DER BÜRGE EINST UND JETZT

FESTSCHRIFT FÜR ALFONS BÜRGE

ULRIKE BABUSIAUX · PETER NOBEL
JOHANNES PLATSCHEK (HRSG.)

DER BÜRGE EINST UND JETZT

FESTSCHRIFT FÜR ALFONS BÜRGE

ULRIKE BABUSIAUX • PETER NOBEL
JOHANNES PLATSCHEK (HRSG.)

Zeichnungen: Johannes Platschek
Satz: Elena Koch

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.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7510-7

www.schulthess.com

Der Bürge einst und jetzt

Alfons Bürge ist ein Mensch mit einem ausgeprägten Sinn für Humor und einer ausgeprägten Abneigung gegen Festschriften. Am 12. Oktober 2017 vollendet er sein siebenzigstes Lebensjahr. Es liegt nahe, dass Nachfolger, Schüler und Freunde diesen Geburtstag zum Anlass nehmen, ihm eine Festschrift zu widmen. Sie versammelt Beiträge, die sich einerseits mit dem Sicherungsgeber der Personalsicherheit „Bürgerschaft“ befassen, andererseits Themen gewidmet sind, die dem Bürge in seiner Forschung und Lehre am Herzen liegen. Zu letzteren zählen namentlich Text- und Kontextualisierungsfragen, das römische Prozess- und Privatrecht, das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, Urkunden und Zeugnisse der antiken Rechtsgeschichte sowie moderner Urkundenbeweis, österreichisches, deutsches und schweizerisches Privatrecht und die Rechtsvergleichung.

Als Beitragende zu dieser Festschrift haben sich Schüler, Freunde und Weggefährten zusammengefunden, die dem Bürge an den verschiedenen Stationen seiner akademischen Laufbahn begegnet sind, und mit denen er seither freundschaftlich verbunden ist. Dabei bildet die hier versammelte Themenwahl nicht nur die vielfältigen Interessen des Geehrten ab, sondern zeigt auch, dass sein akademisches Wirken in verschiedenen europäischen Ländern stattgefunden und seine Früchte bis nach Asien getragen hat.

Nach dem 1972 in Zürich abgelegten Doktorat in Klassischer Philologie, wandte sich der Bürge dem Studium der Rechtswissenschaft ebendort zu und erwarb 1979 auch den rechtswissenschaftlichen Dokortitel. Nach Assistenzzeit in Salzburg und Erwerb des zürcherischen Anwaltspatents führte ihn ein Stipendium des Schweizerischen Nationalfonds nach Paris. Die dort durchgeführten Studien waren Grundlage für die Habilitation, die 1987 in Salzburg erfolgte. 1988 wurde er Akademischer Oberrat am Leopold-Wenger-Institut in München. Von 1993–1999 wirkte er als Professor für Römisches Recht und Zivilrecht an der Universität des Saarlandes, bevor er 1999 an das Leopold-Wenger-Institut zurückkehrte, dessen Abteilung für Antike Rechtsgeschichte und Papyrusforschung er bis zu seiner Emeritierung im Jahre 2011 leitete. 2004 wurde er zum ordentlichen Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften gewählt, 2011 verlieh ihm die Universität Wien die Ehrendoktorwürde, seit 2014 ist er Vorsitzender der Internationalen Thesaurus-Kommission. Die hiermit vorgelegte Festschrift zum 70. Geburtstag erinnert durch Personen und Inhalte an viele dieser Stationen und soll den leidenschaftlichen Forscher, den zuverlässigen wissenschaftlichen Diskussionspartner und fürsorglichen akademischen Lehrer ehren. Gleichzeitig wünschen wir dem Bürge und seiner Frau Laura noch viele glückliche gemeinsame Jahre!

Ad multos annos!

Bei der Vorbereitung der Drucklegung haben uns die Mitarbeiter des Lehrstuhls für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich tatkräftig unterstützt. Wir danken namentlich BLaw Dominique Jacques Brugger, Dr. Alessia Dedual, MLaw Klemens Jansen, MLaw Elena Koch, stud. law Elisa Stauffer, BLaw Vera Strotz sowie Frau Yvonne Kastner für Korrekturarbeiten, Kontrolle der Formalia und die Erstellung des Quellenverzeichnisses. Der Satz des vorliegenden Bandes wurde von Frau MLaw Elena Koch in umsichtiger Weise vorbereitet. Allen Genannten sei für ihren Einsatz sehr herzlich gedankt.

