

MDR

Heft 20

18. Oktober 2013

S. 1197–1256

PVSt 4954

Zeitschrift
für die
Zivilrechtspraxis

Inklusive

+ MDR
online

Aufsätze

Berufsrecht: Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (RAin Dr. Susanne Offermann-Burckart) 1197

Versicherungsrecht: Altkausaln zur Verletzung von Mitwirkungspflichten bei Berufsunfähigkeitsversicherungen (RA/FAVersR/FAMuWR Kai-Jochen Neuhaus) 1201

MDR-Arbeitshilfe

Mietrecht: Mietmangel – Wie errechnet sich die Mietminderung? (RA Robert Harsch) 1207

Rechtsprechung

Miete: Schriftform von Bestimmungen über den Beginn des Mietverhältnisses (BGH v. 24.7.2013) 1211

Baurecht: Keine Mangelbeseitigungsansprüche nach Schwarzarbeit (BGH v. 1.8.2013) 1216

Arzthaftung: Schäden beim Befunderhebungsfehler (BGH v. 2.7.2013) 1219

Betreuungsrecht: Kompetenz des Betreuers bei Unterbringung (BGH v. 14.8.2013) 1223

Arbeitsrecht: Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs durch Ausgleichsklausel im Vergleich (BAG v. 14.5.2013) 1234

Verfahren: Frist für Rechtsmittel des einfachen Streithelfers (BGH v. 20.8.2013) 1240

Zwangsvollstreckung: Unwirksame Bank-AGB für Pfändungsschutzkonten (BGH v. 16.7.2013) 1246

Insolvenz: Negative Feststellungsklage des Schuldners gegen vorläufig vollstreckbaren Titel (BGH v. 11.7.2013) 1250

Gebühren: Verfahrensgebühr für Kostenwiderspruch im Verfügungsverfahren (BGH v. 15.8.2013) 1253

IV. Hinweise für die Praxis

Wer schon konkret in der Situation ist, als Unternehmensjurist die Befreiung von der Rentenversicherung beantragen zu müssen, sollte dies auch weiterhin unter Berücksichtigung der genannten Kriterien tun.

Allerdings reicht es nicht aus, das Vorliegen dieser Kriterien zu behaupten und die zu ihrer Ausfüllung geschaffenen Inhalte einfach „abzuschreiben“ oder insofern auf den Anstellungsvertrag zu verweisen.

Vielmehr sollte der Antragsteller sich bemühen, anhand der Schilderung konkreter Sachverhalte und Beispielfälle aus seinem (künftigen) Arbeitsalltag deutlich zu machen, dass die Kriterien tatsächlich „gelebt“ werden. In diesem Sinne mahnt auch Horn²⁴ an, „eine möglichst genaue und suffiziente Stellen- und Funktionsbeschreibung“ zu erstellen.

Hilfreich ist es allemal, wenn schon bei der Abfassung des Dienstvertrags und/oder einer Funktionsbeschreibung der Kriterienkatalog in den Blick genommen und die Details so formuliert werden, dass sich später keine Interpretationsspielräume oder Widersprüchlichkeiten ergeben.

Wer einen Ablehnungsbescheid erhält, sollte Widerspruch einlegen und sich anschließend nicht auf ein Ru-

hen des Vorverfahrens einlassen. Getreu dem Motto, dass wer „A“ sagt auch „B“ sagen muss, sollte man die Option eines sozialgerichtlichen Verfahrens immer in Aussicht nehmen.

V. Ausblick

Und was erhoffen wir uns vom BSG? Aus der Sicht des Wissenschaftlers wäre es sicher die „sauberste“ Lösung, mit der 11. Kammer des LSG Baden-Württemberg einfach auf die Grundsätze der §§ 7 Nr. 8 und 14 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 8 BRAO zu verweisen und festzustellen, dass jeder, der berechtigterweise über die Anwaltszulassung verfügt, von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung zu befreien ist. Auf diese Weise würde auch am besten die gesetzgeberische Intention der Vermeidung einer doppelten Beitragslast verwirklicht. Aus der Sicht des Praktikers lässt sich aber auch mit dem Kriterienkatalog der Deutschen Rentenversicherung leben, sofern man hier zu einer einheitlichen Entscheidungspraxis gelangt und Überinterpretationen vermeidet.

²⁴ Horn, NJW 2012, 966.

VERSICHERUNGSRECHT

Berufsunfähigkeitsversicherung – „Rechtsfolgenlosigkeit“ bei fehlender Anpassung von Altklauseln zur Verletzung von Mitwirkungspflichten?

RA/FAVersR/FAMuWR Kai-Jochen Neuhaus

In den Bedingungen der Berufsunfähigkeits(zusatz)versicherung finden sich Regelungen zu Mitwirkungsobliegenheiten (z.B. die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, sich auf Verlangen des Versicherers ärztlich untersuchen zu lassen oder Unterlagen über seinen Beruf vorzulegen). Üblicherweise sind dort auch Sanktionen für den Fall geregelt, dass die Mitwirkung unterbleibt. Mit der VVG-Reform 2008 ist das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ durch das „Quotelungsprinzip“ ersetzt worden und den Versicherern Gelegenheit zur Anpassung ihrer Versicherungsbedingungen gegeben worden. Zahlreiche Versicherer haben von diesem Anpassungsrecht nicht Gebrauch gemacht. Der BGH (Urt. v. 12.10.2011 – IV ZR 199/10, MDR 2012, 27) hat im Hinblick auf Sachversicherungen für Altverträge die vertraglich vereinbarte Rechtsfolge für Obliegenheitsverletzungen bei fehlender Anpassung für sanktionslos erklärt. Seitdem besteht in der Praxis erhebliche Unsicherheit, ob die „Rechtsfolgenlosigkeit“ aus dieser Entscheidung auch für Personenversicherungen gilt. Der folgende Beitrag geht diese Frage nach.

