

„Das alte Leiden,, und die „leidige „ Rückwärtsversicherung

Ein „kränkelndes“ Urteil des Bundesgerichtes

Von Prof. Dr. Roland Schaer, Greng

Angesichts der sich häufenden Probleme – viele mit entsprechendem juristischen Einschlag - in der Nach-Shareholdersyndrom Zeit – man denke an „ Roundtrip- Transaktionen , an kreative Bilanzierungsmethoden bis zu sog. Lücken im Rechnungswesen, an die rückwirkende Aktivierung von Abschlusskosten, an den Wechsel vom Niederstwertprinzip zur „ nachhaltigen Wertentwicklung „, an Seifenblasenökonomie in (nur?) Japan, an herabgesetzte Ratings wegen doppeläugigen Finanzanalysten, an Haftungen wegen ungenügenden Kapitalerträgen, an schlichtweg irreführenden Revisionsberichten, an Redlinings der verschiedensten Ausprägung, an Weh-Klagen über dünne Kapitaldecken nach nicht so lange zurückliegenden Kapitalrückzahlungen zur Verbesserung des ROE , an ... – ist ein näheres Eingehen auf einen Bundesgerichtsentscheid entweder ein Rückfall in alte Gewohnheiten und damit Beweis der Unverbesserlichkeit oder doch Zeichen einer gewissen Besorgnis über das Auseinanderdriften von Rechtswirklichkeit und Rechtsprechung. Der hier zur Diskussion gestellte Bundesgerichtsentscheid ist in seinen Auswirkungen so stossend, dass er nicht unwidersprochen hingenommen werden darf.

Wenn bis noch vor wenigen Jahren vergeblich nach einer Hierarchie der Auslegungsmethoden gesucht wurde - und bekanntlich je nach Vorverständnis die gerade „ richtige „ Methode gewählt wird - , so gilt zumindest heute angesichts der Globalisierung der Märkte und der wachsenden Liberalisierung des Personenverkehrs, dass eine harmonisierende Auslegung oder Konkretisierung von Normen mit der europäischen Rechtsentwicklung an erster Stelle stehen muss und es im übrigen auch tut. Das heisst : bei heiklen juristischen Problemstellungen ist ein Blick über die Grenze Pflicht .

Aus diesem Grunde sei auf dieses Urteil näher eingegangen, wobei die leicht provozierende Überschrift dazu animieren soll, in der heutigen schnellebigen Zeit doch zumindest einen oberflächlichen Blick auf das Nachfolgende zu werfen. Wir lernen Kommunikation und kommunikatives Verhalten und vergessen dabei, dass es gerade im beruflichen Umfeld auch der reflektierenden Kommunikation bedarf, damit man weiter kommt. Deshalb die Überschrift : nicht blindes Akzeptieren höchstrichterlicher Ausführungen, sondern Reflektion, kritisches Hinterfragen insbesondere dann, wenn man bei einer ersten Durchsicht des Urteils „ Schmetterlinge im Bauch „ hat . Das Nachfolgende ist mithin nicht im Sinne von Provokation, sondern im Sinne von „ Anstoss geben“ zu verstehen, wobei bekanntlich Wertungen immer subjektiv sind. Und auch bundesgerichtliche Urteile sind Wertungen ...

Der Vollständigkeit halber hier nochmals das Urteil :

Nichtige Rückwärtsversicherung bei vorbestandener Krankheit

CaseTex Nr. 4357 Fundort : SC.95/2000 ,
Instanz: BGE 19.10.2000

Sachverhalt:

Beim Abschluss einer Kranken-Zusatzversicherung macht der VN auf eine bestehende Arthritis aufmerksam und kommt so seiner Pflicht zur Gefahrsdeklaration nach.. Der Versicherer schliesst den Vertrag ab, ohne Vorbehalt und ohne ausdrücklichen Ausschluss, beruft sich aber , nachdem sich später Gelenkschmerzen und damit Behandlungsbedürftigkeit einstellte, darauf, dass alle vorbestandene Krankheiten gemäss einer AVB-Klausel ausgeschlossen seien und dass ausserdem eine vorbestandene

Krankheit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses gleichgesetzt werden müsse und deshalb eine nichtige Rückwärtsversicherung vorliege.

Erwägungen:

M. kann keine Verletzung ihrer Anzeigepflicht vorgeworfen werden. Hingegen ist zu prüfen, ob die Gelenkschmerzen, die nach einer langen symptomfreien Phase aufgetreten sind, mit der deklarierten Grunderkrankung ein Ereignis bilden. VVG 9 zufolge ist ein Versicherungsvertrag dann nichtig, wenn bei Vertragsschluss das **befürchtete Ereignis** bereits eingetreten ist. Es stehe fest, dass die bei M. diagnostizierte Polyarthrits sich bereits mit mehreren Schüben manifestiert habe und demzufolge ein Ereignis vorliege.

