

Beweisvereinbarungen in Allgemeinen Versicherungsbedingungen¹

Felix Artner

Zusammenfassung

Ob der Versicherungsnehmer effektiv aus einer Versicherung geschützt ist, hängt auch davon ab, ob in einem allfälligen Prozess der Nachweis des Eintritts des Versicherungsfalls gelingt. Im Versicherungsrecht stellen sich daher häufig Fragen des Beweismaßes, der Beweislast und der Beweiswürdigung. Diese Fragen sind oft auch Gegenstand von Vereinbarungen in Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Der vorliegende Beitrag untersucht, inwieweit die Parteien eines Versicherungsvertrags überhaupt über Beweismaß, Beweislast und Beweiswürdigung in AVB disponieren können. Zudem wird exemplarisch anhand einiger gängiger Klauseln behandelt, welchen Beschränkungen der Versicherer bei der Gestaltung seiner AVB mit Blick auf das AGB-Recht unterliegt. Dabei werden auch die aktuellen unionsrechtlichen Entwicklungen berücksichtigt, die sich aufgrund der Determinierung des nationalen AGB-Rechts durch die Klausel-RL (93/13/EWG) und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH ergeben.

Abstract

Whether a policyholder is effectively protected by an insurance policy, also depends on whether it is possible to prove the occurrence of the insured event in a civil lawsuit. Therefore, questions regarding the standard of proof, the burden of proof and the assessment of evidence frequently arise in insurance law. These questions are also often the subject of agreements in general conditions of insurance (GCI). This article examines the extent to which the parties to an insurance contract are free to determine the standard of proof, the burden of proof and the assessment of evidence in GCI. In addition, a number of common clauses are used as examples to illustrate the restrictions to which insurers are subject when drafting their GCI with regard to laws on general terms and conditions. The current developments in EU law are also taken into account, which result from na-

Dr. Felix Artner
E-Mail: felix.artner@wu.ac.at

¹ Der vorliegende Beitrag geht zurück auf einige Kapitel der 2024 erschienenen Dissertation des Verfassers (Artner, Der Beweis im Versicherungsrecht, Manz, Wien [2024]) und auf den am 14. März 2024 in Berlin gehaltenen Vortrag des Verfassers am Versicherungsrechtstag im Rahmen der Jahrestagung des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaften.

tional laws regarding general terms and conditions being shaped by the Directive on unfair terms in consumer contracts (93/13/EEC) and the related case law of the European of Justice.

JEL classification: K12

Keywords: AGBG, AGB-Kontrolle, Allgefahrenversicherung, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Anscheinsbeweis, AVB, AVB-Kontrolle, Benachteiligung, Beweis, Beweis für das äußere Bild, Beweiserleichterung, Beweisführung, Beweislast, Beweislastumkehr, Beweismaß, Beweismaßherabsetzung, Beweiswürdigung, Indizienbeweis, Inhaltskontrolle, Herbeiführung, Klauselkontrolle, Klausel-Richtlinie, Lückenschließung, Missbräuchlichkeit, Versicherung, Versicherungsfall, Versicherungsnehmer, Versicherer, Versicherungsrecht, Vertragsauslegung, Vertragslücke

1. Einleitung

Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) legen in vielfältiger Weise auch fest, welche Rahmenbedingungen für den Nachweis des Versicherungsfalls in einem Deckungsprozess des Versicherungsnehmers (VN) gegen den Versicherer bestehen. Dabei können mehrere Ebenen voneinander unterschieden werden. Zunächst kann fraglich sein, welchen Überzeugungsgrad die vom VN angebotenen Beweise aufweisen müssen, damit ein Gericht das Vorliegen einer Tatsache feststellen kann. Diese Frage wird durch das Beweismaß geregelt. Zweitens erhebt sich die Frage, welche der beiden Parteien welche Tatsachen in den Prozess einführen und beweisen muss, womit die Frage der Beweislast angesprochen ist. Schließlich muss das Gericht die aufgenommenen Beweise auch würdigen.

All diese Fragen sind auch Gegenstand von Vereinbarungen in AVB. In diesem Zusammenhang stellen sich mehrere Fragen: Inwieweit können die Parteien eines Versicherungsvertrags darüber überhaupt privatautonom disponieren? Welchen Beschränkungen unterliegt der Versicherer bei der Gestaltung seiner AVB mit Blick auf das AGB-Recht? Dabei gilt es auch die aktuellen unionsrechtlichen Entwicklungen zu beachten, die aufgrund der Determinierung des nationalen AGB-Rechts durch die Klausel-RL stets mitzudenken sind. Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen Fragen und analysiert dabei auch exemplarisch einige Klauseln und Merkmale aus gängigen Bedingungswerken.

2. Beweismaß

2.1 Ausgangssituation

Gemäß § 286 I ZPO hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“. Nach der auf die Anastasia-Entscheidung des BGH² zurückgehenden Formel ist für die Überzeugung des Gerichts ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der den Zweifel Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, erforderlich. Dieses Regelbeweismaß muss nach h. A.³ aus Gründen der Rechtssicherheit im Vorfeld jedes Prozesses rechtssatzmäßig feststehen.

Auch in versicherungsrechtlichen Prozessen sollen dieselben Grundsätze gelten. Der VN hat den vollen Beweis zu erbringen, dass der Versicherungsfall eingetreten ist. Dazu kann er sich des Anscheinsbeweises⁴ oder des Indizienbeweises⁵ bedienen, die ihm die Beweisführungen erleichtern, aber gleichwohl den vollen Beweis des Versicherungsfalls nicht abnehmen, da diese Institute nach h. A.⁶ nicht zu einer Beweismaßherabsetzung führen. Eine echte Beweiserleichterung besteht demgegenüber in der Entwendungsversicherung mit dem Beweis für das äußere Bild.⁷

2.2 Beweismaßvereinbarungen in AVB

Neben diesen von der Rsp. entwickelten Beweiserleichterungen werden in AVB häufig auch Vereinbarungen über das Beweismaß getroffen. Oftmals finden sich dabei Herabsetzungen des anzuwendenden Beweismaßes auf überwiegende Wahrscheinlichkeit. So bestimmt etwa § 9 Nr. 1 lit. b VHB 1984 für die Hausratversicherung, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, damit der Risikoausschluss für Schäden durch Kriegsereignisse jeder Art, innere Unruhen oder Erdbeben greift. Das wirft zunächst die Frage auf, ob solche Abreden überhaupt wirksam getroffen werden können. In der Folge ist dann die AVB-rechtliche Beurteilung solcher Klauseln vorzunehmen.

² Urt. v. 17.02.1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245.

³ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I, 5. Aufl. (2023), Kap. 5 Rn. 3; Prütting, in: MüKoZPO I, 6. Aufl. (2020), § 286 Rn. 28.

⁴ Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 32. Aufl. (2024), Einl. Rn. 375 ff.

⁵ Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 374.

⁶ Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 376; Prütting, in: MüKoZPO I, § 286 Rn. 52 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. (2018), § 114 Rn. 16.

⁷ Dazu eingehend Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I, Kap. 23 Rn. 1 ff.

2.2.1 Zulässigkeit privatautonomer Vereinbarungen?

Während Verträge über die Beweislast nach nahezu einhelliger Auffassung⁸ und der Rsp.⁹ zulässig sind, sollen Verträge über das Beweismaß nach h. A.¹⁰ nicht wirksam vereinbart werden können. Das wird einerseits damit begründet, dass damit unzulässigerweise in das zwingende Prinzip der freien Beweiswürdigung eingegriffen werde.¹¹ Andererseits wird auch betont, dass das Beweismaß im Sinne der Rechtssicherheit generell-abstrakt und rechtssatzmäßig feststehen müsse, weshalb es einer vertraglichen Vereinbarung nicht zugänglich sei.¹²

Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit privatautonomer Vereinbarungen ins Treffen geführt werden, überzeugen jedoch nicht. Einschränkungen privatautonomer Vereinbarungen sollten nur dort für unzulässig erklärt werden, wo ihnen zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen.¹³ Das wäre etwa dann der Fall, wenn ein Vertrag ein Gericht dazu nötigte, eine Tatsache wider besseres Wissen festzustellen, obwohl dieses vom Nichtvorliegen der Tatsache überzeugt ist. In dieser Hinsicht ist das Prinzip der freien Beweiswürdigung zurecht zwingend. Wird aber lediglich der geforderte Überzeugungsgrad herabgesetzt, ist das Gericht nicht gezwungen, einen seiner Ansicht nach unrichtigen Sachverhalt festzustellen. Es muss „nur“ weniger stark überzeugt sein. Beweismaßvereinbarungen in Gestalt von Herabsetzungen auf das überwiegende Beweismaß sind daher zulässig.¹⁴

2.2.2 AVB-Kontrolle von Beweismaßvereinbarungen

Setzt man die Zulässigkeit privatautonomer Beweismaßherabsetzungen voraus, stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, ob und wie solche Klauseln aus Sicht der AVB-Kontrolle zu bewerten sind. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der betreffende Versicherungsvertrag mit einem Unternehmer oder mit einem Verbraucher abgeschlossen wurde.

⁸ *Rosenberg*, Beweislast, 5. Aufl. (1965), S. 87; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO IV, 23. Aufl. (2018), § 286 Rn. 292; a. A. *Kleinfellner*, ZZZ 53 (1928) 1 (11).

⁹ BGH, Urt. v. 30.04.1998 – VII ZR 47/97, NJW 1998, 2967 (2968).

¹⁰ *Baumgärtel*, in: FS Fasching, 1988, S. 67 (79); *Greger*, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. (2024), Vor § 284 ZPO Rn. 2b; *Schauer*, in: Honsell, BKVVVG (1998), Vor §§ 49–68a Rn. 79.

¹¹ *Baumgärtel*, in: FS Fasching S. 67 (79); *Greger*, in: Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 2b, 32; *Hansen*, ZVersWiss 1991, 355 (362); *Musielak*, NZV 1990, 466 (468); *Schmidt*, Versicherungsfall, 2011, S. 122 f.

¹² *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I, Kap. 23 Rn. 5; *ders.*, MDR 2016, 560 (562).

¹³ *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition, 2020, S. 124 ff.

¹⁴ *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 692 ff.

Unternehmerversicherungen

Unternehmerversicherungen unterliegen an sich nur der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Nach ständiger, wenngleich umstrittener Rsp.¹⁵ kommt den Verbotsnormen des § 309 BGB auch im Falle der Verwendung einer unter diesen Tatbestand fallenden Klausel gegenüber Unternehmen Indizwirkung für die unangemessene Benachteiligung zu, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Beweismaß einer privatautonomen Vereinbarung zugänglich. Wird in AVB eine Beweismaßherabsetzung zugunsten des Versicherers getroffen, liegt daher eine Abweichung vom insofern dispositiven Recht vor. In inhaltlicher Sicht lassen sich allgemeingültige Aussagen nicht einfach treffen, weil selbstverständlich das konkrete Versicherungsprodukt samt seiner AVB betrachtet werden müssen. Als generelle Erkenntnis kann aber gelten, dass sich die Beweiserleichterung nicht auf Umstände beziehen darf, die der Sphäre oder dem Verantwortungsbereich des Versicherers zuzuordnen sind.¹⁶ Kann der Versicherer nämlich solche Umstände vereinfacht nachweisen, muss der VN eher den Gegenbeweis erbringen. Dies ist für ihn benachteiligend, weil der Nachweis von Umständen aus der Sphäre des Versicherers typischerweise mit erheblichen Schwierigkeiten einher gehen wird. Damit ähnelt die Beweiserleichterung zugunsten des Versicherers im Ergebnis einer Beweislastumkehr zulasten des VN, die für sich genommen ebenfalls unangemessen benachteiligend sein kann.¹⁷

Denkt man diese Gedanken konsequent weiter, sind Klauseln, die eine Beweiserleichterung zugunsten des Versicherers festlegen, dann zulässig, wenn sie sich auf Umstände beziehen, die der Sphäre des VN zuzurechnen sind.¹⁸ Das OLG Karlsruhe¹⁹ zieht in seiner E zu einer Valorenversicherung einen Vergleich zum Beweis des äußeren Bildes. Ähnlich wie der VN in der Entwendungsversicherung sei der Versicherer in der Valorenversicherung damit konfrontiert, dass bei Straftaten häufig nicht ausreichend Beweismittel zur Verfügung stünden. Unter Berücksichtigung, dass es sich bei der Valorenversicherung um eine Allgefahrentversicherung handle, drohe keine Entwertung des Versicherungs-

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.09.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774 (3774) m. w. N.

