

DER ARZT ALS MEDIZINISCHE HILFSPERSON
BEIM ABSCHLUSS VON VERSICHERUNGS-
VERTRÄGEN

**– EINE ANALYSE DER RECHTSVERHÄLTNISSE ZWISCHEN
ARZT, ANTRAGSTELLER UND VERSICHERER,
INSBESONDERE ZUR WISSENS-, ERKLÄRUNGS- UND
HAFTUNGSZURECHNUNG NACH DEM BISHERIGEN RECHT
UND DEM VVG 2008**

ALEXANDER KLEIN, LL.M.

Alexander Klein, LL.M.

DER ARZT ALS MEDIZINISCHE HILFSPERSON
BEIM ABSCHLUSS VON VERSICHERUNGS-
VERTRÄGEN

– EINE ANALYSE DER RECHTSVERHÄLTNISSE ZWISCHEN
ARZT, ANTRAGSTELLER UND VERSICHERER,
INSBESONDERE ZUR WISSENS-, ERKLÄRUNGS- UND
HAFTUNGSZURECHNUNG NACH DEM BISHERIGEN RECHT
UND DEM VVG 2008

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte der Universität Mannheim

unter der Betreuung von

Prof. Dr. Helmut Heiss, LL.M.

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Privatversicherungsrecht,
Europäisches und Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und
Direktor der Abteilung II des Instituts für Versicherungswissenschaft der
Universität Mannheim

Die mündliche Prüfung fand am 14.11.2008 unter dem Vorsitz von Herrn Professor Dr. Hans-Joachim Cremer statt. Professor Dr. Helmut Heiss, LL.M. und em. o. Professor Dr. Egon Lorenz waren die zur Prüfung bestimmten Referenten. Der Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre war Professor Dr. Carsten Schäfer.

VORWORT

Die vorliegende Ausarbeitung wurde als Dissertation von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gilt Herrn Professor Dr. Helmut Heiss, LL.M. für die Unterstützung schon bei der Themenbegrenzung und der Anleitung über den gesamten Zeitraum der Anfertigung der Dissertation sowie für seine Mithilfe bei dem Abschluss der publizierten Version.

Außerdem danke ich Herrn Professor Dr. Egon Lorenz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich widme diese Arbeit

meiner Großmutter Klara Klein, der ich sehr viel zu verdanken habe und die sie bestimmt sehr gerne gelesen hätte

und

meiner Mutter Rosemarie Klein, die durch ihre dauerhafte Unterstützung die von mir beschrittenen Wege erst möglich machte.

Alexander Klein
Berlin, im April 2009

KAPITELÜBERSICHT

1

EINFÜHRUNG

2

**DAS DREIPERSONENVERHÄLTNISS ANTRAGSTELLER,
ARZT UND VERSICHERER**

3

DIE WISSENSZURECHNUNG

4

DIE HAFTUNG FÜR HANDLUNGEN DES ARZTES

5

**ZUSAMMENFASSUNG, RECHTSFOLGEN
UND ERGEBNIS**

INHALTSVERZEICHNIS

<u>KAPITEL 1: EINFÜHRUNG</u>	1
<u>KAPITEL 2: DAS DREIPERSONENVERHÄLTNIS</u> <u>ANTRAGSTELLER, ARZT UND VERSICHERER</u>	7
A. EINLEITUNG	7
B. DER VOM VERSICHERER EINGESCHALTETE ARZT	9
I. Die Rolle des Arztes als Gutachter	9
II. Der niedergelassene, selbstständige Arzt und der Krankenhausarzt	10
1. Arzt und Versicherer	14
a) Vertragstypus	14
b) Vergütung	18
c) Vertragsschluss durch den Antragsteller als Vertreter oder Bote des Versicherers	20
2. Antragsteller und Versicherer	24
a) Die Anzeigepflicht nach dem bisherigen VVGaF und dem neuen VVG	25
aa) zeitliche Grenzen der Anzeigepflicht	26
bb) inhaltliche Grenzen der Anzeigepflicht	29
b) die Pflichten in dem Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherer in der Zusammenfassung	33
3. Antragsteller und Arzt	33
III. Der Gesellschaftsarzt	36

C. DER VOM ANTRAGSTELLER EINGESCHALTETE ARZT	39
I. Gutachtenerstellung	40
1. Arzt und Antragsteller	41
2. Antragsteller und Versicherer	41
3. Arzt und Versicherer	41
II. Beratung	45
1. Arzt und Antragsteller	45
2. Antragsteller und Versicherer	49
3. Arzt und Versicherer	49
D. ZUSAMMENFASSUNG	51
<u>KAPITEL 3: DIE WISSENSZURECHNUNG</u>	53
A. PROBLEMAUFRISS	53
B. DOGMATISCHE HINTERGRÜNDE	57
I. Der Wissensbegriff	57
II. Die Grundlagen der Zurechnung	59
1. Notwendigkeit der Zurechnung ärztlichen Handelns	59
2. Die Organ- und Vertretertheorie	60
3. Die „Mannheimer These“, die organisationsbegründete Zurechnung des allgemeinen Repräsentanten und der BGH	63
C. DIE RECHTSLAGE ZUR ZEIT DES VVGaF	71
I. Wissenszurechnung im Bürgerlichen Recht	71
1. § 164 I, III BGB	71
2. § 166 I BGB und der vorgesehene Anwendungsbereich	72
3. § 166 I BGB und die Anwendung in der Praxis	74
a) Prinzip der erweiterten persönlichen	

Anwendung	74
b) Anwendung bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen	77
c) Wissensvertreter	77
aa) Grundlagen	77
bb) Der Arzt als Wissensvertreter	80
a) Der vom Antragssteller eingeschaltete Arzt	80
β) Der vom Versicherer eingeschaltete Arzt	84
d) Der Wissensvertreter ist nicht automatisch Wissenserklärungsvertreter	85
e) Zwischenergebnis § 166 I BGB	86
II. Wissenszurechnung im Versicherungsrecht, insbesondere § 43, 44 VVGaF	87
1. Das Verhältnis der §§ 43, 44 VVGaF zu §§ 164 ff. BGB	87
2. Passive Vertretungsmacht als Ausgangspunkt für die Wissenszurechnung	88
3. Versicherungsagent	89
a) Versicherungsagent und Versicherungsmakler	90
b) Vermittlungs- und Abschlussagent	90
c) der Arzt ist kein Vermittlungsagent	92
4. Reichweite des § 43 VVGaF, analoge Anwendung	94
a) Auge-und-Ohr-Rechtsprechung	95
b) Auswirkung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf § 44 VVGaF, insbesondere Vorwissen des Arztes über den Antragsteller	99
aa) keine Zurechnung von Vorwissen	102
bb) Zurechnung von Vorwissen	103
cc) Zurechnung und die Interessen des	

<i>Antragstellers im Wege der Vertragsauslegung</i>	104
c) Möglichkeiten der Vollmächts- einschränkung	106
d) Zwischenergebnis: der Arzt und §§ 43, 44 VVGaF	109
5. Rechtsprechungsübersicht zu Ärzten als Mittelpersonen beim Vertragsschluss	109
a) BGH am 02.11.1967	110
b) BGH am 29.05.1980	113
c) BGH am 21.11.1989	115
d) OLG Frankfurt am 17.08.1992	117
e) BGH am 07.03.2001	120
f) Zusammenfassung der Entwicklung der Rechtsprechung	122
6. Auswirkungen von Arglist und Vertretungs- machtsmissbrauch auf die Wissenszurechnung	123
7. Keine Wissenszurechnung über das versicherungsrechtliche Repräsentanten- modell	129
III. Zwischenergebnis zur Rechtslage zur Zeit des VVGaF: Analogieschluss	131
1. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt	131
a) Der niedergelassene Arzt	131
aa) <i>Regelungslücke</i>	131
bb) <i>Planwidrigkeit</i>	133
cc) <i>Analogieschluss</i>	134
dd) <i>Fazit</i>	134
b) der Gesellschaftsarzt	135
2. Vom Antragssteller eingeschalteter Arzt	136
a) Beratung	136
b) Gutachtenerstellung	137

D. DIE NEUE RECHTSLAGE MIT EINFÜHRUNG DES VVG	138
I. Wissenszurechnung nach dem Bürgerlichen Recht	139
1. § 166 I BGB	139
2. Wissensvertreter	139
II. Die Wissenszurechnung im neuen VVG	140
1. Systematik	140
2. § 69 I VVG	141
3. § 70 VVG	142
4. § 72 VVG	146
III. Zwischenergebnis zur Rechtslage unter dem neuen VVG; Was ist neu, was ist geblieben?	150
1. Der vom Versicherer eingeschalteter Arzt	150
a) Der selbständige, niedergelassene Arzt	150
aa) <i>Planwidrige Regelungslücke</i>	150
bb) <i>Analogieschluss</i>	150
b) Der Gesellschaftsarzt	151
2. Vom Antragssteller eingeschalteter Arzt	151
a) Beratung	152
b) Gutachtenerstellung	152
3. Fazit zur neuen Rechtslage	153
<u>KAPITEL 4: HAFTUNG FÜR HANGLUNGEN DES ARZTES</u>	155
A. EINFÜHRUNG ZU HAFTUNGSFRAGEN	155
B. HAFTUNG FÜR ERKLÄRUNGEN DES ARZTES UND DEREN ZURECHNUNG	
I. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt	157
1. Erklärungen des niedergelassenen Arztes dem Antragsteller gegenüber	157
a) Eigenhaftung des Arztes dem Antragsteller gegenüber	158
b) Zurechnung	159

<i>aa) Vertrauenshaftung für falsche Auskünfte des Versicherungsvertreters</i>	160
<i>bb) Erfüllungsgehilfenhaftung</i>	164
c) Anmerkung	165
2. Erklärungen des niedergelassenen Arztes dem Versicherer gegenüber	166
a) Eigenhaftung des Arztes dem Versicherer gegenüber	166
b) Zurechnung zu Lasten des Antragstellers	167
c) Zwischenergebnis	167
3. Keine Besonderheiten bei der Haftung des Gesellschaftsarztes	168
II. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt	169
1. Erklärungen dem Versicherer gegenüber	169
a) Eigenhaftung des Arztes und § 311 III BGB	169
<i>aa) Die Dritthaftung aus c.i.c. und die Sachwalterhaftung</i>	170
<i>bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Fall des § 311 III BGB</i>	176
<i>cc) Kein Änderungsbedarf, Haftung entweder nach Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder nach der Sachwalterhaftung</i>	177
b) Zurechnung zu Lasten des Antragstellers	178
<i>aa) Der Arzt als Gutachter ist Wissenserklärungsvertreter</i>	178
<i>bb) Keine Haftung für den Wissens- erklärungsvertreter nach § 278 BGB</i>	180
<i>cc) Keine Haftung nach dem Repräsen- tantenmodell</i>	183
<i>dd) Die Haftung des Antragstellers für Erklärungen des Wissenserklärungs- vertreters</i>	184

c) Die Bedeutung der Erklärungszurechnung für die Eigenhaftung des Arztes	184
2. Erklärungen dem Antragsteller gegenüber	185
a) Eigenhaftung des Arztes	185
b) Zurechnung zu Lasten des Versicherers	185
c) Das Verschulden des Arztes als Entlastungsmöglichkeit für den Antragsteller	186
C. HAFTUNG FÜR ANDERES VERHALTEN DES ARZTES UND DIE ZURECHNUNG DIESER HAFTUNG	192
I. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt	192
1. Der niedergelassene Arzt	192
a) Eigenhaftung des Arztes	192
aa) <i>Gesundheitsbeeinträchtigung</i>	192
bb) <i>Besonderheit: das verspätete Gutachten</i>	194
b) Zurechnung zu Lasten des Versicherers	195
2. Der Gesellschaftsarzt	200
II. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt	201
<u>KAPITEL 5: ZUSAMMENFASSUNG, RECHTSFOLGEN UND ERGEBNIS</u>	203
A. ZUSAMMENFASSUNG	203
B. KONSEQUENZEN DER ZURECHNUNG UND DIE RECHTSFOLGEN NACH NEUEM RECHT	206
C. ERGEBNIS: KATEGORISIERUNG DES NIEDERGELASSENEN ARZTES ALS „MEDIZINISCHE HILFSPERSON“	208
I. Vorbemerkung	208
II. Die Medizinische Hilfsperson	209
1. Definitionen	209
2. Rechtliche Folgen der Kategorisierung als	

„Medizinische Hilfsperson“	210
3. Ausnahme: Der vom Antragsteller eingeschaltete Arzt	211
4. Abschließende Anregung	211

AUSARBEITUNG

KAPITEL 1:

EINFÜHRUNG

Die aktuelle gesellschaftliche Entwicklung Europas und der Bundesrepublik fordert allein aufgrund der demografischen Fakten zunehmend die eigenverantwortliche Absicherung des Bürgers. Schon heute verursacht die Tatsache, dass Rentner die von ihnen verursachten Kosten in der gesetzlichen Krankenversicherung zu lediglich 41 Prozent tragen, ein jährliches Defizit in Höhe von 35 Milliarden Euro¹. Die ehemals starken staatlichen Sozialsysteme geraten ins Wanken, werden notgedrungen mehr und mehr abgebaut. Auf der anderen Seite werden die Eigenverantwortung und die private Vorsorge des Einzelnen durch fiskale Anreize gefördert und in die Hände der Bürger gelegt, welche in Europa regelmäßig auch über die finanziellen Mittel verfügen, solche Eigenvorsorge aufzubauen. Die Bedeutung dieser Entwicklung für die private Versicherungswirtschaft ist klar: Die Nachfrage und damit der Markt wachsen insbesondere für solche Versicherungsarten, die das Risiko Gesundheit, damit auch die Erwerbsfähigkeit und Leben eines Menschen absichern.

Bahnt sich ein solcher Versicherungsvertrag an, muss ein Versicherungsunternehmen das individuelle Risiko, das es absichern soll, im Detail kennen.

Der Antragsteller hat daher die vorvertragliche Pflicht, einem Versicherer sämtliche Informationen zukommen zu lassen, die dieser für eine umfassende Risikoeinschätzung benötigt².

Bei der privaten Krankenversicherung, der Unfall-, Berufsunfähigkeits- und der Lebensversicherung ist das versicherte Risiko die körperliche Integrität und die Gesundheit des Versi-

¹ Leienbach VersMed 2006 65, 66.

² Härle in Praxiskommentar §19 Rn. 2.

cherten. Wegen der komplexen Gestalt dieses Risikos finden sich die Antworten auf Fragen der Risikoeinschätzung nicht in der Bemühung versicherungsmathematischer Erkenntnis, sondern in der Untersuchung körperlicher Gegebenheiten durch Experten. Der Antragsteller selbst ist mangels entsprechenden Fachwissens häufig nicht in der Lage, seinen Gesundheitszustand in einer für die Zwecke des Versicherers erforderlichlich detaillierten Art und Weise zu beschreiben.

Hier kommt nun die Ärzteschaft ins Spiel. Ärzte werden als Sachverständige eingesetzt, um den Versicherern die nötigen Informationen zu beschaffen und diese einzuschätzen. Schon zu Beginn der Gründung der „Lebensversicherungsbank“ in Gotha empfahl ein mit dem Gründer befreundeter Arzt, für kranke und ältere Personen eine Prämienerrhöhung einzuführen³. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts gab es einen regelrechten Boom, was die ärztliche Beurteilung von Gesundheitsrisiken anbelangte. Die medizinische Untersuchung wurde insbesondere bei der Lebensversicherung zur Selbstverständlichkeit⁴.

Als Gutachter werden zumeist niedergelassene Ärzte angefragt, entweder von den Versicherern oder den Antragstellern. Selten werden in einem Fachbereich spezialisierte Krankenhausärzte um Gutachtenerstellung gebeten. Darüber hinaus gibt es Gesellschaftsärzte, die von Versicherungsunternehmen angestellt werden, um die Risikoeinschätzung hausintern vorzunehmen.

Durch die Beteiligung des Arztes in der Phase der Vertragsverhandlungen zwischen Antragsteller und Versicherer entsteht ein Dreipersonenverhältnis.

Dieses Verhältnis führt durch die teilweise entgegenstehenden Interessen der Beteiligten zu juristisch besonders interessanten Fragestellungen und Problemen.

³ Raestrup VersMed 2002 125, 126.

⁴ Raestrup VersMed 2002 125, 126.

Dem Versicherer ist auch im Interesse der Versichertengemeinschaft an einer möglichst umfassenden Information durch den Antragsteller gelegen. Das Versicherungsunternehmen ist demnach auch regelmäßig die Partei, welche anregt, einen Arzt mit der Begutachtung zu beauftragen.

In einem historischen Lehrbuch wird die Ärzteschaft vor den Interessen des Antragstellers geradezu gewarnt:

„Während der Kranke dem Arzt, bei dem er Hilfe sucht, alle Vorerkrankungen und körperlichen Beschwerden willig kundgibt, ist der Versicherungsschutzsuchende nur allzu leicht geneigt, Vorerkrankungen der Vergessenheit anheim fallen zu lassen, sie also dem Vertrauensarzt zu verschweigen, die Todesursachen der Eltern und Geschwister nicht zu kennen, zum mindesten sie auf ihn nicht belastende Krankheiten zurückzuführen und seine subjektiven Krankheitssymptome zu verheimlichen, sich also als völlig gesund und unbelastet zu bezeichnen.“⁵

Auch wenn sicherlich nicht immer von einem im doppelten Wortsinne „gemeinen“ Antragsteller auszugehen ist, kann der Wahrheitsgehalt dieser Darstellung nicht verleugnet werden.

Die daraus erwachsende, notwendige Konsequenz für das Verhalten des begutachtenden Arztes wird in der historischen Quelle wie folgt beschrieben:

„Aufgabe des Vertrauensarztes ist es, dem Antragsteller die Todesursachen der Eltern und Geschwister sowie die eigenen Vorerkrankungen ins Gedächtnis zurückzurufen, ihn gewissermaßen zu zwingen, die Krankheiten und seinen gegenwärtigen Gesundheitszustand ungeschminkt zu deklarieren.“⁶

Diese Ausführungen berücksichtigen allerdings nicht den Arzt, der als Hausarzt möglicherweise schon über Jahre mit dem Antragsteller vertraut ist und mit einem weniger detektivischen Sinn und weniger ausgeprägter Verhörstrategie „vergisst“, die

⁵ Hörning in Fischer/Molineus S. 1156.

⁶ Hörning in Fischer/Molineus S. 1156.

ein oder andere „Lappalie“ in seinem Gutachten zu erwähnen. Er möchte seinem Patienten gerne behilflich sein, einen möglichst umfassenden Versicherungsschutz bei niedriger Prämie zu erhalten.

Schon durch die vorangegangenen Überlegungen wird deutlich, dass es eine nicht zu unterschätzende Herausforderung an das Rechtssystem ist, die Interessen innerhalb dieses Dreipersonenverhältnisses in Einklang zu bringen. Auch wenn die geschilderten Extreme die Ausnahme sind, so stellen sich auch bei der alltäglichen Geschäftsabwicklung interessante Fragen bezüglich der Zurechnung von Wissen, Erklärungen und Handlungen des Arztes.

Die Rolle des Arztes innerhalb der Dreierkonstellation wird in erster Linie durch die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, die in Kapitel 2 dargestellt werden, geprägt und bestimmt.

Wissen oder Nichtwissen entscheidet im Versicherungsrecht mitunter über den Bestand des Versicherungsvertrages. An die Nichtanzeige eines gefahrerheblichen Umstands schließen sich gegebenenfalls Rücktritts- oder Kündigungsrechte des Versicherers an. Schnell steht dabei für die Versicherungsnehmer gar deren Existenz absichernder Versicherungsschutz zur Disposition. Die damit wesentliche Frage danach, wer welches Wissen hat, entscheidet sich im Dreipersonenverhältnis häufig aufgrund der Zurechnung von Wissen, etwa des beteiligten Arztes zu Lasten des Versicherungsunternehmens. Die Wissenszurechnung ist nicht nur für die Folgen in der Praxis äußerst relevant. Als rechtstechnische Fiktion bringt die Zurechnung von Wissen dogmatisch interessante Rechtsinstitute und theoretische Modelle mit sich. Deren Anwendbarkeit auf den beteiligten Arzt als Hilfsperson ergibt sich nicht automatisch. Mit dem Bestreben, ein dogmatisch korrektes und dennoch klar strukturiertes und für die Rechtsanwendung geeignetes Zurechnungsmodell für den beteiligten Arzt herauszuarbeiten, ist

die Wissenszurechnung in Kapitel 3 ein Hauptanliegen der vorliegenden Ausarbeitung.

Die Zurechnung von Erklärungen des Arztes sind in ihrer Praxisrelevanz und der um sie existierenden rechtlichen Fragen ebenfalls von hoher Bedeutung und werden in Kapitel 4 behandelt. Dort werden auch haftungsrechtliche Konsequenzen für anderes ärztliches Fehlverhalten, wie etwa Verletzungen des Antragstellers bei körperlichen Untersuchungen im Zusammenhang mit der Gutachtenstellung, eine Rolle spielen.

Im Rahmen einer Zusammenstellung der Erkenntnisse aus den Kapiteln 2 bis 4 folgt dann in Kapitel 5 die Darstellung eines Zurechnungsmodells für den beim Vertragsschluss zur Risikoeinschätzung beteiligten Arzt.

Der Gang der rechtlichen Untersuchung wird stets von den Neuerungen durch die Gesetzesreform des VVG (in seiner bis 31.12.2007 gültigen Form im Folgenden als VVGaF bezeichnet) begleitet.

Am 5. Juli 2007 wurde der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 20. Dezember 2006⁷ als Gesetz verabschiedet⁸. Das neue VVG (als VVG bezeichnet) trat am 01. Januar 2008 in Kraft.

Das Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag regelt in seinen Übergangsvorschriften in Artikeln 1 und 2 auch die Anwendung des neuen VVG auf bestehende Altverträge teilweise mit seinem Inkrafttreten, teilweise mit einem Jahr Verzögerung⁹. Die zu dem alten Recht entstandenen Diskussionen und die dazu ergangene Rechtsprechung werden auf ihre Bedeutung für die Zukunft und auf ihre Anwendbarkeit für das neue Recht überprüft.

⁷ BT Drucksache 16/3945.

⁸ Bundestag Plenarprotokoll 16/108 S. 11192.

⁹ Begründung VVG-nF S. 41.

Vor dem Einstieg in die Materie auf der folgenden Seite sei an dieser Stelle klargestellt, dass jede in der vorliegenden Arbeit verwendete männliche Formulierung in voller Gleichberechtigung auch die weibliche Person umfasst.

KAPITEL 2:

DAS DREIPERSONENVERHÄLTNIS

ANTRAGSTELLER, ARZT UND VERSICHERER

A. EINLEITUNG

Sobald ein Arzt bei einer Vertragsanbahnung oder einem Abschluss eines Versicherungsvertrages hinzugezogen wird, entsteht ein rechtliches Dreieck. Beteiligt sind fortan nicht mehr nur der Antragsteller und das Versicherungsunternehmen. Der Arzt tritt zu diesem Zweierverhältnis hinzu. Folglich tritt er auch in ein Rechtsverhältnis mit dem Versicherer und dem Antragsteller. Je nach Fallgestaltung ergeben sich daraus für alle beteiligten Parteien unterschiedliche rechtliche Konsequenzen.

Ziel dieser Ausarbeitung ist, die Rolle des Arztes in diesem Dreipersonenverhältnis zu analysieren. Dazu werden in diesem Kapitel zunächst die Grundlagen der einzelnen Rechtsverhältnisse in der Dreieckskonstellation unter Beachtung der verschiedenen denkbaren Formen der ärztlichen Beteiligung dargestellt. So macht es große Unterschiede, ob der Arzt von dem Antragsteller oder dem Versicherer beauftragt wird. Wenn der Versicherer den Arzt einschaltet, ist außerdem zu unterscheiden, ob dieser einen niedergelassenen selbstständigen Arzt, einen Krankenhausarzt oder einen Gesellschaftsarzt im Angestelltenverhältnis involviert.

Aber nicht nur die Frage, *wie* der Arzt eingeschaltet wird, also ob vom Versicherer oder vom Antragsteller beauftragt, ist von Belang. Auch *welche* Tätigkeit der Arzt ausübt, kann die Rechtsnatur der zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse beeinflussen. So ist es auch für die rechtlichen Konsequenzen ausschlaggebend, ob der Arzt den Antragsteller lediglich berät

oder ob der Arzt ein Gutachten erstellt und damit dem Versicherer gegenüber in Erscheinung tritt.

B. DER VOM VERSICHERER EINGESCHALTETE ARZT

I. Die Rolle des Arztes als Gutachter

Der häufigste Fall in der Praxis ist, dass sich ein Versicherer aufgrund der Höhe der Versicherungssumme oder aufgrund von gesundheitsbezogenen Angaben des Antragstellers im Antragsformular dafür entscheidet, selbst einen Arzt zur Begutachtung des potentiellen Versicherungsnehmers einzuschalten.

Der Arzt wird hierbei in der Regel um die Erstellung eines Gutachtens oder um die Abfrage von Gesundheitsdaten nach einem vorgegebenen Fragekatalog gebeten. Eine Unterscheidung zwischen Beratung des Antragstellers und Gutachtenerstellung erübrigt sich in der jetzt zu analysierenden Fallkonstellation, denn das Versicherungsunternehmen wird einen Arzt nur dann einschalten, wenn es an einer Aufklärung zu eigenen Zwecken interessiert ist.

Zunächst soll hier auf die Konstellation eingegangen werden, dass der Versicherer zu irgendeinem Zeitpunkt während der Vertragsverhandlung oder -anbahnung den Antragsteller zum Einreichen eines ärztlichen Gutachtens auffordert.

Dies kann einerseits wegen der Höhe des in Verhandlung stehenden, zu versichernden Risikos bereits am Anfang der Vertragsverhandlungen der Fall sein. Dabei handelt es sich meist um so genannte Großrisiken. Die Geschäftspläne der Versicherer sehen dabei vor, ab einer bestimmten Höhe der Versicherungssumme grundsätzlich Verträge nur mit vorheriger ärztlicher Stellungnahme oder Untersuchung abzuschließen.

Andererseits kommt es vor, dass der Antragsteller in dem Antragsformular Gesundheitsfragen in einer Weise beantwortet hat, die bei dem Versicherer ein gesteigertes Informationsbedürfnis wecken, und er daraufhin ein ärztliches Gutachten zur

Voraussetzung für weitergehende Vertragsverhandlungen und letztlich für den Abschluss eines Vertrages macht.

II. Der niedergelassene, selbstständige Arzt und der Krankenhausarzt

Der niedergelassene, selbstständige Arzt ist zunächst abzugrenzen zum Gesellschaftsarzt und zum Krankenhausarzt.

Der Arzt steht bei der jetzt untersuchten Sachlage gerade nicht, wie der Gesellschaftsarzt, in einem Angestelltenverhältnis zu dem Versicherungsunternehmen. Denkbar ist zwar ein Rahmenvertrag, der dem Arzt besondere Orientierungspunkte zur Begutachtung gibt und ihm im Gegenzug etwa Exklusivrechte für die Beurteilung von Antragstellern des beteiligten Versicherungsunternehmens gewährt. Möglich ist auch, dass ein Versicherer regelmäßig auf Ärzte seines Vertrauens zurückgreift, ohne dass im Vorfeld überhaupt irgendwelche Vereinbarungen zwischen Arzt und Versicherungsunternehmen getroffen worden sind. Beide Ausgangspunkte resultieren in Bezeichnungen wie etwa „Vertragsarzt“ oder „Vertrauensarzt der Versicherung“, so ist jedenfalls in einigen AVB zu lesen und so werden sie im allgemeinen Sprachgebrauch üblicherweise verwendet.

Eine etwaige Rahmenvereinbarung zwischen Versicherer und Arzt begründet aber kein Angestelltenverhältnis. Wenn ein Arbeitsvertrag nach § 611 BGB besteht, ist der mitwirkende Arzt ein Gesellschaftsarzt. Besondere Fragestellungen zu dem Gesellschaftsarzt werden in dem anschließenden Unterkapitel unter III. erörtert.

Die weitere Abgrenzung des niedergelassenen, selbstständigen Arztes ist zu dem Krankenhausarzt vorzunehmen. Krankenhausärzte werden wegen ihrer oft hoch spezialisierten Fach-

kenntnisse gerne als gerichtlich bestellte Sachverständige eingesetzt. Im Rahmen von Vertragsverhandlungen zum Abschluss von Versicherungsverträgen spielen sie erwartungsgemäß eine geringere Rolle. Hier ist es sinnvoller, einen Arzt einzuschalten, der besonders gute, am besten Jahre zurückreichende Kenntnisse über den Gesundheitszustand des Antragstellers hat. Dabei ist vornehmlich an Hausärzte oder niedergelassene Fachärzte zu denken, die bestenfalls ein Arzt-Patienten-Verhältnis zu dem Antragsteller haben. Die Auswahl solcher Ärzte wird von den Versicherern daher auch bevorzugt angeregt.

Sollte es dennoch zu der Gutachtererstellung durch einen Krankenhausarzt kommen, ist an dieser Stelle kurz auf die Frage einzugehen, wie sich seine Gutachtertätigkeit arbeitsrechtlich in seine Tätigkeit als Krankenhausarzt einbettet. Je nach Gestaltung des zugrunde liegenden Beschäftigungsverhältnisses handelt es sich entweder um die Erfüllung einer Dienstpflicht des Krankenhausarztes oder um eine Nebentätigkeit, die in keinem direkten Verhältnis zu seinem Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhausträger steht.

Dabei ist zwischen einem Krankenhausarzt im Beamtenverhältnis, im öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnis und im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu unterscheiden.

Die erste Gruppe, nämlich die Krankenhausärzte in einem Beamtenverhältnis können durch Ihre Dienstherrn zur Gutachtererstellung im Rahmen der vom Arzt wahrzunehmenden Dienstaufgaben verpflichtet werden. Allerdings ist hier nur von einer Verpflichtungsmöglichkeit für Gutachten, welche eine öffentliche Funktion erfüllen, auszugehen. Bei privaten Gutachten, etwa für Versicherungsunternehmen, wird eine Dienstpflicht für verbeamtete Ärzten abgelehnt¹⁰. Für beamtete Ärzte besteht allerdings die Möglichkeit, Gutachten im Rahmen einer genehmigten Nebentätigkeit auch für private Träger, wie Ver-

¹⁰ Rieger/Krieger in Rieger Nr. 2270 Rn. 8.

sicherungsgesellschaften, anzufertigen¹¹. Auch verbeamtete Hochschullehrer können nach § 52 Satz 2 HRG einer Nebentätigkeit nachgehen und dabei Gutachten erstellen.

Für Krankenhausärzte, die in einem Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft angestellt sind, gelten die Bestimmungen für verbeamtete Ärzte nach dem BAT entsprechend, § 11 und SR 2c Nr. 3 III BAT. Dem Dienstherrn wird bei angestellten Ärzten allerdings eine weitergehende Organisationsgewalt zugeschrieben als bei verbeamteten Ärzten. So können sie zur Gutachtenerstellung aufgrund *privater* Anfragen von Versicherungsunternehmen im Rahmen einer Nebentätigkeit verpflichtet werden, SR 2c Nr. 5 I 2 BAT.

Ärzte, die in einem rein privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mit einem Krankenhaus in privater Trägerschaft angestellt sind, können entweder arbeitsvertraglich zu Gutachtentätigkeiten verpflichtet werden oder gehen diesen ebenfalls in Form einer selbstständiger oder nicht selbstständiger Nebentätigkeit nach¹².

Eine weiterführende Auseinandersetzung mit Fragen, die das Innenverhältnis zwischen angestelltem Arzt und Krankenträger betreffen, wird im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht erfolgen. Dabei handelt es sich um Probleme aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstrecht oder dem privaten Arbeitsrecht, denen ein eigenes Forum zusteht. Für die hier diskutierten rechtlichen Aspekte um die Beteiligung des Arztes bei dem Abschluss eines Versicherungsvertrages, also die Rechtsverhältnisse des Arztes zu dem Versicherer und dem Antragsteller, sind sie von geringer Bedeutung. Auch bei der Beauftragung einer Klinik mit der Gutachtenerstellung ist letzten Endes auf die Person des begutachtenden Arztes abzustellen, wenn sich Fragen des Wissens und der Haftung stellen. Im Außenverhältnis ergeben sich daher keine großen Unterschiede zu der Ein-

¹¹ Kern in Lippert/Ratzel Rn. 199, 390ff.

¹² Rieger/Krieger in Rieger Nr. 2270 Rn. 11.

schaltung eines niedergelassenen Arztes. Allenfalls ist der Anspruchs- oder Klagegegner der Krankenhausträger, nicht der Arzt persönlich. Alles Weitere richtet sich dann aber nach der Person des Gutachters, welcher als Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfe für den Krankenhausträger tätig wird¹³. Besonderheiten treten ohnehin allenfalls dann auf, wenn die Gutachtenerstellung nicht Nebentätigkeit eines Krankenhausarztes, sondern eine Erfüllung seiner Dienstpflichten darstellt. Im Zusammenhang mit Anfragen von Versicherungsunternehmen ist das nur selten der Fall.

Ist die Gutachtenerstellung eine Nebentätigkeit des Arztes, ergeben sich für die vorliegende Arbeit keine Unterschiede zu dem niedergelassenen Arzt, der die Gutachtenerstellung in selbstständiger Weise vornimmt.

Bei der folgenden Betrachtung werden mit dem Ziel einer überschaubaren Darstellung daher der selbstständige, niedergelassene Arzt mit eigenem Praxissitz und der Krankenhausarzt beide als „selbstständiger Arzt“ in Abgrenzung zu dem vom Versicherer angestellten Gesellschaftsarzt bezeichnet.

Sollten für den Krankenhausarzt, der seine Dienstpflicht erfüllt, also nicht ohnehin in selbstständiger Nebentätigkeit agiert, besondere Aspekte zu beachten sein, die für den niedergelassenen Arzt nicht gelten oder umgekehrt, wird an entsprechender Stelle ein Hinweis erfolgen.

Jedenfalls wird in der jetzt analysierten Konstellation der selbstständige Arzt vom Versicherer zur Erstellung eines Gesundheitsgutachtens für den Einzelfall und nicht der Gesellschaftsarzt eingeschaltet.

¹³ Meyer zfs 2003 49.

1. Arzt und Versicherer

a) Vertragstypus

Bei der Vereinbarung zwischen dem selbstständigen Arzt und dem Versicherer könnte es sich um einen Vertrag sui generis, einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag handeln.

Teilweise wird vertreten, der Gutachtervertrag sei ein eigenständiger Vertragstypus, ein Vertrag sui generis. Dies wird vorrangig mit der besonderen Verpflichtung des Sachverständigen begründet, ein *verkehrsfähiges* Gutachten zu verfassen¹⁴. Verkehrsfähig ist dabei ein Gutachten, auf welches sich auch Dritte verlassen dürfen, wenn es entsprechend seinem Zweck berechtigt in den Verkehr gebracht wird¹⁵. Eine solche Verkehrsggeeignetheit ist in keinem der in Frage kommenden gesetzlich normierten Vertragstypen vorgesehen. Folglich sei von einem Vertrag sui generis auszugehen. Dieses Argument vermag jedoch nur zu überzeugen, wenn das verkehrsfähige Gutachten nicht als Vertragsgegenstand einer der gesetzlich geregelten Vertragstypen in Frage kommt. Allerdings ist das verkehrsfähige Gutachten als Vertragsgegenstand von Werk- oder Dienstvertrag grundsätzlich nicht auszuschließen.

Außerdem wird besonders betont¹⁶, dass der Sachverständige zur höchstpersönlichen Leistung verpflichtet sei und auch dies für einen Vertrag sui generis spreche¹⁷. Dieses Argument vermag jedoch nicht für die Einordnung in einen eigenständigen Vertragstypus zu sprechen. Schließlich ist auch in §§ 611 I, 613 BGB eine höchstpersönliche Leistungspflicht des Dienstleistungserbringers normiert. Auch bei einem Werkvertrag ist die Vereinbarung einer persönlichen Leistungserbringung nicht nur denkbar, sondern bei einigen Werkverträgen, etwa einem

¹⁴ Roeßner in Bayerlein Sachverständigenrecht § 9 Rn. 6.

¹⁵ BGH NJW 1995 392; 393; 1998 1059, 1060, 1062.

¹⁶ Roeßner in Bayerlein Sachverständigenrecht § 9 Rn. 6.

¹⁷ BGH ZSW 1984 83.

Künstlervertrag oder einem Vertrag über eine wissenschaftliche Ausarbeitung sogar üblich¹⁸. Damit gibt es bereits vertragsrechtliche Vorschriften, die eine persönliche Leistung vorsehen. Alleine das Bestehen einer persönlichen Leistungspflicht kann demnach nicht zur Begründung herangezogen werden, den Gutachtervertrag als eigenen Vertragstypus einzuordnen.

An anderer Stelle wird als Argument für die Klassifizierung als Vertrag sui generis angeführt, der sachverständige Arzt habe besondere nebenvertragliche Informations-, Aufklärungs- und Obhutspflichten, welche ihre gesetzliche Grundlage in §§ 157, 242 BGB finden¹⁹. Die Verkehrssitte nach § 157 BGB sowie Treu und Glaube aus § 242 BGB sind jedoch allgemeine Grundsätze, die Auswirkung auch und gerade auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch normierten Vorschriften über das Werk- und Dienstvertragsrecht haben. Außerdem entspricht es der Systematik des BGB, die dort vorgesehenen Verträge mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze und besonderer Nebenpflichten dem jeweiligen Anwendungsbereich anzupassen. Von einem Vertrag sui generis sollte daher nur ausgegangen werden, wenn die gesetzlich vorgesehenen Verträge der konkreten Situation nicht gerecht werden können. Ob die Erstellung eines verkehrsfähigen Gutachtens ein gültiger Vertragsgegenstand in einem Dienst- oder Werkvertrag sein kann, bleibt also neben den anderen Voraussetzungen dieser Vertragstypen zu überprüfen. Insbesondere juristische Vertreter von Ärzteverbänden ordnen die ärztliche Gutachtertätigkeit ohne weitere Begründung dem Dienstvertragsrecht zu²⁰. Dies mag an der in Literatur und Rechtsprechung einhellig vertretenen Auffassung liegen, den Behandlungsvertrag dem Dienstvertragsrecht unterzuordnen.

¹⁸ Schwenker in Erman § 631 Rn. 31.

¹⁹ Roeßner in Bayerlein Sachverständigenrecht § 9 Rn. 6.

²⁰ Zahnarzt-Informationsblätter der Landesärztekammer Baden-Württemberg, 12/2003 S. 3; Kamps Merkblatt der Landesärztekammer Baden-Württemberg, S.4.

Die entsprechende Klassifizierung des Gutachtervertrages in das Dienstvertragsrecht vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn gerade die Behandlung fehlt bei der Gutachtenerstellung. Wenn ein direkter persönlicher Kontakt zwischen Gutachter und Antragsteller stattfindet, so wird letzterer zwar möglicherweise körperlich untersucht, das Ziel des ärztlichen Tätigwerdens ist allerdings ausnahmsweise nicht die Herbeiführung eines Heilungserfolges, sondern die Anfertigung eines Gutachtens. Vereinzelt wird versucht, eine Unterscheidung nach Formulargutachten und freien Gutachten vorzunehmen²¹. So seien freie Gutachten, welche als komplexe Tätigkeit auch die körperliche Untersuchung des Antragstellers beinhalten, als Gegenstände von Dienstverträgen anzusehen. Formulargutachten, also das Ausfüllen vorgefertigter Formulare werden mit einer handwerklichen Leistung verglichen, sie seien wegen der Erfolgsorientiertheit als Gegenstände eines Werkvertrags zu qualifizieren. Auch dieser Unterscheidungsversuch ist nicht überzeugend. Ziel der Vereinbarung ist bei jedem Gutachtenvertrag die Erstellung des Gutachtens, ganz gleich, welchen Aufwand der Gutachter dabei hat und gleich welcher Tätigkeit er bei der Gutachtenerstellung konkret nachgeht.

Der Arzt schuldet dem Versicherer also die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges und nicht nur die Ausführung einer Tätigkeit, wie es bei einem Dienstvertrag gemäß § 611 BGB der Fall wäre. Nach § 631 II BGB muss der Erfolg nicht in der Herstellung einer Sache liegen. Ein Werk im Sinne der Norm kann auch jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein²². Bei anderen Autoren wird das Gutachten als geistiges Werk bezeichnet²³. Der Erfolg, für dessen Eintritt der Arzt das Risiko zu tragen hat, ist jedenfalls das Anfertigen des Gutachtens. Zwar hat der Arzt im Rahmen

²¹ Mehrhoff MedSach 2003 77, 79.

²² Vgl. Brox/Walker SchR BT § 22, Rn. 3; Honsell JuS 1976 621.

²³ Roeßner in Bayerlein Sachverständigenrecht § 9 Rn. 9.

der Erstellung des Gutachtens auch Dienstleistungen zu erbringen, wie etwa Akten zu studieren oder den Antragsteller körperlich zu untersuchen. Diese beiden Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung werden unter Versicherungsmedizinern auch als Werkzeuge des Gutachters bezeichnet²⁴. Diese Formulierung kann hier zwar nicht als dogmatische Klassifizierungshilfe dienen, betont aber, dass letzten Endes die Erstellung des Gutachtens im Vordergrund der Leistung steht und damit die wesentliche Verpflichtung bei einem Gutachtervertrag ist²⁵. Der Arzt schuldet hier über die körperliche Untersuchung hinaus eben diesen konkreten Erfolg. Die Tatsache, dass der Arzt in für sein Berufsbild typischer Tätigkeit gewöhnlich im Rahmen von Dienstverträgen verpflichtet wird, kann nicht entgegenstehen, dass er auch in Werkverträgen verpflichtet werden kann²⁶.

Zur Überprüfung der Einordnung des Gutachtervertrages als Werkvertrag lässt sich die Kontrollfrage anführen, wann Erfüllung des Vertrages eintritt. Der Arzt hat seine Vertragspflichten eben erst mit Abfassung des Gutachtens und nicht schon mit dem vorhergehenden Aktenstudium und der körperlichen Untersuchung erfüllt. Auch das Ergebnis dieser Kontrolle spricht klar für die Einordnung des Gutachtervertrages als Werkvertrag.

In der Gesamtschau des Streitstandes und der Voraussetzungen und Eigenschaften der gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen Dienst- und Werkvertrag ist die Einschaltung eines Arztes durch den Versicherer mit dem Ziel der Erstellung eines Gutachtens als Werkvertrag zu klassifizieren²⁷. Die Vertreter der Auffassung, welche sie als Dienstvertrag einordnen, vermögen

²⁴ Ruckriegel MedSach 2004 78, 79.

²⁵ Schaub Jura 2001 8.

²⁶ Honsell JuS 1976 621.

²⁷ Peters in Staudinger 2003 Vor §§ 631 Rn. 28; Teichmann in Soergel Vor § 631 Rn. 39; Honsell JuS 1976 622 f.

nicht zu überzeugen. Ebenso wenig besteht die Notwendigkeit der Klassifizierung als Vertrag sui generis.

Die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertrag werden der Gestaltung des ärztlichen Gutachtervertrages gerecht, daher finden §§ 631 ff. BGB Anwendung.

b) Vergütung

Der Auftraggeber des Gutachtens hat dem eingeschalteten Arzt gegenüber eine Zahlungspflicht. Deren Höhe bestimmt sich, wenn nicht explizit vereinbart, gemäß § 632 II BGB nach einer taxmäßigen Vergütungsordnung. In der Regel ist bei ärztlichen Gutachten, auch wenn sie zur Vorlage bei einem Versicherungsunternehmen angefertigt werden, die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) heranzuziehen²⁸. Dort sind insbesondere die Abrechnungsnummern 75, 80 und 85 von Relevanz. Soll der Arzt lediglich einen Bericht verfassen, dann ist Ziffer 75 GOÄ²⁹ einschlägig. Ein Bericht beruht nur auf Befunden, der Arzt muss dafür keine neuen Untersuchungen des Patienten vornehmen. Der Bericht enthält keine wertenden Auskünfte³⁰. In der Regel möchte der Versicherer aber gerade eine wertende Aussage über das zu versichernde Risiko. Ziffer 75 kommt damit in den meisten Fällen nicht zur Anwendung.

Eine Gutachtenleistung im Sinne der GOÄ liegt dann vor, wenn die Auskunftserteilung des Arztes über eine bloße Dokumentation vorhandener Befunde hinausgeht, wenn sie etwa wissenschaftliche Schlussfolgerungen oder prognostische Angaben enthält³¹. Dies ist bei der Begutachtung in Versicherungsangelegenheiten regelmäßig der Fall. Der Arzt gibt über

²⁸ Busche in MüKo § 632 Rn. 21.

²⁹ Ziffer 75 GOÄ lautet:

Ausführlicher schriftlicher Krankheits- und Befundbericht (einschließlich Angaben zur Anamnese, zu dem(n) Befund(en), zur epikritischen Bewertung und gegebenenfalls zur Therapie).

³⁰ Wezel/Liebold 2006 75 GOÄ Teil 11 Seite B 72.

³¹ Rieger/Krieger in Rieger Nr. 2270 Rn. 2.

eine bloße Dokumentation des Status Quo eine Einschätzung über die Gefährerheblichkeit der Gesundheitsbelange und damit eine gutachterliche Äußerung ab³². Diese Leistung ist nach Ziffer 80 GOÄ³³ abzurechnen.

Gemäß Ziffer 85 GOÄ³⁴ ist dann eine stundenweise Vergütung zu veranschlagen, wenn die Stellungnahme mit wissenschaftlicher Begründung erfolgt. Eine solche ist dann gegeben, wenn die Gutachtenerstellung unter Abwägung verschiedener Möglichkeiten, unter Zuhilfenahme von besonderer Literatur oder eigener besonderer Erfahrungen des Arztes erfolgt. Ein weiteres Indiz für einen das gewöhnliche Maß übersteigende Arbeitsaufwand, also die Anwendung von Ziffer 85, ist der zeitliche Arbeitsaufwand. Liegt dieser bei 15 Minuten oder darüber, so ist Ziffer 85 und nicht mehr Ziffer 80 anzuwenden³⁵. Darüber hinaus sind sowohl eine gegebenenfalls nötige körperliche Untersuchung des Patienten, als auch gesonderte Schreib- und Portogebühren abzurechnen³⁶.

Die Anwendung der GOÄ wird in den häufigsten Fällen allerdings durch die Vereinbarung von Pauschalhonoraren bei der Erstellung von Gesundheitsgutachten hinfällig. Die Versicherer sehen meist schon in den vorformulierten Fragebögen Pauschalbeträge zur Vergütung vor.

Ist der Gutachtenvertrag bei Krankenhausärzten mit dem Krankenhausträger geschlossen und nicht mit dem Krankenhausarzt selbst im Rahmen seiner Nebentätigkeit, dann hat der Kran-

³² Wezel/Liebold 2005 80 GOÄ Teil 11 Seite B 74.

³³ Ziffer 80 GOÄ lautet:

Schriftliche gutachtliche Äußerung.

³⁴ Ziffer 85 GOÄ lautet:

Schriftliche gutachtliche Äußerung mit einem das gewöhnliche Maß übersteigenden Aufwand - gegebenenfalls mit wissenschaftlicher Begründung -, je angefangene Stunde.

³⁵ Wezel/Liebold 2005 80 GOÄ Teil 11 Seite B 74.

³⁶ Wezel/Liebold 2005 80 GOÄ Teil 11 Seite B 75.

kenhausträger auch den Anspruch auf die Vergütung³⁷. Der Krankenhausträger ist dann gegebenenfalls im Innenverhältnis verpflichtet, die Vergütung zumindest teilweise an den Arzt weiterzuleiten³⁸. Dieser Umstand entspricht auch der Standespflicht aus § 2 III MBO-Ä, dass denjenigen Ärzten eine angemessene Vergütung zukommen zu lassen ist, die an der liquidationsberechtigten Leistung beteiligt waren.

c) Vertragsschluss durch den Antragsteller als Vertreter oder Bote des Versicherers

In der Versicherungspraxis gestaltet sich der Ablauf bei der Einschaltung eines Arztes zu Zwecken der Gutachtenerstellung fast immer nach dem gleichen Schema. Im Laufe der Verhandlungen mit dem Versicherer erhält der Antragsteller ein Formular für die Gesundheitsangaben vor dem Arzt welches als „ärztliches Zeugnis“, „Angaben vor dem Arzt“ oder ähnlich bezeichnet ist.

Der Antragsteller wird von dem Versicherer gebeten, sich an seinen Hausarzt oder einen Arzt seines Vertrauens zu wenden und diesen um die Beantwortung der Fragen zu bitten. Dass der Versicherer dem Antragsteller dabei einen Arzt vorschreibt oder eine Auswahl von Ärzten zur Verfügung stellt, kommt selten vor.

Das Formular enthält Instruktionen für den Arzt. Meist sind auch Angaben über die pauschal vorgesehene Vergütung und Formularfelder für die Kontodaten des Arztes enthalten, um die Bezahlung für die Gutachtenerstellung überweisen zu können.

Bei dieser alltäglichen Fallgestaltung könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass es der Antragsteller ist, welcher den Arzt nicht nur auswählt, sondern auch vertraglich bindet.

Der Versicherer ist jedoch Vertragspartner des Arztes und der Antragsteller tritt als Bote oder allenfalls als Stellvertreter des

³⁷ Kern in Lippert/Ratzel Rn. 418.

³⁸ Andreas Arztrecht 1998 209, 214.

Versicherers auf. Die Vertragsparteien des Gutachtervertrages sind damit regelmäßig der Arzt und der Versicherer³⁹.

Meist ist dem Wortlaut des Versicherers in den Formularen zu entnehmen, dass er Vertragspartner des Arztes sein will und den Antragsteller als seinen Vertreter einschalten möchte.

Nach § 164 I BGB bedarf es zur wirksamen Stellvertretung der Abgabe einer Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht.

Der Versicherer bittet den Antragsteller, einen Arzt auszuwählen und mit der Gutachtenerstellung zu verpflichten. Damit erteilt er ihm durch rechtsgeschäftliche Erklärung wirksam⁴⁰ die nötige Vertretungsmacht.

Das Offenkundigkeitsprinzip ist schon damit gewahrt, dass der Antragsteller dem Arzt das Formular des Versicherers übergibt und der Arzt erst und nur durch dieses Formular instruiert wird, dass und wie er eine gutachterliche Stellungnahme abgeben soll. Die Willenserklärung, nämlich das Angebot zum Abschluss eines Gutachtervertrages wird damit auch in fremdem Namen – genauer im Namen des Versicherers – abgegeben. Es mag sein, dass der Antragsteller auch in eigenem Interesse handelt. Schließlich ist auch er an der Mitwirkung des Arztes interessiert. Andernfalls käme es wohl nicht zu dem Abschluss eines Versicherungsvertrages. Dieses Eigeninteresse schließt die Stellvertretung jedoch nicht aus⁴¹.

Überlässt der Versicherer die Auswahl des Arztes dem Antragsteller, so bildet letzterer damit einen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen in eigener Verantwortung, er ist demnach Stellvertreter und nicht nur Bote⁴². Die Boteneigenschaft kommt allenfalls dann in Frage, wenn der Versicherer einen konkreten Arzt vorschreibt, der mit der Beantwortung der

³⁹ Winter in Bruck/Möller Lebensversicherung C 268.

⁴⁰ Larenz AT S. 834.

⁴¹ Schramm in MüKo § 164 Rn. 16.

⁴² Larenz AT S. 848.

Gesundheitsfragen oder der Gutachtenerstellung betraut werden soll.

Bittet der Versicherer den Antragsteller darum, dessen Hausarzt mit der Gutachtenstellung zu beauftragen, liegt regelmäßig Botenschaft vor. Hat der Antragsteller tatsächlich einen festen Hausarzt über mehrere Jahre, dann ist die Angabe des Versicherers hinreichend bestimmt und der Antragsteller hat keinen eigenen Entscheidungsspielraum mehr. In der Regel handelt der Antragsteller bei der Anweisung des Versicherers, den Hausarzt um die Erstellung des Gutachtens zu bitten, damit als Bote.

Wenn der Antragsteller keinen Hausarzt hat und einen Arzt seines Vertrauens wählt, dann macht er von einem ihm durch den Versicherer eingeräumten Entscheidungsspielraum Gebrauch und handelt als Stellvertreter.

Teilweise ist auf den Formularen geregelt, dass der Antragsteller die Kosten für die Gutachtenerstattung selbst zu tragen hat. Ist dann nicht der Antragsteller Vertragspartner des Arztes?

Hat der Antragsteller die Kosten zunächst zu tragen, findet sich fast immer eine Rückerstattungspflicht des Versicherers im Falle des Zustandekommens eines Versicherungsvertrages. Schon dies zeigt, dass die Kostentragungspflicht nur ein Indiz für die Beantwortung der Frage nach den Vertragspartnern sein kann. Es ist vorrangig auf den Willen der beteiligten Parteien abzustellen. Auch wenn der Versicherer *zunächst* nicht die Kosten trägt, so ist die Gutachtenerstellung in seinem Interesse und wird vorrangig durch seine Formulargestaltung geprägt.