„Daraus folgt, dass das Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von VVG 9. Die Auffassung, wonach nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache für die Definition des Krankheitsbegriffes im Vordergrund steht, ist mit der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ... aber auch mit der Regelung des Vorbehaltsrechts in der obligatorischen Krankenversicherung im Einklang ... „

Laut ärztlichen Berichten liege ein Rückfall einer vorbestehenden Krankheit vor. Somit sei das massgebende Ereignis mit der vor Vertragsschluss erfolgten Arthritis-erkrankung von M. bereits eingetreten und dieses Leiden sei gemäss VVG 9 nicht mehr versicherbar. Da es sich hierbei um eine zwingende Vorschrift handelt, bedürfe es ausserdem keiner weiteren Ausführungen zur Ausschlussklausel, wonach vorbestandene Krankheiten ausgeschlossen sein sollen.

Soweit das Urteil, das aufhorchen lässt ; die Rahmenbedingungen sind soweit klar. Unbestritten ist, dass

- keine Anzeigepflichtverletzung vorliegt
- ein Rückfall einer Krankheit gegeben ist, von der der Versicherer vollumfänglich Kenntnis hatte
- in der obligatorischen Grundversicherung keine Vorbehalte (mehr) angebracht werden können; ganz im Gegensatz zu den Zusatzversicherung, was in der Regel dazu führe, dass ein kranker oder zu Rückfällen neigender Versicherungsnehmer bei dem Versicherer verbleibe, ja verbleiben müsse, bei dem er die Grundversicherung abgeschlossen hat und auf einen Wechsel verzichte
- Vorbehalte praxisgemäss – im Gegensatz zu Ausschlüssen – zeitlich terminiert sind und in Anlehnung an das frühere KUVG regelmässig nach 5 Jahren ihre Wirkung verlieren und damit auch „ alte Leiden „ gedeckt sind und
- U.a. eine Ausschlussklausel zur Diskussion steht, die völlig überraschend, unvorhergesehen und aushöhlend sämtliche „alten Leiden „ von der Deckung ausnimmt

Es macht die komplexe Problematik dieses Falles einfacher, wenn mit den richtigen Fragen der Einstieg gesucht wird. Die entscheidenden Fragen dürfte wohl die folgenden sein:

- Was ist überhaupt das befürchtete Ereignis in der Krankenversicherung?
- Was bedeuten die Verursachungs-, die Manifestations- und Claims-Made-Theorie im Versicherungsrecht?

- Müsste nicht im Sinne der schonenden Rechtsausübung von Teilnichtigkeit ausgegangen werden und damit der Vertrag mit einem Ausschluss für eine bestimmte Krankheit richterlich gestaltet werden ?
- Wenn wirklich die Verursachungstheorie für den Krankheitsbegriff gelten sollte, wären mit zunehmendem Kenntnisstand der medizinischen Wissenschaft und insbesondere der Gentechnologie nicht sehr viele Krankheiten, von denen man wegen fehlender Manifestation noch keine Kenntnis hat, schlussendlich – gemäss der Bger-Praxis – der nichtigen Rückwärtsversicherung zuzuordnen ?
- Gilt VVG 9 überhaupt für Zusatzversicherungen im Krankenversicherungsgeschäft bzw. Ist WG 9 in der heutigen Rechtswirklichkeit wirklich noch absolut zwingend oder müsste nicht vielmehr eine unechte Gesetzeslücke angenommen werden?
- Was gilt hinsichtlich der Aufklärungspflicht des Versicherers bei irrigen Vorstellungen über die Deckung?
- Wäre nicht gerade bei dieser offensichtlichen Ausgangslage der Versicherer verpflichtet, darauf aufmerksam zu machen, dass ein Rückfall nicht gedeckt ist?
- Könnte der Versicherte nicht über culpa in contrahendo die vom Versicherer verweigerten Leistungen verlangen?
- Wenn dasselbe Resultat über culpa in contrahendo erreicht wird, weshalb kann - analog der Rechtsprechung des BGH - nicht der Vertrag richterlich korrigiert und validiert werden?
- Und last but not least : wäre eine Klausel, wonach sämtliche vorbestandenen Krankheiten von der Deckung ausgeschlossen sein sollten, rechtlich überhaupt haltbar ? Verstösst diese nicht gegen das Transparenzgebot, gegen das Ungewöhnlichkeitsverbot und gegen das Aushöhlungsverbot ?

In der Schweizer Versicherung 6/2001 , 88 haben sich Clemens Furrer und in einer späteren Ausgabe 4/2002, 34 Ruedi Schläppi zu diesem Urteil geäußert, in voreuseilendem Gehorsam die Schlussfolgerungen des höchsten Gerichtes akzeptiert und daraus folgende Anleitung für die Praxis gezogen : Kein Versichererwechsel mehr – so Schläppi - , „ lieber reich und gesund als arm und krank „ – so Furrer - .

