
Datum: 17.08.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 41/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0817.9U41.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 458/09

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 21.01.2010 - 24 O 458/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

I. Der Kläger wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Luckenwalde vom 15.03.2007 – 17 L 221/06 - zum Zwangsverwalter des im Grundbuch von X, Blatt 3284 eingetragenen Miteigentumsanteils, lfd. Nr. 1, ½ Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung X, Flur ..., Flurstück ..., verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Haus 1 gelegenen Räumen,

2

Aufteilungsplan Nr. 1, bestellt. Eigentümer und Schuldnerin war die M-Haus Wohnungsbaugesellschaft mbH in M. Die Schuldnerin hatte bei der Beklagten eine "Wohngebäude-Vielschutz-Versicherung abgeschlossen. Diese beinhaltete eine Wohngebäudeversicherung, der die VGB 88 zugrunde lagen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Nachtrag Nr. 1 zum Versicherungsschein (Bl. 7) und die Allgemeinen Wohngebäude-Versicherungsbedingungen (VGB 88, Fassung Januar 1995, Bl. 27 ff) Bezug genommen. Versicherungsort war 15745 X, Xa 99. Eine Anpassung der AVB an das neue Versicherungsvertragsgesetz vom 23.11.2007 war nicht erfolgt.

Das Objekt stand leer und wurde zur Vermietung vorgehalten. Am 08.01.2009 wurde als Folge eines Heizungsausfalls mit Einfrieren einer Leitung mit Rohrbruch ein Leitungswasserschaden festgestellt. Unter dem 13.01.2009 zeigte der Kläger der Beklagten den Schaden an und veranlasste dringend notwendige Arbeiten zur Schadensbeseitigung. 3

Mit Schreiben vom 20.02.2009 wandte sich der Kläger an die Beklagte und übersandte ein Angebot des Heizungs- und Sanitär -Unternehmens T & T GbR vom 29.01.2009 über die bereits ausgeführten hinausgehende weitere Arbeiten zum Preis von 3.712,87 €. Die Beklagte beantwortete dieses Schreiben zunächst nicht. Mit Schreiben vom 29.04.2009 übersandete der Kläger der Beklagten eine Rechnung der Firma T & T vom 23.04.2009 über 2.292,54 €. Daraufhin schaltet die Beklagte ihren Schadensregulierer Unglaube ein. Am 13.05.2009 kam es zu einem Ortstermin im Objekt. Mit Schreiben vom 17.06.2009 forderte die Beklagte den Kläger auf, die restlichen erforderlichen Klempnerarbeiten gemäß Angebot T & T vom 29.01. in Auftrag zu geben und der Beklagten die abschließende Rechnung einzureichen. Die Beklagte werde "nach Erhalt 50 % des Gesamtschadens regulieren und zur Auszahlung bringen". 4

In dem Schreiben hieß es u.a.: *"Vertragsgemäß hat der Versicherungsnehmer u.a. nicht genutzte Gebäude oder Gebäudeteile genügend häufig zu kontrollieren und dort alle wasserführenden Anlagen und Einrichtungen abzusperren, zu entleeren und entleert zu halten. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit, ist der Versicherer dazu berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Aus diesem Grund können wir uns lediglich hälftig an den zu erwartenden bzw. endgültigen Schadensbeseitigungsaufwendungen beteiligen, da die Wasserleitungsanlage nicht abgesperrt und entleert wurde."* 5

In der Folgezeit gab der Kläger die Arbeiten in Auftrag. Die hierüber erteilte Rechnung zahlte der Kläger und übersandte die Rechnung vom 16.07.2009 über 3.917,80 € mit Schreiben vom 24.07.2009 an die Beklagte unter Fristsetzung zum Ausgleich auch der Rechnung vom 23.04.2009 bis 07.08.2009. Eine Zahlung der Beklagten erfolgte nicht. 6