Ob nun Stellvertretung oder Botenschaft im einzelnen Fall gegeben ist, wirkt sich im Ergebnis nicht auf die Vertragsparteien des Gutachtervertrages aus. Der Versicherer und der Arzt sind Vertragsparteien, der Antragsteller ist Bote oder Stellvertreter des Versicherers. Jedenfalls ist er nicht selbst Vertragspartner⁴³, auch wenn diese Annahme immer wieder veröffent-

⁴³ Schwintowski in BK § 160 Rn. 4.

licht wird. So wird in dem Merkblatt „Empfehlungen für den Umgang des niedergelassenen Arztes mit Privatversicherungen“ der Landesärztekammer Baden-Württemberg, eine strikte Trennung vorgenommen⁴⁴. Danach soll, sobald der Patient einen Arzt um die Gutachtenerstellung bittet, der Vertrag mit dem Patienten zustande kommen und nur bei einer Anfrage, welche direkt von einem Versicherer an den Arzt gerichtet wird, ein Vertrag mit dem Versicherer zustande kommen. Abgesehen von der Tatsache, dass die Landesärztekammer auch fälschlicherweise von einem Dienstvertrag ausgeht, sind die für die Feststellung der Vertragspartner genannten Kriterien nicht richtig. Es macht juristisch keinen Unterschied, ob der Versicherer ein Formular an die Adresse des Arztes schickt oder ob es der Antragsteller stellvertretend für den Versicherer in die Praxisräume mitbringt und seinen Arzt bittet, es auszufüllen. Der Vertrag wird bei der Verwendung solcher Formulare mit dem Versicherer geschlossen. Wenn auch weiter von einem Dienstvertrag ausgegangen wird, scheint die Juristische Geschäftsführung der LAK Baden-Württemberg dies in einer Stellungnahme vom 20.05.2005 an den Verfasser der vorliegenden Ausarbeitung mit den Worten „dabei entsteht zwischen Versicherungsnehmer und Arzt keine vertragliche Beziehung“⁴⁵ auch anzuerkennen.

Ein Vertragsschluss über einen Gutachtenvertrag zwischen Antragsteller und Arzt kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Antragsteller aus eigener Initiative zur Unterstützung seiner Angaben einen Arzt mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Bei jeder anderen Konstellation ist der Versicherer durch die Vorgabe von Gutachtenformularen so wesentlich an der Vertragsgestaltung des Gutachtervertrages beteiligt, dass bei einer lebensnahen Auslegung des Willens der beteiligten Parteien nur ein Vertragsschluss zwischen Versicherer und

⁴⁴ Merkblatt LAK BaWü 2003.

⁴⁵ Persönliche, schriftliche Stellungnahme an den Verfasser.

Arzt über eine Stellvertretung durch den Antragsteller oder dessen Boteneigenschaft in Betracht kommt.

Die Neugestaltung des VVG lässt vermuten, dass künftig der bisherige Regelfall noch mehr an Bedeutung gewinnen wird. Da gemäß § 19 I VVG nur noch solche Umstände als gefahrerheblich gelten, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat, werden die Formulare, welche die vom Arzt zu beantwortenden Gesundheitsfragen enthalten, deutlich detaillierter werden. Die Versicherer werden größten Wert darauf legen, die Fragen und die Bestimmungen zu deren Beantwortung quantitativ und qualitativ selbst zu gestalten, um dem Einwand zu entgehen, nach einem Umstand sei nicht gefragt worden. Durch eine solche, detaillierte Vorgabe nicht nur der Fragen, sondern auch der Bestimmungen, wie die Fragen zu beantworten sind, haben die Versicherer einen noch größeren Einfluss auf den Inhalt des Gutachtervertrages. Sie als Geschäftsherren einzuordnen, die von ihren Antragstellern bei dem Abschluss des Gutachtervertrages vertreten werden, fällt damit unter der neuen Rechtslage und der damit zu erwartenden Entwicklung noch leichter.

2. Antragsteller und Versicherer

Bezüglich des Verhältnisses zwischen potentiellem Versicherungsnehmer und Versicherer ist zunächst festzustellen, dass zwischen ihnen noch kein Vertrag geschlossen worden ist. Die Frage nach den Pflichten in dem Vertragsverhältnis zwischen Antragsteller und Versicherungsunternehmen aus dem Versicherungsvertrag stellen sich zu dem hier zunächst betrachteten Zeitpunkt noch nicht.

Zwischen Antragsteller und Versicherer sind auch bei der ärztlichen Beteiligung die üblichen vorvertraglichen Anzeige- und Fürsorgepflichten zu beachten.

a) Die Anzeigepflicht nach dem bisherigen VVGaF und dem neuen VVG

Gemäß § 19 VVG (§ 16 VVGaF) hat der Antragsteller dem Versicherungsunternehmen vor Vertragsschluss alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, anzuzeigen.

Diese Verpflichtung hat ihren Ursprung schon in der Natur des Versicherungswesens. Schließlich wird dabei gegen ein bestimmtes Entgelt ein Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt und dieser Risikoübernahme dann eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhenden Kalkulation zugrunde gelegt⁴⁶. Schon mit dieser grundlegenden Definition wird klar, dass der Versicherer das Entgelt, also die Prämie nur dann festlegen und die Kalkulation nach der großen Zahl nur vornehmen kann, wenn er die Besonderheiten des einzelnen zu versichernden Risikos kennt⁴⁷.

Der Normzweck der §§ 16 VVGaF, 19 VVG ist es, dem versicherungsinteressierten Antragsteller eine Pflicht aufzuerlegen, die für das Risiko, welches er versichert haben möchte, relevanten Umstände und Informationen mitzuteilen. Der Versicherer ist hier ausgesprochen schutzwürdig, da die gefahrerheblichen Umstände in der Sphäre des Versicherungsnehmers liegen. Er ist vor allem wegen der Bedürfnisse der Versicherungsgemeinschaft auf vollständige und wahrheitsgemäße Angaben des Versicherungsnehmers angewiesen⁴⁸.

An dieser dem Versicherungsrecht immanenten Bedürfnislage ändert sich auch mit der Neufassung des VVG nichts. So wird in § 19 VVG die vorvertragliche Anzeigepflicht auch weiterhin geregelt, wenn auch mit deutlich höheren Anforderungen an die Beteiligung des Versicherers.

⁴⁶ BVerwG NJW 1992 2978.

⁴⁷ Voit in BK § 16 Rn. 1.

⁴⁸ Langheid in Römer/Langheid §§ 16,17 Rn. 2.

Die Anzeigepflicht ist eine Obliegenheit. Obliegenheiten haben insbesondere im Versicherungsrecht eine herausragende Stellung. Die Erfüllung einer Obliegenheit ist objektive Voraussetzung für die Erhaltung der Rechte des Versicherungsnehmers. So ist der Versicherungsnehmer zwar nicht verpflichtet, eine Obliegenheit zu erfüllen, dies liegt aber in seinem Interesse, um seine Ansprüche gegen den Versicherer zu erhalten⁴⁹.

Bei vielen Versicherungsverträgen ist das versicherte Risiko die Gesundheit oder das Leben der versicherten Person, so etwa bei der privaten Kranken-, Lebens-, Berufsunfähigkeits- oder Unfallversicherung. Dem Antragsteller fehlt es regelmäßig an dem nötigen medizinischen Fachwissen, um die Anzeigepflicht gebührend zu erfüllen. Damit bedarf es im Zweifelsfall der Einschaltung eines Arztes zur rechtmäßigen Erfüllung der Anzeigepflicht.

aa) zeitliche Grenzen der Anzeigepflicht

Betrachtet man den zeitlichen Aspekt, so bestand nach § 16 VVGaF die Anzeigepflicht in dem Zeitraum bis zum Vertragsschluss. Der direkte Anwendungsbereich der Norm endete mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Versicherers bei dem Antragsteller⁵⁰.

§ 19 I 1 VVG trennt nun die Anzeigepflicht in zwei zeitlich unterschiedliche Phasen. Zunächst postuliert er die Obliegenheit der Anzeige gefahrerheblicher Umstände bis zur Abgabe der Vertragserklärung. Diese Vertragserklärung ist die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Antragstellers, in der Regel also der Versicherungsantrag in Form des Antragsformulars⁵¹.

Für den Zeitraum zwischen Entäußerung dieser Willenserklärung und der Annahme nennt § 19 I 2 VVG dieselbe Pflicht.

⁴⁹ Weyers/Wandt Rn. 404.

⁵⁰ Voit in BK § 16 Rn. 6.

⁵¹ Begründung VVG-nF S. 64 f.

Fraglich ist, ob darin bezüglich des zeitlichen Aspektes eine wirkliche Änderung der bisherigen Rechtslage zu sehen ist. Die Begründung zu dem Gesetzentwurf spricht im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht nach Entäußerung der Vertragserklärung aber noch vor Vertragsannahme von einer erweiterten Anzeigepflicht⁵². Bei genauer Betrachtung bleibt es zeitlich gesehen aber bei einer Anzeigepflicht bis zum Vertragsschluss. Die rechtstechnische Einteilung in zwei Phasen hat lediglich klarstellenden Charakter in Bezug auf das neue Erfordernis, dass der Antragsteller nur solche Umstände anzeigen muss, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat. Dieses Textformerfordernis bezieht sich auf die gesamte Dauer der vorvertraglichen Anzeigepflicht, welche wie bisher bis zum Vertragsschluss gilt.

Das Textformerfordernis hat auch Auswirkungen auf eine Besonderheit, die für den bisherigen § 16 VVGaF galt. Sie bestand für den Zeitraum zwischen dem Absenden des Antragsformulars in Richtung des Empfängers, also des Versicherers, und dem endgültigen Vertragsschluss, nämlich bis die Annahmeerklärung des Versicherers beim Antragsteller zugegangen ist. Traten in dieser Zeitspanne neue gefahrrelevante Umstände auf oder hatte der Antragsteller eine Angabe vergessen, so musste er nun aus eigenem Antrieb tätig werden. Er musste eigenständig und ohne Zusammenhang mit einem Formular eine Mitteilung verfassen und diese in Richtung des Versicherers entsenden. Die Anzeigepflicht wandelte sich damit zu einer Nachmeldepflicht des potentiellen Versicherungsnehmers. Diese Verpflichtung zur Anzeige bezog sich wegen der erheblich größeren Initiative, die dem Versicherungsnehmer abverlangt wurde, nur noch auf gefahrrelevante Umstände von einigem Gewicht⁵³.

⁵² Begründung VVG-nF S. 64 f.

⁵³ Römer r+s 1998 45, 46.

Teilweise wird zu der neuen Regelung in § 19 I VVG wegen des neuen Grundsatzes „ohne entsprechende Frage in Textform keine Gefahrerheblichkeit“ vertreten, dass der Antragsteller *nach* Abgabe seiner Vertragserklärung nur noch dann zur Anzeige gefahrerheblicher Umstände verpflichtet sei, wenn der Versicherer *erneut* in Textform nachfragt⁵⁴.

Diese Ansicht konzentriert sich allerdings zu sehr auf die zeitliche Zensur der Abgabe der Vertragserklärung. Ändern sich nach Abgabe der Vertragserklärung (aber vor Vertragsschluss!) Tatsachen oder Umstände, nach denen zuvor gefragt wurde, in erheblichem Maße, ist nach hier vertretener Auffassung wie bisher eine Nachmeldeobliegenheit gegeben. Die Pflicht, einen Umstand anzuzeigen zu müssen, darf nicht zu Lasten des Versicherers vom zeitlichen Zufall abhängen, wann der Antragsteller von diesem gefahrerheblichen Umstand Kenntnis erlangt. Zwar hat der Gesetzgeber die Formulierung des § 19 I 1 VVG auf das Antragsmodell abgestimmt⁵⁵, doch kann von dem durchschnittlichen Antragsteller verlangt werden, dass er eine Meldung bei dem Versicherer macht, wenn nach Abgabe seiner Erklärung gravierende Veränderungen bei Umständen eintreten, die bereits Gegenstand der von ihm gestellten Gesundheitsfragen waren. Es ist auch nicht sinnvoll zu fordern, dass der Versicherer die Anzeigepflicht erst wieder beleben muss, indem er die gleichen Fragen wie im Antragsformular nochmals vor Vertragsschluss stellen soll⁵⁶. Eine generelle Aufforderung des Versicherers an den Antragsteller, über nicht unerhebliche Gesundheitsverschlechterungen zwischen Vertragsangebot und Angebotsannahme zu unterrichten muss ausreichend sein⁵⁷, zumindest wenn er zuvor bereits einen detaillierten Fragenkatalog gestellt hat. Zwischen Antragstel-

⁵⁴ Härle in Praxiskommentar § 19 Rn. 7.

⁵⁵ Härle in Praxiskommentar § 19 Rn. 100.

⁵⁶ So Schneider in VersR-Handbuch § 1a Rn. 23.

⁵⁷ Rolfs in Bruck/Möller I 2008 § 19 Rn. 72.

lung und Vertragsschluss vergeht in der Regel nicht so viel Zeit, als dass es dem Antragsteller nicht zuzumuten wäre, sich an die Fragen zu erinnern und bei *erheblichen* Änderungen der Umstände dies dem Versicherer zu melden. An die Qualität der Änderungen sind schließlich, wie schon bisher, besondere Anforderungen zu stellen⁵⁸.

Die wesentliche Änderung zur bisherigen Rechtslage ist, dass sich die Nachmeldeobliegenheit nun, wie die Anzeigepflicht insgesamt, nur auf solche Tatsachen und Umstände bezieht, nach denen vorher bereits konkret und ausdrücklich gefragt wurde⁵⁹. Die Nachmeldeobliegenheit wird damit noch weiter eingegrenzt und wird unter der Geltung des neuen Rechts deutlich an Bedeutung abnehmen.

bb) inhaltliche Grenzen der Anzeigepflicht

Nach § 16 I 2 VVGaF war bislang jeder Umstand für die Gefahr erheblich, der dazu geeignet war, Einfluss auf den Entschluss des Versicherers auszuüben, ob er einen Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Konditionen abschließen möchte. Dabei wurde ein subjektiver Beurteilungsmaßstab angelegt. Das konkret beteiligte Versicherungsunternehmen beurteilte die Gefahrerheblichkeit⁶⁰. Dabei war nicht entscheidend, ob der Umstand im konkreten Fall des zu beurteilenden Vertrages für die Entscheidung des Versicherers auch tatsächlich ausschlaggebend war. Wie der Gesetzeswortlaut schon deutlich ausdrückte, hatte auch die Rechtsprechung hervorgehoben, dass ein Umstand schon dann als gefahrerheblich im Sinne der Norm gilt, wenn er geeignet ist, die Entscheidung des Versicherers, beispielsweise gemäß dessen unternehmensinternen Geschäftsbestimmungen, zu beeinflussen⁶¹.

⁵⁸ Rolfs in Bruck/Möller I 2008 § 19 Rn. 72.

⁵⁹ Knappmann in VersR-Handbuch § 14 Rn. 40a.

⁶⁰ Voit in BK § 16 Rn. 16.

⁶¹ OLG Köln r+s 1995 242, 243.

Die gesetzliche Vermutung aus § 16 I 3 VVGaF, dass solche Umstände als erheblich gelten, nach denen der Versicherer ausdrücklich schriftlich fragt, gab diesem bislang ein besonderes Gestaltungsrecht.

Hielt ein Versicherungsunternehmen solche Umstände für gefahrrelevant, die nur durch ärztliche Auskunft oder Gutachten zu offenbaren sind, nahm es diese in die Antragsformulare mit auf. Dadurch wurden sie über die gesetzliche Vermutung gefahrerheblich. Der Vertragsinteressent war dann wiederum nach § 16 I 1 VVGaF zur Mitteilung verpflichtet. Konnte er die gewünschten Auskünfte, wie von dem Versicherer vorgesehen, nur mit Hilfe eines Arztes erbringen, war er über die gesetzliche Konstruktion dazu genötigt, einen Arzt zu beauftragen und sich gegebenenfalls auch untersuchen zu lassen.

In § 19 VVG ist jetzt vorgesehen, dass nur noch solche Umstände als gefahrerheblich gelten, nach denen der Antragsteller ausdrücklich in Textform gefragt hat. Damit hat die Gestaltungskompetenz des Versicherers bezüglich der Gefahrerheblichkeit eine neue Dimension erhalten. Das Textformerfordernis ist kumulativ neben die Voraussetzung der Gefahrerheblichkeit getreten⁶², so dass die Gestaltungskompetenz des Versicherers zu einer Gestaltungsnotwendigkeit geworden ist.

Begründet wird dieses Novum in erster Linie mit dem Schutz des Antragstellers, der nun nicht mehr für die Zusammenstellung und Auswahl der Umstände, welche er als gefahrerheblich angibt, verantwortlich sein soll⁶³. Diese Umstände müssen nach der Vorstellung des Gesetzgebers aber nicht nur in Textform erfragt worden sein, sondern auch objektiv erheblich sein⁶⁴. Diese objektive Erheblichkeitsschwelle ist im Interesse des Antragstellers. Andernfalls könnte sich der Versicherer

⁶² Langheid NJW 2006 3317, 3318.

⁶³ Begründung VVG-nF S. 64 f.

⁶⁴ Begründung VVG-nF S. 64 f.

aufgrund eines reinen Formalismus darauf berufen, dass der Antragsteller einen tatsächlich irrelevanten Umstand nicht angegeben hat. Ohne diese objektive Anforderung könnte der Versicherer durch geschickte Formulierung der Fragen in den Antragsformularen immer ein Türchen offen lassen, um sich bei Bedarf auf eine Nichtanzeige berufen zu können.

Die Summe der anzuzeigenden, gefahrerheblichen Umstände ist künftig mit dem Rahmen, den die Fragen des Versicherers vorgeben, abschließend abgesteckt. Nach § 19 I VVG kann jetzt nur der Umstand gefahrerheblich sein, nach dem der Versicherer auch fragt. Dies hat zur Konsequenz, dass, wenn der Versicherer es schlicht vergisst, nach einem objektiv und subjektiv eindeutig gefahrrelevanten Umstand zu fragen, die Nichtanzeige eines solchen für den Antragsteller folgenlos bleibt.

Dazu gibt es eine Ausnahme: dem Versicherer verbleibt das Recht zur Anfechtung, wenn der Antragsteller arglistig einen objektiv gefahrrelevanten Umstand, nach dem der Versicherer nicht gefragt hat, nicht anzeigt, § 22 VVG. Arglistig im Sinne der §§ 22 VVG, 123 BGB handelt, wer vorsätzlich mittels einer Täuschungshandlung einen Irrtum erregt, um einen anderen durch die Täuschung zu einer Willenserklärung zu bestimmen⁶⁵.

In einer Gesamtschau mit der Definition von Arglist, welche zumindest vorsätzliches Handeln voraussetzt⁶⁶, ist der neuen Gesetzessystematik zu entnehmen, dass es von nun an objektiv und subjektiv gefahrrelevante Umstände geben wird, deren selbst grob fahrlässige Nichtanzeige folgenlos bleibt. Dies sind solche Umstände, nach denen der Versicherer nicht explizit gefragt hat und die der Antragsteller nicht arglistig verschwiegen hat. Es ist nicht zu vergessen, dass der Versicherer für diese Arglist obendrein beweispflichtig ist. Der Beweis der

⁶⁵ Kramer in MüKo § 123 Rn. 6.

⁶⁶ Brox AT Rn. 454.

Arglist fällt dem Versicherer regelmäßig schwer, weil der Antragssteller nach der Regelung in § 19 I 1 VVG davon ausgehen darf, dass der branchenerfahrene Versicherer bei der Fragestellung seine eigenen Interessen zu wahren weiß⁶⁷.

Für die Praxis bedeutet dies, dass die Versicherungsunternehmen noch mehr auf die Qualität der Zusammenstellung ihrer Fragen achten müssen, als das bei der bisherigen Gesetzeslage schon der Fall war. Die Versicherungsunternehmen werden versuchen, durch möglichst offene und breit gefächerte Fragen alle denkbaren gefahrerheblichen Umstände zu erfassen. Dies bringt auch die unangenehme Wahrscheinlichkeit mit sich, dass die Fragen zu gefahrerheblichen Umständen in Antragsformularen bedenklich unbestimmt werden. Allenfalls die Tatsache, dass der Versicherer die Verantwortung für Konsequenzen aus dieser Unbestimmtheit trägt, könnte im Gegenteil dazu führen, dass die Fragen sehr detailliert werden und dadurch allein vom Umfang her wiederum zu einem bedenklichen Maße führen. Die Entwicklung in der Praxis bleibt, wie dazugehörige Rechtsprechung, mit Spannung zu erwarten.

Nahezu alle Fragen zur Gefahrerheblichkeit und damit die wichtigsten Probleme um die Anzeigepflicht werden von der Struktur der Fragekataloge abhängig sein. Die Rechtsstreitigkeiten und Urteile zur Auslegung von Fragen der Versicherer, wie es sie schon zahlreich gab⁶⁸, werden weiter zunehmen.

Wie oben bereits ausgeführt, hat die Gestaltung der Fragen auch direkten Einfluss auf die Notwendigkeit der Einschaltung von Ärzten. Werden die Fragen jetzt noch detaillierter oder spezieller auf Krankheitsbilder bezogen, so wird auch die Notwendigkeit steigen, Ärzte einzuschalten. Dagegen sprechen allerdings Kosteneffizienzgedanken, denn jede Beauftragung eines Arztes ist für den Versicherer mit nicht unerheblichen Kosten verbunden. Diese werden zur Ablenkung der Gefahr,

⁶⁷ Härle in Praxiskommentar § 19 Rn. 23.

⁶⁸ Voit in BK § 16 Rn. 31 ff. mit Beispielen.

ein versichertes Risiko nicht adäquat eingeschätzt zu haben und insbesondere in Anbetracht der Möglichkeit, diese Kosten auf die Versichertengemeinschaft abzuwälzen, vermutlich in Kauf genommen. Demnach dürfte zu erwarten sein, dass durch eine quantitative und qualitative Zunahme auch der Gesundheitsfragen die Einschaltung von Ärzten durch Versicherer anteilig eher zunimmt, wenn bei bestimmten Versicherungsarten nicht gar zum Regelfall wird.

b) die Pflichten in dem Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherer in der Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zu dem Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherungsunternehmen festhalten, dass der Antragsteller dem Versicherer gegenüber die versicherungsrechtliche Anzeigepflicht hat. Der Versicherer hat dem Antragsteller gegenüber vorvertragliche Beratungspflichten⁶⁹ in Bezug auf das von ihm angebotene Versicherungsprodukt, insbesondere aus §§ 6, 7 VVG.

Vertragliche Pflichten existieren mangels Vertragsschluss noch nicht. Das Hinzutreten des Arztes als dritte Partei vermag an dem Bestand der benannten Pflichten nichts zu ändern. Für die vorvertraglichen Anzeige- und Fürsorgepflichten zwischen Versicherer und Antragsteller ergeben sich demnach keine Unterschiede aus der Tatsache, dass bei der ärztlichen Beteiligung ein Drei- und kein Zweipersonenverhältnis besteht.

3. Antragsteller und Arzt

In der Konstellation, dass der Versicherer den Arzt auswählt und mit der Gutachtenerstellung beauftragt, besteht kein eigenes vertragliches Verhältnis zwischen Arzt und Antragsteller.

⁶⁹ Münkler in Handkommentar § 6 Rn. 8.

Vertragspartner des Arztes ist der Versicherer in einem Werkvertrag.

Wie erläutert, besteht auch kein Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Antragsteller. Im Wege der Begutachtung findet allenfalls eine körperliche Untersuchung des Antragstellers statt. In diesem Rahmen ist auch an etwaige Blutentnahmen oder gar Biopsien zu denken. Zwar muss der Antragsteller bei solchen Untersuchungsmaßnahmen mit Eingriffscharakter seine Einwilligung erklären. Durch diese einseitige Willenserklärung entsteht aber kein Behandlungsvertrag⁷⁰. Kommt es bei einem solchen Eingriff zu einer Gesundheitsbeschädigung des Patienten, so ist fraglich, ob er neben eigenen deliktischen Ansprüchen auch vertragliche Ansprüche geltend machen kann.

Die Regelungen zum Vertrag zugunsten Dritter aus §§ 328 ff. BGB sind nicht einschlägig. Es fehlt an einer entsprechenden Vereinbarung, die dem Antragsteller einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Arzt einräumt.

Allerdings ist an eigene Sekundäransprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu denken. Dabei handelt es sich um ein anerkanntes Rechtsinstitut, dessen Herleitung entweder aus einer ergänzenden Vertragsauslegung erfolgt⁷¹ oder aus einer richterlichen Fortbildung dispositiven Rechts⁷². In jüngerer Literatur findet sich auch die Auffassung, dass mittlerweile eine Normierung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in § 311 III 2 BGB erfolgt sei⁷³.

Von welcher dogmatischen Grundlage auch auszugehen ist⁷⁴, die Voraussetzungen wurden jedenfalls von der Rechtsprechung im Einzelnen konkretisiert.

⁷⁰ BGHZ 29 33, 36; Ulsenheimer in Laufs/Uhlenbruck S. 1111 ff.

⁷¹ BGH NJW 1996 2927; Grüneberg in Palandt § 328 Rn. 14.

⁷² Gottwald in MüKo § 328 Rn. 96 ff.

⁷³ Schwab JuS 2002 872, 873.

⁷⁴ Mehr siehe auch S. 169 ff.

Der Vertrag, der vorliegend eine Schutzwirkung für Dritte entfalten könnte, ist der Gutachtenvertrag zwischen dem Versicherer und dem Arzt.

Der Dritte, also der Antragsteller, müsste in den Schutzbereich des Vertrags miteinbezogen worden sein. Zum einen setzt dies eine Leistungsnähe voraus. Diese ist dann zu bejahen, wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung, insbesondere der Gefahr von Pflichtverletzungen, in gleicher Weise in Berührung kommt, wie der Gläubiger⁷⁵.

Zu den Pflichten des Arztes gehört die Erstellung eines fundierten Gesundheitsgutachtens, je nach den Erfordernissen der konkreten Sachlage, mitunter auch die körperliche Untersuchung des Antragstellers. Bei dieser hat der Arzt besondere Sorgfalts- und Schutzpflichten gegenüber dem Untersuchungsobjekt, in Fällen der Erstellung eines Gesundheitszeugnisses also gegenüber dem Antragsteller. Der Gefahr von Pflichtverletzungen in diesem Bereich kommt der Dritte, also hier der Antragsteller, nicht nur in gleicher Weise in Berührung, sondern ihn alleine trifft eine mögliche Pflichtverletzung. Es handelt sich mithin um eine Leistung mit Drittbezogenheit. Damit ist die Leistungsnähe zu bejahen.

Darüber hinaus wird zur Einbeziehung des Dritten in die Schutzwirkung des Vertrages auch eine Gläubignähe vorausgesetzt⁷⁶. Die Gläubignähe, welche sich nach dem Parteiwillen richtet⁷⁷, ist dann gegeben, wenn die Parteien den Dritten in den Schutzbereich mit einbeziehen wollen. Wenn der Arzt von einer Versicherung mit der Erstellung eines Gesundheitszeugnisses beauftragt wird, dann ist davon auszugehen, dass er sich auch damit einverstanden erklärt, den zu begutachtenden Antragsteller nicht zu verletzen. Es folgt schon aus dem Berufs-

⁷⁵ BGH JA 1999 265; Medicus SchR AT Rn. 774.

⁷⁶ Grüneberg in Palandt § 328 Rn. 17 f.

⁷⁷ BGH NJW 1984 356; BGH NJW 1996 2927.

ethos des Arztes, eine solche Intention zu unterstellen. Die Gläubigernähe ist demnach ebenfalls zu bejahen.

Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises für den Schuldner⁷⁸. So muss das Vertrags- und Haftungsrisiko für den Arzt bereits bei Abschluss des Gutachtenvertrages übersehbar, kalkulierbar und versicherbar sein⁷⁹. Der Arzt verpflichtet sich mit dem Abschluss des Gutachtenvertrages allenfalls zur Untersuchung des Antragstellers oder der zu versichernden Person. Damit ist das Risiko für ihn übersehbar und kalkulierbar. Es ist außerdem über seine Berufshaftpflichtversicherung auch versicherbar. Der geschützte Personenkreis ist damit erkennbar.

Der Antragsteller hat keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen die begutachtenden Ärzte, die von dem Versicherer bestellt werden⁸⁰. So ist er auch schutzbedürftig im Sinne der Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Damit bleibt hier zunächst festzuhalten, dass den vom Versicherer eingeschalteten Arzt in Bezug auf den Antragsteller die Haftungsfolgen aus dem Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter treffen.

III. Der Gesellschaftsarzt

Eine andere Form der ärztlichen Beteiligung bei dem Vertragsabschluss ist, über den selbstständigen und niedergelassenen Arzt und den Krankenhausarzt hinaus, der Arzt, welcher in einem Angestelltenverhältnis zu dem Versicherungsunternehmen steht. Die so genannten Gesellschaftsärzte haben ein breites

⁷⁸ Gottwald in MüKo § 328 Rn. 116.

⁷⁹ BGHZ 133 168 173; BGHZ 51 91, 96.

⁸⁰ Vgl. BGHZ 129 136, 169; BGHZ 133 168, 173 ff.

Berufsspektrum⁸¹. Dabei unterscheidet sich die Tätigkeit eines Gesellschaftsarztes von Versicherungsunternehmen zu Versicherungsunternehmen. So sind die Anfragen an den Gesellschaftsarzt bei einigen Krankenversicherern zu lediglich 1,3 % auf die Risikoprüfung bezogen, bei anderen Unternehmen sind es gar über 50 %⁸². Dies hängt von der internen Struktur der Unternehmen ab; es werden mitunter unterschiedlich viele nicht medizinisch speziell ausgebildete Sachbearbeiter als so genannte Risikoprüfer eingesetzt. Bei Lebens- und Unfallversicherungsunternehmen spielt die Bearbeitung von risikobezogenen Anfragen naturgemäß eine größere Rolle.

Eine Aufgabe von Gesellschaftsärzten ist die Beratung des Versicherungsunternehmens in versicherungsvertraglichen Fragen mit medizinischem Bezug. Dazu zählt auch die Bearbeitung und Auswertung von Krankendokumentationen und Gesundheitsgutachten, welche von behandelnden und untersuchenden Ärzten in Bezug auf den Antragsteller oder Versicherungsnehmer angefertigt werden. In Ausnahmefällen findet dabei auch eine durch den Gesellschaftsarzt selbst durchgeführte körperliche Untersuchung statt.

Im Vergleich zu der Einschaltung eines niedergelassenen Arztes, ganz gleich ob durch den Antragsteller oder durch den Versicherer, hat der Gesellschaftsarzt eine deutlich weniger eigenständige Position. Zwischen dem Versicherer und dem Gesellschaftsarzt besteht ein Arbeitsvertrag, also ein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 BGB⁸³. Ein vertragsrechtliches Grundverhältnis zwischen Gesellschaftsarzt und Antragsteller besteht nicht. In Bezug auf Stellungnahmen des Gesellschaftsarztes zur Leistungspflicht des Versicherers im Rahmen des § 202 VVG (§ 178m VVGaF) verneint die Rechtsprechung sogar ein Einsichtsrecht in die hausinternen Stellungnahmen

⁸¹ Hakimi VersMed 2006 81.

⁸² Hakimi VersMed 2003 176, 180, ders. VersMed 2006 81, 87.

⁸³ Löwisch ArbeitsR S. 1.

des Gesellschaftsarztes⁸⁴. Dies wird damit begründet, dass der Gesellschaftsarzt keine eigene Nachforschungen und Untersuchungen durchführt, sondern die vom Antragsteller eingereichten Unterlagen auswertet⁸⁵. Damit mangelt es an einer Neugewinnung von gesundheitsbezogenen Erkenntnissen. Solche würden ohne weiteres Einsichtsrechte aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Antragstellers begründen. Vielmehr wertet der Gesellschaftsarzt die schon bekannten Erkenntnisse aus der Perspektive des Versicherers nur aus.

Diese Einordnung als interne Entscheidungshilfe des Versicherers lässt sich auch auf die Tätigkeit und Stellungnahmen des Gesellschaftsarztes während der Risikoprüfung übertragen. Für den Antragsteller macht es keinen Unterschied, ob ein nicht-ärztlicher Sachbearbeiter die Risikoprüfung durchführt oder ein Gesellschaftsarzt. Bei der Beurteilung des betriebsinternen Entscheidungsfindungsprozesses ist die Stellungnahme eines Gesellschaftsarztes qualitativ bedeutender zu werten als die eines nicht medizinisch ausgebildeten Sachbearbeiters. Im Außenverhältnis zum Antragsteller ist der unternehmensinterne Entscheidungsablauf des Versicherungsunternehmens nicht von Belang.

Überträgt man diese sachgerechte Wertung auf die Antrags-situation vor Vertragsschluss, so ist festzustellen, dass bei der Beteiligung eines Gesellschaftsarztes beim Abschluss eines Versicherungsvertrages nicht mehr von einem rechtlichen Dreieck die Rede sein kann. Mangels eines eigenen rechtlichen Verhältnisses des Antragstellers zu dem Gesellschaftsarzt ist vielmehr von einem Zweiparteien-Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherungsunternehmen auszugehen. Diese Einschätzung wird bei Fragen der Zurechnung erneut eine Rolle spielen⁸⁶.

⁸⁴ AG Nürnberg r+s 1997 475.

⁸⁵ AG Nürnberg r+s 1997 475.

⁸⁶ Siehe S. 135 f., 200 f.

C. DER VOM ANTRAGSTELLER EINGESCHALTETE ARZT

Die Untersuchung wendet sich nun einer neuen Ausgangssituation zu: nicht mehr der Versicherer, sondern der Antragsteller selbst schaltet einen Arzt ein.

Die Gutachtenerstellung im Rahmen einer Antragstellung geschieht regelmäßig aufgrund eines diesbezüglichen Wunsches des Versicherungsunternehmens. Vor oder während des Abschlusses eines Versicherungsvertrages ist in der Praxis jedoch regelmäßig der potentielle Versicherungsnehmer derjenige, der einen Arzt wegen der Erstellung eines Gutachtens anspricht oder ihn um Beratung bittet. Dabei handelt der Antragsteller, wie oben dargestellt⁸⁷, zumeist als Vertreter oder Bote des Versicherers, so dass es sich bezüglich der Rechtsfolgen um einen vom Versicherer verpflichteten Arzt handelt.

Andererseits sind aber auch zwei Fallkonstellationen denkbar, in denen der Arzt von dem Antragsteller in eigener Verantwortung eingeschaltet und vertraglich gebunden wird.

Erstens kommt in Betracht, dass der Antragsteller den Arzt aus eigener Initiative, also ohne von dem Versicherer darum gebeten worden zu sein, mit der Anfertigung eines Gutachtens betraut. Dieses Gutachten verwendet der Antragsteller dann im Rahmen seiner Anzeigepflicht, indem er es dem Versicherer ungefragt vorlegt oder von dem Gutachter direkt an den Versicherer übermitteln lässt.

So handeln vorsichtige Antragsteller, die besonderen Wert darauf legen, vollständige und korrekte Angaben zu machen. Dies ist in der Praxis ein äußerst seltener Fall, weil er von dem Antragsteller Eigeninitiative voraussetzt, diesem außerdem zusätzlichen Aufwand und zusätzliche Kosten verursacht.

⁸⁷ Siehe S. 20 ff.

Die zweite Fallkonstellation, bei der ein Arzt vom Antragsteller vertraglich gebunden wird, ist diejenige, dass der Antragsteller den Arzt mit der Beratung bei dem Ausfüllen der Gesundheitsfragen im Antragsformular beauftragt, ohne dass die Mitwirkung des Arztes von dem Versicherer in dem Formular vorgesehen ist.

Sowohl bei der Beauftragung des Arztes durch den Antragsteller zur Gutachtenerstellung als auch zur Beratung kann das ärztliche Handeln Auswirkungen auf die Anzeige des Antragstellers und damit auch die Entscheidungen des Versicherers haben.

Die rechtlichen Besonderheiten dieser Wechselwirkungen gilt es im Folgenden zu untersuchen. Zunächst wird dies unter I. für den Fall erfolgen, dass der Antragsteller den Arzt von sich aus mit der Gutachtenerstellung beauftragt. Unter II. wird dann die gutachtenunabhängige Beratung des Antragstellers durch den Arzt analysiert.

I. Gutachtenerstellung

Beauftragt der Antragsteller den Arzt mit der Erstellung eines Gutachtens ohne als Bote oder Stellvertreter des Versicherers zu handeln, so schaltet er diesen zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Anzeigepflicht ein.

Dabei macht es für die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse keinen Unterschied, ob der Antragsteller das ärztliche Gutachten selbst an den Versicherer leitet oder der Arzt dieses direkt an den Versicherer sendet. In jedem Fall weiß der Versicherer, dass eine dritte Partei, nämlich der Arzt, bei der Erfüllung der Anzeigepflicht involviert war.

1. Arzt und Antragsteller

Bei der Gutachtenerstellung ergeben sich im Grundverhältnis zwischen dem Arzt und dem Antragsteller keine Unterschiede zu dem oben untersuchten Verhältnis zwischen Versicherer und Arzt. Auch hier wird zwischen Antragsteller und Arzt ein Werkvertrag nach § 631 BGB mit Vergütung nach individueller Vereinbarung oder nach GOÄ geschlossen⁸⁸.

2. Antragsteller und Versicherer

Zwischen Antragsteller und Versicherer gelten, wie auch bei dem vom Versicherer beauftragten Arzt, die vorvertragliche Anzeigepflicht aus § 19 VVG, sowie die vorvertraglichen BGB-Fürsorgepflichten.

3. Arzt und Versicherer

Wählt der potentielle Versicherungsnehmer den Arzt aus und beauftragt er ihn selbst mit der Gutachtenerstellung, besteht kein eigenes vertragliches Verhältnis zwischen Arzt und Versicherungsunternehmen.

Auch hier sind die Regelungen zum echten Vertrag zugunsten Dritter aus §§ 328 ff. BGB mangels der konkreten Vereinbarung eigener Ansprüche des Versicherers gegen den Arzt nicht einschlägig.

Der Gutachtenvertrag zwischen dem potentiellen Versicherungsnehmer und dem Arzt könnte aber eine Schutzwirkung für Dritte begründen.

⁸⁸ Siehe S. 14 ff.; Winter in Bruck/Möller Lebensversicherung Anm. C Rn. 268.

Das Versicherungsunternehmen müsste in den Vertrag miteinbezogen sein.

Die Leistungsnähe ist gegeben, wenn der Versicherer bestimmungsgemäß mit der Leistung, insbesondere der Gefahr von Pflichtverletzungen, in gleicher Weise in Berührung kommt, wie der Antragsteller⁸⁹. Als mögliche Pflichtverletzung des begutachtenden Arztes kommt eine Schlechtleistung in der Gestalt eines unvollständigen oder unrichtigen Gutachtens in Betracht. So ist denkbar, dass ein Arzt pflichtwidrig eine Vorerkrankung für nicht relevant erachtet oder eine nicht den Tatsachen entsprechende Darstellung der Krankengeschichte vornimmt. Der Versicherer ist derjenige, der von solchen Fehlbegutachtung weit mehr als nur berührt wird. In erster Line ist er der Geschädigte, wenn seine Entscheidung, etwa ein zu hohes Risiko zu versichern, auf ein falsches Gutachten beruht.

Die Gutachtenerstellung ist mithin eine Leistung mit Drittbezogenheit. Aufgrund des geschützten Vertrauens in die Richtigkeit des Gutachtens entscheidet sich der Versicherer für den Vertragsschluss unter den vereinbarten Bedingungen. Hätte das Gutachten einen gefahrerheblichen Umstand ausgewiesen, so hätte der Versicherer gegebenenfalls einen vertraglichen Leistungsausschluss vereinbart oder gar den Antragsteller abgelehnt. Die Leistungsnähe ist gegeben.

Bezüglich der Gläubigernähe hat der BGH einhergehend mit der Entwicklung von der strengen Wohl-und-Wehe-Lehre⁹⁰ hin zu der Auslegung nach dem Parteiwillen⁹¹ insbesondere für Gutachterverträge besondere Voraussetzungen formuliert. So ist bereits dann von einer Schutzwirkung zugunsten Dritter auszugehen, wenn sich aus den Umständen hinreichende Anhaltspunkte ergeben, die auf einen Parteiwillen schließen las-

⁸⁹ BGH JA 1999 265; Medicus SchR AT Rn. 774.

⁹⁰ BGHZ 56 269, 273.

⁹¹ BGH NJW 1984 356; BGH NJW 1996 2927.

sen, auch Dritte in den Schutz mit einzubeziehen⁹². Der Antragsteller wird den Arzt in der Regel unterrichten, für welche Zwecke er das Gutachten benötigt. Nur so kann der Arzt wissen, welche Gesichtspunkte bei der Gutachtenerstellung zu berücksichtigen sind. Zumeist wird dieser Aspekt schon aus Formulierungen im Gutachten selbst deutlich, wenn zum Beispiel eine Zweckbindung wie „Gutachten/Bericht zur Vorlage bei der XY-Versicherungsgesellschaft“ in der Überschrift oder der Betreffzeile vorgesehen ist. Eine solche Einschränkung des Adressatenkreises ist dem Arzt auch anzuraten, um klarzustellen, dass das Gutachten auf das Bedingungsmerkmal eines bestimmten Versicherers abgestimmt ist⁹³.

Der Arzt weiß also, dass er ein Gutachten nicht für private Zwecke des Bestellers, sondern für die Verwendung bei einer Versicherung erstellt. Diese Tatsachenumstände lassen auf einen Parteiwillen schließen, dass auch die Versicherungsgesellschaft in die Schutzwirkung des Vertrages – konkret der pflichtgemäßen, also fehlerfreien und vollständigen Erstellung eines Gutachtens – mit einbezogen werden soll. Die Gläubigernähe ist daher regelmäßig zu bejahen.

In der Praxis gestaltet sich die Situation so, dass der Antragsteller den Arzt um Gutachtenerstellung für ein ganz konkretes Versicherungsunternehmen oft unter der Vorlage des Versicherungsantrages beauftragt. Das Vertrags- und Haftungsrisiko ist für den Arzt damit bereits bei Abschluss des Gutachtenvertrages übersehbar, kalkulierbar und versicherbar, der geschützte Personenkreis ist für ihn erkennbar⁹⁴.

Wie verhält es sich aber, wenn der Patient seinen Arzt um die Erstellung eines Gutachtens zur Vorlage bei einem oder mehreren Versicherungsunternehmen bittet, ohne diese genauer zu benennen?

⁹² BGH NJW 1995 392; BGH NJW 1998 1059.

⁹³ Tändler/Schröter MedSach 2003 115, 120.

⁹⁴ BGHZ 133 168, 173; BGHZ 51 91, 96.

Hier lässt sich die Lösung der Rechtsprechung zur Erstellung von Wertgutachten heranziehen. Dabei wird es als ausreichend erachtet, wenn dem Gutachter bekannt ist, dass das Gutachten für potentielle Käufer oder sonstige Vertragspartner seines Auftraggebers bestimmt ist⁹⁵. Das ergibt sich aus der Natur des Gutachtens, welches eine Tatsachenfeststellung im Rechtsverkehr ist. Der Auftraggeber, sei es ein Verkäufer oder ein Versicherungsinteressent, muss Tatsachen über ein Rechtsgut mit Expertenmeinung belegen. Dies geschieht oft in einer Marktsituation, das heißt, das Gutachten muss mehreren möglichen Vertragspartnern vorgelegt werden. Das ist dem Gutachter in der Regel auch bekannt. Daher sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises bei Gutachtenverträgen nachvollziehbarer- und richtigerweise nicht hoch. Die Erkennbarkeit der Drittbezogenheit der Leistung ist in der vorliegend untersuchten Konstellation mithin regelmäßig erfüllt.

Die Versicherungsunternehmen sind auch schutzbedürftig, sie haben keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen die begutachtenden Ärzte, die von dem Antragsteller bestellt werden⁹⁶.

Im Falle einer Pflichtverletzung des Gutachters, beispielsweise wegen einer Fehlbegutachtung, ist er damit zum Ersatz eines adäquat kausal entstandenen Schadens bei dem Versicherungsunternehmen verpflichtet. Diese Schäden können wegen des versicherten Risikos schnell sehr hohe Beträge erreichen. Die Beweislast für die Fehlbegutachtung trägt dabei der Versicherer. Dieser Beweis wird ihm nur bei deutlich pflichtwidrigen Fehlgutachten gelingen, so dass der Arzt im Ergebnis keinem unangemessenen Haftungsrisiko ausgesetzt ist. Näheres zur Haftung des zur Begutachtung in Versicherungsangelegenheiten eingeschalteten Arztes wird in Kapitel 4 erörtert.

⁹⁵ BGHZ 127 378, 381.

⁹⁶ Vgl. BGHZ 129 136, 169; BGHZ 133 168, 173 ff.

Nach alledem ist der zwischen dem Antragsteller und dem Arzt geschlossene Gutachtenvertrag ein Vertrag mit Schutzwirkung für den Versicherer.

II. Beratung

Rechtlich einfacher strukturiert ist der Fall, dass sich ein Antragsteller mit den Gesundheitsfragen in dem Antragsformular des Versicherungsunternehmens überfordert fühlt. Die Erstellung eines Gutachtens steht jedoch nicht im Raum. Der potentielle Versicherungsnehmer wendet sich in Folge seiner Ratlosigkeit an seinen Hausarzt, einen Facharzt oder einen Krankenhausarzt seines Vertrauens und bittet um ein Gespräch. Dabei lässt er sich von dem Arzt beraten, wie er die Fragen zu beantworten habe oder ob er bestimmte Angaben überhaupt machen soll oder nicht. Dieser alltägliche Fall, der sich meist bei Gelegenheit „zwischen Tür und Angel“ abspielt, darf juristisch nicht unterschätzt werden.

Anders als bei dem zuvor erörterten Fall des vom Antragsteller in Auftrag gegebenen Gutachtens erlangt der Versicherer regelmäßig von einer solchen Beratung nicht einmal Kenntnis.

Die Aufgabe des Arztes ist in dieser Konstellation nicht, wie bei der Gutachtenerstellung im Auftrag des Antragstellers, dessen Anzeigepflicht dem Versicherer gegenüber zu erfüllen, sondern, dass der Arzt dem Antragsteller gegenüber Auskunft erteilt.

1. Arzt und Antragsteller

Das häufige „Zwischen Tür und Angel“ bereitet auch die Probleme bei der rechtlichen Beurteilung dieses Vorgangs. So ist

bei der Analyse des Verhältnisses zwischen dem Rat suchenden Antragsteller und dem Rat gebenden Arzt zu untersuchen, ob überhaupt eine vertragliche Verbindung besteht oder ob es sich nicht vielmehr um ein reines Gefälligkeitsverhältnis handelt. Auch bei einem in Frage kommenden Beratungsvertrag sind die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung zwischen einem Vertrag und einem reinen Gefälligkeitsverhältnis heranzuziehen⁹⁷

Bei einer Auskunft, Information oder Beratung durch den Arzt ist die wichtigste Frage bei der Abgrenzung einer Gefälligkeit zu einer vertraglichen Verbindung die nach der Bereitschaft des Arztes, bei einer Schlechtleistung Schadensersatz zu leisten. Die Rechtsprechung verlangt im Rahmen von Auskunftsverträgen explizit einen solchen Rechtbindungswillen⁹⁸. Diese Voraussetzung stellt im Grunde keine Besonderheit in der Abgrenzung im Vergleich zu anderen Vertragstypen dar. Alleine die Tatsache, dass die Rechtsprechung die Voraussetzung im Zusammenhang mit Beraterverträgen immer wieder besonders hervorhebt, ist ein weiterer Hinweis auf die praktische Relevanz und die rechtlichen Schwierigkeiten, die mit der Abgrenzung von Beraterverträgen zu reinen Gefälligkeitsberatungen einhergehen.

Findet das Auskunftsersuchen bei Gelegenheit eines Arztbesuches statt, so kommt allenfalls ein konkludenter Vertragschluss in Betracht. Der Arzt gibt meist eine Spontanäußerung ab, ohne den Patienten in Bezug auf das Beratungsgesuch körperlich zu untersuchen oder Krankenakten zu studieren. Ausdrückliche Erklärungen zum Abschluss eines Auskunfts- oder Beratungsvertrages bleiben dabei in der Regel aus. Insbesondere für den konkludenten Abschluss von Beraterverträgen stellt die Rechtsprechung hohe Kriterien auf. So muss eine Würdigung der Gesamtumstände unter Berücksichtigung der

⁹⁷ Ehmann in Erman § 675 Rn. 135.

⁹⁸ BGH WM 1978 576.

Verkehrsauffassung zu dem Ergebnis führen, dass die Parteien nach dem normativen Gehalt der Erklärungen die Auskunft und die Haftung für deren Richtigkeit zum Vertragsgegenstand erheben wollen⁹⁹. Kurz und deutlich zusammengefasst soll also die Haftung des Arztes für die Richtigkeit der Beratung mit vereinbart werden oder im Einzelfall nach Betrachtung der Umstände als vereinbart gelten. Die Literatur gibt sich zustimmend und unterstützt die Forderungen der Rechtsprechung nach diesen strengen Voraussetzungen. So wird eine besondere Sorgfalt bei der Prüfung des Vorhandenseins eines rechtsgeschäftlichen Erklärungswertes des konkludenten Verhaltens angemahnt und vor einer Flucht in die Fiktion gewarnt¹⁰⁰.

Der Literatur und Rechtsprechung ist in diesem Punkt zuzustimmen. Die Natur des Beratungsvertrages und die Tatsache, dass gerade nicht jeder Ratschlag, der bei Gelegenheit gegeben wird, eine rechtsgeschäftliche Bindung und damit auch Haftung nach sich ziehen soll, machen solche engen Voraussetzungen sinnvoll und notwendig. Alles andere würde zu einer Verrechtlichung des alltäglichen Lebens führen, die den Bedarf an Rechtsklarheit nicht erfüllen könnte.

Für das Verhältnis zwischen Antragsteller und Arzt kommt es also auf die Auslegung im Einzelfall an. Erfolgt die Auskunftserteilung oder Beratung nur bei Gelegenheit, so ist davon auszugehen, dass der Arzt keine rechtverbindliche Erklärung abgeben will, die auch eine entsprechende Haftung nach sich zieht.

Lässt sich der Antragsteller hingegen ausführlich beraten und konsultiert er den Arzt ausschließlich aus dem Anlass der Beratung in Versicherungsangelegenheiten, so ist in der Regel eher davon auszugehen, dass sich der Arzt des tatsächlichen Einflusses seiner Beratung und der rechtlichen Tragweite seines Einflusses bewusst ist. Ein Rechtsbindungswille und

⁹⁹ BGH NJW 1992, 2080 f.; BGHZ 123, 126.

¹⁰⁰ Martinek in Soergel § 675 Rn. C 14.

damit das Vorliegen eines Beratervertrages wären dann zu bejahen. Dieser Beratungsvertrag ist dann regelmäßig als Werkvertrag einzuordnen, da der Vertragsgegenstand eine einzelne Erteilung von Rat und Auskunft ist¹⁰¹. Der Beratungsvertrag wäre ein Dienstvertrag, wenn es auf die Beratungstätigkeit als solche ankommt. Bei der vorliegend untersuchten Konstellation steht jedoch der Erfolg der konkreten, einmaligen Auskunftserteilung im Vordergrund.

Damit bleibt wenig befriedigend festzustellen, dass für eine Beurteilung des Grundverhältnisses zwischen Arzt und Antragsteller bei einer Beratung durch den Arzt keine generell gültige Einordnung erfolgen kann, sondern auf die Betrachtung des Einzelfalles verwiesen werden muss. Es liegt eine entweder als Beratungs- oder Auskunftsvertrag bezeichnete Vereinbarung zugrunde oder es handelt sich um ein Gefälligkeitsverhältnis.

Bei einer Beratungstätigkeit des Arztes stellt sich die interessante Frage, inwieweit sich der Antragsteller entlasten kann, wenn er aufgrund einer fehlerhaften Beratung durch einen Arzt seine Anzeigepflicht verletzt¹⁰².

Außerdem ist es für die Haftung des Arztes von hohem Belang, ob ein Beratungsvertrag geschlossen ist oder ob lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis besteht, dazu später mehr¹⁰³. Speziell wegen dieser Konsequenzen ist Ärzten für die eigene Rechtssicherheit zu empfehlen, dass sie bei einer solchen Beratung ihren Rechtsbindungswillen entweder ausdrücklich äußern oder ausdrücklich darauf hinweisen, gerade nicht rechtlich gebunden werden zu wollen.

¹⁰¹ BGH NJW 1999 1540.

¹⁰² Siehe S. 185.

¹⁰³ Siehe S. 186 ff.

2. Antragsteller und Versicherer

Auf das Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherungsunternehmen kann sich eine Beratung des Antragstellers durch einen Arzt dadurch auswirken, dass der potentielle Versicherungsnehmer aus der Beratung neues Wissen erlangt. Dieses Wissen kann sich für ihn be- oder entlastend bei der Bestimmung des Umfangs der im Rahmen seiner Anzeigepflicht anzuzeigenden gefahrerheblichen Tatsachen auswirken.

