

Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers

Ein Kurzkomentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG

von Dr. iur., Dr. h.c. PETER GAUCH

Professor an der Universität Freiburg und Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 142 (2006) S. 361. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[361] Das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) von 1908 ist alt und revisionsbedürftig.¹ Immer noch! Zwar hat der Bundesrat vor einiger Zeit eine Expertenkommission unter der Leitung von Professor ANTON K. SCHNYDER eingesetzt, die eine umfassende Revision des VVG vorbereiten soll. Welche Ergebnisse die Kommission vorlegen wird, ist dem Publikum aber noch nicht bekannt. Und unabsehbar ist auch, *ob* überhaupt und allenfalls *wann* sich ihre Vorschläge zu einer Gesetzesrevision verdichten werden. Umso bedeutsamer für die Praxis ist daher die Änderung des VVG, die von der Bundesversammlung am 17. Dezember 2004 im Sinne einer kleinen Teilrevision beschlossen und die mit Ausnahme der neuen Art. 3 und 3a VVG² auf den 1. Januar 2006 in Kraft gesetzt wurde.³

A. Der neue Artikel 6 VVG

Am 1. Januar 2006 in Kraft getreten sind namentlich auch *die geänderten Bestimmungen zur vorvertraglichen Anzeigepflicht des Antragstellers* (Art. 4 - 8 VVG). Die Änderungen betreffen die Artikel 6 und 8 VVG, während die bisherigen Artikel 4, 5 und 7 VVG unverändert weiter gelten. Im Vordergrund steht *die revidierte Bestimmung des [362] Art. 6 VVG*. Diese relativ zwingende Bestimmung (Art. 98 VVG) befasst sich mit dem gleichen Gegenstand wie der bisherige Art. 6 VVG⁴. Sie regelt die „*Folgen der verletzten Anzeigepflicht*“ „*im Allgemeinen*“, wie die beibehaltene Marginalie titelt. Ihr Inhalt ist auf vier Absätze verteilt:

1. Der erste Absatz des neuen Art. 6 VVG lautet: „Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam.“

¹ Vgl. schon meinen Aufsatz: PETER GAUCH, Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!, recht 1990, S. 65 ff.

² Die neuen Art. 3 und 3a VVG betreffen die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers; sie treten am 1. Januar 2007 in Kraft.

³ Zur Frage der Übergangsregelung hat sich der Gesetzgeber leider nicht ausgesprochen, weshalb unklar ist, ob die Änderung auch für Verträge gelten, die vor dem 1. Januar 2006 vereinbart wurden.

⁴ Der bisherige Art. 6 VVG hatte folgenden Wortlaut: „Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschlusse der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Verträge zurücktritt.“

a. Grundlegend neu an Art. 6 Abs. 1 VVG ist, dass der Versicherer infolge der vom Antragsteller begangenen Anzeigepflichtverletzung den Vertrag *kündigen* kann, während er bisher berechtigt war, den Versicherungsvertrag mit rückwirkender Beseitigung seiner gesamten Leistungspflicht, aber unter Beibehaltung seines Prämienanspruchs bis zum Ende der laufenden Versicherungsperiode aufzuheben⁵. An die Stelle dieses merkwürdig-zwitterhaften Rücktrittsrechts ist das Kündigungsrecht des Art. 6 Abs. 1 VVG getreten. Macht der Versicherer davon Gebrauch, so wird der Versicherungsvertrag „ex nunc“ (für die Zukunft) aufgelöst, sobald die empfangsbedürftige Kündigungserklärung dem Versicherungsnehmer zugeht.⁶ Damit die [363] einseitige Erklärung wirksam ist, bedarf sie allerdings der Schriftform, nachdem jetzt Art. 6 Abs. 1 VVG eine „schriftliche“ Erklärung des Versicherers verlangt. Mit der vorgeschriebenen „Schriftlichkeit“ (französisch: „il doit le faire par écrit“) ist die Form der einfachen Schriftlichkeit (Art. 13 ff. OR) gemeint.⁷ Für den erforderlichen Inhalt der Erklärung gilt sinngemäss, was unter dem alten Art. 6 VVG gegolten hat⁸.