¹⁶ *Eckes/Günther*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG III, 2. Aufl. (2017), Technische Versicherungen Rn. 211; *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, 1990, S. 229, 240; *Voit/Knappmann*, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. (2004), § 2 AMB 1991 Rn. 53.

¹⁷ *Artner*, Beweis, S. 104 f.

¹⁸ *Artner*, Beweis, S. 105.

¹⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 03.03.1998 – 12 U 40/83, VersR 1988, 712.

schutzes, wenn der Versicherer zu seinen Gunsten in den AVB eine Erleichterung für den Beweis einer Unterschlagung oder Veruntreuung vorsehe.²⁰

Bei neutralen Umständen (z.B. höhere Gewalt) ist die Rechtfertigungsprüfung dagegen diffiziler.²¹ Allein daraus, dass es sich nicht um Umstände aus der Sphäre des Versicherers handelt, zu schließen, dass eine Beweiserleichterung für solche Umstände zulässig sei, wäre m.E. zu kurz gegriffen.²² Einerseits sollte hier – analog zur E des OLG Karlsruhe – untersucht werden, ob der Versicherer beim Beweis der fraglichen Umstände tatsächlich typischerweise vor Beweisschwierigkeiten steht. Dieses Typizitätserfordernis ist ja auch die Begründung für die Beweiserleichterung des Beweises für das äußere Bild. Andererseits kann auch die Reichweite der Gefahrendeckung berücksichtigt werden. Wurde eine Allgefahrenversicherung vereinbart, darf sich der durchschnittliche VN zurecht einen erhöhten Versicherungsschutz erwarten. Dies beinhaltet auch, dass der einmal entstandene Versicherungsschutz für „All-Risk“ nicht über den Umweg einer Beweiserleichterung für den Versicherer beim Nachweis von Risikoabschlüssen wieder ausgehöhlt wird.²³

Verbraucherversicherungen

Gegenüber Verbrauchern sind Beweismaßherabsetzungen im Lichte des § 309 Nr. 12 lit. a BGB problematisch. Diese Norm verbietet Klauseln, durch die der AVB-Verwender die Beweislast zulasten des anderen ändert, indem er diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen. Führt die Klausel zu einer nachteiligen Abweichung von der Beweislastverteilung, die nach dem dispositiven Recht anzuwenden wäre, ist diese unwirksam.²⁴ Fraglich ist, ob diese Bestimmung auch auf Beweismaßverträge anzuwenden ist.

Dazu ist zunächst der Blick auf die Klausel-RL zu wenden, in der sich im Anhang eine § 309 Nr. 12 BGB vergleichbare Regelung in Nr. 1 lit. q findet. Diese Liste umfasst Klauseln, die die Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers erschweren. Darunter fallen nicht nur zulasten des Verbrauchers

²⁰ Zustimmend *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 239f.; *Prölss*, in: Baumgärtel, Handbuch Beweislast V, 1. Aufl. (1993), § 1 AFB 1987 Rn. 12.

²¹ Zweifelnd daher auch *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung S. 240.

²² *Artner*, Beweis, S. 105; so aber *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung S. 240.

²³ *Artner*, Beweis, S. 105; diese Gefahr erkennend, wenngleich im konkreten Fall eine unangemessene Benachteiligung verneinend OLG Karlsruhe, Urt. v. 03.03.1998 – 12 U 40/83, VersR 1988, 712.

²⁴ Treffend *Wurmnest*, in: MüKoBGB II, 9. Aufl. (2022), § 309 Nr. 12 Rn. 6: Beweislast des dispositiven Rechts wird „AGB-fest“.

gehende Beweislastumkehrungen, sondern auch Einschränkungen von Beweismitteln oder die Verweisung auf nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallende Schiedsverfahren. Fraglich ist, ob es unionsrechtlich geboten ist, § 309 Nr. 12 BGB im Lichte des weiten Anwendungsbereichs von Nr. 1 lit. q des Anhangs der Klausel-RL auszulegen. Grundsätzlich sind Umsetzungsbestimmungen so weit wie möglich im Einklang mit der RL auszulegen.²⁵ Die Klauseln des Anhangs sind allerdings nur als „eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können“, zu verstehen (Art. 3 III Klausel-RL). Mangels Umsetzungsverpflichtung muss § 309 Nr. 12 BGB somit nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden.²⁶ Das bedeutet nicht, dass § 309 Nr. 12 BGB keinesfalls auf Beweismaßvereinbarungen (allenfalls im Wege der Analogie) anzuwenden ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich aber ausschließlich nach dem nationalen Recht.²⁷

Folglich muss nach deutschem Recht geprüft werden, ob § 309 Nr. 12 BGB auch Beweismaßverträge erfasst. Dazu ist zunächst zu fragen, ob der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Klausel-RL § 309 Nr. 12 BGB freiwillig auf den weitergehenden Anwendungsbereich von Anhang Nr. 1 lit. q ausgedehnt hat. In den Materialien zum Umsetzungsgesetz zur Klausel-RL²⁸ wird ausdrücklich hervorgehoben, dass der Anhang der Klausel-RL mit den Klauselkatalogen der §§ 10 und 11 AGBG nicht identisch sei, eine Erweiterung oder Modifizierung gleichwohl nicht notwendig sei.²⁹ Es kann dem deutschen Gesetzgeber somit nicht unterstellt werden, dass er mit der Beibehaltung von § 309 Nr. 12 BGB die – in ihrem wortlautmäßigen Anwendungsbereich noch dazu weitergehende – Litera q des Anhangs Nr. 1 der Klausel-RL in das deutsche Recht umsetzen wollte.

Auch das hat aber nicht zwingend zur Folge, dass § 309 Nr. 12 BGB Beweismaßverträge nicht erfasst. Für eine unmittelbare Anwendbarkeit auch auf solche Vereinbarungen spricht nämlich, dass jede Beweismaßherabsetzung zugunsten einer Partei automatisch mit einer Beweislastverschiebung zulasten der anderen Partei einhergeht. Kann der Unternehmer seinen Beweis erleichtert erbringen, gerät der Verbraucher eher in die Situation, den Gegenbeweis antreten zu müssen. Wenn zwar nicht ausdrücklich, so wird doch mit einer Beweismaßvereinbarung implizit auch immer eine Beweislastvereinbarung bewirkt.³⁰ Schon aus

²⁵ Statt vieler *Roth*, EWS 2005, 385 (389).

²⁶ *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht, 2012, S. 127 ff.

²⁷ *Artner*, Beweis, S. 99.

²⁸ Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung BGBl. 1996 I S. 1013.

²⁹ BT-Drs. 13/2713 S. 6.

³⁰ *Artner*, Beweis, S. 100.

diesem Grund ist § 309 Nr. 12 BGB auch auf Beweismaßvereinbarungen anwendbar.³¹

Teleologische Erwägungen untermauern dieses Ergebnis. Es mag zwar in Nuncien ein Unterschied darin bestehen, ob der VN nachweisen muss, dass er den Versicherungsfall nicht vorsätzlich herbeigeführt hat, oder der Versicherer die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls nur überwiegend wahrscheinlich beweisen muss. In beiden Fällen verschlechtert sich jedoch die Beweissituation des VN gegenüber der gesetzlichen Lage, womit die effektive Rechtsverfolgung des Verbrauchers beeinträchtigt wird. Genau eine solche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung sollte aber gerade durch die Einführung von § 9 Nr. 15 AGBG (heute § 309 Nr. 12 BGB) verhindert werden.³² Das Telos der Bestimmung ist also auch für benachteiligende Beweismaßvereinbarungen einschlägig.³³

Verstößt eine AVB-Klausel gegen das Verbot nachteiliger Beweislastklauseln (§ 309 Nr. 12 BGB), ordnet die genannte Bestimmung die Unwirksamkeit der Klausel an. Sie ist also für den AVB-Verwendungsgegner nicht verbindlich. Durch diese Rechtsfolge wird der Vertrag nachträglich teilweise lückenhaft. Zur Schließung dieser Vertragslücke kann nach traditioneller Ansicht auf vorhandenes Dispositivrecht oder eine ergänzende Vertragsauslegung zurückgegriffen werden (vgl. § 306 II BGB).³⁴ In seiner Judikatur zur Auslegung der Klausel-RL³⁵ hat der EuGH jedoch klargestellt, dass die Füllung von durch AGB-Kontrolle entstandenen Vertragslücken durch dispositives Recht nur sehr eingeschränkt zulässig ist.³⁶ Die Lückenfüllung durch Vertragsergänzung lehnt der

³¹ BAV VerBAV 1991, 352; Ehlers, r+s 2002, 133 (137); Hansen, Beweislast und Beweiswürdigung S. 239; K. Johannsen, in: Bruck/Möller, VVG VII, 9. Aufl. (2012), AFB 2008/2010 A § 1 Rn. 27; Kollhosser, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 1 AFB 1930 Rn. 28; § 1 AERB 1981 Rn. 57; Prölss, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, § 1 AFB 1987 Rn. 12; Wurmnest, in: MüKoBGB II, § 309 Nr. 12 Rn. 5; mit teilweise anderer Begründung Fricke, VersR 1991, 1098 (1102); a.A. für § 1 VII AFB noch Hansen, VersR 1988, 1110 (1115), der in der Klausel nur die Wiedergabe der Regeln zum Anscheinsbeweis sah; gänzlich a.A. Knappmann, in: Prölss/Martin, 27. Aufl., VVG, § 9 VHB 1984 Rn. 16; § 3 AVBSP 1985 Rn. 3.

³² BT-Drs. 7/3919 S. 38.

³³ Artner, Beweis, S. 100.

³⁴ Fornasier, in: MüKoBGB II, § 306 Rn. 33.

³⁵ Eine gute Übersicht mit zahlreichen Nw. zur Judikatur des EuGH findet sich bei Bonin, in: BeckOGK (01.03.2024), § 306 Rn. 96 ff.

³⁶ EuGH, Urt. v. 15.06.2023, Rs. C-520/21 – *Szcześniak*, Slg. ECLI:EU:C:2023:478, Rn. 75 ff.; Urt. v. 12.01.2023, Rs. C-395/21 – *DV/MA*, Slg. ECLI:EU:C:2023:14, Rn. 56; Urt. v. 08.12.2022, Rs. C-625/21 – *Gupfinger*, Slg. ECLI:EU:C:2022:971, Rn. 36 ff.; Urt. v. 27.01.2021, Rs. C-229/19 – *Dexia*, Slg. ECLI:EU:C:2021:68, Rn. 67; Urt. v. 26.03.2019, verb. Rs. C-70/17 und C-179/17 – *Abanca und Bankia*, Slg. ECLI:EU:C:2019:250, Rn. 56 ff.; Urt. v. 07.08.2018, verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 – *Santander und Escobedo Cortés*, Slg. ECLI:EU:C:2018:643, Rn. 74; Urt. v. 30.04.2014, Rs. C-26/13 – *Käsler*, Slg. ECLI:EU:C:2014:282, Rn. 80; vgl. aber noch die EuGH, Urt. v. 03.10.2019, Rs. C-260/18 –

EuGH³⁷ sogar gänzlich ab.³⁸ Diese Rsp. bezieht sich an sich nur auf „missbräuchliche“ Klauseln i. S. d. Art. 3 Klausel-RL, in der deutschen Terminologie „unangemessen benachteiligende“ Klauseln (§ 307 II Nr. 2 ABGB). Es stellt sich daher die Frage, ob dieselben Rechtsfolgen auch bei einer Unwirksamkeit wegen eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 12 BGB eintreten.