Die Herausgeber

Ulrike Babusiaux

Peter Nobel

Johannes Platschek

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Bürgschaft

Zur Entwicklung der Bürgschaft im jüdischen Recht	3
MATTHIAS ARMGARDT (Konstanz)	
Bürge und Sicherheitsleistung	21
SUSANNE LEPSIUS (München)	
Geiseln als Bürgen unter Justinian	49
DETLEF LIEBS (Freiburg i.Br.)	
Bürge oder Garantiegeber? – Eine schwierige Abgrenzung	61
PETER NOBEL (Zürich)	
Der Selbst-Bürge in der keilschriftlichen Überlieferung	89
GUIDO PFEIFER (Frankfurt a.M.)	
Fideiussores in frühmittelalterlichen Rechtstexten	101
HARALD SIEMS (München)	

Teil II: Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung

Calliditas feminarum versus infirmitas sexus	137
VERENA TIZIANA HALBWACHS (Wien)	
Sachidentität und tignum iunctum bei Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8	151
ALESSANDRO HIRATA (São Paulo)	

Wenn sich zwei streiten – freut sich der Dritte?	161
PHILIPP SCHEIBELREITER (Wien/Linz)	
„Utrum per talem ratihabitionem cesset Macedo?“	187
BENEDIKT STROBEL (München)	
Ulp. 1 opin. D. 2.14.52.1 – eine Variante der Antichrese	203
SHIGEO NISHIMURA (Fukuoka)	

Teil III: Recht und Ökonomie

De nihilo crevit – Freigelassenenmentalität und Pekuliarrecht	225
RICHARD GAMAUF (Wien)	
Altruismus und Rationalität: Zur „Ökonomie“ der negotiorum gestio	255
FRANZ-STEFAN MEISSEL (Wien)	
Einmal ist keinmal – Zur Höhe der Nutzungsentschädigung im Sinne des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB	289
TOM WALTER (München)	

Teil IV: Text, Sprache und Recht

Sprechen und Tun. Zu Augustins Geist- und Buchstabenhermeneutik	313
THERESE FUHRER (München)	
Die Inskriptionen der Exzerpte aus Gaius, ad edictum provinciale in D. 11.7 (De religiosis et sumptibus funerum)	321
WOLFGANG KAISER (Freiburg i.Br.)	
Die duplex condemnatio der actio redhibitoria	345
JOHANNES PLATSCHEK (München)	

**Die Lex Licinia de sodaliciis im Lichte von Ciceros Rede Pro Plancio:
eine Studie zum Phantom der römischen Wahlvereine**.....361

WILFRIED STROH (München)

La nature de la iusta conventio, Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2.....419

SANDRINE VALLAR (München)

Teil V: Urkunden und dokumentarische Praxis

**Spuren des römischen Rechts im Archiv der Babatha: Anmerkungen zu
P. Yadin 21–22**.....437

TIZIANA J. CHIUSI (Saarbrücken)

**Cui bono? Die Funktion der in Mainz gefundenen Schüssel mit der
Nennung des pr(a)etorium Publici Marcelli**.....455

RUDOLF HAENSCH (München)

Geldgeschäfte von Freigelassenen: Variationen zu TPSulp. 82.....467

ÉVA JAKAB (Szeged)

Apunte sobre el municipio de Troesmis: Cives Romani Latinive cives?.....483

ROSA MENTXAKA (Donostia-San Sebastián)

Eine Garantie zum Bargeschäft in Ägypten.....517

TYCHO Q. MRSICH (München)

Der Untergang des Römischen Reiches und die Romanisten.....523

J. MICHAEL RAINER (Salzburg)

Más allá de la *πρῶξις*: los usos olvidados de la fórmula *καθόπερ ἐκ δίκης*.....537

JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN (Madrid/Rom)

§ 810 BGB und § 242 BGB im steuerberaterlichen Bereich.....569

VERONIKA WANKERL (München)

Teil VI: Französisches Privatrecht

Zur Rechtsgeschäftslehre in Frankreich – historische Kontinuitäten im reformierten französischen Vertragsrecht 589

