
Datum: 23.09.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I- 4 U 41/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:0923.I4U41.13.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 16.01.2013 (11 O 240/12) abgeändert.

Die Beklagte wird unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 153.387,56 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08.09.2009 zu zahlen sowie sie von dem Anspruch ihres Prozessbevollmächtigten auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2475,79 € freizustellen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist die Witwe des am 13.01.1957 geborenen N. K., der am 26.05.2009 aufgrund einer Hautkrebserkrankung verstarb. Der Ehemann der Klägerin war Versicherungskaufmann und betrieb zu Lebzeiten eine Versicherungsagentur der H.-M. Versicherung. Am 20.12.1995 war er wegen einer seborrhoischen Keratose (gutartiger Hauttumor) bei seiner Hautärztin,

1

2

3

Frau Dr. Q. in B., in Behandlung. Am 02.05.1997 wurde er wegen einer Dermatophytose (Hautpilzkrankung) von Frau Dr. Q. behandelt; am 13.05.1998 und am 01.03.2000 wurde er wegen Wirbelsäulenbeschwerden bei seinem Hausarzt, Herrn Dr. S., behandelt.

Im Januar 2000 bemerkte der Ehemann der Klägerin eine Veränderung der Haut an seinem rechten Unterschenkel. Er hielt diese Veränderung zunächst für einen Mückenstich, Pickel oder etwas Ähnliches und manipulierte im Laufe der Zeit mehrmals selbst an der Hautveränderung. Die Hautveränderung nahm deutlich an Größe zu, bis sie im August 2000 ungefähr die Größe einer Kirsche hatte; die Hautveränderung wurde von dem Ehemann der Klägerin als „Blutblase“ bezeichnet. Am 16.08.2000 suchte er deshalb seine Hautärztin Frau Dr. Q. auf. Der Termin war schon längerfristig vereinbart worden und ihm insbesondere auch bereits am 11.08.2000 bekannt. Frau Dr. Q. führte noch am 16.08.2000 eine Excision durch und veranlasste eine histologische Untersuchung des entnommenen Hautgewebes. Die histologische Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass bei dem Ehemann der Klägerin ein malignes Melanom vorlag. Wegen der Einzelheiten wird auf den Arztbrief des Privatdozenten Dr. K. vom 21.08.2000 (Bl. 52 GA) verwiesen. Am 22.08.2000 teilte Frau Dr. Q. dieses Ergebnis der Klägerin und ihrem Ehemann in ihrer Praxis mit. Vom 4. bis zum 11.09.2000 wurde der Ehemann der Klägerin sodann stationär in der Klinik und Poliklinik für Dermatologie und Venerologie in K. behandelt; wegen der Einzelheiten der Behandlung wird auf den Arztbrief der Klinik und Poliklinik für Dermatologie und Venerologie vom 19.09.2000 (Bl. 53 ff. GA) verwiesen.

4

Am 21.08.2000 ging bei der Beklagten der Antrag des Ehemanns der Klägerin auf Abschluss einer Risiko-Lebensversicherung ein, den dieser mit dem Datum 11.08.2000 versehen hatte. Vermittelt wurde der Versicherungsvertrag durch die V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH, einer Tochtergesellschaft der V. B. eG, die als Mehrfachagentin Versicherungen vermittelte. Die Mitarbeiterin H. der V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH übersandte den von ihr teilweise ausgefüllten Versicherungsantrag an den Ehemann der Klägerin, der den Versicherungsantrag sodann komplettierte und insbesondere die Gesundheitsfragen selbständig beantwortete. Die Versicherungssumme betrug 300.000 DM (153.387,56 €), und die Versicherungsdauer betrug 10 Jahre, wobei die Versicherung zum 01.09.2000 beginnen sollte. Versichert wurden sowohl der Ehemann der Klägerin als auch die Klägerin selbst; vereinbart war ein gegenseitiges Bezugsrecht. Die Frage in dem dem Versicherungsantrag beigefügten Fragebogen, ob er gesund und arbeitsfähig sei, bejahte der Ehemann der Klägerin. Auf die Frage, ob zu diesem Antrag eine ärztliche Untersuchung erfolge (A. 7.), kreuzte der Ehemann der Klägerin „Nein“ an. Auch bei der Frage B. 1., die nur auszufüllen war, wenn keine ärztliche Untersuchung erforderlich sei, kreuzte der Ehemann der Klägerin das Feld „Nein“ an. Dabei wurde unter der Frage B. 1. k) gefragt: „Leiden Sie oder haben Sie in den letzten 10 Jahren an Krankheiten, Störungen oder Beschwerden gelitten? Der Wirbelsäule, Bandscheiben, Knochen oder Haut?“ Ferner verneinte der Ehemann der Klägerin die Frage, ob er in den letzten 5 Jahren ärztlich beraten, untersucht, nach untersucht, behandelt, bestrahlt oder operiert worden sei (B. 2.) sowie die Frage, ob bei ihm eine Operation vorgesehen sei (B. 3.). Wegen der weiteren Einzelheiten des Antrags des Ehemanns der Klägerin wird auf Bl. 10 ff. GA (Durchschrift der Klägerin) sowie Bl. 46 ff. GA (Ablichtung des Originals der Beklagten) verwiesen. Eine Ablichtung der in dem Versicherungsantrag in Bezug genommenen Schlusserklärung mit einer Schweigepflichtentbindungserklärung findet sich auf Bl. 145 GA. In der nicht gesondert von dem Ehemann der Klägerin unterschriebenen Erklärung heißt es unter anderem:

5

6

„Die Antragsfragen sind nach bestem Wissen richtig und vollständig beantwortet. Jede bis zur Annahme des Antrags noch eintretende sowie jede vor Antragstellung eingetretenen, aber erst bis zur Annahme des Antrags bekannt werdende nicht unerhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustands der zu versichernden Person werde ich unverzüglich dem Versicherer schriftlich anzeigen. Ich weiß, dass der Versicherer bei Verletzung dieser Pflichten vom Vertrag zurücktreten bzw. die Leistung verweigern kann. [...]

