

Dirk-Carsten Günther

Betrug in der Sachversicherung

2. Auflage

Prof. Dr. jur. Dirk-Carsten Günther

Betrug in der Sachversicherung

Herausgeber: Dr. jur. Peter Bach

Prof. Dr. jur. Dirk-Carsten Günther

Betrug in der Sachversicherung

2. Auflage

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

– Die Voraufgabe ist in der Reihe VersicherungsForum erschienen –

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 2196-2553

ISBN 978-3-89952-550-2

Vorwort

Die häufigsten Erscheinungsformen des Versicherungsbetrugs in der Sachversicherung sind der fingierte Schaden (z.B. Vortäuschung eines Einbruchdiebstahls), der vorsätzlich herbeigeführte Versicherungsfall (z.B. Eigenbrandstiftung), der an die Versicherungsbedingungen angepaßte Schaden (z.B. Schilderung des nicht versicherten Diebstahls als Raub oder eines nicht versicherten Überschwemmungsschadens als versicherter Leitungswasserschaden) oder der überhöhte Schaden (z.B. Geltendmachung überhaupt nicht existierender oder nicht beschädigter Sachen sowie falsche Angaben zur Werthaltigkeit).

Der Großteil der von den Versicherern abgewickelten Schadensfälle ist allerdings unproblematisch. Der redliche Versicherungsnehmer ist die Regel und die Prozeßquoten der Sachversicherer bewegen sich im Promille- und nicht im Prozentbereich. Allerdings ist die Anzahl der betrügerisch handelnden Geschädigten nicht zu vernachlässigen. In anonymen Interviews gaben rund ein Fünftel der Befragten an, gegenüber ihrem Versicherer mindestens in einem Falle falsche Angaben gemacht zu haben bzw. sehen in einem Versicherungsbetrug nur ein „Kavaliersdelikt“ (näher hierzu die Studien von der psychonomics AG im Jahre 2006 und der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) aus dem Jahre 2011). Gleichzeitig halten es nach einer Untersuchung von Emnid 95 % der Befragten für richtig, daß sich die Versicherer verstärkt darum bemühen, Betrugsfälle aufzudecken. Diese Einstellung scheint sich mit der Höhe der Betrugssumme zu ändern. „Kleinere Mitnahmeeffekte“ werden offenbar eher toleriert. Besonders „anfällig“ für die Begehung eines Versicherungsbetrugs sind die unter 30-Jährigen (vgl. Knospe, VW 2003, 1958).

Generell wird im Kompositbereich (Sach-, Haftpflicht- und Kfz-Versicherung) in fast allen Industrieländern geschätzt, daß rund 10 % aller Schadensmeldungen betrügerisch sind. In einigen Sparten wird sogar ein Anteil von 50 % angenommen (Ulbricht/Fährnich VW 2005, 1490). Nach einer Untersuchung der GfK werden bei der Hausratversicherung in 70% der Fälle zu hohe Forderungen gestellt (vgl. auch VW 2004, 99). Im angelsächsischen Bereich wird der Versicherungsbetrug aufgrund des enormen Schadens als „quiet catastrophe“ bezeichnet.

Auch in der Personenversicherung kommt es zu betrügerischen Schäden, z.B. daß im Bereich der privaten Pflegeversicherung die Pflegebedürftigkeit vorgetäuscht wird (OLG Koblenz VersR 2009, 771) bis hin zu der eher skurrilen Konstellation der Schließung einer (Schein-)Ehe, um in den Genuß der Versicherungsleistung einer Aussteuerversicherung zu gelangen (LG Bremen, Urt. v. 15.4.2004, 6 O 1717/02, zitiert nach juris).

Der Verfasser ist seit vielen Jahren ausschließlich im Bereich der Sachversicherung als Anwalt für zahlreiche Versicherer und in der Wissenschaft als Leiter des Bereichs Sachversicherung am Institut für Versicherungswesen an der Fachhochschule Köln tätig. Dabei ist einer der Schwerpunkte die Bekämpfung des Versicherungsbetrugs. Aus der täglichen Praxis heraus entstand der Gedanke, den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Literatur zusammenzufassen. Hierdurch soll eine Lücke in der versicherungsrechtlichen Literatur geschlossen werden.

Weitergehende Literaturhinweise finden sich, soweit maßgebliche Veröffentlichungen vorliegen, zu Beginn des jeweiligen Abschnitts. Zahlreiche, insbesondere obergerichtliche Urteile werden dabei kurz zusammengefaßt. Es ist dabei die bis Sommer 2013 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt.

Zum anderen resultierte aus der praktischen Arbeit als Anwalt die Gründung eines Betrugsaufklärungszentrums, dessen Schwerpunkt die Sachverhaltsaufklärung insbesondere bei größeren Schadensfällen mit einer jeweils laufenden rechtlichen Beurteilung ist (weitere Hinweise unter www.betrugsaufklärungszentrum.de). Auf der Homepage des Betrugsaufklärungszentrums werden vom Verfasser laufend aktuelle Hinweise auf bedeutsame und hochaktuelle Entscheidungen aus dem Betrugsbereich eingestellt.

Zu Dank bin ich Frau RAin Annelore Bertz verpflichtet, die mich durch Einpflegen von Entscheidungen und inhaltliche Anregungen tatkräftig unterstützt hat.

Einen besonderen Dank richte ich für ihr Verständnis und Entbehrung vieler Stunden an meine Frau Eva-Katharina.

Köln, im Juli 2013

Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
B. Sachverhaltsaufklärung	9
1. Einsatz von privaten Ermittlern	9
1.1. Allgemeines	9
1.2. Beweiswürdigung/Verwertungsverbote	11
1.3. Auslobung.....	17
1.4. Erstattungsfähigkeit von Ermittlerkosten.....	19
2. Einsatz von Sachverständigen	25
2.1. Arten von Sachverständigengutachten	28
2.2. Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten.....	29
3. Datenschutz	35
3.1. Informationsfreiheitsgesetz	37
3.2. Akteneinsichtsrecht des Versicherers	39
3.3. Verarbeitung von Daten des Versicherungsnehmers durch den Versicherer	44
3.4. Informationsaustausch zwischen Sachversicherern	48
3.5. Datenweitergabe durch Versicherer an Polizei und StA	54
3.6. Datenweitergabe durch Polizei und StA an Versicherer	55
3.7. Strafrechtliche Grenzen der Informationsgewinnung	57
C. Materiell-rechtliche Besonderheiten	67
1. Fälligkeit.....	67
2. Zurechnungsfragen	75
3. Rechte des Realgläubigers	80
D. Zivilprozessuale Besonderheiten	83
1. Nachweispflicht des Versicherungsnehmers zum Anspruchsgrund.....	83
1.1. Parteivernehmung des Versicherungsnehmers	85
1.2. Parteianhörung des Versicherungsnehmers	92
2. Nachweispflicht des Versicherungsnehmers zur Anspruchshöhe	97
3. Aussage- und Zeugnisverweigerung	100

4. Verwertung von Gutachten	106
5. Verwertung der Aussagen von Zeugen in anderen Verfahren.	113
6. Grundurteil	114
E. Fallgruppe vor Eintritt des Versicherungsfalls	117
1. Arglistige Täuschung bei der Antragstellung.....	117
1.1. Begriff der arglistigen Täuschung und Beweislast	119
1.2. Beispiele der arglistigen Täuschung	122
1.3. Offenbarungspflicht bei nicht nachgefragten Umständen ...	130
1.4. Nachfrageobliegenheit.....	133
1.5. Kausalität.....	134
1.6. Form/Frist/Rechtsfolge	137
2. Betrügerische Über-, Mehrfach- und Interessenversicherung.	139
2.1. Betrügerische Überversicherung	139
2.2. Betrügerische Doppel-/Mehrfachversicherung	142
2.3. Betrügerische Interessenversicherung	143
3. Gefahrerhöhung.....	144
3.1. Allgemeines	145
3.2. Typische Fallgruppen	146
F. Versicherungsfall	151
1. Eigen- und Auftragsbrandstiftung.....	151
1.1. Darlegungs- und Beweislast	153
1.2. Typische Indizien einer Eigenbrandstiftung	160
1.3. Weitere Rechtsprechungsbeispiele aus der Feuerversicherung.....	171
1.4. Rechtsprechungsbeispiele aus anderen Zweigen der Sach- und Transportversicherung.....	186
2. Blitzschlagschäden/Blitzbedingte Überspannungsschäden..	189
2.1. Vorsätzlich herbeigeführter Überspannungsschaden	191
2.2. Falsche Schadensschilderung.....	193
3. Einbruchdiebstahl	193
3.1. Darlegungs- und Beweislast	196
3.2. Äußeres Bild eines Einbruchdiebstahls	199
3.3. Erhebliche Wahrscheinlichkeit der Vortäuschung eines Einbruchdiebstahls	224

4. Vandalismusschäden	236
4.1. Äußeres Bild eines Vandalismusschadens nach Einbruch ..	237
4.2. Erhebliche Wahrscheinlichkeit der Vortäuschung eines Vandalismusschadens	240
5. Raub	242
5.1. Beweislast	244
5.2. Nicht nachgewiesener/vorgetäuschter Raub	247
5.3. Juwelierfälle	249
5.4. Schilderung eines Trickdiebstahls als Raub	250
6. Sturm-/Hagelschäden und sonstige versicherte Elementarschäden	252
6.1. Vorsätzlich herbeigeführte Sturm- und Hagelschäden	255
6.2. Falsche Schadensschilderung	257
6.3. Sanierungsfälle	258
7. Leitungswasser-, Rohrbruch- und Frostschäden	259
7.1. Vorsätzlich herbeigeführter LW-Schaden	262
7.2. Falsche Schadensschilderung	264
G. Fallgruppe nach Eintritt des Versicherungsfalls	267
1. Vorsätzliche Verletzung der Aufklärungsobliegenheit	267
1.1. Reichweite der Aufklärungs-, Belege-, Mitwirkungs- und Duldungsobliegenheit	268
1.2. Kein Kausalitätserfordernis bei Arglist	274
1.3. Kein Belehrungserfordernis bei Arglist	276
1.4. Beispiele vorsätzlicher Obliegenheitsverletzungen	277
2. Besonderer Verwirkungsgrund der arglistigen Täuschung ...	281
2.1. Allgemeines	281
2.2. Begriff der arglistigen Täuschung	286
2.3. Darlegungs- und Beweislast	289
2.4. Ausstrahlung der arglistigen Täuschung auf andere Ansprüche oder Verträge	290
2.5. Fallgruppen der arglistigen Täuschung zum Anspruchsgrund	294
2.6. Fallgruppen der arglistigen Täuschung zur Anspruchshöhe ..	305
2.7. „Heilung“ durch Berichtigung des Versicherungsnehmers ..	322
2.8. Einschränkungen bei „unzulässiger Härte“	323
2.9. Einschränkung auf offene Ansprüche	326
2.10. Arglistige Täuschung nach Deckungsablehnung	326

