

Erfolgte die mangelhafte Information durch einen Versicherungsmakler, erscheint eine Schadensersatzhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB dagegen denkbar. Versicherungsmakler gelten allgemein als treuhänderähnliche Sachwalter ihres Kunden<sup>39</sup>. Ihre Haftung reicht deshalb weit und erfasst jegliche Art von Verstößen gegen die vertraglich übernommenen Verpflichtungen, zu denen fraglos auch die Erteilung der für den Vertragsabschluss notwendigen Informationen zählt; die schuldhaft Verletzung der Bereitstellungspflicht (Art. 13 und 14) fällt zweifellos darunter. Schwieriger gestaltet es sich dagegen bei Verstößen gegen die inhaltlichen Vorgaben der Verordnung. Diese treffen an sich nur den Hersteller, der das Basisinformationsblatt herausgibt, und nicht den Vertrieb. Allerdings schuldet der Versicherungsmakler nicht lediglich die Erteilung von Auskünften zum angebotenen Produkt, sondern auch dessen inhaltliche Prüfung mit dem Ziel, seinem Kunden ein Angebot für den im jeweiligen Einzelfall passenden Versicherungsschutz zu beschaffen<sup>40</sup>. In diesem Zusammenhang können deshalb auch inhaltliche Fehler des bei der Vermittlung verwendeten Basisinformationsblattes, die sich auf diese Verpflichtung auswirken, Schadensersatzansprüche gegen den Versicherungsmakler begründen. Dies kann dazu führen, dass der Versicherungsmakler – bzw. der dessen Haftung deckende Pflichtversicherer – gehalten ist, den VN vermögensrechtlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Information unter Verwendung eines einwandfreien Basisinformationsblattes gestanden hätte<sup>41</sup>.

## Die „Erstentdeckertheorie“ des BGH

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 7. 2017 (IV ZR 151/15) VersR 2017, 1076 –

Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther, Köln\*

Der BGH hatte sich im Jahr 2013 mit einem Fall aus der Leitungswasserversicherung befasst, bei dem es aufgrund eines seit längerer Zeit unbemerkt gebliebenen Leitungswasseraustritt nicht mehr aufklärbar war, wann der erste Sachschaden und damit der Versicherungsfall eintrat. Problematisch wurde die Sache aufgrund eines zwischenzeitlichen Versichererwechsels. Der Vor- und der Nachversicherer schoben sich gegenseitig die Verantwortung zu und der VN saß „zwischen den Stühlen“. Der BGH hatte zu diesem Fall bereits vor der mündlichen Verhandlung ein vollständiges Urteil verfasst, welches er aufgrund eines Anerkenntnisses der Forderung durch den Versicherer nicht verkünden konnte<sup>1</sup>. Nunmehr hatte der BGH mit Urteil vom 12. 7. 2017 Gelegenheit seinen Urteilsentwurf aus der digitalen Schublade hervorzuholen und offenbar Teile von diesem seiner aktuellen Entscheidung zugrunde zulegen.

### I. Einführung

Der BGH geht in seinem Urteil vom 12. 7. 2017 auf die rechtliche Diskussion, die sich nach seinem „Schubladenurteil“ sowohl im Rahmen öffentlicher Vorträge als auch in wissenschaftlichen Beiträgen<sup>2</sup> entwickelte, nicht ein. Der Grund könnte darin liegen, dass es in seinem Urteil nicht um den Fall eines Versichererwechsels ging. Beizupflichten ist dem BGH bei seinen Ausführungen zum gedehnten Versicherungsfall in Abgrenzung zu einem schrittweise eingetretenen Versicherungsfall. Die dort vertretenen Rechtstheorien sind dem durchschnittlichen VN ebenso wenig bekannt wie die Grundsätze der juristischen Methodenlehre wie die Analogie, teleologische Reduktion, historische Auslegung o. a., was gerade einer der gewichtigen Unterschiede zwischen der Auslegung von Gesetzen und AVB ist<sup>3</sup>. Ebenso

