



## Mutatis mutandis: Der gestufte Dialog – ein Versuch zu Grundlagen und Anwendung

von Rafael Lorsbach, Claims Management, Gen Re, Köln

*Mutatis mutandis* ist eine lateinische Redewendung, die wörtlich übertragen soviel bedeutet wie „nachdem das zu Ändernde geändert worden ist“. Sie besagt, dass bei der Anwendung einer Regel auf verschiedene Sachverhalte die Eigenarten der unterschiedlichen Sachverhalte beachtet werden müssen, die Regel also nur unter Änderung des (im Hinblick auf die Abweichungen des jeweiligen Sachverhaltes) zu Ändernden angewendet werden soll. Unterschiedliche Sachverhalte bedingen also mitunter eine andere Regelauslegung, auch wenn die Regel im Wesentlichen dieselbe bleibt.

Es wundert nicht, dass diese Redewendung gut in juristische Kontexte passt, wo doch nur allzu gern ähnliche Sachverhalte über den selben Kamm geschoren werden. Zu richtigen Ergebnissen kommt man indes nur dann, wenn den Besonderheiten des jeweiligen Sachverhaltes Rechnung getragen wird, wenn also das zu Ändernde geändert wird.

Der BGH hat mit dem Urteil vom 22.02.2017 bekanntlich die anlasslose Überprüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht für rechters erklärt.

Dieses erfreuliche – und richtige – Urteil hatten wir in Windeseile mit Blick auf die relevanten Aspekte für die Leistungsprüfung in unserem Viewpoint März 2017 eingeordnet.

Was nun, gut ein Jahr nach der Veröffentlichung dieses Urteils, auffällt, ist, dass die Umsetzung des in diesem Urteil ebenfalls näher skizzierten sog. „gestuften Dialogs“ in der Praxis doch schwer zu fallen scheint und selbst auf Tagungen und Kongressen sehr vielfältige – um nicht zu sagen: kontroverse –

Meinungen dazu vertreten werden, welches Vorgehen, welche „Best Practice“ mit dem gestuften Dialog vereinbar ist oder nicht, wie also der gestufte Dialog in der Praxis umzusetzen ist.

Das ist keine Kleinigkeit, denn im Kern geht es dabei um nicht weniger als die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung und -verarbeitung in der Leistungsprüfung und damit letztlich auch um die Haltbarkeit von erklärten Gestaltungsrechten und Leistungsentscheidungen.

Schauen wir uns daher also das BGH-Urteil noch einmal näher an und untersuchen wir, was den BGH zur Entwicklung des gestuften Dialogs geführt hat.

Vorab wollen wir klarstellend einige Aspekte zur Leistungsprüfung im Allgemeinen und hinsichtlich der Sachverhaltskonstellation, die der Entscheidung des BGH zugrunde lag, im Besonderen hervorheben, denn andere Sachverhalte mögen zu anderen Schlussfolgerungen als denjenigen führen, zu denen der BGH gelangt ist.

### Allgemeines zur BU-Leistungsprüfung

Die Leistungsprüfung umfasst in der Regel zwei Komponenten: die Überprüfung der Angaben im Rahmen der Antragstellung auf Versicherungsschutz und den konkret geltend gemachten (materiellen) Leistungsfall „Berufsunfähigkeit“.

Maßstab der hier interessierenden Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht sind die Angaben des seinerzeitigen Versicherungsinteressenten, die dieser auf die Fragen des Versiche-

ners im Rahmen der Antragstellung (Risikoprüfung) gegeben hat.

Diese Fragen und Antworten haben ihrerseits wiederum regelmäßig zwei Komponenten:

- a) eine zeitliche Komponente, die den Abfragezeitraum betrifft (etwa: „Sind Sie in den letzten fünf bis zehn Jahren behandelt oder untersucht worden ...“) und
- b) eine inhaltliche Komponente, die die konkret abgefragten medizinisch-gesundheitlichen Aspekte betrifft („... untersucht worden wegen ...“, worauf hin teils medizinische Fachgebiete und beispielhaft aufgeführte Diagnosen und Erkrankungen oder ähnlich inhaltlich geprägte Ausformungen des Frageinhaltes folgen).

Der Versicherer fragt also bei Antragstellung in der Regel nach Untersuchungen und Behandlungen auf bestimmten Fachgebieten für einen fest umrissenen Zeitraum.

