



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 121/15

Verkündet am:
5. Juli 2017
Heinekamp
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VVG §§ 31, 213; BGB § 242 Cd

1. § 213 VVG steht der Zulässigkeit so genannter allgemeiner Schweigepflichtentbindungen nicht entgegen. Der Versicherer darf im Rahmen seiner Leistungsprüfung dem Versicherten die Erteilung einer solchen Erklärung aber regelmäßig nicht abverlangen (Fortführung des Senatsurteils vom 22. Februar 2017 - IV ZR 289/14, r+s 2017, 232).
2. Auch nach Inkrafttreten des § 213 VVG ist in Fällen der Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage, insbesondere bei Nichtbeachtung der Vorgaben des § 213 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und 4 VVG, sachlich-rechtlich zu prüfen, ob der Versicherer nach § 242 BGB gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen und insbesondere darauf gestützt von dem Gestaltungsrecht der Arglistanfechtung Gebrauch zu machen (Fortführung des Senatsurteils vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08, r+s 2010, 55).

BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 - IV ZR 121/15 - OLG Schleswig
LG Lübeck

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Richter Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, den Richter Dr. Karczewski, die Richterin Dr. Brockmüller und den Richter Dr. Götz auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2017

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 15. Januar 2015 aufgehoben, soweit die Berufung der Klägerin hinsichtlich der Klageanträge zu 1 bis 3 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - als Versicherte vom beklagten Versicherer Leistungen aus einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung nebst Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten.

- 2 Im Juni 2004 beantragte der Ehemann der Klägerin bei der Beklagten eine Risikolebensversicherung, in welche die seinerzeit 44-jährige Klägerin als versicherte Person einbezogen werden sollte. Der Versicherungsantrag enthält detaillierte Angaben zu Vorerkrankungen des Ehemanns, während auf der den Gesundheitszustand der Klägerin betreffenden Antragsseite lediglich Körpergröße und Gewicht angegeben und sämtliche weitere Fragen (mit Ausnahme der nicht beantworteten Frage nach Medikamenteneinnahme innerhalb des letzten Jahres) verneint sind. Der Antrag trägt Unterschriften der Klägerin. Die Beklagte stellte einen Versicherungsschein mit Wirkung ab dem 1. September 2004 aus.
- 3 Im November 2004 beantragte der Ehemann als Versicherungsnehmer eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung zur genannten Lebensversicherung, in welche die Klägerin, die seinerzeit als Postzustellerin arbeitete, ebenfalls als versicherte Person einbezogen werden sollte. In dem auf den 15. November 2004 datierten Antragsformular sind unter der Überschrift "Gesundheitsangaben" zahlreiche Fragen, unter anderem nach Behandlungen und Untersuchungen des Bewegungsapparates während der zurückliegenden zehn Jahre, diagonal durchgestrichen und mit dem handschriftlichen Zusatz versehen: "Hauptantrag wurde im Sep. 2004 gestellt. Der gesundheitliche Zustand hat sich nicht verändert und es ist nichts neues dazugekommen. Gesundheitsfragen siehe Hauptantrag." Darunter befinden sich die Unterschriften der Eheleute. Der daraufhin erstellte Versicherungsschein nennt als Versicherungsbeginn ebenfalls den 1. September 2004 und als Leistungsdauer für die Berufsunfähigkeitsrente zehn Jahre.
- 4 Die Klägerin bezieht wegen einer psychischen Erkrankung, in deren Folge sie nach ihrer Behauptung seit Mai 2011 bedingungsgemäß

berufsunfähig ist, seit November 2011 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. Im Januar 2012 zeigte sie die Erkrankung der Beklagten an. Wenig später beantragte sie [auf einem Vordruck der Beklagten] Versicherungsleistungen und unterzeichnete unter anderem eine von der Beklagten vorformulierte Schweigepflichtentbindungserklärung mit folgendem Wortlaut:

"Ich ermächtige den Versicherer, zur Nachprüfung und Verwertung der von mir über meine Gesundheitsverhältnisse gemachten Angaben alle Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Krankenanstalten, bei denen ich in Behandlung war oder sein werde, sowie andere Personenversicherer über meine Gesundheitsverhältnisse bei Vertragsschluss zu befragen; dies gilt auch für die Zeit vor der Antragsannahme. ..."

