



SPEKTRUM

■ für Versicherungsrecht (SpV)

Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht
im DAV

Ausgabe 2
Juni 2017

www.spektrum-versicherungsrecht.de
www.davvers.de

Herausgegeben von: RA Helmut Katschthaler LL.M.
RAin Isabell Knöpper (Schriftleitung) · RA Peter Konrad ·
RA Michael Piepenbrock · RAin Monika Maria Risch · RA Christian Terno



Editorial

Legal Technology ist eines der aktuellen, nicht nur berufsspezifischen Themen, sondern es bewegt auch die Versicherungswirtschaft. Eine qualitativ gute – und sehr wahrscheinlich auch preisgünstige – Rechtsdienstleistung anzubieten, ist nicht nur ein verlockendes Motiv, sondern bei den meisten Versicherern dem wirtschaftlichem Druck geschuldet.

Befassen wir Anwälte uns ausreichend genug mit unserer beruflichen Zukunft?

Wie sieht eine solche Befassung aus, und wie lässt sich diese in dem durch permanenten Termindruck geprägten Berufsalltag gewährleisten?

Auch in der Vergangenheit beschäftigte sich die Anwaltschaft mit ihrer Zukunft. Als Verfechter der Interessen der Mandanten seien wir geübt, uns neuen Herausforderungen zu stellen, scheint ein eher nicht belastbares Fazit.

Den jüngsten Statistiken entnimmt man, dass das Wachstum der Anwaltschaft gestoppt sei. Im Gegensatz zu der in der Vergangenheit stetig wachsenden Zahl der Berufsträger, sei seit diesem Jahr ein leichter Rückgang der Zulassungen zu verzeichnen. Lediglich in den Ballungsgebieten sei noch ein Ansteigen der Zahlen erkennbar. Auch unsere Arbeitsgemeinschaft ist stetig gewachsen.

Die Anwaltschaft sei „vielfältiger“ geworden, die anwaltliche Berufsausübung breit gefächert. Dennoch ist die Selbstständigkeit für Anwälte mit gut 80 % Anteil auf dem Arbeitsmarkt nach wie vor die Norm. Knapp ein Drittel aller Rechtsanwälte üben ihren Beruf als Einzelanwälte aus. Die Einnahmenstatistik zeichnet – seit Jahren – ein sehr uneinheitliches Bild.

Im Vergleich sind Fachanwälte häufiger selbstständig tätig als ihre Berufskollegen. Es lässt sich also belegen, dass die Fachanwaltschaft und die Spezialisierung zu dem unternehmerischen Erfolg beitragen. Nicht allein ausschlaggebend scheint dabei die Unternehmensorganisation oder die Ausrichtung auf bestimmte Mandate oder Mandanten zu sein.

Die Arbeitsgemeinschaft bietet allen mit versicherungsrechtlichen Themen befassten Kolleginnen und Kollegen ein Forum für einen fachlichen Austausch. Wir tun gut daran, diese Ausrichtung beizubehalten und uns für keine Seite der Versicherungsvertragsparteien zu positionieren.

Inhalt

Editorial von Michael Piepenbrock	5
Dr. Mennemeyer/Dr. Hugemann Rechtsprechung des BGH zum Recht der Personen- versicherung und zu Besonder- heiten der Prozessführung im 2. Halbjahr 2016	6

Berlin, im Mai 2017
Michael Piepenbrock
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Rechtsprechung des BGH zum Recht der Personenversicherung und zu Besonderheiten der Prozessführung im 2. Halbjahr 2016*

Das Recht der Personenversicherung bildete – wie gewohnt – im Berichtszeitraum einen deutlichen Schwerpunkt der Tätigkeit des Versicherungssenats.

1.

Auch im 2. Halbjahr 2016 betraf wieder eine erhebliche Anzahl von Verfahren die **Rückabwicklung von Lebens- und Rentenversicherungsverträgen** nach Widerspruch gem. § 5a VVG a. F. (bzw. Widerruf und Rücktritt gem. § 8 VVG a. F.). Inhaltlich ergibt sich aus diesen Entscheidungen wenig Neues. Im Wesentlichen lassen sich den Judikaten folgende Grundsätze entnehmen:

a)

Ein Bündel von Entscheidungen billigt (erneut¹) die ständige Rechtsprechung des OLG Köln, nach der bei der Beurteilung der Ordnungsgemäßheit der Widerspruchsbelehrung der „Gesamtinhalt des Policenbegleitschreibens“ einbezogen werden könne und trotz der Verwendung des Begriffs „Beilagen“ im Versicherungsschein hinreichend klar werde, dass es sich auch bei den unter diesem Begriff angeführten Verbraucherinformationen um Unterlagen im Sinne der Widerspruchsbelehrung handele.²

Knüpft die Widerspruchsbelehrung den Fristbeginn indes nur an die „Überlassung der Unterlagen“, ohne diese eindeutig zu benennen, und werden diese auch im Policenbegleitschreiben nicht konkret bezeichnet, fehlt es an

einer ordnungsgemäßen und die Widerspruchsfrist in Lauf setzenden Belehrung.³

Unzureichend ist des Weiteren eine Widerspruchsbelehrung, in der einzelne Unterlagen herausgegriffen werden, die zu der Verbraucherinformation gehören; denn damit wird für den Versicherungsnehmer nicht klar, dass die nach § 10a VAG a. F. gesetzlich vorgeschriebene Verbraucherinformation die Überlassung weiterer Unterlagen als der in der Widerspruchsbelehrung genannten voraussetzt.⁴

Eine Widerspruchsbelehrung ist nicht ordnungsgemäß, wenn sie keinen Hinweis darauf enthält, dass der Widerspruch der schriftlichen Form (ab 01. August 2001: Textform) bedarf. **Das Schrift- bzw. Textformerfordernis kann der Versicherungsnehmer nicht aus der Formulierung entnehmen, dass zur Wahrung der Frist die rechtzeitige Absendung des Widerspruchs genüge.**⁵

Soweit § 10a Abs. 2 Satz 2 VAG a. F. eine eindeutige Formulierung, übersichtliche Gliederung und verständliche Abfassung der Verbraucherinformation verlangt, folgt daraus **keine Pflicht zur Erteilung der Information in einer gesonderten Urkunde oder einem zusammenhängenden Text**; es reicht aus, wenn etwa im Versicherungsschein unter der Überschrift „Vertragsgrundlagen“ eine Aufzählung der übersandten Unterlagen erfolgt und sich aus dem Zusammenhang damit sowie den tatsächlich übersandten Unterlagen, die jeweils in der Kopfzeile benannt sind, für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer un-

* Auszug aus der Rechtsprechungsübersicht der Kanzlei Mennemeyer & Rädler GbR

¹ Vgl. bereits Beschluss vom 30. Juni 2015 – IV ZR 16/14 – nur bei juris.

² Beschlüsse vom 11. Juli und 12. September 2016 – IV ZR 12/16 –; vom 12. Juli 2016 – IV ZR 558/15 – und – IV ZR 505/15 –; vom 12. Juli und 12. September 2016 – IV ZR 519/15 –; vom 27. September und 17. November 2016 – IV ZR 125/16 – und vom 08. Dezember 2016 – IV ZR 144/16 – jeweils nur bei juris.

³ Urteil vom 07. September 2016 – IV ZR 306/14 – r+s 2016, 607 = juris, Rn. 11.

⁴ Urteil vom 28. September 2016 – IV ZR 192/14 – VersR 2016, 1484 = juris, Rn. 13.

⁵ Urteile vom 21. Dezember 2016 – IV ZR 399/15 – r+s 2017, 128 = juris, Rn. 12; – IV ZR 217/15 – r+s 2017, 129 = juris, Rn. 11; – IV ZR 339/15 – r+s 2017, 130 = juris, Rn. 11 und – IV ZR 425/15 – NJW-RR 2017, 151 = juris, Rn. 12.

missverständlich ergibt, welches die Verbraucherinformation ist.⁶

Ist nicht feststellbar, dass ein Versicherungsmakler, der sich selbst einen Vertrag vermittelt hat, über die Einzelheiten des Widerspruchsrechts genau informiert war, kann im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Widerspruchsbelehrung (hier: fehlender Hinweis auf die nötige Textform) ein Lösungsrecht nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass der Makler allein „aufgrund seines Status“ des besonderen Schutzes nicht bedürfe.⁷ Der Versicherer kann nicht darauf verweisen, dass er im Gegenzug für die Provisionszahlungen erwarten dürfe, dass der Versicherungsnehmer als Makler Versicherungsinteressenten ordnungsgemäß über das Widerspruchsrecht aufkläre, weil nicht der Versicherungsmakler, sondern der Versicherer für die ordnungsgemäße Widerspruchsbelehrung verantwortlich ist.

