsche Wach- und Sicherheitsgewerbe i. d. F. vom 1. 4. 2000, auszugsweise abgedruckt z. B. bei Schönemann aaO (Fn. 18) S. 46 f.; vgl. auch Lindacher in Schönemann (Hrsg.), Privatrechtliche Haftung im Sicherheitsgewerbe 2001 S. 71 ff.

32 OLG Düsseldorf VersR 1980, 1073; offen lassend OLG Köln VersR 1994, 693.

33 BGH VersR 1999, 914.

34 BGH NJW-RR 1989, 953.

jaht bereits die grobe Fahrlässigkeit, weist aber ergänzend auf die Rechtsprechung zu der Verletzung von so genannten Kardinalpflichten hin. Danach kann die Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit nur auf einen Betrag begrenzt werden, der die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abdeckt. Eine solche Kardinalpflicht sei bei Verletzung von Bewachungspflichten, die zu einem Schaden an 20 000 Monitoren führt, gegeben³⁵.

In den AGB von Bewachungsverträgen sind regelmäßig *Ausschlussfristen* vereinbart. Grundsätzlich können in Bewachungsverträgen entsprechende Fristen vorgesehen werden³⁶. Die Klausel in den AGB eines Bewachungsunternehmers, wonach ein gegen ihn gerichteter Schadensersatzanspruch erlischt, wenn ihn der Kunde „nicht unverzüglich dem Unternehmer schriftlich anzeigt“, ist aber auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam³⁷. In den Muster-AGB wird in Nr. 10 Abs. 5 eine verschuldensunabhängige Ausschlussfrist von vier Wochen vereinbart. Die Fristlänge von vier Wochen dürfte zulässig sein. Im vergleichbaren Versicherungsvertragsrecht finden sich durchaus kürzere Fristen. Die Wirksamkeit dieser Regelung ist gleichwohl abzulehnen, da der Ausschluss unabhängig vom Verschulden erfolgt. Gerade aufgrund der Nähe zum Versicherungsvertragsrecht kann auf die dortigen vergleichbaren Regelungen als gesetzliches Leitbild zurückgegriffen werden. Dort wird zwar für den vergleichbaren Fall der verspäteten Anzeige des Versicherungsfalls das Verschulden des VN nach § 6 Abs. 3 VVG gesetzlich vermutet; dem VN steht es frei, diese Verschuldensvermutung zu widerlegen.

Wirksam ist nach Auffassung verschiedener Gerichte zumindest unter Kaufleuten eine Klausel, wonach ein Haftungsanspruch erlischt, wenn er nach Ablehnung durch den Unternehmer oder dessen Versicherer nicht binnen drei Monaten gerichtlich geltend gemacht wird³⁸. Diese Auffassung ist abzulehnen. Ein Zeitraum von lediglich drei Monaten ist unangemessen kurz und ist nicht durch das berechnete Interesse des Klauselverwenders auf eine möglichst zügige Abwicklung von Schadensfällen gedeckt. Sein Interesse, alsbald von dem Schadensfall Kenntnis zu erlangen, ist durch die kürzere Anzeigepflicht gewahrt. Richtig ist vielmehr, wenn zwar recht kurze Anzeigepflichten in den AGB vereinbart werden können, die Klageausschlussfrist jedoch einen längeren Zeitraum als drei Monate betragen muss. Angemessen erscheint eine Frist von sechs Monaten, vergleichbar mit der versicherungsrechtlichen Klageausschlussfrist des § 12 Abs. 3 VVG³⁹.

35 Weitere Fälle von unwirksamen Klauseln bei Verletzung von Kardinalpflichten zuletzt OLG Bamberg OLGR 2005, 76 (Spezifikationsvertrag); KG KGR 2004, 453 (Mietvertrag); OLG Hamburg TranspR 2003, 404 (Lagervertrag); vgl. ferner OLG Frankfurt/M. vom 25. 3. 2004 – 1 U 31/03 – (Vertragshändlervertrag), wonach eine Klausel wegen Verletzung des Transparenzgebots unwirksam ist, wenn der Begriff der Kardinalpflicht nicht vertragsbezogen näher erläutert wird; aus der älteren Rechtsprechung vgl. insbesondere BGH NJW-RR 1993, 560 (Werkvertrag); NJW 1993, 335 (Beratungsvertrag).