Ich ermächtige den Versicherer zur Nachprüfung und Verwertung der von mir für meine Gesundheitsverhältnisse gemachten Angaben alle Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Krankenanstalten, bei denen ich in Behandlung war oder sein werde, sowie andere Personenversicherer und Behörden über meine Gesundheitsverhältnisse zu befragen. Dies gilt nur für die Zeit vor der Antragsannahme und die nächsten 10 Jahre nach der Antragsannahme. Der Versicherer darf auch die Ärzte, die die Todesursache feststellen und die Ärzte, die mich im letzten Jahr vor meinem Tod untersuchen oder behandeln werden, sowie Behörden – mit Ausnahme von Sozialversicherungsträgern – über die Todesursache oder die Krankheiten, die zum Tode geführt haben, befragen. Insoweit entbinde ich alle, die hiernach befragt werden, von der Schweigepflicht auch über meinen Tod hinaus.“

Am 25.08.2000 stellte die Beklagte den Versicherungsschein zur Versicherungsschein-Nummer ... aus, wegen dessen Inhalts auf Bl. 13 ff. GA verwiesen wird. Der Versicherung liegen die Allgemeinen Bedingungen für die Risikoversicherung (ABRis) zu Grunde. Diese sehen in § 8 Abs. 3 Satz 1 vor:

„Wenn Umstände, die für die Übernahme des Versicherungsschutzes erheblich sind, von Ihnen oder einer versicherten Person (vgl. Absatz 2) unrichtig oder unvollständig angegeben worden sind, können wir binnen acht Jahren seit Vertragsabschluss vom Vertrag zurücktreten.“

Am 26.05.2009 verstarb der Ehemann der Klägerin aufgrund der Hautkrebserkrankung. Mit Schreiben vom 02.06.2009 teilte die Klägerin das Versterben ihres Ehemannes der Beklagten mit. Einen Fragebogen der Beklagten beantwortete die Klägerin unter dem 08.06.2009 und teilte dabei unter anderem mit, dass insgesamt sechs weitere Lebensversicherungen für den Verstorbenen bei der H.-M. Versicherung bestanden (Bl. 68 ff. GA). Ferner gab die Klägerin der Beklagten eine Einverständniserklärung zur Befragung der Krankenkasse.

Mit Schreiben vom 08.09.2009 erklärte die Beklagte die Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung und lehnte eine Leistung aus dem Vertrag ab. Dabei berief sich die Beklagte insbesondere darauf, dass der Ehemann der Klägerin die Hautveränderung, ihre Größenzunahme, die Untersuchung und Excision bei der Hautärztin sowie die Diagnose des malignen Melanoms und eine stationäre Behandlung in der Klinik und Poliklinik für Dermatologie in K. vom 18. bis 31.08.2000 verschwiegen habe. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird auf Bl. 19 ff. GA verwiesen.

Die Klägerin hat behauptet, den Antrag ihres verstorbenen Ehemannes auf Abschluss der Lebensversicherung bei der Beklagten habe dieser am 11.08.2000 unterzeichnet. Die Diagnose Hautkrebs sei ihrem Ehemann erst am 22.08.2000 von Frau Dr. Q. mitgeteilt worden. Im unmittelbaren Anschluss an die Mitteilung dieser Diagnose habe ihr Ehemann zunächst keine Relevanz für den Antrag auf Abschluss der Lebensversicherung gesehen; vielmehr sei dieser Antrag zunächst in Vergessenheit geraten. Am späten Abend des 23.08.2000 habe sich ihr Ehemann jedoch – wie sie auch selbst – wieder an die beantragte Lebensversicherung und an eine diesbezügliche Mitteilungspflicht erinnert. Aufgrund dessen habe ihr Ehemann am Morgen des 24.08.2000 ein kurzes Anschreiben an die Beklagte

verfasst und die Situation geschildert. Dieses an die Zentrale der Beklagten adressierte Anschreiben habe ihr Ehemann bei einem gemeinsamen Spaziergang am frühen Abend des 24.08.2000 in den nächstgelegenen Briefkasten eingeworfen. Einen Krankenhausaufenthalt ihres Ehemannes vom 18. bis 31.08.2000 in der Klinik und Poliklinik für Dermatologie und Venerologie in K. hat die Klägerin bestritten, da am 22.08.2000 die Befundbesprechung in der Praxis von Frau Dr. Q. stattgefunden habe und sie gemeinsam mit ihrem Ehemann an einem Tag zwischen dem 23.08.2000 und 26.08.2000 eine Geburtstagsfeier besucht habe.

Die Beklagte hat die Abfassung des Schreibens vom 24.08.2000 mit Nichtwissen bestritten und behauptet, ein solches sei nie bei ihr eingegangen. Ferner hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, dass der Antrag auf Abschluss einer Lebensversicherung am 11.08.2000 von dem Ehemann der Klägerin unterzeichnet worden sei; vielmehr ergebe sich aus dem Eingangsdatum des Antrags bei ihr (21.08.2000), dass das Antragsformular am 16.08.2000 noch nicht abgesandt gewesen sei. Außerdem habe sich der Ehemann der Beklagten, wie sich aus dem Schreiben der Klinik und Poliklinik für Dermatologie und Venerologie in K. vom 19.09.2000 ergebe, vom 18. bis 31.08.2000 in dortiger stationärer Behandlung befunden. Darüber hinaus hat die Beklagte behauptet, dem Ehemann der Klägerin sei bereits am 16.08.2000 von Frau Dr. Q. die Diagnose Hautkrebs mitgeteilt worden und er sei bereits am 21.08.2000 von Frau Dr. Q. über das Ergebnis der histologischen Untersuchung unterrichtet worden. Insbesondere hat die Beklagte behauptet, dass der Ehemann der Klägerin sie arglistig getäuscht habe. Er habe eine möglichst kurzfristige und komplikationslose Annahme seines Antrags erreichen wollen und daher falsche Angaben hinsichtlich seiner Gesundheitsstörungen und Arztbesuche getätigt. Schließlich hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, dass die Klägerin die von ihr geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bereits bezahlt habe. 13

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Beklagte den Lebensversicherungsvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten habe. Der Ehemann der Klägerin habe objektiv falsche Angaben gemacht, weil er die „Blutblase“ nicht angegeben habe, obwohl sie sich deutlich vergrößert habe. Selbst wenn diese Vergrößerung erst nach dem 11.08.2000 eingetreten sei, habe der Ehemann der Klägerin gewusst, dass eine Nachmeldung erforderlich gewesen sei. 14