Auch eine **Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 4 VVG a. F.** bedarf einer Form, die dem Aufklärungsziel Rechnung trägt, weshalb die Erklärung darauf angelegt sein muss, den Angesprochenen aufmerksam zu machen und das Wissen, um das es geht, zu vermitteln.⁸ Gleiche Anforderungen stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung an die Belehrung über das **Rücktrittsrecht nach § 8 Abs. 5 VVG a. F.**⁹ Eine Aufklärung über das Widerrufsrecht, die sich zwar über der Unterschriftenzeile, dort aber als dritter von sechs Absätzen inmitten zahlreicher weiterer Hinweise und Informationen ohne drucktechnische Hervorhebung findet, genügt diesen Anforderungen nicht.

⁶ Urteil vom 13. Juli 2016 – IV ZR 541/15 – r+s 2016, 609 = juris, Rn. 11 sowie Beschlüsse vom 21. Juli und 12. September 2016 – IV ZR 17/16 – nur bei juris.

⁷ Beschluss vom 13. Juli 2016 – IV ZR 329/15 – VersR 2016, 1169 = r+s 2016, 608 = juris, Rn. 3.

⁸ Urteil vom 20. Juli 2016 – IV ZR 166/12 – nur bei juris, Rn. 12.

⁹ Urteil vom 28. September 2016 – IV ZR 41/14 – VersR 2016, 1483 = juris, Rn. 16.

b) Eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerspruchsrecht ist auch nicht ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Versicherungsnehmer bei seinem Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages durch einen **Versicherungsmakler** beraten worden ist. **Darauf, ob der Versicherungsnehmer im Einzelfall trotz nicht ordnungsgemäßer Belehrung von seinem Widerspruchsrecht gleichwohl zutreffend Kenntnis hatte, kommt es nicht an; die Frage der Ordnungsgemäßheit der Belehrung ist abstrakt zu beurteilen.**¹⁰

c) Ist dem Versicherungsnehmer keine ordnungsgemäße Widerspruchsbelehrung zuteil geworden, ist sein Recht zum Widerspruch in aller Regel nicht verwirkt, weil es jedenfalls am Umstandsmoment fehlt; denn ein schutzwürdiges Vertrauen kann der Versicherer, der die Situation selbst durch die Erteilung einer nicht ordnungsgemäßen Widerspruchsbelehrung herbeigeführt hat, nicht in Anspruch nehmen.¹¹

Das gilt auch dann, wenn der Versicherungsnehmer sich während der Vertragslaufzeit nach dem Rückkaufswert erkundigt, das Versicherungsverhältnis auf die entsprechende Auskunft hin aber noch mehrere Jahre fortsetzt hat, und er außerdem kontinuierlich über die regelmäßig aufgrund einer entsprechenden Dynamik-Vereinbarung erfolgten Anpassungen von Versicherungsleistungen und -beiträgen informiert wurde, ohne dies zum Anlass für ein Auflösungsverlangen zu nehmen.¹² Ebenso unbeachtlich ist es, wenn der Versicherungsnehmer während der Vertragslaufzeit mehrfach den Versicherungsmakler wechselt und die jeweils beauftragten Makler Ansprüche auf die Bestandscourtage für den Vertrag anmelden, weil der Versicherer dies nicht so verstehen kann, dass der Versicherungsnehmer

¹⁰ Urteil vom 21. Dezember 2016 – IV ZR 339/15 – r+s 2017, 130 = juris, Rn. 12.

¹¹ Urteil vom 28. September 2016 – IV ZR 210/14 – VersR 2016, 1419 = juris, Rn. 17.

¹² Urteil vom 21. Dezember 2016 – IV ZR 339/15 – r+s 2017, 130 = juris, Rn. 15.

unabhängig von einem etwaigen Lösungsrecht unbedingt den Versicherungsvertrag fortsetzen will.¹³ Schließlich schaden auch die Vornahme von Vertragsänderungen und die Übertragung des Vertrags auf einen Versicherungsmakler nicht.¹⁴

Ob der Verwirkungseinwand möglich ist, wenn eine Widerspruchsbelehrung **nur marginale Fehler** aufweist¹⁵, brauchte der Versicherungssenat auch weiterhin nicht zu entscheiden; denn die Belehrungsmängel, mit denen er sich zu befassen hatte, waren nicht belanglos.¹⁶

d)

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB beginnt erst mit Schluss des Jahres, in dem der Versicherungsnehmer den Widerspruch erklärt, weil der Bereicherungsanspruch erst mit der Ausübung des Widerspruchsrechts entsteht.¹⁷

e)

Steht dem Versicherungsnehmer nach wirksamem Widerruf des Versicherungsvertrages ein Bereicherungsanspruch zu, umfasst dieser nicht uneingeschränkt alle gezahlten Prämien. Der **Versicherungsnehmer muss sich** vielmehr **den jedenfalls bis zur Kündigung des Vertrages genossenen Versicherungsschutz anrechnen lassen**, zu dessen Bemessung bei Lebensversicherungen insbesondere der Risikoanteil herangezogen werden kann.¹⁸

f)

Ist der Versicherungsnehmer hingegen **ordnungsgemäß über sein Widerspruchsrecht belehrt worden**, ist ihm nach ständiger Rechtsprechung des Versicherungssenats regelmäßig **nach Treu und Glauben** wegen widersprüchlicher Rechtsausübung **verwehrt**, **sich nach jahrelanger Durchführung des Vertrages auf dessen angebliche Unwirksamkeit zu berufen und daraus Bereicherungsansprüche herzuleiten**; auf die nach wie vor unbeantwortete Frage einer möglichen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 5a VVG a. F. kommt es in einem solchen Fall nicht an.¹⁹ Die Anwendung von Treu und Glauben und des Verbots widersprüchlicher Rechtsausübung bleiben in das nationale Zivilrecht eingebettet, und die nationalen Gerichte dürfen ein missbräuchliches Verhalten auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union berücksichtigen; **die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sowie der Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts werden durch die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nicht beeinträchtigt**.²⁰

2.

Die Regelung über die Herabsetzung des Krankentagegeldes und des Versicherungsbeitrags in § 4 Abs. 4 MB/KT 2009 ist **unwirksam**.²¹ Sie lautet:

„(4) Erlangt der Versicherer davon Kenntnis, dass das Nettoeinkommen der versicherten Person unter die Höhe des dem Vertrag zugrunde gelegten Einkommens gesunken ist, so kann er ohne Unterschied, ob der Versicherungsfall bereits eingetreten ist oder nicht, das Krankentagegeld und den Beitrag mit Wirkung vom Beginn des

¹³ Urteile vom 21. Dezember 2016 – IV ZR 399/15 – r+s 2017, 128 = juris, Rn. 14 und – IV ZR 425/15 – NJW-RR 2017, 151 = juris, Rn. 14.

¹⁴ Urteil vom 21. Dezember 2016 – IV ZR 217/15 – r+s 2017, 129 = juris, Rn. 14.

¹⁵ Vgl. dazu Heyers, NJW 2014, 2619 (1621).

¹⁶ Urteil vom 28. September 2016 – IV ZR 192/14 – VersR 2016, 1484 = juris, Rn. 19.

¹⁷ Urteile vom 07. September 2016 – IV ZR 174/14 – juris, Rn. 17; vom 28. September 2016 – IV ZR 210/14 – VersR 2016, 1419 = juris, Rn. 19 und – IV ZR 192/14 – VersR 2016, 1484 = juris, Rn. 21.

¹⁸ Vgl. für den Berichtszeitraum nur Urteile vom 28. September 2016 – IV ZR 210/14 – VersR 2016, 1419 = juris, Rn. 20 und – IV ZR 192/14 – VersR 2016, 1484 = juris, Rn. 22.