Der Kläger hat behauptet, am 30.12.2008 sei das Haus durch die Mitarbeiterin der Ta Hausverwaltung GmbH kontrolliert worden. Es habe keine Hinweise auf Probleme der Leitungen gegeben. Die Heizung sei in Betrieb gewesen. Gleichwohl sei der Schaden eingetreten, weil die Heizung offenbar ausgefallen sei. Der Kläger hat weiter geltend gemacht, dass das Schreiben vom 17.06.2009 ein Schuldanerkennntnis enthalte. Im übrigen könne sich die Beklagte nicht auf eine Obliegenheitsverletzung berufen, da sie die Versicherungsbedingungen nicht an das neue Versicherungsvertragsgesetz angepasst habe. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.210,34 € nebst Zinsen 9

in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem	
08.08.2009 zu zahlen.	11
Die Beklagte hat beantragt,	12
die Klage abzuweisen.	13
Die Beklagte hat die Kontrolle bestritten und hat vorgetragen, der Kläger habe die Heizung trotz Leerstandes nicht entleert und entleert gehalten. Zudem hat die Beklagte hat die Auffassung vertreten, sie könne sich weiterhin auf § 11 Ziffer 1 c) und d) VGB 88 berufen. Auch habe der Kläger gegen § 31 VVG 2008 verstoßen. Es sei nicht möglich, dass der Schaden, so wie vom Kläger angegeben, eingetreten sei. Es könne nicht so gewesen sein, wie der Kläger zur Kontrolle vorgetragen habe, so dass auch Verwirkung eingetreten sei. Schließlich liege Gefahrerhöhung gemäß § 23 VVG vor durch nicht ordnungsgemäße Beheizung vor sowie Herbeiführung des Schadens durch grobe Fahrlässigkeit.	14
Das Landgericht hat der Klage bis auf die Höhe der Zinsen stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 6.210,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.08.2009 zu zahlen.	15
Es hat u. a. ausgeführt, die Beklagte habe mit Schreiben vom 17.06.2009 ausdrücklich anerkannt, jedenfalls für die Hälfte des Schadens eintrittspflichtig zu sein. Das Schuldanerkenntnis hindere die Beklagte zwar nicht, sich auf die Verletzung der Obliegenheit nach § 11 Ziffer 1 c) und d) VGB 88 zu berufen. Die Berufung darauf gehe jedoch ins Leere. Es fehle an einer wirksamen Vereinbarung über die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung, wie sie § 28 Abs. 2 VVG n. F. zwingend verlange. Die Regelung der VGB 88 sei unter der Geltung des VVG 2008 unwirksam, denn sie verweise ausdrücklich auf § 6 VVG a.F., der anders gestaltet sei als § 28 VVG n.F. Diese Regelung könne auch nicht nach dem sog. blue-pencil-Prinzip aufrecht erhalten werden. Eine Bestimmung, dass uneingeschränkt Leistungsfreiheit eintrete, sei nach den §§ 32, 28 VVG unwirksam. Soweit die Beklagte meine, es genüge, dass die Vereinbarung einer Obliegenheit nach VGB 88 wirksam sei und die Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung könne nach § 306 Abs. 2 BGB aus § 28 VVG entnommen werden, könne dem nicht gefolgt werden. Es gebe keine gesetzliche Vorschrift, die eine Einigung fingiere. Die Beklagte hätte gemäß Art 1 Abs. 3 EGVVG die Möglichkeit gehabt, für Obliegenheiten, die unter § 28 VVG fallen, eine Anpassung vorzunehmen, wovon sie nicht Gebrauch gemacht habe. Dass dies nicht möglich gewesen sei, sei nicht nachvollziehbar. Auch auf eine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit durch angeblich falsche Darstellung könne sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen, da es auch insoweit an einer vertraglichen Regelung im Sinne des § 28 Abs. 2 VVG fehle. § 31 VVG regle nur eine Auskunftspflicht. Eine arglistige Täuschung sei nicht dargelegt. Auf Gefahrerhöhung und grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls könne sich die Beklagte nicht berufen, weil sie im Schreiben vom 17.06.2009 keinen entsprechenden Vorbehalt gemacht habe. Die Angriffe gegen die Höhe seien aus diesem Grund auch treuwidrig. Die Beklagte habe zunächst dem Kläger erklärt, er möge ein Unternehmen entsprechend dem Angebot beauftragen und die Rechnung sodann einreichen. Nachdem der Kläger entsprechend gehandelt habe, habe die Beklagte die Notwendigkeit der Arbeiten und die Angemessenheit in Abrede gestellt, obgleich der Rechnungsbetrag den Angebotsbetrag nur unwesentlich überstiegen habe und ihr hinsichtlich der Notfallarbeiten sogar die Rechnung vorgelegen habe, bevor sie erklärt habe, 50 % der Gesamtkosten zu zahlen. Zinsen seien nur in Höhe von 5 Prozentpunkten begründet, da keine Entgeltforderung vorliege.	16