3. Arzt und Versicherer

Handelt es sich bei einem Beratungsvertrag zwischen dem Antragsteller und dem Arzt auch um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wie es bei der Gutachtenerstellung der Fall ist?

Erst bei Vorliegen eines Beratervertrages, nicht schon bei einem Gefälligkeitsverhältnis, stellt sich die Frage, ob es dem Parteiwillen von Beratungssuchendem und Beratendem entspricht, die Versicherungsunternehmen in die Schutzwirkung des Vertrages mit aufzunehmen.

Der Versicherer kommt durch eine falsche Anzeige, welche ihren Grund in einer falschen ärztlichen Beratung hat, in gleicher Weise mit der Leistung in Berührung, wie der Gläubiger¹⁰⁴, eine Leistungsnähe wäre damit noch zu bejahen.

Allerdings mangelt es bei der Beratung regelmäßig an einer Gläubignähe, welche sich nach dem Parteiwillen richtet. Der Arzt reagiert in seiner Beratungsfunktion seinem Patienten gegenüber. Dass die dabei getätigten Aussagen in den Rechtsverkehr gelangen sollen und der Arzt dadurch Versicherungsunternehmen, also Dritten gegenüber haftbar werden soll, ist in der Regel nicht von seinem Willen erfasst. Bei lebensnaher

¹⁰⁴ BGH JA 1999 265; Medicus SchR AT Rn. 774.

Auslegung kann der vernünftige Antragsteller auch nicht davon ausgehen, dass der Arzt einen solchen, den Versicherer schützenden Rechtsbindungswillen, hat.

Anderes könnte allenfalls gelten, wenn ausführliche Beratungsgespräche mit eingehender Erörterung der Situation stattfinden – Arzt und Patient gemeinsam das Vorgehen besprechen, Aspekte gemeinsam abwägen und der Arzt somit den Abschluss des Versicherungsvertrages wesentlich mit beeinflusst. Wenn der Aufwand der Beratung, was Aktenstudium und Untersuchung des Patienten anbelangt, dem Aufwand bei einer Gutachtenerstellung gleich kommt – es sich quasi um eine mündliche Gutachtenerstattung handelt – muss der Arzt davon ausgehen, dass auch das Versicherungsunternehmen in den Schutzbereich des Vertrages miteinbezogen wird. Diese Fallvariante ist hier aber nicht in aller Tiefe zu erörtern, da sie keine hohe Praxisrelevanz hat. Nach einer solch ausführlichen Erörterung der Sachlage und Beratung, die dann auch die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrages begründen könnte, wird regelmäßig eine schriftliche Stellungnahme erstellt. Damit tritt der Arzt dem Versicherer gegenüber wieder in Erscheinung und es ist auf die bereits behandelte Situation bei einer vom Antragsteller eingeleiteten Gutachtenerstellung zu verweisen.

Bezüglich des Verhältnisses zwischen Arzt und Versicherer lässt sich damit festhalten, dass bei einer einfachen Beratung des Antragstellers durch den Arzt – selbst bei Vorliegen eines Beratungsvertrages – in der Regel keine besondere rechtliche Verbindung besteht.

D. ZUSAMMENFASSUNG

Die durchgeführte Analyse der zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bei der Beteiligung eines Arztes beim Abschluss eines Versicherungsvertrages zeigt bereits, wie komplex und variantenreich die Thematik ist.

Es hat sich gezeigt, dass der Krankenhausarzt in dem Dreipersonenverhältnis im Wesentlichen wie ein niedergelassener, selbstständiger Arzt zu behandeln ist. Auch wenn das Krankenhaus Vertragspartner wird, so ist bei Fragen der Zurechnung und Haftung ohnehin auf den Gutachter als für das Krankenhaus handelnde natürliche Person abzustellen. Im weiterten Gang der Untersuchung wird auf den Krankenhausarzt daher nur noch punktuell eingegangen, wenn sich ausnahmsweise eine andere Bewertung als bei dem niedergelassenen Arzt ergibt.

Bezüglich des Gesellschaftsarztes lässt sich festhalten, dass dieser als Angestellter des Versicherers in keinem eigenen Rechtsverhältnis zu dem Antragsteller steht. Viele Zurechnungsprobleme, welche bei der Einschaltung eines selbstständigen und damit außen stehenden Arztes auftreten, sind bei dem Gesellschaftsarzt obsolet.

Bei der weiteren Betrachtung ist insbesondere die Feststellung zu berücksichtigen, dass in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle der Versicherer derjenige ist, der den Arzt vertraglich zum Zwecke der Gutachtenerstellung vertraglich bindet. Dies geschieht zwar regelmäßig durch den Antragsteller, welcher selbst den Versicherer vertritt oder als dessen Bote erscheint. Dennoch ist insbesondere bei den im Folgenden behandelten Fragen zur Wissens- und Haftungszurechnung diese Erkenntnis von großer Bedeutung.

Zwar wählt größtenteils der Antragsteller den Arzt aus und überbringt ihm Formulare des Versicherers, welche als Grundlage zur Gutachtenerstellung dienen. Der vom Antragsteller

selbst vertraglich gebundene Arzt ist in der Versicherungspraxis allerdings eine sehr seltene Ausnahme. Bindet der Antragsteller den Arzt, so geschieht dies meist zu Beratungszwecken, also ohne dass der Arzt dem Versicherer gegenüber in Erscheinung tritt.

Die weitere Betrachtung der spannenden und herausfordernden rechtlichen Fragestellungen insbesondere in den Bereichen der Wissenszurechnung und der Haftung für Wissenserkklärungen, richtet wegen der hohen praktischen Bedeutung ein besonderes Augenmerk auf den vom Versicherer eingeschalteten selbstständigen Arzt.

KAPITEL 3:

DIE WISSENSZURECHNUNG

A. PROBLEMAUFRISS

Die Anzeigepflicht ist ein Institut, welches den Umgang mit Wissen und auch die Weitergabe von Wissen notwendig macht.

Der Antragsteller wird durch das VVGaF und auch das neue VVG verpflichtet, genau bestimmtes Wissen an den Versicherer weiterzugeben. Wie erläutert, tritt der Versicherer als juristische Person im Rechtsverkehr über eingeschaltete Hilfspersonen auf.

Hilfsperson ist hierbei der Überbegriff für alle zwischen Antragsteller und Versicherer geschaltete Personen. Eine Hilfsperson ist eine Kommunikationsbrücke zwischen den beiden Parteien. Sie kann, je nach ihrer Funktion beispielsweise Erklärungen abgeben oder nimmt solche für eine Partei entgegen. Auch kann sie gegebenenfalls für eine der beiden Verhandlungsparteien Wissen erlangen oder weitergeben.

Deutlich davon abzugrenzen ist eine Untergruppe der Hilfspersonen, die Vermittlungspersonen. Vermittlungspersonen sind besondere Hilfspersonen, deren Tätigkeit auf den Abschluss des Versicherungsvertrages zielgerichtet ist.

Es gibt eine Vielzahl verschiedener Arten von Vermittlungspersonen. So ist bereits im Gesetz von Versicherungsvermittlern, Versicherungsvertretern oder –maklern die Rede. Diese Vermittlungspersonen sind rechtlich unterschiedlich zu definieren und ihre Einteilung in eine der Gruppen zieht auch unterschiedliche Konsequenzen für alle Beteiligten, also den Antragsteller, den Versicherer und die Vermittlungsperson nach sich.

Erklärungen und Wissen werden nicht unmittelbar vom Antragsteller an die juristische Person Versicherer weitergegeben.

Eine oder mehrere Hilfspersonen, wozu auch Ärzte zählen können, sind bei der Wissensweitergabe zwischengeschaltet oder geben eigenes Wissen weiter. Juristisch besonders interessant wird es wie immer dann, wenn diese Wissensweitergabe nicht reibungslos verläuft. Was passiert etwa, wenn das Wissen von einer Hilfsperson nicht oder falsch weitergegeben wird?

Die Antwort führt zu der nächsten Frage, nämlich zu welchem Rechts- und Interessenkreis diese Hilfsperson zählt. Gehört sie eher dem Versicherer an, gilt das Wissen dann als solches des Versicherers? Ist es ihm *zuzurechnen*? Ist die Hilfsperson dem Interessenkreis des Antragstellers zuzuordnen? Erfolgt dann etwa eine Zurechnung von speziellem Wissen der Hilfsperson zu Lasten des Antragstellers mit der Folge, dass dieses zugerechnete Wissen zusätzlich zu seinem eigenen den Inhalt der Anzeigepflicht erweitert?

Wie die Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten ärztlicher Beteiligung beim Abschluss von Versicherungsverträgen in Kapitel 2 gezeigt hat, kann die ärztliche Beteiligung auf vielen verschiedenen Wegen geschehen.

In welcher Form auch immer, er hat oder empfängt Wissen über den Gesundheitszustand und damit über das zu versichernde Risiko. Ist dieses Wissen dem Versicherer oder dem Antragsteller zuzurechnen?

Erfolgt eine Zurechnung des Wissens zu Lasten des Versicherers, dann gilt das Wissen als solches des Versicherers.

Der Umstand ist damit entsprechend der Voraussetzungen von § 19 I VVG angezeigt. Der Versicherer hat dann nach § 19 II VVG kein Rücktrittsrecht.

Findet hingegen keine Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers statt, dann hat der Antragsteller gegebenenfalls seine Anzeigepflicht aus § 19 I VVG nicht erfüllt, obwohl er alle Angaben dem beteiligten Arzt gegenüber getätigt hat. Der Versicherer kann dann unter den Voraussetzungen der § 19 II bis V VVG zurücktreten.

Die Antwort auf die Frage der Zurechnung entscheidet also, ob die Anzeigepflicht erfüllt ist oder nicht. Das Rücktrittsrecht ist in der praktischen Fallgestaltung meistens mit der Entscheidung verbunden, ob der Versicherer aus dem Vertrag leisten muss oder nicht. Wegen dieser weit reichenden Rechtsfolgen und Konsequenzen ist der Problembereich der Zurechnung von Wissen nicht zu unterschätzen und in Anbetracht der zahlreichen, unterschiedlichen Formen ärztlicher Beteiligung äußerst komplex.

Ob und wem das Wissen eines eingeschalteten Arztes zuzurechnen ist, hängt wesentlich von der juristischen Klassifizierung seiner Position ab. Dabei sind verschiedene in Gesetzen, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung vorgesehene Arten von Hilfspersonen in Betracht zu ziehen. Gegebenenfalls ist auch über eine eigenständige, versicherungsrechtliche Einteilung, etwa unter dem Begriff der „medizinischen Hilfsperson“ nachzudenken.

Um sachgerechte Lösungen zu den Problemen der Wissenszurechnung zu finden, gilt es zunächst, die allgemeinen und dogmatischen Prinzipien der Wissenszurechnung auf den Fall der ärztlichen Beteiligung anzuwenden oder zu übertragen.

Dann ist zu überprüfen, ob und, wenn ja, inwieweit gesetzlich vorgesehene Regelungen zur Wissenszurechnung auch für den Arzt als Hilfsperson in Versicherungsangelegenheiten gelten und zu sinnvollen und gerechten Ergebnissen führen.

Der Blick in die Zukunft, das heißt die Auswirkungen der Gesetzesreform des VVG auf die rechtliche Klassifizierung und damit auch der Zurechnung von Wissen beim Abschluss von Versicherungsverträgen beteiligter Ärzte spielt dabei eine exponierte Rolle.

Bei diesen Analysen ist es wichtig, dass die in Kapitel 2 gefundenen verschiedenen Formen ärztlicher Beteiligung berücksichtigt werden.

Dabei ist vor allem eine begriffliche und rechtssystematische Klarheit für die Beteiligung von Ärzten beim Abschluss von Versicherungsverträgen angestrebt.

Die vorhandenen Normen, Rechtsinstitute und Modelle zur Wissenszurechnung sind zahlreich.

Daher ist ein Ziel dieser Auseinandersetzung, allgemeingültige Kriterien für die Wissenszurechnung bei der Beteiligung von Ärzten zu finden. Diese Suche soll, wenn möglich, zu einem einheitlichen Kriterienkatalog führen, der eine Klassifizierung des Arztes als „Medizinische Hilfsperson“ erlaubt und klare Rechtsfolgen nach sich zieht. Ob eine Erfassung solcher Kriterien und damit die Darstellung einer eigenständigen Rechtsfigur gelingen können, ist jedoch erst nach der umfassenden Analyse bereits bestehender allgemeiner Modelle zur Wissenszurechnung zu beurteilen.

B. DOGMATISCHE HINTERGRÜNDE

Wie ist einerseits Wissen im versicherungsrechtlichen Zusammenhang zu verstehen und was bedeutet andererseits dessen Zurechnung? Der Schwerpunkt dieser Betrachtung wird auf solchen Aspekten liegen, die für die ärztliche Beteiligung relevant sind.

I. Der Wissensbegriff

Zum Wissensbegriff wird regelmäßig die Definition von *von Tuhr* herangezogen: „Das Wissen ist eine durch äußere Ereignisse (Sinneseindrücke) oder durch geistige Vorgänge (Schlussfolgerungen) hergestellte, der Wirklichkeit entsprechende Tatsache.“¹⁰⁵ Der Autor bezieht sich dabei auch auf die Formulierungen der Kommissionsprotokolle zum Entwurf des BGB¹⁰⁶.

So hat der Arzt Wissen über den Gesundheitszustand eines Antragstellers, wenn er Auffälligkeiten bei der körperlichen Untersuchung gefunden hat (Sinneseindrücke) oder Schlussfolgerungen aus der Auswertung von Krankenakten und Blutuntersuchungsergebnissen zieht.

In § 20 Satz 2 VVG (§ 16 II 2 VVGaF) spricht der Gesetzgeber von Kenntnis, in § 19 I 1 VVG von bekannten Umständen. Sind diese Begriffe mit Wissen gleichzusetzen? Sowohl der Gesetzgeber selbst¹⁰⁷, Autoren spezieller Literatur¹⁰⁸ zu dieser Thematik als auch Gerichte¹⁰⁹ tauschen die Begriffe beliebig aus.

¹⁰⁵ Von Tuhr AT II/1. 127.

¹⁰⁶ Protokolle BGB III S. 86.

¹⁰⁷ Begründung VVG-nF S. 77.

¹⁰⁸ Baum S. 194 ff.

¹⁰⁹ RGZ 78 26, 27, 33.

Die Wortbedeutungen dieser Bezeichnungen unterscheiden sich in der Verwendung der Alltagssprache allerdings voneinander. So definieren allgemeine Wörterbücher Wissen als Oberbegriff, nämlich als „Gesamtheit aller Kenntnisse, die jemand auf einem bestimmten Gebiet hat“, gehen aber gleichwohl davon aus, dass der Plural Kenntnisse ein Synonym zu Wissen ist¹¹⁰.

Die Diskussion soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden, der Hinweis auf eine korrekte sprachliche Differenzierung sei jedoch erlaubt. Es bleibt demnach bei der Feststellung, dass in der juristischen Auseinandersetzung zur Wissenszurechnung die Begriffe Kenntnis und Wissen beliebig ausgetauscht werden. Dem soll hier zur quellennahen Darstellung des Streitstandes gefolgt werden.

Aufmerksamkeit sei auch dem Begriff des Wissenmüssens gewidmet. Wissenmüssen bedeutet, dass jemand in fahrlässiger Weise die rechtsrelevanten Umstände nicht kannte¹¹¹. Das fahrlässige Nichtwissen spielt auch bei der Wissenszurechnung eine Rolle.

Zur klaren Unterscheidung zwischen Wissen und Wissenszurechnung bietet sich die Überlegung von *Taupitz* an, dass Wissen und Wissenmüssen zum Verantwortungsbereich für eigenes Verhalten gehören. Wissenszurechnung hingegen stellt eine Verantwortlichkeit für fremdes Wissens, Verhalten und für fremde Informationsweitergabe dar¹¹².

Bezüglich des materiellen Gehaltes der Begriffe Kenntnis und Wissen ist es auffällig, dass sie je nach Norm und Anwendungsbereich eine unterschiedliche Bedeutung haben können. Die Rechtsprechung füllt die Begriffe entsprechend den besonderen rechtssystematischen und interessenbezogenen Bedürfnissen der jeweiligen Rechtsbereiche aus. Bei der Untersu-

¹¹⁰ Duden Bedeutungswörterbuch S. 1055.

¹¹¹ RGZ 59 400, 408; Buck S. 31.

¹¹² *Taupitz* Karlsruher Forum VersR 1994 16, 17; ders. JZ 1996 734, 736.

chung einer versicherungsrechtlichen Materie ist demnach auch vorrangig die Literatur und Rechtsprechung mit versicherungsrechtlichem Bezug heranzuziehen.

II. Die Grundlagen der Zurechnung

1. Notwendigkeit der Zurechnung ärztlichen Handelns

Die Versicherungsunternehmen sind juristische Personen. Damit sind sie rechtliche Konstrukte, ganz gleich, in welcher Organisationsform sie gegründet wurden.

Ein solches rechtliches Konstrukt kann mangels Sinnen keine Sinneseindrücke haben und mangels eigener geistiger Vorgänge keine Schlussfolgerungen ziehen. Es bedarf folglich einer Übertragung des Wissens der an dem rechtlichen Konstrukt beteiligten natürlichen Personen, die wiederum selbst eigenes Wissen haben können und in eigener Person handeln können.

Bei der hier untersuchten Thematik der Beteiligung eines Arztes beim Vertragsschluss ist nicht damit zu rechnen, dass auch auf Seiten des Antragstellers eine juristische Person auftritt. Wie bereits erläutert¹¹³, ist der Arzt in der Regel beim Abschluss von Versicherungsverträgen beteiligt, die als versichertes Risiko die Gesundheit oder das Leben eines Menschen zum Gegenstand haben. Damit ist zu erwarten, dass der Antragsteller eine natürliche Person ist. Für den seltenen Fall, dass es, etwa im Rahmen einer Gruppenversicherung bezüglich eines versicherten Risikos zur Einschätzung mehrerer Gesundheitsrisiken kommt, hat auch bei einer juristischen Person als Antragsteller eine Zurechnung gemäß der dargestellten Grundsätze zu erfolgen.

¹¹³ Siehe S. 1 f.

Bei der natürlichen Person Antragsteller kommt allerdings regelmäßig auch eine Zurechnung von Wissen, Wollen und Verhalten von Personen in Betracht, die er im Rechtsverkehr für sich handeln lässt.

Der Vertretene lässt sich von dem Vertreter repräsentieren¹¹⁴, was auch dazu führt, dass er sich dessen Wissen, Wollen und Handeln zurechnen lassen muss¹¹⁵. Bei der Einschaltung des Arztes ist demnach zu überprüfen, ob er bei der Einschaltung durch den Versicherer dessen Stellvertreter ist oder ob ein anderer Grund vorliegt, das Wissen, Wollen und Handeln des Arztes dem Versicherer oder dem Antragsteller zuzurechnen.

Ein Arzt kann als Gesellschaftsarzt Teil der juristischen Person Versicherungsunternehmen sein. Auch besteht die Möglichkeit, dass ein niedergelassener Arzt oder ein Krankenhausarzt, der von dem Versicherer beauftragt ist, als diesem zugehörig betrachtet werden kann.

Andererseits ist es auch denkbar, dass das Wissen des Arztes aufgrund eines Rechtsverhältnisses oder des Vertrauens- und Rechtsverkehrschutzes der Person des Antragstellers zuzurechnen ist.

2. Die Organ- und Vertretertheorie

Auf welche Art und Weise die Übertragung von Wissen stattfindet, bestimmt sich nach dem Grundverständnis über die Rechtsnatur von juristischen Personen. Hier ist im Wesentlichen zwischen zwei unterschiedlichen rechtlichen Auffassungen, die ihre Wurzeln im römischen und germanischen Recht haben, zu differenzieren¹¹⁶.

¹¹⁴ Larenz/Wolf 829.

¹¹⁵ Larenz/Wolf 852 f.

¹¹⁶ Gierke S. 603 f.

Nach der Organtheorie mit germanischem Hintergrund sind die juristischen Personen selbst mittels ihrer Organe Willens-, Kenntnis- und Handlungsträger¹¹⁷. Die Organe entscheiden und handeln nicht als außen stehende Dritte, sondern die Gesamtperson selbst will und handelt durch, also vermittelt ihrer Organe¹¹⁸. Bei diesem Verständnis sind die Fähigkeiten zu wissen, zu entscheiden, zu wollen, zu erklären und zu handeln allesamt Bestandteil der Rechtsnatur einer juristischen Person. Ausgeführt werden die Fähigkeiten aber durch die Organe. Der Organbegriff umfasst dabei sowohl das Organ als Institution (zum Beispiel den Vorstand) wie auch das Organmitglied (zum Beispiel das Vorstandsmitglied)¹¹⁹. Hinter diesen Organen verbergen sich letzten Endes die natürlichen Personen, die denken, wissen und handeln. Auch die Organtheorie bedient sich damit des Instrumentes der Zurechnung des Wissens und Handelns natürlicher Personen zu Lasten der juristischen Person.

Der Organtheorie steht die Vertretertheorie aus dem römischen Recht gegenüber. Ihr folgend kann die juristische Person selbst nicht wissen, wollen und handeln, sie bedarf dafür immer Dritter, nämlich natürlicher Personen als ihre Vertreter¹²⁰. Der auch diesbezüglich viel zitierte *Savigny* vergleicht die juristische Person spitz formuliert mit „Unmündigen und Wahnsinnigen; denn auch diese haben die ausgedehnteste Rechtsfähigkeit neben gänzlicher Handlungsunfähigkeit“¹²¹. Er betont darüber hinaus, dass es sich bei der juristischen Person um eine bloße Fiktion handelt. Sie sei gerade kein denkendes und wollendes Wesen, wie es ein einzelner Mensch als natürliche

¹¹⁷ Schmidt Gesellschaftsrecht S. 259.

¹¹⁸ Gierke S. 624.

¹¹⁹ Wiedemann, WM Sonderbeilage 4/1975 S.15.

¹²⁰ Schmidt Gesellschaftsrecht S. 258.

¹²¹ Savigny S. 282.

Person sei¹²². Demgemäß könne eine juristische Person nur über natürliche Personen als ihre Vertreter wissen und handeln. Die Organtheorie erkennt im Übrigen auch die Notwendigkeit an, neben der Zurechnung über die Organe auch die Zurechnung über die allgemeinen Regeln der Stellvertretung zuzulassen¹²³. Das soll dann gelten, wenn nicht die eigenen Organe, sondern außen stehende Dritte für die juristische Person handeln.

Die Darstellung dieser beiden verschiedenen Grundverständnisse über juristische Personen zeigt, dass die Zurechnung von Wissen und Handeln natürlicher Personen zu Lasten des rechtlichen Konstrukts unabdingbar ist.

Bei der Organtheorie wird allerdings deutlich, dass diese nur auf die Zurechnung satzungsmäßig bestimmter Organe ausgelegt ist¹²⁴. Auch die allgemeinen Bestimmungen aus dem Vereinsrecht, welche bei vielen juristischen Personen Anwendung finden, §§ 28 II und § 31 BGB, sind zwar Zurechnungsnormen, ihr Regelungsgehalt bezieht sich aber auch nur auf Vorstandsmitglieder und verfassungsmäßig berufene Vertreter.

Diese Normen zeigen zwar wieder die Notwendigkeit der Zurechnung auf, sind aber für die Anwendung auf die beim Abschluss von Versicherungsverträgen beteiligten Ärzte ungeeignet. Weder der niedergelassene Arzt, noch der Gesellschaftsarzt ist oder handelt als Vorstandsmitglied des Versicherers. Sie treten auch nicht als dessen verfassungsmäßig berufene Vertreter auf.

§ 31 BGB wird von der Rechtsprechung mittlerweile als eine Grundlage für eine allgemeine Repräsentantenhaftung gesehen. Diese ist von der versicherungsrechtlichen Repräsentantenhaftung zu unterscheiden. Nach § 31 BGB solle eine juristische Person der Theorie zufolge für alle Personen haften, denen

¹²² Savigny S. 282.

¹²³ Gierke S. 623f.

¹²⁴ Buck S. 237.

durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren¹²⁵. § 31 BGB bezieht sich also auf eine Handlungszurechnung, nicht aber eine Wissenszurechnung.

In der enormen Ausweitung der Norm durch die allgemeine Repräsentantentheorie zeigt sich schon das Bedürfnis einer Zurechnung nicht nur der verfassungsmäßig bestimmten Organe sondern auch anderer, für die juristische Person in untergeordneter Rolle handelnden natürlichen Personen im Allgemeinen. Das Bedürfnis einer Zurechnung, welche sich auch auf ausführende Mitarbeiter bezieht, zeigt sich also über die Problematik der Wissenszurechnung hinaus in der haftungsbezogenen Handlungszurechnung.

Sowohl die Organ-, als auch die Vertretertheorie waren die Grundlage für neuere, feingliedrigere Modelle der Wissenszurechnung bei Organisationen mit einer systemimmanenten Wissenszersplitterung. So waren sie auch historische Basis für die „Mannheimer These“.

3. Die „Mannheimer These“, die organisationsbegründete Zurechnung des allgemeinen Repräsentanten und der BGH

Die Notwendigkeit einer Wissenszurechnung innerhalb eines Unternehmens, welche über die Organ- und Vertretertheorie hinaus auch für ausführende Angestellte unterhalb der Geschäftsführungsebene einschlägig ist, wird sowohl in Rechtsprechung wie auch Literatur regelmäßig festgestellt.

Nach der von *Canaris* als „Mannheimer These“ titulierten Ansicht¹²⁶ von *Grunewald* und *Taupitz* führt die Beurteilung

¹²⁵ BGHZ 49 19, 21.

¹²⁶ *Canaris* Karlsruher Forum VersR 1994, S. 33, 34.

aus der Sicht des Vertragspartners¹²⁷ einer juristischen Person zu einem Gleichbehandlungsgebot: Ein Vertragspartner soll keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil daraus haben, dass er mit einer juristischen Person und nicht mit einer natürlichen Person kontrahiert.

Der Vertragspartner darf nach *Grunewald* davon ausgehen, dass eine Wissenszurechnung innerhalb einer juristischen Person dann stattfindet, wenn ein Organ Kenntnisse hat, die einem anderen Organ nicht mitgeteilt wurden, obwohl in einer ordnungsgemäß organisierten juristischen Person eine Weitergabe erfolgt wäre¹²⁸. Auf diese Weise werde auch sichergestellt, dass einer juristischen Person keine Vorteile aus einer nicht sachgerechten Organisation erwachsen.

Zwar nimmt *Grunewald* dabei schon die Perspektive des außenstehenden Vertragspartners an, belässt die Zurechnungsfrage aber noch auf der Ebene der Organe der juristischen Person. *Taupitz* hingegen teilt gemäß der „Mannheimer These“ die Perspektive *Grunewalds*, ist dabei aber weitsichtiger. Er bezieht auch für die juristische Person handelnde natürliche Personen unterhalb der Ebene der Organe und der verfassungsmäßig bestimmten Vertreter in seine Beurteilung der Zurechnungsfrage mit ein.

Einem Versicherer seien diejenigen Kenntnisse zuzurechnen, welche die konkrete, für ihn gegenüber dem Verhandlungspartner als Vertreter oder „allgemeiner Repräsentant“ handelnde Person hat¹²⁹. Als allgemeine Repräsentanten werden dabei Personen angesehen, die nicht Organe der juristischen Person oder deren Vertreter sind, sondern nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen sind, im Rechtsverkehr für ihn in eigener Verantwortung bestimmte Aufgaben zu erledigen.

¹²⁷ *Grunewald* in Festschrift für Beusch 301, 304 ff.

¹²⁸ *Grunewald* in Festschrift für Beusch 301, 304.

¹²⁹ *Taupitz* in Festschrift für Lorenz 1994 673, 678.

gen¹³⁰. Im versicherungsrechtlichen Kontext ist, wie schon bei § 31 BGB, darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Begriff aus dem allgemeinen Zivilrecht handelt und dieser nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Repräsentanten im Versicherungsrecht ist, zur klaren Abgrenzung wird Ersterer hier immer als allgemeiner Repräsentant bezeichnet.

Mit *Taupitz* einstimmig¹³¹ erklärt *Grunewald*, dass es bei dem allgemeinen Repräsentanten im Rahmen der Zurechnungsdiskussion nicht auf die eigenverantwortliche Erledigung dieser bestimmten Aufgaben ankomme, sondern darauf, ob der Gehilfe gerade zur Aufnahme und gegebenenfalls zur Weiterleitung von Informationen bestimmt ist¹³². *Grunewald* legt jedoch Wert auf eine „Eigenständigkeit“, die den allgemeinen Repräsentanten zum Bezugspunkt des Vertrauens des Vertragspartners macht¹³³. Nur dann verlasse sich der Vertragspartner auf die Angaben dieser Person, wie auf die Aussagen eines Vertreters. Auch wenn, wie *Taupitz* hervorhebt, keine eigenverantwortliche Erledigung der Aufgaben gegeben sein muss, so ist unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Perspektive des Vertragspartners eine Eigenständigkeit, wie von *Grunewald* gefordert, sinnvoll und zu befürworten.

Wichtig ist auch, dass der allgemeine Repräsentant von der juristischen Person und nicht vom Antragsteller eingeschaltet wird, andernfalls könnte sein Wissen nicht auf ein Verhalten der juristischen Person zurückgeführt und damit auch nicht zugerechnet werden¹³⁴.

Die These von *Taupitz* ist die Fortführung der gesetzgeberischen Prinzipien, welche in § 166 BGB zugrunde gelegt wurden. Danach ist zunächst die Kenntnis der Person relevant, die

¹³⁰ BGHZ 83 293, 296.

¹³¹ *Taupitz* in Festschrift für Lorenz 1994 673, 679.

¹³² *Grunewald* in Festschrift für Beusch 301, 314.

¹³³ *Grunewald* in Festschrift für Beusch 301, 314.

¹³⁴ *Waltermann AcP* 1992 181, 191.

den rechtsgeschäftlichen Tatbestand verwirklicht, § 166 I BGB. Darüber hinaus ist nach dem gesetzgeberischen Willen das Wissen einer anderen Person nur dann zu berücksichtigen, wenn sie auf das Handeln der ausführenden Person steuernd eingewirkt hat. An genau dieser Steuerung knüpft *Taupitz* an und bewertet die Informationsverschaffung als Steuerung in diesem Sinne¹³⁵. Es sei nur ein unbedeutender Schritt von der Maßgeblichkeit der erfolgten Steuerung zur Maßgeblichkeit der möglichen und von der Rechtsordnung erwarteten Steuerung durch Information¹³⁶.

Der Vertragspartner, der einer juristischen Person gegenübersteht, ist einem Verbund von vielfältigen Hilfspersonen ausgesetzt, die untereinander bei wichtigen Dingen zur Informationsweitergabe verpflichtet seien¹³⁷.

Weiter führt *Taupitz* dazu aus, der Vertragspartner erwarte auch konsequenterweise, dass sein Verhandlungspartner aus der juristischen Person die Fakten kennt, die bei einer Organisation dieses Zuschnitts üblicherweise von den tatsächlich Wissenden an andere, möglicherweise auf das Wissen Angewiesene, weitergeben werden¹³⁸. Dabei sei der Maßstab einer ordnungsgemäß organisierten Kommunikation bei optimaler Organisation anzulegen¹³⁹.

In diesem Maßstab verbirgt sich allerdings ein einschränkender Aspekt der Mannheimer These zur Gleichbehandlung. Es solle gerade nicht immer zu einer Wissenszusammenrechnung aller Mitarbeiter eines Unternehmens kommen, wie es von anderen Autoren ebenfalls mit der Argumentation der Gleichstellung des Vertragspartners gefordert wird. So findet sich etwa die These, dass ein Unternehmen keinerlei Vorteile aus seiner

¹³⁵ *Taupitz* Karlsruher Forum VersR 1994 16, 26.

¹³⁶ *Taupitz* Karlsruher Forum VersR 1994 16, 26.

¹³⁷ *Taupitz* Karlsruher Forum VersR 1994 16, 26.

¹³⁸ *Taupitz* Karlsruher Forum VersR 1994 16, 26.

¹³⁹ *Taupitz* in Festschrift für Lorenz 1994 673, 685.

arbeitsteiligen Organisation ziehen dürfe¹⁴⁰. Eine Zurechnung solle demnach sogar dann erfolgen, wenn es im Einzelfall unmöglich ist, die interne Information so zu organisieren, dass sie denjenigen erreicht, der sie zur Abwendung von Nachteilen benötigt¹⁴¹.

Es wirkt jedoch schon im Ansatz unpassend, einer Rechtsperson eine Gefahr zu Lasten zu legen, die sie weder beeinflussen, noch vermeiden kann. Eine solche Risikoabwägung und Festlegung der Schutzbereiche der Beteiligten zu Lasten der juristischen Person ist deutlich zu streng. Daher ist unter dem Gesichtspunkt der auch schutzwürdigen Interessen des beteiligten Unternehmens der einschränkende Bestandteil der „Mannheimer These“, wie er auch von *Taupitz* und *Grunewald*¹⁴² gefordert wird, zu befürworten. Dass von einer juristischen Person eine „lediglich“ optimal organisierte Kommunikation verlangt wird und nicht eine pauschale Wissenszusammenrechnung ohne Berücksichtigung der Möglichkeiten der juristischen Person erfolgt, ist auch mit den Interessen des Vertragspartners zu vereinbaren. Schließlich weiß er, dass er einer Organisation gegenübersteht und keiner einzelnen natürlichen Person¹⁴³.

Der Vertragspartner soll durch eine pauschale Wissenszusammenrechnung nicht besser stehen, als wenn er mit einer natürlichen Person mit notwendigerweise beschränktem Wissen konfrontiert ist¹⁴⁴. Gleichstellung bedeutet eben nicht nur keine Schlechterstellung, sondern auch keine Besserstellung.

Gegen die Forderung nach einer optimalen Organisationsstruktur wird vereinzelt der Einwand erhoben, sie verwische die Grenzen zwischen Wissen und Wissenmüssen in unzulässiger

¹⁴⁰ Schulz NJW 1990 477, 480.

¹⁴¹ Schulz NJW 1990 477, 480.

¹⁴² Grunewald in Festschrift für Beusch 301, 306.

¹⁴³ Taupitz JZ 1996 734, 735.

¹⁴⁴ Taupitz in Festschrift für Lorenz 1994 673, 685.

Weise¹⁴⁵. Zwar ist der Einwand richtig, dass durch die Forderung nach einer optimalen Organisationsstruktur auch bei einer Norm, die positive Kenntnis voraussetzt, *im Ergebnis* bereits eine fahrlässige Unkenntnis ausreicht, um die Rechtsfolgen dieser Norm auszulösen. So ist auch der Feststellung beizupflichten, dass eine Verletzung der Organisationspflicht als Verkehrspflicht zu einem Organisationsverschulden führt, also einer Fahrlässigkeitshaftung¹⁴⁶.

Dieser Effekt ist allerdings nicht wie von Buck zu verurteilen¹⁴⁷, sondern dem System einer Wissenszurechnung geradezu immanent. Wissenszurechnung erfolgt immer nur dann, wenn tatsächliches Wissen bei demjenigen, dem Wissen zugerechnet wird, nicht vorliegt. Derjenige muss sich dann aber wegen eines anderen Verhaltens oder anderer Umstände Wissen eines anderen zurechnen lassen. Hat jemand selbst Kenntnis von einem Umstand, so muss ihm die Kenntnis einer anderen Person von diesem Umstand nicht zugerechnet werden. Aufgrund der Interessenlage und der legitimen Schutzbedürftigkeit der Beteiligten kann das Bedürfnis bestehen, eine Wissenszurechnung vorzunehmen, um interessengerechte Ergebnisse zu erhalten.

Ein dogmatisches Vorgehen mit der Konsequenz, dass es zu einer ergebnisorientierten Modifikation der Voraussetzungen einer Norm kommt, ist nicht per se zu verurteilen. Nichts anderes passiert bei jeder Analogie oder der Heranziehung des Rechtsgedankens einer Norm oder anderem rechtsmethodischen Vorgehen. Auch wenn der Einwand von Buck grundsätzlich richtig und ernst zu nehmen ist, wiegt die Forderung nach einer bestimmten Organisationsstruktur und einer daraus resultierenden Wissenszurechnung wegen der Schutzwürdigkeit der Beteiligten schwerer.

¹⁴⁵ Buck S. 31.

¹⁴⁶ Adler S. 99.

¹⁴⁷ Buck S. 439 f.

Die grundlegenden Ausführungen im Rahmen der „Mannheimer These“ sind insgesamt schlüssig und nehmen eine interessengerechte Wertung der Sachlage vor. Der Hinweis von Buck kann allenfalls als Warnung im Hinterkopf behalten werden, dass eine Zurechnung von Wissen nicht zu leichtfertig vorzunehmen ist und unter ausreichender Berücksichtigung der Schutzinteressen der Beteiligten zu erfolgen hat.

Wegen der überzeugenden Konzeption und Darstellung findet später insbesondere die Analyse von *Taupitz* Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der erkennende Senat erklärt in seinem Urteil ausdrücklich, dass er sich der Beurteilung und Begründung im Rahmen des Gleichstellungsargumentes anschließt¹⁴⁸. Dabei wird in der Begründung betont, dass es sich bei diesem Zurechnungsmodell gerade nicht um die Organtheorie handelt, sondern dass es im Kontext des Verkehrsschutzgedankens stehe und der daran geknüpften Pflicht zu ordnungsgemäßer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation¹⁴⁹.

Der BGH übernimmt¹⁵⁰ damit auch die Forderung von *Medicus*, dass diese Grundsätze auf alle Organisationsformen anzuwenden seien, die zu einer Wissenszersplitterung führen können¹⁵¹ und geht damit sogar noch über die vorgeschlagene Anwendungsreichweite von *Taupitz*¹⁵², nämlich die Anwendung auf alle Unternehmen, hinaus.

Aus den hier vorgestellten Modellen der Wissenszurechnung folgt das Bestreben der vorliegenden Arbeit, diese dann auf die ärztliche Beteiligung im Speziellen zu übertragen.

Konkret wird der Versuch unternommen, diese allgemeinen Grundlagen und Erfordernisse in das bestehende spezielle

¹⁴⁸ BGHZ 132 30, 37.

¹⁴⁹ BGHZ 132 30, 37.

¹⁵⁰ BGHZ 132 30, 37.

¹⁵¹ *Medicus* Karlsruher Forum VersR 1994 4, 11 ff.

¹⁵² *Taupitz* in Festschrift für Lorenz 1994 673, 684.

versicherungsrechtliche Regelungssystem unter Berücksichtigung der verschiedenen Formen der ärztlichen Mitwirkung einzubetten.

C. DIE RECHTSLAGE ZUR ZEIT DES VVGaF

Auch mit der Einführung des neuen VVG ist die bisherige Rechtslage zum VVGaF von juristischem Interesse. Wie sich im Laufe der Diskussion zeigen wird, ist vieles zur bisherigen Rechtslage Geschriebenes und Entschiedenes auch für die neue Rechtslage nach dem neuen VVG noch immer gültig. Oft spielte bei der Neugestaltung des Versicherungsvertragsgesetzes auch die Einarbeitung ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Rolle. Da im neuen VVG explizite Regelungen zur Beteiligung von Ärzten beim Abschluss von Versicherungsverträgen fehlen, gilt es nach der Darstellung der bisherigen Rechtslage zu analysieren, ob Grundlegendes zur Wissenszurechnung bei ärztlicher Beteiligung unter der neuen gesetzlichen Regelung Gültigkeit behält oder eine Anpassung zu durchlaufen hat.

I. Wissenszurechnung im Bürgerlichen Recht

1. § 164 I, III BGB

Der Vollständigkeit wegen sei § 164 BGB hier kurz erwähnt. Obwohl § 164 BGB *die* Zurechnungsnorm aus dem Zivilrecht ist, kommt seine Anwendung bei der Wissenszurechnung nicht in Betracht. Gemäß § 164 BGB wird dem Geschäftsherrn eine Willenserklärung des Vertreters zugerechnet. Diese Willenserklärung wirkt dann für und gegen den Vertretenen, was aber noch nicht bedeutet, dass er um die Willenserklärung weiß¹⁵³. Die versicherungsrechtliche, vorvertragliche Anzeigepflicht bezieht sich auf eine Mitteilung von Wissen und nicht auf die Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens. Der Begriff der

¹⁵³ Baum S. 45.

Wissenserklärung hat sich im Zusammenhang mit § 16 VVGaF herausgebildet. Im Unterschied zur *Willenserklärung* bedarf es zur Abgabe derselben keiner Geschäftsfähigkeit und sie ist selbst dann nicht rechtsgeschäftlicher Bestandteil eines Versicherungsvertrages, wenn eine physische Verbindung zwischen den Formularen besteht¹⁵⁴.

Bei der *Wissenserklärung* handelt es sich aber nicht um eine *Willenserklärung* im Sinne von § 164 I, III BGB, die Anwendung dieser Norm zur Wissenszurechnung bei der Anzeige gefahrerheblicher Umstände scheidet aus.

2. § 166 I BGB und der vorgesehene Anwendungsbereich

§ 166 I BGB wird immer wieder in einem Atemzug mit der Wissenszurechnung genannt und damit als eine Art zivilrechtliche Generalklausel behandelt. Dies wird der spezifischen Funktion der Norm nicht gerecht.

Zunächst ist sie im persönlichen Anwendungsbereich rechtssystematisch nur auf den Vertreter anwendbar. Es müsste also jedes Mal, wenn ein Arzt eingeschaltet ist, ein rechtsgeschäftliches oder auch gesetzliches Stellvertretungsverhältnis vorliegen¹⁵⁵. Dies ist in der Praxis nicht der Fall und es entspricht auch nicht dem Interesse der beteiligten Parteien. Der Arzt soll weder für den Antragsteller, noch für den Versicherer in rechtsgeschäftlicher Funktion tätig werden.

Daher ist § 166 I BGB schon allein deshalb nicht als allgemeine Norm für die Wissenszurechnung zu verstehen, weil er durch diesen engen persönlichen Anwendungsbereich auf Stellvertreter begrenzt ist. Noch deutlicher wird dies bei der Betrachtung des sachlichen Anwendungsbereiches. § 166 I BGB regelt nur den Fall, dass die rechtlichen Folgen

¹⁵⁴ Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 32.

¹⁵⁵ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 3.

einer vom Vertreter abgegebenen oder empfangenen Willenserklärung, die dem Vertretenen nach § 164 I, II BGB zurechenbar ist, durch Kenntnis oder Kennenmüssen beeinflusst werden¹⁵⁶. Die Norm stellt also nur auf die Kenntnis ab, soweit die *rechtlichen Folgen* einer Willenserklärung beeinflusst werden.

In der Regelungssystematik des BGB dient der § 166 I BGB nur dazu, der Tatsache gerecht zu werden, dass bei dem eigentlichen Geschäftsabschluss nicht der Geschäftsherr, sondern der Vertreter eine Willenserklärung abgibt. Viele Normen im BGB beziehen sich auf die Kenntnis einer Vertragspartei oder auf andere subjektive Merkmale, welche von der Kenntnis einer Partei geprägt werden (etwa die Arglist). Dabei ist der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung ausschlaggebend. Auf die Person abzustellen, welche die eigentliche Willenserklärung abgibt – nämlich den Vertreter – ist auch folgerichtig geregelt.

Wegen der Abhängigkeit des § 166 I, II BGB von § 164 I BGB, also weil seine Anwendung die Zurechnung von *Vertreterhandeln* voraussetzt, wird diese Bestimmung auch als akzessorische Zurechnungsnorm bezeichnet¹⁵⁷.

Die Frage der Zurechnung von Wissen eines bei dem Abschluss eines Versicherungsvertrages involvierten Arztes stellt sich regelmäßig bezüglich einer Anzeige nach § 19 VVG, (§ 16 VVGaF). Wie im vorhergehenden Abschnitt erläutert, handelt es sich dabei aber gerade nicht um eine *Willenserklärung*, sondern um eine *Wissenserklärung*, welche nicht in den Anwendungsbereich von § 164 I, III BGB fällt. Demzufolge müsste eine direkte Anwendung des § 166 I BGB ausscheiden. Allerdings wurde der Regelungsbereich durch die Rechtsprechung mitunter extrem ausgeweitet, was bei einer Untersuchung dieser Norm miteinbezogen werden muss.

¹⁵⁶ Baum S. 40.

¹⁵⁷ Oldenbourg S. 10.

3. § 166 I BGB und die Anwendung in der Praxis

Die Rechtsprechung hat sowohl den persönlichen als auch den sachlichen Anwendungsbereich von § 166 I, II BGB enorm erweitert. Teilweise wird dabei weit ausgelegt, andererseits von analoger oder entsprechender Anwendung ausgegangen oder der Rechtsgedanke aus § 166 I BGB wird herangezogen. Die Literatur erkennt größtenteils die von der Rechtsprechung befundene Notwendigkeit der Ausweitung der ursprünglich gesetzlich vorgesehenen Weite des § 166 I BGB an.

Auch die Ausgangsthese von *Taupitz*, nach der einer Organisation grundsätzlich diejenigen Kenntnisse zuzurechnen sind, die der für die Organisation auftretende allgemeine Repräsentant hat, spiegelt nach dessen eigener Aussage den genuine Rege- lungsgehalt von § 166 I wider¹⁵⁸.

a) Prinzip der erweiterten persönlichen Anwendung

In der Literatur wird die weite Auslegung und die häufige Analogiebildung zu § 166 I BGB bereits als „Prinzip der erweiterten persönlichen Anwendung“¹⁵⁹ bezeichnet. Demnach soll § 166 I BGB dann entsprechend anwendbar sein, wenn der Geschäftsherr nicht selbst handelt und auch keinen Stellvertreter einsetzt, sondern eine beliebige andere Person mit eigenverantwortlicher Prüfungs- und Entscheidungskompetenz¹⁶⁰. Der BGH entnimmt § 166 I BGB gar den Rechtsgedanken, dass eine Wissenszurechnung immer dann zu erfolgen habe, sobald jemand einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraue¹⁶¹. An anderer Stelle spricht der BGH nicht von der Heranziehung des

¹⁵⁸ Taupitz Karlsruher Forum VersR 1994 16, 24.

¹⁵⁹ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 5.

¹⁶⁰ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 5.

¹⁶¹ BGH NJW-RR 2001 127, 128.

Rechtsgedankens, sondern kommt auch zu einer analogen Anwendung des § 166 I BGB auf Hilfspersonen¹⁶².

Begründet wird diese Ausweitung des Anwendungsbereiches mit einem Ausgleich der Vorteilsinteressen bei der Einschaltung von Hilfspersonen durch einen Geschäftsherrn¹⁶³. So ist derjenige, der andere mit der Erledigung vertragsvorbereitender Maßnahmen betraut, im tatsächlichen Vorteil, diese Maßnahmen nicht selbst vornehmen zu müssen. Daraus kann dem Geschäftsherrn dann nicht noch der rechtliche Vorteil entstehen, sich von den eingeschalteten Personen und deren Kenntnis distanzieren zu können, mit der Folge, rechtlich nicht für deren Handeln einstehen zu müssen¹⁶⁴.

In der Literatur stößt die weite Auslegung des persönlichen Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung auf allgemeine Zustimmung. Dabei wird besonders betont, dass sie im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs und des Vertrauensschutzes liege und demnach zu billigen sei¹⁶⁵.

Rechtstechnisch findet sich auch in der Literatur einerseits der Ansatz, von einer Anwendung eines allgemeinen Zurechnungsprinzips auszugehen. So sei eine Wissenszurechnung überall dort anzuerkennen, wo Dritte bei der Erledigung ihnen übertragener Angelegenheiten eine tatsächlich ähnliche Stellung wie ein Vertreter bei der Vornahme von Rechtsgeschäften habe¹⁶⁶. Andererseits vertreten Teile des Schrifttums, wie Teile der Rechtsprechung, die Auffassung, eine analoge Anwendung sei das rechtstechnische Mittel der Wahl¹⁶⁷.

Ob nun die analoge Anwendung oder das Heranziehen eines allgemeinen Rechtsgedankens zu befürworten ist, kann als rein

¹⁶² BGHZ 41 17, 22.

¹⁶³ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 5.

¹⁶⁴ Schilken 213 f.

¹⁶⁵ Palm in Erman § 166 Rn. 6.

¹⁶⁶ Richardi AcP 169 385, 397.

¹⁶⁷ Waltermann AcP 192 181, 190.

dogmatische Frage ohne Auswirkungen im Rechtsfolgenbereich und damit ohne jeden Praxisbezug dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist von einer Wissenszurechnung bei Hilfspersonen mit eigenem Verantwortungsbereich zu Lasten des Geschäftsherrn auszugehen.

Im Einklang mit *Grunewald* sollte dieser eigene Verantwortungsbereich allerdings nicht zu eng verstanden werden und eine gewisse Eigenständigkeit, welche die Hilfsperson aus der Perspektive des Vertragspartners hat, als ausreichend erachtet werden¹⁶⁸. Durch diese Betrachtung werde man den beiderseitig zu berücksichtigenden Schutzinteressen gerecht¹⁶⁹.

Der vom Versicherer eingeschaltete Arzt dient ihm als Hilfsperson bei der Vorbereitung des Vertragsschlusses. Ebenso fungiert der vom Antragsteller mit der Gutachtenerstellung beauftragte Arzt als dessen Hilfsperson. Insbesondere solche Personen, die bei der Vorbereitung eingeschaltet werden, sind nach einhelliger Auffassung dem Geschäftsherrn zuzurechnen¹⁷⁰.

Bei seiner Tätigkeit wird dem Arzt auch ein eigener Verantwortungsbereich übertragen. Es liegt in seiner Hand, welche Gesundheitsinformationen er für weiterleitungsbedürftig erachtet und welche nicht. Durch Fragebögen wird ihm zwar eine Struktur für die Sammlung und Auswertung der Gesundheitsdaten gegeben, die eigentliche Ausführung der Befragung und Auswertung der Antworten liegt jedoch in seiner eigenen Verantwortung. Demnach ist der persönliche Anwendungsbereich des § 166 I BGB zumindest für den vom Versicherer beauftragten Arzt eröffnet.

Die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereiches reicht aber noch nicht aus, um auch eine analoge Anwendung auf den Arzt als zur Vorbereitung des Vertragsschlusses eingeschaltete

¹⁶⁸ Grunewald in Festschrift für Beusch 301, 313.

¹⁶⁹ Grunewald in Festschrift für Beusch 301, 313.

¹⁷⁰ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 4 b.

Person zu befürworten. Der sachliche Anwendungsbereich bezieht sich wie bereits festgestellt, nur auf Wissenszurechnung, welche in Zusammenhang mit Willenserklärungen erfolgt. Der Anzeige nach § 19 VVG (§ 16 VVGaF) fehlt aber gerade dieser Willenserklärungscharakter.

b) Anwendung bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen

Allerdings kommt hier die Rechtsprechung mit Erweiterungen nicht nur des persönlichen, sondern darüber hinaus auch des sachlichen Anwendungsbereiches von § 166 I BGB ins Spiel.

So wird § 166 I BGB nicht nur auf Willenserklärungen, sondern auch auf geschäftsähnliche Handlungen, dann jedoch entsprechend, angewandt¹⁷¹. Die versicherungsrechtliche Anzeige als Wissensklärung wird regelmäßig als geschäftsähnliche Handlung kategorisiert¹⁷², die analoge Anwendung des § 166 I BGB explizit angeregt¹⁷³.

Bei der Beteiligung eines durch den Versicherer eingeschalteten Arztes ist also unter Beachtung des weiten persönlichen Anwendungsbereiches nach einhelliger Auffassung auch der sachliche Anwendungsbereich für eine analoge Anwendung des § 166 I BGB eröffnet.

Die Diskussion um den Anwendungsbereich des § 166 I BGB hat im Versicherungsrecht zu der Schaffung zweier spezieller Zurechnungsmodelle geführt: der Wissensvertretung und der Wissensklärungsvertretung, dazu nun im Einzelnen:

c) Wissensvertreter

aa) Grundlagen

Den Grundstein¹⁷⁴ für das ursprünglich versicherungsrechtliche Institut des Wissensvertreters legte das Reichsgericht bereits

¹⁷¹ Schilken in Staudinger 2004 § 166 Rn. 10.

¹⁷² Römmer-Collmann S. 100.

¹⁷³ Medicus Karlsruher Forum VersR 1994 4, 9.

¹⁷⁴ Looschelders in VersR-Handbuch § 17 Fn. 253, S. 904.