Nochmals sei betont : der Versicherungsnehmer deklariert einen Vorzustand, der Versicherer nimmt diesen zur Kenntnis bzw. hat bereits Kenntnis davon, schliesst im vollen Wissen den Vertrag ab und macht nachträglich geltend, der Vertrag sei nichtig. Wenn das die Schmetterlinge nicht zum Flattern bringt ...

Zum „ befürchteten Ereignis „ Krankheit

Das Bger bekennt sich unter Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten klar zum Krankheitsbegriff im Sinne einer Ursachentheorie, nicht einer Manifestationstheorie. Das heisst : nicht das Auftreten von Symptomen soll ausschlaggebend sein, sondern die medizinische Ursache und beruft sich dabei auf das EVG, insbesondere auf 124 V 118. Gerade mit diesem Verweis positioniert sich das Bger in einer ungünstigen Ausgangslage, denn es geht hier um die Frage des Krankheitswertes bei HIV-Infektion. Bekanntlich gilt aber : hard cases make bad law. Extremfälle sind selten geeignet, eine tragfähige Basis für generell-abstrakte Normierungen zu bilden. Hard cases sind schlechte Ratgeber für Definitionen.

So ist ja bekanntlich die Rechtsprechung zur Frage des Krankheitswertes einer HIV-Infektion auf erhebliche Kritik gestossen – siehe dazu die Ausführungen in 124 V 118 -.Nicht

nur weil gar nicht feststeht, ob sich die Krankheit überhaupt manifestiere oder nicht, sondern auch wegen der negativen Auswirkung auf die Abschlussmöglichkeit von Versicherungsdeckungen. Ebenso entstehen Probleme im Zusammenhang mit der Eingehung von Arbeitsverhältnissen, ganz zu schweigen von der beruflichen Vorsorge, bei der ja trotz Sozialversicherungscharakter die Gefahrsanzeigepflicht analog dem privaten Versicherungsrecht geregelt ist .

Das EVG hielt diesbezüglich (124 V 125) folgendes fest : „Die Qualifikation der HIV-Infektion als Krankheit erscheint auch insoweit folgerichtig, als nach der Rechtsprechung nicht nur die bereits vorhandene Störung der Gesundheit als Krankheit gilt, sondern auch ein Zustand, der den Eintritt eines drohenden Gesundheitsschadens mit Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt (BGE 118 V 117 Erw. 7c mit Hinweisen). Diese Betrachtungsweise findet im übrigen ihre Fortsetzung im neuen Krankenversicherungsrecht. Danach ist Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat ...Schliesslich sei hervorgehoben, dass mit der hier in Frage stehenden Rechtspraxis den spezifischen Besonderheiten der HIV-Infektion durch die Wertung als Krankheit und die damit verknüpfte grundsätzliche Leistungspflicht der Krankenkassen Rechnung getragen werden sollte ... Der Umstand, dass diese Rechtsprechung darüber hinaus in anderen Bereichen (negative) Reflexwirkungen entfalten kann, wie sie verschiedentlich beschrieben wurden, vermag eine Praxisänderung nicht zu begründen „

Mit dem Hinweis auf den funktionalen Charakter des Krankheitsbegriffes und der Betonung der Besonderheit der HIV-Infektion wird klar festgehalten, dass der Entscheid geprägt war vom Vorverständnis – oder anders ausgedrückt vom funktionalen Krankheitsbegriff - , dass Krankenkassen die hohen Kosten der Präventivmassnahmen bis zum Ausbruch der Krankheit ebenfalls zu übernehmen haben, mithin eine eigentliche Vorerstreckung erfolgen soll. Es geht um Ressourcenallokation. Was wir mit „ funktionalem Begriff „ meinen, hat in den USA die Bezeichnung „ economic analysis of law „ im Sinne einer Auslegungsmethode. Der Versicherungsfall oder das „ befürchtete Ereignis „ wird gedehnt, man spricht vom „ gedehnten Versicherungsfall „. Ebenso klar wird aber auch darauf hingewiesen, dass die negativen Reflexwirkungen wohl erkannt seien, aber nicht dazu führen könnten, dass eine Praxisänderung erfolgt.

Wie bereits erwähnt: hard cases make bad law und deshalb ist die die Aussage des Bger , nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache vielleicht richtig für eine Vorerstreckung der Leistungspflicht, wohl aber kaum in dieser generellen Form für die Frage, ob eine Rückwärtsversicherung vorliege und damit keine Deckung gegeben sei. Nimmt man schubartig mit langen Unterbrechungsperioden auftretende Krankheiten wie Multiple Sklerose als Beispiel, so ist unschwer zu erkennen, dass für den Abschluss eines Versicherungsvertrages und das Geltendmachen einer nichtigen Rückwärtsversicherung die Causa wohl kaum ausschlaggebend sein kann. Mit zunehmenden Erkenntnissen der Gentechnologie wird eine Vielzahl von Krankheiten auf Gendefekte zurückgeführt werden können, was wiederum dazu führen würde, dass, weil ja die Causa ausschlaggebend sein soll, regelmässig eine Rückwärtsversicherung vorliegt.