Mit ihrer Berufung wiederholt und vertieft die Klägerin ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ist der Meinung, dass es keine Obliegenheit gäbe, bloße Arztbesuche anzuzeigen; ferner wäre eine Mitteilung über das Ergebnis der histologischen Untersuchung ohnehin nicht erforderlich gewesen, weil eine solche Mitteilung die Beklagte sowieso nicht mehr rechtzeitig vor dem Absenden des Versicherungsscheins erreicht hätte. Sie behauptet ferner, ihr Ehemann habe die Hautveränderung für unbedeutend gehalten und Frau Dr. Q. eher beiläufig aufgesucht. Ihr Ehemann habe schon deshalb nicht arglistig handeln können, weil er nicht gewusst habe, dass er neun Jahre später wegen des Hautkrebses versterben würde. 15

Die Klägerin beantragt unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 16.01.2013, die Beklagte zu verurteilen, 16

an sie 153.387,56 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05.06.2009 und vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren i.H.v. 2475,79 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 15.01.2010 zu zahlen. 17

Die Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

| | |
|--|----|
| Auch die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. | 20 |
| Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den vorgetragenen Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und der von ihnen vorgelegten Urkunden und Schriftstücke verwiesen. | 21 |
| II. | 22 |
| Die zulässige Berufung der Klägerin ist in der Hauptsache begründet. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Auszahlung der vereinbarten Versicherungssumme des zwischen ihrem verstorbenen Ehemann und der Beklagten geschlossenen Lebensversicherungsvertrages zur Versicherungsschein-Nummer Lediglich hinsichtlich der geltend gemachten Verzugszinsen sowie der beanspruchten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat die Berufung nur teilweise Erfolg. | 23 |
| Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass – die Wirksamkeit des Vertrages vorausgesetzt – alle Voraussetzungen für einen Zahlungsanspruch der bezugsberechtigten Klägerin vorliegen; die Parteien streiten allein darum, ob sich die Beklagte von dem Versicherungsvertrag wirksam gelöst hat. Dies ist indes nicht der Fall. | 24 |
| I. | 25 |
| Der Anspruch der Klägerin ist nicht aufgrund einer Anfechtung der Beklagten wegen arglistiger Täuschung des Ehemannes der Klägerin gemäß § 22 VVG n.F. i.V.m. § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB entfallen. Zwar hat der Ehemann der Klägerin beim Ausfüllen des Versicherungsantrags objektiv falsche Angaben zu seinem Gesundheitszustand gemacht (dazu nachfolgend 2.), während die Beklagte demgegenüber einen Verstoß des Ehemannes der Klägerin gegen seine Nachmeldeverpflichtung nicht nachgewiesen hat (dazu nachfolgend 3.). Trotz der objektiv falschen Angaben des Ehemannes der Klägerin ist es der Beklagten indes nicht gelungen, ihm diesbezüglich ein arglistiges Verhalten nachzuweisen (dazu nachfolgend 4.). | 26 |
| 1. | 27 |
| Gemäß Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 2 EGVVG ist grundsätzlich das VVG in der neuen Fassung anzuwenden. Es handelt sich um einen im Jahr 2000 zustande gekommenen Altvertrag, und der Versicherungsfall ist am 26.05.2009 eingetreten. Indes ist zu beachten, dass das neue VVG nur für solche Sachverhalte gelten soll, die nicht unter der Geltung des alten VVG bereits vollständig abgeschlossen waren, was insbesondere für den Vertragsschluss und das ihm vorangehende Stadium gilt, so dass sich die Beurteilung, ob eine vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung vorliegt, auch weiterhin nach dem alten VVG richtet, während sich die Rechtsfolgen nach dem neuen Recht bestimmen (vgl. auch Prölss/Martin, 28. Auflage, Art. 1 EGVVG Rn. 17 m.w.N.). | 28 |
| 2. | 29 |
| Der Ehemann der Klägerin hat im Rahmen der Antragstellung teilweise objektiv falsche Angaben im Sinne von § 16 VVG a.F. gemacht. | 30 |
| a) | 31 |
| Als maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage, ob die Angaben des Ehemannes der Klägerin zutreffend waren, ist auf den Zeitpunkt vor seiner Untersuchung bei der Hautärztin Frau Dr. | 32 |

Q. am 16.08.2000 abzustellen; sein erweiterter Erkenntnishorizont nach der Untersuchung am 16.08.2000 ist nicht zu berücksichtigen. Denn die Beklagte hat nicht bewiesen, dass der Ehemann der Klägerin bei Abgabe seiner Erklärungen diesen erweiterten Erkenntnishorizont hatte. Die Beweislast für die Kenntnisse des Ehemannes der Klägerin und damit für den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung durch den Ehemann der Klägerin trägt die für die objektive Pflichtverletzung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte.

Die Beklagte hat zum einen nicht hinreichend dargelegt, dass das Antragsformular von dem Ehemann der Klägerin erst nach dem 16.08.2000 abgesandt worden ist. Sie behauptet dies allein mit Begründung, dass der Antrag erst am 21.08.2000 (Montag) bei ihr eingegangen sei. Dabei hat die Beklagte indes nicht vorgetragen, ob der Ehemann der Klägerin den Antrag unmittelbar an sie gesandt oder den Weg über die den Versicherungsvertrag vermittelnde V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH gewählt hat. Die Beklagte trägt lediglich vor, Frau H., die für die V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH gehandelt habe, habe schriftlich und telefonisch mit dem Ehemann der Klägerin kommuniziert und ihm den Antrag vorbereitet und zugeschickt; der Ehemann der Beklagten habe die Gesundheitsfragen sodann eigenständig beantwortet. Wenn der Ehemann der Beklagten den Antrag indes über die V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH an die Beklagte gesandt hat, würde dies zum einen den längeren Zeitablauf zwischen dem 11.08.2000 und dem 21.08.2000 erklären können. Zum anderen müsste dann die Beklagte auch vortragen, wann der Antrag bei der V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH eingegangen und von dort weitergeleitet wurde; das Wissen der unstreitig als Mehrfachagent handelnden V. Finanz- und Versicherungsvermittlungs GmbH muss sich die Beklagte gemäß § 70 VVG zurechnen lassen.

