

Versicherungsrecht

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim.

Herausgeberbeirat: Prof. Dr. Walter Bayer, Jena; Dr. Georg Büchner, Stuttgart; VRiBGH i. R. Karl-Dietrich Bundschuh, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München; Prof. Drs. iur. Drs. med. h. c. Erwin Deutsch, Göttingen; Prof. Dr. Meinrad Dreher, Mainz; RA Dr. Bodo Hasse, LL.M., München; VRiBGH i. R. Dr. Dieter Hoegen, Karlsruhe; Prof. Dr. Ernst Klingmüller †, Köln; RA Dr. Theo Langheid, Köln; Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Medicus, München; RA Dr. Bernd Michaels, Düsseldorf; VizepräsiBGH Dr. Gerda Müller, Karlsruhe; VRiBGH i. R. Dr. Erich Steffen, Karlsruhe; VRiBGH Wilfried Terno, Karlsruhe.

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Egon Lorenz. Weitere Mitglieder der Schriftleitung: RA Dr. Peter Bach, Köln (Versicherungsvertragsrecht), VRiOLG a. D. Lothar Jaeger, Köln (Berufs- und Amtshaftungsrecht), Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf (Internationales Privatrecht und betriebliche Altersversorgung), Prof. Dr. Peter Reiff, Trier (Transportrecht, Verfahrens- und Kostenrecht, Auslandsrecht), Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt/M. (Grundlagen des Versicherungsrechts, allgemeines Haftungsrecht und angrenzende Gebiete).

VersR 59. Jahrgang

1. Oktober 2008

Heft 28 · 1285–1336

Die Gefahrerhöhung nach der VVG-Reform

– Überlegungen zur Anpassung des Versicherungsvertrags gem. § 25 VVG 2008 –

Dr. Leander D. Loacker, Zürich/Mannheim*

I. Die Neuregelung der Gefahrerhöhung¹

Mit dem Inkrafttreten des VVG 2008² ging eine Revision³ der bisher in den §§ 23 bis 29 a VVG a. F. enthaltenen Regelungen zur Gefahrerhöhung einher, die von dem (die gesamte Reform prägenden) Anliegen getragen war, einerseits im Wege von Vereinheitlichung und Vereinfachung die Übersichtlichkeit des Normenbestands zu erhöhen und andererseits durch sachgerechtere Interessenberücksichtigung das Schutzniveau zugunsten des VN anzuheben⁴. Beides ist dem Gesetzgeber teilweise gelungen. Insgesamt lassen sich seine Bemühungen nach hier vertretener Ansicht in drei Gruppen einteilen, nämlich in die zu begrüßenden, in die die bisherigen Streitfragen unberührt lassenden und in die weniger geglückten Neuerungen.

Begrüßenswert ist zunächst sicherlich die erfolgreiche „Entrümpelung“ von Vorschriften, denen es de facto an einem Anwendungsbereich mangelte (dies gilt für § 26 VVG a. F. – „Gefahrerhöhung ohne Rechtsfolgen“⁵ oder die ohne Weiteres in anderen Bestimmungen hätten aufgehen können (zu denken ist etwa an § 29 a VVG a. F. – „Vorverlegte Gefahrerhöhung“⁶). Nichtsdestotrotz wurde das vorhandene Vereinfachungspotenzial von Gesetzgeber und Reformkommission⁷ nicht zur Gänze ausgeschöpft. So wäre etwa die nun in § 27 enthaltene Bestimmung über die Unerheblichkeit oder Mitversicherung von Gefahrerhöhungen, die bei der Anwendung des § 23 immer mitbedacht werden muss, systematisch besser dort als in einem eigenen Tatbestand am Ende des Gefahrerhöhungsabschnitts anzusiedeln gewesen⁸.

Demgegenüber verdient die Konzentration der Bestimmungen zur Leistungsfreiheit, wie sie in § 26 realisiert wurde, uneingeschränkte Zustimmung, wenn man sich deren früher reichlich „zersplitterte“ Regelung in den §§ 25, 27 und 28 VVG a. F. in Erinnerung ruft. Und natürlich ist – auch – im Bereich der Gefahrerhöhung die Abschaffung des „Alles-oder-nichts-Prinzips“⁹ sowohl auf *Verschuldensebene* (§ 26 Abs. 1 S. 2) als auch – was

gelegentlich übersehen wird¹⁰ – im Bereich der *Kausalität* (dies entspricht einem *Proportionalitätsprinzip* [arg. „soweit“]; vgl. § 26 Abs. 3 Nr. 1) zu vermerken.

Eine Reihe von bisherigen Streitfragen im Bereich der Gefahrerhöhung blieb von der Reform unberührt. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang beispielhaft die Frage der „Vornahme“ einer Gefahrerhöhung durch Unterlassen¹¹, ferner das vor allem in der Rechtsprechung geforderte Element der Eignung gefahrerhöhender Umstände zur dauerhaften Verschiebung der Gefahrenlage auf ein höheres Niveau¹², die Möglichkeit der Gefahrerhöhung durch nachteilige Absichten Dritter (Stichwort: Terrorgefahren¹³), das Verhältnis von Anpassungsklauseln i. S. d. § 40 (§ 31 VVG a. F.) zu den Gefahrerhöhungsregeln¹⁴, das Verhältnis von Gefahrkompensation und Prämienherabsetzungsanspruch gem. § 41 (§ 41 a VVG a. F.)¹⁵, die Frage nach der Möglichkeit von Gefahrkompensation oder -beseitigung auch nach bereits erfolgter Ausübung des Kündigungsrechts durch den Versicherer¹⁶ usw. Auch eine Definition der Gefahrerhöhung findet sich – wie schon bisher – nicht im Gesetz.

Die Ausgestaltung des Kausalitätsgegenbeweises wird man im Bereich der Gefahrerhöhungsregeln insofern als systemwidrig betrachten müssen, als dieser dem VN nicht nur bei vorsätzlichem, sondern auch bei arglistigem Verstoß gegen § 23 eröffnet ist. Während im Bereich der vertraglichen Obliegenheiten durch § 28 Abs. 3 S. 2 ein solches Ergebnis verhindert wird, lässt der Wortlaut des § 26 Abs. 3 Nr. 1 eine entsprechende Einschränkung vermissen. Gewiss, praktische Fälle mögen dünn gesät sein¹⁷, doch vermag selbst eine nur theoretisch denkbare Ungleichbehandlung bei arglistiger Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Obliegenheiten nicht einzu-

* Der Autor ist Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich und freier wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Versicherungswissenschaft der Universität Mannheim.

leuchten¹⁸. Es wurde deshalb vorgeschlagen¹⁹, einen Ausschluss des Kausalitätsgegenbeweises in diesen Fällen im Wege einer Gesamtanalogie zu erreichen.

Verpasst hat die Reform die Chance, nach dem Vorbild des österreichischen § 27 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 VersVG²⁰ die Anzeigepflicht des VN hinsichtlich jener objektiven Gefahrerhöhungen, die in der Änderung ohnehin allgemein bekannter Umstände, wie vor allem der Änderung von Rechtsvorschriften bestehen, entfallen zu lassen. Im Gegenzug hätte der Zeitraum für die Ausübung des Kündigungsrechts des Versicherers (ebenfalls wie in § 27 Abs. 3 VersVG²¹) in diesen Fällen durchaus großzügiger bemessen werden können²².

Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag die Unterschiedlichkeit der Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens bei Kündigung gem. § 24 Abs. 1 VVG 2008 (der VN muss sich von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit entlasten) und Leistungsfreiheit gem. § 26 Abs. 1 VVG 2008 (der Versicherer ist für Vorsatz beweispflichtig, der VN muss sich von der Vermutung grober Fahrlässigkeit²³ entlasten). Überhaupt ist die Beweislast innerhalb der Gefahrerhöhungsregeln keineswegs glücklich verteilt, wenn man sich vor Augen führt, dass bei den vom VN nicht erkannten (§ 23 Abs. 2) oder von ihm überhaupt unbeeinflussbaren (§ 23 Abs. 3) Gefahrerhöhungen Vorsatz gesetzlich vermutet wird, während dies bei den gewollten Gefahrerhöhungen i. S. d. § 23 Abs. 1 VVG 2008 nicht der Fall ist – die Beweislast ist somit für den VN in den Fällen vorgenommener oder gestatteter Gefahrerhöhung günstiger als bei nicht beabsichtigter²⁴.