1921. Bezüglich der Wissenszurechnung zu Lasten eines Versicherungsnehmers führt der Senat aus:

„Wenn der verantwortliche Leiter eines geschäftlichen Unternehmens dessen Innenbetrieb in der Weise regelt, dass Tatsachen, deren Kenntnis von Rechtserheblichkeit ist, nicht von ihm selbst, sondern von einem bestimmten Angestellten zur Kenntnis genommen werden, so muss er sich im Verhältnis zu einem Dritten, der aus der Tatsachenkenntnis Rechte herleitet, die Kenntnis des Angestellten wie eine eigene anrechnen lassen. Wenn auch der Angestellte nicht sein Stellvertreter im Willen ist, eine Willenserklärung überhaupt nicht in Betracht kommt, so ist er doch zum Wissensvertreter bestellt und der Leiter des Unternehmens würde in einem solchen Falle gegen Treu und Glauben im Geschäftlichen Verkehr verstoßen, wenn er aus der inneren Geschäftsverteilung dem Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis herleiten wollte.“¹⁷⁵

In welchem Verhältnis die Zurechnung über den Wissensvertreter zu § 166 BGB steht, lässt diese Entscheidung offen. Vielmehr scheint das Reichsgericht seine Entscheidung allein auf § 242 BGB zu stützen. Es ist zwar richtig und wichtig, zu erkennen, dass das Konzept der Wissensvertretung mit dem Grundsatz des Handelns nach Treu und Glaubens zu vereinbaren ist. Als dogmatische Grundlage für eine Rechtsfortbildung sollte der allgemeine Grundsatz aus § 242 BGB aber nur herangezogen werden, wenn keine passende, gesetzlich detaillierter geregelte Grundlage gefunden werden kann.¹⁷⁶

§ 166 I BGB ist auf das Problem der Wissenszurechnung zugeschnitten, damit liegt die analoge Anwendung dieser Norm oder eben die Heranziehung des Rechtsgedankens aus dieser Bestimmung nahe¹⁷⁷. Ein Rückgriff auf § 242 BGB zur Begründung wäre dann nicht nötig.

¹⁷⁵ RGZ 101 402, 403.

¹⁷⁶ Looschelders in VersR-Handbuch § 17 Rn. 119.

¹⁷⁷ Looschelders in VersR-Handbuch § 17 Rn. 119.

Vereinzelt findet man auch die Darstellung in der Literatur, dass die Wissensvertretung zwar ihre dogmatischen Wurzeln in § 166 I BGB habe, eine analoge Anwendung aber ausscheide¹⁷⁸. Begründet wird dies mit der in der vorliegenden Arbeit bereits untersuchten¹⁷⁹ Akzessorietät zu § 164 BGB¹⁸⁰. So wird eine Loslösung der Rechtsprechung und Literatur von einer gesetzlichen Regelung gesehen und daher von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Wissensvertretung ausgegangen¹⁸¹. Diese Distanzierung von § 166 I BGB wird vor allem angestrebt, um den Regelungsgehalt nicht zu weit von dem ursprünglichen Regelungsziel der Norm – der zur Stellvertretung akzessorischen Wissenszurechnung – auszudehnen¹⁸². Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Der § 166 I BGB soll gerade nicht direkt angewendet werden, sondern lediglich der in ihm enthaltene Rechtsgedanke soll extrahiert werden – allenfalls wird eine analoge Anwendung in Betracht gezogen¹⁸³.

Das Heranziehen des Rechtsgedankens oder die analoge Anwendung einer bestehenden Norm als dogmatische Grundlage für ein allgemeines Rechtsprinzip bietet wegen seiner gesetzlichen Verankerung jedenfalls mehr Rechtssicherheit, als dies eine reine Berufung auf das Gewohnheitsrecht könnte. In einem parlamentarischen Rechtsstaat sollte der Wertentscheidung des Gesetzgebers Priorität vor allem ungeschriebenen Recht zukommen¹⁸⁴. Dies ist auch dann einschlägig, wenn diese Wertentscheidung nur indirekt im Wege der Analogiebildung erschlossen werden kann¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Richardi AcP 169 385, 387.

¹⁷⁹ Siehe S. 72 f.

¹⁸⁰ Richardi AcP 169 385, 387.

¹⁸¹ Richardi AcP 169 385, 387.

¹⁸² Richardi AcP 169 385, 387.

¹⁸³ Medicus AT Rn. 904d.

¹⁸⁴ Kramer S. 191 f.

¹⁸⁵ Kramer S. 192.

Die Wissensvertretung ist wohl mittlerweile ein gewohnheitsrechtliches Institut, welches über die Grenzen des Versicherungsvertragsrechts hinaus angewendet wird. Es erfüllt beide Voraussetzungen, die *consuetudo juris* und, wie die einheitlich zustimmende Besprechung in der Literatur zeigt, auch die *opinio juris*.

Auch wenn mittlerweile eine Anwendungspraxis entstanden ist, die als gewohnheitsrechtlich zu klassifizieren ist, so bleibt die Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 166 I BGB oder eben dessen analoge Anwendung die dogmatisch besser fundierte Rechtfertigung für die Wissenszurechnung. Der mittlerweile gewohnheitsrechtliche Charakter kann als zusätzliches Argument für die Rechtssicherheit angesehen werden.

bb) Der Arzt als Wissensvertreter

Nach der im Ursprung versicherungsrechtlichen Definition der Rechtsfigur des Versicherungsrechts ist Wissensvertreter, „wer in nicht ganz untergeordneter Stelle vom Versicherungsnehmer zumindest in einem Teilbereich damit betraut ist, an dessen Stelle für das Versicherungsverhältnis rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen.“¹⁸⁶

Da es sich mittlerweile um eine im gesamten Versicherungsrecht und auch im allgemeinen Zivilrecht Rechtsfigur handelt, ist die Beschränkung auf die Versicherungsnehmer eingeschaltete Person nicht mehr zeitgemäß.

Auch bei dem Wissensvertreter muss also zwischen dem Arzt unterschieden werden, der von dem Antragsteller eingeschaltet wurde und dem Arzt, der vom Versicherer beauftragt ist.

a) Der vom Antragsteller eingeschaltete Arzt

Ursprünglich wurde die Rechtsfigur des Wissensvertreters für vom Versicherungsnehmer eingeschaltete Hilfspersonen vorge-

¹⁸⁶ Römer in Römer/Langheid § 6 Rn. 167.

sehen¹⁸⁷. Auf diese Weise sollte er für seine arbeitsteilige Vorgehensweise keine rechtlichen Vorteile erlangen. Dabei handelt es sich um das gleiche Argument, welches sonst seitens des in Form einer juristischen Person organisierten Versicherers einschlägig ist¹⁸⁸.

Beauftragt der Antragsteller den Arzt aus eigener Initiative mit der Begutachtung, dann ist ihm das Wissen des Arztes über die Figur des Wissensvertreters zuzurechnen.

Der Antragsteller betraut den Arzt damit, für ihn im Rahmen einer Untersuchung gefahrerhebliche Umstände zur Kenntnis zu nehmen.

Als Gutachter soll der Arzt dieses Wissen aber nicht nur zur Kenntnis nehmen, sondern es auch auswerten und in Form eines Gutachtens dokumentieren und bewerten.

Dies hat nach dem Modell der Wissensvertretung zur Folge, dass Wissen des Arztes im Falle einer Gutachtenerstellung dem Versicherungsnehmer zuzurechnen ist.

Im praktischen Fall führt die Kategorisierung des Arztes als Wissensvertreter zunächst zu unbillig wirkenden Ergebnissen. Erlangt der Arzt bei der körperlichen Untersuchung etwa Kenntnis über das Vorliegen eines Krankheitsbildes und ist er Wissensvertreter des Antragstellers, so ist diesem die Kenntnis über die Krankheit zuzurechnen, auch wenn der Arzt es vertragsfehlerhaft unterlässt, diese Krankheit in seinem Gutachten zu erwähnen. Der Antragsteller, welcher besonders gewissenhaft einen Arzt einschaltet, wird also mit der Zurechnung des Wissens des Arztes, welches dieser im Rahmen der Gutachtenerstellung über den Gesundheitszustand erlangt, belastet.

Dieses Ergebnis wird allerdings dadurch relativiert, dass die Rolle des Arztes als Wissensvertreter ohnehin hinter seine Rolle als Wissenserklärungsvertreter zurücktritt. Der Versicherer empfängt ohnehin das ärztliche Gutachten, welches dann

¹⁸⁷ RGZ 101 402, 403.

¹⁸⁸ Siehe S. 62 ff.

als Wissenserklärung dem Antragsteller zugerechnet wird. Außerdem bleiben dem Antragsteller im Falle einer Fehlbegutachtung Schadenersatzansprüche gegen den Arzt¹⁸⁹.

Wenn der Arzt den Antragsteller nur bei dem Ausfüllen des Gesundheitsfragebogens berät, dem Versicherer gegenüber aber selbst nicht als Hilfsperson in Erscheinung tritt, dann scheidet nach hier vertretener Auffassung eine Wissenszurechnung des beratenden Arztes zu Lasten des Antragstellers von vorneherein aus.

Dieser Ausschluss der Wissenszurechnung erfolgt aber nicht, wie in der Literatur teilweise vertreten¹⁹⁰, schon aus der Tatsache, dass der Arzt dem Versicherer gegenüber nicht in Erscheinung tritt. So wird speziell im versicherungsrechtlichen Kontext gerade nicht vorausgesetzt, dass der Wissensvertreter auch nach außen in Erscheinung treten muss¹⁹¹. Anders als der Wissenserklärungsvertreter, der grundsätzlich auch nach außen auftritt, kann es etwa in unternehmerischen Betriebsformen durchaus Angestellte geben, die zwar zur Kenntniserlangung in der Lage und berechtigt sind, nicht aber zur Entäußerung von Erklärungen. Wären dem Versicherungsnehmer sämtliche Personen nicht zuzurechnen, die er nicht bemächtigt, für ihn nach außen aufzutreten, so läge es in seiner Hand zu bestimmen, wessen Wissen ihm zugerechnet wird und wessen Wissen ihm mangels Befugnis nach außen in Erscheinung zu treten nicht zugerechnet wird.

Wird der Antragsteller nur ärztlich beraten, füllt er die Formulare aber selbst und in eigenem Namen aus, dann gibt er eine eigene Erklärung dem Versicherer gegenüber ab. Die Wissenszurechnung von Hilfspersonen hat ihren Ursprung gerade in der Gefahrerhöhung, die ihren Grund in der Einschaltung weiterer Personen in das Vertragsverhältnis hat. Derjenige

¹⁸⁹ Siehe S. 185.

¹⁹⁰ Knappmann VersR 2005 199, 200.

¹⁹¹ Prölss in Prölss/Martin § 6 Rn. 80b.

Versicherungsnehmer, welcher sich Hilfspersonen bedient, soll daraus keinen Vorteil erlangen. Hat etwa der Angestellte eines Versicherungsnehmers versicherungsvertragsrelevante Kenntnis von einem Umstand, so soll sich der Versicherungsnehmer nicht dadurch entlasten können, dass sein Angestellter und nicht er selbst die Kenntnis hat¹⁹².

Diese grundsätzliche Idee der Wissenszurechnung findet bei dem beratenden Arzt allerdings keinen Nährboden. Durch die Inanspruchnahme ärztlicher Beratung schafft der Antragsteller keine Risiken für seinen Verhandlungspartner. Ganz im Gegenteil, er minimiert sie gerade indem er fachkundigen Rat für die Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflicht einholt.

Abgesehen von der fehlenden Gefahrschaffung durch die Einschaltung einer Hilfsperson ist der Arzt schon per definitionem kein Wissensvertreter. Der beratende Arzt ist von dem Antragsteller nicht damit betraut, an dessen Stelle für das Versicherungsverhältnis rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen.¹⁹³ Ganz im Gegenteil, der Arzt soll dem Antragsteller selbst bessere Kenntnis verschaffen. Er wird ja gerade als fachkundige Wissensquelle verwendet und soll nicht selbst, wie ein Wissensvertreter Wissen erlangen. Damit unterscheidet er sich auch klar von dem zur Gutachtenerstellung eingeschalteten Arzt, zu dessen Aufgabe es gehört, durch die Untersuchung des Antragstellers und durch das Studium dessen Krankenakten selbst Kenntnis zu erlangen.

Wegen der fehlenden Gefahrschaffung und der mangelnden Zuständigkeit des beratenden Arztes für die Entgegennahme von Wissen ist dieser nicht Wissensvertreter des Antragstellers.

¹⁹² Vgl. Schwintowski in BK § 6 Rn. 252.

¹⁹³ Römer in Römer/Langheid § 6 Rn. 167.

β) Der vom Versicherer eingeschaltete Arzt

Von großer Bedeutung ist die Frage, ob der vom Versicherer eingeschaltete Arzt als dessen Wissensvertreter anzusehen ist.

Wie dargestellt, ist die Rechtsfigur des Wissensvertreters mittlerweile als allgemeines Rechtsprinzip anerkannt¹⁹⁴. So hat es auch in umgekehrter Richtung Relevanz. Nicht nur die Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherungsnehmers, sondern auch zu Lasten des Versicherers kommt in Betracht. Demnach sind dem Versicherer nach heute allgemein anerkannter Auffassung nicht nur Versicherungsagenten, sondern sämtliche Personen als Wissensvertreter zuzuordnen, deren sich der Versicherer wissentlich und willentlich bedient¹⁹⁵.

Schaltet der Versicherer einen Arzt zur Risikobestimmung ein, so geschieht dies immer mit Wissen und Wollen. Darüber hinaus ist es gerade der Vertragszweck der Einschaltung des Arztes, Kenntnis oder Wissen über das zu versichernde Risiko zu erlangen. Diese Informationen sind für den Versicherungsvertrag auch rechtserheblich. Der vom Versicherer eingeschaltete Arzt ist demnach unproblematisch als dessen Wissensvertreter zu klassifizieren.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Arzt Gesellschaftsarzt ist oder ob er von dem Versicherer einmalig mit der Gutachtenerstellung beauftragt wurde.

Bezüglich des Gesellschaftsarztes könnten kritische Stimmen anzweifeln, ob dieser „an Stelle“ des Versicherungsunternehmens tätig wird, oder nicht vielmehr Teil des Unternehmens ist. In der vorliegenden Arbeit wird aber auch in diesem Zusammenhang die Auffassung *Grunewalds* geteilt, dass es lediglich aus der Perspektive des Vertragspartners auf eine gewisse Eigenständigkeit der Hilfsperson des Unternehmens ankommt¹⁹⁶. Danach kann es nicht darauf ankommen, ob der Arzt

¹⁹⁴ Siehe S. 77ff.

¹⁹⁵ Schilken in Staudinger 2004 Vorbemerkung zu §§ 164 ff. Rn. 86 a.

¹⁹⁶ Grunewald in Festschrift für Beusch 301, 313.

in einem Angestelltenverhältnis steht oder über einen Gutachtervertrag beauftragt ist. Aus der Perspektive des Antragstellers nimmt der Arzt in beiden Ausgangslagen die Entgegennahme und Auswertung gesundheitsbezogener Angaben eigenständig vor.

Zwar ist bei dem Gesellschaftsarzt zunächst an eine Zurechnung über das Modell des allgemeinen Repräsentanten nach der „Mannheimer These“ zu denken. Der ergänzenden Zurechnung nach den Grundsätzen des Modells der Wissensvertretung steht jedoch nichts im Wege.

d) Der Wissensvertreter ist nicht automatisch Wissenserklärungsvertreter

Deutlich zu unterscheiden, wenn auch gerne in einem Atemzug mit dem Wissensvertreter genannt, ist der *Wissenserklärungsvertreter*.

Wissenserklärungsvertreter ist, wer vom Versicherungsnehmer mit der Erfüllung von dessen Obliegenheiten und zur Abgabe von Erklärungen anstelle des Versicherungsnehmers betraut worden ist¹⁹⁷. Seine Erklärungen sind dem Versicherungsnehmer analog § 166 I BGB zuzurechnen¹⁹⁸. Im Zusammenhang mit dem Wissensklärungsvertreter ist abschließend hervorzuheben, dass es sich hierbei primär um eine Zurechnung von *Erklärungen* handelt. Die Zurechnung von *Wissen* findet über die Rechtsfigur des Wissensklärungsververtreters nur insoweit statt, dass sich der Umfang des zu Erklärenden auch nach dem Wissen des Erklärungsververtreters bestimmt. Falsch- oder Nichtanzeigen des Wissensklärungsververtreters, also welche nicht im Einklang mit dem Wissen des eingeschalteten Arztes stehen, gehen zu Lasten des Antragstellers. Dieser Reflex kann zwar als „indirekte Wissenszurechnung“ gesehen werden, er ist

¹⁹⁷ BGH VersR 1967 343, 344.

¹⁹⁸ Schwintowski in BK § 6 Rn. 238.

allerdings schon von der Perspektive her nicht gleichbedeutend mit dem Institut der Wissensvertretung.

e) Zwischenergebnis § 166 I BGB

Eine Wissenszurechnung in direkter Anwendung von § 166 I BGB scheidet aus, weil es sich bei der Wissenserklärung nicht um eine Willenserklärung handelt.

Die Erweiterungen sowohl des persönlichen, als auch des sachlichen Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung sind durch die Literatur nahezu einhellig gebilligt und erwünscht.

Der vom Versicherer beauftragte Arzt fällt als eine mit Wissen und Willen des Versicherers eingeschaltete Hilfsperson in den erweiterten persönlichen Anwendungsbereich des § 166 I BGB. Bei einer Anzeige nach § 19 VVG (§ 16 VVGaF) handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, damit ist auch der erweiterte sachliche Anwendungsbereich der Norm § 166 I BGB eröffnet.

Das Rechtsinstitut der Wissensvertretung, eine Herleitung aus dem Rechtsgedanken zu § 166 I BGB findet sowohl in Bezug auf den vom Antragsteller, als auch auf den vom Versicherer eingeschalteten Arzt Anwendung. In der Praxis ist vor allem die Kategorisierung des vom Versicherer beauftragten Arztes als dessen Wissensvertreter von Relevanz.

Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass eine analoge Anwendung des § 166 I BG oder die Heranziehung von dessen Rechtsgedanken in unterschiedlichen Konstellationen zu einer Zurechnung von Wissen des eingeschalteten Arztes, entweder zu Lasten des Versicherers oder zu Lasten des Versicherten führt.

II. Wissenszurechnung im Versicherungsrecht, insbesondere §§ 43, 44 VVGaF

1. Das Verhältnis der §§ 43, 44 VVGaF zu §§ 164 ff. BGB

Die §§ 164 ff. im fünften Titel des Allgemeinen Teils des BGB sind die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Stellvertretung. § 164 II, III BGB bestimmt auch die Fremdwirkung von Erklärungen bei einer *passiven* Vertretungsmacht.

§§ 43, 44 VVGaF sind spezialgesetzliche Sonderregeln und sind vorrangig anzuwenden, wenngleich die allgemeinen Regelungen aus dem BGB den Unterbau dieser Spezialnormen darstellen¹⁹⁹. Folglich können diese allgemeinen Normen zur Wertung der Gesetzeslage herangezogen werden, wenn der Regelungsgehalt der spezielleren Normen nicht ausreicht²⁰⁰.

Bei der folgenden Betrachtung der gesetzlich geregelten Vertretung ist demnach ein Fokus auf die Spezialnormen aus dem Versicherungsrecht zu legen. Diese gilt es aber immer in einer Gesamtschau auch im Lichte der allgemeinen Grundsätze der zivilrechtlichen Stellvertretung auszulegen, zu analysieren und gegebenenfalls zu ergänzen. Dabei wird insbesondere § 166 I BGB, welcher durch die Rechtsprechung mittlerweile den Charakter einer zivilrechtlichen Generalklausel zur Wissenszurechnung erhalten hat, zu beachten sein. Auch wenn eine Wissenszurechnung bereits analog § 166 I BGB oder nach dessen Rechtsgedanken erfolgt, wie etwa bei der Wissensvertretung, ist der versicherungsrechtliche Kontext nicht aus dem Blick zu verlieren. Das Ziel ist es, nach Möglichkeit eine speziell versicherungsrechtliche Lösung zu finden, welche in der Regelungssystematik des VVG verwurzelt ist. Diese Zielsetzung wird nicht nur dem Grundsatz *lex specialis* vor *lex generalis*

¹⁹⁹ Bruck/Möller I § 43 Anm. 26 cc).

²⁰⁰ Bruck/Möller I Vor §§ 43-48 Anm. 505.

gerecht, sie ist auch der Rechtsklarheit und damit größerer Rechtssicherheit wegen anzustreben.

2. Passive Vertretungsmacht als Ausgangspunkt für die Wissenszurechnung

Eine spezialgesetzlich ausgestaltete Bestimmung zur Vertretung findet sich in § 43 VVGaF, welcher eine passive Stellvertretungsmacht vorsieht, die den Versicherungsvertreter kraft Gesetzes bevollmächtigt, auch wenn keine rechtsgeschäftliche Empfangsvollmacht erteilt ist²⁰¹.

Teilweise wird aber auch vertreten, dass es sich bei den Bestimmungen in § 43 VVGaF nicht um eine Vertretungsmacht konstituierende Norm, sondern um die gesetzliche Ausgestaltung einer vertraglich vereinbarten Vertretungsmacht handle²⁰². Welcher Ansicht aus dogmatischen Gründen der Vorzug zu geben ist, kann allerdings dahingestellt bleiben. Ein eingeschalteter Arzt wird in der Praxis nicht ohne zugrunde liegendes Rechtsverhältnis tätig werden, so dass es am Ende zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen bei diesen beiden verschiedenen Ansätzen kommen wird. Außerdem bezieht sich diese Diskussion ohnehin primär auf Willenserklärungen und nicht auf die hier untersuchten Wissenserklärungen.

Der Zusammenhang von passiver Vertretungsmacht und Wissenszurechnung mag vielleicht nicht auf den ersten Blick ins Auge fallen. Passive Vertretungsmacht ist die von einem Geschäftsherrn rechtsgeschäftlich erteilte oder gesetzlich vorgehene Befugnis, Erklärungen für einen anderen, den Geschäftsherrn, zu empfangen. Diese Form der Vertretung wird auch als Empfangsvollmacht bezeichnet²⁰³ und hat eine gesetz-

²⁰¹ Kollhossler in Prölss/Martin §§ 43 Rn. 16.

²⁰² Gruber in BK § 43 Rn. 2.

²⁰³ Oldenbourg S. 26.

liche Manifestierung in § 164 III BGB gefunden. Sie führt dann im Ergebnis zu einer Zurechnung der Tatsache des Empfanges einer Erklärung zu Lasten des Vertretenen²⁰⁴.

Die Rechtsfolge der Erklärung tritt dann bei dem Vertretenen ein, dies unabhängig von dem Willen des Stellvertreters²⁰⁵. Auf die Empfangsvollmacht für Wissenserklärungen übertragen bedeuten diese Grundsätze, dass der Zugang einer Wissenserklärung bei dem Versicherer fingiert wird, sobald die Wissenserklärung bei einem seiner Empfangsvertreter zugegangen ist. Geht eine Wissenserklärung zu, wird sie Bestandteil des Wissens derjenigen Person, der sie zugegangen ist. Im Falle des Zugangs bei einem Empfangsvertreter wird die Erklärung Bestandteil des Wissens des passiven Vertreters, und damit auch des Wissens des Vertretenen. Diese Doppelwirkung ergibt sich aus der Natur einer Wissenserklärung. Eine getrennte Betrachtung zwischen Erklärung und Rechtsfolge ist nur schwer möglich. Der Stellvertreter kann sich der Kenntnis eines ihm mitgeteilten Wissens nicht verschließen.

Damit wird schon deutlich, dass eine passive Vertretungsmacht in Verbindung mit dem Zugang einer Wissenserklärung bei einem Empfangsvertreter eine Wissenszurechnung von erlangtem Wissen dieses Vertreters zu Lasten des Vertretenen zur Folge hat.

Ob die von § 43 VVGaF geregelte passive Vertretungsmacht auch für den eingeschalteten Arzt gilt, ist nach Analyse der einzelnen Voraussetzungen zu klären.

3. Versicherungsagent

Als Versicherungsagent gilt, wer mit Wissen und Willen des Versicherers einen Versicherungsvertrag vermittelt oder ab-

²⁰⁴ Schilken in Staudinger 2004 § 164 Rn. 22.

²⁰⁵ Schramm in MüKo § 164 Rn. 133.

schließt, ganz gleich, ob dies nur in einem Einzelfall oder gelegentlich geschieht, sei es nur für einen Versicherer, sei es für mehrere²⁰⁶.

a) Versicherungsagent und Versicherungsmakler

Eine Abgrenzung ist zunächst zwischen dem Versicherungsagenten und dem Versicherungsmakler vorzunehmen. Der Versicherungsmakler führt ein Geschäft, dessen Ziel es ist, künftige Vertragspartner zusammenzuführen, für sämtliche Maklerverträge gelten die §§ 692 ff. BGB²⁰⁷. Die ärztlichen Tätigkeiten der Gutachtenerstellung oder der Beratung im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen zum Abschluss eines Versicherungsvertrages haben jedoch nicht das Ziel, die Parteien rechtsgeschäftlich zusammenzuführen. Ganz gleich, ob der Arzt von dem Versicherer oder dem Antragsteller beauftragt wird, seine Entlohnung erhält er nicht wegen und bei der Vermittlung des (Versicherungs-) Vertrages, wie es § 652 I 1 BGB vorsieht. Ziel seiner Beteiligung ist die Erstellung eines Gutachtens oder die Durchführung einer Beratung. Der Arzt ist mithin nicht Versicherungsmakler.

Der Versicherungsmakler wird von dem Antragsteller beauftragt, er gilt auch als treuhänderischer Sachwalter des potentiellen Versicherungsnehmers²⁰⁸. Der Makler ist damit dem Rechtskreis des Antragstellers zugeordnet. Eine passive, durch den Versicherer erteilte Vertretungsmacht aus § 43 VVGaF scheidet bei ihm von vorne herein aus.

b) Vermittlungs- und Abschlussagent

Versicherungsagenten gibt es in zwei verschiedenen Formen, nämlich als Vermittlungs- und als Abschlussagenten. Vermittlungsagenten sind lediglich mit der Vermittlung von Versiche-

²⁰⁶ Kollhossler in Prölss/Martin § 43 Rn 10.

²⁰⁷ Weyers/Wandt Rn. 332.

²⁰⁸ BGHZ 94, 356.

rungsverträgen betraut, Abschlussagenten haben gemäß § 45 VVGaF weitergehende Kompetenzen, die sowohl den Abschluss von Versicherungsverträgen im Namen des Versicherers umfassen, als auch die Änderung und Verlängerung von Verträgen, wie auch die Abgabe von Kündigungs- und Rücktrittserklärungen im Namen des Versicherers. Mit Nennung dieser Kompetenzen ist auch schon vordergründig ersichtlich, dass der zur Risikoeinschätzung involvierte Arzt nicht Abschlussagent eines Versicherers ist, allenfalls kommt eine Kategorisierung als Vermittlungsagent in Betracht.

Ein weiterer Unterschied zwischen Abschlussagent und Vermittlungsagent, den es hier hervorzuheben lohnt, ist die Form der vollzogenen Stellvertretung. Dabei ist der Abschlussagent aktiver Vertreter des Versicherers. Der Vermittlungsagent hingegen ist kein aktiver Stellvertreter, er ist vielmehr mit passiver Vertretungsmacht ausgestattet²⁰⁹.

Ohne rechtstechnisch vollwertiger Vertreter zu sein, steht der Vermittlungsagent dennoch in „dem Lager“ des Versicherers. Das ist schon mit dem so genannten Agenturvertrag zwischen Versicherungsunternehmen und Vermittlungsagent zu begründen. Diese Vereinbarungen verpflichten die Vermittlungsagenten, sich um Vertragsabschlüsse mit Kunden zu bemühen; sie statuieren damit die so genannte Bemühungspflicht²¹⁰. Der Vermittlungsagent wird mit Wissen und Wollen des Versicherers tätig, daher ist er dem Rechtskreis des Versicherungsunternehmens zuzuteilen. Außerdem ergibt sich aus diesem Agenturvertrag in Verbindung mit § 43 VVGaF die passive Vertretungsmacht des Vermittlungsagenten. Diese bezieht sich jedoch nicht auf die Erklärungen, welche sich auf den Vertragsschluss beziehen, wie es beim Abschlussagent der Fall ist.

²⁰⁹ Büsken VersR 1992 272.

²¹⁰ Gruber in BK § 43 Rn. 2.

c) Der Arzt ist auch kein Vermittlungsagent

Für die Anwendung des § 43 VVGaF bleibt jedoch nur festzuhalten, dass der Arzt weder Abschlussagent noch Makler ist, allenfalls kommt die Kategorisierung als Vermittlungsagent in Betracht.

„Vermittelt“ der Arzt einen Versicherungsvertrag?

Der Arzt tritt als *Hilfsperson* zwischen Antragsteller und Versicherer auf. Der Begriff des Agenten ist gesetzlich nicht definiert. Ein Agent ist wie ein Vertreter einer Partei zuzurechnen, für die er tätig wird. Die Gesetzesbegründung zum VVGaF sieht vor, dass demjenigen die Agenteneigenschaft zukommt, der, ohne im Geschäftsbetrieb des Versicherers angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für den Versicherer Versicherungsverträge zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen²¹¹. Im Versicherungswesen wird als Agent auch heute noch nur die vom Versicherer eingeschaltete Hilfsperson bezeichnet. Für die vom Versicherungsnehmer oder Antragsteller eingeschaltete Person wird üblicherweise auf den Begriff des Maklers zurückgegriffen. Damit ist an die direkte Anwendung des § 43 VVGaF zunächst überhaupt nur im Rahmen des vom Versicherer eingeschalteten Arztes und bei dem Gesellschaftsarzt zu denken. Für den vom Antragsteller eingeschalteten Arzt käme allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht.

Der Arzt tritt, ganz gleich von wem beauftragt, als Hilfsperson bei der Einschätzung und Mitteilung von Umständen bezüglich des versicherten Risikos auf. Wird er dabei aber auch *vermitteltnd* tätig?

Der Arzt vermittelt zwar im allgemeinen Wortsinne, er unterstützt die Kommunikation zwischen Antragsteller und Versicherer, indem er durch seinen Sachverstand dem Antragsteller hilft, seinen Gesundheitszustand zu kommunizieren und damit dem Versicherer ermöglicht, das Risiko einzuschätzen. Der eigentliche Vertragsschluss wird damit aber nicht vermittelt.

²¹¹ Motive VVG S. 114.

Der Arzt führt dem Versicherer keine Kunden zu, er unterstützt auch nicht bei der Aushandlung der eigentlichen Vertragsbedingungen. Sowohl § 43 als auch § 44 VVGaF sprechen von der Vermittlung von *Versicherungsgeschäften*. Danach ist auch auf den eigentlichen Vertrag abzustellen, die Unterstützung bei der Anzeige gefahrerheblicher Umstände kann auch bei weiter Auslegung nicht unter die Vermittlung eines Geschäftes subsumiert werden. Der Arzt ist als zwischengeschaltete Hilfsperson zwar Kommunikationsmittler, aber nicht Vertragsvermittler im Sinne des § 43 VVGaF.

Gegen eine Klassifizierung des Arztes als Versicherungsagent spricht auch die systematische Stellung der Norm. Die Bestimmungen im vierten Teil des VVGaF sind allesamt auf den gewerbsmäßigen, selbstständigen Versicherungsvermittler ausgelegt. Schon der Vermittler, der keine Geschäftsräume, also keine Agentur aufweist, wird als Ausnahmetatbestand gesehen, § 48 VVGaF.

§ 43 VVGaF geht von einer Bestellung des Agenten für einen bestimmten Versicherungszweig aus. Ein Arzt ist nicht mit der Vermittlung in einem bestimmten Versicherungszweig betraut. Aus der Natur des versicherten Risikos ergibt sich zwar, dass er primär bei Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung beteiligt wird, damit ist er aber nicht rechtsgeschäftlich durch einen zugrunde liegenden Agenturvertrag mit dem Versicherer mit einem bestimmten Versicherungszweig betraut, wie es in § 43 VVGaF zu verstehen ist²¹². Der Arzt als Gutachtersteller oder Berater fügt sich nicht in den Regelungsbereich des vierten Teils des VVGaF ein.

Der Arzt ist, ganz gleich ob von dem Versicherer oder dem Antragsteller eingeschaltet, nicht Versicherungsagent im Sinne des § 43 VVGaF. Eine direkte Anwendung der Norm auf den Arzt scheidet demnach aus.

²¹² Kollhossler in Prölss/Martin § 43 Rn. 15.

Bei der weiteren Analyse der gesetzlich geregelten Wissenszurechnung soll im Ergebnis festgestellt werden, ob die Regelungen über den Versicherungsagenten auf den beim Abschluss beteiligten Arzt analog anzuwenden sind. Bei der Untersuchung der Regelungssteleologie wird daher immer eine Übertragung der Überlegungen auf den Arzt durchgeführt, um klarzustellen, ob es sinnvoll und notwendig ist, den jeweiligen Zweck auch bei dem beteiligten Arzt zu verfolgen. Damit wird die Vergleichbarkeit der Mitwirkung eines Arztes mit der Beteiligung eines Versicherungsvermittlers überprüft.

4. Reichweite des § 43 VVGaF, analoge Anwendung

Ob § 43 VVGaF auf den eingeschalteten Arzt analog anzuwenden ist, lohnt sich erst zu betrachten, wenn die Wissenszurechnung einer vorvertraglichen Anzeige im Sinne des § 16 VVGaF überhaupt Rechtsfolge des § 43 VVGaF ist.

§ 43 Nr. 2 VVGaF gibt dem Versicherungsagenten unzweifelhaft nur die passive Stellvertretungsmacht für Anzeigen, die *während* der Versicherung, also *nach* Abschluss des Vertrages gemacht werden. Anzeigen, welche auf der vorvertraglichen Anzeigepflicht aus § 16 VVGaF beruhen, sind davon nicht umfasst.

Nicht anders verhält es sich mit dem Wortlaut aus § 43 Nr. 1 VVGaF. Hier sind Anzeigen nach § 16 VVGaF ebenfalls nicht eingeschlossen. Auch bei einer weiten Auslegung ist die Gefahrenanzeige nach § 16 VVGaF nicht unter den Begriff des Antrags auf Schließung eines Versicherungsvertrages zu subsumieren.

a) Auge-und-Ohr-Rechtsprechung

Viele Streitigkeiten zwischen Versicherern und deren Klientel haben ihren Ursprung in der Frage, ob ein bestimmter Umstand dem Versicherungsunternehmen angezeigt wurde oder nicht. Hier wird vom Versicherungsnehmer oft geltend gemacht, er habe eine Anzeige dem Versicherungsvermittler gegenüber getätigt oder der Agent habe das Antragsformular selbst ausgefüllt²¹³.

Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gelten solche Erklärungen dem Versicherer als zugegangen, ganz gleich, ob der Vermittler diese im Antragsformular aufnimmt und an die Versicherungsgesellschaft weitergibt, oder nicht. Bildlich gesprochen fungiert der Vermittlungsagent als Auge und Ohr des Versicherers²¹⁴. Begründet wird diese Ausweitung über den Wortlaut des § 43 Nr. 1, 2 VVGaF hinaus mit dem Umstand, dass der Versicherer den empfangsbevollmächtigten Vermittlungsagenten einschaltet. Alles, was im Zuge der Vertragsvermittlung und des Vertragsschlusses abläuft, also nicht nur die Entgegennahme eines Antrags, sondern auch die Kenntnisnahme der von dem Antragsteller dabei abgegebenen Erklärungen sei Teil eines einheitlichen Lebensvorganges, der eine juristische Aufspaltung nicht erlaube²¹⁵. Damit sind nicht nur schriftliche Erklärungen, etwa in Antragsformularen, sondern auch mündliche Erklärungen eingeschlossen²¹⁶. Auch in dem Fall, dass der Versicherungsagent den Antrag eigenhändig ausfüllt, sind die mündlichen Erklärungen über Tatsachen, welche der Antragsteller dabei abgibt, dem Versicherer zuzurechnen²¹⁷. Begründet wird dies damit, dass es nicht zu einer Verschlechterung der Rechtslage des Antragstellers führen

²¹³ Fallbeispiele bei Gröning VersR 1990 710.

²¹⁴ Grundlegend BGHZ 102 194, 197.

²¹⁵ BGHZ 102 194, 197.

²¹⁶ BGHZ 102 194, 197.

²¹⁷ BGHZ 107 323, 324.

darf, wenn er auf Veranlassung des Versicherers in die Rolle des nur mündlich auf Formularfragen Antwortenden gedrängt wird²¹⁸. „Auf Veranlassung des Versicherers“ bezieht sich dabei auf die übliche Praxis, dass Formulare von den Versicherungsvermittlern im Gespräch mit dem Antragsteller für diesen ausgefüllt werden.

Bei Streitigkeiten über den Inhalt des Gesprächs liegt die Beweislast auf Seiten des Versicherers²¹⁹. Behauptet der Antragsteller etwa, er sei anders als im Antrag formuliert gefragt worden, er habe mehr angegeben, als aufgenommen wurde oder was er gesagt habe, sei im Antrag anders aufgenommen worden, so liegt es an dem Versicherer, diese Behauptungen zu widerlegen²²⁰. Füllt ein Agent den Antrag für den Antragsteller aus, so muss der Versicherer bei falschen oder beschönigenden Angaben zusätzlich den Beweis erbringen, dass der Antragsteller seine Anzeigepflicht verletzt hat und nicht etwa dem Agenten beim Ausfüllen des Formulars ein Fehler unterlaufen ist²²¹.

Bei einer analogen Anwendung der Regelungen auf den Arzt wäre das von besonderem Interesse. In der Praxis ist es üblich, dass die Formulare mit Erklärungen über den Gesundheitszustand vom Arzt nach mündlicher Befragung des Antragstellers ausgefüllt werden.

Schon die parlamentarischen Verhandlungsprotokolle zum VVGaF beschreiben die Interessenlage und die daraus zu ziehenden Konsequenzen in aller Klarheit²²². So wird betont, dass die Versicherer aufgrund ihrer Organisationsstruktur der Mitwirkung vieler Hilfspersonen bedürfen, um das Versicherungsgeschäft überhaupt zu betreiben. Die Versicherungskun-

²¹⁸ BGH VersR 1993 871, 872.

²¹⁹ Bruck/Möller 2008 § 19 Rn. 173.

²²⁰ Terbille in Münchener Handbuch § 2 Rn. 101.

²²¹ Terbille in Münchener Handbuch § 2 Rn. 101.

²²² Reichstag VVG S. 1238 zitiert über BGHZ 102 194, 196.

den haben keine andere Wahl, als mit den vom Versicherer zur Verfügung gestellten Hilfspersonen zu verhandeln.

Gleichermaßen verhält es sich auch bei der Involvierung von medizinischen Sachverständigen zur Einschätzung des zu versichernden Risikos. Der Versicherer ist dabei einerseits auf die Einschätzung des zu versichernden Risikos durch einen Sachverständigen angewiesen, andererseits schafft er durch die Einschaltung von Hilfspersonen die Gefahr von Vermittlungsfehlern. Dem Antragsteller bleibt nichts anderes übrig, sich – genau wie auf den Agenten – auch auf den Arzt einzulassen.

Aus diesen unabänderlichen Gegebenheiten des Versicherungswesens schließt der Reichstag, dass die Agenten mit all den Befugnissen auszustatten sind, ohne die sich der Zweck ihrer Bestellung nicht in genügender Weise erreichen lässt²²³.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Frage der passiven Stellvertretung des Vermittlungsagenten bezüglich der vorvertraglichen Anzeigen aus § 16 VVGaF, so ist festzustellen, dass auch diese Anzeigen dem Versicherer zuzurechnen sind, wenn sie dem Vermittlungsagenten gegenüber getätigt wurden.

Der Zweck der Bestellung des Agenten ist die Vermittlung des Versicherungsvertrages. Dieser kann ohne die Erfüllung der vorvertraglichen Anzeigepflicht aus § 16 VVGaF nicht rechtsfehlerfrei geschlossen werden. Da der Versicherungsagent die von dem Versicherer eingeschaltete Vermittlungsperson ist, muss er zum rechtsfehlerfreien Vertragsschluss mit der Befugnis der passiven Stellvertretung bezüglich der Anzeigen nach § 16 VVGaF versehen sein.

Überträgt man den Grundsatz weiter auf die Beteiligung eines Arztes, so ist das Folgende festzustellen:

Der Zweck der Beteiligung des Arztes ist nicht der Abschluss des Versicherungsvertrages, sondern die gutachterliche Feststellung der gefahrerheblichen Umstände im Sinne des § 16 I VVGaF. Die Erreichung dieses Zweckes ist nur möglich,

²²³ Reichstag VVG S. 1238 zitiert über BGHZ 102 194, 196.

wenn der Arzt auch die passive Stellvertretungsmacht hat, also für den Versicherer als Auge und Ohr wahrnehmen kann. Der Versicherer bedient sich des Arztes, um durch die körperliche Untersuchung, die Befragung und das Aktenstudium der Krankendokumentation des Antragstellers Wissen zu erlangen. Dies kann er nur, wenn der Arzt auch passive Stellvertretungsmacht hat.

Doch zunächst zurück zum Versicherungsagenten, auf den die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung ausgerichtet ist.

Schon die Protokolle des Reichstages stellen die tatsächliche Interessenlage im Versicherungswesen so treffend dar, dass diese Ausführungen vom Bundesgerichtshof wörtlich in seinem begründenden Urteil zur Auge-und-Ohr-Rechtsprechung übernommen werden. Die mittlerweile historische Darstellung hat bis heute nicht an Gültigkeit verloren. Der Erfassung der Interessenlage und der daraus vorgenommenen Wertung ist nichts entgegenzusetzen. Das Gegenteil ist der Fall, die Wertungen des Gerichts sind heute noch treffender. Die Entwicklungen auf dem Versicherungsmarkt sind immens. Aufgrund der immer größer werdenden Anzahl von Versicherungsunternehmen und aber auch einem wachsenden Angebot an verschiedenen Versicherungsprodukten ist die Zahl der in der Vermittlung von Versicherungsverträgen tätigen Personen ungleich höher als zu Zeiten der parlamentarischen Beschlussfassung zum alten VVGaF.

Die Literatur gibt die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung wohlwollend wieder, ernst zu nehmende oder ernsthafte Kritik an der Dogmatik des Bundesgerichtshofes findet sich keine.

Die Umstände, welche den BGH zu der Begründung der gefundenen Auslegung bewegt haben, sind auch heute noch aktuell, haben sogar weiter an Bedeutung zugenommen. Was damals bezüglich der Vermittlung gesagt und gewertet wurde, gilt heute unter den stärker umkämpften Marktbedingungen erst Recht. Auch die starke Tendenz zu ausgeprägtem Verbrau-

cherschutz unterstreicht diese Richtungsweisung. Dies ist auch ein Grund, weshalb der Gesetzgeber mit dem neuen VVG die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung bei der Neugestaltung im Wesentlichen übernommen hat²²⁴.

b) Auswirkung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf § 44 VVGaF, insbesondere das Vorwissen des Arztes über den Antragsteller

Wird nach der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung alles Wissen des Agenten dem Versicherer zugerechnet, welches der Agent bei dem Vertragsschluss erlangt hat, was wird dann aus § 44 VVGaF?

Ob man nun von einer von Anfang an unglücklichen Formulierung ausgeht oder von einer enormen Einengung der Reichweite durch die Rechtsprechung; viel lässt diese jedenfalls von dem Wortlaut des § 44 VVGaF nicht übrig.

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber 1907 ein nicht sehr ehrbares Bild von Versicherungsagenten hatte. So müsse der Versicherer bei der Auswahl seiner Vermittlungsagenten auf „Personenkreise zurückgreifen, in denen vielfach nicht das volle Maß der erforderlichen Geschäftskennntnisse und Erfahrungen zu treffen ist, und sie können sich daher keineswegs mit der Annahme abfinden, dass der Agent erhebliche Tatsachen, welche zu seiner Kenntnis gelangen, der zur Entscheidung berufenen Stelle jedes Mal rechtzeitig und vollständig mitteilen werde.“²²⁵ Das heutige Verständnis von Verbraucherschutz wirkt demgegenüber fast revolutionär.

Die in der Gesetzesbegründung vorgesehene Trennung zwischen Kenntnis des Vermittlungsagenten und Kenntnis des Versicherers kommt fast einer Narrenfreiheit des Vermittlungsagenten gleich. Eine solche Wertung ist unter heutigen

²²⁴ Begründung VVG-nF S. 77.

²²⁵ Motive VVG S. 118.

Gesichtspunkten einer EU-Richtlinie über die Versicherungsvermittlung²²⁶, welche Eingang im neuen VVG gefunden hat, jedenfalls undenkbar. Eine Berücksichtigung der Interessen des Versicherers weil er nicht vertrauenswürdige Mittelspersonen einschaltet, ist schlicht untragbar.

Schon in den Reichstagsverhandlungen wurde erkannt, dass der Anwendungsbereich des § 44 VVGaF wohl zu weit geraten sein könnte und von Regierungsvertretern wurde schon eingeschränkt, die Norm beziehe sich nur auf solche Kenntnis des Agenten, die er ohne Anzeige oder Erklärung im Sinne des § 43 VVGaF erlangt habe²²⁷.

Offenbar war § 44 VVGaF schon von Anfang an umstritten und in seiner Reichweite nach dem Wortlaut für den Geschmack Einzelner in den entscheidenden Gremien zu weit geraten.

Zu späteren Zeiten der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung war die Reichweite des § 44 VVGaF für den BGH nicht mehr vertretbar, so dass es hier zu enormen Einschränkungen kam. In seinem grundlegenden Urteil führt der erkennende Senat weiter aus, dass alles Wissen des mit passiver Vertretungsmacht ausgestatteten Agenten, das er in Ausübung der Stellvertretung erlangt, dem Versicherer zuzurechnen ist²²⁸. Mithin galt § 44 VVGaF nur noch für Wissen, das der Agent privat, also außerhalb seiner Tätigkeit als Vermittlungsagent erlangt hat²²⁹. Zusammengefasst bedeutet diese Entwicklung, dass Wissen, welches der Agent im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, dem Versicherer nach § 43 VVGaF zugerechnet wird und Wissen, welches der Agent außerhalb seiner Tätigkeit erlangt, unter § 44 VVGaF fällt und dem Versicherer nicht zugerechnet wird. Diese enorme Einschränkung von § 44 VVGaF gibt im Übr-

²²⁶ EU-Richtlinie 2002/92/EG.

²²⁷ Reichstag VVG S. 1238 zitiert über BGHZ 102 194, 196.

²²⁸ BGHZ 102 194, 198.

²²⁹ Langheid in Römer/Langheid § 44 Rn. 4.

gen auch mit der Regelungssystematik der allgemeinen Zivilrechtsnorm § 166 I BGB ein einhelliges, stimmiges Bild ab.

Der dahinter verbirgt sich schließlich der Regelungszweck, zu vermeiden, dass sich der Versicherer durch die Einschaltung von Vermittlungspersonen seiner kenntnisbezogenen Verantwortung entziehen kann. Gleichzeitig soll er dabei aber durch die Einschaltung von Hilfspersonen keinen Nachteil in der Form erlangen, dass ihm ein für ihn unüberschaubares Wissen zugerechnet wird.

Überträgt man diese Gedanken und den Zweck dieser Systematik auf den beim Vertragsschluss beteiligten Arzt, so ergibt sich das folgende Bild:

Durch die Einschaltung des Arztes involviert der Versicherer ebenfalls eine Hilfsperson. Der Arzt erlangt nun im Rahmen seiner Tätigkeit für das Versicherungsunternehmen Wissen aus der Untersuchung des Antragstellers und des Aktenstudiums seiner Krankenakten. Dieses Wissen wäre dann dem Versicherer entsprechend § 43 VVGaF zuzurechnen, etwa auch für den Fall, dass der Arzt Aussagen des Antragstellers nicht in das schriftliche Untersuchungsprotokoll aufnimmt.

Fraglich und trefflich umstritten ist jedoch die Zurechnung solchen Wissens über den Antragsteller, welches der Arzt außerhalb seiner Gutachtertätigkeit erworben hat. Häufigstes Beispiel dafür ist etwa der Hausarzt des Antragstellers, der Wissen über dessen Gesundheitszustand bei früheren Untersuchungen und Behandlungen erworben oder gewonnen hat.

Die Entscheidung über diese Frage soll unter Abwägung und im Einklang mit den Interessen der Beteiligten erfolgen, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass hier eben kein abschlussorientierter Versicherungsagent handelt, sondern ein unabhängiger Arzt.

aa) keine Zurechnung von Vorwissen

Zunächst spricht im Interesse des Versicherers vieles dafür, diesem Vorwissen des Arztes nicht generell automatisch zuzurechnen.

Der Versicherer wünscht eine Begutachtung durch den Hausarzt oder einen Arzt nach der Wahl des Antragstellers, gerade um den Vorteil zu haben, dass dieser Arzt Vorwissen über den Antragsteller mitbringt.

Jedoch kann der Versicherer nur dann von diesem Vorwissen profitieren, wenn er *tatsächlich* entsprechendes Vorwissen von dem Arzt übermittelt bekommt. Wird ihm das Vorwissen des Arztes lediglich zugerechnet und wird es dem Versicherer damit nur fiktiv einverleibt, hat er keinen Nutzen von dem Wissen im Hinblick auf die Risikobewertung.

Die Forderung, das Vorwissen sei dem Versicherer zuzurechnen, weil er den Arzt genau wegen seiner Vorkenntnisse ausgewählt hatte und dessen Vorkenntnisse gerne nutzen würde²³⁰, wirkt geradezu etwas eigensinnig und vermag aus sich heraus und ohne nähere Begründung nicht zu überzeugen.

Mitunter rechnet auch die Instanzrechtsprechung unter Berufung auf eben dieses Interesse des Versicherers diesem auch das Vorwissen des Arztes über frühere Behandlungen zu²³¹. Das Gericht beruft sich dabei auf den auch schon vom BGH erkannten²³² allgemeinen Rechtsgedanken aus § 166 I BGB, nämlich dass derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten betraut, sich das in diesem Rahmen erlangte Wissen des Vertreters zurechnen lassen muss²³³.

Dabei wird verkannt, dass der Arzt dieses Vorwissen gerade nicht „im Rahmen“ seiner Gutachtertätigkeit, also im Rahmen seiner passiven Stellvertretungsmacht erlangt hat. Der Arzt war

²³⁰ Voit in BK § 16 Rn. 89.

²³¹ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

²³² BGHZ 83 293, 295 f.

²³³ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

zu dem Zeitpunkt, zu welchem er das hier fragliche Vorwissen erlangte, noch nicht Wissensvertreter des Versicherers²³⁴.

bb) Zurechnung von Vorwissen

Als Argument für die Zurechnung des Vorwissens führt *Knappmann* unter Berufung auf *Taupitz* die weit reichende Informationspflicht des Arztes aus dem Gutachtervertrag an²³⁵. *Taupitz* stellt ausdrücklich auf die Bestimmung des Gehilfen zur Weiterleitung von Informationen ab, und will dann konsequenterweise begrenzt nur dasjenige Wissen zurechnen, welches der Gehilfe im Rahmen seines Geschäftskreises erlangt hat²³⁶.

Der Geschäftskreis des Arztes als Gutachter ist die Anfertigung seiner Sachverständigenmeinung unter Heranziehung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten. Sämtliche Kenntnis, die der Arzt im Rahmen seiner ärztlichen Tätigkeit über den Antragsteller gewonnen hat – somit auch Wissen aus der eigentlichen Gutachtenerstellung vorhergehenden Untersuchungen – gehört in seinen Geschäftskreis als Gutachter. So ist mit dieser Ansicht eine Wissenszurechnung über das rechtliche Konstrukt des Geschäftskreises möglich, auch wenn der Arzt bei Kenntniserlangung formell noch nicht Wissensvertreter war.

Ein solch strikter Trennungsversuch wirkt künstlich. Gerade unter Berücksichtigung der Abstraktheit des Wissensbegriffes ist nur schwer zu erklären, weshalb dem Versicherer nur zugerechnet werden kann, was im Rahmen der einstündigen Gutachtenerstattung thematisiert ist, nicht aber, was der Arzt schon seit 10 Jahren über den Antragsteller weiß und auch im Moment der Gutachtenerstellung weiß und lediglich nicht verwertet.

²³⁴ Prölss in Prölss/Martin § 16 Rn. 27.

²³⁵ Knappmann r+s 1996 81, 84.

²³⁶ Taupitz in Festschrift für Lorenz 1994 673, 679 f.

Auch Prölss befürwortet generell die Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers. Es sei eine „Förmelei, wenn der Versicherungsnehmer anlässlich des Abschlusses des Versicherungsvertrages genötigt wäre, dem Arzt noch einmal die Informationen zu geben, die dieser schon besitzt“²³⁷. Weiter führt er aus, es müsse genügen, wenn der Versicherungsnehmer den Arzt um die Weiterleitung sämtlicher Informationen bitte²³⁸.

Unstreitig und richtigerweise bezieht sich die Zurechnung von Vorwissen ausschließlich auf Wissen, das der Arzt in seiner Eigenschaft als Arzt gewonnen hat²³⁹. Privat erlangtes Wissen gehört weder in den Geschäftskreis des Arztes und Gutachters, noch hat er es in seiner Eigenschaft als Wissensvertreter gewonnen.

cc) Zurechnung und die Interessen des Antragstellers im Wege der Vertragsauslegung

Bei der bisherigen Betrachtung der Frage wurden ausschließlich die Interessen des Versicherers berücksichtigt.

Erst im neueren Schrifttum findet sich auch bei der Diskussion um Zurechnung von Vorwissen des Arztes eine stärker an Antragstellerbelangen orientierte Betrachtungsweise.

So wird vereinzelt eine pauschale Lösung der Frage generell abgelehnt und die Lösung im Einzelfall über die Vertragsauslegung gesucht²⁴⁰.

Es ist unbedenklich ausdrücklich vertraglich vereinbar, dass Vorwissen des Arztes zugerechnet wird.