Insoweit steht also schon – halten wir dies fest – zu Beginn einer jeden BU-Leistungsprüfung fest, was der Versicherer im Rahmen der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht überprüfen will: nichts anderes nämlich als die Richtigkeit der Antworten des Versicherten auf die Fragen des Versicherers nach bestimmten Untersuchungen und Behandlungen in einem bestimmten, feststehenden, definierten Zeitraum.

Wir werden hierauf zurückkommen.

## Anmerkungen zu den mitgeteilten Sachverhalten in den Instanzverfahren

*Zum Ersten: LG Berlin, 12.06.2013, 23 O 341/12, juris*

Dem erstinstanzlichen Urteil können wir zum Auskunftersuchen des Versicherers nur entnehmen, auf welchen Zeitraum es sich bezog: nämlich auf den „vorvertraglichen“. Das ist auch schon alles. Wir erfahren nicht, ob dabei zwischen ambulanten und stationären Behandlungen unterschieden wurde, wir erfahren weder hinsichtlich der gestellten Fragen noch hinsichtlich des Auskunftbegehrens des Versicherers Details, es heißt lediglich:

Es wurden begehrt „Auskünfte des den Kläger behandelnden Arztes Dr. M. und zweier gesetzlicher Krankenversicherer des Klägers über dessen gesundheitliche Verhältnisse in der Zeit von 2002 bis zum Abschluss des streitgegenständlichen Versicherungsvertrages, also für den vorvertraglichen

Zeitraum“ und diese „von der Beklagten erstrebten und den vorvertraglichen Bereich betreffenden Auskünfte“ seien erforderlich gewesen.

Wir wissen damit also weder, was genau Gegenstand der vorvertraglichen Anzeigepflicht gewesen ist (welche Fragen des Versicherers wurden gestellt und welche Antworten hat der Versicherte darauf gegeben), noch was genau der Versicherer in der Leistungsprüfung konkret überprüfen wollte, wie seine Anfrage bzw. sein Auskunftersuchen konkret ausgestaltet und ausformuliert war. Es ist lediglich von nicht näher bestimmten „Auskünften“ die Rede, die der Versicherer „für den vorvertraglichen Zeitraum“ einholen wolle.

Zitiert werden hingegen Auszüge aus dem Bedingungswerk, den Wortlaut der Schweigepflichtentbindungserklärung kennen wir dagegen nicht. Das ist schade.

*Zum Zweiten: KG Berlin, 08.07.2014, 6 U 134/14, juris*

Aus diesem Urteil erfahren wir ebenfalls wenig Konkretes über Fragen, Antworten und Auskunftersuchen und lesen wiederum nur allgemein von der „Einholung zusätzlicher Informationen“ und von „Gesundheitsdaten aus der Zeit vor Vertragschluss“, aber immerhin auch das: Die in Rede stehende Schweigepflichtentbindungserklärung enthielt den Passus, „soweit die Kenntnis der Daten für die Beurteilung der Leistungspflicht erforderlich ist“ und das Gericht hält ein Verständnis dahingehend für möglich, dass damit „auch vorvertragliche Daten umfasst sein sollen“.

Nur: Welche konkreten Daten das denn sind, das wird auch hier nicht preisgegeben. Bei aller Diskussion über die Erforderlichkeit der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht, über die Frage, ob es eines konkreten Anlasses bedarf oder nicht, scheint ein wenig aus dem Blick zu geraten, dass und welche konkreten Daten und Angaben denn eigentlich wie und womit überprüft werden sollten.

Das sei deshalb so deutlich hervorgehoben und festgehalten, damit nicht der Eindruck entsteht, die Versicherer wüssten im Leistungsfall selbst nicht so genau, was sie denn eigentlich bei wem überprüfen wollen. Das wissen sie nämlich sehr wohl, denn sie haben bestimmte Fragen gestellt, und das weiß auch der Versicherte, der diese Fragen schließlich mit seinen Angaben beantwortet hat und für die Richtigkeit der Antworten einstehen muss.