### IV. Schluss

Am 1. 1. 2018 wird der Markt um ein weiteres Element des „fürsorglichen Verbraucherschutzes“ reicher sein. Dann werden die deutschen Lebensversicherer beweisen müssen, dass sie in der Lage sind, ein den Anforderungen der PRIIP-Verordnung entsprechendes Basisinformationsblatt anzubieten. Ob dieses Experiment gelingt, wird sich, wie so oft, erst wesentlich später zeigen. Ansporn hierfür sollte aber durchaus bestehen, bedenke man doch, welche Konsequenzen aus scheinbar kleinen Unzulänglichkeiten resultieren können, wie sich jüngst etwa anhand der Belehrungsproblematik<sup>42</sup> oder bei den Folgen unterlassener Anpassung von Versicherungsbedingungen an das neue VVG<sup>43</sup> mit aller Härte gezeigt hat. Schon das Bewusstsein, dass hier erhebliche Risiken bestehen, mag dabei helfen, grundlegende Fehler zu vermeiden und dazu beitragen, dass die neue Informationspflicht auch aus Sicht der Anbieter von Versicherungsanlageprodukten zu einem echten Erfolg wird.

39 BGHZ 94, 356 = VersR 1985, 735; Dörmer in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 59 (Nr. 10) Rn. 72.

40 OLG Hamm vom 30. 4. 2012 – 18 U 141/06 – NJW-RR 2013, 38; Dörmer in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 59 (Nr. 10) Rn. 73.

41 BGH VersR 2014, 625.

42 Grundlegend BGHZ 201, 101 = VersR 2014, 817; die hierzu ergangene Rechtsprechung ist mittlerweile kaum noch überschaubar.

43 BGHZ 191, 159 = VersR 2011, 1550.

verdient die Ablehnung der „Theorie des ersten Tropfens“<sup>44</sup> durch den BGH ihre Zustimmung<sup>5</sup>.

### II. Kritik

Es besteht allerdings die Gefahr, dass die unbefriedigende „Theorie des ersten Tropfen“ durch eine nur auf den ersten Blick sachgerecht erscheinende „Erstentdeckertheorie“<sup>6</sup> ersetzt wird.

1. Bedenklich ist bereits zur Begründung seiner Ansicht der Rückgriff des BGH auf die vertragliche Obliegenheit des VN zur unverzüglichen Anzeige des Versicherungsfall (vgl. § 30 VVG). Obliegenheiten als subjektive Risikobeschränkungen haben

\* Der Autor ist Partner der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Partnerschaftsgesellschaft mbB, Büro Köln und Inhaber des Lehrstuhls für Sachversicherung und verwandte Versicherungszweige am Institut für Versicherungswesen, Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, TH Köln.

► Der Verfasser ist Autor des Buches „Der Regress des Sachversicherers“, VVW GmbH, 6. Aufl. 2015.

1 Felsch r+s 2014, 313.

2 Günther jurisPR-VersR 11/2015 Anm. 1.

3 Näher hierzu Günther, Methodenlehre im Versicherungsrecht iBook Köln 2012 S. 69 ff.

4 OLG Köln vom 14. 2. 2008 – 20 U 246/07 – r+s 2008, 245; OLG Celle VersR 2013, 57; Gruber/Mittendorf NJW 2015, 2433.

5 S. Günther, Methodenlehre im Versicherungsrecht iBook Köln 2012 S. 69 ff.

6 Von Felsch „Theorie des letzten Tropfen“ genannt r+s 2014, 313.

nichts gemein mit der Definition des objektiven Versicherungsfalls als Leistungsbeschreibung<sup>7</sup>.

2. Es stellen sich bei der „Erstentdeckertheorie“ des BGH *Zurechnungsfragen*. Kommt es nur auf die eigene Entdeckung des VN und von Personen an, deren Kenntnis sich der VN versicherungsvertragsrechtlich zurechnen lassen muss, wie der Mitversicherte gem. § 47 Abs. 1 VVG, der Wissensvertreter entsprechend § 166 BGB oder der Repräsentant nach den Grundsätzen der Risikoverwaltung und/oder Vertragsverwaltung als Einschränkung des § 278 BGB? Selbst auf Grundlage der „Erstentdeckertheorie“ kann es auf eine Zurechnung nicht ankommen, da auch hier der Versicherungsfall zu unterscheiden ist von subjektiven Risikobeschränkungen (z. B. §§ 23, 28, 81 VVG), bei denen diese Zurechnungsmöglichkeiten Anwendung finden.