ULRIKE BABUSIAUX (Zürich)

Marginale Beobachtungen zur Rolle des Code civil im Glück'schen Pandektenkommentar 617

HANS-DIETER SPENGLER (Erlangen)

La définition du contrat dans le Code civil français réformé – Retour sur la distinction entre le contrat et la convention 639

CLAUDE WITZ (Saarbrücken)

La loi vivante (lex animata) – L'empereur romain et le Roi de France comme juges 653

LAURENS WINKEL (Rotterdam)

Teil VII: Rechtsvergleichung

Die Rückwärtsversicherung in der Krankenversicherung 667

HEINRICH HONSELL (Salzburg/Zürich)

Neue Entwicklungen im Recht des Vertragsschlusses 673

FILIPPO RANIERI (Saarbrücken)

Einst und Jetzt der Lehre von der positiven Vertragsverletzung in der koreanischen Zivilrechtswissenschaft aus historischer und rechtsvergleichender Sicht 697

SEUNGHYEON SEONG (Chonnam)

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Alfons Bürge.....737

Quellenverzeichnis.....745

Autorenverzeichnis.....775

Die Rückwärtsversicherung in der Krankenversicherung

HEINRICH HONSELL

Alfons Bürge und ich haben sozusagen die Plätze getauscht: Er, der Schweizer, in München, ich der Deutsch-Österreicher in Zürich. Dazwischen haben wir auch einige Zeit in Salzburg zusammengearbeitet, eine fruchtbare Schaffensperiode, an die ich mich gerne erinnere. Ich hoffe, dass der kleine Beitrag zu einem nicht uninteressanten Problem des schweizerischen Versicherungsrechts das Interesse des Jubilars findet.

Das schweizerische Versicherungsvertragsgesetz (VVG) ist eine, freilich etwas vernachlässigte, klassische Materie des Obligationenrechts. Dies zeigt auch das im Folgenden zu erörternde Problem der Krankenversicherung: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹ wendet auf Krankenzusatzversicherungen, auf welche nicht das KVG, sondern das VVG anwendbar ist, das Verbot der Rückwärtsversicherungen nach Art. 9 VVG (CH) an, wenn der Versicherungsnehmer eine Krankheit schon früher einmal hatte und diese nach Versicherungsbeginn erneut auftritt.

Nach Art. 9 VVG (CH) ist der Versicherungsvertrag nichtig, wenn das „befürchtete Ereignis“ schon vor Vertragsschluss eingetreten ist. Das ist selbstverständlich und bedeutet, dass bereits eingetretene Ereignisse bzw. verwirklichte Gefahren grundsätzlich nicht mehr versichert werden können (sog. Rückwärtsversicherungsverbot). Die Vorschrift will den Missbrauch von Versicherungen verhindern,² z.B. wenn jemand versucht, ein bereits abgebranntes Haus nachträglich und rückwirkend gegen Feuer zu versichern.

Obwohl es auf den ersten Blick evident ist, dass man ein bereits eingetretenes Risiko nicht mehr versichern kann, ist das Verbot der Rückwärtsversicherung überraschender Weise nicht zwingend. So lässt § 2 des VVG (D) eine Ausnahme zu, solange die Parteien nicht wissen, ob bereits ein Versicherungsfall eingetreten ist. Dann ist der Versicherungsfall zwar kein zukünftiges ungewisses Ereignis mehr wie bei der Bedingung, aber immerhin ist den Parteien der Ausgang noch nicht bekannt. Die Versicherung nimmt dann den Charakter einer Wette an, wie bei der *condicio in praesens vel in praeteritum collata* des Römischen Rechts.³ Weiß der Versicherungsnehmer, dass der

¹ BGE 127 III 21.

² BGE 118 V 158, 169, Abschluss einer Invalidenversicherung durch eine bereits invalide Person; BSK VVG-NEF Art. 9 N 1.

³ S. HONSELL, 28, z.B. die Wette *si rex Parthorum vivit* – wenn der König der Parther lebt, vgl. Pap. 1 def. D. 12.1.37. Art. 151 ff. OR kennen diese Figur nicht mehr.

