
Datum: 12.09.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 46/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0912.20U46.03.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 2 O 444/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27. Januar 2003 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufungsinstanz, an das Landgericht zurückverwiesen.

Gründe:

- I. 2
- Der Kläger nimmt die Beklagte aus einer Krankentagegeldversicherung auf Zahlung in Anspruch und begehrt überdies die Feststellung, daß der Versicherungsvertrag (Vers.Nr. 04/18566605/31/32) nicht durch die von der Beklagten erklärte fristlose Kündigung vom 02.07.2002 beendet worden ist. 3
- Der Kläger ist Inhaber der Grill- und Pizzastube "M1" in M. 4
- Er schloß mit der Beklagten einen Vertrag über eine Krankentagegeldversicherung zu den Bedingungen MB/KT 94 ab; Versicherungsbeginn war der 01.03.1998. 5
- Die Prämienhöhe betrug unstreitig zuletzt 155,85 € monatlich. 6

Krankentagegeld war in gestaffelter Höhe vereinbart; für den streitigen Zeitraum betrug das Krankentagegeld pro Tag 153,39 € (= 300,00 DM).	7
Der Kläger machte mit der Behauptung, wegen einer Daumenquetschung und einer Schulterprellung arbeitsunfähig zu sein, Krankentagegeld für die Zeit ab dem 05.06.2002 geltend.	8
Die Beklagte rechnete bis zum 04.07.2002 ab und verweigerte für die Folgezeit weitergehende Zahlungen.	9
Mit Schreiben vom 02.07.2002 erklärte die Beklagte die fristlose Kündigung der Krankentagegeldversicherung mit der Begründung, ihr Mitarbeiter habe bei einer Kontrolle vor Ort am 19.06.2002 festgestellt, daß der Kläger seiner beruflichen Tätigkeit nachgegangen sei.	10
Streitgegenstand ist nunmehr Krankentagegeld für den Zeitraum 05.07.2002 bis 26.07.2002 in (unstreitiger) Höhe von insgesamt 3.374,58 €.	11
Der Kläger hat unter Vorlage von Arbeitsunfähigkeits-Bescheinigungen des Prof. Dr. y behauptet, wegen einer offenen Daumenquetschung und einer Schulterprellung über den 04.07.2002 hinaus bis zum 26.07.2002 arbeitsunfähig gewesen zu sein.	12
Die Kündigung des Versicherungsvertrages sei unberechtigt, denn es treffe nicht zu, daß er am 19.06.2002 in seiner Pizzeria gearbeitet habe. Zum (Gegen-) Beweis hat er seine Mitarbeiter als Zeugen benannt.	13
Der Kläger hat beantragt,	14
1. die Beklagte zur Zahlung von 3.374,58 € nebst Zinsen zu verurteilen,	15
2. festzustellen, daß der versicherungsvertrag nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 02.07.2002 aufgelöst worden ist.	16
Die Beklagte hat beantragt,	17
die Klage abzuweisen.	18
Sie hat bestritten, daß der Kläger arbeitsunfähig gewesen sei.	19
Auch habe er tatsächlich gearbeitet, wie der Zeuge C bestätigen werde.	20
Das Landgericht hat den Zeugen C vernommen und durch das am 27.01.2003 verkündete Urteil, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen.	21
Mit seiner Berufung gegen dieses Urteil macht der Kläger geltend,	22
seine Beweisantritte seien übergangen worden. Das Landgericht habe seine Entscheidung fehlerhaft ausschließlich auf den Zeugen C gestützt.	23
Der Rechtsstreit sei wegen der unterbliebenen Ladung der von ihm benannten Zeugen nicht entscheidungsreif gewesen. Deshalb sei der in der mündlichen Verhandlung gestellte Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. y zur Arbeitsunfähigkeit nicht verspätet.	24
	25