33

Zum anderen hat die Beklagte ihre Behauptung jedenfalls nicht bewiesen. Aufgrund des zwischenzeitlichen Wochenendes zwischen dem 16.08.2000 und dem 21.08.2000 ist es durchaus möglich, dass der Ehemann der Klägerin den Antrag auch kurz vor der Untersuchung bei der Hautärztin auf den Postweg gebracht hat (Beispiel: Einwurf auf dem Weg zur Hautärztin am 16.08.2000, Leerung des Briefkastens am 17.08.2000, Einwurf bei der Beklagten am 19.08.2000 (Samstag), Eingangsstempel am 21.08.2000). Allein aufgrund des unstreitigen Eingangsdatums bei der Beklagten kann jedenfalls noch nicht geschlossen werden, dass der Brief erst nach dem 16.08.2000 auf den Postweg gebracht wurde, zumal nicht einmal auszuschließen ist, dass der Versicherungsantrag am Nachmittag des 18.08.2000 (Freitag) in das auf dem Versicherungsantrag angegebene Postfach der Beklagten eingelegt und dieses erst am Montag geleert wurde. Ferner ist es jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass es zu Verzögerungen im Brieftransport bei der Deutschen Post gekommen ist. Andere Umstände, aus denen eine späte Absendung des Versicherungsantrags durch den Ehemann der Klägerin folgen würde und die von ihr zu beweisen wären, hat die Beklagte nicht vorgetragen, z.B. wann Frau Harden den Antrag an den Ehemann der Klägerin geschickt haben soll.

34

b)

Der Ehemann der Klägerin hat die Frage „Sind Sie gesund und arbeitsfähig?“ (A. 2.) bejaht. Trotz des Umstands, dass er bereits zu dem Zeitpunkt vor der Untersuchung am 16.08.2000 an Hautkrebs erkrankt war, hat er die Frage schon objektiv nicht unzutreffend beantwortet, da er von dieser Erkrankung keine positive Kenntnis hatte. Der Ehemann der Klägerin kann objektiv nur solche Umstände angeben, die er selber kennt.

35

36

Aufgrund dessen ist auch die Angabe des Ehemannes der Klägerin, dass Dr. S. am besten über seinen Gesundheitszustand Auskunft geben könne (A. 8.), keine objektive

37

Falschangabe, da der Ehemann der Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht wusste, dass er an Hautkrebs erkrankt war und Frau Dr. Q. bessere Kenntnisse über seine Erkrankung hatte.

c) 38

Der Ehemann der Klägerin hat weiterhin die Frage, ob zu diesem Antrag eine ärztliche Untersuchung erfolge, verneint (A. 7.). Auch diesbezüglich liegt keine objektive Falschangabe vor. Aufgrund des Wortlauts „zu diesem Antrag“ ist die Frage nämlich dahingehend zu verstehen, ob anlässlich und auf Grund des Antrags eine ärztliche Untersuchung erfolgt. Bei einem solchen Verständnis ist die Frage von dem Ehemann der Klägerin korrekt beantwortet worden, weil die zwar im zeitlichen Zusammenhang mit der Antragstellung durchgeführte ärztliche Untersuchung bei Frau Dr. Q. – die unstreitig mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf vereinbart worden war – nicht aufgrund der Antragstellung in einem inhaltlichen Zusammenhang dazu erfolgte, sondern weil der Ehemann der Klägerin unabhängig von dem Lebensversicherungsantrag seine Hautveränderung untersuchen lassen wollte. Dementsprechend hat der Ehemann der Klägerin auch folgerichtig den Abschnitt B. der Gesundheitsfragen beantwortet, der nur auszufüllen war, wenn keine ärztliche Untersuchung erforderlich sei. 39

d) 40

Die Frage B. 1. hat der Ehemann der Klägerin indes objektiv unzutreffend beantwortet. Gefragt war nach Krankheiten, Störungen oder Beschwerden in den letzten 10 Jahren der Wirbelsäule, Bandscheiben, Knochen oder Haut (B. 1. k). 41

aa) 42

Unstreitig wurde der Ehemann der Klägerin am 20.12.1995 wegen einer seborrhoischen Keratose und am 02.05.1997 wegen einer Dermatophytose bei Frau Dr. Q. hautärztlich behandelt; ferner wurde der Ehemann der Klägerin am 13.05.1998 und am 01.03.2000 wegen Wirbelsäulenbeschwerden bei Dr. S. behandelt. Demnach lagen in der Vergangenheit ebenfalls Beschwerden an Haut und Wirbelsäule vor, die – jedenfalls aus Sicht des Ehemanns der Klägerin – eine ärztliche Behandlung erforderlich machten. 43

Da die Beklagte in den Gesundheitsfragen ausdrücklich nach den obigen Beschwerden gefragt hat, kann sich die Klägerin im Hinblick auf das Vorliegen eines objektiven Anzeigepflichtverstoßes nicht darauf zurückziehen, dass es sich bei den Beschwerden lediglich um Kleinigkeiten gehandelt habe. Zwar mag zweifelhaft sein, ob die von der Beklagten verwendete Fragestellung hinreichend transparent und präzise ist, da unter „Beschwerden“ vieles verstanden werden kann. Indes hat sich der Ehemann der Klägerin wegen dieser Beeinträchtigungen seines Gesundheitszustands in ärztliche Behandlung begeben, so dass aus seiner Sicht ein gewisser Schweregrad der gesundheitlichen Beeinträchtigungen erreicht war. Dass jedenfalls solche „Beschwerden“ von der Frage erfasst sind, die zu einer ärztlichen Behandlung führen, ist für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer ohne weiteres erkennbar. 44

bb) 45

Außerdem ist es jedenfalls nicht fernliegend, dass der Ehemann der Klägerin die seit Januar 2000 bei ihm aufgetretene Hautveränderung, die dieser zunächst für eine „Blutblase“ gehalten haben mag, als Beschwerde der Haut hätte angeben müssen, obwohl er den gravierenden Charakter der Hautveränderung noch nicht kannte. 46