Gerade angesichts der vom Bger festgestellten, kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten hätte sehr differenziert auf den Krankheitsbegriff eingegangen werden müssen ; ja ein Blick auf das benachbarte Ausland hätte sich geradezu aufgedrängt. Dabei wäre man schnell auf die Problematik der „ alten Leiden „ in Deutschland gestossen, eine Problematik , die spätestens 1976 einer brauchbaren, praktikablen und rechtssicheren Lösung zugeführt werden konnte.

Zu „Vorbehalten“ und der Möglichkeit einer risikogerechten Tarifierung

Das Bundesgericht verweist zur Begründung seiner Auffassung u.a. auch auf die Regelung des Vorbehaltsrechts im KVG. Was sagt das KVG – im übrigen nurmehr für die freiwillige Taggeldversicherung nach Sozialversicherungsrecht – aus : Nichts anderes als dass Versicherer Krankheiten, die bei der Aufnahme bestehen, durch einen Vorbehalt ausschliessen können. Der Begriff „ ausschliessen „ hat es aber in sich, denn es handelt sich grundsätzlich um einen terminierten Ausschluss. Nach 5 Jahren fällt dieser Vorbehalt oder Ausschluss dahin und die vorbestandene Krankheit ist versichert (siehe KVG 69/2)

Mit anderen Worten : Rückwärtsversicherungen sind von Gesetzes wegen in der sozialen Krankenversicherung erlaubt und auch sinnvoll. Der fünfjährige Vorbehalt ist ein verhältnismässiges, voraussehbares und schonendes Rechtsinstitut, mit dem ein Versicherter leben und umgehen kann. Es schafft Klarheit und hilft, die systemimmanenten Abgrenzungsprobleme zwischen Ursachensetzung bei einer Krankheit ‚Manifestation der ersten Symptome und dem Erreichen des Stadiums des Krankheitswertes, beizukommen Eine sinnvolle und praktikable Lösung. j

Mit dem neuen KVG ist das Zusatzversicherungsgeschäft im Krankenversicherungsbereich in das Privatversicherungsrecht „ überführt „ worden. Und trotzdem : in der täglichen Praxis gilt weiterhin die Vorbehaltsregelung als gutes Instrument und wird von den meisten Krankenversicherern auch verwendet. Neben Vorbehalten, die nach 5 Jahren dahinfallen kann auch ein klarer Ausschluss statuiert werden. Und in der Praxis sieht man dies bei vorsichtigen Risikozeichnern, die grundsätzlich eine Deckung ablehnen und auf diese Art und Weise klare Verhältnisse schaffen.

Ganze Versicherungsbestände werden sog. „ ohne Risikoüberprüfung „ in neue Vertragswerke überführt. Wäre der vorliegende Bundesgerichtsentscheid richtig, so wären alle neuen Verträge mit Vorzuständen rechtlich ungültig; nichtige Rückwärtsversicherung müsste angenommen werden. Dies darf und kann nicht sein. Dass diese Aussage keine juristische Begründung ist, ist auch dem Schreibenden klar, aber regelmässig folgt ja dem Vorverständnis die Methodenwahl (so Joseph Esser) .

Auch Maurer (Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 134) macht darauf aufmerksam, dass Krankenversicherer statt der Ablehnung Vorbehalte aufnehmen und zwar auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Ja sogar mit Prämienzuschlägen werde von einem Vorbehalt abgesehen. Mit aller Klarheit erkennt Maurer aber auch, dass die Kündigung im Teilschadenfall gemäss VVG 42 und die Gefahrerhöhung gemäss VVG 28 in diesem speziellen Versicherungsbereich eigentlich nicht angebracht seien. Das Zusatzversicherungsgeschäft habe einen sozialen Anstrich (so derselbe auf S. 136) ; wohl werde der Richter Zusatzversicherungsverträge nach dem VVG auslegen, aber er werde sie im Lichte des KVG betrachten müssen, wenn er ihren Sinn ermitteln wolle.

