

**Herausgeber:**

Prof. Dr. Christian Armbrüster, RiKG a. D. · RA Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. · Prof. Dr. Günter Hirsch, Präsident des BGH a. D., Ombudsmann für Versicherungen · Barbara Mayen, VRinBGH · RAin Monika Maria Risch, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

**Schriftleitung:**

Joachim Felsch, RiBGH (Sprecher) · Dr. Jens Rogler, VRiLG (stellv. Sprecher) · RA Dr. Ulf Hoenicke · RA Hermann Lemcke, VorsRiOLG a. D. · Prof. Dr. Karl Maier · RAin Monika Maria Risch · Mathis Rudy, RiLG · Prof. Dr. Peter Schimikowski · RA Wilfried Terno, VRiBGH a. D.

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

---

**Aufsätze**


---

Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Heike Bußmann\*

## Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Versicherungsrecht – Berufsunfähigkeitsversicherung und Rechtsschutzversicherung –

**Gliederung****A. Rspr. zur Berufsunfähigkeitsversicherung**

- I. Senatsurt. v. 15. 2. 2017 – IV ZR 91/16, r+s 2017, 259 = VersR 2017, 538 (Wirksamkeit der sog. "Schreibtischklausel")
- II. Senatsurt. v. 16. 11. 2016 – IV ZR 356/15, r + s 2017, 85 = VersR 2017, 85 (Eintritt der Berufsunfähigkeit bei einer Beamtenklausel)
- III. Senatsurt. v. 14. 12. 2016 – IV ZR 527/15, r + s 2017, 320 = VersR 2017, 216 ("Beruf" bei leidensbedingt eingeschränkter Tätigkeit)
- IV. Senatsurt. v. 7. 12. 2016 – IV ZR 434/15, r + s 2017, 87 = VersR 2017, 147 (Verweisungstätigkeit mit höherem Freizeitanteil)
- V. Senatsbeschl. vom 15. 2. 2017 – IV ZR 280/15, r+s 2017, 368 = VersR 2017, 868 (Zur Zulässigkeit individualvertraglicher Vereinbarungen über die Leistungspflicht)
- VI. Senatsurt. v. 22. 2. 2017 – IV ZR 289/14, r+s 2017, 232 = VersR 2017, 469 (Mitwirkungsobliegenheit des VN bei Aufklärung vorvertraglicher Anzeigebliedsverletzungen)
- VII. Senatsurt. v. 5. 7. 2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462 = VersR 2017, 1129 (Zulässigkeit sog. allgemeiner Schweigepflichtentbindungen)

**B. Rspr. zur Rechtsschutzversicherung**

- I. Senatsurt. v. 20. 7. 2016 – IV ZR 245/15, r + s 2016, 462 = VersR 2016, 1184 (Risikoausschluss für Enteignungsangelegenheiten)
- II. Senatsbeschl. v. 14. 12. 2016 – IV ZR 497/15, r + s 2017, 187 = VersR 2017, 348 (Straf-Rechtsschutz und gefährliche Körperverletzung)
- III. Senatsurt. v. 11. 4. 2018 – IV ZR 215/16, r+s 2018, 297 = VersR 2018, 673 (Zusage von Abwehrdeckung)
- IV. Senatsurt. v. 26. 10. 2016 – IV ZR 34/16, r+s 2017, 14 = VersR 2016, 1593 (Vorsteuerabzugsberechtigung des Schadensabwicklungsunternehmens)

**A. Rspr. zur Berufsunfähigkeitsversicherung**

Die Verbindung von Berufsunfähigkeitsversicherung und Rechtsschutzversicherung in meinem Vortrag ist keineswegs zufällig, sondern nahezu zwingend. Es gilt insoweit die alte,

wenn auch etwas pessimistische Regel: "Mit einer Berufsunfähigkeitsversicherung sollte man unbedingt auch eine Rechtsschutzversicherung abschließen".

Ich beginne mit der Berufsunfähigkeitsversicherung: Unsere Entscheidungen der letzten zwei Jahre befassten sich mit allen Aspekten dieser Versicherung: von der Definition des versicherten Berufes über die Verweisung bis zur Prüfung der Leistungspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles.

### I. Senatsurt. v. 15. 2. 2017 – IV ZR 91/16, r+s 2017, 259 = VersR 2017, 538 (Wirksamkeit der sog. "Schreibtischklausel")

In diesem Fall geht es um die Wirksamkeit einer Klausel zur Definition des versicherten Berufes, nämlich der seither sog. "Schreibtischklausel".

**Sachverhalt**

Auf die Bitte eines Versicherungsinteressenten hatte der VR diesem zwei Vertragsangebote unterbreitet. Beide Angebote verwiesen auf die AVB. Nach diesen galt als versicherter Beruf die berufliche Tätigkeit, die zuletzt vor Eintritt des Versicherungsfalles ausgeübt wurde.

Ein Angebot enthielt jedoch die folgende Zusatzklausel:

"Als versicherter Beruf im Sinne der Bedingungen gilt die vor Eintritt des Versicherungsfalles zuletzt konkret ausgeübte Tätigkeit mit der Maßgabe, dass sie zu mindestens 90 Prozent als Schreibtischtätigkeit in Büro, Praxis oder Kanzlei ausgeübt wird. Im Falle einer BU-Leistungsprüfung erfolgt die Bemessung der Berufsunfähigkeit ausschließlich auf dieser Basis."

---

\* Der Aufsatz basiert auf dem Vortrag, den die Autorin im Rahmen der diesjährigen, zum sechsten Mal durchgeführten Fachtagung der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im DAV „Die Rechtsprechung des BGH zum Versicherungsrecht“ am 22. 6. 2018 in Baden-Baden gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

Zum Vertragsabschluss kam es hier nicht. Vielmehr klagte ein Verbraucherschutzverband, der die Klausel für unwirksam hielt, auf Unterlassung.

### Rechtliche Beurteilung

In diesem Fall stellten sich zwei Fragen: Ist die Zusatzklausel überhaupt eine Allgemeine Geschäftsbedingung? Und wenn ja: Ist sie hinreichend transparent?

Die Antwort auf die erste Frage eröffnete dem Senat die AGB-rechtliche Prüfung. Von einer Seite "gestellt" wird eine Klausel, wenn sie einseitig auferlegt wurde und der andere Vertragsteil auf ihre Ausgestaltung keinen Einfluss nehmen konnte. Für ein Aushandeln der Bedingungen genügt es nicht, dass der VR dem Interessenten zwei Alternativvorschläge vorlegte, zwischen denen er auswählen konnte<sup>1</sup>. Er müsste vielmehr Gelegenheit erhalten, eigene Textvorschläge in die Verhandlungen einzubringen und das war hier nicht der Fall. Daher war es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht (im Folgenden: BG) die Klausel als AGB angesehen hatte: Nach seinen Feststellungen war der Inhalt der Klauseln nicht verhandelbar.

Das führte also zur zweiten Frage nach der Transparenz der Zusatzklausel. Der Maßstab für diese Prüfung ist aus der Rspr. des Senats bereits bekannt: Die Klausel muss für den durchschnittlichen VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse nicht nur verständlich sein. Sie muss auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann<sup>2</sup>.

Bei der Prüfung nach diesen Grundsätzen fällt auf, dass die Klausel für die Berufsunfähigkeit auf einen fingierten Beruf abstellt. Berufsunfähig soll der VN hiernach nur dann sein, wenn er einen Beruf, der zu mindestens 90 % aus einer Schreibtisch Tätigkeit besteht, nicht mehr ausüben kann. Ob der VN tatsächlich einen solchen Beruf ausübt, ist nach der Klausel nicht maßgeblich.

Die Klausel entfernt sich also erheblich vom Begriff des versicherten Berufs sowohl im Gesetz als auch in den AVB. Nach § 172 Abs. 2 VVG und den hier verwendeten AVB ist bei der Berufsunfähigkeit auf den tatsächlich zuletzt ausgeübten Beruf abzustellen.

Der VN will mit der Berufsunfähigkeitsversicherung das Risiko eines Einkommensverlustes abdecken. Dieses Risiko realisiert sich aber dann, wenn er seinem tatsächlich zuletzt in gesunden Tagen ausgeübten Beruf nicht mehr nachgehen kann. Durch die Zusatzklausel übernimmt daher der VR das essentielle Interesse an dieser Absicherung nicht mehr. Wenn das beabsichtigt ist, dann muss er dies aber dem Versicherungsinteressenten in unmissverständlicher Weise deutlich machen. Dies leistet die Klausel jedoch nach Ansicht des Senats nicht. Sie ist vielmehr innerlich widersprüchlich. In der Klausel wird im ersten Satz zunächst darauf abgestellt, als versicherter Beruf gelte die vor Eintritt des Versicherungsfalles zuletzt ausgeübte Tätigkeit. Das entspricht insoweit der Regelung in den AVB. Das wird durch den zweiten Halbsatz aber wieder eingeschränkt: dies soll lediglich mit der Maßgabe gelten, dass die Tätigkeit zu mindestens 90 % als Schreibtisch Tätigkeit ausgeübt wird. In welchem Verhältnis diese beiden Satzteile zueinander stehen, wird dem VN nicht verdeutlicht. Nach Satz 2 soll dann im Falle einer Leistungsprüfung die Bemessung der Berufsunfähigkeit ausschließlich auf dieser Basis erfolgen. Welche Basis das sein soll, bleibt aber unklar. Soll der VN vielleicht auch einen Leistungsanspruch haben, wenn er aus gesundheitlichen Gründen kei-

ne Schreibtisch Tätigkeit mehr ausüben kann, diese aber gar nicht ausübt? Der Senat kam deswegen zu dem Ergebnis, dass die Klausel intransparent ist.

Nicht mehr entscheiden musste der Senat daher die Frage, ob die Klausel den VN auch unangemessen benachteiligt. Aber die Entscheidung deutet insoweit bereits Zweifel an. Die Klausel versichert lediglich eine zu 90 % sitzend ausgeübte Tätigkeit. Sie löst sich damit von einer klassischen Berufsunfähigkeitsversicherung und sichert lediglich das Risiko einer modifizierten Erwerbsunfähigkeit ab. Das ist aber nicht Sinn und Zweck einer Berufsunfähigkeitsversicherung. Diese dient gerade der Absicherung der konkreten beruflich geprägten Lebensstellung.

Und das war daher das Ende der sog. "Schreibtischklausel".