| | |
|--|----|
| Angesichts des Umstands, dass der Kläger zum einen zum Zeitpunkt der Abgabe seines Versicherungsantrags bereits einen Behandlungstermin bei Frau Dr. Q. vereinbart hatte und die Hautveränderung zum anderen über einen mehrmonatigen Zeitraum eine deutliche Größenzunahme zeigte – die Klägerin selbst spricht von der Größe einer Kirsche – könnte eine diesbezügliche Anzeigepflicht sogar nahe liegen, da die Beklagte ausdrücklich auch nach bloßen Beschwerden gefragt hat (so auch OLG Karlsruhe, VersR 1990, 1264, für den Bereich der Krankheitskostenvollversicherung in einem allerdings deutlicheren Fall). Dies gilt insbesondere auch angesichts der bereits vor fünf Jahren behandelten seborrhoischen Keratose, wobei auf der anderen Seite auch zu beachten ist, dass der Ehemann der Klägerin mehrfach an der im Januar 2000 aufgetretenen Hautveränderung manipuliert hatte, weshalb er die Größenzunahme möglicherweise auch darauf zurückführen und so in ihrer Bedeutung relativieren durfte. | 47 |
| Da es der Beklagten jedenfalls nicht gelungen ist, dem Ehemann der Klägerin ein arglistiges Verhalten nachzuweisen (dazu nachfolgend 4. c)), kann hier letztlich offen bleiben, ob diesbezüglich eine Anzeigepflicht bestand. | 48 |
| e) | 49 |
| Der Ehemann der Klägerin hat ferner die Frage B. 2. nach ärztlichen Beratungen, Untersuchungen und Behandlungen in den letzten 5 Jahren aus den vorstehenden Erwägungen objektiv unzutreffend beantwortet. | 50 |
| f) | 51 |
| Die Frage B. 3., ob bei ihm eine Operation vorgesehen sei, hat der Ehemann der Klägerin demgegenüber nicht unzutreffend beantwortet, da er zu dem zugrundezulegenden Zeitpunkt noch nicht wusste, dass er künftig operiert werden würde. | 52 |
| 3. | 53 |
| Die Beklagte hat demgegenüber nicht nachgewiesen, dass der Ehemann der Klägerin gegen seine zwischen Antragstellung und -annahme fortbestehende Obliegenheit zur Anzeige gefahrerheblicher Umstände verstoßen hat. | 54 |
| a) | 55 |
| Diese Frage beurteilt sich im vorliegenden Fall nach § 16 VVG a.F., da nach Antragstellung kein Fragenkatalog mehr zu beantworten war, sondern dem Antragsteller nur die unverzügliche schriftliche Anzeige von erst nachträglich eintretenden oder ihm erst nachträglich bekannt werdenden Gefahrumständen aufgegeben wurde. Die Anzeigepflicht bestand für den Antragsteller bis zum Zustandekommen des Versicherungsvertrages durch Zugang der Annahmeerklärung der Beklagten, das heißt bis zu einem für ihn nicht vorausberechenbaren Zeitpunkt, der hier nicht vor dem 26.08.2000 eingetreten sein kann, denn die Beklagte sandte den Versicherungsschein mit Begleitschreiben unstreitig am 25.08.2000 ab. | 56 |
| Unerlässliche Voraussetzung eines Anfechtungsrechts der Beklagten ist es, dass der Ehemann der Klägerin zwischen Antragstellung und -annahme positive Kenntnis von einem gefahrerheblichen Umstand im Sinne des § 16 VVG a.F. erhalten hat; eine – auch grob fahrlässige, auf dem Unterlassen sich aufdrängender Erkundigungen beruhende – Unkenntnis begründet die Obliegenheit einer Nachmeldung noch nicht. Durch die | 57 |

Schlusserklärung ist einem Antragsteller auch nicht etwa die Anzeige diagnostischer Untersuchungen zur Abklärung eines Krankheitsverdachtes zwischen Antragstellung und -annahme aufgegeben. Die Schlusserklärung, eine typische, von der Beklagten in einer Vielzahl von Fällen verwendete Vertragsklausel, ist für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer dahin zu verstehen, dass im Zeitraum zwischen Antragstellung und -annahme nur aus medizinischer Sicht geklärte Erkrankungen von einigem Gewicht anzuzeigen sind. Diagnostische Maßnahmen zur Abklärung eines vermuteten Krankheitsbildes lassen sich nicht in den von der Beklagten gewählten Begriff einer „nicht unerheblichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes“ einordnen, vielmehr bedarf es dazu einer abschließenden, gesicherten Diagnose (BGH, VersR 1984, 884 Rn. 11 f.).

b) 58

Aufgrund dessen traf den Ehemann der Klägerin erst ab der Mitteilung des Ergebnisses der histologischen Untersuchung eine Obliegenheit zur Information der Beklagten und nicht bereits ab einer – unterstellten – vorläufigen Diagnose durch Frau Dr. Q. am 16.08.2000. Seine besonderen Kenntnisse als Versicherungskaufmann führen nicht zu einer anderen Auslegung der Klausel; im Gegenteil ist zu berücksichtigen, dass der Ehemann der Klägerin als Fachmann Kenntnis von der einschränkenden höchstrichterlichen Auslegung gehabt haben dürfte. Selbst eine bloße telefonische Vorabinformation am 21.08.2000, wie sie von der Beklagten behauptet wird, würde noch nicht ausreichen, eine nachträglich Anzeigebliiegenheit auszulösen; vielmehr durfte der Ehemann der Klägerin als medizinischer Laie das eingehende Gespräch am Folgetag mit ausführlicher Erläuterung der histologischen Untersuchung abwarten, da er erst durch dieses Gespräch eine vollständige Kenntnis über seinen Gesundheitszustand erhalten hat. Dass dem Ehemann der Klägerin eine solche vollständige Kenntnis bereits telefonisch vermittelt wurde - und mithin das Gespräch am 22.08.2000 überflüssig war - hat die Beklagte nicht vorgetragen, ist auch nicht lebensnah und ergibt sich auch nicht etwa aus dem von Frau Dr. Q. unter dem 28.08.2009 ausgefüllten Fragebogen der Beklagten (Bl. 49 ff. GA). 59

Etwas anderes ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Behauptung der Beklagten, der Ehemann der Klägerin habe sich vom 18. bis 31.08.2000 in stationärer Behandlung in der Klinik und Poliklinik für Dermatologie in K. befunden. Die Beklagte hat schon nicht vorgetragen, dass der Ehemann der Klägerin eine frühere gesicherte Kenntnis von seiner Erkrankung erhalten hat. Ohnehin hat die Beklagte keinen Beweis für ihre Behauptung angeboten; der bloße Hinweis auf den Arztbrief der Klinik und Poliklinik für Dermatologie in K. vom 19.09.2000 genügt angesichts des detaillierten Bestreitens der Klägerin nicht zum Nachweis einer entsprechenden stationären Behandlung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass - aus welchen Gründen auch immer - fehlerhafte Daten in das Schreiben aufgenommen wurden. Nochmals in der Klinik nachgefragt hat die Beklagte offenbar nicht. 60