5 Anfragen der Beklagten bei gesetzlichen Krankenversicherern und verschiedenen Ärzten ergaben, dass die Klägerin ab dem Jahr 2001 wegen einer Erkrankung an der Kniescheibe und Wirbelsäulenbeschwerden ärztlich behandelt und zweimal über mehrere Wochen krankgeschrieben, zudem im Jahre 2004 wegen Schmerzen im Ellenbogen behandelt und vom 4. bis 13. November 2004 krankgeschrieben worden war.

6 Mit Schreiben vom 27. April 2012 focht die Beklagte ihre Annahme der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung wegen Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht an und erklärte sich für leistungsfrei. Daraufhin kündigte der Ehemann der Klägerin den Hauptvertrag.

7 Die Klägerin hat sich darauf berufen, beim Ausfüllen des ersten Versicherungsantrags infolge einer Magen-Darm-Verstimmung mehrfach die Toilette aufgesucht zu haben. Ihr seien daher keine Gesundheitsfragen gestellt, sondern sie sei am Ende nur zur Unterschrift aufgefordert worden. Das Antragsformular habe ein Mitarbeiter der Beklagten zuvor

ausgefüllt. Beim zweiten Antrag habe ebenfalls ein Mitarbeiter der Beklagten die Gesundheitsfragen mit der Bemerkung gestrichen, es könne auf den Hauptantrag Bezug genommen werden. Die Ellenbogenerkrankung sei folgenlos geblieben. Die Klägerin vertritt im Übrigen die Auffassung, mit der von der Beklagten geforderten, weit gefassten Schweigepflichtentbindungserklärung sei ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt worden.

8 Die Beklagte behauptet, die Gesundheitsfragen beider Anträge seien der Klägerin ordnungsgemäß unterbreitet worden. Zudem habe sich auch der Ehemann der Klägerin bei der Antragstellung arglistig verhalten.

9 Das Landgericht hat die Klage auf Versicherungsleistungen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der durch den Senat insoweit zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren auf Zahlung von Berufsunfähigkeitsrente und damit verbundene Nebenforderungen weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Das Rechtsmittel führt im Umfang seiner Zulassung zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 I. Dieses hat die von der Beklagten erklärte Arglistanfechtung durchgreifen lassen. Die durch Anfragen bei Versicherern und Ärzten

gewonnenen Erkenntnisse der Beklagten über Vorerkrankungen der Klägerin seien verwertbar. Soweit sich die Klägerin mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) darauf berufe, ihre Schweigepflichtentbindungserklärung sei zu weit gefasst gewesen, betreffe die genannte Entscheidung den Streitfall nicht, weil die Erklärung hier nicht formularmäßig erfolgt sei. Zudem seien die Vorerkrankungen der Klägerin unstreitig, so dass sich die Frage eines Verwertungsverbots nicht stelle.

12 Die Vorerkrankungen der Klägerin seien gefahrerheblich und mithin offenbarungspflichtig gewesen. Bei einer Postzustellerin seien Erkrankungen der Knie, der Wirbelsäule und des Ellenbogens für das zu versichernde Risiko von maßgeblicher Bedeutung. Unstreitig hätte die Beklagte den Versicherungsantrag bei Kenntnis dieser Erkrankungen nicht angenommen.

13 Nach dem Vortrag der Klägerin könne zwar für den Antrag auf die Lebensversicherung (Hauptantrag) noch nicht von einer Anzeigepflichtverletzung ausgegangen werden, weil sie die dortigen Gesundheitsfragen möglicherweise nicht zur Kenntnis genommen habe. Eine zumindest bedingt vorsätzliche Falschbeantwortung der Gesundheitsfragen habe jedoch bei Beantragung der Zusatzversicherung vorgelegen. Lebensnah könne der diesbezügliche Vortrag der Klägerin nur dahingehend verstanden werden, dass auf die Gesundheitsfragen des Hauptantrags Bezug genommen worden sei. Angesichts der großflächigen Durchstreichung der Gesundheitsfragen und des ins Auge fallenden Hinweises "Gesundheitsfragen s. Hauptantrag" hätten die Klägerin und ihr Ehemann den Zusatzantrag nicht unterschreiben können, ohne dass sich ihnen die Bezugnahme auf Gesundheitsfragen aufgedrängt hätte.

