

§ 21 Versicherungsmissbrauch – privatrechtliche Aspekte

Stephan Fuhrer, Prof. Dr. iur., Rodersdorf

Inhalt

Literaturverzeichnis

- I. Allgemeines
 - 1. Terminologie
 - 2. Phänomenologie
 - 3. Privatrechtliche Beurteilung
- II. Tatbestände
 - 1. Grundtatbestand: Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 40 VVG)
 - 2. Verzögern der Schadenanzeige in betrügerischer Absicht (Art. 38 Abs. 3 VVG)
 - 3. Betrügerische Überversicherung (Art. 51 VVG)
 - 4. Betrügerische Doppelversicherung (Art. 53 Abs. 2 VVG)
 - 5. Verstoss gegen das Veränderungsverbot in betrügerischer Absicht (Art. 68 Abs. 2 VVG)
 - 6. Absichtliche Täuschung bei Vertragsabschluss (Art. 28 Abs. 1 OR)
 - 7. Einheitlicher Tatbestand
- III. Rechtsfolgen
 - 1. Kündigungsrecht
 - 2. Einseitige Leistungsbefreiung
- IV. Einzelfragen
 - 1. Täuschende Person
 - 2. Kündigung anderer, von der Täuschung nicht betroffener Verträge
 - 3. Rückforderung bereits erbrachter Leistungen
 - 4. Unverfallbarkeit des Rückkaufswerts

Literatur

- AEBI-MÜLLER, REGINA E. Grenzen des Bündnisschutzes - überwiegendes Interesse des Versicherers an der Observation eines Geschädigten und Rückzug einer Einwilligung zur Publikation erotischer Bilder im Internet, ZBJV 2011 330–354
- DIESELBE* Observation - Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und des Zivilprozessrechts, in: WEBER (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011 153–177.
- AEBI-MÜLLER, REGINA E.; EICKER, ANDREAS; VERDE, MICHEL Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: RIEMER-KAFKA (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch. Ursachen, Wirkungen, Massnahmen, Zürich 2010 13–66
- DIESELBEN* Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation - Grenzen aus der Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 03.05.2010

- ALIOTTA, MASSIMO Beweisrechtlicher Stellenwert der Observation von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften, in: WEBER (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011 211–226
- BACHER, JEAN-LUC L'escroquerie à l'assurance privé étude pénale et criminologique, Diss. Fribourg 1995
- BACHMANN, RETO; D'ANGELO, MARKUS Die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der Invalidenversicherung, SZS 2007 133-149
- BASLER KOMMENTAR zum schweizerischen Privatrecht, hrsg. von HONSELL/VOGT/WIEGAND (VVG: zusätzlich SCHNYDER und GROLIMUND), Basel ab 1996, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich jeweils auf die laufende Auflage (zit. BSK-BEARBEITER [Jahr] Artikel Erlass Randnummer)
- BAUMANN, HANNES Die Folgen von Willensmängeln in Versicherungsverträgen, Have 2002 92-99
- BERNER KOMMENTAR zum schweizerischen Privatrecht, hrsg. von HAUSHEER/WALTER, Bern ab 1910, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich jeweils auf die laufende Auflage (zit. BK-BEARBEITER [Jahr] Artikel Erlass Randnummer)
- BECKMANN ROLAND MICHAEL; MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE (Hrsg.) Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl., München 2009 (zit. BECKMANN-BEARBEITER)
- BRULHART VINCENT Droit des assurances privées, Bern 2008
- BRUNNER, HANS-ULRICH Zum Persönlichkeitsschutz bei Personenüberwachungen. Urteil des Bundesgerichts 5A_57/2010 vom 2. Juli 2010, Have 2010 349–355
- DETTWILER, STEFAN A.; HARDEGGER, ANDREAS Zulässige Video-Überwachung von Suva-Versicherten: Beweismittel im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren verwertbar. EVGE vom 25.2.2003 i.S. V.T./Suva, U 161/01; BGE-Publikation vorgeschlagen, Have 2003 246–248
- EHRENBERG, VICTOR Versicherungsrecht, Erster Band, Leipzig 1893
- FRANK, FRITZ Die versicherungsrechtliche Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses, Diss. Bern 1952
- GABUS, PIERRE Justification du sinistre et prétention frauduleuse en matière d'assurance privée, Have 2003 31-42
- DERSELBE* Le fraudeur, le faussaire, l'escroc et l'assureur. Etude de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle récente en matière de fraude à l'assurance privée, SJ II 1999 21–40
- GÄCHTER, THOMAS Observation im Sozialversicherungsrecht - Voraussetzungen und Schranken, in: WEBER (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011 179–209
- GAUCH, PETER; SCHLUEP, WALTER R.; SCHMID, JÖRG; EMMENEGGER, SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER)
- GAUCH, PETER Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers – Ein Kurzkommentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG, ZBJV 2006, 361-374
- DERSELBE* Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig, recht 1990 65-78
- GUISAN, FRANÇOIS Prétention frauduleuse et escroquerie à l'assurance, in: Mélanges JEAN GAUTHIER, Bern 1996
- GUTZWILLER, P. CHRISTOPH Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefahrstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, Have 2003 43-49
- HAUSWIRTH, JÜRGE; SUTER, RUDOLF Sachversicherung, 2. Aufl., Bern 1990
- HORSCHICK, MATTHIAS Datenschutz und Einsatz von Privatdetektiven in der Sozial- und Privatversicherung. In: KIESER / PÄRLI (Hrsg.): Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen. Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern. St. Gallen 2012 81–108
- HUG, MARKUS Strafrechtliche Verfolgung bei Versicherungsmissbrauch – insbesondere zum Tatbestand des Betrugers nach Art. 146 StGB, in: RIEMER-KAFKA (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch, Zürich 2010 169-199
- HUGUENIN, CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2006
- KÖNIG, WALTER Der Versicherungsbetrug, Diss. Zürich 1968
- KOENIG, WILLY Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967
- KOLLER, ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, St. Gallen 2006
- KURMANN, ROBERT Betrügerische Handlungen des Versicherungsnehmers, Schwarzenbach 1944, zugl. Diss. Bern 1943
- LANZ, FELIX WALTER Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, Zürich 2014, zugl. Diss. Luzern 2013

- MAHON, PASCAL Prétentions abusives en matière d'assurance, SVZ 1994 305–319
- MAURER, AKFRED Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995
- MEIER, PHILIPPE; STAEGER, ALEXANDRE La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) - état des lieux, Jusletter 14.12.2009
- MÜLLER, LUCIEN Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt. Bemerkungen zu BGE 8C_272/2011 vom 11.11.2011, Jusletter 19.12.2011
- MÜCHENER KOMMENTAR zum Versicherungsvertragsgesetz, hrsg. von LANGHEID/WANDT, 3 Bände, München ab 2009 (zit. MÜNCHENERK-BEARBEITER)
- NEF, URS CH. Die unredliche Beanspruchung von Versicherungsleistungen, SVZ 1994 319–328
- RIEMER-KAFKA, GABRIELA (Hrsg.) Versicherungsmissbrauch. Ursachen, Wirkungen, Massnahmen, Zürich 2010; aus ihrer Feder: Einleitung, VII-X
- ROELLI, HANS Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I: Die allgemeinen Bestimmungen, 2. Aufl., bearbeitet von KELLER MAX, unter Mitarbeit von TÄNNLER KARL, Bern 1968 (zit. ROELLI/KELLER)
- DERSELBE Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I: Allgemeine Bestimmungen, Bern 1914
- SARBACH, MARTIN Vertragsrechtliche Folgen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs gemäss Art. 40 VVG: Gedanken zu Natur und Wirkung der Vertragsauflösung aus aktuellem Anlass, recht 2006 180–185
- SCHAUB, ROLAND Der Privatdetektiv im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2011
- SCHWANDER, WERNER Über den Versicherungsmissbrauch, SVZ 1994 329–331
- SCHWENZER, INGEBORG Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
- SIEGENTHALER, URS Der Schweizerische Versicherungsverband im Dienste der Betrugsbekämpfung, SVZ 1998 315–320
- STAEGER, ALEXANDRE; MEINER PHILIPPE La surveillance des assurés en droit privé. Commentaire de l'Arrêt du TF 5A_57/2010 du 2 juillet 2010, Jusletter 25.10.2010
- STRATENWERTH, GÜNTER Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996
- SUTER, CAROLINE Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls, Art. 14 und 15 VVG auf dem Prüfstand, Zürich 1999, zugl. Diss. Basel 1998
- THEURILLAT, ISABELLE Versicherungsbetrug - Handlungsspielraum des Versicherers, SZW 2006 272–281
- VIRET, BERNARD A propos de la fraude en matière de contrat d'assurance, SVZ 1996 175–186
- WEISS, DAVID Rechtliche Aspekte der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der Personenversicherung, SZS 2006 408–432

I. Allgemeines

- 1 Kommt im Rahmen einer Vorlesung zum Versicherungsrecht das Thema Versicherungsbetrug zur Sprache, so kann sich der Dozent der Aufmerksamkeit der Studierenden gewiss sein. Das Thema verspricht unterhaltende Sachverhalte¹ und weckt Emotionen. Vielleicht sogar positive, wenn jemand es schafft, eine grosse Versicherung, der gegenüber man sich selbst ohnmächtig fühlt, zu übertölpeln. Oder Mitleid, wenn der Versuch dazu misslungen ist. Diese romantisierende "Volkssport-Betrachtungsweise"² übersieht jedoch, dass ertrogene Leistungen nicht von den Versicherern, sondern von den Prämienzahlern finanziert werden. Versicherungsbetrug schädigt deshalb alle, ist *kein* Kavaliersdelikt, verursacht jährlich Kosten im Milliardenbereich³ und kann – neben dem Verlust der Versicherungsleistungen – eine Geld- oder sogar eine Freiheitsstrafe nach sich ziehen. Vorliegend wird auf die privatrechtliche Betrachtung fokussiert. Darzustellen ist, unter welchen Voraussetzungen das schweizerische Recht welche privatrechtlichen Folgen an missbräuchliches Handeln knüpft.