H. Straf- und zivilrechtliche Möglichkeiten des Sachversicherers bei aufgedecktem Betrug	329
1. Strafrechtliche Möglichkeiten.....	329
1.1. Versicherungsmißbrauch, § 265 StGB	330
1.2. Klageerzwingungsverfahren, §§ 171 ff. StPO	331
1.3. Adhäsionsverfahren, §§ 403 ff. StPO	332
2. Zivilrechtliche Möglichkeiten.....	336
2.1. Klageverfahren, Rückforderung	337
2.2. Widerklage	343
2.3. Insolvenz des Schuldners.....	344
2.4. Dinglicher Arrest, §§ 916 ff. ZPO.....	345
I. Anhang – Auszug aus der polizeilichen Kriminalstatistik	349
1. Brandstiftung	349
2. Wohnungseinbrüche	352
3. Sonstige Einbrüche	356
4. Raub	360

A. Einführung

Schrifttum:

Andersen, Kriegmeier, Bleyhl, „Erfolgreiche Betrugsbekämpfung durch ganzheitliche Abwehrstrategien“, VW 2010, 1440; Ayasse, „Betrug zu Lasten der Versicherungswirtschaft kein Kavaliersdelikt“ VersR 1999, 265; Biersack, Versicherungsbetrug im deutschen und US-amerikanischen Zivil- und Zivilprozeßrecht, München 2009; Eilermann, „... und wie läßt du hageln? – Versicherungsbetrug – ein Volkssport?“, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1994; Göth, „Werkzeugspur – Praktische Hinweise zur Suche, Sicherung und Auswertung kriminaltechnischer Spuren“, Eigenverlag, Nastätten 1999; Günther, „Betrugaufklärung versus Datenschutz am Beispiel der Sachversicherung“, VersR 2003, 18; Honsell, „Der rechtliche Schutz der Privatversicherer vor dem sogenannten Risiko“, VersR 1982, 112; Katte, „Brandversicherungsschwindel bei der Schadensangabe“ Archiv für Kriminologie 1959, 123 (Sonderdruck); Katte/Specht, „Versicherungsbetrug als Brandstiftungsmotiv, nachgewiesen durch Rundfunk-Amateurkenntnisse des Brandsachverständigen“, Archiv für Kriminologie 1956, 30 (Sonderdruck); Kohlmann, „Zwischen Vertragstreue und Vorteilsstreben – Bemerkungen zur Rolle des Versicherungsnehmers aus strafrechtlicher Sicht“, ZVersWiss 2002, 557; König, „Der Versicherungsbetrug“, 1968; Lämmerich, „Kavaliersdelikt VersBetrug“, NJW-aktuell 33/2011; Lindenau, „Die Betrugsstrafbarkeit des Versicherungsnehmers aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht“, Oktober 2005; Nelken, „Verbrechen und Versicherung“, 1928; Knoche, „Vorgetäuschte und vorsätzlich herbeigeführte Versicherungsfälle“, 1991; Lücke, „Aktuelle Rechtsprechungsübersicht zur Betrugsproblematik in der Sachversicherung“, VersR 1994, 128; ders., „Versicherungsbetrug in der Sachversicherung“, VersR 1996, 785; „Versicherungsbetrug – Neue Methoden, effizientere Abwehrtechniken“, herausgeben von der Münchener Rück, 2004; Rosenfeld/Richard/Fornango/Robert, The Impact of Economic Conditions on Robbery and Property Crime: The Role of Consumer Sentiment, 2007, Criminology 45 (4), 735–769; Ulbricht/Fähnrich, „Industrialisierung der Betrugsbekämpfung?“, VW 2005, 1490; Schiller, „Versicherungsbetrug als ökonomisches Problem“, 2004; Waschbusch/Knoll/Lucas, „Versicherer tolerieren Betrug noch zu oft als Volkssport“, VW 2010, 810; Waschbusch/Krämer/Knoll/Baumgärtner, „Geldwäsche und Versicherungsbetrug – Zwei ernstzunehmende Probleme der Versicherungswirtschaft“, ZfV 2010, 595 und 2010, 635; Wirth, „Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Schutzes des Privatversicherungswesens durch Sondernormen“, 2004; Wittkämper/Wulff-Nienhäuser/Kammer, „Versicherung und Kriminalität“, Karlsruhe 1990.

1. Der Betrug in der Sachversicherung ist ein Thema, welches nie an Aktualität verlieren wird. Bereits bei der ältesten Versicherungsart des Mittelalters, der Seeversicherung auf Gegenseitigkeit, waren „Sinkreisen“ zum Zwecke des Betrugs recht häufig. In den die Seeversicherung regelnden Ordonnanzen von Barcelona aus den Jahren 1458 und 1484 werden Strafen für Betrugshandlungen angedroht, z.B. für den Abschluß einer Versicherung in Kenntnis des schon eingetretenen Schadens. Das

Preußische Feuerkassenreglement von 1705 bestimmte in Ziff. 12 (zitiert bei Spesshardt, „Der Versicherungsbetrug im Reichsstrafgesetzbuch“, 1885, S. 5):

„Sollten sich aber gottlose Verwarloser oder gar so boshafte Leute finden, welche aus schnöder Gewinnsucht oder Liebe zum Gelde ihre alten Häuser in vorsetzlichen Brand brächten oder gerathen ließen, selbige haben nicht nur nichts aus der Cassa zu gewarten, sondern sollen auch noch sonst und nach Befinden, als vorsetzliche Mord-Brenner und Brand-Stiffter am Leib und Leben gestraffet werden.“

Trotz dieser Strafandrohung hat sich nur wenig geändert. Die Motivlage, auf diese Art und Weise von dem Versicherer Gelder zu erlangen, dürfte über die Jahrhunderte gleich geblieben sein. In einem Urteil aus dem Jahre 1787 (zitiert bei E. F. Klein [Hrsg.], Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten Bd. 3 S. 67) heißt es:

„Da nun der Vater seit 20 Jahren zu dieser Casse Beyträge gethan, aber keine daraus empfangen hätte; so habe er es für billig gehalten, sich durch den Brand zu entschädigen und ... seiner dringenden Noth abzuhelfen.“

Wie recht ungezwungen betrügerische Ansprüche gegenüber einem Sachversicherer geltend gemacht werden, belegen nicht nur Studien (z.B. die Studie „Versicherungsbetrug: Erklärung und Prävention“, Köln 1996, psychonomics AG), sondern ein ebenso vergnügliches wie extremes Beispiel, über welches Nelken in seinem 1928 erschienen Werk „Verbrechen und Versicherung“ berichtet (Seite 9):

„Im Jahre 1922 stand in einem kleinen deutschen Städtchen der Bürgermeister ... vor der Feier seines 60. Geburtstages. Die Stadtväter versammelten sich und beratschlagten, wie man dem alten Herrn eine besondere Festfreude bereiten könne. Der erste Vorschlag, dem Stadtoberhaupt eine Gedenktafel setzen zu lassen, wurde abgelehnt ... Da trat einer der Anwesenden mit dem Plan hervor, daß man dem Bürgermeister zur Feier seines Geburtstages am zweckmäßigsten sein Haus in Brand stecken solle, da dieses alt und baufällig, aber hoch versichert sei. Nachdem die Versammlung diesen Plan hin und her überlegt hatte, fand er allgemeine Billigung, und der Stadtdiener wurde gegen ein Honorar von 15 M. gewonnen, um zur bestimmten Zeit mit einem Streichholz das Nötige zu besorgen. Als am kommenden Sonntag, dem Geburtstage, morgens die Kirchenglocken läuteten, schlugen mit einem Male große Flammengarben aus dem Dache des Bürgermeisterhauses hervor. Auf den Feueralarm hin erschien auch pünktlich die Wehr, aber nicht etwa zu dem Zwecke, um den Brand zu löschen, sondern um durch Einschlagen der Mauern dem Feuer Durchgang durch alle Räume zu gewähren.

Indes die Stadtväter bedauerten, mit ihrem Versprechungen zu leichtfertig gewesen zu sein, indem sie dem Stadtdiener „für das bißchen Herumhantieren mit dem Streichholz“ 15 M. versprochen hatten. Sie hielten nun 5 M. auch für eine ausreichende Belohnung. Der Stadtdiener, der sich um 10 M. geprellt saht, hatte in seinem gerechten Zorn nichts Eiligeres zu tun, als dem Direktor der Versicherungsgesellschaft von diesem Vorkommnis sofort Mitteilung zu machen, und dieser, entrüstet über die Unmoral und über das unglaubliche Vorgehen der Stadtväter, setzte sich hin und verfaßte eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft.

Ein Zufall fügte es nun, daß gerade zu dieser Zeit der erste Direktor der betreffenden Versicherungsgesellschaft in das Städtchen kam, wo er von seinem Subdirektor über den Vorfall informiert wurde. Nach längerer Überlegung kamen aber beide Herren dahin überein, die bereits verfaßte Anzeige nicht an die Staatsanwaltschaft abzuschicken, sondern den Schaden voll zu bezahlen, um auf diese Weise das Geschäft in dem betreffenden Bezirk „neu zu beleben“.

Ausdrücklich erwähnt muß aber werden, daß es sich hier nicht etwa um eine angesehene und alteingesessene Versicherungsgesellschaft handelte, sondern um eine Inflationsgründung, die nur von kurzer Lebensdauer war.“

2. Der oft verwandte Begriff „Versicherungsbetrug“ ist rechtlich in aller Regel fehlsam. Ein Versicherungsbetrug im strafrechtlichen Sinne gem. § 265 StGB wird in den seltensten Fälle vorliegen wird bzw. wird durch die Betrugsvorschrift des § 263 StGB verdrängt. Auch ein Betrug gem. § 263 StGB liegt oftmals mangels Nachweis z.B. einer Bereicherungsabsicht nicht vor, kann jedoch gleichwohl zur Leistungsfreiheit des Sachversicherers führen.