*Beispiel 1:*

In einem vermieteten Haus bemerkt der Mieter den sich langsam ausbreitenden Wasserfleck, den er aber aus Sorglosigkeit zunächst nicht seinem Vermieter als VN der Gebäudeversicherung mitteilt. Auf die verspätete Schadensanzeige durch den VN kann sich der Versicherer mangels Repräsentanteneigenschaft des Mieters nicht stützen. Für die Frage des Versicherungsfalls ist aber die „Erstentdeckung“ durch den Mieter maßgebend<sup>8</sup>.

3. Es bleibt nach dem Urteil des BGH ungeklärt, ob ein „subjektiver“ oder ein „objektiver“ Begriff des „Erstentdeckers“ gilt. Kommt es auf die objektive Möglichkeit der Entdeckung an oder muss der „Erstentdecker“ den Versicherungsfall auch tatsächlich, wenn ja wie und mit welchen Rückschlüssen, entdeckt haben? Auch hier kann es auch auf Grundlage der „Erstentdeckertheorie“ nur auf einen objektiven Maßstab ankommen.

*Beispiel 2:*

Der VN macht seit Weihnachten Urlaub und kehrt am 6. 1. 2016 zurück. Zum 1. 1. 2016 erfolgte jedoch der Wechsel von Versicherer A auf Versicherer B. Nach seiner Rückkehr stellt der VN einen Wasserschaden fest. Hier kommt es nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Entdeckung des VN an, sondern, wann die Entdeckung objektiv möglich gewesen wäre. Das Abstellen auf einen subjektiven Entdeckerbegriff würde sonst zu geradezu beliebigen Ergebnissen führen, z. B. wenn ein Gebäude über Jahre leer steht oder der VN verleitet sein kann, den Schaden zu einem ihm genehmen Zeitpunkt zu „entdecken“.

*Beispiel 3:*

Die Versicherung endet für den VN am 1. 1. 2016. Am 2. 1. 2016 entdeckt er den Wasserschaden. Müsste nicht nach der „Erstentdeckertheorie“ dem VN die Entschädigung verweigert werden, da der Nasseschaden erst in versicherungsfreier Zeit festgestellt wurde (argumentum ad absurdum)? Hier müssten die Vertreter der „Erstentdeckertheorie“ diese einschränken und darauf abstellen, dass es auf den materiellen Versicherungsschutz zum Zeitpunkt des Schadeneintritts ankommt und nicht der Schadensentdeckung<sup>9</sup>.

4. Auf Grundlage der „Erstentdeckertheorie“ bleibt offen, wie diese mit *deckungslosen Zeiträumen* umgeht.

*Beispiel 4:*

Für den VN besteht seit dem 1. 1. 2012 Versicherungsschutz. Seit dem 1. 3. 2013 besteht aufgrund einer qualifizierten Mahnung gem. § 38 VVG kein materieller Versicherungsschutz mehr. Am 1. 12. 2013 zahlt der VN nun doch die Prämie und genießt *ex tunc* wieder Versicherungsschutz. Einen Tag später „entdeckt“ er angeblich erstmalig einen Wasserschaden.

*Beispiel 5:*

Der VN war bis zum 1. 1. 2011 bei dem Versicherer A versichert. Dieser kündigt den Vertrag gem. § 92 VVG, nachdem er vier Leitungswasserschäden reguliert hat. Der VN ist seitdem fünf Jahre ohne Versicherung und schließt eine solche erst wieder zum 1. 1. 2016 ab. Am 1. 3. 2016 meldet er einen Leitungswasserschaden, der sich über eine lange Zeit entwickelt hat, wobei nicht aufklärbar ist, ob die erste Schädigung vor oder nach dem 1. 1. 2011 eintrat, jedenfalls aber deutlich vor dem 1. 1. 2016.