¹⁹ Vgl. statt vieler nur Beschluss vom 11. Juli 2016 – IV ZR 12/16 – juris, Rn. 10.

²⁰ Vgl. statt vieler nur Beschlüsse vom 12. Juli 2016 – IV ZR 558/15 – juris, Rn. 11 und vom 12. September 2016 – IV ZR 12/16 – juris, Rn. 3 ff.

²¹ Urteil vom 06. Juli 2016 – IV ZR 44/15 – NJW 2017, 388 = VersR 2016, 1177 = zfs 2016, 634.

zweiten Monats nach Kenntnis entsprechend dem geminderten Nettoeinkommen herabsetzen. Bis zum Zeitpunkt der Herabsetzung wird die Leistungspflicht im bisherigen Umfang für eine bereits eingetretene Arbeitsunfähigkeit nicht berührt.“

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte²², ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB allerdings nicht bereits daraus, dass die Klausel keinen Zeitpunkt benennt, zu dem der Versicherer sein Anpassungsrecht spätestens ausüben muss, nachdem er von einer Minderung des Nettoeinkommens Kenntnis erlangt hat.²³ Denn bei Auslegung des Versicherungsvertrages aus der Sicht eines durchschnittlichen und um verständige Würdigung bemühten Versicherungsnehmers, eröffnet die Anpassungsmöglichkeit dem Versicherer zwar auch noch im Versicherungsfall die Möglichkeit, Leistung und Prämie herabzusetzen, wenn das Nettoeinkommen des Versicherten **zuvor** unter die Höhe des dem Vertrag zugrunde gelegten Einkommens gesunken ist; die von der Vorinstanz besorgte Herabsetzung des Tagesgeldsatzes im Blick auf die durch die bedingungsgemäße Arbeitsunfähigkeit eingetretene Einkommensminderung kommt jedoch nicht in Betracht. **Der Eintritt bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit ist** nach der in § 4 Abs. 2 Satz 2 MB/KT getroffenen Regelung **der späteste Zeitpunkt für die maßgebliche Einkommensberechnung**; danach eintretende Einkommensminderungen kann der Versicherer nicht mehr zum Anlass für eine (weitere) Herabsetzung des Tagesgeldes nehmen.

Auch die von dem Berufungsgericht im Anschluss an verschiedene Literaturstimmen angenommene „Asymmetrie“ zwischen der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 4 Abs. 4 MB/KT und dem in den Tarifbedingungen geregelten Anspruch auf Erhöhung des Tages-

geldsatzes bei steigendem – oder wieder gestiegenem – Einkommen hat der BGH verneint. Die bloße Einkommensminderung führt – anders als eine Berufsunfähigkeit – nicht zu einer Beendigung der Krankentagegeldversicherung, vielmehr kann der Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz bei steigendem Einkommen ohne erneute Risikoprüfung erhöhen, und zwar sogar über den ursprünglich versicherten Tagessatz hinaus. Auch eröffnet die Anpassungsklausel dem Versicherer nicht die Möglichkeit, Erhöhungen seiner eigenen Kosten an seine Kunden weiterzugeben, ohne bei gesunkenen Kosten zugleich verpflichtet zu sein, den Preis für die Kunden herabzusetzen. **Dem „Symmetriegebot“ für Preis und Leistung in § 4 Abs. 4 MB/KT wird vielmehr bereits dadurch Rechnung getragen, dass eine Herabsetzung des Krankentagegeldsatzes immer zugleich eine Verringerung des Beitrags zur Folge hat.**

Zutreffend hatte das Berufungsgericht aber angenommen, die in § 4 Abs. 4 MB/KT getroffene Regelung sei intransparent im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil der durchschnittliche Versicherungsnehmer der Anpassungsklausel schon nicht mit der gebotenen Klarheit entnehmen kann, von welcher Dauer eine Einkommensminderung nach Vertragsschluss sein muss, um dem Versicherer die Anpassung zu ermöglichen, und wie sich das „Nettoeinkommen“ bei beruflich selbständigen Versicherungsnehmern zusammensetzt. Die Rechtssprache verbindet mit dem verwendeten Ausdruck „Nettoeinkommen“ keinen fest umrissenen Begriff, so dass das Fehlen einer näheren Erläuterung in den Tarifbedingungen die entsprechende Regelung intransparent macht. Denn jedenfalls der selbständig tätige Versicherungsnehmer wird bei seinem Begriffsverständnis zusätzlich den Zweck der Krankentagegeldversicherung in den Blick nehmen, die ihm durch einen vorübergehenden Ausfall seiner Arbeitskraft entstehenden Vermögensnachteile auszugleichen.

In diesem vertragszweckorientierten Verständnis bildet das steuerrechtlich ermittelte Nettoeinkommen bei einem beruflich selbständigen

²² OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. Dezember 2014 – 9a U 15/14 – VersR 2015, 613.

²³ Urteil vom 06. Juli 2016, a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

Versicherungsnehmer nicht ohne weiteres ein geeignetes Orientierungskriterium für die Höhe des tatsächlichen Verdienstausfalls; denn der Selbständige erwirtschaftet mit seiner Arbeitskraft auch die laufenden Betriebskosten, die nicht dadurch wegfallen, dass er vorübergehend keine Einnahmen erzielt. Ob bei ihm derartige steuerlich absetzbare Kosten oder Investitionen dem „Nettoeinkommen“ im Sinne des § 4 MB/KT als verdeckte Nettoeinkünfte zuzurechnen sind oder diese vom Bruttoeinkommen in Abzug zu bringen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Der Versicherungsnehmer wird damit nicht in die Lage versetzt, für seinen konkreten Einzelfall zu erkennen, unter welchen Voraussetzungen die Anpassungsklausel in § 4 Abs. 4 MB/KT dem Versicherer eine Herabsetzung des Tagessatzes ermöglicht, und in welchem Umfang er letztlich Versicherungsschutz erlangen kann.

Rechtsfolge dieses Verstoßes ist die Unwirksamkeit des § 4 Abs. 4 MB/KT bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Versicherungsvertrages im Übrigen (§ 306 Abs. 1 BGB); denn weder ist dispositives Gesetzesrecht vorhanden, welches an die Stelle der unwirksamen Klausel treten könnte (§ 306 Abs. 2 BGB), noch kommt eine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht. Da für den Fall der Unwirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen § 306 BGB das Risiko der Unwirksamkeit einer Klausel und der daraus erwachsenden Folgen grundsätzlich dem Verwender zuweist, scheidet auch eine Anpassung des Tagessatzes wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB aus.

3.

Mit zwei Grundsatzurteilen vom 06. Juli 2016²⁴ hat der Versicherungssenat die umstrittene Rechtsfrage, ob die Regelung des Art. 7 Satz 2 EGVG voraussetzt, dass die Leistungen aus dem **privaten Krankenversicherungsvertrag** am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes noch gemäß § 193 Abs. 6 VVG ruhend gestellt sind, dahingehend beantwortet, dass die

rückwirkende Einstufung in den Notlagentarif des § 12h VAG gemäß Art. 7 Satz 2 EGVG voraussetzt, dass ein Ruhen der Leistungen noch bei Inkrafttreten der Regelung am 01. August 2013 vorgelegen hat. Dafür sprechen der Wortlaut des Art. 7 Satz 2 bis 6 EGVG, der nicht losgelöst von dem in Art. 7 Satz 1 EGVG geregelten Grundtatbestand gesehen werden kann, als auch die Systematik der Regelung; denn Art. 7 Satz 2 EGVG ordnet seinem Wortlaut nach nur an, dass der Notlagentarif unter den dort genannten Voraussetzungen „ab“ einem früheren Zeitpunkt gilt als nach der Grundregel des Satzes 1 vorgesehen.²⁵

Ein hiervon abweichender Wille des Gesetzgebers dahingehend, dass nicht nur rückwirkend eine zeitliche Ausdehnung der Geltung des Nottarifes stattfinden soll, sondern von ihr auch solche Versicherungsnehmer erfasst sein sollen, für die die Regelung des Art. 7 Satz 1 EGVG nicht gilt, weil ein Ruhen der Leistungen nur für einen früheren Zeitraum in der Vergangenheit vorgelegen hat, kommt im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck, obwohl er wegen der verfassungsrechtlichen Problematik der darin liegenden echten Rückwirkung deutlich hätte formuliert werden müssen.²⁶

In dieser Auslegung verstößt die Regelung auch nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, auch wenn die gefundene Lösung dem Ideal der Rechtsgleichheit widersprechen mag. **Die verfassungsrechtliche Prüfung von Stichtags- und anderen Übergangsvorschriften muss sich auf die Frage beschränken, ob der Gesetzgeber den ihm zukommenden Spielraum in sachgerechter Weise genutzt hat, ob er die für die zeitliche Anknüpfung in Betracht kommenden Faktoren hinreichend gewürdigt hat und die gefundene Lösung sich im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt oder als willkürlich erscheint.** Dieser Prüfung hält die Übergangs-

²⁴ – IV ZR 169/15 – NJW 2016, 3535 = r+s 2016, 471 und – IV ZR 526/15 – nur bei juris.