I. Ausgangslage

1. Gesetzliche Vorgaben

a) „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ – bis 2008

Vor der Reform des VVG zum 1.1.2008 galt nach § 6 VVG a.F. das sog. Alles-oder-Nichts-Prinzip, wonach bereits die einfach fahrlässige Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten zur Leistungsfreiheit des Versicherers führen konnte. Klauseln zur Verletzung dieser Mitwirkungspflichten nach Eintritt der Berufsunfähigkeit, die in Altverträgen¹ vor 2008 verwendet wurden (z.B. §§ 8 B-BUZ 1993, 14 AB-BUV 1993), sehen entsprechend der damaligen Gesetzeslage volle Leistungsfreiheit schon bei grober Fahrlässigkeit vor und widersprechen damit dem Quotelungsprinzip des zum 1.1.2008 neu eingeführten § 28 Abs. 2 S. 2 VVG, der bei grober Fahrlässigkeit lediglich eine Kürzung der Leistung entsprechend der Schwere des Verschuldens erlaubt.

b) Quotelungsprinzip – ab 2008

Dieses Quotelungsprinzip gehört zu den Kernregelungen der VVG-Reform. Die Versicherer hatten nach Art. 1 Abs. 3 VVG in der Zeit vom 1.1.2008 bis 1.1.2009 Gelegenheit, ihre Versicherungsbedingungen an die neue Gesetzeslage einseitig anzupassen.

2. Fehlende Anpassung von AVB aus Altverträgen

Gerade im Bereich der Personenversicherungen haben mit Ausnahme der privaten Krankenversicherung viele Versicherer jedoch nicht von diesem Anpassungsrecht

¹ Der Autor ist Verfasser zahlreicher Publikationen, u.a. des Buchs Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 3. Aufl. 2013, C.H. Beck. Der Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit liegt im Bereich der Berufsunfähigkeitsversicherung. Neuhaus ist außerdem als Dozent in offenen und In-House-Seminaren in der Versicherungsbranche tätig.

² Art. 1 Abs. 1 EGVG.

Versicherungsrecht

Gebrauch gemacht, so dass die alten, zum Teil den neuen gesetzlichen Vorschriften widersprechenden Bedingungen nach wie vor Vertragsbestandteil sind und sich die Frage stellt, ob und wie die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten nun noch sanktioniert werden kann.

Eine typische Klausel aus vor 2008 verwendeten Bedingungen lautet:²

„Was gilt bei einer Verletzung der Mitwirkungspflichten nach Eintritt der Berufsunfähigkeit? Solange eine Mitwirkungspflicht nach § 10 oder § 13³ von Ihnen, dem Versicherten oder dem Ansprucherhebenden vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht erfüllt wird, sind wir von der Verpflichtung zur Leistung frei. Bei grob fahrlässiger Verletzung einer Mitwirkungspflicht bleiben die Ansprüche aus der Versicherung jedoch insoweit bestehen, als die Verletzung ohne Einfluss auf die Feststellung oder den Umfang unserer Leistungspflicht ist. Wenn die Mitwirkungspflicht später erfüllt wird, sind wir ab Beginn des laufenden Monats nach Maßgabe dieser Bedingungen zur Leistung verpflichtet.“

Derartige Klauseln, die Bestandteil unzähliger vor 2008 geschlossener und noch laufender Versicherungsverträge sind, betreffen sowohl die Erstprüfung nach Anmeldung des Versicherungsfalles der Berufsunfähigkeit als auch die Nachprüfung nach festgestellter Berufsunfähigkeit, wenn der Versicherer überprüft, ob diese nach wie vor besteht.

3. BGH: Umgang mit Obliegenheit des VN bei fehlender Anpassung

Der BGH hat in einem viel beachteten Urteil vom 12.10.2011⁴ zur Sachversicherung die vertraglich vereinbarten Obliegenheiten bei fehlender Anpassung von AVB aus Altverträgen (Art. 1 Abs. 3 EGVVG) für sanktionslos erklärt, weil deren vertragliche Rechtsfolgenregelungen mit dem halbzwingenden neuen Rechtsfolgensystem in § 28 VVG kollidieren. Folge ist, dass eine quotaler Leistungskürzung (bis hin zur Leistungsfreiheit) nach § 28 Abs. 2 VVG ausscheidet, wenn die Altvertragshandlungen keine Regelung über eine solche Rechtsfolge enthalten. Eine Aussage des BGH, dass die Entscheidung nur für die Sachversicherung gelten soll, findet sich nicht; die Urteilsbegründung lässt jedenfalls die Interpretation zu, dass es sich um generelle Erwägungen handelt, die über den Bereich der Sachversicherung hinaus für sämtliche Versicherungszweige gelten.

In der Personenversicherung besteht wegen des BGH-Urteils vom 12.10.2011 eine erhebliche Unsicherheit darüber, wie mit Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in nicht angepassten Altverträgen umgegangen werden soll. Beispielsweise ist in der Leistungsprüfung von Berufsunfähigkeitsversicherungen unklar, wie darauf reagiert werden soll, wenn der Versicherungsnehmer bei geltenden Altbedingungen Unterlagen über seinen Beruf nicht oder nicht vollständig einreicht, sich auf Bitten des Versicherers nicht ärztlich untersuchen lassen will oder Schweigepflichtentbindungserklärungen für Ärzte nicht erteilt.

Festzuhalten ist zunächst, dass die vertraglichen Obliegenheiten⁵ (also die „Tatbestände“) selbst nicht tangiert werden und bestehen bleiben; betroffen ist nur die Rechtsfolgenregelung.

Durch die Entscheidung des BGH vom 12.10.2011 scheint teilweise der Eindruck zu bestehen, als ob vertragliche Obliegenheiten einschließlich der tatbestandlichen Verhaltensgebote entfallen seien, was nicht zutrifft. Man kann fast schon von einer gewissen „Regulierungsverwirrung“ sprechen. Die Folgen der BGH-Entscheidung sind allerdings möglicherweise im Bereich der Personenversicherung – jedenfalls bei der Berufsunfähig-

keitsversicherung – weit weniger spektakulär, als es zunächst den Anschein hat. Diskutiert werden sollte, ob nicht ausnahmsweise durch eine geltungserhaltende Reduktion die vertraglich vereinbarte Leistungsfreiheit bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung bestehen bleibt. Es ist weiter zu differenzieren, wann die Weigerung des Versicherungsnehmers, die Obliegenheit zu befolgen, erfolgt: In der Leistungsprüfung darf sich zumindest auf fehlende Fälligkeit (§ 14 VVG) berufen werden. Im sog. Nachprüfungsverfahren ist dies allerdings problematischer, da ein Anerkenntnis vorliegt, so dass die Leistung dadurch fällig ist. Dies wird nachfolgend untersucht.