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil und die Entscheidungsgründe Bezug genommen.	17
Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Die Ausführungen des Landgerichts zu einem deklaratorischen Anerkenntnis würden nicht angegriffen. 50 % der Klageforderung seien inzwischen von der Beklagten überwiesen. Es werde nunmehr nur noch Klageabweisung in Höhe von 3.105,17 € nebst Zinsen begehrt. Die Beklagte macht geltend, zu der Frage der Wirksamkeit der vertraglichen Obliegenheit nach neuem Recht würden in der versicherungsrechtlichen Literatur und von Instanzgerichten verschiedene Meinungen vertreten. Nur bei den vertraglich vereinbarten Obliegenheiten stelle sich das Problem. Die Folgen von Gefahrerhöhung, §§ 23 ff VVG, und grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles, § 81 Abs. 2 VVG, die vorliegend auch gegeben seien, seine unabhängig vom Meinungsstreit. Die Argumentation mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion sei verfehlt, weil der Schutzzweck nicht berührt werde. Es entspreche dem Grundgedanken des § 306 Abs. 2 BGB, die Lücke zu schließen. Ohnehin sei die Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung vorzugswürdig. Insoweit verweist die Beklagte auf die Urteile des Bundesgerichtshofes zu § 172 VVG a.F. bei der kapitalbildenden Lebensversicherung (VersR 2005, 1565) und zu § 15 a MB-KT 78 (VersR 1992, 477). Man könne auch nicht argumentieren, dass es der Versicherer unterlassen habe, innerhalb der gesetzlichen Frist die Allgemeinen Versicherungsbedingungen umzustellen. Es habe nur ein Zeitraum von 10 Monaten zur Verfügung gestanden, um den gesamten Bestand umzustellen. Das sei EDV-technisch gar nicht möglich gewesen. Insoweit stelle sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Anpassungsregelung. Die Regelung des Art. 1 EGVVG sei zugunsten des Versicherers ergangen und nicht zu dessen Lasten. Wenn der Versicherer von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe, könne sich dies nicht zu seinen Gunsten auswirken, aber ebenso wenig zu seinen Lasten. Unwirksamkeit sei auch nicht wegen fehlender Transparenz anzunehmen. Es fehle nämlich an einer unangemessenen Benachteiligung. Insoweit verweist die Beklagte auf die Rechtsprechung zur verhüllten Obliegenheit (BGH r+s 2008, 381). So könne eine als Risikoausschluss formulierte Bestimmung als eine Obliegenheit zu werten sein. Die Sicherheitsvorschrift nach § 11 Ziffer 1 c) VGB 88 sei verletzt, das da Gebäude nicht genutzt gewesen sei. Allein das Nichtabstellen der Heizung rechtfertige jedenfalls eine Kürzung von 50 %.	18
Die Beklagte beantragt,	19
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in Höhe	20
von 3.105,17 € nebst Zinsen abzuweisen.	21
Der Kläger beantragt,	22
die Berufung zurückzuweisen.	23
Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und macht insbesondere geltend, grobe Fahrlässigkeit bei der Kontrolle könne ihm nicht vorgeworfen werden. Durch das neue Recht würden die Rechtsfolgen des § 11 VGB 88 nicht mehr Anwendung finden. Die Voraussetzungen des § 306 Abs. 2 BGB seien nicht gegeben. Schließlich werde auch das Transparenzgebot des § 307 BGB verletzt, weil nicht darauf hingewiesen worden sei, dass es eine geänderte Rechtsfolgeregelung gebe.	24