Die betrügerischen Schäden werden in Deutschland grob auf 4 Mrd. € jährlich geschätzt (VW 2002, 1038; VW 2005, 1490; so auch Lämmrich, NJW-aktuell 33/2011, S. 12 – das entspricht 10 % der gesamten Schadenaufwendungen in Schadens- und Unfallversicherung), in den USA auf 30 Mrd. USD und in Großbritannien auf 1 Mrd. Pfund. Das Betrugs-potential ist gerade bei den Fällen, in denen eine Brandstiftung vorliegt, unverändert hoch. Ähnliches gilt für fingierte Versicherungsfälle, insbesondere im Rahmen der Einbruchdiebstahlversicherung (bereits 1885 befaßte sich v. Spesshardt in seiner Dissertation mit dem „Versicherungsbetrug im Reichsstrafgesetzbuch“; ebenso instruktiv wie lesenswert Nelken, „Verbrechen und Versicherung“, 1928).

Bei Lücke (VersR 1996, 785) heißt es: „Versicherungsbetrug ist Volksport“. Ebenso zutreffend ist aber auch der Hinweis von Lücke, daß die Aufgabe der Zivilgerichte nicht die Bekämpfung des Versicherungsbetrugs ist, sondern den von den Prozeßbeteiligten unterbreiteten Sachverhalt

unparteiisch zu entscheiden. Die „wesentliche Aufklärungsarbeit muß geleistet sein, wenn eine Sache zu Gericht geht“ (Lücke a.a.O.). Der Sachversicherer muß sich also durch gründliche Ermittlungen vor Betrügern schützen (zu Möglichkeiten und Grenzen der Sachverhaltsaufklärung siehe Seite 199 ff.; vgl. ferner z.B. Günther VersR 2003, 18 ff.). Dies entfaltet zudem eine nicht zu unterschätzende präventive Wirkung.

Auszug aus der Polizeilichen Kriminalstatistik 2011 (siehe auch Anhang):

Bezeichnung	Erfasste Fälle	Anteil	Aufklärungsquote
Straftaten insgesamt	5.990.679	100 %	54,7 %
Vorsätzliche Brandstiftung	14.116	0,24 %	35,2 %
Wohnungs-ED	132.595	2,2 %	16,2%
Betrug zum Nachteil von Versicherungen und Versicherungsmißbrauch	4.413	0,07 %	97,9%

Allerdings ist die Aussagekraft zum Teil recht beschränkt: Von den 2011 insgesamt erfaßten rund 6 Mio. Straftaten waren 934.882 Betrugsfälle. Hiervon wiederum waren ganze 4.413 als „Betrug zum Nachteil von Versicherungen und Versicherungsmißbrauch“ geschlüsselt. Diese machten ganze 0,07 % aller in Deutschland erfaßten Straftaten aus. Dafür betrug die Aufklärungsquote in diesem Deliktsbereich angeblich beeindruckende 97,9 %. Da nach allen Schätzungen innerhalb und außerhalb der Versicherungswirtschaft das Betrugspotential gegenüber Versicherern äußerst hoch ist, ist aufgrund des drastischen Unterschiedes zwischen der Anzahl der in der Polizeistatistik erfaßten Fälle und der Dunkelziffer mit der Betrugsstatistik nur wenig anzufangen. Tatsächlich ist die Aufklärungsquote bei Betrugereien gegenüber Sachversicherern verschwindend gering. Auch dies dürfte mit ein Grund sein, warum der „Versicherungsbetrug ein angenehmes Mittel ist, um ohne Arbeit schnell reich zu werden“ (Nelken a.a.O., S. 9)

Die Frage nach dem Einfluß wirtschaftlicher Faktoren auf die Kriminalitätsrate beschäftigt die Kriminologie seit langem. Nach Erfahrungen aus der Versicherungswirtschaft beeinflussen die wirtschaftlichen Randbedingungen durchaus das Auftreten auffälliger Schäden. In einer US-Studie wurde der Einfluß des Verbrauchervertrauens auf Raub- und Eigentumsdelikte untersucht. Einer dieser wirtschaftlichen Faktoren wurde gebildet durch die Konsumgewohnheiten und den wirtschaftlichen Optimismus der Verbraucher, gemessen durch den Verbrauchervertrauens-Index. US-Forscher haben einen Zusammenhang zwischen diesem Index und der Höhe der Raub- und Eigentumsdelikte festgestellt. Insbesondere in den 1990er Jahren hat demnach ein starkes Verbrauchervertrauen zum Rückgang der Raub- und Eigentumsdelikte beigetragen. Auch für die Jahre 2004 und 2005 lassen sich Zusammenhänge zwischen dem Verbrauchervertrauen und der Anzahl der verübten Raub- und Eigentumsdelikte herstellen (Rosenfeld, Richard/Fornango, Robert)

3. Obwohl der Betrugsbekämpfung bei vielen Sachversicherern zunehmend größeres Gewicht beigemessen wird, allerdings nicht unbedingt unter Erweiterung von Mitarbeiterkapazitäten, liegt noch einiges im Argen. Es gibt Berichte von Mitarbeitern von Sachversicherern, die mit der Betrugsabwehr befaßt sind, über Schwierigkeiten der Ausweitung und Intensivierung der Betrugsbekämpfung (Ulbricht/Fähnrich, VW 2005, 1490). Der Einsatz von Betrugserkennungssoftware kann dabei ein wichtiger (aber bei dem komplexen Sachversicherungsrecht ein eher zu unter – als zu überschätzender) Baustein sein.

In der Presse wurde gelegentlich über den Einsatz von Stimmenanalyse als eine Art „Lügendetektor“ zur Erkennung angeblicher Dubiosschäden im Ausland, insbesondere bei britischen Versicherern berichtet (vgl. Flesch, VW 2004, 672; VW 2004, 1352). Dieses System will in der Stimme des Anrufers Streßfaktoren erkennen. Ein „Digilogs Voice Risk Analysis“ (VRA) System soll in einem Pilotversuch zur Nichtbegleichung in der Hausratversicherung dazu geführt haben, daß 40 % der Versicherungsnehmer ihre Schadenanzeige zurückgezogen haben. Weitere 5 % der Fälle wurden vom Versicherer zurückgewiesen. Unabhängig vom Sinn dieses Systems, wird ein solches in Deutschland sicherlich nicht zum Einsatz kommen.

Der Versicherungsbetrug kostet die Versicherungswirtschaft und damit die Versichertengemeinschaft durch die aufzubringende Prämie mehrere Milliarden Euro jährlich. Die Kosten für die Bekämpfung des Versicherungsbetrugs machen nur einen Bruchteil der eingesparten Summe aus. Interessant sind Untersuchungen in Spanien. An einer Studie des Forschungsinstitutes Icea beteiligten sich 21 Versicherer. Wichtigstes Ergebnis der Studie ist die Erkenntnis, daß bei einem Nachforschungsaufwand von 1 € durchschnittlich 45,5 € an ungerechtfertigten Schadenleistungen eingespart werden. Die Sparte Kraftfahrtversicherung machte mit 71 % erwartungsgemäß den Großteil der untersuchten Fälle aus, die restlichen Kompositbereiche rund ein Viertel und die Personenversicherungen einschließlich Unfall 3,8 % (Engelhardt, VW 2005, 1080).

4. Die Betrugsbekämpfung durch Polizei und Staatsanwaltschaft weist große Defizite auf. Die Einstellungsquote, falls nicht nur ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt geführt wird, ist bei Dubiosschäden enorm hoch.

Nelken (a.a.O., S. 7) gibt bereits im Jahr 1928 folgende Einschätzung ab:

„Die Versicherungsunternehmen stoßen nämlich nicht nur beim Publikum, sondern leider auch bei vielen Polizei- und Gerichtsbehörden auf tief eingewurzelte Vorurteile. Während jeder Kleinkrämer bei Polizei und Gericht allzeit ein williges Ohr findet, begegnet man den Versicherungsunternehmen vielfach mit Mißtrauen und sieht in ihren Anzeigen zumeist nur einen Vorwand, um einer fälligen Zahlung ledig zu werden. Man sieht sich nachgerade daran gewöhnt zu behaupten, daß die Versicherungsunternehmen ohne Prozeß überhaupt nicht mehr bezahlen; aber diese gedankenlose und völlig grundlose Gerde ist niemals auf seine Richtigkeit nachgeprüft worden. Da Polizei und Gericht nur sehr wenig von den Betrugereien wissen, denen die Versicherer täglich ausgesetzt sind, so haben sie keine rechte Vorstellung von den Dingen, die sich da hinter den Kulissen abspielen.“

Bei vielen Beamten der Strafverfolgungsbehörden hat sich in den zwischenzeitlich vergangenen über 80 Jahren zwar einiges getan. Allerdings kann der Verfasser eine Fülle von Beispielen anführen, bei denen von einem Ermittlungseifer keine Rede sein kann, wenn „nur“ der Sachversicherer betroffen ist. Dabei sind regionale Unterschiede zu beobachten, was sich – unabhängig von der Motivation des einzelnen Beamten – womöglich mit besseren Sach- und Personalressourcen in einigen Bundesländern erklären läßt. Gerade in Ballungsgebieten verstärkt sich der Eindruck, daß selbst Wohnungseinbrüche nur noch routinemäßig von

der Polizei bearbeitet und ebenso routinemäßig von der Staatsanwaltschaft eingestellt werden.

Bei mittlerweile nicht wenigen Polizeibehörden ist es bei einigen Delikten möglich, Strafanzeigen online aufzugeben (in Köln z.B. für Diebstahl und Betrug). Dies mag neben der Servicefunktion für den Bürger der Kosteneinsparung der Polizei dienen, bietet aber für einen betrügerisch Handelnden die Möglichkeit, einen zeitnahen ersten Kontakt mit einem Polizisten zu vermeiden. Daß tatsächlich „Ermittlungen“ erfolgen, ist ohnehin, abgesehen von Großschäden, in vielen Regionen zur Ausnahme geworden. Auch die Qualität der Spurensicherung hat seit Mitte der 90er Jahre, insbesondere seit Aufhebung der Trennung zwischen Schutz- und Kriminalpolizei in einigen Bundesländern, zum Teil deutlich gelitten.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Defizite ist es umso wichtiger, daß die Sachversicherer dem Betrug eine besondere Aufmerksamkeit widmen und so weit wie möglich insbesondere die Aufklärung solcher Sachverhalte auch und gerade durch eigene Anstrengungen optimieren.