- a. Konkrete Mitteilungen zum Inhalt der vorvertraglichen Erhebungen sehen wir auch hier nicht. Einleitend heißt es lediglich, streitgegenständlich seien „Schweigepflichtentbindungserklärungen zur Einholung von Auskünften bei verschiedenen Stellen“. Wie sie lauteten, das wissen wir noch immer nicht.
- b. Gleichwohl hat der BGH die Konkretisierung des Auskunftsverlangens des Versicherers im Blick, denn die vertragliche Grundlage zur Einholung von Auskünften in den Versicherungsbedingungen, namentlich der streitgegenständliche § 22 Abs. 2 Satz 2 der AVB, wird vom BGH für unwirksam erklärt mit der Begründung, dass sich dieser Vorschrift „eine **inhaltliche Begrenzung** dieser Verpflichtung auf Auskünfte etwa nur zu bestimmten **Themen oder Zeiträumen**“ für einen durchschnittlichen Versicherten nicht entnehmen ließ (Hervorhebung durch den Verf.).

Damit wäre aber eine Regelung als wirksam vorstellbar, die eine solche inhaltliche Begrenzung auf bestimmte Themen und/oder Zeiträume vorsieht und dem Versicherten auch die Möglichkeit einräumt, der Informationsbeschaffung zu widersprechen und/oder auch die Informationsbeschaffung „selbst zu steuern“ (BGH a. a. O.).

- c. Eine Mitwirkungsobliegenheit des Versicherten sieht der BGH gleichwohl (trotz der unwirksamen vertraglichen Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 AVB) in § 31 VVG.

Sämtliche in dem Urteil des BGH nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf § 31 VVG als maßgebliche Ermächtigungsgrundlage für die Mitwirkungsobliegenheit des Versicherten in der Leistungsprüfung. § 31 Abs. 1 VVG lautet:

„Der Versicherer kann nach dem Eintritt des Versicherungsfalles verlangen, dass der Versicherungsnehmer jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Belege kann der Versicherer insoweit verlangen, als deren Beschaffung dem Versicherungsnehmer billigerweise zugemutet werden kann.“

Maßstab für die Datenerhebung ist nach dem BGH dabei das „erforderliche Maß“ (Rz. 42). Über dieses erforderliche Maß hinaus dürfen demnach keine „sensiblen Informationen“ erhoben werden,

über dieses Maß hinaus muss der Versicherte nicht mitwirken. Das leuchtet ein.

Der Versicherte darf seine sensiblen Daten schützen und muss sie nicht preisgeben, der Versicherer aber darf seinerseits eine sachgerechte Leistungsprüfung durchführen und dabei auch die vorvertragliche Anzeigepflicht prüfen, und zwar ohne dass schon ein konkreter Verdacht auf Verletzung derselben bestünde.

So weit, so gut, doch jetzt passiert etwas Erstaunliches in zwei Schritten:

- Der BGH weist zunächst erneut (Rz. 45) darauf hin, dass die Mitwirkungsobliegenheit des Versicherten begrenzt ist. Das sagte er bereits (Rz. 42: „das erforderliche Maß“) und das Thema ist damit auch eigentlich schon erschöpfend behandelt, doch der BGH hebt erneut an und führt aus, dass der Versicherte nur insoweit mitwirken muss, als die vom Versicherer gewünschte Datenerhebung „relevant“ ist. Das ist, bei Licht betrachtet, redundant, denn das „erforderliche Maß“ ist stets auch „relevant“. Und was nicht relevant ist, kann auch nicht erforderlich sein.
- Gleichwohl: Dieser Relevanz-Gesichtspunkt soll den Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Selbstschutz und Geheimhaltung einerseits auf seiten des Versicherten und Leistungsprüfung und Offenbarungsinteresse auf seiten des Versicherers andererseits vorbereiten, soll also die „praktische Konkordanz“ zwischen den beiden durch das Grundgesetz geschützten Positionen sicherstellen.

Und genau dieser Aspekt („Grundgesetz“, „praktische Konkordanz“) veranlasst den BGH dann, noch einmal beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nachzuschauen, wie das denn geht mit dem Ausgleich von Grundrechtspositionen.

Das macht der BGH und zitiert das BVerfG für folgenden Satz, der die ganze Diskussion um den gestuften Dialog zur Folge hat. Der gestufte Dialog entstammt somit einem Rückgriff des BGH auf die Rechtsprechung des BVerfG. Schauen wir uns diesen Rückgriff daher einmal genau an.