### II. Senatsurt. v. 16. 11. 2016 – IV ZR 356/15, r + s 2017, 85 = VersR 2017, 85 (Eintritt der Berufsunfähigkeit bei einer Beamtenklausel)

Im nächsten Fall ist nicht streitig, ob die VN berufsunfähig geworden ist – das war zweifellos der Fall. Vielmehr kam es hier darauf an, wann – und zwar: in welcher Sekunde – die Berufsunfähigkeit eingetreten ist. Zugleich ist er ein Beispiel für die Verwendung besonderer Berufsklauseln in den AVB<sup>3</sup>.

#### Sachverhalt

Die VN hatte eine Berufsunfähigkeitszusatzversicherung abgeschlossen. Versicherungsbeginn war der 1. 12. 2005. Laut Versicherungsschein wurde "eine Versicherungsdauer von 7 Jahren vereinbart". Das bedeutet: Nach § 10 VVG – soweit der rechtliche Einschub bereits an dieser Stelle – endet der Versicherungsvertrag mit Ablauf des letzten Tages der Vertragszeit. Im Übrigen sind die allgemeinen BGB-Regeln für Fristberechnungen anwendbar (§§ 187, 188 BGB). Daher endete die Versicherungsdauer am 30. 11. 2012 um 24.00 Uhr. Diesen Zeitpunkt muss man sich hier merken.

Die VN war Beamtin auf Lebenszeit. Daher war in den AVB eine Beamtenklausel vereinbart worden. Danach kommt es nicht wie sonst darauf an, ob der Versicherte zur Ausübung seines Berufes gesundheitlich außerstande ist. Die Klausel lautete:

"Vollständige Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn ein versicherter Beamter vor Erreichen der gesetzlich vorgesehenen Altersgrenze ausschließlich infolge seines Gesundheitszustandes wegen Dienstunfähigkeit aufgrund eines Zeugnisses des Amtsarztes oder eines vom Dienstherrn als Gutachter beauftragten Arztes, in dem die Dienstunfähigkeit festgestellt wird, entlassen oder in den Ruhestand versetzt wird."

Der Sachverhalt entwickelte sich dann wie folgt: Die zuständige Behörde ordnete mit Verfügung vom 13. 11. 2012 die Versetzung der Klägerin in den Ruhestand mit Ablauf des 30. 11. 2012 an. Sie erinnern sich an das Datum 30. 11. 2012: An diesem Tag um 24.00 Uhr endete die Versicherungsdauer!

Der VR verweigerte die beantragten Versicherungsleistungen mit der Begründung, der Versicherungsfall sei nicht innerhalb der Versicherungsdauer eingetreten. Das BG teilte diese Ansicht; über die Wirksamkeit der außerdem vom VR erklärten Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung hatte es daher nicht mehr zu entscheiden.

1 Vgl. Senatsurt. v. 7. 2. 1996 – IV ZR 16/95, r+s 1996, 122 unter I 2 a.  
2 Vgl. Senatsurt. v. 4. 3. 2015 – IV ZR 128/14, r+s 2015, 383 Rn. 14.  
3 Zu Beamtenklauseln bereits Senatsurt. v. 22. 10. 1997 – IV ZR 221/96, r+s 1998, 38; v. 5. 7. 1995 – IV ZR 196/94, r+s 1996, 374.

### Rechtliche Beurteilung

Die Frage war daher: Wann genau trat die Berufsunfähigkeit ein? Wann wird der Beamte im Sinne der Klausel "in den Ruhestand versetzt"?

Drei verschiedene Zeitpunkte für den Eintritt der Berufsunfähigkeit waren hier – insbesondere nach Ansicht der Parteien – denkbar: der Erlass der Verfügung des Dienstherrn, die Bekanntgabe dieser Verfügung an die VN oder die innere Wirksamkeit der Verfügung und damit das Ende des aktiven Beamtenverhältnisses. Ausgangspunkt dieses Streites war letztlich, dass eine isolierte Betrachtung des Wortlauts der Beamtenklausel noch verschiedene Auslegungen zuließe. "In den Ruhestand versetzt wird" kann das Handeln des Dienstherrn beschreiben – er versetzt den Beamten in den Ruhestand, indem er eine Verfügung erlässt und dann bekanntgibt. Oder es kann das beschreiben, was mit dem Beamten passiert – er wechselt vom aktiven Beamtenstand in den Ruhestand und wird so von einem Zustand in den anderen "versetzt".

Bei näherer Betrachtung kam der Erlass der Verfügung jedoch nicht als maßgeblicher Zeitpunkt in Frage – für den VN muss der Eintritt der Berufsunfähigkeit zumindest erkennbar sein. Aber auch die Bekanntgabe der Verfügung an den Beamten kann nach dem erkennbaren Zweck der Klausel nicht den Eintritt der Berufsunfähigkeit bezeichnen. Die Versetzung in den Ruhestand ersetzt in der Beamtenklausel ja das Außerstandesein zur Berufsausübung. Wenn der Beamte die Verfügung erhält, in der ein späteres Ruhestandsdatum angegeben ist, ist er jedoch weiter zum Dienst verpflichtet und erhält seine Dienstbezüge.

Daher muss es auf die innere Wirksamkeit der Verfügung und das Ende des aktiven Beamtenverhältnisses ankommen. Erst dann wird die Dienstpflicht zur Ausübung des versicherten Berufs aufgehoben.

Zur Frage, wann die Verfügung hier wirksam wurde, half in diesem Fall das Beamtenrecht weiter. Nach der Rspr. des BVerwG wird die Verfügung zu dem im Bescheid angegebenen Zeitpunkt wirksam<sup>4</sup> – und nicht etwa erst am darauffolgenden Tag, also dem ersten Tag des Ruhestands. Maßgeblich war also der "Ablauf des 30. 11. 2012", wie es in der Verfügung hieß. Der Ablauf eines Tages um 24.00 Uhr gehört jedoch noch zu diesem Tag<sup>5</sup>, der Ablauf des 30. 11. somit zum Monat November. Die Berufsunfähigkeit trat daher innerhalb der Versicherungsdauer ein.

### III. Senatsurt. v. 14. 12. 2016 – IV ZR 527/15, r + s 2017, 320 = VersR 2017, 216 ("Beruf" bei leidensbedingt eingeschränkter Tätigkeit)

Der nächste Fall führt wieder zu der Frage, was der maßgebliche Beruf des VN ist. Zugleich ist dieser Fall auch der Einstieg in das nächste Thema, die Verweisung.

#### Sachverhalt

Der VN war zunächst als HNO-Arzt in einer eigenen Praxis tätig und führte dort auch Operationen durch. Dann kam es bei ihm ab dem Jahr 2000 zu einer zunehmenden Arthrose des rechten Schultergelenks. Dadurch konnte er seine ärztliche Tätigkeit nur noch eingeschränkt ausüben. So führte er selbst keine chirurgischen Eingriffe mehr aus, sondern stellte eine Assistenzärztin ein, die an seiner Stelle verschiedene ärztliche Tätigkeiten übernahm. Damit sank natürlich auch sein Einkommen. Daher bezog der VN ab 2006 Berufsunfähigkeitsleistungen vom VR. Im Jahr 2010 ging die Praxis des VN in ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ) über.

Er wurde dort angestellt und zum ärztlichen Leiter bestellt. Damit übte er mehr Verwaltungstätigkeit und weniger ärztliche Tätigkeit aus. Er verdiente aber wieder mehr. Deswegen führte der VR ein Nachprüfungsverfahren durch und stellte seine Leistungen ein. Er verwies den VN auf die nunmehr ausgeübte Tätigkeit. Schließlich beendete der VN aber seine Tätigkeit im MVZ mit einer Aufhebungsvereinbarung. Seither ist er gegen ein monatliches Honorar als Praxisvertreter in einer Gemeinschaftspraxis tätig.

Der VN verlangte mit seiner Klage auch für die Zeit ab Beginn seiner Tätigkeit im MVZ Versicherungsleistungen. Das BG sprach ihm die begehrten Leistungen aber erst ab dem Ende seiner Tätigkeit im MVZ zu. Dagegen richtete sich die Revision des VR.

### Rechtliche Beurteilung

Vorab ist zu sagen: Die letzte Tätigkeit des VN als Praxisvertreter ist jedenfalls keine Vergleichstätigkeit, so das ersichtlich nicht zu beanstandende Ergebnis des BG. Dies stand auch nicht im Mittelpunkt der Entscheidung.

Für die Prüfung, ob der VN ab dem Ende seiner Tätigkeit im MVZ (erneut) berufsunfähig war, stellt sich dagegen die Frage, welches der versicherte Beruf ist. Ist der Beruf des VN weiter die Arbeit als niedergelassener HNO-Arzt? Oder doch eher die Tätigkeit als angestellter ärztlicher Leiter im MVZ? So die Ansicht des VR: Diesen Beruf habe er zuletzt ausgeübt. Er könnte ihn gesundheitlich weiter ausüben und täte dies auch, wenn er das Arbeitsverhältnis nicht freiwillig beendet hätte.

Die Versicherungsbedingungen sagen dazu auf den ersten Blick nicht viel. In den AVB heißt es nur, dass der Versicherte gesundheitlich außerstande sein muss, "seinen Beruf" auszuüben. Für die Frage, was "sein Beruf" ist, war zunächst von der bereits vorliegenden st. Rspr. des Senats auszugehen.

Danach ist für die Prüfung, ob bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit eingetreten ist, grundsätzlich die letzte konkrete Berufsausübung "in gesunden Tagen" maßgebend, d. h. solange die Leistungsfähigkeit des Versicherten noch nicht eingeschränkt war<sup>6</sup>. Das wäre hier also: die Tätigkeit des VN als selbständiger HNO-Arzt ohne Einschränkungen, insbesondere bei Operationen. Diese Berufsausübung des VN wurde dann durch seine Krankheit zunehmend eingeschränkt, noch bevor er erstmals Versicherungsleistungen bezog. Er übte insoweit einen anderen ärztlichen Beruf aus, er war insbesondere kein Operateur mehr.

War ein Berufswechsel vor Eintritt des Versicherungsfalles aber ausschließlich leidensbedingt, bleibt Ausgangspunkt für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit der vor diesem Wechsel ausgeübte Beruf. Auch dies hatte der Senat bereits in der Vergangenheit geklärt<sup>7</sup>. Das bedeutet hier also: Die eingeschränkte Arzttätigkeit des VN war leidensbedingt und wurde damit nicht zum versicherten Beruf.

Dies gilt aber auch dann, wenn der Versicherte nach dem erstmaligen Eintritt des Versicherungsfalles zunächst weiterhin eine leidensbedingt eingeschränkte Tätigkeit ausgeübt hat und nach Beendigung dieser Tätigkeit erneut Versicherungsansprüche geltend macht.