¹ So z.B. der vom Landgericht Bielefeld zu beurteilende Fall einer Frau, die einen (heute deswegen schwerbehinderten) Mann mit dessen Einverständnis zwei Mal überfahren hatte, um seine Unfallversicherungen zu kassieren (NZZ 01.03.2005; FAZ 14.03.2005). Oder die Geschichte des Baggerführers, der seinen lädierten Opel Manta verbuddelte und anschliessend als gestohlen meldete (NZZ Folie, 07.1997).

² Vgl. dazu auch die anregende Sammlung von ELLERMANN BERND und UTA, "... und wie lässt du hageln?", Versicherungsbetrug – ein Volkssport? 2. Aufl., Karlsruhe 1995.

³ Statistiken über den Umfang ertogener Leistungen haben zwangsläufig den Nachteil, dass sie nur entdeckte Handlungen einbeziehen können. Die Versicherer sind deshalb auf Schätzungen angewiesen. Der Schweizerische Versicherungsverband geht von einer Deliktsumme von rund 10% der Schadenzahlungen aus («<http://www.svv.ch/de/konsumenten/allgemeine-informationen/versicherungsbetrug>», besucht: 09.04.2014). Auch der europäische Versicherungsverband geht von dieser Zahl aus (Insurance Europe: The impact of insurance fraud, Brüssel 2013, 9). Die deutschen Versicherer stützen sich auf eine Umfrage, dergemäss 4% der Haushalte zugeben, innerhalb der letzten 5 Jahre einen Versicherungsbetrug begangen zu haben und 7% innerhalb der letzten 5 Jahre von einem solchen erfahren zu haben. Als Grauzone werden jene 11% der Befragten bezeichnet, die keine Angaben zum Thema machten. Die Versicherer schliessen daraus, dass wahrscheinlich jeder 10. Schaden ein Betrugsdelikt sei («<http://www.gdv.de/versicherungsbetrug/zahlen-und-fakten/#phaenomene>», besucht: 09.04.2014). Nach ihren eigenen Angaben erbringen die Schweizer Versicherer jährlich rund 16 Mia. Leistungen aus Nicht-Lebens- und 26 Mia. aus Lebens-Versicherungen. Auch wenn in der Nicht-Lebensversicherung die veranschlagten 10% zu hoch gegriffen sein sollten und in der Lebensversicherung wohl allgemein von tieferen Werten ausgegangen werden müsste, so ergeben sich daraus dennoch Betrugsvolumina, die deutlich jenseits der Milliardengrenze liegen (zu den Schadenzahlungen: SVV, Zahlen und Fakten 2014, Zürich 2014, 9).

1. Terminologie

- 2 Die Terminologie ist weder einheitlich noch klar. Während die einen Autoren von Versicherungsbetrug⁴ sprechen, bevorzugen andere den Begriff des Versicherungsmisbrauchs⁵ und dritte sprechen von unredlicher Beanspruchung von Versicherungsleistungen⁶ oder neudeutsch von Moral Hazard⁷. In Deutschland wird auch strafrechtlich zwischen Betrug⁸ und Versicherungsmisbrauch⁹ unterschieden¹⁰.
- 3 Vorliegend wird vorgeschlagen, den Begriff des **Versicherungsbetrugs** nur mit seinem strafrechtlichen Inhalt als besonderen Fall des allgemeinen Straftatbestandes des Betrugs i.S. von Art. 146 StGB zu verwenden¹¹. Privatrechtlich können diejenigen Tatbestände, die eine absichtliche Täuschung beinhalten, als **Versicherungsmisbrauch** bezeichnet werden. Die **unredliche Beanspruchung** von Versicherungsleistungen wäre dann als Oberbegriff anzusehen, der sowohl absichtliches wie fahrlässiges Handeln mitumfasst. Dies bedeutet z.B., dass die Beanspruchung von Versicherungsleistungen aus einem aufgrund einer Anzeigepflichtverletzung¹² zustande gekommenen Vertrag in der Regel nur als unredliche Beanspruchung anzusehen ist. Nur im Ausnahmefall, wenn dem Versicherungsnehmer eine absichtliche Täuschung vorgeworfen werden kann, liegt ein Versicherungsmisbrauch vor¹³.

⁴ So THOMAS PFISTER im Titel der Voraufgabe dieses Beitrages. In seinen weiteren Ausführungen spricht PFISTER dann jedoch auch von Versicherungsmisbrauch.

⁵ So RIEMER-KAFKA (2010) passim.

⁶ So NEF 1994.

⁷ Vgl. die Definition bei LANZ (2014) 36 ff.

⁸ § 263 Abs. 1 d-StGB: *Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.* Im Regelbeispiel von Abs. 3 Ziff. 5 wird explizit auf den Versicherungsbetrug verwiesen.

⁹ § 265 Abs. 1 d-StGB: *Wer eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überläßt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist.*

¹⁰ Vgl. auch RIEMER-KAFKA (2010) VIII (vgl. auch ihre Grafiken, a.a.O., 206); HUG (2010) 174.

¹¹ FUHRER (2011) N 11.89. Zwar spricht das Gesetz in Art. 40 VVG von *betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs*, was nahelegen würde, auch privatrechtlich von einem Versicherungsbetrug zu sprechen. Dies hätte jedoch den Nachteil, dass dann zwei Betrugsbegriffe mit unterschiedlichen Inhalten zu unterscheiden wären (Art. 40 VVG setzt keine Arglist voraus, BSK-NEF [2001] Art. 40 VVG N 3).

¹² Die Unterscheidung zwischen missbräuchlicher (mit Täuschungsabsicht) und unredlicher Anzeigepflichtverletzung wird häufig nicht gemacht und beide Tatbestände dem Versicherungsmisbrauch zugerechnet. Vgl. z.B. PFISTER (1999) N 21.9 und 21.14 oder NEF (1994) 321.

¹³ Dazu unten N 44 ff.

- 4 Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist ausschliesslich der Versicherungsmissbrauch im Sinne der obigen Definition.

2. *Phänomenologie*

- 5 Der Deutsche Gesamtverband der Versicherungswirtschaft unterscheidet folgende Erscheinungsformen des Versicherungsmissbrauchs¹⁴:

- *Fingierter Schadenfall*: Realer, aber nicht versicherter Schadenfall. Der Sachverhalt wird so zurechtgebogen, dass ein versichertes Ereignis angenommen werden muss.
- *Fiktiver Schadenfall* (auch "Papierschaden" genannt): Erfundene Geschichte, den gemeldeten Schadenfall hat es in Wirklichkeit nicht gegeben.
- *Provozierter Schadenfall*: Der Schadenfall wird vom Geschädigten vorsätzlich herbeigeführt. Der versicherte Haftpflichtige hat über das Vorhaben keine Kenntnis und ist in diesem Fall ebenfalls Opfer.
- *Abgesprochener Schadenfall*: Ein von den Beteiligten absichtlich herbeigeführter Schaden.
- *Ausgenutzter Schadenfall*: Der Täter nutzt ein reales Schadenereignis, um den tatsächlich entstandenen Schaden zu erhöhen durch den Einbezug zusätzlicher Schaden, das Verschweigen von Fakten (z.B. Vorschäden), die Vergrösserung des tatsächlichen Schadens oder die Vorlage gefälschter Unterlagen.
- *Verlagerter Schadenfall*: Bei einem realen Schadenereignis werden andere Personen oder ein anderer Schadentag angegeben, um für dieses Ereignis Versicherungsschutz zu erhalten.
- *Betrügerische Vertragsgestaltung*: Der Versicherungsvertrag wird im Hinblick auf einen geplanten Versicherungsmissbrauch abgeschlossen.

3. *Privatrechtliche Beurteilung*

- 6 Eine privatrechtliche Beurteilung des Versicherungsmissbrauchs impliziert, dass diese unabhängig von einer allfällig erforderlichen strafrechtlichen Beurteilung des gleichen Falles zu erfolgen hat (Art. 53 OR).

¹⁴ Einsehbar unter: «<http://www.gdv.de/versicherungsbetrug/betrugsformen/>» (besucht: 09.01.2014). Dort finden sich auch Beispiele zu den dargestellten Fallgruppen. HESS differenziert zwischen gestellten, provozierten, fiktiven und ausgenutzten Fällen (BECKMANN-HESS [2009] § 16 N 40).

7 Dies bedeutet auch, dass strafrechtliche Grundsätze, insbesondere die für die Nicht-Bestrafung eines Täters entscheidende Regel "*in dubio pro reo*" im Rahmen einer privatrechtlichen Beurteilung nicht anwendbar sind¹⁵. Das Privatrecht soll einen fairen Ausgleich der widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien gewährleisten. Dabei haben *pönale* oder *generalpräventive* Überlegungen keinen Platz. Dies wird gerade im Zusammenhang mit dem Versicherungsmissbrauch immer wieder übersehen. Wenn das Verhalten eines Täters aus vertragsfremden Gründen sanktioniert werden soll, dann ist das Instrument dazu das Straf- und nicht das Vertragsrecht. Die Instrumente dazu bestehen. Wer Versicherungen missbraucht, erfüllt damit in vielen Fällen auch den strafrechtlichen Tatbestand des Betrugs (Art. 146 StGB), allenfalls auch jenen der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB). Es steht dem Versicherer frei, einen unredlichen Kunden anzuzeigen und damit ein Verfahren zu seiner Bestrafung in Gang zu setzen. Abzulehnen ist jedoch, die privatrechtliche Rechtsstellung des Versicherten aus pönalen Gründen zu Gunsten jener des Versicherers zu verschlechtern. Oder etwas deutlicher: Wenn dem Versicherten als Sanktion eines verwerflichen Verhaltens Geld weggenommen werden soll, dann gehört dieses in die Kasse des Staates und nicht in jene des Versicherers^{16, 17}. Leider beachtet das VVG diese Grundsätze gerade bei der Regelung des Versicherungsmissbrauchs nicht konsequent, was sich in der Praxis entsprechend niederschlägt¹⁸. Auf Details ist bei der Darstellung der Rechtsfolgen zurückzukommen. Die Revision des VVG – handle es sich nun um eine Teil- oder eine Totalrevision – böte Gelegenheit, diese pönalen Regelungen im Gesetz zu korrigieren.