Beide Fälle zeigen, wie unbefriedigend die „Erstentdeckertheorie“ ist, insbesondere wenn man auf den „subjektiven“ Entdecker abstellen würde. Der VN, der über lange Zeiträume keine Prämie zahlt, wird dem VN gleichgestellt, der durchgehend versichert war und seiner Grundleistungspflicht in Form der fristgerechten Prämienzahlung nachkam.

5. Eine rechtliche Theorie muss gerade bei zugespitzten Konstellationen ihre Richtigkeit beweisen. Dies ist bei der „Erstentdeckertheorie“ nicht der Fall. Sie führt zu *willkürlichen Ergebnissen*.

*Beispiel 6<sup>10</sup>:*

Der VN ist bei dem Versicherer A versichert. Er wechselt zum Versicherer B mit Wirkung zum 1. 9. 2016, 00.00 Uhr. Am 1. 9. 2017 um 7.00 Uhr entdeckt der VN nach seinen Angaben erstmalig einen Wasserschaden. Nach der „Erstentdeckertheorie“ genügt es, wenn eine juristische Sekunde nach Versicherungsbeginn der Leitungswasserschaden „entdeckt“ wird. Dann wäre der Versicherer B gegenüber dem VN zu 100 % eintrittspflichtig, auch wenn es auf der Hand liegt, dass 99,99 % des Sachschadens sich im bei dem Versicherer A versicherten Zeitraum ereignet hatte und nur der „allerletzte Topfen“ während der Laufzeit des Vertrags bei dem Versicherer B einwirkte.

6. Auswirkungen hat die „Erstentdeckertheorie“ – was bislang übersehen wurde – nicht nur für die Sach-, sondern auch für die *Betriebsunterbrechungsversicherung*.

Dort ist der Anspruch auf den zu ersetzenden Ertragsausfallschaden durch die Haftzeit begrenzt. Die Haftzeit beginnt mit Eintritt des Sachschadens<sup>11</sup>. Der Beginn der Betriebsunterbrechung ist zwar in aller Regel deckungsgleich mit dem Eintritt des Sachschadens, muss es aber nicht sein, wenn der Sachschaden zunächst nicht bemerkt wird. Dies kann zur Folge haben, dass eine Betriebsunterbrechung nicht versichert ist, wenn bei Entdeckung des Sachschadens die Haftzeit bereits verstrichen ist.

7 Vgl. Günther, Methodenlehre im Versicherungsrecht iBook Köln 2012 S. 69 ff.

8 Anders ist es in der in der Praxis unbedeutenden Schwamm- und Hausbockkäferversicherung, wonach gem. § 4 Nr. 3 SchHB 79 „der Versicherungsfall [beginnt], sobald der Versicherungsnehmer von dem Schadensereignis (Befall) Kenntnis erlangt, spätestens mit der Feststellung des Schadens durch den Versicherer; er endet mit der Beseitigung des Schadens.“

9 Vgl. OLG Schleswig VersR 2015, 1422, allerdings zur Schwamm- und Hausbockkäferversicherung.

10 Es handelt sich dabei nicht um einen fiktiven Fall, sondern um einen, der bei dem LG Köln (20 O 343/17) anhängig ist, wobei dort noch die Besonderheit besteht, dass die Versicherung bei dem Vorversicherer erst am 1. 9. 2016, 12.00 Uhr endet, also zumindest für einen Zeitraum von zwölf Stunden eine Doppelversicherung bestand.

11 OLG Hamm VersR 1980, 668.

**Beispiel 7:**

In einem vom LG Wiesbaden<sup>12</sup> zu beurteilenden Fall aus einer Leitungswasser-Betriebsunterbrechungsversicherung war Schadenstag der 7. 4. 2004. Eine Betriebsunterbrechung trat jedoch erst im November und Dezember 2005 ein. Zu diesem Zeitpunkt war der der Haftungszeitraum von zwölf Monaten bereits verstrichen, sodass die Klage abgewiesen wurde.