Im übrigen rügt der Kläger einen Verstoß gegen § 139 ZPO, da ihm das Landgericht nicht vor der mündlichen Verhandlung den rechtlichen Hinweis erteilt habe, daß es die eingereichten Arbeitsunfähigkeits-Bescheinigungen nicht als ausreichend ansehe.	
Der Kläger beruft sich auf ein Sachverständigengutachten zum Beweis dafür, daß er im gesamten streitgegenständlichen Zeitraum arbeitsunfähig gewesen sei.	26
Der Kläger beantragt,	27
gemäß § 538 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO das landgerichtliche Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen,	28
hilfsweise,	29
1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.374,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	30
2. festzustellen, daß der Versicherungsvertrag mit der Versicherungsnummer ##### und den Unternummern ## und ## nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 02.07.2002 aufgelöst worden ist.	31
Die Beklagte beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen.	33
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil mit näheren Ausführungen zur Sach- und Rechtslage.	34
Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und deren Anlagen Bezug genommen.	35
II.	36
Die Berufung ist zulässig und begründet.	37
Sie führt auf Antrag des Klägers zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Landgericht zur erneuten Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung (§ 538 Abs. II Nr. 1 ZPO).	38
1. Das Urteil verstößt gegen Verfahrensgrundsätze und beruht auf diesem Mangel.	39
Verfahrensfehlerhaft hat das Landgericht den Kläger mit seinem Antrag auf Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. y zum Beweis seiner verletzungsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen und ihn sodann im Urteil für beweisfällig erklärt.	40
a) Verfahrensfehlerhaft war es, daß das Landgericht dem Kläger keine Gelegenheit eingeräumt hat, auf den ihm in der mündlichen Verhandlung erteilten gerichtlichen Hinweis zur Beweislast nach den Grundsätzen der Entscheidung des BGH vom 03.05.2000 (IV ZR 110/99 - VersR 2000, 841) zu reagieren.	41
Einer Partei ist stets die Gelegenheit einzuräumen, auf einen erteilten richterlichen Hinweis auch zu reagieren (Zöller/Greger, ZPO, § 139, Rn. 14).	42
	43

Die Reaktion des Klägers auf den ihm erteilten Hinweis war, den Zeugen Prof. Dr. y benennen. Mit der Zurückweisung dieses Antrags als verspätet hat das Landgericht das Recht des Klägers, auf den gerichtlichen Hinweis zu reagieren, verletzt und damit den eigenen Hinweis <i>ad absurdum</i> geführt.	
Der Umstand, daß die Beklagte bereits zuvor schriftsätzlich auf die Beweislast und die Entscheidung des BGH vom 03.05.2000 hingewiesen hatte, begründet die Zurückweisung des Beweisantrags als verspätet nicht. So hat auch das Landgericht seine Zurückweisung nicht darauf gestützt, daß der Hinweis zuvor bereits von der Beklagten erteilt worden und deshalb als richterlicher Hinweis entbehrlich gewesen sei. Der Kläger hatte auf den Hinweis der Beklagten nicht reagiert, so daß das Landgericht es zutreffend für erforderlich gehalten hat, dem Kläger einen richterlichen Hinweis auf seine Beweislast zu erteilen sowie darauf, daß die Einreichung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen - entgegen einer früher in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung - nicht ausreichte. Daß das Landgericht seine Hinweispflicht erkannt hat, ergibt sich daraus, daß der Hinweis erteilt und protokolliert wurde.	44
Ein gerichtlicher Hinweis ohne die einer Partei eingeräumte Möglichkeit, auf den Hinweis zu reagieren und daraus Konsequenzen zu ziehen, steht einer Verletzung der Hinweispflicht gleich.	45
b) Verfahrensfehlerhaft hat das Landgericht nicht darauf hingewiesen, daß es den Beweisantritt - Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. y - für verspätet hielt. Rechtliches Gehör in Form eines Hinweises auf die vom Gericht in Betracht gezogenen Präklusion ist stets geboten (Zöller/Greger, ZPO, § 296, Rn. 32).	46
Die Hinweispflicht des Gerichts ist nicht etwa dadurch entbehrlich geworden, daß die Beklagte die Verspätung des Beweisantrags gerügt hat.	47
Der erforderliche Hinweis hat sich auf die Frage des Verschuldens sowie auf den Aspekt der Verfahrensverzögerung zu erstrecken (Zöller/Greger, ZPO, aaO.). Diese Gesichtspunkte sind ausweislich des Protokolls vom 29.01.2003 nicht erörtert worden. Auch das Urteil enthält keine Feststellungen zu der gebotenen Erörterung des Verschuldens und der Verfahrensverzögerung.	48
Da ein Hinweis nicht erfolgt ist, hatte der Kläger auch keine Veranlassung, eine Entschuldigung vorzutragen. Der Mangel an Entschuldigung wird erst im Urteil gerügt, ohne daß dem Kläger zu dieser Frage zuvor rechtliches Gehör eingeräumt worden ist.	49
Der Kläger hat in der Berufungsbegründung eine hinreichende Entschuldigung dargelegt:	50
Das Landgericht hat als erwiesen angesehen, daß der Kläger seine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat.	51
Diese Feststellung erfolgte zwar in anderem Zusammenhang, nämlich zur Begründung der außerordentlichen Kündigung. Sie wäre jedoch gleichermaßen für die Frage der bedingungsgemäßen Arbeitsunfähigkeit relevant gewesen.	52
Daß das Landgericht seine Feststellungen allein auf die Aussage des Zeugen C gestützt und die vom Kläger benannten Gegenzeugen nicht geladen und nicht vernommen hat, stellt eine verfahrenswidrige Beschneidung der Rechte des Klägers dar, mit der dieser nicht rechnen mußte.	53