II. Tatbestände

8 Das VVG enthält fünf Tatbestände, die den Versicherungsmissbrauch regeln. Die einzelnen Tatbestände sind nachfolgend kurz vorzustellen. Wie noch zu zeigen ist, kann bereits *de lege lata* von einem einheitlichen Tatbestand des Versicherungsmissbrauchs ausgegangen werden. **Grundtatbestand ist Art. 40 VVG**, die andern vier Tatbestände regeln besondere Fälle der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs.

¹⁵ BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 5; BK-BREHM (2013) Art. 53 OR N 15.

¹⁶ Dieses System der Strafzahlungen zu Gunsten Privater haben die Amerikaner mit ihren *punitive damages* ad absurdum geführt. Dies wird nicht zuletzt von den Versicherern kritisiert. Häufig finden sich deshalb in Haftpflichtversicherungen Ausschlüsse für Leistungen, die über den Ausgleich des erlittenen Schadens hinausgehen.

¹⁷ G.I.M. GAUCH (1990) 72: "*Da der Versicherer keine Strafinstanz ist, hat er richtigerweise nur Anspruch darauf, dass die Vertragsstörung beseitigt wird: nicht mehr und nicht weniger!*"

¹⁸ Vgl. dazu auch BSK-FUHRER (2001) Art. 25-27 VVG N 67 f.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch Art. 28 OR, weshalb auf diese Bestimmung im Rahmen der Besprechung der gesetzlichen Tatbestände ebenfalls kurz einzugehen ist.

1. **Grundtatbestand: Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 40 VVG)**

9 *Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Massgabe des Artikels 39 dieses Gesetzes obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden.*

10 Voraussetzungen einer betrügerischen Begründung sind¹⁹:

- **Objektiv:** Eine wahrheitswidrige Darstellung von anspruchsbegründenden Fakten (**Täuschungshandlung**), die zu einem Irrtum des Versicherers über den Umfang seiner Leistungspflicht führen soll. Die Handlung muss geeignet sein, beim Versicherer den angestrebten Irrtum hervorzurufen (*Täuschungseignung*).
- **Subjektiv:** Eine **Täuschungsabsicht**.
- **Täuschungserfolg:** Dieser besteht darin, dass der Versicherer von einem Umfang seiner Leistungspflicht ausgeht, der grösser ist als er aufgrund der tatsächlichen Sachlage wäre²⁰. Der Eintritt des Erfolgs ist jedoch nicht verlangt, es genügt der betrügerische Versuch²¹.

11 Die **Beweislast** für das Vorliegen einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs durch falsche Angaben trägt der Versicherer²².

12 Täuschen kann der Versicherte sowohl durch aktives **Handeln** als auch durch **Unterlassen**. Letzteres folgt (u.a.) aus dem Umstand, dass er nach dem Wortlaut des Gesetzes verpflichtet ist, Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern, dem Versicherer wahrheitsgemäss mitzuteilen und sie nicht verschweigen

¹⁹ BRULHART (2008) N 651; BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 12 ff.; MAURER (1995) 385 f.; ROELLI/KELLER (1968) 579; KOENIG (1967) 103.

²⁰ BGer 4A_288/2013 vom 08.10.2013 (vgl. Have 2014, 50 f. und ius.focus 2013 Nr. 316).

²¹ BGE 78 II 278, 282; OGer ZH LB120107-O/U vom 07.06.2013, publ. in der Urteilsdatenbank der FINMA («http://www.finma.ch/Lists/Jurisdictions/20130607_d_ZH_o_01.pdf», besucht: 01.05.2014). BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 17 und 24; ROELLI/KELLER (1968) 583.

²² BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 57 ff.; BGer 5C.11/2002 vom 11.04.2002 E. 2.

- darf²³. Den Versicherten trifft somit eine Denunziationspflicht²⁴. Dies bedeutet, dass er auch Informationen offen legen muss, mit denen der Versicherer z.B. eine Kürzung wegen Grobfahrlässigkeit begründen kann.
- 13 Eine **objektiv übersetzte Bezifferung** des Schadens stellt zwar ein Indiz für eine Täuschungsabsicht des Versicherten dar, erlaubt aber für sich alleine keinen direkten Schluss auf eine solche. Erforderlich ist vielmehr, dass auch gefälschte Belege eingereicht werden oder tatsachenwidrig behauptet wird, es gäbe keine Belege²⁵.
- 14 Das Gesetz spricht von falschen Angaben zu **Tatsachen**, welche die Leistungspflicht des Versicherers *ausschliessen oder mindern*. Gemeint sind selbstverständlich alle unrichtigen Angaben, die für die Anspruchsbegründung von Belang sind²⁶, also auch solche, welche die Leistungspflicht *begründen oder erhöhen*²⁷, oder solche, die gemacht werden, um Deckung für einen bloss möglichen bzw. für einen unsicheren Schaden zu erhalten. Nicht erfasst sind hingegen Tatsachen, die auf die Leistungspflicht des Versicherers keinen Einfluss haben, d.h. ein betrügerisches Verhalten liegt nur vor, wenn der Versicherer aufgrund der wahrheitswidrigen Faktenmeldung von einem Umfang seiner Leistungspflicht ausgehen muss, der grösser ist, als er aufgrund der tatsächlichen Sachlage wäre²⁸. Auf eine fehlende Schädigung kann sich jedoch nicht berufen, wer einen Schaden aufrundet, um andere Schadensposten zu kompensieren, die nicht versichert sind oder deren Meldung vergessen wurde²⁹.
- 15 Art. 40 VVG sagt nichts zum Verschulden. Lehre und Rechtsprechung verlangen eine **Täuschungsabsicht**³⁰. Der Tatbestand knüpft damit an jenen von Art. 28 OR an. Dabei stellt sich die Frage, was unter "Absicht" zu verstehen ist. Im Privatrecht wird nicht zwischen Vorsatz und Absicht unterschieden. Die Begriffe sind hier gleichbedeutend³¹.

²³ BGer 6S.364/2005 vom 09.03.2006.

²⁴ *Keine* Denunziationspflicht trifft ihn in Bezug auf Informationen, die der Versicherer ausschliesslich zum Zwecke der Begründung einer Anzeigepflichtverletzung einverlangt (BGE 129 III 510). Vgl. auch FUHRER (2011) N 11.56.

²⁵ BGer 5C.146/2000 vom 15.02.2001 Erw. 2c; 11.06.1942 SVA IX Nr. 79. KOENIG (1967) 103 schreibt dazu, es müsse zu einer übersetzten Bezifferung noch als subjektives Element der *mala fides* hinzukommen.

²⁶ BGer 15.12.1997, SG 1259.1.; BGE 78 II 278, 280.

²⁷ BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 12. BGE 78 II 278, 280. Nach diesem Entscheid untersteht den Rechtsfolgen von Art. 40 VVG, *wer wahrheitswidrig anspruchsbegründende Tatsachen meldet oder deren Nichtbestehen verschweigt*.

²⁸ BGer 4A_288/2013 vom 08.10.2013.

²⁹ BGE 78 II 278, 280, BGer 6S.313/2002 vom 18.02.2003.

³⁰ Oben N 10.

³¹ Dies zeigt ein Blick auf die Verwendung des Begriffs der Absicht im allgemeinen Teil des OR. Das Gesetz verwendet den Begriff insgesamt neun Mal. Dreimal wird der Begriff nicht als Verschuldensform gemeint (Art. 108, 151 und 157 OR). Zu den übrigen Fällen: **Art. 18 OR**: BK-KRAMER (1985) Art. 18 OR N 110, ZK-GAUCH

Auch der Eventualvorsatz ist dieser Verschuldensform zuzurechnen³². Damit genügen eine vorsätzliche und sogar eine eventualvorsätzliche Täuschung, um die Rechtsfolgen von Art. 40 VVG zu bewirken. Anderes gilt im Strafrecht, wo Absicht (im engeren Sinn) der auf die Verwirklichung des Handlungsziels gerichtete Wille, d.h. das eigentliche Ziel der Handlung, darstellt³³.

- 16 Der Zuordnung des **Eventualvorsatzes** zur Absicht könnte entgegen gehalten werden, dass nach herrschender (aber nicht unbestrittener) Ansicht im Rahmen von Art. 14 VVG eine eventualvorsätzliche Schadenverursachung nicht genügt, um eine vollständige Leistungsbefreiung des Versicherers nach Art. 14 Abs. 1 VVG zu begründen³⁴. Der Eventualvorsatz wird im Rahmen dieser Bestimmung der groben Fahrlässigkeit nach Abs. 2 zugeordnet. Die Lehre geht (soweit ersichtlich) nicht auf diesen Unterschied zwischen der allgemeinen Regel (Zuordnung des Eventualvorsatzes zu Absicht und Vorsatz) und jener von Art. 14 VVG ein. Die Frage muss an dieser Stelle nicht geklärt werden. Wie ausgeführt, stellt im Privatrecht die Zurechnung des Eventualvorsatzes zu Vorsatz und Absicht die Regel dar. Von dieser machen Lehre und Rechtsprechung lediglich im Rahmen von Art. 14 VVG eine Ausnahme. Ob sich diese rechtfertigen lässt, kann an dieser Stelle offen bleiben.
- 17 Die Bindung der Rechtsfolgen der Täuschung an ein **qualifiziertes Verschulden** (Absicht, Vorsatz oder Eventualvorsatz) bedeutet, dass nicht jede wahrheitswidrige Darstellung von Fakten die Rechtsfolgen von Art. 40 VVG nach sich zieht. Ist die Wahrheitswidrigkeit einer Faktendarstellung auf blosse Fahrlässigkeit, auf die Ausnützung eines Ermessensspielraums³⁵ oder eine abweichenden Rechtsauffassung zurückzuführen³⁶, so bleibt sie folgenlos³⁷. Der in der Praxis immer wieder anzutreffende direkte Schluss von

(1980) Art. 18 OR N 106. **Art. 28 OR**: BGE 136 III 528, 532, E. 3.4.2. **Art. 41 OR**: BSK-HEIERLI/SCHNYDER (2011) Art. 41 OR N 45. Bei **Art. 44 OR** stellt sich die Frage nicht, da die Bestimmung an eine absichtliche und an eine grobfahrlässige Schadensverursachung die gleichen Rechtsfolgen bindet. Im Rahmen von **Art. 66 OR** gehen die Lehrmeinungen auseinander. Eine Übersicht findet sich bei BK-RÜEDI (2011) Art. 66 OR N 211 ff. **Art. 100 OR**: BK-WEBER (2000) Art. 100 OR N 92.