II. Kernaussagen der BGH-Entscheidung

Folgt man der BGH-Rechtsprechung vom 12.10.2011 auch für die Berufsunfähigkeitsversicherung, würden zwar die separat in den Versicherungsbedingungen geregelten Obliegenheiten (bspw. § 10 AB-BUV 1993) wirksam bestehen bleiben, aber die geregelte Rechtsfolge (z.B. § 14 Satz 1 AB-BUV 1993) nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ersatzlos fortfallen, weil das gesetzliche Leitbild (§ 28 VVG) für den Fall grober Fahrlässigkeit gerade keinen Entfall der Leistung mehr vorsieht.

Die Abweichung von der halbzwingenden Vorschrift des § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG zum Nachteil des Versicherungsnehmers stellt eine unangemessene Benachteiligung dar, da die Leistungsfreiheit des Versicherers bei lediglich grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung mit wesentlichen Grundgedanken des § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG nicht zu vereinbaren ist. Über § 306 Abs. 2 BGB würde dann § 28 VVG gelten, der jedoch praktisch auch keine Sanktionsmöglichkeit herbeiführt, weil dessen Rechtsfolgensystem eine vertragliche Regelung der Rechtsfolge gerade voraussetzt, also kein gesetzliches Leistungskürzungsrecht enthält.

Die dadurch begründete „Lücke“ im Vertrag kann nicht durch einen Rückgriff auf § 306 Abs. 2 BGB, § 28 Abs. 2 BGB geschlossen werden, weil § 306 Abs. 2 BGB durch die gesetzliche Sonderregelung des Art. 1 Abs. 3 EGVVG (Vertragsanpassung bei Altverträgen) verdrängt wird, so der BGH.⁶ Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet ebenfalls aus, weil es an einer planwidrigen Vertragslücke fehlt, denn u.a. ist dem Versicherer das Festhalten am Versicherungsvertrag zumutbar, weil er sich auf die Verletzung gesetzlicher Obliegenheiten mit der Folge der Leistungsfreiheit weiterhin berufen kann, etwa die Gefahrerhöhung nach den §§ 23 ff. VVG oder die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles gem § 81 Abs. 2 VVG.⁷ Der Berufsunfähigkeitsversicherer müsste sich daher angesichts der vertraglichen „Rechtsfolgenlosigkeit“ die Frage stellen, ob ihm dies weiterhilft

III. Geltungserhaltende Reduktion

1. Sprachlicher Unterschied zwischen den Klauseln

Zu beachten ist zunächst, dass Alt Klauseln, die wie §§ 10 Satz 1 B-BUV 1993 oder 14 Satz 1 AB-BUV 1993 Oblie-

² § 14 AB-BUV 1993 (abgedruckt z.B. bei *Witt/Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., Anhang 1.2.).

³ Hier finden sich dann bspw. Regelungen, dass der Versicherungsnehmer Unterlagen über seinen Beruf einreichen oder sich auf Verlangen des Versicherers ärztlich untersuchen lassen muss.

⁴ BGH, Urt. v. 12.10.2011 – IV ZR 199/10, MDR 2012, 27 f. = 2011, 464 = VersR 2011, 1550 = zfs 2011, 688.

⁵ Zum Begriff: *Rixecker* in *Römer/Langheid*, VVG, 3. Aufl., § 28 Rz. 1.

⁶ BGH, s. Fn. 4.

⁷ BGH, s. Fn. 4.

Versicherungsrecht

genheiten regeln, ausdrücklich nur vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten mit Leistungsfreiheit sanktionieren, so dass die Leistungspflicht bei einfacher Fahrlässigkeit bestehen bleibt. Damit klammern diese Klauseln bereits seit jeher einen Hauptaspekt des „Alles oder Nichts-Prinzips“ des VVG a.F. – Leistungsfreiheit bei jedem Verschulden außer Schuldlosigkeit für vor dem Versicherungsfall zu erfüllende Obliegenheiten, § 6 Abs. 1 VVG a.F. – direkt aus.

Sprachlich besteht bei der hier oben zitierten Klausel aus Berufsunfähigkeitsversicherungsverträgen ein Unterschied zu der Sachversicherungsklausel des § 11 Nr. 2 VGB 88, die der BGH in seiner Entscheidung vom 12.10.2011 zu bewerten hatte und die auszugsweise wie folgt lautet:

„Verletzt der Versicherungsnehmer eine dieser Obliegenheiten, so ist der Versicherer nach Maßgabe von § 6 VVG (a.F.) zur Kündigung berechtigt oder auch leistungsfrei. Eine Kündigung des Versicherers wird einen Monat nach Zugang wirksam. Leistungsfreiheit tritt nicht ein, wenn die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht.“

Dies führt zu der Überlegung, dass der durch die Verletzung grober Fahrlässigkeit und Leistungsfreiheit folgende Verstoß gegen § 28 VVG im Fall der hier behandelten AVB-Alt klauseln möglicherweise trotz des grundsätzlichen Verbots der „geltungserhaltenden Reduktion“ im AGB-Recht⁸ durch eine ausnahmsweise zulässige geltungserhaltende Reduktion aufgelöst werden kann.

2. Möglichkeit einer „sinnvollen“ Teilbarkeit der Klausel

Als Ausnahme von der Regel kann bei einer Klauselkontrolle eine Bestimmung, die mehrere sachliche, nur formal verbundene Regelungen enthält und sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich und gegenständlich zulässigen und einen unzulässigen Teil trennen lässt, durch Streichung des unzulässigen Teils mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden.⁹ Der unzulässige Regelungsteil muss durch einfaches Streichen von dem im übrigen unbedenklichen Teil der Klausel abgesondert werden können, d.h. die Klausel muss teilbar sein, ohne dass etwas sprachlich hinzu gedacht werden müsste, damit sie noch einen Sinn macht (Ausnahme: der Rest wäre im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll¹⁰). Die Klausel muss also sprachlich und inhaltlich teilbar sein. Dies wird salopp als „blue-pencil-test“ bezeichnet. Ein Schwerpunkt der diesbezüglichen Rechtsprechung liegt im Miet-, Leasing-, Energieversorgungs- und Bankrecht.