Die durch Kündigung des Versicherers herbeigeführte Auflösung des Vertrages verwandelt den Versicherungsvertrag in ein vertragliches Liquidationsverhältnis. Vor allem aber wirkt sie sich auf die vertraglichen Leistungspflichten beider Parteien aus. Einerseits erlischt die Deckungspflicht des Versicherers für versicherte Risiken, die sich erst nach dem Zeitpunkt der Vertragsauflösung verwirklichen. Und andererseits erlischt die Pflicht des Versicherungsnehmers, die vereinbarte Prämie über den Zeitpunkt der Vertragsauflösung hinaus zu zahlen.⁹ Nach Massgabe des ebenfalls revidierten und mit einem neuen Randtitel („Teilbarkeit“) versehenen Art. 24 VVG „ist die Prämie nur für die Zeit bis zur Vertragsauflösung geschuldet“ (Art. 24 Abs. 1 VVG)¹⁰, also nicht für die ganze noch laufende Versicherungsperiode.¹¹ [364] Hat der Versicherungsnehmer bereits eine höhere Prämienleistung erbracht, als er noch schuldet, so kann er das zuviel Bezahlte (samt Zinsen) zurückfordern. Seine Forderung auf Rück-

⁵ Vgl. dazu PETER GAUCH, zit. in Fn. 1, S. 72, mit harscher Kritik an der vormaligen Regelung.

⁶ Der Zeitpunkt, an dem die Kündigungserklärung ihre vertragsauflösende Wirkung entfaltet, bestimmt sich somit weder nach dem Zeitpunkt ihrer Absendung noch nach dem Zeitpunkt, an dem der Versicherungsnehmer von der Erklärung und deren Inhalt Kenntnis nimmt. Massgeblich ist allein der unter Mitberücksichtigung des Art. 43 VVG erfolgte Zugang, sei es beim Versicherungsnehmer (oder seinem Rechtsnachfolger) persönlich oder bei einem zur Entgegennahme der Erklärung befugten Vertreter. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit eines Widerrufs nach Massgabe des sinngemäss anwendbaren Art. 9 OR (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT I, 8. Auflage, Zürich 2003, N 474 lit. e).

⁷ Das ergibt sich aus Art. 100 Abs. 1 VVG. Zur Anwendung der Art. 13 ff. OR auf einseitige Rechtsgeschäfte vgl. PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 84 zu Art. 13 OR, und ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Allgemeine Erläuterungen zu Art. 12 - 15 OR, N 2. Dass die herrschende Meinung für die „schriftliche“ Anforderung nach Art. 20 VVG die Verkörperung der Mahnung in einem Schriftstück genügen lässt (FRANZ HASENBÖHLER, Basler Kommentar, N 34 zu Art. 20 VVG), gestattet schon deshalb keinen Rückschluss auf die verlangte Schriftform der Kündigung (Art. 6 Abs. 1 VVG), weil die betreffende Mahnung im Unterschied zur Kündigung kein Rechtsgeschäft ist.

⁸ Vgl. dazu URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 16 zu *alt* Art. 6 VVG.

⁹ Das gilt auch dann, wenn der Versicherer die Prämie im Vertrauen auf eine längere Vertragsdauer so berechnet hat, dass die bis zur vorzeitigen Vertragsauflösung geschuldete Prämienleistung nicht ausreicht, um die Abschlusskosten des Vertrages abzudecken (vgl. dazu STEPHAN FUHRER, Basler Kommentar, N 59 und N 69 zu Art. 25 - 27 VVG). Für den finanziellen Nachteil, der dem Versicherer daraus entsteht, haftet der Versicherungsnehmer, wenn ihn ein Verschulden an der Anzeigepflichtverletzung trifft, nach den Regeln über die „culpa in contrahendo“, obwohl Art. 27 VVG (zusammen mit Art. 25 VVG) aus dem Gesetz gestrichen wurde.

¹⁰ Die unklar formulierte Ausnahmebestimmung des Art. 24 Abs. 2 VVG, von der ich annehme, dass sie auf den Fall einer Kündigung infolge eines Teilschadens (Art. 42 VVG) oder den Fall einer Vertragsauflösung durch Totalschaden abzielt, bleibt aus dem Spiel, wenn der Vertrag durch eine Kündigung des Versicherers nach Art. 6 Abs. 1 VVG aufgelöst wird.

¹¹ Die Bestimmung des Art. 25 VVG, die für die Vertragsauflösung nach dem bisherigen Art. 6 VVG explizit das Gegenteil (die Unteilbarkeit der Prämie) vorgesehen hatte, wurde zusammen mit Art. 26 und 27 VVG aus dem Gesetz gestrichen.

bezahlung ist, analog zum Rückleistungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR (BGE 130 III 512), eine vertragliche Forderung, keine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR). Ihre Verjährung untersteht Art. 46 VVG, nicht Art. 67 OR.