4 Vgl. BVerwG NVwZ 1983, 608.

5 Vgl. BGH, Beschl. v. 8. 5. 2007 – VI ZB 74/06, r+s 2008, 86 Rn. 7.

6 Vgl. dazu Senatsurt. v. 22. 9. 1993 – IV ZR 203/92, r+s 1994, 33 unter 3; inzwischen entsprechend geregelt in § 172 Abs. 2 VVG.

7 Vgl. Senatsurt. v. 30. 11. 1994 – IV ZR 300/93, r+s 1995, 115 unter 3 b.

Hier war zunächst der Versicherungsfall ausgelöst worden, als der VN nicht mehr im vollen Umfang als HNO-Arzt in seiner Praxis tätig werden konnte und daher Versicherungsleistungen bezog. Dieser Versicherungsfall endete durch die Verweisung auf die dann ausgeübte Tätigkeit im MVZ – die Zulässigkeit dieser Verweisung war nicht Gegenstand der Revision. Damit wurde diese körperlich eingeschränkte Tätigkeit aber nicht für die Zukunft zu "seinem Beruf" im Sinne der Versicherungsbedingungen. Der VN kann den AVB nicht entnehmen, dass ein verschlechterter gesundheitlicher Zustand dann, wenn er bereits einmal den Versicherungsfall ausgelöst hat, für die restliche Laufzeit der Versicherung zum neuen Normalzustand werden soll. Die leistungsbedingte Einschränkung seiner beruflichen Fähigkeiten begründet vielmehr den Versicherungsfall, gegen den er sich mit der Berufsunfähigkeitsversicherung gerade absichern will.

Das führt zu der weiteren Frage: Gibt es dafür eine zeitliche Grenze? Wenn der gesundheitlich eingeschränkte VN jahrelang eine Verweisungstätigkeit ausübt, wird diese nicht irgendwann "sein Beruf"? Dies wird von manchen Autoren bejaht<sup>8</sup>. Für den durchschnittlichen VN ist aber aus den AVB nicht erkennbar, dass dieser Versicherungsschutz für seinen Beruf aus gesunden Tagen einer zeitlichen Grenze unterliegen könnte. Auf tatsächlicher Ebene mag es einleuchten, dass ein Beruf irgendwann nicht mehr der eigene Beruf ist, wenn man ihn viele Jahre lang nicht ausgeübt hat. Hier geht es aber darum, welchen Zustand der VN versichert hat. Er will sich gerade dagegen absichern, dass eine aus gesundheitlichen Gründen erfolgte Einschränkung der beruflichen Einsatzfähigkeit zum neuen Normalzustand wird und den Versicherungsfall nicht mehr auslösen kann.

Der Fall warf aber noch eine weitere Frage auf. Der VN hatte ja zwischenzeitlich eine neue Tätigkeit im MVZ aufgenommen und der VR hatte ihn wirksam auf diese Tätigkeit verwiesen. Diese Verweisungstätigkeit beendete der VN dann durch einen Aufhebungsvertrag. Er war nicht aus gesundheitlichen Gründen dazu gezwungen. Wenn der VN eine Verweisungstätigkeit freiwillig beendet, hat er dann erneut einen Anspruch auf Versicherungsleistungen?

Die AVB enthielten dazu folgende Regelungen. Danach war nur eine konkrete Verweisung möglich:

"Vollständige Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte ... auch keine andere Tätigkeit ausübt, die seiner bisherigen Lebensstellung entspricht."

Dementsprechend sahen die AVB für das Nachprüfungsverfahren vor, dass die Leistungen eingestellt werden können, wenn der Versicherte inzwischen eine neue vergleichbare Tätigkeit ausübt.

Maßgeblich ist in diesem Fall die Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Verweisung. Wenn eine abstrakte Verweisung zulässig ist, kommt es darauf an, ob der Versicherte imstande ist, eine vergleichbare Tätigkeit auszuüben. Eine konkrete Verweisung ist dagegen nur möglich, wenn der Versicherte eine vergleichbare Tätigkeit tatsächlich ausübt.

Hier war eine konkrete Verweisklausel vereinbart. Nachdem der VN den Aufhebungsvertrag geschlossen hatte, übt er keine vergleichbare Tätigkeit mehr aus. Gegen einen erneuten Anspruch auf Versicherungsleistungen richtete sich aber der Einwand der Revision: Der VN hätte die Verweisungstätigkeit doch gesundheitlich weiter ausüben können. Stattdessen beendete er sie aus anderen Gründen. Hat sich dann überhaupt das versicherte Risiko der Berufsunfähig-

keitsversicherung verwirklicht? Soll er nicht ausschließlich vor einem Verlust der Berufsausübung aus gesundheitlichen Gründen geschützt werden?

Dieser Einwand ist jedoch bei Vereinbarung einer konkreten Verweisklausel nicht begründet. Denn dann muss der VN überhaupt keine andere Tätigkeit ausüben. Er kann daher auch eine Verweisungstätigkeit freiwillig aufnehmen und wieder beenden, ohne seine Versicherungsansprüche zu verlieren. Aus den AVB ist für den VN nicht erkennbar, dass die zeitweilige Ausübung einer Vergleichstätigkeit zum Verlust des Versicherungsschutzes in seinem versicherten Beruf führt. Dies war ja unverändert der Beruf aus gesunden Tagen.

#### IV. Senatsurt. v. 7. 12. 2016 – IV ZR 434/15, r + s 2017, 87 = VersR 2017, 147 (Verweisungstätigkeit mit höherem Freizeitanteil)

Damit sind wir beim Thema Verweisung angekommen. Die Kernfrage in diesem Bereich ist ja, wann eine Tätigkeit dem bisher ausgeübten Beruf vergleichbar ist. Darum geht es auch in dem folgenden Fall.

#### Sachverhalt

In diesem Fall war eine übliche Verweisklausel vereinbart worden:

"Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Körperverletzung oder Kräfteverfalls, die ärztlich nachzuweisen sind, voraussichtlich mindestens sechs Monate ununterbrochen außerstande ist, ihren zuletzt in gesunden Tagen ausgeübten Beruf oder eine andere Tätigkeit auszuüben, die aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung ausgeübt werden kann und ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht. Wir verzichten jedoch auf die Verweisung auf eine andere Tätigkeit, wenn die versicherte Person keine solche ausübt. ..."

Die Versicherte war als Krankenschwester bei einem ambulanten Pflegedienst tätig. Nachdem sie mehrere Bandscheibenvorfälle erlitten hatte, erkannte der VR seine Leistungspflicht an und zahlte fortan eine Rente. Schließlich nahm die Versicherte aber eine neue Tätigkeit auf. Sie arbeitete nun als Krankenschwester mit ausschließlich administrativen und unterstützenden Tätigkeiten ohne körperliche Belastungen bei einem Pflegedienst. Der VR stellte daraufhin seine Leistungen ein und verwies sie auf diese neue Tätigkeit. Es waren also folgende Tätigkeiten zu vergleichen:

Früher war die Versicherte mit der Pflege selbst beschäftigt, jetzt ist sie administrativ bei einem Pflegedienst tätig. Ihre wöchentliche Arbeitszeit hat sich von 40 auf 30 Stunden reduziert. Da sie nicht mehr selbst pflegerisch tätig ist, muss sie nicht mehr in der Nachtschicht arbeiten. Mit der kürzeren Arbeitszeit ist aber auch ihr Bruttoeinkommen von 1.359,31 EUR auf 1.050 EUR gesunken.

Die Klage hatte in den ersten beiden Instanzen keinen Erfolg. Das BG hielt die neue Tätigkeit für vergleichbar: Die Einkommensminderung liege noch in einem Bereich, der im Zusammenhang mit den anderen Faktoren nicht zu einer Ungleichwertigkeit der Lebensstellung führe. Selbst bei einer Einkommensdifferenz von hier 22,77 % sei die Verweisung noch zumutbar, weil die Lebensstellung der Versicherten nunmehr durch einen wesentlich höheren Freizeitanteil geprägt werde und besondere Belastungen wie die Nacharbeit entfielen.

8 So etwa Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. F Rn. 79 (drei Jahre); Benkel/Hirschberg, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung 2. Aufl. § 2 BUZ 2008 Rn. 49 (fünf Jahre).

## Rechtliche Würdigung

Es ging also um die Frage, wann eine Tätigkeit "der bisherigen Lebensstellung entspricht". Der Senat versteht in st. Rspr. die bisherige Lebensstellung so, dass sie vor allem durch die zuletzt in gesunden Tagen ausgeübte Tätigkeit geprägt wird<sup>9</sup>. Eine Vergleichstätigkeit setzt danach zum einen voraus, dass die neue Erwerbstätigkeit keine deutlich geringeren Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert. Das war hier ohne weiteres der Fall. Zum anderen darf die neue Tätigkeit aber in ihrer Vergütung sowie in ihrer sozialen Wertschätzung nicht spürbar unter das Niveau des bislang ausgeübten Berufs absinken<sup>10</sup>.

Bei diesem Vergleich der Vergütung für die alte und neue Tätigkeit ist auf das tatsächlich erzielte Einkommen abzustellen, nicht auf das erzielbare. Das Einkommen ist also auch dann gemindert, wenn der VN nur deshalb weniger verdient, weil er in seinem neuen Beruf auch weniger arbeitet. Im vorliegenden Fall kam es daher nicht darauf an, dass die Versicherte jetzt umgerechnet sogar einen etwas höheren Stundenlohn erzielt.

Was ist nun ein "spürbares Absinken" der Vergütung? Wer jetzt gehofft hat, der Senat könnte eine allgemeingültige Quote der hinzunehmenden Einkommenseinbuße festlegen, muss enttäuscht werden: das ist schlichtweg nicht möglich. Es muss – wie so oft – der Einzelfall betrachtet werden.

Ist im vorliegenden Fall die Einkommenseinbuße von 22,7 % noch kein spürbares Absinken, weil die Versicherte zum Ausgleich ja auch zehn Stunden mehr Freizeit pro Woche hat und nicht mehr nachts arbeiten muss?

Das kann man so nicht sagen. Zu beachten ist, dass sich prozentuale Einkommensminderungen – je nach Höhe des bisherigen Verdienstes – unterschiedlich belastend auswirken. Hier hatte die Versicherte ein relativ niedriges Bruttoeinkommen. Daher wirkt sich eine Einbuße von 22,77 % für ihre Lebensstellung wesentlich stärker als bei einem Bruttoeinkommen im mittleren oder höheren Bereich aus. Ökonomisch betrachtet wirkt hier das Gesetz des abnehmenden Grenznutzens des Einkommens.