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Das Landgericht ist zu Recht von einer Leistungspflicht der Beklagten ausgegangen. 27

1. Es besteht ein Entschädigungsanspruch des Klägers wegen des Rohrbruchschadens vom 08.01.2009 gemäß den §§ 4 Nr. 2, 7 Nr. 1 b), 15 Nr. 1 b) VGB 88 in der geltend gemachten Höhe. Im Hinblick auf die Hälfte des Anspruchs hat die Beklagte ihre Entschädigungspflicht unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beklagten vom 17.06.2009 nicht mehr in Abrede gestellt, so dass nur noch der Betrag von 3.105,17 € nebst Zinsen Gegenstand des Berufungsverfahrens ist. 28

2. Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf eine Obliegenheitsverletzung nach § 11 Nr. 2 VGB 88 und eine quotale Leistungskürzung berufen. 29

a) Da der Versicherungsfall in 2009 eingetreten ist, gilt gemäß Art. 1 Abs.1 EGVVG neues Recht. Danach ist die Regelung des § 11 Nr. 2 VGB 88 mit § 28 VVG nicht vereinbar, so dass nach § 32 VVG grundsätzlich Unwirksamkeit eintritt. 30

In § 11 VGB 88 heißt es auszugsweise wie folgt: 31

"1. Der Versicherungsnehmer hat 32

... 33

c) nicht genutzte Gebäude oder Gebäudeteile genügend häufig zu kontrollieren und dort alle wasserführenden Anlagen und Einrichtungen abzusperren, zu entleeren und entleert zu halten. 34

... 35

2. Verletzt der Versicherungsnehmer eine dieser Obliegenheiten, so ist der Versicherer nach Maßgabe von § 6 VVG zur Kündigung berechtigt oder auch leistungsfrei. Eine Kündigung des Versicherers wird einen Monat nach Zugang wirksam. Leistungsfreiheit tritt nicht ein, wenn die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht" 36

In § 28 VVG heißt es: 37

(2) Bestimmt der Vertrag, dass der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nicht zur Leistung verpflichtet ist, ist er leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich verletzt hat. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmer entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer. 38

(3) Abweichend von Absatz 2 ist der Versicherer zur Leistung verpflichtet, soweit die Verletzung der Obliegenheit weder für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles noch für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherer ursächlich ist. Satz 1 gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit arglistig verletzt hat. 39

Der Vergleich der Vorschriften ergibt, dass § 11 Nr. 2 VGB 88 nicht mit § 28 VVG in Einklang steht. In § 11 VGB 88 wird Bezug genommen auf Kündigung oder Leistungsfreiheit nach § 6 VVG a.F. Das kollidiert aber mit der Neuregelung des § 28, der eine wirksame Vereinbarung über die Leistungsfreiheit voraussetzt ("bestimmt der Vertrag ..."). Nach altem Recht – auf das § 11 VGB 88 durch Hinweis auf § 6 VVG a.F. Bezug nimmt - konnte eine grob fahrlässig begangene Obliegenheitsverletzung zur vollen Leistungsfreiheit führen, und bei Vorsatz war zwar die Relevanztheorie zu beachten, aber ohne konkretes Kausalitätserfordernis wie jetzt in § 28 Abs. 3 S. 1. Die quotale Leistungskürzung in § 28 Abs. 2 VVG bei grober Fahrlässigkeit ist im bisherigen Recht nicht enthalten.

