



Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand*

Rechtsanwalt Kai-Jochen Neuhaus und Rechtsanwalt Andreas Kloth, Dortmund

Versicherungsunternehmen müssen bei neu abzuschließenden Personenversicherungen oder in Schadensfällen Gesundheitsdaten des Versicherten bei Ärzten erfragen, obwohl es sich um Informationen handelt, die dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterliegen. Den Konflikt zwischen berechtigtem Informationsinteresse des Versicherers und Geheimhaltungswunsch des Versicherungsnehmers versucht der neue § 213 VVG aufzulösen.

I. Grundsätze der Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten

1. Datengeheimnis vs. Informationsinteresse des Versicherers

Vor dem Zustandekommen einer Lebens-, Kranken- oder Berufsunfähigkeitsversicherung, aber auch bei Unfall-, Dread Disease-, Rentenversicherungen und Mischformen, müssen die Kunden im Antrag Gesundheitsfragen beantworten, damit der Versicherer das Risiko des Vertragsabschlusses sachgerecht bewerten kann. Liegen Anhaltspunkte für erhöhte Gesundheitsrisiken vor, hat der Versicherer ein Interesse daran, genauer informiert zu werden und im Zweifel Ärzte oder andere Stellen, die weitere Informationen liefern können, zu befragen. Im Leistungsfall, also etwa bei einer vom Versicherungsnehmer behaupteten Berufsunfähigkeit, will der Versicherer in der Regel ebenfalls frühere und aktuelle Behandler befragen, um den Gesundheitszustand zu bewerten, aber auch um eine eventuelle Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht eruieren zu können. Die Versicherungsbranche kommt ohne eine solche Abfrage von Gesundheitsdaten nicht aus, da Versicherungsverträge sonst zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft unkalkulierbar würden. Gesundheitsdaten sind jedoch höchstpersönliche Informationen, die niemand ohne Weiteres offenbaren muss. Sie unterliegen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Datenschutz, der Betroffene ist Geheimnisträger. Auf Behandlerseite fallen sie unter die Schweigepflicht¹. Damit besteht ein permanenter Konflikt zwischen dem Informationsinteresse des Versicherers und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen.

2. Die neue Rechtslage

Mit § 213 VVG wurde mit Inkrafttreten des reformierten VVG zum 1. 1. 2007 erstmals das Verfahren für die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten bei Dritten und



die damit zusammenhängende Schweigepflichtsentbindung, also die Einwilligung in die Datenerhebung, geregelt². Schweigepflichtsentbindungserklärungen finden sich in den Antragsformularen, aber auch in den Bedingungen, zum Teil auch in Schadensanzeigeformularen der oben genannten Versicherungen. Die Vorschrift ist unmittelbare Folge der Entscheidung des *BVerfG* vom 23. 10. 2006³ und stellt eine Konkretisierung der Anforderungen des § 4a I und III BDSG dar. Das BDSG gilt daneben und ergänzend. Die Regelung zielt damit auf mehr Transparenz für die versicherte Person und eine Stärkung ihrer Rechte⁴. Die betroffene Person muss von vornherein klar erkennen können, welche ihrer Patientendaten der Versicherer wann, bei welchen Stellen und zu welchem Zweck erheben dürfen soll und sie darf auch widersprechen. Für die Datenerhebung unmittelbar beim Versicherten gilt die Vorschrift nicht.

3. Der vom *BVerfG* entschiedene Fall

In dem Verfahren vor dem *BVerfG*⁵ ging es um eine Berufsunfähigkeitsversicherung und die dort und vielfach auch in anderen Verträgen in den Versicherungsbedingungen (§ 4 II 2 BB-BUZ) enthaltenen Obliegenheit des Versicherungsnehmer zur umfänglichen Schweigepflichtentbindung, wonach der Versicherte u.a. Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Krankenanstalten sowie Pflegeheime, bei denen er in Behandlung oder Pflege war oder sein wird, sowie Pflegepersonen, andere Personen, Versicherungsunternehmen und Behörden zu ermächtigen hat, dem Versicherer auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Die Versicherungsnehmerin verlangte Leistungen aus einem Versicherungsfall weigerte sich aber, die Schweigepflichtentbindung abzugeben und bot an, Einzelermächtigungen für jedes Auskunftersuchen zu erteilen. Der Versicherer lehnte dies ab und berief sich auf Leistungsfreiheit wegen einer Obliegenheitsverletzung. Die Versicherungsnehmerin klagte und unterlag vor dem *LG Hannover* sowie in der Berufung vor dem *OLG Celle*⁶. Das *BVerfG* stellte hingegen fest, dass die in § 4 II 2 BB-BUZ vorgesehene Schweigepflichtentbindung gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verstoße, weil die formularmäßig geforderte Ermächtigung zur Datenerhebung einer Generalermächtigung an den Versicherer nahe komme, sensible Informationen erheben zu dürfen, deren Tragweite der Versicherungsnehmer nicht abzusehen vermöge. Dem Versicherungsnehmer müssten Alternativen geboten werden. Solche Alternativen zu einer vorab erklärten umfassenden Schweigepflichtentbindung können eine Informationsbeschaffung durch den Versicherungsnehmer selbst sein (wobei er dann entscheiden kann, ob er die Informationen - gegebenenfalls mit eigenen „Ergänzungen“ versehen - an den Versicherer weiterleitet oder unter Verzicht auf den vertraglichen Anspruch von einer Weiterleitung absieht) oder die Einräumung eines Widerspruchsrechts gegen die Informationserhebung. Nach der Entscheidung des *BVerfG* sind dem Versicherten deshalb kumulativ drei Varianten der Schweigepflichtsentbindung anzubieten: Eine generelle Ermächtigungsklausel (dies entspricht der bisherigen Verfahrensweise) mit Widerspruchsrecht, eine Einzelfallermächtigung/-einwilligung

und die Möglichkeit, die Informationen selbst zu beschaffen⁷. Ausreichend ist es dann, dass der Betroffene die generelle Einwilligung erteilt. Eine Einwilligung im Einzelfall ist dann nicht erforderlich.

II. Anwendungsbereich des § 213 VVG

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Aus der systematischen Stellung der Norm in den Schlussbestimmungen des VVG wird deutlich, dass § 213 VVG alle Versicherungen erfasst, in denen personenbezogene Gesundheitsdaten eingeholt werden, also neben Kranken- bspw. auch Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen. Sie gilt für alle Versicherer, die solche Daten einholen (Ausnahmen: Rück- und Seeversicherer, § 209 VVG).

Die Datenerhebung dient nur der Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten⁸ und nicht einer umfassenden Aufklärung des Sachverhalts, da der Versicherer die Möglichkeit hat, sich diese Informationen über die „normalen“ Auskunftsbliedigkeiten zu verschaffen. Die Erhebung der Daten ist nur zulässig, soweit die Kenntnis der Daten für die Beurteilung des zu versichernden Risikos oder der Leistungspflicht erforderlich ist und die betroffene Person eine Einwilligung erteilt hat. Gesundheitsdaten sind damit⁹: aktuelle oder frühere Krankheiten und Beschwerden, Inhalt und Ablauf der medizinischen Behandlung inkl. Therapieempfehlungen, Prognosen, Medikation sowie jede weitere Feststellung, die den Gesundheitszustand betrifft, also auch Angaben zu einer Schwerbehinderung, Hypochondrie oder die Feststellung, dass der Versicherte gesund ist.

Die Erhebung anderer Daten richtet sich allein nach den Vorgaben des BDSG, der StPO, des AGG, des Informationsfreiheitsgesetzes oder des Informations- und Kommunikationsdienstgesetzes.

2. Personeller Anwendungsbereich

Werden Dritte eingeschaltet, die den Versicherer bei der Dateneinholung unterstützen und demnach Daten selbst einholen, also „erheben“ (externe Leistungsprüfer/Rehabilitationsdienste; Einholung von Daten bei einem Schwester- oder Tochterunternehmen), gilt § 213 VVG nicht, so dass sich die Schweigepflichtsentbindung nicht auch auf diese Stellen erstrecken muss¹⁰. Zwar „erheben“ diese Dritten die Daten und sind selbst kein Versicherer, sie sind aber faktisch nur „Informationsbesorger“ für den Versicherer, also dessen „verlängerter Arm“ bzw. „Auge und Ohr“ im Sinne einer Stellvertretung (dies ergibt sich auch aus § 11 IV i.V. mit § 5 I BDSG, wonach nur eine „unbefugte“ Datenerhebung „im Auftrag“ untersagt ist). Werden personenbezogene Daten im Auftrag durch andere Stellen erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist nach § 5 I BDSG folgerichtig nur der Auftraggeber für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verantwortlich, und Ansprüche sind ihm gegenüber geltend zu machen. Anders ist dies, wenn der Dritte über den Auftrag des Versicherers hinaus auch eigene Zwecke mit der

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1373



Dateneinholung verfolgt, da dann ein gesondertes Bedürfnis nach Geheimnisschutz besteht¹¹.

Gibt der Versicherer die Daten nach Einholung an Dritte - bspw. Gesellschaftsärzte, externe Gutachter oder Assistance-Dienstleister - zum Zwecke der eigenen Risiko- oder Leistungsprüfung im Sinne einer bloßen Datenübermittlung weiter, greift § 213 VVG ebenfalls nicht. Denn zwar werden die Daten im Moment der Weitergabe bei dem Dritten

formell „erhoben“, nicht aber materiell, da der Empfänger die bereits erhobenen Daten nur in Empfang nimmt und kein eigenes „Erhebungsinteresse“ besitzt. Die eigentliche, das Persönlichkeitsrecht des Versicherten betreffende Dateneinholung ist zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen¹². Der Empfänger ist zudem in der Regel kein Versicherer (und damit nach dem Wortlaut kein Adressat von § 213 VVG). Außerdem muss der Betroffene nach § 4 III BDSG über Empfänger der Daten nur dann unterrichtet werden, soweit er „nach den Umständen des Einzelfalls nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss. Dieses „Nicht-rechnen-müssen“ liegt bei der Weitergabe an die oben genannten Stellen vor, da „absolute Sachkenntnis“ beim Sachbearbeiter des Versicherers insbesondere dann nicht erwartet werden kann, wenn es um medizinische Daten geht.

Gibt der Versicherer aber die Daten konzernintern an einen anderen Versicherer weiter, so „erhebt“ Letzterer als Versicherer im Moment der Weitergabe Daten, so dass § 213 VVG gilt.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

§ 213 VVG gilt schon wegen seiner Konkretisierung verfassungsrechtlicher Grundsätze uneingeschränkt auch für vor dem 1. 1. 2007 geschlossene Versicherungsverträge (Altverträge). Liegt dem Versicherer in einem solchen Vertragsverhältnis lediglich eine nach neuem Recht unwirksame Schweigepflichtsentbindung vor, muss er sich um eine Neuerteilung bemühen.

III. „Betroffene Person“, Datenlieferanten

§ 213 VVG spricht von der betroffenen Person, die einwilligen bzw. unterrichtet werden muss. Gemeint ist der „Daten- bzw. Geheimnisträger“ der personenbezogenen Gesundheitsdaten, also entweder der Versicherungsnehmer oder die versicherte Person. Erklärungen i.S. von § 213 VVG sind von dem Betroffenen selbst abzugeben, gegebenenfalls seinem gesetzlichem Vertreter oder einem Bevollmächtigten¹³. Ist der Betroffene verstorben, sind nicht etwa die Erben zur Erklärung berechtigt, sondern es obliegt jedem Geheimnisträger selbst zu entscheiden, ob er die erbetenen Auskünfte erteilt¹⁴. Dabei hat der Versicherer den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu berücksichtigen¹⁵. Ohne entgegenstehende Anhaltspunkte ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Verstorbene eingewilligt hätte, da es seinem mutmaßlichen Interesse entspricht, dass der Versicherer den Leistungsfall prüft und sein Erbe die Versicherungsleistung erhält.