Und was macht der Freizeitgewinn aus? Eine Verrechnung von Freizeit und Arbeitserleichterungen mit der Einkommensdifferenz ist mit dem Zweck der Berufsunfähigkeitsversicherung nicht vereinbar. Die Berufsunfähigkeitsversicherung soll für den VN erkennbar seinen individuellen und sozialen Abstieg verhindern. Dafür ist das Einkommen nicht der einzige, aber doch ein wesentlicher Faktor. Ein solcher Abstieg wird nicht durch mehr Freizeit und das Fehlen von Erschwernissen am Arbeitsplatz vermieden, sondern dadurch, dass dem VN weiterhin die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, um den mit dem früheren Beruf erreichten Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Eine Verrechnung von Einkommensminderung und Freizeitgewinn ist daher nicht möglich. Die Rechtssache musste zur erneuten Prüfung der Vergleichbarkeit an das BG zurückverwiesen werden.

## V. Senatsbeschl. vom 15. 2. 2017 – IV ZR 280/15, r+s 2017, 368 = VersR 2017, 868 (Zur Zulässigkeit individualvertraglicher Vereinbarungen über die Leistungspflicht)

Bevor es um eine mögliche Verweisung geht, muss der VR natürlich zunächst seine Leistungspflicht im Übrigen prüfen, also insbesondere feststellen, ob der VN bedingungsgemäß berufsunfähig geworden ist. Statt das in den AVB vorgesehe-

ne Verfahren zu durchlaufen, schließen die VR dann gelegentlich individuelle Vereinbarungen über ihre Leistungspflicht mit den VN, so auch im folgenden Fall.

## Sachverhalt

Bei der hier abgeschlossenen Berufsunfähigkeitszusatzversicherung bestand ein Leistungsanspruch bei einer Berufsunfähigkeit von mindestens 50 %. Vollständige Berufsunfähigkeit lag vor, wenn die versicherte Person gesundheitlich

"6 Monate ununterbrochen außerstande war oder voraussichtlich 6 Monate ununterbrochen außerstande ist",

ihren Beruf auszuüben.

Die VN wurde ab dem 7. 1. 2011 wegen einer depressiven Erkrankung arbeitsunfähig geschrieben. Im Juni 2011 beantragte sie daher Versicherungsleistungen wegen Berufsunfähigkeit ab dem 6. 1. 2011. Dem Antrag fügte sie ein für die Bundesagentur für Arbeit erstelltes Gutachten bei. Darin hieß es, dass die VN nur noch drei Stunden täglich leistungsfähig sei und dies voraussichtlich für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten so bleiben werde. Der VR teilte daraufhin im Oktober 2011 mit, dass noch keine zweifelsfreie ärztliche Einschätzung zum Grad der Berufsunfähigkeit vorliege. Aus diesem Grund sei nun eine Begutachtung erforderlich, was aber länger dauern werde. Deswegen schlug der VR folgenden Vergleich vor: "Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage" wollte der VR für die Zeit von Februar bis Dezember 2011 Versicherungsleistungen erbringen. Weiter hieß es in dem Vergleich: "Zum Ablauf der vereinbarten Leistungszeit zum 1. 1. 2012 erfolgt eine Prüfung der Leistungsvoraussetzungen nach den Grundsätzen der Erstprüfung. Die bedingungsgemäßen Regelungen zum Nachprüfungsverfahren gelten hierfür nicht".

Die Regelungen für das Nachprüfungsverfahren sahen folgendes vor:

"Ist die Berufsunfähigkeit weggefallen oder hat sich der Grad auf weniger als 50 % ... vermindert, passen wir die Leistung entsprechend der gewählten Leistungsregelung ... an. In diesem Fall informieren wir den Anspruchsberechtigten schriftlich über die Veränderungen oder die Einstellung der Leistungen. ... Die Einstellung unserer Leistungen wird mit dem Ablauf des 3. Monats nach Zugang unserer Erklärung bei Ihnen wirksam. ..."

Der Vergleich wurde geschlossen und die VN erhielt bis Ende 2011 ihre Versicherungsleistungen. Zum Rechtsstreit kam es dann folgendermaßen: Der VR stellte zum 1. 1. 2012 die Leistungen ein und ließ die VN begutachten. Das Ergebnis war, dass sie nur noch zu maximal 20 % berufsunfähig war. Der VR teilte daher mit Schreiben vom Juli 2012 mit, er könne ab Januar 2012 nicht mehr leisten. Dagegen klagte die VN auf Versicherungsleistungen ab Januar 2012 und auch für die Zukunft. Das BG sprach der VN Leistungen bis Oktober 2012 zu – und zwar zu Recht.

## Rechtliche Würdigung

Individuelle Vereinbarungen über die Leistungspflicht des VR sind grundsätzlich zulässig, wie der Senat zum alten VVG bereits mehrfach entschieden hat<sup>11</sup>. Das ist Teil der Vertragsfreiheit. Der Senat hatte in diesem Fall Gelegenheit, dies auch für das neue VVG klarzustellen. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass nach § 175 VVG von den Regelungen des § 173 VVG zum Anerkenntnis des VR nicht

9 Vgl. Senatsurt. v. 21. 4. 2010 – IV ZR 8/08, VersR 2010, 1023 Rn. 11.

10 Senatsurt. v. 21. 4. 2010 aaO.

11 Vgl. zu dieser Rspr. Terno, r+s 2008, 361, 365 ff.

zum Nachteil des VN abgewichen werden darf. Das steht individuellen Vereinbarungen, welche die Leistungspflicht sachlich oder zeitlich näher regeln, nicht entgegen.

Diese Freiheit findet ihre Grenzen aber an den Grundsätzen von Treu und Glauben. Der VR ist in besonderer Weise gehalten, seine überlegene Sach- und Rechtskenntnis nicht zum Nachteil des VN auszunutzen. Der VN muss in die Lage versetzt werden, verantwortlich darüber zu entscheiden, ob er sich auf eine Beschränkung der nach den Versicherungsbedingungen berechtigten oder von ihm für berechtigt gehaltenen Ansprüche einlassen will.

In diesen Fällen ist also zu fragen, ob die Vereinbarung gewichtige Nachteile für den VN enthält, die von der vertraglichen Rechtslage abweichen. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der VR bei naheliegender Berufsunfähigkeit eine ernsthafte Prüfung der Leistungspflicht hinausschiebt. Solche Vereinbarungen sind dann nur in engen Grenzen möglich. Sie setzen eine noch unklare Sach- und Rechtslage voraus. Außerdem muss der VR vor Abschluss der Vereinbarung klar, unmissverständlich und konkret darauf hinweisen, wie sich die vertragliche Rechtsposition des VN darstellt und in welcher Weise diese durch den Abschluss der Vereinbarung verändert oder eingeschränkt wird.

Im vorliegenden Fall sprach aber schon bei Antragstellung viel für eine Leistungspflicht des VR. Nach den AVB genügte bereits eine voraussichtlich sechsmonatige Berufsunfähigkeit für den Versicherungsanspruch. Außerdem lag das BfA-Gutachten vor, demzufolge die VN bereits seit Anfang 2011 und voraussichtlich auch für sechs Monate arbeitsunfähig erkrankt war. Daher fehlte es schon an der unklaren Sachlage. Das BG hatte daher zu Recht die Vereinbarung für unwirksam gehalten. Stattdessen galten die Regelungen der AVB zum Nachprüfungsverfahren. Deswegen bekam die VN auch für die drei Monate ab Zugang der Änderungsmitteilung vom Juli 2012 noch die Versicherungsleistungen.

#### **VI. Senatsurt. v. 22. 2. 2017 – IV ZR 289/14, r+s 2017, 232 = VersR 2017, 469 (Mitwirkungsobliegenheit des VN bei Aufklärung vorvertraglicher Anzeigebliedenverletzungen)**

In diesem Fall ging es um die Mitwirkungsobliegenheit des VN bei der Aufklärung vorvertraglicher Anzeigebliedenverletzungen, insbesondere um die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der VN bei Geltendmachung eines Versicherungsanspruchs auch Schweigepflichtentbindungen zu erteilen hat.

#### **Sachverhalt**

Der VN teilte dem VR mit, dass er aufgrund eines Burnout-Syndroms berufsunfähig sei, und beantragte Versicherungsleistungen. Daraufhin verlangte der VR die Unterzeichnung von Schweigepflichtentbindungserklärungen zur Einholung von Auskünften bei verschiedenen Stellen, insb. bei Ärzten und Krankenkassen. Dazu war der VN aber nur bereit, soweit sich solche Auskünfte auf die geltend gemachte Berufsunfähigkeit bezogen. Der VR wies darauf hin, dass er auch prüfen wolle, ob der Versicherungsvertrag ordnungsgemäß zustande gekommen sei, d. h. ob der VN die Gesundheitsfragen im Versicherungsantrag wahrheitsgemäß beantwortet hatte. Der VN war nicht bereit, zu diesem Zweck eine Schweigepflichtentbindung abzugeben. Daraufhin erklärte der VR, er könne keine weitere Leistungsprüfung durchführen; der VN habe daher noch keinen fälligen Versicherungsanspruch.

Das sahen auch die Vorinstanzen so.

#### **Rechtliche Würdigung**

Der Fall warf zunächst die Frage auf, ob der Versicherungsanspruch des VN fällig war. Dazu heißt es in § 14 Abs. 1 VVG: Geldleistungen des VR sind fällig mit der Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistung des VR notwendigen Erhebungen.

Doch welche Erhebungen sind "zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistung" notwendig? Nur die Erhebungen, die sich unmittelbar auf den Eintritt des Versicherungsfalles beziehen – oder auch solche zur Aufklärung von vorvertraglichen Anzeigebliedenverletzungen?

Bei der Beantwortung dieser Frage waren folgende Erwägungen für den Senat maßgebend: Für die Fälligkeit des Versicherungsanspruchs müssen zunächst die Erhebungen zu der Frage abgeschlossen sein, ob der Versicherungsfall eingetreten ist. Der Eintritt des Versicherungsfalles setzt aber nicht nur ein versichertes Ereignis voraus, wie in diesem Fall die Berufsunfähigkeit. Einen Versicherungsfall kann es nur geben, wenn ein wirksamer Versicherungsvertrag zwischen den Parteien vorliegt. An einem wirksamen Vertrag fehlt es aber, wenn dem VR rechtsvernichtende Gestaltungsrechte zustehen und er davon Gebrauch macht, nämlich den Rücktritt oder die Anfechtung erklärt. Diese Rechte setzen eine vorvertragliche Obliegenheitsverletzung voraus. Deswegen umfassen die Erhebungen zur Feststellung des Versicherungsfalles im Sinne von § 14 VVG auch die Prüfung solcher Obliegenheitsverletzungen, hier also die Frage, ob der VN die Gesundheitsfragen falsch beantwortet hat.