Die ausdrückliche Vereinbarung, Vorwissen des Arztes grundsätzlich auszuschließen, wird aus verbraucherrechtlichen Gründen richtigerweise abgelehnt²⁴¹.

²³⁷ Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 27.

²³⁸ Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 27.

²³⁹ Knappmann r+s 1996 81, 84; Wendt/Jularic VersR 2008 41, 44.

²⁴⁰ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 44.

²⁴¹ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 45.

Neben einer ausdrücklichen Vereinbarung der Zurechnung von Vorwissen wird insbesondere auf die Möglichkeit der konkludenten Vereinbarung hingewiesen. Im Rahmen einer widerlegbaren Vermutung könne eine solche konkludente Vereinbarung immer angenommen werden, wenn der Versicherer gezielt einen Arzt mit Vorkenntnissen auswählt und der Antragsteller dies weiß²⁴².

Diese neue Herangehensweise verdient Beachtung und überzeugt durch einen modernen, Verbraucherschutzorientierten Ansatz der Vertragsauslegung unter dem Grundsatz der Privatautonomie. Die Interessen von Versicherer und Antragsteller werden dabei vollumfänglich und lebensnah berücksichtigt. Zwar lehnen die Vertreter dieser Ansicht eine Pauschallösung ab, kommen über den Weg der widerlegbaren Vermutung unter benannten Voraussetzungen doch zu der Annahme, dass bei fehlender ausdrücklicher vertraglicher Regelung Vorwissen durch konkludente Vereinbarung regelmäßig dem Versicherer zuzurechnen ist. Die Vermutung sei dann widerlegbar, wenn der Versicherer irgendeinen Arzt in die Vertragsanbahnung eingebunden hat, um dessen medizinisches Fachwissen zur besseren Beurteilung des Risikos zu nutzen. Dahinter verbirgt sich aber eine rein hypothetische Annahme. In dieser Konstellation stellt sich die Frage nach einer Wissenszurechnung von Vorwissen nämlich gar nicht, weil „irgendein“ Arzt gerade kein Vorwissen über den Antragsteller hat.

Die Annahme der konkludenten Vereinbarung wird damit doch zu einer pauschalen Lösung der Frage, was nach hier vertretener Auffassung der Rechtssicherheit wegen auch zu begrüßen ist.

Da die Entscheidung auf Ebene der Vertragsauslegung gefällt wird, ist die grundsätzliche Zurechnung nicht unabdingbar. Es bleibt die Möglichkeit, besonders außergewöhnliche Umstände

²⁴² Wendt/Jularic VersR 2008 41, 44.

des Einzelfalles zu berücksichtigen und eine Zurechnung im Ausnahmefall abzulehnen.

Die Literaturlösung über den Weg der Vertragsauslegung ist insgesamt zumindest im Ergebnis überzeugend.

Die grundsätzliche Zurechnung von Vorwissen des Arztes führt zwar mitunter zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Versicherers. Diese ist ihm aber durchaus zumutbar. Schließlich kann er dem Arzt im Innenverhältnis anlasten, wenn dieser es fahrlässig unterlässt, in einem Gutachten über den Gesamtzustand eines Antragstellers wesentliche Angaben zu machen, selbst wenn er davon Jahre zuvor Kenntnis erlangt hat. Die Lösung dazu ist aber nicht im Zusammenhang mit der Wissenszurechnung nach §§ 166 I BGB, 43, 44 VVGaF zu suchen, sondern ist im Rahmen der werkvertraglichen Mängelhaftung zu finden.

Abgesehen davon, dass der Weg über die Vertragsauslegung die Position des Antragstellers unmittelbar zum Zeitpunkt der Vertragsanbahnung berücksichtigt, steht sie auch im Einklang mit der schon einleitend festgestellten Schutzbedürftigkeit des Antragstellers. Dieser Schutz ist ihm zu gewähren, weil der Versicherer Hilfspersonen einschaltet und damit zusätzliche Gefahren schafft²⁴³.

c) Möglichkeiten der Vollmachtseinschränkung

Als Konsequenz der von der Rechtsprechung vorgenommenen Interpretation der §§ 43, 44 VVGaF muss untersucht werden, ob es Sinn macht, dem Versicherer nach § 47 VVGaF die Möglichkeit einzuräumen, die Vertretungsmacht des Agenten einzuschränken.

Bei der festgestellten Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 43 VVGaF und der engen Auslegung des § 44 VVGaF ist der Rechtsprechung offenbar an einem weit reichenden Schutz

²⁴³ Siehe S. 63 ff.

des Versicherten gelegen. Die Möglichkeit der Einschränkung der Empfangsvollmacht eines Versicherungsagenten geht deutlich zu Lasten des Versicherten. Es ist unter der Berücksichtigung des hier definierten Anwendungsbereichs der §§ 43, 44 VVGaF nahe liegend, dass besonders hohe Anforderungen an eine Beschränkung der Vollmacht zu stellen sind.

Vor der Gesetzesreform musste bei der Vollmachtsbeschränkung nach § 47 VVGaF notwendigerweise zwischen Beschränkungen vorvertraglicher Empfangsvollmachten und solcher Vertretungsmacht nach Vertragsschluss unterschieden werden²⁴⁴. Die durch das Gesetz grundsätzlich als möglich vorgesehene Vollmachtsbeschränkung muss, um wirksam zu sein, schon rein technisch unterschiedlich behandelt werden. Eine Vollmachtsbeschränkung, welche sich auf die Vertretungsmacht, also auch auf die Empfangsvollmacht vor Vertragsschluss bezieht, kann durch AVB nicht ausgeschlossen werden²⁴⁵. Die AVB sind ohne Vertragsschluss schließlich noch nicht wirksam²⁴⁶. Einzelne Stimmen in der Literatur schließen die Vollmachtsbeschränkung über die AVB generell aus, also auch für die hier nicht untersuchten Begebenheiten nach Vertragsschluss. Begründet wird dies damit, dass die Vollmachtsklauseln nur wirken, wenn sie zur Kenntnis genommen werden²⁴⁷. Dieser Verfasser geht davon aus, dass es auch nicht grob fahrlässig ist, wenn der Versicherungsnehmer die AVB nicht liest²⁴⁸. An anderer Stelle wird dieser Rückschluss zusätzlich damit begründet, dass der nichtkaufmännische Antragsteller darauf vertraut, dass der Versicherungsagent mit der gesetzlich vorgesehenen Empfangsvollmacht ausgestat-

²⁴⁴ Langheid in Römer/Langheid § 47 Rn. 2.

²⁴⁵ Kollhosser in Prölss/Martin § 47 Rn. 2.

²⁴⁶ OLG Hamm r+s 1989, 370.

²⁴⁷ Luckey VersR 1993 151.

²⁴⁸ Luckey VersR 1993 151.

tet ist²⁴⁹. Ganz gleich mit welcher Begründung, AVB sind jedenfalls der falsche Ort, um eine Vollmachtsbeschränkung bezüglich einer Empfangsvollmacht für vorvertragliche Anzeigen im Sinne des § 16 VVGaF vorzunehmen. Für den hier behandelten Themenkomplex der Beteiligung des Arztes soll diese Feststellung genügen.

Die Beschränkung der Empfangsvollmacht für vorvertragliche Anzeigen im Antragsformular wurde mitunter von der Rechtsprechung²⁵⁰, und auch teilweise in der Literatur dann als zulässig erachtet, wenn sie drucktechnisch deutlich hervorgehoben war²⁵¹.

Diese Bewertung steht jedoch in Widerspruch zu der Auge- und-Ohr-Rechtsprechung. Außerdem bezog sie sich auf gewöhnliche Antragsformulare zum Abschluss eines Versicherungsvertrages und betraf damit die Empfangsvollmacht des eingeschalteten Versicherungsagenten. Die Gesundheitsfragen werden aber in der Regel von dem Arzt selbst ausgefüllt, eine formularmäßige Beschränkung der Empfangsvollmacht des Arztes wäre für den Versicherer sinnlos und kommt in der Praxis auch nicht vor. Obgleich ansonsten eine analoge Anwendung der Regelungen über eingeschaltete Versicherungsagenten auf eingeschaltete Ärzte übertragbar ist, so liegt sie bei Fragen zur Vollmachtsbeschränkung fern. Der Versicherer will durch die Einschaltung des Arztes Wissen erlangen. Diesem Bestreben würde er selbst zuwider handeln, wenn die Kompetenz des Arztes, Wissen zu erlangen, vertraglich einschränken würde.

Nach der Neugestaltung des VVG erübrigt sich so mancher Spagatschlag, den Versicherungswirtschaft, Rechtsprechung und Literatur zum Thema der Vollmachtsbeschränkung vor-

²⁴⁹ Fricke VersR 1993 399, 402.

²⁵⁰ OLG Hamm VersR 1990 1105, 1106.

²⁵¹ Münkel S. 397.

nehmen mussten. Die Vollmachtsbeschränkung ist nach § 72 VVG nun ohnehin generell unwirksam²⁵².

d) Zwischenergebnis: der Arzt und §§ 43, 44 VVGaF

Wie zu den jeweiligen Aspekten der Darstellungen dieses Kapitels bereits festgestellt wurde, sind die von der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung vorgenommenen Wertungen auf den vom Versicherer zur Begutachtung des zu versichernden Risikos beauftragten Arzt übertragbar. Jedes Argument der Interessenabwägung und zu Schutzwürdigkeitsgesichtspunkten bei der Mitwirkung von Agenten ist auch bei der ärztlichen Mitwirkung einschlägig. Diese Feststellung gilt jedenfalls zumindest dann, wenn der Arzt von dem Versicherer eingeschaltet wird.

Damit können die §§ 43, 44 VVGaF auf den in dieser Form beteiligten Arzt im Falle der Feststellung einer Regelungslücke entsprechend angewandt werden.

Umgekehrt, also bei der Beauftragung des Arztes durch den Antragsteller, ist die Übertragung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung ausgeschlossen, da schon die Ausgangssituation eine andere ist. Dann ist der Antragsteller als Vertragspartner des Arztes derjenige, der die Hilfsperson einschaltet. Vor allem ist er dann selbst derjenige, welcher dadurch zusätzliche Gefahren für das Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherer schafft. Die Risikolage und damit auch die Schutzwürdigkeitsgesichtspunkte sind folgerichtig anders zu bewerten.

5. Rechtsprechungsübersicht zu Ärzten als Hilfspersonen beim Vertragsschluss

Wenn schon der Blick in die Gesetze keine klar geregelte Rechtslage erkennen lässt, vermag dies vielleicht eine Analyse der Rechtsprechung. Wie also handhaben die Gerichte die

²⁵² Siehe S.146.

Wissenszurechnung bei am Abschluss eines Versicherungsvertrages beteiligten Ärzten?

Die folgenden Entscheidungsdarstellungen erfolgen stark gekürzt auf die für die ärztliche Beteiligung wesentlichen Gesichtspunkte.

a) BGH am 02.11.1967²⁵³

Im Rahmen der Leistungsforderung der Berechtigten aus einem Lebensversicherungsvertrag erklärte die beklagte Versicherungsgesellschaft den Rücktritt von dem Versicherungsvertrag. Begründet wurde dies mit einer Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht, weil Fragen im ärztlichen Zeugnis vom Antragsteller fehlerhaft beantwortet worden seien.

Bei den Gesundheitsfragen in dem Antragsformular wurde explizit nach Auftreten von Kopfschmerzen und Schwindel gefragt. Beides verneinte der Antragsteller. Außerdem habe er unter Bluthochdruck, Angstgefühlen und Schlaflosigkeit gelitten, was bei der Beantwortung der Gesundheitsfragen ebenfalls nicht angegeben wurde. Die von dem Gericht der Entscheidung zugrunde gelegten Rücktrittsnormen §§ 16-18, 20 I, 161 VVGaF und die Versicherungsbedingungen sahen vor, dass der Rücktritt nur dann möglich ist, wenn Falsch- oder Nichtanzeigen schuldhaft sind.

Nach Ansicht des Gerichtes sind die Fragen nach Schwindel, Kopfschmerzen und den anderen genannten Krankheitserrscheinungen sind im Kontext der gestellten Fragen zu sehen und der Vorwurf der schuldhaften Nichtanzeige sei demnach nicht ohne weiteres zu bejahen.

Die Gesundheitsfragen wurden von dem Hausarzt des Antragstellers in einer Interviewsituation durch den Hausarzt gestellt und erläutert. Der Hausarzt übernahm auch das Ausfüllen des Formulars.

²⁵³ BGH VersR 1968 41.

Das zuvor entscheidende OLG urteilte, der Versicherte habe sich zu seiner Entschuldigung nicht darauf berufen können, dass er sich auf die Beurteilung seines Hausarztes verlassen habe. „Dem stehe (...) entgegen, dass der Versicherte den Arzt ausgewählt habe. Der Arzt seines Vertrauens sei nicht Vertrauensarzt des Versicherers, der gleich einem Versicherungsagenten die Aufgabe habe, den Versicherungsnehmer oder den Versicherten über die Bedeutung der im ärztlichen Zeugnis gestellten Fragen aufzuklären.“²⁵⁴

Das OLG unterscheidet hierbei also den vom Versicherer eingeschalteten Arzt und den vom Antragsteller eingeschalteten Arzt.

Der BGH hält diese Auffassung für rechtlich nicht haltbar. So weist er darauf hin, dass der Antragsteller bei der Beantwortung einiger Gesundheitsfragen, unter anderem der nach erhöhtem Blutdruck, auf die Beratung eines Arztes angewiesen ist²⁵⁵. Diesem Umstand werde man in der Versicherungspraxis gerecht, indem der Arzt die Fragen selbst stellt und das Gesundheitsfragenformular nach eingehender Erklärung und Erläuterung zudem selbst ausfüllt²⁵⁶.

Dabei kommt der BGH zu dem Schluss, es könne bei dieser Bewertung keinen Unterschied machen, ob der Arzt von dem Versicherer oder dem Antragsteller beauftragt werde²⁵⁷. „Denn dem Versicherer kommt es allein darauf an, dass er durch die Mitwirkung des Arztes ein möglichst zuverlässiges Bild von dem Gesundheitszustand des Versicherten erhält, um danach die Übernahme des Wagnisses und die Höhe der Prämie zutreffen beurteilen zu können. Diesem Interesse des Versicherers wird der Hausarzt des Versicherten oft weit eher als jeder andere Arzt genügen können, weil er etwaige Krankheiten und

²⁵⁴ Zitiert über BGH VersR 1968 41.

²⁵⁵ BGH VersR 1968 41.

²⁵⁶ BGH VersR 1968 41.

²⁵⁷ BGH VersR 1968 41.

Leiden des Versicherten am besten kennt und sachgemäß beurteilen kann.²⁵⁸

In dieser Entscheidung behandelt der BGH vornehmlich Verschuldensprobleme. Eine deutliche Antwort auf die Frage nach den Konsequenzen einer Wissenszurechnung bleibt aus. Die Wertung der Interessen des Versicherers bei der Einschaltung eines Arztes führen aber unproblematisch zu einer Zurechnung des Arztes in den Interessenkreis des Versicherers – ganz gleich von wem er beauftragt ist. Das Gericht lässt sogar einen Erst-Recht-Schluss bei dem vom Antragsteller eingeschalteten Hausarzt wegen dessen besonderen Wissens erkennen²⁵⁹.

Für die Wissenszurechnung bedeutet diese Beschreibung der Interessenlage ein deutliches Argument für die Zurechnung des Arztwissens zu Lasten des Versicherers. Leider finden sich in dem Urteil diesbezüglich keine expliziten Ausführungen. Die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung war zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen.

Das Urteil lässt jedoch bereits die gleiche Interessenwertung erkennen, die das Auge-und-Ohr-Urteil später in Bezug auf den Versicherungsagenten vornimmt: der Arzt als Hilfsperson handelt im Interesse des Versicherers und der Antragsteller ist auf seine Inanspruchnahme geradezu angewiesen.

Diese gleichlaufende Interessenbewertung spricht auch in Bezug auf die Wissenszurechnung dafür, den gleichen Rückschluss für den beteiligten Arzt wie schon für den Versicherungsagenten zu ziehen: Auch der mit der Feststellung und Beurteilung des Gesundheitszustands beauftragte Arzt ist dann als Auge und Ohr des Versicherers anzusehen. Dies gilt bei der Interessenbewertung des Gerichtes unabhängig davon, wer den Arzt beauftragt hat – anders als ihm Rahmen der Beurteilung in Bezug auf Versicherungsagent und Versicherungsmakler.

²⁵⁸ BGH VersR 1968 41.

²⁵⁹ BGH VersR 1968 41.

Dieser Bewertung ist Vieles abzugewinnen. Schließlich liegt es immer im Interesse des Versicherers, einen Arzt einzuschalten. Allerdings ist die Übertragung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf den vom Antragsteller vertraglich gebundenen Arzt dogmatisch der falsche Weg. Vielmehr ist dann das Modell der Wissenserklärungsvertretung heranzuziehen²⁶⁰.

b) BGH am 29.05.1980²⁶¹

Die Beklagte erklärte den Rücktritt von einem Versicherungsvertrag über eine Lebensversicherung und Berufsunfallzusatzversicherung. Bei Vertragsschluss war nach Tatsachenfeststellung des Gerichtes ein vom Versicherer ausgewählter und beauftragter Facharzt beteiligt. Im Rahmen des Antragsverfahrens kam es zu der Untersuchung des Antragstellers, bei dem er von dem Arzt befragt wurde, dieser die Gesundheitsfragen im Formular ausfüllte und zur weiteren Abklärung unter anderem ein Elektrokardiogramm (EKG) erstellte. Dieses EKG wies zwar Auffälligkeiten, aber keinen Hinweis auf einen Myocardschaden, auf.

Der Versicherer stimmte daraufhin unter einem Risikozuschlag und einer Erhöhung der Berufsunfähigkeitsgrenze dem Abschluss der Verträge zu. Später erklärt er den Rücktritt, weil der Versicherungsnehmer bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Herzleiden gehabt habe und dessen Umfang nicht vollständig angezeigt habe.

Der Bundesgerichtshof kommt bezüglich der Tatsache, dass der Arzt von dem Versicherer beauftragt war, zu folgender rechtlicher Bewertung: „Mit der Erteilung des Auftrages hatte ihm die Beklagte die Befugnis übertragen, den Kläger in ihrem Namen die zur Feststellung seines Gesundheitszustandes erforderlichen Fragen zu stellen und dessen Antworten entgegenzu-

²⁶⁰ Siehe S. 178 ff.

²⁶¹ BGH VersR 1980 762.

nehmen.²⁶² Diese Befugnis leitet der Bundesgerichtshof daraus ab, dass der Arzt von dem Versicherer Formulare an die Hand bekommen hat, welche einen Fragenkatalog enthalten und die der Arzt dem Antragsteller vorzulegen hatte. Damit stünden die von dem Arzt gestellten Fragen solchen des Versicherers aus § 16 I 1, 3 VVGaF gleich²⁶³. Für den BGH ergeben sich daraus zwei Konsequenzen: Erstens, eine Falschanzeige dem Arzt gegenüber zieht die gleichen Rechtsnachteile nach sich wie eine Falschanzeige im eigentlichen Versicherungsantrag. Zweitens – und das ist für die Frage der Wissenszurechnung die wesentliche – hat der Antragsteller seine Anzeigepflicht erfüllt, „wenn er dem Arzt auf dessen Fragen eine zutreffende und erschöpfende Antwort gab“²⁶⁴. Dies solle auch gelten, wenn der Arzt die Antwort nicht schriftlich festhält²⁶⁵. Bei der Beurteilung der Verschuldensfrage bezüglich der Falschanzeige stellt der Senat klar, dass „in das Wissen“ des Arztes „gestellte Aussagen“ erheblich sind. Darauf, ob der Arzt personell betrachtet in einem festen Dienstverhältnis zu dem Versicherer steht, ob er von ihm ständig in Anspruch genommen wird oder ob er überhaupt vom Versicherer ausgewählt beziehungsweise vorgeschrieben worden ist, komme es nicht an²⁶⁶.

Zwölf Jahre nach dem zuvor untersuchten Urteil ist die Sprache des Bundesgerichtshofs bereits deutlicher. Die in dem Urteil aus dem Jahre 1980 ausführlich dargestellte Interessenlage wird in rechtliche Wertungen umgesetzt. Dem Versicherer wird das Wissen des Arztes, welches er bei dem Untersuchungsvorgang zu Versicherungszwecken erlangt, zugerechnet. Dieses Ergebnis steht in Einklang mit der Auge-und-Ohr-

²⁶² BGH VersR 1980 762, 763.

²⁶³ BGH VersR 1980 762, 763.

²⁶⁴ BGH VersR 1980 762, 763.

²⁶⁵ BGH VersR 1980 762, 763.

²⁶⁶ BGH VersR 1980 762, 763.

Rechtsprechung zum Versicherungsagenten. Wieder mit dem Zusatz, dass der BGH bezüglich der Wissenszurechnung zu den gleichen Ergebnissen kommt, ganz gleich, ob der Arzt vom Versicherer oder vom Antragsteller beauftragt ist oder der Gesellschaftsarzt („in einem festen Dienstverhältnis“²⁶⁷) ist. Diese Gleichstellung der verschiedenen ärztlichen Beteiligungsformen geht sehr weit. Sie erfolgt in diesem Urteil in Form einer Randbemerkung und wird auch nicht inhaltlich begründet.

Der erkennende Senat kommt jedenfalls zu dem rechtlichen Schluss einer Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers, begründet diesen zwar mit der zugrunde liegenden Vereinbarung zwischen Arzt und Versicherer – die dogmatische Herleitung wird allerdings nicht ausgeführt.

Der in der Entscheidung gewählte Wortlaut lässt vermuten, dass der Bundesgerichtshof die gesetzlichen Regeln aus §§ 166 I BGB 43, 44 VVGaF und die dazugehörige höchstrichterliche Rechtsprechung – beides bezüglich des Vermittlungsagenten – analog auf den beim Vertragsschluss beteiligten Arzt anwendet. Leider legt der BGH die Rechtsgrundlage seiner Entscheidung noch nicht offen.

c) BGH am 21.11.1989²⁶⁸

In diesem Urteil befasst sich der BGH vordergründig mit einer Frage der Beweislastverteilung und nimmt dabei lediglich beiläufig Stellung zu der Position des involvierten Arztes. Während des Abschlusses eines Lebensversicherungsvertrages beauftragte der Versicherer den Hausarzt des Antragstellers. Auch hier war der Arzt, ausgestattet mit vorformulierten Gesundheitsfragen, mit der Stellung der Gesundheitsfragen sowie mit der schriftlichen Niederlegung der Antworten des Antragstellers betraut. Die beklagte Versicherungsgesellschaft trat

²⁶⁷ BGH VersR 1980 762, 763.

²⁶⁸ BGH VersR 1990 77.

unter Berufung auf eine Anzeigepflichtverletzung vom Versicherungsvertrag zurück und verweigert damit auch die Zahlung der von dem Antragsteller begehrten Leistungen aus der Kapitallebensversicherung. Begründet wurde dieser Rücktritt mit der Nichtanzeige eines erheblichen Wirbelsäulenleidens.

Der klagende Antragsteller gibt an, seinem beteiligten Hausarzt im Rahmen der Erstellung des ärztlichen Zeugnisses den Befund eines Radiologen vorgelegt zu haben. Dieser Bericht habe Aussagen über die fragliche Wirbelsäulenproblematik beinhaltet. Der Hausarzt habe diesen Bericht für unerheblich gehalten. Darauf hatte sich der Antragsteller verlassen.

Der BGH kommt weiterführend zu der Feststellung, der Versicherer sei in der Beweislast für die Widerlegung dieser Behauptung. Macht der Antragsteller, Versicherungsnehmer oder Versicherte substantiiert geltend, er habe einen ein Gesundheitsfragenformular ausfüllenden „Agenten oder Arzt mündlich zutreffend informiert, dann muss der Versicherer beweisen, dass dies nicht zutrifft“²⁶⁹.

Dieses Urteil bietet im Grunde keine neuen Aspekte zur Kategorisierung des bei dem Abschluss eines Versicherungsvertrages beteiligten Arztes. Vielmehr unterstreicht es die in dem vorhergehend untersuchten Urteil vom BGH am 29.05.1980²⁷⁰ gefundenen Feststellungen. Insbesondere spricht es für die dort vermutete dogmatische Herleitung der Entscheidung – nämlich die analoge Anwendung der Normen, welche die Wissenszurechnung im Rahmen der Beteiligung eines Versicherungsagenten regeln. So lässt sich erklären, dass der BGH den Versicherungsagenten und den Arzt in einem Atemzug nennt und zu identischen Konsequenzen in der rechtlichen Behandlung beider bezüglich der aufgeworfenen Beweislastfrage kommt. Bei einem Vergleich der Beweislastwürdigung im Rahmen ärztlicher Beteiligung mit den Beweislastregeln, welcher der

²⁶⁹ BGH VersR 1990 77, 78.

²⁷⁰ BGH VersR 1980 762.

BGH bei dem Ausfüllen der Anträge durch Versicherungsagenten gefunden hat²⁷¹, so wird deutlich, dass Arzt und Agent identisch behandelt werden. Der entscheidende Senat nimmt hier sogar direkten Bezug auf die vorhergehende Agentenentscheidung und nennt diese Parallelwertung auch als Entscheidungsgrund²⁷². Eine solche Parallelwertung ergibt sich rechtslogisch nur bei dem vom Versicherer eingeschalteten Arzt.

Bislang wird die vermutete dogmatische Herleitung und Begründung der BGH Entscheidungen gestützt. Findet die Rechtsprechung in den folgenden Entscheidungen vielleicht noch deutlichere Worte?

d) OLG Frankfurt am 17.08.1992²⁷³

Wenn auch nicht der Bundesgerichtshof, so beginnt das OLG Frankfurt kurze Zeit später, klarer Stellung zu beziehen.

Hier klagt der Versicherungsnehmer auf Leistungen aus dem Berufsunfähigkeitsversicherungsvertrag. Die beklagte Versicherungsgesellschaft lehnt die Zahlung ab und erklärt unter Berufung auf eine Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht den Rücktritt. Der Versicherungsnehmer habe gefahrerhebliche Erkrankungen und von dem Versicherer erfragte Arztbesuche nicht angezeigt.

Während des Vertragsschlusses kam es zu der Beteiligung eines Arztes. Zunächst beantwortete der Antragsteller die Gesundheitsfragen in dem allgemeinen Antragsformular nur kurz und bejahte ärztliche Behandlungen in einem Zeitraum von fünf Jahren vor Vertragsschluss gehabt zu haben, um weiterführend auf ein ärztliches Zeugnis zu verweisen, welches folgen sollte.

Dieses wurde auf ausdrücklichen Wunsch des Versicherers eingeholt und das vorgefertigte Formular von dem Arzt eigen-

²⁷¹ BGHZ 107 322.

²⁷² BGH VersR 1990 77, 78.

²⁷³ OLG Frankfurt VersR 1993 425.

händig ausgefüllt. Die Wahl des Arztes durfte der Antragsteller selbst vornehmen. Dabei war ein Hausarzt oder ein anderer Arzt, dem die gesundheitlichen Verhältnisse bekannt waren, ausdrücklich von dem Versicherer gewünscht. Der Antragsteller entschied sich für seinen Hausarzt.

Bei der Analyse der zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse kommt das OLG zu dem Schluss, dass der Arzt bei der Erstellung des ärztlichen Zeugnisses beauftragter und passiver Stellvertreter des Versicherers war²⁷⁴. Dies gelte unabhängig davon, dass der Arzt von dem Antragsteller ausgewählt worden war. Der Arzt müsse aus drei Gründen als von dem Versicherer beauftragt gelten: Erstens hat der Versicherer die Einholung des Gutachtens gewünscht, zweitens hierfür ein Formular zur Verfügung gestellt und drittens den Arzt für die Erstellung des Zeugnisses honoriert²⁷⁵. Aus dieser Stellung des Arztes folge, „dass er zur Entgegennahme der Antworten, die der Kläger selbst zu den Gesundheitsfragen in dem Formular geben musste, durch die Beklagte bevollmächtigt war“²⁷⁶. Unter Verweis auf das BGH Urteil vom 21.11.1989²⁷⁷ führt das OLG weiter aus, dass, wenn „ein solchermaßen für den Versicherer tätig werdender Arzt“ es nicht für erforderlich halte, von dem Untersuchten mitgeteilte Antworten festzuhalten, es schon an einer Verletzung der Anzeigeobligiertheit fehle²⁷⁸.

Das Gericht wendet dabei unter Betonung, dass der Arzt nicht aktiver Stellvertreter, sondern lediglich passiver Stellvertreter ist, § 166 I BGB an. Es beruft sich auf den allgemeinen Rechtsgedanken²⁷⁹ aus dieser Vorschrift, dass jeder, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in

²⁷⁴ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

²⁷⁵ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

²⁷⁶ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

²⁷⁷ Siehe S. 115 ff.

²⁷⁸ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 426.

²⁷⁹ OLG Frankfurt VersR 1993 425, 427.

eigener Verantwortung betraut, sich das in diesem Rahmen erlangte Wissen des Vertreters zurechnen lassen muss²⁸⁰.

Die rechtliche Bewertung hinter dieser Entscheidung beruht damit zunächst ausschließlich auf dem zwischen Arzt und Versicherer zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, einer vom Versicherer erteilten, passiven Stellvertretungsmacht. Ein spezieller, versicherungsrechtlicher Begründungsversuch fehlt leider. Eine Verknüpfung zur versicherungsrechtlichen Dogmatik versucht das OLG Frankfurt durch einen Verweis auf das BGH Urteil vom 21.11.1989 herzustellen, welches seinerseits lediglich auf frühere BGH Rechtsprechung verweist. Im Gegensatz zu dem Urteil des OLG Frankfurt enthalten diese immerhin auch speziell versicherungsrechtliche Wertungen und bleiben nicht bei der Begründung der Wissenszurechnung aufgrund eines vertraglich vereinbarten passiven Stellvertretungsverhältnisses. Eine Anlehnung der Gerichtsentscheidungen an spezielle versicherungsrechtliche Normen ist allein schon aus Verbraucherschutzrechtlichen Gründen und solchen der Rechtsklarheit erstrebenswert. Außerdem ist der Rechtssicherheit weit mehr gedient, wenn sich die rechtliche Ausgestaltung der Rolle des Arztes bei der Beteiligung während des Abschlusses eines Versicherungsvertrages an spezialgesetzlichen Regelungen zur Wissenszurechnung orientiert und sich nicht nur auf die zugrunde liegende Vollmachtsgestaltung bezieht.

Zusammenfassend stellt das Urteil des OLG einerseits klare Voraussetzungen für die Wissenszurechnung des beteiligten Arztes zu Lasten des Versicherers auf. Andererseits fehlt leider wieder eine speziell versicherungsrechtliche Begründung für diese Zurechnung.

²⁸⁰ BGHZ 83 293 295 f.

e) BGH am 07.03.2001²⁸¹

In einem Urteil gegen einen Rechtsanwalt auf Schadenersatz wegen Klagefristversäumnis muss der BGH die materielle Seite des ursprünglichen Klagebegehrens prüfen.

Dabei verlangte der Kläger von seinem Vertragspartner, einem Versicherungsunternehmen, Leistungen aus einem Versicherungsvertrag über eine Berufsunfähigkeitsversicherung. Der Versicherer hingegen erklärte den Rücktritt wegen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung. Der Kläger habe es unterlassen, eine gefahrerhebliche Erkrankung am Handgelenk anzuzeigen.

Während der Vertragsverhandlungen kam es zu der Anfertigung eines Gesundheitszeugnisses durch den Hausarzt des Klägers. Dieser war vom Versicherer beauftragt worden.

Zusammenfassend und in Anbetracht seiner vorhergehenden Entscheidungen führt der BGH aus: „Kommt es auf Betreiben des Versicherers im Zuge der Verhandlungen über den Abschluss einer Lebens- und Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung zur Erstellung eines ärztlichen Zeugnisses auf einem vom Versicherer vorgegebenen Formblatt und hat der Antragsteller dabei im Rahmen der ‚Erklärung vor dem Arzt‘ gegenüber dem Arzt vom Versicherer vorformulierte Fragen zu beantworten, so stehen die vom Arzt in Erfüllung dieses Auftrags gestellten Fragen den Fragen des Versicherers (§ 16 I 1 VVGaF), die erteilten Antworten den Erklärungen gegenüber dem Versicherer (§ 16 I 1 VVGaF) gleich.“²⁸²

Hier ist erkennbar, dass der Bundesgerichtshof eine deutlichere Sprache verwendet und damit auch eine bestimmtere Position einnimmt, als in den Urteilen zuvor. Auch wenn er in diesem Urteil nur eine Zusammenfassung seiner bisherigen Rechtsprechung geben will, wird die Ausdrucksweise spezifischer. Eine Formulierung wie „Was dem Arzt zur Beantwortung der vom

²⁸¹ BGH NVersZ 2001 306.

²⁸² BGH NVersZ 2001 306, 307.

Versicherer vorformulierten Fragen gesagt ist, ist dem Versicherer gesagt, selbst wenn der Arzt die ihm erteilten Antworten nicht in die Erklärung aufnimmt“²⁸³, fügt sich nahtlos in die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung zum Versicherungsagenten ein. Leider sieht der BGH aber auch hier keinen Anlass, dies klar auszudrücken. Er hält auch davon Abstand, die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung zu erwähnen.

Auch ohne Bezug auf § 43 VVGaF zu nehmen, ordnet der Senat den vom Versicherer eingeschalteten Arzt als passiven Stellvertreter ein, der zur Entgegennahme der Antworten des Antragstellers beauftragt ist²⁸⁴. Weiter heißt es dann wörtlich: „Bei der Aufnahme der ‚Erklärung vor dem Arzt‘ steht der Arzt damit insoweit einem Versicherungsagenten bei Aufnahme des Versicherungsantrags gleich“²⁸⁵.

Deutlicher wurde der BGH bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Welchen Weg beschreitet das Gericht hierbei dogmatisch betrachtet?

Der BGH stellt den Arzt mit dem Agenten gleich²⁸⁶ – will heißen, er wendet die Regeln, welche für den Versicherungsagenten gefunden wurden, auf den vom Versicherer beauftragten Arzt entsprechend an. Dogmatisch ist dabei nicht nur von einer Übertragung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auszugehen, sondern auch von einer analogen Anwendung der §§ 43, 44 VVGaF.

In dem vorliegend untersuchten Urteil bezieht sich der Bundesgerichtshof nur auf das Ausfüllen von Formularen.

Wird der Arzt um die formlose Erstellung eines Gesundheitszeugnisses gebeten – was künftig nach der Einführung des neuen VVG wegen der Formerfordernisse aus § 19 I 1 VVG

²⁸³ BGH NVersZ 2001 306, 307.

²⁸⁴ BGH NVersZ 2001 306, 307.

²⁸⁵ BGH NVersZ 2001 306, 307.

²⁸⁶ BGH NVersZ 2001 306, 307.

ohnehin nicht mehr zu erwarten ist²⁸⁷ – so kann es zu keiner anderen Wertung kommen. Auch hier ist der Arzt zur Entgegennahme der Erklärungen des Antragstellers bevollmächtigt, er ist ebenfalls passiver Stellvertreter. Darüber hinaus hatte er sogar noch die Entscheidungsbefugnis, welche Gesundheitsinformationen erheblich sind und in das Gesundheitszeugnis übernommen werden sollen und welche nicht.

f) Zusammenfassung der Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der Gerichte ist mit Fragen um die Beteiligung von Ärzten beim Abschluss von Versicherungsverträgen zwar nicht regelmäßig, aber durchaus des Öfteren beschäftigt gewesen.

Die entscheidenden Senate konnten sich bislang leider nicht zu einer ausdrücklichen dogmatischen Darlegung ihrer Entscheidungen bewegen.

Jedenfalls ist über die letzten Jahrzehnte eine gleich bleibende Bewertung der Position des Arztes bei der Entgegennahme von vorvertraglichen Anzeigen im Sinne des § 16 VVGaF festzustellen. So wird der Arzt dem Rechtskreis des Versicherers zugerechnet, sobald er in dessen Interesse eingeschaltet wird. Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob der Arzt von dem Antragsteller ausgewählt wurde oder vom Versicherer selbst, ausschlaggebend ist die vertragliche Bindung, welche regelmäßig über eine Stellvertretung durch den Antragsteller direkt mit dem Versicherer entsteht²⁸⁸.

Für die Wissenszurechnung bedeutet dies, dass der vom Versicherer eingeschaltete Arzt wie ein Versicherungsagent als Auge und Ohr des Versicherers fungiert, wenn er mit dem Ausfüllen von Gesundheitsfragen beauftragt ist. Alle gesundheitsrelevanten Informationen, die dem Arzt im Rahmen dieser Tätigkeit bekannt werden, gelten auch als dem Versicherer

²⁸⁷ Siehe auch S. 150.

²⁸⁸ Siehe S.20 f.

bekannt. Auch wenn der BGH die Normen nicht ausdrücklich benennt, so kann dies nur als eine entsprechende Anwendung der Normen und Rechtsätze aus der Rechtsprechung zum Versicherungsagenten auf den Fall der ärztlichen Beteiligung interpretiert werden. Dabei werden insbesondere die §§ 43, 44 VVGaF und die dazugehörigen Erkenntnisse der Rechtsprechung, wie etwa der Auge-und-Ohr-Grundsatz, entsprechend angewandt. § 166 I BGB findet direkte und analoge Anwendung und wird auch ausdrücklich in den Entscheidungen genannt.

Somit sind die in dieser Ausarbeitung bislang gewonnenen Erkenntnisse bezüglich der Wissenszurechnung mit der BGH Rechtsprechung zu vereinbaren, auch wenn bei dieser eine genaue Bezeichnung der dogmatischen Herleitung bislang leider ausbleibt.

Über die Beweggründe für die Nicht-Benennung der entscheidungserheblichen Normen und Rechtsprechungsgrundsätze kann nur spekuliert werden. Letzten Endes können sie aber auch dahin stehen, im Ergebnis ist der Weg der Rechtsprechung auch ohne konkrete Bezugnahme auf die Normen, deren Wertung übernommen wird, klar ersichtlich.

6. Auswirkungen von Arglist und Vertretungsmachtmissbrauch auf die Wissenszurechnung

Auch bei dem Abschluss von Versicherungsverträgen läuft nicht immer alles mit rechten Dingen ab. Wie der Gang der folgenden Untersuchung zeigt, musste sich die Rechtsprechung bereits mehrfach mit schädigender Absicht von Agenten gegenüber dem Versicherer beschäftigen.

Auch und insbesondere im Fall der Einschaltung eines Hausarztes, zu dem der Antragsteller über Jahre ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hat, ist ein unlauterer Ablauf denkbar.

Konkret gestaltet sich das zumeist so, dass der Antragsteller ein Leiden seinem begutachtenden Arzt gegenüber angibt. Der Arzt erkennt dann, dass die Anzeige dieser Erkrankung zu versicherungsbezogenen Nachteilen für den Antragsteller führen würde und teilt eben diesem seine Auffassung in warnender Manier mit. Beide gemeinsam, also der Antragsteller und der Arzt, beschließen, den Umstand nicht in das Formular des Versicherers aufzunehmen. Dieser Entschluss wird in der Absicht gefällt, dem Versicherer den fraglichen Umstand vorzuenthalten und einen Versicherungsvertrag mit solchen Bedingungen zu erreichen, der ohne das Vorhandensein dieses Umstandes angebracht wäre.

Nach den in diesem Kapitel dargestellten Grundsätzen der Wissenszurechnung ist der vom Versicherer eingeschaltete Arzt wie ein Agent Auge und Ohr des Versicherers. Die Anzeige des Umstandes gilt demnach in dem Moment als getätigt, in welchem der Antragsteller den fraglichen Umstand dem Arzt gegenüber äußert. Das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen einer Nichtanzeige dieses Umstandes ist ausgeschlossen. Eine solche Wissenszurechnung von Kenntnissen des Arztes zu Lasten des Versicherers wirkt unbillig.

Das Vorgehen von Antragsteller und Arzt ist in dieser Konstellation für den Versicherer schädigend. Durch das Zusammenwirken von Antragsteller und Arzt soll ihm der Abschluss eines Vertrages abgerungen werden, den er bei regelgerechtem Ablauf nicht in dieser Form abschließen würde. Wenn auch die wahrheitsgemäße und vollständige Angabe des Umstandes nicht zu der Vereinbarung eines Leistungsausschlusses oder einer Prämienerrhöhung geführt hätte, so wird dem Versicherer doch zumindest die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit genommen.

Die Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers erfolgt zugunsten eines Schutzes des Antragstellers und ist in der Tatsache begründet, dass der Versicherer durch die Einschal-

tung von Hilfspersonen zusätzliche Gefahren schafft. Bei einem in Zusammenarbeit mit dem Arzt arglistig handelnden Versicherungsnehmer werden Assoziationen mit dem Institut der Rechtsverwirkung geweckt. Dem Antragsteller mangelt es an der Schutzwürdigkeit, welche Grund für die Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers wäre.

Die Rechtsprechung berücksichtigt diese schädigenden Absichten nicht nur durch die Gewährung eines Anfechtungs- oder Rücktrittsrechtes zugunsten des Geschädigten. Vielmehr will sie in den Arglistfällen bereits die Wissenszurechnung ausschließen. So hat der BGH den Ausschluss der Wissenszurechnung im Rahmen der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung bei arglistigem, kollusivem Zusammenwirken von Agenten und Versicherten bereits anerkannt²⁸⁹.

Insbesondere bei den höheren Instanzgerichten finden sich die Kriterien für die Grenzen der Wissenszurechnung bereits detailliert geregelt. Vereinzelt wird dabei besonders auf das kollusive Zusammenwirken aus der Perspektive des Antragstellers abgestellt²⁹⁰. In diesem Zusammenhang wird auch § 138 BGB als Argumentationshilfe mit herangezogen²⁹¹.

An anderer Stelle wird der Fokus verstärkt auf den beteiligten Versicherungsagenten, nämlich einen für den Antragsteller evidenten Vertretungsmachtsmissbrauch durch den Agenten, gelegt²⁹². Sobald der Antragsteller erkenne, dass der Agent beim Ausfüllen des Formulars unkorrekt und zum Nachteil des Versicherers handle, so werde dem Antragsteller deutlich, dass der Agent sich unmissverständlich von der Wahrung der Interessen des Versicherers gelöst habe. Damit sei er in das Lager des Antragstellers übergewechselt und die Grenze der zumutbaren Zurechnung des Agentenwissens sei überschritten. Ein

²⁸⁹ BGH VersR 2001 620, 622.

²⁹⁰ OLG Zweibrücken VersR 2004 630.

²⁹¹ OLG Zweibrücken VersR 2004 630.

²⁹² OLG Hamm r+s 1999 11, 12.

Agent, der mit Wissen und Billigung des Versicherungsnehmers dem Versicherer gefahrerhebliche Umstände vorenthält, könne nicht mehr als Auge und Ohr des Versicherers angesehen werden²⁹³.

Diese Wertung des Gerichts berücksichtigt in korrekter Weise die Schutzbedürftigkeit des Antragstellers, welche sich typischerweise aus der Einschaltung des Agenten durch den Versicherer ergibt. Auch die zeitliche Fixierung des Wechsels in das Lager des Antragstellers in dem Moment, in dem der Agent gemeinsame Sache mit dem Antragsteller macht, wirkt überzeugend. Hier wird die Schutzbedürftigkeit des Versicherers richtig erkannt.

In der Literatur findet sich bei der Darstellung dieser Schutzwürdigkeitsgesichtspunkte wie selbstverständlich eine Gleichstellung des Versicherungsagenten mit dem beim Vertragsabschluss involvierten Arzt²⁹⁴. Diese Gleichbehandlung und Übertragung der Wertungsergebnisse ist in Anbetracht der vorab festgestellten Vergleichbarkeit der Schutzbedürftigkeitsverhältnisse bei der Einschaltung eines Arztes und der Einschaltung eines Versicherungsagenten zu befürworten.

Der Ausschluss der Wissenszurechnung bei arglistig kollusivem Zusammenwirken zwischen Antragsteller und Arzt ergibt auch bei einer Betrachtung der stellvertretungsrechtlichen Aspekte ein stimmiges Bild ab. Die passive Vertretungsmacht des Arztes führt bei Erklärungen gegenüber dem Vertreter zu einer Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers. Missbraucht dieser Vertreter nun seine Vertretungsmacht, was bei einem arglistigen, kollusiven Zusammenwirken mit dem Antragsteller unproblematisch der Fall ist, so muss sich der vertretene Versicherer dieses Verhalten und auch das Wissen des Vertreters nicht zurechnen lassen. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung zu dem Vertreter ohne

²⁹³ OLG Hamm r+s 1999 11, 12.

²⁹⁴ Voit in BK § 22 Rn. 16.

Vertretungsmacht, § 177 I BGB. Der Ausschluss der Folgen der Stellvertretung im Falle eines evidenten Vollmachtmissbrauchs wird dogmatisch als Ausgestaltung des § 242 BGB klassifiziert²⁹⁵.

Die Beweislast für ein kollusives Zusammenwirken zwischen Antragsteller und Arzt trägt der Versicherer²⁹⁶. In diesem Zusammenhang ist deutlich auf die Notwendigkeit einer sehr kritischen Prüfung hinzuweisen, weil es durch ein kollusives Zusammenwirken zu Versicherungsverträgen kommen könnte, die ein Risiko versichern, welches bei einem normalen Geschehensablauf nicht versichert würde.

Allerdings sind wegen der drohenden Nachteile für den in der Ausgangssituation grundsätzlich schutzwürdigen Antragsteller auch hohe Maßstäbe an die Evidenz des schädigenden Verhaltens durch den Arzt zu stellen. Der BGH betont das die Augen- und Ohr-Rechtsprechung begründende besondere Vertrauensverhältnis, welches zu einem Versicherungsagenten – und nach hier vertretener Auffassung auch zu dem eingeschalteten Arzt – besteht und stellt daher einen besonders strengen Maßstab für die Beurteilung der Evidenz eines Vollmachtmissbrauchs auf²⁹⁷. Um eine Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers ausschließen zu können, muss dieser die Arglist des Antragstellers²⁹⁸ und im Zusammenhang mit dem kollusiven Aspekt auch die Evidenz des Vertretungsmachtmissbrauchs nachweisen. Evidenz ist in der Regel dann gegeben, wenn der Arzt von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, sodass beim Antragsteller begründete Zweifel entstehen müssen, ob nicht ein Treueverstoß des Arztes gegenüber dem Versicherer vorliegt²⁹⁹. Bei der Beurteilung

²⁹⁵ BGH VersR 2002 425, 426.

²⁹⁶ Langheid in Römer/Langheid § 43 Rn. 28.

²⁹⁷ BGH VersR 2002 425, 426.

²⁹⁸ OLG Koblenz VersR 2004 849, 850.

²⁹⁹ OLG Saarbrücken VersR 2005 675, 676.

der Evidenz sind die Umstände des Einzelfalles nicht aus den Augen zu verlieren.

In dem äußerst unwahrscheinlichen Fall, dass der Arzt nicht kollusiv, also ohne Wissen des Antragstellers, arglistig handelt, verliert der Antragsteller seine Schutzwürdigkeit nicht. Die Wissenszurechnung bleibt bestehen und der Versicherer muss das Verhalten des Arztes gegen sich gelten lassen und kann ihn allenfalls im Innenverhältnis haftbar machen.

Die soeben diskutierten Ergebnisse bei arglistigem Verhalten haben ihre Auswirkung schon auf die Wissenszurechnung, also auf die Frage, ob ein Umstand angezeigt wurde oder nicht. Davon unabhängig wird in § 22 VVG (§ 22 VVGaF) klargestellt, dass dem Versicherer das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB zustehen kann.

Arglistiges, kollusives Zusammenwirken zwischen Antragsteller und eines „in dessen Lager stehenden“ Arztes ist über § 22 VVG (§ 22 VVGaF) zu lösen. Liegen bei dem Arzt dabei subjektive Voraussetzungen der Arglist vor, welche dem Antragsteller fehlen, so kann eine Zurechnung dieser Arglist-Elemente zu Lasten des Antragstellers im Wege einer Analogie zu § 166 I BGB erfolgen³⁰⁰. Je nachdem, ob es sich bei dem Arzt um einen Vertreter oder um eine sonstige Hilfsperson handelt, liegt eine einfache oder doppelte Analogie vor³⁰¹. Jedenfalls ist die Lösung eines arglistigen Handelns des vom Antragsteller eingeschalteten Arztes über § 22 VVG (§ 22 VVGaF) zu suchen und ist kein Problem der hier diskutierten Grenzen der Wissenszurechnung im Rahmen der Anzeigepflicht aus § 19 VVG (§ 16 VVGaF).

³⁰⁰ RGZ 58 342, 347; 76 107, 109; Waltermann NJW 1993 889, 893.

³⁰¹ Waltermann NJW 1993 889, 893.

7. Keine Wissenszurechnung über das versicherungsrechtliche Repräsentantenmodell

Der versicherungsrechtliche Repräsentant ist von dem allgemeinen Repräsentanten, welcher einleitend in Zusammenhang mit den allgemeinen Zurechnungstheorien erörtert wird, zu unterscheiden.

Repräsentant im Versicherungskontext ist jeder, der vom Versicherer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist³⁰².

Die Rechtsprechung hat dazu anfänglich strenge Anforderungen gestellt. Der Repräsentant musste kumulativ mit Aufgaben der tatsächlichen Risikoverwaltung und mit Aufgaben der Vertragsverwaltung betraut gewesen sein, um eine Zurechnung seines Handelns auszulösen³⁰³. Später lockerte der BGH diese Voraussetzungen und sieht die Vertragsverwaltung nicht mehr als Voraussetzung, sondern nur noch als ein mögliches Indiz für eine Risikoverwaltung und damit für eine Repräsentantenhaftung³⁰⁴.

Die Repräsentantenhaftung bezieht sich von ihrem Grundsatz her auf risikobezogene Vertretung des Versicherungsnehmers und nicht auf Wissenserklärungen³⁰⁵ oder Wissenszurechnung. Zwar ist der vom Versicherungsnehmer eingeschaltete Repräsentant auch regelmäßig dessen Wissensvertreter³⁰⁶, schließlich ist ihm ein eigener Geschäftsbereich zugeordnet³⁰⁷, was auch die Wissensvertretung in diesem Bereich umfasst. Der Wis-

³⁰² RG 51, 20; Weyers/Wandt Rn. 468.

³⁰³ BGHZ 107 229.

³⁰⁴ BGHZ 122 250.

³⁰⁵ Pauly zfs 1996 281, 283.

³⁰⁶ Prölss in Prölss/Martin § 6 Rn. 62.

³⁰⁷ Prölss in Prölss/Martin § 6 Rn. 79.

sensvertreter ist aber nicht automatisch auch Repräsentant, weil zusätzlich die benannten Voraussetzungen vorliegen müssten. An die Repräsentantenstellung ausschließlich aufgrund der Vertragsverwaltung, das heißt ohne jede Risikoverwaltung, sind hohe Anforderungen zu stellen, da sie eine Ausweitung des von der Rechtsprechung geschaffenen Modells des Repräsentanten kraft Risikoverwaltung bedeutet.

Bei der ärztlichen Beteiligung scheidet die Wissenszurechnung über das Modell des Repräsentanten durch Vertragsverwaltung ohnehin von vorneherein aus.

Zum einen erfüllt der Arzt schon nicht die Voraussetzungen der Repräsentanteneigenschaft. Es fällt bereits schwer, die Anzeigepflicht aus § 16 VVGaF (§ 19 VVG) unter den Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, zu subsumieren. Außerdem muss der Repräsentant so umfassend mit der Vertragsverwaltung betraut sein, dass er an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist³⁰⁸. Ein vom Antragssteller eingeschalteter Arzt tritt aber nicht unfänglich im Rahmen der Vertragsverwaltung an dessen Stelle³⁰⁹, er gibt lediglich eine isolierte Erklärung im Vorfeld des Vertragsschlusses für diesen ab. Diese Erklärung bezieht sich auch nicht direkt auf den Abschluss des Versicherungsvertrages, sondern erfüllt lediglich die damit einhergehende Anzeigepflicht.

Außerdem ist die Ausweitung des Repräsentantenbegriffs vom Risikoverwalter zum Vertragsverwalter zu Zwecken der Wissenszurechnung generell abzulehnen. Sie würde die Gefahr mit sich bringen, dass ein von der höchstrichterlichen Rechtsprechung klar definierter Begriff verwässert wird. Dafür besteht im Rahmen der Wissenszurechnung bei der Einschaltung von Zwischenpersonen während der Anbahnung eines Versicherungsvertrages keine Notwendigkeit. Hier existieren die Modelle des Wissensvertreter und des Wissenserklärungsvertre-

³⁰⁸ Römer in Römer/Langheid § 6 Rn. 118.

³⁰⁹ Looschelders in VersR-Handbuch § 17 Rn. 121.

ters, über die eine Zurechnung dogmatisch klar und umfassend zu erreichen ist. Es besteht daher keine Notwendigkeit für die Ausweitung des Repräsentantenbegriffs³¹⁰.