36 Vgl. § 7 BewachV: „Der Gewerbetreibende darf die Haftung aus der Bewachungstätigkeit nur bis zur Mindesthöhe der Versicherungssumme (§ 6 Abs. 2 S. 1) beschränken, soweit dies aufgrund anderer Rechtsvorschriften zulässig ist. Für die Geltendmachung von Ansprüchen können Ausschlussfristen vereinbart werden.“

37 BGH VersR 2000, 494; 1999, 914; vgl. ferner *Marcks* GewArch 1996, 133; *Landmann/Rohmer*, GewO Bd. 2 BewachV; *Dubischar* NJW 1989, 3241.

38 OLG Zweibrücken NJOZ 2001, 876; LG Hannover NJW-RR 1988, 505; LG Bremen NJW-RR 1989, 1080.

39 Vgl. BGH VersR 1978, 557 = NJW 1978, 1314, wonach eine Klausel in den Kossementsbedingungen eines Frachtführers von drei Monaten unwirksam ist; nach der Auffassung des OLG Zweibrücken (NJOZ 2001, 876) soll diese Entscheidung jedoch nicht übertragbar sein.

Das Mitverschulden des Patienten bei Aufklärungs- und Behandlungsfehlern

*Burkhard Tamm, Rechtsanwalt, Würzburg**

Das Thema „Haftung des Arztes für Behandlungs- oder Aufklärungsfehler“ ist immer wieder Gegenstand ausführlicher Diskussion und die einzelnen Pflichten des Arztes bei der Behandlung des Patienten werden immer wieder ausführlich behandelt.

Nur wenig diskutiert wurde aber bisher über die Frage, welche Pflichten denn eigentlich dem Patienten anlässlich seiner Behandlung beim Arzt obliegen¹. Denn auch im Rahmen des Arzthaftungsrechts gilt die Vorschrift des § 254 BGB. Danach wirkt sich ein Mitverschulden des Geschädigten an der Entstehung des Schadens auf die Verpflichtung des Schädigers aus, Schadensersatz leisten zu müssen. Darüber hinausgehend kann im Einzelfall die Berücksichtigung des Verhaltens des Patienten sogar dazu führen, dass von einem Behandlungsfehler im Ergebnis gar nicht mehr ausgegangen werden kann.

Im Folgenden soll nun ein kurzer Überblick über Pflichten des Patienten gegeben werden, die für die Frage der Haftung des Arztes eine Rolle spielen können.

I. Pflichten des Patienten im Bereich der Anamneseerhebung durch den Arzt

Eine der Grundpflichten des Arztes ist die Pflicht zur ordnungsgemäßen Anamneseerhebung. Verstößt er gegen diese Pflicht, so kann ihm ein Behandlungsfehler vorzuwerfen sein.

Jedoch muss für die Frage der möglichen Haftung des Arztes berücksichtigt werden, dass eine Anamneseerhebung nur dann ordnungsgemäß erfolgen kann, wenn der Patient an ihr mitwirkt. Aus dieser Sachlage heraus ergeben sich die folgenden Pflichten des Patienten:

- Der Patient muss die Anamneseerhebung überhaupt ermöglichen.
- Der Patient muss die Fragen des Arztes korrekt beantworten.
- Gegebenenfalls ist der Patient verpflichtet, den Arzt von sich aus auf besondere in seiner Person liegende Umstände hinzuweisen.

1. Ermöglichung der Anamnese durch den Patienten

Das KG entschied im Jahr 1999, dass es eine Mitwirkungslast des Patienten sei, zur Anamneseerhebung die Fragen des Arztes zu beantworten und seine Beschwerden zu schildern. Es stellte darüber hinaus klar, dass der Patient die Beweislast dafür trägt, dass er seiner Mitwirkungspflicht nachgekommen ist².

Der zu entscheidende Fall betraf einen der deutschen Sprache kaum mächtigen Patienten, der aufgrund dieser Sprachprobleme nicht in der Lage war, seine Symptome korrekt zu schildern. Das Gericht entschied, dass der behandelnde Arzt deshalb keinen Anlass hatte, eine entsprechende spezifische Diagnostik durchzuführen, sein Verhalten wurde nicht als behandlungsfehlerhaft gewer-

* Der Autor ist in der Kanzlei Bohl & Coll. in Würzburg tätig, wo er die Referate Medizin und Sozialversicherung betreut. Weitere Informationen unter www.ra-bohl.de und www.tamm-law.de.

1 *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts 3. Aufl. § 100 Rn. 26.

2 KG MedR 1999 S. 226 ff.