Da nach § 32 VVG von § 28 VVG nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden kann, ergibt sich grundsätzlich Unwirksamkeit des 41

§ 11 Nr. 2 VGB 88. Denn die Neuregelung ist für den Versicherungsnehmer günstiger als die von der Beklagten verwendeten Versicherungsbedingungen. 42

b) Eine geltungserhaltende Reduktion auf den zulässigen Inhalt ist – jedenfalls im vorliegenden Fall - unzulässig. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hat den Sinn, dass nach dem Ziel der §§ 307 ff BGB auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten und empfohlenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken ist und den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten verschafft werden soll. Hiermit soll eine Störung des Rechtsverkehrs vermieden werden, weil der möglicherweise rechtsunkundige Verwendungsgegner eine Abwicklung nach Maßgabe der AGB einschließlich der unwirksamen Klausel hinnehmen könnte (vgl. BGH NJW 2000, 110; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., vor § 307 Rn 8). Dieser Gesichtspunkt trägt auch hier. 43

Demgegenüber kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, dass der Grund für die Unwirksamkeit außerhalb des Bereichs des Versicherers als Verwender liegt und während der Laufzeit eines bei Abschluss wirksamen Versicherungsvertrages durch eine Gesetzesreform hervorgerufen wurde (vgl. Looschelders in Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, Art. 1 EGVVG Rn 27; Hövelmann VersR 2008, 612; Funck VersR 2008, 163; Schnepf/Segger VW 2008, 907). Richtig ist, dass die ursprünglichen Vereinbarungen von den Voraussetzungen der Obliegenheitsverletzungen und den Rechtsfolgen ihrer Verletzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam waren. Die Vertragspartner konnten nicht absehen, dass durch eine spätere Gesetzesänderung mit Rückwirkung die Wirksamkeit von Regelungen in Altverträgen zweifelhaft werden könnten. 44

Es ist auch nicht zu verkennen, dass damit die Gefahr bestand, dass das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hier im Ergebnis zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses führen könnte. 45

Dieser genannten Ansicht ist indes entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG ein Anpassungsverfahren vorgesehen hat. Er sieht dieses Verfahren als Einschränkung des Grundsatzes der Geltung für Altverträge (vgl. amtl. Begründung BT-Drucks, 16/3945 S. 118), wobei Bedenken des Bundesrates an der Ausgestaltung des Anpassungsverfahrens (vgl. BR-Drucks. 707/06 S. 10 Nr. 16) zu keiner Änderung geführt haben. Danach konnte der Versicherer bis zum 01.01.2009 seine Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Altverträge mit Wirkung für diesen Tag ändern, sofern sie von den Vorschriften des VVG abweichen, und er dem Versicherungsnehmer die geänderten Versicherungsbedingungen unter Kenntlichmachung der Unterschiede spätestens einen Monat vor diesem Zeitpunkt in Textform mitteilt. Der Umstand, dass der 46

Gesetzgeber das Umstellungsverfahren vorgesehen hat, zeigt, dass er grundsätzlich von der Unwirksamkeit der von der Gesetzesreform betroffenen Klauseln ausgegangen ist (vgl. Maier VW 2008, 986; ders. in Stiefel/Maier, AKB, 18. Aufl., Einl Rn 7). Sonst wäre das Anpassungsverfahren nicht erforderlich gewesen.

Es besteht demnach kein Grund, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ausnahmsweise nicht anzuwenden. Der Fall, dass von Anfang an eine unwirksame Bestimmung verwendet wird oder dass von einer gesetzlich vorgesehenen Anpassungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird, ist im Ergebnis gleich zu behandeln. Eine geltungserhaltende Reduktion, etwa dass die Regelung des 28 VVG gelten solle, ist nicht zulässig (vgl. LG Nürnberg-Fürth, r+s 2010, 145; Maier, a.a.O.; von Fürstenwerth r+s 2009, 221; Fitzau VW 2008, 448; Meixner/Steinbeck, Das neue Versicherungsvertragsrecht, S. 238; Höra r+s 2008, 89; Fahl/Kassing VW 2009, 320; Neuhaus r+s 2007, 441; Wagner VersR 2008, 1190; a. A. Armbrüster in Prölss/Martin, VVG, 28 Aufl. Art 1 EGVVG Rn 3; Günther/Spielmann r+s 2008, 143; Funck VersR 2008, 163).

