

BGH vom 8. 3. 2016 (VersR 2016, 749) den Einwand nunmehr unverzüglich in der gebotenen Form erheben müssen.

[37] Insoweit fehlt es zum einen an der erforderlichen Form, weil der Einwand dem Kl. entgegen § 18 Abs. 1 b ARB des Versicherers nicht schriftlich und mit dem nach § 128 S. 2 VVG sowie auch § 18 Abs. 2 ARB des Versicherers zwingend vorgeschriebenen Hinweis auf ein Gutachterverfahren mitgeteilt wurde, weshalb das Rechtsschutzbedürfnis des VN nach § 128 S. 3 VVG weiterhin als anerkannt gilt.

[38] Letztlich kommt es aber auch hierauf nicht an, weshalb sich ein Hinweis des Senats nach § 139 ZPO auf die fehlende Form erübrigte, weil der Einwand – worauf der Senat in der Revisionsverhandlung hingewiesen hat – zum anderen nicht mehr unverzüglich erfolgte. Unverzüglich bedeutet, dass die Ablehnung innerhalb des Zeitraums erfolgen muss und auch nur erfolgen kann, den der Versicherer bei sachgerechter, nicht schuldhaft verzögerter Prüfung für seine Entschließung benötigt (Senat VersR 2003, 638 unter 2 a aa = juris Tz. 13). Insoweit wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum regelmäßig eine Frist von zwei bis drei Wochen angenommen (OLG Frankfurt/M. VersR 1998, 357 [358 f.] = NJW-RR 1997, 1386 [1387]; OLG Köln r+s 1991, 419 [420]; 1988, 334 [335]; *Bauer* in *Harbauer*, Rechtsschutzversicherung 8. Aufl. Vor § 18 ARB 2000 Rn. 8). Diese Frist ist auch im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls nicht länger zu bemessen, da es nicht um die vollständige erstmalige Prüfung der Erfolgsaussichten nach Geltendmachung des Versicherungsfalls ging, sondern allenfalls um die isolierte Prüfung der einzelnen Frage, ob durch ein höchstrichterliches Urteil eine maßgebliche Umgestaltung der Rechtslage herbeigeführt wurde.

[39] Zu dem in Rede stehenden Urteil des BGH vom 8. 3. 2016 (VersR 2016, 749) ist noch am selben Tag eine Pressemitteilung veröffentlicht worden. Seit dem 13. 4. 2016 war es in vollem Wortlaut bei juris abrufbar. Am 22. bzw. 23. 4. 2016 ist es in einschlägigen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht worden (ZIP 2016, 789; WM 2016, 734). Spätestens zu diesem Zeitpunkt wäre eine Prüfung durch die Bkl. veranlasst gewesen. Danach war der Einwand fehlender Erfolgsaussicht unter Berufung auf dieses Urteil in der Revisionsverhandlung vom 22. 6. 2016 verspätet.

Hausratversicherung

Diebstahl aus mit Geschäftsräumen verbundenen und nur über sie zugänglichen Privaträumen (mit Anmerkung von Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther)

VHB 02 §§ 1 Nr. 1, 3 Nr. 1 b, 5 Nr. 2 a, 12 Nr. 1 und 3, 27 Nr. 1 a, 28 Nr. 1 a und c

1. Es mag zweifelhaft sein, ob ein Einbruchdiebstahl durch Einschleichen zu bejahen ist, wenn eine Person aus der Öffentlichkeit zugänglichen Geschäftsräumen lediglich unbemerkt in weitere Räume gelangt. Ein Einschleichen ist aber jedenfalls zu bejahen, wenn der Täter aufgrund seines Erscheinungsbildes dem Personal beim Betreten der Geschäftsräume zwingend aufgefallen wäre, sodass nur ein heimliches Betreten der Geschäftsräume in Betracht kommt (hier: Täter gehörte nach Geschlecht und Status ganz augenscheinlich nicht zur Klientel einer Modeboutique, die gehobene Damenoberbekleidung vertreibt).

2. Hinsichtlich der Frage, ob eine von Geschäftsräumen mangels Abtrennung jederzeit zugängliche Wohnung zur Tatzeit verschlossen gewesen ist, kommt es auf den gesamten Raumkomplex an, sodass ausreichend ist, wenn der Eingang des Geschäfts zu diesem Zeitpunkt verschlossen war.

OLG Schleswig, Beschluss vom 20. 11. 2015 (16 U 93/15)

Anmerkung der Redaktion: Vgl. zum Einschleichen und Verborgengehalten bei einem Einbruchdiebstahl LG Berlin VersR 2015, 1288.

Zwischen den Parteien bestand ein Hausratversicherungsvertrag. Die Kl. machte daraus Versicherungsleistungen wegen eines Einbruchdiebstahls und dabei entwendeten Schmucks und Bargeldes geltend. Sie gab an, dass sich der Dieb in der von ihr betriebenen Modeboutique versteckt hat und von dort aus in der Mittagspause in ihre Privaträume gegangen sei. In den Privaträumen habe er Schmuck und Bargeld an sich genommen und sei anschließend durch ein Fenster geflohen.

Das LG hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung der Bkl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Kl. kann aus dem zwischen den Parteien bestehenden Hausratversicherungsvertrag nach einem versicherten Einbruchdiebstahl Ersatz des dabei entwendeten Schmucks und Bargeldes verlangen (§§ 1 Nr. 1, 3 Nr. 1 b, 5 Nr. 2 a, 12 Nr. 1 und 3, 27 Nr. 1 a, 28 Nr. 1 a und c VHB 02).