Der Ehemann der Klägerin war daher nach dem Gespräch mit Frau Dr. Q. am 22.08.2000 (Dienstag) verpflichtet, die Beklagte ohne schuldhaftes Zögern schriftlich zu informieren. Er war demgegenüber nach der Schlussklausel der Beklagten nicht verpflichtet, sie telefonisch oder per Telefax zu informieren, sondern konnte sich der einfachen Briefpost bedienen. 61

Der Ehemann der Klägerin wäre mit dem von der Klägerin behaupteten Schreiben vom 24.08.2000 seiner Nachmeldeobliegenheit nachgekommen. Ein solches – unterstelltes – Schreiben des Ehemannes der Beklagten mit Einwerfen des Briefes am frühen Abend des 24.08.2000 – selbst wenn erst nach der Leerung des Briefkastens – ist bei Mitteilung der Hautkrebsdiagnose am 22.08.2000 nicht bereits schuldhaft verzögert. Zwar verkennt der Senat nicht, dass die Mitteilung dieser Diagnose eine erhebliche Bedeutung für die Beklagte 62

hatte; auch dürfte dem fachkundigen Ehemann der Klägerin die Bedeutung für den beantragten Lebensversicherungsvertrag offensichtlich gewesen sein. Indes ist auch nicht zu verkennen, dass durch eine solche lebensbedrohliche Diagnose ein solcher Schreck ausgelöst wird, der andere Belange erst einmal in den Hintergrund treten lässt. Es ist lebensnah, dass in den ersten zwei bis drei Tagen nach der Diagnosemitteilung zunächst andere Dinge wie die bevorstehende Behandlung und die Auseinandersetzung mit einer in vielen Fällen zum Tode führenden Erkrankung das Leben des Ehemannes der Klägerin bestimmten, so dass es ihm nicht vorwerfbar ist, dass er erst nach zwei Tagen an seine Nachmeldeobligenheit dachte. Dass der Ehemann der Klägerin bereits vor dem 24.08.2000 wusste, dass er die Diagnose nachmelden musste, und diese Nachmeldung bewusst bis zum Einwurf des Briefes am Abend des 24.08.2000 zurückhielt, hat die Beklagte jedenfalls nicht unter Beweis gestellt. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass der Ehemann der Klägerin Anlass zu der Annahme haben musste, dass die Beklagte die Police so schnell erstellen und versenden würde. Der speziell mit Versicherungsstreitigkeiten befasste Senat weiß, dass dies häufig länger dauert.

c) 63

Die Beklagte ist für den Verstoß des Ehemannes der Klägerin gegen seine Anzeigeobligenheit beweispflichtig. Da die Klägerin im Einzelnen dargelegt hat, wie ihr Ehemann seiner Anzeigenobligenheit nachgekommen sein soll, wäre es an der Beklagten zu beweisen, dass die von der Klägerin behaupteten Umstände nicht zutreffend sind. Da sie dafür indes keinen Beweis angeboten hat, ist sie beweisfällig geblieben. 64

Angesichts des Umstands, dass die Beklagte den Versicherungsschein bereits mit Schreiben vom 25.08.2000 an den Ehemann der Klägerin versandt hat, spricht ohnehin vieles dafür, dass die Anzeige sowieso keinen Einfluss mehr auf die Entscheidung der Beklagten haben konnte (vgl. BGH, VersR 1984, 884 Rn. 21). 65

4. 66

Die Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass der Ehemann der Klägerin die oben unter 2.) festgestellten objektiven Falschangaben in arglistiger Weise gemacht hat. 67

a) 68

Von einem arglistigen Verhalten ist auszugehen, wenn der Täuschende weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass er unzutreffende Angaben macht, und dass dadurch bei dem Empfänger seiner Erklärung eine falsche Vorstellung entsteht und diese ihn zu einer Erklärung veranlasst, die er bei richtiger Kenntnis der Dinge nicht oder nicht so abgegeben haben würde. Das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst nicht nur ein Handeln, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (BGH NJW 2001, 2326; OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 463). Auf Arglist als innere Tatsache kann regelmäßig nur auf der Grundlage von Indizien geschlossen werden. Voraussetzung für die Annahme einer arglistigen Täuschung ist somit, dass der Versicherungsnehmer mit wissentlich falschen Angaben von Tatsachen bzw. dem Verschweigen anzeige- und offenbarungspflichtiger Umstände auf die EntschlieÙung des Versicherers, seinen Versicherungsantrag anzunehmen, Einfluss nehmen will und sich bewusst ist, dass der Versicherer möglicherweise seinen Antrag nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen annehmen werde, wenn er wahrheitsgemäÙe Angaben mache. Arglistig täuscht im Sinne des § 123 BGB damit nur derjenige, dem bei der 69

Beantwortung der Fragen nach dem Gesundheitszustand oder früherer Behandlungen auch bewusst ist, dass die Nichterwähnung der nachgefragten Umstände geeignet ist, die Entschließung des Versicherers über die Annahme des Vertragsangebots zu beeinflussen (OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 463).

Dabei gibt es keinen allgemeinen Satz der Lebenserfahrung des Inhalts, dass eine bewusst unrichtige Beantwortung von Fragen nach dem Gesundheitszustand oder früheren Behandlungen immer oder nur in der Absicht gemacht zu werden pflegt, auf den Willen des Versicherers Einfluss zu nehmen. Denn häufig werden unrichtige Angaben über den Gesundheitszustand auch aus falsch verstandener Scham, aus Gleichgültigkeit, aus Trägheit oder einfach in der Annahme gemacht, dass die erlittenen Krankheiten bedeutungslos seien. Deshalb muss der Versicherer entsprechend den allgemeinen Beweislastregeln nachweisen, dass der Versicherungsnehmer mit Hilfe der Abgabe einer falschen Erklärung auf den Willen des Versicherers einwirken wollte, sich also bewusst war, der Versicherer werde seinen Antrag nicht oder möglicherweise nur unter erschwerten Bedingungen annehmen, wenn der Versicherungsnehmer die Fragen wahrheitsgemäß beantworten würde. Da es sich bei dem Bewusstsein des Versicherungsnehmers um eine innere Tatsache handelt, kann der Beweis in der Praxis meist nur durch einen Indizienbeweis geführt werden. Will der Versicherer den ihm nach § 123 BGB obliegenden Nachweis führen, der Versicherungsnehmer habe bei Anbahnung des Versicherungsvertrages arglistig falsche Angaben gemacht, so trifft, wenn objektiv falsche Angaben vorliegen, nach ständiger Rechtsprechung den Versicherungsnehmer indes eine sekundäre Darlegungslast; er muss plausibel darlegen, wie und weshalb es zu den objektiv falschen Angaben gekommen ist (BGH NJW-RR 2008, 343 m.w.N.).