Anders als in früheren Schweigepflichtsentbindungen in der Lebens- und Krankenversicherung¹⁶ erwähnt die Aufzählung

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1374



der Datenlieferanten in § 213 I VVG keine nichtärztlichen Heilberufe. Vertreten wird, dass die Aufzählung durch die Formulierung „darf nur“ abschließend ist, die gesamte Vorschrift dadurch aber einen Eingriff in die Berufsausübung des Versicherers gem. Art. 12 I GG vornimmt und deshalb verfassungswidrig ist¹⁷. Unabhängig von der Frage der Verfassungsmäßigkeit soll sich allerdings die Auflistung nach dem Willen des Gesetzgebers an der „gängigen Praxis“ orientieren¹⁸. Ferner wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass es für private Krankenversicherungen einer wirksamen Einwilligungserklärung des Patienten bedarf, damit Ärzte Patienteninformationen offenbaren

dürfen (§ 203 StGB)¹⁹. Von § 203 StGB erfasst werden aber auch die Angehörigen anderer Heilberufe und Berufspsychologen, so dass der Gesetzgeber hier eine umfassende Regelung gewollt haben dürfte. Die Aufzählung ist daher nach Sinn und Zweck nicht abschließend zu verstehen²⁰. Der Begriff „Arzt“²¹ ist auszulegen, allerdings eng, so dass beispielsweise darunter auch Zahnärzte, Psychotherapeuten und Heilpraktiker fallen²². Nicht darunter fallen aber Physio-, Ergo oder Sprachtherapeuten oder Hebammen, wenn diese nicht gleichzeitig Ärzte sind²³. Die Grenze sollte gezogen werden, indem man darauf abstellt, ob der jeweilige Heilberufler üblicherweise selbstständig eine Diagnose erhebt und daraufhin behandelt oder nur von Anderen im Rahmen der Behandlung hinzugezogen wird.

Zu den „sonstigen Krankenanstalten“ zählen mit der obigen Argumentation auch Rehabilitationseinrichtungen. „Personenversicherer“ sind nach Sinn und Zweck der Vorschrift - Recht auf informationelle Selbstbestimmung beim Versicherungsnehmer, aber auch Offenbarungsinteresse beim Versicherer - alle Versicherungsunternehmen, die mit personenbezogenen Daten umgehen, also auch die Unfallversicherer, obwohl sie allgemein üblich dem HUK-Bereich zugerechnet wird, aber auch Haftpflichtversicherer, weil dort Personenschäden eine Rolle spielen²⁴.

IV. Erforderlichkeit und Umfang der Datenerhebung

Die Daten dürfen für die Beurteilung des zu versichernden Risikos, also für die Prüfung der Gefahrumstände vor Vertragsabschluss, oder der Leistungspflicht bei Eintritt des Versicherungsfalls erhoben werden, soweit sie dafür erforderlich sind (Grundsatz der „Datensparsamkeit“, vgl. § 3a BDSG). Immer muss die Dateneinholung vertragsbezogen sein. Der Versicherer darf also bspw. nicht aus statistischen Gründen Gesundheitsdaten abfragen²⁵.

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1375



Die Prüfung der Gefahrumstände vor Vertragsabschluss nimmt der Versicherer nach seinen eigenen versicherungstechnischen Grundsätzen vor. Eine Antragsannahme ohne oder mit nur eingeschränkter Risikoprüfung verstieße gegen das (öffentlich-rechtliche) Aufsichtsrecht, weil auf Dauer die Existenz des Versicherers und damit die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge (§§ 5 II und III, 8 I Nr. 2 VAG) gefährdet würde²⁶. Ferner würde das Recht des Versicherers aus Art. 12 GG auf freie Berufsausübung unangemessen eingeschränkt. Risiken, die seinen kalkulatorischen Grundsätzen nicht entsprechen, hat der Versicherer im Interesse des Unternehmens und somit mittelbar auch im Interesse seines Versicherungsbestandes entweder nicht oder nur gegen Prämienzuschläge anzunehmen. Die Erforderlichkeit bei der Antragsprüfung ist deshalb weit zu verstehen, so dass der Versicherer bei allen oben genannten Stellen nachfragen darf, sofern dort Informationen erhältlich sind, die nach seinen Risikoprüfungsgrundsätzen von Belang sein können.

Die Dateneinholung im Leistungsfall ist diffiziler zu betrachten. Grundsätzlich sind alle Tatsachen - auch Hilfstatsachen - erforderlich, die für die Feststellung und Abwicklung der Leistungen aus dem Versicherungsvertrag rechtserheblich sein können²⁷. Bereits das Gesetz konstatiert über die §§ 19 bis 22 VVG eine Leistungspflicht nur dann, wenn der Versicherer nicht zurücktreten oder anfechten darf. Der Versicherer darf daher grundsätzlich sämtliche sachdienlichen Auskünfte einholen. Sachdienlich ist alles, was er zur Prüfung des konkreten Versicherungsfalls benötigt, was also nach seinen Risikogrundsätzen und auch außerhalb davon objektiv, d.h. für jeden ersichtlich, von Belang ist²⁸. Die Einwilligung erstreckt sich

damit grundsätzlich auch auf Auskünfte über Tatsachen, die dem Versicherer womöglich nicht nur die Prüfung der konkreten Leistungspflicht, sondern auch einen Rücktritt oder eine Arglistanfechtung ermöglichen²⁹. Ansonsten würde § 19 VVG weitgehend „leer laufen“³⁰. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer ausschließlich Daten zum Zweck der Rücktritts- oder Anfechtungsprüfung einholen will³¹.

Bereits durch die Formulierung des Gesetzestextes („erforderlich ist“) besteht aber eine inhaltliche Einschränkung, weil dadurch Anfragen bei Datenlieferanten, die ersichtlich nichts zur Prüfung der Leistungspflicht beitragen können, von vornherein unzulässig sind.

Beispiel: Macht der Versicherungsnehmer Berufsunfähigkeitsleistungen wegen Bandscheibenvorfällen geltend, und will der Versicherer (auch) bei einem Psychiater Daten abfragen, so wird in der Regel für die Beurteilung der Leistungspflicht keine Kenntnis der Daten des Psychiaters erforderlich sein, da medizinisch ein Zusammenhang mit psychischer Probleme mit Bandscheibenvorfällen weitestgehend ausgeschlossen sein dürfte. Der Versicherungsnehmer wäre deshalb in diesem Fall berechtigt, seine Einwilligung zu verweigern.

Die Grenze ist schwer zu ziehen. Grundsätzlich muss die Kenntnis der Daten bei objektiver Betrachtung ex ante zur Beurteilung der Leistungspflicht erforderlich sein³². Dadurch,

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1376



dass im Leistungsfall ein kausaler Zusammenhang zwischen der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Versicherten und der Anfrage bestehen muss, sind die Abfragemöglichkeiten des Versicherers deutlich eingeschränkt, wodurch sich die Möglichkeiten des Versicherers für die Prüfung von Rücktritt und Anfechtung verringern. Werden deshalb - intern zur Prüfung einer Rücktrittsmöglichkeit - bei Ärzten oder anderen Stellen, die ersichtlich nichts zur Prüfung des angemeldeten Leistungsfalls beitragen können, Daten eingeholt, ist dies nicht mehr erforderlich i.S. des § 213 VVG, so dass sich auch eine Einwilligung des Betroffenen nicht wirksam darauf erstreckt³³.

V. Generelle Einwilligung

1. Grundsätze

Anders als bei § 4a BDSG ist für eine wirksame Einwilligung nicht zwingend eine Einzelfalleinwilligung des Betroffenen erforderlich. Die Einwilligung in genereller Form, also die Schweigepflichtsentbindungserklärung, kann nach § 213 II VVG vor der Vertragserklärung abgegeben werden und muss den Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung nach § 4a BDSG entsprechen. „Vor“ meint selbstverständlich auch „bei“³⁴ der Vertragserklärung. Damit bleibt die pauschale Vorab-Einwilligung als Generalermächtigung zulässig. Der Betroffene kann auch noch in der Leistungsprüfung pauschal einwilligen³⁵.

Immer ist in diesen Fällen durch den Versicherer gem. § 213 IV VVG auf die Rechte aus Abs. 1 bis 3, also auch auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung, hinzuweisen (vgl. § 4a I BDSG). Einwilligen kann nur der Betroffene, also nicht etwa der Versicherungsnehmer für den Versicherten (Ausnahme: gesetzliche oder vertragliche Stellvertretung, Vormundschaft oder Gleichartiges)³⁶ und auch nicht der generalbevollmächtigte Versicherungsmakler, da der

Betroffene womöglich bei Einräumung der Stellvertretung nicht überblicken konnte, ob und inwieweit sein Persönlichkeitsrecht verletzt werden könnte.

Hat der Versicherer lediglich die Unterzeichnung von Einzelermächtigungen vom Versicherungsnehmer verlangt, die ihn berechtigen, Informationen bei denjenigen Angehörigen von Heilberufen oder Krankenanstalten einzuholen, die der Versicherungsnehmer selbst benannt hatte, liegt keine generelle Schweigepflichtsentbindungserklärung vor³⁷.

2. Umfang und Form der Einwilligung

Gibt der Versicherungsnehmer einen Arzt selber an, dürfen grundsätzlich alle erforderlichen Daten dort abgefragt werden. Die Einwilligung erstreckt sich auch auf „Sekundärquellen“, also Datenlieferanten, die der zuerst befragte Arzt etc. benennt und bei denen der Versicherer dann im Sinne weiterer Recherchemöglichkeiten Auskünfte einholen will (eine andere Frage ist es, ob der Versicherer dann neu informieren muss, dazu unten).

Eine besondere Form der Einwilligung schreibt § 213 VVG zwar nicht vor. Die Schweigepflichtsentbindung bedarf aber gem. § 4a I 3 BDSG der Schriftform, falls nicht wegen besonderer

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1377



Umstände eine andere Form angemessen ist. Soweit vertreten wird, dass wegen fehlender Übernahme des Schriftformerfordernisses aus § 4a I 2 BDSG Formfreiheit bestehe³⁸, wird verkannt, dass § 213 VVG eine Konkretisierung der Anforderungen des § 4a I BDSG darstellt³⁹. Textform und Fax erfüllen damit grundsätzlich das Schriftformerfordernis nicht⁴⁰.

3. Wirksamkeit der Einwilligung

Die Einwilligung ist unwirksam, wenn sie verfahrensfehlerhaft oder auf Grund einer unwirksamen Schweigepflichtsentbindungsklausel zu Stande gekommen ist. Dies liegt beispielsweise vor, wenn die Voraussetzungen des § 4a BDSG (z.B. Schriftform) nicht erfüllt sind, eine AGB-Einwilligungsklausel gegen wesentliche Grundgedanken des § 213 VVG (§ 307 II Nr. 1 BGB) verstößt, etwa weil die Möglichkeit einer Einzelfalleinwilligung fehlt oder nicht gem. § 213 IV VVG belehrt wurde. Die einmal erteilte Einwilligung wird nicht dadurch unwirksam, dass die Unterrichtung über die Einzelerhebung gem. § 213 II VVG (dazu nachfolgend) unterbleibt.

VI. Unterrichtung vor der Datenerhebung

1. Grundsätze

Sollen die Daten abgefragt werden, ist der Betroffene vorab zu unterrichten, § 213 II 2 VVG. Der Betroffene verzichtet durch eine generelle Einwilligung also nicht etwa auf die Unterrichtung, was bereits die systematische Stellung von § 213 II 2 VVG gegenüber S. 1 zeigt. Zweck ist es, dem Betroffenen die Prüfung zu ermöglichen, ob er widersprechen will, um sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu schützen. Der Versicherer muss deshalb einzelfallbezogen informieren. Mitgeteilt werden muss immer, dass und von wem

Daten erhoben werden sollen. Die zu befragenden Datenlieferanten müssen genannt werden. Der Versicherer darf selbstverständlich mehrere geplante Abfragen in einem Hinweisschreiben auflisten und muss nicht jeweils formal separat informieren⁴¹. Dadurch wird auch den Erfordernissen des § 4a BDSG genügt.

Ob und wie inhaltlich unterrichtet werden muss, sagt das Gesetz nicht. Der Betroffene ist nicht auch über den konkreten Inhalt der Befragung (etwa Behandlungen in einem bestimmten Zeitraum) zu informieren⁴², da sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausreichend geschützt ist, wenn er weiß, dass Daten abgefragt werden. Da eine Form für die Unterrichtung nicht vorgeschrieben ist, kann der Versicherer auch telefonisch oder durch E-Mail informieren⁴³. Mit der Unterrichtung ist der Betroffene auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen, § 213 IV VVG.