Ein Indiz für die Teilbarkeit kann es sein, wenn die sprachlich in einem einzigen Satz vorhandenen Teile sich jeweils ohne inhaltliche Veränderung auch in einem selbständigen Satz ausdrücken lassen.¹¹

Die Voraussetzungen einer teilbaren Klausel lagen bei der vom BGH in der Entscheidung vom 12.10.2011 beurteilten Klausel des § 11 Nr. 2 VGB 88 „Verletzt der Versicherungsnehmer eine dieser Obliegenheiten, so ist der Versicherer nach Maßgabe von § 6 VVG (a.F.) zur Kündigung berechtigt oder auch leistungsfrei“ erkennbar nicht vor,¹² weil die Streichung der relevanten Passage „nach Maßgabe von § 6 VVG“ die Voraussetzungen der Leistungsfreiheit sogar noch verschärfen würde. Man kann hier nichts „sinnvoll“ mit dem Ergebnis streichen, dass lediglich bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung Leistungsfreiheit eintreten würde, was von § 28 Abs. 2 S. 1 VVG für zulässig erachtet wird. Daher griff hier das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der BGH vom 12.10.2011 aus diesem Grund nicht näher mit dieser Problematik auseinandergesetzt hat.

In Alt klauseln wie bspw. §§ 8 Satz 1 B-BUZ 1993, 14 Satz 1 AB-BUV 1993, die die anzuwendenden Verschuldensgrade ausdrücklich benennen und nicht auf § 6 VVG a.F. verweisen, lässt sich hingegen die Formulierung „grob fahrlässig“ durch den „blue-pencil-test“ streichen, ohne dass der Sinn entstellt wird. Man könnte die benannten zwei Verschuldensgrade und die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit auch in selbständigen Sätzen formulieren, ohne dass sich der Sinn ändern würde. Streicht man die bedenkliche Passage, bleibt folgende Rumpfvereinbarung bestehen: „Solange eine Mitwirkungspflicht ... von Ihnen, dem Versicherten oder dem Anspruchshebenden vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht erfüllt wird, sind wir von der Verpflichtung zur Leistung frei.“ Folge ist, dass der gegen § 28 Abs. 2 S. 2 VVG verstoßende Klauseltext unproblematisch aus der Klausel entfernt werden kann; der sich nur auf vorsätzliches Handeln beziehende „Rest“ der Klausel ist unbedenklich, weil die darin als Rechtsfolge beschriebene Leistungsfreiheit der Regelung des § 28 Abs. 1 S. 1 VVG entspricht.

Damit besteht ein Unterschied zu der vom BGH in der Entscheidung vom 12.10.2011 behandelten Klausel, der es rechtfertigt, die in dem Urteil aufgestellten Grundsätze nicht uneingeschränkt auf sämtliche Alt klauseln anzuwenden, sondern nach deren konkreter Formulierung zu differenzieren. Die hier erörterten Alt klauseln aus Berufsunfähigkeitsversicherungen können deshalb im Wege der geltungserhaltenden Reduktion ausnahmsweise mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass sich der Versicherer zumindest bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung auf Leistungsfreiheit berufen kann. Es bleibt aber dabei, dass die grob fahrlässige Verletzung nicht mehr sanktioniert ist.

3. Keine Anwendung der sog. „Auffangtatbestände“

Die Zulässigkeit dieser geltungserhaltenden Reduktion wird dadurch untermauert, dass der vom BGH für den Entfall der vertraglichen Sanktion der Leistungsfreiheit benannte „Rettungsanker“ des § 81 VVG (Herbeiführung des Versicherungsfalles) in der Personenversicherung nicht gilt. Die vom BGH erwähnten „Auffangtatbestände“ sind ohnehin für Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles irrelevant und spielen in der Berufsunfähigkeitsversicherung entweder keine Rolle oder sind gar nicht anwendbar.

§ 82 VVG (gesetzliche Schadensminderungsobliegenheit) greift zwar nach Eintritt des Versicherungsfalles, gilt jedoch ebenfalls (wie § 81 VVG) nur für die Schadensver-

8 St. Rspr., vgl. z.B. BGH, Urt. v. 23.1.2013 – VIII ZR 60/12, juris, grundlegend dazu bspw. BGH, Urt. v. 17.5.1982 – VII ZR 316/81, BGHZ 84, 109 (116 f.) = MDR 1982, 921; Urt. v. 19.9.1983 – VIII ZR 84/82, MDR 1984, 224 = NJW 1984, 48 unter II 1 a bbl.

9 BGH, Urt. v. 10.2.2010 – VIII ZR 222/09, WuM 2010, 231; Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203 = MDR 2001, 144 = NZV 2001, 124 = NJW 2001, 292; Urt. v. 25.3.1998 – VIII ZR 244/97, MDR 1998, 835 = WM 1998, 1452 = NJW 1998, 2284; v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, MDR 1991, 628 = NJW 1991, 1750; OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.7.2000 – 6 U 136/99, VuR 2001, 331 (Auslandklausel in der PKV); OLG Hamburg v. 13.9.1991 – 4 U 201/90, MDR 1991, 1166 = NJW-RR 1992, 10; LG Dortmund, Urt. v. 28.5.2009 – 2 O 353/08, VersR 2010, 193 = r+s 2010, 317.

10 BGH, Urt. v. 12.2.2009 – VII ZR 39/08, MDR 2009, 500 f.; BGH, 28.05.1984 – III ZR 63/83, MDR 1985, 124 = NJW 1984, 2816; LG Dortmund, Urt. v. 28.5.2009 – 2 O 353/08, VersR 2010, 193 = r+s 2010, 317.

11 LG Dortmund, s. Fn. 10 zur ALB-Fristenregelung und schriftlichen Feststellung der Invalidität durch einen Arzt innerhalb einer Klausel.