³² BSK-HEIERLI/SCHNYDER (2011) Art. 41 OR N 45.

³³ STRATENWERTH (1996) § 9 N 92 ff. und N 121 ff.

³⁴ Eine Übersicht über den Stand der Diskussion findet sich bei SUTER, die selbst – im Gegensatz zur herrschenden Lehre – die Auffassung vertritt, dass eine eventualvorsätzliche der absichtlichen Schadensverursachung zuzurechnen ist (SUTER [1999] 40 ff.).

³⁵ Z.B. bei der Festlegung des Zeitwerts einer beschädigten Sache.

³⁶ Beispiel: Der Versicherte geht irrtümlich davon aus, dass auf ein anderes Schadenereignis zurückzuführende Vorschäden im Rahmen einer Neuwertdeckung unberücksichtigt bleiben und gibt sie deshalb nicht an. Das Bundesgericht wollte allerdings einen solchen Irrtum nicht anerkennen (BGer 5C.255/2005 vom 02.02.2006 Erw. 4.1.2), es meinte im Gegenteil, dass die Berücksichtigung von Vorschäden auch bei Vollwertdeckungen sogar einem Laien klar sein müsste. Vgl. auch HAUSWIRTH/SUTER (1990) 89.

³⁷ Das Gleiche müsste gelten, "wenn der Versicherte aus einem besonderen Grund einen zweifellos bestehenden Schadensposten verschweigt und an dessen Stelle einen erfundenen deklariert" (BGE 78 II 278, 281).

der Wahrheitswidrigkeit einer Faktendarstellung auf deren vorsätzliche Abgabe³⁸, ist nicht zulässig. Auch der Umstand, dass dem Versicherten der ihm obliegende Beweis des Schadens nicht gelingt, vermag keine absichtliche Täuschung zu begründen³⁹.

- 18 Das Verhältnis zwischen unredlich geltend gemachtem **Betrag** und Gesamtschaden spielt keine Rolle. Auch eine betragsmässig nicht ins Gewicht fallende Unkorrektheit kann die Rechtsfolgen nach Art. 40 VVG auslösen⁴⁰.
- 19 Unklar ist, ob in analoger Anwendung der strafrechtlichen Bestimmungen ein **Rücktritt vom Versuch**, bzw. eine **tätige Reue** (Art. 23 StGB⁴¹) die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG ausschliessen können. In einem älteren Entscheid⁴² zeigte sich das Bundesgericht sehr hart: Der Versicherungsnehmer korrigierte freiwillig und aus (mehr oder weniger⁴³) eigener Initiative eine bewusst falsch abgegebene Information. Das Bundesgericht bejahte dennoch das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung. Die freiwillige Korrektur durch den Versicherten mindert die Intensität seines Verschuldens. Ihn dennoch die volle Härte der Rechtsfolgen von Art. 40 VVG treffen zu lassen, erscheint als zu hart. Vorliegend wird deshalb vorgeschlagen, solche Fälle nicht unter Art. 40 VVG zu subsumieren. Selbstverständlich gilt dies nur dann, wenn der Rücktritt bzw. die tätige Reue nicht die Folge äusserer Hindernisse darstellt. Voraussetzung ist ferner, dass der Erfolg zum Zeitpunkt der Reuehandlung noch eintreten könnte. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn der Versicherer die Täuschung bereits entdeckt hat.
- 20 Beispiele⁴⁴:
- *Geschäftsversicherung*: Eine nach einem Brand eingereichte, unterzeichnete Liste, die massiv höhere Warenbestände ausweist, als vor dem Brand tatsächlich vorhanden waren, begründet eine arglistige Täuschung⁴⁵.

³⁸ Im Sinne der Regel *res ipsa loquitur* (sie Sache spricht für sich selbst), d.h. die Wahrheitswidrigkeit kann gar nicht anders, denn als (versuchte) absichtliche Täuschung gewertet werden.

³⁹ BGer 4A_67/2010 vom 25.03.2010; 5C.109/2001 vom 10.07.2001. Illustrativ ist auch ein Vergleich der beiden Entscheide 4A_431/2010 vom 17.11.2010 und 4A_525/2011 vom 04.01.2011: In beiden Fällen ging es um mysteriöse Fahrzeugschäden. Im ersten Fall konnte der Versicherungsnehmer den Beweis für den Eintritt des Versicherungsfalls (Fahrzeugbrand) erbringen. Dem Versicherer misslang der daraufhin ihm obliegende Nachweis, dass der Versicherungsnehmer betrügerisch oder absichtlich handelte. Deshalb wurde die Klage des Versicherungsnehmers gutgeheissen. Im andern Fall misslang dem Versicherungsnehmer der Nachweis des Eintritts des Versicherungsfalls. Die Frage, ob er betrügerisch gehandelt hatte, stellte sich deshalb gar nicht mehr.

⁴⁰ BGer, 5C.125/2006 vom 12.12.2006. KOENIG (1967) 103.

⁴¹ Dazu STRATENWERTH (1996) 323 ff.

⁴² BGE 78 II 278.

⁴³ Der Versicherer liess vom Versicherten eine mit einer Rechtsbelehrung versehene Erklärung unterzeichnen.

⁴⁴ Eine ausführliche Kasuistik findet sich bei NEF (BSK-NEF [2001] Art. 40 VVG N 26 ff.).

⁴⁵ BGer 5C.59/2006 und 5P.68/2006 vom 01.06.2006.

- *Hausratversicherung*: Verschweigt der Versicherungsnehmer eine massgebliche Leistungsgrundlage und kann er dadurch in quantitativer Hinsicht seine Verhandlungsposition und seine Aussichten auf ungerechtfertigte Versicherungsleistungen entscheidend verbessern, so handelt er betrügerisch. In casu wollte der Versicherungsnehmer für bei einem Einbruch gestohlene Bilder eine wesentlich höhere Entschädigung, als aufgrund einer kurz vor dem Einbruch erstellten Expertise geschuldet gewesen wäre. Er verheimlichte deshalb den Bestand dieser Expertise und machte sie erst vier Jahre später dem Versicherer zugänglich, als eine Entschädigung in der angestrebten Höhe nicht mehr erzielbar war. Der Versicherer kündigte wegen versuchtem Betrug^{46, 47}.
- *Heiratsversicherung*: Das Vorlegen gefälschter Heiratsdokumente⁴⁸.
- *Kaskoversicherung*: Macht der Versicherungsnehmer unwahre Angaben zum Sachverhalt, weil er fälschlicherweise davon ausgeht, dass der sich tatsächlich zugetragene Sachverhalt nicht versichert sei, so liegt kein Betrug vor, weil der Versicherer bei korrekter Darstellung des Sachverhaltes die gleichen Leistungen hätte erbringen müssen, wie beim vorgetäuschten Sachverhalt. In casu fuhr der Versicherte mit dem Auto während einer Trainingsfahrt auf einer Rennstrecke in einen die Fahrbahn begrenzenden Reifenstapel. Weil er fälschlicherweise davon ausging, dass dafür keine Deckung bestand, gab er an, er sei abseits der Strasse in eine Mauer gefahren⁴⁹.
- *Kaskoversicherung*: Falsche Kaufbelege zum Wert eines vermeintlich gestohlenen Autoradios genügen für den Nachweis der absichtlichen Täuschung⁵⁰. Das Gleiche gilt für das Zurückhalten des Kaufvertrages zur Verheimlichung des wirklichen Fahrzeugalters^{51, 52}.
- *Kaskoversicherung*: Zum Zwecke der Erzielung einer erhöhten Leistung gemachte falsche Angaben zum Kilometerstand⁵³ und zum Ankaufspreis erfüllen den Tatbestand des Art. 40 VVG⁵⁴.

⁴⁶ OGer ZH LB120107-O/U vom 07.06.2013, publ. in der Urteilsdatenbank der FINMA (http://www.finma.ch/Lists/Jurisdictions/20130607_d_ZH_o_01.pdf), besucht: 01.05.2014).

⁴⁷ Ähnliche Ausgangslage: BGer 15.12.1997, SG 1259.1.

⁴⁸ Vgl. OGer ZH LB110031-O/U vom 21.11.2011 und BGer 4D_1/2012 vom 24.05.2012.

⁴⁹ BGer 4A_288/2013 vom 08.10.2013, *Have* 2014, 50 f. und *ius.focus* 2013 Nr. 316.

⁵⁰ BGer 5C.125/2006 vom 12.12.2006.

⁵¹ AppHof BE 656/III/96 vom 11.07.1997, SG 1259.2.

⁵² Vgl. auch BGer 21.12.1994, SG 994.

⁵³ OGer ZH LB100073-O/U3 vom 13.12.2011.

⁵⁴ BGer 4A_17/2011 vom 14.03.2011.

- *Kaskoversicherung*: Widersprüchliche Sachverhaltsdarstellungen oder mysteriöse Umstände begründen hinreichende Zweifel an der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des behaupteten Geschehens, genügen aber umgekehrt nicht, um auf ein betrügerisches Verhalten zu schliessen. In casu verwickelte sich die Versicherungsnehmerin bei der Geltendmachung eines Diebstahlschadens in Widersprüche⁵⁵.
- *Verschiedene Versicherungszweige*: Vortäuschen einer körperlichen Beeinträchtigung (z.B. Schleudertrauma)⁵⁶.

2. Verzögern der Schadenanzeige in betrügerischer Absicht (Art. 38 Abs. 3 VVG)

21 *Der Versicherer ist an den Vertrag nicht gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte die unverzügliche Anzeige in der Absicht unterlassen hat, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, zu hindern.*

22 Voraussetzungen sind⁵⁷:

- **Objektiv**: Die Hinderung des Versicherers an der rechtzeitigen Klärung des Sachverhaltes eines Schadenfalles durch das Unterlassen der unverzüglichen Anzeige des Schadens (**Täuschungshandlung**), was zu einem Irrtum des Versicherers über den Umfang seiner Leistungspflicht führen soll. Die Täuschungshandlung muss geeignet sein, beim Versicherer den angestrebten Irrtum hervorzurufen (*Täuschungseignung*),
- **Subjektiv**: Die Absicht, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung des Sachverhaltes zu hindern, um daraus einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu erzielen (**Täuschungsabsicht**).
- **Täuschungserfolg**: Dieser besteht darin, dass der Versicherer von einem Umfang seiner Leistungspflicht ausgeht, der grösser ist, als er aufgrund der tatsächlichen Sachlage wäre. Der Eintritt des Erfolgs ist jedoch nicht verlangt, es genügt der betrügerische Versuch.