2. Typische Situationen und ausnahmsweise entbehrliche Unterrichtung

Bei der Antragsprüfung ist nach dem reinen Gesetzestext immer eine separate Unterrichtung erforderlich. Diese erscheint aber trotz des entgegenstehenden Wortlauts von § 213 II 2 VVG ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Betroffene bei beantragtem Abschluss des Versicherungsvertrags

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1378



soeben erst die generelle Schweigepflichtsentbindung erteilt und diejenigen Ärzte etc., die befragt werden sollen, auch konkret benannt hat. Dies ergibt sich daraus, dass der Versicherungsnehmer durch eine separate Unterrichtung vor Beginn der Abfrage keinen „Mehrwert“ hätte, denn er weiß bei Antragsstellung, dass der Versicherer womöglich in Kürze dort Gesundheitsdaten abfragt. Außerdem hat der Versicherungsnehmer in der Regel ein Interesse daran, möglichst schnell Versicherungsschutz zu erlangen, was blockiert werden könnte, wenn der Versicherer ihn noch zusätzlich unterrichten und auch noch eine angemessene Zeit für einen etwaigen Widerspruch abwarten muss. Dies alles gilt zumindest bei einer „normal“ langen Antragsprüfung von zwei bis vier Wochen Dauer. Mit Abfragen, die danach noch durchgeführt werden sollen, rechnet der Betroffene nicht mehr, so dass der Versicherer ihn unterrichten muss, dass und bei wem er Informationen einholt.

Zumindest muss es - auch formularmäßig - zulässig sein, dass der Versicherungsnehmer bereits im Antragsformular einen Verzicht auf eine zusätzliche Unterrichtung erklärt⁴⁴. Der derzeit sicherste Weg ist dennoch die Unterrichtung des Betroffenen. Zumindest ist dem Versicherer zu empfehlen, im räumlichen Zusammenhang mit der Schweigepflichtsentbindungserklärung darauf hinzuweisen, dass die Datenerhebung auf Basis der vom Versicherungsnehmer angegebenen Ärzte in Kürze durchgeführt werden wird, sofern dies im Rahmen der Antragsprüfung für erforderlich gehalten wird.

In der Leistungsprüfung ist immer eine Unterrichtung vor der konkreten Maßnahme erforderlich, da der Betroffene nicht zwingend mit Datenabfragen rechnet (Ausnahme: Leistungsfall tritt unmittelbar nach Antragsstellung ein, bspw. beim vorläufigen Versicherungsschutz).

In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Versicherer auf Grund ausgeholter Einkünfte neue Erkenntnisse über andere, vom Versicherungsnehmer nicht benannte Datenlieferanten erlangt („Sekundärquellen“). Will der Versicherer dort Auskünfte einholen, ist der

Versicherungsnehmer immer zu unterrichten, da ihm sonst die Möglichkeit des Widerspruchs genommen wird⁴⁵.

3. Rechtzeitige Unterrichtung, Wartefrist, Befristung

Das Gesetz sieht keine bestimmte Frist zwischen Unterrichtung und Datenerhebung oder eine Wartefrist des Versicherers nach der Unterrichtung vor. Anders als bei § 7 I 1 VVG hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Unterrichtung mit dem Begriff „rechtzeitig“ zu versehen⁴⁶. Der Versicherungsnehmer muss aber, das folgt aus Sinn und Zweck der Sache, noch vor Beginn der Dateneinholung reagieren können. Es muss also rechtzeitig vor der Datenerhebung unterrichtet werden⁴⁷. Eine Orientierung an der Widerspruchsfrist des § 8 VVG (2 Wochen) oder sogar § 152 I VVG (4 Wochen) ist unangemessen, da diese Fristen die Prüfung des gesamten Vertragsverhältnisses ermöglichen sollen⁴⁸. Fünf bis sieben Tage als Überlegungszeit für den Betroffenen dürfte ausreichend sein. Hinzuzurechnen ist die Postlaufzeit für Versendung

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1379



der Information und die Antwort, so dass der Versicherer von insgesamt ca. zehn Tagen bzw. einer Woche nach Zugang beim Versicherungsnehmer ausgehen muss, bevor er tätig werden kann⁴⁹. Bei E-Mail-Information oder einem ähnlichen schnelleren Weg verkürzt sich die Zeit. Telefonische Erteilung der Information oder zumindest Nachfrage nach ihrer Erteilung kann die Wartezeit für den Versicherer erheblich abkürzen.

Für den Betroffenen gilt, dass er unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, widersprechen muss⁵⁰. Der Widerspruch des Betroffenen darf vom Versicherer in seiner Unterrichtung zeitlich befristet werden, weil § 213 VVG auch das Informationsinteresse des Versicherers schützt. Eine Frist von einer Woche (ohne Postlaufzeit) dürfte angemessen sein. Wie bei allen Fristsetzungen sollte der Versicherer mit einem konkreten Enddatum arbeiten. Zulässig ist es auch, in AVB eine Erklärungsfrist von mindestens ein bis zwei Wochen mit fingierter Zustimmung zur Datenerhebung bzw. einem Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei Schweigen zu setzen, sofern die strengen Voraussetzungen des § 308 Nr. 5 BGB (angemessene Frist, ausdrücklicher Hinweis auf die Bedeutung des Schweigens) eingehalten werden⁵¹. Um sicher zu gehen, müsste der Versicherer im Unterrichtungsschreiben auf diese Regelung ausdrücklich hinweisen oder sie wiederholen.

Dem üblichen Problem bei derartigen Erklärungen - wann genau geht das Schreiben zu und beginnt die Frist zu laufen? - entgeht der Versicherer aber bei allen Varianten nur dann, wenn er die Unterrichtung als Einschreiben mit Rückschein oder per E-Mail mit erhaltener Empfangsbestätigung versendet und die Eingangsbestätigung erhält.

VII. Widerspruchsrecht des Betroffenen

1. Rechtsnatur, Inhalt, Form, Rechtsfolgen

Der Betroffene kann der Erhebung widersprechen (einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung), § 213 II 2 VVG, und zwar grundsätzlich jederzeit. Empfänger ist der Versicherer oder dessen nach außen empfangsbevollmächtigter Vertreter. Für den Zugang geltend die allgemeinen Regeln. Hat der Betroffene die Generalermächtigung gem. § 213 II 1

VVG erteilt, ist der Widerspruch - unabhängig davon, wie er formuliert ist - als Widerruf zu sehen. Bei Unklarheiten ist großzügig auszulegen (§§ 133, 157 BGB); es reicht aus, dass aus der Erklärung auch nur ansatzweise entnehmbar ist, dass der Betroffene keine Datenerhebung wünscht⁵². Das Verlangen nach einer Einzeleinwilligung gem. § 213 III VVG ist deshalb gleichzeitig - auch nach der Natur der Sache - ein Widerspruch gegen die Datenerhebung und Widerruf der Generalermächtigung.

Der Widerspruch muss nicht begründet werden⁵³. Eine Begründungspflicht ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus dem Sinn und Zweck des Widerspruchs,

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1380



der nicht dem Versicherer eine Prüfung ermöglichen soll, sondern nur dem „Anhalten“ der Datenerhebung dient.

Der Widerspruch ist nicht formgebunden, kann also auch mündlich oder per E-Mail und gegenüber dem Versicherungsvertreter (§§ 69 I, 59 II VVG) erfolgen. Das Widerspruchsrecht erlischt nicht durch Zeitablauf.

Folge des Widerspruchs ist, auch wenn der Betroffene dies nicht ausdrücklich i.S. des § 213 III VVG artikuliert, dass der Versicherer Daten nur erheben darf, wenn der Betroffene im jeweiligen Einzelfall einwilligt. Widerspricht der Betroffene, nachdem die Datenerhebung bereits angelaufen ist, ist diese abzubrechen. War die Datenerhebung bis dahin zulässig, sind die bereits erlangten Daten immer verwertbar, da das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor dem Widerspruch nicht verletzt worden sein kann⁵⁴. Entsprechendes gilt, wenn der Widerspruch verspätet, also beispielsweise nach Ablauf einer vom Versicherer wirksam gesetzten Frist, eingeht⁵⁵. Zu den Rechtsfolgen bei noch nicht vorliegenden Daten (eventuelle Obliegenheitsverletzung, fehlende Fälligkeit) siehe ausführlich unten. Behauptet der Versicherungsnehmer, er bzw. der Betroffene habe widersprochen, muss er die entsprechenden Tatsachen (Zugang etc.) beweisen.

2. Einschränkung des Widerspruchsrecht nach § 242 BGB?

Vertreten wird, dass die Wirkung der ursprünglich erteilten Einwilligung beim Widerspruch nicht willkürlich, sondern entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nur dann entfällt, wenn die Gründe bzw. Voraussetzungen für die Erteilung der Einwilligung entfallen sind oder sich wesentlich geändert haben⁵⁶. Das heißt: der Betroffene soll nur dann widersprechen dürfen, wenn sich etwas geändert hat und er ein überwiegendes und schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung seiner Daten hat. Der Gedanke ist interessant, aber nicht haltbar, weil der fehlende Begründungszwang beinhaltet, dass auch kein Grund vorliegen muss und es zudem in der Natur der Sache liegt, dass beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung jeder auch „grundlos“ entscheiden kann, ob der Andere die Daten erhalten soll⁵⁷. Eine davon strikt zu trennende Frage ist es, welche Rechtsfolge diese völlig freie Ausübung des Rechts dann hat (dazu unten).

VIII. Individuelle Einwilligung/Einzeleinwilligung

1. Grundsätze

Nach § 213 III VVG hat der Betroffene das Recht, jederzeit zu verlangen, dass eine Erhebung von Daten nur erfolgt, wenn jeweils in die einzelne Erhebung eingewilligt worden ist. Die Erklärung unterliegt keiner bestimmten Form, Empfänger ist der Versicherer oder der vertretungsberechtigte Vermittler. Mit „Erhebung“ ist nicht der „gesamte Erhebungsvorgang“ beim Versicherer gemeint, also dessen vollständige Dateneinholung, sondern die konkrete, jeweilige

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1381



Einzelabfrage bei einem bestimmten Arzt etc.⁵⁸. Der Versicherer muss also über jede einzelne Maßnahme mit konkretem Adressaten informieren und abwarten, ob der Betroffene dieser Einzelabfrage vorher ausdrücklich zustimmt (§ 183 BGB). Erst dann darf die Abfrage beginnen. Auch hier gilt, dass der Versicherer nicht angeben muss, was er erfragen möchte.

Das „jederzeit“ mögliche Zustimmungsverlangen bedeutet, dass schon vor Vertragsabschluss (unter Verzicht auf die Erteilung der generellen Einwilligung) und während der gesamten Vertragslaufzeit, also insbesondere im Leistungsfall oder bei Vertragsänderungen, das Verlangen ausgesprochen werden darf. Verlangt der Betroffene die Einzeleinwilligung, so setzt dies eine erteilte Generalmächtigung außer Kraft. Ist die Datenerhebung bereits auf der Grundlage einer generellen Einwilligung nach § 213 II VVG erfolgt, ändert der nachträgliche Wunsch des Betroffenen nach einer Einzeleinwilligung nichts an der ordnungsgemäßen Datenerhebung und führt auch nicht zu einer Unverwertbarkeit der Daten⁵⁹.

Auch auf den Einwilligungsanspruch ist der Versicherungsnehmer hinzuweisen, § 213 IV VVG. Wann der Hinweis erfolgen muss, regelt das Gesetz nicht. Da der Betroffene aber „jederzeit“ die Möglichkeit haben soll, die Einzeleinwilligung zu verlangen, muss der Hinweis „am Anfang“, also bei Vertragsschluss erfolgen. Eine bestimmte Form schreibt das Gesetz nicht vor. Wegen der Aufklärungsfunktion (keine Warnfunktion!) muss der Hinweis aber, wenn er schriftlich erteilt wird, gestalterisch klar und deutlich sein und im räumlichen Zusammenhang mit den Regelungen zur Schweigepflichtsentbindung erfolgen.

2. Einschränkung durch AVB oder Fristsetzung?

Da § 213 III VVG die Abfrage nur für zulässig erklärt, „wenn jeweils in die einzelne Erhebung eingewilligt worden ist“, scheidet die Möglichkeit, irgendeine Regelung in AVB in Form einer fiktiven Einwilligung durch Schweigen zu treffen von vornherein aus, da sich eine solche Klausel nicht auf die jeweilige (= konkrete) Dateneinholung, sondern auf sämtliche Einholungen beziehen würde.

Auch die Möglichkeit, im Unterrichtungsschreiben eine zeitliche Befristung vorzunehmen oder den Betroffenen darauf hinzuweisen, dass ein Schweigen nach Ablauf einer Frist als Einwilligung gesehen wird, scheidet hier aus folgenden Gründen aus: Bloßes Schweigen ist regelmäßig keine Willenserklärung⁶⁰ und damit auch keine Zustimmung⁶¹. Wer schweigt, bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck⁶². Als Willenserklärung ist aber ein Schweigen ausnahmsweise anzusehen, wenn es bei verständiger Würdigung aller Umstände nur die Bedeutung einer Willenserklärung haben kann, was der Fall ist, wenn der Erklärungsempfänger angesichts der Gesamtumstände nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine gegenteilige Äußerung des Schweigenden erwarten durfte⁶³. Dies kann der Fall sein, wenn der Schweigende verpflichtet ist, seinen



gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen. Diese Ausnahmen gelten aber insbesondere nicht in Bezug auf außergewöhnliche und besonders bedeutsame Geschäfte⁶⁴.