1. An dem 27. 11. 2012 ist bei der Kl. in Ansehung ihres Hausrats der Versicherungsfall eingetreten.

Gem. § 3 Nr. 1 b VHB 02 werden versicherte Sachen – das ist der gesamte Hausrat i. S. v. § 1 Nr. 1 VHB 02 – entschädigt, die u. a. durch einen Einbruchdiebstahl abhandenkommen. Ein Einbruchdiebstahl liegt gem. § 5 Nr. 2 a VHB 02 auch dann vor, wenn jemand aus der verschlossenen Wohnung (s. § 9 Nr. 2) Sachen wegnimmt, nachdem er sich dort eingeschlichen oder verborgen gehalten hatte. Diese Voraussetzungen hat das LG vorliegend zu Recht für gegeben erachtet.

Nach Darstellung der Kl. hat sich der – nicht greifbare – Rumäne A. vor der Mittagspause in die Geschäftsräume des gemischt genutzten Gebäudes der Kl. eingeschlichen und sich dort verborgen gehalten, hat sich sodann während der Mittagspause in die gegen das Geschäft nicht abschließbaren Privaträumlichkeiten der Kl. mindestens im ersten Obergeschoss begeben und dort Schmuck und Bargeld an sich genommen, um damit kurz nach der gegen 15 Uhr erfolgten Wiedereröffnung des Geschäfts durch ein im Obergeschoss gelegenes Badezimmerfenster, von dem aus er über einen Balkon und ein Flachdach auf den Boden gelangte, zu fliehen.

a) Im rechtlichen Ansatz zutreffend hat das LG darin eine i. S. v. § 5 Nr. 2 a VHB 02 versicherte Entwendung gesehen und namentlich als Wohnung im Sinne der Bedingungen hinsichtlich der Verschließbarkeit das gesamte Gebäude angesehen.

Ein bedingungsgemäßer Diebstahl i. S. v. § 5 Nr. 2 a VHB 02 setzt voraus, dass der Dieb sich in eine Wohnung einschleicht oder sich dort verborgen hält und aus der zur Zeit der Tat verschlossenen Wohnung (§ 9 Nr. 2) Sachen wegnimmt.

Als verschlossene Wohnung in diesem Sinn muss hier nach den äußeren Gegebenheiten das gesamte Haus angesehen werden. Zwar mag sich auf erste Sicht nach ihrer wortwörtlichen Formulierung die Klausel so lesen lassen, dass mit der Verweisung auf die in § 9 Nr. 2 beschriebene Wohnung nicht nur bestimmt werden soll, wo sich die versicherten Sachen bei Eintritt des Versicherungsfalls befinden müssen, sondern auch, wo bei einem Einschleichdiebstahl der Täter die Merkmale des Sich-Einschleichens oder Sich-Verborgens-Haltens erfüllen muss. Nicht eindeutig geregelt ist aber, wie die besondere Begehungsform in dem Fall zu verstehen ist, dass in den Grenzen des in § 9 Nr. 2 beschriebenen Versicherungsorts eine in sich abgeschlossene Wohnung nicht gegeben ist, sondern ohne eine besondere Tren-

nung gegen unversicherte Bereiche Zugangs- und Verschlussmöglichkeiten nur außerhalb dieser Räume bestehen. In einem solchen Fall, in dem die der privaten Nutzung des VN zugeordneten Räume nicht separat verschließbar sind, wird ein durchschnittlicher VN, auf dessen Verständnis bei der Auslegung der Bedingungen abzustellen ist, die Klausel so verstehen, dass es hinsichtlich der Verschlussheit seiner Wohnung dann auf den Verschluss der für diese vorgesehenen Zugänge ankommen muss, und entsprechend wird er auch die Überwindung durch Einschleichen und Verborgenhaltens auf eben diese allein vorhandenen Zugangs- und Abhalteinrichtungen beziehen. Entsprechend hält zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse auch etwa *Martin* (Sachversicherungsrecht 3. Aufl. G II 5) dafür, dass bei nicht gegeneinander abschließbaren Einheiten die bedingungsgemäße Überwindung des zentralen Eingangs den Tatbestand eines versicherten Diebstahls begründet; das wird dort ausdrücklich auch auf den Fall erstreckt, dass einzelne, baulich nicht abgegrenzte Räume nicht zur Wohnung gehören, weil sie gewerblich genutzt werden, wenn die gemeinsame Tür aufgebrochen wird. Dieser Beurteilung steht auch nicht etwa die von der Bekl. angeführte Entscheidung des OLG Oldenburg vom 30. 8. 1995 (VersR 1996, 1273) entgegen; im dortigen Fall war – anders als hier – der Einbruch nicht über einen „gemeinschaftlichen Zugang“, sondern über ein Fenster erfolgt, das dem ausschließlichen Nutzungsrecht eines Dritten unterlag (Hauptwohnung bei anschließendem Diebstahl aus der separat vermieteten Einliegerwohnung).

b) Unter diesen Vorzeichen hat das LG auch im Tatsächlichen zu Recht die Voraussetzungen der Klausel für erfüllt angesehen.

aa) Zunächst kann entgegen der Rüge der Berufung nicht zweifelhaft sein, dass sich A. in die Geschäftsräumlichkeiten eingeschlichen und sich dort verborgen gehalten hat.

