

derung bewirken zu können. Würde man den Ersatzanspruch derart restriktiv auslegen, dass der VN mit Kürzungen seiner gebotenen Aufwendungen rechnen müsste, läge es auf der Hand, dass sich die Motivation zu vorgezogenen Rettungshandlungen auf ein pflichtgemäßes Tun i. S. d. § 82 VVG beschränken würde, für dessen Rettungshandlung der Versicherer ebenfalls ersatzpflichtig wäre und einen drohenden (Elementar-)Schaden oftmals nicht mehr rechtzeitig abwenden kann.

Bei der Auslegung der Norm des § 90 VVG ist diese zweiseitige Interessenlage nicht genug hervorzuheben, zumal die Rettungsaufwendungen teilweise immer noch zu Unrecht als „Kosten“ des Versicherers in Ansatz gebracht werden<sup>105</sup>, ohne zu berücksichtigen, dass dem Anspruch des VN in der Regel ein noch größerer wirtschaftlicher Vorteil des Versicherers gegenübersteht. Diese zweiseitige Interessenslage ist insbesondere für den Bereich eines eingetretenen Betriebsunterbrechungsschaden von Bedeutung, bei dem es auf den ersten Blick befremdlich erscheint, weshalb der

VN eine Aufwandsentschädigung erhalten soll, für den ein eigener Versicherungsschutz in Form der Betriebsunterbrechungsver-sicherung existiert. Auch hier ist sich immer zu vergegenwärtigen, dass es sich bei dem zu ersetzenden Betriebsunterbrechungsschaden durch Rettungshandlungen um ein Kompensationsinteresse des VN handelt, für das der Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil erhält oder realistischerweise hätte erhalten können, wenn die gebotene Rettungshandlung erfolgreich gewesen wäre. Ein Rechtsverständnis das die Rettungskosten des VN als Kostenposition in den Büchern des Versicherers sieht ohne den wirtschaftlichen Mehrwert zugunsten des Versicherers hinter einer solchen Maßnahme anzuerkennen, wird bei der Auslegung des § 90 VVG zu keinem interessengerechten Lösungsansatz gelangen können.

105 Vgl. Gas VersR 2003, 414 (416).

## Die vorvertragliche Anzeigepflicht in der Leistungsprüfung einer Lebensversicherung

Dr. Tobias Britz, Köln\*

### I. Einleitung

Bislang stand außer Frage, dass der Versicherer bei Abschluss einer Lebensversicherung<sup>1</sup> auf die Redlichkeit seines Vertragspartners vertrauen und von einer wahrheitsgemäßen Beantwortung der Antragsfragen ausgehen darf, ohne im Rahmen der Leistungsprüfung Nachteile befürchten zu müssen, sollte seine Erwartung im Einzelfall enttäuscht werden. Die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Auffassung geht vielmehr davon aus, dass es dem Versicherer dem Grunde nach auch in der Leistungsprüfung unbenommen bleibt, die korrekte Beantwortung der Antragsfragen und damit die vertragliche Grundlage zu überprüfen und zu diesem Zweck auch Gesundheitsdaten – namentlich auf Grundlage des § 213 VVG – zu erheben<sup>2</sup>. Im Wesentlichen ist aktuell lediglich umstritten, ob es – etwa unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit einer Gesundheitsdatenerhebung<sup>3</sup> – gewisser Verdachtsmomente bezüglich einer unrichtigen Beantwortung von Antragsfragen bedarf, die beispielsweise in einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Antragstellung und Eintritt des Versicherungsfalls begründet sein können<sup>4</sup>.

Hiergegen wendet sich aktuell eine insbesondere von Egger<sup>5</sup> vertretene Mindermeinung und postuliert, dass in der Leistungsprüfung eine Gesundheitsdatenerhebung allein zu dem Zweck zulässig sei, das Vorliegen eines Versicherungsfalls zu prüfen<sup>6</sup>. Unzulässig sei namentlich eine Erhebung vorvertraglicher Umstände, deren zutreffende Offenbarung der Versicherer bereits im Rahmen der Antragsprüfung hätte abklären können<sup>7</sup>.

Unabhängig von den zahlreichen rechtlichen Argumenten, die gegen diese Sichtweise sprechen und im Folgenden näher beleuchtet werden sollen, drängen sich dem mit der Materie vertrauten Leser mehrere Fragen geradezu auf: Soll der Versicherer etwa verpflichtet sein, eindeutig beantwortete Gesundheitsfragen bereits in der Antragsprüfung einer Überprüfung zu unterziehen? Soll er etwa bei der Verneinung einer Frage nach gesundheitlichen Beschwerden stets eine Krankenkassenauskunft<sup>8</sup> einholen? Soll er also letztlich von der potenziellen Unredlichkeit seines Vertragspartners ausgehen, erhebliche und kostenintensive Ermittlungsmaßnahmen bei jeder Antragsprüfung in die Wege leiten und hiermit über die einzunehmende Prämie die Gesamtheit aller – weit überwiegend redlichen – VN belasten?

Ob die Antworten auf diese Fragen auch weiterhin im Sinne der herrschenden Auffassung ausfallen können, soll nachfolgend mit Blick auf die versicherungsvertragsrechtliche Beziehung untersucht (II) und die gewonnenen Erkenntnisse aus dem Blickwinkel europa- sowie verfassungsrechtlicher Vorgaben hinterfragt werden (III). Im Anschluss daran ist zu klären, was in Fällen gilt, in denen sich der VN einem Auskunftsverlangen des Versicherers widersetzt oder bereits vor Abgabe der Einwilligungs- und Schweigepflichtentbindungserklärung verstorben ist (IV).

\* Der Autor ist Rechtsanwalt der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Büro Köln.

- 1 Einschließlich etwaiger Zusatzversicherungen sowie selbstständiger Berufsunfähigkeitsversicherungen.
- 2 KG Berlin VersR 2014, 1191; OLG Saarbrücken VersR 2013, 1157 (1161); OLG Hamburg VersR 2010, 749; OLG Köln vom 19. 3. 2010 – 20 U 173/09 –; OLG Koblenz vom 19. 11. 2012 – 10 W 513/12 –; OLG München VersR 2013, 169; LG Berlin VersR 2014, 230; Klär in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2. Aufl. § 213 Rn. 23; Muschner in Rüffer/Halbach/Schlimkowski, VVG 2. Aufl. §§ 31 Rn. 5, 213 Rn. 17 ff.; Höra r+s 2008, 89 (93); Looschelders in Looschelders/Pohlmann, VVG 2. Aufl. § 31 Rn. 14; Marlow/Spuhl, Das Neue VVG kompakt, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 4. Aufl. 2010 Rn. 1461; zur Rechtsprechung des BGH in diesem Zusammenhang vgl. unten unter II 3.
- 3 Vgl. hierzu ausführlich Britz, Die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten durch Versicherungsunternehmen bei Dritten gemäß § 213 VVG 2011 S. 126 ff.
- 4 Wenn es beispielsweise die Art der in Rede stehenden Erkrankung als naheliegend erscheinen lässt, dass bereits vor Antragstellung Beschwerden bestanden haben müssen; vgl. in diesem Sinn LG Berlin VersR 2014, 230 (232), für psychischen Erkrankungen; s. auch Marlow/Spuhl aaO (Fn. 2) Rn. 1461.
- 5 Egger VersR 2007, 905; VersR 2012, 810; VersR 2014, 1304.
- 6 Vgl. ausführlich Egger VersR 2012, 810; ähnlich Wandt in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 1. Aufl. § 31 Rn. 39; für die private Krankenversicherung s. auch OLG Hamm VersR 1978, 1060; OLG Köln r+s 1993, 72.
- 7 Egger VersR 2012, 810 (812 ff.).
- 8 Das entspricht der Vorstellung von Egger vgl. VersR 2014, 1304 (1308 f.).

## II. Versicherungsvertragsrechtliche Perspektive

### 1. §§ 31, 213 VVG

a) Beabsichtigt der Versicherer, im Rahmen der Leistungsprüfung Informationen – namentlich zu den gesundheitlichen Verhältnissen der versicherten Person – einzuholen, so hat er die durch das VVG kodifizierten Voraussetzungen zu beachten.

Sollen Auskünfte unmittelbar bei dem VN eingeholt werden, steht dem Versicherer die gesetzliche kodifizierte Auskunftsbefugnis gem. § 31 Abs. 1 S. 1 VVG zur Seite<sup>9</sup>. Danach kann er

nach dem Eintritt des Versicherungsfalles verlangen, dass der Versicherungsnehmer jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist.