Allein ein Hinweis im Unterrichtungsschreiben, der Betroffene möge sich bis zu einem bestimmten Termin äußern, löst diese Ausnahmetatbestände nicht aus, denn der Gesetzgeber hat durch die ausdrückliche Regelung in § 213 VVG dem Einwilligungserfordernis des Betroffenen ausdrücklich den Vorzug vor dem Informationsinteresse des Versicherers gegeben. Zudem ist die Vorschrift bezüglich der Dateneinholung die „schärfste“ Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁶⁵, so dass es sich um ein „außergewöhnliches“ bzw. „besonders bedeutsames Geschäft“⁶⁶ handelt, bei dem Schweigen ohnehin nicht als Willenserklärung gelten kann.

3. Kostenpauschale

Der Versicherer darf - auch durch AGB⁶⁷ in den Grenzen der §§ 307ff. BGB - mit dem Versicherungsnehmer eine Kostenpauschale für die Einzeleinwilligung vereinbaren⁶⁸, da sein Verwaltungsaufwand erheblich erhöht wird. Die Kosten dürfen aber nicht so hoch sein, dass sie einen informationellen Selbstschutz unzumutbar machen⁶⁹. Pauschale Kosten bis zu 7,50 Euro je Anfrage (Stand: Anfang 2009) erscheinen angemessen⁷⁰.

IX. Rechtsfolgen bei verweigerter Mitwirkung des Betroffenen

1. Beim Vertragsschluss

Verweigert der Betroffene vor oder beim Vertragsschluss seine Mitwirkung und erteilt keine generelle oder individuelle Schweigepflichtsentbindung, darf der Versicherer den Vertragsschluss ohne Weiteres und auch ohne Begründung ablehnen⁷¹. Das gilt wegen der Vertragsfreiheit auch dann, wenn der Betroffene nur einzelne Datenabfragen untersagt. Ein Kontrahierungszwang des Versicherers besteht in keinem Fall.

Auch ein Risiko, nach dem AGG zu haften, besteht nicht. Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts, Alters und Gesundheitszustands in der Kranken-, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung sind grundsätzlich zulässig, wenn ein sachlicher Grund besteht (§ 20 I 1 AGG). Es reicht deshalb aus, wenn sich Ablehnungen versicherungsmathematisch oder risikotechnisch (in Bezug auf die Versichertengemeinschaft) nachvollziehbar begründen lassen⁷². Wenn der Antragssteller noch nicht einmal eine Risikoprüfung nach den Grundsätzen des Versicherers ermöglicht, liegt ein sachlicher Grund vor.

2. Im Leistungsfall

a) *Ausgangssituation*. Der Betroffene kann im Leistungsfall in mehreren Formen seine Mitwirkung verweigern:





Er widerspricht vor oder nach Unterrichtung der Erhebung insgesamt oder teilweise (§ 213 II 2 VVG).

Er verweigert nach Unterrichtung im jeweiligen Einzelfall seine Einwilligung (§ 213 III VVG).

Er gibt Informationen, die er selbst eingeholt hat, nicht oder nur unvollständig („geschwärzt“) an den Versicherer weiter.

Insbesondere der unlautere Versicherungsnehmer bzw. Betroffenen hat ein Interesse an der Geheimhaltung von Umständen, deren Kenntnis den Versicherer zu einem Vertragsrücktritt oder einer Arglistanfechtung berechtigen könnte. Wer nichts zu verbergen hat, wird es in der Regel auch offenlegen, wobei es aber zum Wesen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gehört, dass keine automatischen Rückschlüsse von einer Datenverweigerung auf fehlende Lauterkeit gezogen werden dürfen⁷³. Fraglich ist in diesen Fällen, ob der Versicherer dann seine vertraglichen Leistungen erbringen muss, weil er über keine Informationen verfügt, die eine vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung des Anspruchstellers belegen und daher einen Rücktritt oder eine Anfechtung des Vertrags rechtfertigen, oder ob er gerade auf Grund der vereitelten Leistungsprüfung keine Regulierung schuldet⁷⁴. Dabei ist zu beachten, dass § 213 VVG die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten im Leistungsfall grundsätzlich anerkennt⁷⁵, so dass spiegelbildlich auch die „üblichen“ Rechtsfolgen verweigerter Mitwirkung (fehlende Fälligkeit, eventuelle Obliegenheitsverletzung) in Betracht kommen müssen. Eine Belehrung durch den Versicherer über die Rechtsfolgen einer verweigerter Mitwirkung sieht das Gesetz nicht vor, eine planwidrige Lücke besteht insoweit nicht⁷⁶.

b) *Obliegenheitsverletzung*? Ob als Rechtsfolge der oben genannten Verhaltensweisen eine Obliegenheitsverletzung (§ 28 VVG) vorliegt, richtet sich danach, ob eine entsprechende Obliegenheit des Versicherungsnehmers (wirksam) vereinbart ist⁷⁷. Festzuhalten ist zunächst, dass allein die formale Ausübung der gesetzlichen vorgesehenen Rechte - also Nichterteilung einer Schweigepflichtsentbindung, Widerspruch nach § 213 II 2 VVG, Einwilligungsverlangen nach § 213 III VVG - keine Obliegenheitsverletzung sein kann⁷⁸. Selbst wenn AVB dies so formulieren würden („Sie verletzen Ihre Pflicht, uns Informationen zu erteilen, wenn Sie eine einmal erteilte Schweigepflichtsentbindung grundlos widerrufen ...“) wäre dies als Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild des § 213 VVG nach § 307 BGB unwirksam.

Die Obliegenheitsverletzung kann vielmehr nur darin liegen, dass der Versicherungsnehmer dem Versicherer nicht die für Leistungsprüfung erforderlichen Informationen zugänglich macht. Das heißt: Nicht die fehlende Unterschrift unter die Schweigepflichtserklärung oder der Widerruf einer solchen Erklärung, sondern die verweigerter und ausbleibende Information verletzt die Obliegenheit, so dass sich auch das Verschulden des Versicherungsnehmers auf Letzteres beziehen muss⁷⁹.

Die Obliegenheit, dem Versicherer die für Leistungsprüfung erforderlichen Informationen zugänglich zu machen, ist in



den meisten Versicherungsbedingungen enthalten. Legt der Versicherungsnehmer dem Versicherer also die erforderlichen Daten/Unterlagen für die Risiko- bzw. Leistungsprüfung nicht vor, so verletzt er - wenn die AVB dies wirksam formulieren⁸⁰ - seine sich bereits aus den AVB ergebende Mitwirkungspflicht, so dass im Ergebnis eine Obliegenheitsverletzung vorliegt, die nach § 28 VVG bei vorsätzlicher Verletzung zur Leistungsfreiheit führt⁸¹. Prozessual handelt es sich um eine Beweisvereitelung gem. §§ 444, 427 ZPO⁸². Gestützt wird dies auch durch Formulierungen im Urteil des *BVerfG* vom 23. 10. 2006⁸³:

„Der Informationsfluss könnte auch so ausgestaltet werden, dass die befragte Stelle die relevanten Informationen dem Versicherten zur Weiterleitung zur Verfügung stellt, der sie dann gegebenenfalls ergänzen oder unter Verzicht auf seinen Leistungsanspruch von ihrer Weiterleitung absehen kann“⁸⁴.

Das *BVerfG* geht also wie selbstverständlich davon aus, dass der Versicherte auf seinen Leistungsanspruch verzichtet, wenn er die Informationen nicht an den Versicherer weiterleitet und verneint damit im Ergebnis zu Recht eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Mit der wohl weniger rechtlich als vielmehr umgangssprachlich gemeinten Formulierung „Verzicht auf seinen Leistungsanspruch“ dürfte das *BVerfG* dogmatisch eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung mit der gesetzlich vorgesehenen Leistungsfreiheit gemeint haben.

Soweit *Klär*⁸⁵ sich für seine andere Auffassung - nicht „per se“ Obliegenheitsverletzung, wenn der Betroffene eine generelle Ermächtigung und Schweigepflichtsentbindung verweigert - ebenfalls auf das *BVerfG* vom 23. 10. 2006 stützt, ist dieser Beleg nicht völlig korrekt, da das *BVerfG* in seiner Entscheidung nicht allgemein feststellt, dass die Verweigerung einer Schweigepflichtsentbindung keine Obliegenheitsverletzung darstellt. Der Entscheidung ist lediglich entnehmbar, dass die dortige Obliegenheit, eine nach den AVB ganz bestimmte Schweigepflichtsentbindung zu erteilen, nicht vom Versicherungsnehmer erfüllt werden musste, weil ihm schonendere Möglichkeiten nicht offeriert wurden⁸⁶.

Diese schonenderen Möglichkeiten sieht aber nun § 213 VVG vor. Hält sich der Versicherer an diese Vorgaben und eröffnet dem Versicherungsnehmer/Betroffenen die vorgesehenen Varianten, so darf dieser natürlich - verfassungsrechtlich abgesegnet - sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausüben und die Mitwirkung verweigern⁸⁷. Da gegenüber dem ebenfalls verfassungsrechtlich im Rahmen

der Unternehmensfreiheit (Art. 12 I GG) geschützten Aufklärungs- und Überprüfungsinteresse des Versicherers kein Vorrang besteht⁸⁸, liegt im Leistungsfall grundsätzlich eine zur Leistungsfreiheit führende Obliegenheitsverletzung (Vorsatz und Kausalität für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht und eine entsprechende Belehrung vorausgesetzt)⁸⁹. Bei grober Fahrlässigkeit kann nur quotal gekürzt werden⁹⁰. In der Regel wird Vorsatz des Betroffenen vorliegen, wenn er der Dateneinholung widerspricht⁹¹. § 4a BDSG (Benachteiligungsverbot) ist nicht einschlägig, da die spezielleren Regelungen der §§ 31, 28 VVG vorgehen.

c) *Fehlende Fälligkeit?* Nach § 14 I VVG sind Geldleistungen des Versicherers mit der Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalls und des Umfangs der Leistung notwendigen Erhebungen fällig. Zu Letzterem gehört zwingend auch die Prüfung, ob Rücktritts- oder Anfechtungsgründe vorliegen⁹². Verhindert deshalb der Versicherungsnehmer die Datenerhebung ganz oder teilweise oder stellt selbst keine ausreichenden Unterlagen zur Verfügung, wird der Versicherer mit dieser Prüfung faktisch „ausgebremst“. Dies bewirkt fehlende Fälligkeit des Versicherungsnehmer-Anspruchs gem. § 14 VVG, da der Versicherer seine Ermittlungen nicht abschließen kann⁹³. Der entscheidende Unterschied zur Obliegenheitsverletzung liegt darin, dass der Versicherungsnehmer hier die Fälligkeit noch herbeiführen kann, indem er die Dateneinholung später ermöglicht⁹⁴.

d) *Darlegungs- und Beweislast im Prozess.* Für die Darlegungs- und Beweislast im Prozess gilt: Lehnt der Versicherer die Leistung wegen einer vom Versicherungsnehmer vorprozessual verweigerten oder gestoppten Datenerhebung mangels ausreichender Informationen ab und klagt der Versicherungsnehmer auf Leistung, so genügt der Versicherer ausnahmsweise seiner ansonsten umfangreicheren Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung, wenn er Indizien für ein mögliches Verschweigen vorvertraglicher Gesundheitsumstände vorträgt⁹⁵. Denn es ist gerade der Versicherungsnehmer, der dem Versicherer einen konkreten Vortrag unmöglich gemacht hat. Als Indiz reicht es bereits aus, wenn der Versicherer darlegt, dass der Versicherungsnehmer keine plausible Begründung für die versagte Einwilligung oder den erklärten Widerspruch geliefert hat; ferner können sich die Indizien aus medizinischen Umständen, beispielsweise einer Vielzahl von Arztbesuchen unmittelbar nach Vertragsschluss, dem Vorliegen chronischer Krankheiten bereits kurz nach Vertragsschluss oder einem bereits fortgeschrittenen Krankheitsstadium zeitnah zum Vertragsschluss ergeben⁹⁶. Allenfalls kann den Versicherer eine sekundäre Darlegungslast nach

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1386



vorheriger Substanziierung durch den klagenden Versicherungsnehmer treffen, warum keine vorvertragliche Anzeigepflicht vorlag.