Ein Dieb schleicht ein, wenn er heimlich eintritt, indem er versucht, seinen Eintritt der Wahrnehmung Dritter zu entziehen (vgl. nur *Martin* aaO D VII 6). Zwar mag, worauf die Berufung (unter Berufung auf OLG Köln r+s 1992, 134) verweist, ein Einschleichen zweifelhaft sein, wenn eine Person aus der Öffentlichkeit zugänglichen Geschäftsräumen lediglich unbemerkt in weitere Räume gelangt. So hat es hier aber nicht gelegen. A. gehörte nach Geschlecht und Status ganz augenscheinlich nicht zur Klientel der Modeboutique, die gehobene Damenoberbekleidung vertreibt. Er kann daher nicht – wie in der Entscheidung des OLG Köln – ganz selbstverständlich und ohne weiter aufzufallen eingetreten sein (um sich dann in weitere Räume zu begeben). Er müsste vielmehr, würde sein Eintreten bemerkt, sogleich als fremd und fraglich aufgefallen sein. Dass das nicht der Fall gewesen ist, rechtfertigt ohne Weiteres die Annahme eines heimlichen Eintretens, das die im Geschäft Anwesenden nicht haben wahrnehmen sollen.

Auch der Tatbestand des Sich-Verborgens-Haltens ist nach den Umständen zwangslos gegeben. Verborgens hält sich, wer sich mithilfe örtlicher Gegebenheiten der Wahrnehmung entzieht (vgl. *Martin* aaO D VII Rn. 12). Das Verbergen ergibt sich hier daraus, dass A. es augenscheinlich verstanden hat, nach seinem Eintritt bis zum mittäglichen Verschluss des Geschäfts unentdeckt zu bleiben. Es liegt auf der Hand, dass, wäre seine Anwesenheit erkennbar gewesen, es nicht ohne Weiteres zu einem Verschließen des Geschäfts gekommen wäre.

bb) Es fehlt entgegen der weiteren Rüge der Berufung auch nicht an einer Wegnahme aus der verschlossenen Wohnung.

Allerdings ist für die Verwirklichung des in Rede stehenden Tatbestands erforderlich, dass der betroffene Raum oder das Gebäude zur Zeit der Tat verschlossen gewesen ist, wobei der Verschluss zur Zeit der Wegnahme genügt (vgl. *Martin* aaO D VIII 19 f.). So liegt es hier.

Nach den unangegriffenen Feststellungen des LG hat der Täter, der gegen kurz nach 15 Uhr geflohen ist, die Räumlichkeiten im Wesentlichen während der Zeit des mittäglichen Verschlusses durchsucht und dabei in verschiedenen Privaträumen Sachen an sich genommen. In Anbetracht des Umstands, dass bereits um 15.10 Uhr die Polizei hat benachrichtigt werden können – zu diesem Zeitpunkt hatte der Dieb bereits über Badezimmerfenster, Balkon, Flachdach, Garten und Zaun das Weite gesucht und gefunden –, kann (wenn denn überhaupt) nur ein zu vernachlässigender Teil der Beute noch nach der Wiedereröffnung an sich genommen worden sein. Das kann aber auch dahinstehen; denn der Verweis der Bekl. darauf, dass zum Zeitpunkt der Flucht die Ladentür bereits wieder geöffnet gewesen sei, geht schon deshalb fehl, weil A. keineswegs die Ladentür, sondern – gerade wie bei einer verschlossenen Wohnung – das Badezimmerfenster für seinen „Abgang“ benutzt hat.

2. Den ersatzfähigen Schaden hat das LG zu Recht bemessen.

Dass der Kl. bei der Tat die von ihr angegebenen Schmuckstücke und Bargeldmengen entwendet worden sind, stellt die Berufung nicht in Abrede. Ohne Erfolg wendet sie sich dagegen, dass und wie das LG bei der Bemessung des Werts vorgegangen ist und dass es dabei weitestgehend der Sachverständigen gefolgt ist (§ 287 ZPO).

Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, das Gericht hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung; ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen eine Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt seinem Ermessen überlassen. Hieran gemessen ist Vorgehen und Ergebnis des LG nicht zu beanstanden.

Vorliegend liegt auf der Hand, dass ein Schaden entstanden ist. Unklar und weil der Wert der abhandengekommenen Sachen ersichtlich nicht bis ins Letzte zu klären ist, ist die Frage der genauen Höhe des Schadens. In solchen Fällen ist eine (gegebenenfalls sachverständig gestützte) Schätzung nicht nur zulässig, sondern geboten. Die Schätzung ist nur dann unzulässig, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (vgl. nur *Greger* in Zöller, ZPO 30. Aufl. § 287 Rn. 3 ff.).