Aus deutscher Sicht ist zunächst hervorzuheben, dass einer Umsetzung der Vorgaben des EuGH hinsichtlich des ersatzlosen Entfalls von missbräuchlichen Klauseln die Bestimmung des § 306 II BGB entgegenstehen könnte. Diese Norm ordnet als Rechtsfolge der Unwirksamkeitserklärung einer AGB-Bestimmung die Füllung der dadurch entstandenen Lücke durch dispositives Recht oder durch eine Vertragsergänzung an. Ob § 306 II BGB richtlinienkonform i. S. d. zur Klausel-RL ergangenen Rsp. des EuGH interpretiert werden kann, ist fraglich.³⁹ Eine Eignung zur methodengerechten Inkorporation der unionsrechtlichen Vorgaben wäre jedenfalls Voraussetzung dafür, dass ein deutsches Gericht eine Klausel ersatzlos entfallen lassen müsste, wenn es einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB feststellt. Für diese Eignung zur richtlinienkonformen Interpretation spricht, dass der Gesetzgeber bei Umsetzung der Klausel-RL von der Vereinbarkeit von § 6 AGB-Gesetz, der exakt dem Regelungsgehalt von § 306 II BGB entspricht, mit der RL ausgegangen ist.⁴⁰ Der Gesetzgeber hatte also den Willen, eine RL korrekt umzusetzen („Generalumsetzungswillen“),⁴¹ wollte aber auch die – aus Sicht der Klausel-RL unzulässige – Lückenfüllung unwirksamer AGB-Klauseln durch Dispositivrecht und Vertragsergänzung anordnen oder um präzise zu sein, hat eine dies anordnende, bereits geltende nationale Norm unverändert bestehen belassen. Das spricht dafür, dass eine Planwidrigkeit des deutschen Rechts vorliegt, der durch eine unionsrechtskonforme Interpretation von § 306 II BGB begegnet werden kann. Folglich kann und muss § 306 II BGB einschränkend so interpretiert werden, dass die Lückenfüllung einer missbräuchlichen Klausel nur dann erfolgen darf, wenn die Anwendung des Dispo-

Dziubak, Slg. ECLI:EU:C:2019:819, Rn. 38 ff. und EuGH Urt. v. 16.07.2020, Rs. C224/19 – *Caixabank* und *Banco Bilbao*, Slg. ECLI:EU:C:2020:578, Rn. 54, in denen der Rückgriff auf das dispositive Recht noch nicht als unzulässig erachtet wurde.

³⁷ EuGH, Urt. v. 03.10.2019, Rs. C-260/18 – *Dziubak*, Slg. ECLI:EU:C:2019:819, Rn. 57 ff.; Urt. v. 14.06.2012, Rs. C-618/10 – *Banco Español*, Slg. ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 73.

³⁸ *Told*, JBl 2019, 541 (551) unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.03.2019, Rs. C-118/17 – *Dunai*, Slg. ECLI:EU:C:2019:207 und EuGH, Urt. v. 20.09.2018, Rs. C-51/17 – *OTP Bank*, Slg. ECLI:EU:C:2018:750, Rn. 64, 70; ebenso tendenziell krit. im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Vertragsergänzung *Rieländer*, EuZW 2023, 317 (324 f.); a. A. *Herresthal*, NJW 2023, 1161 (1165 f.).

³⁹ Dagegen etwa *Herresthal*, NJW 2023, 1161 (1164 f.); dafür *Gsell*, JZ 2019, 751 (757); *Rieländer*, EuZW 2023, 317 (324).

⁴⁰ *Rieländer*, EuZW 2023, 317 (324) mit Hinweis auf BT-Drs. 13/2713 S. 6.

⁴¹ Dazu *Perner*, ÖBA 2021, 844 (845 ff.).

sitivrechts ansonsten eine für den Verbraucher besonders nachteilige Gesamtnichtigkeit des Vertrags zur Folge hätte.⁴²

Wie schon bei der Auslegung des Anwendungsbereichs diskutiert, ist § 309 Nr. 12 BGB gerade nicht unionsrechtlich determiniert, weil es in Bezug auf den Anhang der Klausel-RL keine Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedsstaaten gab. Unionsrechtlich ist es daher nicht geboten, die Rsp. des EuGH zur Klausel-RL automatisch auch auf Klauseln anzuwenden, die nach § 309 Nr. 12 BGB unwirksam sind.⁴³

Es könnte somit allenfalls nach nationalem, deutschen Recht geboten sein, die Rsp des EuGH auch auf § 309 Nr. 12 BGB zu übertragen. Wie aus den Materialien zum Umsetzungsgesetz zur Klausel-RL hervorgeht, wollte der Gesetzgeber die Klauselkataloge der §§ 10 und 11 AGBG aber unberührt lassen. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der nationale Gesetzgeber die unverändert gebliebenen Bestimmungen der Klauselkataloge des AGBG nicht notwendigerweise dem Rechtsfolgenregime der Klausel-RL unterstellen wollte.

Allerdings ist zu bedenken, dass eine Beweisvereinbarung nicht nur gemäß § 309 Nr. 12 BGB unzulässig sein kann, sondern auch nach § 307 I 1 und II BGB.⁴⁴ Hätte Deutschland § 309 Nr. 12 BGB nicht eingeführt, wozu es auch nach dem Inkrafttreten der Klausel-RL nicht verpflichtet gewesen wäre, wären solche Beweisklauseln, die nach § 307 I 2 und II BGB unwirksam sind, aber von der Judikatur des EuGH erfasst.⁴⁵ Dass eine bestimmte Klausel tatbestandsmäßig § 309 Nr. 12 BGB unterfällt, schließt also die Anwendbarkeit der Klausel-Rsp. nicht aus. Vielmehr ist separat zu untersuchen, ob die Klausel auch unangemessen benachteiligend i. S. d. § 307 II BGB wäre. Diese wird in vielen Fällen wohl auch gegeben sein. Schon vor Einführung des AGBG wurden nämlich Klauseln, die einer Partei die Beweislast für Umstände auferlegten, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, als mit Treu und Glauben unvereinbar und daher unwirksam angesehen.⁴⁶ Zudem könnte mit einem Größenschluss argumentiert werden. Wenn schon eine unangemessen benachteiligende Abweichung vom dispositiven Recht im Verbraucherrecht die Anwendbarkeit der Klausel-Rsp. auslöst, muss dies umso eher der Fall sein, wenn gegen eine zwingende Vorschrift wie § 309 Nr. 12 verstoßen wird.⁴⁷

Folglich darf die durch die Unwirksamkeit entstehende Lücke grundsätzlich nicht durch die Anwendung dispositiven Rechts oder eine ergänzende Vertrags-

⁴² Gsell, JZ 2019, 751 (757); Rieländer, EuZW 2023, 317 (324).

⁴³ Artner, Beweis, S. 101; Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht, S. 127 ff.

⁴⁴ Ein Beispiel dafür wäre etwa die Nachtzeitklausel in der erweiterten Hausratversicherung: Schmidt, Versicherungsfall, S. 100 f.

⁴⁵ Artner, Beweis, S. 101 f.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 98/62, NJW 1963, 1123 (1124).

⁴⁷ Artner, Beweis, S. 102.

auslegung geschlossen werden. Anderes gilt im Bereich des dispositiven Rechts nur dann, wenn der Vertrag ansonsten undurchführbar wäre, daher Gesamtnichtigkeit vorläge, dies aber für den Verbraucher nachteilig wäre. Fällt eine Klausel über das anzuwendende Beweismaß weg, ist der Vertrag in diesem Punkt tatsächlich undurchführbar. Wie soll das Gericht entscheiden, wenn es nicht weiß, welchen Überzeugungsgrad der von einer Partei angebotene Beweis aufweisen muss?

Hier kommen zwei Lösungen in Betracht. Einerseits könnte ausnahmsweise doch das Dispositivrecht zur Anwendung gelangen. Die Gesamtnichtigkeit des Vertrags wäre für den verbraucherischen VN nachteilig, weil er dann keinen Versicherungsschutz genösse. Aus diesen Gründen könnte die Situation, in der auch der EuGH eine Anwendung des dispositiven Rechts ausnahmsweise zulässt, gegeben sein. Die Gesamtnichtigkeit wäre für den Verbraucher nämlich noch schlechter als die ausnahmsweise Anwendung des Dispositivrechts. Folglich gelangt die – nach der hier vertretenen Ansicht – dispositive Vorschrift des § 286 ZPO zur Anwendung. Der Versicherer muss demnach mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die tatsächlichen Voraussetzungen des Risikoausschlusses, auf den sich die Beweismaßherabsetzung bezog, nachweisen.

Allerdings könnte auch argumentiert werden, dass bei Nichtanwendung der inkriminierten Beweismaßklausel nicht zwingend eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags droht. Fällt etwa eine Klausel weg, in der das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Risikoausschluss vom Versicherer nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden muss, kann durch die Nichtanwendung des *gesamten Risikoausschlusses* der Vertrag aufrechterhalten werden, ohne dass der VN durch die Nichtigerklärung des *gesamten Vertrags* seines Versicherungsschutzes verlustig ginge. Dann stellt sich nämlich die Frage, welches Beweismaß das Gericht anzuwenden hat, die ja Ausgangspunkt für die Frage der Lückenschließung war, gar nicht mehr.

3. Beweislast

3.1 Ausgangssituation

Nach weitverbreiteter Auffassung gilt auch im Versicherungsvertragsrecht die allgemeine Beweislastregel, der zufolge jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen nachweisen muss.⁴⁸ Der VN habe die anspruchsb-

⁴⁸ *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. (2019), Rn. 1799, *ders.*, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 352; *Baumann/R. Koch*, in: Bruck/Möller, VVG I, 10. Aufl. (2021), § 1 Rn. 337; *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 240; *Pohlmann*, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 4. Aufl. (2023), § 1 Rn. 74; *Schauer*, in: Honsell, BKVVG, Vor §§ 49–68a Rn. 65; *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. (2016), Rn. 945.

gründenden, der Versicherer die anspruchshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatsachen nachzuweisen.⁴⁹ In welche dieser fünf Kategorien eine Tatsache einzuordnen ist, soll sich nicht nur aus dem Gesetz (BGB, VVG), sondern auch aus den AVB ergeben können.⁵⁰

Nach h. A.⁵¹ und st. Rsp.⁵² sind die drei Ebenen der Risikobeschreibung und die Verteilung der Beweislast miteinander verknüpft. Während alle Tatbestandsmerkmale der primären Risikoumschreibung als anspruchsbegründende Tatsachen vom VN zu beweisen seien, obliege dem Versicherer der Nachweis aller Tatsachen der sekundären Risikoumschreibung (anspruchshindernde Tatsachen).⁵³ Ein allfälliger Wiedereinschluss (tertiäre Risikoumschreibung) sei demnach wiederum von VN zu beweisen.⁵⁴ Dieses Modell wendet also die in Deutschland herrschende Normentheorie, die sich an sich auf die gesetzliche Beweislastverteilung bezieht, auf AVB an.⁵⁵ Nach dem Ansatz von *Prölss*⁵⁶, dem *Armbrüster*⁵⁷ und *Pohlmann*⁵⁸ folgen, richtet sich die Beweislast im Versicherungsrecht dagegen nach Sachgründen.

3.2 Beweislastvereinbarungen in AVB

3.2.1 Zulässigkeit der Regelung der Beweislast in AVB

Die eben geschilderte h. A. erblickt in der Technik der Risikobeschreibung von AVB durch die Formulierung, Satzbau und Systematik auch eine Regelung zur Beweislast. Allerdings wird von der Mehrzahl der Autoren konstatiert, dass dem Versicherer kein Wille unterstellt werden kann, durch die Technik der Ri-

⁴⁹ *Schauer*, in: Honsell, BKVVG, Vor §§ 49–68a Rn. 65 ff.