Der Versicherer ist in diesem Fall auch berechtigt, den Versicherungsnehmer (erneut) aufzufordern, ihn von der Schweigepflicht zu entbinden. Unterbleibt dies, kommt eine Beweisvereitelung mit der Folge der Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Versicherers in Betracht.

X. Rechtsfolgen fehlerhafter Datenerhebung durch den Versicherer

1. Ausgangssituation

Die Datenerhebung durch den Versicherer kann beispielsweise in folgenden Fällen (verfahrens-)fehlerhaft sein:

Die Informationen stammen von einem nicht von § 213 VVG erfassten Datenlieferanten.

Der Betroffene willigt generell ein, widerspricht aber dann der Erhebung, trotzdem werden Daten erhoben.

Die Daten gehen erst nach Eingang des Widerspruchs ein, werden aber verwertet.

Die Daten sind ohne (vom Versicherungsnehmer verlangter) Einwilligung in die Einzelerhebung (§ 213 III VVG) erhoben worden.

Der Betroffene hat seine Einwilligung im Vertrauen auf eine unwirksame Schweigepflichtsentbindungsklausel bzw. eine entsprechende Erklärung des Versicherers oder ohne Belehrung erteilt.

Der Versicherer hat nicht oder nicht ausreichend auf das Widerspruchsrecht des Betroffenen hingewiesen.

In allen Fällen stellt sich die Frage, ob der Versicherer sich auf die erlangten Informationen berufen darf, also beispielsweise bei verschwiegener Vorerkrankung zurücktreten oder anfechten darf. Ungeklärt ist auch, ob und in welchem Umfang der Versicherer im Prozess Daten verwerten darf, die er verfahrensfehlerhaft oder mit einer unwirksamen Schweigepflichtsentbindungsklausel eingeholt bzw. erlangt hat.

Schon vor Inkrafttreten des neuen § 213 VVG wurde anlässlich der *BVerfG*-Entscheidung vom 23. 10. 2006 diskutiert, ob die mit einer unwirksamen Schweigepflichtsentbindungsklausel erlangten Daten verwertet werden durften. Die Situation ist nicht neu, war bisher aber nur selten Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Zu untersuchen ist, ob sich durch § 213 VVG neue Aspekte ergeben. Festzustellen ist, dass eine fehlerhafte Datenerhebung durch Verstoß gegen § 213 VVG oder das BDSG rechtswidrig ist. Das VVG sieht keine Rechtsfolge vor, insbesondere spricht es kein Datennutzungs- oder Verwertungsverbot aus. Dieses ergibt sich unmittelbar auch nicht aus anderen Gesetzen. Da es aber um personenbezogene Daten geht, gilt ergänzend das BDSG.

2. Darf sich der Versicherer auf rechtswidrig erlangte Daten berufen?

a) *Verfassungsrechtliche Aspekte*. Hatte der Betroffene - wie im Regelfall - die Schweigepflichtsentbindung bei Antragstellung unterzeichnet, so wurde sein Recht auf informationelle Selbstbestimmungsrecht vom Grundsatz her bereits ausgeübt. Der Versicherer hat ihm deutlich gemacht, dass er für die Risiko- und Leistungsprüfung unter Umständen bestimmte Informationen benötigt, ohne die nicht entschieden werden kann. Ist die Schweigepflichtsentbindungsklausel nicht völlig laienhaft formuliert (was in der Praxis nicht vorkommt), so wird der Betroffene entsprechend § 3 III BDSG über die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten aufgeklärt, und dies wird

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1387



Vertragsbestandteil⁹⁷. Der Betroffene weiß daher, dass der Versicherer womöglich höchstpersönliche Informationen einholt und er akzeptiert dies auch, damit der Versicherungsvertrag in Gang gesetzt wird oder Leistungen an ihn erbracht werden. In der Praxis wird dieses Interesses sogar regelmäßig deutlich größer als das Interesse an der Geheimhaltung von Gesundheitsdaten sein (Ausnahme: der betrügerische Versicherungsnehmer; dazu später). Erweist sich nachträglich die Schweigepflichtsentbindung als unwirksam oder widerspricht der Versicherungsnehmer nach § 213 VVG der Datenerhebung, so bleibt die „Geschäftsgrundlage“ des Versicherungsvertrags (Vertragsabschluss/Leistung nur bei ordnungsgemäßer Prüfung durch

den Versicherer) dennoch gleich. Vertreten wird, dass im Rahmen einer dann vorzunehmenden Güterabwägung das Recht des Betroffenen das ebenso schützenswerte Recht des Versicherers auf Leistungsprüfung nur dann überwiegen kann, wenn neue Gesichtspunkte hinzutreten⁹⁸. Dem ist nicht nur vollumfänglich zuzustimmen, sondern es ist sogar noch zu fordern, dass es sich um erhebliche neue Gesichtspunkte handelt. Denkbar ist beispielsweise ein von vornherein arglistiges Handeln des Versicherers, aber auch Fahrlässigkeit bei der Verwendung alter, unwirksamer Schweigepflichtentbindungsklauseln bei neuen Verträgen.

Die Frage lässt sich schlussendlich nur lösen, indem die verfassungsrechtlichen Kernpunkte berücksichtigt werden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darf zunächst einmal nicht in dem Sinne missverstanden werden, als hätte der Einzelne dadurch ein absolutes, uneingeschränktes Herrschaftsrecht über seine Daten⁹⁹. Es gilt nicht uneingeschränkt, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt wird, wonach als Ausfluss des u.a. in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung gehört¹⁰⁰. Ferner steht dem Persönlichkeitsrecht das Recht des Versicherers am eingerichteten und ausgeübten Beruf gem. Art. 12 I GG gegenüber sowie die aus Art. 2 GG folgende Eigentumsgarantie der anderen Versicherten innerhalb der Versichertengemeinschaft des betroffenen Versicherers.

Ob eine Datenverwertung zulässig ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Güterabwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der einen und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse auf der anderen Seite¹⁰¹. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen¹⁰².

Der Gesetzgeber hat durch § 213 VVG zum Ausdruck gebracht, dass er das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bei personenbezogenen Gesundheitsdaten als besonders wichtig bewertet. Das bedeutet aber nicht, dass die

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1388



verfassungsmäßig geschützten Rechte des Versicherers und der Versichertengemeinschaft automatisch zurücktreten. Die Abwägung ergibt vielmehr, dass Gesundheitsdaten, die schuldhaft unter Verstoß gegen § 213 VVG erlangt wurden, grundsätzlich nicht verwertet werden dürfen (kein Heranziehen für die außergerichtliche oder gerichtliche Entscheidung, keine prozessuale Beweiserhebung)¹⁰³, aber zum Schutz der anderen Beteiligten in bestimmten Situationen Ausnahmen zu machen sind. Der Versicherer darf damit seine Leistungsentscheidung grundsätzlich nicht auf rechtswidrig erlangte Daten stützen, und Vortrag des Versicherers im Prozess zu den eingeholten Daten ist grundsätzlich, nicht aber generell bzw. zwingend prozessual unbeachtlich. Ein generelles Verwertungsverbot existiert damit nicht.

Ausnahmen vom Grundsatz der Unverwertbarkeit sind in folgenden Fällen zu machen:

Jede mögliche schuldhaft Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht, da das Interesse des Versicherers und der Versichertengemeinschaft an der Vermeidung ungerechtfertigter Versicherungsleistungen das Persönlichkeitsinteresse des Betroffenen überwiegt¹⁰⁴. Macht der

Versicherungsnehmer Falschangaben - auch fahrlässig - handelt er rechtswidrig, und darf aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten keine Vorteile herleiten, weil rechtswidrig erlangte oder angestrebte Vorteile von der Rechtsordnung grundsätzlich nicht geschützt werden¹⁰⁵. Daher besteht ein berechtigtes Interesse des Versicherers sowie der Versichertengemeinschaft, sich vor der ungerechtfertigten Inanspruchnahme durch einzelne Versicherte zu schützen und damit im Interesse aller Versicherten eine unnötige Tarifierhöhung zu vermeiden, denn sonst „würde aus dem Datenschutz ein Tatenschutz“¹⁰⁶.

Arglistige Täuschung durch den Versicherungsnehmer oder Versicherten (auch über andere als gefahrerhebliche Umstände), da vorsätzliche Täuschungen keinen Vorrang des Persönlichkeitsrechts rechtfertigen und der Böswillige privilegiert würde. Betrügerische Handlungen werden nicht durch die Rechtsordnung geschützt¹⁰⁷. Da der Versicherer berechtigt ist, zum Nachweis einer arglistigen Täuschung des Versicherungsnehmers über Vorerkrankungen sogar ohne Schweigepflichtsentbindung eingeholte Auskünfte des Vorversicherers und der behandelnden Ärzte zu verwerten¹⁰⁸, gilt dies erst Recht für eine verfahrensfehlerhafte Dateneinholung. Das berechtigte Interesse des Versicherers und der Versichertengemeinschaft an der Ermittlung persönlicher Daten des Versicherungsnehmers zum Zweck der Vermeidung ungerechtfertigter Versicherungsleistungen überwiegt bei weitem das Interesse des Versicherungsnehmers an dem Schutz seiner Daten. Damit ist der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Versicherungsnehmers nicht zu beanstanden.

Bei „einfacher“ Rechtswidrigkeit der Datenerhebung, d.h. wenn eine Einwilligung zwar nicht „makelfrei“, aber noch mit ausreichender Substanz vorliegt¹⁰⁹. Beispiele: Bei genereller Einwilligung ist die Unterrichtung nicht erfolgt; zu kurze Frist für den Widerspruch; Unterrichtung

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1389



ist nicht vollständig (Adressaten fehlen); Schriftform der Einwilligung wurde nicht gewahrt.

Immer ist also im Rahmen einer Güterabwägung der verfassungsmäßig garantierten Rechte ein Verwertungsverbot - außerprozessual und im Gerichtsverfahren - beim bösgläubigen (= betrügerischen) Versicherungsnehmer oder Versicherten abzulehnen. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass die Bedeutung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei arglistigen und vorsätzlichen, aber auch bei grob fahrlässigen („ins Blaue“ gemachten) Falschangaben sozusagen schrumpft. Ein von der Datenerhebung Betroffener, der sich in unredlicher Weise Vorteile gegenüber der Versichertengemeinschaft verschaffen will, verletzt die Rechte der anderen Versicherten nach Art. 2 I GG¹¹⁰ und das Recht des Versicherers aus Art. 12 GG. Aus diesem Grund ist auch ein verfassungsrechtliches Verwertungsverbot¹¹¹ ebenso abzulehnen wie das Verbot der Fernwirkung eines an sich zulässigen Beweismittels, das aber ohne eine rechtswidrig gewonnene Information nicht hätte erlangt werden können.

b) *Treu und Glauben*. Gegen ein Verwertungsverbot spricht auch der aus § 242 BGB (Treu und Glauben) abgeleitete Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*), das uneingeschränkt auch im Versicherungsrecht gilt und u.a. in Betracht kommt, wenn vom Berechtigten zunächst etwas erlaubt, dann aber wieder verboten wird. So verhält sich beispielsweise der Versicherer widersprüchlich, wenn er einerseits vorprozessual auf die vom Anspruchsteller angeregte Autopsie der Leiche des Versicherungsnehmers verzichtet, andererseits jedoch prozessual das Vorliegen eines Unfalltods bestreitet¹¹². Dies gilt umgekehrt auch für den redlichen Versicherungsnehmer.

Wollte er den Versicherer täuschen, greift zudem der ebenfalls aus § 242 BGB abgeleitete „tu-quoque-Grundsatz“, wonach eine Vertragspartei aus der Verletzung der anderen Vertragspartei keine Rechte herleiten darf, wenn sie selbst vertragsuntreu war¹¹³. Auch der im Arzthaftungsrecht anerkannte Rechtsgedanke der hypothetischen Einwilligung bzw. des rechtmäßigen Alternativverhaltens, wonach beispielsweise der wegen Aufklärungsverschuldens auf Schadensersatz in Anspruch genommene Arzt einwenden kann, dass der Patient die auf Grund fehlender oder unzureichender Aufklärung unwirksame Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt hätte (hypothetische Einwilligung), ist übertragbar, da der Versicherungsnehmer einen ernsthaften Entscheidungskonflikt bei der Frage, ob er dem Versicherer eine wirksame Schweigepflichtentbindung erteilt hätte, regelmäßig nicht wird plausibel machen können¹¹⁴.

c) *Prozessuale Aspekte*. Eine Unverwertbarkeit lässt sich auch nicht aus prozessualen Grundsätzen ableiten. Anders als die StPO kennt die ZPO kein allgemeines Beweisverwertungsverbot¹¹⁵. Der BGH hat angedeutet, dass er auch die nicht gegen das Recht der informationellen Selbstbestimmung verstoßende Verwertung eines arglistig erworbenen Beweisergebnisses wohl nicht zu billigen scheint¹¹⁶. Dies

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1390



dürfte dann erst Recht für rechtswidrig erlangte Informationen gelten, deren Verwertung im Rechtsstreit gegenüber Dritten (Richter, Anwälte, Sachverständige) das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung tangieren würde. Der Fall betraf aber wie gesagt ein arglistig erworbenes Beweisergebnis. Arglistiges Verhalten des Versicherers wird aber in der Praxis wohl nicht vorkommen.