B. Sachverhaltsaufklärung

1. Einsatz von privaten Ermittlern

Schrifttum:

Dessau, „Privatdetektive“, 1995; Fricke, „Der Detektiv als Informant des Versicherers – Zulässigkeit und Grenzen“, VersR 2010, 308; Gehrlein, „Beschränkungen der Tätigkeit eines Detektivs durch das RBerG“, VersR 1996, 1343; Geier/Schäl, „Die Entscheidung des BVerfG vom 9.10.2002 (BVerfGE 106, 28): Das Ende der Hörfalle?“, Jura 2004, 121; Günther, Betrugsaufklärung versus Datenschutz am Beispiel der Sachversicherung, VersR 2003, 18; Heynert, „Detektivkosten“, AnwBl. 1999, 140; Jungfer, „Strafverteidiger und Detektiv“, StV 1989, 495; Keilich, „Detektive am und außerhalb des Arbeitsplatzes“, AuA 2008, 522; Krey, „Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten“, Berlin 1994; Maier, „Verbrechensaufklärung durch Privatdetektive. Oder – Sind Ermittlungen im Strafverfahren eine rein hoheitliche Aufgabe?“, Kriminalistik 2001, 670; Neuhaus, „Detektivbeauftragung im Versicherungsrecht“, MDR 2012, 1133; Neumann, „Die Zusammenarbeit der Kriminalpolizei mit Auskunftseien und Detekteien“, 1980; dies., „Privatdetektive. Geschichtliche Entwicklung – Aufgaben und Arbeitsweise – Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit der Kriminalpolizei“, Archiv für Kriminologie 166, 129 (1980); Vahle, „Rechtsfragen beim Einsatz von (Privat-)Detektiven“, DVP 2007, 138; ders., „Was ist das? Privatdetektiv“, VR 1994, 424.

1.1. Allgemeines

a) Private Ermittler, üblicherweise **Detektive** genannt, haben die Aufgabe, Sachverhalte und Tatbestände zu klären. Ihr Aufgabengebiet ist weit gefächert. Die **Standesregeln** gemäß der Berufsordnung Deutscher Detektive stellen die Richtlinien für die Ausübung des Detektivberufs dar (z.B. abgedruckt bei Dessau, S. 127 ff.; sie haben aber keine Rechtsverbindlichkeit; vgl. auch den Verhaltenskodex für private Ermittlungen der Versicherer, VerBAV 1990, 219). Detektive sind zu privaten Ermittlungshandlungen befugt. Sie müssen sich mangels polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher Funktionen und Rechte auf solche Recherchen beschränken, zu denen jedermann befugt ist (so bereits RG St 59, 291; vgl. auch BGH NJW 1989, 1924).

Der Einsatz eines privaten Ermittlers durch den Sachversicherer ist grundsätzlich rechtlich unproblematisch. Die Officialmaxime der staatlichen Ermittlungsbehörden begründet kein Ermittlungsmonopol nach Art

des staatlichen Gewaltmonopols (ausführlich Krey, „Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten“, Berlin 1994, S. 23 ff.). Ebenso ist es selbstverständlich, daß dem für den Sachversicherer vorgerichtlich oder im Rechtsstreit tätigen Anwalt die Befugnis zu privaten Ermittlungen zwecks Klärung des Sachverhaltes zusteht. Im Rahmen dessen kann er private Ermittler beauftragen (Krey a.a.O., S. 40).

Entgegen einschlägiger Fernsehsendungen ist der Einsatz privater Ermittler durch die Sachversicherer eher die Ausnahme. Einfachere Sachverhaltsaufklärungen erfolgen durch den Regulierungsbeauftragten (z.B. Nachbarschaftsbefragung, Belegüberprüfung) oder durch den Inendienstmitarbeiter (z.B. Internetrecherche, Einholung von Wirtschaftsauskünften). Mehrtätige Observationen sind noch seltener. Grund hierfür sind zum einen die für eine ordnungsgemäße Observation ganz erheblichen Kosten, zum anderen der damit verbundene regelmäßig eher bescheidene Erkenntnisgewinn (zulässig sind derartige Observationen, wenn sie sich nicht über einen längeren Zeitraum erstrecken; bei längeren Observationen bedarf es einer Güter- und Interessensabwägung, vgl. Krey a.a.O., S. 78; OLG Köln r+s 2013, 217).

Die Beauftragung von Ermittlern, die mehr oder weniger informell mit dem Einsatz „technischer Möglichkeiten“ werben, scheidet ohnehin aus (s. BGH, Urteil vom 4.6.2013, 1 StR 32/13 zum Einsatz von GPS-Empfänger am Pkw der überwachten Person). Derartig unseriöse Ermittler werden nach Kenntnis des Verfassers von keinem Sachversicherer beauftragt. Die beauftragten Ermittler gehen vielmehr einer Tätigkeit nach, die jener der Polizei entsprechen müßte. Sie gehen vor Ort, sprechen mit potentiellen Zeugen, versuchen Auskunftspersonen ausfindig zu machen, recherchieren bei Behörden usw. In vielen Bereichen der Polizei bestehen für solche „klassischen“ Ermittlungen oft keine ausreichenden Sach- und Personalressourcen. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, daß selbst sensible Vernehmungen oft nur nach schriftlicher Ladung und Einbestellung auf die Polizeistation erfolgen. Daß es dann womöglich weniger Erkenntnisse, insbesondere wahrheitsgemäße, gibt als bei einer zeitnahen, spontanen und ggf. auch vertraulichen Befragung vor Ort, ist keine Ausnahme.

b) Die **Honorarabrechnungen** von freiberuflichen Ermittlern sind sehr unterschiedlich und frei vereinbar. Zum Teil handelt es sich lediglich um etwas umfangreichere Wirtschaftsauskünfte und Telefonrecherchen, die nicht mit einem örtlichen Einsatz verbunden sind. Bei Einsätzen vor Ort ist die Vereinbarung von Stunden-, insbesondere aber von Tagessätzen üblich. Die Abrechnung nach Stunden- oder Tagessätzen ist schon deshalb vorzugswürdig, weil es sich bei dem Detektivvertrag um einen Dienstvertrag handelt, da nicht die Herbeiführung eines vereinbarten gegenständlich faßbaren Arbeitsergebnisses gefordert ist (OLG Saarbrücken OLGR 2008, 211; ebenfalls zu Vergütungsfragen bei Detektivvertrag AG Beckum, Urteil v. 3.5.2007, 12 C 326/06 [juris]).

Die Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** dürfte, je nach der konkreten Ausgestaltung, zwar rechtlich zulässig sein; von einer solchen Vereinbarung ist in jedem Falle Abstand zu nehmen (vgl. auch VerBAV 1990, 219, Ziff. 2 a). Sie bietet unnötige Angriffspunkte, weil durch diese Honorarart die Glaubwürdigkeit des privaten Ermittlers in alle Regel erschüttert wird. Dem Verfasser ist auch kein Fall bekannt, bei dem ein Sachversicherer bei der Auftragsvergabe an einen Ermittler ein Erfolgshonorar vereinbart hat.

c) Die Auswahl und Leitung des Ermittlers bedarf besonderer Sorgfalt. Bewährt hat sich die Abstimmung des Ermittlereinsatzes mit dem durch den Sachversicherer beauftragten Rechtsanwalt. Dadurch kann der Ermittler **eng geführt** und die Tätigkeit auf die Recherche wesentlicher und gerichtsfester Tatsachen konzentriert werden. Ferner ist dadurch auch die Einhaltung von compliance-Bestimmungen der Versicherer gewährleistet.

1.2. Beweiswürdigung/Verwertungsverbote

Schrifttum:

Balthasar, „Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess“, JuS 2008, 35; Bergwitz, „Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung“, NZA 2012, 353; ders., „Verdeckte Videoüberwachung weiterhin zulässig“, NZA 2012, 1205; Foerste, „Lauschzeugen im Zivilprozess“, NJW 2004, 262; Gehrlein, Beweisverbote im Zivilprozess, VersR 2011, 1350; Heinemann, „Rechtswidrig erlangter Tatsachenvortrag im Zivilprozeß“, MDR 2001, 137; Kiethe, „Verwertung rechtswidrig erlangter Beweis-

mittel im Zivilprozess“, MDR 2005, 965; Laumen/Prütting, „Handbuch der Beweislast“ (Bd. 1, Grundlagen) – 2. Aufl. 2009; Lenz/Meurer, „Der heimliche Zeuge im Zivilprozeß“, MDR 2000, 73; Werner, „Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel“, NJW 1988, 993.

a) Der Ermittler wird oft potentielle Zeugen, Verdächtige, deren Umfeld usw. befragen. Derartige private Recherchen im Umfeld des Verdächtigen, mögen sie für ihn auch unangenehm sein, sind legal. Namentlich bedeutet die bloße Tatsache solcher Ermittlungen grundsätzlich noch **keinen Eingriff** in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Verdächtigen (Krey a.a.O., S. 63). Bei privaten Zeugenbefragungen bedarf es keiner Belehrungspflichten nach Art der StPO. Allenfalls in ganz besonderen Ausnahmefällen kann anderes gelten, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Rufschädigung (Krey a.a.O., S. 64).

Rechtmäßig erworbene Kenntnisse aus Ermittlungen können im **Zeugen-, Augenscheins- und Urkundenbeweis** in den Zivilprozeß eingeführt werden. Photographien und Videoaufnahmen können als Augenscheinbeweis nach § 371 ZPO in den Prozeß eingeführt werden. Der Ermittler kann zeugenschaftlich über das Ergebnis seiner Arbeit befragt werden. Ebenso können Personen, die er befragt hat, als Zeugen benannt werden. Prozeßtaktisch ist es oft nicht sinnvoll, den Ermittlungsbericht selbst vorzulegen. Der Prozeßgegner wird so im Ungewissen über den eigenen Erkenntnisstand gelassen. Die Praxis zeigt, daß in nur wenigen Fällen der Ermittler selber als Zeuge gehört wird. Regelmäßig bleiben die ermittelten Anknüpfungstatsachen unstreitig oder es werden andere Zeugen, insbesondere die von dem Ermittler ausfindig gemachten und vorgerichtlich befragten, vernommen.

b) Verdeckte Ermittlungen des Detektivs – nicht zu verwechseln mit einem Verdeckten Ermittler als Polizeibeamter gem. § 110 a StPO – sind zulässig. Ohne dieses Ermittlungsinstrument sind „organisiert begangene oder sonst schwerwiegende Straftaten vielfach nicht aufklärbar, was beispielsweise bei Versicherungsbetrügereien ... einleuchtet“ (Krey a.a.O., S. 76). Es gelten ähnliche Grundsätze wie im Strafrecht hinsichtlich des Einsatzes von sog. Vertrauenspersonen (VP). Das Täuschungsverbot des § 136 StPO gilt aber für deren Recherchen weder unmittelbar noch analog.