VVG 9 und 10 wurden vor knapp 100 Jahren erschaffen. Man könnte sich des langen und breiten darüber auslassen, ob diese Artikel überhaupt auf das Krankenversicherungsgeschäft anwendbar sind, waren doch damals Krankenversicherungen Bestandteil des werdenden Sozialversicherungsrecht, während im Privatversicherungsrecht vor allem Feuer-, Transport- und Lebensversicherungsgeschäfte das Geschäft prägten. Die aus dem ehemaligen Fabrikhaftpflichtgesetz entstandene gemischte Haftpflicht/Unfallversicherung für Arbeiter wurde mit dem KUVG auch einer Lösung zugeführt mit der Begründung vom Vater des schweizerischen Sozialversicherungssystems Forrer : Versicherung (gemeint war Sozialversicherung) bedeutet Frieden, Haftpflicht hingegen Streit.. Diese historische Runde abzutiefen erlaube ich mir hier auszulassen. Denn die Rechtswirklichkeit heute ist , wie bereits erwähnt, anders, als das Bger glaubt.

Weshalb gibt es in Deutschland, wo der Rückwärtsversicherungsartikel in gegenseitigem Einverständnis aufgehoben werden kann, Krankenversicherungen mit Annahmerichtlinien, die besagen, dass bei bestimmten Krankheiten Prämienzuschläge erhoben werden können? Erwähnt werden 37 Krankheiten, bei Asthma sind es 20%, bei Gallensteinen 40%, bei Halswirbelsäulensyndrom 40%, bei Magenschleimhautentzündung 20% und bei Schuppenflechte 20%. Nicht versicherbar sind Personen, die einen Herzinfarkt erlitten haben oder unter einer Geisteskrankheit leiden. Nur nebenbei : wann müsste nach der Definition des Bger bei Geisteskrankheit die Causa zeitlich angenommen werden ?

Zur Rückwärtsversicherung und Artikel 9 VVG

Damit hätte sich auch die Frage gestellt, ob wirklich VVG 9 auf das Krankenversicherungsgeschäft anwendbar sei oder nicht. Ja das Bger hätte sich sogar – für den Fall der Bejahung – die Frage stellen müssen, ob nicht eine **unechte Lücke** vorliege. Denn die Auswirkungen des VVG sind im Bereich der Krankenversicherung schlichtweg unhaltbar, ja stossend. Die soziale Dimension des Krankenversicherungsbereiches hat ja bekanntlich auch bei anderen Bestimmungen zu einer Abweichung vom Gesetz geführt; durchgesetzt durch das Bundesamt für Privatversicherung, das mit der materiellen Kontrolle der AVB die Möglichkeit hatte, bsp. das Kündigungsrecht des Versicherers auszuschliessen oder aber auch die unsinnige Auswirkung der Gefahrerhöhung zu eliminieren.

Konsequent die Auffassung des Bger zu Ende gedacht : ein Vertrag mit Vorbehalt wäre solange rechtsgültig, bis der Vorbehalt erlöscht. Dann müsste zwangsläufig eine Rückwärtsversicherung angenommen werden, was den Vertrag nachträglich nichtig macht. Dies macht keinen Sinn.

Ein möglicher Rettungsanker hätte darin bestanden, von einem blossen **Teilereignis** auszugehen. Das Bger verweist auf Roelli/Keller/Tännler (S. 610) und hält selber fest, dass Erkrankungen vor Abschluss eines Vertrages nicht ohne weiteres eine Deckung ausschliesse, selbst dann, wenn es sich um gleichartige Erkrankungen handle. Mit dem Abstellen auf einen Krankheitsbegriff, der die Symptome ausser acht lässt und auf die Causa abstellen will, lässt es diesen rettenden Ansatz aus und manövriert sich damit in eine ausweglose Situation .

Ganz abgesehen davon hätte sich das Bger auch Gedanken darüber machen müssen, ob im Zuge der schonenden Rechtsausübung von einer **Teilnichtigkeit**, nicht von einer Totalnichtigkeit des Vertrages auszugehen sei. Schliesslich gibt es ja die verschiedensten Krankheiten, die unsere Gesundheit beeinträchtigen können. Das hätte wiederum dazu geführt, dass unter Gesichtspunkten der Vertragserhaltung durch richterliche Inhaltskorrektur ein Vorbehalt – zeitlich terminiert oder allenfalls unlimitiert – hätte aufgenommen werden können. Dies hätte aber zwangsläufig dann die Abgrenzungsfrage zur **Anzeigepflichtverletzung** auf die Argumentationsbühne gebracht. Sehrwahrscheinlich wollte das Bger dieser heiklen Frage aus dem Weg gehen, denn ganz klar hätte hier wiederum festgehalten werden müssen, dass keine Anzeigepflichtverletzung vorliegt und dass somit eine Aufnahme eines Vorbehaltes – der in der krankenversicherungsrechtlichen Terminologie im Zusammenhang mit Anzeigepflichtverletzungen eine Sanktion darstellt - gar nicht möglich wäre. Der rettende Ausweg aus dieser Sackgasse : man bejaht die Rückwärtsversicherung und erklärt den Vertrag als nichtig.