23 Fragen kann man sich, ob das Gesetz das Unterlassen oder schon die blosser Verzögerung der rechtzeitigen Schadenanzeige sanktionieren will. Soweit sich die Literatur überhaupt zur Frage ausspricht, lässt sie betrügerische Verzögerung genügen⁵⁸. Dem ist zu

⁵⁵ BGer 4A_671/2010 vom 25.03.2011, Have 2011, 265 f.; BGer 4A_431/2010 vom 17.11.2010, Have 2011, 161 f. Vgl. auch oben FN 39.

⁵⁶ BGer 6B_531/2012 vom 23.04.2013.

⁵⁷ BSK-NEF (2001) Art. 38 VVG N 24 ff.; MAURER (1995) 341 f.; ROELLI/KELLER (1968) 577; KOENIG (1967) 269.

⁵⁸ BSK-NEF (2001) Art. 38 VVG N 23; ROELLI/KELLER (1968) 577.

folgen⁵⁹, da die Rechtsprechung zu Art. 40 VVG die betrügerische Verzögerung bei der Einreichung von Beweismitteln unter diese Bestimmung subsumiert⁶⁰.

- 24 Alle Autoren sprechen im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 3 VVG von *betrügerischem Handeln* des Anspruchsberechtigten⁶¹. Das Gesetz spricht demgegenüber von der *Absicht, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung des Sachverhaltes zu hindern*. Die Behinderung an der Feststellung des wahren Sachverhaltes ist durchaus vergleichbar mit der wahrheitswidrigen Darstellung von Fakten. Beides dient dem Ziel, beim Versicherer eine falsche Vorstellung vom Sachverhalt zu erwecken. Gefordert sind mit anderen Worten eine Täuschungshandlung und eine Täuschungsabsicht. Die von Art. 38 Abs. 3 VVG erfassten Fälle, können deshalb auch unter Art. 40 VVG subsumiert werden⁶². Deshalb ist es sachgerecht, auch im Rahmen von Art. 38 Abs. 3 VVG von *betrügerischer Absicht* zu sprechen.

3. *Betrügerische Überversicherung (Art. 51 VVG)*

- 25 *Übersteigt die Versicherungssumme den Versicherungswert (Überversicherung), so ist der Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden, wenn der Versicherungsnehmer den Vertrag in der Absicht abgeschlossen hat, sich aus der Überversicherung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Versicherer hat auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch.*
- 26 Voraussetzungen sind⁶³:
- **Objektiv:** Zunächst muss eine Überversicherung vorliegen. Die eigentliche **Täuschungshandlung** besteht dann darin, dass die vom Versicherungsnehmer herbeigeführte oder ausgenutzte Überversicherung von diesem verschleiert wird, was beim Versicherer einen Irrtum über den Umfang seiner Leistungspflicht bewirken soll. Die Handlung muss geeignet sein, beim Versicherer den angestrebten Irrtum hervorzurufen (*Täuschungseignung*).
 - **Subjektiv:** Die Absicht, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erzielen (**Täuschungsabsicht**).

⁵⁹ Der Autor sprach in seinem Lehrbuch (FUHRER [2011] N 11.91) noch vom Unterlassen der *Anzeige*. An dieser Auffassung kann nicht festgehalten werden.

⁶⁰ Oben N 20.

⁶¹ ROELLI/KELLER (1968) 577; BSK-NEF (2001) Art. 38 VVG N 23; FUHRER (2011) N 11.91.

⁶² So auch BSK-NEF (2001) Art. 38 VVG N 24 (in fine) und N 26.

⁶³ BRULHART (2008) N 681; BSK-BOLL (2001) Art. 51 VVG N 7 ff.; MAURER (1995) 504; KOENIG (1967) 321 f.

- Nicht verlangt ist ein **Täuschungserfolg**. Nicht verlangt ist der rechtswidrige Vermögensvorteil, wohl aber die Überversicherung. Entdeckt der Versicherer die betrügerische Absicht vor Vertragsabschluss, so kommt gar kein Vertrag zustande. Die Rechtsfolgen von Art. 51 VVG setzen zwingend voraus, dass ein Vertrag abgeschlossen wurde⁶⁴.
- 27 Gefordert ist somit eine Handlung (Herbeiführen einer Überversicherung), die durch die mit ihr verbundene Täuschungsabsicht zu einer Täuschungshandlung wird. Damit erweist sich auch dieser Tatbestand als Unterfall des allgemeinen Tatbestandes von Art. 40 VVG.

4. **Betrügerische Doppelversicherung (Art. 53 Abs. 2 VVG)**

- 28 *Hat der Versicherungsnehmer diese Anzeige absichtlich unterlassen oder die Doppelversicherung in der Absicht abgeschlossen, sich daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so sind die Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden.*
- 29 Die gesetzliche Regelung ist **missverständlich**. Das Gesetz knüpft die strenge Rechtsfolge der Leistungsbefreiung an zwei völlig unterschiedliche Tatbestände. Einerseits an das absichtliche Unterlassen der Anzeige und andererseits an den betrügerischen Abschluss der Doppelversicherung. Richtigerweise müsste die betrügerische Absicht das entscheidende Merkmal sein. Den wirklichen Sinn von Art. 53 Abs. 2 VVG ergäbe dann folgende Formulierung:
- 30 *Hat der Versicherungsnehmer in der Absicht, sich daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, die Doppelversicherung abgeschlossen oder diese Anzeige unterlassen, so sind die Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden.*
- 31 Damit bliebe eine (fahrlässige oder vorsätzliche) Verletzung der Anzeigepflicht folgenlos, solange der Versicherungsnehmer nicht in betrügerischer Absicht handelt. Dies ist gerechtfertigt, weil er die *Prämien* aus allen Verträgen ungekürzt bezahlen muss (Art. 53

⁶⁴ Denkbar ist jedoch, dass der Versicherungsnehmer zunächst einen Vertrag ohne Überversicherung abschliesst und anschliessend durch eine Erhöhung der Versicherungssumme eine Überversicherung herbeiführen versucht. Handelt er dabei in der Absicht, sich zu bereichern, so sind die Voraussetzungen des Art. 51 VVG erfüllt (KOENIG [1967] 322). Fraglich ist jedoch, was gilt, wenn die Erhöhung der Versicherungssumme nicht zustande kommt, weil der Versicherer die betrügerische Absicht erkennt. Ob in diesem Fall die Rechtsfolgen von Art. 51 VVG greifen, kann offen bleiben. Ein Schadenfall, bei dem sich die Überversicherung auswirken könnte, kann nicht eintreten, weshalb auch keine Leistungsbefreiung Platz greifen kann. Ein Kündigungsrecht (des bisherigen Vertrages, der keine Überversicherung vorsieht) kann der Versicherer unabhängig von Art. 51 VVG aus wichtigem Grund geltend machen, da ihm aufgrund des Betrugsversuches die Weiterführung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist (vgl. BGE 128 III 428, FUHRER [2011] N 14.20).

Abs. 3 VVG), während die Versicherer den Schaden nur einmal decken müssen (Art. 71 VVG). Auf diese Weise ist nicht nur sichergestellt, dass sich der Versicherungsnehmer nicht bereichert, sondern auch, dass er wegen der uneingeschränkten Prämienzahlungspflicht an Mehrfachversicherungen grundsätzlich nicht interessiert sein kann. Dem Versicherungsnehmer bleibt es damit anheimgestellt, ob er sich der Mühe, in seinem Versicherungsbestand nach zweifellos vorhandenen Mehrfachdeckungen zu forschen, unterziehen will oder nicht. Unterlässt er diesen Aufwand, so riskiert er lediglich die Bezahlung einer überhöhten Prämie. Das Gleiche gilt, wenn der Versicherungsnehmer die Mehrfachversicherung gar nicht entdeckt⁶⁵.

- 32 Demgegenüber würde eine wörtliche Anwendung des Gesetzes zu stossenden Ergebnissen führen: Im Auto mitgeführtes Reisegepäck kann sowohl durch die Hausrat- als auch durch die Kaskoversicherung gedeckt sein. Ist sich der Versicherungsnehmer dessen bewusst und verzichtet er aus Bequemlichkeit (und weil die Versicherer deswegen kaum im Einzelfall ihre Produkte anpassen würden) auf eine Anzeige der Doppelversicherung, so handelt er vorsätzlich. Ihn deswegen seines Versicherungsschutzes verlustig gehen zu lassen, erscheint überzogen. Immerhin muss er ja für diese Doppeldeckung zweimal Prämie bezahlen.
- 33 Dem halten BOLL/STADELMANN STÖCKLI entgegen, dass bereits der Nachweis der wissentlichen und willentlichen Unterlassung der Anzeige sehr schwierig zu führen sei und mit dem nach den obigen Ausführungen verlangten Voraussetzung der betrügerischen Absicht dieser Nachweis noch schwerer zu erbringen sei. Aus diesem Grunde sei die absichtliche unterlassene Anzeige der betrügerischen Doppelversicherung grundsätzlich gleichzustellen, es sei denn, der Versicherungsnehmer könne plausible Gründe auführen, warum er seiner Anzeigepflicht nicht nachgekommen sei⁶⁶. Die Autoren begründen ihre harte Haltung mit dem Wortlaut des Gesetzes. Ganz wohl scheint es ihnen dabei allerdings selbst nicht ganz zu sein, denn anders lässt sich die Einschränkung mit den plausiblen Gründen kaum erklären, zumindest lässt sich davon dem Gesetz nichts entnehmen. Im Übrigen ist es mehr als fragwürdig, wenn eine ganze Gruppe von Versicherten unter Generalverdacht gestellt wird, nur um den Versicherern die ihnen vom Gesetzgeber zugewiesene Beweisführung zu erleichtern.

⁶⁵ FUHRER (2011) N 12.11 f.