Stehen demgegenüber ausschließlich Gesundheitsdaten<sup>10</sup> in Rede, die nicht bei dem VN, sondern unmittelbar bei der über diese Daten verfügenden Datenquelle eingeholt werden sollen, so sind zudem die besonderen Vorgaben von § 213 VVG zu beachten<sup>11</sup>. Dabei kann das Recht des Versicherers, Daten bei Dritten zu erheben, denknotwendig nicht weiterreichen, als ihm § 31 Abs. 1 S. 1 VVG eine entsprechende Befugnis einräumt, Auskünfte unmittelbar bei dem Betroffenen einzuholen<sup>12</sup>.

b) Ausgehend vom Wortlaut der Norm wird weit insoweit angenommen, dass zur Ermittlung des Umfangs der Leistungspflicht auch solche Auskunftsverlangen zulässig sind, die der Feststellung der Leistungspflicht dem Grunde nach dienen, sodass auf Nachfrage Umstände offenbart werden müssen, die zur Leistungsfreiheit des Versicherers führen können<sup>13</sup>. Zwar ist es zutreffend, dass sich der Wortlaut des § 31 Abs. 1 S. 1 VVG nicht explizit auf solche Fragen bezieht<sup>14</sup>. Jedoch sind sprachliche Formulierungen selten eindeutig, sondern sie sind regelmäßig kontextabhängig, weshalb auch der mögliche Wortsinn, der die Grenze der möglichen Auslegung markiert, im Wege der Auslegung zu ermitteln ist<sup>15</sup>. Da es jedoch logisch zwingend ist, dass die Prüfung der Leistungspflicht dem Grunde nach einer Prüfung ihres Umfangs vorangeht, trägt der Wortlaut von § 31 Abs. 1 S. 1 VVG ohne Weiteres ein Verständnis, das auch Fragen nach vorvertraglichen Angaben im Rahmen der Leistungsprüfung zulässt. Namentlich ist insoweit Egger nicht zuzustimmen, der der überwiegenden Auffassung ein über den Wortlaut hinausgehendes Verständnis unterstellt<sup>16</sup>.

Hinzu kommt in historischer Hinsicht, dass § 34 Abs. 1 VVG a. F. durch den Reformgesetzgeber unverändert übernommen wurde. Die bisherige Praxis war dem Gesetzgeber jedoch bekannt<sup>17</sup>, weshalb der Schluss naheliegt, dass der Gesetzgeber, an der bisherigen Praxis festhalten wollte, zumal eine einschränkende Modifizierung des Wortlauts ohne Weiteres möglich gewesen wäre<sup>18</sup>.

Da nach zutreffendem Verständnis für die Auslegung einer Norm indes eine objektive Sichtweise entscheidend ist und es allenfalls ergänzend auf die Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe ankommen kann<sup>19</sup>, sind weiter der erkennbare Sinn und Zweck der Vorschrift sowie ihre systematischen Zusammenhänge in den Blick zu nehmen. Durch die in § 31 Abs. 1 S. 1 VVG normierte Auskunftspflicht soll dem Versicherer eine sachgerechte Prüfung seiner Leistungspflicht ermöglicht werden, wobei Leitbild der Vorschrift ein von Treu und Glauben beherrschter Informations- und Kommunikationsprozess zwischen Versicherer und VN ist<sup>20</sup>. Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass es sich bei der gesetzlichen Auskunftsbefugnis nicht um eine Privilegierung des Versicherers handelt<sup>21</sup>. Die Vorschrift dient lediglich dem Ausgleich des aufseiten des Versicherers naturgemäß bestehenden Informationsdefizits<sup>22</sup>. Denn allein der VN oder der leistungsberechtigte Dritte sind in der Lage, über die *in concre-*

to zur Bestimmung von Leistungspflicht und -umfang erheblichen Umstände aufzuklären; der Versicherer weiß hiervon aus eigener Anschauung regelmäßig nichts. Nimmt man diesen Zweck ernst, dann sind Auskunftsverlangen bezüglich vorvertraglicher Umstände zulässig. Denn auch diese Umstände können erhebliche Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Versicherers haben, wie ein Blick insbesondere auf §§ 28 f. VVG zeigt<sup>23</sup>. In diesem Zusammenhang könnte sich allenfalls die Frage stellen, ob der Versicherer präkludiert ist, wenn er eine Überprüfung der Antragsangaben bei Vertragsabschluss unterlassen und zunächst auf die Richtigkeit der Angaben seines Vertragspartners vertraut hat. Bei eindeutiger Beantwortung der Gefahrfragen ist dies nicht der Fall<sup>24</sup>.

In systematischer Hinsicht ist der Blick schließlich § 14 Abs. 1 VVG zuzuwenden, der – in Abweichung zu § 271 BGB – bekanntlich regelt, dass Geldleistungen des Versicherers erst „mit der Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistung des Versicherers notwendigen Erhebungen“ fällig werden. Auch im Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist anerkannt, dass Fälligkeit nicht eintritt, solange der Versicherer nicht prüfen konnte, ob Rücktrittsvoraussetzungen oder Gründe zur Anfechtung vorliegen<sup>25</sup>. Dann aber muss der

9 Da der Gesetzgeber eine Sanktionierung nicht vorgesehen hat, bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung, wenn Verstöße vollständige oder teilweise Leistungsfreiheit unter den Voraussetzungen des § 28 VVG auslösen sollen, vgl. *Rixecker* in *Römer/Langheid*, VVG 4. Aufl. § 31 Rn. 1; *Brömmelmeyer* in *Schwintowski/Brömmelmeyer*, *Praxiskomm.* zum Versicherungsvertragsrecht 2. Aufl. § 31 Rn. 18; jeweils m. w. N.

10 Es handelt sich um besonders schützenswerte personenbezogene Daten i. S. d. § 3 Abs. 9 BDSG.

11 Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber insbesondere auf die Entscheidung des BVerfG vom 23. 10. 2006 (VersR 2006, 1669) reagiert, wobei nicht verkannt werden darf, dass bereits im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 13. 10. 2006 (BT-Drucks. 16/3945) eine besondere Regelung zur Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten enthalten gewesen ist. Im Unterschied zu der Gesetz gewordenen Fassung war allerdings vorgesehen, dass Gesundheitsdaten nur bei einer Einwilligung im konkreten Einzelfall und nicht aufgrund einer sogenannten Generaleinwilligung erhoben werden dürfen, vgl. zum Ganzen *Britz* aaO (Fn. 3) S. 52 ff.

12 Vgl. *Britz* aaO (Fn. 3) S. 131 m. w. N.

13 Vgl. die Nachweise in Fn. 2; a. A. aber *Rixecker* (aaO [Fn.9] § 31 Rn. 10), der allerdings davon ausgeht, dass eine entsprechende Obliegenheit bedingungsgemäß vereinbart werden kann (§ 32 S. 1 VVG).

14 Vgl. *Muschner* aaO (Fn. 2) § 31 Rn. 5.

15 Zum Wortlaut als Grenze der Gesetzesauslegung vgl. BVerfGE 71, 108 (115); 87, 208 (224).

16 *Egger* VersR 2012, 810 (813).

17 *Muschner* aaO (Fn. 2) § 31 Rn. 5 Fn. 1.

18 *Britz* aaO (Fn. 3) S. 135; ders. BUaktuell 2/2012, S. 1, 3.

19 Vgl. schon BVerfGE 1, 299 (313); *Rieger* NVwZ 2003, 17 (19); zur sogenannten subjektiven Auslegungstheorie, vgl. die Nachweise bei *Krüger* JuS 2012, 873 (876).

20 *Muschner* aaO (Fn. 2) § 31 Rn. 1; *Brömmelmeyer* aaO (Fn. 9) § 31 Rn. 2 m. w. N.

21 In diesem Sinn aber *Egger* VersR 2012, 810 (817).

22 *Brömmelmeyer* aaO (Fn. 9) § 31 Rn. 2 m. w. N.

23 Vgl. *Britz* aaO (Fn. 3) S. 135.

24 Vgl. hierzu sogleich unter II 2.

25 KG VersR 2015, 94 = r+s 2014, 509; OLG Hamburg VersR 2010, 749; OLG Köln vom 19. 3. 2010 – 20 U 173/09 –; LG München r+s 1993, 202; *Fausten* in *Langheid/Wandt*, Münch. Komm. zum VVG 1. Aufl. § 14 Rn. 22; *Muschner* aaO (Fn. 2) § 14 Rn. 25; *Schneider* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG 2. Aufl. § 14 Rn. 13; vgl. ausführlich *Veenker*, Die Fälligkeit von Geldleistungen des Versicherers nach § 11 Abs. 1 VVG 2008 S. 107 f.