Den eher seltenen Fall einer Aussage eines verdeckt tätigen Ermittlers hatte das OLG Hamburg zu beurteilen, insbesondere was die **Glaubwürdigkeit** angeht (VersR 2003, 615, bestätigt durch Nichtannahmebeschluß des BGH vom 14.1.2003, VI ZR 76/02). Dort forderte der Kläger von der beklagten Kfz-Haftpflichtversicherung aufgrund eines Verkehrsunfalls, bei dem er einen HWS-Schaden erlitten haben will, erstinstanzlich ein Schmerzensgeld von 8.000 DM über bereits gezahlte 1.000 DM hinaus, es sei ein materieller Schaden in Höhe von 43.638,02 DM entstanden, davon Pkw-Kosten für Fahrten zu Ärzten sowie zur Massage und Haushaltsführungskosten von 5.416,20 DM, Gartenpflegekosten von 6.912 DM sowie während des Zeitraums April bis Dezember 1990 ihm entgangener Arbeitsverdienst von 25.773,12 DM. Hierzu berief er sich insbesondere auf Bestätigung seiner Freundin bzw. deren Bekannten als Beweismittel.

Das LG hatte der Klage teilweise stattgegeben. Mit seiner Berufung machte der Kläger noch einen weiteren Erwerbsausfallschaden geltend, den er mit 302.073,35 DM bezifferte. Der Versicherer legte Anschlußberufung ein und obsiegte. Die Klage wurde vollumfänglich abgewiesen. Der Sachversicherer hatte nämlich nach dieser immensen Ausweitung des angeblichen Erwerbsausfallschadens einen Detektiv beauftragt. Dieser hatte sich bei dem Kläger eingemietet und sein Vertrauen errungen. Dem Detektiv gegenüber berichtete der Kläger, daß er wegen seines Unfalls „mit der Versicherung im Clinch“ liege, aber eine Freundin seiner früheren Freundin habe aus Gefälligkeit ihm gegenüber wahrheitswidrig ausgesagt, daß er ohne den Unfall angestellt worden wäre; so wäre es ihm möglich, einen höheren Verdienstaufschuß zu bekommen. Weiterhin hat der Kläger dem Ermittler geschildert, daß er unter dem Namen zweier von ihm gegründeter Vereine ständig Handwerksarbeiten durchführe. Und schließlich hat der Detektiv selbst beobachtet, daß der Kläger vielfach handwerklich tätig war. Der Kläger hatte ferner kurze Zeit vor dem Termin bei dem OLG Hamburg nach einem vorherigen Telefongespräch seine „Kronzeugin“ in ihrer Wohnung aufgesucht und mit ihr über ihre Aussage vor dem Senat gesprochen.

Trotz der sicherlich ungewöhnlichen Vorgehensweise des Detektivs (Einmietung bei dem Kläger und Aufbau eines persönlichen Kontakts) hat das OLG Hamburg seiner Entscheidung die Aussage des Detektivs zugrunde gelegt und ausgeführt:

„Der Senat verkennt nicht, daß bei der Würdigung von Zeugenaussagen eines Ermittlers, der im Auftrag einer Prozeßpartei deren Prozeßgegner beobachtet und zum Reden bringt, indem er sich ihr Vertrauen erschleicht, Skepsis geboten ist. Andererseits erscheint im vorliegenden Fall diese Vorgehensweise der Bekl. durch das Prozeßverhalten des Kl. durchaus gerechtfertigt. Insbesondere die in zweiter Instanz vom Kl. aufgestellte, aller Lebenswahrscheinlichkeit widersprechende Behauptung, er sei aufgrund des – geringfügigen – Unfalls vom März 1990 bis jetzt arbeitsunfähig, und die darauf gestützte drastische Erhöhung der geltend gemachten Schadenersatzforderung rechtfertigten den Verdacht eines betrügerischen Vorgehens des Kl., dessen sich die Bekl. nur mithilfe der von ihnen angewandten Methoden erwehren konnten. Im Übrigen sind die Bekundungen des Zeugen D. glaubhaft (wird ausgeführt).“

Ähnlich kamen auch das LG Bonn (Urteil vom 4.5.2012, 9 O 60/12 – BeckRS 2013, 03013) und als Folgeinstanz das OLG Köln r+s 2013, 217 zur Zulässigkeit von verdeckten Ermittlungsmethoden. Nachdem bei dem Versicherer einer Berufsunfähigkeitsversicherung aufgrund eines Zeitungsberichtes und der Internetpräsenz der Firma des VN der begründete Anfangsverdacht entstand, der VN sei entgegen dessen Angaben nicht mehr berufsunfähig, beauftragte er zunächst einen eigenen Mitarbeiter und später einen externen Ermittler mit der Observation der Geschäftsräume des VN. Dem dagegen klagenden Versicherungsnehmer stand weder ein Anspruch auf Unterlassen der Observierungsmaßnahmen noch auf Herausgabe und Löschung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse zu.

OLG Köln führt in seinem Urteil (a.a.O.) grundsätzlich dazu aus, wann eine Observation des Versicherungsnehmers als zulässig gilt:

„Eine Überprüfung der Auskünfte des Versicherungsnehmers mit verdeckten Ermittlungsmethoden wie der Observierung ist mit dem im Versicherungsverhältnis geltenden Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme grundsätzlich nicht vereinbar. Kein Vertragspartner muß hinnehmen, daß der andere ihn grundlos bespitzelt (Fricke, VersR 2010, 308, 313). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt aber dann, wenn der über bloße Zweifel an der Richtigkeit der Angaben hinausgehende begründete Verdacht für ein vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Versicherungsnehmers besteht (vgl. zur erforderlichen Verdachtslage: BGH, VersR 2007, 285 und VersR 2009, 1063 für den Bereich der Krankentagegeldversicherung). Insbesondere bei Verdacht auf ein arglistiges Vorgehen muß es dem Versi-

cherer möglich sein, durch verdeckte Ermittlungen Erkenntnisse zu gewinnen. Denn bei Arglist besteht für den Fall der offenen Nachfrage beim Versicherungsnehmer die Gefahr, daß dieser Beweismittel unterdrückt oder auf andere Weise sein vertragswidriges Verhalten verschleiert.

Will der Versicherer verdeckte Ermittlungsmethoden wie eine Observation anwenden, müssen konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Versicherungsnehmer vorsätzlich seine Pflichten aus dem Versicherungsvertrag verletzt (vgl. BGH, aaO), wobei Art und Umfang der verdeckten Ermittlungen im Hinblick auf das zu beachtende allgemeine Persönlichkeitsrecht des Versicherungsnehmers am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen sind, also geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen angemessen sein müssen. Die gegenläufigen Belange sind im Rahmen einer umfassenden Abwägung einander gegenüberzustellen (vgl. BVerfG VersR 2006, 1669).“

c) Beschränkungen ergeben sich aus den von der Rechtsprechung anerkannten **Beweisverwertungsverböten**, die zwar nicht gesetzlich geregelt sind, aber aus der Verfassung und insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden (vgl. nur BGH VersR 1995, 841; OLG Karlsruhe VersR 2002, 590; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 241 und Greger in Zöller, ZPO, 29. Auflage, Rn. 15 a ff. zu § 286 ZPO).

Ist ein Ermittlungsergebnis, welches in den Prozeß eingeführt werden soll, rechtlich unzulässig zustande gekommen, führt dies in der Regel zu einem Verwertungsverbot, wenn die Verwertung nicht ausnahmsweise nach der Güterabwägung gerechtfertigt ist (vgl. nur Greger a.a.O. m.w.N.; instruktiv auch Gehrlein, VersR 2011, 1350). In seinem Urteil NJW 1994, 2289 hat der BGH der Verwertung trotz Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausnahmsweise zugestimmt zur Abwehr eines existenzbedrohenden kriminellen Verhaltens. Eine solche Existenzbedrohung wird bei der Inanspruchnahme eines Sachversicherers kaum denkbar sein, so daß im Zweifel mit der Zurückweisung unzulässig erlangter Ermittlungsergebnisse zu rechnen ist. Das Beweisverwertungsverbot darf auch nicht durch Vernehmung von Zeugen umgangen werden, die Kenntnis von den unzulässigen Beweismitteln erhalten haben (OLG Karlsruhe a. a. O.).

Das OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 465 prüft bei dem Einsatz eines Detektivs durch einen Krankentagegeldversicherer ein aus § 242 BGB herzuleitendes Verwertungsverbot,

„denn es kann nicht festgestellt werden, daß der Ermittler den Kläger zum Vertragsbruch verleitet hat. Hiervon könnte in Anlehnung an die in wettbewerbsrecht-

lichen Verfahren entwickelten Grundsätze nur dann ausgegangen werden, wenn der von der Bekl. eingeschaltete Ermittler es in erster Linie darauf abgesehen hätte, diesen zu einem Tätigwerden zu verleiten, weil er hiermit die Grenze der an sich zulässigen und nicht zu beanstandenden Überprüfung überschritten hätte (BGH NJW-RR 1989, 426). Hiervon kann nach Lage der Dinge jedoch nicht ausgegangen werden. Auf der Grundlage des sich darstellenden Sach- und Streitstandes kann weder festgestellt werden, daß der Kl. nur widerstrebend und erst in Folge intensiven Drängens des Ermittlers tätig geworden ist, noch liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß dieser verwerfliche Mittel eingesetzt hat. Vielmehr hat sich der Kl. bereitwillig und ohne daß es besonderer Lockmittel bedurft hätte auf den „Kundenkontakt“ eingelassen, also aus freier Willensentschließung gehandelt. Daß das Ermittlungsergebnis auf einem unmittelbaren Kontakt mit einem Ermittler beruht und nicht auf sonstige Untersuchungen/Observationen der eingeschalteten Ermittlungsfirma zurückzuführen ist, ist deshalb ohne Belang.“

Zu beachten sind die Einschränkungen der Verwertbarkeit von Zeugenaussagen, die auf einem **Mithören** eines Telefongesprächs durch eine Mithöreinrichtung, also insbesondere die bei fast allen neueren Telefonen bestehende Möglichkeit des Lautstellens, beruhen (grundlegend BVerfG NJW 2002, 3619; näher hierzu z.B. Geier/Schäl, Jura 2004, 121). Der BGH hat diese zunächst im Strafprozeß entwickelten Grundsätze für den Zivilprozeß übernommen. Danach gehört zum Recht am gesprochenen Wort auch die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Inhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder gar der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Dabei hängt der Schutz dieses Rechtes am gesprochenen Wort weder davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um besonders persönlichkeitsensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit des Gesprächs an. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozeßpartei zu rechtfertigen. Die Aussagen des „Mithörzeugen“ über ein von ihm belauschtes Telefonat ist daher zivilgerichtlich nicht zu verwerten (BGH NJW 2003, 1727 mit Anm. z.B. von Foerste, JZ 2003, 1109).