Hier hat es fraglos genügende Anknüpfungstatsachen gegeben: Die Kl. hat Lichtbilder zu den einzelnen Schmuckstücken vorzulegen vermocht. Zu den vier entwendeten Armreifen konnte sie einen fünften, bei ihr verbliebenen vorlegen; dieser hat sich als echt erwiesen und konnte bewertet werden. Echt ist ferner der Ring, zu dem die Kl. einen Kaufbeleg hat vorlegen können. An der Echtheit kann des Weiteren kein vernünftiger Zweifel bestehen, soweit die beiden Trauringe betroffen sind, bei denen in allgemein bekannter Weise jedermann, der es sich irgend leisten kann, Wert auf eine gewisse Qualität legt. Bezüglich der Kette mit Anhänger hat die Zeugin angegeben, sie habe sie zusammen mit der Mutter in Hamburg gekauft. Ebenfalls stamme die Perlenkette vom Juwelier, die ein Geburtstagsgeschenk der Familie gewesen sei. Nach alledem muss es als gänzlich fernliegend erscheinen, dass es sich auch nur bei einem einzigen Stück um Plagiate oder minderwertigen Modeschmuck gehandelt haben könnte; im Gegenteil ist es nach dem sozialen Status der Kl., ihrem Habitus und nach ihrer von ihren Kindern zeugenschaftlich bekundeten Neigung, stets größere Mengen an Goldschmuck an Ohren, Hals und den Händen zu tragen, ohne Weiteres plausibel, dass die abgängigen Stücke durchgängig durchaus Qualität aufgewiesen haben müssen.

Unter diesen Vorzeichen ist es auch nicht zu beanstanden, dass das LG bei der Bestimmung der einzelnen Preise dem Gutachten der Sachverständigen gefolgt ist ...

Anmerkung:

Der im Rahmen des § 522 ZPO¹ ergangene Beschluss des OLG Schleswig bietet Anlass, sich kritisch mit den Ausführungen zum Einschleichdiebstahl zu befassen.

Der im Beschluss mitgeteilte Sachverhalt ist recht einfach: Zwischen den Beteiligten bestand eine Hausratversicherung auf Grundlage der VHB 02. Nach der Darstellung der VN hatte sich ein Rumäne vor der Mittagspause in die Geschäftsräume des gemischt genutzten Gebäudes der VN „eingeschlichen“ und sich dort „verborgen“ gehalten, begab sich während der Mittagspause, in der das Gebäude verschlossen war, in die vom Geschäft erreichbaren privaten Räumlichkeiten der VN in das erste Obergeschoss und entwendete aus diesen Schmuck und Bargeld im Werte von rd. 9500 Euro. Kurz nach der gegen 15.00 Uhr erfolgten Wiedereröffnung des Ladenlokals floh der Täter durch ein im Obergeschoss gelegenes Badezimmerfenster, von dort über einen Balkon und ein Flachdach.

Das OLG Schleswig sah darin einen versicherten Einschleichdiebstahl, weil der Rumäne „nach Geschlecht und Status ganz augenscheinlich nicht zur Klientel der Modeboutique“ gehöre, vielmehr, „würde sein Eintreten bemerkt, sogleich als fremd und fraglich aufgefallen sein“. Dies, so weiter der Senat, „rechtfertigt ohne Weiteres die Annahme eines heimlichen Eintretens“. Ferner wäre der Tatbestand des Sich-Verborgen-Haltens „zwanglos“² gegeben.

1. Grundlage jeder Prüfung sind, zumal die Anspruchsgrundlage des Versicherungsfalls in Form eines Einschleichdiebstahls im VVG nicht geregelt ist, die dem Vertrag zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen. Bei den dem OLG Schleswig zugrunde liegenden VHB handelte es sich um eine Fassung, wonach ein Einbruchdiebstahl vorliegt, wenn jemand aus *der verschlossenen Wohnung* Sachen wegnimmt, nachdem er sich dort eingeschlichen oder verborgen gehalten hatte.

1.1. Diese Regelung entspricht den älteren Fassungen in Form der VHB 84/92³. Diese VHB-Fassungen sind enger als die nachfolgenden Bedingungsgenerationen, sowohl in der privaten als auch in der gewerblichen Versicherung. Letztere setzen nicht mehr eine „verschlossene Wohnung“ voraus, sondern lediglich einen „verschlossenen Raum eines Gebäudes“⁴.

1.2. Der Auffassung des OLG Schleswig ist nicht zu folgen, dass die Tat aus einer „verschlossenen“ Wohnung erfolgte. Auch und gerade aus Sicht eines durchschnittlichen und verständigen VN wird dieser als „verschlossene Wohnung“ den Bereich ansehen, den er selbst zu privaten Zwecken nutzt, d. h. im wahrsten Sinne des Wortes „bewohnt“, auf den er ungehindert Zugriff hat und er umgekehrt Dritten zumindest rechtlich den Zutritt verweigern kann. Das OLG Schleswig verkennt, dass in dieser Regelung über die „verschlossene Wohnung“ der sogenannte Ereignisort bestimmt wird⁵. Eine Auslegung, dass aufgrund dieser Einschränkung in der Leistungsbeschreibung der „verschlossenen Wohnung“ in der privaten Hausratversicherung auch Geschäftsräumlichkeiten gehören, erscheint fernliegend. Im Rahmen einer nahezu identischen Konstellation hat das KG⁶ daher bei einem gleichfalls privat und gewerblich genutzten Gebäude diese Voraussetzung verneint⁷. Dies entspricht auch der strafgerichtlichen Rechtsprechung, worauf das KG zutreffend hinweist⁸.

Das OLG erwähnt als Stütze allein die Kommentierung von *Martin*⁹, verkennt jedoch, dass diese Kommentierung sich nicht auf den Ereignisort bezieht, sondern auf den Versicherungsort. Zudem trägt die dortige Kommentierung nicht die Auffassung des OLG Schleswig, da *Martin* an der zitierten Fundstelle nicht den Fall eines gemischt privat-geschäftlichen Gebäudes behandelt, sondern die Konstellation, dass ein rein privat genutztes Wohn-

haus von mehreren Familien bewohnt wird, die ihre Türen untereinander nicht abschließen¹⁰.