Schließlich gelangt man zur sicherlich augenfälligsten, da im Vergleich zur früheren Rechtslage völlig neuen Regelung des § 25, die neben dem bereits angesprochenen Wegfall des „Alles-oder-nichts-Prinzips“ zur wesentlichsten Änderung der Gefahrerhöhungsregelungen führt. Um es gleich vorwegzunehmen: Die Bestimmung erscheint – bei aller Berechtigung des von ihr verfolgten Grundanliegens – nach hier vertretener Auffassung letztlich wenig geglückt und bedarf einer zurückhaltenden Handhabung, um Ergebnisse zu vermeiden, die ohne Zweifel nicht im Sinne der vom Gesetzgeber intendierten Etablierung eines höheren Schutzniveaus zugunsten des VN gelegen sind.

II. Grundsätzliches zur Vertragsanpassung nach § 25 VVG 2008

1. Vorbemerkung

Unter der Überschrift „Prämienerhöhung wegen Gefahrerhöhung“ sieht § 25 erstmals die Möglichkeit einer Vertragsanpassung durch den Versicherer vor. Eine solche ist naheliegend, wenn man – was richtig erscheint²⁵ – die §§ 23 ff. als eine spezialgesetzliche Ausprägung der Störung der Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 BGB versteht²⁶. Dennoch ist der Anpassungsgedanke im vorliegenden Zusammenhang dem deutschen Versicherungsvertragsrecht, das bei nachträglichen Änderungen der Gefahrenlage der Vertragsauflösung stets²⁷ den Vorzug vor der Prämienenerhöhung gab²⁸, neu. Der Grund hierfür lag nicht zuletzt in der traditionell *statischen Gefahrauffassung* des deutschen Gesetzgebers, der die Gefahr als während der gesamte Vertragsdauer ruhend ansah und der bei „Ruhestörungen“ in Form von gänzlichem Entfall des Leistungsanspruchs oder Kündigung strenge Sanktionen zur Verfügung stellte²⁹.

1 Der vorliegende Beitrag stellt die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags dar, den der Verfasser anlässlich der Jahrestagung des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft e. V. am 5. 3. 2008 in Dresden gehalten hat.

- 2 BGBl 2007 I 2631 i. d. F. BGBl 2007 I 2833. Im Folgenden wird das seit 1. 1. 2008 geltende VVG als *VVG 2008*, das zuvor in Kraft befindliche VVG als *VVG a. F.* bezeichnet; Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des erstgenannten Gesetzes.
- 3 Vgl. allgemein *Rixecker* zfs 2007, 136 (136 f.).
- 4 Vgl. BT-Drucks. 16/3945 S. 67; im Übrigen allgemein *Präve* VersR 2007, 1046 (1048) sowie *E. Lorenz* VersRdsch 2005, 265 (266).
- 5 Dazu *Prölss* in *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl. 2004 § 26 Rn. 1: „spielt praktisch kaum eine Rolle“.
- 6 Stellvertretend für die an den §§ 23–29 a VVG a. F. im Schrifttum geübte Kritik *Weyers/Wandt*, Versicherungsvertragsrecht 3. Aufl. 2003 Rn. 621: „rechtssystematisch missglückt und daher äußerst schwierig zu verstehen“.
- 7 Vgl. den Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. 4. 2004 S. 41 f. sowie S. 207 f., abgedr. in der VersR-Schriftenreihe 2004 Bd. 25 und abrufbar unter http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/vw/Abschlussbericht_der_VVG-Kommission.pdf.
- 8 *S. Loacker* in *Schwintowski/Brömmelmeyer*, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2008 § 27 Rn. 1.
- 9 Zu diesem für viele *Armbrüster*, Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht 2003 S. 10 ff. sowie zu denkbaren Alternativen S. 60 ff.; ferner *R. Schmidt*, Weitere Überlegungen aus Anlass einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes 1999 S. 42 m. w. N. in der dortigen Fn. 117.
- 10 Vgl. *Loacker* aaO (Fn. 8) § 26 Rn. 14 f. Die Veränderung scheint auch dem Gesetzgeber nicht hinreichend bewusst gewesen zu sein; s. die Gesetzesbegründung aaO (Fn. 4) S. 68: „entsprechen dem geltenden Recht“.
- 11 Dazu *Hahn* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch 2. Aufl. 2008 § 20 Rn. 12; *Hegnro*, Der Tatbestand der Gefahrerhöhung im Versicherungsrecht 1993 S. 84 ff.; *Holzhauser*, Versicherungsvertragsrecht 1999 Rn. 141; *Langheid* in *Römer/Langheid*, VVG 2. Aufl. 2003 §§ 23–25 Rn. 26; *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 90 ff.; *Martin*, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. 1992 N III Rn. 8 ff.; *ders.* VersR 1988, 209; *Prölss* aaO (Fn. 5) § 23 Rn. 38 a.
- 12 Dazu *Hahn* aaO (Fn. 11) § 20 Rn. 4; *Harrer* in *Honsell*, BK zum VVG 1999 § 23 Rn. 5; *Langheid* aaO (Fn. 11) §§ 23–25 Rn. 20; *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 27 ff.; *Prölss* aaO (Fn. 5) § 23 Rn. 10.
- 13 Vgl. LG München NVersZ 2002, 454 sowie LG Köln VersR 2004, 636 = r+s 2005, 345; kontrovers *Langheid* NVersZ 2002, 433 und *Beckmann* ZIP 2002, 1125.
- 14 Vgl. *Harrer* aaO (Fn. 12) § 31 Rn. 5; *Präve* ZfV 1994, 227 (234 f.); *Prölss* aaO (Fn. 5) § 27 Rn. 3; a. A. *Schirmer/Marlow* VersR 1997, 782 (784).
- 15 Vgl. *T. Honsell* VersR 1981, 1094 (1096); *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 51; *Martin*, Sachversicherungsrecht aaO (Fn. 11) N III Rn. 18. Aus der Rechtsprechung s. BGHZ 79, 156 (158) = VersR 1981, 245 (246) = NJW 1981, 926.
- 16 Vgl. *Harrer* aaO (Fn. 12) § 24 Rn. 5; *Loacker* aaO (Fn. 8) § 24 Rn. 14 f.
- 17 Dass der Gesetzgeber eine arglistige Verletzung von § 23 VVG 2008 jedenfalls für möglich erachtet, ergibt sich aber eindeutig aus § 158 Abs. 2 S. 2 VVG 2008.
- 18 Im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 16/3945 S. 69) wird der diesbezügliche Generalpräventionsbedarf ausdrücklich hervorgehoben.
- 19 Vgl. *Loacker* aaO (Fn. 8) § 26 Rn. 17.
- 20 Dazu *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, VersVG-Novellen 1998 § 27 Rn. 3; im Übrigen *Fenyves*, Die allgemeinen Regeln der VersVG-Novelle 1994 *ecolex* 1994, 597.
- 21 Vgl. zu den Gründen nur *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht 3. Aufl. 1995 S. 246.
- 22 Genau dies hatte *Prölss* (Künftige Sanktionen der Verletzung von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers ZVersWiss 2001, 471 [496]) überzeugend vorgeschlagen.
- 23 Dazu kritisch *Schwintowski* ZRP 2006, 139 (140).
- 24 Dies konstatiert zu Recht *Felsch* r+s 2007, 485 (488).
- 25 Vgl. *R. Schmidt*, Die Obliegenheiten 1953, 204; *Werber*, Die Gefahrerhöhung im deutschen, schweizerischen, französischen, italienischen, schwedischen und englischen Versicherungsvertragsrecht 1967 S. 2 und 62; zuletzt *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 4.
- 26 Demgegenüber offener *Hahn* aaO (Fn. 11) § 20 Rn. 1. Nach ihm (vgl. auch dens. in der Vorauf. bei § 20 Rn. 2) stehe die Prämienoptimierungsfunktion der §§ 23 ff. einem Verständnis dieses Normenkomplexes „nur“ als Geschäftsgrundlagenproblem entgegen.
- 27 Eine Ausnahme bildete lediglich § 41 VVG a. F. im Bereich der vorvertraglichen Anzeigepflichten. Die Bestimmung war jedoch auf Gefahrerhöhungen nach herrschender Meinung nicht anwendbar; s. *Prölss* aaO (Fn. 5) § 41 Rn. 2.
- 28 Eingehend bereits *Werber* (Fn. 25) S. 116 ff.
- 29 S. die Nachweise bei *Werber* aaO (Fn. 25) S. 117.