⁶⁶ BSK-BOLL/STADELMANN STÖCKLI (2012) Art. 53 VVG (Ergänzungsband) ad N 24.

- 34 Voraussetzungen des im vorliegend vertretenen Sinne verstandenen Tatbestandes sind⁶⁷:
- **Objektiv:** Zunächst muss eine Doppelversicherung vorliegen, die eigentliche **Täuschungshandlung** besteht dann darin, dass die vom Versicherungsnehmer herbeigeführte oder ausgenutzte Doppelversicherung von diesem verschleiert wird, was beim Versicherer einen Irrtum über den Umfang seiner Leistungspflicht bewirken soll. Die Handlung muss geeignet sein, beim Versicherer den angestrebten Irrtum hervorzurufen (*Täuschungseignung*).
 - **Subjektiv:** Die Absicht, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erzielen (**Täuschungsabsicht**).
 - Nicht verlangt ist ein **Täuschungserfolg**. Auch nicht verlangt ist der rechtswidrige Vermögensvorteil, wohl aber die Doppelversicherung. Entdeckt der Versicherer die betrügerische Absicht vor Vertragsabschluss, so kommt die Doppelversicherung gar nicht zustande.
- 35 Die rechtliche Situation ist damit die gleiche wie bei der betrügerischen Überversicherung. Gefordert ist eine Handlung, die durch die mit ihr verbundene Täuschungsabsicht zu einer Täuschungshandlung wird. Damit können die Fälle nach Art. 53 Abs. 2 VVG problemlos auch unter Art. 40 VVG subsumiert werden.

5. **Verstoss gegen das Veränderungsverbot in betrügerischer Absicht (Art. 68 Abs. 2 VVG)**

- 36 *Handelt der Anspruchsberechtigte dieser Pflicht in betrügerischer Absicht zuwider, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden.*
- 37 Nach Art. 68 Abs. 1 VVG darf der Versicherte an den beschädigten Gegenständen keine Veränderungen vornehmen, welche die Feststellung der Schadenursache oder des Schadens erschweren oder vereiteln könnte. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist gering, da in den Fällen, auf die sie zugeschnitten ist (z.B. Feuerschäden) regelmässig die Behörden (Polizei, Feuerwehr) auf dem Schadenplatz anordnen, was vor-

⁶⁷ FUHRER (2011) N 12.11 ff.; KOENIG (1967) 325 f. und unter Einschluss der ohne betrügerische Absicht unterlassenen Anzeige: BRULHART (2008) N 687; BSK-BOLL (2001) Art. 51 N 22 f.; MAURER (1995) 405.

zukehren ist. Solche Weisungen der Behörden rechtfertigen regelmässig eine Verletzung des Veränderungsverbotes⁶⁸. Die geringe praktische Bedeutung des Veränderungsverbotes, das z.B. im totalrevidierten deutschen VVG nicht mehr enthalten ist⁶⁹, führt zu einer noch viel geringeren Bedeutung des betrügerischen Verstosses dagegen, weshalb sich weitere Erläuterungen an dieser Stelle erübrigen.

- 38 Der Tatbestand des betrügerischen Verstosses gegen das Veränderungsverbot ist im Übrigen in analoger Weise wie jene zur betrügerischen Über- und Doppelversicherung aufgebaut⁷⁰.

6. **Absichtliche Täuschung bei Vertragsabschluss (Art. 28 Abs. 1 OR)**

- 39 *Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.*

- 40 Art. 28 OR betrifft **Willensmängel beim Vertragsabschluss** und hat nichts mit Versicherungsmissbrauch zu tun. Auf der andern Seite stellt die absichtliche Täuschung des Versicherers die gemeinsame Klammer aller Missbrauchstatbestände dar. Ein Blick auf den Tatbestand von Art. 28 OR kann deshalb bei der Interpretation des versicherungsrechtlichen Missbrauchstatbestandes helfen. Einzugehen ist schliesslich noch auf die eigenständige Bedeutung von Art. 28 OR für das Versicherungsvertragsrecht.

- 41 Damit eine absichtliche Täuschung i.S. von Art. 28 OR vorliegt, müssen fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein⁷¹:
- **Täuschungshandlung**⁷²: Mit der Täuschung wird eine falsche Vorstellung der andern Partei über einen bestimmten Sachverhalt bewirkt. Die Täuschungshandlung kann in der Vorspiegelung falscher⁷³ (aktive Täuschung) oder (sofern eine Aufklärungspflicht

⁶⁸ FUHRER (2011) N 11.59.

⁶⁹ MÜNCHENERK-WANDT (2010) Art. 31 VVG N 142.

⁷⁰ Vgl. BRULHART (2008) N 598; BSK-HÖNGER/SÜSSKIND (2001) Art. 68 VVG N 16; MAURER (1995) 343; KOENIG (1967) 276.

⁷¹ BK-SCHMIDLIN (2013) Art. 28 OR N 12 ff.; SCHWENZER (2012) N 38.03 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (2008) N 853a ff; HUGUENIN (2006) N 491; KOLLER (2006) § 14 N 150 ff.

⁷² BGE 116 II 431, 434. Eine vollständige Übersicht zur Praxis des Bundesgerichts findet sich bei BK-SCHMIDLIN (2013) Art. 28 OR N 19 ff. und 38 ff.

⁷³ Beispiele: Verwendung eines gefälschten Zeugnisses, Änderung des Kilometerstandes eines Autos (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [2008] N 858).

besteht⁷⁴) im Verschweigen von Tatsachen (passive Täuschung). Tatsachenverschweigung ist nur verpönt, soweit eine Aufklärungspflicht besteht. Keine Täuschungshandlung liegt vor, wenn sich die Handlung nicht auf Tatsachen, sondern lediglich auf Werturteile oder Meinungsäusserungen bezieht⁷⁵.

- **Täuschungsabsicht:** Die Täuschung muss absichtlich, d.h. vorsätzlich, erfolgen, wobei Eventualvorsatz genügt⁷⁶. Die bloss fahrlässig bewirkte Täuschung fällt nicht unter Art. 28 OR⁷⁷.
- **Widerrechtlichkeit:** Die Täuschung muss widerrechtlich sein. Zwar nennt das Gesetz (im Gegensatz zu Art. 29 OR) diese Anforderung nicht explizit. Die Lehre begründet dies damit, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass eine absichtliche Täuschung immer widerrechtlich sei⁷⁸.
- **Irrtum:** Die Täuschung muss auf Seiten des Getäuschten einen Irrtum hervorgerufen oder aufrechterhalten haben⁷⁹.
- **Kausalität:** Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss kausal für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein⁸⁰, d.h. Art. 28 OR verlangt (im Gegensatz zu Art. 40 VVG) einen **Täuschungserfolg**⁸¹.

42 **Kennzeichnend für alle Missbrauchstatbestände ist die absichtliche Täuschung. Wie der Vergleich der verschiedenen Tatbestände gezeigt hat, hat das Institut nicht nur bei allen VVG-Tatbeständen, sondern auch im OR den gleichen Inhalt.**

	VVG 40	VVG 38	VVG 51	VVG 53	VVG 68	OR 28
Täuschungshandlung	+	+	+	+	+	+
Täuschungsabsicht	+	+	+	+	+	+
Widerrechtlichkeit	Absichtliche Täuschung ist immer widerrechtlich					
Irrtum	nicht erforderlich; Eignung genügt					+
Täuschungserfolg	nicht erforderlich; Versuch genügt					+

⁷⁴ BGer 4A_316/2008 vom 03.10.2008.

⁷⁵ SCHWENZER (2012) N 38.04. Aus versicherungsrechtlicher Sicht ist anzumerken, dass Expertisen nicht als blosser Meinungsäusserung angesehen werden (vgl. den in N 20 zitierten Fall des OGer ZH vom 07.06.2013).

⁷⁶ BGer 4C.325/2005 vom 23.11.2005 Erw. 3.3.

⁷⁷ BK-SCHMIDLIN (2013) Art. 28 OR N 73.

⁷⁸ SCHWENZER (2012) N 38.09; KOLLER (2006) § 14 N 164.

⁷⁹ SCHWENZER (2012) N 38.10.

⁸⁰ BGer 4C.325/2005 vom 23.11.2005 Erw. 3.3. KOLLER (2006) § 14 N 157.

⁸¹ BK-SCHMIDLIN (2013) Art. 28 OR N 74.

- 43 Dies bedeutet, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zu Art. 28 OR auch im Rahmen der Missbrauchstatbestände des VVG zu beachten sind. Dass im Rahmen von Art. 28 OR, nicht aber bei Art. 40 VVG ein Täuschungserfolg verlangt wird, steht dem nicht entgegen. Wie beim Vertragsabschluss in der Absicht, sich durch Überversicherung einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu verschaffen (Art. 51 VVG) setzen die Rechtsfolgen von Art. 28 OR einen Vertragsabschluss voraus. Ein solcher ist ohne Täuschungserfolg nicht möglich.
- 44 Da die **absichtliche Täuschung** das zentrale Tatbestandsmerkmal des Versicherungsmissbrauchs darstellt, ist auch ein auf diese Weise vom Versicherungsnehmer bewirkter Irrtum des Versicherers **beim Vertragsabschluss** als **Versicherungsmissbrauch** zu qualifizieren.
- 45 Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die Anwendbarkeit des Rechts der Willensmängel im OR nicht durch die Regelung der Anzeigepflichtverletzung im VVG verdrängt wird. Bis zur Teilrevision 2004 galt nach wohl herrschender Lehre der Vorrang des VVG als *lex specialis*⁸². Dies konnte unter der Herrschaft des alten Rechts hingenommen werden, nach revidiertem Recht führt dies jedoch zu stossenden Ergebnissen. Nach altem Recht verloren sowohl der absichtlich täuschende als auch der bloss fahrlässig handelnde Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz mit Wirkung *ex tunc*. Der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 28 OR hatte somit für den Versicherer im Ergebnis die positive Folge, dass er die Prämie behalten konnte, und die negative Folge, dass ihm für die Beendigung des Vertrages nicht ein Jahr, sondern lediglich vier Wochen zur Verfügung standen.
- 46 Demgegenüber bleibt nach neuem Recht der Versicherungsschutz für Schäden, die in keinem Zusammenhang zur falsch deklarierten Gefahrtatsache stehen, erhalten. Diese Regelung ist gegenüber dem bloss fahrlässig Handelnden sachgerecht. Es gibt auf der andern Seite keinen Grund, den Versicherer dem absichtlich täuschenden Versicherungsnehmer gegenüber schlechter zu stellen, als er bei Anwendbarkeit des OR stünde. Er muss die Möglichkeit haben, sich mit Wirkung *ex tunc* von einem solchen Vertragspartner trennen zu können. Dies deshalb, weil sich der Versicherer bei einer absichtlichen Täuschung nicht nur (wie bei fahrlässigen Anzeigepflichtverletzungen) in Bezug auf die Qualität des übernommenen Risikos irrt, sondern darüber hinaus die Person des Versicherungsnehmer ein deutlich erhöhtes subjektives Risiko darstellt. Aus diesem

⁸² Vgl. die Übersicht bei GUTZWILLER (2003) *passim*.