2. Der *Einschleichenbegriff* wird vom OLG Schleswig rechtlich fehlerhaft behandelt. So soll nach der Auffassung des OLG Schleswig allein der Umstand, dass ein Rumäne eine Damenboutique für gehobene Damenoberbekleidung betritt, „zweifellos“ für einen Einschleichdiebstahl genügen.

2.1. Nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung setzt ein Einschleichen eine Heimlichkeit voraus, ein heimliches Eindringen. Der Täter muss sich durch besondere Vorsichtsmaßnahmen der Wahrnehmung entziehen. Ein betrügerisches, trickreiches und listiges Handeln genügt nicht. Ebenso wenig ein unbefugtes Eintreten oder eine Diebstahlsabsicht pp.¹¹. Diese besonderen Vorkehrungen sollen so sein, dass der „Einschleichende“ nicht bemerkt wird, in aller Regel dadurch, dass er sich den Blicken entzieht¹², sich also einer „optischen Detektion“ entzieht. Ausweislich des vom OLG Schleswig mitgeteilten Sachverhalts gab es keinen (vom VN nachzuweisenden) Anhaltspunkt, dass der Täter irgendwelche besonderen Vorkehrungen traf, damit er nicht gesehen wird. Vielmehr hat dieser, jedenfalls ist dies die le-

- 1 Zur grundsätzlichen Kritik an § 522 ZPO auch in der jetzigen Fassung zuletzt *Waclawik* NJW 2016, 1639 und *Winter* NJW 2016, 922.
- 2 In der recht kurzen Entscheidung des OLG Schleswig tauchen vermehrt bekräftigende Formulierungen auf, s. unter 1 b aa: „nicht zweifelhaft“, „augenscheinlich“, „ganz selbstverständlich“, „rechtfertigt ohne Weiteres die Annahme“, „es liegt auf der Hand“ und unter 2: „liegt auf der Hand“, „fraglos“, „kein vernünftiger Zweifel“, „gänzlich fernliegend erscheinen“.
- 3 „Einbruchdiebstahl liegt vor, wenn der Dieb aus der verschlossenen Wohnung Sachen entwendet, nachdem er sich dort eingeschlichen oder verborgen gehalten hatte.“
- 4 Vgl. AERB 80/87/08/10 und VHB 08/10: „Einbruchdiebstahl liegt vor, wenn der Dieb aus einem verschlossenen Raum eines Gebäudes Sachen entwendet, nachdem er sich in das Gebäude eingeschlichen oder dort verborgen gehalten hatte“. Zu noch älteren VHB, insbesondere zum Nachtzeiterfordernis bei den AEB und VHB 66 sowie VHB 74 vgl. *Martin*, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. D VII Rn. 2–5.
- 5 Vgl. zur vergleichbaren Konstellation in der gewerblichen Einbruchdiebstahlversicherung die Definition des Ereignisorts in § 1 Abs. 6 AERB, vgl. hierzu wiederum OLG Saarbrücken vom 21. 11. 2007 – 5 W 257/07 – zfs 2008, 460.
- 6 KG vom 8. 10. 2013 – 6 U 88/13 – juris; so auch OLG Köln vom 13. 2. 1992 – 5 U 7/91 – r+s 1992, 134.
- 7 Das entgegenstehende Urteil des KG wird im Beschluss des OLG Schleswig nicht erwähnt; es wurde wohl übersehen und es hätte nicht im Wege des § 522 ZPO entschieden werden dürfen (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).
- 8 Vgl. BGHSt 9, 253; 14, 198.
- 9 *Martin* aaO (Fn. 4) G II Rn. 5.
- 10 OLG Oldenburg VersR 1996, 1273 lässt die Frage offen, ob der Gemeinschaftsflur noch zur Wohnung gehört.
- 11 KG vom 8. 10. 2013 – 6 U 88/13 – juris; OLG Köln vom 13. 2. 1992 – 5 U 7/91 – r+s 1992, 134; OLG Hamm vom 14. 10. 1987 – 20 U 140/87 – r+s 1988, 273; LG Hamburg VersR 1991, 659; LG Mainz VersR 1985, 559.
- 12 Vgl. z. B. den „Ärztetfall“ des OLG Hamm vom 14. 10. 1987 – 20 U 140/87 – r+s 1988, 273, bei dem es drei Möglichkeiten gab, nämlich dass der Täter als vermeintlicher Patient oder unter einem anderen Vorwand die Arztpraxis betritt, um dann in unverschlossenen privaten Räumlichkeiten Sachen zu entwenden, aufgrund einer Unaufmerksamkeit einer Sprechstundenhilfe oder indem er gebückt unter dem Empfangstresen zwischen Anmelde- und Eingangsbereich „herschlich“ und dadurch der Aufmerksamkeit der Sprechstundenhilfe entging; nur die letzte Variante wäre versichert.

bensnächste Möglichkeit, „in aller Offenheit“ die Boutique betreten. Es fehlt somit an dem Nachweis¹³ des „Einschleichens“¹⁴.