Die Richtigkeit dieses Ansatzes ist heute zu bezweifeln. Das französische Versicherungsvertragsrecht, das von einer wesentlich *dynamischeren Gefahrauffassung* bestimmt wird und Schwankungen der Gefahrintensität mit guten Gründen mehr als Regel- denn als Ausnahmefall versteht³⁰, hat jedenfalls schon früh Prämien-erhöhungsmöglichkeiten vorgesehen³¹.

Die Möglichkeit der Prämien-erhöhung als erste der beiden neuen Anpassungsmöglichkeiten, die § 25 S. 1 VVG 2008 dem Versicherer einräumt, ist nicht nur mit Blick auf die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, die zuerst auf Vertragserhaltung gerichtet sind, sinnvoll, sondern überzeugt auch, wenn man bedenkt, dass schon im Anwendungsbereich des VVG a. F., namentlich durch § 41 a a. F., bei *Gefahrminderung* eine Vertragsanpassung im Wege der *Prämienherabsetzung* vorgesehen war. Warum eine Anpassung im umgekehrten und praktisch weitaus bedeutenderen Fall der *Gefahrerhöhung* nicht ebenso möglich sein soll, lässt sich wohl nur mit dem bereits beschriebenen *statischen Gefahrverständnis* erklären.

Ferner ist zu beachten, dass § 41 VVG a. F. schon bisher bei schuldloser Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten eine Kündigung des Versicherers nur dann vorsah, wenn dieser die höhere Gefahr nach seinen Geschäftsgrundsätzen nicht übernommen hätte. In allen anderen Fällen war er gem. § 41 Abs. 1 S. 1 VVG a. F. gehalten, von dem Beginn der laufenden Versicherungsperiode an eine angemessene höhere Prämie zu verlangen, blieb aber im Übrigen an den Vertrag gebunden. Demgegenüber hatte der Versicherer bisher selbst bei objektiver, also vom VN in keiner Weise beeinflussbarer Gefahrerhöhung jedenfalls ein Kündigungsrecht³². Auch diese Schlechterstellung des VN lässt sich aus heutiger Sicht nicht mehr überzeugend rechtfertigen. Eine bessere Abstimmung der Regeln zur Gefahrerhöhung mit jenen über die vorvertragliche Anzeigepflicht (vgl. nun insbesondere § 19 Abs. 4 VVG 2008³³) schien angebracht³⁴.

Insgesamt wird die Neueinführung des § 25 VVG 2008 somit zumindest von einer *Auflockerung* des statischen Gefahrverständnisses bestimmt, die als solche zu begrüßen ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist gleichzeitig eine gegen die früher erhobenen Bedenken³⁵ hinsichtlich der Praktikabilität einer gesetzlichen Prämienanhebungslösung. Ob die Versicherungswirtschaft von den neuen Optionen des § 25 VVG 2008 beherzt oder nur zaghaft Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten. Die im Folgenden unternommenen Überlegungen treten jedenfalls im Ergebnis für einen nur engen Anwendungsbereich der Bestimmung ein.

2. Vertragsanpassung anstelle des Kündigungsrechts

Eine Anpassung nach § 25 Abs. 1 S. 1 VVG 2008 kann in einer an die Geschäftsgrundsätze des Versicherers gebundenen Erhöhung der Prämie (Alt. 1) oder im Ausschluss der Absicherung der höheren Gefahr (Alt. 2) bestehen; die Überschrift der Bestimmung, die nur Ersteres erwarten lässt, greift zu kurz. Dem Versicherer stehen damit bei Gefahrerhöhungssachverhalten und Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen seit der VVG-Reform (neben Kündigung und Leistungsfreiheit) grundsätzlich vier statt bisher zwei Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Auffallend ist, dass die gesetzlich vorgesehene Vertragsanpassung nicht in einer Anpassung „sonstiger“ Vertragsbedingungen wie etwa der Versicherungssumme, des Selbstbehalts oder dergleichen, sondern immer nur in Prämien-erhöhung oder Risikoausschluss bestehen kann. Ob für eine solche Einschränkung der Anpassungsmöglichkeiten tatsächlich stichhaltige Gründe bestehen, ist zu bezweifeln³⁶.

Von dem durch § 25 VVG 2008 gewährten *zweiteiligen Wahlrecht* kann der Versicherer „an Stelle einer Kündigung“ Gebrauch machen. In der Wahl zwischen Kündigung nach § 24 und Vertragsanpassung nach § 25 ist der Versicherer völlig frei, von einem „Primat der Anpassung“, wie es von § 313 BGB bekannt ist, kann selbstverständlich keine Rede sein. Ob der Versicherer hingegen auch bei der Wahl zwischen den beiden Anpassungsinstrumenten des § 25 frei ist oder ob nicht vielmehr eine einschränkende Interpretation geboten scheint, wird Gegenstand der folgenden Überlegungen sein. Zu vor sind in aller Kürze die Voraussetzungen des Anpassungsrechts an sich zu erörtern.

3. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Verschulden, Ausschlussgründe

Die Voraussetzungen der einseitig vom Versicherer herbeizuführenden Vertragsanpassung entsprechen wie erwähnt jenen des Kündigungsrechts nach § 24 VVG 2008. Aus diesem Grund ist zunächst zwischen *subjektiver Gefahrerhöhung* i. S. d. § 23 Abs. 1 VVG 2008 auf der einen Seite und den beiden übrigen Gefahrerhöhungskonstellationen, also der *nachträglich erkannten* i. S. d. § 23 Abs. 2 VVG 2008 und der *objektiven* i. S. d. § 23 Abs. 3 VVG 2008 auf der anderen Seite zu unterscheiden. Während die beiden Letzteren jedenfalls zu einem Kündigungsrecht des Versicherers führen, wird bei der willentlich vorgenommenen oder gestatteten Gefahrerhöhung i. S. d. § 23 Abs. 1 VVG 2008 *Verschulden* vorausgesetzt (§ 24 Abs. 1 VVG 2008), weshalb eine schuldlose subjektive Gefahrerhöhung auch keine einseitige Vertragsanpassung zur Folge haben kann. Die gesetzliche Bindung des Anpassungsrechts an die Voraussetzungen des Kündigungsrechts ist demnach zu allererst auf Verschuldensebene relevant. In weiterer Folge sind sodann Gründe zu prüfen, deren Vorliegen zu einem Ausschluss des Kündigungs- und damit auch des Anpassungsrechts führen würde (§ 24 Abs. 3 VVG 2008). Es handelt sich dabei konkret um die beiden Voraussetzungen, wonach einerseits die Kündigung bzw. Anpassung längstens binnen eines Monats ab Kenntnis von der Gefahrerhöhung durchgeführt sein muss (Alt. 1) und andererseits weder Gefahrkompensation noch Wiederherstellung der ursprünglichen Gefahrenlage eingetreten sein darf³⁷ (Alt. 2).

30 Vgl. dazu *Werber* aaO (Fn. 25) S. 117.

31 Zum (früheren) Art. 17 Abs. 3 Loi sur le contrat d'assurance aus dem Jahr 1930 s. *Werber* aaO (Fn. 25) S. 64 ff.; zur heutigen Rechtslage gem. Art. 113-4 Code des assurances s. *Völker* in *Basedow/Fock*, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht* – Bd. 1 – 2002 S. 451, 518.

32 Vgl. § 27 Abs. 1 S. 1 VVG a. F.; dazu schon *Werber* aaO (Fn. 25) S. 116.

33 Dazu ausführlich *Reusch* *VersR* 2007, 1313 (1318); *Grote/Schneider* *BB* 2007, 2689 (2692).

34 Auch dies hat *Prölss* (in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft – Bd. II 2000 S. 551, 593) bereits überzeugend gefordert.

35 Wie sie etwa *Werber* aaO (Fn. 25) S. 114 f. vorgetragen hat: „Das Vorhandensein eines einheitlichen und vor allem für eine große Vielzahl von Gefahrenlagen verschiedener Intensität abgestuften Tarifsystems ist aber nahezu unerlässliche Voraussetzung für die Praktikabilität einer solchen Lösung im täglichen Versicherungsmassengeschäft und für ihre Handhabung in der Gerichtspraxis. Die Schwierigkeiten, die der Schaffung solcher ... Tarifsysteme entgegenstehen, sind nahezu unüberwindlich.“

36 Vgl. demgegenüber den weiteren Wortlaut des § 19 Abs. 4 S. 2: „zu anderen Bedingungen“.

37 Zur umstrittenen Frage der Möglichkeit von Gefahrbeseitigung bzw. -kompensation innerhalb der einmonatigen Kündigungsfrist gem. § 24 Abs. 1 S. 2 s. *Prölss* aaO (Fn. 5) § 24 Rn. 3; a. A. *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 14 f.; ferner (mit teilweise abweichender Begründung) *Harrer* aaO (Fn. 12) § 24 Rn. 4.