Dieser Fall belegt, dass die „Theorie des ersten Topfens“ zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen kann. Allerdings zeigt es sich auch, dass das andere Extrem in Form der „Erstentdeckertheorie“ in Verbindung mit einem subjektiven Ansatz ebenso abzulehnen ist. Es wäre der Zeitpunkt der „Erstentdeckung“ von einer Reihe von tatsächlichen oder angeblichen Zufällen abhängig. Vielmehr ist, selbst wenn man der „Erstentdeckertheorie“ folgen würde, für den Sachschaden als Beginn der Haftzeit in der Betriebsunterbrechungsversicherung vielmehr weder der Beginn der ersten Beschädigung der Sache noch der subjektiver Zeitpunkt der „Erstentdeckung“ maßgeblich. Vielmehr ist in der Betriebsunterbrechungsversicherung für den Beginn der Haftzeit der Eintritt eines so gravierenden, wenngleich noch nicht entdeckten, Sachschadens maßgebend, der bei der fiktiven Annahme, er wäre sofort festgestellt worden, zu einer Betriebsunterbrechung geführt hätte<sup>13</sup>.

7. Es stellt sich die Frage, ob die „Erstentdeckertheorie“ auf den Bereich der Leitungswasserversicherung beschränkt ist. Auch im Rahmen z. B. der Feuer-, Einbruchdiebstahl- und Sturmversicherung sind vergleichbare Konstellationen denkbar.

**Beispiel 8:**

Es kommt in der Silvesternacht, als der VN auswärts feiert, zu einem Brand durch einen Feuerwerkskörper. Just in dieser Nacht gibt es einen Versichererwechsel von Versicherer A auf Versicherer B. Es ist nicht mehr aufklärbar, ob der Beginn des Brandes vor oder nach Mitternacht war, jedenfalls hat sich der Brand auch nach 24.00 Uhr weiterentwickelt. Nach der Erstentdeckertheorie des BGH wäre der Versicherer B in der vollen Deckung.

**Beispiel 9:**

Bei dem Geschäftsinhaber wird über das Wochenende eingebrochen. Versicherungsbeginn bei dem Versicherer A war der Sonntag, 00.00 Uhr. Es bleibt ungeklärt, wann die Täter eingebrochen sind. Dieses Beispiel hat mit der „Erstentdeckertheorie“ nichts zu tun, da es sich um ein punktuell Ereignis handelt. Wenn der VN nicht nachweisen kann, ob sich der Einbruchdiebstahl im versicherten Zeitraum ereignete, bleibt er beweisfällig<sup>14</sup>.

**III. Anteilstheorie**

1. Einige der Beispielfälle belegen, dass der „Erstentdeckertheorie“ ebenso wenig zu folgen ist, wie der „Theorie des ersten Topfens“. Maßgebend gegen die „Erstentdeckertheorie“ des BGH sprechen insbesondere die rechtsdogmatischen Bedenken durch Vermischung der Entdeckung des Versicherungsfalls mit dessen Entstehung, also mit einem Sachschaden durch bestimmungswidrig austretendes Leitungswasser. Beides hat rechtlich nichts miteinander zu tun. Das ausschließliche Abstellen des BGH auf den Entdeckungszeitpunkt, der dann in einer Schadensmeldung bei dem gegenwärtigen Versicherer mündet, wäre eine Übertragung des angloamerikanischen „Claims-made-Prinzip“ auf die Sachversicherung. Im Rahmen diese Prinzips, welches in Deutschland insb. im Bereich der D&O-Versicherung gilt, wird darauf abgestellt, dass der Geschädigte seinen Anspruch während der Versicherungszeit erhebt. Diese Theorie kann im Rahmen der Sachversicherung ebenso wenig angewendet werden, wie die anderen Versicherungsfalldefinitionen in der Haftpflichtversicherung, wie z. B. die Ereignistheorie oder die Ursachentheorie<sup>15</sup>.