Zwar kann ausnahmsweise bei einer Klauselkontrolle eine Bestimmung, die mehrere sachliche, nur formal verbundene Regelungen enthält und sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich und gegenständlich zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, durch Streichung des unzulässigen Teils ("blue - pencil – test") mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden (vgl. BGH WuM 2010, 231; BGHZ 145, 203; Palandt/Grüneberg, a.a.O., vor § 307 Rn 11). Diese Voraussetzungen einer teilbaren Klausel liegen aber innerhalb der Regelung des § 11 Nr. 2 VGB 88 erkennbar nicht vor.

c) Auch der Gesichtspunkt der ergänzende Vertragsauslegung führt nicht zur Wirksamkeit und Anwendbarkeit des § 11 Nr. 2 VGB 88.

Eine solche Schließung einer Lücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung kommt in Betracht, wenn für eine Vertragsergänzung geeignete Vorschriften fehlen und die ersatzlose Streichung der Klausel nicht interessengerecht wäre (vgl. BGHZ 137, 153; BGH NJW 2008, 3422; BGHZ 164, 297 = VersR 2005, 1565). Wird eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbedenkliche Klausel durch Gesetzesänderung unwirksam, ist eine in der Klausel enthaltene und nicht zu beanstandende Teilregelung trotz des Verbots geltungserhaltender Reduktion insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Wege ergänzender Auslegung aufrecht zu erhalten (vgl. BGHZ 137, 153; BAG NJW 2005, 1820).

Anders liegt es, wenn der Gesetzgeber wie in Art 1. Abs. 3 EGVVG ein Anpassungsregelung vorsieht. Die vom Bundesrat als denkbar angeregte Alternativregelung, die bestehende Versicherungsbedingungen unter Berücksichtigung des fiktiven Willens der Vertragsparteien für den Fall der Kenntnis der neuen Rechtslage auslegt (BR-Drucks. 707/06 S. 10), hat sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen können. Nach der gesetzlichen Anpassungsregelung hatte es der Versicherer in der Hand, die Verträge umzustellen. Er konnte das Entstehen von durch Unwirksamkeit hervorgerufenen Regelungslücken verhindern, indem er eine Anpassung innerhalb der gesetzlichen Frist vornahm. Wenn er davon keinen Gebrauch gemacht hat, besteht kein Grund, die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu füllen (vgl. Maier VW 2008, 986; Schimikowski, Anm. zu LG Göttingen r+s 2010, 194; Wandt in Langheid/Wandt, MünchKomm - VVG § 28 Rn 22; von Fürstenwerth r+s 2009, 221, 224; a.A. Muschner in HK-VVG Art 1 EGVVG Rn 24; Brand in Looschelders/Pohlmann Art. 1 EGVVG Rn 19).

47

48

49

50

51

52

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf Entscheidungen hinweist, in denen eine ergänzende Vertragsauslegung von unwirksamen Klauseln in Allgemeinen Versicherungsbedingungen in Betracht gezogen wurde (vgl. BGHZ 164, 297 = VersR 2005, 1565; BGH VersR 1992, 477), handelt es sich um nicht vergleichbare Fallgestaltungen. Insbesondere beruhte in jenen Fällen die Unwirksamkeit nicht auf einer Gesetzesänderung, die zudem ein Umstellungsverfahren vorsieht.

d) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, dass ihr eine Vertragsumstellung in der vom Gesetzgeber vorgegebenen Frist im Bereich der Sachversicherung nicht möglich gewesen sei. Der Gesetzgeber hat den Versicherern in Art. 1 Abs. 3 EGVVG eine Übergangszeit eingeräumt, um die bestehenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Vertragsmuster an das neue Recht anzupassen und die notwendigen betriebsorganisatorischen Änderungen vornehmen zu können. Er hat eine zusätzliche Übergangszeit von einem Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Bewältigung des Umstellungsaufwands als ausreichend, aber auch erforderlich angesehen (vgl. BT-Drucks 16/3945, S. 118). Nach Ansicht des Gesetzgebers - in Kenntnis der Bedenken des Bundesrates (BR-Drucks 707/06, S. 10) - ist die Frist ausreichend gewesen. Im übrigen bleibt eine einvernehmliche Änderung unter Berücksichtigung von § 6 Abs. 4 VVG jederzeit möglich (vgl. Brand, a.a.O., Art. 1 EGVVG Rn 9). 53