Demgegenüber treten die *Kündigungsfristen* des § 24 VVG 2008 im hier interessierenden Zusammenhang in den Hintergrund, weil der Zeitpunkt des Eintritts der Kündigungswirkung durch die Anordnung des Zeitpunkts des Eintritts der Anpassungswirkung in § 25 Abs. 1 S. 1 VVG 2008 überlagert wird.

Abweichend von der gesetzlichen Gleichschaltung der Erfordernisse auf Verschuldensebene bestehen demnach hinsichtlich des Eintritts von Kündigungs- und Anpassungswirkung Unterschiede: Während die Kündigungswirkung grundsätzlich sofort und lediglich im Fall bloß einfach fahrlässiger subjektiver Gefahrerhöhung nach Ablauf einer einmonatigen Frist eintritt (§ 24 Abs. 1 S. 2 VVG 2008), zeigt die Vertragsanpassung grundsätzlich „ab dem Zeitpunkt der Gefahrerhöhung“ Wirkung. Man sieht: Obwohl die Vertragsanpassung an die Stelle der Kündigung tritt, wirkt sie – in klarem Unterschied zur Kündigung – auf den Zeitpunkt des Gefahrerhöhungseintritts zurück.

Diese Rückwirkung damit zu begründen, dass etwa im Fall der Vertragsanpassung durch Prämienhöhung die höhere Prämie dem Versicherer schon deshalb zustehe, weil er durch die Prämienhöhung rückwirkend Versicherungsschutz begründe, der sonst nicht bestanden hätte, wäre zumindest unpräzise. Aufgrund der Neuregelung der Leistungsfreiheit gem. § 26 VVG 2008 besteht nämlich in allen Fällen einfach fahrlässiger subjektiver Gefahrerhöhung voller und selbst bei grober Fahrlässigkeit jedenfalls teilweiser Leistungsanspruch. Richtiger ist es deshalb, in der rückwirkenden Prämienhöhung einen *Verzicht* des Versicherers auf die (peremptorische) Einrede der Leistungsfreiheit hinsichtlich eines bestimmten gefahrerhöhenden Umstands zu sehen³⁸.

b) Gegenrechte des VN, Belehrungserfordernis

Die Möglichkeiten des VN, sich im Wege der Kündigung gegen eine vom Versicherer oktroyierte Vertragsanpassung zur Wehr zu setzen, sind durchweg beschränkt: Einerseits besteht ein Kündigungsrecht überhaupt nur im Fall eines Risikoausschlusses oder einer Prämienhöhung von über 10 %³⁹ und andererseits kann dessen Ausübung immer nur die Anpassungswirkung *für die Zukunft* beseitigen (*Ex-nunc-Wirkung der Kündigung*). Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit – anders als etwa der eingangs genannte französische⁴⁰ – für ein Modell entschlossen, das es dem VN nicht ermöglicht, die Erhöhungswirkung vollständig zu beseitigen, sondern ihn rückwirkend zum Schuldner von – unter Umständen über viele Jahre hinweg – erhöhten Prämien macht. Die Tatsache, dass aufgrund der gegenwärtigen Ausgestaltung des § 25 VVG 2008 ein VN theoretisch nach beispielsweise 20 Jahren⁴¹ rückwirkend zur Partei eines Versicherungsvertrags mit 200 % erhöhter Prämie werden kann und für ihn deshalb insofern der Vertragsinhalt von vornherein gar nicht mehr vorhersehbar, sondern vom Versicherer einseitig und ohne ausreichende Lösungsmöglichkeit des VN nachträglich bestimmbar ist, mutet schon mit Blick auf die allgemeine Handlungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit bedenklich an. Gerade im Fall von – vom VN nicht beeinflussbaren – objektiven Gefahrerhöhungen ist eine solche Aushöhlung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit besonders uneinsichtig. Richtigerweise hätte der Gesetzgeber dem VN deshalb jedenfalls im Fall von Prämienhöhungen von über 10 % eine Kündigungsmöglichkeit mit Wirkung für den Zeitpunkt einräumen sollen, zu dem die Prämienhöhung eintreten soll. Nur so wäre gewährleistet, dass ein VN nicht an einen Versicherungsvertrag gebunden bleibt, den er in Kenntnis des Ausmaßes seiner Prämienzahlungspflicht nie geschlossen hätte.

Erstausnahulich mutet in diesem Zusammenhang die Beobachtung an, dass der Versicherer *vertraglich* einen Anpassungsmodus wie den nun *gesetzlich* vorgesehenen gar nicht mit dem VN vereinbaren könnte: bei Prämienhöhung aufgrund einer für Gefahrerhöhungen vereinbarten Anpassungsklausel ist nämlich gem. § 40 Abs. 1 VVG 2008 zwingend ein Kündigungsrecht des VN gegeben, das im Fall seiner Ausübung den Eintritt der Prämienhöhung verhindert⁴².

Im systematischen Vergleich fällt schlussendlich auf, dass die generelle Rückwirkung der Vertragsanpassung in der vorliegenden Form nur in § 25 VVG 2008 eingeführt wurde, während jene wegen Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten nach § 19 Abs. 4 VVG 2008 zumindest unter bestimmten Voraussetzungen erst ab der laufenden Versicherungsperiode einsetzt.

Die Pflicht des Versicherers, den VN auf das Bestehen eines Kündigungsrechts hinzuweisen, ergibt sich aus § 25 Abs. 2 S. 2 VVG 2008. Eine Rechtsfolge für die Verletzung dieser Belehrungspflicht findet sich in der Bestimmung nicht. Die Gesetzesbegründung⁴³ enthält den Hinweis, wonach die Belehrungspflicht den neuen Regelungen in § 19 Abs. 5 und § 40 Abs. 1 VVG 2008 entspreche. Der Verweis auf § 40 Abs. 1 S. 2 VVG 2008 ist wenig hilfreich, weil weder der (verglichen mit § 25 Abs. 2 S. 2 VVG 2008) faktisch identische Wortlaut noch die dortige Begründung weiter gehende Hinweise liefern. Hilfreicher ist die Nennung von § 19 Abs. 5 S. 1 VVG 2008, zumal dessen Wortlaut die Ausübung der Rechte des Versicherers bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten ausschließt, sofern auf deren Rechtsfolgen nicht „durch gesonderte Mitteilung in Textform“⁴⁴ hingewiesen wurde. Wenngleich das zuletzt genannte Erfordernis im Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 VVG 2008 entfällt, lässt dies den – VN-freundlichen – Schluss zu, dass das Bestehen eines Anpassungsrechts unmittelbar von der Erfüllung der Belehrungspflicht abhängt. In der Literatur⁴⁵ wird demgegenüber vertreten, bei nicht oder nicht ordnungsgemäßem Hinweis auf das Bestehen des Kündigungsrechts bliebe dieses bestehen und es sei die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen möglich. Im – vergleichbaren – Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 S. 2 VVG 2008 wurde zuletzt bei fehlender Belehrung die Konstruktion einer schwebenden Un-

38 Sofern im Fall subjektiver Gefahrerhöhung nur einfache Fahrlässigkeit des VN vorliegt, ist die Prämienhöhung für den VN schon deshalb wirtschaftlich nachteilig, weil er wie erwähnt auch ohne den in ihr zu erblickenden Verzicht des Versicherers auf die Geltendmachung von Leistungsfreiheit Anspruch auf die volle Versicherungsleistung hätte (vgl. § 26 Abs. 1 VVG 2008). Bei schuldloser subjektiver Gefahrerhöhung scheidet eine Vertragsanpassung schon deshalb aus, weil die Voraussetzungen der Kündigung gem. § 24 Abs. 1 VVG 2008 nicht vorliegen.

39 Die VG-Reformkommission hatte demgegenüber in § 27 Abs. 2 ihres Berichts noch eine Prämienanhebung von über 20 % vorgeschlagen; vgl. den Abschlussbericht aaO (Fn. 7) S. 314.