2. Es ist vielmehr eine *quotale Abgrenzung* der Sachsubstanzschäden vorzunehmen. Das Gericht hat dabei unter sachverständiger Hilfe den Leitungswasserschaden zu ermitteln, der bis zum Wechsel von Versicherer A auf Versicherer B eintrat. Der Versicherer A deckt den Schaden bis zum Wechsel auf Versicherer B, der Versicherer B den nachfolgenden Anteil. Die praktischen Schwierigkeiten sind beherrschbar, insbesondere im Rahmen des weiten richterlichen Bewertungsspielraums aufgrund der Beweiserleichterung des § 287 ZPO. Der Strengbeweis des § 286 ZPO gilt nämlich nicht mehr zu Lasten des VN, wenn feststeht, dass zumindest irgendein Sachsubstanzschaden im jeweils versicherten Zeitraum eingetreten ist<sup>16</sup>. Dieses Nachweises bedarf es selbst bei Anwendung der „Erstentdeckertheorie“<sup>17</sup>.

Mit dieser Anteilstheorie können alle Beispielfälle einer sachgerechten Lösung zugeführt werden. Nach Auffassung des BGH ist dessen „Erstentdeckertheorie“ bei den VGB 62 nicht anwendbar<sup>18</sup>. Dies kann in der Praxis zu merkwürdigen Ergebnissen führen, zumal es immer noch eine hohe Anzahl von Verträgen mit Geltung der VGB 62 gibt. Dieses Problem stellt sich bei der Anteilstheorie gleichfalls nicht, da deren Ergebnis unabhängig davon ist, welche VGB-Fassung dem Vertrag zugrunde liegt.

**IV. Doppelversicherungslösung**

1. Die Anwendung einer Doppelversicherung gem. § 78 Abs. 1 VVG des Vor- und Nachversicherer hätte für den VN den Vorteil, dass beide Versicherer ihm gegenüber als Gesamtschuldner Deckung zu gewähren hätten. Der VN sitzt nicht (mehr) „zwischen den Stühlen“ und kann sich einen der Versicherer auswählen und diesen in voller Höhe in Anspruch nehmen.

Eine Versicherung über die dieselbe Gefahr bei mehreren Sachversicherern liegt vor, sodass grundsätzlich eine Doppelversicherung gem. § 77 VVG vorliegt. Der VN müsste ferner nachweisen, dass bei beiden Versicherern ein Sachsubstanzschaden innerhalb des jeweils gedeckten Zeitraums eintrat, wobei „ein Tropfen“, wenn er zu einem Schaden geführt hat, genügt. Das versicherte Interesse ist bei beiden Versicherern gleichfalls gedeckt Auch die Person des VN ist in aller Regel deckungsgleich<sup>19</sup>, gleiches gilt für den Deckungsumfang in beiden Gebäudeversicherungsver-

12 LG Wiesbaden vom 12. 9. 2007 – 10 O 48/07 – zfs 2008, 519 mit krit. Anm. von Rixecker zfs 2008, 519.

13 Günther, Betriebsunterbrechungsversicherung in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. 2017.

14 Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. 2008 § 10 Rn. 1

15 Ausführlich hierzu zuletzt Schimikowski r+s 2017, 393.

16 Diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind nicht größer als in dem vom BGH VersR 2005, 828 bei dem der BGH die zurückverwies zur Aufklärung, ob die Schäden durch in die Erde versickertes ehemaliges Oberflächenwasser (versichert) oder durch originären Grundwasser (nicht versichert) verursacht wurden, näher hierzu Günther r+s 2006, 157.

17 Vgl. z. B. OLG Hamm vom 20. 7. 2015 – I-20 W 19/15 – r+s 2015, 451, wo sich der Versicherer darauf berufen hatte, dass der Näsenschaden erst nach Beendigung des Versicherungsschutzes eingetreten war und für das OLG Hamm war dieser Einwand beachtlich und bewilligte Prozesskostenhilfe, da zu dieser Frage ein Sachverständigen Gutachten einzuholen sei.

18 Was damit begründet wird, dass nach § 6 Nr. 2 VGB 62 der Versicherungsfall „in dem Zeitpunkt ein[tritt], in dem sich eine versicherte Gefahr an versicherten Sachen zu verwirklichen beginnt“ (vgl. Felsch r+s 2014, 313; Gruber/Mittendorf NJW 2015, 2433).