14 Die Klägerin habe auch arglistig gehandelt. Sie habe den handschriftlichen Zusatz mit dem Verweis auf den Hauptantrag gelesen und erkannt, dass Eintragungen zu ihrer gesundheitlichen Verfassung gefehlt hätten, obwohl sie für ihre Berufstätigkeit relevante Erkrankungen gehabt habe. Insoweit sei ihr klar gewesen, etwas für den Versicherer und den Versicherungsvertrag Wichtiges zu verschweigen. Dieses Schweigen sei mithin darauf gerichtet gewesen, den Versicherer trotz ihrer Vorerkrankungen zu einer Vertragsannahme ohne Risikoausschlüsse zu bewegen.

15 Auch der Ehemann der Klägerin habe - als Versicherungsnehmer - die Beklagte arglistig getäuscht. Ihm seien die Erkrankungen der Klägerin bei lebensnaher Betrachtung bekannt gewesen; spätestens bei Stellung des Zusatzantrags habe ihm klar sein müssen, dass Gesundheitsfragen betreffend seine Frau zu keiner Zeit beantwortet worden seien. Die Aufrechterhaltung dieses Irrtums sei nur damit zu erklären, dass er die Antragsannahme nicht habe gefährden wollen.

16 Einer Vernehmung des Ehemanns der Klägerin als Zeugen habe es nicht bedurft, weil sich die arglistige Täuschung schon aus dem Vortrag der Klägerin ergebe.

17 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

18 1. Rechtsfehlerhaft hat es das Berufungsgericht versäumt zu prüfen, ob die von der Beklagten zur Frage vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzungen des Versicherungsnehmers und der Versicherten durchgeführte Erhebung von Gesundheitsdaten der Klägerin bei ihren gesetzlichen Krankenversicherern und Ärzten gegen die Vorgaben der verfas-

sungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht des Versicherten auf informationelle Selbstbestimmung sowie des § 213 VVG verstößt und es der Beklagten infolgedessen möglicherweise nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der erklärten Arglistanfechtung zu berufen.

19 a) Das Berufungsgericht hätte zunächst der Frage der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung durch die Beklagte nachgehen müssen.

20 aa) Dabei hat es entgegen der Auffassung der Revision im Ausgangspunkt noch richtig erkannt, dass die weite Fassung der von der Beklagten vorformulierten und von der Klägerin unterzeichneten Schweigepflichtentbindung für sich genommen keinen rechtlichen Bedenken begegnet. Denn das Gesetz setzt, wie sich aus § 213 VVG ergibt, die Zulässigkeit so genannter allgemeiner Schweigepflichtentbindungen voraus.

21 Zwar sah der Gesetzentwurf zur Reform des Versicherungsvertragsrechts ursprünglich in § 213 VVG-E vor, dass die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten nur zulässig sein sollte, soweit die betroffene Person im Einzelfall eine Einwilligung nach § 4a BDSG erteilt hat (BT-Drucks. 16/3945 S. 40). Diese Fassung der Vorschrift wurde aber nicht Gesetz. Vielmehr ordnet das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Versicherungsvertragsgesetz in § 213 Abs. 2 Satz 1 VVG an, dass die - auch danach für die Datenerhebung des Versicherers notwendige - Einwilligung des Betroffenen schon vor Abgabe der Vertragserklärung erteilt werden kann. Nach der dieser Normfassung zugrundeliegenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses lässt die Regelung damit die "einmalige Einwilligung in eine Datenerhebung bei Abgabe der Vertrags-

erklärung weiterhin zu" (BT-Drucks. 16/5862 S. 100). Das Recht der betroffenen Person auf wirkungsvollen informationellen Selbstschutz soll danach nicht durch eine obligatorische Einzelfalleinwilligung, sondern dadurch erreicht werden, dass der Betroffene gemäß § 213 Abs. 2 Satz 2 VVG stets vorab über eine geplante Datenerhebung zu unterrichten ist und dieser widersprechen sowie darüber hinaus nach § 213 Abs. 3 VVG jederzeit verlangen kann, dass eine Erhebung nur bei Einzeleinwilligung erfolgt (BT-Drucks. 16/5862 aaO).