40 Vgl. Art. 113-4 Abs. 2 Code des assurances: „si l'assuré ne donne pas suite à la proposition de l'assureur ou s'il refuse expressément le nouveau montant, dans le délai de trente jours à compter de la proposition, l'assureur peut résilier le contrat au terme de ce délai“; dazu *Völker* aaO (Fn. 31) S. 518.

41 Eine Beschränkung der rückwirkenden Vertragsanpassung auf fünf Jahre, wie dies im Bereich der vorvertraglichen Anzeigepflicht (vgl. § 21 Abs. 3 S. 1 VVG 2008) der Fall ist, kennen die Gefahrerhöhungsregeln nicht.

42 Angesichts der gegenüber vertraglichen weiter gehenden gesetzlichen Anpassungsmöglichkeiten bleibt abzuwarten, inwieweit in der Praxis in Hinkunft ausschließlich gefahrerhöhungsbedingte Anpassungsklauseln überhaupt noch vereinbart werden; vgl. *Loacker* aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 62 a. E.

43 BT-Drucks. 16/3945 S. 68.

44 Dazu *Reusch* VersR 2007, 1313 (1319).

45 Vgl. *Marlow/Spuhl*, Das neue VVG kompakt 2007 S. 38.

wirksamkeit der Prämienerrhöhung befürwortet⁴⁶. Beide Lösungen befriedigen indes nur bedingt, weil sie die Entstehung des erhöhten Prämienanspruchs letztlich selbst bei mangelhafter oder fehlender Belehrung bejahen: während dem im Rahmen des erstgenannten Ansatzes immerhin auf dem „Umweg“ der Schadensersatzansprüche begegnet werden kann, soll ein solches Ergebnis nach der zweiten Literaturmeinung trotz der explizit geforderten Konstruktion einer nur schwebenden Unwirksamkeit der Prämienerrhöhung vermieden werden, indem dessen ungeachtet ein Anspruch auf die höhere Prämie für die Zeit vor der Rechtsbelehrung nicht gebühre. Es fragt sich, warum es diesfalls der Konstruktion schwebender Unwirksamkeit bedarf.

Unverständlich bleibt, warum die Konsequenzen einer Verletzung des Belehrungserfordernisses vom Gesetzgeber in § 25 Abs. 2 S. 2 VVG 2008 nicht ebenso eindeutig verankert wurden, wie dies in § 19 Abs. 5 S. 1 VVG 2008⁴⁷ der Fall ist.

III. Die Ausübung des Wahlrechts gem. § 25 VVG 2008

1. Der Wortlaut

§ 25 Abs. 1 S. 1 VVG 2008 verknüpft im Fall von Gefahrrhöhungen durch ein schlichtes „oder“ die beiden gesetzlich vorgesehenen Anpassungsinstrumente. Dies legt zunächst den Schluss nahe, der Versicherer könne zwischen Prämienerrhöhung und nachträglichem Risikoausschluss (denn nichts anderes ist der Ausschluss der Absicherung der höheren Gefahr⁴⁸) beliebig wählen. Diese naheliegende Interpretation ist es allerdings wert, einer „Gegenprobe“ dahin gehend unterzogen zu werden, ob sich nicht schon aus der *Ratio* und dem *systematischen Zusammenhang* des § 25 Gründe ergeben, die im Ergebnis gegen ein freies Wahlrecht des Versicherers sprechen.

2. Die Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation

a) Ratio des § 25 VVG 2008

§ 25 ermöglicht es dem Versicherer, an einem Vertrag festzuhalten, indem er diesen ohne Konsenserfordernis an Umstände anpassen kann, die sich insofern erheblich nachteilig verändert haben, als sie die Wahrscheinlichkeit von Eintritt oder Ausmaß des Versicherungsfalls ungünstig beeinflussen. Auch die gestiegene Gefahr einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme des Versicherers soll nach herrschender Meinung⁴⁹ ein solcher Umstand sein.

Durch das Zugestehen von Anpassungswirkung auf den Zeitpunkt der Gefahrrhöhung zurück wird der Versicherer dabei in die Lage eines Versicherers versetzt, der über den gefahrrhöhenden Umstand voll informiert ist und diesen entsprechend seinen Geschäftsgrundsätzen beurteilen kann. Mit anderen Worten: Die Möglichkeit ordnungsgemäßer versicherungstechnischer Risikokalkulation⁵⁰ wird sichergestellt, indem der Versicherer so handeln kann, wie er *ex ante* gehandelt hätte, wäre ihm der gefahrrhöhende Umstand bekannt gewesen⁵¹. Dabei kommt es nicht darauf an, wie ein idealtypisch-durchschnittlicher Versicherer im Wissen um die Gefahrrhöhung gehandelt, sondern ausschließlich darauf, wie der konkret betroffene Versicherer agiert hätte: § 25 Abs. 1 S. 1 VVG 2008 nimmt nämlich zumindest hinsichtlich der Prämienerrhöhung explizit auf „seine Geschäftsgrundsätze“ Bezug.

Bei allem ist aber zu bedenken, dass der i. S. d. § 25 VVG 2008 sein Wahlrecht ausübende Versicherer naturgemäß nur *fiktiv* in die Lage desjenigen Versicherers versetzt wird, der *tatsächlich* im Zeitpunkt seines Eintritts

Kenntnis von einem gefahrrhöhenden Umstand hatte. Im praktisch wohl häufigsten Fall, der Kenntniserlangung erst nach Eintritt des Versicherungsfalls, führt dies dazu, dass der zuerst genannte Versicherer über einen entscheidenden Informationsvorteil verfügt, indem nur er den Sachverhalt auch *ex post* beurteilen kann.

Bei einer derartigen Informationslage in Form des nachträglichen Risikoausschlusses gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 ein einseitiges Gestaltungsrecht mit Rückwirkung ausüben zu können, erscheint bei aleatorisch geprägten⁵² Verträgen wie dem Versicherungsvertrag besonders problematisch. Mit guten Gründen wird deshalb etwa eine Anfechtung durch den Versicherer wegen Irrtums hinsichtlich gefahrrheblicher Umstände grundsätzlich durch die §§ 19 ff. verdrängt⁵³.

Wenn der Versicherer, der Kenntnis vom Eintritt eines Versicherungsfalls im Gefolge einer Gefahrrhöhung hat, dieses Sonderwissen seiner Entscheidung bei der Wahl zwischen Prämienerrhöhung und nachträglichem Risikoausschluss zugrunde legen dürfte, so würde er wohl regelmäßig Letzteren wählen. Das aber kann nicht der Ratio des Gesetzgebers entsprechen, der mit der Anpassungsmöglichkeit gem. § 25 Abs. 1 einen Informationsnachteil ausgleichen und dadurch ein Festhalten am (geänderten) Vertrag ermöglichen, jedoch nicht dem Versicherer einen Informationsvorteil verschaffen wollte, nachdem die sprichwörtlichen Würfel bereits gefallen sind.

Daraus folgt: Unter Berücksichtigung der Ratio des § 25 VVG 2008 kann es bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Wahl eines nachträglichen Risikoausschlusses gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 nur darauf ankommen, wie der betroffene Versicherer unter Zugrundelegung seiner – damaligen⁵⁴ – Geschäftsgrundsätze *hypothetisch* gehandelt hätte, wenn er ausschließlich Kenntnis vom gefahrrhöhenden Umstand, nicht aber von den in seinem Gefolge eingetretenen Umständen gehabt hätte. An einem praktischen Beispiel illustriert, sollte dies etwa im Bereich der Kaskoversicherung bei im Zuge der Schadensermittlungen zutage getretenem „Tuning“ des versicherten Pkw⁵⁵ zur Folge haben, dass der Versicherer bei von ihm angestrebter Vertragsanpassung⁵⁶ zwar eine entsprechend seinen Tarifmerkmalen erhöhte PrämienEinstufung vornehmen, regelmäßig aber nicht die erhöhte Gefahr rückwirkend ausschließen kann. Oder etwas plakativ formuliert: Wer Kfz mit beispielsweise veränderter Bereifung üblicherweise gegen höhere Prämie ohne Weiteres versichert, soll bei unfallsursächlichem Einfluss dieser Veränderungen nicht so tun können, als wäre er den zugrunde liegenden Vertrag bei Kenntnis von der Gefahrr-

46 So Michaelis in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2008 § 40 Rn. 7.

47 Dazu eindeutig zuletzt Härle in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2008 § 19 Rn. 132: „Die Belehrung ist Wirksamkeitsvoraussetzung“.