Zur Ausschlussklausel „ keine Deckung für vorbestandene Krankheiten „

Das Bger konnte sich mit dem Verschieben von Art. 9 VVG und damit der Nichtigkeit des Vertrages dieses Problems locker entledigen. Da hier die Auffassung vertreten wird, VVG 9 sei gar nicht anwendbar auf das Zusatzkrankenversicherungsgeschäft, sind einige

Ausführungen zu dieser Klausel notwendig. Es geht hier um die Problematik vorformulierter Klauseln im Massengeschäft, insbesondere um missbräuchliche Klauseln. AGB im Sinne von vorformulierten Vertragsbestimmungen sind in unserem heutigen Marktumfeld nicht wegdenkbar. Die einseitige Gestaltung dieser einen Vertrag wesentlich prägenden Bestimmungen führt zwangsläufig dazu, dass derjenige, der diese Inhaltsbestimmung vornehmen kann, eine privilegierte Position einnimmt; er schafft eine Risikoverlagerung zuungunsten der mit dem vorformulierten Text konfrontierten Partei und dem will das Vertrauensprinzip Einhalt gebieten.

Es hat im Versicherungsrecht eine weittragende Bedeutung und umfasst die Berücksichtigung der

- versicherungstechnischen Gesichtspunkte
- der sozialen Dimension von Versicherungsverträgen im Massengeschäft
- des Sinnzusammenhanges unter Berücksichtigung der Art der Versicherungsdeckung und
- der systematischen Gliederung innerhalb des Vertragstextes

Dazu ein bisschen Kasuistik :

- Prämie für Einbruchdiebstahl auf einem Werkhofareal, auf dem sich nur nicht abschliessbare Werkhallen befinden. Da sich bedingt durch die Örtlichkeiten kein Einbruch ereignen kann, wird entschieden, dass ein Diebstahl ohne Gewaltanwendung genüge und so der Versicherer Leistungen zu erbringen habe. (CaseTex-Nr: 1829 , Instanz: GP Thun 08.05.76)
- Geiselnahme eines leitenden Angestellten einer Bank, Öffnen des Tresors mit dessen Schlüsseln und Entwendung einer erheblichen Geldsumme darf gemäss Vertrauensprinzip einem Einbruch gleichgestellt werden (CaseTex NR. 2113, Trib. di Appello Ticino 22.01.90)
- Beim Vertragsabschluss über die Miete eines Motorfahrzeuges wird der Mieter nicht darauf aufmerksam gemacht, dass die für eine Kaskodeckung zusätzlich zu bezahlende Entschädigung wesentlich von einer Kaskodeckung abweiche. Dies wird als gegen die Ungewöhnlichkeitsregel verstossend betrachtet und gleichzeitig festgehalten, der Vermieter habe gegen seine Pflicht verstossen, auf diese Besonderheit hinzuweisen (CaseTex Nr. 3200, BGE 05.08.93)
- Ein Renntransporter wird gegen Diebstahl versichert, wobei trotz Hinweisen darauf, dass das Fahrzeug zu gross sei, um in einer Garage versorgt zu werden, der Risikobeschrieb davon ausging, dass eine Deckung gegen Diebstahl nur dann bestehe, wenn das Fahrzeug in einer Garage eingestellt werde. Das BGE hat sich hier mit dem Hinweis beholfen, dass der Versicherer für Erklärungen seines Vermittlungsagenten einzustehen habe (obwohl dies gemäss VVG 34 anders wäre) und dass deshalb Deckung bestehe. Mithin eine klare Inhaltskontrolle unter dem Deckmantel einer Aufklärungspflichtverletzung (CaseTex Nr. 780, BGE 25.02.85).

Diese Beispiele zeigen, dass in der **Rechtswirklichkeit**, insbesondere derjenigen der unterinstanzlichen Gerichte eine eigentliche Inhaltskontrolle vorgenommen wird. Aber auch das BGE wendet sie an, macht dann aber häufig eine Zuordnung zu einem anderen Instrument, mit dem in ein bestehendes Vertragsverhältnis eingegriffen und eine Inhaltskorrektur vorgenommen werden kann.

Gerade der „Renntransporterentscheid“ zeigt uns doch den Weg für den hier zur Diskussion stehenden Fall. Wenn erkennbar ist, dass ein Renntransporter nicht in eine Garage passt und er trotzdem versichert wird, dem Versicherer aber der Deckungseinwand des Nichteinstellens in eine Garage verweigert wird, so muss dies umso mehr gelten bei

einer Krankenversicherung, bei der der Versicherer Kenntnis hat von einem Vorzustand und anschliessend die generelle Ausschlussklausel für vorbestandene Krankheiten anrufen will.