Es sagt der BGH:

„Kann der Umfang der Datenerhebung **nicht von vornherein** auf entsprechende Informationen **beschränkt** werden, weil dem Versicherer noch **unbekannt** ist, worauf er sein **Augenmerk** zu richten hat, so erstreckt sich die Obliegenheit des Versicherungsnehmers zunächst auf die Einholung solcher weniger weitreichender und persönlichkeitsrelevanter Vorinformationen, die dem Versicherer eine Konkretisierung ermöglichen, welche Informationen im Weiteren tatsächlich für die Leistungsprüfung relevant sind (vgl. **BVerfG VersR 2013, 1425, 1428 [juris Rn. 29]**)“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Diese Randziffer 29 aus dem zitierten BVerfG-Urteil lautet wie folgt:

„Die angegriffenen Entscheidungen lassen beim Ausgleich der sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen unberücksichtigt, dass es dem Schutz der Beschwerdeführerin möglicherweise erheblich dienen kann, die Beklagte aber nicht unverhältnismäßig belasten muss, wenn von ihr eine weitere **Einschränkung der geforderten Einzelermächtigungen** verlangt wird. Zwar kann der Umfang der Einzelermächtigungen dabei nicht vornherein schon auf die für die **Prüfung des Leistungsanspruchs** relevanten Informationen begrenzt werden, weil dem Versicherer zunächst selbst noch nicht bekannt ist, welche dies sind, jedoch ließe sich in Betracht ziehen, die von den Einzelermächtigungen umfassten Informationen etwa zunächst auf solche weniger weitreichenden und persönlichkeitsrelevanten Vorinformationen zu beschränken, die ausreichen, um festzustellen, welche Informationen tatsächlich für die **Prüfung des Leistungsfalls** relevant sind. Eine zumindest grobe **Konkretisierung der Auskunftsgegenstände** könnte so den **erheblichen Umfang** der durch die Einzelermächtigungen zugänglichen, überschießenden Informationen begrenzen und damit dem

Recht der Beschwerdeführerin auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung tragen. Die Verfahrenseffizienz würde durch eine solche Konkretisierung der Auskunftsgegenstände nur geringfügig beeinträchtigt“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Das BVerfG hatte allerdings – das wird durch die Hervorhebungen deutlich – eine ganz andere Sachverhaltskonstellation zum Gegenstand als der BGH. (Da hören wir im Hintergrund die Redewendung „mutatis mutandis“ lauter werden), denn vor dem BVerfG ging es höchst allgemein um die Leistungsprüfung an sich und nicht um den konkreten Teilaspekt der vorvertraglichen Anzeigepflicht.

Angesichts der vor dem BVerfG streitgegenständlichen Schweigepflichtentbindungserklärungen sollte dem Versicherten überhaupt erst einmal transparent verdeutlicht werden, welchen Aspekt der Leistungsprüfung der Versicherer denn mit den Erklärungen überhaupt prüfen will und wie er das bewerkstelligen möchte, also wen er was wozu zu fragen beabsichtigt.

**Und wenn man sich jetzt an dieser Stelle die eingangs aufgezeigte Zweiteilung der Leistungsprüfung (materieller Leistungsfall plus vorvertragliche Anzeigepflicht) wieder vor Augen führt, wird deutlich, dass das BVerfG die Leistungsprüfung als Ganzes im Blick hatte, der BGH aber nur den Teilaspekt der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht.**

Das aber sind zwei ganz verschiedene Sachverhalte. Sie sind nicht deckungsgleich. Sie erfordern – mutatis mutandis – ein anderes Vorgehen.

Schematisch lässt sich dies wie in Abb. 1 darstellen.

Abb. 1

Die Leistungsprüfung im Allgemeinen (Gegenstand des BVerfG-Urteils), die sich unterteilt sich in:	
1. Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht (Gegenstand des BGH-Urteils)	2. Prüfung des materiellen Leistungsfalls „Berufsunfähigkeit“
Kenntnisstand des Versicherers: hoch, gestufter Dialog weniger erforderlich/ sinnvoll	Kenntnisstand des Versicherers: weniger hoch, gestufter Dialog eher erforderlich/ sinnvoll

Denn, um beim BGH zu bleiben: Im Rahmen der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht ist dem Versicherer immer von vornherein bekannt, worauf er sein Augenmerk zu richten hat: nämlich auf die Antworten des Versicherten auf die ihm bei Antragstellung auf Versicherungsschutz gestellten Fragen (siehe oben). Es kann dabei gar nicht der Fall eintreten, dass der Versicherer bei der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht gar nicht wüsste, was er zu prüfen hätte, dass er im Nebel stochert, dass er nicht wüsste, worauf er sein Augenmerk zu richten hätte. Konkretisierte Anfragen sind ihm ohne Weiteres unmittelbar möglich, und zwar in jedem Fall und von Anfang an, ohne dass der Versicherte erst etwas dazu sagen müsste.