Ebenso ist die Verwertung eines **heimlichen Gesprächsmitschnitts** grundsätzlich unzulässig. Letztlich ist aber immer eine **Interessen- und Güterabwägung** zu treffen, wobei für die Frage, ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist, der Schutzzweck der verletzten Norm maßgeblich ist. So kann im Falle einer notwehr- oder nothilfeähnlichen Lage das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen im Einzelfall zurückstehen – aller-

dings dürften diese Fälle bei Aufklärung von Versicherungsbetrug eher selten vorliegen. Wenn allerdings ein ausdrücklicher Hinweis auf die Anwesenheit einer dritten Person, auf Einschalten eines Lautsprechers oder den Mitschnitt des Gesprächs erfolgt, besteht kein Verwertungsverbot. In diesem Fall kann das Schweigen auf diesen Hinweis als Zustimmung zum Mithören gewertet werden (BVerfG NJW 2003, 2375).

Ein Test durch einen **Lügendetektor** (oder vergleichbare Systeme wie z.B. die Stimmenanalyse, vgl. S. 4) dürfte auch im Zivilrecht ein völlig ungeeignetes Beweismittel darstellen, so daß das Gericht schon dem Antrag auf Beweiserhebung in diesem Fall nicht nachkommen müßte (Gehrlein, VersR 2011, 1350 u.H.a. die Rechtsprechung des BGH zu § 244 Abs. 3 StPO).

Es besteht im Grundsatz Unverwertbarkeit von rechtswidrig erlangten **Observationsergebnissen**. Etwas anderes kann im Ausnahmefall des arglistigen bzw. betrügerischen Versicherungsnehmers gelten (BGH r+s 2010, 55 = VersR 2010, 97 = MDR 2010, 149).

1.3. Auslobung

§ 657 BGB [Bindendes Versprechen]

Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

a) Nicht selten halten es die ermittelnden Polizeibeamten und/oder der beauftragte Ermittler für sinnvoll, eine Auslobung auszusprechen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Die Auslobung ist in § 657 BGB gesetzlich geregelt und ist ein schuldrechtliches Versprechen im Wege einer öffentlichen Bekanntmachung der Erklärung. Versprochen wird eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung. Die **Aufdeckung einer strafbaren Handlung** ist gerade der typische Anwendungsfall einer Auslobung.

Zu beachten ist dabei, daß die öffentliche Bekanntmachung i.S.d. § 657 BGB voraussetzt, daß die Erklärung gegenüber einem individuell unbestimmten Personenkreis erfolgt. Bei Bekanntgabe an einen individuell

abgegrenzten Personenkreis bedarf es einer Annahme. In diesen Fällen findet § 657 BGB entsprechende Anwendung.

b) Die vom seinerzeitigen BAV herausgegebenen **Grundsätze bei der privaten Ermittlung (VerBAV 1990, 219)** sehen in Ziff. 1 vor:

- Auslobung in Absprache mit den Ermittlungsbehörden
- endgültige Entscheidung über die Zuerkennung, Verteilung und Auszahlung grundsätzlich erst nach rechtskräftigem Urteil
- besondere Belohnungen, die von Informanten verlangt werden, neben der öffentlichen Auslobung nur in Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden
- keine Belohnungen an die Ermittlungsbehörden zu Weiterleitung
- Höhe der Auslobung ist umsichtig und vorsichtig festzulegen.

c) Der Sachversicherer darf dabei nie versuchen, sich in ähnlicher Weise zu verhalten, wie der Versicherungsnehmer, aus dessen betrügerischem Verhalten er die Leistungsfreiheit herleitet. Selbst in besonders gelagerten Fällen muß es für einen Versicherer selbstverständlich sein, sich korrekt zu verhalten. Von dieser Richtschnur entfernt sich ein Versicherer nicht, wenn er eine Belohnung für Hinweise aussetzt, die zur weiteren Aufklärung führen (BGH VersR 1989, 842).

Es sollte nie auch nur der Verdacht bestehen, daß ein Zeuge „gekauft“ wird, gleichgültig wie dezidiert, überzeugend und wahrheitsgemäß die Aussage ist. Die Auslobung gibt die Möglichkeit, aber auch die Grenzen vor. Das Ausführen von potentiellen Zeugen in teure Nobelrestaurants durch eigene Ermittler oder Detektive ist sicherlich noch zulässig, sollte aber wenn möglich vermieden werden, da dies unnötigerweise Angriffspunkte auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen bietet (Lücke, VersR 1996, 785). Rechtlich ist allerdings selbst eine Geldzahlung außerhalb einer formellen Auslobung legal, wenn es „allein um die Weckung der Aussagebereitschaft geht und nicht um das Erkaufen einer unwahren Aussage“ (Krey a.a.O., S. 82). Gleichwohl sollte von dieser rechtlichen Möglichkeit der private Ermittler keinen Gebrauch machen und der Sachversicherer bei der Auftragsvergabe hierauf achten.

d) Hat der Versicherer gegen den arglistig täuschenden Versicherungsnehmer einen **Schadensersatzanspruch**, können zu dem erstattungsfähigen Schaden auch die Auslobungskosten gehören. Diese müssen sich aber in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe des sonstigen Schadens halten (AG Lemgo Schaden-Praxis 2011, 178 – Begrenzung in der Höhe auf ein Viertel des tatsächlich entstandenen Schadens; vgl. auch Grundsätze zur Fangprämie BGH NJW 1980, 119).

1.4. Erstattungsfähigkeit von Ermittlerkosten

§ 91 Abs. 1 ZPO Grundsatz und Umfang der Kostenpflicht

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Die Kostenersatzung umfaßt auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis; die für die Entschädigung von Zeugen geltenden Vorschriften sind entsprechend anzuwenden.

a) Grundsätzlich gehören vorgerichtliche Ermittlungskosten eines Versicherers zu dessen **Geschäfts- und Verwaltungskosten** und können daher den Prozeßkosten nicht zugerechnet werden. Hat der Versicherer Ermittlungskosten aufgewandt, um sich eine Grundlage für die Regulierungsentscheidung zu schaffen, sollen diese als Prozeßkosten im Sinne von § 91 ZPO selbst dann nicht festsetzbar sein, wenn sich nach den Ermittlungen herausstellt, daß ein vorgetäuschter Schaden vorgelegen hat. Die jüngere Rechtsprechung ist in den Fällen eines Betrugsverdachts (oder gar bei einem entsprechenden Nachweis) allerdings zu Recht großzügiger. Wenn die Ermittlungen notwendig waren, um den Nachweis eines Versicherungsbetrugs zu führen, seien die Kosten notwendig gem. § 91 ZPO.

Das OLG Köln (r+s 1997, 526) hat die Prozeßbezogenheit vorgerichtlicher Ermittlungskosten bei einem unmittelbar sachlichen Zusammenhang bejaht, der dann gegeben sei, wenn bereits ein unbedingter Entschluß zur Prozeßführung vorliege und der Ermittlungsaufwand zur Stärkung der Prozeßsituation aufgewendet wird. Diese Rechtsprechung hat der BGH in seinem Beschluß VersR 2003, 481 bestätigt. Die Pro-

zeßbezogenheit hat er bejaht, wenn ein Rechtsstreit bereits angedroht ist, und somit auch die Position im angedrohten Rechtsstreit stützen sollte. In der Regel erfolgt der Einsatz eines Ermittlers allerdings in einem recht frühen Verfahrensstadium, oft noch während eines laufenden Ermittlungsverfahrens, so daß als Voraussetzung eine Klagedrohung durch den Versicherungsnehmer oftmals noch nicht vorliegt.

Darüber hinausgehend sind die Ermittlungskosten vielmehr schon dann erstattungsfähig, wenn das Gericht die durch die Ermittlungen gewonnenen Erkenntnisse verwertet und diese Erkenntnisse ursächlich für den Verfahrensgang waren (vgl. LG Köln VersR 1998, 1172 u.H.a. auf OLG Stuttgart, VersR 1979, 849 und LG Braunschweig MDR 1979, 320).

b) Die Kosten für den Ermittlereinsatz müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum Streitwert stehen (OLG Köln NZV 1996, 413; OLG Nürnberg VersR 1992, 982; KG Berlin MDR 2003, 1444; nach KG Berlin a.a.O. sind die Aufwendungen regelmäßig durch Vorlage eines Ermittlungsberichts und einer danach aufgegliederten Kostenrechnung glaubhaft zu machen). Die Entschädigungsgrundsätze für Sachverständige können allenfalls als allgemeine Richtlinien zur Bewertung der Frage herangezogen werden, ob die Kosten des Ermittlers oder Privatgutachtens ungewöhnlich hoch sind (OLG Koblenz VersR 1986, 451 zum ZSEG; vgl. ferner OLG Karlsruhe VersR 1997, 641, wonach wegen oft hoher Forderungen die Höhe von Detektivkosten besonders gründlich zu überprüfen sind).

c) Der Auftrag an einen Detektiv muß auf das für den Prozeß Erforderliche beschränkt und so gestaltet sein, daß die Partei die Ausführung überwachen kann und die Entscheidung über Fortdauer und Abbruch der Ermittlungen nicht völlig dem Detektiv überläßt (OLG Koblenz VersR 1992, 982). Schaltet der Versicherer einen Detektiv zur Ermittlung der allgemeinen Lebensumstände des Versicherungsnehmers und seines Umfeldes ein mit dem Ziel, Indizien für eine Vortäuschung des Versicherungsfalls zu erlangen, handelt sich um keine notwendigen Prozeßkosten i. S. v. § 91 Abs. 1 ZPO (OLG Düsseldorf VersR 1997, 382; VersR 2006, 990).