Die Verwertbarkeit im Gerichtsverfahren kann sich aber unabhängig von verfassungsrechtlichen Aspekten auch allein aus prozessualen Gründen ergeben:

Unstreitige Tatsachen sind immer verwertbar, da diese ohnehin keiner Beweiserhebung¹¹⁷ bedürfen¹¹⁸ und nicht in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird, wenn der Betroffene dies nicht rügt bzw. die Tatsachen als unstrittig stehen lässt. Er verzichtet damit auf sein Recht zur informationellen Selbstbestimmung¹¹⁹.

Streitige Tatsachen sind verwertbar, soweit der Versicherungsnehmer ohne die generelle Entbindung von der Schweigepflicht auf Anforderung des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles zur Entbindung von der Schweigepflicht verpflichtet gewesen wäre, damit der Versicherer die für die Leistungsprüfung relevanten Informationen erhält¹²⁰.

Da das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur dem Betroffenen allein zusteht, scheidet die von Amts wegen erfolgende Berücksichtigung einer rechtswidrigen Datenerhebung aus¹²¹. Behauptet der Versicherungsnehmer, dass der Versicherer rechtswidrig personenbezogene Gesundheitsdaten erhoben hat, gilt der allgemeine Grundsatz, dass jede Partei die für sie jeweils günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat. Der Versicherer muss deshalb beweisen, dass es sich um einen von § 213 VVG erfassten Datenlieferanten handelte, der Betroffene wirksam generell eingewilligt hat, der Betroffene ordnungsgemäß vor der Abfrage unterrichtet wurde und er den Betroffenen richtig auf seine Rechte hingewiesen hat. Der Versicherungsnehmer muss beweisen, dass er gegebenenfalls rechtzeitig widersprochen und rechtzeitig eine Einzeleinwilligung verlangt hat.

3. Ansprüche nach dem BDSG

Die unzulässige Erhebung stellt in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung dar, die eine Schadensersatzpflicht gem. § 7 BDSG auslöst, wenn dem Betroffenen durch die unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten ein Schaden zugefügt wird. Erfasst wird materieller und immaterieller Schaden¹²². Materiell ist damit zunächst jeder finanzielle Nachteil zu ersetzen, den der Betroffene im Vertrauen auf oder zwecks Beseitigung der unzulässigen Datenerhebung erlitten hat (etwa Fahrt- und nicht von Dritten erstattete Arztkosten, Anwaltshonorar). Ein Schmerzensgeldanspruch scheidet aus, wie der Vergleich mit § 8 II BDSG zeigt, da der Gesetzgeber diesen ansonsten bei § 7 BDSG hätte normieren müssen¹²³. Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsansprüche des Betroffenen ergeben sich aus den §§ 19 bis 21 BDSG. Daneben gelten subsidiär Ansprüche auf Schadensersatz, Auskunft, Unterlassung und Beseitigung aus §§ 823, 1004 BGB, etwa

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1391



der Anspruch auf Geldentschädigung wegen einer Persönlichkeitsverletzung (§ 823 BGB i.V. mit Art. 1 und 2 GG)¹²⁴, der aber nur in absoluten Extremfällen greift. In Betracht kommen auch Ansprüche aus dem UWG.¹²⁵ Die Haftung entfällt nach § 7 S. 2 BDSG, soweit die nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt beachtet wurde (Beweislast: Versicherer¹²⁶). Dies könnte künftig der Fall sein, wenn eine strenge Auslegung des § 213 VVG zu Gunsten des Betroffenen nicht von der Rechtsprechung bestätigt wird.

Beispiel: Der Versicherer hat entgegen dem Wortlaut (aber im Einklang mit Teilen der Literatur) Daten von einem Heilpraktiker eingeholt und dabei die Vorgaben des BDSG beachtet: keine Haftung, wenn die Rechtsprechung inzwischen bestätigen sollte, dass auch Heilpraktiker erfasst sind, weil dann „die nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt“ beachtet wurde.

Eine vorsätzliche oder fahrlässige unbefugte Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten stellt außerdem gem. § 43 II Nr. 1 BDSG eine Ordnungswidrigkeit dar.

4. Anspruch auf Vertragserfüllung?

Weiter stellt sich die Frage, ob der Versicherer im Fall der Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 249 I BGB bzw. § 823 II BGB i.V. mit § 213 VVG) den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, d.h. ob er dadurch womöglich den Versicherungsvertrag trotz schlechten Risikos (uneingeschränkt) abschließen muss oder nach Eintritt des Versicherungsfalls ohne Rücktritts-, Anfechtungs- oder Vertragsanpassungsmöglichkeit leistungspflichtig ist. Im Kern geht es also um eine Erfüllungshaftung.

Ausgangspunkt ist die Situation, dass der Versicherer rechtswidrig Daten erhoben hat und auf Grund der Kenntnis den Vertragsschluss oder in der Leistungsprüfung die Leistung ablehnt. Der „zum Ersatz verpflichtende Umstand“ i.S. des § 249 I BGB ist die unzulässige Datenerhebung. § 249 BGB zielt auf eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung, d.h. der Vertragspartner ist im Grundsatz so zu stellen, als ob der Schädiger den Vertrag

ordnungsgemäß erfüllt hätte¹²⁷. Daher ist zu fragen, wie der Zustand wäre, wenn sich der Versicherer korrekt verhalten hätte, wenn er also „gesetzestreu“ gem. § 213 VVG vorgegangen wäre. Für die obigen Varianten folgt daraus:

Variante 1: Die Informationen stammen von einem nicht von § 213 VVG erfassten Datenlieferanten: Hat der Versicherer die Daten daneben auch noch aus einer unter die Vorschrift subsumierbaren Quelle erhalten, bleibt der Verstoß bzgl. § 249 BGB folgenlos. Stammen die Daten ausschließlich aus der „verbotenen“ Quelle, und geht man von der härtesten denkbaren Sanktion aus, so dürfte der Versicherer die Daten nicht berücksichtigen. Er müsste sich also nun „blind stellen“, was im Ergebnis der Situation entspricht, dass er trotz Anfrage überhaupt keine Daten geliefert bekommt. Ohne Daten wird der Versicherer aber bei ordnungsgemäßer Prüfung und lebensnaher Betrachtung nicht entscheiden können oder wollen und den Vertrag bzw. die Leistung ablehnen, so dass kein Schaden beim Versicherungsnehmer eingetreten ist.

Selbst wenn man dies so sieht, dass der Versicherer auch ohne Berücksichtigung der Daten entscheiden muss, sind aber bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht und/oder arglistiger Täuschung nach

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1392



richtiger Ansicht auch unzulässige Datenerhebungen gerechtfertigt¹²⁸. Es ist daher zu differenzieren:

- Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht und/oder arglistiger Täuschung: der Versicherer darf die Daten verwerten, keine Erfüllungshaftung¹²⁹.
- Alle anderen Fälle, etwa wenn es um die Prüfung geht, ob ein Risikoausschluss greift: Unverwertbarkeit und Erfüllungshaftung.

Variante 2: Der Betroffene willigt generell ein, widerspricht aber dann der Erhebung, trotzdem werden Daten erhoben: Hätte sich der Versicherer korrekt verhalten, wären ihm die Daten nicht bekannt geworden. Er hätte sich dann aber gefragt, warum der Betroffene der Einholung widerspricht und wie folgt reagiert: Bei Antragsstellung würde wegen der somit nicht bzw. nicht vollständig möglichen Risikoeinschätzung keine Annahme erklärt (Antragsmodell) bzw. dem Betroffenen würde kein oder nur ein nach den Annahmerichtlinien sicherheitshalber modifiziertes Angebot unterbreitet (Invitativmodell). Beispiel für Letzteres: Angebot mit Ausschluss aller Leistungen für Beschwerden des Bewegungsapparats und etwaiger Folgeerscheinungen, falls einer Arztanfrage beim Orthopäden widersprochen wurde. Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit darf der Versicherer in einem solchen Fall immer den Vertragsabschluss ablehnen oder inhaltlich beschränken. Im Leistungsfall würde sich der Versicherer auf eine nicht mögliche Entscheidung/fehlende Fälligkeit gem. § 14 VVG oder eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung berufen und müsste nicht leisten (s. oben). Folge: der Versicherungsnehmer hätte, da auch bei korrekter Verfahrensweise in der Risikoprüfung kein Vertrag geschlossen und im Leistungsfall nicht geleistet würde, keinen Schaden, also keine Erfüllungshaftung.

Variante 3: Die Daten gehen erst nach Eingang des Widerspruchs ein, werden aber verwertet: wie Variante 1.

Variante 4: Die Daten sind ohne (vom Versicherungsnehmer verlangter) Einwilligung in die Einzelerhebung (§ 213 III VVG) erhoben worden: wie Variante 1.

Variante 5: Der Betroffene hat seine Einwilligung im Vertrauen auf eine unwirksame Schweigepflichtsentbindungsklausel bzw. eine entsprechende Erklärung des Versicherers oder ohne Belehrung erteilt; die Daten werden eingeholt: wie Variante 1.

Im Ergebnis ist daher in so gut wie allen Fällen eine Erfüllungshaftung im Rahmen des Schadensersatzes abzulehnen. Der Betroffene ist ausreichend dadurch geschützt, dass er den „kleinen“ Schadensersatz auf Kostenerstattung etc. und die nachfolgend genannten Ansprüche geltend machen kann. Eine echte Erfüllungshaftung würde auf eine Strafsanktion der Verletzung des Persönlichkeitsrecht hinauslaufen, die innerhalb der erforderlichen Gesamtabwägung unverhältnismäßig gegenüber den Interessen der Versichertengemeinschaft wäre.

XI. Vertragliche Regelungen zur Datenerhebung

1. Abdingbarkeit des § 213 VVG durch AVB?

Da der Gesetzgeber im VVG an diversen Stellen die Abdingbarkeit von Vorschriften einschränkt (vgl. §§ 18, 32 VVG), nicht aber bei § 213 VVG, ist von einer generellen Möglichkeit vertraglicher Änderung der Vorgaben dieser Norm auszugehen. Maßstab der Überprüfung solcher ändernder Schweigepflichtsklauseln sind grundsätzlich die §§ 305ff. BGB. § 213 VVG stellt insofern ein gesetzliches Leitbild für die Schweigepflichtsentbindung von Versicherten dar¹³⁰. Durch die Beschränkungen des *BVerfG*¹³¹ im Hinblick auf das verfassungsmäßige Recht der informationellen Selbstbestimmung

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1393



bleibt jedoch faktisch wenig Spielraum, die Vorschrift durch AVB oder auch individuelle Abrede mehr als nur unerheblich einzuschränken.

2. Zulässige Regelungen in AVB

Nach wie vor kann die Einwilligung auch durch formularmäßige Klauseln in den Anträgen und den Bedingungen erteilt werden. Ihre Wirksamkeit richtet sich dann nach den §§ 305ff. BGB. Wirksame Klauseln müssen dem Betroffenen verdeutlichen, welchem Zweck die Datenerhebung dient und dass die Alternative der Einzeleinwilligung (§ 213 III VVG) besteht¹³².