Wenn dem Versicherer erlaubt ist, anlasslos die vorvertragliche Anzeigepflicht zu prüfen und der Versicherer gegenüber dem Versicherten konkret benennen kann, welche Informationen er von wem erheben möchte, um gezielt die Antworten des Versicherten auf die Fragen des Versicherers zu überprüfen, dann bleibt nach unserer Ansicht von vornherein kein Anlass zur Anwendung irgendeiner Stufung der Informationserhebung.

Die vom BGH zur Verwerfung der Wirksamkeit des § 22 Abs. 2 Satz 2 AVB geforderte „**inhaltliche Begrenzung** ... auf Auskünfte etwa nur zu bestimmten **Themen** oder **Zeiträumen**“ (Hervorhebung durch den Verf.) **greift gerade hier**, bei der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht. Thema und Zeitraum stehen fest. Sie stehen im Antrag auf Versicherungsschutz.

Wird aber konkret nur die Richtigkeit der Antworten des Versicherten auf bestimmte, durch Zeit und Materie definierte Fragen abgefragt, ist ein „Überschießen“ von illegitimer Informationspreisgabe a priori verhindert und ein Pingpong nicht mehr notwendig, weil das Schwarze, in das man zielt, bereits vor der Abfrage bekannt ist – ihm muss man sich nicht erst durch Dialog in mühsamen und zeitraubenden Trippelschritten nähern. Man kann direkt darauf zusteuern.

Um es mit den Worten des BVerfG zu sagen: Bei der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht kann **gerade der Umfang von Einzelermächtigungen** von vornherein schon auf die für die Prüfung relevanten Informationen begrenzt werden, weil diese Informationen durch die zeitliche und inhaltliche Ausgestaltung der Fragen und Antworten hierauf feststehen.

Den Vorgaben des BVerfG kann somit bei der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht genüge getan werden, ohne dass es eines gestuften Dialogs zur Wahrung der schützenswerten Interessen des Versicherten bedürfte.

Bei der Prüfung des materiellen Leistungsfalles mag das durchaus anders sein, weil der Versicherer hier erst auf Angaben des Versicherten zum Leistungsfall angewiesen ist und am Anfang der Prüfung noch gar nicht absehen kann, welche Informationen erforderlich werden können.

Eine weitere Überlegung führt die Anwendung des gestuften Dialogs im Falle der vorvertraglichen Anzeigepflicht an die Grenze des Widersinnigen:

Stellen wir uns dazu vor, der Versicherer fragt zunächst bei der Krankenkasse nach dem „Ob“ etwaiger Behandlungen in einem definierten Zeitraum. Nehmen wir weiter an, der Versicherer erhält eine bejahende Antwort.

Fragt er dann auf zweiter Stufe nach Konkretisierungen, mag er Antworten erhalten, die andere als die Fachgebiete aus dem Antragsformular betreffen. Oder der Versicherer begrenzt sich auf zweiter Stufe auf diese Fachgebiete und erhält die Antwort: Nein, diese Fachgebiete sind nicht betroffen, der Zeitraum – das weiß der Versicherer dann ja schon – aber doch.

In beiden Fällen erhält der Versicherer Gesundheitsdaten, die über das Erforderliche hinausgehen, die ihn nichts angehen, die für die Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht irrelevant sind.

Das kann nicht gewollt sein.

Deshalb muss es auch zulässig sein, die Frage nach dem „Ob“ in einem definierten Zeitraum mit der Frage nach dem „Was“ zu verbinden, wenn diese Frage nach dem „Was“ von vornherein auf die Antragsfragen zugeschnitten, der Umfang der



Abfrage also entsprechend auf das „erforderliche Maß“ begrenzt und konkretisiert wird.