Grund plädiert die jüngere Lehre dafür⁸³, dass *in den Fällen absichtlicher Täuschung die Anwendung von Art. 28 OR möglich bleibt*⁸⁴.

- 47 Dies bedeutet auch, dass sich der Versicherungsnehmer in diesem Fall nicht auf einen Ausnahmetatbestand nach Art. 8 VVG berufen kann. Sind sowohl der Tatbestand der absichtlichen Täuschung als auch jener der Anzeigepflichtverletzung erfüllt, so kann sich der Versicherer alternativ auf den einen oder den andern Tatbestand berufen. Somit kann er sich bei schadenfreiem Verlauf auf Anzeigepflichtverletzung berufen und damit die Prämien bis zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung behalten und bei Vorliegen entschädigungspflichtiger (nicht kausaler) Schäden absichtliche Täuschung geltend machen (sofern die Summe der zu entschädigenden Schäden jene der verdienten Prämien übersteigt). Für eine gestützt auf Art. 28 OR ausgesprochene Kündigung hat der Versicherer in Anwendung von Art. 31 OR ein Jahr ab Entdeckung der Täuschung Zeit⁸⁵.
- 48 Zur gleichen Lösung führen systematische Überlegungen. Nach Art. 51 (Überversicherung) und 53 VVG (Doppelversicherung) ist der Versicherer dann nicht an den Vertrag gebunden, wenn sich der Versicherungsnehmer durch den Abschluss des Vertrages einen unrechtmässigen Vermögensvorteil verschaffen will. Zielt die Absicht des Versicherungsnehmers nicht auf eine unrechtmässige Schadenzahlung, sondern auf die unrechtmässige Beanspruchung von Versicherungsschutz, so sollten die Rechtsfolgen die gleichen sein, weil dabei einzig auf die Täuschungsabsicht abzustellen ist⁸⁶.

⁸³ Fuhrer (2011) N 6.110. Vgl. auch BSK-NEF/VON ZEDTWITZ (2012) Art. 6 VVG ad N 27.

⁸⁴ Dem könnte entgegen gehalten werden, dass bei der einseitigen Auflösung eines bereits mindestens teilweise erfüllten Versicherungsvertrages wegen eines Willensmangels der Vertrag, der Theorie der faktischen Vertragsverhältnisse folgend, bis zum Zeitpunkt der Auflösung wie ein gültiger Vertrag zu behandeln ist. Zur Auflösung dieses Widerspruchs stehen zwei Wege offen: Entweder nimmt man für die Fälle der absichtlichen Täuschung eine Ausnahme vom Grundsatz der Anwendbarkeit der Theorie der faktischen Vertragsverhältnisse an (was sich damit rechtfertigen liesse, dass das Vertrauen des Versicherungsnehmers in den Bestand des Versicherungsvertrages, das die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses rechtfertigt, im Falle des absichtlich täuschenden Versicherungsnehmers gerade nicht schützenswert ist). Oder man gewährt dem Versicherer im Rahmen seiner Schadenansprüche aus culpa in contrahendo auch einen Anspruch auf den Ersatz seiner Aufwendungen aus Versicherungsfällen (wobei er sich Prämienzahlungen als schadenmindernden Faktor anrechnen lassen müsste).

⁸⁵ **A.M.** BAUMANN (2002) 97, der für die Anwendung der vierwöchigen Frist nach Art. 6 VVG plädiert, damit der Versicherungsnehmer möglichst rasch Klarheit über den Fortbestand des Versicherungsschutzes hat. Die Frage ist allerdings, ob der absichtlich täuschende Versicherungsnehmer diese Besserstellung (gegenüber andern Personen, denen vorgeworfen wird, ihren Vertragspartner absichtlich getäuscht zu haben) verdient.

⁸⁶ FUHRER (2011) N 6.109 ff.

7. *Einheitlicher Tatbestand*

49 **Als Versicherungsmissbrauch gelten vom Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten durch absichtliche Täuschung des Versicherers unrechtmässig erlangte Leistungen oder Versicherungsschutz. Der Versuch ist dem Missbrauch gleichgestellt.**

50 Mit dieser Definition lassen sich die verschiedenen Missbrauchstatbestände des VVG zusammenfassen. Von dieser Umschreibung geht auch der Bundesrat in seinem Vorschlag zu der im Parlament gescheiterten Totalrevision⁸⁷ des VVG aus. In Art. 41 Abs. 1 lit. b E-VVG fasste er die bisherigen fünf Tatbestände wie folgt zusammen:

51 Das Versicherungsunternehmen ist von seiner Leistungspflicht befreit, wenn die Versicherungsnehmerin, der Versicherungsnehmer oder die Anspruchsberechtigte Person:

- a. [...]
- b. es hinsichtlich Begründung oder Umfang einer geltend gemachten Versicherungsleistung absichtlich getäuscht hat.

III. Rechtsfolgen

52 Das Gesetz sagt (bei allen fünf Tatbeständen), dass der **Versicherer nicht an den Vertrag gebunden ist**⁸⁸. Nichtgebundenheit bedeutet sowohl Vertragsauflösungsrecht als auch Leistungsfreiheit.

1. *Kündigungsrecht*

53 Die ältere Lehre ging von einem Rücktrittsrecht des Versicherers aus⁸⁹. Da ein solches nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln den Vertrag mit Wirkung *ex tunc* erlöschen lässt, geht KOENIG von einer *versicherungsrechtlichen Unverbindlichkeit* des Ver-

⁸⁷ Der Bundesrat hat am 07.09.2011 (BBl. 2011 7705 ff.) Botschaft und Entwurf an das Parlament geschickt. Am 13.12.2012 (Geschäftsnummer 11.057) hat der Nationalrat (AB N 1012 2203 ff.) und am 20.03.2013 der Ständerat (AB S 2013 261 ff.) das Geschäft an den Bundesrat zurückgewiesen. Das Parlament hat seine Rückweisung mit dem Auftrag verbunden, ihm eine Teilrevision zu einigen ausgewählten Themen vorzulegen.

⁸⁸ Nach Art. 28 OR ist für den Getäuschten der Vertrag nicht verbindlich.

⁸⁹ ROELLI (1914) Art. 40 VVG N 3.

trages aus, die den Vertrag auf den Zeitpunkt dahinfallen lassen, zu dem der Rücktrittsgrund entstanden ist⁹⁰. Andere Autoren datieren die Rückwirkung auf den Eintritt des Schadenfalls, in dessen Zusammenhang die Täuschungshandlung erfolgte⁹¹. Wollte man eine solche Rückwirkung anerkennen, so hätte dies nach dem Grundsatz der Teilbarkeit der Prämie die Folge, dass der Versicherungsnehmer die Prämie für die Zeit zwischen der Erklärung und der Wirkung der Vertragsauflösung zurückverlangen könnte⁹². Dies wird jedoch von der herrschenden Lehre abgelehnt⁹³. Aus diesem Grund ist von einer **Kündigung** mit *Wirkung ex nunc, verbunden mit einer Leistungsbefreiung des Versicherers*, auszugehen⁹⁴.

- 54 Das Gesetz setzt dem Versicherer keine **Frist**, innert welcher er sein Kündigungsrecht ausüben muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Versicherer mit der Abgabe seiner Kündigungserklärung beliebig zuwarten könnte, da missbräuchlich auch derjenige handelt, der mit der Ausübung eines Rechts allzulange zuwartet⁹⁵. Massgebend sind zwar immer die Umstände des Einzelfalles, dennoch rechtfertigt sich im Interesse der Rechtssicherheit eine allgemeine Vorgabe. In Art. 6 VVG hat der Gesetzgeber für die Fälle der Kündigung nach einer Anzeigepflichtverletzung eine Frist von vier Wochen angesetzt. Diese kann analog auch in den Fällen des Versicherungsmisbrauchs herangezogen werden. Vorliegend wird deshalb vorgeschlagen, dass der Versicherer innert vier Wochen, nachdem er zuverlässige Kunde von Tatsachen erhalten hat, aus denen sich der sichere Schluss auf eine absichtliche Täuschung ziehen lässt, kündigen muss⁹⁶.
- 55 Der **Vertrag erlischt** mit dem Zugang der Kündigungserklärung beim Versicherungsnehmer. Bis zu diesem Zeitpunkt schuldet der Versicherungsnehmer Prämien.

⁹⁰ KOENIG (1967) 90 f.; gl.M. ROELLI/KELLER (1968) 586.

⁹¹ BSK-NEF (2001) Art. 40 VVG N 53; MAURER (1995) FN 499a.

⁹² TEURILLAT (2006) 276.

⁹³ BRULHART (2008) N 662. Unter dem alten Recht (d.h. vor der Teilrevision 2004) folgte dies bereits aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie.

⁹⁴ FUHRER (2011) N 11.95; TEURILLAT (2006) 277; SARBACH (2006) 185. **A.M.** BRULHART (2008) N 659, der nach wie vor von einem Rücktritt ausgeht, der auf den Zeitpunkt der betrügerischen Handlung hin Wirkungen entfaltet.

⁹⁵ BK-HAUSHERR/AEBI-MÜLLER (2012) Art. 2 ZGB N 280 ff.