2.2. Das OLG Schleswig setzt fehlsam das unbefugte Betreten mit einem Einschleichen gleich. Darauf, ob der rumänische Täter „nach Geschlecht und Status ganz augenscheinlich nicht zur Klientel der Modeboutique“ gehört, kommt es aus Rechtsgründen nicht an. Der Täter mag sich gekleidet haben wie er will: einer optischen und/oder akustischen Wahrnehmung entzieht er sich dadurch nicht. Es fehlt an den besonderen Vorkehrungen des Täters, um unbemerkt „heimlich“ einzudringen. Unabhängig davon bestehen tatsächliche Bedenken, aus dem Geschlecht des Täters den vom Senat gezogenen Schluss anzustellen. Eine – sicherlich nicht repräsentative – Umfrage des Verfassers im Rahmen eines Vortrags vor etwa 170 Teilnehmern ergab, dass 70 % der Männer, einschließlich des Verfassers dieses Beitrags, in ihrem Leben bereits Damenboutiquen für Oberbekleidung aufgesucht haben. Gleichfalls nicht überzeugend ist der weitere Hinweis des OLG Schleswig auf den „ganz augenscheinlichen Status“ des rumänischen Täters, der als „fremd und fraglich“ aufgefallen wäre. Es kann nur vermutet werden, was mit diesen Formulierungen ausgedrückt werden soll, da die objektiven Anhaltspunkte, aus denen sich der „augenscheinliche Status“ und die „Fremdheit“ des rumänischen Täters ergeben sollen, nicht mitgeteilt werden. Ohnehin erscheint eine Zurückhaltung mit einer solchen eher subjektiven Bewertung vorzugswürdig, zumal es zahlreiche Beispiele gibt, in denen Personen mit vorgeblich hohem „Status“ durchaus ein Erscheinungsbild präsentieren, wie es Personen eines vorgeblich niedrigen „Status“ innehaben sollen. Rückschlüsse in rechtlicher Hinsicht wird man hieraus nicht ziehen können und dürfen.

2.3. Darauf, ob die zusätzlichen Vorkehrungen, um sich den Blicken zu entziehen, gegenüber dem VN erfolgen muss oder gegenüber dessen Mitarbeitern, kommt es entgegen *Martin* nicht an. Es geht nicht um die Frage einer Zurechnung im Rahmen eines subjektiven Risikoausschlusses wie z. B. § 81 Abs. 2 VVG, sondern um den Nachweis eines Versicherungsfalles auf der Ebene der objektiven Risikobeschreibung. Die Formulierung in den AVB gibt keinen Anhaltspunkt, zwischen dem VN und seinen Mitarbeitern zu differenzieren. Gegenüber welcher Person die Tat handlung begangen wird, ist unerheblich¹⁵.

3. Das OLG Schleswig sieht den Tatbestand des *Sich-Verborgen-Haltens* als „zwanglos“ gegeben an, wobei es hierauf nicht hätte abzustellen brauchen, da es zuvor die Voraussetzungen des Einschleichens bejahte.

3.1. Der mitgeteilte Sachverhalt ist für den Nachweis dieses Tatbestandsmerkmals unergiebig. Danach ging der rumänische Täter vom Ladenlokal im Erdgeschoss in die unverschlossenen privaten Räumlichkeiten im ersten Obergeschoss. Dies reicht allein für den Nachweis des Versicherungsfalles des „Sich-Verborgen-Haltens“ nicht aus. Vielmehr setzt ein „Sich-Verbergen“ voraus, dass der Täter sich den Blicken arglos Eintretender entzieht. Aus Sicht des durchschnittlichen VN wird dieser ein „Sich-Verbergen“ nur so verstehen, dass der Täter sich versteckt oder sonst dafür Sorge trägt, dass er eben nicht gesehen wird.

3.2. Dem OLG Schleswig reicht es hingegen aus, dass der Täter „es augenscheinlich verstanden hat, nach seinem Eintritt ... unentdeckt zu bleiben“. Dies genügt nicht, da die VN vor dem Verschluss des Ladenlokals keinen auch nur flüchtigen Blick in die privaten Räumlichkeiten im ersten Obergeschoss, wo der Täter sich wohl aufhielt, geworfen hatte. Das bloße Betreten eines Raums, aus dem gestohlen wird, stellt ohne weitere Vorkehrungen des Täters gerade kein Verbergen dar¹⁶. Wenn man den vom OLG Schleswig mitgeteilten Sachverhalt genügen lässt, wäre nahezu jeder einfache Diebstahl gedeckt, wird doch jeder Dieb sich

vergewissern, dass er bei Ausführung der Tat nicht beobachtet wird¹⁷.

4. Sowohl die Tathandlung des Sich-Verborgen-Haltens als auch des Einschleichen Diebstahls setzt voraus, dass die *Entwendung aus einem verschlossenen Raum* erfolgt.

4.1. Die Diebstahlabsicht muss nicht bereits zum Zeitpunkt des Einschleichens oder des Sich-Verbergens bestehen, jedoch der Verschluss des Raumes zum Zeitpunkt der Entwendung.