Für Kollektivversicherungsverträge gilt weiterhin die Sonderbestimmung des Art. 7 VVG, wonach der Vertrag bei gegebenen Voraussetzungen nur zum Teil aufgelöst wird. Und in der Personenversicherung werden die Folgen einer unrichtigen Altersangabe durch den unveränderten Art. 75 VVG speziell geregelt. Beide Sonderfälle lasse ich in meinem Beitrag ausser Acht. Beifügen möchte ich allerdings, dass Art. 75 Abs. 1 VVG nach wie vor davon spricht, der Versicherer könne vom Vertrag „zurücktreten“, was jetzt wohl als Kündigung im Sinne des Art. 6 VVG zu verstehen ist.

b. Das *Kündigungsrecht des Versicherers setzt nach dem neuen Art. 6 Abs. 1 VVG voraus*, dass „der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen“ hat.¹² Diese Voraussetzung knüpft an die unveränderten Artikel 4 und 5 VVG an, welche die vorvertragliche Anzeigepflicht des Antragstellers umschreiben. Im Wesentlichen stimmt sie überein mit dem, was nach dem bisherigen Art. 6 VVG für das Rücktrittsrecht des Versicherers gegolten hat. Durch einen Einschub hervorgehoben wird nun allerdings das Erfordernis der „*schriftlichen*“ Befragung, das sich aber schon aus Art. 4 Abs. 1 VVG herleiten lässt. Danach hat der anzeigepflichtige Antragsteller die Gefahrstatsachen „an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen“ mitzuteilen, weshalb die Anzeigepflicht eine Pflicht [365] zur Beantwortung schriftlicher Fragen ist. Geht der Antrag zum Abschluss des Versicherungsvertrages ausnahmsweise vom Versicherer aus, so steht der Versicherungsnehmer, der den Antrag annimmt, bezüglich der Anzeigepflicht und der Folgen ihrer Verletzung einem Antragsteller gleich.¹³

Welche Gefahrstatsachen „*erheblich*“ sind, ergibt sich weiterhin aus Art. 4 Abs. 2 VVG, der durch die Vermutung des Art. 4 Abs. 3 VVG ergänzt wird.¹⁴ Ob der Anzeigepflichtige eine erhebliche Gefahrstatsache, die er unrichtig (wahrheitswidrig) mitgeteilt oder verschwiegen hat, bei Vertragsabschluss „*kannte oder kennen musste*“, kann nur für den jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Indem Art. 6 Abs. 1 VVG (in sachlicher Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 1 VVG) dem „Kennen“ das „Kennenmüssen“ gleichstellt, lässt er es unter diesem Gesichtspunkt genügen, dass der Anzeigepflichtige bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden durfte, die betreffende Tatsache kennen oder richtig kennen konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB sinngemäss). Eine Täuschungsabsicht des Anzeigepflichtigen oder ein sonstiges Verschulden ist für das Kündigungsrecht des Versicherers so wenig vorausgesetzt¹⁵ wie ein (wesentlicher) Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) des Versicherers. Hat allerdings der Versicherer die verschwiegene Tatsache bei Abschluss des Ver-

¹² Der Ausdruck „*verschwiegen hat*“ bedeutet im Kontext des Art. 6 Abs. 1 VVG nur (aber immerhin), dass der Anzeigepflichtige es unterlassen hat, die betreffende Gefahrstatsache dem Versicherer mitzuteilen (franz.: „omis de déclarer“). Eine Verheimlichung der Tatsache mit der Absicht, sie dem Versicherer zu unterschlagen, ist nicht erforderlich. Andernfalls könnten Tatsachen, die der Anzeigepflichtige nicht kannte, sondern nur kennen musste, von vornherein nicht „verschwiegen“ werden.

¹³ Vgl. BGE 126 III 82 ff.

¹⁴ Nach Art. 4 Abs. 2 VVG sind „erheblich ... diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben“. Und nach Art. 4 Abs. 3 VVG werden „die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, ... als erheblich vermutet“ (kritisch dazu PETER GAUCH, zit. in Fn. 1, S. 71).