⁵⁰ *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 74; explizit für Versicherungsbedingungen auch *Rosenberg*, Beweislast, S. 131.

⁵¹ *Drefahl*, Beweislast und Beweiswürdigung, 1939, S. 18 f.; *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 156; *Looschelders*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG I, § 1 Rn. 13; *Schauer*, in: Honsell, BKVVG, Vor §§ 49–68a Rn. 66 ff.; *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 31, 34, 36, der zudem nachweist, dass dieses Konzept auch in England und den USA verbreitet ist.

⁵² BGH, Urt. v. 16.06.1999 – IV ZR 44/98, VersR 1999, 1224.

⁵³ *Baumann/R. Koch*, in: Bruck/Möller, VVG I, § 1 Rn. 337.

⁵⁴ *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht, Rn. 1803 f.

⁵⁵ *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 74; *Rosenberg*, Beweislast, S. 131; *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 56 f., 68; ähnl. auch *Höpfner*, Versicherungsfall, 1996, S. 15 f., der sich freilich skeptisch zeigt, ob die Normentheorie auf AVB angewendet werden kann.

⁵⁶ *Prölss*, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, § 49 VVG Rn. 37 ff.

⁵⁷ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 351.

⁵⁸ *Pohlmann*, in: Lorenz, E. (Hrsg.), Beweislast, 2009, S. 55 (69).

sikoumschreibung Einfluss auf die Beweislastverteilung zu nehmen, und die etablierte Formulierungstechnik andere Zwecke (vor allem Vertragstransparenz) habe.⁵⁹ Die AVB werden in einem zweiten Schritt dann aber doch für maßgeblich erklärt und diese seien daher auszulegen.⁶⁰

Bei genauerer Betrachtung stellt sich der eben festgestellte Widerspruch aber nur als ein scheinbarer heraus. Die Ermittlung der Beweislastverteilung aus dem Gesetz folgt in Deutschland den speziellen Regeln der Normentheorie, die aber nach manchen auf AVB nicht angewendet werden können.⁶¹ Während der Gesetzgeber bei der Formulierung die Beweislast „mitdenkt“, kann dem AVB formulierendem Versicherer keine solche Absicht unterstellt werden. Aus diesem Grund betont etwa *Pohlmann*⁶², dass AVB „nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen“ auszulegen sind. Damit wird aber nur festgehalten, was an und für sich selbstverständlich ist: AVB sind keine Gesetze und daher nicht nach der Normentheorie, sondern als Vertragsbestimmungen nach den Regeln über die Vertragsauslegung zu interpretieren.⁶³ Selbst jene Autoren, die die Normentheorie auf AVB anwenden wollen, wollen eine Interpretation nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen für AVB zulassen.⁶⁴ Die Entwicklungsgeschichte der Unfallversicherungsbedingungen zeigt schön, dass Versicherer bei der Formulierung ihrer AVB durchaus Aspekte der Beweislast berücksichtigen.⁶⁵ Kann man also nicht ausschließen, dass Versicherer bei der Erstellung von AVB auch Beweislastgesichtspunkte bedenken, kann man die Formulierungstechnik der Risikobeschreibung für die Frage der Beweislast nicht einfach ignorieren.⁶⁶

Dagegen spricht auch nicht, dass damit die Beweislast in der einseitigen Disposition des Versicherers stehe.⁶⁷ Die Vertreter dieser Ansicht betonen, dass dem Versicherer anders als dem Gesetzgeber keine einseitige Gestaltungsbefug-

⁵⁹ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 351; *Pohlmann*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 55 (70); *Prölss*, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, § 49 VVG Rn. 37; *Römer*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 129 (130); *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 58, 68; a. A. *Drefahl*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 18; *Höpfner*, Versicherungsfall, S. 16; wohl auch *Schauer*, ÖJZ 2010, 688 (689).

⁶⁰ *Pohlmann*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 55 (70 f.).

⁶¹ *Pohlmann*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 55 (70); a. A. *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 74; *Rosenberg*, Beweislast, S. 131; *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 56.

⁶² *Pohlmann*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 55 (70).

⁶³ *Artner*, Beweis, S. 136.

⁶⁴ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 59.

⁶⁵ *Artner*, Beweis, S. 137 f.

⁶⁶ *Höpfner*, Versicherungsfall, S. 16.

⁶⁷ Vgl. *Schauer*, ÖJZ 2009, 688 (689): „beachtliche Gestaltungsmöglichkeiten“ des Versicherers; ebenso *Bruns*, Privatversicherungsrecht, 2015, § 31 Rn. 59.

nis über die Beweislast zukomme.⁶⁸ Zwar stimmt es, dass der Versicherer nach der hier vertretenen Ansicht (faktisch durch die Gestaltung der AVB) einseitig die Beweislast vorgeben kann. Dass der Versicherer dem VN aufgrund des wirtschaftlichen Ungleichgewichts „seine“ Bedingungen zur Beweislast aufzwingen kann, ist aber kein spezifisches Problem der Beweislast.⁶⁹ AVB-Bestimmungen, die durch die Technik der Risikobeschreibung die Beweislast regeln, unterscheiden sich insofern nicht von anderen, den Gegner des AGB-Verwenders benachteiligenden Klauseln. Warum solche, die Beweislast festlegenden Klauseln aber anders behandelt werden sollen, erläutern die Vertreter dieser Ansicht nicht näher. Schließlich wurde auch noch nicht vertreten, dass die Festlegung eines Risikoausschlusses durch den Versicherer unzulässig sei, weil dieser damit einseitig den Schutz des VN aushöhlen könne. Die Gefährdung des Versicherungsschutzes durch einen Risikoausschluss kann vielmehr erst im Rahmen der AVB-Kontrolle aufgegriffen werden. Wenn der Versicherer einseitig das Risiko festlegen kann, kann er daher auch einseitig die Beweislast bestimmen.⁷⁰

3.2.2 AVB-Kontrolle von Beweislastvereinbarungen anhand von „verhüllten“ Beweislastumkehrungen

Einführung

AVB regeln die Frage der Beweislast in vielfältiger Weise. Zunächst kann hier zwischen ausdrücklichen Beweislastvereinbarungen, die eher selten vorkommen, und impliziten, sich aus der Vertragsauslegung der Risikobeschreibung der AVB ergebenden Beweislastverteilung unterschieden werden. Rechtsfolgenseitig sollten beide Arten freilich gleichbehandelt werden.⁷¹ In der Folge sollen ein bedeutendes Phänomen der Beweislastregelung in AVB näher analysiert werden – sogenannte „verhüllte“ Beweislastumkehrungen.⁷²

AVB adressieren die Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den VN häufig nicht ausdrücklich, sondern implizit. Der Versicherungsfall wird so umschrieben, dass Versicherungsschutz regelmäßig nur dann besteht, wenn der Eintritt des Versicherungsfalls aus Sicht des VN zufällig ist. Das fehlende Ver-

⁶⁸ Pohlman, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 55 (70), *dies.*, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 131 (131); Römer, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 129 (130); Schirmer, in: Lorenz, E., Beweislast, S. 153 (153).

⁶⁹ Schmidt, Versicherungsfall, S. 69.

⁷⁰ Artner, Beweis, S. 142 f.

⁷¹ Artner, Beweis, S. 144 f.

⁷² Dieser Begriff geht – soweit für den Verfasser ersichtlich – auf A. Vonkilch (in: Feenaves/Perner/Riedler, VersVG, 7. Lfg. [2021], § 61 Rn. 60) zurück.

schulden wird als Teil der primären Risikobeschreibung eine negative, anspruchsbegründende Tatsache, die vom VN zu beweisen ist.⁷³

Paradebeispiel dafür war rechtshistorisch die Unfreiwilligkeit in der Unfallversicherung. Ein Unfall liegt nach § 178 II VVG⁷⁴ vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von außen auf ihren Körper wirkendes Ereignis unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet. Die Unfreiwilligkeit bezieht sich also auf die Unfall*folge*, nicht auf das Unfall*ereignis*.⁷⁵ In älteren Bedingungswerken, die mangels gesetzlicher Definition des Unfallbegriffs damals allein maßgeblich waren, war dagegen ein Unfall als „ein vom Willen des Versicherten unabhängigen Ereignisses“ definiert. Unfreiwillig musste also das Ereignis, nicht die Folge sein.⁷⁶ Hierzu war umstritten, ob ein Unfall überhaupt „nicht nicht unfreiwillig“, also freiwillig sein kann.⁷⁷ Sofern ein Unfall immer unfreiwillig sein muss, ergibt sich allerdings ein Spannungsverhältnis zu § 181 VVG a. F., der von der „vorsätzlichen Herbeiführung“ des Unfalls durch den vom Unfall Betroffenen spricht. Daher wird § 181 VVG a. F. von manchen auch als Regel über die Vortäuschung des Versicherungsfalls angesehen.⁷⁸

Für das Vorliegen der vorsätzlichen Herbeiführung des Unfalls ist nach alter⁷⁹ – wie auch nach Einführung des § 180a VVG und der VVG-Reform neuer⁸⁰ – Rechtslage an sich der Versicherer beweispflichtig. Durch das Merkmal der Unfreiwilligkeit wurde diese Beweislast ins Gegenteil verkehrt.⁸¹ Hat der VN nachgewiesen, dass er die Folgen des Unfalls unfreiwillig erlitten hat, hat er damit auch den Vorwurf des Vorsatzes entkräftet. Dasselbe gilt für die älteren Bedingungen: Hat der VN bewiesen, dass er das Ereignis unfreiwillig erlitten hat, hat er auch seinen fehlenden Vorsatz nachgewiesen. Der Beweis der Unfreiwilligkeit – gleich ob er sich auf das Ereignis oder auf die Folge bezieht – beinhaltet also notwendigerweise immer einen impliziten Gegenbeweis zum Vorwurf der vorsätzlichen Herbeiführung.⁸²

Diese vertragliche Beweislastumkehr führte nicht selten zu Beweisschwierigkeiten des VN beim Nachweis des Versicherungsfalls, nicht zuletzt, weil die Par-

⁷³ Prölss, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, § 61 Rn. 8.

⁷⁴ Diese Definition wird auch häufig in AVB verwendet, etwa in Österreich, wo keine gesetzliche Definition des Unfalls besteht.

⁷⁵ Knappmann, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 178 Rn. 20.

⁷⁶ Palten, VR 2012 H 1–2, 32 (35).

⁷⁷ Dies verneinend etwa Willer, Unfallversicherung (1933), S. 2, 31.

⁷⁸ Heese, ZZP 123 (2010) 49 (60); Palten, VR 2012 H 1–2, 32 (37 ff., 44) zu § 181 öVersVG (§ 181 dVVG a. F.).

⁷⁹ Perner, in: Fenyves/Perner/Riedler, VersVG, § 181 Rn. 1.

⁸⁰ Rixecker, in: Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. (2022), § 178 Rn. 26.

⁸¹ Das sah schon das RG (Urt. v. 06.11.1934 – VII 110/34, RGZ 145, 322 [327]) so.

⁸² Artner, Beweis, S. 51.

teivernehmung – anders als in anderen Zivilprozessordnungen⁸³ – in Deutschland ein subsidiäres Beweismittel ist. Die Problematik dieser vertraglichen Beweislastregelung wurde in Deutschland früh erkannt und zunächst vom RG aufgegriffen, das zur Linderung der Beweisschwierigkeiten des Unfall-VN eine Beweiserleichterung entwickelte. An den Beweis der Unfreiwilligkeit seien „keine hohen Anforderungen“ zu stellen.⁸⁴ Es bestehe ein Erfahrungssatz, wonach ein Mensch sich ohne nähere Anhaltspunkte nicht einfach selbst freiwillig verletze. Das gelte aber dann nicht, wenn hinsichtlich der Unfreiwilligkeit, insbesondere in Richtung Suizid, „Bedenken ernsterer Art“ beständen, die scharfe Anforderungen nötig machten.⁸⁵ Diese Judikatur wurde schließlich vom BGH⁸⁶ übernommen. In den 1960er-Jahren wurde das Problem schließlich auf gesetzgeberischer Ebene gelöst.⁸⁷ § 180a VVG a. F. statuierte – in etwas eigentümlicher Konstruktion –, dass die Unfallfreiwilligkeit vermutet wird, wenn die Versicherungsbedingungen die Leistungspflicht des Versicherers davon abhängig machen, dass der VN unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erlitten hat.⁸⁸ Nunmehr ist der Unfallbegriff gesetzlich definiert, die Vermutung der Unfreiwilligkeit wurde in § 180 II 2 VVG beibehalten.