Die Beklagte führt im Wesentlichen an, dass die Umstellung EDV- technisch und mit zumutbarem Aufwand nicht möglich gewesen sei. Jeder einzelne Alt-Vertrag hätte geprüft und eine synoptische Gegenüberstellung individuell gefertigt werden müssen. Die entsprechende Anpassung hätte mit Einschreibebriefen mit Rückschein versandt werden müssen. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte letztlich aus Kostengründen von der Vertragsanpassung Abstand genommen hat. Der Gesetzgeber hat aber – wie sich aus den Materialien ergibt - gerade eine Nichtanpassung aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht als gerechtfertigt angesehen (vgl. dazu auch Maier VW 2008, 986; Wagner VersR 2008, 1190; kritisch Weidner jurisPR-VersR 6/2010 Anm.2; ders. r+s 2008, 368). 54

e) Die Unwirksamkeit von § 11 Nr. 2 VGB 88 führt dazu, dass sich die Beklagte nicht auf die dort bestimmte Rechtsfolge berufen kann. 55

Bedingungen, die mit Wirksamwerden des § 28 VVG mit der Rechtslage nicht mehr in Einklang stehen, werden jedenfalls hinsichtlich der vereinbarten Sanktion unwirksam (vgl. Felsch in HK-VVG § 28 Rn 224; Wandt, a.a.O. § 28 Rn 22; Maier VW 2008, 986; Schimikowski r+s 2010, 194; Wagner VersR 2008, 1190; Marlow/Spuhl, Das neue VVG kompakt, 3. Aufl., S. 112; LG Nürnberg-Fürth r+s 2010, 145). 56

Soweit argumentiert wird, dass § 28 Abs. 2 S. 2 VVG im Fall einer grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung ein unmittelbar geltendes gesetzliches Leistungskürzungsrecht (vgl. Muschner in HK-VVG, Art 1 EGVVG Rn 16; Brand in Looschelders/Pohlmann, Art 1 EGVVG Rn 18), kann dem nicht gefolgt werden. 57

Die Regelung des § 28 Abs. 2 S. 2 VVG setzt bei vorsätzlicher und bei grob fahrlässiger Begehung voraus, dass eine wirksame vertragliche Bestimmung besteht (vgl. Wandt, a.a.O., § 28 Rn 214; Schimikowski, Anm. zu LG Göttingen r+s 2010, 194). 58

Zu Unrecht beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf die als vergleichbar heranzuziehende Rechtsprechung zur Abgrenzung einer (verhüllten) Obliegenheit von einer Risikobegrenzung und deren Folgen (vgl. Schnepf/Segger, VW 2008, 907; Armbrüster, a.a.O., Art. 1 EGVVG Rn 37; Honsell VW 2008, 480; Günther/Spielmann r+s 2008, 133). 59