Die bisherige Schweigepflichtsentbindungsermächtigung zu Gunsten des Versicherers „von allen Ärzten, Krankenhäusern ... sachdienliche Auskünfte einzuholen“, kommt einer Generalermächtigung nahe und verletzt das verfassungsrechtliche Interesse des Versicherungsnehmer an informationeller Selbstbestimmung, sie ist deshalb unwirksam¹³³. Der Versicherungsnehmer bzw. Versicherte muss - wie ausgeführt - grundsätzlich im Voraus erkennen und bestimmen können, welche Informationen von seiner Einwilligung erfasst werden. Die in älteren BUZ-Bedingungen enthaltene Klausel (bspw. § 4 II B-BUZ 1993)

„Wir können außerdem - dann allerdings auf unsere Kosten - weitere ärztliche Untersuchungen durch von uns beauftragte Ärzte sowie notwendige Nachweise - auch über die wirtschaftlichen Verhältnisse und ihre Veränderungen - verlangen, insbesondere zusätzliche Auskünfte und Aufklärungen. Der Versicherte hat Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Krankenanstalten sowie Pflegeheime, bei denen er in Behandlung oder Pflege war oder sein wird, sowie Pflegepersonen, andere Personenversicherer und Behörden zu ermächtigen, uns auf Verlangen Auskunft zu erteilen.“

ist auf Grund der Entscheidung des *BVerfG*, aber auch wegen Verstoßes gegen § 4a BDSG (Einzelfallbezogenheit nicht erkennbar¹³⁴) unwirksam und stellt keine wirksame Ermächtigung des Versicherers mehr dar, weil der Versicherte nicht erkennen kann, wann von der Erklärung Gebrauch gemacht werden soll und welche Patientendaten bei wem angefordert werden können. Verweigert ein Versicherter auf Grund dieser Klausel die Mitwirkung, verletzt er seine Mitwirkungsobliegenheit nicht. Entsprechendes gilt für die bisherigen Klauseln in Antrags- und Schadensformularen.

Sehen neue Klauseln aber die vom *BVerfG* und § 213 VVG vorgegebenen Alternativen vor, liegt keine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 307 II Nr. 1 und I BGB vor, da nicht gegen wesentliche Grundgedanken des § 213 BGB verstoßen wird. Kein Verstoß gegen diese Grundgedanken liegt in folgenden Fällen vor: Erweitern des Adressatenkreises auf nicht in § 213 VVG genannte Heilberufe, sofern diese üblicherweise selbstständig eine Diagnose erheben und daraufhin selbst behandeln, also beispielsweise Zahnärzte, Psychotherapeuten, Heilpraktiker; Aufnahme des Erhebungszwecks unter Berücksichtigung der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung (Beispiel: „Wir können verlangen, dass die versicherte Person Ärzte ... ermächtigt, uns auf Anfrage Auskunft zur Beurteilung des Versicherungsfalls und zur Überprüfung der vor Vertragsannahme gemachten Angaben zu erteilen“).

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1394



Opt-out-Formulare bei Vertragsschluss sind - auch formularmäßig - zulässig („Auskreuzlösung“ = der Betroffene willigt ein, kann aber die Einwilligung durch Ankreuzen ausschließen; Beispiel: „Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass ... Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird.“). Entsprechende Entscheidungen zum Versicherungsrecht fehlen, allerdings geht die Rechtsprechung bei Werbeklauseln von der Zulässigkeit aus.¹³⁵

3. Obliegenheitsregelungen

Der Versicherer kann den Versicherungsnehmer grundsätzlich vertraglich im Wege einer Obliegenheit verpflichten, ihm die erforderlichen Informationen zu verschaffen. So sehen beispielsweise § 4 AB-BUZ 2008, § 11 AB-BUV 2008 (GDV) die Vorlage „ausführlicher Berichte der Ärzte, die die versicherte Person gegenwärtig behandeln bzw. behandelt oder untersucht haben“ vor, was eine hinreichend bestimmte und damit wirksame Obliegenheit darstellt.

Anders soll dies wegen nicht hinreichender Konkretisierung sein, wenn die Bedingungen lediglich regeln, dass der Versicherer im Leistungsfall „notwendige Nachweise“ oder „zusätzliche Auskünfte und Erklärungen“ verlangen darf, weil § 31 I 1 VVG die Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers nur auf den „Umfang der Leistung“ erstreckt, also nicht die Leistungspflicht als solche und damit der Bestand des Vertrags gemeint sei¹³⁶.

Dies ist abzulehnen, da § 31 I 1 VVG nach § 32 VVG disponibel ist und der „Umfang“ der Leistung auch eine Reduzierung des Umfangs auf Null und damit Leistungsfreiheit erfasst, die wiederum gem. § 28 VVG zur „normalen“ Rechtsfolge einer Obliegenheitsverletzung gehört¹³⁷. Der Versicherungsnehmer weiß deshalb auch bei den obigen Formulierungen, dass verweigerter Gesundheitsdaten seinen Anspruch gefährden können.

Überhaupt keine Bedenken bestehen aber dagegen, den Versicherungsnehmer im Wege einer Obliegenheit durch separate oder ergänzende Klausel zu verpflichten, die Auskünfte selbst einzuholen¹³⁸. Eine Klausel, wie sie sich in manchen seit 2008 angebotenen Bedingungen für den Fall findet, dass der Versicherungsnehmer nicht tätig wird („In diesem Fall liegt aber die Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit vor“), schafft allerdings keine entsprechende Obliegenheit, sondern stellt nur eine bereits vorhandene fest¹³⁹.

Eine vertragliche Obliegenheit zur Beibringung der vom Versicherer benötigten Informationen verstößt nicht gegen wesentliche Grundgedanken des § 213 und ist daher nicht nach § 307 II Nr. 1 bzw. § 307 I BGB unwirksam. Dies folgt daraus, dass es bei den miteinander konkurrierenden „Grundgedanken“ des § 213 VVG (Antrags- und Leistungsprüfungsrecht des Versicherers vs. Recht des Betroffenen auf Geheimhaltung seiner Daten) keinen „Gewinner“ gibt, sondern beide Rechte gleichrangig nebeneinander bestehen. Hier besteht ein erhebliches Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und den berechtigten Interessen des Versicherers. Dieses Aufklärungs- und Überprüfungsinteresse des Versicherers, das ebenfalls verfassungsrechtlich im Rahmen der Unternehmensfreiheit (Art. 12 I GG) geschützt ist, ist auch ausdrücklich vom

Neuhaus, Kloth: Gesundheitsdaten(-schutz) im Versicherungsrecht - Der aktuelle Stand

NJOZ 2009 Heft 17

1395



BVerfG erwähnt worden¹⁴⁰. Ein absoluter Vorrang eines dieser Rechte besteht nicht. Denn dem Versicherer würde es bei Vorrang das informationelle Selbstbestimmungsrechts unmöglich gemacht, die in seinem und im Interesse der Versichertengemeinschaft zwingend notwendige Risiko- bzw. Leistungsprüfung auszuführen. Seine Rechte würden ihm vollständig abgeschnitten.

Das Argument, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung müsse doch „frei“ ausgeübt werden können, überzeugt nicht. Es gibt keinen Grundsatz - mag dies auch oft dem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen -, nach dem jemand, der ein Recht berechtigt und wirksam ausübt, keinen Nachteil erleiden darf.

Beispiele: Wer eine Forderung berechtigt einklagt, muss die Gerichts- und Anwaltskosten trotz Obsiegens tragen, wenn der Andere zahlungsunfähig ist = Nachteil; in Arbeitsgerichtsverfahren besteht in erster Instanz kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistands, § 12a ArbGG = Nachteil.

Der Konflikt ist im Ergebnis nicht zur beiderseitigen Zufriedenheit lösbar. Es ist sogar so, dass eine vertragliche Obliegenheit zur Informationsbeschaffung nicht nur nicht gegen einen wesentlichen Grundgedanken des § 213 VVG verstößt, sondern sogar erst die Realisierung eines solchen Grundgedankens - das Recht des Versicherers auf Leistungsprüfung - gewährleistet¹⁴¹. Da keines der Rechte überwiegt, ist der Versicherer berechtigt, den Versicherungsnehmer durch vertragliche Vereinbarung zur Informationsbeschaffung zur verpflichten bzw. diese zu ermöglichen. Der Versicherungsnehmer kann dann selbst

entscheiden, ob er dieser Verpflichtung nachkommt und den Versicherungsschutz in Frage stellen will.

Eine Unwirksamkeit einer vertraglichen Mitwirkungsobliegenheit kann sich auch nicht aus dem „nemo-tenetur“-Grundsatz (kein Zwang, sich selbst zu belasten), da dieser nur gegenüber dem Staat, also beispielsweise den Strafverfolgungsbehörden, gilt¹⁴².

*Die Autoren sind Fachanwälte für Versicherungsrecht und Partner in der Kanzlei *Kloth Neuhaus* Rechtsanwälte und Fachanwälte - Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht in Dortmund, www.kloth-neuhaus.de. Der Autor *Neuhaus* ist Verfasser zahlreicher Publikationen, u.a. des Standardwerks *Voit/Neuhaus*, „Berufsunfähigkeitsversicherung“ (2. Aufl. [2009]). Der Autor *Kloth* ist u.a. Autor des Buchs „Private Unfallversicherung“ (2008). Beide Autoren haben das Werk „Praxis des neuen VVG“ (2. Aufl. [2008]) verfasst und sind regelmäßig als Dozenten in offenen und In-House-Seminaren in der Versicherungsbranche tätig.

¹Zur Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber Entbindungserklärungen *Borchert*, NVersZ 2001, 1.

²Kritisch zu § 213 im Gesetzgebungsverfahren: *Schwintowski*, Stellungnahme zum RegE vom 27. 3. 2007, S. 9, Nr. 15 („zu eng“); GDV, Stellungnahme zum RegE vom 11. 10. 2006, S. 6, 15 („für Europa einmaliges datenschutzrechtliches Sonderregime“).

³MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34.

⁴BT-Dr 16/3945, S. 117, Begründung § 213.

⁵Zur Entscheidung des *BVerfG*: *Notthoff*, ZfSch 2008, 243.

⁶*OLG Celle*, r + s 2005, 166 = VersR 2004, 317.

⁷Zitat aus *BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34 unter II 2b bb (3) (b): „Der Informationsfluss könnte auch so ausgestaltet werden, dass die befragte Stelle die relevanten Informationen dem Versicherten zur Weiterleitung zur Verfügung stellt, der sie dann gegebenenfalls ergänzen oder unter Verzicht auf seinen Leistungsanspruch von ihrer Weiterleitung absehen kann.“

⁸§ 3 I BDSG ist weiter gefasst und betrifft personenbezogene Daten.

⁹*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG, 1. Aufl. (2008), § 213 Rdnr. 12; *Simitis*, BDSG, 6. Aufl. (2006), § 3 Rdnr. 260.

¹⁰So wohl auch *Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersicherungsR-Hdb., 2. Aufl., § 46 Rdnr. 184.

¹¹Ebenso *Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 184.

¹²Enger und damit a.A. *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer*, Praxiskomm. zum VersicherungsvertragsR, 2008, § 213 Rdnr. 11, wonach Dritter gem. § 3 VIII 2 BDSG jede andere Person oder Stelle ist.

¹³*Kloth*, Private Unfallversicherung, 1. Aufl. (2008), M Rdnr. 23.

¹⁴*Knappmann*, NVersZ 1999, 511.

¹⁵*Kloth* (o. Fußn. 13), M Rdnr. 23.

¹⁶VerBAV 1989, 345: „Angehörige anderer Heilberufe“.

¹⁷*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnrn. 4, 12, 13, 17; für eine abschließende Regelung wohl auch (ohne nähere Begründung) *Marlow/Spuhl*, *Das Neue VVG kompakt*, 2. Aufl., S. 176.

¹⁸Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Dr 16/5862, Begründung zu § 213, S. 100.

¹⁹BT-Dr 16/3945, Begründung zu § 213, S. 116.

²⁰*Voit/Neuhaus*, *Berufsunfähigkeitsversicherung*, 2. Aufl. (2009), P Rdnr. 4; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 169.

²¹Zu den praktischen Konsequenzen von Schweigepflichtsentbindungserklärungen für Ärzte vgl. *Weichert*, NJW 2004, 1695.

²²*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 4; Vertretbar erscheint es auch, von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen, die durch eine analoge Anwendung des § 213 auf nichtärztliche Heilberufe geschlossen wird; A.A. *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 13, der die Vorschrift auf Grund der Beschränkung wegen eines daraus folgenden Eingriffs in die Berufsfreiheit des Versicherers (Art. 12 GG) für verfassungswidrig hält.

²³*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 4.

²⁴A.A. *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 15.

²⁵Ähnlich *Höra*, r + s 2008, 89 (93).

²⁶*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 16.

²⁷*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34.

²⁸*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 5.

²⁹*Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 170; im Ergebnis ebenso *Fricke*, VersR 2009, 297 (300) und *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 17; vgl. auch *OLG Nürnberg*, BeckRS 2008, 18764 = VersR 2002, 179.

³⁰*Höra*, r + s 2008, 89, 93.

³¹Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnrn. 17, 18; *Rixecker*, ZfSch 2007, 556; *Höra*, r + s 2008, 89, 93.

³²*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 22.