III. Zwischenergebnis zur Rechtslage zur Zeit des VVGaF: Analogieschluss

Nach der erfolgten Gesamtschau zu der Rechtslage zur Zeit des VVGaF soll nun ein Zwischenresümee der hier vertretenen Auffassung folgen.

1. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt

a) Der niedergelassene Arzt

Wie in der Analyse zu § 166 BGB, §§ 43, 44 VVGaF dargestellt wurde, sind diese Regelungen nicht direkt, jedoch gegebenenfalls analog auf den beim Vertragsschluss zur Risikoprüfung beteiligten Arzt anzuwenden.

aa) Regelungslücke

Um eine analoge Anwendung der Regelungen aus und zu §§ 43, 44 VVGaF in Verbindung mit der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung für den eingeschalteten Arzt zu befürworten, muss festgestellt werden, dass tatsächlich eine Regelungslücke für den beim Abschluss an einem Versicherungsvertrag beteiligten Arzt besteht.

Weder § 166 I BGB, noch §§ 43, 44 VVGaF regeln bei direkter Anwendung eine Wissenszurechnung bezüglich eines bei Vertragsschluss mitwirkenden Arztes. Nach der eingehenden

³¹⁰ Im Ergebnis so auch Looschelders in VersR-Handbuch § 17 Rn. 44ff, 125.

Untersuchung der in Frage kommenden Normen lässt sich festhalten, dass keine gesetzliche Regelung für die Wissenszurechnung im Falle der Mitwirkung eines Arztes beim Abschluss eines Versicherungsvertrages existiert. Rechtsmethodisch ist dies ein Wertungsmangel des Gesetzes, wenn regelungsbedürftige Fälle nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen sind³¹¹.

Die Einbeziehung eines Arztes in den Ablauf des Vertragschlusses zum Zwecke der Risikoprüfung ist ein alltägliches Ereignis beim Abschluss von Versicherungsverträgen unterschiedlicher Natur. Dieser Vorgang ist auch von erheblicher rechtlicher Bedeutung, denn von der Erfüllung der Anzeigepflicht des Antragstellers ist nach § 16 VVGaF die Rücktrittsmöglichkeit und damit der Bestand des Versicherungsvertrages abhängig. Dies wiederum ist für die Vertragsparteien gerade im Versicherungswesen von sehr hoher wirtschaftlicher, wenn nicht gar existenzieller Bedeutung. Dies sind rechtspolitische Überlegungen, welche zur Feststellung einer Lücke aber noch nicht ausreichen³¹². Rechtspolitische Bedürfnisse allein stellen keine *de lege lata* zu schließenden Gesetzeslücken dar³¹³. Dazu bedarf es etwa der Feststellung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. In der vorliegenden Untersuchung wurde vielfach gezeigt, dass bei der Einschaltung eines Arztes durch den Versicherer die Interessen der Beteiligten mit den Interessen der Beteiligten bei der Einschaltung eines Agenten vergleichbar sind. Zwei Personengruppen, die Versicherungsagenten und die vom Versicherer eingeschalteten Ärzte, sind also bezüglich der auf Wissenszurechnung bezogenen Interessen der beteiligten Vertragsparteien – Antragsteller und Versicherer – als gleich anzusehen. Die Ungleichbehandlung liegt darin, dass die Wissenszurechnung im

³¹¹ Zippelius S. 65.

³¹² Wank S. 116.

³¹³ Kramer S. 163.

Falle der Agenten gesetzlich geregelt erfolgt, was bei den Ärzten nicht der Fall ist. Eine Ungleichbehandlung zweier in dem speziellen Kontext der Wissenszurechnung Gleicher (der Versicherungsagent und der vom Versicherer eingeschaltete Arzt) ist damit gegeben.

Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, die Regelungsbedürftigkeit dieses Falles und auch der Wertungsmangel des Gesetzes durch die Nicht-Regulierung können damit bejaht werden. Es besteht eine Gesetzeslücke im Hinblick auf den bei Vertragsschluss zur Risikoprüfung beteiligten Arzt.

bb) Planwidrigkeit

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke ist aus einer teleologischen Gesamtschau *de lege lata* abzuleiten und nicht *de lege ferenda* aus Wunschvorstellungen, die im geltenden Recht noch keine ausreichende Grundlage gefunden haben³¹⁴. Dem Gesetzgeber ist bezüglich der Nicht-Regulierung der beschriebenen ärztlichen Mitwirkung sicherlich keine bewusste Gesetzeslücke zuzuschreiben. Wie dargestellt wurde³¹⁵, ist Sinn und Zweck der §§ 43, 44 VVGaF, die Wissenszurechnung im Rahmen der Einschaltung einer Hilfsperson durch den Versicherer zu regeln. Dabei kommt es aufgrund einer Abwägung der Interessen der Beteiligten zur Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers. Auch der Arzt ist in der hier untersuchten Konstellation eine vom Versicherer eingeschaltete Hilfsperson mit der entsprechenden Gefahrschaffung im Bereich des Wissensmanagements.

Über die Gründe des Ausbleibens einer Regulierung der ärztlichen Beteiligung in der hier diskutierten Form kann allenfalls spekuliert werden. Womöglich spielte die ärztliche Beteiligung zu Zeiten des VVGaF Entwurfes keine große Rolle. Später war

³¹⁴ Kramer S. 163.

³¹⁵ Siehe 94 ff.

dann durch die Ausweitung des Regelungsgehaltes der Normen durch Rechtsprechung und Literatur vermutlich kein Regelungsbedarf mehr erkannt worden.

Jedenfalls besteht eine planwidrige Regelungslücke, somit ist der Weg für einen Analogieschluss geebnet.

cc) Analogieschluss

Da sich die Wissenszurechnung beim Versicherungsagenten, wie einleitend dargestellt, nach den §§ 166 BGB; §§ 43, 44 VVGaF in einer einheitlichen Regelungssystematik darstellt und nicht ausschließlich von einer Einzelnorm geregelt wird, ist in Abgrenzung zur Gesetzesanalogie von einer Rechtsanalogie auszugehen³¹⁶.

Der nicht geregelte Sachverhalt um den vom Versicherer eingeschalteten Arzt entspricht den in den fraglichen gesetzlichen Vorschriften geregelten Fällen der Wissenszurechnung. So ist dieser ungeregelte Sachverhalt –dem positiven Gleichheitssatz folgend – analog zu beurteilen, um Wertungsinkonsistenzen zu vermeiden³¹⁷.

dd) Fazit

Bei dem vom Versicherer eingeschalteten Arzt ist § 166 I BGB zu Lasten des Versicherers in Bezug auf die Anzeigen nach § 16 VVGaF analog anzuwenden. Als Hilfsperson bei der Vorbereitung des Vertragsschlusses fällt der Arzt ohnehin in den allgemein anerkannt erweiterten persönlichen Anwendungsbereich der Norm. Die Wissenserklärung fällt als geschäftsähnliche Handlung auch in den ebenfalls einhellig erweiterten sachlichen Anwendungsbereich der Norm.

Der Arzt ist außerdem Wissensvertreter des Versicherers. Auch über dieses Rechtsinstitut wird dem Versicherer Wissen zuge-

³¹⁶ Wank S. 123.

³¹⁷ Kramer S. 176.

rechnet, welches der Arzt im Rahmen seiner Tätigkeit als Gutachter gewinnt.

Des Weiteren erfolgt eine Wissenszurechnung analog §§ 43, 44 VVGaF unter Miteinbeziehung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auch dann, wenn der Arzt Kenntnis über nach § 16 VVGaF erhebliche Umstände erlangt, diese aber nicht an den Versicherer weitergeleitet hat.

b) der Gesellschaftsarzt

Für den Gesellschaftsarzt sind die hier dargestellten Ergebnisse zu §§ 43, 44 VVGaF nicht von Belang. Diese passive Vertretungsmacht und die daraus resultierende Wissenszurechnung kann lediglich auf Personen Anwendung finden, die nicht im Angestelltenverhältnis zu dem Versicherer stehen. Einer analogen Anwendung auf Gesellschaftsärzte steht eine nicht vergleichbare Ausgangslage im Wege. Der Gesellschaftsarzt ist im Gegensatz zu dem vom Versicherer beauftragten, selbstständigen niedergelassenen Arzt kein außen stehender Dritter.

§§ 43, 44 VVGaF haben ihre Rechtfertigung aber gerade in der Tatsache, dass ein Versicherer sich Dritter bedient, um seine Geschäfte abzuschließen. Den dadurch geschaffenen Gefahren für mögliche Vertragspartner und den Rechtsverkehr versuchen diese Normen entgegenzuwirken. Der Gesellschaftsarzt ist aber nicht ein solcher selbstständig tätiger Dritter, er ist als Angestellter Teil der Rechtsperson Versicherer. Damit sind die Zurechnungsnormen nicht in solchen Bestimmungen des Versicherungsrechts zu sehen, die sich mit der Zurechnung des Verhaltens von *selbstständigen* Versicherungsvermittlern befassen. Vielmehr muss auf allgemein gesellschaftsrechtliche Zurechnungsmodelle zurückgegriffen werden. Insbesondere findet gemäß der „Mannheimer These“ eine Zurechnung des Wissens des Gesellschaftsarztes ohnehin wegen dessen allgemeiner Repräsentantenfunktion statt.

Wegen der klaren Zuordnung des Gesellschaftsarztes in das Lager des Versicherers stellen sich bei ihm Fragen zur Wissenszurechnung in der Rechtspraxis kaum und sind nach durchgeführter Recherche bislang auch noch nicht von der Rechtsprechung zu entscheiden gewesen.

2. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt

a) Beratung

Wird der Arzt zur Beratung des Antragstellers bei dem Ausfüllen des Formulars von diesem selbst eingeschaltet, so stellen sich keine Probleme der Wissenszurechnung.

Der Antragsteller verfügt über eigenes Wissen, und hat Kenntnis über solche Tatsachen, die er durch die Beratung von dem Arzt erlangt. Eine Zurechnung von Wissen des Arztes zu Lasten des Versicherers kommt nicht in Betracht. Der Versicherer ist in der Regel nicht einmal über die Mitwirkung des Arztes informiert, da dieser dem Versicherer gegenüber regelmäßig nicht in Erscheinung tritt.

Es kommt auch keine generelle Wissenszurechnung etwa von nicht mitgeteiltem, besonderem Fachwissen des Arztes zu Lasten des Antragstellers in Frage. Der Arzt als Berater des Antragstellers ist weder Wissensvertreter, noch Wissensklärungsvertreter. Erst recht ist die entsprechende Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung ausgeschlossen, weil der beratende Arzt dem Versicherer gegenüber nicht in Erscheinung tritt und weil diese nicht zu Lasten des Antragstellers anwendbar ist.

b) Gutachtenerstellung

Schaltet der Antragsteller den Arzt eigenständig und ohne entsprechende Anfrage des Versicherers ein, so ist der Arzt Hilfsperson des Antragstellers. Er ist zwar auch dessen Wissensvertreter.

Viel bedeutender ist dann allerdings, dass der Arzt, sobald er – wie bei einer Gutachtenerstellung üblich – dem Versicherer gegenüber in Erscheinung tritt, auch Wissenserklärungsvertreter des Antragstellers ist. Dadurch erfolgt die Zurechnung der Erklärung des Arztes zu Lasten des Antragstellers.

Der Umfang der vom Wissenserklärungsvertreter anzuzeigenden Umstände wird auch durch dessen eigene Kenntnisse bestimmt. Insofern findet eine indirekte Form der Wissenszurechnung zu Lasten des Antragstellers statt.

Auf den vom Antragsteller eigenständig eingeschalteten Arzt ist jedenfalls die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung in Verbindung mit §§ 43, 44 VVGaF nicht entsprechend anzuwenden. Eine solche kommt nur bei vom Versicherer eingeschalteten Hilfspersonen in Betracht.

D. DIE RECHTSLAGE MIT EINFÜHRUNG DES NEUEN VVG

In diesem Abschnitt gilt es, die Wissenszurechnung des beim Abschluss eines Versicherungsvertrages mitwirkenden Arztes unter der Geltung des neuen VVG zu untersuchen. Wie die Analyse der Rechtslage zur Wissenszurechnung zur Zeit des VVGaF gezeigt hat, war die Rechtswirklichkeit aufgrund gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Veränderungen seit dessen Entwurf und Inkrafttreten von dem eigentlichen Gesetzeswortlaut weit abgedriftet.

Führt die Einführung des neuen VVG zu Änderungen im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage oder bleibt es im Wesentlichen beim Alten? Mehr Klarheit zu der Rechtslage des beteiligten Arztes wäre jedenfalls wünschenswert.

Doch schon der erste Blick in das Gesetz zeigt, dass ausdrückliche Regelungen dazu wieder ausgeblieben sind. Die einzige explizite Regelung zur ärztlichen Untersuchung findet sich in § 151 VVG, welcher aber – wie schon sein Vorgänger § 160 VVGaF – lediglich in vereinfachtem Wortlaut klarstellt, dass durch die Vereinbarung einer ärztlichen Untersuchung kein Recht des Versicherers entsteht, diese auch zu verlangen.

Nach Auskunft verschiedener Versicherer sind bei etwa zehn Prozent aller Vertragsabschlüsse Ärzte beteiligt. Eine gesetzliche Regelung der Beteiligung wäre schon in Anbetracht dieser erheblichen Anzahl und insbesondere wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der relevanten Versicherungsverträge sinnvoll gewesen.

I. Wissenszurechnung nach dem Bürgerlichen Recht

Die Ausführungen über das Verhältnis zwischen den speziellen VVG-Regelungen zu den allgemeinen BGB-Regelungen zum alten VVGaF³¹⁸, haben auch in Bezug auf das neue VVG weiterhin Bestand. Die besonderen Normen zu Versicherungsverträgen sind im Lichte der gesamten Systematik des Bürgerlichen Rechts zu betrachten.

1. § 166 I BGB

Der von Rechtsprechung und Literatur einhellig erweiterte Anwendungsbereich des § 166 I VVGaF bleibt auch unter der Geltung des neuen VVG bestehen. So fällt der vom Versicherer beauftragte Arzt als dessen Hilfsperson zur Entgegennahme von Anzeigen bei dem Vertragsschluss auch weiterhin in die Reichweite des § 166 BGB³¹⁹.

2. Wissensvertreter

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sich die Rechtsprechung, welche sich in Anlehnung an § 166 BGB entwickelt hat, durch die Neugestaltung des VVGaF ändern sollte.

Zwar hat das Modell des Wissensvertreeters seinen Ursprung in versicherungsrechtlichen Fällen. Mittlerweile hat es sich jedoch zu einem eigenständigen Rechtsinstitut entwickelt, welches allgemeine Geltung im Bürgerlichen Recht hat.

Der vom Versicherer beauftragte Arzt ist auch weiterhin dessen Wissensvertreter.

³¹⁸ Siehe 87 f.

³¹⁹ Münkel in Handkommentar § 70 Rn. 13.

Die analoge Anwendung von § 166 BGB spielt also auch nach der Neugestaltung des VVGaF eine wichtige Rolle bei der Beurteilung der Wissenszurechnung im Versicherungsrecht.

II. Die Wissenszurechnung im neuen VVG

1. Systematik

Das VVG enthält nun im siebten Abschnitt Bestimmungen zu Versicherungsvermittlern und Versicherungsberatern. Hierbei stehen im Unterabschnitt 1 neue Beratungs- und Informationspflichten, welche zur Erfüllung der EU-Vermittlerrichtlinie³²⁰ eingefügt wurden, an exponierter Stelle. Unterabschnitt 2 regelt dann jedoch die Vertretungsmacht der Versicherungsvermittler. In diesem Zusammenhang sind auch Bestimmungen zur Wissenszurechnung zu erwarten.

§ 69 VVG ist die Nachfolgevorschrift von § 43 VVGaF. Die Bezeichnungen der verschiedenen Hilfspersonen wurden in § 59 VVG gesetzlich definiert.

Danach werden vermittelnde Hilfspersonen allgemein als *Versicherungsvermittler* bezeichnet, § 59 I VVG. Nach § 59 II VVG sind die Versicherungsagenten von nun an *Versicherungsvertreter*, der Begriff des Agenten wurde vollkommen aus dem Gesetz verbannt.

Im Abschlussbericht der Kommission wird die Abschaffung des Begriffes mit der Abschaffung des Agenten im HGB durch das Handelsvertretergesetz von 1953 begründet³²¹. An der materiellen Situation zu der vom Versicherer gewerbsmäßig mit der Vermittlung und dem Abschluss eingeschalteten Hilfs-

³²⁰ EU-Richtlinie 2002/92/EG.

³²¹ Abschlussbericht Kommission S. 335.

person hat sich nichts geändert – es handelt sich lediglich um eine Umbenennung.

Sowohl der Versicherungsvertreter, als auch der Versicherungsmakler, bei dem begrifflich keine Veränderungen vorgenommen werden, sind künftig unter dem Oberbegriff des Versicherungsvermittlers zusammengefasst³²².

2. § 69 I VVG

Das Rechtssubjekt Versicherungsvertreter unterscheidet sich inhaltlich nicht von dem Rechtssubjekt Versicherungsagent.

Der beim Vertragsschluss beteiligte Arzt, ganz gleich ob vom Versicherer oder vom Antragsteller eingeschaltet, fällt damit auch nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des § 69 VVG. Wie schon bei der Vorgängernorm § 43 VVGaF kommt allenfalls die analoge Anwendung in Betracht.

Wesentliche Änderungen gibt es allerdings bezüglich der Frage, ob eine Wissenszurechnung vorvertraglicher Anzeigen überhaupt von dem sachlichen Anwendungsbereich der Norm umfasst wird. Ein wesentliches Reformbestreben des Gesetzgebers war die Einarbeitung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung in das neue VVG³²³.

So wurde die gesetzliche Reichweite von § 69 I VVG deutlich weiter gefasst als jene von § 43 VVGaF.

Die Neuformulierung sorgt für eine klare Trennung nach der passiven Vertretungsmacht des Versicherungsververtreters *vor* und *nach* Vertragsschluss. So fallen alle Vorgänge vor Vertragsschluss unter § 69 I Nr. 1 VVG und alle nach Vertragsschluss unter § 69 I Nr. 2 VVG.

Eine weitere Neuerung, welche auf der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung beruht, ist die Einbeziehung von „vor Ver-

³²² Münkler in Handkommentar § 59 Rn. 2.

³²³ Begründung VVG-nF S. 77.

tragsschluss abzugebenden Anzeigen“, § 68 I Nr. 1 VVG. Konkret sind dies die Anzeigen nach § 19 VVG. Letztendlich hat also auch die passive Vertretungsmacht des Versicherungsvertreeters für vorvertragliche Anzeigen, welche auf der Anzeigepflicht gefahrrelevanter Umstände beruhen, Eingang in das Gesetz gefunden.

Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die Wissenszurechnung in diesem Bereich fortan gesetzlich geregelt ist. Gilt der Versicherungsvertreter als bevollmächtigt, vorvertragliche Anzeigen entgegenzunehmen, heißt das im Ergebnis: Sämtliches Wissen, das der Versicherungsvertreter im Rahmen der Vertragsverhandlungen über den Antragsteller oder die zu versichernde Person erhält, wird dem Versicherer zugerechnet, ist also Wissen des Versicherungsunternehmens.

Das Ergebnis einer Wissenszurechnung ist logische Konsequenz aus der gesetzlichen Erteilung passiver Stellvertretungsmacht.

Mit dem Einschluss der Vollmacht zur Entgegennahme vorvertraglicher Anzeigen wird die Gesetzesanwendung deutlich einfacher und praktikabler. Umständliche Verweise auf regelmäßige höchstrichterliche Rechtsprechung und Literaturmeinungen erübrigen sich bei der künftigen Anwendung von § 69 I VVG.

3. § 70 VVG

§ 70 VVG führt nun die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung zu § 44 VVGaF in das neue Gesetz ein. Die Notwendigkeit einer Auslegung des § 44 VVGaF, welche kaum noch mit dessen Wortlaut in Einklang zu bringen war, ist von nun an nicht mehr gegeben.

Leider bezieht sich die Nachfolgenorm von § 44 VVGaF in ihrem persönlichen Anwendungsbereich ausdrücklich nur auf

Versicherungsvertreter. Der Versicherungsvertreter ist in § 59 II VVG als diejenige von Versichererseite eingeschaltete Hilfsperson, welche damit betraut ist, gewerbsmäßig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen, legal definiert. Wie schon zum alten Recht fällt der Arzt also nicht in den direkten Anwendungsbereich dieser Norm. Er ist kein Versicherungsvertreter im Sinne des § 59 II VVG, weil seine Tätigkeit nicht auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages abzielt. Versuche im neueren Schrifttum, § 70 VVG auf den beim Abschluss des Versicherungsvertrages vom Versicherer eingeschalteten Arzt direkt anzuwenden, können nicht überzeugen. So wird vertreten, weil der Gesetzgeber mit § 70 VVG die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung des BGH in das Gesetz übernommen habe, falle jetzt auch der Arzt in den Anwendungsbereich der Norm, da dieser auch schon Bestandteil der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung gewesen sei³²⁴. So sei die Entwicklung des Anwendungsbereichs von § 70 VVG der Rechtsprechung zu überlassen, weil sich aufgrund des Umfangs der Einzelheiten keine gesetzgeberische Regelung treffen lasse. Vergleiche werden hier mit der culpa in contrahendo gezogen³²⁵.

Dieser Vergleich vermag allerdings nicht zu überzeugen. Bei der culpa in contrahendo hat sich der Gesetzgeber in § 311 BGB zwar für die Nennung zweier möglicher Ausgangssituationen für die c.i.c. entschieden. Darüber hinaus hat er in § 311 II Nr. 3 BGB den Tatbestand bewusst und ausdrücklich offen gehalten, um die Norm für eine Vielzahl verschiedener Sachverhaltskonstellationen offen zu halten.

§ 70 VVG hingegen ist in seinem persönlichen Anwendungsbereich ausdrücklich direkt nur auf den Versicherungsvertreter und nicht etwa auf einen beteiligten Arzt anwendbar³²⁶. Da der

³²⁴ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 46.

³²⁵ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 46.

³²⁶ Münkel in Praxiskommentar § 70 Rn. 5, 6.

Versicherungsvertreter auch noch legal definiert ist, verbietet es sich, in diesem Begriff ein Einfalltor für eine Vielzahl von anderen Anwendungsbereichen auszudehnen. Gerade im Rahmen einer Legaldefinition ist die Auslegung des Begriffes über die Gesetzesdefinition hinaus nicht angezeigt.

§ 70 VVG auf den vom Versicherer eingeschalteten Arzt direkt anzuwenden, verstößt also schon gegen den Wortlaut der Norm.

Außerdem ist auch die Annahme verfehlt, § 70 VVG sei direkt auf den versichererseite eingeschalteten Arzt anzuwenden, weil die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf den Arzt erweitert worden sei und § 70 VVG schließlich die gesetzliche Normierung dieser Rechtsprechung darstelle³²⁷.

Zum einen hat die Rechtsprechungsanalyse in dieser Arbeit gezeigt, dass der BGH beteiligte Ärzte gerade nie ausdrücklich als Auge und Ohr des Versicherers bezeichnet hat³²⁸. Es wurde zwar die Wertung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung vom Versicherungsagenten auf den bei der Risikoprüfung beteiligten Arzt übertragen oder diese wurden miteinander verglichen. Eine ausdrückliche Anwendung des Rechtsinstituts auf den beteiligten Arzt wurde vom BGH allerdings deutlich erkennbar vermieden.

Schließlich wird dem Gesetzgeber unterstellt, er habe den Arzt mit in den Anwendungsbereich des § 70 VVG einschließen wollen, weil er den Ausschluss des Arztes in der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich klargestellt habe³²⁹. Das Schweigen der Gesetzesbegründung zu beteiligten Ärzten als Erklärung des Gesetzgebers zu interpretieren, Ärzte seien in den Regelungsgehalt mit einzubeziehen, ist nicht überzeugend und methodisch fragwürdig. Zwar ist das Grundprinzip der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung in das Gesetz übernommen worden.

³²⁷ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 46.

³²⁸ Siehe S. 122 f.

³²⁹ Wendt/Jularic VersR 2008 41, 46.

Dabei zu unterstellen, sämtliche auch in Sonderfällen oder in Einzelentscheidungen ergangene Erweiterungen dieses Grundprinzips seien nun in Gesetzesform gegossen, würde dem abstrakten Regelungszweck einer Gesetzesnorm widersprechen. Abgesehen von der Tatsache, dass die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung ohnehin nicht ausdrücklich auf den Arzt angewandt wurde, kann aufgrund des Schweigens der an dieser Stelle ohnehin spärlichen Gesetzesbegründung der Arzt jetzt nicht mit in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen werden.

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass die Wissenszurechnung weder bei dem vom Antragsteller noch vom Versicherer (im Rahmen der Begutachtung zur Erfüllung der vorvertraglichen Anzeigepflicht) eingeschalteten Arzt auch im neuen VVG nicht ausdrücklich geregelt ist.

Eine direkte Anwendung des § 70 VVG auf den beim Vertragsschluss beteiligten Arzt ist ausgeschlossen.

Als Nachfolgenorm für § 44 VGGaF und als Inkorporierung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung ist § 70 VVG auf den vom Versicherer eingeschalteten Arzt allerdings auch analog anzuwenden. An der vergleichbaren Interessenlage hat sich durch die Neugestaltung nichts geändert, insofern kann voll umfänglich auf den Analogieschluss, welcher zum alten Recht ausführlich behandelt wurde, verwiesen werden³³⁰.

³³⁰ Siehe S. 131 ff.

4. § 72 VVG

Mit § 72 VVG erklärt der Gesetzgeber Einschränkungen der Vollmacht aus § 69 VVG durch Allgemeine Versicherungsbedingungen Dritten gegenüber für unwirksam.

Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass die Unwirksamkeit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung stehe. Diese beurteile eine Vollmachtsbeschränkung für die Entgegennahme vorvertraglicher Anzeigen in AVB als unangemessen im Sinne des § 307 BGB³³¹.

Ohne näher auf diese zitierte Rechtsprechung einzugehen, ist der Entschluss des Gesetzgebers schon deshalb richtig, weil die AVB erst mit Vertragsschluss wirksam werden und sie ohnehin der falsche Ort für *vorvertraglicher* Belange sind.

Ferner bezeichnet die Gesetzesbegründung eine Differenzierung in der Behandlung von AVB, welche die Beschränkung vorvertraglicher Vollmachten betreffen und solcher, welche die Zeit nach Vertragsschluss betreffen, für unsachgerecht³³². Davon ausgehend, dass die Vollmachtsbeschränkung schon deswegen nicht durch AVB erfolgen kann, weil die AVB eben zu dem fraglichen, vorvertraglichen Zeitpunkt noch keine Wirksamkeit haben können, so ist das Sachgerechtigkeitsargument in der Gesetzesbegründung nicht nachvollziehbar. Es vermag nicht zu überzeugen, dass eine Einschränkung der Vollmacht *nach* Vertragsschluss nicht durch AVB möglich sein soll, nur weil sie bezüglich *vorvertraglicher* Anzeigen nicht möglich ist. Die Begründung, dass die AVB noch keine Wirksamkeit haben, ist für Vollmachtsbeschränkungen nach Vertragsschluss bedeutungslos.

Die nicht überzeugende Begründung ändert aber nichts daran, dass sich der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die vorange-

³³¹ Begründung VVG-nF S. 78.

³³² Begründung VVG-nF S. 78.

gangene Diskussion in der Rechtswissenschaft³³³ richtigerweise dazu entschieden hat, die Einschränkung der Empfangsvollmacht auszuschließen.

Die neue Regelungssystematik führt insgesamt zu stringenten und logischen Ergebnissen. Der Antragsteller ist aufgrund der Marktsituation darauf angewiesen, mit dem Versicherer über Hilfspersonen zu kommunizieren. Stattet dieser Versicherer solche Personen mit eigenständigen Kompetenzen aus, so muss er sich das Wissen der als Auge und Ohr eingeschalteten Hilfspersonen zurechnen lassen. Dieser Verantwortung soll er sich nicht entziehen können, indem er den Vermittlungspersonen Teile der Empfangsvollmacht entzieht.

Diese Entscheidungen des Gesetzgebers geben ein harmonisches Gesamtbild ab, welches die Schutzwürdigkeit des Versicherungsnehmers und des Antragstellers als Verbraucher in den Fordergrund stellt. Da der Konsumentenschutz einer der wesentlichen Motoren für die Neugestaltung des VVG war³³⁴, sollte dieser als vollwertige, legitimierende Begründung für einzelne Bestimmungen, wie hier zu § 72 VVG, auch herangezogen werden können.

Es kann also zunächst festgehalten werden, dass eine Vollmachtsbeschränkung bezüglich der Entgegennahme von vorvertraglichen Willens- *und* Wissenserklärungen ausgeschlossen ist.

Doch wie verhält es sich mit Vollmachtseinschränkungen in Antragsformularen? Diese wurden zumindest bis zur Auge- und-Ohr-Rechtsprechung teilweise als zulässig erachtet³³⁵. Bedauerlicherweise schweigt die neue Regelung zu der Frage der Vollmachtsbeschränkung durch eine drucktechnisch hervorgehobene Klausel im Antragsformular.

³³³ Siehe S. 106 ff.

³³⁴ Begründung VVG-nF S.1.

³³⁵ Siehe S. 108.

Der Wortlaut von § 72 VVG spricht generell von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die Einschränkung der Vollmacht in Antragsformularen ist nicht ausdrücklich geregelt.

Die Gesetzesbegründung äußert sich nicht zur Vollmachtseinschränkung in Antragsformularen. Allerdings spricht die Formulierung zur Schutzrichtung des § 72 VVG eine deutliche Sprache. So „schließt die Vorschrift zum Schutz des Verbrauchers generell aus, dass ihm Beschränkungen der dem Vertreter nach den §§ 69 und 71 VVG eingeräumten Vollmacht über AVB entgegengehalten werden können“³³⁶.

Dabei wird der Verbraucherschutz so klar in den Vordergrund gestellt, dass dem Gesetzgeber der Wille zu unterstellen ist, dass die Vollmachtsbeschränkung generell, also auch in Antragsformularen, unwirksam sein sollte.

Es würde auch dem Sinn und Zweck des verbraucherschützenden § 72 VVG zuwiderlaufen, wenn die Empfangsvollmacht des Vertreters zwar nicht durch AVB, aber durch anderweitige Vereinbarung zwischen Versicherer und Antragsteller ausgeschlossen werden könnte. Der zugrunde liegende Regelungszweck von § 72 VVG wäre ausgehöhlt und der Verbraucherschutz könnte in der Praxis unterlaufen werden.

Fällt also das Antragsformular unter den Begriff der Allgemeinen Versicherungsbedingungen in § 72 VVG?

Allgemeine Versicherungsbedingungen sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Versicherungsrechts³³⁷. Damit sind die zu §§ 305 ff. BGB entwickelten Grundsätze auch auf Allgemeine Versicherungsbedingungen anzuwenden, wenn sie nicht in Widerspruch mit speziellen versicherungsrechtlichen Besonderheiten stehen³³⁸.

³³⁶ Begründung VVG-nF S. 195

³³⁷ Wandt in Fachanwalt Versicherungsrecht Kap. 1 Rn. 176.

³³⁸ Vgl. Terbille in Münchener Handbuch § 1 Rn. 36f.

Nach § 305 I BGB müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellt und vorformuliert sein³³⁹. Antragsformulare sind damit regelmäßig auch als AGB zu klassifizieren³⁴⁰. Formularverträge werden mitunter sogar in ihrer Gesamtheit als Allgemeine Geschäftsbedingungen bezeichnet³⁴¹. Wenn Vertragsformulare mit einem im Wesentlichen gleichen Inhalt für eine Vielzahl von Verträgen benutzt werden sollen und der Verwender die darin aufgeführten Bedingungen der Gegenseite abverlangt, dann erfüllt das gesamte Vertragsformular den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung³⁴².

Wegen der Schutzrichtung der § 305 ff. und der exponierten Stellung des Verbraucherschutzes im VVG ist zugunsten des Antragstellers von einem weiten AVB-Begriff auszugehen. Auch vorformulierte Antragsformulare, welche nicht als AVB überschrieben oder anderweitig als solche bezeichnet sind, sind als AVB zu behandeln, wenn sie die Voraussetzungen aus § 305 I BGB erfüllen³⁴³. Vollmachtsbeschränkungen in Antragsformularen sind damit als Allgemeine Versicherungsbedingungen im Sinne des § 72 VVG zu verstehen³⁴⁴.

Das Ergebnis kann daher nur lauten, dass die Beschränkung der Vollmacht eines Vertreters aus §§ 69 und 71 VVG durch eine Klausel im Antragsformular unwirksam ist. Demnach ist gemäß § 72 VVG die Beschränkung der Vollmacht eines Versicherungsvertreters aus § 69 VVG weder durch ausdrücklich als solche bezeichnete AVB noch durch eine entsprechende Klausel im Antragsformular möglich.

³³⁹ Roloff in Erman § 305 Rn. 1, 3.

³⁴⁰ Beckmann in Bruck/Möller I 2008 Einf. C Rn. 33.

³⁴¹ Schlosser in Staudinger 2006 § 305 Rn. 21.

³⁴² BGH NJW 1995 190.

³⁴³ Bruck/Möller 2008 § 5 Rn. 17.

³⁴⁴ Wandt in Fachanwalt Versicherungsrecht Kap. 1Rn. 179.

III. Zwischenergebnis zur Rechtslage unter dem neuen VVG; Was ist neu, was ist geblieben?

1. Der vom Versicherer eingeschaltete Arzt

a) Der selbstständige, niedergelassene Arzt

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Versicherungspraxis durch die Gesetzesänderungen in Bezug auf die Einschaltung von Ärzten bei der Risikoeinschätzung im Rahmen von Versicherungsvertragsschlüssen wesentlich ändern wird.

So kann allenfalls spekuliert werden, dass aufgrund der Änderungen in der Anzeigepflicht aus § 19 VVG der vom Versicherer eingeschaltete Arzt noch mehr als heute schon üblich zum Regelfall wird. Daher ist besonderes Augenmerk auf diese Ärztegruppe zu richten. Es scheint nahe zu liegen, dass auch die neuen §§ 69, 70 VVG, wie schon die Vorgängernormen §§ 43, 44 VVGaF analog auf die vom Versicherer eingeschalteten Ärzte anzuwenden sind. Dazu jedoch im Einzelnen:

aa) Planwidrige Regelungslücke

Es gibt auch nach der Neugestaltung des VVG keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Mitwirkung von Ärzten beim Abschluss von Versicherungsverträgen. Die Regelungsbedürftigkeit dieses Falles besteht auch nach der Einführung des neuen VVG weiter. Damit ist auch ein Wertungsmangel des Gesetzes in Form einer Regelungslücke weiterhin gegeben. Diese Regelungslücke bleibt auch planwidrig.

bb) Analogieschluss

Im Rahmen einer Rechtsanalogie sind die §§ 69, 70 VVG und § 166 BGB auf den vom Versicherer eingeschalteten, selbstständigen niedergelassenen Arzt – wie schon die Vorgängervorschriften – analog anzuwenden. Wie soeben dargestellt,

ändern die inhaltlichen Neuerungen der Vorschriften des VVG im Vergleich zu den alten Vorschriften nichts an der Interessenlage. Wegen der den Analogieschluss bestimmenden Interessen kann demnach in vollem Umfang auf den Analogieschluss zum alten Recht verwiesen werden³⁴⁵.

b) der Gesellschaftsarzt

Bezüglich des Gesellschaftsarztes bleibt nur die Feststellung, dass die Neugestaltung des VVG keinen Einfluss auf seine Position bei der Risikoprüfung nach sich ziehen. Die Gesellschaftsärzte werden in der Praxis allenfalls stärker mit der Erstellung der Gesundheitsfragebögen beschäftigt sein.

2. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt

Es ist in Anbetracht des neuen § 19 VGG davon auszugehen, dass der durch den Antragsteller eingeschaltete Arzt zumindest mit der Zielbestimmung einer Gutachtenerstellung die absolute Ausnahme wird. Die Versicherer werden auf das Textformfordernis für Fragen bezüglich gefahrerheblicher Umstände mit ausführlicheren Gesundheitsfragen reagieren. Diese Formulare führen dann ohnehin zu einem Vertragsschluss über die Erstellung eines Gutachtens zwischen Versicherer und Arzt³⁴⁶.

Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass es aufgrund der zu erwartenden gesteigerten Ausführlichkeit der Antragsformulare vermehrt zu ärztlichen Beratungen kommen wird. Dafür spricht schon die rein praktische Überlegung, dass auch gesundheitsbezogene Fragen in Antragsformularen zunehmen werden, die nicht von Ärzten beantwortet werden müssen. Eine Zunahme solcher Fragen bedeutet auch eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass sich der Antragsteller bei der ein oder

³⁴⁵ Siehe S. 131 ff.

³⁴⁶ Siehe S. 20.

anderen Frage mit Gesundheitsbezug überfordert fühlt und sich Hilfe suchend an den Arzt wendet.

§ 20 VVG ersetzt den bisherigen § 19 VVGaF – zwar unter verändertem Wortlaut, aber ohne veränderten Inhalt³⁴⁷. So ist auch weiterhin ergänzend auf die eigene Kenntnis des Antragstellers abzustellen.

a) Beratung

Auch im neuen Recht kommt eine Zurechnung des Arztwissens zu Lasten des Versicherers nicht in Betracht, wenn der Arzt den Antragsteller nur berät und der Versicherer keine Kenntnis von der Beteiligung des Arztes hat.

Durch die Beratung erlangt der Antragsteller allenfalls mehr Wissen, welches dann bei der Frage, welche Tatsachen ihm im Sinne des § 19 VVG bekannt waren, zu berücksichtigen ist. Wie schon mit Bezug auf die alte Rechtslage festgestellt wurde, gilt es aber zu betonen, dass dem Antragsteller nicht etwa Fachwissen seines beratenden Arztes zugerechnet wird – zumindest nicht, wenn dies der Arzt im Rahmen der Beratung nicht an den Antragsteller weitergegeben hat.

b) Gutachtenerstellung

Die Gutachtenerstellung durch einen in Eigeninitiative vom Antragsteller beauftragten Arzt geschieht auch unter neuem Recht zu Lasten des Antragstellers. Der Arzt gilt weiterhin als dessen Wissenserklärungsvertreter, wenn er mit dem Gutachten dem Versicherer gegenüber in Erscheinung tritt. Die Erklärungen des Arztes, damit bei einer Falschanzeige auch auf indirekten Wege dessen Wissen³⁴⁸, werden seinem Auftraggeber, dem Antragsteller zugerechnet.

³⁴⁷ Begründung VVG-nF S. 66.

³⁴⁸ Siehe S. 85 f.

3. Fazit zur neuen Rechtslage

Die zur Wissenszurechnung gefundenen Ergebnisse zum alten Recht sind vollständig auf die neue Gesetzeslage zu übertragen. An den dogmatischen Zusammenhängen hat sich durch die Neugestaltung des Gesetzes nichts geändert. Neuregelungen, insbesondere zur erforderlichen Textform bei Fragen zu gefahrerheblichen Umständen, werden allenfalls Auswirkungen auf Form und Umfang der von einem Arzt zu verwendenden Formulare haben. An der Rolle des Arztes und der Wissenszurechnung ändert das neue VVG im Vergleich zu dem VVGaF nichts.

KAPITEL 4: **HAFTUNG FÜR HANDLUNGEN DES ARZTES**

A. EINFÜHRUNG ZU HAFTUNGSFRAGEN

Wie schon bei der Analyse der Rechtsverhältnisse des Dreipersonenverhältnisses zwischen Antragsteller, Arzt und Versicherer zu sehen war, bestehen verschiedene gesetzliche und vertragliche Schuldverhältnisse zwischen den beteiligten Parteien. Daraus ergeben sich interessante Fragen zur Haftung für den Fall, dass bei der ärztlichen Mitwirkung nicht alles problemlos abläuft. In Anbetracht der Thematik der vorliegenden Ausarbeitung wird in diesem Kapitel vornehmlich die Haftung für das Handeln des Arztes analysiert. Dabei ist unter Beachtung der verschiedenen möglichen vertraglichen Konstellationen, in denen ein Arzt beteiligt sein kann, nicht nur dessen eigene Haftung für eigenes Verhalten zu berücksichtigen. Vielmehr ergeben sich auch spannende Probleme zu der Haftung des Antragstellers oder des Versicherers für das Verhalten des Arztes.

Die Haftung des Krankenhausträgers für Krankenhausärzte wirft zwar viele interessante Fragen auf, soll im Rahmen dieser Bearbeitung allerdings bewusst außen vor gelassen werden. Für die Rolle des Arztes während des Vertragsschlusses zwischen dem Versicherer und dem Antragsteller sind diese Rechtsprobleme nicht von Belang. Führen Krankenhausärzte die Gutachtenerstattung als Nebentätigkeit aus, sind sie haftungstechnisch selbstständig und wie ihre niedergelassenen Kollegen zu behandeln.

In den seltenen Fällen, dass die Gutachtenerstattung für private Versicherungsgesellschaften zu der Haupttätigkeit des Krankenhausarztes gehört, sind Haftungsansprüche nicht gegen den Arzt, sondern gegen den Krankenhausträger zu richten. Dieser

haftet dann nach §§ 278, 831 BGB für Verhalten des Arztes, den er zu der Gutachtenerstattung verpflichtet hat.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sind die Fälle zu untersuchen, in denen einem Arzt bei seiner gutachterlichen Stellungnahme Fehler unterlaufen oder er bei der Beratung eines Antragstellers irrt. Auch wenn es sich um ein in der Praxis eher selten auftretendes Problem handelt, wird zudem die Variante erörtert, dass der Arzt den Antragsteller bei einer körperlichen Untersuchung oder weiteren diagnostischen Maßnahmen im Rahmen der Gutachtenerstellung in der Gesundheit verletzt.

Da die Abgabe von schriftlichen und mündlichen Erklärungen des Arztes entweder dem Versicherer oder dem Antragsteller gegenüber die häufigste Handlungsform darstellt, wird die Haftung für solche ärztlichen Erklärungen vorab in einem eigenen Abschnitt erörtert.

B. HAFTUNG FÜR ERKLÄRUNGEN DES ARZTES UND DEREN ZURECHNUNG

Bei der Haftung für Erklärungen des Arztes steht, anders als bei sonstigen Haftungsdiskussionen, weniger der Umfang des Schadensersatzes im Vordergrund. Vielmehr ist ausschlaggebend *wer* haftet, also wem Erklärungen des Arztes oder dessen Verschulden bezüglich einer fehlerhaften Erklärung zuzurechnen sind.

Der Versicherer kann gemäß 19 III VVG (§ 16 III VVGaF) nur dann von dem Vertrag zurücktreten oder diesen kündigen, wenn dem Antragsteller ein Verschulden nachzuweisen ist. Je nach vorliegender Fallkonstellation steht dabei die Fragestellung im Vordergrund, ob dem Antragsteller ein Verschulden des Arztes zugerechnet werden muss.

Wie schon bei der Analyse der Wissenszurechnung ist auch bei Verschuldens- und Haftungsfragen zu berücksichtigen, welche vertragliche Konstruktion zugrunde liegt, also ob der Arzt vom Versicherer oder vom Antragsteller eingeschaltet wurde.

I. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt

1. Erklärungen des niedergelassenen Arztes dem Antragsteller gegenüber

Hier wird der Fall untersucht, dass ein vom Versicherer beauftragter, niedergelassener Arzt – also kein Gesellschaftsarzt – im Rahmen der Befragung und Begutachtung des Antragstellers diesem gegenüber Erklärungen bezüglich des Versicherungsvertrages abgibt.

So wird der Arzt mangels Zuständigkeit zwar regelmäßig keine Angaben über das Produkt seines Geschäftsherrn, also des Versicherers machen. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Gutach-

ter wird er aber Erklärungen äußern, welche eine Einschätzung über die Gefahrerheblichkeit eines vom Antragsteller angegebenen Gesundheitsumstandes enthält. Bezeichnet der Arzt bei dieser Erklärung einen gefahrerheblichen Umstand fälschlicherweise als nicht gefahrerheblich, könnte dies Haftungsfolgen nach sich ziehen, wenn der Vertrag letztlich ohne Benennung dieses Umstandes in einem Formular zustande kommt.

a) Eigenhaftung des Arztes dem Antragsteller gegenüber

Die Chancen für den Antragsteller, im Falle einer Fehlberatung durch den Arzt entschädigt zu werden, sind äußerst gering.

Geht es um die falsche Einschätzung bezüglich der Gefahrerheblichkeit eines Umstandes, fehlt es bereits am Schaden des Antragstellers. Der Versicherungsvertrag ist geschlossen und ein Rücktrittsrecht des Versicherers aus § 19 VVG (§ 16 VVGaF) ist nicht ersichtlich. Wurde ein Umstand dem Arzt gegenüber geäußert und empfiehlt dieser, den Umstand nicht in der Beantwortung des Formulars mit aufzunehmen, dann bleibt dies folgenlos. Aufgrund der Übertragung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung und der analogen Anwendung von, § 69 VVG (§§ 43, 44 VVGaF) gilt der Umstand als angezeigt.

Auch aus § 63 VVG ergibt sich keine Haftung des Arztes dem Antragsteller gegenüber. Die Haftungsbestimmung für Verstöße gegen die Beratungs- und Informationspflichten aus den §§ 60, 61 VVG hat das Bestreben, der Gefahr schlechter Beratung bezüglich des Versicherungsproduktes durch Versicherungsvermittler, entgegenzuwirken³⁴⁹. Für den Fall der Verletzung der Beratungspflichten sieht § 63 VVG einen Schadensersatzanspruch des Antragstellers direkt gegen den Versicherungsvermittler vor³⁵⁰. Diese Beratungspflichten sind mittlerweile Bestandteil der gesetzlich normierten Pflichten der

³⁴⁹ BT-Drucksache 16/1935 S. 25.

³⁵⁰ Münkel in Handkommentar § 63 Rn. 1.

Versicherungsvermittler, was die Umsetzung der EU-Richtlinie³⁵¹ zur Versicherungsvermittlung darstellt.

Es entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der neuen Bestimmungen, den beim Abschluss eines Versicherungsvertrages beteiligten Arzt mit einzubeziehen. In den §§ 60, 61 VVG sind die Berufspflichtigen gewerblich tätiger Versicherungsvermittler geregelt³⁵². Dem Arzt fehlt neben der Ausbildung auch die Zugehörigkeit zu dem Berufsstand. Ihm können allenfalls Informationspflichten bezüglich der Gefahrerheblichkeit von angegeben Umständen zu Teil kommen. Beratungspflichten bezüglich des in Frage stehenden Versicherungsproduktes im Sinne der hier fraglichen Normen hat er allerdings nicht.

Mangels Beratungs- und Informationspflichten in Bezug auf die vom Versicherer angebotenen Produkte ist § 63 VVG keine einschlägige Haftungsnorm für den mitwirkenden Arzt.

b) Zurechnung

Weder im neuen VVG, noch bei seinem Vorgänger finden sich zur Haftung eines Versicherers für einen durch ihn selbst eingeschalteten Arzt ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen.

Bei der Wissenszurechnung werden die gesetzlichen und richterrechtlichen Regelungen, welche zum Versicherungsagenten existieren, auf die Konstellation der Mitwirkung eines Arztes bei der Risikoprüfung analog angewendet. Eine solche Analogiebildung ist auch im Rahmen der Haftung des Versicherers für den Arzt zu erwägen.

Im Wesentlichen haben sich bei der Haftung des Versicherers für seine Hilfspersonen zwei verschiedene Modelle durchgesetzt: zum einen die gewohnheitsrechtliche Vertrauenshaftung des Versicherers für falsche Auskünfte des Versicherungsver-

³⁵¹ EU-Richtlinie 2002/92/EG.

³⁵² Münkel in Handkommentar § 61 Rn. 2.

treters und zum anderen die gesetzlich geregelte Erfüllungshilfenhaftung.

aa) Vertrauenshaftung für falsche Auskünfte des Versicherungsvertreters

Im Versicherungsrecht hatte sich der Grundsatz entwickelt, dass der Antragsteller den Angaben des Versicherungsvertreters über den Versicherungsschutz vertrauen darf³⁵³. Dies führte sogar soweit, dass der Versicherungsvertrag den Inhalt hatte, der sich aus der falschen Auskunft des Versicherungsvertreters ergibt, selbst wenn der Versicherer üblicherweise Versicherungsverträge mit solcher Deckung gar nicht abschließt³⁵⁴. Dabei handelte es sich obendrein um eine verschuldensunabhängige Erfüllungshaftung³⁵⁵.

Das Modell der Vertrauenshaftung war dogmatisch entweder als Gewohnheitsrecht³⁵⁶ oder als richterliche Rechtsfortbildung³⁵⁷ anerkannt. Seit der Schuldrechtsmodernisierung gibt es Differenzen zwischen der nunmehr geregelten c.i.c. und der Vertrauenshaftung. So ist die c.i.c. die Haftung verschuldensabhängig und nicht wie die Vertrauenshaftung verschuldensunabhängig. Widersprüchlich ist außerdem die Beschränkung auf einen Anspruch auf das negative Interesse im Rahmen der c.i.c.-Haftung. Die Vertrauenshaftung hingegen zielt auf das positive Interesse³⁵⁸ und geht damit deutlich weiter, als im BGB vorgesehen.

Die deutliche Besserstellung des Antragstellers durch die Vertrauenshaftung im Vergleich zur BGB-Systematik führt allerdings nicht schon per se zur der Unanwendbarkeit des Rechts-

³⁵³ BGHZ 40 22.

³⁵⁴ Weyers/Wandt Rn. 326.

³⁵⁵ Langheid in Römer/Langheid § 43 Rn. 52.

³⁵⁶ BGHZ 2 87, 92.

³⁵⁷ Kollhosser in Prölss/Martin § 43 Rn. 29.

³⁵⁸ Weyers/Wandt Rn. 328.

instituts der Vertrauenshaftung. Der potentielle Versicherungsnehmer ist gegenüber dem Versicherer besonders schutzwürdig und gegen eine Besserstellung im Vergleich zu dem allgemeinen Schuldrecht ist dem Versicherungsrecht gerade systemimmanent.

Fraglich ist allerdings, ob die Vertrauenshaftung auch unter dem neuen VVG Bestand haben kann, obwohl sie keine ausdrückliche Grundlage gefunden hat³⁵⁹. Durch die Neugestaltung werden zwar viele von der Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Grundsätze und Modelle in das Gesetz aufgenommen. Alleine die Tatsache, dass die Vertrauenshaftung nicht ausdrücklich übernommen wurde, bedeutet aber noch nicht notwendigerweise das Ende ihrer Geltung.

Allerdings fällt auf, dass in § 6 I, II IV VVG die Beratungspflichten und in § 7 VVG die Informationspflichten des Versicherers nunmehr ausdrücklich geregelt sind. Damit findet sich jetzt eine gesetzliche Regelung exakt für den zeitlichen und inhaltlichen Rahmen, der von der Vertrauenshaftung abgesteckt wurde: die Beratungen vor Abschluss des Versicherungsvertrages. Die neuen Vorschriften statuieren allerdings nicht nur die Pflichten, sondern regeln auch die Rechtsfolge bei einer Verletzung dieser Pflichten.

§ 6 IV VVG wird als spezialgesetzliche Ausprägung eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss nach §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB gesehen³⁶⁰. Als solcher verpflichtet er den Versicherer zum Schadensersatz unter der Voraussetzung, dass dieser gegen die Beratungspflichten aus § 6 I, II oder IV VVG verstoßen hat und der Antragsteller dadurch einen Vermögensschaden erlitten hat³⁶¹.

Es spricht vieles dafür, die neue gesetzliche Regelung für abschließend in den Fällen einer unzureichenden oder mangel-

³⁵⁹ Befürwortend Terbill in Münchener Handbuch § 2 Rn. 36 ff.

³⁶⁰ Dörner/Staudinger WM 2006 1717, 1711.

³⁶¹ Schwintowski in Bruck/Möller I 2008 § 6 Rn. 41.

haften Beratung des Antragstellers zu erachten³⁶². Damit wäre kein Raum mehr für die Vertrauenshaftung.

Dafür spricht erstens, dass der Gesetzgeber den Fall der Beratungspflichtverletzung nicht offen gelassen hat, sondern in § 6 IV VVG Regelungen getroffen hat. Diese beziehen sich ausdrücklich nur auf Schadensersatz und nicht auf Erfüllungshaftung, wie etwa die Vertrauenshaftung.

Zweitens fügt sich die Schadensersatzregelung aus § 6 IV VVG in die allgemeine Haftungssystematik des modernen Schuldrechts und des Verbraucherschutzes ein³⁶³.

Die Haftung aus § 6 IV VVG stellt den Antragsteller nicht unbedingt schlechter. Es ist durchaus auch denkbar, dass ihm nicht nur das negative Interesse, sondern auch das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist. Dies gilt dann, wenn der Vertrag ohne die Beratungspflichtverletzung des Versicherers zu für den Antragsteller günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre³⁶⁴.

Viertens hat der Gesetzgeber das Institut der Vertrauenshaftung nicht, wie andere gewohnheitsrechtliche Institute ausdrücklich übernommen.