Wenn der VR solche Erhebungen vornehmen kann, bevor der Versicherungsanspruch fällig wird, schließt sich eine zweite Frage an: Muss der VN an diesen Erhebungen mitwirken, insbesondere durch die Erteilung von Schweigepflichtentbindungen? Steht also die Verweigerung der Mitwirkung durch den VN in diesem Fall der Fälligkeit des Versicherungsanspruchs entgegen?

Die hier zugrundeliegenden AVB enthielten eine Regelung zu den Mitwirkungspflichten des VN. Unmittelbar einschlägig für die hier vom VR verlangten Schweigepflichtentbindungen war § 22 Abs. 2 Satz 2 der Bedingungen:

"Die versicherte Person hat Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Krankenanstalten sowie Pflegeheime, bei denen sie in Behandlung oder Pflege war oder sein wird, sowie Sachverständige, Pflegepersonen, andere Personenversicherer und Behörden sowie wegen des Berufs auch den Arbeitgeber zu ermächtigen, uns auf Verlangen Auskunft zu erteilen."

Aber hält diese Regelung einer AGB-Kontrolle stand? Oder ist das eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 BGB?

Die Pflicht zur Erteilung von Schweigepflichtentbindungen ist am Grundrecht des VN auf informationelle Selbstbestimmung zu messen. Das BVerfG hat diese Grundrechtsprüfung bereits in zwei Entscheidungen vorgezeichnet<sup>12</sup>. Zu fragen ist: Wird dem VN durch diese Regelung der informationelle Selbstschutz vereitelt oder unzumutbar gemacht?

Sieht man sich dazu den Inhalt der Klausel an, stellt man fest, dass die Regelung den Anforderungen dieses Grundrechts nicht genügt: Wenn der VN Leistungsansprüche geltend machen will, muss er die dort genannten Auskunftspersonen

12 Vgl. BVerfG r+s 2007, 29; VersR 2013, 1425.

sonen uneingeschränkt ermächtigen, dem VR unmittelbar Auskunft zu erteilen. Es gibt keine inhaltliche Begrenzung dieser Verpflichtung, etwa auf Auskünfte nur zu bestimmten Themen oder hinsichtlich bestimmter Zeiträume. Der Versicherte hat so keine Möglichkeit, die Sachdienlichkeit der Informationserhebung zu überprüfen und die Preisgabe seiner Daten selbst zu steuern. Der Senat entschied daher, dass § 22 Abs. 2 Satz 2 der AVB unwirksam ist.

Es gab in diesem Fall jedoch noch eine weitere Regelung in § 22 Abs. 2 Satz 1 der AVB:

"Wir können außerdem, dann allerdings auf unsere Kosten, weitere Untersuchungen durch von uns beauftragte Ärzte und sonstige Sachverständige sowie notwendige Nachweise – auch über die wirtschaftlichen Verhältnisse und ihre Veränderungen – verlangen, insbesondere zusätzliche Auskünfte und Aufklärungen, auch die des Arbeitgebers über den Beruf im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages."

Damit gestalteten die AVB die gesetzliche Regelung zur Mitwirkungspflicht des VN in § 31 Abs. 1 Satz 2 VVG aus. Gemäß § 31 Abs. 1 VVG kann der VR nach dem Eintritt des Versicherungsfalles verlangen, dass der VN jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des VR erforderlich ist (Satz 1), und dass ihm insoweit Belege vorgelegt werden, als deren Beschaffung dem VN billigerweise zugemutet werden kann (Satz 2).

Das Gesetz und die AVB ergeben hier eine wirksame Grundlage für eine Mitwirkungsobliegenheit des VN. Da § 31 VVG von den "zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des VR erforderlichen" Auskünften spricht, ist er insoweit wortgleich mit § 14 Abs. 1 VVG. Daher ist er auch genauso auszulegen, umfasst also auch Auskünfte zur Feststellung vorvertraglicher Anzeigebliedenverletzungen.

Im Übrigen kommt dem VR nach st. Rspr. des Senats regelmäßig ein erheblicher Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung zu, welche Angaben er zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält<sup>13</sup>. Es genügt, wenn diese Ermittlungen ex ante erforderlich erschienen, auch wenn sie es im Nachhinein nicht waren.

Diese Mitwirkungsobliegenheit, Schweigepflichtentbindungen zu erteilen, findet ihre Grenze natürlich weiterhin im Recht des VN auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht des VN ist gegen das Interesse des VR abzuwägen, ungerechtfertigte Leistungen zu vermeiden. Die Mitwirkungsobliegenheit ist daher zu beschränken, ohne sie gegenstandslos werden zu lassen. Eine solche Beschränkung könnte einerseits am Anlass der Datenerhebung ansetzen. Sollte die Mitwirkungsobliegenheit auf Fälle beschränkt werden, in denen bereits eine konkrete Verdachtslage für eine Anzeigebliedenverletzung des VN besteht? Dies wäre allerdings eine sehr weitgehende Beschränkung der Möglichkeiten des VR, Anzeigebliedenverletzungen aufzuklären. Ohne Auskünfte wird der VR regelmäßig auch noch keine Anhaltspunkte für eine Obliegenheitsverletzung haben.

Der Senat hat daher entschieden, dass die erforderliche Beschränkung über Umfang und Verfahren der Datenerhebung sicherzustellen ist. Der VN hat dabei nur insoweit mitzuwirken, als diese Daten zur Prüfung des Leistungsfalles einschließlich von Obliegenheitsverletzungen relevant sind.

Das Verfahren der Datenerhebung vollzieht sich dann folgendermaßen: Vor Beginn der Datenerhebung hat der VR den VN darüber zu informieren, welche Wege ihm offen-

stehen. Der VN kann entweder freiwillig bereits eine umfassende Schweigepflichtentbindung erklären. Daran kann er zur Beschleunigung der Auszahlung von Versicherungsleistungen durchaus ein Interesse haben. Wenn er das nicht möchte, trifft ihn nur eine schrittweise zu erfüllende Obliegenheit. Die Datenerhebung findet dann in Stufen statt. Dies gilt also, wenn der VR die Datenerhebung nicht von vornherein auf die relevanten Informationen beschränken kann, weil er noch gar nicht weiß, worauf er sein Augenmerk zu richten hat. Dann erstreckt sich die Obliegenheit des VN zunächst nur auf die Einholung von Vorinformationen. Diese sind weniger weitreichend und persönlichkeitsrelevant. Das kann insbesondere die Auskunft des Krankenversicherers sein, ob Arztbesuche stattgefunden haben.

Auf dieser Grundlage soll dann der VR sein Auskunftsverlangen weiter konkretisieren. Er soll einzelne, spezifischere Anfragen stellen. Erst nach dieser weiteren Konkretisierung wären zuletzt auch besonders sensible Gesundheitsdaten von der Auskunftsobliegenheit umfasst. Das beträfe dann etwa Diagnosen oder Behandlungsweisen, dies aber nur innerhalb des relevanten Rahmens. Die auskunftgebenden Stellen und der betroffene Zeitraum wären also entsprechend beschränkt. Erst dann wäre auch der VN gehalten, dieser Konkretisierung entsprechende Schweigepflichtentbindungen zu erteilen.

Das ist also das Modell, dass die VR in Zukunft umsetzen sollten<sup>14</sup>. Im zu entscheidenden Fall kam dies ausnahmsweise noch nicht zum Tragen. Zwar wollte der VR hier sämtliche Behandlungsdaten von 2011 bis zurück ins Jahr 2002 einholen. Das wäre nach dem eben Gesagten sehr bedenklich. Der VN hatte sich aber ernsthaft und endgültig geweiht, bei jedweder Erhebung von Gesundheitsdaten mitzuwirken, die der Prüfung vorvertraglicher Anzeigebliedenverletzungen dient. Daher erschien ein gesondertes, enger gefasstes Mitwirkungsverlangen der VR aussichtslos. Deswegen hatte die Revision im Ergebnis keinen Erfolg.

#### **VII. Senatsurt. v. 5. 7. 2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462 = VersR 2017, 1129 (Zulässigkeit sog. allgemeiner Schweigepflichtentbindungen)**

Die nächste Entscheidung bleibt im Themenbereich der Aufklärung von Obliegenheitsverletzungen mit Hilfe von Schweigepflichtentbindungserklärungen des VN. Der Sachverhalt und die Entscheidungen der Vorinstanzen lagen zeitlich vor der eben genannten Grundsatzentscheidung des Senats. Anders als im vorherigen Fall war hier bereits eine Datenerhebung des VR mit Hilfe einer Schweigepflichtentbindung des Versicherten erfolgt. Jetzt ging es also um die Zulässigkeit einer erteilten allgemeinen Schweigepflichtentbindung.

#### **Sachverhalt**

Der etwas vereinfachte Sachverhalt sah so aus: Die Versicherte hatte bei Antragstellung alle Gesundheitsfragen verneint. Später verlangte sie Berufsunfähigkeitsleistungen. Sie unterzeichnete eine vom VR vorformulierte allgemeine Schweigepflichtentbindung. Darin wurde der VR ermächtigt, alle Ärzte und Krankenhäuser, bei denen sie je in Behandlung war, sowie sämtliche Versicherer über ihre Gesundheitsverhältnisse bei Vertragsschluss zu befragen. Mit Hilfe dieser Erklärung führte der VR eine entsprechende Daten-

13 Vgl. Senatsurt. v. 13. 7. 2016 – IV ZR 292/14, r+s 2016, 472 Rn. 34; v. 16. 11. 2005 – IV ZR 307/04, r+s 2006, 185 Rn. 14.

14 Vgl. dazu auch Neuhaus, r+s 2017, 281, 285 ff.

erhebung mit folgendem Ergebnis durch: Die Versicherte hatte eine Vorerkrankung, die im Antragsformular nicht angegeben worden war. Darauf folgte prompt die Anfechtung durch den VR wegen (arglistiger) Verletzung einer vorvertraglichen Anzeigepflicht. Die Versicherte erhob Klage.

### Rechtliche Würdigung

Damit stellten sich in diesem Fall zwei Fragen: War die Datenerhebung durch die Beklagte rechtmäßig? Und falls nicht: Durfte der VR die so erhobenen Daten dennoch verwenden und seine Anfechtung darauf stützen?