Rechtsprechungsbeispiele:

- *ArbG Hannover, Urteil v. 14.6.2012, 5 Ca 59/11 [juris]:*
Zu Detektivkosten im Arbeitnehmer- Arbeitgeberverhältnis: Besteht ein konkreter Verdacht der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, kann der Arbeitgeber einen Detektiv beauftragen. Bestätigt sich dieser Verdacht, so sind dem Arbeitgeber die notwendigen Kosten für das Tätigwerden des Detektivs zu ersetzen.
- *OLG Köln, Beschluß v. 3.9.2012, 17 W 151/12 [juris]:*
Nach § 91 Abs. 1 ZPO sind bzgl. Kosten eines Ermittlungsbüros wie bei Detektivkosten nur zur Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendige Kosten zu ersetzen. Sie müssen sich – gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und der Bedeutung des Streitgegenstandes – in vernünftigen Grenzen halten und die Ermittlungen dürfen nicht einfacher und kostengünstiger möglich sein. Es fehlt an der notwendigen Prozeßbezogenheit, wenn ein Ermittler „zur Abklärung noch offener Fragen“ den Bekl. aufsucht, da dies zur „ureigenen Tätigkeit der Versicherung“ gehört und in erster Linie für die Einstandspflicht des Versicherers relevant ist.
- *BGH NJW 2011, 2871 = ZfSch 2011, 625:*
Ist die Beauftragung eines Detektivbüros geeignet und zweckmäßig und halten sich die Kosten im Rahmen der Angemessenheit, so sind die Detektivkosten zu ersetzen (hier: Detektivkosten in Höhe von 137 € zur Ermittlung der Personalien eines „Tankprellers“, der für 10,01 € ohne zu bezahlen tankte). Bei Prüfung der Angemessenheit ist nicht auf das Verhältnis der Ermittlungskosten zum Kaufpreis von 10 € abzustellen, „sondern darauf, ob die Aufwendungen sich im Rahmen dessen halten, was ein verständiger Mensch in gleicher Lage aufgewandt hätte.“ Eine mehrstündige Videoauswertung mußte die Geschädigte nicht selbst durchführen, sondern konnte die Identitätsermittlung an ein Detektivbüro abgeben. Auf einen Verzicht der Eintreibung des relativ geringen Betrags konnte die Geschädigte nicht verwiesen werden.
- *OLG Koblenz, Beschluß vom 21.7.2011, 14 W 399/11, BeckRS 2012, 10153 = FD-VersR 2012, 332705:*
Für den Kostenersatzanspruch irrelevant ist der Einwand des Gegners, die Detektei habe falsch ermittelt und schlecht gearbeitet, da dies die zu leistende Entgeltforderung nach Dienstvertrag nicht mindert. Die Kosten für den Detektiveinsatz sind hier jedoch deshalb nicht erstattungsfähig gewesen, weil der geforderte direkte Bezug zum Rechtsstreit fehlte: Die Detektei wurde mehrere Monate vor Erhebung der Klage tätig und Klageandrohung stand seinerzeit nicht im Raum. Allein die Einschaltung eines Rechtsanwaltes durch den VN ändert nichts an der Einordnung der Kosten als solche zur Prüfung der eigenen Einstandspflicht.
- *Hanseatisches OLG Hamburg MDR 2011, 1014:*
Halten sich Detektivkosten zum Nachweis einer Verkehrsunfallmanipulation (gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und der Bedeutung des Streitgegenstandes) in vernünftigen Grenzen und sind sie prozeßbezogen, besteht Erstattungsfähigkeit. Ob die privaten Ermittlungen den Prozeßausgang beeinflussten, ist irrelevant. Entscheidend ist, ob eine „vernünftige Partei“ berech-

tigten Grund hatte, einen Detektiv einzuschalten (Verweis auf Herget in Zöller, ZPO, § 91 Rz. 13 – Detektivkosten). Prozeßbezogenheit liegt in jedem Fall vor, wenn bei Erteilung des Gutachtensauftrags ausreichende Anhaltspunkte für einen versuchten Versicherungsbetrug gegeben waren und das Gutachten letzteren belegt.

- *BAG, Urteil v. 28.10.2010, DB 2011, 305 = BB 2011, 958:*

Überträgt ein Arbeitgeber aufgrund eines konkreten Verdachts der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten einem Detektiv die Überwachung eines Arbeitnehmers und bestätigt sich später dieser Verdacht, sind die notwendigen Detektivkosten grundsätzlich ersatzfähig. Erstattungsansprüche bestehen aber nur für solche Maßnahmen, die ein vernünftig denkender Arbeitgeber unter den Umständen des Einzelfalls sowohl für zweckmäßig als auch für erforderlich hält. Kein Ersatzanspruch besteht daher für eine weitergehende Observierung, wenn bereits nach einem ersten Detektiveinsatz die Pflichtverletzung feststeht, der Arbeitgeber aber weiter observieren läßt.

- *OLG München, Beschluß v. 18.2.2010, JurBüro 2010, 321:*

Zum Betreiben einer Zwangsvollstreckung ist die Einschaltung einer Detektei ausnahmsweise nur dann notwendig, wenn der Gläubiger nicht auf kostengünstigere Weise die notwendigen Informationen beschaffen kann. Diente die Beauftragung lediglich der Informationsbeschaffung, wie über den Arbeitgeber des Schuldners, dessen Vermögen und Außenstände, so muß sich der Gläubiger auf das gesetzliche und kostengünstigere Verfahren der eidesstattlichen Versicherung verweisen lassen.

- *AG München, Urteil v. 24.3.2009, 155 C 29902/08 (ADAJUR Dok.Nr. 86584):*

Detektivkosten, welche dem Betrugsoffer im Rahmen der Aufdeckung des Betrugs entstehen, begründen einen Schadensersatzanspruch, da sie grundsätzlich als erforderliche Ermittlungskosten anzusehen sind. Dabei ist der Geschädigte (Versicherer) berechtigt, die Aufwendungen vorzunehmen, die er für erforderlich hält, er muß sich nicht zugunsten des Betrügers auf eine besonders sparsame Ermittlung beschränken.

- *OLG Brandenburg, Urteil v. 6.10.2008 [juris] sowie JurBüro 2009, 434 (LS):*

Detektivkosten können auch im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden, dies aber nur unter engen Voraussetzungen. Sie sind nur dann erstattungsfähig, wenn sie vom Erstattungsberechtigten selbst im Hinblick auf das konkrete Verfahren ausgelöst worden sind. Dies ist nicht der Fall, wenn die Veranlassung der privaten Ermittlungen auf einen Dritten zurück geht und der Erstattungs-berechtigte die Kosten hierfür seinerseits diesem Dritten erstattet hat.

- *OLG Schleswig VersR 1987, 1226:*

Detektivkosten sind nur dann als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erstattungsfähig, wenn die mit der Beauftragung des Detektivs erstrebte Feststellung aus verständiger Sicht zur Führung des Rechtsstreits erforderlich war und andere, einfache und billige Möglichkeiten zur Beschaffung des Beweismaterials nicht zur Verfügung standen (vgl. auch OLG Schleswig JurBüro 66, 157; 78, 435).

- *OLG Hamburg r+s 1998, 305:*
Vorgerichtliche Ermittlungskosten einer Detektei sind dem Fahrzeugversicherer zu erstatten, wenn das Ermittlungsergebnis Grundlage der Deckungsablehnung und der Klageerwidernung im anschließenden Deckungsprozeß ist (vgl. aus der Rechtsprechung des OLG Hamburg ferner JurBüro 1991, 1105).
- *OLG Oldenburg VersR 1992, 1150:*
Der Versicherer kann von dem VN seine Aufwendungen für die Einschaltung eines Detektivbüros ersetzt verlangen, wenn der VN im Rahmen der Schadenermittlung versucht hat, den Versicherer umfangreich zu betrügen.
- *KG Berlin MDR 2003, 1444 (Ls.):*
Einschaltung einer Detektei ist erstattungsrechtlich erforderlich, wenn aus vernünftiger Sicht der Partei ein konkreter Anlaß oder Verdacht besteht und es auf die Bestätigung der Verdachtsmomente durch nachvollziehbare Einzeltatsachen ankommen kann und diese nur durch eine Detektei sachgerecht ermittelt werden können.
- *OLG Hamm Schaden-Praxis 2007, 267:*
Die Einführung des Ermittlungsberichts in den Rechtsstreit ist für eine Erstattungsfähigkeit der Detektivkosten nicht Voraussetzung. Vielmehr ist maßgeblich, daß es dem Versicherer ohne die gewonnenen Erkenntnisse nicht möglich gewesen wäre, den Verdacht des Einbruchdiebstahls zu erhärten.
- *OLG Hamm VersR 1983, 498:*
Die Einschaltung eines Detektivs kann nur gerechtfertigt sein, wenn bereits ein bestimmter Verdacht besteht, andererseits aber die für ein schlüssiges prozessuales Vorbringen erforderlichen Einzelheiten über Beweismittel noch beschafft werden müssen und dies nicht anders als durch Einschaltung eines Detektivs geschehen kann.
- *LG Hagen JurBüro 1992, 243:*
Vorprozessuale Detektivkosten des Haftpflichtversicherers sind erstattungsfähig, wenn aus der Sicht des Versicherers ein hinreichender Verdacht bestanden hat, es handele sich um einen fingierten Verkehrsunfall.
- *OLG Düsseldorf VersR 2006, 990:*
Detektivkosten sind nur erstattungsfähig, wenn der Versicherer Grund für die Annahme hat, der Versicherungsfall sei nur vorgetäuscht. Kosten für breit angelegte Nachforschungen sind dabei nur unter besonderen Umständen erstattungsfähig. Kosten für die Einholung eines Schlüsselgutachtens gehören in der Kaskoversicherung „heute schon routinemäßig zur Klärung der eigenen Einstandspflicht“, auch wenn „nur diffuse Zweifel aufkommen, die noch nicht den Grad eines faßbaren Vortäuschungsverdachts erreichen“.
- *OLG Köln JurBüro 1994, 227:*
Vorprozessuale Detektivkosten des Kfz-Haftpflichtversicherers sind dann erstattungsfähig, wenn diese in Bezug auf einen bevorstehenden Prozeß zur Erhärtung des Verdachts aufgewandt werden, es handele sich um einen fingierten Verkehrsunfall.