12 So auch die Vorinstanz zu BGH v. 12.10.2011, s. Fn. 4, OLG Köln, Urt. v. 17.8.2010 – 9 U 41/10, VersR 2010, 1592 = zfs 2010, 571 = r+s 2010, 406.

sicherung und damit nicht für die Berufsunfähigkeitsversicherung als Summenversicherung.¹³

In der Unfallversicherung (§ 181 VVG) und in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung (§§ 158, 176 VVG) kommt der weiter benannte „Rettungsanker“ der Gefährdungsabweichung von § 23 VVG nur dann in Betracht, wenn eine nachträgliche Änderung von Umständen ausdrücklich und in Textform als Gefährdungsvereinbarung vereinbart wurde. Das kommt jedoch in der Praxis so gut wie nicht vor. Liegt daher ein vorsätzlicher Verstoß gegen eine vertragliche vereinbarte Mitwirkungsobliegenheit vor, greift nach wie vor die „gekürzte“ Klausel aus den Alt-Versicherungsbedingungen. Die Altklausel besteht beschränkt auf Vorsatz fort, so dass der Versicherer, der sich auf die Obliegenheitsverletzung beruft, leistungsfrei wird, solange die Obliegenheit vorsätzlich nicht erfüllt wird.

IV. Besonderheiten in der Erstprüfung

Auch wenn man der hier vertretenen Meinung zu einer ausnahmsweise zulässigen geltungserhaltenden Reduktion nicht folgen möchte, ist zu überlegen, ob der Versicherer tatsächlich völlig „sanktionslos“ dasteht, wenn der Versicherungsnehmer den vereinbarten Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachkommt.

Es war auch vor der BGH-Entscheidung vom 12.10.2011 nicht der absolute Regelfall in der Personenversicherung, dass der Versicherer bei verletzten Aufklärungs- oder Mitwirkungsobliegenheiten eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung mit der Folge der Leistungsfreiheit proklamiert hat. Es dürfte vielmehr der Normalfall in der Leistungsprüfung gewesen und auch heute sein, dass sich die Versicherer auf fehlende Fälligkeit gem. § 14 VVG berufen. Dies ist auch weiterhin zulässig. Zumindest in den Fällen der Erstprüfung des Versicherungsfalles, in denen es um fehlende Informationen geht, wirkt sich damit die BGH-Entscheidung ohnehin nicht bemerkenswert aus, da sich der Versicherer unabhängig von einer denkbaren Obliegenheitsverletzung auch auf fehlende Fälligkeit nach § 14 VVG berufen kann. Anders ist dies im Nachprüfungsverfahren, weil hier die Fälligkeit des Anspruchs auf Versicherungsleistungen entweder durch ein Anerkenntnis oder eine gerichtliche Verurteilung eingetreten ist, so dass es dem Versicherer aufgrund der bereits bestehenden Leistungspflicht als Sanktion womöglich nur bleibt, sich auf eine Obliegenheitsverletzung zu berufen.

V. Besonderheiten in der Nachprüfung

1. Ausgangslage

Alle Bedingungswerke der Berufsunfähigkeitsversicherung enthalten Regelungen zur Nachprüfung der Berufsunfähigkeit (vgl. auch § 173 VVG), für die die Mitwirkungsobliegenheiten und Klauseln zur Verletzung der Obliegenheiten ebenfalls gelten. Eine gesetzliche Vorschrift mit der Rechtsfolge fehlender Fälligkeit oder gar Leistungsfreiheit existiert nicht. Fälligkeit der Berufsunfähigkeitsleistungen ist durch das Anerkenntnis des Versicherers oder seine frühere gerichtliche Verurteilung zur Leistung eingetreten, und sie entfällt nicht einfach, weil der Versicherungsnehmer im Nachprüfungsverfahren nicht bedingungsgemäß mitwirkt. Folgt man der hier nicht vertretenen Meinung, dass die Entscheidung des BGH vom 12.10.2011¹⁴ auch für die BUV gilt und die in den Alt-AVB geregelten Rechtsfolgen vollständig hinfällig sind, wäre eine verletzte Mitwirkungsobliegenheit komplett sanktionslos. Der Versicherungsnehmer könnte also die gesamte Nachprüfung dauerhaft blockieren, in-

dem er in einem vom Versicherer eingeleiteten Nachprüfungsverfahren bspw. eine ärztliche Untersuchung oder die Übersendung von aktuellen Befunden verweigert. Der Versicherer würde in einen „Nachprüfungsnotstand“ geraten und bliebe trotzdem dauerhaft leistungspflichtig, das Nachprüfungsverfahren hätte sich bei einem nicht mitwirkenden Versicherungsnehmer sozusagen „ein für allemal erledigt“.

2. Keine ausdrückliche gesetzliche Sanktion

Es stellt sich die Frage, ob es auch bei Anwendung von BGH vom 12.10.2011 oder grob fahrlässig verletzten Mitwirkungsobliegenheiten Vorschriften gibt, die dem Versicherer Sanktionsmöglichkeiten eröffnen. Die Auskunftspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles gem. § 31 Abs. 1 VVG stellt eine gesetzliche und dort nicht sanktionierte Obliegenheit dar (sog. „lex imperfecta“). Ein Rückgriff auf diese Vorschrift hilft dem Versicherer also nicht weiter. Ebenso wenig greift die gesetzliche Regelung des Nachprüfungsverfahrens in § 174 Abs. 1 VVG als Rechtsfolgentatbestand; zwar ist dort Leistungsfreiheit normiert, jedoch nur mit der Bedingung, „dass die Voraussetzungen der Leistungspflicht entfallen sind“. Nur Letzteres – d.h. der Wegfall der bedingungs-gemäßen Berufsunfähigkeit – ist also mit der Leistungsfreiheit verknüpft, nicht aber der Verstoß gegen eine Mitwirkungsobliegenheit.

Ob ein Rückgriff auf allgemeine BGB-Regeln, insbesondere auf ein auflösend bedingtes Leistungsverweigerungsrecht in Form eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB zulässig ist, ist ungeklärt. Es wurde von der Rechtsprechung entweder noch nicht erörtert oder offen gelassen, ob sich aus der besonderen Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der Berufsunfähigkeitsversicherung ergibt, dass neben der (gescheiterten) Geltendmachung einer Obliegenheitsverletzung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ausgeschlossen sein soll.¹⁵ Handelt es sich um eine „echte“ Obliegenheit,¹⁶ wird allgemein vertreten, dass das VVG eine abschließende Sonderregelung der Rechtsfolgen ihrer Verletzung darstellt,¹⁷ so dass kein Rückgriff auf das BGB zulässig wäre. § 273 BGB gilt ohnehin nur bei echten Rechtspflichten, und als solche werden die Obliegenheiten des Versicherungsvertragsrechts nach allgemeiner Meinung gerade nicht angesehen.¹⁸ Sind jedoch einzelne Verhaltensnormen kraft vertraglicher Vereinbarung zu echten Rechtspflichten oder auch Vertragsstrafen auflösenden Tatbeständen ausgestaltet, was grds. zulässig ist,¹⁹ wäre ein Rückgriff auf § 273 BGB möglich. Die üblichen Mitwirkungsregelungen in der Berufsunfähigkeitsversicherung, etwa § 4 B-BUZ 1993, sind jedoch ganz „obliegenheitstypisch“ nur solche, die eine Voraussetzung für den Erhalt der Rechte aus dem Versicherungsvertrag darstellen sollen. Sie sind nur eine Konkretisierung der Obliegenheit aus § 31 VVG, der keine echten Rechtspflichten begründet.²⁰ Ein Rückgriff auf § 273 BGB ist daher nicht zulässig.