²⁵ – IV ZR 169/15 – a.a.O., juris, Rn. 20.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 21 f.

regelung des Art. 7 EGWVG stand, insbesondere weil sie nicht der Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustands diene, sondern lediglich einer materiellen Besserstellung finanziell überforderter Versicherungsnehmer, die alte Rechtslage aber auch unzweifelhaft verfassungsgemäß war.

4.

Die Versicherungsnehmerin einer **privaten Krankheitskostenversicherung** verlangte u.a. Kostenerstattung für verschiedene physiotherapeutische Behandlungen, die zum Teil von der Mutter der Klägerin als selbständiger Physiotherapeutin erbracht und abgerechnet worden waren. Der Versicherer forderte die Klägerin auf, sich von einem von ihr benannten Arzt untersuchen zu lassen. Dieser Aufforderung kam die Klägerin nicht nach; sie war nur bereit, sich von einem von ihr benannten Arzt untersuchen zu lassen. Die Beklagte hatte sich daraufhin unter Verweis auf § 10 Abs. 1 der für den streitgegenständlichen Vertrag geltenden und insoweit mit den Musterbedingungen (MB/KK) identischen AVB der Beklagten wegen Verletzung der Untersuchungsobliegenheit auf Leistungsfreiheit in Bezug auf alle, mit bestimmten Diagnosen in Zusammenhang stehenden Untersuchungs- und Behandlungskosten berufen, wobei sich diese Erklärung ausdrücklich auch auf die Erstattung künftiger Kosten beziehen sollte.

Der BGH hat sich der Rechtsauffassung der Vorinstanzen angeschlossen, dass einem Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten für die von ihrer Mutter erbrachten physiotherapeutischen Maßnahmen der vertraglich vereinbarte Leistungsausschluss des **§ 5 Abs. 1 g) MB/KK** für Behandlungen durch Ehegatten, Lebenspartner, Eltern oder Kinder entgegenstehe; denn **nach der Auslegung der genannten Klausel verbleibt kein Zweifel, dass der in ihr verwendete Begriff der „Behandlung“ auch die Leistungen eines selbst liquidationsberechtigten Physiotherapeuten umfasst.**²⁷

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer auch Leistungen eines Physiotherapeuten als „Behandlungen“ ansehen, ohne dass sich aus dem für ihn ersichtlichen Sinn und Zweck der Regelung etwas anderes ergäbe. Dieser ist einerseits darauf gerichtet, den Versicherer von der oft schwierigen Prüfung zu entbinden, ob die Inrechnungstellung durch Angehörige jeweils als ernsthaft anzusehen ist, oder nur die Versicherung zum Anlass genommen wird, die Bezahlung einer unterhaltsrechtlich geschuldeten oder üblicherweise kostenlosen Behandlung zu verlangen, und soll andererseits der Gefahr entgegenwirken, wegen der persönlichen Nähe zum Angehörigen Leistungen ohne medizinische Notwendigkeit in Anspruch zu nehmen oder sie über das medizinisch notwendige Maß hinaus auszudehnen. Beides trifft auch auf die Inrechnungstellung physiotherapeutischer Leistungen durch einen Angehörigen zu, auch wenn der Physiotherapeut nicht selbst verordnungsbefugt und die Missbrauchsgefahr dadurch geringer ist.

Die in § 9 Abs. 3 MB/KK geregelte Untersuchungsobliegenheit hält einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand.²⁸ Der durchschnittliche, um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer wird die Klausel trotz ihres weiten Wortlauts nicht dahin auslegen, dass sich die versicherte Person jederzeit und ohne weiteres auf Verlangen des Versicherers einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen hätte; vielmehr setzt die dort geregelte Obliegenheit als Anlass für die ärztliche Untersuchung ein vorheriges Leistungsverlangen des Versicherungsnehmers voraus. Anhand der systematischen Stellung der Klausel nach § 9 Abs. 2 MB/KK ist auch für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer zu erkennen, dass die Untersuchung des Versicherten es dem Versicherer ermöglichen soll, seine Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag zu überprüfen; die nachfolgende Regelung über seine Obliegenheit, sich auf Verlangen des Versicherers ärztlich untersuchen zu lassen, wird er als besondere Ausprägung der

²⁷ Urteil vom 13. Juli 2016 – IV ZR 292/14 – NJW-RR 2016, 1309 = VersR 2016,1173 = r+s 2016, 472 = juris, Rn. 18.

²⁸ a.a.O., juris, Leitsatz 2 und Rn. 24.

Aufklärungsobliegenheit verstehen, welche mit- hin – ebenso wie die allgemeine Aufklärungs- obliegenheit – ein Leistungsverlangen voraus- setzt.

Die so verstandene **Untersuchungsoblie- genheit verletzt nicht das Recht des Ver- sicherungsnehmers auf informationelle Selbstbestimmung**, weil den grundrechtlich geschützten Interessen des Versicherten das gleichfalls erhebliche Offenbarungsinteresse des Versicherers gegenübersteht, das in der Vertragsfreiheit wurzelt und damit ebenfalls grundrechtlichen Schutz durch Art. 12 GG ge- nießt. Nach Abwägung der wechselseitigen Interessen stellt die in § 9 Abs. 3 MB/KK ge- regelte Obliegenheit, sich ärztlich untersuchen zu lassen, keine unangemessene Benachteiligung des Versicherten im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

§ 213 VVG ist auf die Gewinnung von Ge- sundheitsdaten des Versicherten durch eine vom privaten Krankenversicherer veranlass- te ärztliche Untersuchung weder unmittel- bar noch analog anwendbar; denn die Vor- schrift erfasst ausschließlich die Erhebung von Gesundheitsdaten bei Dritten, nicht aber bei dem Betroffenen selbst. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Arzt dem Ver- sicherer seine Untersuchungsergebnisse zur Verfügung stellt, weil auch dieser nicht „Drit- ter“, sondern „Beauftragter“ im Sinne von § 3 Abs. 8 Satz 3 Alt. 2 BDSG (sog. Auftrags- datenverarbeitung) ist: Die Tätigkeit des Arztes erschöpft sich in einer reinen Hilfsfunktion für die Erfüllung der Zwecke und Aufgaben des Auftraggebers (Versicherer), ohne dass ihm die Aufgabe, zu deren Erfüllung die Verarbei- tung der Daten notwendig ist, übertragen wird; **der Arzt ist nicht als „Herr der Daten“, son- dern lediglich als „verlängerter Arm“ des Versicherers anzusehen**. Eine analoge Heran- ziehung des § 213 VVG scheidet bereits am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke.

§ 9 Abs. 3 MB/KK ist dahin auszulegen, dass der untersuchende Arzt vom Versiche- rer bestimmt werden darf und begegnet in dieser Auslegung keinen AGB-rechtlichen Be-

denken. Der Versicherer muss sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der ärztlichen Befunderhebung verlassen können, was ein gewisses Vertrauen in den untersuchenden Arzt voraussetzt, welches durch ein Bestim- mungsrecht des Versicherungsnehmers ge- fährdet wäre. Der durchschnittliche Ver- sicherungsnehmer wird erkennen, dass die Untersuchung zunächst einer Sachverhalts- aufklärung des Versicherers dient und ihr Er- gebnis den Versicherungsnehmer nicht bindet, der sich zur Geltendmachung seines Lei- stungsbegehrens ohne weiteres der gutachter- lichen Dienste eines von ihm selbst ausge- suchten Arztes bedienen oder den Rechtsweg beschreiten kann, welcher die Möglichkeit der Erhebung eines gerichtlichen Sachverständi- gengutachtens eröffnet.