19 Wobei es hierauf nicht ankommt, vgl. Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. 2008 § 77 Rn. 59.

träge<sup>20</sup>. Dem zuerst in Anspruch genommene Versicherer stünde ein Ausgleichsanspruch gem. § 78 Abs. 2 VVG gegenüber dem anderen Versicherer zu und beide Versicherer würde sich intern den Schaden aufteilen – ein vernünftiges Ergebnis<sup>21</sup>.

2. Die Anhänger der „Erstentdeckungstheorie“ verneinen jedoch eine Doppelversicherung zwischen dem früheren Versicherer und dem bei der „Erstentdeckung“ bestehenden Versicherer aufgrund des Fehlens der zeitlichen Identität<sup>22</sup>. Nach allgemeiner Ansicht setzt eine Doppelversicherung eine zumindest teilweise zeitliche Überlappung voraus. Dies ergebe sich aus dem Normzweck. Der Gesetzgeber sei als Selbstverständlichkeit hiervon ausgegangen und deswegen sei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung unterblieben<sup>23</sup>. Für diese einhellige Auffassung spricht auch die Obliegenheit des VN in § 77 VVG, „jedem Versicherer die andere Versicherung unverzüglich mitzuteilen“. Diese Regelung ergibt nur Sinn, wenn eine zeitliche Überschneidung zwischen den beiden Versicherungsverträgen gibt.

Allerdings stellt sich die Frage, ob tatsächlich keine zeitliche Identität vorliegt. Geht man von einem, wenngleich sich über

lange Zeit erstreckenden, Versicherungsfall aus, trat bei jedem Versicherer innerhalb des gedeckten Zeitraums der sich zeitlich überlappende Versicherungsfall ein. Es fehlt zwar an der formellen Identität, da keine zeitliche Übereinstimmung der Laufzeit der Versicherungsverträge vorliegt. Im Rahmen des § 77 VVG ist aber die Dauer des materiellen Versicherungsschutzes maßgebend und nicht der formelle oder gar der technische Versicherungsbeginn<sup>24</sup>.

- 20 Wobei eine Teilidentität genügt, s. BGH vom 20. 1. 1988 – IV a ZR 165/86 – NJW-RR 1988, 727; VersR 1976, 847 zur Gebäudeversicherung.
- 21 In diese Richtung geht eine Empfehlung des GDV, zitiert bei Günther jurisPR-VersR 11/2015 Anm. 1.
- 22 OLG Schleswig VersR 2015, 1422; Knappmann r+s 2012, 495.
- 23 Vgl. z. B. Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. 2008 Bd. 3 § 77 Rn. 46.
- 24 Vgl. Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. 2008 § 77 Rn. 47; Kisch, Mehrfache Versicherung S. 62; zur Möglichkeit einer analogen Anwendung s. Günther, Methodenlehre im Versicherungsrecht iBook Köln 2012 S. 69 ff.

## Zur ärztlichen Aufklärungspflicht vor relativ indizierten medizinischen Eingriffen

Dr. Martin Zurlinden, Hamm\*

Wenn vor Gericht über medizinische Eingriffe und deren Folgen gestritten wird, erhebt der Patient regelmäßig nicht nur Behandlungsfehlervorwürfe, sondern auch Aufklärungsrügen. Letztere werden nicht selten mit dem Vortrag verbunden, dass der fragliche Eingriff lediglich „relativ indiziert“ gewesen sei. Der folgende Beitrag verhält sich zunächst zum Begriff der relativen Indikation und gibt sodann einen kurzen Überblick über die Auswirkungen auf die ärztliche Aufklärungspflicht.

### I. Definition der relativen Indikation

1. Die Onlineausgabe des „Psyhyrembel“ definiert die relative Indikation als „Begründung für die Anwendung einer therapeutischen Maßnahme, wenn die Notwendigkeit dieser Behandlung nicht als zwingend anzusehen ist“<sup>1</sup>. Diese und andere Definitionen haben im Kern gemein, dass es um Maßnahmen geht, die aus medizinischer Sicht vertretbar oder ratsam, aber nicht zwingend geboten sind, weil der angestrebte Behandlungserfolg verzichtbar ist oder auch auf anderem Wege erreicht werden kann. Ein solches Begriffsverständnis, von dem ersichtlich auch der BGH ausgeht<sup>2</sup>, liegt den folgenden Ausführungen zugrunde. Anzumerken ist noch, dass über die zitierte Psyhyrembel-Definition hinaus auch rein diagnostische Maßnahmen ohne therapeutischen Eigenwert als relativ indiziert bezeichnet werden können, wenn sie nicht zwingend geboten sind.