22 Dementsprechend sieht auch ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und das Schrifttum die Erteilung allgemeiner, vom Einzelfall gelöster Schweigepflichtentbindungen - unabhängig davon, ob sie vor Vertragsschluss oder später erfolgen - als grundsätzlich zulässig an (OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 1501, 1502; Höra in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. § 213 VVG Rn. 48 f.; HK-VVG/Muschner, 3. Aufl. § 213 Rn. 28; Rixecker in Langheid/Rixecker, VVG 5. Aufl. § 213 Rn. 16; Eichelberg in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. § 213 Rn. 8; MünchKomm-VVG/Eberhardt, 2. Aufl. § 213 Rn. 85; Klär/Heyers in PK-VVG, 3. Aufl. § 213 Rn. 4; Voit in Prölss/Martin, VVG 29. Aufl. § 213 Rn. 38; Spuhl in Marlow/Spuhl, Das Neue VVG kompakt 4. Aufl. Rn. 1462; Schneider in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 1a Rn. 41; Neuhaus/Kloth, NJOZ 2009, 1370, 1376; Notthoff, ZfS 2008, 243, 248; a.A. OLG Jena VersR 2011, 380, 382). Eine Differenzierung danach, von wem die Erklärung formuliert oder ob sie formularmäßig erteilt wurde, erfolgt dabei nicht (Höra in Bruck/Möller aaO Rn. 49; Rixecker in Langheid/Rixecker aaO; vgl. auch Plath, BDSG/DSGVO 2. Aufl. § 4a BDSG Rn. 37 [zur Einwilligung nach § 4a Abs. 1 BDSG]).

- 23 Ein abweichendes Normverständnis ist auch nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) nicht geboten. Danach begegnet es verfassungsrechtlichen Bedenken, eine versicherungsvertragliche Obliegenheit als wirksam anzusehen, nach welcher der Versicherungsnehmer gehalten ist, eine vom Versicherer geforderte umfassende Schweigepflichtentbindung zu erteilen, wenn ihm damit die tatsächliche Möglichkeit und Zumutbarkeit informationellen Selbstschutzes genommen wird (aaO Rn. 33, 53 f.). Demgegenüber ist eine entsprechende Entbindungserklärung nicht zu beanstanden, wenn dem Versicherten zu deren Erteilung Alternativen freigestellt waren, die ihm die Wahrung seiner Rechte ermöglichen (aaO Rn. 61). Im Anschluss daran hat der Senat in seiner jüngsten Rechtsprechung betont, dass der Versicherungsnehmer dem Versicherer eine unbeschränkte Schweigepflichtentbindung erteilen kann. Denn als Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung steht es ihm frei, Daten anderen gegenüber zu offenbaren (Senatsurteil vom 22. Februar 2017 - IV ZR 289/14, r+s 2017, 232 Rn. 49 [zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen]).
- 24 bb) Das Berufungsgericht hat allerdings nicht berücksichtigt, dass der Versicherer im Rahmen seiner Leistungsprüfung dem Versicherten die Erklärung einer solchen allgemeinen Schweigepflichtentbindung regelmäßig nicht abverlangen darf.
- 25 Gemäß § 31 Abs. 1 VVG hat der Versicherungsnehmer bei der Erhebung von Daten durch den Versicherer grundsätzlich nur insoweit mitzuwirken, als diese zur Prüfung des Leistungsfalls relevant sind (Senatsurteil vom 22. Februar 2017 aaO Rn. 29, 45). Im Falle eines geringen Kenntnisstands des Versicherers kann dies eine gestufte, einem Dialog

vergleichbare Datenerhebung erforderlich werden lassen, in deren Rahmen sich die Erhebungen des Versicherers zunächst auf solche Informationen zu beschränken haben, die ihm einen Überblick über die zur Beurteilung des Versicherungsfalls einschließlich des vorvertraglichen Anzeigeverhaltens des Versicherungsnehmers relevanten Umstände ermöglichen (Senatsurteil vom 22. Februar 2017 aaO Rn. 46 f.).