- *OLG Koblenz VersR 2003, 554:*

Grundsätzlich sind Kosten für die Beauftragung eines Detektivs zu erstatten, wenn die Ermittlungen aus der Sicht des Auftraggebers zur Erhärtung eines konkreten Verdachts erforderlich waren, sie prozeßbezogen sind und die daraus resultierenden Kosten nicht unverhältnismäßig hoch sind. Um dies beurteilen zu können, müssen die Ermittlungen des Detektivs nicht zwangsläufig den Prozeßverlauf beeinflussen haben, sie müssen aber in den Rechtsstreit eingeführt worden sein (siehe auch OLG Koblenz VersR 1992, 982).

- *OLG Frankfurt VersR 1978, 1145:*

Führt die hinter der Partei stehende Versicherungsgesellschaft kraft vertraglicher Bindung in Wahrheit den Rechtsstreit, so sind diejenigen ihrer Aufwendungen Kosten des Rechtsstreits, die auch durch die Partei verständlicher Weise entstanden wären; es nicht ersichtlich wie anders als durch die Tätigkeit eines Detektivs der wirkliche Umfang der Tätigkeit des Klägers sich für den Beklagte. hätte klären lassen. Tatsächlich haben die durch die Ermittlungen gewonnenen Erkenntnisse zur Benennung von Zeugen durch den Bekl. und im Ergebnis zur Abweisung des Anspruchs auf Ersatz von Verdienstausschlag geführt.

- *LG Mannheim VersR 1990, 1409:*

Ist sachgerechter Prozeßvortrag nur mit Hilfe von Ermittlungen durch ein Detektivbüro möglich, sind die dadurch entstandenen Kosten als Prozeßvorbereitungskosten festsetzbar.

- *OLG Nürnberg VersR 1992, 982:*

Detektivkosten sind im Kostenfestsetzungsverfahren erstattungsfähig, wenn sie u.a. prozeßbezogen waren, die erstrebten Feststellungen als notwendig angesehen werden konnten und eine einfachere Klarstellung nicht möglich war (vgl. ferner OLG Nürnberg VersR 1973, 830 mit abl. Anmerkung Alstötter).

- *OLG Karlsruhe VersR 1997, 641:*

Detektivkosten, die ein hinter der Partei stehender, am Rechtsstreit selbst nicht beteiligter Versicherer bezahlt hat, können als notwendige Parteikosten erstattungsfähig sein (vgl. ferner LG Karlsruhe VersR 1990, 637).

d) Daneben gibt es **weitere Konstellationen**, in denen ein Kostenerstattungsanspruch gem. § 91 ZPO besteht, z.B. wenn es der Zuziehung eines Detektivs in einem Rechtsstreit bedarf, um die Anschrift eines Zeugen zu ermitteln, der bisher trotz eingeholter Auskünfte bei zwei Melderegistern und einem Gewerberegister unauffindbar war (so OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1158; vgl. auch LG Berlin Rpfleger 1986, 107 und JurBüro 1985, 628 zu einer Weigerung eines Einwohnermeldeamtes dem Gläubiger eine Auskunft über die Anschrift eines Schuldners mitzuteilen).

e) Die Festsetzbarkeit der Ermittlungskosten gemäß § 91 ZPO als **prozessualer Kostenerstattungsanspruch** hat den Vorteil, daß im Prozeß letztlich offen bleiben kann, ob ein Betrugsversuch tatsächlich vorliegt. Zudem liegt auf diesem Wege sehr schnell ein Titel in Form eines Kostenfestsetzungsbeschlusses vor.

Auch bei Verneinung eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs kann gleichwohl ein materieller Anspruch bestehen (OLG Koblenz VRS Bd. 96, 249; vgl. auch OLG Koblenz, Beschluß vom 21.7.2011, 14 W 399/11, BeckRS 2012, 10153). Bei einem **materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch** muß der Versicherer allerdings eine neue Klage anstrengen, wobei er für den Betrugsversuch beweispflichtig wäre (OLG Oldenburg VersR 1992, 1150). Dabei ist zu beachten, daß eine erfolglose Geltendmachung vorprozessualer Detektivkosten im Kostenfestsetzungsverfahren nicht die Verjährung der entsprechenden materiell rechtlichen Ersatzansprüche hemmt (LG Bonn NZV 1995, 403; zum materiellen Anspruch auf Kostenübernahme siehe Seite 341).

2. Einsatz von Sachverständigen

Schrifttum:

Günther, „Der Einsatz von Sachverständigen in ‚Dubiosschäden‘ durch den Sachversicherer“, demnächst in DS 2006, 259; Hölemann, „Brandsimulationsmodelle bei der Brandermittlung“, Kriminalistik 4/2010, 241; Lante/Grehnsin, „Sind Rechtsanwälte ‚penetrant‘?“, DS 2004, 52; Madert (Anmerkung), ZfS 2004, 87; Otto (Anmerkung), VersR 2004, 931; Schoreit, „Einsatz von Polygraphen und Glaubhaftigkeits-Gutachten psychologischer Sachverständiger im Strafprozeß“, StV 2004, 284; Wapenhans, „Was ist ein Sachverständiger? Oder: Wie stellt man gezielt Fragen an den Sachverständigen?“, BauR 2003, 802.

§ 36 GewO Öffentliche Bestellung von Sachverständigen

(1) Personen, die als Sachverständige auf den Gebieten der Wirtschaft einschließlich des Bergwesens, der Hochsee- und Küstenfischerei sowie der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Garten- und Weinbaues tätig sind oder tätig werden wollen, sind auf Antrag durch die von den Landesregierungen bestimmten oder nach Landesrecht zuständigen Stellen für bestimmte Sachgebiete öffentlich zu bestellen, sofern für diese Sachgebiete ein Bedarf an Sachverständigenleistungen besteht, sie hierfür besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung

bestehen. Sie sind darauf zu vereidigen, daß sie ihre Sachverständigenaufgaben unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und ihre Gutachten entsprechend erstatten werden. Die öffentliche Bestellung kann inhaltlich beschränkt, mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von besonders geeigneten Personen, die auf den Gebieten der Wirtschaft

1. bestimmte Tatsachen in Bezug auf Sachen, insbesondere die Beschaffenheit, Menge, Gewicht oder richtige Verpackung von Waren feststellen oder
2. die ordnungsmäßige Vornahme bestimmter Tätigkeiten überprüfen.

(3) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung die zur Durchführung der Absätze 1 und 2 erforderlichen Vorschriften über die Voraussetzungen für die Bestellung sowie über die Befugnisse und Verpflichtungen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit erlassen, insbesondere über

1. die persönlichen Voraussetzungen einschließlich altersmäßiger Anforderungen, den Beginn und das Ende der Bestellung,
2. die in Betracht kommenden Sachgebiete einschließlich der Bestellungs Voraussetzungen,
3. den Umfang der Verpflichtungen des Sachverständigen bei der Ausübung seiner Tätigkeit, insbesondere über die Verpflichtungen
 - a) zur unabhängigen, weisungsfreien, persönlichen, gewissenhaften und unparteiischen Leistungserbringung,
 - b) zum Abschluß einer Berufshaftpflichtversicherung und zum Umfang der Haftung,
 - c) zur Fortbildung und zum Erfahrungsaustausch,
 - d) zur Einhaltung von Mindestanforderungen bei der Erstellung von Gutachten,
 - e) zur Anzeige bei der zuständigen Behörde hinsichtlich aller Niederlassungen, die zur Ausübung der in Absatz 1 genannten Sachverständigentätigkeiten genutzt werden,
 - f) zur Aufzeichnung von Daten über einzelne Geschäftsvorgänge sowie über die Auftraggeber,

und hierbei auch die Stellung des hauptberuflich tätigen Sachverständigen regeln.

(4) Soweit die Landesregierung weder von ihrer Ermächtigung nach Absatz 3 noch nach § 155 Abs. 3 Gebrauch gemacht hat, können Körperschaften des öffentlichen Rechts, die für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen zuständig sind, durch Satzung die in Absatz 3 genannten Vorschriften erlassen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 finden keine Anwendung, soweit sonstige Vorschriften des Bundes über die öffentliche Bestellung oder Vereidigung von Personen bestehen oder soweit Vorschriften der Länder über die öffentliche Bestellung oder Vereidigung von Personen auf den Gebieten der Hochsee- und Küstenfischerei, der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Garten- und Weinbaues sowie der Landesvermessung bestehen oder erlassen werden.

Der Begriff des „Sachverständigen“ ist nicht geschützt. Wettbewerbsrechtlich setzt die Führung der Bezeichnung „Sachverständiger“ voraus, daß die erforderliche Sachkunde in einem bestimmten Fachgebiet vorhanden ist. Die Verkehrskreise erwarten auch von einem **nicht öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen** fundiertes Fach- und Erfahrungswissen. Nur ausnahmsweise können die zu fordernden überdurchschnittlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in diesem Bereich autodidaktisch angeeignet werden. Allein der Hinweis auf eine bisherige langjährige und weitgehend unbeanstandete Gutachtertätigkeit reicht nicht aus (vgl. LG Saarbrücken WRP 2002, 1463).

Erst recht gelten diese Anforderungen für **öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige**. Diese müssen neben anderen Voraussetzungen insbesondere über eine „besondere Sachkunde“ verfügen. Allein ein Studienabschluß beispielsweise genügt nicht; der Sachverständige muß zusätzlich über ausreichende praktische Erfahrungen verfügen (VG Freiburg DS 2006, 288, bestätigt durch VGH Mannheim, Beschl. v. 22.6.2006, GewArch 2007, 160).

Aufgrund der großen Erfahrung des Sachversicherers mit dem Einsatz von Sachverständigen stellt dieser Umstand jedoch keine Schwierigkeiten dar, da die auf dem Markt tätigen Sachverständigen üblicherweise bekannt sind. Selbst wenn im Einzelfall kein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger beauftragt wird, werden doch in fast allen Fällen Sachverständige beauftragt, die eine hohe Kompetenz und Erfahrung im jeweiligen Untersuchungsgebiet besitzen.