48 Vgl. Felsch r+s 2007, 485 (487).

49 Zur Frage der Vertragsgefahr als Form der Gefahrrhöhung vgl. die Nachweise bei Loacker aaO (Fn. 8) § 23 Rn. 3.

50 Zur Prämienoptimierungsfunktion der Gefahrrhöhungsregeln s. nur Prölss in Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag 1983 S. 487, 497.

51 In dem (insoweit vergleichbaren) französischen Art. 113-4 Code des assurances kommt dies besonders deutlich zum Ausdruck.

52 Vgl. Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt 1991 S. 73 f.

53 Zur bisherigen, aber diesbezüglich unveränderten Rechtslage vgl. BGH VersR 1986, 1089; 1995, 457; dazu Prölss aaO (Fn. 5) §§ 16–17 Rn. 47.

54 Gemeint sind die Geschäftsgrundsätze im Zeitpunkt des Eintritts der Gefahrrhöhung.

55 Vgl. für viele etwa OLG Koblenz VersR 2007, 534.

56 Alternativ steht ihm selbstverständlich nach wie vor Kündigung und die Berufung auf Leistungsfreiheit zur Verfügung.

erhöhung niemals oder nur unter der Voraussetzung ihres Ausschlusses eingegangen.

Als erstes Zwischenergebnis bleibt damit festzuhalten, dass ein nachträglicher Risikoausschluss i. S. d. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 als besonders problematische Form der nachträglichen Vertragsanpassung nur dann zulässig sein kann, wenn dies durch die Geschäftsgrundsätze des konkret betroffenen Versicherers bedingt und begründet ist. Sonderwissen dieses Versicherers über Entwicklungen nach Eintritt der Gefahrerhöhung, insbesondere Kenntnis vom eingetretenen Versicherungsfall, hat dabei außer Betracht zu bleiben. Dementsprechend sollte der Versicherer bei dieser Variante der Vertragsanpassung darlegen müssen, warum er die Absicherung der jeweils infrage stehenden Gefahrerhöhung ausgeschlossen hätte, hätte er von ihr Kenntnis gehabt.

Doch selbst die hier vorgeschlagene *restriktive Interpretation*, die dem Versicherer ein Wahlrecht zwischen Prämienerrhöhung und Risikoausschluss nicht – wie der Wortlaut der Bestimmung zunächst nahelegt – völlig ungebunden zubilligt, sondern dessen Ausübung nur auf Grundlage der Bedingungen, Tarife, Annahmerichtlinien, sonstiger Risikogrundsätze etc. des betroffenen Versicherers im Zeitpunkt des Eintritts der Gefahrerhöhung erlaubt, kann über eines nicht hinwegtäuschen: Auch eine solche Auslegung stellt den Versicherer im Ergebnis besser, als er vor der VVG-Reform gestanden ist. Denn bisher konnte er sich Risiken, deren Realisierung Folge der Gefahrerhöhung war, nur innerhalb der Leistungsfreiheitsgrenzen entledigen. Auf diese Weise waren Verschuldens- und Kausalitätserfordernisse zu erfüllen, ohne die ein Leistungsentfall – anders als nun bei nachträglicher Einfügung eines rückwirkenden Risikoausschlusses – nicht zulässig war. Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber mit der Neueinführung von § 25 VVG 2008 die Schaffung einer zusätzlichen Alternative für die Begründung von Leistungsfreiheit gewollt hätte, finden sich freilich nirgends. Es ist deshalb über die bisherigen Überlegungen hinausgehend nach dem Verhältnis zwischen § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 und der Berufung auf Leistungsfreiheit gem. § 26 VVG 2008 zu fragen.

b) Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 und § 26 VVG 2008

Klar ist, dass die Berufung auf Leistungsfreiheit gem. § 26 und die nachträgliche Einfügung eines Risikoausschlusses gem. § 25 grundsätzlich dieselbe Wirkung zeigen, nämlich den Entfall der Leistungspflicht des Versicherers bei gefahrerhöhungsbedingten Versicherungsfällen. Klar ist auch, dass die Leistungspflicht aufgrund der – von der Abschaffung des Alles-oder-nichts-Prinzips dominierten – Neugestaltung der Leistungsfreiheit gem. § 26 abgesehen von Arglist- und Vorsatzfällen nicht vollständig, sondern nur mehr teilweise entfällt. Diese Neuerung zählt der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung⁵⁷ zu den zentralen Punkten der Reform. Ein Risikoausschluss gem. § 25 führt dessen ungeachtet immer zum vollständigen Entfall der Leistungspflicht hinsichtlich der nachträglich ausgeschlossenen Gefahrabsicherung.

Es bedarf bestimmt keiner weiter gehenden Erläuterung, weshalb dem (wie gezeigt ein zentrales Reformanliegen beinhaltenden) Leistungsfreiheitsstatbestand des § 26 ein real bedeutsamer Anwendungsbereich zukommen muss, denn schließlich ist – trotz der Neuschaffung des § 25 – kein Grund ersichtlich, warum er seine Eigenschaft als praktisch wohl bedeutsamste Reaktionsmöglichkeit des Versicherers auf gefahrerhöhungsbedingte Versicherungsfälle eingebüßt haben sollte. Sofern man jedoch

entgegen der hier vorgeschlagenen restriktiven Interpretation des § 25 dafür plädiert, entsprechend dem reinen Wortlaut der Bestimmung dem Versicherer die Wahl zwischen Prämienerrhöhung und Risikoausschluss völlig freizustellen, so ergibt sich ein auffallendes systematisch-logisches Problem, das kurz an einem Beispiel illustriert sei:

Ein VN, der einem Dritten seine Privatwohnung überlässt und nach einiger Zeit feststellt, dass dieser die ursprüngliche Nutzung als Privatwohnung in eine solche als gewerblichen „Privatclub“ geändert hat, ist gegenüber seinem Feuerversicherer zur Anzeige einer solchen Gefahrerhöhung⁵⁸ verpflichtet. Andernfalls kann der Versicherer, wenn es später zu einem grundsätzlich versicherten Brand kommt, unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 zur Berufung auf Leistungsfreiheit berechtigt sein. Diese Einrede kann er allerdings nur erheben, wenn und soweit eine ganze Reihe von Kriterien erfüllt ist.

So ist zunächst das *Verschulden* des VN zu prüfen; fehlt es, bleibt der Versicherer voll leistungspflichtig, liegt einfache Fahrlässigkeit vor, gilt dies ebenso. Bei grober Fahrlässigkeit reduziert sich die Leistungspflicht entsprechend der neu gefundenen Formel der „Schwere des Verschuldens“⁵⁹. Nur bei Vorsatz ist volle Leistungsfreiheit denkbar, und selbst hier gilt dies nicht uneingeschränkt, denn wegen des *Kausalitätserfordernisses* gem. § 26 Abs. 3 Nr. 1 VVG 2008 besteht die Leistungsfreiheit nur, „soweit“ die Gefahrerhöhung ursächlich für den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang der Leistungspflicht war, während der VN für den übrigen Teil Anspruch auf die volle Leistung hat⁶⁰.

In einer, um es provokant zu formulieren, wesentlich „komfortableren“ Position befindet sich demgegenüber jener Versicherer, der sich auf einen Risikoausschluss gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 berufen kann. Denn die Verschuldensfrage spielt im obigen Beispiel jedenfalls keine Rolle, tritt die Vertragsanpassung doch an die Stelle des Kündigungsrechts gem. § 24 Abs. 2 VVG 2008 und dieses besteht verschuldensunabhängig. Und selbst wenn man vom obigen Beispiel abgeht und an die Fälle subjektiver Gefahrerhöhungen denkt, so erfordert das Kündigungs- und damit auch das Risikoausschlussrecht lediglich einfache Fahrlässigkeit aufseiten des VN. Dessen Folge, nämlich der *vollständige* Entfall des Leistungsanspruchs, würde im Anwendungsbereich des § 26 aber gerade *nicht* eintreten, war die Sanktionslosigkeit bloß einfacher Fahrlässigkeit doch eines seiner erklärten Ziele.