26 Dementsprechend ist der Versicherungsnehmer aufgrund seiner gesetzlichen Obliegenheit aus § 31 Abs. 1 VVG auch nur insofern gehalten, inhaltlich begrenzte Schweigepflichtentbindungen zu erklären, als das Erhebungsbegehren des Versicherers jeweils zulässigerweise reicht (vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 2017 aaO Rn. 47 f.). Dabei ist es ihm zwar unbenommen, zur Beschleunigung der Leistungsprüfung sogleich eine unbeschränkte Entbindungserklärung zu erteilen. Hierüber und über die andernfalls schrittweise zu erfüllende Obliegenheit hat ihn der Versicherer aber eingangs der Erhebungen zu informieren (Senatsurteil vom 22. Februar 2017 aaO Rn. 49). Diese Grundsätze gelten für die Mitwirkungsobliegenheit des bezugsberechtigten Versicherten nach § 31 Abs. 2 VVG entsprechend.

27 cc) Hat die Beklagte von der Klägerin entgegen diesen Vorgaben gleichwohl verlangt, die fragliche allgemeine Schweigepflichtentbindung zu erteilen, und ist die Klägerin dem nachgekommen, so ist die auf dieser Grundlage durchgeführte Datenerhebung rechtswidrig, weil es an einer wirksamen Einwilligung der betroffenen Person im Sinne des § 213 Abs. 1 Halbsatz 2 VVG fehlte.

28 Nach der genannten Vorschrift ist die Erhebung von Gesundheitsdaten durch den Versicherer nur zulässig, soweit die betroffene Person

eine Einwilligung erteilt hat. Hierfür genügt ihr bloßes Einverständnis nicht ohne weiteres. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) betont hat, gebietet die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht den zuständigen staatlichen Stellen die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen (aaO Rn. 29, 33). Dieser Schutz, der im Rahmen der Leistungsprüfung des Versicherers durch die Grundsätze des Senatsurteils vom 22. Februar 2017 (IV ZR 289/14, r+s 2017, 232) gewährleistet wird, kann dem Betroffenen nicht unter Berufung auf eine nur scheinbare Freiwilligkeit der Preisgabe bestimmter Informationen wieder genommen werden (vgl. BVerfG aaO Rn. 33).

29 Kommt eine allgemeine Schweigepflichtentbindung dementsprechend dadurch zustande, dass der Versicherer diese im Rahmen der Leistungsprüfung verlangt, anstatt sie lediglich als Alternative zur andernfalls schrittweise zu erfüllenden Mitwirkungsobliegenheit anzubieten, kann sie eine Datenerhebung nach § 213 Abs. 1 VVG nicht rechtfertigen. Denn das Einverständnis des Betroffenen, der regelmäßig nicht um die Begrenzung der ihn treffenden Mitwirkungsobliegenheit weiß und sich einem darüber hinausreichenden Verlangen ausgesetzt sieht, dessen Erfüllung aus seiner Sicht mit der Gewährung der - für ihn bisweilen existentiellen - Versicherungsleistung verknüpft ist, stellt sich nur als scheinbar freiwillig dar, nachdem ihm die freie Entscheidung über die ihm zustehenden Wahlmöglichkeiten zu keiner Zeit eröffnet worden ist.

30 dd) Hat die Klägerin die im Streit stehende Erklärung dagegen erteilt, ohne dass die Beklagte dies verlangt hätte, aber auch ohne von dieser auf die Möglichkeit der schrittweisen Erteilung inhaltlich be-

schränkter Schweigepflichtentbindungen hingewiesen worden zu sein, so hätte das Berufungsgericht hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der hierauf beruhenden Datenerhebung darüber hinaus prüfen müssen, ob dabei die weiteren Vorgaben des § 213 VVG beachtet wurden.

31 Die Beklagte hätte die Klägerin insofern vor der Erhebung der Gesundheitsdaten nach § 213 Abs. 1 VVG unterrichten sowie darauf hinweisen müssen, dass sie der Erhebung widersprechen kann (§ 213 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 VVG). Zudem wäre die Klägerin auf ihr Recht hinzuweisen gewesen jederzeit verlangen zu können, dass eine Datenerhebung nur erfolgt, wenn jeweils in die einzelne Erhebung eingewilligt worden ist (§ 213 Abs. 3 und 4 VVG).