Zunächst zur Frage der Rechtmäßigkeit der Erhebung der Gesundheitsdaten. Diese richtet sich nach § 213 VVG. Daraus ergibt sich zunächst, dass der VN oder der Versicherte eine allgemeine Schweigepflichtentbindungserklärung abgeben kann. Das Gesetz setzt deren Zulässigkeit voraus. Nach § 213 Abs. 3 VVG kann der VN verlangen, dass für jede einzelne Datenerhebung seine Einwilligung eingeholt wird. Das bedeutet aber auch, dass er umgekehrt auch freiwillig eine einzige allgemeine Schweigepflichtentbindung abgeben kann. Er muss sie aber nicht erteilen. Sonst wäre das Einwilligungserfordernis in § 213 Abs. 1 VVG inhaltslos. Verlangt der VR dennoch eine solche allgemeine Schweigepflichtentbindung als Bedingung für die Auszahlung von Versicherungsleistungen, und der VN kommt dem nach, so ist die auf dieser Grundlage durchgeführte Datenerhebung rechtswidrig.

Für den vorliegenden Fall wäre daher zunächst zu fragen: Hat der VR in diesem Sinne eine allgemeine Schweigepflichtentbindung verlangt? Die Forderung einer solchen Erklärung ohne Hinweis auf die Möglichkeit, stattdessen Einzelermächtigungen zu erteilen, steht einer wirksamen Einwilligung entgegen. Dies wäre dann eine rechtswidrige Datenerhebung ohne Einwilligung.

Hier war allerdings noch ungeklärt, wie es überhaupt zur Abgabe der Schweigepflichtentbindung gekommen war. Falls der VR sie gar nicht verlangt hätte, wäre aber ebenfalls zu fordern, dass er die Versicherte auf die Alternative der Einzelermächtigungen hinweist. Er muss sie darüber informieren, dass sie auch schrittweise inhaltlich beschränkte Schweigepflichtentbindungen erteilen kann. Das wäre also die gestufte Datenerhebung, wie wir sie im vorherigen Fall (IV ZR 289/14) kennengelernt haben. Wurde dieser Hinweis erteilt, dann wäre ihre Einwilligung wirksam.

Fehlt es dagegen an diesem Hinweis, dann wären die weiteren Anforderungen von § 213 VVG zu prüfen. Der VR hätte die Versicherte dann vor der Erhebung der Gesundheitsdaten darüber informieren müssen, dass die Erhebung stattfindet und dass sie dieser Erhebung widersprechen kann (§ 213 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 VVG). Zudem wäre die Versicherte auf ihr Recht hinzuweisen gewesen, jederzeit verlangen zu können, dass eine Datenerhebung nur erfolgt, wenn sie jeweils in die einzelne Erhebung eingewilligt hat (§ 213 Abs. 3 und 4 VVG). Von der Erfüllung dieser Hinweispflichten hinge dann wieder die Wirksamkeit der Einwilligung und die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ab.

Wenn auf diese Weise für den Ausgangsfall geklärt wäre, ob die Datenerhebung rechtswidrig war, käme man ggf. zur zweiten Frage des Falles: Kann der VR gestützt auf rechtswidrig erhobene Daten die Anfechtung erklären? Der Senat hatte zur Rechtslage unter dem alten VVG bereits entschieden, dass nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten

des VR stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Verwendung dieser Daten führt<sup>15</sup>. Im vorliegenden Fall war daher erstmals zu entscheiden, ob dies auch nach Inkrafttreten von § 213 VVG so fortgilt.

Das ist nach der Entscheidung des Senats der Fall. § 213 VVG selbst enthält für eine rechtswidrige Datenerhebung keine Sanktionen. Das bedeutet aber nicht, dass ein Verstoß folgenlos bleiben soll oder dass andererseits stets ein Verwertungsverbot besteht. Vielmehr stehen sich – wie bereits vor Inkrafttreten von § 213 VVG – die Rechtspositionen der Beteiligten gegenüber: das Recht des Versicherten auf informationelle Selbstbestimmung und das Offenbarungsinteresse des VR, ungerechtfertigte Leistungen zu vermeiden. Beiden ist nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz Geltung zu verschaffen.

Anstelle eines generellen Verwendungsverbotes ist daher bei einer Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage zu prüfen, ob der Versicherer nach Treu und Glauben gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen. Bei dieser Prüfung nach § 242 BGB ist zunächst zu fragen: Hat der VR seine Tatsachenkenntnis gerade durch das beanstandete Verhalten zielgerichtet geschaffen? Dies kann dann einer Anfechtung entgegenstehen. Lässt sich ein zielgerichtet-treuwidriges Handeln dagegen nicht feststellen, muss eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob und inwieweit dem VR eine Rechtsausübung verwehrt sein soll. Das gilt auch bei unstreitigen Ermittlungsergebnissen, etwa unstreitig verschwiegenen Vorerkrankungen. Auch eine aufgedeckte Arglist des VN erlaubt nicht per se immer eine Verwendung der Daten. Auch sie ist lediglich ein – wenn auch meist gewichtiger – Umstand, der in die Güterabwägung einfließt.

In den beiden zuletzt vorgestellten Entscheidungen hat der Senat also den Versicherern für die Zukunft umfassende Handlungshinweise für den Umgang mit Schweigepflichtentbindungen mit auf den Weg gegeben.

### B. Rspr. zur Rechtsschutzversicherung

Damit möchte ich jetzt zu der Versicherung kommen, die weiterhilft, wenn der Berufsunfähigkeitsversicherer nicht zahlen will: die Rechtsschutzversicherung

Der Senat hatte sich hier zunächst in zwei Entscheidungen damit zu befassen, ob ein Sachverhalt inhaltlich vom vereinbarten Versicherungsschutz erfasst wird bzw. ob er einer Risikoausschlussklausel unterfällt.

#### I. Senatsurt. v. 20. 7. 2016 – IV ZR 245/15, r + s 2016, 462 = VersR 2016, 1184 (Risikoausschluss für Enteignungsangelegenheiten)

Mit dem folgenden Fall gerät der VN mit seiner Rechtsschutzversicherung mitten in die Griechenlandkrise und muss sich mit einer Risikoausschlussklausel auseinandersetzen.

#### Sachverhalt

Der VN hatte hier – leider – im Jahr 2010 griechische Staatsanleihen erworben. Zwei Jahre später wurde in Griechenland ein Gesetz erlassen, der sog. Greek Bondholder Act, durch den diese Anleihen gegen neue Staatsanleihen mit einem niedrigeren Nominalwert ausgetauscht wurden. Glücklicherweise hatte der VN aber eine Rechtsschutzver-

<sup>15</sup> Vgl. Senatsurt. v. 28. 10. 2009 – IV ZR 140/08, r+s 2010, 55 Rn. 19 ff.



sicherung abgeschlossen und begehrte nun Rechtsschutz für eine Klage gegen den griechischen Staat auf Rückzahlung der ursprünglich erworbenen Anleihen.

Die Beklagte – das vom VR beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen<sup>16</sup> – lehnte den Deckungsschutz ab. Das BG gab der Klage des VN aber statt. Zu Recht?

### Rechtliche Würdigung

Relativ einfach war in diesem Fall noch die Feststellung, dass das Anliegen des VN grundsätzlich von der versicherten Leistungsart Vertragsschutz umfasst wäre. Vereinbart war nach den § 2 d) ARB "Rechtsschutz im Vertragsrecht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus privatrechtlichen Schuldverhältnissen und dinglichen Rechten". Für die Frage, ob die Rechtsverfolgung der Leistungsbeschreibung unterfällt, ist der beabsichtigte Klagevortrag des VN maßgeblich. Stützt er sich daher auf ein Rechtsverhältnis, das dem Schutzbereich des Versicherungsvertrages unterfällt?

Dazu hat der VN vorgetragen, fällige privatrechtliche Zahlungsansprüche aus den Inhaberschuldverschreibungen verfolgen zu wollen. So ergibt sich dies auch aus seinem Klageentwurf. Dies wäre also von der vereinbarten Leistungsart Vertragsschutz gedeckt.

Der VR berief sich hier aber auf einen Risikoausschluss in § 3 Abs. 3 d) der ARB:

"§ 3 Ausgeschlossene Rechtsangelegenheiten

Rechtsschutz besteht, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, nicht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

...

(3) ...

d) in Enteignungs-, Planfeststellungs-, Flurbereinigungs- sowie im Baugesetzbuch geregelten Angelegenheiten;

..."

Die Beklagte verwies auf den "Greek Bondholder Act" und meinte, durch dieses Gesetz werde der VN enteignet. Daher sei das beabsichtigte Klageverfahren eine Enteignungsangelegenheit im Sinne der Ausschlussklausel. Stimmt das?

Der Senat lehnte dies aus zwei Gründen ab:

Zunächst war der Begriff der Enteignungsangelegenheiten aus den ARB auszulegen. Maßstab der Auslegung war wieder einmal der durchschnittliche VN. Denn "Enteignungsangelegenheiten" sind jedenfalls kein fest umrissener Begriff der Rechtssprache.

Es stellt sich daher bei einer Auslegung aus der Sicht des durchschnittlichen VN die Frage: Erfassen "Enteignungsangelegenheiten" die staatliche Entziehung von Rechten aller Art – so etwa auch der hier betroffenen Inhaberschuldverschreibungen? Oder ist der Begriff enger zu verstehen und erfordert einen Grundstücksbezug? Dazu war gleich im Hinterkopf zu behalten: Bekanntlich geht der Senat in st. Rspr. vom Grundsatz der engen Auslegung von Risikoausschlüssen aus<sup>17</sup>.

In den Blick zu nehmen war hier zunächst der Zweck der Klausel, soweit er für den VN erkennbar ist. Der Risikoausschluss soll erfahrungsgemäß besonders kostenträchtige und im Kostenrisiko schwer überschaubare Streitigkeiten von der Versicherung ausnehmen. Dies sind Streitigkeiten, von denen nur ein regional begrenzter Kreis von Rechtsinhabern betroffen ist, weil sich die aufgezählten hoheitlichen Maßnahmen

oder Planungen nachteilig auf Grundstücke oder Rechte an Grundstücken auswirken.

Zu demselben Ergebnis führen Ausdrucksweise und Systematik der Klausel:

Die vom Versicherungsschutz ausgenommenen Risiken sind zu Gruppen zusammengefasst. Die Enteignungsangelegenheiten sind sprachlich mit den weiteren Begriffen in ihrer Gruppe verknüpft durch den Begriff der "Angelegenheiten": Planfeststellungs-, Flurbereinigungs- und im Baugesetzbuch geregelte Angelegenheiten.