Versicherungsfall bereits eingetreten ist, so ist der Versicherer von seiner Leistungspflicht frei (§ 2 Abs. 2 S. 2 VVG [D]). Weiß umgekehrt der Versicherer, dass die Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles schon ausgeschlossen ist, so hat er keinen Anspruch auf die Prämie (§ 2 Abs. 2 S. 1 VVG [D]).

In Deutschland wendet man allerdings die Rückwärtsversicherung auf die Krankenversicherung nicht an. Vielmehr stellen die AGB der Krankenversicherung sachgerecht darauf ab, dass „nach Abschluss des Versicherungsvertrages eingetretene Versicherungsfälle nur für den Teil von der Leistungspflicht ausgeschlossen [sind], der in die Zeit vor Versicherungsbeginn oder in Wartezeiten fällt“.⁴

Wendet man Art. 9 VVG (CH) auf die Krankenversicherung an, so stellt sich die Frage, ob z.B. bei einer in Schüben und mit langen Pausen verlaufenden Polyarthrit⁵ die Grunderkrankung das versicherte Risiko ist oder der die Behandlung auslösende einzelne Schub. Fragen kann man z.B. auch, wie sich eine spätere Arthrose zur ursprünglichen Knochenverletzung verhält. Hatte der Versicherte vor Vertragsschluss eine Krankheit, bei der nach medizinischer Erfahrung mit Rückfällen zu rechnen ist, so ist nach der Judikatur das Ereignis bereits eingetreten, so dass Rückfälle nicht versichert sind. Wurde bei einem Patienten eine Dilatation der Herzkranzgefäße durchgeführt, so wäre ein später notwendig werdender Bypass oder die Behandlung eines Herzinfarkts nicht versichert. Anders wäre es vielleicht, wenn bloß der Befund einer Arteriosklerose vorlag, oder überhaupt nur der Risikofaktor erhöhter Blutfette, aber noch kein Eingriff erfolgt ist. Bei einem Diabetiker könnte man alle späteren Folgekrankheiten unter die Rückwärtsversicherung subsumieren, vom Schlaganfall über die Beinamputation bis zur Erblindung. Hat jemand als Kind Windpocken gehabt (Herpes Zoster Varicella) so entfällt die Leistungspflicht, wenn er im Alter von einer Gürtelrose befallen wird.

Das Problem besteht darin, dass trotz korrekter Angabe dieser Erkrankungen durch den Versicherungsnehmer kein Versicherungsschutz besteht, weil die schweizerische Rechtsprechung eine nichtige Rückwärtsversicherung auch annimmt,⁶ wenn der Versicherungsnehmer die ursprüngliche Erkrankung angegeben hat und der Versicherer den Versicherungsvertrag in Kenntnis derselben abgeschlossen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hindert ihn das nicht, sich später auf die Vertragsnichtigkeit nach Art. 9 VVG (CH) zu berufen. Krankheit – so das Bundesgericht – sei „jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“ (Ziff. 2.4 AVB); die Umschreibung entspreche der

⁴ Musterbedingungen für die Krankenkosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (MBKK 1994) § 2 Abs 1 S. 3.

⁵ So im Fall von BGE 127 III 21.

⁶ BGE 127 III 21.

Krankheitsdefinition nach Art. 2 Abs. 1 KVG.⁷ Sei eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so sei die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG (CH) ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauere.⁸

Das Urteil ist schon deswegen verfehlt, weil ein Laie, der lange symptomfrei war, kaum beurteilen kann, ob eine Erkrankung wieder auftritt oder nicht. Das Urteil ist aber auch aus einem anderen Grunde abzulehnen: Der Versicherungsnehmer kann nichts anderes tun, als wahrheitsgetreu anzugeben, welche Krankheiten er hatte. Es ist inakzeptabel, wenn der Versicherer, der ein Risiko trotz entsprechender Angaben des Versicherungsnehmers nicht ausschliesst, sich nachher auf Art. 9 VVG (CH) beruft, obwohl er die Vorerkrankung kannte. Der Versicherer hat die Möglichkeit, die Krankheit vom Versicherungsschutz auszuschliessen oder gegen eine Zusatzprämie zu versichern. Tut er das nicht, obwohl der Versicherungsnehmer die Krankheit angezeigt hat, so kann er nicht nachträglich die Leistung unter Berufung auf das Verbot der Rückwärtsversicherung nach Art. 9 VVG (CH) verweigern. Die Judikatur, die dies zulässt, errichtet quasi eine Falle für den Versicherungsnehmer.