Sinn und Zweck des Erfordernisses des Verschlusses ist es, dass die Regelung des Einschleichen Diebstahls eine Erweiterung des „klassischen“ Einbruchdiebstahls ist und es einer Abgrenzung zum einfachen Diebstahl bedarf. Der Täter muss auf vergleichbare Schwierigkeiten bei seiner qualifizierten Tatbegehung stoßen. Daher kommt dem Einschleichen Diebstahl eine nur geringe praktische Bedeutung zu. Versichert sind im Wesentlichen die Fälle, in denen der Dieb den Verschluss unter einem Vorwand überwindet oder in denen das Gebäude nach Eintritt des Täters, aber vor Wegnahme der Sache verschlossen wird. Dabei genügt der Verschluss zur Zeit der Wegnahme. Der Diebstahl ist daher gedeckt, wenn nach der Wegnahme das Gebäude wieder geöffnet wird und der Täter es verlässt. Es bedarf keines „Ausbruchs“ des Täters¹⁸.

4.2. Allerdings ist, damit nicht aus einer qualifizierten Diebstahlversicherung die Versicherung eines nahezu jeden einfachen Diebstahls wird, die Tatbestandsvoraussetzung der zeitlichen Komponente des Verschlusses nicht zu weit auszulegen. Im Fall des OLG Schleswig soll der Täter um kurz nach 15.00 Uhr geflohen sein, also zum Zeitpunkt, in der das Ladenlokal wieder geöffnet hatte. Angesichts des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Wiedereröffnung durch Aufschließen des Ladenlokals und der Flucht des Täters erscheint es zutreffend, diese Tatbestandsvoraussetzung als noch gegeben anzusehen. Allerdings enthält das Urteil des OLG Schleswig keinen Hinweis, wann der rumänische Täter das Ladenlokal betreten hat, insbesondere ob dies kurz vor der Mittagspause war oder schon geraume Zeit vorher. Wenn Letzteres der Fall gewesen ist, wäre diese Tatbestandsvoraussetzung, da der Verschluss zur Zeit der Wegnahme nicht vorlag, nicht erfüllt. Insoweit ist der Nachweis nicht zu führen, dass das Gebäude nach Eintritt des Täters, aber vor der Wegnahme der Sache verschlossen wird¹⁹, wenn unklar ist, wann der Täter die Räumlichkeiten betrat.

13 Wobei hierfür das sogenannte Dreistufenmodell gilt, also im Rahmen des äußeren Bildes eines Einschleichen Diebstahls der VN – insoweit gilt des Strengbeweises des § 286 ZPO – zumindest die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen muss.

14 Vgl. neben KG vom 8. 10. 2013 – 6 U 88/13 – juris zu einer ähnlichen Konstellation OLG Köln vom 13. 2. 1992 – 5 U 7/91 – r+s 1992, 134, die gleichfalls eine gemischte Nutzung der für die Öffentlichkeit zugänglichen Geschäftsräume, von wo wiederum ein Zugang zu unverschlossenen und privat genutzten Räumlichkeiten bestand, zum Gegenstand hatte; großzügiger OLG Köln vom 11. 9. 2001 – 9 U 166/99 – r+s 2002, 25.

15 So auch OLG Saarbrücken VersR 1996, 578, insbesondere im Wege einer – auch bei AVB grundsätzlich zulässigen – systematischen Auslegung.

16 Vgl. *Martin* aaO (Fn. 4) D VII; AG München vom 17. 8. 1977 – 3 C 873/7 – r+s 1977, 262 und insbesondere KG vom 8. 10. 2013 – 6 U 88/13 – juris, wonach ein Sich-Verbergen-Halten fehlt, wenn der VN vor dem Abschließen nicht in die Räumlichkeiten, in der sich der Täter aufgehalten haben soll, zumindest einen Blick hinein wirft.

17 Hierauf weist z. B. *Martin* aaO (Fn. 4) D VII Rn. 11 hin.

18 So jedenfalls *Martin* aaO (Fn. 4) D VIII Rn. 20.

19 OLG Oldenburg VersR 1996, 1273; *Martin* aaO (Fn. 4) D VIII Rn. 19.

5. Die Ausführungen zur *Schadenshöhe* sind nicht frei von Bedenken. Das OLG Schleswig sieht anhand von Lichtbildern von einzelnen Schmuckstücken den Echtheitsnachweis als geführt an. Dies ist fehlsam, da Lichtbilder für die notwendigen Anknüpfungstatsachen, d. h. für die Echtheit, aber auch für die Qualität des Schmucks, Gewicht, Goldanteil etc., unergiebige Beweismittel im Wege des richterlichen Augenscheins²⁰ sind. Der weitere Hinweis des Senats, bei Trauringen würde „jedermann, der es sich irgendwie leisten kann, Wert auf eine gewisse Qualität legen“, ist nicht unproblematisch, zumal es auch bei Trauringen Qualitätsunterschiede gibt, schon hinsichtlich des Gewichts wie auch des Goldanteils. Soweit der Senat auf den „sozialen Status der Klägerin“ und ihren „für den Senat ohne Weiteres ersichtlichen Habitus“ abstellt, erscheint es zweifelhaft, dies als einen erheblichen Umstand zu berücksichtigen. Gerade bei der Entwendung von Wertsachen bedarf es nach der Rechtsprechung vielmehr nicht geringer Anforderungen, um den Echtheitsnachweis zu führen, falls keine aussagekräftigen Belege vorliegen²¹.

Der Verfasser, Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther, ist Partner in der Kanzlei BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB in Köln und Inhaber des Lehrstuhls für Sachversicherung am Institut für Versicherungswesen der TH Köln.