2. Von der Indikation sollte aus Gründen der begrifflichen Klarheit die zeitliche Dringlichkeit des Eingriffs unterschieden werden<sup>3</sup>. Eine absolut indizierte Operation muss nicht dringlich sein (Beispiel: mittelfristig lebensnotwendige Entfernung einer langsam wachsenden, nicht metastasierenden Krebsgeschwulst)<sup>4</sup>. Umgekehrt kann ein nur relativ indizierter Eingriff dringlich sein (Beispiel: operative Korrektur einer tolerablen, aber lästigen Fehlstellung nach Knochenbruch, wenn die Korrektur nur innerhalb eines kleinen Zeitfensters vor der knöchernen Konsolidierung stattfinden kann). Zum Ausdruck kommt die Unterscheidung auch im Wortlaut des § 630 e Abs. 1 S. 2 BGB, der eine Aufklärung des Patienten über die Notwendigkeit und die Dringlichkeit der medizinischen Maßnahme verlangt. Die Dringlichkeitsaufklärung ist nicht Gegenstand dieser Darstellung<sup>5</sup>.

### II. Risikoaufklärung

Dem BGH zufolge wird der Umfang der gebotenen Aufklärung über die Risiken eines medizinischen Eingriffs u. a. durch das Gewicht seiner Indikation bestimmt<sup>6</sup>. Je weniger ein ärztlicher Eingriff medizinisch geboten ist, desto ausführlicher und eindrücklicher ist der Patient über etwaige schädliche Folgen zu informieren<sup>7</sup>. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass über Risiken, die für die Entscheidung des Patienten nicht ernsthaft ins Gewicht fallen können, auch nicht aufgeklärt werden muss<sup>8</sup>.

- \* Der Autor gehört dem u. a. für Arzthaftungssachen zuständigen 3. Zivilsenat des OLG Hamm an.
- 1 S. [www.psyhyrembel.de/relative Indikation/B0S1N/doc](http://www.psyhyrembel.de/relative%20Indikation/B0S1N/doc) (zuletzt abgerufen am 9. 11. 2017).
- 2 Vgl. BGH VersR 2014, 586 Tz. 9.
- 3 Mitunter wird die zeitliche Dringlichkeit allerdings als Aspekt der Indikation aufgefasst, vgl. BGH VersR 2009, 257 Tz. 13; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht 7. Aufl. 2014 Rn. C 8.
- 4 S. auch BGH VersR 1984, 538 (539): Hysterektomie (operative Gebärmutterentfernung) zur Beseitigung von Blutungen absolut indiziert, aber nicht dringlich.
- 5 Vgl. zur Dringlichkeitsaufklärung etwa BGH VersR 1990, 1238 (1239). In der Entscheidung BGH VersR 1994, 682 (683) wird die Dringlichkeitsaufklärung unter dem Aspekt der Alternativenaufklärung behandelt; die Übergänge sind fließend.
- 6 BGH VersR 2009, 257 Tz. 13. Kritisch Hager in Staudinger, BGB Neubearb. 2009 § 823 Rn. I 86.
- 7 BGH VersR 1991, 227 (228).
- 8 BGH VersR 2009, 257 Tz. 16. S. jetzt auch § 630 e Abs. 1 S. 1 BGB: „sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände“. Was ernsthaft ins Gewicht fallen kann bzw. für die Einwilligung wesentlich ist, muss naturgemäß der aufklärende Arzt beurteilen, da nur dieser entscheiden kann, was er dem Patienten sagt. Es ist daher zwingend eine gewisse Objektivierung der Interessenlage des Patienten erforderlich, obwohl der Patient selbstverständlich das Recht hat, den Eingriff auch aus objektiv unvernünftigen Gründen abzulehnen (vgl. BGH VersR 2015, 196 Tz. 22 zur Frage der hypothetischen Einwilligung).