32 Hätte die Beklagte der Klägerin die entsprechenden Informationen nicht erteilt, so wäre die auf Grundlage der allgemeinen Schweigepflichtentbindung durchgeführte Datenerhebung gleichfalls als rechtswidrig anzusehen (vgl. Höra in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. § 213 Rn. 64; bei fehlendem Hinweis auf Widerspruchsrecht: Klär/Heyers in PK-VVG, 3. Aufl. § 213 Rn. 37; Neuhaus/Kloth, NJOZ 2009, 1370, 1386).

33 ee) Nach alldem hat es das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft unterlassen aufzuklären, wie es zur Abgabe der allgemeinen Schweigepflichtentbindung durch die Klägerin kam und - gegebenenfalls - wie die hierauf erfolgte Datenerhebung ablief. Hätte sich die Datenerhebung der Beklagten insofern als rechtswidrig dargestellt, wäre weiter zu prüfen gewesen, welche Gesundheitsdaten auf Grundlage der fraglichen Erklärung erhoben wurden, nachdem von der Klägerin - worauf die Revision hinweist - neben der allgemeinen, noch weitere "individuell-konkrete" Entbindungserklärungen erteilt worden waren.

- 34 Allerdings wären auch diese nach den vorgenannten Maßstäben zu überprüfen gewesen. Denn allein der Umstand, dass in ihnen möglicherweise nur einzelne Auskunftsstellen benannt waren, macht sie noch nicht hinreichend konkret, wenn sie nicht ansatzweise erkennen ließen, welche Informationen der Versicherer mit ihrer Hilfe erheben können sollte (vgl. BVerfG VersR 2013, 1425, 1428).
- 35 ff) Die fehlende Prüfung kann nicht durch das Revisionsgericht erfolgen, da es an den hierfür erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen fehlt. Für das Revisionsverfahren ist daher zu unterstellen, dass die Datenerhebung der Beklagten zumindest teilweise rechtswidrig war.
- 36 b) Im Falle einer - unterstellt - rechtswidrigen Datenerhebung wäre in einem zweiten Schritt zu klären, ob die Beklagte daran gehindert war, sich auf das Ergebnis der rechtswidrigen Ermittlungen zu berufen und die Anfechtung der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung nach § 123 BGB zu erklären.
- 37 aa) Nach der Senatsrechtsprechung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen Versicherungsvertragsgesetzes ist in Fällen der Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage sachlich-rechtlich zu prüfen, ob der Versicherer nach § 242 BGB gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen und insbesondere darauf gestützt von dem Gestaltungsrecht der Arglistanfechtung Gebrauch zu machen (Senatsurteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08, r+s 2010, 55 Rn. 19 ff.; Senatsbeschlüsse vom 25. Mai 2011 - IV ZR 191/09, VersR 2011, 1249 Rn. 7 f.; vom 21. September 2011 - IV ZR 203/09, VersR 2012, 297 Rn. 8).

- 38 Dabei führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten des Versicherers stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der hierdurch ermöglichten Wahrnehmung seiner Rechte. Vielmehr ist zunächst danach zu fragen, ob er die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsausübung, wie z.B. die Erlangung der erforderlichen Tatsachenkenntnis, gerade durch das beanstandete Verhalten zielgerichtet geschaffen hat, denn ein solch treuwidriges Verhalten kann dazu führen, ihm die Ausnutzung der so gewonnenen Rechtsstellung zu versagen. Lässt sich ein zielgerichtet-treuwidriges Handeln im vorgenannten Sinne nicht feststellen, ist alsdann durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob und inwieweit dem Versicherer die Ausübung seiner Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll. Dies gilt umso mehr, wenn beiden Seiten ein Rechtsverstoß zur Last fällt (vgl. zum Vorstehenden: Senatsurteil vom 28. Oktober 2009 aaO Rn. 21; Senatsbeschlüsse vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 8; vom 21. September 2011 aaO Rn. 7).
- 39 bb) Ob diese Grundsätze nach Inkrafttreten des § 213 VVG fortgelten, ist umstritten.
- 40 Einige Stimmen im Schrifttum lehnen dies aus unterschiedlichen Gründen ganz oder teilweise ab. Nach einer Ansicht darf der Versicherer rechtswidrig erlangte Daten bei der Leistungsprüfung und insbesondere zur Begründung der Leistungsablehnung nicht verwenden, da angesichts der klaren Regelung in § 213 VVG für eine Abwägung kein Raum mehr sei (Voit in Prölss/Martin, VVG 29. Aufl. § 213 Rn. 49 f.; vgl. auch Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 46 Rn. 209; Höra, r+s 2008, 89, 93; Notthoff, ZfS 2008, 243, 247). Andere meinen, es sei dem Betroffenen verwehrt, sich auf den