In der Unfallversicherung besteht damit in Deutschland – anders als etwa in Österreich⁸⁹ – keine vertragliche Beweislastumkehr hinsichtlich des Beweises für die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls mehr. In anderen Versicherungszweigen besteht eine vergleichbare Problematik freilich fort. Mit bestimmten, der primären Risikobeschreibung zuzuordnenden und daher vom VN nachzuweisenden Merkmalen wird von der Beweislastverteilung zu den gesetzlichen, subjektiven Risikoausschlüssen abgewichen. Man kann diese Merkmale als „verhüllte“ Beweislastklauseln bezeichnen.⁹⁰ Beispiele dafür könnten die „Bestimmungswidrigkeit“ in der Leitungswasserversicherung, die „Unvorhergesehenheit“ in diversen technischen Versicherungen, die „Unerwartetheit“

⁸³ Zur Gleichrangigkeit der Parteienvernehmung zu anderen Beweismitteln in Österreich vgl. *Artner*, Beweis, S. 53.

⁸⁴ RG, Urt. v. 06.11.1934 – VII 110/34, RGZ 145, 322 (327) mit Verweis auf RG, Urt. v. 25.02.1993 – VII 302/33, JRPV 1933, 187.

⁸⁵ RG, Urt. v. 20.10.1936 – VII 62/36, JW 1937, 330; Urt. v. 28.08.1936 – VII 12/36, JW 1936, 3234 m. Anm. v. *E. Prölss*.

⁸⁶ Urt. v. 08.07.1965 – II ZR 162/63, VersR 1965, 797.

⁸⁷ S. dazu BT-Drucks. V/1690.

⁸⁸ Dazu *Kollhosser*, in: *Prölss/Martin*, VVG, 27. Aufl., § 180a Rn. 1.

⁸⁹ Den daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten des VN wird – m. E. systemwidrig (*Artner*, Beweis, S. 60 f.) – nach wie vor mit einer Beweiserleichterung begegnet (s. jüngst ÖOGH, Beschl. v. 06.03.2024 – 7 Ob 35/24h, ÖJZ 2024, 875 m. Anm. v. *Artner*). Richtigerweise ist das Merkmal der „Unfreiwilligkeit“ gemäß § 6 I Z 11 KSchG (§ 309 Nr. 12 BGB) bzw. § 879 III ABGB (§ 307 II 1 BGB) unwirksam (*Artner*, Beweis, S. 51 f.).

⁹⁰ *A. Vonkilch*, in: *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG, 7. Lfg. (2021), § 61 Rn. 60.

in der Reiseversicherung und auch die „Gefahr des täglichen Lebens“ in der Privathaftpflichtversicherung sein. Auch in der Transportversicherung stehen manchen Klauseln unter dem Verdacht, die Beweislast zulasten des VN zu verhängen.⁹¹

Kontrollfähigkeit solcher Merkmale

All diesen Merkmalen ist gemein, dass sie Teil der primären Risikobeschreibung sind. Das wirft die Frage auf, ob sie überhaupt einer Inhaltskontrolle zugänglich sind, bestimmt doch § 307 III 1 BGB, dass nur solche AGB-Klauseln der Inhaltskontrolle nach § 307 I und II BGB sowie der Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB⁹² unterliegen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Dieser kontrollfreie Bereich der Inhaltskontrolle bereitet im Versicherungsvertragsrecht naturgemäß ob der Stellung der Versicherung als Rechtsprodukt besondere Schwierigkeiten. Nach der Rsp. des BGH⁹³ sind solche Leistungsbeschreibungen kontrollfrei, die die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Klauseln, die das Hauptleistungsverprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, seien hingegen inhaltlich zu kontrollieren. Damit bleibe für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne.⁹⁴

In einer viel beachteten Entscheidung zur Reiserücktrittsversicherung erklärte der BGH⁹⁵ das Merkmal der Unerwartetheit für kontrollfrei. Die inkriminierte Klausel („unerwartet und schweren Erkrankung“) gehöre zum engen Kernbereich des Leistungsbereichs, der einer Inhaltskontrolle entzogen sei. Der durchschnittliche VN könne erkennen, dass der Versicherer nicht schon bei jeder, sondern nur einer unerwarteten und schweren Erkrankung, die ersichtlich mit der Gefahr des Rücktritts von oder des Abbruchs der Reise verbunden ist, Ver-

⁹¹ Dazu im Detail *Artner*, Beweis. S. 154 ff.

⁹² Auch hier zeigt sich ein markanter Unterschied zu Österreich, wo für den Verbraucher nachteilige Beweislastvereinbarungen (§ 6 I Z 11 KSchG) schlechthin verboten sind und sich die Frage eines kontrollfreien Bereichs daher gar nicht stellt.

⁹³ Urt. v. 09.05.2001 – IV ZR 121/00, NJW 2001, 2014 (2016); Urt. v. 13.07.1994 – IV ZR 107/93, BGHZ 127, 35 (41); Urt. v. 21.04.1993 – IV ZR 33/92, VersR 1993, 830 (831).

⁹⁴ In Österreich besteht für die Inhaltskontrolle (§ 879 III ABG) zwar wie in Deutschland ein kontrollfreier Bereich für die vertraglichen Hauptleistungspflichten. Der kontrollimmune Bereich ist aber wohl noch enger als in Deutschland. Im Versicherungsvertragsrecht werden daher in Österreich nur die Prämie, die Versicherungssumme und die Bezeichnung der Versicherungsart als kontrollfrei betrachtet (ÖOGH, Urt. v. 26.09.2012 – 7 Ob 194/11x, VersR 2013, 924; *Perner*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., 2024, Rn. 2.87).

⁹⁵ Urt. v. 19.10.2022 – IV ZR 85/20, NJW 2023, 208 (209) m. Anm. v. *Grams*.

sicherungsschutz gewähre. Auch nach der Vorstellung des VN biete der Versicherer regelmäßig nur Schutz gegen ungewisse Ereignisse.

Interessanterweise wurde in der Entscheidung die Frage einer möglichen versteckten Beweislastumkehr nicht diskutiert.⁹⁶ Man muss m. E. daher gar nicht die in der Lehre zur Unerwartetheit geäußerten Transparenzbedenken teilen⁹⁷ oder die jüngere EuGH-Judikatur bemühen, die für ein noch engeres Verständnis des kontrollfreien Bereichs der Inhaltskontrolle spricht,⁹⁸ um die Unzulässigkeit dieses Merkmals zu begründen. Hat der VN die Erkrankung, die den Rücktritt von der gebuchten Reise notwendig macht, vorsätzlich herbeigeführt, wirkt es gekünstelt, dennoch von einer unerwarteten Erkrankung zu sprechen. Indem der VN nachweisen muss, dass er eine unerwartet schwere Erkrankung erlitten hat, die ihm den Reiseantritt oder die Reisefortführung unzumutbar machen, hat er wohl gleichzeitig auch den Vorwurf (teilweise) entkräftet, dass der den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat.⁹⁹ Durch das der primären Risikobeschreibung zuzuschreibenden und damit in die Beweispflicht des VN fallende Merkmal der Unerwartetheit wird die Beweislast zulasten des VN umgekehrt. Mit dieser Abweichung von der gesetzlichen Beweislastverteilung zu § 81 VVG liegt m. E. aber jedenfalls eine „von Rechtsvorschriften abweichende“ AGB-Bestimmung i. S. d. § 307 III 1 BGB vor, die den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle eröffnet.

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass das Merkmal der Unerwartetheit – wie auch die übrigen zuvor erwähnten Merkmale – infolge der dadurch bewirkten Abweichung von der gesetzlichen Beweislast zu den Bestimmungen des VVG über die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls jedenfalls der Inhaltskontrolle unterliegen. Anders könnte man das nur sehen, wenn man schon auf Ebene der Auslegung zum Ergebnis kommt, dass der VN gar nicht die Beweislast für die verhüllten Beweislastmerkmale trägt. Überlegenswert könnte diesfalls sein, die gesetzliche Bestimmung des § 180 II 2 VVG analog auf andere, die gesetzliche Beweislast zur vorsätzlichen Herbeiführung umkehrende Merkmale der primären Risikobeschreibung anzuwenden. Wie die Gesetzgebungsgeschichte zu § 180 II 2 VVG und § 180a VVG a. F. zeigt, ist der Zweck der Regelung einschlägig, ging es doch genau darum, die für den VN entstehenden Beweisschwierigkeiten infolge einer für ihn nachteiligen Beweislastvereinbarung zu verhindern.¹⁰⁰

⁹⁶ S. dazu aber Busse, r+s 2023, 385 (389).

⁹⁷ Staudinger, in: Staudinger, BGB, 2016, § 651i Rn. 69.

⁹⁸ Zur Frage der Kontrollfreiheit von Kreditbearbeitungsgebühren im Lichte dieser Rsp. vgl. Perner/Spitzer, ÖBA 2023, 779; zu Zusatzgebühren I. Vonkilch, ÖJA 2024, 179.

⁹⁹ Die Reiserücktrittsversicherung ist nach dem BGH (Urt. v. 21.04.2021 – IV ZR 169/20, NJW 2021, 2118) Schadensversicherung, weshalb für den subjektiven Risikoabschluss insofern § 81 und nicht § 201 VVG zur Anwendung gelangt.

¹⁰⁰ BT-Drucks. V/1690, S. 1 f.

Inhaltskontrolle „verhüllter“ Beweislastumkehrungen

Folgt man hingegen der hier präferierten Ansicht, wonach die genannten Merkmale der Inhaltskontrolle unterliegen, müssen diese Klauseln sodann inhaltlich geprüft werden. Gegenüber Verbrauchern können die dahingehenden Überlegungen kurz ausfallen. Schon beim Beweismaß wurde festgehalten, dass § 309 Nr. 12 BGB die gesetzliche Beweislast „AGB-fest“¹⁰¹ macht. Da die genannten Merkmale von der gesetzlichen Beweislastverteilung der subjektiven Risikoausschlüsse abweichen, sind diese gemäß § 309 Nr. 12 lit. a BGB unwirksam.