⁹⁶ Der Autor hat dies bereits in seinem Lehrbuch (FUHRER [2011] N 11.96) vorgeschlagen. Das OGer ZH anerkannte zwar, dass eine solche Befristung im Interesse der Rechtssicherheit sei, befand jedoch, dass er einer rechtlichen Grundlage entbehre (OGer LB120107-O/U vom 07.06.2013 Erw. 3).

2. Einseitige Leistungsbefreiung

- 56 Das Gesetz befreit den Versicherer von seiner Leistungspflicht. Dabei lässt es jedoch eine ganze Reihe von Fragen unbeantwortet.
- 57 Als erstes stellt sich die Frage, ob eine Bindung zwischen Kündigung und Leistungsbefreiung anzunehmen ist. Im Recht der Anzeigepflichtverletzung besteht eine solche Bindung. Nach Art. 6 Abs. 3 VVG greift die (partielle) Leistungsbefreiung nur, wenn der Versicherer von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht. Nach GAUCH durchbricht diese Bestimmung den Grundsatz, wonach die Kündigung des Versicherers nur für die Zukunft wirkt⁹⁷. Dies gilt grundsätzlich auch für die Tatbestände der arglistigen Täuschung. Deren Rechtsfolge ist primär das Recht des Getäuschten, den Vertrag zu kündigen. Auch diese Kündigung wirkt zurück auf den von der Täuschung betroffenen Schaden. Daraus folgt, dass auch in den Fällen des Versicherungsmisbrauchs die Leistungsbefreiung voraussetzt, dass der Versicherer den Vertrag (rechtzeitig) kündigt⁹⁸.
- 58 Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass der Versicherer für den Schadenfall, den die täuschende Handlung betrifft, keine Leistungen erbringen muss⁹⁹. Mehrheitlich wird dies damit begründet, dass die Leistungsbefreiung zurückwirkt auf den Zeitpunkt der Täuschungshandlung¹⁰⁰. Bei fiktiven Schadenfällen¹⁰¹ genügt die so definierte Rückwirkung. Im häufigen Fall des ausgenutzten Schadenfalls jedoch erfolgt die Täuschungshandlung erst nach Eintritt des versicherten Ereignisses. Einzelne Autoren schlagen deshalb vor, die Leistungsbefreiung auf dieses Ereignis hin zurück wirken zu lassen¹⁰². Die ältere Lehre argumentiert mit der Unteilbarkeit des Versicherungsfalls (den sie als Pendent zur damals noch geltenden Unteilbarkeit der Prämie erblickte)¹⁰³. Materiell wird die vollständige Leistungsbefreiung mit pönalen¹⁰⁴ und generalpräventiven Überlegungen begründet.

⁹⁷ GAUCH (2006) 368.

⁹⁸ FUHRER (2011) N 11.98.

⁹⁹ Statt aller: BRULHART (2008) N 657; MAURER (1995) 386.

¹⁰⁰ Oben FN 90.

¹⁰¹ Zur Phänomenologie: oben N 5.

¹⁰² Oben FN 91.

¹⁰³ EHRENBURG (1893) 357.

¹⁰⁴ KOENIG (1967) 91.

- 59 Die mit der Kündigung verbundene Leistungsbefreiung hat ihren Grund im missbräuchlichen Verhalten des Versicherungsnehmers. Sie kann deshalb nicht weiter zurückreichen als das verpönte Handeln. Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses ist abzulehnen, da sie nur mit pönalen Überlegungen begründet werden kann, für die, wie ausgeführt, im Privatrecht kein Platz ist. Auch der Grundsatz der Unteilbarkeit des Schadens vermag keine Rückwirkung der Leistungsbefreiung auf einen Zeitpunkt vor der Täuschungshandlung zu begründen. Wie der von GAUCH als historisches Fossil qualifizierte Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie würde auch ein solcher der Unteilbarkeit des Schadens¹⁰⁵ zu stossenden Ergebnissen führen, die einseitig die Interessen der Versicherer schützen und logisch (auch versicherungstechnisch) nicht begründbar sind.
- 60 Aus diesen Überlegungen folgt – entgegen der absolut herrschenden Lehre¹⁰⁶ und ständigen Rechtsprechung¹⁰⁷ –, dass in den Fällen des ausgenutzten Schadens die Leistungsbefreiung des Versicherers keine vollständige ist. Diese wirkt nämlich nur soweit, wie es die Täuschungshandlung des Versicherten tut. Dies bedeutet:
- Für die von der täuschenden Handlung nicht betroffenen Schadensposten muss der Versicherer aufkommen. *Beispiel:* Wird dem Versicherungsnehmer das Auto gestohlen und gibt er anschliessend in seiner Schadenanzeige wahrheitswidrig an, im Auto hätte sich noch eine wertvolle Fotoausrüstung befunden, so beschränkt sich die Leistungsfreiheit auf die vorgetäuschte Fotoausrüstung. Für den Verlust des Fahrzeuges bleibt der Versicherer leistungspflichtig.
 - Eignet sich nach dem Betrugsfall, aber noch vor der Kündigung ein weiterer Schadenfall, bei dem der Versicherer nicht getäuscht wurde, so bleibt dieser versichert, denn die umfassende Leistungsbefreiung durch die Kündigung wirkt nur für die Zukunft, d.h. ab dem Tag des Zugangs der Kündigung beim Versicherungsnehmer¹⁰⁸.
 - Umgekehrt greift die Leistungsbefreiung in Bezug auf den Schadensposten, auf den sich die Täuschungshandlung bezieht, auch dann, wenn die Täuschung nicht erfolgreich war, es also beim Versuch blieb¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Dazu BSK-FUHRER (2001) Art. 25-27 VVG N 60 ff.

¹⁰⁶ Oben FN 99.

¹⁰⁷ BGer SVA V Nr. 176 vom 18.10.1922 und zahlreiche spätere Entscheidungen.

¹⁰⁸ Gl.M. FRANK (1952) 82.

¹⁰⁹ Oben N 10.

IV. Einzelfragen

1. *Täuschende Person*

- 61 Der Versicherer kann den Vertrag nur kündigen, wenn die täuschende Handlung dem **Versicherungsnehmer** selbst vorgeworfen werden kann. Täuscht eine mitversicherte Person, so kann der Versicherer nicht kündigen, er ist jedoch dieser gegenüber von seiner Leistungspflicht befreit. Umgekehrt erstreckt sich die Leistungsfreiheit nach zu Recht ausgesprochener Kündigung nur auf den täuschenden Versicherungsnehmer. Die Ansprüche der redlichen mitversicherten Personen bleiben (bis zum Erlöschen des Vertrages) erhalten¹¹⁰. Auch gegenüber dem Pfandgläubiger bleibt der Versicherer leistungspflichtig¹¹¹.
- 62 Für eine Leistungsverweigerung gegenüber einer juristischen Person genügt es, wenn eines der Organe betrügerisch einen Anspruch begründet¹¹².

2. *Kündigung anderer, von der Täuschung nicht betroffener Verträge*

- 63 Die täuschende Handlung erlaubt dem Versicherer, den von der Täuschung betroffenen Vertrag zu kündigen. Ob er auch andere Verträge mit dem gleichen Versicherungsnehmer kündigen kann, hat das Bundesgericht in BGE 131 III 314 offen gelassen. Nach der sog. Uriella-Praxis¹¹³ können Dauerverträge, zu denen auch die Versicherungsverträge zählen, aus wichtigem Grund jederzeit gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Weiterführung des Vertrages der kündigenden Partei nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Art. 337 Abs. 2 OR). Eine absichtliche Täuschung zur Erzielung eines unrechtmässigen Vorteils zu Lasten des Versicherers stellt nach der hier vertretenen Meinung einen wichtigen Grund dar.

¹¹⁰ BGer 5C.138/2005 vom 05.09.2005.

¹¹¹ BGE 78 II 278, 279.

¹¹² BGer 4A_316/2013 vom 21.08.2013 E. 7.3. SCHWENZER (2012) N 38.10.

¹¹³ BGE 128 III 428.

3. Rückforderung bereits erbrachter Leistungen

64 Soweit der Versicherer für Schadenfälle, die von der Leistungsbefreiung erfasst sind, bereits Leistungen erbracht hat, kann er diese vom Versicherten zurückfordern. Nach der Umwandlungstheorie handelt es sich dabei um Vertrags- und nicht um Bereicherungsansprüche¹¹⁴. Deren Verjährung bemisst sich nach Art. 46 VVG. Der Fristenlauf beginnt mit dem Erlöschen des Vertrages, da dies die Tatsache ist, welche die Pflicht zur Rückerstattung begründet¹¹⁵.

4. Unverfallbarkeit des Rückkaufswerts

65 In der Lebensversicherung bleibt auch bei Vorliegen einer absichtlichen Täuschung der Anspruch des Versicherungsnehmers auf die Erstattung des Rückkaufswerts erhalten. Bis zur Teilrevision 2004 sah das Gesetz diesen Grundsatz explizit vor¹¹⁶. Mit der Teilrevision beseitigte der Gesetzgeber unter anderem den altrechtlichen Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie. Dazu strich er ersatzlos die Art. 25-27¹¹⁷. Damit war jedoch nicht beabsichtigt, die Unverfallbarkeit des Rückkaufswerts in Frage zu stellen. Art. 6 Abs. 4 VVG sieht den Grundsatz für den Fall einer Kündigung wegen Anzeigepflichtverletzung weiterhin vor. Er gilt in gleicher Weise für die andern Fälle ausserordentlicher Kündigungen, wie z.B. solche wegen absichtlicher Täuschung¹¹⁸.

¹¹⁴ FUHRER (2011) N 6.155; BGer 5C.59/2006 vom 01.06.2006 und 5C.131/1997 vom 28.11.2000.

¹¹⁵ BGer 5C.59/2006 vom 01.06.2006 Erw. 2.4.

¹¹⁶ Art. 25 Abs. 4 a-VVG: *Wird ein Lebensversicherungsvertrag, der nach Massgabe dieses Gesetzes rückkaufsfähig ist (Art. 90 Abs. 2), aufgelöst, so hat der Versicherer die für den Rückkauf festgestellte Mindestleistung zu gewähren.*

¹¹⁷ Vgl. Botschaft zur Teilrevision, BBl. 2003 3856.

¹¹⁸ Vgl. auch den Sachverhalt von BGer 4D_1/2012 vom 24.05.2012.