Versicherer über die Auskunftspflicht des VN in die Lage versetzt werden, diese notwendigen Erhebungen durchführen zu können.

c) Auch im Anwendungsbereich von § 213 VVG, d. h. in Fällen, in denen der Versicherer im Rahmen der Leistungsprüfung Gesundheitsdaten bei Dritten anfordert, gilt nichts anderes. Insoweit besteht mit Blick auf den Wortlaut entscheidende Übereinstimmung zu § 31 VVG und auch im Übrigen lässt sich der Vorschrift keinerlei Einschränkung dahin gehend entnehmen, dass Antragsangaben bei einer Datenerhebung über Dritte nicht Gegenstand der Prüfung des Versicherers sein dürfen. Zutreffend geht daher die überwiegende Auffassung von der Zulässigkeit entsprechender Datenerhebungsmaßnahmen im Rahmen von § 213 VVG aus<sup>26</sup>.

d) Ergänzend ist mit Blick auf die versicherungsvertragsrechtliche Ebene darauf hinzuweisen, dass die von der Mindermeinung zum Ausdruck gebrachte Befürchtung, der Versicherer würde durch das genannte Auslegungsverständnis in die Lage versetzt, beliebige und weit in die Vergangenheit hineinreichende Daten zum Gesundheitszustand des VN bzw. des zu erhebenden<sup>27</sup>, unbegründet ist.

Eine Datenerhebung kommt nämlich auch mit Blick auf vorvertragliche Umstände nur in Betracht, soweit sie „erforderlich“ ist. Zwar muss dem Versicherer im Rahmen der §§ 31, 213 VVG eine gewisse Einschätzungsprärogative bei der Beurteilung der Erforderlichkeit zugebilligt werden, da in der Ex-ante-Situation naturgemäß noch nicht sicher feststeht, auf welche Tatsachen es letztlich ankommt<sup>28</sup>. Nicht erforderlich sind indes Auskünfte, die von vorneherein unter keinem denkbaren Gesichtspunkt Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Versicherers haben können. Grund und Grenze der Erforderlichkeit bilden in der hier in Rede stehenden Konstellation namentlich die Antragsfragen gem. § 19 VVG<sup>29</sup>. Hat es der Versicherer beispielsweise unterlassen, Gefahrenfragen zu stellen, so kann nach Wegfall der spontanen Anzeigepflicht durch das VVG-Reformgesetz<sup>30</sup> im Regelfall<sup>31</sup> auch kein Verstoß gegen die Auskunftspflicht vorliegen, der den Versicherer zu Sanktionen i. S. v. § 28 VVG oder zu einer Anfechtung berechtigt. Auskunftsverlangen, die sich auf nicht erfragte vorvertragliche Umstände beziehen, sind daher regelmäßig nicht erforderlich i. S. d. §§ 31, 213 VVG. Ferner muss es dem Versicherer im Zeitpunkt des Auskunftsverlangens naturgemäß noch möglich sein, aus einer etwaigen Anzeigepflichtverletzung Rechtsfolgen abzuleiten. Zu beachten sind namentlich die Ausschlussfristen nach § 21 Abs. 3 VVG von fünf Jahren nach Vertragsabschluss bzw. zehn Jahren bei vorsätzlicher und arglistiger Pflichtverletzung. Die Ausschlussfrist für Arglistanfechtung beträgt gleichfalls zehn Jahre (§ 124 Abs. 3 BGB). Da ex ante zu meist nicht feststeht, ob vorsätzlich bzw. arglistig gehandelt wurde, wird es für die Frage der Erforderlichkeit in der Regel auf den Zehnjahreszeitraum ankommen<sup>32</sup>.

## 2. Keine Unzulässige Verlagerung der Risikoprüfung

a) Gegen die vorgenannte Auffassung wird namentlich eingewandt, der Versicherer dürfe nicht – über die ihm vermeintlich bereits aufgrund der §§ 19 ff. VVG zugestanden Privilegierung – dadurch bevorzugt werden, dass er nach Vertragsabschluss und sanktionsbewehrt Auskünfte über die vorvertragliche Situation verlangen könne<sup>33</sup>. Zudem dürfe die durch die Anzeigepflicht vor Vertragsabschluss bestehende Risikoprüfungsmöglichkeit nicht nach Belieben zurückgestellt werden<sup>34</sup>. Die herrschende Auffassung führe vielmehr zu einer unzulässigen Verlagerung der Risikoprüfung<sup>35</sup>.

b) Bereits die These von der Privilegierung des Versicherers durch das Regelungsregime der §§ 19 ff. VVG erscheint indes unzutreffend. Denn sie verkennt erneut die Informationsasymmetrie zwischen VN und Versicherer. § 19 VVG dient – wie auch § 31

Abs. 1 VVG<sup>36</sup> – lediglich dem Ausgleich des zu Ungunsten des Versicherers bestehenden Informationsgefälles und trägt dem Umstand Rechnung, dass Versicherungen nur kalkulierbar sind, wenn dem Versicherer eine zutreffende Beurteilung des zu versichernden Risikos ermöglicht wird<sup>37</sup>. Vor dem Hintergrund, dass der Versicherer nicht mit Gütern oder Dienstleistungen, sondern mit der Übernahme von Risiken handelt und er daher deutlich stärker auf Informationen seines potenziellen Vertragspartners angewiesen ist, als es in anderen Wirtschaftsbereichen der Fall ist, verkennt die Privilegierungsthese das Wesen einer privaten Versicherung. § 19 VVG ermöglicht es dem Versicherer lediglich, das zu übernehmende Risiko zutreffend einzuschätzen, ohne dabei jedoch das Interesse des VN, den Versicherungsschutz nicht rückwirkend zu verlieren, aus dem Blick zu verlieren<sup>38</sup>.

c) Die herrschende Auffassung mündet auch nicht in eine unzulässige Verlagerung der Risikoprüfung.

Soweit zur Bestätigung dieser These von Egger die Rechtsprechung des BGH zu Nachfrageobliegenheiten bei unklarer Beantwortung der Risikofragen in Bezug genommen wird<sup>39</sup>, wird diese Rechtsprechung ersichtlich einer Fehlinterpretation unterzogen. Eine Nachfrageobliegenheit des Versicherers besteht nämlich nur dann, wenn der VN seiner Anzeigenobliegenheit erkennbar nicht genüge getan hat, etwa wenn Fragen unvollständig oder widersprüchlich beantwortet wurden<sup>40</sup>. In solchen Fällen besteht eine Obliegenheit des Versicherers, die er im eigenen Interesse wahrzunehmen hat<sup>41</sup>. Unterlässt der Versicherer eine gebotene Rückfrage und sieht er insoweit von einer ordnungsgemäßen Risikoprüfung ab, so ist es ihm im Weiteren nach Treu und Glauben verwehrt, gestützt auf die Unvollständigkeit der Angaben des VN wirksam vom Versicherungsvertrag zurückzutreten<sup>42</sup>. Eine Anfechtung des Versicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung bleibt jedoch selbst dann möglich, da eine Schutzbe-

26 Muschner aaO (Fn. 2) § 213 Rn. 22; Wolf in Looschelders/Pohlmann, VVG 2. Aufl. § 213 Rn. 8; Klär aaO (Fn. 2) § 213 Rn. 23; Eberhardt in Langheid/Wandt, VVG 1. Aufl. § 213 Rn. 49; das dürfte auch der Sichtweise des BGH entsprechen vgl. BGH VersR 2010, 97, hierzu s. unter II 3.

27 Vgl. Egger VersR 2012, 810 (813 ff.).

28 Zu § 31 VVG bzw. § 34 VVG a. F., vgl. BGH VersR 2006, 258 (259 f.) = r+s 2006, 185 (186); Schwintowski in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2. Aufl. § 31 Rn. 22; Looschelders aaO (Fn. 2) § 31 Rn. 14; Prölss in Prölss/Martin, VVG 28. Aufl. § 31 Rn. 7; zu § 213 VVG vgl. Eberhardt aaO (Fn. 26) § 213 Rn. 49; einschränkend Brömmelmeyer aaO (Fn. 9) § 31 Rn. 28; Klär aaO (Fn. 2) § 213 Rn. 22; Neuhaus/Kloth NJOZ 2009, 1370 (1375).

29 Vgl. zum Maßstab der Erforderlichkeit Britz aaO (Fn. 3) S. 126 ff.

30 Vgl. zur alten Rechtslage Langheid in Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 16 Rn. 10 ff.

31 Vgl. zu denkbaren Ausnahmen Müller-Frank in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 1. Aufl. § 22 Rn. 5 ff.