Prüfen wir diese These anhand der weiteren Ausführungen des BGH (Rz. 47):

„Nach allem ist der Versicherungsnehmer aufgrund der ihn treffenden Aufklärungsobliegenheit weder gehalten, dem Versicherer bei der Datenerhebung – selbst wenn sich diese auf eine oder wenige Auskunftspersonen beschränken sollte – **völlig freie Hand** zu lassen, noch muss er seinerseits vorformulierte Entwürfe des Versicherers für **weit gefasste** Schweigepflichtentbindungserklärungen oder ähnliche Ermächtigungen des Versicherers in der Weise **modifizieren**, dass sie über das **genannte Maß** nicht hinausgehen ...“.

Muss der Versicherte dem Versicherer „völlig freie Hand lassen“? **Nein, denn der Versicherer kann, darf und wird sich bei der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht allein in den Grenzen bewegen, die die Fragen und Antworten bei Antragstellung vorgeben.** Das aber ist keine „freie Hand“.

Muss der Versicherte vorformulierte Entwürfe für weit gefasste Schweigepflichtentbindungserklärungen akzeptieren oder modifizieren?

Nein, denn diese Erklärungen dürfen sich ebenfalls nur in den Grenzen bewegen, die Fragen und Antworten bei Antragstellung vorgeben. In diesem Fall gehen sie auch nicht „über das genannte Maß hinaus“.

**Wir sehen auch hier, die Ausführungen des BGH „passen“ besser auf den Prüfungspunkt der materiellen Berufsunfähigkeit als auf die Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht.**

Ruft man sich erneut in Erinnerung – wir haben schon darauf hingewiesen –, was wir über die Versuche des Versicherers im konkret vom BGH entschiedenen Fall zur Aufklärung der vorvertraglichen Anzeigepflicht wissen, so wandelt den unbefangenen Leser die Anmutung an, dass sich der BGH vielleicht **gar nicht vorstellen konnte** (und deshalb auch keine Ausführungen zu der nachfolgenden Konstellation gemacht hat), dass ein Versicherer nämlich auch gezielt mit von vornherein konkretisierten Schweigepflichtentbindungserklärungen arbeitet, die sich an die durch Zeit und Materie konkretisierten Fragestellungen bei Antragstellung orientieren.

## Fazit

Es entsteht der Eindruck, als sei die Übertragung der Grundsätze des BVerfG, die dieses mit Blick auf allgemein gehaltene Schweigepflichtentbindungserklärungen für die Leistungsprüfung im Allgemeinen entwickelt hat, ohne Beachtung des Grundsatzes „mutatis mutandis“ vom BGH auf die Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht angewendet worden.

Die Besonderheiten der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht ziehen unseres Erachtens jedoch mehrere Möglichkeiten nach sich als allein den gestuften Dialog.

Nach unserer Auffassung lässt sich die Datenerhebung im Rahmen der Prüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht von vornherein hinsichtlich Abfragezeitraum und Abfragegegenstand so begrenzen, dass eine gezielte Anfrage ohne gestuftes Verfahren möglich erscheint. Das setzt dann aber auch eine entsprechende und transparent kommunizierte Konkretisierung voraus.

## Empfehlungen

1. Beachten Sie bei jedweder Datenerhebung die Anforderungen des Datenschutzes. Dazu gehört in erster Linie, dass es dem Versicherten immer auch freisteht, erforderliche Daten selbst beibringen zu können. Eine alternative Verpflichtung zur Unterzeichnung von Schweigepflichtentbindungserklärungen besteht insoweit nicht.
2. Bei jeder Erhebung hat der Versicherte das Recht, der Erhebung auch widersprechen zu können. Tragen Sie dem immer Rechnung.
3. Lässt sich eine Anfrage hinsichtlich Abfragezeitraum und Abfragegegenstand konkretisieren, ist sie nach der hier vertretenen Auffassung sowohl gemäß den datenschutzrechtlichen sowie den Anforderungen an ein transparentes Verfahren gemäß den Grundsätzen des BVerfG auch ohne gestuftes Verfahren möglich, weil für den Versicherer von vornherein feststeht, worauf er sein Augenmerk zu richten hat, und der gestufte Dialog gemäß den Ausführungen des BGH unter der Voraussetzung steht, dass der Versicherer gerade nicht weiß, worauf er sein Augenmerk zu richten hätte, dass der Versicherer einen nur „geringen Kenntnisstand“ hat.



## Ausblick

Unter anderem auch im Hinblick auf die ab dem 25.05.2018 anwendbare EU-Datenschutzgrundverordnung wird derzeit der sog. Code of Conduct, die „Verhaltensregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten durch die deutsche Versicherungswirtschaft“ des GDV angepasst.