Aus der Gesamtschau dieser Umstände wird verständlicherweise der Schluss gezogen, dass die zum alten Recht entstandene gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung nicht in das neue VVG übernommen wurde³⁶⁵. Zwar sind die Bedenken ernst zu nehmen, dass die Rechte des Versicherungsnehmers durch die Reform nicht reduziert, sondern im Gegenteil gestärkt werden sollen³⁶⁶. Da nunmehr eine ausdrücklich geregelte Haftungsnorm für den Fall der fehlerhaften Beratung besteht, ist es im Sinne der Rechtsklarheit sinnvoller, diese Norm versiche-

³⁶² Lorenz FS Canaris 2007 757, 773 ff.

³⁶³ Lorenz FS Canaris 2007 757, 775.

³⁶⁴ Schwintowski in Bruck/Möller I 2008 § 6 Rn. 43.

³⁶⁵ Lorenz FS Canaris 2007 757, 775.

³⁶⁶ Schwintowski in Bruck/Möller I 2008 § 6 Rn. 43.

rungsnehmerfreundlich auszulegen und anzuwenden, als an einem nicht geregelten Rechtsinstitut festzuhalten. Dies kann ohne eine wesentliche Schlechterstellung des Versicherungsnehmers geschehen.

Abgesehen davon, dass die Vertrauenshaftung künftig ohnehin keine Existenzberechtigung mehr finden dürfte, ist ihre Anwendung auf den beim Vertragsabschluss eingeschalteten Arzt ohnehin nicht möglich.

Die Vertrauenshaftung ist schon im Ansatz auf solche Aussagen eines Versicherungsvermittlers bezogen, welche die Deckung, also das versicherte Risiko des Versicherungsvertrages, betreffen. Von einem Arzt werden jedoch regelmäßig keine Aussagen zur Deckung des Versicherungsvertrages gemacht. Er ist dafür nicht zuständig, nicht kompetent und wird erwartungsgemäß diesbezüglich auch nicht von dem Antragsteller befragt. Der Arzt ist allenfalls in der Lage, Angaben über die Gefahrerheblichkeit eines angezeigten Umstandes sowie über dessen Auswirkungen auf den Versicherungsvertrag zu machen.

Schon bei der Prüfung der ersten Haftungsvoraussetzung³⁶⁷, der unrichtigen Auskunft des Versicherungsvertreeters über den Inhalt des Versicherungsvertrages, scheidet die direkte Anwendbarkeit des gewohnheitsrechtlichen Instituts der Vertrauenshaftung im Falle der ärztlichen Mitwirkung. Der Arzt macht keine Aussagen über den Inhalt des Versicherungsvertrages, also die Bedingungen des Versicherungsvertrages. Der Arzt äußert sich allenfalls zu dem Gesundheitszustand und zur Gefahrerheblichkeit von Gesundheitsumständen.

Die analoge Anwendung auf eine ärztliche Beteiligung wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn sich hinter dem Gewohnheitsrecht eine Interessenlage verbirgt, die mit derjenigen bei einer ärztlichen Mitwirkung vergleichbar ist. Ausgangspunkt für die Vertrauenshaftung ist in erster Linie die Bera-

³⁶⁷ Reiff in Handbuch Versicherungsrecht § 5 Rn. 87.

tungspflicht des Versicherers. Diese Beratungs- und Informationspflichten sind in den §§ 6, 7 VVG gesetzlich geregelt und haben ihre Rechtfertigung in dem überlegenen Spezialwissen über seine Produkte und den Versicherungsmarkt insgesamt, welches der Versicherer in die Vertragsverhandlungen einbringt. Solches Wissen fehlt dem Arzt jedoch vollständig. Er erfüllt nicht die Beratungspflicht aus §§ 6, 7 VVG für den Versicherer. Dazu schaltet ihn der Versicherer auch nicht ein. Die Vertragsgestaltung und die Auslegung der AVB gehören nicht zu dem ärztlichen Verantwortungsbereich, sind nicht von dem Arzt zu leisten und können vom Antragsteller auch nicht erwartet werden. Auch die Rechtsfolge der Vertrauenshaftung, dass der Vertrag unter solchen Bedingungen zustande kommt, wie es nach der Auskunft des Versicherungsvertreters zu erwarten wäre, ist bei Problemen der ärztlichen Beteiligung nicht interessengerecht. Das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung für falsche Auskünfte des Versicherungsvertreters, dessen Fortbestehen unter dem neuen Recht ohnehin abzulehnen ist, kann bei der Mitwirkung eines Arztes folglich weder direkt, noch entsprechend angewendet werden.

bb) Erfüllungsgehilfenhaftung

Die allgemeine zivilrechtliche Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB ist auch im Versicherungsrecht anwendbar. § 278 BGB ist keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern eine Zurechnungsnorm³⁶⁸. Demnach richten sich die sonstigen Voraussetzungen, wie etwa das Vorliegen eines kausal rechtswidrig entstandenen Schadens aufgrund einer Pflichtverletzung, nach den jeweils angewandten Haftungsgrundlagen. Eine Haftung des Versicherers kann bei einem Arzt als Erfüllungsgehilfe nur in einer Fallkonstellation angedacht werden: Der Antragsteller gibt dem Arzt gegenüber im Rahmen der gutachterlichen Konsultation einen krankheitsbezogenen Um-

³⁶⁸ Heinrichs in Palandt § 278 Rn. 1.

stand an. Der Arzt informiert den Antragsteller fälschlicherweise dann dahingehend, dass diese Krankheit nicht gefahrerheblich sei. Daraufhin unterbleibt die Angabe der Krankheit im ärztlichen Gutachten und ein gefahrerblicher Umstand wird von dem Versicherer bei der Risikoabwägung nicht berücksichtigt. Im Schadenfall möchte der Versicherer dann die Leistung verweigern und gegebenenfalls auch den Rücktritt erklären.

Auch in dieser Fallkonstellation scheidet eine Haftung regelmäßig mangels Schaden. Wegen der Zurechnung von Wissen des Arztes zu Lasten des Versicherers gelten die gefahrerheblichen Umstände als angezeigt. Es fehlt folglich schon an einem Leistungsverweigerungsrecht des Versicherers oder an einem Rücktrittsgrund. Fragen auf der Haftungsebene kommen gar nicht erst auf.

c) Anmerkung

Wird ein niedergelassener Arzt vom Versicherer eingeschaltet und gibt dieser Arzt dem Antragsteller gegenüber Erklärungen insbesondere über gefahrerhebliche Umstände ab, so ist dies eine nicht unwahrscheinliche Quelle für Erklärungen mit falschem Inhalt. Die Probleme dieser Fallgestaltung werden allerdings über die Modelle der Wissenszurechnung gelöst. Haftungsfragen ergeben sich in dieser Konstellation in der Regel keine. Dies ist als ein positives Zeichen dafür zu sehen, dass die in der vorliegenden Ausarbeitung propagierten Modelle der Wissenszurechnung zu interessengerechten Ergebnissen führen.

2. Erklärungen des niedergelassenen Arztes dem Versicherer gegenüber

a) Eigenhaftung des Arztes dem Versicherer gegenüber

Der Arzt kann bei Vorliegen sämtlicher Haftungsvoraussetzungen durch eine Fehlbegutachtung dem Versicherer gegenüber aus dem Werkvertrag haftbar sein, §§ 631, 633, 634 Nr.4, 280 ff. BGB.

Im Innenverhältnis ist der Arzt seinem Vertragspartner, nämlich dem Versicherer gegenüber, außerdem verpflichtet, diesen nicht zu schädigen, § 241 II BGB. Wenn der Arzt dem Antragsteller gegenüber schuldhaft die Unerheblichkeit eines Umstandes erklärt und dieser den Umstand deswegen tatsächlich nicht in dem Formular angibt, dann liegt darin ein Verhalten, welches bei Vorliegen aller Voraussetzungen eine vertragliche Haftung nach sich ziehen kann. Insbesondere bei einem arglistigen, kollusiven Zusammenwirken mit dem Antragsteller ist ein Verschulden des Arztes indiziert. Schaltet der Antragsteller als Vertreter des Versicherers seinen Hausarzt ein, so ist ein solches schädigendes Verhalten des Arztes zwar nicht die Regel, aufgrund des gegebenenfalls schon länger bestehenden Verhältnisses zwischen Antragsteller und Hausarzt jedoch nicht undenkbar. In solchen Extremfällen ist neben der vertraglichen Haftung regelmäßig auch der deliktische Haftungstatbestand aus § 823 oder gar § 826 BGB erfüllt.

Eine Haftung nach §§ 631, 633, 634 Nr.4, 280 ff. und 823, 826 BGB scheidet aber stets an der Haftungsvoraussetzung Schaden. Bei Vorliegen kollusiver Arglist findet nach ständiger Rechtsprechung richtigerweise schon keine Wissenszurechnung statt³⁶⁹. Der Umstand gilt demnach als nicht angezeigt, der Versicherer hat dann ein Rücktrittsrecht aus § 19 II VGGaF oder ein Anfechtungsrecht aus §§ 22 VVG, 123 I BGB.

³⁶⁹ Siehe S. 123 ff.

Der Bundesgerichtshof hat auch in jüngerer Zeit in einem Beschluss die Position des arglistig getäuschten Versicherers gestärkt. Bislang konnte der Versicherer von seinem Anfechtungsrecht aus § 22 VVG, (§ 22 VVGaF) keinen Gebrauch machen, wenn er zwar vom Versicherungsnehmer arglistig getäuscht wurde, selbst aber eine Beratungs- oder Nachfrageobliegenheit verletzt hat³⁷⁰. Diesen unberechtigten Schutz des Antragstellers hat der BGH nun limitiert und billigt dem Versicherer das Anfechtungsrecht aus § 22 VVGaF im Falle einer arglistigen Täuschung auch dann zu, wenn er selbst seine Nachfrageobliegenheit verletzt³⁷¹. Dieser Beschluss ist auch für die neue Rechtslage als richtungweisend zu sehen und auch ohne weiteres auf ein kollusives, arglistiges Zusammenwirken zwischen Arzt und Antragsteller zu übertragen.

b) Zurechnung zu Lasten des Antragstellers

Für eine Zurechnung von falschen Erklärungen, welcher der Arzt dem Versicherer gegenüber tätigt, zu Lasten des Antragstellers fehlt die rechtliche Grundlage. Zwischen Arzt und Antragsteller ist kein rechtliches Verhältnis ersichtlich, aus welchem sich eine Haftung des Antragstellers für den Arzt ergeben könnte. Haften könnte der Antragsteller allenfalls bei kollusivem Zusammenwirken mit dem Arzt. Dann handelt es sich aber um eine Haftung für eigenes Verhalten des Antragstellers.

c) Zwischenergebnis

Erklärungen des Arztes seinem Geschäftsherrn gegenüber bleiben in der Rechtsverbindung zwischen Arzt und Versicherer. Probleme einer Außenhaftung, welche den Dritten, also den Antragsteller, betreffen, entstehen in der Regel keine. Auch diese Feststellung zeigt, dass das in der vorliegenden

³⁷⁰ BGHZ 117 385, 387f.; Brink VersR 2007 331, 332.

³⁷¹ BGH VersR 2007 96.

Arbeit vorgestellte System der Wissenszurechnung interessengerecht ist.

3. Keine Besonderheiten bei der Haftung des Gesellschaftsarztes

Auch wenn der Gesellschaftsarzt Angestellter des Versicherungsunternehmens ist, fallen ihm nicht per se umfangreichere Beratungspflichten bezüglich der von dem Unternehmen angebotenen Produkte zu. Der Antragsteller kann auch von einem Gesellschaftsarzt vernünftigerweise keine produktbezogene Beratung erwarten. Dazu muss er sich an einen Versicherungsvermittler wenden. Eine Eigenhaftung des Gesellschaftsarztes für Erklärungen, welche er dem Antragsteller gegenüber macht, scheidet demnach regelmäßig aus.

Wie der vom Versicherer beauftragte, selbstständige Arzt haftet auch der Gesellschaftsarzt für falsche Erklärungen, die er seinem Arbeitgeber gegenüber abgibt. Der Gesellschaftsarzt haftet allerdings aus den arbeitsvertraglichen und nicht, wie seine niedergelassenen und selbstständigen Kollegen, aus werkvertraglichen Haftungsgrundlagen. Allerdings dürfte es hier zumeist am Verschulden des Gesellschaftsarztes fehlen. Ein kollusives Zusammenwirken zwischen Arzt und Antragsteller ist dabei äußerst unwahrscheinlich, schließlich fehlt es an einer vorherigen Verbindung des Antragstellers mit dem Arzt, wie sie etwa zu dem Hausarzt besteht.

II. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt

1. Erklärungen dem Versicherer gegenüber

a) Eigenhaftung des Arztes und § 311 III BGB

Der Gutachtervertrag zwischen Antragsteller und Arzt ist, wie in Kapitel 2 erörtert, ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Schon daraus ergibt sich eine Eigenhaftung für mangelhafte Gutachten des Arztes dem Versicherer gegenüber.

Nach der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 ist eine lebhafte Diskussion um die dogmatische Verankerung des Rechtsinstitutes Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entstanden. Im Wesentlichen lassen sich dabei drei verschiedene Ansätze unterscheiden.

Erstens wird vertreten, dass dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch die Einführung des § 311 III BGB der Boden entzogen worden ist. Fortan seien Fragen der Expertenhaftung nur noch über die so genannte Dritthaftung aus culpa in contrahendo zu lösen³⁷². Im Zusammenhang mit der Expertenhaftung wird fälschlicherweise auch häufig die Sachwalterhaftung genannt.

Die zweite Auffassung sieht in § 311 III 1 BGB eine Normierung des von Rechtsprechung und Literatur geschaffenen und geprägten Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter³⁷³.

Zu guter Letzt gibt es Stimmen im Schrifttum, die keinen Änderungsbedarf sehen³⁷⁴. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bleibe weiter bestehen, wie er bislang entwickelt worden ist. § 311 III BGB regle ausschließlich rechtgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse, wie sie *vor* einem Vertragsschluss bestehen³⁷⁵, nicht aber Rechte und Pflichten nach Vertragsschluss. Andere sehen keinen Änderungsbedarf, weil

³⁷² Finn NJW 2004 3752, 3754.

³⁷³ Schwab JuS 2002 872, 873; Huber/Faust S. 71.

³⁷⁴ Grüneberg in Palandt § 311 Rn. 60.

³⁷⁵ Löwisch in Staudinger 2005 § 311 Rn. 157.

§ 311 III BGB zumindest mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vereinbar sei³⁷⁶.

aa) Die Dritthaftung aus c.i.c. und die Sachwalterhaftung

Teilweise wird die Forderung, alle Fälle des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter künftig über § 311 III BGB zu lösen, nur damit begründet, dass dies die Grundnorm für Dritthaftung aus culpa in contrahendo sei³⁷⁷. Dieses Bedürfnis nach Vollständigkeit des Regelungsgehaltes der Norm ist zwar als legitimes Ziel nicht zu verurteilen, als Begründung für eine Abschaffung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter jedoch bei weitem nicht ausreichend.

Zu der erstgenannten Ansicht, der grundsätzlich vorzugswürdigen Dritthaftung aus c.i.c., muss zunächst klargestellt werden, dass es sich dabei schon perspektivisch um einen vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vollkommen verschiedenen Ansatz handelt. Auch schon lange vor der Schuldrechtsreform wurde dieser Lösungsweg zu Haftungsfragen in der Dreipersonenkonstellation etwa von *Canaris* besprochen³⁷⁸.

Beide Institute, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Dritthaftung aus c.i.c., auch „Berufs-“, oder „Expertenhaftung“ genannt, suchen eine Grundlage für die Pflichten beispielsweise eines Gutachters gegenüber eines anderen, der nicht der Vertragspartner des Gutachters in dem Gutachtenvertrag ist. Bei dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ergeben sich diese Pflichten nach der Rechtsprechung aus einer ergänzenden Auslegung des Gutachtenvertrages nach § 157 BGB³⁷⁹. Bei der Expertenhaftung wird hingegen auf die Grundsätze der c.i.c. zurückgegriffen, was bedeutet, dass hier die in Frage stehenden Schutzpflichten

³⁷⁶ Eckebrecht MDR 2002 425, 427.

³⁷⁷ Finn NJW 2004 3752, 3754.

³⁷⁸ Canaris JZ 1995 441, 444f.; ders. ZHR 1999 206, 222 ff.

³⁷⁹ BGH NJW-RR 2002 1528; BGH NJW 1987 1758, 1759.

ihren Ursprung in dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber des Gutachtens und dem zu schützenden Dritten haben. Bei dem zur Risikoprüfung vom Antragsteller eingeschalteten Arzt stellt sich dieser Perspektivwechsel wie folgt dar: Bei dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist der Versicherer Dritter und der ihm zuteil kommende Schutz bestimmt sich nach dem Gutachtenvertrag, welcher zwischen Antragsteller und Arzt geschlossen wurde. Nach den Grundsätzen der Expertenhaftung ist der Arzt Dritter und er haftet dem schutzwürdigen Versicherer gegenüber aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und dem Versicherer, nämlich aus c.i.c. wegen einer Anzeigepflichtverletzung.

Die beiden Rechtsinstitute sind mit zwei verschiedenen Schutzwirkungen, also aus zwei unterschiedlichen Rechtsverhältnissen, zu begründen.

Einzelne Stimmen in der Literatur sehen in der Expertenhaftung aus c.i.c. eine generell unvertretbare Lösung, weil sie einen Verstoß gegen die Privatautonomie darstelle³⁸⁰. Die Schutzpflichten ergeben sich bei dem Modell der Expertenhaftung aus einem Schuldverhältnis, das der Auftraggeber des Experten mit einem Dritten hat. Genau dieser Vertrag oder dieses Rechtsverhältnis muss aber zum Zeitpunkt des Vertragschlusses mit dem Experten noch gar nicht bestehen. Außerdem hat der Experte keinen Einfluss auf diesen Vertrag. Darin liege der Verstoß gegen die Privatautonomie des Experten³⁸¹.

Aus der möglichen Fallkonstellation, dass die rechtliche Beziehung zu dem Dritten bei Abschluss des Gutachtenvertrages noch nicht besteht, den generellen Vorwurf eines Verstoßes gegen die Privatautonomie herzuleiten, ist sehr streng. Jedem Experten bleibt es unbenommen, in seinem Gutachtenvertrag autonome Regelungen zu treffen und gegebenenfalls ausdrückliche Haftungseinschränkungen zu vereinbaren. Die Haftung

³⁸⁰ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 92.

³⁸¹ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 92.

ergibt sich schließlich erst aus einem vorwerfbaren Fehlverhalten des Experten. Für den Fall eines schuldhaften Fehlverhaltens sind Konsequenzen für den Experten legitim. Außerdem liegt es beim Gutachtenvertrag regelmäßig in der Natur des Vertrages, dass das Gutachten gerade zum Gebrauch im Rechtsverkehr geeignet und auch dazu bestimmt ist.

Auch im Rahmen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kommt es schließlich über eine *ergänzende* Vertragsauslegung zu einer Haftung des Experten, die er so nicht ausdrücklich und autonom vereinbart hat. Allerdings ist diese oft als Fiktion bezeichnete und gleichsam verurteilte ergänzende Vertragsauslegung auch der Kritik ausgesetzt. Solche Gegenstimmen verkennen jedoch, dass im Rahmen des § 157 BGB gerade nach dem hypothetischen Parteiwillen gefragt wird. Damit handelt es sich zwar um eine Fiktion, aber eben eine Fiktion aus der Perspektive der Vertragsparteien. Dieses Vorgehen entspricht weit mehr der Privatautonomie als die Dritthaftung aus c.i.c., die vollkommen unabhängig von dem Vertragsverhältnis zu dem Sachverständigen begründet ist.

Auch wenn die auf der Verletzung der Privatautonomie beruhende Kritik Jagmanns sehr generell ausfällt, so ist doch mit ihm gleichlaufend das Argument herzuleiten, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter näher an der Privatautonomie steht, als die Lösung über die c.i.c. Insbesondere über die Voraussetzungen der Gläubigernähe und der Erkennbarkeit werden die Interessen des beteiligten Gutachters besser berücksichtigt als dies das Institut der Dritthaftung vermag. Diese Interessenberücksichtigung geht dann auch nicht bedenklich zu Lasten des in der vorliegend untersuchten Konstellation schutzbedürftigen Versicherers. In Rechtsprechung und Literatur hat sich zu dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ein sehr ausgeklügeltes System entwickelt, dass den

hohen Maßstab der ausgeglichenen Interessenbewertung zum Ziel hat und diesem in der Regel gerecht wird.

Die Expertenhaftung wird oft mit der Sachwalterhaftung in einem Atemzug genannt und auch gerne verwechselt. Es handelt sich jedoch um zwei unterschiedliche Rechtsinstitute, die zwar miteinander verwandt sind und zum gleichen Ergebnis führen, die aber unterschiedliche Schwerpunkte in ihrer dogmatischen Begründung haben.

Die Gesetzesbegründung zeigt der Rechtsprechung auf, dass die Sachwalterfälle auch auf dem Weg über § 311 III BGB „zu lösen sind“³⁸². Ganz gleich ob diese Formulierung als Imperativ oder als Feststellung des Status Quo zu verstehen ist, so sieht der Gesetzgeber zumindest die Möglichkeit, die Haftung des Sachwalters über § 311 III BGB zu lösen.

Die Expertenhaftung beruht auf dem besonderen Ansehen, das einige Berufsgruppen genießen und legt keine besonderen Kriterien für das konkret untersuchte Rechtsverhältnis und das dort vorhandene Vertrauen zugrunde. So handelt es sich um eine Expertenhaftung oder Berufshaftung, wenn Angehörigen bestimmter Berufe aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Tradition von der Öffentlichkeit ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wird³⁸³. Sie haften für unrichtige Auskünfte, Gutachten oder Testate, und zwar vor allem und gerade gegenüber Dritten, die nicht ihre Vertragspartner und Auftraggeber sind³⁸⁴. Paradebeispiele für diese Berufsgruppen sind Steuerberater³⁸⁵ und Wirtschaftsprüfer³⁸⁶, jedenfalls gehören zu diesem Personenkreis in erster Linie solche Sachverständige, die über

³⁸² BT-Drucksache 14/6040 S. 163.

³⁸³ Emmerich in MüKo § 311 Rn. 253.

³⁸⁴ Emmerich in MüKo § 311 Rn. 253.

³⁸⁵ BGH NJW-RR 2003 1035.

³⁸⁶ BGH NJW 2004 3420.

besondere, vom Staat anhand von Prüfungen anerkannte Sachkunde verfügen³⁸⁷.

Für die vorliegende Ausarbeitung von höchstem Interesse hat der Bundesgerichtshof den in Versicherungsangelegenheiten gutachtenden Arzt dieser Berufsgruppe zugeordnet³⁸⁸. In diesem Urteil erfolgte zwar die Zuordnung des Arztes zu dieser Gruppe, die Haftung des Arztes wurde in diesem konkreten Fall aufgrund der Umstände allerdings im Rahmen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter diskutiert. Die Einordnung ist jedoch auch im Rahmen der Expertenhaftung zu befürworten, da sie mit den zuvor von Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Kriterien zur Expertenhaftung in Einklang steht.

Die Sachwalterhaftung knüpft im Gegensatz zu der Expertenhaftung nicht primär an dem Berufsbild in der Öffentlichkeit, sondern an der Vertrauensstellung an, die der Dritte – also gegebenenfalls auch der begutachtende Arzt – im konkreten Einzelfall eingenommen hat³⁸⁹.

Ein Verhandlungsgehilfe gilt dann als Sachwalter, wenn er im Rahmen von Verhandlungen über wirtschaftlich bedeutsame Geschäfte in besonderem Maße Vertrauen für sich persönlich in Anspruch genommen hat und dadurch den Vertragsschluss beeinflusst³⁹⁰. Grund dieser Beeinflussung ist, dass sich der Vertragspartner auf dessen Objektivität und Neutralität verlässt³⁹¹. Darin ist wieder das objektive Kriterium der Expertenhaftung zu erkennen, allerdings mit deutlich subjektiverem Bezug auf den im Einzelfall agierenden Vertragspartner und die daraus resultierende Vertrauensstellung. Damit dürfte auch

³⁸⁷ BGH NJW 2002 3625, 3626.

³⁸⁸ BGH NJW 2002 3625, 3626.

³⁸⁹ Koch AcP 2004 59, 64.

³⁹⁰ BGHZ 56 81, 85ff.; NJW-RR 2006 993, 994; Emmerich in MüKo § 311 Rn. 244, 245.

³⁹¹ BT-Drucksache 14/6040 S. 163.

davon auszugehen sein, dass zwar die Sachwalterhaftung, nicht aber die Expertenhaftung Niederschlag in der auf das Vertrauensverhältnis abstellenden Formulierung des § 311 III 2 BGB gefunden hat³⁹². Einzelne Autoren sehen in diesem Vertrauensverhältnis sogar ein eigenständiges Sonderverhältnis, also ein eigenes Schuldverhältnis³⁹³.

Das Modell der Sachwalterhaftung orientiert sich wesentlich an dem individuellen Auftreten des Sachwalters und sieht sich damit weniger dem Vorwurf der mangelnden Orientierung an der Privatautonomie des Sachwalters ausgesetzt als das Modell der Expertenhaftung.

Teilweise wird die Forderung, alle Fälle des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter künftig über § 311 III 2 BGB zu lösen nur damit begründet, dass dies die Grundnorm für Dritthaftung aus culpa in contrahendo sei³⁹⁴. Dieses Bedürfnis nach Vollständigkeit des Regelungsgehaltes der Norm ist zwar als legitimes Ziel nicht zu verurteilen, als Begründung für eine Abschaffung des Instituts Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist es jedoch bei Weitem nicht ausreichend.

Grundsätzlich ist das Modell der Sachwalterhaftung wegen der Bedenken um die Privatautonomie dem Modell der Expertenhaftung aus c.i.c. vorzuziehen. Allerdings ist die Einordnung des Arztes als Sachwalter von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängig.

In den weit überwiegenden Fällen ist der Arzt Sachwalter des Antragstellers, weil er persönliches Vertrauen genießt, welches auf seiner Person beruht. Dann bestehen keine Bedenken wegen der Einhaltung seiner Privatautonomie. Er haftet er dem Versicherer gegenüber gemäß § 311 III BGB.

Damit ist für den Sachwalter eine Haftung aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgeschlossen. Dieses Insti-

³⁹² Schmitdt-Räntsch AUR 2003 265, 267.

³⁹³ Schwab JuS 2002 872, 876.

³⁹⁴ Finn NJW 2004 3752, 3754.

tut findet schließlich nur subsidiär Anwendung, wenn dem Geschädigten kein eigener Anspruch zur Verfügung steht³⁹⁵. Genau dies wäre durch die Sachwalterhaftung aber der Fall. Sollte der Arzt aufgrund besonderer Sachverhaltsgestaltung einmal ausnahmsweise kein Sachwalter sein, weil er etwa kein besonderes in seiner individuellen Person liegendes Vertrauen genießt, dann kommt jedenfalls die Expertenhaftung aus c.i.c. in Frage. Diese beruht auf seinem Berufsbild und ist damit bei einem approbierten Arzt immer gegeben. In dieser Konstellation ist der Arzt dem Versicherer gegenüber wegen der erläuterten Bedenken um die Einhaltung der Privatautonomie vorzugsweise aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haftbar.

bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Fall des § 311 III BGB

Bei einer Orientierung am Wortlaut des § 311 III 1 BGB ist es durchaus möglich, den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter diese Norm zu subsumieren³⁹⁶. Diese Bestimmung ist allerdings sehr weit gefasst und die Möglichkeit der Subsumierung bedeutet noch lange nicht, dass es sich dabei auch um den dogmatisch richtigen Weg handelt. Rechtssystematisch stellt § 311 III BGB eine Normierung der Dritthaftung nach den Grundsätzen der c.i.c. dar. Dabei handelt es sich, wie soeben erörtert, um eine schon vom Grundsatz her andere Haftungskonstellation. Nur weil der Wortlaut passend wäre, kann das noch nicht bedeuten, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter fortan eine Untergruppe der c.i.c. bildet³⁹⁷.

Die Gesetzesbegründung lässt auch keinerlei Bezug der Norm zu dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erkennen.

³⁹⁵ Grüneberg in Palandt § 328 Rn. 18.

³⁹⁶ Huber/Faust 71; Canaris JZ 2001 499, 520.

³⁹⁷ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 92.

Sie regt allenfalls an, dass Fälle, die *auch* über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gelöst werden können, nämlich die Sachwalterfälle durch die Anwendung von § 311 II BGB, bewältigt werden könnten. Daraus lässt sich nur schließen, dass der Gesetzgeber den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht in § 311 III BGB regeln wollte und dies auch nicht getan hat.

Selbst wenn eine Orientierung an § 311 III BGB zu befürworten wäre, so würde das nichts an den Voraussetzungen ändern, die sich für das Rechtsinstitut herausgebildet haben. Die Norm § 311 III BGB ist schlicht zu weit³⁹⁸ und zu unbestimmt, um Umgestaltungen der gefundenen Eigenschaften des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herbeiführen zu können.

cc) Kein Änderungsbedarf, Haftung entweder nach Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder nach der Sachwalterhaftung

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht nach der Schuldrechtsmodernisierung, insbesondere durch die Einführung des § 313 II, III BGB, kein Änderungsbedarf bezüglich der Haftung des Gutachters. Der Arzt kann im Falle eines mangelhaften Gutachtens auch selbst gegenüber dem Versicherer haftbar sein.

Je nach Gestaltung des konkreten Falles folgt die Eigenhaftung des Arztes dogmatisch aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus seiner Sachwaltereigenschaft, die jetzt allerdings über § 311 III BGB Einkehr ins Gesetz gefunden hat.

Es bleibt nach dieser Festlegung im Einklang mit Jagman anzumerken, dass die dogmatische Herleitung des Drittschutzes überbewertet wird³⁹⁹. Ob er nun nach dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, einer Vertrauenshaftung über

³⁹⁸ Eckebrecht MDR 2002 425, 428.

³⁹⁹ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 95.

§ 311 BGB oder einer ergänzenden Vertragsauslegung erfolgt, mache in den meisten Fällen im Ergebnis für die Haftung keinen Unterschied. Beständen hinsichtlich einzelner Probleme unterschiedliche Auffassungen, seien diese Gegensätze sachlich begründet und folgten nicht wirklich aus unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen. Demnach könne häufig die dogmatische Grundlage der Haftung sogar offen gelassen werden⁴⁰⁰. Eine genaue Festlegung wird in der Literatur von einigen Autoren auch schlicht vermieden⁴⁰¹. Jedenfalls kann der Arzt im Falle eines mangelhaften Gutachtens selbst gegenüber dem Versicherer haftbar sein.

b) Zurechnung zu Lasten des Antragstellers

aa) Der Arzt als Gutachter ist Wissenserklärungsvertreter

Auch wenn der Name dieses Zurechnungsmodells den Anschein erweckt, so handelt es sich bei dem Wissenserklärungsvertreter nicht um einen rechtsgeschäftlichen Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Die Rechtsprechung hat zwei Voraussetzungen für die Kategorisierung einer Hilfsperson als Wissenserklärungsvertreter aufgestellt. Erstens muss der Versicherungsnehmer den fraglichen Dritten mit der Erfüllung seiner Obliegenheiten gegenüber dem Versicherer betraut haben und zweitens muss der Dritte die Erklärungen anstelle des Versicherungsnehmers abgeben haben⁴⁰².

Gerade in der Übertragung bestimmter Aufgaben, welche die Abgabe von Erklärungen mit umfassen, sieht der BGH die Grundlage für eine Zurechnung⁴⁰³. Hierbei handelt es sich wieder um die Interessenabwägung, die auch bei der Stellvertretung und der Zurechnung bei direkter Anwendung des

⁴⁰⁰ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 95.

⁴⁰¹ Kamphausen BauR 2006 1208, 1213 f.; Graf von Westphalen VersR 2005 1055, 1057.

⁴⁰² BGHZ 122 388, 389; VersR 2000 310, 311.

⁴⁰³ BGHZ 122 388, 389.

§ 166 I BGB im Vordergrund steht: Wer einen anderen für die Erledigung seiner Aufgaben einschaltet, dem dürfen durch das Hinzuziehen dieses Dritten keine Vorteile entstehen und er muss sich daher auch das Wissen und Handeln dieser Person zurechnen lassen. Dogmatisch betrachtet erfolgt die Zurechnung beim Wissenserklärungsvertreter analog § 166 I BGB. Die direkte Anwendung scheidet aus, weil die Wissenserklärung eben keine Willenserklärung ist⁴⁰⁴.

Prölss überzeugt mit der Feststellung, dass die Zurechnung des Wissenserklärungsververtreters genau genommen auf zwei Analogien beruht⁴⁰⁵.

So habe zunächst die Zurechnung des Erklärungsaktes oder seines Unterlassens analog § 164 I BGB zu erfolgen. Erst dann, wenn ein Handeln, nämlich diese Erklärung zugerechnet ist, könne in einem zweiten Schritt § 166 I BGB analog in Bezug auf das Wissen angewandt werden.

In welchen Konstellationen ist der Arzt als Wissenserklärungsvertreter zu klassifizieren?

Die Abgabe von Wissenserklärungen wird im Rahmen der vorvertraglichen Anzeigepflicht ausschließlich von Seiten des Antragstellers erwartet und findet auch nur dort statt. Der Versicherer gibt in diesem Stadium keine Wissenserklärungen ab. Die Rechtsfigur des Wissenserklärungsververtreters rechnet demjenigen die Erklärung zu, der einen anderen mit der Abgabe von Wissenserklärungen betraut. Demnach kommt über dieses Zurechnungsmodell einzig und allein eine Zurechnung einer Wissenserklärung zu Lasten des Antragstellers in Betracht⁴⁰⁶.

Schaltet also der Antragsteller eigenverantwortlich einen Arzt zur Erstellung eines Gesundheitszeugnisses ein, so ist dieser dessen Wissenserklärungsvertreter, wenn die beide Vorausset-

⁴⁰⁴ Siehe S. 71 f.

⁴⁰⁵ *Prölss* in *Prölss/Martin* § 6 Rn. 52.

⁴⁰⁶ *Knappmann VersR* 1997 261, 265.

zungen vorliegen. Der Antragsteller muss den Arzt mit der Erfüllung seiner Anzeigepflicht aus § 19 VVG betraut haben und der Arzt muss diese Erklärung anstelle des Antragstellers selbst abgegeben haben.

Die Kategorisierung des Arztes als Wissenserklärungsvertreter ist also nur in der Fallkonstellation denkbar, dass der Antragsteller seinen Arzt mit der Erstellung eines Gesundheitszeugnisses beauftragt und die Erklärung für den Versicherer als solche des Arztes erkennbar ist. Der vom Antragsteller etwa zur Beratung beim Ausfüllen der an ihn gerichteten Gesundheitsfragen beauftragte Arzt ist nicht Wissenserklärungsvertreter. Bei einer reinen Beratungssituation stellen sich keine Fragen der Zurechnung von Wissenserklärungen. Der Antragsteller macht sich dann die Erklärung des Arztes zu Eigen. Der Arzt tritt dem Versicherer gegenüber nicht erkennbar in Erscheinung.

Selbst wenn der Arzt die Fragen in einem an den Antragsteller gerichteten Gesundheitsfragebogen eigenhändig ausfüllt und der Antragsteller sich den Inhalt durch seine eigene Unterschrift auch als seine eigene Erklärung ausgibt, scheidet der Arzt als Wissenserklärungsvertreter aus⁴⁰⁷.

bb) Keine Haftung für den Wissenserklärungsvertreter nach § 278 BGB

Bei Verletzung der Anzeigepflicht aus § 19 VVG bedarf es für das Rücktrittsrecht des Versicherers eines Verschuldens des Antragstellers/Versicherungsnehmers, § 19 III VVG.

Schaltet der Antragsteller einen Arzt als Dritten ein und ist ihm kein eigenes Verschulden an der Anzeigepflichtverletzung nachzuweisen, so wäre an die Zurechnung eines Verschuldens des Arztes zu Lasten des Versicherungsnehmers zu denken.

Mangels einer speziellen Norm im Versicherungsrecht, die eine Verschuldenszurechnung regelt, liegt die Anwendung von

⁴⁰⁷ Schwintowski in BK § 6 Rn. 242.

§ 278 BGB als Verschuldenszurechnungsnorm aus dem allgemeinen Zivilrecht nahe.

Wie bereits erörtert⁴⁰⁸, ist der vom Antragsteller eingeschaltete Arzt nicht dessen rechtsgeschäftlicher Vertreter, er ist allenfalls Wissenserklärungsvertreter.

In Betracht kommt hier also nur die zweite Alternative des § 278 BGB, nämlich die Zurechnung des Verschuldens der Personen, derer er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient. Der Antragsteller müsste sich dann ein Verschulden des Arztes, welches dieser bei der Abgabe der Erklärung dem Versicherungsunternehmen gegenüber hat, zurechnen lassen. Dagegen spricht aber, dass es sich bei der Anzeigepflicht aus § 19 VVG (§ 16 VVGaF) um eine Obliegenheit und keine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB handelt. So wurde selbst die Pflicht des Versicherungsnehmers aus § 61 VVGaF, den Versicherungsfall nicht selbst herbeizuführen, nicht als Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB eingestuft⁴⁰⁹. Auch der Anzeigepflicht im Versicherungsfall wurde die Eigenschaft einer Verbindlichkeit ausdrücklich abgesprochen⁴¹⁰. Diese Einordnung der Obliegenheiten durch die Rechtsprechung ist auch mit der dogmatischen Kategorisierung der Obliegenheiten, wie sie in der Literatur stattfindet, gut vereinbar.

Nach der Voraussetzungstheorie ist das Einhalten der aus der Obliegenheit stammenden Verhaltensregel nur eine objektive Voraussetzung für die Erhaltung der Rechte des Versicherten. Der Versicherte ist aber nicht zu der Einhaltung verpflichtet, sie liegt nur in seinem Interesse⁴¹¹.

Die Verbindlichkeitstheorie hingegen stellt Obliegenheiten mit Verbindlichkeiten gleich. Begründet wird dies wenig überzeugend mit einem unterstellten Fehlgriff des Gesetzgebers bei der

⁴⁰⁸ Siehe S. 85 f., 176.

⁴⁰⁹ BGHZ 11 120, 122 ff.

⁴¹⁰ BGH VersR 1981 1098, 1099.

⁴¹¹ Weyers/Wandt Rn. 320.

Wortwahl⁴¹². Insgesamt vermag die Verbindlichkeitstheorie wegen ihrer unklaren Abgrenzungskriterien nicht zu überzeugen, was wohl auch der Grund sein dürfte, weshalb sie heute kaum mehr vertreten wird. Das gewichtigste Gegenargument ist jedoch die Tatsache, dass versicherungsrechtliche Obliegenheiten auch Dritte belasten können (so etwa §§ 71 I 2, 79 I, 107a, 158 d, e, 161, 179 IV 171 II, 182 VVGaF). Da es keine Verträge zu Lasten Dritter gibt, können Obliegenheiten keinesfalls echte, im vertragsrechtlichen Sinne umfassende Verbindlichkeiten, sein.

Vermittelnd ist die Lehre der Pflichten minderer Zwangsintensität entstanden. Vertreter dieser Ansicht stellen auf die Erzeugung eines Rechtszwanges durch die Obliegenheiten ab⁴¹³. Demnach sei die Obliegenheit eine Parallelerscheinung zur Rechtspflicht bei den Haftungstatbeständen⁴¹⁴. Diese Theorie wird der tatsächlichen Wirkung von Obliegenheiten am Ehesten gerecht, geht gleichzeitig aber auch davon aus, dass es sich nicht um Verbindlichkeiten im vertragsrechtlichen Sinne handelt.

Im Rahmen des § 254 II BGB findet gemäß Satz 2 der § 278 BGB entsprechende Anwendung auf die Kürzung des Schadensersatzanspruchs im Falle der Schadensmilderungsobliegenheit. Dieser Umstand ist allerdings nicht, wie vereinzelt vertreten⁴¹⁵, als Argument für eine generelle Anwendung der Erfüllungsgehilfenhaftung bei Obliegenheitsverletzungen zu sehen. Vielmehr zeigt die ausdrückliche Erwähnung im Gesetz, dass es sich dabei um eine Ausnahme handelt.

Der vom Gesetzgeber vorgesehene und von Rechtsprechung und Literatur unzweifelhaft anerkannte Unterschied zwischen

⁴¹² Ritter/Abraham S. 35 ff.

⁴¹³ Schmidt Obliegenheiten 314 ff.

⁴¹⁴ Deutsch Rn. 197.

⁴¹⁵ Medicus AT Rn. 889.

Obliegenheiten und Verbindlichkeiten verbietet geradezu deren generelle Gleichbehandlung.

Daher sind Obliegenheiten richtigerweise auch nicht als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB anzusehen. So scheidet die Anwendung des § 278 BGB im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht nach § 19 VVG (§ 16 VVGaF) und der Einschaltung eines Arztes durch den Antragsteller aus⁴¹⁶.

Wird der Arzt vom Versicherer beauftragt, so geschieht dies ebenfalls nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit, welche etwa gegenüber dem Antragsteller bestünde. Auch hier ist § 278 BGB nicht anzuwenden.

Auch eine analoge Anwendung der Norm ist abzulehnen, da die Unterscheidung zwischen versicherungsrechtlicher Obliegenheit und einer vertraglichen Verbindlichkeit ihren Grund in der speziellen Regelungssystematik des VVG hat. Das besondere Rechtsinstitut der Obliegenheit genießt damit eine Art Bestandschutz und soll gerade nicht wie eine Verbindlichkeit behandelt werden. Seine Existenz und Exklusivität würde durch eine analoge Anwendung von Regelungen, die für Verbindlichkeiten konstruiert sind, ad absurdum geführt.

cc) Keine Haftung nach dem Repräsentantenmodell

Das Institut der Wissenserklärungsvertretung ist weder mit der Repräsentantenhaftung zu begründen, noch auf der Haftungsebene damit in Verbindung zu setzen.

Wie bereits im Rahmen der Wissenszurechnung dargestellt, unterliegt die Repräsentanteneigenschaft besonderen Voraussetzungen, welche bei dem eingeschalteten Arzt nicht erfüllt sind⁴¹⁷.

Bezüglich der Erklärungszurechnung müssen hingegen die Voraussetzungen der Wissenserklärung vorliegen. Der Repräsentant ist nicht automatisch auch Wissenserklärungsvertreter.

⁴¹⁶ Rolfs in Bruck/Möller I 2008 § 19 Rn. 23.

⁴¹⁷ Siehe S. 128 ff.

Das Repräsentantenmodell hat, wie schon bei der Wissenszurechnung, auch auf der Haftungsebene im Rahmen der Wissenserklärungsvertretung keine eigenständige Bedeutung.

dd) Die Haftung des Antragstellers für Erklärungen des Wissenserklärungsvertreters

Im Rahmen der Wissenserklärungsvertretung bedarf es keiner isolierten Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB oder nach dem Repräsentantenmodell, um eine Haftung des Antragstellers für Erklärungen des Arztes zu begründen.

Da nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung dem Antragsteller sowohl die Erklärung als auch das Wissen des Arztes zugerechnet wird, ist eine Falsch- oder Nichtanzeige gefahrerheblicher Umstände durch den Arzt auch als vom Antragsteller verschuldet anzusehen und löst dessen Haftung dafür aus. Ohne eine solch umfängliche Zurechnung von Wissen, Erklärung und Verschulden des Wissenserklärungsvertreters wäre das Modell sinnentleert. Jeder Antragsteller könnte dann eine Zwischenperson einschalten und sich dadurch dem Großteil seiner Verantwortung entziehen.

c) Die Bedeutung der Erklärungszurechnung für die Eigenhaftung des Arztes

Die Zurechnung der Erklärung über das Institut der Wissenserklärungsvertretung führt im Falle der Mangelhaftigkeit der Erklärung zu einer Verletzung der Anzeigepflicht des Antragstellers. Damit sind die objektiven Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht des Versicherers aus § 19 II VVG erfüllt.

Über das Institut der Wissenserklärungsvertretung wird dem Antragsteller nicht nur die Erklärung des Arztes, sondern auch dessen Verschulden im Rahmen von § 19 III VVG zugerechnet.

Für die Belange des schutzwürdigen Antragstellers, der den Arzt in vorliegend untersuchter Konstellation aus lauterem

Gründen ohne Aufforderung des Versicherers eingeschaltet hat, ist auf die Eigenhaftung des Arztes hinzuweisen. Führt eine Falsch- oder Nichtanzeige gefahrerheblicher Umstände durch das mangelhafte ärztliche Gutachten zu einem Schaden für den Antragsteller, so kann er den Arzt dafür nach den Grundsätzen der werkvertraglichen Mängelhaftung in Anspruch nehmen.

2. Erklärungen dem Antragsteller gegenüber

a) Eigenhaftung des Arztes

Der Arzt selbst haftet dem Antragsteller gegenüber für die Richtigkeit seines Gutachtens aus dem zwischen Ihnen geschlossenen Werkvertrag nach § 280 ff., 631 ff. BGB.

Ist zwischen Arzt und Antragsteller hingegen ein Beratungsvertrag geschlossen worden, richtet sich die Haftung aus einer fehlerhaften Beratung nach diesem Beratungsvertrag. Es darf daran erinnert werden, dass aufgrund dieses Haftungsrisikos hohe Anforderungen an die Vertragserklärungen zum Abschluss eines solchen Beratervertrages zu stellen sind⁴¹⁸. Ohne einen Beratungsvertrag, also bei der Beratung als reiner Gefälligkeit, ist § 675 I BGB einschlägig; der Rat gebende Arzt ist dann regelmäßig nicht haftbar.

b) Zurechnung zu Lasten des Versicherers

Eine Zurechnung des ärztlichen Verhaltens zu Lasten des Versicherers ist ausgeschlossen. Zwischen Versicherer und Arzt besteht keine rechtliche Sonderverbindung. Die Tatsache, dass der Arzt mit dem Ziel des Vertragsschlusses aktiviert wird, reicht nicht aus, um eine Verantwortlichkeit des Versicherers für ein vom Antragsteller eigenverantwortlich eingeschalteten Arztes zu begründen.

⁴¹⁸ Siehe S. 45 ff.

c) Das Verschulden des Arztes als Entlastungsmöglichkeit für den Antragsteller

Deutlich spannender ist die Frage, ob der Antragsteller auch haftet, wenn er durch den Arzt falsch beraten wird und daraufhin eine Anzeigepflichtverletzung nach § 19 VVG (§ 16 VVGaF) begeht. So könnte er von seinem Hausarzt fälschlicherweise dahingehend beraten worden sein, dass ein Umstand nicht gefahrererblich sei. Daraufhin gibt dann der Antragsteller diesen Umstand nicht an und verletzt seine Anzeigepflicht.

Es könnte hier eine Entlastungsmöglichkeit bezüglich seiner Haftung in Betracht kommen, wenn der Antragsteller darauf verweist, dass er ärztlich beraten wurde und aufgrund dieser Beratung einen Umstand nicht angegeben hat⁴¹⁹.

Gemäß § 19 III VVG ist Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des Versicherungsunternehmens, dass das Unterbleiben einer Anzeige durch den Antragsteller vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet ist. Der Verschuldensmaßstab bei § 16 II VVGaF war nach einhelliger Meinung einfache Fahrlässigkeit⁴²⁰.

Geht man bei der Untersuchung exakt vor, so ist das Verschulden der Unkenntnis über die Gefahrerheblichkeit eines Umstandes zu ermitteln. Es ist zu fragen, ob der Antragsteller den nicht angezeigten Umstand für unerheblich halten durfte⁴²¹.

Bei der Bewertung, ob ein Verhalten fahrlässig ist, sind nach ständiger Rechtsprechung sowie allgemein vorherrschender Meinung in der Literatur im Grundsatz objektive, abstrakte und typisierende Kriterien heranzuziehen⁴²². Wenn der Antragstel-

⁴¹⁹ Knappmann VersR 2005 199, 201.

⁴²⁰ Langheid in Römer/Langheid §§ 16,17 Rn. 63; Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 34.

⁴²¹ BGH LM § 16 VVG Nr. 17; OLG Hamburg VersR 1990 610; Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 36.

⁴²² Westermann in Erman § 276 Rn. 10 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

ler aufgrund einer ärztlichen Beratung einen Umstand nicht anzeigt, lassen sich sowohl Argumente für, als auch gegen fahrlässiges Handeln finden.

Einerseits kann vertreten werden, der Antragsteller habe nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt und somit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten. Er war sich bei der Beantwortung einer Frage unsicher und hat daraufhin einen Dritten zur Rate gezogen. Liegen keine besonderen Anzeichen vor, darf er auf die Aussage eines Arztes vertrauen, wenn es um Gesundheitsfragen geht. Dieser ist als Sachverständiger in diesem Bereich eine qualifizierte Auskunftsperson, zu welcher der potentielle Versicherungsnehmer außerdem eine besondere Vertrauensstellung aufgrund des Arzt-Patientenverhältnisses hat.

Andererseits ist auch dem Argument viel abzugewinnen, dass der Antragsteller in Bezug auf den fraglichen Umstand unsicher war und sich gerade deswegen *für* eine Anzeige hätte entscheiden müssen, um seiner Sorgfaltsanforderung gegenüber dem Versicherer gerecht zu werden. Der potentielle Versicherungsnehmer hat gezweifelt, ob er eine bestimmte Anzeige machen soll, oder nicht. Nur deswegen hat er einen sachverständigen Dritten zu Rate gezogen. Weshalb hat er überhaupt die Meinung eines Arztes seines Vertrauens eingeholt und sich nicht „im Zweifel pro Anzeige“ entschieden? Die Antwort auf diese Frage ist vermutlich, dass er Bedenken davor hatte, durch die Anzeige negative Auswirkungen auf seinen künftigen Vertrag – etwa Prämienhöhung oder Risikoabschluss – auszulösen oder gar von dem Versicherer als Vertragspartner abgelehnt zu werden. Es ist zumindest fraglich, ob diese Motivation, die Anzeige nicht zu tätigen, der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gerecht wird. Allerdings ist die Anzeigepflicht auch keine allgemeine Offenbarungspflicht, sondern bezieht sich nur auf bestimmte Umstände. Der Antragsteller hat durchaus ein berechtigtes Schutzinteresse, persönliche

Informationen über seinen Gesundheitszustand für sich zu bewahren, so lange sie nicht unter die Anzeigepflicht fallen. Für eine Forderung nach einem Grundsatz „im Zweifel pro Anzeige“ ist daher kein Raum.

Die Neugestaltung des Gesetzes führt nach § 19 III VVG sogar dazu, dass nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu einem Rücktrittsrecht des Versicherers führen. Bei einfacher oder leichter Fahrlässigkeit sowie bei fehlendem Verschulden hat der Versicherer nach Ablauf einer Monatsfrist ein Kündigungsrecht.

Ruft man sich den Ansatzpunkt in Erinnerung, dass lediglich nach dem Verschulden bezüglich des Nichtwissens über die *Gefahrerheblichkeit* eines Umstandes gefragt wird⁴²³, so muss die Verschuldensbeurteilung ohnehin konzentriert werden. Nicht die Kenntnis um den Umstand, sondern nur die Kenntnis über dessen *Gefahrerheblichkeit* ist relevant.

Bittet der Antragsteller einen Sachverständigen seines Vertrauens um eine Stellungnahme und geht er aufgrund dieser Stellungnahme davon aus, ein Umstand sei nicht gefahrerheblich, so ist ihm die Nichtkenntnis von der tatsächlichen Gefahrerheblichkeit nicht als Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne des § 19 III VVG vorzuwerfen. Bezüglich der Einschätzung über die Gefahrerheblichkeit eines Umstandes darf der Antragsteller auf das Fachwissen eines Experten vertrauen.

So folgt nach hier vertretener Auffassung der Schluss, dass ein Antragsteller, der von einem qualifizierten Arzt seines Vertrauens bezüglich der Gefahrerheblichkeit falsch beraten wurde und daraufhin die Anzeige eines gefahrerheblichen Umstandes unterlassen hat, nicht grob fahrlässig im Sinne des § 19 II VVG handelt. Der Antragsteller hat also eine Entlastungsmöglichkeit in der Gestalt, dass ihm regelmäßig keine

⁴²³ BGH LM § 16 VVG Nr. 17; OLG Hamburg VersR 1990 610; Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 36.

grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, wenn er ärztlich falsch beraten wurde.

Die Rechtsprechung zur alten Rechtslage räumt dem Antragsteller mit weniger dogmatischer Begründung ebenfalls eine Entlastungsmöglichkeit ein: Wenn der Antragsteller bestimmte gefahrrelevante Umstände nicht anzeigt, weil er aufgrund einer Beratung seines Hausarztes den Eindruck haben durfte, der Umstand sei irrelevant, dann handle es sich nicht um einen Verstoß gegen 16 I VVGaF, auch wenn der Umstand objektiv doch gefahrerheblich ist⁴²⁴.

Der Bundesgerichtshof argumentiert also, dass der Antragsteller das nicht anzeigen kann, was er nicht kennt⁴²⁵. Wenn er demnach eine Auffälligkeit seines Gesundheitszustandes von seinem Arzt als nicht gefahrerheblich attestiert bekommt, dann kenne er diesen Umstand nicht⁴²⁶.