32 Britz aaO (Fn. 3) S. 138.

33 Egger VersR 2012, 810 (819).

34 Egger VersR 2014, 1304.

35 Egger VersR 2014, 1304.

36 S. oben unter II 1.

37 Schimikowski in Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG 2. Aufl. § 19 Rn. 1; Langheid aaO (Fn. 30) § 19 Rn. 1 ff.; Härte in Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG 2. Aufl. § 19 Rn. 2; Britz BUaktuell 2/12, S. 1, 2.

38 Vgl. Härte aaO (Fn. 37) § 19 Rn. 1.

39 Egger VersR 2014, 1304 Fn. 4, der u. a. auf BGH VersR 2008, 668 sowie VersR 1992, 603 rekurriert.

40 Vgl. BGH VersR 1992, 603; VersR 2008, 668; Britz aaO (Fn. 3) S. 134.

41 BGH VersR 1995, 80; Britz aaO (Fn. 3) S. 134.

42 BGH VersR 2008, 668.

dürftigkeit des VN in diesen Fällen nicht besteht<sup>43</sup>. Eine durch Unklarheit aktivierte Nachfrageobliegenheit des Versicherers wirkt sich dementsprechend lediglich darauf aus, welche Rechtsfolgen der Versicherer aus einer im Leistungsprüfungsverfahren festgestellten Anzeigepflichtverletzung ableiten kann. Sie führt nicht etwa dazu, dass der Versicherer das Recht zur Überprüfung der Antragsangaben im Leistungsfall verliert. Denn erst die Überprüfung der Antragsangaben ermöglicht dem Versicherer die Feststellung, ob eine im Zusammenhang mit unklaren Antragsangaben stehende Pflichtverletzung vorliegt bzw. ob Falschangaben von solchem Gewicht getätigt wurden, die eine Arglistanfechtung rechtfertigen<sup>44</sup>.

Klare Antworten auf klare Fragen verpflichten den Versicherer indes nicht zu Nachfragen oder weiteren Ermittlungen<sup>45</sup>. Vielmehr darf der Versicherer selbstverständlich von der Redlichkeit des Antragstellers ausgehen und die Antragsangaben zur Grundlage seiner Risikoprüfung machen.

Eine Nachfrage obliegt dem Versicherer nur dann, wenn ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die bisher von dem Versicherungsinteressenten erteilten Auskünfte nicht abschließend oder nicht richtig sein können und deshalb weitere Informationen für eine sachgerechte Risikoprüfung erforderlich sind<sup>46</sup>.

Eine allgemeine Pflicht, Antragsangaben vor Vertragsabschluss zu überprüfen, ist rechtlich nicht begründbar und wäre im Massengeschäft auch kaum praktikabel<sup>47</sup>. Vielmehr würde sie zu Lasten der weit überwiegenden Anzahl der redlichen VN gehen, denn die mit einer solchen Überprüfung verbundenen Kosten müssten in die Prämien einkalkuliert werden. Deshalb ist es auch unzutreffend, wenn eingewandt wird, es sei unerheblich, ob der Versicherer die Antragsangaben bereits bei Vertragsabschluss oder erst im Leistungsfall einer näheren Überprüfung unterziehe<sup>48</sup>. Der redliche Antragsteller verfügt im Übrigen nach Antragsannahme über klare Verhältnisse; der unredliche Antragsteller wiederum ist nicht schützenswert<sup>49</sup>.

d) Da die Überprüfung der Antragsangaben auch in der Leistungsprüfung zulässig ist, bedarf es schließlich keines Anfangsverdachts<sup>50</sup>. Da der Versicherer in der Regel entsprechende Ermittlungen nur bei Vorliegen eines Verdachts vornehmen wird und die Anforderungen an den Anfangsverdacht auch nach Maßgabe der einschränkenden Auffassung<sup>51</sup> nicht hoch sind, dürfte dieser Meinungsstreit oftmals ohne praktische Auswirkungen bleiben.

### 3. Rechtsprechung des BGH

a) Der überwiegenden Auffassung wird weiter vorgeworfen, sie verkenne die Rechtsprechung des BGH. Denn diese erlaube eine Überprüfung der Antragsangaben in der Leistungsprüfung nur scheinbar<sup>52</sup>. Insbesondere die Entscheidung des BGH vom 28. 10. 2010<sup>53</sup> sei missverstanden worden, weshalb sich der BGH in seiner Entscheidung vom 21. 9. 2011<sup>54</sup> zu einer Klarstellung veranlasst gesehen habe<sup>55</sup>.

b) Insoweit ist zunächst hervorzuheben, dass es in beiden Entscheidungen um die Frage gegangen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen infolge einer unzureichenden Einwilligungserklärung erhobene Gesundheitsdaten gleichwohl verwertet werden können<sup>56</sup>. Dieser Problematik hat sich der BGH – anders als zuvor beispielsweise das OLG Saarbrücken<sup>57</sup> – aus einer materiellrechtlichen Perspektive zugewandt und geprüft, ob sich der Versicherer aufgrund des rechtswidrigen Erhebungsvorgangs den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten lassen muss, der namentlich einer auf die erlangten Daten gestützten Anfechtung entgegenstehen könnte<sup>58</sup>. Dabei hat der BGH in beiden Entscheidungen klargestellt, dass in solchen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen ist<sup>59</sup>. In seiner Entscheidung vom 21. 9. 2011 hat der BGH klargestellt, dass die Interessenabwägung auch in Arglistfällen nicht *a priori* zugunsten des Versicherers ausfallen

könne, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass sich dieser bewusst und zielgerichtet über das Erfordernis einer wirksamen Einwilligung- und Schweigepflichtentbindungserklärung hinwegsetze<sup>60</sup>. Allein hierin mag man eine Klarstellung gegenüber der Entscheidung vom 28. 10. 2010 sehen, nach der aber weiterhin gilt:

dass der Versicherer in der Lage sein muss, die ihm nach §§ 16, 34 VVG a. F. zustehenden Informationen zum Gesundheitszustand des Versicherten einzuholen und zu überprüfen. Dies betrifft sowohl den Gesundheitszustand im Zeitpunkt der Geltendmachung von Leistungen, als auch den Gesundheitszustand bei Anbahnung des Versicherungsvertrags. Deshalb hatte auch im Streitfall der *Bekl. ein schützenswertes Interesse, im Rahmen der Prüfung des – noch im Lauf des ersten Versicherungsjahres gestellten Leistungsantrags – die Krankheitsvorgeschichte des Kl. umfassend aufzuklären und hierzu auch die Angaben des Kl. durch Nachfrage bei Dritten zu überprüfen*<sup>61</sup> [Hervorhebungen durch den Verfasser].

Der BGH erkennt also an, dass das Interesse des Versicherers, bei der Prüfung eines Leistungsantrags auch die Krankheitsgeschichte vor Antragstellung aufzuklären, als schützenswertes Interesse in die Abwägung einzustellen ist. Dann kann aber die Aussage der Mindermeinung, der BGH habe zu dieser Frage nicht Stellung bezogen, nicht richtig sein.

Wenn der BGH in seiner Entscheidung vom 21. 9. 2011<sup>62</sup> es mit Blick auf die dort zeitliche befristete Einwilligungserklärung explizit gebilligt hat,

dass das Berufungsgericht der Schlusserklärung zu Recht *keinen bindenden Verzicht der Bekl. auf weitere Ermittlungen zu Vorerkrankungen des VN oder einen Anfechtungsverzicht entnommen hat* [Hervorhebungen durch den Verfasser].

43 Die gegenteilige Rechtsprechung von BGH VersR 1992, 603 wurde zwischenzeitlich ausdrücklich aufgegeben (vgl. BGH VersR 2007, 96); s. auch *Looschelders* aaO (Fn. 2) § 19 Rn. 50; *Knappmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch 2. Aufl. § 14 Rn. 66.

44 *Britz* aaO (Fn. 3) S. 134.

45 *Rolfs* in *Bruck/Möller*, VVG 9. Aufl. 2008 § 19 Rn. 94; ausführlich zu dieser Rechtsprechung, vgl. *Müller-Frank*, Aktuelle Rechtsprechung zur Berufsunfähigkeits-(Zusatz-)Versicherung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 7. Aufl. 2007 S. 314 ff.

46 BGH VersR 2011, 909.

47 *Britz* aaO (Fn. 3) S. 134.

48 *Egger* VersR 2014, 1304 (1309).