Der mit den Worten „Aufklärung von Widersprüchen“ überschriebene Artikel 15 hat nach aktuellem Diskussionsstand folgenden Wortlaut (Stand 21.12.2017):

- Die Unternehmen können jederzeit bei entsprechenden Anhaltspunkten prüfen, ob bei der Antragstellung oder bei Aktualisierungen von Antragsdaten während des Versicherungsverhältnisses unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht wurden und damit die Risikobeurteilung beeinflusst wurde oder ob falsche oder unvollständige Sachverhaltsangaben bei der Feststellung eines entstandenen Schadens gemacht wurden. Zu diesem Zweck nehmen die Unternehmen Datenerhebungen und -verarbeitungen vor, soweit dies zur Aufklärung der Widersprüchlichkeiten erforderlich ist. Bei der Entscheidung, welche Daten die Unternehmen benötigen, um ihre Entscheidung auf ausreichender Tatsachenbasis zu treffen, kommt ihnen ein Beurteilungsspielraum zu.
- Im Leistungsfall kann auch ohne Vorliegen von Anhaltspunkten die Prüfung nach Abs. 1 erfolgen. Dies umfasst die Einholung von Vorinformationen (z. B. Zeiträume, in denen Behandlungen oder Untersuchungen stattfanden), die es dem Unternehmen ermöglichen einzuschätzen, ob und welche Informationen im Weiteren tatsächlich für die Prüfung relevant sind.

Daran ist zunächst zu begrüßen, dass nun klar gestellt ist, dass jederzeit im Leistungsfall eine anlasslose Überprüfung der vorvertraglichen Anzeigepflicht rechtens ist. Gegenüber dem bisherigen Wortlaut, der bekanntlich zu verschiedenen Diskussionen Anlass gegeben hat, ist dies eine begrüßenswerte Verbesserung, da somit zur Rechtssicherheit beigetragen wird.

Mit der „Einholung von Vorinformationen“ soll sicherlich den Vorgaben der BGH-Rechtsprechung Rechnung getragen werden. Auch dagegen ist prinzipiell nichts einzuwenden, die höchstrichterliche Rechtsprechung ist selbstredend immer zu beachten. Dies, zumal die Einholung von Vorinformationen von dem Vorgang der Prüfung „umfasst“ ist, den Versicherern also ein weites Feld eröffnet wird, Teil dessen die „Einholung von Vorinformationen“ darstellt. Damit wird also keine zwingende Beschränkung auf allein diese Art der Vorgehensweise auferlegt (das gibt der Wortlaut „umfasst“ nicht her), was nach der hier vertretenen Auffassung ja auch nicht zwingend geboten erscheint, um den schutzwürdigen Interessen der Versicherten Genüge zu tun.

Wir verstehen die obigen Ausführungen wie immer als einen Diskussionsbeitrag und freuen uns darauf, mit Ihnen in die Diskussion über den „gestuften Dialog“ und das Vorgehen in der Praxis einzusteigen. Sprechen Sie uns an!

### Über den Autor

**Rafael Lorsbach** ist ein Experte in allen Fragen der Leistungsregulierung. Sein großes Interesse für alle betriebs- wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen und seine hohe juristische Kompetenz machen ihn zu einem gefragten Berater.  
Tel. 0221 9738 352,  
[rafael.lorsbach@genre.com](mailto:rafael.lorsbach@genre.com)



*The people behind the promise®*

---



[genre.com](http://genre.com) | [genre.com/perspective](http://genre.com/perspective) | Twitter: @Gen\_Re

**General Reinsurance AG**  
Theodor-Heuss-Ring 11  
50668 Köln  
Tel. +49 221 9738 0  
Fax +49 221 9738 494

Fotos: © Gen Re, getty images – Pinkypills, TBE, flytosky11, wutwhanfoto, the\_renderfish

© General Reinsurance AG 2018

*Diese Informationen wurden von der Gen Re zusammengestellt und dienen als Hintergrundinformationen für unsere Kunden sowie unsere Fachmitarbeiter. Die Informationen müssen eventuell von Zeit zu Zeit überarbeitet und aktualisiert werden. Sie sind nicht als rechtliche Beratung anzusehen. Bitte sprechen Sie mit Ihrem Rechtsberater, ehe Sie sich auf diese Informationen berufen.*