20 Vgl. BGH vom 29. 11. 1973 – VII ZR 179/71 – MDR 1974, 304 zu § 371 Abs. 1 ZPO; diese Lichtbilder sind bei einem Bestreiten des Prozessgegners im Original einzureichen, also die Metadaten der Bilddatei auf einem Datenträger einzureichen, entsprechend §§ 439 Abs. 1, 371 a ZPO (vgl. auch Zöller, ZPO 31. Aufl. § 371 Rn. 4 a); vgl. ferner zur Unergiebigkeit von Lichtbildern für den Echtheitsbeweis LG Mönchengladbach vom 24. 10. 2013 – 1 O 59/13.

21 Nicht geführter Echtheitsnachweis bei OLG Hamm VersR 2012, 436 zum Erwerb einer Damenuhr von einem Unbekannten in Griechenland, OLG Hamm vom 3. 5. 2013 (I-20 U 247/12 – r+s 2013, 439) zu einer hochpreisigen Uhr und LG Mönchengladbach vom 24. 10. 2013 (1 O 59/13) zu Schmuckstücken und Münzen sowie zum geführten Echtheitsnachweis OLG Köln VersR 2007, 1270 für eine Rolex-Uhr aufgrund einer Bestätigung der Fa. Rolex über eine durchgeführte Wartung.

Haftungsrecht

Arzthaftung

Wahlarzt muss die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen

BGB § 823

*** Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, der darauf zielt, der Patient sei mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen Operateur einverstanden gewesen, ist nicht erheblich, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen widerspricht (§ 823 Abs. 1 BGB). ***

BGH, Urteil vom 19. 7. 2016 (VI ZR 75/15, Koblenz)

[1] Der Kl. machte gegen die Bekl. Ansprüche auf Schmerzensgeld und Feststellung wegen einer von dem Bekl. zu 2 durchgeführten Operation geltend.

[2] Der Kl. stellte sich am 31. 8. 2011 wegen eines Morbus Dupuytren an der linken Hand zur chirurgischen Handoperation im Klinikum der Bekl. zu 3 vor. Er wurde von dem Bekl. zu 1, dem Chefarzt der Bekl. zu 3, untersucht. Am 14. 9. 2011 schloss er eine Wahlleistungsvereinbarung mit der Bekl. zu 3 ab, in der Chefarztbehandlung vereinbart war. Am 19. 9. 2011 wurde der Kl. stati-

onär aufgenommen und von dem Bekl. zu 2, dem – nicht liquidationsberechtigten – stellvertretenden Oberarzt der Bekl. zu 3, operiert. In die Operation durch den Bekl. zu 2 hatte der Kl. nicht eingewilligt. Postoperativ stellten sich bei dem Kl. an der operierten Hand erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen ein.

[3] Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen.

Die Revision des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit hier noch erheblich – ausgeführt, dem Kl. sei darin beizupflichten, dass der Eingriff mangels einer rechtsgültigen Einwilligung widerrechtlich gewesen sei. Gleichwohl scheidet eine Haftung aus, weil es an einem ersatzfähigen Schaden fehle. Zwar sei für eine hypothetische Einwilligung, wie das LG sie erörtert habe, kein Raum. Der Kl. habe sich bewusst für den Bekl. zu 1 als Operateur entschieden. Es gebe keinen Anhalt dafür, dass er auf einen entsprechenden Gegenvorschlag hin einer Operation durch den Bekl. zu 2 zugestimmt hätte. Indessen hätten die Bekl. den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erhoben, indem sie vorgetragen hätten, der Eingriff wäre in seiner konkreten Ausführung nicht anders verlaufen, wenn ihn der Bekl. zu 1 vorgenommen hätte. Das sei unbestritten geblieben und werde außerdem dadurch gestützt, dass der Bekl. zu 2 nach den Feststellungen des Sachverständigen fehlerfrei operiert habe. Der Kl. stünde genauso da, wenn die Operation, wie von ihm erwartet und konsentiert, vom Bekl. zu 1 vorgenommen worden wäre. Wenn der Kl. das in der Berufungsinstanz erstmals in Abrede stelle, könne er damit nicht mehr gehört werden (§ 531 Abs. 2 ZPO).

[5] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts können die von dem Kl. geltend gemachten Ansprüche nicht verneint werden (§§ 280 Abs. 1, 278, 823 Abs. 1, 831, 253 Abs. 2 BGB).

[6] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die von dem Bekl. zu 2 durchgeführte Operation ohne die erforderliche Einwilligung des Kl. erfolgt. Zu Recht macht die Revision geltend, dass für den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, der darauf zielt, ein anderer Operateur hätte den Eingriff rechtmäßig vornehmen dürfen, im vorliegenden Fall kein Raum ist.

[7] 1. Die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten, d. h. der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des BGH für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Dabei muss der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist (BGH vom 24. 10. 1985 – IX ZR 91/84 – BGHZ 96, 157 [173] = VersR 1986, 444 [447] zu pflichtwidrigem Verhalten eines Notars; vom 25. 11. 1992 – VIII ZR 170/91 – BGHZ 120, 281 [286] = VersR 1993, 754 [755] zu einer fehlerhaften Ausschreibung; vom 9. 3. 2012 – V ZR 156/11 – NJW 2012, 2022 Tz. 17).

[8] 2. Hier ist den Bekl. der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen (§ 823 Abs. 1 BGB) widerspricht.

[9] a) Von jeher leitet die Rechtsprechung das Erfordernis der Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und seinem Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss des Rechts auf Menschenwürde