Deutschland hat es hier einfacher. Unter Anrufung des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden ungewöhnliche und vertragsaushöhlende Bestimmungen ausgehebelt. Dazu nur kurz :

Zeitlich unbegrenztes Kündigungsrecht in der Krankentagegeldversicherung (BGH 06.07.83, VersR 83,848) hält vor einer Inhaltskontrolle nicht stand. Ein unbegrenztes Kündigungsrecht in der Krankenversicherung seitens des Versicherers widerspricht dem Grundgedanken dieser Versicherungsart. Mit zunehmendem Alter erhöht sich das Risiko, ohne dass von einer Gefahrerhöhung gesprochen werden darf, denn diese Risikoveränderung ist vorhersehbar.. Die private Krankenversicherung hat eine wichtige soziale Funktion. Ein unbegrenztes Kündigungsrecht zugunsten des Versicherers würde den Vertragszweck verunmöglichen. Insofern ist eine Kündigung nur in den ersten drei Jahren zulässig.

- **Vertragsaushöhlung durch Ausschlussklauseln** (OLG Celle 12.06.81, VersR 82,457) Schäden bei Bautätigkeiten sind vorhersehbar. Diese sind von den unvorhergesehenen zu unterscheiden. Werden nun beide Kategorien von der Deckung ausgeschlossen wird der Umfang der Versicherung letztlich auf eine Haftung des Versicherers für Zufall beschränkt; und auch Zufälle sind vom Versicherungsschutz nicht umfasst. Eine derartige in ihrem Umfang außerordentlich weitgehende Einschränkung der Bauwesenversicherung, die typischerweise eine Allgefahrenversicherung ist, kommt einer fast vollständigen Aushöhlung der Pflichten eines Versicherers, wie es der Natur eines Versicherungsvertrags entspricht, gleich und gefährdet die Erreichung des Vertragszwecks

Und hier ganz klar und eine grosse Parallelität mit unserem Fall aufzeigend :

Ausschluss vorbestandener Krankheiten (BGH 02.03.94, VersR 94,549) Ein Ausschluss in der Reisekrankenversicherung, wonach „keine Leistungspflicht besteht für solche Krankheiten oder Unfallfolgen, die bereits vor Beginn des Versicherungsschutzes akut behandlungsbedürftig waren“ verstösst gegen § 9 AGBG. Wenn der Versicherer im Rahmen von Reiseversicherungen auf Gesundheitsfragen verzichtet, so muss er dieses Risiko tragen. Es würde eine Aushöhlung des Vertragszweckes bedeuten, wenn der Versicherer sich ex post von der Deckungspflicht befreien könnte, dadurch, dass er Fehleinschätzungen über das Risiko dem VN aufbürdet, obwohl er als Versicherer aus der Grundkonzeption des Versicherungsvertrages dafür einzustehen hat.

Es geht schlussendlich um die Frage, was ein Versicherungsnehmer „ vernünftigerweise erwarten „ darf. Und damit sind wir beim Institut der „ reasonable expectation „ angelangt, das auf den ersten Blick sehr amerikanisch erscheint, das aber auch bei uns in vielen Wortwendungen auftaucht. Die „**reasonable expectation theorie**“ ist im Grunde genommen nicht nur eine Auslegungs- und Konkretisierungsanleitung , sondern umfasst weitergehend auch eine **Inhaltskontrolle** (vgl. Clarke, The law of insurance contract, 2.A. 1994, S.352). Sie entspricht unserem Verständnis des Verbotes der Aushöhlung oder Sinnentleerung eines Vertrages. Ein Versicherungsvertrag muss bestimmte Zielsetzungen erreichen; werden diese weitgehend verunmöglicht, so darf sich der Versicherer auf bestimmte Klauseln nicht berufen.

Die Gerichtspraxis in der Schweiz hat sich in Anbetracht dieser Ausgangslage mit dem Aufstellen einer Ungewöhnlichkeitsregel zugunsten der schwachen oder unerfahrenen Partei beholfen. Ausgehend vom Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht ein Schutzbedürfnis der schwächeren oder unerfahrenen Vertragspartei vorerst bei Gerichtsstandsklauseln bejaht und später dieses Prinzip zu einer „allgemeinen Ungewöhnlichkeitsregel“ ausgeweitet. Von der pauschalen Zustimmung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen sind alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, insbesondere solche, deren Inhalt von dem abweicht, was vernünftigerweise erwartet werden darf. Der

geneigte Leser horcht bei dieser Formulierung auf: „vernünftigerweise erwartet“ und „reasonable expectation“.