³³*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 4; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 170.

³⁴So auch die Formulierung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Dr 16/5862, Begründung zu § 213, S. 100.

³⁵Zur Erforderlichkeit der Geschäftsfähigkeit vgl. *Fricke*, VersR 2009, 297 (298).

³⁶*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 7.

³⁷*LG Dortmund*, BeckRS 2008, 21099.

³⁸*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 20.

³⁹So auch *Fricke*, VersR 2009, 297 (299).

⁴⁰*Fricke*, VersR 2009, 297 (299).

⁴¹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 8.

⁴²A.A. *Rixecker*, ZfSch 2007, 556; *Fricke*, VersR 2009, 297 (299).

⁴³Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 29.

⁴⁴Ähnlich *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 25.

⁴⁵*Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 185; einschränkend und z.T. a.A. *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 26; a.A. anscheinend *Fricke*, VersR 2009, 297 (299 zu 5h).

⁴⁶Zur Auslegung dieses Begriffs vgl. *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 3.5.4, S. 48.

⁴⁷Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 27; *Marlow/Spuhl* (o. Fußn. 17), S. 176.

⁴⁸A.A. *Fricke*, VersR 2009, 297 (298).

⁴⁹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 9; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 170; großzügiger *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 27 und *Fricke*, VersR 2009, 297 (298): zwei Wochen. Offengelassen von *Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 185: „kurze Zeit zuwarten“.

⁵⁰Im Ergebnis ebenso *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 28, der einen „umgehenden“ Widerspruch verlangt.

⁵¹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 8; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 171.

⁵²Ähnlich *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 28.

⁵³A.A. *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 32.

⁵⁴*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 10.

⁵⁵Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 35.

⁵⁶*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 31 unter Verweis auf die EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG v. 24. 10. 1995, wonach dem Betroffenen in Art. 14 lit. a bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 7) ein Widerspruchsrecht gegen die Datenverarbeitung nur aus „überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen“ eingeräumt wird.

⁵⁷Ähnlich *Fricke*, VersR 2009, 297 (299).

⁵⁸*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 8.

⁵⁹Ähnlich *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 36.

⁶⁰BGHZ 152, 63 = NJW 2002, 3629 = NZM 2002, 992; *BGH*, NJW 1981, 43.

⁶¹*BGH*, BeckRS 1999, 30050014 = MDR 1999, 798 unter 2b.

⁶²*OLG München*, WuM 2007, 289; *OLG Koblenz*, NJW 2001, 1948 = NZM 2001, 581.

⁶³BGHZ 152, 63 = NJW 2002, 3629 = NZM 2002, 992; *BGH*, NJW-RR 1999, 818 = NZV 1999, 201; NJW 1997, 1578; NJW 1995, 1281; statt vieler aus der Lit.: *Krüger-Nieland*, in: RGRK-BGB, 12. Aufl., vor § 116 Rdnr. 18 m.w. Nachw.

⁶⁴*BGH*, NJW-RR 1994, 1163 = MDR 1994, 1117 unter 2c.

⁶⁵S. dazu *BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34.

⁶⁶*BGH*, NJW-RR 1994, 1163 = MDR 1994, 1117 unter 2c.

⁶⁷*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 14.

⁶⁸*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 14; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 171; *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 31; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Dr 16/5862, Begründung zu § 213, S. 100.

⁶⁹*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34 unter II 2b bb (3) (c).

⁷⁰*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 14.

⁷¹So auch *Höra*, r + s 2008, 89, 93; *Fricke*, VersR 2009, 297 (301).

⁷²*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), C Rdnr. 46; s. auch *AG Hannover*, VersR 2009, 348.

⁷³Für eine „Vermutung“ unlauteren Verhaltens bei Verweigerung *Höra*, r + s 2008, 89 (93).

⁷⁴*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 43.

⁷⁵*Höra*, r + s 2008, 89 (93).

⁷⁶*Fricke*, VersR 2009, 297 (303).

⁷⁷Generell gegen die Möglichkeit einer Obliegenheitsverletzung *Höra*, r + s 2008, 89 (93).

⁷⁸Ähnlich *Marlow/Spuhl* (o. Fußn. 17), S. 176.

⁷⁹Zur Beweislast für das Verschulden bei Obliegenheitsverletzungen nach neuem VVG: *Pohlmann*, VersR 2008, 437.

⁸⁰Vgl. bspw. § 4 AB-BUZ 2008, § 11 AB-BUV 2008 (GDV): Vorlage „ausführlicher Berichte der Ärzte, die die versicherte Person gegenwärtig behandeln bzw. behandelt oder untersucht haben“.

⁸¹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnrn. 12-14; *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 171; a.A. *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 37.

⁸²*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 12.

⁸³Vgl. auch *OLG Nürnberg v. VersR* 2008, 627: Versicherungsnehmer wird durch die *BVerfG*-Entscheidung nicht seiner vertraglichen Mitwirkungspflicht bei der Prüfung des Versicherungsfalls enthoben.

⁸⁴*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34 unter II 2b bb (3) (b).

⁸⁵*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 37.

⁸⁶Zitat aus *BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34 unter II 2b bb (3): „Die erkennenden Gerichte haben nicht hinreichend geprüft, ob dem Überprüfungsinteresse des Versicherers auch in einer Weise genügt werden kann, die die Bf. in die Lage versetzt, ihr Interesse wirksam wahrzunehmen“.

⁸⁷Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 49: „Es kann nicht das Resultat berechtigten Grundrechtsschutzes sein, dem Anspruchsteller neben der Hoheitsgewalt über seine Daten zugleich die Verfügungsgewalt über die Regulierungsentscheidung des VR dergestalt einzuräumen, dass er mit der Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung zur Datenerhebung bereits das Regulierungsergebnis vorwegnimmt“.

⁸⁸Ähnlich *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 52.

⁸⁹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 13; modifizierend *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 37: nicht „per se“ Obliegenheitsverletzung, weil der Betroffene auch selbst die Unterlagen vorlegen kann.

⁹⁰Zur Bewertung des Verschuldens und der Ermittlung der Kürzungsquote vgl. *Kloth* (o. Fußn. 13), N Rdnrn. 7ff.

⁹¹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 13; *Höra*, r + s 2008, 89 (93) (Fußn. 10).

⁹²Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 45.

⁹³*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 13; *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 45; *Fricke*, VersR 2009, 297 (302); *Höra*, r + s 2008, 89 (93).

⁹⁴Zur Frage, wann dann Verjährung/Verwirkung eintritt und ob die Fristen des § 21 III VVG greifen vgl. *Fricke*, VersR 2009, 297 (302f.)

⁹⁵Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnrn. 92ff.

⁹⁶Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 93.

⁹⁷*Gola/Wronka*, RDV 2007, 59 (61).

⁹⁸*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 61.

⁹⁹*Berg*, VersR 1994, 258 m.w. Nachw.

¹⁰⁰*BGH*, NJW 2003, 1727 = ZfSch 2003, 397 = MDR 2003, 767.

¹⁰¹*BGH*, NJW 2003, 1727 = ZfSch 2003, 397 = MDR 2003, 767, zur Frage, ob eine Beweisaufnahme durch Vernehmung eines Zeugen über ein von ihm heimlich mitgehörtes Telefongespräch zulässig und verwertbar ist; *BGHZ* 153, 165 = NJW 2003, 1123 = VersR 2003, 924: Dürfen im vorangegangenen Strafverfahren rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess verwertet werden?; *BGH*, NJW 1998, 155; NJW 1988, 1016 = GRUR 1988, 399; NJW 1982, 277.

¹⁰²*BGH*, NJW 2003, 1727 = ZfSch 2003, 397 = MDR 2003, 767; NJW 1988, 1016 = GRUR 1988, 399; *BGHZ* 27, 284 = NJW 1958, 1344.

¹⁰³*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnrn. 11f.; ähnlich *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 40 und *Neuhaus/Kloth* (o. Fußn. 20), Nr. 6.4, S. 171; *Fricke*, VersR 2009, 297 (304 zu VI 1); *Notthoff*, ZfSch 2008, 243 (347); *Rixecker*, ZfSch 2007, 556 (557); für ein generelles Verwertungsverbot (ohne nähere Begründung) *Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 185 und (wohl auch) *Höra*, r + s 2008, 89 (93).

¹⁰⁴*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 41; ähnlich *OLG Frankfurt a.M.*, VersR 1981, 1070, zur Weitergabe von Vertragsdaten, zu deren Offenbarung der Versicherungsnehmer bei Vertragsabschluss nach § 16 VVG a.F. verpflichtet ist, an den HUK-Verband.

¹⁰⁵*OLG Nürnberg*, BeckRS 2008, 18764 = VersR 2002, 179 m.w. Nachw.; *LG Karlsruhe*, Urt. v. 7. 11. 2008 - 5 O 242/08; *LG Hof*, Urt. v. 14. 2. 2007 - 23 O 404/03 (zitiert nach *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o.

Fußn. 9), § 213 Rdnr. 79); *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 41; ähnlich *Fricke*, VersR 2009, 297 (304 zu VI 2, 3).

¹⁰⁶*OLG Nürnberg*, BeckRS 2008, 18764 = VersR 2002, 179.

¹⁰⁷Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 87; ähnlich *Fricke*, VersR 2009, 297 (304 zu VI 2).

¹⁰⁸*OLG Nürnberg*, BeckRS 2008, 18764 = VersR 2002, 179.

¹⁰⁹*Fricke*, VersR 2009, 297 (304 zu VI 4).

¹¹⁰*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 61.

¹¹¹Zu den abzulehnenden Analogien zum Strafprozess vgl. *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnrn. 67ff.

¹¹²*LG Bautzen*, VersR 1996, 366.

¹¹³Ebenso *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 86.

¹¹⁴So auch *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 71.

¹¹⁵*OLG Hamburg*, Urt. v. 19. 12. 2006 - 9 W 105/06.

¹¹⁶BGHZ 166, 283 = NJW 2006, 1657 unter 4a, mit ausdrücklicher Betonung, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt.

¹¹⁷Ausführlich zur Beweiserhebung im BU-Prozess *Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), R Rdnrn. 16ff.

¹¹⁸*OLG Hamburg*, BeckRS 2008, 12679 = VersR 2008, 770.

¹¹⁹*OLG Köln*, NJW-RR 1994, 720 = VersR 1994, 213, für den Fall, dass der Inhalt heimlich aufgenommener Telefongespräche vom Betroffenen selbst offenbart wird.

¹²⁰*OLG Hamburg*, BeckRS 2008, 12679 = VersR 2008, 770.

¹²¹*Fricke*, VersR 2009, 297 (304 zu VI 4).

¹²²*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 35.

¹²³Offengelassen von *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 35; grds. wohl für einen möglichen Schmerzensgeldanspruch *Fricke*, VersR 2009, 297 (305).

¹²⁴Siehe dazu *OLG Dresden*, NJW 2004, 298 und *OLG Brandenburg*, Urt. v. 21. 6. 2000 - 1 U 16/99, jeweils zur Arzthaftung.

¹²⁵Ausführlich *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 36.

¹²⁶*Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 35.

¹²⁷BGH, NJW 1995, 2407 = VersR 1995, 1099 = MDR 1995, 1015 unter II 2a zum Unterhaltsschaden bei fehlgeschlagener Sterilisation (Arzthaftung).

¹²⁸*OLG Nürnberg*, BeckRS 2008, 18764 = VersR 2002, 179; *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 41.

¹²⁹Ebenso unter Bezugnahme auf den „tu-quoque-Grundsatz“ aus § 242 BGB *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 86.

¹³⁰*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 12.

¹³¹*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34.

¹³²*Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 185.

¹³³*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34.

¹³⁴So auch *Egger*, VersR 2007, 905 (910).

¹³⁵*BGH*, Urt. v. 16. 7. 2008 - VII ZR 348/06; *OLG München*, MMR 2007, 47; im Ergebnis ebenso *Klär*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer* (o. Fußn. 12), § 213 Rdnr. 30.

¹³⁶*Rixecker*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 10), § 46 Rdnr. 186.

¹³⁷Ähnlich *Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnrn. 53f.

¹³⁸So auch *Meixner/Steinbeck*, Das neue VVG, 2008, § 7 Rdnr. 38.

¹³⁹*Voit/Neuhaus* (o. Fußn. 20), P Rdnr. 13.

¹⁴⁰*BVerfG*, MMR 2007, 93 = r + s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 = ZfSch 2007, 34 unter II 2b bb (3).

¹⁴¹*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 52.

¹⁴²*Muschner*, in: *Rüffer/Halbach/Schimikowski* (o. Fußn. 9), § 213 Rdnr. 55.