Das Verschweigen von Umständen, deren Gefährlichkeit auch aus Sicht des Versicherungsnehmers auf der Hand liegt, also das Verschweigen schwerer oder chronischer Erkrankungen, rechtfertigt grundsätzlich die Annahme einer arglistigen Täuschung. Hat der Versicherungsnehmer gewisse Umstände - auch Untersuchungen - stark verharmlost oder harmlosere Umstände als den verschwiegenen angegeben, so folgt daraus, dass er sich der Gefährlichkeit tatsächlich bewusst war und das Verschweigen daher auf Arglist schließen lässt. Gleiches gilt, wenn länger zurückliegende, nicht aber aktuelle Krankheiten angegeben werden. Dagegen spricht gegen Arglist, wenn der Versicherungsnehmer leichtere Erkrankungen oder solche, die von ihm als solche angesehen werden, verschwiegen oder gravierendere Umstände als die verschwiegenen angezeigt hat (BGH VersR 2004, 1297; Prölss/Martin, VVG, 28. Auflage, § 22, Rn. 14).

b) 72

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass aus der bloßen Nichtangabe der seborrhoischen Keratose und der Dermatophytose sowie der mit Massagen und Fangopackungen behandelten Wirbelsäulenbeschwerden und der ärztlichen Behandlungen in den letzten fünf Jahren nicht auf ein arglistiges Verhalten des Ehemannes der Klägerin geschlossen werden kann, zumal die Beklagte ihre Anfechtung auch nicht auf diese Umstände als Anfechtungsgrund gestützt hat. Denn diese konkreten Beschwerden waren – auch aus seiner Sicht als Versicherungskaufmann – für das von der Lebensversicherung erfasste Risiko eher unbedeutend, da sie harmlos waren und keinen bleibenden Einfluss auf seinen Gesundheitsstatus hatten. Auch wenn die Beklagte ausdrücklich auch nach bloßen Beschwerden gefragt hat, lag die Gefährlichkeit der konkreten Beschwerden des Ehemannes der Klägerin für diesen gerade nicht auf der Hand.

c) 74

Aber auch hinsichtlich der Nichtangabe der Hautveränderung am rechten Unterschenkel ist eine arglistige Täuschung des Ehemannes der Klägerin nicht durch die Beklagte bewiesen. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast erklärt, ihr Ehemann habe die Veränderung zunächst für einen Mückenstich oder etwas Ähnliches gehalten und habe die „Blutblase“ trotz der Größenzunahme als harmlos angesehen. Ferner habe er selber mehrfach an der Veränderung „manipuliert“. Zwar war eine erhebliche Größenzunahme der Hautveränderung festzustellen, die einen Verdacht auf Hautkrebs nahe legen könnte, zumal der Ehemann der Klägerin schon einmal wegen eines - gutartigen - Hauttumors behandelt worden war. Dass der Ehemann der Klägerin einen solchen Verdacht auf eine mögliche Hautkrebserkrankung indes tatsächlich hatte, hat die Beklagte jedoch lediglich behauptet, aber nicht unter Beweis gestellt. Aus den objektiv feststehenden Umständen ergibt sich ein solcher Verdacht des Ehemannes der Klägerin nicht zwingend, zumal die Größe der Hautveränderung bereits seit Januar 2000 zunahm. Wäre der Ehemann der Klägerin von einer derart ernsthaften Erkrankung ausgegangen, wäre er bei lebensnaher Sicht schon früher zum Arzt gegangen. Ferner steht nicht fest, dass dem Ehemann der Klägerin eine (vorläufige) Diagnose von Frau Dr. Q. oder die Excision bekannt waren, als er den Lebensversicherungsantrag absandte; vielmehr hatte er einen längerfristigen Termin bei der Hautärztin vereinbart und konnte und durfte die Größenzunahme der Hautveränderung auch auf seine eigenen Manipulationen zurückführen.

75

Theoretisch denkbar ist zwar, dass sich der in Versicherungsdingen erfahrene Ehemann der Klägerin möglicherweise den Versicherungsantrag in Ansehung des Termins bei Frau Dr. Q. zuschicken ließ, diesen der Beklagten erst nach der vorläufigen Diagnose am 16.08.2000 zuschickte und dabei darauf achtete, der erfolgreichen Annahme seines Antrags möglichst wenig Steine in den Weg zu legen. Der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen der Untersuchung durch die Hautärztin und der Antragstellung könnte hierfür sprechen, zumal die Klägerin weder dargelegt hat, warum die Lebensversicherung zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden sollte, noch warum der Ehemann der Klägerin noch sechs weitere Lebensversicherungsverträge laufen hatte, wobei auch nicht klar ist, wann diese abgeschlossen wurden. Auch ist nicht ersichtlich, warum der Ehemann der Klägerin nicht auch diese Lebensversicherung bei der H.-M. Versicherung abgeschlossen hat. Auf der anderen Seite ist von der Beklagten vorgetragen und unstrittig geblieben, dass der Termin bei Frau Dr. Q. längerfristig vereinbart worden war. Der zeitliche Zusammenhang zwischen Versicherungsantrag und hautärztlicher Untersuchung relativiert sich damit.

76

Ein arglistiges Verhalten des Ehemannes der Klägerin kann jedenfalls dann nicht mehr festgestellt werden, wenn nicht auszuschließen ist, dass er das Schreiben am 24.08.2000 versandt hat, da er nicht wissen konnte, dass der Versicherungsschein bereits am 25.08.2000 gedruckt und versandt werden würde. Er konnte daher, wenn er das Schreiben verschickt haben sollte, davon ausgehen, dass der Versicherungsvertrag nicht zustande kommt. Umgekehrt wäre eine fehlende Anzeige der spätestens am 22.08.2000 mitgeteilten Diagnose durch den Ehemann der Klägerin, obwohl ihm – wie die Klägerin ausdrücklich einräumt – die Bedeutung seiner Mitteilungspflicht jedenfalls seit dem Abend des 23.08.2000 bewusst war, ein deutliches Indiz für ein arglistiges Verhalten, zumal der Ehemann der Klägerin als Versicherungskaufmann besondere Kenntnisse hatte. Denn es gäbe dann keinen anderen Grund für den Ehemann der Klägerin, von der Anzeige abzusehen, als Einfluss auf die Entscheidung der Beklagten nehmen zu wollen.