Das Auswahlrecht des Versicherers wider- spricht auch nicht dem Recht des Versiche- ten auf informationelle Selbstbestimmung, weil der auswählbare Personenkreis auf Ärzte be- schränkt ist, die zu den Berufsgeheimnisträ- gern im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB zählen und gemeinhin ein besonderes Vertrauen ge- nießen. Sofern die konkrete Gutachterausswahl des Versicherers für den Versicherten im Aus- nahmefall unzumutbar ist (z.B. infolge eines früheren Fehlverhaltens des Arztes dem Versi- cherten gegenüber), ist die Annahme einer Obliegenheitsverletzung in einem solchen Ein- zelfall an den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zu messen und ggf. zu korrigieren.

5.

Mit Fragen im Zusammenhang mit einem **Tarif- wechsel** nach § 204 VVG in der **privaten Krankheitskostenversicherung** befasst sich eine weitere Revisionsentscheidung.²⁹ Danach war die Annahme des Berufungsgerichts, dass aus der Sicht des um Verständnis bemühten Versicherers ein Antrag des Versicherungs- nehmers, der keine Angaben zu einem Risiko- zuschlag enthält, in dem Sinne zu verstehen

²⁹ Urteil vom 20. Juli 2016 – IV ZR 45/16 – NJW 2017, 169 = r+s 2016, 477. Die gleiche Thematik behan- delt bereits das Urteil vom 13. April 2016 – IV ZR 393/15 – r+s 2016, 305.

ist, dass eine Versicherung im jeweiligen Ziel-
tarif ohne Zuschläge beantragt wird, revisions-
rechtlich hinzunehmen. Entgegen der Auf-
fassung des Berufungsgerichts³⁰ war die
Beklagte jedoch nicht verpflichtet, den Kläger
und seine Ehefrau im Zielarif ohne Einbezie-
hung eines Wagniszuschlags zu versichern.
Zwar kann der Versicherungsnehmer bei ei-
nem bestehenden Versicherungsverhältnis
vom Versicherer verlangen, dass dieser Anträ-
ge auf Wechsel in andere Tarife mit gleicharti-
gem Versicherungsschutz unter Anrechnung
der aus dem Vertrag erworbenen Rechte und
der Alterungsrückstellung annimmt; sind je-
doch **die Leistungen im Zielarif höher oder
umfassender als in dem bisherigen Tarif, so
kann der Versicherer für die Mehrleistung
einen Leistungsausschluss oder einen an-
gemessenen Risikozuschlag und insoweit
auch eine Wartezeit verlangen** (§ 204 Abs. 1
Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 VVG). **Zu den Mehr-
leistungen in diesem Sinne zählt auch der
Wegfall eines Selbstbehalts bzw. ein gerin-
gerer Selbstbehalt im Zielarif gegenüber
dem Herkunftstarif.**

Durch den Tarifwechsel kommt es nicht zum
Abschluss eines neuen Versicherungsvertra-
ges, sondern der bisherige Versicherungsver-
trag wird unter Wechsel des Tarifs fortgesetzt,
so dass zu den aus dem Vertrag erworbenen
Rechten auch die Bewertung des Gesund-
heitszustandes zählt, wie sie der Versicherer
bei Abschluss des Vertrages im Herkunftstarif
vorgenommen hat. Hat der Versicherer auf
dieser Grundlage eine Gesundheitsprüfung
durchgeführt und das gesundheitliche Risiko
eingeschätzt sowie die Entscheidung getrof-
fen, den Versicherungsnehmer nach Maßgabe
des derart festgestellten und bewerteten Ge-
sundheitszustandes zu versichern, so erlangt
der Versicherungsnehmer aus dieser Bewer-
tung eine Position, die zu den „aus dem Ver-
trag erworbenen Rechten“ gehört, und von
der der Versicherer im weiteren Vertragsverlauf
nicht zu Ungunsten des Versicherten abwei-
chen darf. **Der Antrag auf Tarifwechsel be-**

**rechtigt den Versicherer daher nicht dazu,
eine vollständig neue Gesundheitsprüfung
nach §§ 19 ff. VVG durchzuführen und auf
dieser Grundlage einen Leistungsaus-
schluss oder Risikozuschlag zu verlangen.**

Berechtigt ist der Versicherer jedoch, wie
sich aus der Formulierung „soweit“ in § 204
Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 VVG ergibt, **für
die Mehrleistung des Zielarifs einen Leis-
tungsausschluss oder einen angemessenen
Risikozuschlag zu verlangen** (insoweit hat
der Vertrag den Charakter einer Zusatzversi-
cherung); **hinsichtlich der Mehrleistung kann
der Versicherer** daher für die Berechnung des
angemessenen Risikozuschlags **auch eine
Gesundheitsprüfung vornehmen.** Die erfor-
derlichen Feststellungen, ob und in welcher
Höhe nach diesen Maßgaben die Beklagte zur
Erhebung eines Risikozuschlags berechtigt
war, hatte das Berufungsgericht nicht getrof-
fen, weshalb die Revision der Beklagten zur
Aufhebung und Zurückverweisung führte.

6.

In der **Zusatzversorgung des öffentlichen
Dienstes** durch die Versorgungsanstalt des
Bundes und der Länder (VBL) hielt die sog.
„**Gegenwertregelung**“ in §§ 23 bis 23c der
Satzung der VBL (VBLS) auch im zweiten An-
lauf³¹ einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle
nicht stand.³² Die entsprechenden Satzungs-
bestimmungen unterlagen der uneinge-
schränkten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB,
da sie ohne tarifrechtlichen Ursprung waren.
Die entsprechende Prüfung leitet den Ver-
sicherungssenat zu der Erkenntnis, dass die in
Reaktion auf die beiden Urteile des BGH vom
10. Oktober 2012 vorgenommenen Satzungs-
änderungen (i.V.m. einem u.a. die Klägerin
betreffenden satzungsergänzenden Beschluss)
die klagende Beteiligte aus mehrererlei Gründen

³⁰ OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. Januar 2016 – 12 U
106/15 – r+s 2016, 190.

³¹ Vgl. bereits Urteile vom 10. Oktober 2012 – IV ZR
10/11 – VersR 2013, 46 und – IV ZR 12/11 – ver-
öffentlicht bei juris.

³² Urteil vom 07. September 2016 – IV ZR 172/15 –
r+s 2016, 573; ein Hinweis auf diese Entscheidung
und die dadurch eingetretene grundsätzliche Klä-
rung im Beschluss vom 19. Oktober 2016 – IV ZR
71/16 – führte zur Rücknahme der dortigen Revision.

– mit Unwirksamkeitsfolge – unangemessen benachteiligten. Durch eine ergänzende Vertragsauslegung ließ sich ein Behaltensgrund für die von der Klägerin damit rechtsgrundlos erbrachte Gegenwertzahlung nicht schaffen.

Ferner war der Rückzahlungsanspruch auch nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB um die von der Beklagten erbrachten Betriebsrentenleistungen zu mindern, weil diese nicht adäquat-kausal durch die Gegenwertzahlung der Klägerin entstanden waren. Reduziert hat der IV. Senat lediglich den zweitinstanzlich zuerkannten Zinsanspruch, da die Rückzahlungsforderung der Klägerin keine Entgeltforderung i.S.v. § 288 Abs. 2 BGB ist, so dass – in Ermangelung substantiierten Sachvortrags zu höheren Nutzungen der Beklagten – nur ein Anspruch i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bestand (§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB).

8.

Auch unter Geltung des alten VVG treffen den Versicherer Hinweis- und Beratungspflichten, deren Verletzung Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung begründen kann, wenn für den Versicherer erkennbar wird, dass der Versicherungsnehmer einer Belehrung bedarf, weil er über einen für ihn wesentlichen Vertragspunkt irrige Vorstellungen hat.³³ Die Klägerin hatte gegenüber der beklagten **Zusatzversorgungskasse für Angestellte des öffentlichen Dienstes** sowohl telefonisch als auch im Rahmen eines „Kurzbriefes“ Ende 2004 darauf hingewiesen, dass sie bereits eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bezog. Angesichts des von der Klägerin in diesem Zusammenhang geäußerten Wunsches, die Zusatzversicherung als freiwillige Versicherung mit einer entsprechend ihren geänderten Einkommensverhältnissen auf 25,00 € verringerten Monatsprämie fortzuführen, musste sich den mit den Satzungsbedingungen der Zusatzversicherung vertrauten Mitarbeitern der Beklagten aufdrängen, dass die Klägerin nicht im Blick hatte, dass infolge der

Bewilligung der gesetzlichen Rente auch in der Zusatzversicherung der Versicherungsfall eingetreten war und sie deshalb – anstatt weiterhin Versicherungsprämien zu zahlen – einen Rentenantrag hätte stellen können.