13 Ausführlich zur Qualifikation als Summenversicherung Neubaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 3. Aufl., Rz. A 55 ff.

14 BGH v. 12.10.2011, s. Fn. 4.

15 Offen gelassen von OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.9.1999 – 5 W 82/99, zIS 2000, 399, weil das Zurückbehaltungsrecht jedenfalls nicht ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

16 Ausführlich zum Begriff der Obliegenheit Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 12 ff.

17 Rückert in Römer/Langheid, 3. Aufl., § 28 Rz. 9.

18 Fetsch in Rütten/talbach/Schimikowski, VVG, 2. Aufl., § 28 Rz. 4 ff. m.w.N.

19 Fetsch, s. Fn. 18, § 28 Rz. 6.

20 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/3945, 70.

Versicherungsrecht

3. Verwirkung gem. § 242 BGB

a) Anwendbarkeit und Voraussetzungen

Denkbar wäre es, dass der Versicherungsnehmer seinen Leistungsanspruch verwirkt, wenn er dem Versicherer mangels Mitwirkung keine ordnungsgemäße Nachprüfung ermöglicht. Das aus § 242 BGB abgeleitete gesetzliche Rechtsinstitut der Verwirkung steht in freier Anwendungskonkurrenz zu gesetzlichen und vertraglichen Obliegenheitsregelungen und hat nach zutreffender Ansicht auch im Versicherungsvertragsrecht eine lückenfüllende Funktion.²¹ Die Rechtsprechung hat sich hier – soweit ersichtlich – bisher nur mit den Fällen der Verwirkung wegen arglistigen Verhaltens beschäftigt und zwar vor allem in der Sachversicherung (bspw. Täuschung über Schadenshöhe und -umfang).²² Der BGH hatte zunächst in Anlehnung an die Rechtsprechung des RG entschieden, dass auch dann, wenn im Versicherungsvertrag für den Fall des Verstoßes gegen eine Obliegenheit keine Verwirkung vereinbart ist, die Anwendung des § 242 BGB ausnahmsweise dazu führen kann, dass der Versicherungsnehmer bei groben Verletzungen tragender Obliegenheiten seinen Anspruch ganz oder teilweise verliert und dafür als Beispiel ein kollusives Zusammenwirken des Versicherungsnehmers einer Haftpflichtversicherung mit dem Haftpflichtgläubiger angeführt.²³ In der nachfolgenden BGH-Rechtsprechung ging es dann ebenfalls um arglistiges Verhalten.²⁴ Tragende Gründe, dies nicht auf die Berufsunfähigkeitsversicherung oder auch andere Personenversicherungen zu übertragen, sind nicht ersichtlich.

Wie immer bei Treu und Glauben muss es sich im Rahmen dieser „allgemeinen Verwirkung“ um einen gravierenden Verstoß handeln.²⁵ Erforderlich ist, dass das nicht von einer gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheit erfasste Verhalten des Versicherungsnehmers nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als nicht hinnehmbar bewertet wird.²⁶ Die Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungsleistung ist daher auf besondere Ausnahmefälle beschränkt, in denen es für den Versicherer unzumutbar wäre, sich an der Erfüllung der von ihm übernommenen Vertragspflichten festhalten zu lassen.²⁷

Das alles hört sich zunächst so an, als ob für das Eingreifen des „Sonderinstrumentes“ der Verwirkung schon der Tatbestand der Obliegenheit an sich fehlen müsse. Zu Recht wird argumentiert, dass bereits bei einer nicht „geregelten“ Obliegenheit und Arglist des Versicherungsnehmers auf Grund von § 242 BGB Leistungsfreiheit des Versicherers eintreten kann.²⁸ Wenn aber schon bei einer

„ungeregelten“ Obliegenheit Leistungsfreiheit eintreten kann, so muss dies erst recht gelten, wenn zwar die Obliegenheit, nicht aber die Rechtsfolge geregelt ist.

b) Mitwirkungsverweigerung als gravierender Verstoß

Damit stellt sich die Frage, ob die Weigerung des Versicherungsnehmers, im Nachprüfungsverfahren bspw. einer Aufforderung des Versicherers zur ärztlichen Untersuchung nachzukommen oder bestimmte Unterlagen vorzulegen (Arztberichte, neue Steuerbescheide etc.), ein derartig gravierendes, nach Treu und Glauben nicht mehr hinnehmbares Verhalten darstellt. Das ist aus mehreren Gründen zu bejahen:

Der erste Grund liegt in den Besonderheiten der Berufsunfähigkeitsversicherung: Anders als in der Sachversicherung ist der Versicherungsfall hier gedehnt und erstreckt sich über einen längeren Zeitraum, der bis zum Ende der vereinbarten Leistungszeit andauern kann. Die einzige Möglichkeit für den Versicherer, diesen Rahmen bei fortbestehendem Versicherungsvertrag verlassen zu können, ist das erfolgreiche Nachprüfungsverfahren.²⁹ Daher erteilt der Berufsunfähigkeitsversicherer dem Versicherungsnehmer kein uneingeschränktes Leistungsversprechen, was für den Versicherungsnehmer bei Abschluss des Vertrages aus der AVB-Nachprüfungsklausel und die dort vereinbarte Möglichkeit etwaiger Leistungsfreiheit bei Entfall der Berufsunfähigkeit auch jederzeit ersichtlich ist. Die Einstellungsmöglichkeit bei Wegfall der bedingungsgemäßen Voraussetzungen entspricht zudem dem Sinn und Zweck der Berufsunfähigkeitsversicherung, einen sozialen Abstieg des Versicherten im Arbeitsleben und in der Gesellschaft, also dem sozialen Umfeld, zu verhindern,³⁰ denn wer gesundheitlich wieder arbeitsfähig ist oder bspw. als Selbständiger inzwischen seinen Betrieb umorganisiert hat, muss nicht mehr vor dem Abstieg geschützt werden (dies ist dann ggf. die Aufgabe der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung). Mittelbar wird dadurch auch die Versichertengemeinschaft vor höheren Kosten durch an sich nicht mehr berechnete Leistungen an nicht mehr Berufsunfähige geschützt. Ohne Mitwirkung des Versicherungsnehmers wird es dem Versicherer auch in der Regel unmöglich sein, an verwertbare Informationen zu gelangen; kommt der Versicherungsnehmer der Obliegenheit nicht nach, ist der Versicherer „aufgeschmissen“. Die Mitwirkungsverweigerung hat zudem auch eine moralische Komponente, da es gesellschaftlich grundsätzlich missbilligt wird, dass jemand Leistungen erhält, der „eigentlich“ keinen Anspruch mehr darauf hat.

Aus den vorgenannten Gründen weiß der Versicherungsnehmer, dass seine Mitwirkungsobliegenheit im Nachprüfungsverfahren eine besondere ist. Das ohnehin spezielle Äquivalenzprinzip des Versicherungsvertrages als Dauerschuldverhältnis verdichtet sich hier sozusagen nochmals innerhalb des darin eingebetteten Nachprüfungsverfahrens und führt zu der Bewertung, dass die Obliegenheiten in der Nachprüfung durchaus außergewöhnlich sind. Der BGH hat dies als eine „ungewöhnliche Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers bei einer Beweisführung seines Schuldners, die darauf abzielt, wieder von einer anerkannten Leistungspflicht loszukommen“, bezeichnet, die sich „nur mit den Besonderheiten des Versicherungsrechts und der speziellen Ausgestaltung einer Berufsunfähigkeitsversicherung rechtfertigen“ lässt.³¹ Betont wurde vom BGH, dass „ein lauterer und vertrauensvolles Zusammenwirken der Vertragspartner, das auf Ergebnisse abzielt, die den Tatsachen und der Rechtslage entsprechen, ... hier unverzichtbar“ ist.³²

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass es keinen Automatismus gibt, wonach ein Versicherungsnehmer

21 Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 25.

22 Beispiele aus der Rechtsprechung bei Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 26, 44 ff.

23 BGH, Urt. v. 14.10.1987 – IVa ZR 29/86, MDR 1988, 208 = r+s 1987, 331 = NJW-RR 1988, 87.

24 Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 8.7.1991 – II ZR 65/90, MDR 1992, 236 = r+s 1992, 1 = NJW-RR 1991, 1370 = VersR 1992, 162; Yacht-Neuwertversicherung.

25 BGH v. 8.7.1991, s. Fn. 24; v. 14.10.1987, s. Fn. 23.

26 Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 25.

27 BGH v. 8.7.1991, s. Fn. 24.

28 Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 26, 31 ff. m.w.N.

29 Voit/Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl., D. Rz. 7.

30 Zu Sinn und Zweck: BGH, Urt. v. 8.2.2012 – IV ZR 287/10 – Rz. 14, MDR 2012, 404, r+s 2012, 193 = VersR 2012, 427 ähnlich schon BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 252/84, MDR 1987, 214 = VersR 1986, 1113; v. 19.11.1985 – IVa ZR 23/84, MDR 1986, 653 = VersR 1986, 278; LG Ulm v. 5.6.1979 – 2 O 133/79, VersR 1979, 930; LG Hannover v. 20.11.1980 – 5 O 146/80, VersR 1982, 235. Ausführlich dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 3. Aufl., Rz. A 64 ff.

31 BGH v. 17.2.1993 – IV ZR 228/91, MDR 1993, 628 = VersR 1993, 470 = NJW-RR 1993, 725.

32 BGH s. Fn. 31.

Versicherungsrecht

zwingend seinen Leistungsanspruch verliert, wenn er die Mitwirkungsobliegenheit erfüllt: Dem Versicherer wird lediglich die Möglichkeit der Nachprüfung eröffnet – ob diese tatsächlich erfolgreich ist, steht auf einem anderen Blatt. Dieser Rückschluss von den möglichen Folgen der Nachprüfung ist zulässig, weil er klar macht, dass aus Sicht des Versicherungsnehmers die Mitwirkungsverweigerung qualitativ einen massiven Einschnitt in das Vertrauensverhältnis darstellt.

Dies alles führt zu der Schlussfolgerung, dass der Versicherungsnehmer, der die Mitwirkung ablehnt, einen gravierenden, nicht hinnehmbaren Treuverstoss begeht.

Der zweite Grund, warum die Verweigerung nicht hinnehmbar ist, liegt darin, dass es in der Praxis bei einer verweigerten Mitwirkung im Nachprüfungsverfahren keine Fahrlässigkeit, sondern nur (mindestens) Vorsatz des Versicherungsnehmers geben dürfte, denn er weiß nach der Bitte des Versicherers genau, was von ihm verlangt wird, wird dem aber in der Regel bewusst nicht nachkommen wollen, um weiterhin Leistungen zu erhalten. Dieser Vorsatz bezieht sich – was erforderlich ist – auf die Verletzung der tatbestandlich nach wie vor existenten Obliegenheit und wird sogar oft zumindest in der Nähe von Arglist anzusiedeln sein (wofür es bekanntlich – ohne Vermögensschadigungsabsicht – ausreicht, dass der Versicherungsnehmer bewusst und willentlich auf die Entscheidung des Versicherers Einfluss nehmen will³³). Häufig wird sich auch herausstellen, dass der Versicherungsnehmer tatsächlich arglistig handelt, weil er genau weiß, dass er nicht mehr berufsünftig ist.