Wenn es dem Versicherer bei Versicherungsfällen wegen vorangegangener Gefahrerhöhung, deren Bestand ihm erst nach Realisierung des versicherten Risikos zur Kenntnis gelangte, tatsächlich völlig unbenommen sein sollte, für die nachträgliche Einfügung eines Risikoausschlusses zu optieren, so bliebe dem § 26 VVG 2008 mit all seinen VN-freundlichen Neuerungen in der Praxis wohl nur ein denkbar enger Anwendungsbereich. Denn was spräche aus Sicht des Versicherers schon dafür, die zahlreichen einschränkenden Erfordernisse und Unsicherheiten in Zusammenhang mit der Neuregelung der Leistungsfreiheit in Kauf zu nehmen, wenn sich gleichzeitig die Option der Berufung auf einen „wasserdichten“ Risikoausschluss eröffnete?

57 Vgl. BT-Drucks. 16/3945 S. 48 ff.

58 Vgl. zu dieser Konstellation aus der Judikatur etwa LG Köln VersR 1999, 1363.

59 Die Formel fand an mehreren Stellen des Gesetzes ihre Verankerung; s. §§ 26 Abs. 1 S. 2; 28 Abs. 2 S. 2; 81 Abs. 2; 82 Abs. 3 S. 2; 86 Abs. 2 S. 3 VVG 2008.

60 Dazu zuletzt Loacker aaO (Fn. 8) § 26 Rn. 14 ff.

Eine solche *Torpedierung* der Regulierungsanliegen des § 26 VVG 2008 kann der Gesetzgeber mit der Einführung des § 25 nach hier vertretener Ansicht nicht gewollt haben. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er beiden Normen einen eigenständigen Anwendungsbereich zukommen lassen wollte. Eine rein am Wortlaut orientierte Auslegung des § 25, die Zweck und Funktion des § 26 gefährden würde, ist deshalb schon aus systematischen Erwägungen abzulehnen, die Konsequenzen einer solchen Interpretation scheinen nach hier vertretener Auffassung inakzeptabel.

Aus diesem Grund erhärtet sich der eingangs gestellte Befund, wonach der Versicherer schon aus teleologischen Überlegungen gerade *nicht* nach *freiem*, sondern nur nach an seine Geschäftsgrundsätze *gebundenem Ermessen* nachträglich Risikoausschlüsse in den Versicherungsvertrag integrieren darf.

Bei näherer Betrachtung geht die systematische Analyse der beiden – abgrenzungsbedürftigen⁶¹ – Regelungen des § 25 und des § 26 VVG 2008 aber noch darüber hinaus: Aus systematischer Sicht scheint nämlich nicht nur innerhalb des Tatbestands des § 25 ein restriktives Verständnis des Wahlrechts, sondern auch im größeren Zusammenhang der Gefahrerhöhungsregeln eine Beschränkung der Befugnis zum nachträglichen Risikoabschluss dahin gehend geboten, als von ihr nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn damit die Anwendung des § 26 nicht unterlaufen wird. Beim nachträglichen Abschluss von gefahrerhöhungsbedingten Risiken, von denen der Versicherer bereits weiß, dass sie zum Versicherungsfall geführt haben, wird ein solches Unterlaufen ganz regelmäßig zu bejahen sein, sodass hier meines Erachtens kein Raum für nachträgliche Risikoausschlüsse gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 bleibt.

c) Prägung des Versicherungsvertrags durch den Grundsatz von Treu und Glauben

Es steht außer Frage, dass der Versicherungsvertrag besonders stark und besonders weitgehend durch den Grundsatz von Treu und Glauben geprägt wird⁶². Diesen Aspekt gilt es daher abgesehen von den zuvor angestellten interpretativen Überlegungen verstärkt zu bedenken. Aus der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf den hier interessierenden Zusammenhang folgt insbesondere, dass der Versicherer in Ausübung seines Rechts auf Anpassung des Versicherungsvertrags durch Ergänzung eines Risikoausschlusses der *Schrankenfunktion* des § 242 BGB unterworfen ist, die anerkanntermaßen⁶³ zur Unzulässigkeit der Geltendmachung eines „an sich“ gegebenen Rechts führen kann. Konkret ist an die Fallgruppe des Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses zu denken.

Das durch die Regelungen der §§ 23 ff. VVG 2008 gesetzlich geschützte Interesse des Versicherers besteht wie eingangs ausgeführt darin, auf eine gewisse „Fixierung der Risikolage“ vertrauen zu dürfen. Wird dieses Vertrauen erschüttert, ist der Versicherer zur Anpassung des Vertrags befugt, um in der Folge – dann allerdings auf erhöhtem Risikoniveau – wieder auf die Fixierung der Risikolage vertrauen zu dürfen; dies alles natürlich nur, sofern er überhaupt am Vertrag festhalten und diesen nicht kündigen oder sich auf Leistungsfreiheit berufen will.

Macht der Versicherer von der Möglichkeit des § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 hingegen Gebrauch, um sich im Wissen um den bereits eingetretenen Versicherungsfall seiner Leistungspflicht zu entledigen, so erscheint das damit einhergehende Ergebnis, nämlich die *Torpedierung* des § 26 VVG 2008 und der von ihm geschützten Interessen, insbesondere der dort vorgesehe-

nen Beschränkungen der Leistungsfreiheitseinrede, grob unbillig und angesichts der offenkundigen Bemühungen des Gesetzgebers um die Abschaffung des Alles-oder-nichts-Prinzips im Ergebnis nicht hinnehmbar⁶⁴. Eine solche Ausübung des Gestaltungsrechts nach § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008 würde vielmehr seitens des Versicherers nur erfolgen, um sich eine Rechtsposition zu verschaffen, die nicht mehr in den Schutzbereich des Anpassungsrechts fällt⁶⁵.

Mit der zuvor vorgeschlagenen, schon aus methodischen Überlegungen gebotenen Einschränkung des Anpassungsrechts wird den legitimen Interessen des Versicherers ausreichend Rechnung getragen, indem er so gestellt wird, wie er gestanden hätte, wenn er von den gefahrerhöhenden Umständen, nicht aber vom weiteren Sachverhaltsverlauf gewusst hätte. Nur darin kann der Zweck der gedanklich fixierten Risikolage liegen.

Die mangelnde Schutzwürdigkeit der Interessen des Versicherers wird durch die Schutzwürdigkeit der Interessen des VN aus naheliegenden Gründen überwogen. Es zählt nämlich durchaus zu den (gesetzlich geschützten) Interessen des Letztgenannten, den Anspruch auf die Versicherungsleistung nicht schon im Fall schuldloser oder bloß einfach fahrlässiger Obliegenheitsverletzung, ja nicht einmal im Fall grober Fahrlässigkeit *vollständig* zu verlieren. Könnte der Versicherer sein Recht zur Ergänzung eines Risikoausschlusses jederzeit und ohne Einschränkung ausüben, so würde dies für den VN vielfach eine außergewöhnliche und unzumutbare Härte bedeuten, die im Einzelfall regelmäßig zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde.

Im Ergebnis erscheint eine Berufung des Versicherers auf das nachträgliche Ausschlussrecht in Kenntnis des gefahrerhöhungsbedingt eingetretenen Versicherungsfalls treuwidrig i. S. d. § 242 BGB und damit unzulässig. In einem Prozess ist dies von Amts wegen zu berücksichtigen⁶⁶.

IV. Resümee

Die angestellten Überlegungen haben gezeigt, dass sowohl die Auslegung von § 25 VVG 2008 im Licht teleologischer und systematischer Erwägungen als auch die nach § 242 BGB zur Vermeidung grober Unbilligkeiten gebotene Interessenabwägung zu einem übereinstimmenden Resultat führen. Danach steht dem Versicherer eine Vertragsanpassung in Form eines rückwirkenden Risikoausschlusses in Bezug auf die fragliche Gefahrerhöhung nur dann zur Verfügung, wenn dadurch die Anwendung des § 26 VVG 2008 nicht unterlaufen wird.

Die praktisch bedeutsamste Konsequenz des hier vorgeschlagenen Normverständnisses liegt darin, dass die Ausübung des Anpassungsrechts gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VVG 2008, abgesehen von jenen (vergleichsweise

61 An einem Abgrenzungsbedarf besteht kein Zweifel, denn der Versicherer, der Prämien erhöht, verzichtet damit auf die Leistungsfreiheitseinrede, und derjenige, der die Gefahrabrisicherung rückwirkend ausschließt, soll die Prämien nicht (zusätzlich) erhöhen können.

62 Vgl. *Dreher* aaO (Fn. 52) S. 116. Im Vereinigten Königreich von Großbritannien wird sogar von einem *contractus uberrima fidei* gesprochen – vgl. *Birds*, *Modern Insurance Law* 2004 S. 116 ff. sowie *MacDonald Eggers/Foss*, *Good Faith and Insurance Contracts* 2004 Kap. 7 ff.