Nachdem die Beklagte ihren daraus resultierenden **anlassbezogenen Hinweispflichten nicht nachgekommen war, hatte sie die Klägerin so zu stellen, als hätte sie** bereits im Dezember 2004 **ihre Hinweispflichten erfüllt und als hätte sich die Klägerin danach beratungsgerecht verhalten** und zeitnah einen Rentenantrag gestellt; das Berufen der Beklagten auf die in ihrer Satzung geregelte Ausschlussfrist für die Geltendmachung des Rentenanspruchs erwies sich danach als treuwidrig, weil sich die Beklagte einer Rechtsstellung berühmte, an der sie aus Gründen des Schadensersatzes nicht festhalten durfte.

9.

§ 39 Abs. 5 der Satzung der Bayerischen **Zusatzversorgungskasse**, welcher das Ruhen der zugesagten Betriebsrente „in Höhe des Betrages des für die Zeit nach dem Beginn der Betriebsrente gezahlten Krankengeldes aus der gesetzlichen Krankenversicherung, soweit dieses nicht nach § 96a Abs. 3 SGB VI auf eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung anzurechnen oder bei einer Rente wegen voller Erwerbsminderung oder eine Rente wegen Alters als Vollrente dem Träger der Krankenversicherung zu erstatten ist“, anordnet, ist aus der auch insoweit maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherten dahin auszulegen, dass die Bestimmung nur in Fällen anzuwenden ist, in denen eine Krankentagegeldanrechnung schon an den Voraussetzungen des § 96a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB VI scheitert.³⁴ Dafür sprechen sowohl der Bedingungswortlaut als auch der systematische Regelungszusammenhang, in den die Bestimmung gestellt ist. Der durchschnittliche Versicherte wird zwar verstehen, dass derselbe Erwerbsausfall ihm nicht zugleich durch Renten- und Krankengeldzahlungen ausge-

³³ Beschluss vom 07. September 2016 – IV ZR 370/13 – r+s 2016, 552; das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

³⁴ Urteil vom 07. September 2016 – IV ZR 318/13 – VersR 2017, 25.

glichen werden soll, jedoch setzt dieses Verständnis voraus, dass zwischen beiden Ansprüchen eine Kongruenz hinsichtlich des auszugleichenden Einnahmeausfalls besteht. Das ist nicht der Fall, wenn das bezogene Krankengeld allein den Wegfall des aus einer verbliebenen Arbeitskraft unterhalb der maßgeblichen Hinzuverdienstgrenzen liegenden Hinzuverdienstes ausgleichen soll, nicht aber eine bereits zuvor erlittene Erwerbsminderung.

10.

Die bei der **BUZ-Versicherung** von Beamten zum Einsatz kommenden Bedingungswerke enthalten häufig so genannte „**Beamtenklauseln**“, die bei Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen, insbesondere der vorzeitigen Versetzung des Versicherungsnehmers in den Ruhestand infolge seines Gesundheitszustandes, die unwiderlegbare Vermutung vollständiger Berufsunfähigkeit begründen, ohne dass dem Versicherer eine Verweisungsmöglichkeit oder der Einwand einer nur teilweisen Berufsunfähigkeit zustünde.³⁵ **Wird ein versicherter Beamter „mit Ablauf“ eines Monats in den Ruhestand versetzt, so tritt der Versicherungsfall am letzten Tag dieses Monats ein, wenn nach den Versicherungsbedingungen Berufsunfähigkeit vorliegt, sobald der versicherte Beamte wegen Dienstunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen in den Ruhestand versetzt wird.**³⁶ Der durchschnittliche Versicherungsnehmer entnimmt einer solchen Klausel nämlich, dass es für den Eintritt der bedingungsgemäßen Berufsunfähigkeit allein auf den Vorgang ankommt, durch den sein Beamtenverhältnis beendet wird, und nicht auf den sich anschließenden Zustand des Ruhestandes. Der Bescheid, durch den der Beamte entlassen oder in den Ruhestand versetzt wird, entfaltet seine Gestaltungswirkung zu dem in ihm angegebenen Zeitpunkt der Entlassung oder Zurruhesetzung. Der Eintritt eines Ereignisses „mit Ablauf“ eines Monats ist rechtlich dem

ablaufenden Monat und nicht dem ersten Tag des Folgemonats zuzurechnen.

11.

In einer weiteren **BUZ**-Entscheidung führte die Nichtzulassungsbeschwerde des Versicherers zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht durch Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO, weil das Berufungsgericht gehörswidrig übergangen hat, dass die Beklagte die Behauptung des Klägers, er habe in seinem früheren Beruf als selbständiger Handelsvertreter (der Kläger lieferte für ein Unternehmen Tiefkühlkost an Haushalte aus) bessere Aufstiegschancen gehabt als bei seiner jetzigen Tätigkeit als angestellter Vertriebsfachbearbeiter im Innendienst, bestritten hatte, und es stattdessen unter Zugrundelegung des Klägervortrags eine Verweisungsmöglichkeit abgelehnt hat.³⁷ **Der Wechsel aus einer selbständigen in eine angestellte Tätigkeit allein schließt die Verweisbarkeit noch nicht aus**, sondern es bedarf stets einer auf den Einzelfall abgestellten Wertung, ob mit der neuen Tätigkeit ein spürbarer sozialer Abstieg verbunden ist.

Für die neue Verhandlung hat der BGH das Berufungsgericht ferner darauf hingewiesen, dass es eine Verweisung des Klägers auf seine jetzt ausgeübte Tätigkeit auch nicht mit der Begründung ablehnen kann, dass neu erworbene Fähigkeiten (hier: EDV-Kenntnisse) erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen seien. **Streiten die Parteien über die Anerkennung der Berufsunfähigkeit, ist im Rechtsstreit zunächst der Nachweis bedingungsgemäßer Berufsunfähigkeit zu führen; ist danach ab einem bestimmten Zeitpunkt eine Leistungspflicht gegeben, steht dem Versicherer – im selben Rechtsstreit – der Beweis offen, dass und ab welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Herabsetzung oder Einstellung der Leistungen nach der für die Nachprüfung der Berufsunfähigkeit geltenden Versicherungsbedingung eingetreten sind.**

³⁵ Vgl. zur Beamtenklausel nur FAKomm-VersR/Gramse, a. F.2 BUV 2008, Rn. 75 ff.

³⁶ Urteil vom 06. November 2016 – IV ZR 356/15 – NJW 2017, 394 = r+s 2017, 85.

³⁷ Beschluss vom 23. November 2016 – IV ZR 502/15 – NJW-RR 2017, 225.

12.