49 Die Überprüfung von Antragsangaben in der Leistungsprüfung hat auch nichts mit der – insbesondere in der Restschuldversicherung – geführten Diskussion zu Vorerkrankungsklauseln zu tun, durch die – gegebenenfalls näher spezifizierte – ernstliche Erkrankungen vom Versicherungsschutz ausgenommen werden sollen, vgl. aktuell BGH vom 10. 12. 2014 – IV ZR 289/13 – VersR 2015, 318; s. auch OLG Köln VersR 2011, 201; OLG Karlsruhe VersR 2008, 524; OLG Koblenz VersR 2008, 383; OLG Stuttgart VersR 2008, 1343; OLG Schleswig r+s 2005, 119; ausführlich und kritisch zu entsprechenden Klauseln *Marlow* r+s 2009, 177.

50 Vgl. *Britz* aaO (Fn. 3) S. 136.

51 S. oben Fn. 4.

52 *Egger* VersR 2012, 810; s. auch VersR 2014, 1304.

53 BGH VersR 2010, 97.

54 BGH VersR 2012, 297.

55 *Egger* VersR 2012, 810.

56 BGH VersR 2012, 297.

57 OLG Saarbrücken VersR 2009, 1478; VersR 2009, 1522; das die Verwertbarkeit unter prozessualen „Vorzeichen“ geprüft und letztlich bejaht hat.

58 BGH VersR 2010, 97; vgl. hierzu *Britz* aaO (Fn. 3) S. 251 f.

59 Vgl. BGH VersR 2010, 97.

60 Vgl. BGH VersR 2010, 97.

61 BGH VersR 2010, 97.

62 BGH VersR 2010, 97.

wird man den BGH weiterhin zu den Vertretern der herrschenden Auffassung zählen dürfen. Denn die Ausführungen des BGH zur Interessenabwägung in beiden Entscheidungen verdeutlichen, dass der BGH Aufklärungsmaßnahmen zu Vorerkrankungen dem Grunde nach für zulässig hält. Selbstverständlich müssen diese Maßnahmen, wenn sie unter den Anwendungsbereich von § 213 VVG fallen, von einer wirksamen Einwilligungserklärung gedeckt sein. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kommt es auf eine Interessenabwägung an.

#### 4. Versicherungsbedingungen

a) Sofern sich die Formulierung der Auskunftsbefreiungen in den jeweiligen Versicherungsbedingungen an dem Wortlaut des Gesetzes orientiert, d. h. gleichfalls von Auskünften die Rede ist, die zur Feststellung des „Umfangs der Leistungspflicht“ erforderlich sind, ist dies ausreichend.

Namentlich liegt insoweit keine Unklarheit vor, die gem. § 305 c Abs. 2 BGB zulasten des Versicherers gehen könnte. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung und ganz herrschender Lehre sind Versicherungsbedingungen nämlich objektiv auszulegen, also so, wie sie ein durchschnittlicher VN bei verständiger Würdigung, aufmerkamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss<sup>63</sup>. Neben dem Wortlaut sind dabei auch der systematische Zusammenhang der einzelnen Regelung sowie – sofern für den VN erkennbar – der mit der Regelung verfolgte Zweck maßgeblich<sup>64</sup>. Dabei ist die Unklarheitsregel des § 305 c Abs. 2 BGB restriktiv zu handhaben. Die Unklarheitsregel kann nur dort angewandt werden, wo die streitigen AGB tatsächlich unklar sind<sup>65</sup>. § 305 c Abs. 2 BGB setzt also die vorgelagerte Feststellung voraus, dass hinsichtlich des Bedeutungsgehalts Zweifel bestehen, die AGB also nach Anwendung der vorgenannten Auslegungsmaßstäbe zweideutig oder mehrdeutig bleibt<sup>66</sup>.

Das ist indes – wie dargelegt – gerade nicht der Fall, weil die Überprüfung der Leistungspflicht dem Grunde nach dennotwendig Ermittlungen zum Umfang der Leistungspflicht vorausgeht. Davon wird auch der durchschnittliche VN ausgehen, zumal ihm bereits bei Antragstellung die Bedeutung der Gefährdungen im Rahmen der nach § 19 Abs. 5 S. 1 VVG erforderlichen Belehrung vor Augen geführt worden ist. Insoweit hat weiterhin die plastische Feststellung des OLG Celle in der Entscheidung vom 28. 2. 2002 Geltung, wonach dem VN bereits bei Vertragsabschluss klar ist, dass er sich im Fall eines Leistungsantrags „voll in die Karten gucken lassen müsse“<sup>67</sup>. Dem VN ist aber zuvor selbstverständlich die Möglichkeit zu effektivem Schutz seines informationellen Selbstbestimmungsrechts – heute nach Maßgabe von § 213 VVG – zu geben, die er indes auch ausschlagen kann, wie das BVerfG in dem der Entscheidung des OLG Celle nachfolgenden Kammerbeschluss vom 23. 10. 2006 hervorgehoben hat (hierzu sogleich)<sup>68</sup>.

b) Ohnehin finden sich in zahlreichen Bedingungswerken Formulierungen, die eine Auskunftspflicht allgemein zur Klärung der Leistungspflicht insgesamt vorsehen. Insoweit kann etwa auf die Musterbedingungen des GDV zur kapitalbildenden Lebensversicherung verwiesen werden:

Wir können weitere Nachweise und Auskünfte verlangen, wenn dies erforderlich ist, um unsere Leistungspflicht zu klären<sup>69</sup>.

Auch die Musterbedingungen zur Berufsunfähigkeitsversicherung beziehen die Auskunftsbefreiungen allein auf solche Auskünfte, die zur Feststellung der „Leistungspflicht erforderlich sind“<sup>70</sup>.

Selbst wenn man also mit der Mindermeinung annehmen wollte, dass der Wortlaut des § 31 Abs. 1 S. 1 VVG nur Auskunftsverlangen abdeckt, die unmittelbar den Versicherungsfall betreffen, wären in diesen Fällen Auskunftsverlangen zu Vorerkrankungen möglich (§ 32 VVG).

### III. Europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

#### 1. Europäische Datenschutzrichtlinie

a) Auch die europäische Datenschutzrichtlinie<sup>71</sup>, zu deren Umsetzung insbesondere § 4 a BDSG eingeführt worden ist, wird zur Begründung der vermeintlichen Unzulässigkeit einer Überprüfung der Vertragsgrundlage in der Leistungsprüfung herangezogen. Insoweit wird konkret auf Art. 7 Buchst. a und b sowie Art. 8 der Richtlinie verwiesen und die These aufgestellt, dass die nach Art. 7 Buchst. f der Richtlinie vorzunehmende Interessenabwägung grundsätzlich zugunsten des Betroffenen ausfallen müsse, wenn und sofern „Daten betreffend die Aufrechterhaltung (Anfechtung/Rücktritt) eines abgeschlossenen Vertrags erhoben werden sollen“<sup>72</sup>.

b) Nachvollziehbar ist das selbst dann nicht, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie in sachlicher Hinsicht eröffnet ist<sup>73</sup>. Art. 7 der Richtlinie stellt klar, dass „die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist“. Daran anschließend wird in Art. 7 Buchst. a der grundlegendste aller Rechtfertigungstatbestände für eine Datenverarbeitungsmaßnahme normiert: die Einwilligung. Die sich sodann anschließenden Fälle betreffen samt und sonders Tatbestände, in denen Datenverarbeitungen ohne Einwilligung von dem jeweils nationalen Gesetzgeber vorgesehen werden können. Aus Perspektive des Deutschen Datenschutzrechts ist insbesondere § 28 BDSG zu nennen, der die Datenerhebung und Speicherung für eigene Geschäftszwecke betrifft und eine Datenerhebung ohne Einwilligung auch bei sensiblen Daten, d. h. insbesondere Gesundheitsdaten, unter den strengen Voraussetzungen des § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG zulässt<sup>74</sup>. In Bezug auf diese besonders schützenswerten Daten hält sich das BDSG im Übrigen in Inhalt und Aufbau eng an dem zugrunde liegenden Art. 8 der Datenschutzrichtlinie<sup>75</sup>. Auch Art. 8 der Richtlinie stellt jedoch zunächst klar, dass eine Verarbeitung sensibler Daten zulässig ist, wenn die betroffene Person eingewilligt hat (Art. 8 Abs. 2 a). Anders als bei herkömmlichen Daten muss sich die Einwilligung aber ausdrücklich auf die Erhebung sensibler Daten beziehen, wie Art. 4 a Abs. 3 BDSG für das allgemeine Datenschutzrecht klarstellt. Speziell für Gesundheitsdatenerhebungen bei Dritten durch Versicherer zum Zweck der Risiko- oder

63 Vgl. nur BGHZ 84, 268 (272) = VersR 1982, 841 (842); 123, 83 (85) = VersR 1993, 957 (958); VersR 2007, 1690; Reiff in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 1. Aufl. AVB Rn. 79.