Das besondere System der Berufsuntüchtigkeitsversicherung und die sich nur unter Umständen auswirkende Rechtsfolge der Leistungsfreiheit macht es daher unzumutbar, dass sich der Versicherer an der Erfüllung der von ihm übernommenen Leistungspflicht dauerhaft festhalten lassen müsste. Er darf sich daher auf Verwirkung berufen.

c) Konkrete Rechtsfolge der Verwirkung

Es stellt sich die Abschlussfrage, was Verwirkung nun praktisch konkret bedeutet: handelt es sich um eine echte Verwirkung, also den Verlust des Anspruchs auf Leistungen und wenn ja, auf Dauer oder nur bis zu einer etwaigen Nachholung der Obliegenheit, oder ist sie im Sinne eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB zu verstehen? Die Verwirkung eines Anspruchs wird im Allgemeinen so verstanden, dass er endgültig entfällt. Dies lässt sich im Versicherungsvertragsrecht an dem häufigsten Praxisbeispiel der Verwirkung wegen Arglist damit begründen, dass es nicht nur um den Schutz des Versicherers, sondern auch um Generalprävention geht.³⁴ Die Verweigerung von Auskünften oder ärztlichen Untersuchungen bei beschwerlicher Leistungspflicht ist aber keine arglistige Täuschung, mag auch der Wille des Versicherungsnehmers in eine ähnliche Richtung zielen. Da der Versicherer kein „deliktisches Opfer“ ist (wie bei der echten arglistigen Täuschung), fallen generalpräventive Aspekte völlig weg. Was bleibt, ist jedoch erneut die „spezielle Ausgestaltung einer Berufsuntüchtigkeitsversicherung“,³⁵ und deren Versicherungsbedingungen (Alt- und Neuverträge) enthalten üblicherweise folgende Vereinbarung: *Wenn die Mitwirkungspflicht später erfüllt wird, sind wir ab Beginn des laufenden Monats nach Maßgabe dieser Bedingungen zur Leistung verpflichtet.*³⁶ Zunächst einmal wird diese Teilklausel in aller Regel nicht gemäß der Rechtsprechung des BGH zur nicht an § 28 VVG angepassten Rechtsfolgenklausel³⁷ unwirksam i.S.d. § 307 BGB sein, wenn sie optisch und sprachlich von der Rechtsfolgenklausel getrennt und dadurch

ausnahmsweise eine geltungserhaltende Reduktion zulässig ist. Selbst wenn man dies aber bejahen würde, gebieten es die spezielle Ausgestaltung der Berufsuntüchtigkeitsversicherung und die von den Parteien bei Vertragsabschluss in den Bedingungen akzeptierte „Nachholungsmöglichkeit“, bei der im Rahmen des § 242 BGB vorzunehmenden Gesamtabwägung die Verwirkung so einzuschränken, dass ab Erfüllung der Obliegenheit wieder geleistet werden muss.

Die Rechtsfolge ist also keine dauerhafte Leistungsfreiheit, sondern nur eine vom Verhalten des Versicherungsnehmers abhängige temporäre. Sobald er seiner Mitwirkungsobliegenheit nachkommt (aber auch nur dann), entfällt die Verwirkung ab diesem Zeitpunkt. Da auch eine nur teilweise Mitwirkungsverweigerung als unzumutbar anzusehen ist, weil gerade die konkrete verweigerte Mitwirkung womöglich leistungsentscheidend sein kann (und auch sein wird, wenn der Versicherungsnehmer sich bewusst darauf versteift), führt auch eine unvollständige Erfüllung der Obliegenheit (noch) nicht zum Wegfall der Verwirkung.

Eine Wirkung wie bei einem Zurückbehaltungsrecht – nur Druckmittel und rückwirkend Leistung ab Erfüllung – ist immer abzulehnen, da die verweigerte Mitwirkung den Nachweis in der Vergangenheit liegender Umstände für den Versicherer unmöglich machen kann.

Beispiel

Der „gesünder gewordene“ Versicherungsnehmer verweigert für mehrere Monate eine ärztliche Untersuchung, weil ihm sein Arzt gesagt hat, es sei unsicher, ob die Verbesserung anhält; tatsächlich kommt es zu einer Verschlechterung, und erst jetzt lässt er sich ärztlich untersuchen. Wäre er früher untersucht worden, wäre womöglich der Wegfall der Berufsuntüchtigkeit festgestellt worden.

Ein ausdrückliches Berufen des Versicherers auf diese Verwirkung ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Versicherer dem Versicherungsnehmer deutlich macht, dass er sich aufgrund der Weigerung nicht verpflichtet sieht, die Leistung aufrechtzuerhalten.

VI. Fazit

Trotz der sich aus der BGH-Entscheidung v. 12.10.2011 ergebenden Grundsätze ist bei den üblichen Altvertrags-Sanktionsklauseln in der Berufsuntüchtigkeitsversicherung ausnahmsweise eine geltungserhaltende Reduktion zulässig, mit der die grobe Fahrlässigkeit gestrichen wird, so dass vorsätzliche Verweigerungen eine temporäre Leistungsfreiheit begründen können. In der Erstprüfung kann sich der Versicherer in der Regel auf fehlende Fälligkeit (§ 14 VVG) berufen. Eine daneben angeführte Leistungsverweigerung wegen einer Obliegenheitsverletzung führt jedoch zumindest die Fälligkeit herbei.

Im Nachprüfungsverfahren scheidet ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB aus. Es kommt jedoch auch wenn man die AVB-Regelungen zu Obliegenheits sanktionen für unwirksam hält – eine temporäre Verwirkung des Leistungsanspruchs in Betracht, wenn die Mitwirkungsverweigerung vorsätzlich erfolgt.

³³ Vgl. zum Begriff der Arglist z.B. BGH, VU v. 24.11.2010 – IV Z. 252/08, r+s 2011, 58 ff.; Beschl. v. 4.5.2009 – IV ZR 62/07, r+s 2009, 295 = VersR 2009, 968; Ur. v. 28.2.2007 – IV ZR 331/0, MDR 2007, 885 = VersR 2007, 785; Ur. v. 14.7.2004 – IV Z. 161/03, MDR 2005, 91 = VersR 2004, 1297 f. a.F.; *Praxis in Prok.* Martin, VVG, 28. Aufl., § 22 VVG, Rz. 4 m.w.N.

³⁴ Wandt in Langheid/Wandt, VVG, Vor § 28 Rz. 30.

³⁵ BGH, s. Fn. 31.

³⁶ Vgl. z.B. § 8 S. 3 B-BUZ 1993.

³⁷ BGH, s. Fn. 4.