In einer wichtigen Entscheidung hat der BGH mit der zur **Unfallversicherung** verbreiteten Mär aufgeräumt, dass es an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Gesundheitsschaden fehle, wenn ersterer als bloße „**Gelegenheitsursache**“ anzusehen sei, also jede andere Ursache die Gesundheitsschädigung ebenso gut hätte herbeiführen können.³⁸ **Dem Erfordernis der Adäquanz ist bereits dann ausreichend Rechnung getragen, wenn das Unfallereignis an der eingetretenen Funktionsbeeinträchtigung mitgewirkt hat, wenn diese Mitwirkung nicht gänzlich außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt; eine wesentliche oder richtungsgebende Mitwirkung ist – anders als im Sozialversicherungsrecht – nicht zu verlangen.**

Das Vorhandensein von Vorschäden schließt für sich genommen die Kausalität nicht aus, sondern führt ggf. zu einer Minderung der Leistung wegen mitwirkender Krankheiten oder Gebrechen; über die Figur der „Gelegenheitsursache“ würde die insoweit bei dem Versicherer liegende Beweislast unzulässig auf den Versicherungsnehmer verlagert. Die Kausalität des Unfallgeschehens für eine Gesundheitsbeeinträchtigung ist mithin auch dann zu bejahen, wenn der Unfall eine bis dahin klinisch stumme Erkrankung lediglich „aktiviert“ und dadurch die geltend gemachten Dauerbeschwerden ausgelöst hat.³⁹

Obwohl definitionsgemäß unter einem Gebrechen ein dauernder abnormaler Gesundheitszustand zu verstehen ist, der eine einwandfreie Ausübung normaler Körperfunktionen (teilweise) nicht mehr zulässt, liegt ein **mitwirkendes Gebrechen** im Sinne der AUB unabhängig davon, ob der Versicherte zuvor schon an Beschwerden gelitten hat, auch dann vor, **wenn eine vorbestehende Schädigung nicht ledig-**

lich zu einer erhöhten Schadensanfälligkeit geführt, sondern zur Verstärkung der Folgen des späteren Unfalls beigetragen hat; unter dieser Voraussetzung genügen auch bislang klinisch stumm verlaufende degenerative Veränderungen den Anforderungen an das Vorliegen eines Gebrechens.

13.

Zum **Nachprüfungsverfahren** in der **BUZ-Versicherung** (§ 6 Abs. 1 BB-BUZ) sind im Berichtszeitraum zwei Entscheidungen ergangen.

a)

Eine Klausel, die das Nachprüfungsverfahren wie folgt regelt:

„§ 6 Was gilt für die Nachprüfung der Berufsunfähigkeit?“

(1) Nach Anerkennung oder Feststellung unserer Leistungspflicht sind wir berechtigt, das Fortbestehen der Berufsunfähigkeit, ihren Grad bzw. den Umfang der Pflegebedürftigkeit nachzuprüfen; dies gilt auch für zeitlich begrenzte Anerkennnisse nach § 5. **Dabei können wir erneut prüfen, ob die versicherte Person eine andere Tätigkeit im Sinne von § 2 ausübt**, wobei neu erworbene berufliche Fähigkeiten zu berücksichtigen sind. Wenn die versicherte Person bei Eintritt der Berufsunfähigkeit noch nicht oder nicht mehr berufstätig war ..., können wir außerdem erneut prüfen, ob sie eine Tätigkeit im Sinn von § 2 ausüben kann.“

ermöglicht dem Versicherer grundsätzlich nur die Nachprüfung, ob die versicherte Person eine andere – vergleichbare – Tätigkeit im Sinne von § 2 BB-BUZ tatsächlich ausübt; eine abstrakte Verweisung ist im Nachprüfungsverfahren hier⁴⁰ nicht mög-

³⁸ Urteil vom 19. Dezember 2016 – IV ZR 521/14 – NJW 2017, 263 mit Nachweisen zur Rechtsprechung und Kommentierung. Zweifeln bereits FA-Komm-VersR/Hugemann, § 178 VVG, Rn. 37.

³⁹ Hier: Aktivierung einer bis dahin stummen Facetten-gelenksarthrose durch Sturzereignis.

⁴⁰ Die hier gegenständlichen Bedingungen weichen allerdings von den Musterbedingungen des GDV ab,

lich.⁴¹ Es ist zwar Sache des Versicherers, im Nachprüfungsverfahren zu beweisen, dass die Voraussetzungen seiner Leistungspflicht nicht mehr erfüllt sind, will jedoch der Versicherungsnehmer geltend machen, die von ihm oder der versicherten Person neu ausgeübte Tätigkeit entspreche nicht der bisherigen Lebensstellung, obliegt es ihm, die konkreten Umstände darzulegen, aus denen sich die fehlende Vergleichbarkeit ergeben soll.

Für den bei der konkreten Verweisung vorzunehmenden Einkommensvergleich kommt es nicht auf die erzielbaren, sondern auf die **tatsächlich erzielten Einkünfte** auch dann an, wenn die Einkommensminderung ausschließlich auf einer Minderung der Stundenzahl beruht. Grundsätzlich können auch Einkommensminderungen hinzunehmen sein, eine generelle Quote lässt sich angesichts der Bandbreite individueller Einkommen jedoch schon deshalb nicht festlegen, weil sich prozentuale Einkommens- und Gehaltsminderungen – je nach Höhe des bisherigen Verdienstes – unterschiedlich belastend auswirken. **Eine Verrechnung von Freizeit und Arbeits erleichterungen mit der Einkommensdifferenz ist mit dem Zweck der BUZ-Versicherung**, den individuellen und sozialen Abstieg des Versicherten im Berufsleben und in der Gesellschaft zu verhindern, **nicht vereinbar**, weil ein solcher Abstieg durch mehr Freizeit und das Fehlen von Erschwernissen am Arbeitsplatz nicht vermieden wird, sondern dadurch, dass dem Versicherten weiterhin die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, die die Aufrechterhaltung des in gesunden Tagen durch den früheren Beruf erreichten Lebensstandards ermöglichen.

b) Der Versicherer kann im Wege des Nachprüfungsverfahrens von der durch sein **Anerkenntnis geschaffenen Selbstbindung abrücken** und seine bereits anerkannte Leistungspflicht wieder beseitigen.⁴² Die **frühere Leistungspflicht des Versicherers lebt daher** – anders als das Berufungsgericht gemeint hatte – **mit der Beendigung der Vergleichstätigkeit nicht wieder auf**; vielmehr muss der Versicherte – will er wiederum Leistungen erhalten – einen neuen Leistungsantrag stellen. Für die Prüfung, ob bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit eingetreten ist, bleibt jedoch die **zuletzt in gesunden Tagen ausgeübte Tätigkeit maßgeblich**, auch wenn der Versicherte nach dem erstmaligen Eintritt des Versicherungsfalles zunächst einer leidensbedingt eingeschränkten Tätigkeit nachgeht.

Bei Vereinbarung einer konkreten Verweisungsmöglichkeit begründet die Beendigung der Vergleichstätigkeit erneut eine **Leistungspflicht des Versicherers**, wenn der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen unverändert außerstande ist, der in gesunden Tagen ausgeübten Tätigkeit nachzugehen. Für den Versicherungsnehmer ist nicht erkennbar, dass – bei unverändertem Gesundheitszustand – die zeitweilige Ausübung einer Vergleichstätigkeit auch über deren Beendigung hinaus für die Zukunft zum Verlust des Versicherungsschutzes in seinem versicherten Beruf führen soll, weshalb es auf die Gründe für die Beendigung einer zwischenzeitlich ausgeübten Vergleichstätigkeit (hier: persönliches Zerwürfnis statt gesundheitlicher Probleme) nicht ankommt.

14.

In der Krankentagegeldversicherung ist bei der Prüfung der **Berufsunfähigkeit** im Sinne von § 15 Abs. 1 b) MB/KT 2008 nicht das allgemeine Berufsbild, sondern die **zuletzt ausgeübte berufliche Tätigkeit der versicherten Person in ihrer konkreten Ausprägung**

nach deren Wortlaut auch in Nachprüfungsverfahren eine abstrakte Verweisung in Betracht kommt. a. F.6 (1) Satz 2 MB-BUZ und a. F.13 (1) Satz 2 MB-BU lauten: „Dabei können wir erneut prüfen, ob die versicherte Person eine andere Tätigkeit ... ausüben kann...“ (vgl. Prölss/Martin/Lücke, VG, 29. Auflage, § 6 BUZ und § 13 BU).

⁴¹ Urteil vom 07. Dezember 2016 – IV ZR 434/15 – NJW 2017, 731 = r+s 2017, 87.

⁴² Urteil vom 14. Dezember 2016 – IV ZR 527/15 – VersR 2017, 216.

maßgeblich.⁴³ Anders als im Rahmen der Berufsunfähigkeitsversicherung kann ein mitarbeitender Betriebsinhaber nicht auf eine zumutbare Umorganisation seines Betriebs (hier: Arztpraxis) verwiesen werden.

15.