Art. 9 VVG (CH) ist nicht anwendbar, denn es handelt sich nicht um eine Rückwärtsversicherung. Eine solche läge nur vor, wenn der Versicherungsnehmer Kostenerstattung für eine Zeit vor Beginn der Versicherungsdeckung geltend machen würde.

Allerdings gibt es Anzeichen dafür, dass das Bundesgericht von seiner Rechtsprechung abrückt. Zwar hat es sich nicht von der Anwendung des Rückwärtsversicherungsverbots distanziert; es hat aber dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz auf einem Umweg gewährt, nämlich nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung (*culpa in contrahendo*).⁹ Das geht so: Der Versicherer müsse den Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss auf das Rückwärtsversicherungsverbot hinweisen. Habe er das unterlassen, so hafte er wegen Verletzung der Aufklärungspflicht für den aus dem Ausfall des Versicherungsschutzes entstandenen Schaden. Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig, aber in der Begründung nicht zu halten. Praktisch wird damit zwar die alte Rechtsprechung aufgegeben. Mit dem Umweg über die *culpa in contrahendo* wollte man sich vielleicht das Eingeständnis einer Praxisänderung ersparen. Der Weg über die *culpa in contrahendo* krankt aber an einem unheilbaren logischen Mangel, denn eine Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht über das Rückwärtsversicherungsverbot kann nur dazu führen, dass der Versicherungsnehmer so zu stellen ist, wie wenn er richtig aufgeklärt worden wäre. Wäre er aber aufgeklärt worden, so bestünde keine Deckung wegen des Verbots der Rückwärtsversicherung und keine Haftung wegen

⁷ SR 832.10.

⁸ BGE 127 III 21, 24; unter Verweis auf BGE 118 V 158, 169 E. 5c.

⁹ BGer 5C.45/2004 vom 09.07.2004 – Verletzung des rechten oberen Sprunggelenks mit späterer Arthrose.

Verletzung der Aufklärungspflicht, nur: er wüsste dies. Die Aufklärung hätte nicht dazu geführt, dass der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz erhalten hätte, sondern dass er gewusst hätte, dass er keinen Schutz genießt. Ihre Unterlassung ist nicht kausal für das Rückwärtsversicherungsverbot.¹⁰ Der Versicherungsnehmer muss so gestellt werden, wie wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, nicht aber so, als ob keine Vorerkrankung vorläge. Das heißt, er erhält seine Prämie zurück, aber nicht die Krankenkosten erstattet. Die Kausalitätsfrage ist hier nicht so einfach wie bei der unterlassenen Aufklärung über Risiken (z.B. von medizinischen Eingriffen oder von Wertpapieren), wo man unter Berufung auf die Lebenserfahrung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Schaden des Patienten oder des Anlegers zu ersetzen ist,¹¹ weil er richtig aufgeklärt, den Eingriff verweigert oder die Papiere nicht erworben hätte, weshalb er keinen Schaden erlitten hätte. In Deutschland spricht man geradezu von einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.¹² In unserem Fall führt eine solche Vermutung nicht zu dem gewünschten Ergebnis, dass der Versicherer unter dem anderen Titel des Schadenersatzes zahlen muss.

Die Judikatur stellt eine Art Fehlerkompensation¹³ dar. Der erste Fehler (Anwendung des Art. 9 VVG [CH]) wird durch einen zweiten (irrigte Annahme mit *culpa in contrahendo* ließe sich der Schaden erfassen, der aus der fehlende Deckung resultiert) wieder wettgemacht.

Der richtige Ansatz zur Lösung der Fälle ist die Anzeigepflicht, die es dem Versicherer ermöglicht, bestimmte Erkrankungen von der Deckung auszuschliessen. Während die Anwendung des Rückwärtsversicherungsverbot in ihrer Auswirkung ausgesprochen rigide ist, ist das Gesetz bei Verletzung der Anzeigepflicht auffällig milde. Nach Art 4 Abs. 1 VVG (CH) hat der Versicherungsnehmer keine selbständige Deklarationspflicht. Von sich aus muss er nicht auf Krankheiten hinweisen. Relevant sind nur solche Krankheiten, nach denen der Versicherer ausdrücklich („bestimmt und unzweideutig“) gefragt hat.¹⁴ Demgegenüber muss der Versicherungsnehmer nach § 16 VVG (D) auf alle ihm bekannten, risikorelevanten Umstände von sich aus hinweisen.