Der Kläger durfte darauf vertrauen, daß ein weiterer Beweistermin stattfinden würde, da seine Zeugen nicht geladen waren.	
Bei einer aus einem anderen Grund notwendigen Vertagung liegt keine Verzögerung vor; es fehlt an der Kausalität (Zöller/Greger, aaO. § 296 Rn. 14), so daß der Beweis Antrag auf Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. y auch aus diesem Grund nicht verspätet sein konnte.	55
Die Zurückweisung des Beweis Antrags als verspätet war daher auch deshalb verfahrensfehlerhaft, denn in der fehlerhaften Anwendung von Präklusionsrecht liegt stets auch das Versagen rechtlichen Gehörs (Zöller/Gummer, ZPO, § 538, Rn. 22).	56
Die Verletzung rechtlichen Gehörs ist ein Verfahrensfehler (Zöller/Greger, ZPO, Vor § 128 Rn. 6b).	57
2. Der Senat hält die Durchführung der noch offenen umfangreichen Beweisaufnahme erstmals in zweiter Instanz für nicht sachdienlich. Das Verfahren ist auf Antrag des Klägers gemäß § 538 Abs. II Ziff. 1 ZPO zurückzuverweisen.	58
3. Für die weitere Verhandlung erteilt der Senat folgende Hinweise:	59
a) Die vom Senat in seinen Entscheidungen vom	60
23.05.1986 - 20 U 328/85 - VerR 1987, 1085, und vom	61
24.08.1990 - 20 U 302/89 - VerR 1991, 452	62
herausgearbeiteten Maßstäbe für die Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung sind durch die Entscheidung des BGH vom 25.11.1992 (IV ZR 187/91 - VerR 1993, 297) nicht überholt, sondern nach Auffassung des Senats weiterhin maßgebend. Danach reicht es als Kündigungsgrund nicht, wenn der Versicherte in seinem Betrieb nach dem Rechten sieht und gelegentlich untergeordnete Hilfstätigkeiten verrichtet.	63
In seiner grundlegenden Entscheidung (Urt. v. 03.10.1984 - IV a ZR 76/83 - VerR 1085, 54) hat der BGH ausgeführt, daß sich Leistungen erschleiche, wer <u>praktisch voll berufstätig</u> sei und sich gleichwohl vom Versicherer Tagegeld auszahlen lasse. Wer dem Versicherer zwar Arbeitsunfähigkeit mitteile, ungeachtet der Arbeitsunfähigkeit seinen Beruf <u>praktisch voll ausübe</u> , täusche Umstände vor, die eine Leistungspflicht des Versicherers ergeben und <u>erschleiche</u> sich damit Versicherungsleistungen.	64
Es erscheint zweifelhaft, ob die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte mit den wenigen behaupteten Handgriffen des Klägers dessen <u>volle oder nahezu volle Berufstätigkeit</u> , die ihm den Vorwurf der <u>Erschleichung von Versicherungsleistungen</u> einbringen würde, überhaupt schlüssig dargetan hat (vgl. Senatsurteil vom 24.08.1990, aaO.).	65
b) Es begegnet ferner Bedenken, das Vorverfahren aus dem Jahr 2001 zu Lasten des Klägers als "erschwerend" zu werten. Der Kläger hatte zwar Versicherungsleistungen eingeklagt, die ihm letztlich nicht zustanden, da er seine Arbeitsunfähigkeit nicht hat beweisen können; das eingeholte Sachverständigengutachten war zu seinen Ungunsten ausgefallen. Daraus läßt sich aber in keiner Weise ein Kündigungsgrund ableiten. Das Einklagen unberechtigter Forderungen ist nicht ohne erhebliche weitere Umstände dem "Erschleichen" von Versicherungsleistungen gleichzustellen.	66

c) Wenn die außerordentliche Kündigung nicht wirksam war, wird die Entscheidung über den Zahlungsantrag weiterhin davon abhängen, ob der Kläger in dem streitgegenständlichen Zeitraum zu 100 % arbeitsunfähig war. Diese Frage wird ohne ein Sachverständigengutachten, wie es in der Berufungsbegründung beantragt worden ist, nicht zu entscheiden sein.

4. Die Zulassung der Revision war nicht veranlaßt (§ 543 ZPO n.F.).

68