Der VN wird nicht annehmen, dass verschiedene Begriffe rein zufällig in einer Gruppe zusammengefasst wurden. Deswegen ist zu fragen: was ist den Begriffen innerhalb dieser Gruppe gemeinsam? Antwort: der Grundstücksbezug. Daher erfasst der Ausschluss auch nur Enteignungen, die sich auf Grundstücke beziehen.

Aber die beabsichtigte Rechtsverfolgung war sogar noch aus einem zweiten Grund nicht von der Ausschlussklausel erfasst:

Der VN will hier eine Klage auf Leistung aufgrund eines Vertrages erheben, den er mit dem griechischen Staat abgeschlossen hatte. So ergibt sich dies aus dem Klageentwurf. Erst der beklagte Staat erhebt dagegen die Einwendung, dass dieser Vertragsanspruch durch ein enteignendes Gesetz untergegangen sei. Dementsprechend wird im Klageentwurf auch der Greek Bondholder Act gewürdigt: als mögliche Einwendung des Beklagten.

Doch als "Enteignungsangelegenheit" wird der VN nur einen Streit ansehen, in dem er sich gegen eine enteignende Maßnahme zur Wehr setzen oder Entschädigungsansprüche für die Enteignung geltend machen will. Er wird darunter nicht den Fall verstehen, in dem er selbst einen Anspruch durchsetzen will, der vollkommen unabhängig von einer enteignenden Maßnahme entstanden ist.

Maßgeblich ist daher sein Vertragsanspruch als Klagegrund. Die Einwendung des Beklagten definiert dagegen nicht den Rechtsschutzfall.

Dazu hatte der Senat bereits früher entschieden<sup>18</sup>: Erhebt der VN einer Rechtsschutzversicherung einen Anspruch gegen einen Dritten, ist für die Festlegung der den Versicherungsfall kennzeichnenden Pflichtverletzung allein der Tatsachenvortrag entscheidend, mit dem der VN den Verstoß seines Anspruchsgegners begründet<sup>19</sup>. Das gilt hier nicht nur für den Umstand, dass die Klage unter die Leistungsart "Vertragsrecht" im Sinne von § 2 d) ARB 2004 fällt. Entsprechendes gilt für die Risikoausschlussklausel des § 3 Abs. 3 d) ARB 2004. Für die Frage, ob ein Sachverhalt unter eine Risikoausschlussklausel fällt, ist ebenfalls der Tatsachenvortrag maßgeblich, mit dem der VN den Verstoß seines Anspruchsgegners begründet.

## II. Senatsbeschl. v. 14. 12. 2016 – IV ZR 497/15, r + s 2017, 187 = VersR 2017, 348 (Straf-Rechtsschutz und gefährliche Körperverletzung)

Auch im folgenden Fall geht es darum, ob ein Sachverhalt vom Leistungsversprechen der ARB erfasst wird.

16 Vgl. § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG und die unter B.IV. vorgestellte Entscheidung.

17 Vgl. Senatsurt. v. 28. 10. 2015 – IV ZR 269/14, r+s 2016, 74 Rn. 38; v. 8. 5. 2013 – IV ZR 233/11, r+s 2013, 382 Rn. 41.

18 Dazu Felsch, r+s 2016, 321, 331 f.

19 Senatsurt. v. 25. 2. 2015 – IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 Rn. 12.

## Sachverhalt

Der VN ist in eine Auseinandersetzung vor einer Disko verwickelt. Dabei soll er seinen Kontrahenten mit einem spitzen Gegenstand verletzt haben. Die Staatsanwaltschaft leitet ein Ermittlungsverfahren gegen ihn ein, daher beauftragt er einen Verteidiger. Dann bekommt der VN eine gute und eine schlechte Nachricht: Die Staatsanwaltschaft stellt das Verfahren wegen geringer Schuld ein; dabei wird in der Einstellungsverfügung als Tatvorwurf „Gefährliche Körperverletzung“ (§ 224 StGB) angegeben. Doch die schlechte Nachricht folgt sogleich: Der Rechtsschutzversicherer verweigert die Übernahme der Verteidigerkosten.

Dabei beruft sich der VR auf folgende Klausel zur vereinbarten Leistungsart "Strafrechtsschutz". Nach § 2 i) ARB besteht Rechtsschutz

"für die Verteidigung wegen des Vorwurfs [...]"

eines sonstigen Vergehens, dessen vorsätzliche wie auch fahrlässige Begehung strafbar ist, solange dem VN ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen wird. Wird dem VN dagegen vorgeworfen, ein solches Vergehen vorsätzlich begangen zu haben, besteht rückwirkend Versicherungsschutz, wenn nicht rechtskräftig festgestellt wird, dass er vorsätzlich gehandelt hat.

Es besteht also bei dem Vorwurf eines Verbrechens kein Versicherungsschutz; ebenso wenig bei dem Vorwurf eines Vergehens, das nur vorsätzlich begangen werden kann (z. B. Beleidigung, Diebstahl, Betrug). Dabei kommt es weder auf die Berechtigung des Vorwurfes noch auf den Ausgang des Strafverfahrens an."

Hier wurde dem VN zwar gefährliche Körperverletzung und damit zweifellos Vorsatz vorgeworfen. Festgestellt wurde der Vorsatz aber nicht, da das Verfahren ja eingestellt wurde. Damit käme der rückwirkende Versicherungsschutz für das Ermittlungsverfahren wegen gefährlicher Körperverletzung noch in Betracht.

Damit stellte sich hier zunächst die Frage: Wonach richtet sich der Anspruch auf Versicherungsschutz? Die ARB sprechen hier eine deutliche Sprache: Maßgeblich ist der "Vorwurf" gegen den VN. Diesen bestimmt die Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde. Ob deren rechtliche Bewertung zutrifft, ist für den Vorwurf ohne Bedeutung. Daher hat auch nicht das Gericht im Deckungsprozess gegen den Rechtsschutzversicherer die strafrechtliche Einordnung des Vorfalls zu überprüfen.

Die zentrale Frage des Falles aber war: Was ist im Sinne der ARB ein "Vergehen, dessen vorsätzliche wie auch fahrlässige Begehung strafbar ist"? Die Klausel verweist damit auf die Vorschriften des Strafrechts. Die Regelung geht erkennbar von dem Grundfall aus, dass "ein Vergehen" auch nur in einem Straftatbestand geregelt ist. Dieser enthält dann innerhalb eines Paragraphen sowohl die vorsätzliche wie die fahrlässige Begehungsform. Im StGB ist das der Normalfall für die Fahrlässigkeitsdelikte: im Abs. 1 eines Paragraphen wird eine Vorsatztat beschrieben, im Abs. 2 heißt es dann: Nach Absatz 1 wird auch bestraft, wer die Tat fahrlässig begeht (z. B. § 316 StGB).

Nichts anderes gilt dann aber, wenn ein solcher Tatbestand rein formal auf zwei Paragraphen für Vorsatz und Fahrlässigkeit aufgeteilt wird. Anstelle eines anderen Absatzes verweist dann ein anderer Paragraph auf den Vorsatztatbestand und ordnet eine entsprechende Strafbarkeit an, wenn die dort bezeichnete Handlung "aus Fahrlässigkeit begangen worden ist" (z. B. § 161 StGB). "Ein Vergehen" im Sinne der ARB setzt daher die volle Tatbestandsidentität zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat voraus.

Für den vorliegenden Fall und die gefährliche Körperverletzung bedeutet das:

Zwischen Körperverletzung (§ 223 StGB) und fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) besteht Identität. Im Verhältnis zwischen fahrlässiger und gefährlicher Körperverletzung ist dies dagegen nicht der Fall. § 224 StGB enthält zusätzliche Merkmale, die die fahrlässige Körperverletzung nicht enthält, hier die Tatbegehung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs.

Das BG hatte dem VN daher zu Recht keinen Versicherungsschutz zugesprochen.

## III. Senatsurt. v. 11. 4. 2018 – IV ZR 215/16, r+s 2018, 297 = VersR 2018, 673 (Zusage von Abwehrdeckung)

Der nächste Fall schließt sich nahtlos an die letzte Veranstaltung in diesem Rahmen vor zwei Jahren an. In einem damals vorgestellten Ur<sup>20</sup> hatte der Senat klargestellt, dass es dem VR freisteht, seine Leistungspflicht gegenüber dem VN auch durch Abwehrdeckung gegen die Gebührenforderungen von dessen Rechtsanwalt zu erfüllen<sup>21</sup>. Diese Rspr. haben wir in dem folgenden Urteil inhaltlich fortgeführt. Auch der Sachverhalt ist zum Teil identisch.

## Sachverhalt

Der Fall entwickelte sich zunächst wie in dem erwähnten Senatsurt. vom Oktober 2015. Es handelte sich erneut um den Versuch eines geschädigten Kapitalanlegers, seinen durch die Beteiligung an einer Gesellschaft verursachten Vermögensschaden ersetzt zu erhalten.

Für eine Klage gegen die Initiatoren dieser Beteiligungsgesellschaft hatte der VR dem VN bereits Deckungsschutz zugesagt.

Als dann aber die Anwälte des VN den VR auch um Deckungsschutz für eine Klage gegen die beteiligten Wirtschaftsprüfer bitten, lautete die Antwort des VR, die Wirtschaftsprüfer seien bei den hier vorgeworfenen deliktischen Handlungen Gehilfen der Täter gewesen. Ein Vorgehen gegen sie sei daher von den Rechtsanwaltsgebühren bereits umfasst, für die Deckung zugesagt worden sei.

Die Rechtsanwälte des VN stellten diesem jedoch ihr außergerichtliches Vorgehen gegen die Wirtschaftsprüfer gesondert in Rechnung. Es entwickelt sich dann weitere Korrespondenz zwischen dem VR und dem VN. Darin sagte der VR – so das nicht zu beanstandende Auslegungsergebnis des Tatrichters – dem VN Abwehrdeckung gegen die Gebührenforderungen seiner Rechtsanwälte zu. Daraufhin klagte der VN gegen den VR auf Freistellung von den Rechtsanwaltsgebühren.

Soweit waren wir also schon in dem früher entschiedenen Fall vom Oktober 2015. Dann entwickelte sich der Sachverhalt aber in eine neue Richtung: Der VN bezahlte während des laufenden Berufungsverfahrens im Deckungsprozess die Gebührenrechnung seiner Rechtsanwälte. Konsequenterweise stellte er seinen Klageantrag gegen den VR auf Zahlung um und verlangte die Erstattung dieser Kosten.