Es hat den Anschein, als ob man die Milde, die bei Art. 4 VVG (CH) waltet, durch die Heranziehung von Art. 9 VVG (CH) wieder beseitigen wollte. Das ist aber abzulehnen.

¹⁰ Das sieht richtig BGer 8C_324/2007 vom 12.02.2008.

¹¹ Das ist die widerlegbare Vermutung, dass der Käufer bei gehöriger Aufklärung den Vertrag nicht geschlossen und daher keinen Schaden erlitten hätte; s. BGE 119 II 456, 462, E. 4; 120 II 331 E. 6; s. auch BSK OR I-WIEGAND Art. 97 N 36 mNw.; zum deutschen Recht BGH NJW 2009, 2298 = ZIP 2009, 1264; BGH WM 2001, 1118; der Anleger braucht also die Kausalität der Pflichtverletzung nicht zu beweisen, solange er die Vermutung auf seiner Seite hat.

¹² S. CANARIS, in: FS Hadding, 3 ff.; zum öst. Recht KOZIOL, in: FS Picker, 523 ff.

¹³ Im juristischen Kontext wurde der Ausdruck zuerst von HECK, AcP 1925, 1 ff. verwendet.

¹⁴ BSK VVG-NEF Art. 4 N 23, 49, 58; BGE 116 V 218, 227.

Man kann dem Versicherungsnehmer nicht das, was man ihm mit der einen Hand gibt mit der anderen wieder wegnehmen. Störend ist das insbesondere, wenn der Versicherungsnehmer gefragt oder ungefragt auf die Vorerkrankung hingewiesen hat. Die richtige Lösung liegt nicht in der Anwendung von Art. 9 VVG (CH), denn es handelt sich gar nicht um eine Rückwärtsversicherung. Eine solche läge nur vor, wenn der Versicherungsnehmer Kostenerstattung für eine Zeit vor Beginn der Versicherungsdeckung geltend machen würde. Verlangt er hingegen Kostenerstattung für ein Ereignis nach Beginn der Versicherungszeit bzw. nach Ablauf einer allfälligen Wartefrist, so geht es nur um die Frage, ob er seiner Anzeigepflicht bezüglich früherer Krankheiten (usw.) nachgekommen ist. Bei dieser klaren Unterscheidung sind zweifelhafte Abgrenzungen zwischen fortdauernder Grunderkrankung oder blosser Disposition entbehrlich.

Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht in einem nächsten Schritt, die verfehltete Hilfskonstruktion über die *culpa in contrahendo* und die Anwendung des Art. 9 VVG (CH) wieder aufgibt und anerkennt, dass es bei Vorerkrankungen nicht um eine Rückwärtsversicherung geht, sondern um die Anzeigepflicht. *De lege ferenda* wäre es zu begrüssen, wenn die Anzeigepflicht auf alle erheblichen Vorerkrankungen erstreckt würde. Die Beschränkung auf Krankheiten, nach denen der Versicherer ausdrücklich gefragt hat, ist nicht überzeugend. Diese Restriktion ist – auch wenn sie die Position des Versicherten stärkt – nicht sachgerecht. Man findet sie auch in Ländern mit einem vergleichbaren VVG wie Deutschland oder in Österreich nicht. Entfällt sie, so benötigt man den quasi zur Kompensation herangezogenen Art. 9 VVG (CH) nicht mehr.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR)
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Versicherungsvertragsgesetz und Nachführungsband, Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Grolimund Pascal, Basel 2012 (zit. BSK VVG)
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen, in: FS Hadding, Berlin 2004, 3 ff.
- HECK PHILIPP, Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Bereicherungsansprüche, AcP 1925, 1 ff.
- HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 8. A., Berlin/Heidelberg 2015
- KOZIOL HELMUT, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger. Eine angeregte österreichische Diskussion als Anregung für das deutsche Recht?, in: FS Picker, Tübingen 2010, 523 ff.