Zum Umweg über die unterlassene Aufklärung und Belehrung und die culpa in contrahendo

So wie bei der Auslegung für die Auswahl der Auslegungsmethode das Vorverständnis eine ausschlaggebende Rolle spielt und damit der normativen Kraft des Faktischen zum Durchbruch verhilft, findet sich auch bei „leidenden „ Versicherungsverträgen ein Hilfsmittel, um dasjenige rechtlich relevant werden zu lassen, was der VN „ vernünftigerweise erwarten „ darf. Das **Vertragsverhandlungsverhältnis**, d.h. die besondere Beziehung, die dem eigentlichen Vertragsabschluss vorausgeht, lässt, nicht zuletzt als Konkretisierung des Grundprinzipes von Treu und Glauben Aufklärungs- und Belehrungspflichten entstehen. Werden diese missachtet, so wird gestützt auf culpa in contrahendo Schadenersatz zugesprochen. Dieser Schadenersatz entspricht der Leistung , die bei entsprechender Vertragsausgestaltung hätte erbracht werden müssen. Im Ergebnis sind wir dort, wo eine Entschädigung aus einem gesunden Versicherungsvertrag hätte bezahlt werden müssen. Diesen Umweg abkürzend hat der BGH bei verletzter Aufklärungs- und Belehrungspflicht seitens des Versicherers über die Culpa in Contrahendo schlicht den an sich mangelhaften Vertrag validiert. (VersR 89,948),

Auch die Aufklärungs- und Belehrungspflichten im Vertragsverhandlungsverhältnis, insbesondere bezogen auf Versicherungsverträge lassen sich konkretisieren : so muss der Versicherer

- bei unklaren Fragen nach Gefahrstatsachen aufklären
- bei Zweifel über die Erheblichkeit einer Gefahrstatsache belehren
- erkennbar irrige Vorstellungen über den Deckungsumfang (vgl. CaseTex Nr. 780 , insbesondere 3298 und 3301) berichtigen
- irrige Vorstellung über unklare AVB-Bestimmungen korrigieren
- bei falscher Versicherungssumme(CaseTex NR. 1902 und 3301) die Verantwortung dafür übernehmen
- Lücken in der Deckung im Grenzbereich Motorfahrzeug- und Betriebshaftpflichtversicherung (CaseTex Nr. 2957) aufzeigen
- Auf die Möglichkeit besonderer Tarifvarianten infolge Vergünstigungsverträgen (CaseTex Nr. 3553) hinweisen
- Und insbesondere bei den zinsabhängigen Differenzgeschäften auf die besonderen Risiken dieses Vertragsgebildes hinweisen

Auf unseren Fall bezogen : ohne weiteres und ohne Anstrengung hätte das Bger über die Culpa in Contrahendo – der Versicherer wusste um den Vorzustand und schloss trotzdem diesen Vertrag ab – Schadenersatz in der Höhe der fiktiv zur Auszahlung gelangenden Versicherungsleistungen zusprechen können.

Zum Abschluss : die Rechtssicherheit verwirklichende Erkenntnis in Deutschland aus dem Jahre 1976

In Zuge der Globalisierung und der damit unausweichlichen Harmonisierung sei abschliessend auf ein Entscheid des deutschen BGH vom 24.03.76 (IV ZR 208/74,)

hingewiesen, bei dem ebenfalls die Frage der Versicherbarkeit von „alten Leiden“ im Zentrum stand. . Mit einem Timelag von einem Vierteljahrhundert versuchen wir in der Schweiz analoge Probleme zu lösen . So waren bis etwa zum Jahr 1936 (!!!!) Krankheiten, die aus medizinischer Sicht schon vor Vertragsabschluß begonnen hatten, nach den AVB der Krankenversicherer durchweg auch vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, wenn sie dem VN nicht bekannt waren; bei dem Ausschluß dieser "alten Leiden" wurde der sog. objektive Krankheitsbegriff verwendet. Schon früh kam man auf die Einführung von Wartezeiten um diesen untragbaren Ausschluß "alter Leiden" auszuhebeln. Die meisten Krankenversicherer waren schon früh soweit, den als unbefriedigend und unbillig empfundenen Ausschluß der dem VN unbekanntem alten Leiden" aufzugeben und den objektiven Krankheitsbegriff fallenzulassen. Dies führte dazu, dass alle unbekanntem Krankheiten - abgesehen von den Wartezeiten versichert sind, dagegen alle dem VN bekannten Krankheiten unter seine vorvertragliche Anzeigepflicht fallen und ausgeschlossen oder gegen zusätzliche Risikoprämie versichert werden . Mithin klare Verhältnisse. Allenfalls eine etwas grobe Abgrenzung, so der BGH. Aber mit dem Vorteil, dass Versicherer und VN eine klarere, praktikablere Risikoabgrenzung und damit größere Rechtssicherheit als unter der Geltung der früheren Ausschlußklausel für alle auch unerkanntem "alten Leiden". erlangen.

Die Schmetterlinge im Bauch sind verschwunden; die Probleme vom Leibe geschrieben. Die juristische Lösung macht Sinn, ist praktikabel und dient dem Kunden. Es bedarf nicht etwa eines weiteren Bundesgerichtsentscheides zu dieser Frage : man tut gut daran, VVG schlicht zu ignorieren und wo kein Kläger, auch kein Richter.