Richtigerweise kennt er zumindest nicht dessen Gefahrerheblichkeit. Bettet man den zuvor geführten Streitstand in die Argumentation des Bundesgerichtshofs ein, so stellt es sich als passendes Gesamtbild dar. Der Senat verkennt – möglicherweise aufgrund der Kürze seiner Darstellung – lediglich den Unterschied zwischen der Kenntnis eines Umstandes und der Kenntnis der Gefahrerheblichkeit eines Umstandes. Ansonsten ist die Rechtsprechung mit der hier vertretenen Auffassung vereinbar und im Ergebnis deckungsgleich.

Eine Zurechnung des Verschuldens des beratenden Arztes zu Lasten des Antragstellers scheidet aus⁴²⁷. Der Arzt tritt bei der Beratung dem Versicherer gegenüber nicht in Erscheinung. Er ist also weder Wissenserklärungsvertreter, noch Repräsentant. Wie im Rahmen der Erklärung gegenüber dem Versicherer

⁴²⁴ BGH VersR 1968 41, 42.

⁴²⁵ BGH VersR 1967 56, 58.

⁴²⁶ BGH VersR 1968 41, 42.

⁴²⁷ Im Ergebnis so auch Wendt/Jularic, VersR 2008 41, 45.

schon erläutert⁴²⁸, scheidet auch bei der fehlerhaften Beratung die Verschuldenszurechnung gemäß oder entsprechend § 278 BGB aus, weil der Antragsteller sich des Arztes nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient.

Es soll allerdings noch ein kurzer Blick auf die Beweislastverteilung geworfen werden.

Nach ständiger Rechtsprechung ist für sämtliche Umstände, die den Rücktritt begründen, der Versicherer in der Beweislast⁴²⁹. Umgekehrt hat der Versicherungsnehmer alle Umstände zu beweisen, die das Rücktrittsrecht wieder aufheben⁴³⁰, wozu auch das mangelnde Verschulden zu zählen ist. Für das Nichtverschulden der Unkenntnis der Gefahrerheblichkeit hat der Versicherungsnehmer den Beweis zu erbringen⁴³¹.

In Bezug auf das neue Recht ergeben sich bei der Beweislastverteilung auch keine Änderungen. Die Gesetzesbegründung hebt zu § 19 III VVG ausdrücklich hervor, dass die Beweislast für das Nichtvorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beim Versicherungsnehmer liegt⁴³². Diese Feststellung schließt das Nichtvorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bezüglich der Unkenntnis der Gefahrerheblichkeit mit ein.

Dies wird dem Versicherten in der Praxis, wo solche kurzen Beratungsanfragen oft nur bei Gelegenheit während eines Arztbesuches stattfinden und demnach regelmäßig nicht dokumentiert sind, oft Probleme bereiten. Die Beweislastregelung sorgt allerdings für einen notwendigen Schutz des Versicherers, welchem sein Rücktrittsrecht bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen nur dann verwehrt wird, wenn der Antragsteller glaubwürdig darlegen kann, dass er falsch beraten wurde.

⁴²⁸ Vgl. S. 178 ff.

⁴²⁹ RGZ 128 116; BGH VersR 1984 528; OLG Hamm VersR 1994 1333.

⁴³⁰ BGH VersR 1980 762; VersR 1991 171.

⁴³¹ Prölss in Prölss/Martin §§ 16, 17 Rn. 43.

⁴³² Begründung VVG-nF S. 65.

Die Entlastungsmöglichkeit des Antragstellers führt auch nicht zu einer unbilligen Härte für den Versicherer.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Antragsteller durchaus eine Entlastungsmöglichkeit für den Fall hat, dass er durch einen Arzt bezüglich der Gefahrerheblichkeit eines Umstandes falsch beraten wurde.

C. HAFTUNG FÜR ANDERES VERHALTEN DES ARZTES UND DIE ZURECHNUNG DIESER HAFTUNG

Als „anderes Verhalten“ des Arztes kommt insbesondere die körperliche Untersuchung des Antragstellers in Betracht. Auch durch rein diagnostische Maßnahmen kann es zu Verletzungen des Antragstellers kommen. Dabei ist speziell an diagnostische Maßnahmen mit Eingriffscharakter zu denken. So kommt es im versicherungsmedizinischen Zusammenhang regelmäßig zu Blutentnahmen. In besonderen Fällen werden auch Belastungs-EKGs oder gar Biopsien, also Gewebeentnahmen, zu diagnostischen Zwecken durchgeführt. Auch wenn es dabei glücklicherweise nicht häufig zu Gesundheitsbeschädigungen kommt, sind Fragen der Haftung in diesen Fällen besonders brisant. Abgesehen von Gesundheitsverletzungen ist auch etwa an eine andere Pflichtverletzung des Arztes, nämlich die verspätete Gutachtenerstellung, zu denken.

I. Vom Versicherer eingeschalteter Arzt

1. Der niedergelassene Arzt

a) Eigenhaftung des Arztes

Der Arzt haftet vordergründig seinem Vertragspartner, also dem Versicherer, gegenüber aus werkvertragrechtlicher Mängelhaftung.

aa) Gesundheitsbeeinträchtigung

Bei dem Gutachtervertrag handelt es sich um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁴³³. Der Arzt haftet daraus

⁴³³ Siehe S. 35.

gegenüber dem Antragsteller auch und gerade für den Fall einer Beeinträchtigung seiner Gesundheit.

Etwa Blutentnahmen und Gewebebiopsien gehen über die äußerliche Untersuchung des Antragstellers hinaus und haben Eingriffscharakter in Bezug auf das Rechtsgut Gesundheit. Der Arzt muss sich daher der Einwilligung des Antragstellers in diese Eingriffe vergewissern. Fehlt es an einer solchen Einwilligung, dann haftet der Arzt ohnehin nach § 823 BGB wegen eines Aufklärungsfehlers⁴³⁴ und hat sich obendrein einer Körperverletzung strafbar gemacht⁴³⁵. Auch Schmerzensgeldansprüche wären die Folge.

In der daher notwendigen Einwilligung ist allerdings kein Rechtsgeschäft zu sehen, aus dem sich eine vertragliche Haftung des Arztes gegenüber dem Antragsteller herleitet.

Die Einwilligung ist eine einseitige Willenserklärung und stellt keine Vertragserklärung für einen gesonderten Behandlungs- oder sonstigen Dienstleistungsvertrag zwischen Antragsteller und Arzt dar⁴³⁶.

Die Expertenhaftung und die Sachwalterhaftung beziehen sich auf eine Haftung für Fehler der Expertise, also dem Gutachten selbst⁴³⁷. Grundlage dieser Modelle ist das Vertrauen in Erklärungen und Aussagen von einem Mitglied des Berufsstandes der Ärzte und das Vertrauen in das ärztliche Beurteilungsvermögen⁴³⁸. Diese Kriterien sind als Grundlage für eine Haftung des Arztes wegen einer Gesundheitsverletzung nicht passend und auch nicht heranzuziehen.

Was das Rechtsverhältnis zu dem Antragsteller anbelangt, bleibt es schuldrechtlich demnach bei der Haftung des Arztes aus dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

⁴³⁴ Quaas/Zuck S. 271 f.

⁴³⁵ Ulsenheimer in Laufs/Uhlenbruck S. 1111 ff.

⁴³⁶ BGHZ 29 33, 36; Ulsenheimer in Laufs/Uhlenbruck S. 1111 ff.

⁴³⁷ Jagmann in Staudinger 2004 § 328 Rn. 137.

⁴³⁸ Siehe S. 168 f.

Außerdem haftet der begutachtende Arzt deliktisch nach § 823 I, II BGB grundsätzlich auch für einen Gesundheitsschaden des Antragstellers, den er rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat⁴³⁹, selbst wenn eine Einwilligung vorausgegangen ist, dann aber ein kunstfehlerhafter Eingriff folgt.

bb) Besonderheit: das verspätete Gutachten

Der Bundesgerichtshof hat den Schutzbereich eines ärztlichen Gutachtens auch in zeitlicher Hinsicht konkretisiert. Dies kann insbesondere für die finanzielle Reichweite der Haftung des Arztes von erheblicher Bedeutung sein.

Der erkennende Senat hat die ärztliche Standespflicht aus § 25 MBO-Ä 1997/2000, Gutachten innerhalb einer angemessenen Frist abzugeben, zu einer allgemeinen Rechtspflicht erhoben⁴⁴⁰. Dieses rechtstechnische Vorgehen ist in der Literatur, teilweise unter konkreter Bezugnahme auf eben dieses BGH-Urteil⁴⁴¹, allgemein anerkannt⁴⁴². Mit dem obiter dictum schließt der BGH die wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers in den Schutzbereich der vertraglichen Verpflichtung des begutachtenden Arztes mit ein. Diese Rechtsprechung führt etwa bei Lebensversicherungsverträgen zu der Möglichkeit, dass der Arzt in voller Höhe der Versicherungssumme dem Antragsteller gegenüber schadensersatzpflichtig wird. Wie auch in dem vom BGH entschiedenen Fall sind dabei schnell sehr hohe Haftungssummen zu diskutieren. Dies zumindest dann, wenn aufgrund des verspäteten ärztlichen Gutachtens der Vertragsschluss vor dem Tod des Antragstellers nicht mehr stattfinden kann.

Der Arzt hat keinerlei Einflussmöglichkeit auf den Eintritt des Schadensfalles. An das Merkmal der „angemessenen Zeit“

⁴³⁹ Erlenkämper S. 749.

⁴⁴⁰ BGH VersR 2006 363, 364.

⁴⁴¹ Rieger/Krieger in Rieger 2001 Nr. 2270 Rn. 12, 20.

⁴⁴² Laufs in Laufs/Uhlenbruck § 3 Rn. 11.

dürfen daher nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Die vom BGH beiläufig festgestellte Haftungsgrundlage sollte damit nur in extremen Ausnahmefällen einer nicht mehr vertretbar langen Zeit der Gutachtenerstellung von mehreren Monaten Dauer ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

b) Zurechnung zu Lasten des Versicherers, der Arzt als Erfüllungsgehilfe bei vorvertraglichen Schutzpflichten

Bei einer Körperverletzung im Rahmen der ärztlichen Untersuchung drängt sich die Frage nach einer Haftung des Versicherers, der den Arzt zu der körperlichen Untersuchung vertraglich verpflichtet hat, förmlich auf.

Zu dem Zeitpunkt der ärztlichen Beteiligung fehlt es zunächst an einem vertraglichen Schuldverhältnis, aus dem sich eine Haftung des Versicherers für den Arzt ergeben könnte. Eine Haftung wegen positiver Vertragsverletzung durch einen Erfüllungsgehilfen nach §§ 280 ff., 278 BGB kommt nicht in Betracht⁴⁴³.

Das Schuldverhältnis mit Sorgfaltspflichten nach § 241 II BGB, aus dem sich eine Haftung des Versicherers für den Arzt herleiten könnte, ergibt sich bei der untersuchten Konstellation aus § 311 I Nr. 2 BGB. Kommt es zur Risikoprüfung durch einen Arzt, dann bahnt sich zwischen Versicherer und Antragsteller ein Vertragschluss an und der Antragsteller gibt dem Versicherer durch die Gestattung der körperlichen Untersuchung die Möglichkeit, auf sein Rechtsgut der körperlichen Integrität⁴⁴⁴ einzuwirken. Dabei reicht die theoretische Einwirkungsmöglichkeit aus. Der Antragsteller muss sich dieser Tatsache nicht bewusst sein und muss dahingehend nicht zielgerichtet handeln⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Reiff in Handbuch Versicherungsrecht § 5 Rn. 98.

⁴⁴⁴ Emmerich in MüKo § 311 Rn. 91.

⁴⁴⁵ Kindl in Erman § 311 Rn. 21.

Das Schuldverhältnis, aus dem sich eine Haftung für den Arzt ergeben könnte, ist also unproblematisch gegeben.

Fraglich ist allerdings, ob sich der Versicherer des Arztes zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient.

Streng formaljuristisch und bei einer engen Auslegung der Reichweite des § 278 BGB wäre dies zu verneinen. Das Reichsgericht hat dazu exemplarisch bereits Position bezogen, wenn auch an überraschender Stelle – nämlich zu einem Fall über einen Spediteur, der Tücher zu transportieren hatte. So führt das Gericht aus, dass ein Arzt, der im Rahmen eines Gutachtenvertrages ein Gutachten erstellt, eine eigene vertragliche Verbindlichkeit erfüllt und nicht eine Vertragspflicht, die seinem Auftraggeber einem Dritten obliegt⁴⁴⁶. Dahinter steht die Beurteilung, dass ein Leistender mit einer Leistung immer nur eine Vertragspflicht gegenüber einem Vertragspartner erfüllen könne und nicht gegenüber mehreren. Bei formaler Betrachtungsweise ist diese Gerichtsauffassung sicherlich nachvollziehbar und von einem rein systematischen Standpunkt auch zu befürworten.

Fraglich ist allerdings, ob sie in der vorliegend konkret untersuchten Situation, insbesondere unter Verbraucherschutzgesichtspunkten, noch sachgerecht und zeitgemäß ist.

Das Reichsgericht macht seine Bewertung auch an einer Unterscheidung zwischen der Erfüllungshandlung und der Erfüllung einer Nebenpflicht deutlich. So begründet es die Einordnung des Spediteurs in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall damit, dass dieser die Erfüllungshandlung für seinen Auftraggeber übernommen hat und damit auch Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB sei⁴⁴⁷. Im Umkehrschluss bedeutet diese Wertung, dass ein Dritter, der eine eigene vertragliche Verpflichtung erfüllt, welche in einem anderen Vertrag nur Nebenleistungspflicht oder Sorgfaltspflicht ist, kein Erfül-

⁴⁴⁶ RGZ 101 152, 153 f.

⁴⁴⁷ RGZ 101 152, 154.

lungsgelhilfe sein kann. Der Arzt erfüllt mit der Gutachtenerstellung eine Hauptleistungspflicht aus dem Gutachtervertrag, den er mit dem Versicherer geschlossen hat. Den Antragsteller nicht zu verletzen ist eine Sorgfaltspflicht aus dem Vertragsanbahnungsverhältnis, welches bezüglich der Sorgfaltspflichten gleich einem vertraglichen Schuldverhältnis zu behandeln ist, § 311 II Nr. 2 BGB. Damit wäre der Arzt nach der Auffassung des Reichsgerichtes kein Erfüllungsgelhilfe, weil er eine eigene Hauptleistungspflicht erfüllt und die verletzte Sorgfaltspflicht keine Hauptleistungspflicht aus dem Verhältnis zwischen Antragsteller und Versicherer darstellt.

Sorgfalts- und Nebenpflichten haben mittlerweile einen deutlich höheren Stellenwert, als dies 1920 zum Zeitpunkt des Reichsgerichtsurteils der Fall war. Spätestens mit der Schuldrechtsreform 2002 haben diese Pflichten in § 241 II BGB eine exponierte Positionierung durch den Gesetzgeber erfahren. Der Verbraucherschutz spielt auch im Versicherungsrecht eine wachsende Rolle, was an der Neugestaltung des VVG deutlich zu erkennen ist.

Es gilt daher heute, dem Verbraucher einen größtmöglichen Schutz vor Gefahren einer Benachteiligung zu bieten, die sich aus den heutigen marktwirtschaftlich notwendigen Entwicklungen ergeben. Durch die Einschaltung vieler Hilfspersonen, wie Versicherungsvermittler und Ärzten, steigt für den Verbraucher die Wahrscheinlichkeit, mit potentiell fehlerhaften Leistungen, die seine Rechtsgüter gefährden könnten, in Berührung zu kommen. Die ärztliche Untersuchung wird durch das Bedürfnis des Versicherers einer detaillierten Risikoeinschätzung erst ausgelöst. Der Versicherer befindet sich in der vorteilhaften Situation, zu entscheiden, ob er eine ärztliche Untersuchung zur Bedingung für einen Vertragsschluss macht oder nicht. Daraus ergibt sich für den Antragsteller eine markttechnisch begründet unterlegene und schutzbedürftige Position. Der Versicherer hingegen schafft durch die Einschaltung eines

Arztes zusätzliche Risiken. Aufgrund dieser Risikosituation sind dem Antragsteller für den Fall einer Verletzung seiner Rechtsgüter möglichst weitgehende Haftungsmechanismen zur Verfügung zu stellen. Bei einer Verletzung seiner körperlichen Integrität im Rahmen einer Untersuchung zur Risikobewertung hat er selbstverständlich deliktische Ansprüche gegen den Arzt. Außerdem hat er vertragliche Ansprüche gegen den Arzt aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus § 311 III 2 BGB⁴⁴⁸. Darüber hinaus sind ihm gegebenenfalls auch vertragsähnliche Ansprüche aus dem Grundsatz der culpa in contrahendo gegen den Versicherer zuzubilligen. Die Voraussetzung der „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ ist in Anbetracht der Risikosituation weit auszulegen und die Eigenschaft des Arztes als Erfüllungsgehilfe bei den Vertragsverhandlungen bezüglich der vorvertraglichen Pflichten nach § 311 II BGB ist zu bejahen.

In diesem Zusammenhang ist als kurzer Exkurs auch ein Gedankengang von *Römer* besonders hervorzuheben. Im Kontext von Erläuterungen über die Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf vom Versicherer eingeschaltete Ärzte als Dritte führt er aus: „Aus der dem Vermittler ähnlichen Stellung des Dritten ist zu folgern, dass auch in diesem Falle eine Beratungspflicht entsteht, wenn sich aus den Erklärungen des Versicherungsnehmers (dem Dritten gegenüber, *Anm. d. Verf.*) die Notwendigkeit ergibt, dass ihm entsprechende Kenntnisse zu vermitteln sind.“⁴⁴⁹ *Römer* geht also davon aus, dass eine Beratungspflicht des Versicherers, etwa weil gesundheitsbezogene Angaben eine Einschränkung der Versicherbarkeit nach sich ziehen, auch dann entsteht, wenn diese Angaben dem Arzt gegenüber erfolgen. Dabei könne es dann nicht darauf ankommen, ob der Arzt diese Beratung und die Kenntnisverschaffung selbst leisten kann oder diese erst durch den Versicherer mög-

⁴⁴⁸ Siehe S. 174 ff.

⁴⁴⁹ *Römer* VersR 1998 1313, 1315.

lich wird⁴⁵⁰. Es schadet also nicht, wenn der Arzt nicht einmal weiß, welche Gesundheitsangaben zu einer Vereinbarung eines Leistungsausschlusses oder gar vollständiger Nichtversicherbarkeit führen und diese Information erst durch den Versicherer oder einen Agenten erfolgen kann. Entscheidend für die Entstehung der Beratungspflicht sei, dass der Versicherungsnehmer gegenüber einem vom Versicherer mit der Entgegennahme von Erklärungen beauftragten Dritten Angaben gemacht hat, die einen Aufklärungsbedarf erkennen lassen⁴⁵¹.

Dieser Auffassung *Römers* kann uneingeschränkt zugestimmt werden. Nach Aussagen des Antragstellers einem dem Versicherer zuzurechnenden Gehilfen gegenüber entsteht eine Beratungspflicht für den Versicherer. Diese ist auch umgehend zu erfüllen. Ist sie nicht von demjenigen zu leisten, der die eine Beratungspflicht auslösende Aussage vernommen hat, dann muss sie von anderer Stelle des Versicherers erfüllt werden. Die dahinter stehenden Verbraucherschützenden Überlegungen sind zu befürworten. Sie ziehen für den Versicherer auch keine unzumutbaren Erschwernisse nach sich. Er muss sich ohnehin um eine ordnungsgemäße Kommunikation bemühen⁴⁵². Wichtig ist es zu betonen, dass diese Beratungspflicht nicht etwa die Anwendung von § 64 VVG nach sich zieht. Vielmehr handelt es sich um eine spezielle Beratungspflicht, welche die Gefahrerheblichkeit von angezeigten Umständen anbelangt. Sie ändert nichts an der Feststellung, dass der Arzt in eigener Person keine Beratungspflichten wie ein gewerblicher Versicherungsvermittler haben kann.

Für die Frage nach der Eigenschaft des Arztes als Erfüllungsgehilfe bedeutet dies jedoch, dass der Arzt jedenfalls auch eine Beratungspflicht hat, sobald er relevante Angaben des Antragstellers für den Versicherer entgegennimmt. Der Versiche-

⁴⁵⁰ Römer VersR 1998 1313, 1315.

⁴⁵¹ Römer VersR 1998 1313, 1315.

⁴⁵² Siehe S. 63 ff.

rer bedient sich nach der Auffassung *Römers* damit des Arztes als Gehilfe bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Auch aus dieser exkursiv dargelegten Betrachtungsweise folgt, dass der Arzt als Erfüllungsgehilfe des Versicherers eingestuft werden kann und auch einzustufen ist.

Der Arzt muss als Erfüllungsgehilfe des Versicherers auch die Schutzpflichten, welche der Versicherer dem Antragsteller gegenüber hat, erfüllen. Das Risiko des Versicherers, bei einer Körperverletzung im Rahmen einer gutachterlichen Untersuchung in Haftung genommen zu werden, ist jedoch minimal. Ein in seiner Gesundheit geschädigter Antragsteller wird sich regelmäßig mit seinen Forderungen an den Arzt wenden, der wegen einer Pflichtverletzung die Gesundheitsbeeinträchtigung verursacht hat und nicht an den dahinter stehenden Versicherer.

2. Der Gesellschaftsarzt

Bei dem Gesellschaftsarzt scheidet eine eigene vertragliche Haftung des Arztes gegenüber dem Antragsteller von vorneherein aus, da zwischen den beteiligten Parteien in dieser Konstellation kein Vertrag existiert.

Die konkrete Tätigkeit der Untersuchung des Antragstellers beruht auf einer Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag zwischen Versicherer und Arzt. Dieser Arbeitsvertrag kann auch nicht insgesamt als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter klassifiziert werden. Die Leistung des Gesellschaftsarztes umfasst deutlich mehr als körperliche Untersuchungen von Antragstellern.

In der Gesamtbewertung ist weder Gläubiger-, noch Leistungsnähe gegeben. Auch mangelt es an der Erkennbarkeit des möglicherweise betroffenen Personenkreises.

Die Experten- und Sachwalterhaftung kommt in Bezug auf Handlungen des Arztes, die nicht das eigentliche Gutachten betreffen, auch bei dem Gesellschaftsarzt nicht in Frage.

Die Eigenhaftung des Gesellschaftsarztes dem Antragsteller gegenüber beschränkt sich demnach auf das Deliktsrecht.

Bezüglich der Zurechnung zu Lasten des Versicherers ergeben sich keine Unterschiede im Vergleich zu einem niedergelassenen Arzt. Das Angestelltenverhältnis ändert nichts an der Klassifizierung des beteiligten Arztes als Erfüllungsgehilfe⁴⁵³. Der Versicherer haftet sowohl für sonstiges Handeln des Arztes, welches nicht Erklärungen betrifft, als auch für seinen angestellten Gesellschaftsarzt. Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wird ihm das Verschulden nach § 278 BGB zugerechnet.

Gegenüber seinem Arbeitgeber, dem Versicherer, ist der Gesellschaftsarzt aus dem Dienstvertrag für Schlechtleistungen verantwortlich.

II. Vom Antragsteller eingeschalteter Arzt

Schaltet der Antragsteller eigenständig und ohne Anregung durch den Versicherer einen Arzt für die Gutachtenerstellung ein, dann weiß der Versicherer zunächst nicht einmal von dieser ärztlichen Beteiligung. Haftungsfragen für sonstiges Verhalten des Arztes, sei es Körperverletzung oder etwa auch ein zu spät erstelltes Gutachten, stellen sich deshalb nur im Verhältnis zwischen Arzt und Antragsteller. Hier sind keine Besonderheiten bei der vertraglichen oder deliktischen Haftung erkennbar. Die Haftung des Arztes ergibt sich im Verhältnis zu dem Antragsteller aus den üblichen werkvertraglichen und deliktsrechtlichen Haftungsbestimmungen.

⁴⁵³ Heinrichs in Palandt § 278 Rn. 8.

KAPITEL 5: ZUSAMMENFASSUNG, RECHTSFOLGEN UND ERGEBNIS

A. ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Analyse der Rechtsverhältnisse innerhalb des Dreipersonenverhältnisses Antragsteller, Arzt und Versicherer zeigt sich, dass es im Wesentlichen eine die Praxis dominierende Standardkonstellation gibt, in welcher der Arzt involviert wird. Regelmäßig ist es der Antragsteller, der den Arzt auswählt und als Bote oder Stellvertreter für den Versicherer mit der Erstattung eines Gutachtens über den versicherungsrelevanten Gesundheitszustand verpflichtet. Es kommt also in der Regel zu dem Abschluss eines Werkvertrages zwischen dem Versicherer und dem Arzt. Dieser Vertrag ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Antragstellers.

Die Notwendigkeit der Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen allgemein ergibt sich aus der Organ- und Vertretertheorie und bezüglich betrieblicher Organisationen aus der Mannheimer These.

Die Zurechnung des Wissens eines vom Versicherer eingeschalteten Arztes zu dessen Lasten erfolgt analog § 166 I BGB. Der Arzt ist außerdem Wissensvertreter des Versicherers, was ebenfalls eine Wissenszurechnung zu seinen Lasten zur Folge hat.

Die in §§ 43, 44 VVGaF spezialgesetzlich geregelte passive Vertretungsmacht ist entsprechend auf den vom Versicherer eingeschalteten Arzt anzuwenden. Ebenso ist die zum Versicherungsagenten ergangene Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf den Arzt übertragbar. Die Rechtsprechung zum bisherigen

Recht hat die Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung zwar nie ausdrücklich vorgenommen, allerdings ihrer Wertung der Interessenlage zufolge.

Die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung hat in § 70 VVG nun ihre gesetzliche Verankerung gefunden. Diese nun gesetzlich geregelte Wissenszurechnung ist, wie auch schon die zu §§ 43,44 VVGaF in Verbindung mit der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf den vom Versicherer eingeschalteten Arzt analog anzuwenden.

Somit ergibt sich eine Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers neben dem Institut des Wissensvertreters und der entsprechenden Anwendung von § 166 I BGB auch aus einer Analogie aus § 70 VVG.

Dieser spezialgesetzlichen Analogie ist im Vergleich zu der Analogie zu den allgemeinrechtlichen Vorschriften besondere Beachtung zu schenken.

Die Wissenszurechnung zu Lasten des Versicherers ist bei arglistigem, kollusivem Zusammenwirken von Antragsteller und Arzt ausgeschlossen.

Wird der Gesellschaftsarzt mit der Gutachtenerstellung beauftragt, liegt kein echtes Dreipersonenverhältnis vor, da der Gesellschaftsarzt als Angestellter ohnehin seinem Arbeitgeber, dem Versicherer zuzurechnen ist und nicht als außerhalb der Vertragsparteien stehende Hilfsperson auftritt.

Eine weitere Konstellation der ärztlichen Beteiligung ist die Beratung des Antragstellers durch den Arzt, ohne dass letzterer dem Versicherer gegenüber in Erscheinung tritt. Durch die Beratung des Arztes ändert sich gegebenenfalls das Wissen des Antragstellers über seinen Gesundheitszustand. Die bei einer Beratung gewonnen Erkenntnisse hat der Antragsteller dann anzuzeigen.

Eine Fehlberatung durch den Arzt ist dem Antragsteller nicht etwa zuzurechnen, er hat im Gegenteil eine Entlastungsmöglichkeit für den Fall, dass er aufgrund der ärztlichen Beratung eine falsche Anzeige tätigt. Insofern ihm kein eigenes Verschulden anzulasten ist, findet auch keine Verschuldenszurechnung des ärztlichen Fehlverhaltens zu Lasten des Antragstellers statt.

Dass der Antragsteller einen Arzt aus eigenem Antrieb mit der Erstellung eines Gutachtens zur Erfüllung der vorvertraglichen Anzeigepflicht selbst beauftragt, ist die absolute Ausnahme. Dieser Arzt ist dann Wissensvertreter und Wissenserklärungsvertreter des Antragstellers. Die Erklärungen und Handlungen eines solchermaßen eingeschalteten Arztes sind dem Antragsteller zuzurechnen.

Ist der Arzt im konkreten Sachverhalt Sachwalter des Antragstellers, dann haftet er dem Versicherer gegenüber aus § 311 III BGB. Ist er kein Sachwalter, dann ist er bei einer Fehlbegutachtung dem Versicherer gegenüber aus dem Werkvertrag mit dem Antragsteller als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Versicherers haftbar.

Die Zurechnung des beim Versicherungsvertragsschluss beteiligten Arztes wurde durch die Einführung des neuen VVG im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage nicht geändert.

B. KONSEQUENZEN DER ZURECHNUNG UND DIE RECHTSFOLGEN NACH NEUEM RECHT

Die Zurechnung von Wissen des Arztes zu Lasten des Versicherers steht in engem Kontext mit der Frage, ob die Anzeigepflicht des Antragstellers erfüllt wurde oder nicht.

Nach dem Rechtsfolgesystem des neuen VVG soll der Versicherer sich nach einer Anzeigepflichtverletzung nur dann vom Vertrag lösen können, wenn er bei richtiger Anzeige keinen Vertrag geschlossen hätte⁴⁵⁴. In der Abkehr vom „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ findet sich im neuen Recht eine von dem Verschulden des Antragstellers abhängig gestaffelte Rechtsfolgen-systematik⁴⁵⁵.

Verletzt der Antragsteller die Anzeigepflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig, so kann der Versicherer nach § 19 II, II 2 VVG von dem Versicherungsvertrag zurücktreten. Bei geringerem Verschulden steht dem Versicherer nach § 19 III VVG ein Kündigungsrecht zu, wenn er binnen eines Monats eine entsprechende Erklärung abgibt.

In einer Abkehr⁴⁵⁶ vom Alles-oder-Nichts-Prinzip aus dem Vorgänger des jetzigen VVG kann der Versicherer diese Rechte nur ausüben, wenn er den Versicherungsvertrag bei erfolgter Anzeige der fraglichen Umstände nicht geschlossen hätte, § 19 IV 1 VVG. Wenn der Versicherer einem Vertragsschluss unter anderen Bedingungen geschlossen hätte, so gelten diese Bedingungen nach § 19 IV 2 VVG rückwirkend oder bei mangelndem Verschulden des Antragstellers ab der laufenden Versicherungsperiode.

Muss sich der Versicherer das Wissen des von ihm eingeschalteten Arztes analog §§ 166 I, III BGB, §§ 69, 70 VVG zurechnen lassen, dann führt das dazu, dass ein gefahrerheblicher

⁴⁵⁴ Härle in Praxiskommentar § 19 Rn. 9.

⁴⁵⁵ Härle in Praxiskommentar § 19 Rn. 8.

⁴⁵⁶ Begründung VVG-nF S. 49; Römer VersR 2006 740.

Umstand als angezeigt gilt. Dem Versicherer stehen damit keine Rechte aus § 19 II bis VI VVG zu, weil es schon an einer Anzeigepflichtverletzung fehlt. Der Versicherer ist an die Vertragslaufzeit oder an ordentlich vereinbarte Kündigungsvoraussetzungen und –fristen gebunden.

Die Zurechnung von falschen Erklärungen des vom Antragsteller eingeschalteten Arztes zu dessen Lasten über die Figur des Wissenserklärungsvertreeters führt bei einer falschen oder unvollständigen Anzeige durch den Arzt zu einem Rücktrittsrecht des Versicherers nach § 19 II VVG, wenn der Arzt zumindest grob fahrlässig handelte. Bei geringerem Verschulden bleibt es bei einem Kündigungsrecht des Versicherers nach § 19 II, III VVG.

Grundsätzlich müssen alle Beteiligten in der Dreipersonenkonstellation umfassende Haftungsgesichtspunkte in Betracht ziehen. Neben den Varianten der Haftungszurechnung ist die Eigenhaftung des Arztes nicht zu vernachlässigen. Hier kann es in Anbetracht der Möglichkeit besonders hoher Versicherungssummen auch zu außerordentlich hohen Forderungen kommen.

C. ERGEBNIS:

KATEGORISIERUNG DES NIEDERGELASSENEN ARZTES ALS „MEDIZINISCHE HILFSPERSON“

I. Vorbemerkung

Wie diese Ausarbeitung gezeigt hat, gibt es verschiedene vertragliche Konstruktionen, aufgrund derer ein Arzt beim Abschluss eines Versicherungsvertrages beteiligt sein kann.

Hinzu kommen zahlreiche Modelle der Wissens- und Haftungszurechnung. Allerdings wird im Zusammenhang mit den bereits bestehenden Modellen immer wieder deutlich, dass diese ihren Ursprung entweder im allgemeinen Zivilrecht, im allgemeinen Versicherungsrecht oder insbesondere im Zusammenhang mit Versicherungsvertretern haben.

Wegen dieser Vielzahl von Quellen und mangels spezialgesetzlicher Regelungen ist die Rechtslage bei der Beteiligung von Ärzten beim Abschluss von Versicherungsverträgen eher unübersichtlich und zeigt wenig dogmatische Klarheit. In vielen Punkten ist der Arzt wegen einer teilweise vergleichbaren Interessenlage wie ein Versicherungsvertreter zu behandeln. Daraus eine generelle Kategorisierung und Gleichbehandlung des Arztes mit dem Versicherungsvertreter abzuleiten, wäre allerdings dogmatisch verfehlt und würde die rechtlich relevanten Aspekte der ärztlichen Beteiligung zwar teilweise, aber nicht umfassend korrekt darstellen.

Wie einleitend bereits vermutet, ist der Arzt in keine der vorhandenen Kategorien von beim Vertragsschluss eingeschalteten Hilfspersonen einzuordnen.

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit ist eine solche Kategorisierung der begrifflichen Klarheit wegen erstrebenswert.

Im Folgenden wird der auf der Grundlage der in dieser Ausarbeitung gefundenen Ergebnisse der beim Abschluss eines Versicherungsvertrages eingeschaltete Arzt als „Medizinische

Hilfsperson“ kategorisiert. Dabei gilt ein besonderes Augenmerk dem vom Versicherer eingeschalteten Arzt, denn schon heute ist der vom Antragsteller aus eigener Initiative beauftragte Arzt eine Seltenheit. Die Bedeutung dieser Fallkonstellation wird durch die Neugestaltung des VVG auch noch weiter abnehmen. Die Versicherer werden wegen der geänderten Voraussetzungen zur Gefahrerheblichkeit eher mehr als weniger Ärzte bei der Risikoprüfung einschalten.

Gelingt es also, den vom Versicherer eingeschalteten Arzt im Rahmen eines dogmatisch korrekten und dennoch anschaulichen Modells begrifflich klar zu kategorisieren, ist damit schon viel gewonnen.

II. Die Medizinische Hilfsperson

1. Definitionen

Die Medizinische Hilfsperson ist ein vom Versicherer vertraglich gebundener Arzt, der im Rahmen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages mit der Entgegennahme, Beschaffung und Auswertung gesundheitsbezogener Informationen bezüglich des Antragstellers betraut ist.

Der Arzt kann ein selbstständiger, niedergelassener Arzt, ein Krankenhausarzt – gleich welchen zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses – oder auch ein Gesellschaftsarzt sein. Ziel der ärztlichen Verpflichtung ist die Erstellung einer sachverständigen Stellungnahme, welche in Richtung des Versicherers abzugeben ist. Der ärztlichen Tätigkeit liegt dabei regelmäßig als Gutachtenvertrag ein Werkvertrag zugrunde. Bei Krankenhausärzten kann die Begutachtung Teil deren Arbeitsverpflichtung sein. Die Vergütung für die Gutachterleistung richtet sich nach GOÄ, wenn keine individuelle Vergütungsvereinbarung

vorliegt. Bei Gesellschaftsärzten ist die Begutachtung eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag mit dem Versicherer.

Im Rahmen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages ist der Arzt dann tätig, wenn die Informationen, welche der Arzt entgegennehmen und auswerten soll, als gefahrerhebliche Umstände im Sinne des § 19 I VVG in Frage kommen.

Die Entgegennahme von Informationen findet regelmäßig durch ein persönliches Gespräch oder das Studieren von Krankenakten statt.

Die Beschaffung von Informationen ist hauptsächlich die körperliche Untersuchung des Antragstellers. Bestandteil der körperlichen Untersuchung können auch invasive Maßnahmen, wie Blutentnahmen und Biopsien, sein.

Die Auswertung ist die Analyse und Bewertung der gewonnenen Erkenntnisse und hat in Form einer sachverständigen, schriftlichen Stellungnahme zu erfolgen.

Die Kategorisierung als Medizinische Hilfsperson ist im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens von Antragsteller und Arzt oder einem arglistigen Verhalten des Arztes mit Schädigungswirkung in Richtung des Versicherers ausgeschlossen.

2. Rechtliche Folgen der Kategorisierung als „Medizinische Hilfsperson“

Sämtliche Angaben, welche der medizinischen Hilfsperson gegenüber gemacht werden, gelten im Sinne des § 19 I VVG als dem Versicherer gegenüber angezeigt.

Der Versicherer haftet für ein Fehlverhalten des Arztes. Dies umfasst in der Regel eine fehlerhafte Gutachtenerstellung, aber auch Schäden an der Gesundheit des Antragstellers, welche durch die körperliche Untersuchung entstehen.

3. Ausnahme: Der vom Antragsteller eingeschaltete Arzt

Der vom Antragsteller vertraglich gebundene Arzt ist keine Medizinische Hilfsperson. Er ist allenfalls ein Wissenserklärungsvertreter des Antragstellers. Letzterer muss sich die Erklärungen des Arztes zurechnen lassen.

Die Ausnahme des vom Antragsteller eingeschalteten Arztes von der Rechtsfigur der „medizinischen Hilfsperson“ ist interessengerecht und der Klarheit und Bestimmtheit der Rechtsfigur nicht abträglich. Bei praxisnaher Herangehensweise an die rechtlichen Fragen um die Beteiligung des Arztes beim Versicherungsvertragsschluss ist es für die Zukunft vor allem wichtig, eine Lösung für die weit überwiegende Mehrheit der Fälle, in denen der Versicherer und nicht der Antragsteller den Arzt vertraglich bindet, gefunden zu haben.

4. Abschließende Anregung

Mit der Benennung der Rechtsfigur der „medizinischen Hilfsperson“ ist eine klare Kategorisierung des von einem Versicherer im Rahmen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages eingeschalteten Arztes gefunden und gelungen.

Damit ist auch gezeigt, dass ein dogmatisch sauber strukturierter Weg der Zurechnung solchermaßen von Versicherern eingeschalteter Ärzte existiert. Eine ebenso klare Gestaltung dieser Rechtsfigur durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung wird vom Verfasser ausdrücklich angeregt.

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentare:

Bruck, Ernst und Möller, Hans: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechts, Erster Band, 8. Auflage, Berlin, 1961 (zit. Bruck/Möller I)

Bruck, Ernst und Möller, Hans (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Erster Band, 9. Auflage, Berlin, 2008 (zit. Bruck/Möller I 2008)

Bruck, Ernst und Möller, Hans (Hrsg.): Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechts, Fünfter Band, Zweiter Halbband, Lebensversicherung, 8. Auflage, Berlin, 1988 (zit. Bruck/Möller Lebensversicherung)

Erman und Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. Auflage, Köln, 2008 (zit. Erman)

Honsell, Heinrich: Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Berlin, 1998 (zit. BK)

Lippert, Hans-Dieter und Ratzel, Rudolf: Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1998 (zit. Lippert/Ratzel)

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkommentare, 68. Auflage, München, 2009 (zit. Palandt)

Prölss, Jürgen und Martin, Anton (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 27. Auflage, München, 2004 (zit. Prölss/Martin)

Rieger, Hans-Jürgen: Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, 18. Aktualisierung, Karlsruhe, 2007 (zit. Rieger)

Ritter, Carl und Abraham, Hans Jürgen: Das Recht der Seeversicherung, Kommentar, Hamburg, 1967 (zit. Ritter/Abraham)

Römer, Wolfgang und **Langheid**, Theo: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München, 2003 (zit. Römer/Langheid)

Rebmann, Kurt und **Rixecker**, Roland und **Säcker** Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage, div. Bände, München, 2007 (zit. MüKo)

Rüffer, Wilfried und **Halbach**, Dirk und **Schimikowski**, Peter: Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, Baden-Baden, 2009 (zit. Handkommentar)

Schwintowski, Hans-Peter und **Brömmelmeyer**, Christoph: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Münster, 2008 (zit. Praxiskommentar)

Soergel, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, Stuttgart, 2006 (zit. Soergel)

Staudinger, J. von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin (zit. Staudinger *Jahr*)

Wezel Helmut und **Liebold**, Rolf (Begr.): Der Kommentar zu EBM und GOÄ, 7. Auflage, Sankt Augustin, 2007 (zit. Wezel/Liebold *Jahr*)

Lehrbücher, Handbücher, Monographien:

Adler, Andree: Wissen und Wissenszurechnung, insbesondere bei arbeitsteilig aufgebauten Organisationen, Mainz, 1997 (zit. Adler)

Baum, Marcus: Die Wissenszurechnung, Berlin 1999 (zit. Baum)

Bayerlein, Walter (Hrsg.): Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 3. Auflage, München, 2002 (zit. Bayerlein Sachverständigenrecht)

Beckmann, Michael und **Matusche-Beckmann** (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, München, 2009 (zit. VersR-Handbuch)

Brox, Hans: Allgemeiner Teil des BGB, 29. Auflage, Köln, 2005 (zit. Brox AT)

Brox, Hans und **Walker**, Wolf-Dietrich: Besonderes Schuldrecht, München, 2002 (zit. Brox/Walker SchR BT)

Buck, Petra: Wissen und juristische Person, Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten, Tübingen, 2001 (zit. Buck)

Bühren, Hubert van: Handbuch Versicherungsrecht, Bonn, 2003 (zit. Handbuch Versicherungsrecht)

Deutsch, Erwin: Versicherungsvertragsrecht, 5. Auflage, 2005 (zit. Deutsch)

Erlenkämper, Arnold: Arzt und Sozialrecht, Darmstadt, 2003 (zit. Erlenkämper)

Fischer, Albert Wilhem und **Molineus**, Gustav: Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, Band II, Leipzig, 1939 (zit. Fischer/Molineus)

Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1963 (zit. Gierke)

Halm, Wolfgang und **Engelbrecht**, Andreas und **Krahe**, Frank (Hrsg.): Handburch des Fachanwalts Versicherungsrecht, 3. Auflage, Köln, 2008 (zit. Fachanwalt Versicherungsrecht)

Huber, Peter und **Faust**: Schuldrechtsmodernisierung, München, 2002 (zit. Huber/Faust)

Kramer, Ernst: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern/München, 2005 (zit. Kramer)

Larenz, Karl und **Wolf**, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München, 2004 (zit. Larenz/Wolf)

Laufs, Adolf und **Uhlenbruck**, Wilhelm(Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München, 2002 (zit. Laufs/Uhlenbruck)

- Löwisch**, Manfred: Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2000 (zit. Löwisch ArbeitsR)
- Medicus**, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg, 2006 (zit. Medicus AT)
- Medicus**, Dieter: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, München, 2004 (zit. Medicus SchR AT)
- Münkel**, Thomas: Die gesetzliche Empfangsvollmacht des Versicherungsververtreters und ihre Beschränkung, Univ. Diss., Mannheim, 2003 (zit. Münkel)
- Oldenbourg**, Hans: Die Wissenszurechnung, Die Lehre vom Wissensgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten Empfangsvertretung, Mannheim, 1934 (zit. Oldenbourg)
- Quaas**, Michael und **Zuck**, Rüdiger: Medizinrecht, München, 2005 (zit. Quaas/Zuck Medizinrecht)
- Römmer-Collmann**, Carsten: Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen, Frankfurt, 1998 (zit. Römmer-Collmann)
- Savigny**, Friederich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Zweyter Band, Berlin, 1840 (zit. Savigny)
- Schilken**, Eberhard: Wissenszurechnung im Zivilrecht, Bielefeld, 1983 (zit. Schilken)
- Schmidt**, Reimer: Die Obliegenheiten, Karlsruhe, 1953 (zit. Schmidt Obliegenheiten)
- Schmidt**, Karsten: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, 1997 (zit. Schmidt Gesellschaftsrecht)
- Terbille**, Michael (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, München, 2. Auflage, 2008 (zit. Münchener Handbuch)
- Tuhr**, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Erste Hälfte, Berlin, 1914 und 1957 (zit. von Tuhr AT II/1)

Wank, Rolf: Die Auslegung von Gesetzen, 3. Auflage, Köln, 2005 (zit. Wank)

Weyers, Hans-Leo und **Wandt**, Manfred: Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage, München, 2003 (zit. Weyers/Wandt)

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München, 2005, (zit. Zippelius)

Aufsätze und Beiträge:

Andreas, M.: Der Chefarzt als Gutachter, *Arztrecht* 1998, 209

Brink, Stefan: Neuere Entwicklungen im Lebensversicherungsrecht – Bericht von den 47. Bitburger Gesprächen am 9. und 10.11.2006 in Berlin, *VersR* 2007, 331

Büsken, Rainer: Die passive Vertretungsmacht des Vermittlungsagenten bei Antragstellung, eine Bestandsaufnahme, *VersR* 1992, 272

Canaris, Claus-Wilhelm: Diskussionsbeitrag zu Taupitz, Jochen: Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, *Karlsruher Forum* 1994, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, *Beilage VersR* 1994, 33

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, *JZ* 2001, 499

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, *ZHR* 1999, 206

Canaris, Claus-Wilhelm: Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen, *JZ* 1995, 441

Dörner, Heinrich und **Staudinger**, Ansgar: Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, WM 2006, 1710

Eckebrecht, Marc: Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform, MDR 2002, 425

Finn, Markus: Zur Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten, NJW 2004, 3752

Fricke, Martin: Die Empfangsvollmacht des Vermittlungsagenten bei der Antragsaufnahme und die vergessene Risikoanzeige, VersR 1993, 399

Gröning, Jochen: Zur Empfangsvollmacht des Vermittlers für mündliche Erklärungen des Antragsstellers, VersR 1990, 710

Grunewald, Barbara: Wissenszurechnung bei juristischen Personen, Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, Berlin, 1993, 30

Hakimi, Rainer: Über die Aufgaben des Gesellschaftsarztes in der privaten Krankenversicherung, VersMed 2003, 176

Hakimi, Rainer: Versicherungsmedizinische Beratung durch den Gesellschaftsarzt in der PKV – eine quantitative Analyse, VersMed 2006, 81

Honsell, Heinrich: Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621

Kamphausen, Peter-Andreas: Expertenhaftung für mangelhafte Energieausweise nach der neuen EnEV 2006, BauR 2006, 1208

Koch, Jens: § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 (2004), 59

Knappmann, Ulrich: Beteiligung von Ärzten beim Abschluss eines Versicherungsvertrages oder bei der Regulierung von Versicherungsfällen, VersR 2005, 199

Knappmann, Ulrich: Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§ 16 ff. VVG) durch den Versicherungsnehmer, r+s 1996 81, 84

Knappmann, Ulrich: Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des Versicherungsnehmers, VersR 1997, 261

Langheid, Theo: Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht, NJW 2006, 3317

Leienbach, Volker: Die Bedeutung der privaten Krankenversicherung in der zukünftigen medizinischen Versorgung, VersMed 2006, 65

Lorenz, Egon: Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung des Versicherers im bisherigen und im zukünftigen Versicherungsvertragsrecht, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München, 2007

Luckey, Christian: Der Ausschluss der Empfangsvollmacht des Versicherungsvertreters, VersR 1993, 151

Medicus, Dieter: Probleme der Wissenszurechnung, Karlsruher Forum 1994, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, Beilage VersR 1994, 4

Mehrhoff, Friedrich: Die Vergütung des medizinischen Sachverständigen im Spannungsfeld zwischen rechtlicher Verpflichtung und wirtschaftlichen Zwängen – Vergütungssysteme der einzelnen Leistungsträger, MedSach 2003, 77

Meyer, Evelyn: Die Haftung des Klinikträgers, zfs 2003, 49

Pauly, Holger: Das Einstehenmüssen des Versicherungsnehmers für das Fehlverhalten Dritter, zfs 1996 281

Raestrup, Othard: Geschichte der Versicherungsmedizin in Deutschland, VersMed 2002, 125

Richardi, Reinhard: Die Wissenszurechnung, AcP 169 (1969), 385

Römer, Wolfgang: Obliegenheiten in der Personenversicherung, r+s 1998, 45

Römer, Wolfgang: Zu ausgewählten Problemen der VVG-Reform nach dem Referentenentwurf vom 13. März 2006 (Teil I), VersR 2006, 740

Römer, Wolfgang: Zu den Informationspflichten der Versicherer und ihrer Vermittler, VersR 1998, 1313

Ruckriegel, Klaus: Möglichkeiten und Risiken einer Begutachtung nach Aktenlage- aus Sicht der Kranken-/Pflegeversicherung, MedSach 2004, 78

Schaub, Renate: Gutachterhaftung in Zwei- und Mehrpersonenverhältnissen, Jura 2001, 8

Schmidt-Räntsch, Jürgen: Vertrag und Haftung des Sachverständigen nach der Schuldrechtsmodernisierung, AUR 2003, 265

Schwab, Martin: Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht (Teil 2), JuS 2002, 872

Schultz, Michael: Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990, 477

Tändler, Peter und Schröter, Frank: Besonderheiten der gutachtlichen Beurteilung für die private Unfallversicherung, MedSach 2003, 115

Taupitz, Jochen: Anmerkung zu BGH Urteil vom 2.2.1996, JZ 1996, 734

Taupitz, Jochen: Die „Augen und Ohren“ des Versicherers in Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, Karlsruhe, 1994, 673

Taupitz, Jochen: Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum 1994, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, Beilage VersR 1994, 16

Waltermann, Raimund: Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993, 889

Waltermann, Raimund: Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts, AcP 192 (1992) 181

Wendt, Domenik und Jularic, Mirko: Die Einbeziehung des Arztes in das Versicherungsgeschäft – zur bisherigen und zukünftigen Rechtslage –, VersR 2008, 41

Westphalen, Eduard Graf von: Haftungsrechtliche Aspekte der tierärztlichen Kaufuntersuchung von Pferden, VersR 2005, 1055

Wiedemann, Herbert: Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM Sonderbeilage 4/1975

Sonstige Veröffentlichungen:

BaFin: Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, Neudruck, Berlin, 1963 (zit. Motive VVG)

Bundesministerium für Justiz: Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, Bundesministerium für Justiz, <http://www.bmj.bund.de/files/-/647/AB%20VVG%20Komm.pdf>, Zugriff zuletzt 27.06.2006 (zit. Abschlussbericht Kommission)

Deutscher Bundestag: Drucksache 14/6040 14. Wahlperiode 14.05.2001
Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, 2001 (zit. BT-Drucksache 14/6040)

Deutscher Bundestag: Drucksache 16/1935 16. Wahlperiode 23. 06. 2006
Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, 2006 (zit. BT-Drucksache 16/1935)

Deutscher Bundestag: Drucksache 16/3945 16. Wahlperiode 20.12. 2006
Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts
Gesetzentwurf der Bundesregierung, 2006 (zit. Begründung VVG-nF)

Deutscher Bundestag: Plenarprotokoll 16/108, Stenografischer Bericht, 108. Sitzung
Berlin, Donnerstag, den 5. Juli 2007 (zit. Bundestag Plenarprotokoll 16/108)

Dudenredaktion: Das Bedeutungswörterbuch, 3. Auflage, Mannheim, 2002 (zit. Duden Bedeutungswörterbuch)

Kamps: Empfehlungen für den Umgang des niedergelassenen Arztes mit Privatversicherungen, Merkblatt der Landesärztekammer Baden-Württemberg mit den Bezirksärztekammern, 01/2003 (zit. Merkblatt LÄK BA-Wü)

Landeszahnärztekammer Baden-Württemberg: Anforderung von Unterlagen durch Versicherungen, Zahnarzt-Informationsblätter 12/2003

Protokolle der Kommission für die zweite Sitzung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, Sachenrecht, Berlin, 1899 (zit. Protokolle BGB III)

Reichstag: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 11. Legislaturperiode II. Session, 2. Anlagenband, 1906, Aktenstück Nr. 22, Seite 1212 ff., alles zitiert über BGHZ 102, S. 194

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
ArbeitsR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
AUR	Agrar- und Umweltrecht
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AT	Allgemeiner Teil
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BauR	Baurecht
BAV 2002)	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (bis
BaWü	Baden-Württemberg
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
ders.	derselbe
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
EG	Europäische Gemeinschaft
EKG	Elektrokardiogramm
Hrsg.	Herausgeber
HRG	Hochschulrahmengesetz
i.V.m	in Verbindung mit
JMBINW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

LÄK	Landesärztekammer
MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte
MedR	Medizinrecht, Zeitschrift
MedSach	Der Medizinische Sachverständige
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitung für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
r+s	Recht und Schaden
S.	Seite
SchR AT	Schuldrecht Allgemeiner Teil
SchR BT	Schuldrecht Besonderer Teil
StGB	Strafgesetzbuch
VersMed	Versicherungsmedizin
VersR	Versicherungsrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-E	Regierungsentwurf für ein neues Versicherungsvertragsgesetz
WM	Wirtschafts-, Wertpapier- und Bankrecht
zfs	Zeitschrift für Schadensrecht
zit.	zitiert
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZSW	Zeitschrift für das gesamte Sachverständigenwesen