- Bei jener Einordnung geht es um die Frage, ob der Versicherer von dem generell übernommenen Risiko einen genauer bezeichneten Teil herausnehmen will oder ob der Versicherungsnehmer durch ein bestimmtes Verhalten veranlasst werden soll, zur Verminderung des Risikos beizutragen, was durch Auslegung zu ermitteln ist, andernfalls er seinen Versicherungsschutz verliert (vgl. BGH VersR 2000, 969; VersR 2008, 1107). Diese Gesichtspunkte sind aber nicht auf den Fall zu übertragen, dass eine Gesetzesänderung in die Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen eingreift. 60
- Hinzukommt vorliegend, dass nach dem Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dem Versicherungsnehmer klar sein muss, welche Sanktion an ein Verhalten geknüpft wird (vgl. Wagner VersR 2008, 1190). Es darf für den Versicherungsnehmer nicht unklar bleiben, welche Rechtsfolgen gelten. 61
- Die Nichtanwendbarkeit des § 28 VVG führt außerdem nicht dazu, dass sich das Vertragsgefüge einseitig zugunsten des Versicherungsnehmers verändert. Dem Versicherer bleibt weiterhin die gesetzliche Regelung des § 81 Abs. 2 VVG und damit das quotale Leistungskürzungsrecht wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles erhalten. 62
- f) Ob auch die Regelung des § 11 Nr. 1 VGB 88, die den Tatbestand der Obliegenheit begründet (vgl. BGH VersR 2008, 1207), von der Unwirksamkeit erfasst wird (vgl. dazu Felsch in HK-VVG, § 28 Rn 224; Wandt, a.a.O., § 28 Rn 22), konnte demnach hier offen bleiben. Es brauchte ebenfalls nicht entschieden zu werden, ob insoweit eine unterschiedliche Behandlung von Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles und nach Eintritt des Versicherungsfalles im Hinblick auf § 28 Abs.1 VVG gerechtfertigt ist (vgl. Wandt, a.a.O., § 28 Rn 2). 63
3. Eine allgemeine Aufklärungspflichtverletzung durch falsche Darstellung des Schadenshergangs liegt nicht vor, da eine Regelung durch Vertrag im Sinne von § 28 Abs. 2 VVG nicht vorhanden ist. § 31 VVG beinhaltet eine Auskunftsobliegenheit, die mit dem Auskunftsverlangen des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles entsteht (vgl. HK-VVG Muschner, § 31 Rn 4). 64
- Die Voraussetzung einer arglistigen Täuschung im Sinne von § 21 Nr. 1 VGB 88 sind nicht hinreichend dargelegt. 65
4. Soweit die Beklagte sich auf eine Leistungskürzung nach § 81 Abs. 2 VVG wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles berufen hat, kann ihr dies vorliegend nicht zum Erfolg verhelfen. Grundsätzlich bleibt dem Versicherer auch bei nicht vorgenommener Vertragsanpassung die Berufung auf § 81 Abs. 2 VVG im Grundsatz erhalten (vgl. LG Göttingen r+s 2010, 194 mit Anm. Schimikowski). Im zu entscheidenden Fall sind die Voraussetzungen von der Beklagten nicht hinreichend dargetan. Eine bloße Bezugnahme auf Gerichtsurteile reicht nicht aus. Im übrigen hat die Beklagte im Schreiben vom 17.06.2009 zum Ausdruck gebracht, dass sie die Leistungskürzung allein auf den Gesichtspunkt der Obliegenheitsverletzung stützt. 66
5. Auch die Berufung auf Gefahrerhöhung nach § 23 VVG bleibt im Grundsatz möglich. Einzelheiten zu deren Vorliegen, insbesondere zur erforderlichen Dauerhaftigkeit und dem Gesichtspunkt der Gefahrenkompensation (vgl. Karczewski in HK-VVG § 23 Rn 13, 16, 25), hat die Beklagte jedoch nicht vorgetragen und in ihrem Schreiben vom 17.06.2009 auch nicht erwähnt. 67

6. Der nachgereichte Schriftsatz der Beklagten vom 29.07.2010 hat vorgelegen sowie der Schriftsatz des Klägers vom 09.08.2010. Ein Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist nicht veranlasst. Die von der Beklagten vorgebrachten Gesichtspunkte zur fehlenden Möglichkeit der Umstellung der Sachversicherungssparte innerhalb der vom Gesetzgeber vorgegebenen Frist hat der Senat berücksichtigt und nicht für durchgreifend erachtet.

III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sind gegeben. Die Rechtssache hat eine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung im Hinblick auf die Frage, ob die vereinbarten Sanktionen von Obliegenheitsverletzungen in Altverträgen unwirksam werden, wenn Versicherungsbedingungen mit dem Wirksamwerden des § 28 VVG durch die VVG-Reform nicht mehr zu vereinbaren sind. 69

Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 70

Streitwert für das Berufungsverfahren: 3.105,17 € 71