Gegenüber Unternehmern ist demgegenüber nur die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 II BGB anwendbar. Es ist also zu fragen, ob durch die Umkehr der Beweislast eine unangemessene Benachteiligung eintritt. M. E. verdienen zwei Aspekte in diesem Zusammenhang besondere Beachtung. Erstens ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei der in Rede stehenden Versicherung um eine Allgefahrenversicherung oder um eine Versicherung gegen benannte Gefahren handelt. Klar ist, dass auch eine Allgefahrenversicherung nicht schlechthin jeden Schaden ersetzt. Hinsichtlich des materiellen Deckungsumfangs lassen sich daher Allgefahrenversicherungen von Versicherungen gegen benannte Gefahren gar nicht eindeutig unterscheiden.¹⁰² Es nimmt daher nicht wunder, dass bei Erörterung der Unterschiede zwischen Allgefahrenversicherung und Versicherung gegen benannte Gefahren vor allem die Frage der Beweislast in den Vordergrund gerückt wird.¹⁰³ Der Sinn einer Allgefahrenversicherung soll schließlich genau darin begründet sein, dass auch unaufklärbare Sachverhalte mitversichert sind.¹⁰⁴ Der VN muss daher lediglich den Eintritt des Schadens während des versicherten Zeitraums beweisen.¹⁰⁵ Der Versicherer kann dann den Beweis erbringen, dass sich eine ausgeschlossene Gefahr verwirklicht hat.¹⁰⁶ Im Ergebnis wirkt ein eingetretener Schaden an einer versicherten Sache daher wie eine Vermutung des Eintritts des Versicherungsfalls.¹⁰⁷ Zwar unterscheidet sich die Beweislastsituation bei der Allgefahrenversicherung noch nicht strukturell von jener bei einer Versicherung gegen benannte Gefahren. Auch in diesem zweiten Fall muss der Versicherer schließlich das Vorliegen von Risikoausschlüssen nachweisen. Allerdings darf sich der durchschnittliche VN einer Allgefahrenver-

¹⁰¹ *Wurmnest*, in: MüKoBGB II, § 309 Nr. 12 Rn. 6

¹⁰² *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 198, der zurecht darauf hinweist, dass auch in der Lebens- und Unfallversicherung, die traditionellerweise nicht als Allgefahrenversicherungen verstanden werden, auf Ebene der primären Risikobeschreibung keine enge Eingrenzung vorgenommen wird.

¹⁰³ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 199 f., 212 f.

¹⁰⁴ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 213.

¹⁰⁵ *Jaeger*, in: Bruck/Möller, VVG VI/2, 9. Aufl. (2015), DTV-ADS 2009 Ziff. 27 Rn. 18.

¹⁰⁶ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 354.

¹⁰⁷ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 199.

sicherung berechtigterweise erwarten, dass er gegenüber dem VN einer Versicherung gegen benannte Gefahren beweismäßig im Vorteil zu sein. Der durchschnittliche VN einer Allgefahrenversicherung rechnet daher damit, dass er nur den Eintritt des Schadens an einer versicherten Sache während des versicherten Zeitraums nachweisen muss.¹⁰⁸

Zweitens muss die Reichweite der untersuchten Merkmale hinsichtlich des subjektiven Risikoausschlusses ermittelt werden. So soll nach dem BGH¹⁰⁹ in der Maschinenversicherung ein unvorhergesehener Schaden dann nicht vorliegen, wenn der VN den Schaden bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt abwenden hätte konnte. Damit wird der Risikoausschluss grundsätzlich wohl über den Umfang des § 81 VVG auch auf fahrlässiges Verhalten ausgeweitet, wobei die Bedingungen dann zumeist festhalten, dass nur grobe Fahrlässigkeit dem VN schadet. Die Kombination dieser Aspekte – der VN oder seine Repräsentanten dürfen nicht grob fahrlässig handeln und müssen dies auch nachweisen – könnte für die unangemessene Benachteiligung des VN durch dieses Merkmal sprechen, zumal es sich bei der Maschinenversicherung um eine Allgefahrenversicherung handelt.

Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

Kommt man zum Ergebnis, dass eine AVB-Klausel wegen einer verhüllten Beweislastumkehr unwirksam ist, stellt sich die Frage, wie mit der dadurch entstandenen Lücke im Versicherungsvertrag umzugehen ist.

Bei Verträgen mit unternehmerischen VN stellen sich keine weiteren Probleme, wenn eine der behandelten Klauseln wegen eines Verstoßes gegen AGB-rechtliche Bestimmungen für unwirksam erklärt wird. Nach § 306 II BGB kommt in diesem Fall das dispositive Recht zur Anwendung, das dem Versicherer die Beweislast für das schuldhafte Verhalten des VN, das zur Herbeiführung des Versicherungsfalls geführt hat, zuweist.

Im Verbraucherbereich ist die Frage der Lückenfüllung dagegen diffiziler zu beurteilen. Nach der Rsp. des EuGH zur Klausel-RL ist die Lückenfüllung durch dispositives Recht nur dann zulässig, wenn der Vertrag bei ersatzlosem Wegfall der Klausel undurchführbar ist und somit eine für den Verbraucher nachteilige Gesamtnichtigkeit des Vertrages eintritt. Dass die Anordnung des § 306 II BGB dem nicht entgegensteht, wurde schon unter II. B. 2. b) für missbräuchliche Beweismaßvereinbarungen geklärt. Im Grundsatz heißt das, dass weder die – nunmehr wegfallende – vertragliche Regelung zur Herbeiführung des Versiche-

¹⁰⁸ Artner, Beweis, S. 161 f.

¹⁰⁹ Urt. v. 01.06.1983 – IVa ZR 152/81, VersR 1983, 821.

rungsfalls (z. B. „unvorhergesehen“) noch die dispositive gesetzliche Beweislastregelung (im Bereich der Schadensversicherung etwa § 81 VVG) angewendet werden dürfen. Allein dadurch würde der Vertrag wohl noch nicht undurchführbar. Fiele etwa eine AVB-Klausel weg, nach der dem verbraucherischen VN auch grobe Fahrlässigkeit schadet, dürfte ein Gericht, wenn der VN den Versicherungsfall tatsächlich grob fahrlässig herbeigeführt hat, die Kürzungsregel des § 81 II VVG wohl nicht anwenden.¹¹⁰ Dieses Ergebnis mag man nicht gut finden, es ist aufgrund der wohl nunmehr als ständig zu bezeichnenden Rsp. des EuGH zum Sanktionscharakter der Missbräuchlichkeitskontrolle der Klausel-RL aber wohl unionsrechtlich geboten.

Wandelt man das Beispiel dahingehend ab, dass der VN den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat, könnten aber Zweifel entstehen, ob der ersatzlose Entfall auch von § 81 VVG wirklich sachgerecht ist. Wie aus § 87 VVG folgt, ist § 81 VVG zwar kein zwingendes Recht. Die Versicherung vorsätzlichen Handelns des VN ist aber – mit Ausnahme weniger Fälle, in denen ein legitimes Interesse zu bejahen ist¹¹¹ – sittenwidrig i. S. d. § 138 I BGB.¹¹² Der ersatzlose Entfall von § 81 VVG könnte letztlich dazu führen, dass der VN Versicherungsschutz für vorsätzliches Handeln erhielte, ein Ergebnis, das privatautonom nicht vereinbart werden könnte. Wenngleich § 81 VVG kein zwingendes Recht ist, ist er aufgrund der fehlenden Disponibilität der Parteien hinsichtlich der Versicherbarkeit vorsätzlichen Handelns auch nicht vollkommen dispositiver Natur. Das spricht dafür, dass hier ausnahmsweise doch die gesetzliche Regelung angewendet kann, um die durch die Unwirksamkeitserklärung entstandene Vertragslücke zu schließen.¹¹³

4. Beweiswürdigung

4.1 Ausgangssituation

Ob eine tatsächliche Behauptung zutrifft, würdigt das Gericht nach § 286 I ZPO nach seiner freien Überzeugung. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung gilt auch in versicherungsrechtlichen Prozessen.¹¹⁴ Das ist an sich eine Selbstverständlichkeit,¹¹⁵ sollte aber für das Versicherungsrecht im Besonderen

¹¹⁰ Vgl. *Perner*, Privatversicherungsrecht, Rn. 2.102.

¹¹¹ *Looschelders*, in: Langheid/Wandt, VVG, § 81 Rn. 155 f.

¹¹² *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, § 81 Rn. 86.

¹¹³ Dazu *Artner*, Beweis, S. 165 ff.

¹¹⁴ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, VVG, Einl. Rn. 368; *Hagen*, in: Ehrenberg (Hrsg.), Handelsrecht VIII/1, 1922, S. 588; *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 31; *Schauer*, in: Honsell, BKVVG, Vor §§ 49–68a Rn. 70; *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 73.

¹¹⁵ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 73.

dennoch nochmals eigenständig betont werden. Freie Beweiswürdigung bedeutet nämlich nicht nur die fehlende Bindung an *gesetzliche* Beweisregeln, sondern auch die prinzipielle Ungebundenheit an durch die Rsp. entwickelte Beweiswürdigungsregeln.

Vielfach wurde etwa ein Rechtssatz unterinstanzlicher Gerichte diskutiert, nach dem den Aussagen von Beifahrern unfallbeteiligter Fahrzeuge nur dann Beweiswert zukomme, wenn andere objektive Anhaltspunkte für die Richtigkeit sprächen.¹¹⁶ Der BGH¹¹⁷ erteilte dieser „Beifahrerrechtsprechung“ 1987 eine Absage. Es sei mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung unvereinbar, eine derartige Beweisregel aufzustellen, sondern es müsse eine individuelle Würdigung erfolgen.

Auch das Rechtsinstitut des Beweises für das äußere Bild in der Entwendungsversicherung muss sich den Vorwurf gelassen lassen, dass die von der Rsp. aufgestellten Grundsätze (Wann ist das äußere Bild erfüllt? Wann spricht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Vortäuschung der Entwendung?) wohl nicht immer mit der vom Prinzip der freien Beweiswürdigung gebotenen Flexibilität begegnet werden.¹¹⁸ Freilich soll nicht geleugnet werden, dass die von der Rsp. entwickelten Kriterien praktikabel sind und – bei aller berechtigten Kritik an dieser Kasuistik – zu Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit führen.¹¹⁹

4.2 Zulässigkeit von Beweiswürdigungsregeln in AVB

Wie die vorangegangenen Kapitel gezeigt haben, regeln AVB in vielfältiger Weise Fragen der Beweislast und des Beweismaßes. Auch die Beweiswürdigung ist aber durch privatautonome Regelungen in AVB betroffen, knüpfen doch manche Bedingungen für die Feststellung bestimmter Tatsachen an die Ergebnisse aus bestimmten gerichtlichen oder behördlichen Verfahren an.

4.2.1 Bindungsklauseln in der Sachversicherung

In der Sachversicherung finden sich etwa häufig Klauseln, die sich mit der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls be-

¹¹⁶ LG Köln, Urt. v. 16.03.1988 – 19 S 472/87, NZV 1988, 28.

¹¹⁷ Urt. v. 03.11.1987 – VI ZR 95/87, MDR 1989, 114 mit diff. Anm. v. *Reinecke* = NJW 1988, 566 mit. zust. Anm. v. *Walter* = NZV 1988, 13 mit Anm. v. *Greger*.

¹¹⁸ Ähnl. kritisch, wenngleich im Ergebnis die Bedenken nicht teilend *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 231.

¹¹⁹ Auch die Beweisregeln des gemeinen Prozesses führten zur Rechtssicherheit, weil die Ergebnisse des Verfahrens vorhersehbar wurden. Sie wurden auch nicht als Ausfluss von Willkür gesehen, weil ihnen Einsichten der allgemeinen Lebenserfahrung zugrunde lagen: *Spitzer*, in: *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON, § 272 Rn. 2.

schäftigen. So bestimmt etwa § 14 Nr. 1 AFB 1987, dass die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls als erwiesen gilt, wenn dies durch ein rechtskräftiges Strafurteil wegen vorsätzlicher Brandstiftung festgestellt wurde. Mit solchen Klauseln bezweckt der Versicherer, langwierige Beweisverfahren zu den tatsächlichen Voraussetzungen des subjektiven Risikoausschlusses gemäß § 81 VVG zu vermeiden.¹²⁰

Der BGH¹²¹ erachtet solche „Bindungsklausel“ im Grundsatz für zulässig, wenn die Verurteilung gegen den VN erfolgte. § 61 VVG a.F. könne nicht entnommen werden, dass der im Strafverfahren wegen Brandstiftung Verurteilte im Zivilprozess eine erneute Überprüfung des ihm gemachten Vorwurfs verlangen könne. Dagegen sei die Klausel nicht auf die Verurteilung eines Repräsentanten des VN anwendbar, weil dem VN in diesem Verfahren kein rechtliches Gehör zukomme.