77

Dem Abfassen und Abschicken des Briefes vom 24.08.2000 kommt damit entscheidende Bedeutung zu. Die Beklagte hat die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin mit Nichtwissen bestritten und behauptet, das Schreiben sei nie bei ihr angekommen. Einen

78

Beweis hat sie indes nicht angetreten, so dass sie beweisfällig geblieben ist. Denn für das Vorliegen der Arglist ist die Beklagte beweisbelastet; demzufolge ist sie auch für das Vorliegen der Indizien beweisbelastet, aus denen auf das Vorliegen der Arglist geschlossen werden kann. Aufgrund dessen ist sie dafür beweisbelastet, dass der Ehemann der Klägerin das Schreiben vom 24.08.2000 nicht verfasst und abgeschickt hat. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast konkret dargelegt, wann und wie ihr Ehemann das Schreiben verfasst und abgeschickt haben soll. Dem ist die Beklagte nicht hinreichend entgegen getreten. Ihre Behauptung, das Schreiben nicht erhalten zu haben, genügt nicht, da das Schreiben auf dem Postweg verloren gegangen oder falsch zugestellt worden sein kann; ohnehin hat die Beklagte auch für den fehlenden Erhalt des Briefes keinen Beweis angetreten. Auch im Übrigen hat die Beklagte keinen Beweis für die Unrichtigkeit der von der Klägerin hinsichtlich des Abfassens und Absendens des Briefes behaupteten Umstände angeboten.

5. 79

Aufgrund dessen kann es der Senat im Ergebnis auch dahinstehen lassen, ob die Beklagte ärztliche Informationen aufgrund einer nicht wirksamen Schweigepflichtentbindungserklärung erhalten hat und ob diese Informationen für den Fall, dass keine wirksame Entbindungserklärung vorlag, im Rechtsstreit berücksichtigt werden können. 80

Der Senat weist aber dennoch vorsorglich zum einen darauf hin, dass die in der Schlusserklärung von der Beklagten formulierte Schweigepflichtentbindungserklärung nicht den Erfordernissen der Entscheidung des BVerfG vom 23.10.2006 (VersR 2006, 1669) entsprechen dürfte und auch nicht vorgetragen ist, dass die Einwilligungserklärung der Klägerin zur Befragung der Krankenkasse ihres Ehemannes den Erfordernissen des § 213 VVG entsprach, wobei eine Einverständniserklärung zur Befragung einer Krankenkasse ohnehin nicht gleichzeitig eine Schweigepflichtentbindung der behandelnden Ärzte beinhaltet. Zum anderen weist der Senat darauf hin, dass sich aus dem Beschluss des BGH vom 21.09.2011 (VersR 2012, 297) gerade nicht ergibt, dass rechtswidrig erhobene Gesundheitsdaten aufgrund einer Güterabwägung stets dann verwendet werden dürfen, wenn Vorerkrankungen arglistig verschwiegen wurden. Einer solchen Sichtweise hat der BGH ausdrücklich eine Absage erteilt und vielmehr bestätigt, dass ein arglistiges Verhalten lediglich ein – wenn auch meist gewichtiger – Umstand ist, der in eine Güterabwägung neben anderen Umständen einfließt, bei der hier dann auch zu berücksichtigen wäre, dass die Beklagte trotz der Entscheidung des BVerfG seit Ende 2006 nichts unternommen hat, um eine wirksame Schweigepflichtsentbindung herbeizuführen. 81

II. 82

Ein Anspruch der Klägerin ist auch nicht wegen eines Rücktritts der Beklagten gemäß § 19 Abs. 2 VVG n.F. ausgeschlossen. 83

Auch wenn die Beklagte lediglich eine Anfechtung des Lebensversicherungsvertrages erklärt hat, ist diese gemäß § 140 BGB in eine Rücktrittserklärung umdeutbar (Prölss/Martin, VVG, 28. Auflage, § 21, Rn. 5 m.w.N.). Eine Umdeutung gemäß § 140 BGB ist von Amts wegen vorzunehmen (BGH NJW 1963, 339, 340). 84

Die Erklärung der Beklagten vom 08.09.2009 war jedoch nicht rechtzeitig. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 ABRis konnte die Beklagte binnen acht Jahren seit Vertragsabschluss vom Vertrag zurücktreten; der Vertrag ist jedoch bereits im Jahr 2000 zustande gekommen. 85

86

III.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus dem Verzug der Beklagten gemäß §§ 286, 288 BGB. Indes ist die Beklagte erst mit der durch ihr Schreiben vom 08.09.2009 erklärten endgültigen Leistungsverweigerung in Verzug geraten, da die Versicherungsleistung gemäß § 14 Abs. 1 VVG n.F. erst mit der Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistung notwendigen Erhebungen fällig geworden ist. 87

Ebenfalls aufgrund des Verzugs der Beklagten kann die Klägerin Ersatz der ihr entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beanspruchen, die sich nach einem Gegenstandswert von 153.387,56 Euro wie folgt berechnen: 88

| | | |
|---------------------------|----------------------------|----|
| 1,3 Geschäftsgebühr | 2060,50 Euro | 89 |
| Auslagenpauschale | 20,00 Euro | 90 |
| <u>Umsatzsteuer</u> | <u>395,29 Euro</u> | 91 |
| <u>Gesamtsumme</u> | <u>2475,79 Euro</u> | 92 |

Da die Klägerin auf das Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen nicht dargelegt hat, die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bereits bezahlt zu haben, hat sie diesbezüglich lediglich einen entsprechenden Freistellungsanspruch. 93

IV. 94

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Klägerin hat lediglich Verzugszinsen für einen kurzen Zeitraum zu viel beansprucht sowie hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten einen Zahlungsanspruch anstelle eines Freistellungsanspruchs geltend gemacht. 95

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 96

Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 97

V. 98

Der Streitwert wird auf 153.387,56 Euro festgesetzt. 99