64 BGH VersR 1996, 500; Reiff aaO (Fn. 63).

65 Basedow in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. § 305 c Rn. 27 ff. m. w. N.

66 Basedow aaO (Fn. 65).

67 OLG Celle VersR 2004, 317 (318); die seinerzeit erhobene Nichtzulassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg vgl. BGH vom 2. 10. 2002 – IV ZR 111/02.

68 BVerfG VersR 2006, 1669; s. unten unter III 2.

69 Musterbedingungen des GDV zur Kapitalbildenden Lebensversicherung Download unter <http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2014/10/01-GDV-Musterbedingung-LV-kapitalbilden-de-Lebensversicherung-2014.pdf>.

70 Musterbedingungen des GDV zur Berufsunfähigkeitsversicherung Download unter <http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/allgemeine-bedingungen-fur-die-berufsunfähigkeitsversicherung/>.

71 Richtlinie 95/46/EG vom 24. 10. 1995.

72 Egger VersR 2014, 1304 (1306 f.).

73 Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.

74 Vgl. hierzu Gola/Schomerus, BDSG 11. Aufl. § 28 Rn. 75 ff.

75 Simlitis in Simlitis, BDSG 8. Aufl. § 28 Rn. 293.

Leistungsprüfung findet sich diese Klarstellung in § 213 VVG, der insoweit vorrangig zu beachten ist<sup>76</sup>.

Namentlich im Anwendungsbereich von § 213 VVG kommen Datenerhebungsmaßnahmen von vornherein nur bei Vorliegen einer Einwilligung in Betracht. Gleiches gilt für Auskunftsverlangen, die der Versicherer unmittelbar an den Versicherten richtet. Es wird nicht ersichtlich, dass und warum es auf eine gesetzliche Erlaubnis zur Datenerhebung und eine Interessenabwägung im Sinne der Datenschutzrichtlinie ankommen soll.

## 2. Rechtsprechung des BVerfG

a) Soweit die Mindermeinung zudem die Rechtsprechung des BVerfG<sup>77</sup> vom 23. 10. 2006 und 17. 7. 2013 zum informationellen Selbstbestimmungsrecht des VN im Zusammenhang mit der Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten bei Dritten heranzieht<sup>78</sup>, ist dieser Verweis gleichfalls nicht tragfähig. Insbesondere ist – wie schon mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH – nichts für die These ersichtlich, es läge auf der Hand, dass die Überprüfung vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzungen in der Leistungsprüfung bei Weitem über das hinausgehe, was das BVerfG für zulässig halte<sup>79</sup>.

b) Mit seiner Entscheidung vom 23. 10. 2006 hat das BVerfG die bisher übliche Praxis der Gesundheitsdatenerhebung<sup>80</sup>, allein auf eine – regelmäßig bereits bei Antragstellung erteilte – generelle Einwilligung- und Schweigepflichtentbindung zurückzugreifen, so dass der Betroffene im Vorfeld der Datenerhebung nicht erkennen konnte, welche Daten bei welcher Datenquelle zu welchem Zeitpunkt erhoben werden, beendet. Diesbezüglich hat das BVerfG hervorgehoben, dass der VN die Reichweite seiner Erklärung abschätzen können muss<sup>81</sup>. Zugleich stellte das BVerfG jedoch klar, dass auch generelle Einwilligungserklärungen dem Grunde nach zulässig sind, dem VN die Möglichkeit zu informationellem Selbstschutz geboten werden muss, die er auch ausschlagen kann<sup>82</sup>. Als gangbaren Weg skizzierte das Gericht seinerzeit die Einräumung einer Widerspruchsmöglichkeit<sup>83</sup>. Nunmehr stellt § 213 VVG sicher, dass die Anforderungen des BVerfG beachtet werden. Namentlich steht es dem VN frei, einer Datenerhebung nur im konkreten Einzelfall zuzustimmen und nur für diesen Fall eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben. Entscheidet er sich demgegenüber für eine generelle Einwilligungserklärung, was gem. § 213 Abs. 2 S. 1 VVG zulässig ist, so ist er von einer bevorstehenden Datenerhebung gesondert zu unterrichten und kann ihr widersprechen (§ 213 Abs. 2 S. 2 VVG)<sup>84</sup>. Der vorseitigen des BVerfG angeordnete Zustand ist dementsprechend beseitigt.

Mit keinem Wort hat demgegenüber das BVerfG die Auffassung vertreten, dass Datenerhebungen nur bezogen auf den Versicherungsfall an sich zulässig sind. Nichts anderes gilt auch mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG vom 17. 7. 2013<sup>85</sup>. Die Entscheidung ist gleichfalls noch zum alten Recht ergangen und hat für das nach § 213 VVG anzuwendende Verfahren allenfalls noch insoweit Bedeutung, als ihr Anhaltspunkte für zur Erforderlichkeit einer Datenerhebung entnommen werden können. Denn gemäß dem zugrunde liegenden Sachverhalt hat der Versicherer insbesondere die Abgabe folgender Erklärung gefordert:

Im Zusammenhang mit meinem Antrag auf Berufsunfähigkeitsleistungen gebe ich ausdrücklich mein Einverständnis, dass [die Krankenkasse bzw. die jeweilige Ärztin] der [Beklagten] umfassend anhand der vorliegenden Unterlagen über meine Gesundheitsverhältnisse, Arbeitsunfähigkeitszeiten und Behandlungsdaten Auskunft erteilt<sup>86</sup>.

Das hat das BVerfG als zu weitreichend erachtet, weil „nahezu alle bei den benannten Auskunftsstellen über die Beschwerdeführerin vorliegenden Informationen“ erfasst werden. Dem man auch im Anwendungsbereich des § 213 VVG zustimmen können, was insbesondere gilt, wenn vorvertragliche Umstände

geprüft werden sollten. Denn dann fehlt schon die Einschränkung in zeitlicher Hinsicht nach Maßgabe der Antragsfragen. Wurden bei Antragstellung etwa nur nach Krankheiten und Beschwerden fünf Jahre vor Vertragsabschluss gefragt, dann können Datenerhebungsmaßnahmen, die sich auch auf den vorausgegangenen Zeitraum erstrecken würden, naturgemäß nicht mehr erforderlich sein i. S. d. § 213 VVG<sup>87</sup>. Diesem Umstand muss dann auch auf Ebene der Einwilligungserklärung durch eine entsprechende Beschränkung in zeitlicher Hinsicht Rechnung getragen werden, die in dem vom BVerfG entschiedenen Fall fehlte.

## IV. Verweigerter Mitwirkung des Versicherungsnehmers

### 1. Berechtigte Weigerung

Welche Rechtsfolgen schließlich gelten, wenn der VN sich weigert, vorseitigen des VN angeforderte Auskünfte zu erteilen oder durch Abgabe einer Einwilligung- und Schweigepflichtenbindungserklärung an der Leistungsprüfung mitzuwirken, hängt zunächst davon ab, ob die Weigerung berechtigt ist und welche Rechtsfolgen bedingungsgemäß bei unberechtigter Weigerung vorgesehen sind.

Insoweit ist klarzustellen, dass die Abgabe einer Einwilligung- und Schweigepflichtenbindungserklärung bedingungsgemäß nicht mehr *isoliert* als Obliegenheit normiert werden kann, weil in der Ausübung der gem. § 213 VVG verbrieften Rechte keine Obliegenheitsverletzung liegen kann<sup>88</sup>. Eine vertragliche Obliegenheit, die dem Anspruchsteller indes neben der Erteilung einer Einwilligung- und Schweigepflichtenbindungserklärung aufgibt, angeforderte Gesundheitsdaten selbst zu beschaffen und dem Versicherer vorzulegen, begegnet keinen zivil- oder verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>89</sup>.

Liegt allerdings ein Fall der berechtigten Weigerung vor, etwa weil das Auskunftsverlangen des Versicherers nicht erforderlich ist, so liegt weder eine notwendige Erhebung i. S. d. § 14 Abs. 1 VVG vor noch kommt eine Obliegenheitsverletzung in Betracht.

### 2. Unberechtigte Weigerung

Ist die Weigerung des VN indes unberechtigt, namentlich weil die die beabsichtigte Informationsbeschaffung erforderlich ist und auch

76 Vgl. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG; das sieht im Übrigen auch *Egger* so, vgl. *VersR* 2012, 810 (814).

77 BVerfG *VersR* 2006, 1669; *VersR* 2013, 1425.

78 *Egger* *VersR* 2012, 810 (815 f.); *VersR* 2014, 1304 (1307 f.).