Grundsätzlich sind solche Klauseln, die das Gericht im Deckungsprozess aufgrund einer privatautonomen Beweiswürdigungsvereinbarung an ein Beweisergebnis aus dem Strafprozess binden, mit Blick auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung problematisch.¹²² In Deutschland besteht keine Bindung des Zivilgerichts an die Tatsachenfeststellungen eines Strafprozesses.¹²³ Dies ergibt sich aus § 14 II Nr. 1 EGZPO, der partikularrechtliche Bestimmungen, die eine solche Bindung vorsahen, aufhebt.¹²⁴ Die erneute Einführung einer Bindungswirkung wurde 2003 zwar erwogen, letztlich aber nicht umgesetzt.¹²⁵

Das schließt aber noch nicht aus, die Bindungsklausel möglicherweise als materiell-rechtliche Vereinbarung umzudeuten.¹²⁶ Man müsste die Klausel also nicht zwingend als Beweiswürdigungsregel verstehen. Vielmehr würden die Parteien vereinbaren, dass die Rechtsfolgen des § 81 VVG nicht nur dann eintreten, wenn der VN vorsätzlich oder grob fahrlässig den Versicherungsfall herbeiführt, sondern auch dann, wenn ein entsprechendes Strafurteil, etwa wegen vorsätzlicher Brandstiftung, vorliegt. Das Gericht müsste also die Rechtsfolge

¹²⁰ Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG I, § 81 Rn. 178.

¹²¹ Urt. v. 21.10.1981 – IVa ZR 167/80, VersR 1982, 81.

¹²² Baumann, in: Bruck/Möller, VVG III, 9. Aufl. (2010) § 81 Rn. 219; Hansen, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 57; K. Johannsen, in: Bruck/Möller, VVG VII, AFB 2008/2010 B § 16 Rn. 7; Schmidt, Versicherungsfall, S. 128 f.; a. A. Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, § 81 Rn. 96; Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG I, Einl. Rn. 196, § 81 Rn. 178 f.; Prölss, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, §§ 14, 17 AFB 1987 Rn. 4.

¹²³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 10 Rn. 11, § 117 Rn. 6; anders die Lage in Österreich, wo eine Bindung des Zivilgerichts an strafgerichtliche Verurteilungen besteht: Klicka, ÖJZ 2013, 709.

¹²⁴ Gruber, U., in: MüKoZPO III, 6. Aufl. (2022), § 14 EGZPO Rn. 4; Rechberger, in: FS Gaul, 1997, S. 539 (540).

¹²⁵ Heese, JZ 2016, 390 (390).

¹²⁶ Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition, S. 257.

des § 81 VVG nicht deswegen bejahen, weil der Beweis der tatsächlichen Voraussetzungen bindend in Form des Strafurteils vorgegeben ist, sondern weil das Strafurteil kraft der Klausel neben die beiden anderen Möglichkeiten (vorsätzliche Herbeiführung, grob fahrlässige Herbeiführung) tritt. Der gesetzliche Tatbestand des § 81 VVG würde also um ein zusätzliches, vertraglich vereinbartes Tatbestandsmerkmal erweitert.¹²⁷ Die Klausel soll also keine Beweiswürdigungsregel bezwecken, sondern dem Strafurteil Tatbestandswirkung verleihen. Eine solche Klausel ist mit § 286 I ZPO grundsätzlich vereinbar, weil sie nicht in die freie Beweiswürdigung des Gerichts eingreift.¹²⁸ Vielmehr handelt es sich bei der Klausel um eine vertragliche Bedingung wie sie sonst auch in Verträgen vorkommt. Das Gericht ist an die vertraglich vorgegebene Tatsache eines Fälligkeitsdatums ebenso „gebunden“, wie daran, dass die Parteien festgelegt haben, dass ein Strafurteil Rechtsfolgen nach sich zieht.¹²⁹ Diese „Bindung“ besteht aber schlichtweg deshalb, weil der Vertrag in den Zivilprozess zur rechtlichen Beurteilung eingeführt wurde, nicht weil die Parteien damit in die Beweiswürdigung eingreifen.¹³⁰

Freilich ist eine solche Umdeutung erheblichen Transparenzbedenken (§ 307 I 2 BGB) ausgesetzt, insbesondere im Verbraucherrecht. Darüber hinaus ist mit der h. A. auch ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB zu bejahen. Bindungsklauseln statuieren eine Fiktion, der zufolge die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls als erwiesen gilt, wenn der VN wegen des herbeigeführten Schadens rechtskräftig zu einer Strafe verurteilt wurde. § 309 Nr. 12 BGB verbietet Abweichungen von der gesetzlichen Beweislastverteilung, also etwa auch eine zugunsten des AGB-Verwenders wirkende widerlegbare Vermutung einer Tatsache. *A minore ad maius* muss daher eine Fiktion, die wie eine unwiderlegbare Vermutung wirkt,¹³¹ umso eher § 309 Nr. 12 BGB unterfallen und daher jedenfalls unwirksam sein.¹³²

4.2.2 Definition des Versicherungsfalls

Auch bei der primären Risikobeschreibung wird teilweise auf Klauseln zurückgegriffen, die Berührungspunkte mit anderen Verfahren aufweisen. Die

¹²⁷ Artner, Beweis, S. 182; in diese Richtung Prölss, in: Baumgärtel, Handbuch-Beweislast V, § 14 AFB 1987 Rn. 4, der freilich davon ausgeht, dass diese Regelung anstelle des „wirklichen Verhaltens“ des VN tritt.

¹²⁸ Schmidt, Versicherungsfall, S. 129.

¹²⁹ Vgl. Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition, S. 257.

¹³⁰ Artner, Beweis, S. 182.

¹³¹ Spitzer, in: Kodek/Oberhammer, ZPO-ON, § 270 Rn. 5.

¹³² So auch die h. A.: Baumann, in: Bruck/Möller, VVG III, § 81 Rn. 219; Hansen, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 57; Klimke, in: Prölss/Martin, VVG, VHB 2016 B § 16 Rn. 12; Schmidt, Versicherungsfall, S. 129.

Diskussion dreht sich auch hier um die Frage, ob solche Bestimmungen Beweiswürdigungsabreden oder materiell-rechtliche Vereinbarungen darstellen. Strukturell unterscheidet sich damit die Fragestellung nicht von den Bindungsklauseln bei der vorsätzlichen Herbeiführung.

Als Beispiel wird in Deutschland etwa die „Beamtenklausel“ in der Berufsunfähigkeitsversicherung genannt. Bei Beamten gilt die Versetzung in den Ruhestand aufgrund von Dienstunfähigkeit als vollständige Berufsunfähigkeit.¹³³ Auch bei der Festlegung des Versicherungsfalls in der Vertrauensschadenversicherung in den gängigen Bedingungen wird oft auf andere Verfahren verwiesen. Demnach muss sich die Schadenersatzpflicht der Vertrauensperson, die dem VN einen Schaden zugefügt hat, dem Grunde und der Höhe nach aus einem rechtskräftigen Strafurteil oder einem Vollstreckungstitel ergeben.

Solche Klauseln können verschiedenartig interpretiert werden.¹³⁴ Zunächst könnten sie als Beweiswürdigungsvereinbarungen verstanden werden. Die Parteien schreiben dem Gericht vor, dass es von der Tatsache der Versetzung des Beamten zwingend auf die vollständige Dienstunfähigkeit schließen muss. In der Vertrauensschadenversicherung müsste das Gericht vom Urteil des Strafgerichts zwingend auf Grund und Höhe des dem VN entstandenen Vermögensschaden schließen. Eine solche Auslegung stünde nach *Schmidt*¹³⁵ im Widerspruch mit dem zwingenden Prinzip der freien Beweiswürdigung. Die Rsp.¹³⁶ und Lehre¹³⁷ betrachten die Beamtenklausel dagegen als materiell-rechtliche Vereinbarung an. Versicherungsfall ist nicht nur die vollständige Berufsunfähigkeit, sondern auch die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit nach dem Beamtenrecht.¹³⁸

Fraglich ist, ob dasselbe auch für das Beispiel aus der Vertrauensschadenversicherung gilt. Der Hinweis auf das Strafurteil und dem Vollstreckungstitel, aus dem sich der Grund und die Höhe der Schadenersatzverpflichtung der Vertrauensperson ergeben muss, kann verschieden verstanden werden. Einerseits könnte die Klausel so gelesen werden, dass in diesem Fall der Versicherungsfall *jedenfalls* eingetreten ist und daher die Entschädigung zu zahlen ist. Andererseits könnte man die Klausel auch so interpretieren, dass *nur* in diesem Fall der Versicherungsfall eingetreten ist und die Entschädigung fällig wird. Wie *Trenker*¹³⁹ herausgearbeitet hat, ist die erste Lesart unproblematisch, weil damit das Gericht nicht genötigt ist, seiner Ansicht nach unrichtige Tatsachen festzustel-

¹³³ *Lücke*, in: Prölss/Martin, VVG, AVBBU § 2 Rn. 112.

¹³⁴ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 125 f.

¹³⁵ Versicherungsfall, S. 126.

¹³⁶ BGH, Urt. v. 05.07.1995 – IV ZR 196/94, VersR 1995, 1174.

¹³⁷ *Lücke*, in: Prölss/Martin, VVG, AVBBU § 2 Rn. 112.

¹³⁸ *Schmidt*, Versicherungsfall, S. 126.

¹³⁹ Einvernehmliche Parteidisposition, S. 257.

len. Es ist schlichtweg an diese privatautonome Regel, nach der unter den genannten Voraussetzungen der Versicherungsfall als eingetreten gilt, gebunden. Im zweiten Fall scheint dagegen grundsätzlich ein Problem mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung zu bestehen.¹⁴⁰ Denn wenn für das Entstehen des Anspruchs zwingend ein bestimmtes Beweisergebnis vorliegt, das auch nicht durch andere Beweisergebnisse substituiert werden kann, ist das Gericht nicht mehr in seiner Beweiswürdigung frei.¹⁴¹

Allerdings ist zu bedenken, dass der versicherungsrechtliche Anspruch zwar grundsätzlich in § 1 VVG begründet ist. Wann ein solcher Anspruch zusteht, ist aber mit wenigen Ausnahmen einzig und allein Sache der Parteien und damit des Vertrages. Als Rechtsprodukt ist die Versicherung das, wozu sie die Parteien machen. Das VVG gestattet den Parteien, als Versicherungsfall nicht nur die Schädigung durch eine Vertrauensperson festzulegen, wie es der standardmäßigen Definition des Versicherungsfalls in der Vertrauensschadensversicherung entspricht. M. E. sind keine Hürden ersichtlich, warum nicht von vornherein als Versicherungsfall nur ein verurteilendes Strafurteil, das den Schaden des VN festhält, vereinbart werden könnte.¹⁴² Versicherungsfall ist also nicht die Schädigung durch die Vertrauensperson, sondern das Strafurteil, das eine Schädigung feststellt. Ist dies möglich, dann muss es auch möglich sein, für den zuvor geschilderten Versicherungsfall (Schädigung durch Vertrauensperson) gewisse Beweisanforderungen – wie eben ein Strafurteil – festzulegen. Eine solche Klausel verstößt daher nicht gegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung.¹⁴³

5. Zusammenfassung

AVB treffen häufig Regelungen für den Nachweis des Versicherungsfalls im versicherungsrechtlichen Deckungsprozess.

Das betrifft zunächst Vereinbarungen über das anzuwendende Beweismaß. Solche Beweismaßvereinbarungen verstoßen nicht gegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung, wenn sie lediglich das Beweismaß auf überwiegende Wahrscheinlichkeit herabsetzen. Im Ergebnis bewirkt eine Beweismaßherabsetzung zugunsten des Versicherers eine Beweislastverschiebung zulasten des VN. Im Unternehmergeschäft ist eine solche vertraglich vereinbarte Beweiserleichterung dann zulässig, wenn sie sich auf Umstände bezieht, die der Sphäre des VN zuzurechnen sind. Bei neutralen Umständen kann für die Beurteilung der Unangemessenheit einer solchen Klausel eine Rolle spielen, ob es sich bei der frag-

¹⁴⁰ Artner, Beweis, S. 185.