Verstoß des Versicherers zu berufen, wenn er selbst in rechtswidriger Weise gegen vorvertragliche Anzeigepflichten verstoßen habe, nachdem § 213 VVG keine entsprechende Rechtsfolge normiere und der Betroffene in diesen Fällen keinen Schutz verdiene (HK-VVG/Muschner, 3. Aufl. § 213 Rn. 87 und 90 f.; Klär in PK-VVG, 2. Aufl. § 213 Rn. 41; Kalis in Bach/Moser, Private Krankenversicherung 5. Aufl. § 213 VVG Rn. 76 f.; Fricke, VersR 2009, 297, 304 f.; vgl. auch: Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. P Rn. 90, 97; Neuhaus/Kloth, NJOZ 2009, 1370, 1388; ähnlich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 213 VVG: OLG Saarbrücken, VersR 2009, 1478, 1481).

41 Die überwiegende Meinung hält demgegenüber an den Grundsätzen der bisherigen Senatsrechtsprechung auch nach Inkrafttreten des § 213 VVG fest (OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 1501, 1502; OLG Jena VersR 2011, 380, 382; OLG Saarbrücken VersR 2013, 1157, 1162; D. Wendt in FAKomm-VersR, § 213 VVG Rn. 34; Rixecker in Langheid/Rixecker, VVG 5. Aufl. § 213 Rn. 25 f.; MünchKomm-VVG/Eberhardt, 2. Aufl. § 213 Rn. 139 ff.; Klär/Heyers in PK-VVG, 3. Aufl. § 213 Rn. 49; Schneider in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch 3. Aufl. § 1a Rn. 41a; Spuhl in Marlow/Spuhl, Das Neue VVG kompakt 4. Aufl. Rn. 1477; Britz, Die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten durch Versicherungsunternehmen bei Dritten gemäß § 213 VVG unter Berücksichtigung des Gendiagnostikgesetzes, 2011 S. 252-257; Washausen, Der Gesundheitsdatenschutz im Privatversicherungsrecht, 2016 S. 242-249; Looschelders, JR 2010, 530, 531).

42 cc) Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

- 43 § 213 VVG regelt für den Fall einer rechtswidrigen Datenerhebung keine Sanktionen (vgl. Karczewski, r+s 2012, 521, 525). Daraus lässt sich indes weder folgern, dass nach dem Willen des Gesetzgebers jeder Verstoß rechtlich folgenlos bleiben soll, noch dass eine Missachtung der rechtlichen Erfordernisse stets dazu führen muss, dass der Versicherer die von ihm gewonnenen Daten nicht verwenden dürfte. Vielmehr hat sich an der - insbesondere auch verfassungsrechtlich geschützten - Interessenlage der Beteiligten und dem Gebot, ihren Grundrechten nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz Geltung zu verschaffen (vgl. zur Auslegung von § 31 VVG: Senatsurteil vom 22. Februar 2017 - IV ZR 289/14, r+s 2017, 232 Rn. 41), mit dem Inkrafttreten des § 213 VVG, der dieselben verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzen sollte, die bereits Grundlage der früheren Senatsrechtsprechung waren (Senatsurteil vom 28. Oktober 2009 aaO Rn. 19 ff.; Senatsbeschlüsse vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 7 f.; vom 21. September 2011 aaO Rn. 8), nichts geändert.
- 44 Damit bleibt es bei den bisherigen Grundsätzen, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass der Senat den betroffenen Versicherern in seinen bisherigen Entscheidungen noch zugutegehalten hat, dass ihr jeweiliges Verlangen nach einer weit gefassten Schweigepflichtentbindungserklärung vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) gestellt worden war und seinerzeit einer allgemein - auch vom Senat - gebilligten Praxis entsprochen hatte (vgl. Senatsurteil vom 28. Oktober 2009 aaO Rn. 28; Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 15). Das lässt sich auf die Datenerhebung nach Inkrafttreten des § 213 VVG, der gerade die vorgenannte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigen sollte (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2016 - IV ZR 292/14, r+s 2016, 472 Rn. 41), nicht

übertragen (vgl. Rixecker in Langheid/Rixecker aaO Rn. 26; Voit in Prölss/Martin aaO Rn. 50; Washausen aaO S. 247 f.; Karczewski aaO).