79 So aber *Egger* *VersR* 2014, 1304 (1308); s. auch *VersR* 2014, 553.

80 Diese Praxis beruhte auf einer Abstimmung mit den Datenschutzbehörden, vgl. *VerBAV* 1989, 345 (346) und wurde auch von der Rechtsprechung gebilligt, vgl. *OLG Celle* *VersR* 2004, 317; *OLG Hamburg* *VersR* 1994, 1170.

81 BVerfG *VersR* 2006, 1669 (1671).

82 BVerfG *VersR* 2006, 1669 (1672).

83 BVerfG *VersR* 2006, 1669 (1672).

84 Im Fall einer Spezialeinwilligung wäre eine vorhergehende Unterrichtung demgegenüber purer Formalismus und würde auch nicht der Erwartungshaltung des VN entsprechen, weshalb sie dort nach zutreffender Auffassung unterbleiben kann, vgl. *Britz* aaO (Fn. 3) S. 146 ff. m. w. N.

85 BVerfG *VersR* 2006, 1669 (1672).

86 BVerfG *VersR* 2006, 1669 (1672).

87 S. oben unter II 1 d.

88 *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG 28. Aufl. 2010 § 213 Rn. 54; *Marlow/Spuhl* aaO (Fn. 2) Rn. 1473.

89 *Muschner* aaO (Fn. 2) § 213 Rn. 55 ff.; *Voit* aaO (Fn. 88) § 213 Rn. 55; *Rixecker* aaO (Fn. 9) § 213 Rn. 22; *Britz* aaO (Fn. 3) S. 209 f.

im Übrigen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, so kann der Versicherer die notwendigen Erhebungen gem. § 14 Abs. 1 VVG nicht abschließen und die Versicherungsleistung wird nicht fällig.

Bezieht sich die Weigerung des VN auf eine Erklärung gem. § 213 VVG und weigert er sich überdies, angeforderte Gesundheitsdaten – auch bezogen auf vorvertragliche Umstände – vorzulegen, liegt bei schuldhaftem Verhalten eine Obliegenheitsverletzung vor, wenn und soweit eine entsprechende Obliegenheit bedingungsgemäß vereinbart ist.

### 3. Postmortale Gesundheitsdatenerhebung

a) Probleme bereiten in der Praxis immer wieder Fälle, in denen der Betroffene bereits vor einer Datenerhebung gem. § 213 VVG verstorben ist und auch keine über den Tod hinausreichende Einwilligung erteilt hat<sup>90</sup>.

Nach zutreffender Auffassung erlöschen zwar datenschutzrechtliche Schutznormen und damit § 213 VVG mit dem Tod des Betroffenen, sofern keine Geltung über den Tod hinaus angeordnet ist<sup>91</sup>. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht entfaltet indes gleichwohl weiterhin Schutzwirkungen<sup>92</sup> und auch die Schweigepflicht der Datenquelle besteht über den Tod des betroffenen hinaus, wie § 203 Abs. 4 StGB klarstellt. Einigkeit dürfte insoweit noch dahin gehend bestehen, dass mit Blick auf die Schweigepflichtenbindung die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung heranzuziehen sind<sup>93</sup>. Fraglich ist aber, wie diese Grundsätze *in concreto* anzuwenden sind und was gelten soll, wenn die Datenquelle sich ausdrücklich auf ihre Schweigepflicht beruft.

b) Keinesfalls Zustimmung verdient in diesem Zusammenhang jedoch die lapidare Feststellung des OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung 3. 9. 2014<sup>94</sup>:

Beruft sich [der Versicherer] zum Nachweis der von ihr behaupteten bewusst falschen Beantwortung von Gesundheitsfragen durch den Versicherten im Antragsformular auf das Zeugnis des Hausarztes des mittlerweile Verstorbenen, ist von einer mutmaßlichen Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht (§ 385 Abs. 2 ZPO) nicht auszugehen, weshalb der Arzt zur Zeugnisverweigerung gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berechtigt ist. Ein Interesse des Verstorbenen an der Aussage des Zeugen besteht nicht.

Wurden Gesundheitsfragen wahrheitswidrig beantwortet, gehe dessen Interesse vielmehr gerade dahin, dies nicht im Rahmen einer Beweisaufnahme zu offenbaren.

Auch das individuelle Interesse des lebenden VN geht, sollte er Antragsfragen wahrheitswidrig beantwortet haben, dahin, dass dieser Umstand möglichst unbemerkt bleibt. Diese subjektive Sichtweise des Betroffenen ist indes bei Lebenden zweifelsohne unerheblich. Der Lebende muss vielmehr – wie dargelegt – auch solchen Auskunftsverlangen nachkommen, die gegebenenfalls zu einer Leistungsfreiheit des Versicherers führen können, will er die Fälligkeit der Versicherungsleistung herbeiführen<sup>95</sup>. Warum der Verstorbene gegenüber dem Lebenden in der vorseiten des OLG Karlsruhe angenommenen Weise privilegiert werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die mutmaßliche Einwilligung ist lediglich Erklärungssurrogat, d. h. sie ersetzt die nicht mehr mögliche Erklärung des Betroffenen und es kommt insoweit darauf an, ob nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass der Betroffene – könnte er befragt werden – seine Einwilligung erteilt hätte<sup>96</sup>. Insoweit genießen subjektive Kriterien – wie z. B. Äußerungen des Betroffenen zu Lebzeiten – zwar Vorrang<sup>97</sup>, liegen solche – wie regelmäßig – jedoch nicht vor, so bleibt nur der Rückgriff darauf, was ein neutraler Dritter in der Person des Betroffenen als normal und vernünftig ansehen würde<sup>98</sup>. Allein die Existenz des Versicherungsvertrags spricht insoweit dafür, dass das Inte-

resse des Verstorbenen dahin geht, dass Ansprüche durch seine Hinterbliebenen geltend gemacht werden können<sup>99</sup>. Daraus ergibt sich im Regelfall die Vermutung, dass der Betroffene seine Einwilligung in erforderliche Datenerhebungsmaßnahmen erteilt hätte, da andernfalls die durch seine Erben oder einen Bezugsberechtigten geltend gemachten Ansprüche nicht fällig werden können<sup>100</sup>. Diese Vermutung steht allerdings unter einem subjektiven Korrekturvorbereitung, sofern Umstände vorliegen, die gleichwohl für eine Weigerung des Betroffenen sprechen<sup>101</sup>. Eine solche Korrektur kann indes nicht allein auf die Erwägung gestützt werden, der mutmaßliche Wille des VN gehe dahin, Anzeigepflichtverletzungen möglichst zu verheimlichen. Denn es ist der Wille des durchschnittlichen und damit des redlichen VN auf den es ankommt. Namentlich kann es nicht darauf ankommen, einen unredlichen VN vor Entdeckung zu bewahren.

c) Kann die Vermutung einer Erklärungserteilung also durch konkrete Umstände erschüttert werden, so stellt sich die Frage, wie dieser Umstand – insbesondere in einem Prozess – ausreichend Rechnung getragen werden kann.

Das ist jedenfalls dann ohne Weiteres möglich, wenn bezüglich der Rolle der Datenquelle in Konstellationen der in Rede stehenden Art der zutreffenden Auffassung gefolgt wird. Danach steht der Datenquelle zwar ein Entscheidungsspielraum bei der Frage zu, ob die Preisgabe eines Geheimnisses von einer mutmaßlichen Einwilligung des Verstorbenen gedeckt ist; ihr ist aber zugleich zuzumuten, plausibel darzulegen, dass und warum eine Offenlegung ausscheidet<sup>102</sup>. Unzureichend ist namentlich ein pauschaler Hinweis auf das Standesethos oder das eigene Gewissen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Datenquelle an ihre Zeugenpflicht gerichtlich – auch mit Zwangsmitteln – zu erinnern<sup>103</sup>.

90 Vgl. insbesondere zu den nachfolgend angesprochenen Aspekten *Britz* aaO (Fn. 3) S. 161 ff.

91 *Eberhardt* aaO (Fn. 26) § 213 Rn. 25; möchte man demgegenüber die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung auch auf Ebene des § 213 VVG anwenden, vgl. in diesem Sinn *Neuhaus/Kloth* NJOZ 2009, 1370 (1373); *Fricke* VersR 2009, 297 (299), so gelten die Ausführungen zur Schweigepflicht entsprechend.

92 Wie genau diese „postmortale Schutzzone“ rechtsdogmatisch zu konstruieren ist, steht freilich mit Blick auf die fehlende Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen im Streit.