¹⁴¹ Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition, S. 257 f.

¹⁴² Artner, Beweis, S. 186.

¹⁴³ Artner, Beweis, S. 186.

lichen Versicherung um eine Allgefahrendeckung oder eine Versicherung gegen benannte Gefahren handelt. Gegenüber verbraucherischen Verbrauchern sind Beweismaßvereinbarungen zugunsten des Versicherers wegen des dadurch bewirkten Verstoßes gegen § 309 Nr. 12 BGB jedenfalls unzulässig.

Die Beweislastverteilung richtet sich nach h. A. und st. Rsp. im Versicherungsrecht nach den Ebenen der Risikobeschreibung. Die Frage der Beweislast wird damit häufig implizit geregelt, beispielhaft etwa durch „verhüllte Beweislastumkehrungen“ hinsichtlich der Beweislast über die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls. Hierbei wird mit bestimmten, der primären Risikobeschreibung zuzuordnenden und daher vom VN zu beweisenden Merkmalen von der Beweislastverteilung zu den gesetzlichen subjektiven Risikoausschlüssen abgewichen. Solche Merkmale sind einer Inhaltskontrolle zugänglich, weil „von Rechtsvorschriften abweichende“ AGB-Bestimmungen i. S. d. § 307 III 1 BGB vorliegen, die den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle eröffnen. Im Unternehmensgeschäft sind solche Klauseln nicht schlechthin unzulässig. Maßgeblich ist neben der schon erwähnten Art der Versicherung („All Risk“ oder benannte Gefahren) auch, ob etwa durch das Merkmal auch eine Erweiterung des subjektiven Risikoausschlusses auf vom Gesetz nicht gefasste Verschuldensgrade erfolgt. Im Verbraucherbereich sind verhüllte Beweislastumkehrungen hingegen nach § 309 Nr. 12 BGB ausnahmslos unzulässig, weil damit von der gesetzlichen Beweislast abgewichen wird.

Wird in einem Verbraucherversicherungsvertrag eine Beweismaß- oder Beweislastvereinbarung in der Inhaltskontrolle für unwirksam erklärt, stellt sich die Frage, ob die Rsp. des EuGH zum ersatzlosen Entfall solcher „missbräuchlicher Klauseln“ nach der Klausel-RL anwendbar ist. Die Bestimmung des § 306 II BGB steht dem nicht entgegen, weil der Generalumsetzungswille des deutschen Gesetzgebers bei Umsetzung der Klausel-RL auf eine Planwidrigkeit im deutschen Recht hindeutet. Das hat zur Folge, dass in Verbraucherverträgen grundsätzlich keine Schließung der durch die Inhaltskontrolle entstehenden Vertragslücke durch das dispositive Recht oder durch eine Vertragsergänzung erfolgen darf. Im Unternehmensgeschäft bestehen hingegen keine Einschränkungen für die Schließung von Vertragslücken.

Schließlich wird in AVB auch teilweise die Beweiswürdigung des Gerichts im Deckungsprozess geregelt. Da das Prinzip der freien Beweiswürdigung (§ 286 I ZPO) zwingend ist, sind solche Klauseln problematisch. Zwar ist eine Umdeutung solcher Vereinbarungen in materiell-rechtliche Abreden nicht ausgeschlossen; dann sind aber immer noch die Instrumente der AGB-Kontrolle, wie insbesondere die Inhaltskontrolle und das Transparenzgebot zu beachten.

Literaturverzeichnis

- Armbrüster, C.*: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. Mohr Siebeck, Tübingen (2019).
- Artner, F.*: Der Beweis im Versicherungsrecht, Dissertation, Manz, Wien (2024).
- Baumgärtel, G.*: Die Auswirkungen von Parteienvereinbarungen auf die Beweislast, in: Holzhammer, R./Jelinek, W./Böhm, P. (Hrsg.) Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, S. 67 – 80, Manz, Wien (1988).
- Baumgärtel, G./Laumen, H.-W./Prütting, H.* (Hrsg.): Handbuch der Beweislast Band I, 5. Aufl. Carl Heymanns, Köln (2023). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I.
- Bruck, E./Möller, H.* (Begr.): Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band I, 10. Aufl. De Gruyter, Berlin (2021). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG I.
- Bruck, E./Möller, H.* (Begr.): Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band III, 9. Aufl. De Gruyter, Berlin (2010). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG III.
- Bruck, E./Möller, H.* (Begr.): Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band VI/2, 9. Aufl. De Gruyter, Berlin (2015). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG VI/2.
- Bruck, E./Möller, H.* (Begr.): Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band VII, 9. Aufl. De Gruyter, Berlin (2012). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Bruck/Möller, VVG VII.
- Bruns, A.*: Privatversicherungsrecht, 1. Aufl. C. H. Beck, München (2015).
- Busse, J.*: Die Versicherungsklausel der „unerwarteten schweren Erkrankung“ – zugleich eine Anmerkung zu BGH vom 19.10.2022 – IV ZR 185/20. r+s 49, 385 – 391 (2023).
- Drefahl, W.*: Die Beweislast und Beweiswürdigung im Versicherungsrecht, Dissertation, Friederichsen, Hamburg (1939).
- Ehlers, Kriegereignisse, terroristische und politische Gewalthandlungen, Beschlagnahme, Eingriffe von hoher Hand.* r+s 28, 133 – 140 (2002).
- Ehrenberg, V.* (Hrsg.): Handbuch des gesamten Handelsrechts Band VIII/1, Reiland, Leipzig (1922). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Ehrenberg: Handelsrecht VIII/1.
- Fenyves, A./Perner, St./Riedler, A.* (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, laufend ergänzt, Verlag Österreich, Wien (2020). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Fenyves/Perner/Riedler, VersVG.
- Fricke, M.*: Rechtliche Probleme des Ausschlusses von Kriegsrisiken in AVB. VersR 41, 1098 – 1103 (1991).
- Gsell, B.*: Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen. JZ 74, 751 – 758 (2019).
- Gsell, B./Krüger, W./Lorenz, St./Reymann, C.* (Hrsg.): beck-online. Großkommentar, laufend aktualisiert C. H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: BeckOGK.
- Hansen, U.*: Beweislast und Beweiswürdigung im Versicherungsrecht, Dissertation, Lang, Frankfurt am Main (1990).
- Hansen, U.*: Die Bedeutung der Klauselverbote des AGBG (§§ 10, 11) für AVB. VersR 38, 1110 – 1118 (1988).

- Hansen, U.: Die Beweismaßänderung beim Nachweis des Versicherungsfalls in der Diebstahlsversicherung als ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung. ZVersWiss 90, 355–371 (1991).
- Heese, M.: Bindung des Zivilrichters an strafrichterliche Tatsachenfeststellungen – ein zukunftsweisendes Reformvorhaben? JZ 71, 390–400 (2016).
- Heese, M.: Der Versicherungsfall und seine Vortäuschung im deutschen und U.S.-amerikanischen Beweisrecht. ZZZ 123, 49–75 (2010).
- Honsell, H. (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Springer, Berlin (1998). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Honsell, BKVVG.
- Höpfner, A.: Der Nachweis des Versicherungsfalls, Dissertation, Lang, Frankfurt am Main (1996).
- Kleinfellner, G.: Prozeßherrschaft. ZZZ 53, 1–21 (1928).
- Klicka, T.: Was bleibt vom verstärkten Senat SZ 68/195 zur Bindung an Straferkenntnisse im Zivilverfahren? ÖJZ 67, 709–712 (2013).
- Kodek, G./Oberhammer, P. (Hrsg.): ZPO-ON – Kommentar zu JN und ZPO samt Einführungsgesetzen, laufend aktualisiert, Manz, Wien (2023). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Kodek/Oberhammer, ZPO-ON.
- Langheid, T./Rixecker, R. (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 7. Aufl. C. H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Langheid/Rixecker, VVG.
- Langheid, T./Wandt, M. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band I, 3. Aufl. C. H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG I.
- Langheid, T./Wandt, M. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band III, 2. Aufl. C. H. Beck, München (2017). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG III.
- Laumen, H.-W.: Der Beweis für das äußere Bild. MDR 69, 560–565 (2016).
- Looschelders, D./Pohlmann, P. (Hrsg.): VVG-Kommentar, 4. Aufl. Carl Heymanns, Köln (2023). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Looschelders/Pohlmann, VVG.
- Lorenz, E. (Hrsg.): Karlsruher Forum 2008: Beweislast, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe (2009). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Lorenz, E., Beweislast.
- Musielak, H.-J.: Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 01.02.1990 – 5 U 153/89. NZV 3, 466–468 (1990).
- Palten, E.: Unfall oder nicht Unfall – das ist hier die Frage! VR 66, H 1–2, 32–44 (2012).
- Perner, St.: EU-Richtlinien und Privatrecht, Manz, Wien (2012).
- Perner, St.: Laufzeitunabhängige Kosten bei vorzeitiger Kreditzurückzahlung. ÖBA 69, 844–848 (2021).
- Perner, St.: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. Manz, Wien (2021).
- Perner, St./Spitzer, M.: Zulässigkeit von Kreditbearbeitungsgebühren. ÖBA 71, 779–788 (2023).
- Prölss, J.: Band V: Versicherungsrecht, in: Baumgärtel, G. (Hrsg.) Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 1. Aufl. Carl Heymanns, Köln (1993).

- Prölss, E./Martin, A. (Begr.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 27. Aufl. C. H. Beck, München (2004). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl.
- Prölss, E./Martin, A. (Begr.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 32. Aufl. C. H. Beck, München (2024). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin, VVG.
- Rauscher, T./Krüger, W. (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* Band I, 6. Aufl. C. H. Beck, München (2020). Zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKoZPO I.
- Rauscher, T./Krüger, W. (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* Band III, 6. Aufl. C. H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKoZPO III.
- Rechberger, W.: Der Wiedergänger – Zur Rückkehr der Bindung an strafrechtliche Entscheidungen im österreichischen Zivilprozeßrecht, in: Schilken, E./Becker-Eberhard, E./Gerhardt, W.: *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul*, S. 539 – 551, Gieseking, Bielefeld (1997).
- Rosenberg, L.: *Die Beweislast*, 5. Aufl. C. H. Beck, München (1965).
- Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.: *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. C. H. Beck, München (2018).
- Roth, W.-H., Die richtlinienkonforme Auslegung, EWS 15, 385 – 396 (2005).
- Säcker, F. J./Rixecker, R./Oetker, H./Limperg, B. (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Band II, 9. Aufl. C. H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKoBGB II.
- Schauer, M.: Fluggast oder Pilot – zur Beweislastverteilung im Versicherungsrecht am Beispiel von OGH 7 Ob 149/09a. *ÖJZ* 64, 688 (2010).
- Schmidt, A.: *Der Beweis des Versicherungsfalls im deutschen, U.S.-amerikanischen und englischen Recht*, Dissertation, Mohr Siebeck, Tübingen (2011).
- Staudinger, J. v. (Begr.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen* Buch 2, De Gruyter, Berlin (2016). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB.
- Stein, F./Jonas, M. (Begr.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung* Band IV, 23. Aufl. Mohr Siebeck, Tübingen (2018). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO.
- Told, J.: Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen. *JBl* 141, 541 – 553 (2019).
- Trenker, M.: *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, Manz, Wien (2020).
- Vonkilch, I.: *Zusatzentgelte im Lichte europäischer und nationaler Inhaltskontrolle*. *ÖJA* 2, 179 – 221 (2024).
- Wagner, G.: *Prozeßverträge*, Mohr Siebeck, Tübingen (1998).
- Wandt, M.: *Versicherungsrecht*, 6. Aufl. Franz Vahlen, München (2016).
- Willer, H.: *Grundriß der Unfallversicherung*, Manz, Wien (1933).
- Zöller, R. (Begr.): *Zivilprozessordnung*, 35. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln (2024). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Zöller, ZPO.