45 dd) Das bedeutet für den Streitfall:

46 (1) Es kommt darauf an, aus welchen Gründen die Beklagte den rechtlichen Anforderungen an eine zulässige Datenerhebung nicht genügt hat.

47 Anders als das Berufungsgericht meint, spielt insofern keine Rolle, dass die Ermittlungsergebnisse der Beklagten nicht im Streit stehen. Vielmehr ist auch im Fall unstreitig verschwiegener Vorerkrankungen zu klären, ob sich die Verwendung der diesbezüglichen Erkenntnisse des Versicherers bei der Ausübung von Gestaltungsrechten wie Rücktritt oder Anfechtung als unzulässige Rechtsausübung darstellt, wobei der Einwand aus § 242 BGB keine Einrede, sondern ein von Amts wegen zu beachtender Einwand ist (Senatsbeschlüsse vom 25. Mai 2011 aaO Rn. 7; vom 21. September 2011 aaO Rn. 8, jeweils m.w.N.).

48 Mangels der insofern erforderlichen Feststellungen kann der Senat nicht selbst entscheiden, ob sich die Beklagte die für ihre Arglistanfechtung erforderliche Tatsachenkenntnis gerade durch ein gegebenenfalls zu beanstandendes Verhalten zielgerichtet geschaffen hat.

49 (2) Lässt sich ein zielgerichtet-treuwidriges Handeln der Beklagten im vorgenannten Sinne nicht feststellen, ist weiter mittels einer Abwägung der Fallumstände zu klären, ob sich das Verhalten der Beklagten anderweitig als treuwidrig darstellt und das Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Gesundheitsdaten oder das aner kennenswerte Interesse der

Beklagten an einer Offenlegung risikorelevanter Vorerkrankungen überwiegt.

50 Auch diese dem Tatrichter vorbehaltene Abwägung kann der Senat nicht selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat. Insbesondere steht das Ergebnis der Abwägung nicht deshalb fest, weil im Falle eines erwiesenen arglistigen Verhaltens des Versicherungsnehmers bei Vertragsschluss dessen Schutzbedürfnis an der Geheimhaltung seiner Gesundheitsdaten regelmäßig aufgehoben wäre. Denn das schüfe einen Anreiz für den Versicherer, im Versicherungsfall ohne Rücksicht auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung - und nunmehr auch die Regelung in § 213 VVG - Gesundheitsdaten mit dem Ziel zu erheben, ein arglistiges Verhalten des Versicherungsnehmers nachzuweisen (Senatsbeschluss vom 21. September 2011 aaO Rn. 14 m.w.N.). Vielmehr bleibt eine vom Versicherer aufgedeckte Arglist des Versicherungsnehmers lediglich ein - wenn auch meist gewichtiger - in die Güterabwägung einfließender Umstand (Senat aaO).

51 c) Der Senat kann demnach nicht ausschließen, dass die bislang unterbliebene Prüfung nach den obenstehenden Maßstäben zu einem für die Klägerin günstigeren Ergebnis führt. Die Sache bedarf deshalb neuer Verhandlung und Entscheidung.

52 2. Soweit die Revision die Annahme des Berufungsgerichts beanstandet, sowohl die Klägerin als auch ihr Ehemann hätten Vorerkrankungen der Klägerin jedenfalls bei Stellung des Zusatzantrags arglistig verschwiegen, deckt sie keine Rechtsfehler des Berufungsurteils auf. Die gegen die zugrunde liegenden Feststellungen erhobenen Verfahrensrü-

gen - auch die Rügen der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör - hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird insoweit nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Dr. Brockmüller

Dr. Götz

Vorinstanzen:

LG Lübeck, Entscheidung vom 06.11.2013 - 4 O 315/12 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 15.01.2015 - 16 U 156/13 -