Das BG entschied, der VN habe keinen solchen Zahlungsanspruch, denn der VR habe den Versicherungsanspruch durch die Zusage von Abwehrdeckung bereits erfüllt. Und das stimmt mit dieser Begründung so nicht, auch wenn die Klage zu Recht abgewiesen wurde.

<sup>20</sup> Senatsurt. v. 21. 10. 2015 – IV ZR 266/14, r+s 2015, 604.

<sup>21</sup> Siehe dazu Felsch, r+s 2016, 321, 332 ff.

## Rechtliche Würdigung

Den Inhalt des Versicherungsanspruchs in der Rechtsschutzversicherung hatte der Senat ja bereits in der genannten Entscheidung vom Oktober 2015 klargestellt: Der VR schuldet die Befreiung des VN von der Gebührenforderung seines Rechtsanwalts. Wie er ihn davon befreit, ist grundsätzlich der Entscheidung des VR überlassen. Das kann durch Zahlung des VR an den Rechtsanwalt geschehen, aber auch durch Abwehrdeckung gegen die Gebührenforderung des Rechtsanwalts<sup>22</sup>.

Aber bedeutet das, wie das BG hier annahm, dass der VR den Versicherungsanspruch durch die Zusage von Abwehrdeckung bereits erfüllt hatte?

Die Erfüllung des Versicherungsanspruchs vollzieht sich hier folgendermaßen: Der Rechtsanwalt macht eine Gebührenforderung geltend. Der VR schuldet – wie gesagt – die Befreiung des VN von dieser Forderung. Nun hat der VR Abwehrdeckung zugesagt. Aber dadurch ist der VN noch nicht von dieser Forderung befreit. Er ist ihr nach wie vor ausgesetzt.

Es findet jetzt zunächst ein Abwehrversuch gegen diese Forderung statt. Dieser endet entweder erfolgreich: Eine entsprechende Klage des Rechtsanwalts wird rechtskräftig abgewiesen. Damit steht dann fest, dass die Gebührenforderung nicht besteht.

Oder der Abwehrversuch hat keinen Erfolg. Dann hat der VR die Kosten des RA zu übernehmen und befreit den VN auf diese Weise von der Forderung. So oder so ist der VN erst nach diesem Abwehrversuch der Gebührenforderung nicht mehr ausgesetzt.

Das Ergebnis ist also: Die Zusage von Abwehrdeckung ist noch keine Erfüllung des Versicherungsanspruchs. Insoweit war die Begründung des BG daher nicht zutreffend.

Wann verwandelt sich dann aber der Befreiungsanspruch des VN gegen den VR in einen Zahlungsanspruch? Und waren die Voraussetzungen dafür in diesem Fall erfüllt?

Hier hat der VN die Gebührenrechnung bezahlt, nachdem der VR Abwehrdeckung zugesagt hatte. Aber wo blieb in diesem Fall die Abwehr? Wenn der VR – wie bereits entschieden – die Wahl hat, ob er seine Versicherungsleistung durch Zahlung oder Abwehrdeckung erbringt, kann der VN ihm diese Wahl nicht nehmen, indem er einfach zu einem beliebigen Zeitpunkt den Anwalt bezahlt und dann Kostenersatzung des VR verlangt. Daher konnte die Zahlung des VR zu dem Zeitpunkt, zu dem sie hier erfolgte, keinen Zahlungsanspruch auslösen.

Abwehrdeckung bedeutet: Es muss auch zunächst ein Abwehrversuch stattfinden. Ist die Abwehr erfolgreich, hat sich sowieso alles erledigt. Ist der Abwehrversuch dagegen erfolglos, dann ist der VN der Gebührenforderung weiter ausgesetzt. Jetzt kann er auch an seinen Rechtsanwalt zahlen – im Verhältnis zu diesem muss er dies ja auch. Damit befreit er sich selbst von der Gebührenforderung, statt diese Leistung von seinem VR zu erhalten. Deswegen hat der VN jetzt einen Zahlungsanspruch gegen den VR.

Im vorliegenden Fall hatte der VN daher zu früh gezahlt, um seinen Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umzuwandeln.

Auch andere rechtliche Einwände gegen dieses Ergebnis verfangen hier nicht. Der VN berief sich auf § 158 n VVG a. F.<sup>23</sup> und die EU-Rechtsschutzversicherungsrichtlinie<sup>24</sup>.

Nach § 158 n VVG a. F. hat der VR ein Gutachterverfahren für den Fall vorzusehen, dass er seine Leistungspflicht wegen fehlender Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit der beabsichtigten Rechtswahrnehmung ablehnt. Um eine solche Ablehnung ging es hier aber nicht. Daher war ein solches Verfahren der Zahlungsablehnung auch nicht vorausgegangen.

Und entgegen der Ansicht der Revision ist die Regelung auch nicht dahingehend erweiternd auslegen, dass sie auf Konstellationen wie die hier vorliegende anzuwenden wäre. Die EU-Rechtsschutzversicherungsrichtlinie erfasst in ihrem Art. 6 den vorliegenden Streit zwischen VN und VR überhaupt nicht. Nach Art. 6 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten ein Schiedsverfahren für Meinungsverschiedenheiten zwischen VN und VR "hinsichtlich des Vorgehens zur Beilegung des Streitfalls" vorsehen. Das ist die Grundlage von § 158 n VVG a. F. bzw. jetzt § 128 VVG. Die Frage des Umfangs der Kostendeckung wird dagegen von der RL nicht geregelt. Um den Umfang der Deckung handelt es sich hier jedoch gerade bei der Frage, auf welche Weise der VR seine Leistung erbringt.

Darüber hinaus wäre aber § 158 n VVG a. F. einer hypothetischen richtlinienkonformen Auslegung, der seinen Anwendungsbereich entsprechend erweiterte, auch gar nicht zugänglich. Der Wortlaut lässt dafür keinen Raum. Aber auch eine planwidrige Unvollständigkeit der Regelung als Richtlinienumsetzung lässt sich hier nicht feststellen.

Damit blieb es hier bei der Klageabweisung.

## IV. Senatsurt. v. 26. 10. 2016 – IV ZR 34/16, r+s 2017, 14 = VersR 2016, 1593 (Vorsteuerabzugsberechtigung des Schadensabwicklungsunternehmens)

Und damit kommen wir zu dem Thema, das sowohl in meinem Vortrag als auch in einem Rechtsstreit am Schluss steht: Die Kostenfestsetzung, speziell die Vorsteuerabzugsberechtigung. Es geht um die Frage, ob in diesem Fall die Anwaltskosten einschließlich Umsatzsteuer oder nur der Nettorechnungsbetrag gegen den unterlegenen Prozessgegner festgesetzt werden konnten. Das war deswegen fraglich, weil bei einem Streit um Leistungen aus der Rechtsschutzversicherung die Besonderheit besteht, dass der Gegner des VN im Deckungsprozess nicht der Rechtsschutzversicherer ist. Vielmehr steht ihm ein Schadensabwicklungsunternehmen gegenüber.

### Sachverhalt

So verhielt es sich auch in dem hier zu entscheidenden Fall:

Der Versicherungsvertrag bestand zwischen VN und VR. Ihre Deckungsklage richtete sich jedoch nicht gegen den VR. Richtigerweise verklagte sie das vom VR beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen. Seit es den Rechtsschutzversicherern nicht mehr verwehrt ist, auch andere Versicherungszweige abzudecken, sind sie nach § 126 VVG verpflichtet, zur Vermeidung von Interessenkonflikten ein selbständiges Schadensabwicklungsunternehmen mit der Leistungsbearbeitung zu beauftragen.

Der Fall entwickelte sich dann folgendermaßen: Die Deckungsklage der VN gegen das Schadensabwicklungsunter-

22 Vgl. Senatsurt. v. 21. 10. 2015 – IV ZR 266/14, r+s 2015, 604 Rn. 32 ff.

23 Jetzt inhaltsgleich in § 128 VVG.

24 Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. 6. 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung (ABl. EG Nr. L 185/77).

nehmen wurde abgewiesen. Auf Antrag des obsiegenden Schadensabwicklungsunternehmens erging dann ein Kostenfestsetzungsbeschluss gegen die VN – inklusive der Umsatzsteuer auf die Gebühren für den Rechtsanwalt des Schadensabwicklungsunternehmens.

Die VN zahlte diese Forderung unter Vorbehalt. Dann erhob sie Klage auf Rückzahlung des Umsatzsteuerbetrages. Nach ihrer Ansicht hatte für die Forderung der Umsatzsteuer keine Rechtsgrundlage bestanden. Denn das Schadensabwicklungsunternehmen sei vorsteuerabzugsberechtigt.

Stimmt das? Das BG meinte nein – das Schadensabwicklungsunternehmen sei vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen.

#### Rechtliche Würdigung

Maßgeblich waren hier die Vorschriften des Umsatzsteuerrechts. Danach wäre das Schadensabwicklungsunternehmen vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen, wenn die Leistung seines Rechtsanwalts im Deckungsprozess der Ausführung eines steuerfreien Umsatzes gedient hätte (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG). Nach § 4 Nr. 10 a) UStG sind "die Leistungen aufgrund eines Versicherungsverhältnisses im Sinne des Ver-

sicherungssteuergesetzes" steuerfrei. Zu klären war also: Erbringt das Schadensabwicklungsunternehmen eine Leistung aufgrund eines Versicherungsverhältnisses?

Zur Erinnerung: Der Versicherungsvertrag besteht zwischen VN und VR. Die Deckungsklage richtet sich nur gegen das Schadensabwicklungsunternehmen, weil diesem die Leistungsbearbeitung übertragen ist. Nach § 126 Abs. 2 VVG wird das Schadensabwicklungsunternehmen zum gesetzlichen Prozessstandschafter des VR. Mehr aber auch nicht. Zur Leistung verpflichtet bleibt der VR.

Deswegen erstreckt sich nach Abschluss des Deckungsprozesses die Rechtskraft der Entscheidung auf den VR, § 126 Abs. 2 Satz 2 VVG. Der VR leistet dann aufgrund des Versicherungsvertrages an den VN.

Das Schadensabwicklungsunternehmen als bloßer Prozessstandschafter erbringt dagegen keine solche Leistung. Deswegen führt es auch keinen steuerfreien Umsatz im Sinne des UStG aus und war daher vom Vorsteuerabzug nicht ausgeschlossen. Aus diesem Grund hatte die VN keine Umsatzsteuer auf die Rechtsanwaltsgebühren zu zahlen. ■