Um Besonderheiten der Prozessführung ging es in folgenden höchstrichterlichen Entscheidungen.

a)

Eine **Berufungsbegründung** muss erkennen lassen, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält; er hat diejenigen Punkte rechtlich darzulegen, die er als unzutreffend ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen er die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet.⁴⁴ Für die Zulässigkeit der Berufung ist hingegen ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Gemessen an diesen Maßstäben führt eine Berufungsbegründung, welche das Policenmodell gem. § 5a VVG a. F. und ein „Widerspruchsrecht“ abhandelt, zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels, wenn das Ausgangsgericht seiner Entscheidung einen Vertragsschluss im Antragsmodell zugrunde gelegt hat. **Dass sich bei einem Vertragsschluss im Antragsmodell und einem hiernach möglichen Rücktritt gem. § 8 Abs. 5 VVG a. F. vielfach gleichgelagerte Rechtsfragen wie bei einem Zustandekommen des Versicherungsvertrags nach dem Policenmodell und einem Widerspruch gem. § 5a VVG a. F. stellen, entbindet den Rechtsmittelführer nicht davon, sich mit den Ausführungen des Ausgangsgerichts zum Rücktrittsrecht zu befassen.**

b)

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH richten sich Streitwert und Beschwer von Klagen, mit denen der Versicherte Rentenzah-

lungen begehrt, die von einer sich nach der Berechnung des Versicherers tatsächlich ergebenden Rente abweichen, nach dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag (§§ 3, 9 Satz 1 ZPO) der Differenz.⁴⁵ Ist die Klage eines Versicherten nicht auf Leistung, sondern auf Feststellung gerichtet, dass der beklagte Versicherer bei Errechnung der Rente bestimmte Vorgaben zu beachten habe, nimmt der BGH bei der Wertberechnung mit Blick auf die fehlende Vollstreckbarkeit eines Feststellungsausspruchs einen Abschlag von 20% vor. **Werden später klageerweiternd Rückstände geltend gemacht, die erst nach Klagerhebung fällig geworden sind, so wirkt sich dies in keiner Instanz streitwert- oder beschwerdewerterhöhend aus, gleich ob sie beziffert oder zum Gegenstand eines besonderen Antrages gemacht worden sind.**

c)

Verpflichtet sich der Vermittler eines Mietwagens zur Übernahme der Selbstbeteiligung des Mieters im Schadensfall, liegt kein Versicherungsvertrag im Sinne von § 215 Abs. 1 Satz 1 VVG vor; er kann daher vom Mieter nicht an dessen Wohnsitz verklagt werden, sofern er dort keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.⁴⁶ **Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts liegt ein Versicherungsvertrag dann vor, wenn gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt.**

Dazu gehören allerdings nicht Vereinbarungen, die in einem inneren Zusammenhang mit einem

⁴³ Beschluss vom 14. Dezember 2016 – IV ZR 422/15 – r+s 2017, 146.

⁴⁴ Beschluss vom 20. Juli 2016 – IV ZB 39/15 – NJW-RR 2016, 1125 = r+s 2016, 557.

⁴⁵ Beschluss vom 07. September 2016 – IV ZR 548/15 – nur bei juris unter Verweis auf die Beschlüsse vom 25. Oktober 2012 – IV ZR 161/10 – juris, Rn. 7; vom 30. November 2011 – IV ZR 167/10 – juris, Rn. 4 und vom 10. März 2010 – IV ZR 333/07 – juris, Rn. 17.

⁴⁶ Urteil vom 23. November 2016 – IV ZR 50/16 – NJW 2017, 393.

Rechtsgeschäft anderer Art stehen und von dort ihr eigentliches rechtliches Gepräge erhalten, was dann der Fall ist, wenn die betreffende Vereinbarung mit einem anderen Vertrag, der seinerseits kein Versicherungsvertrag ist, verbunden und als unselbständige Nebenabrede dieses Hauptvertrages zu werten ist. Im entschiedenen Fall bestand nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die zentrale vertragliche Verpflichtung der Beklagten in der Vermittlung von Mietwagen, während die Erstattung der Selbstbeteiligung im Schadensfall lediglich eine unselbständige Zusatzleistung hierzu darstellte.

Eine Revision kann im Übrigen gem. § 545 Abs. 2 ZPO nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder verneint hat; eine Zuständigkeitsüberprüfung durch das Revisionsgericht findet daher grundsätzlich nicht statt. Ob hiervon eine Ausnahme für den Fall zu machen wäre, dass die Entscheidung des Tatrichters auf Willkür oder einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht, hat der IV. Senat ausdrücklich offen gelassen, weil derartige Verfahrensgrundrechtsverletzungen im entschiedenen Fall nicht vorlagen.

d)

Welche Anforderungen an die Individualisierung des Anspruchs im Rahmen eines **Güteantrags** zu stellen sind, damit dieser eine **Hemmung der Verjährung** bewirken kann, hatte der Versicherungssenat bereits durch zwei Urteile vom 28. Oktober 2015 entschieden⁴⁷, so dass der insoweit bestehende Klärungsbedarf entfallen ist; eine hierzu anhängige Revision hat der BGH daher nach entsprechenden Hinweisen durch Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückgewiesen, weil das Rechtsmittel auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hatte.⁴⁸

Wenn es um einen Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungsmängeln infolge ungenügender Aufklärung über die Besonderheiten des angebotenen Versicherungsprodukts geht, ist es zur Individualisierung des geltend gemachten prozessualen Anspruchs unverzichtbar, Policennummer, Zeichnungssumme, Art und Umfang der behaupteten Aufklärungspflichtverletzungen und des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs zu bezeichnen.⁴⁹ Dem steht auch Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2013/11/EU (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten) nicht entgegen. Das Ziel dieser Regelung, den Antragstellern auch im Falle eines gescheiterten Güteverfahrens zu erhalten, war schon lange vor Inkrafttreten der Richtlinie national durch § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB gewährleistet und schließt nicht aus, diese Gewährleistung daran zu knüpfen, dass der Güteantrag bestimmte formelle und inhaltliche Anforderungen erfüllen muss, die sich aus dem notwendigen Schutz des Anspruchsgegners sowie dem Zweck des alternativen Schlichtungsverfahrens ergeben.⁵⁰

Im entschiedenen Fall genügte der Güteantrag nicht in jeder Hinsicht diesen Individualisierungsanforderungen und auch eine Hemmung durch Verhandlungen nach § 203 BGB hatte nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht stattgefunden.

e)

Bei einem Rechtsstreit über die Verpflichtung des Krankenversicherers zur Zahlung von Krankentagegeld für einen nicht feststehenden Zeitraum ist der Streitwert regelmäßig ausgehend von der vom Versicherer geschuldeten Leistung unter Zugrundelegung einer halbjährigen Bezugsdauer des vereinbarten Krankentagegelds, gegebenenfalls abzüglich eines Feststellungsabschlags, zu ermitteln; § 9 ZPO ist insoweit nicht anzuwen-

⁴⁷ Urteile vom 28. Oktober 2015 – IV ZR 526/14 – NJW 2016, 233 und – IV ZR 405/14 = VersR 2015, 1545.

⁴⁸ Beschlüsse vom 07. September 2016 und 07. Dezember 2016 – IV ZR 238/15 – nur bei juris

⁴⁹ Beschluss vom 07. September 2016, a.a.O., juris, Rn. 16 f.

⁵⁰ Beschluss vom 07. Dezember 2016, a.a.O., juris, Rn. 6.



den, weil die regelmäßige Bezugsdauer von Krankentagegeld deutlich unter 3 ½ Jahren liegt, auch wenn ein solcher Zeitraum im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein mag.⁵¹

Trifft ein solches Leistungs- oder Feststellungsbegehren mit einem **Antrag auf Feststellung eines fortbestehenden Vertragsverhältnisses** zusammen, so ist letzterer für die Wertaddition nur in Höhe von **20% des vereinbarten Krankentagegelds für eine sechsmonatige Bezugsdauer** zu berücksichtigen; denn das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses ist zugleich Voraussetzung

für den Leistungsanspruch, weshalb eine wirtschaftliche Teilidentität der Klagebegehren vorliegt, die eine vollständige Wertaddition gem. §§ 5 ZPO, 39 GKG verbietet.

*Dr. Siegfried Mennemeyer,
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof*

*Dr. Christoph Hugemann, LL.M.,
Fachanwalt für Versicherungsrecht*

⁵¹ Beschluss vom 14. Dezember 2016 – IV ZR 477/15 – NJW-RR 2017, 152 = r+s 2017, 80.