93 Bezüglich § 203 StGB entspricht dies der st. Rspr., vgl. BGH VersR 1983, 384 (286); BGHZ 91, 392 (399) = VersR 1984, 963 (964 f.); BAG NJW 2010, 1222; OLG München VersR 2009, 982 (983); wegen der Höchstpersönlichkeit der Schweigepflichtentbindung scheidet namentlich ein Rechtsübergang auf Erben aus, vgl. OLG Saarbrücken VersR 2009, 1479 m. w. N.

94 OLG Karlsruhe vom 3. 9. 2014 – 12 W 37/14 – VersR 2015, 221.

95 S. oben unter II.

96 BGHZ 91, 392 = VersR 1984, 963; BGHSt 35, 245; ausführlich und m. w. N. *Bender*, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen 1998 S. 404.

97 BGH NJW 1988, 2310; 1995, 204.

98 BGH NJW 1988, 2310; kritisch hierzu *Bender* aaO (Fn. 96) S. 434 ff.

99 *Spickhoff* NJW 2005, 1982 (1984); s. für arzt haftungsrechtliche Ansprüche auch BGH VersR 1983, 284, wo davon ausgegangen wurde, dass ein Geheimhaltungswunsch des Verstorbenen bzgl. seiner Behandlungsdaten eher die Ausnahme sein wird; in diesem Sinn bezüglich der Dokumentation in einem Pflegeheim auch BGH VersR 2013, 648; s. zum Ganzen *Britz* aaO (Fn. 3) S. 170.

100 S. oben unter II 1.

101 *Spickhoff* NJW 2000, 2297 (2298 f.); 2005, 1982 (1984).

102 Vgl. BGH VersR 1983, 384; *Cieriak* in Münch. Komm. zum StGB 1. Aufl. § 203 Rn. 129.

103 Vgl. OLG Naumburg VersR 2005, 817.

## V. Zusammenfassung

Gem. §§ 31, 213 VVG ist der Versicherer berechtigt, die Erfüllung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch den VN in der Leistungsprüfung zu überprüfen. Grund und Grenze für entsprechende Auskunftsverlangen gem. § 31 VVG und Gesundheitsdatenerhebungen gem. § 213 VVG bilden die Antragsfragen.

Die Überprüfung der vertraglichen Grundlage in der Leistungsprüfung führt nicht zu einer unzulässigen Verlagerung der Risikoprüfung, weil der Versicherer im Rahmen der Annahmemeitscheidung von der Redlichkeit seines VN und der wahrheitsgemäßen Beantwortung der Gefahrfragen ausgehen darf. Europa- oder verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht. Bei unklarer Beantwortung der Antragsfragen wird der redliche VN vielmehr über die Nachfrageobliegenheit des Versicherers geschützt. Der unredliche VN ist indes nicht schutzwürdig.

Verweigert der VN die Mitwirkung, indem er beispielsweise keine Einwilligung gem. § 213 VVG erteilt und dem Auskunftsverlangen auch nicht auf andere Weise nachkommt, so wird die Versicherungsleistung im Fall einer unberechtigten Weigerung nicht fällig. Alternativ kommt Leistungsfreiheit des Versicherers in Be-

tracht, sofern eine entsprechende Obliegenheit wirksam vereinbart wurde.

Nach dem Tod des Betroffenen kommt § 213 VVG keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Mit Blick auf die über den Tod des Betroffenen hinausreichende Schweigepflicht einer Datenquelle ist – sofern keine postmortale Erklärung vorliegt – regelmäßig von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen. Insoweit kommt es namentlich nicht auf den mutmaßlichen Willen eines unredlichen VN an, vor Entdeckungen geschützt zu werden.

---

## BUCHTIPP

### Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung in Recht und Praxis

Kai-Jochen Neuhaus, 2014, 404 S.,  
kart., 170 x 240 mm, 59 Euro  
ISBN: 978-3-89952-784-1  
Verlag Versicherungswirtschaft GmbH  
vww.de

---

## Vertragsrechtliche Aspekte und regulatorische Anforderungen für das Betreiben des Maklerinkassos insbesondere vor dem Hintergrund von Solvency II

Dr. Stefanie Seitz, München\*

### I. Einführung

Der Versicherungsvertrieb umfasst heutzutage die verschiedensten Vertriebsformen. Eine Versicherung kann direkt beim Versicherer über den Direktvertrieb abgeschlossen werden. Besonders die Digitalisierung fördert gegenwärtig den direkten Internetvertriebsweg. Ferner kommen als Schnittstelle zwischen Versicherer und VN die Vertriebstypen Versicherungsberater (§§ 34 e GewO, 59 Abs. 4 VVG) und Versicherungsvermittler (§§ 34 d GewO, 59 Abs. 1 VVG) vor. Als Versicherungsvermittler erfasst sind insbesondere die Versicherungsvertreter nach § 59 Abs. 2 VVG und die Versicherungsmakler gem. § 59 Abs. 3 VVG<sup>1</sup>. Gerade die Maklerschaft reicht historisch weit zurück. Erste Tätigkeiten des Versicherungsmaklers finden sich im 14. Jahrhundert. Unter der Mitwirkung von Versicherungsmaklern kamen die ersten Versicherungsverträge zustande<sup>2</sup>. Seitdem haben sich im Maklerwesen diverse Handelsbräuche, Usancen und Traditionen herausgebildet<sup>3</sup>. Das Maklerinkasso zählt dazu.

Die fortschreitenden europäischen gesetzgeberischen Entwicklungen – Neufassung der Versicherungsvermittlungsrichtlinie (IMD 2)<sup>4</sup>, Neufassung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II)<sup>5</sup>, Veröffentlichung der PRIIP-Verordnung<sup>6</sup> – stellen Herausforderungen für den Versicherungsvertrieb dar und werden diesen weiter verändern. Darüber hinaus wirkt sich das Solvency-II-Regelwerk<sup>7</sup>, das sich direkt an die Versicherungsunternehmen wendet<sup>8</sup>, auf den Versicherungsvertrieb aus. Für den Vertriebsweg über Makler bedeutet diese Entwicklung aufgrund seiner langen Traditionen und Besonderheiten den wahrscheinlich stärksten Umbruch. Besonders aus den regulatorischen Vorgaben für den Versicherer zum Outsourcing können Änderungen auch für die Maklerschaft folgen. Versicherungsmakler sind neben der Vermittlung von Versicherungen häufig als Dienstleister für die Versicherer tätig. Die Makler dokumentieren etwa für den Versicherer Vertragsbeziehungen, regulieren Schäden oder übernehmen Inkassotätigkeiten. Insbesondere kassieren Versi-

- \* Dr. Stefanie Seitz, LL.M. (Suffolk Boston), ist Syndikusanwältin im Fachbereich Recht und Compliance der Allianz Deutschland AG, München, und ehrenamtliches Mitglied im Prüfungsausschuss der IHK München und Oberbayern. Der Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder.
- Die Verfasserin ist Autorin des Buches „Die Bedeutung der Vertrauensschadenversicherung im Kontext von Wirtschaftskriminalität, Risikomanagement und Compliance“ Bd. 5 der Düsseldorf Reihe, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2011, 228 S.
- 1 Zur Vertriebsfunktion *Schradin* in Langheld/Wandt, Münch. Komm. zum VVG Bd. 1 2010 Betriebswirtschaftslehre der Versicherung Rn. 53 f.; *Reiff* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 2. Aufl. 2009 § 5 Rn. 3 ff.; ders., Beratungspflichten und Beratungshaftung des Versicherungsvermittlers, Düsseldorf Vorträge zum Versicherungsrecht 2009, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2010 S. 1 f.
- 2 *Möller*, Recht und Wirklichkeit der Versicherungsvermittlung 1944 S. 5 f.; *Zinnert* VersR 2000, 399; *Durstin/Peters* VersR 2007, 1456; dazu auch *Koch* VersR 2014, 916 (917).
- 3 Vgl. *Zinnert* VersR 2000, 399.
- 4 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung (Neufassung) vom 3. 7. 2012 COM (2012) 360 final; s. auch BR-Drucks. 389/12.
- 5 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung) ABIEU 2014 L 173, 349.
- 6 Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 11. 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Versicherungsanlageprodukte (PRIIP) ABIEU 2014 L 352.
- 7 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) ABIEU 2009 L 335.
- 8 Zum Anwendungsbereich des Solvency-II-Regelwerks vgl. BaFin-Verlautbarung, Aufbau und Inhalt von Solvency II [http://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Versicherer/Pensionsfonds/AufbauSolvencyII/aufbau\\_solvency2\\_node.html doc2812708body Text2](http://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Versicherer/Pensionsfonds/AufbauSolvencyII/aufbau_solvency2_node.html doc2812708body Text2) (Stand 2. 2. 2015).