63 Vgl. für viele *Mansel* in *Jauernig*, *BGB* 12. Aufl. 2007 § 242 Rn. 33 sowie *Roth* in *Münch. Komm. zum BGB* 5. Aufl. 2007 § 242 Rn. 211 ff.

64 Vgl. allgemein *Grüneberg/Sutschet* in *Bamberger/Roth*, *BGB* 2. Aufl. 2007 § 242 Rn. 80.

65 S. *Grüneberg/Sutschet* aaO (Fn. 64) § 242 Rn. 82.

66 Vgl. *Mansel* aaO (Fn. 63) Rn. 36.

wohl eher seltenen) Fällen, in denen der Versicherer die erhöhte Gefahr nach seinen Geschäftsgrundsätzen nicht versichert hätte, unzulässig erscheint, wenn der Eintritt des gefahrerhöhungsbedingten Versicherungsfalls dem Versicherer im Zeitpunkt der Ausübung dieses Gestaltungsrechts bereits bekannt war.

Wie schon eingangs betont, ist keineswegs zu verschweigen, dass ein Verständnis wie das hier vorgeschlagene unvermeidlich zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 25 VVG 2008 führt. In Anbetracht der Alternative, nämlich einem faktischen Leer-

laufen des § 26, scheint dies jedoch das „kleinere Übel“ zu sein.

Der Gesetzgeber hätte dem Rechtsanwender die Schwierigkeiten in der Anwendung des § 25 VVG 2008 ersparen können, indem er der „scharfen Waffe“ einseitiger Vertragsanpassung nicht nur ein „stumpfes Schwert“ in Form des derzeitigen Kündigungsrechts gegenübergestellt hätte, das den Eintritt der Anpassungswirkung bloß pro futuro zu verhindern vermag. Trotz der zu begrübenden Grundkonzeption der Bestimmung erscheint damit ihre konkrete Umsetzung hinterfragenswert.

Versicherung gegen die Folgen von Naturereignissen in der erweiterten Elementarschadensversicherung

Robert-Joachim Wussow, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.*

I. Einleitung

In den letzten Jahren ist weltweit eine Häufung von Elementarschäden, mithin Schäden, die durch das Wirken der Natur verursacht werden, zu verzeichnen. Auch an Deutschland geht diese Entwicklung nicht vorbei, wobei hier die Naturereignisse Sturm und Hagel, Blitzschlag, Erdbeben, Sturmflut, Erdsenkung, Erdbeben, Meteoriten, Vulkanausbruch, Überschwemmung, Schneedruck und Lawinen von besonderer Bedeutung sind¹. Hinsichtlich der Versicherung gegen derartige Elementarschadensereignisse ist zu differenzieren: Zur sogenannten Grunddeckung insbesondere in der Wohngebäude- und Hausratversicherung gehören diejenigen Elementargefahren, welche im gesamten Versicherungsgebiet relevant sind. Hierzu gehören die Elementargefahren Blitz, Frost, Sturm, Feuer und Hagel. Bei den sogenannten erweiterten Elementargefahren handelt es sich um Risiken, welche oft nur in regional eng begrenzten Gebieten relevant werden wie z. B. Überschwemmungen, Sturmflut, Erdbeben, Erdbeben oder Erdsenkungen, Erdfall sowie Lawinen, Schneedruck oder Vulkanausbrüche, jedoch dort mit ausgeprägten Unsicherheiten für den Versicherer². Diese Gefahren waren bis 1991 bis auf eine vereinzelte Deckung in Teilen der Transportversicherung oder in der Teilkaskoversicherung für Kfz nicht versicherbar³. Danach wandelte sich die Einstellung der Sachversicherer und es wurden auch erweiterte Elementarschäden⁴ in der Regel als Zusatz zur Hausrat-(BEH) und Wohngebäudeversicherung (BEW) sowie bei gewerblichen Risiken (BEG) angeboten⁵.

II. Begriff der Elementargefahr

Die Elementarschadensversicherung deckt grundsätzlich Schäden ab, die auf Naturereignisse⁶ zurückzuführen sind. Hinsichtlich der einzelnen Naturgefahren kann zwischen atmosphärischen⁷, hygrosphärischen⁸, geologischen⁹ sowie kosmischen Gefahren¹⁰ unterschieden werden¹¹. König definiert Elementarschäden als Schäden durch Naturgewalten, bei denen der Schaden mechanisch und plötzlich eintritt¹². Richtigerweise sind Elementarschäden jedoch als Schäden durch Naturgewalten schlechthin zu bezeichnen. Eine Plötzlichkeit des Ereignisses ist nicht erforderlich¹³. Nicht unter die Elementarschadensversicherung fallen Folgen von Ereignissen, die durch Eingriffe des Menschen verursacht werden. Es kann hier zwischen globalen, regionalen, unmittelbaren sowie mittelbaren menschlichen Ursachen für die Schadensentstehung differenziert werden.

Globale menschliche Ursachen¹⁴ sind als Abgrenzungskriterien zu Naturereignissen ungeeignet, da ein kausa-

ler Bezug zu in der Regel regional auftretenden natürlichen Phänomenen schwer hergestellt werden kann. Darüber hinaus würde diese Abgrenzung in vielen Fällen zu einer Entwertung des Versicherungsschutzes führen, was mit dem Sinn und Zweck der Elementarschadensversicherung nicht vereinbar wäre. Regionale menschliche Ursachen für die Schadensentstehung sind für die Abgrenzung zu Naturereignissen besonders in dicht besiedelten Bereichen problematisch, da dort nur in geringem Umfang natürliche Verhältnisse anzutreffen sind. Am präzisesten gelingt die Abgrenzung über die Kriterien der unmittelbaren bzw. mittelbaren Einwirkung menschlichen Handelns auf die Schadensentstehung.

Beruhet die Schadensentstehung auf unmittelbaren Eingriffen des Menschen, greift die Elementarschadensversicherung nicht ein. So z. B., wenn es zu hohen Windstärken allein aufgrund von Strömungsverhältnissen und Windbeschleunigungen an und zwischen Bauwerken kommt¹⁵. Hierzu gehören auch Luftbewegungen, die durch eine Lawine verursacht werden¹⁶. Bei Erdbeben sind von Menschenhand verursachte Erschütterungen des Erdbodens¹⁷ zu nennen. Auch Erdbeben, die durch Menschenhand z. B. durch Baumaßnahmen bzw. Bauarbeiten¹⁸ ausgelöst werden, fallen nicht unter den Versicherungsschutz der Elementarschadensversicherung.

* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht.

1 Vgl. Diskussionspapier zur Sitzung des Versicherungsbeirats bei der BaFin vom 18. 3. 2003 unter II.

2 Dietz, Wohngebäudeversicherung 2. Aufl. 1999 J 1.3; Kumulgefahr.

3 Dietz aaO (Fn. 2) J 1; König, Die Elementarschadensversicherung der Bundesrepublik Deutschland Diss. 2005 S. 131 m. w. N.

4 Überschwemmung, Rückstau, Erdbeben, Erdsenkung, -fall, Erdbeben, Schneedruck, Lawinen, Vulkanausbruch.

5 Vgl. § 2 BEH, BEW, BEG.

6 VGH Mannheim VersR 1988, 924: Ereignisse der unbeherrschten Naturgewalten.

7 Sturm, Trockenheit, Hitzewelle, Frost, Kältewelle.

8 Z. B. Überschwemmung, Sturmflut, Hagel.

9 Z. B. Erdbeben, Erdbeben, Vulkanausbruch.

10 Z. B. Meteoritenabsturz, Kollisionen von Himmelskörpern.

11 Vgl. König aaO (Fn. 3) S. 34 m. w. N.

12 König aaO (Fn. 3) S. 93.

13 So auch Rommel, Elementarschäden und Versicherung 1937 S. 3.

14 Vgl. zur kontroversen Diskussion über Ursachen und Folgen einer globalen Erderwärmung: König aaO (Fn. 3) S. 45 ff.

15 Pröiss/Martin, VVG 27. Aufl. 2004 § 5 VGB 62 Rn. 1; § 8 VHB 84 Rn. 1.

16 BGH VersR 1984, 28.

17 Z. B. durch Zündung einer unterirdischen Bombe oder durch Sprengungen im Bergbau.

18 VGH Mannheim VersR 1995, 1092.