¹⁵ Der Versicherungsnehmer kann sich insbesondere auch nicht auf Art. 45 Abs. 1 VVG berufen. Denn in dieser Bestimmung geht es um „unverschuldete Vertragsverletzung[en]“ (Randtitel) durch unverschuldete „Verletzung“ einer vereinbarten „Obliegenheit“, während die Anzeigepflichtverletzung gegen eine vorvertragliche Pflicht verstösst, die von Gesetzes wegen besteht.

trages gekannt oder kennen müssen oder hat er die unrichtig angezeigte Tatsache richtig gekannt oder kennen müssen, so entfällt sein Kündigungsrecht nach Massgabe des Art. 8 Ziff. 3 und 4 VVG.

Wurde der Vertrag durch einen Stellvertreter¹⁶ des Versicherungsnehmers oder für fremde Rechnung abgeschlossen, so stellt das [366] Gesetz nicht nur auf das Kennen oder Kennenmüssen des anzeigepflichtigen Antragstellers ab. Vielmehr wird dem Antragsteller nach Massgabe des unveränderten Art. 5 VVG auch angerechnet, was dem Vertreter (Abs. 1), dem Dritten oder seinem Zwischenbeauftragten (Abs. 2) bekannt war oder bekannt sein musste, bezüglich des Dritten und des Zwischenbeauftragten freilich nur unter dem in Art. 5 Abs. 2 VVG erwähnten Vorbehalt. Bei der gesetzlichen Stellvertretung durch Eltern oder Vormund, die von Art. 5 VVG nicht erfasst wird, kommt es allein auf die Person des Vertreters an.¹⁷

2. Der zweite Absatz des neuen Art. 6 VVG lautet: „Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat.“

a. Das Recht des Versicherers, den Vertrag infolge einer Anzeigepflichtverletzung zu kündigen, ist befristet. Es erlischt nach Ablauf der in Art. 6 Abs. 2 VVG anberaumten Frist, die mit der Kenntnis „von der Verletzung der Anzeigepflicht“ zu laufen beginnt. Die Dauer der Frist (vier Wochen) und deren Beginn (der „dies a quo“) entsprechen der Regelung, wie sie schon bis anhin gegolten hat. Eine absolute Höchstfrist (z.B. x Jahre seit Vertragsabschluss), die zumindest bei fehlender Täuschungsabsicht des Versicherungsnehmers angezeigt wäre, ist weiterhin nicht vorgesehen.¹⁸ Umgekehrt hat der Versicherer auch bei unverschuldeter Versäumnis keinen Anspruch auf eine Nachfrist¹⁹, was ebenfalls der vorbestanden Rechtslage entspricht. *Ein* Unterschied zur bisherigen Regelung fällt jedoch auf:

b. Nach der Formulierung des alten Art. 6 VVG war die Einhaltung der vierwöchigen Frist eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des vom Versicherer erklärten Rücktritts. In der Formulierung des neuen Art. 6 Abs. 2 VVG ist der unbenutzte Fristablauf ein Umstand, der zum Erlöschen des noch nicht ausgeübten Kündigungsrechts [367] führt. Der Sache nach handelt es sich aber hier wie dort um eine Verwirkungsfrist²⁰, die der Versicherer einzuhalten hat, um sein Auflösungsrecht nicht zu verlieren. Für den kündigungsberechtigten Versicherer (Art. 6 Abs. 1 VVG) bedeutet dies, dass er zur Wahrung seines Rechts *die Kündigung erklären* muss, bevor die Frist des Art. 6 Abs. 2 VVG abgelaufen ist. Ob hierfür die Absendung der Kündigungserklärung genügt oder ob es für die Einhaltung der Frist auf den Zugang der Erklärung beim Versicherungsnehmer ankommt, lässt sich dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 VVG nicht entnehmen. In Übereinstimmung mit der zum alten Art. 6 VVG entwickelten Meinung muss aber angenommen werden, dass massgeblich der Zeitpunkt des Zugangs ist²¹, an dem die Kündigungserklärung insoweit vollendet wird, dass sie wirksam werden kann (Art. 6 Abs. 1 VVG). Dies entspricht auch dem Lehrsatz, wonach für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist im Zweifel „die Vollendung des ganzen Tatbestandes“ zu fordern sei²². Somit kann ge-

¹⁶ Zum Begriff des „Stellvertreters“, wie ihn Art. 5 VVG verwendet, vgl. URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 7 ff. zu Art. 5 VVG.

¹⁷ Vgl. URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 5 VVG.

¹⁸ Darin liegt ein Wertungswiderspruch zum neuen Art. 3a Abs. 2 VVG, wonach im analogen Fall, da *der Versicherer* seine vorvertragliche Informationspflicht (neu Art. 3 VVG) verletzt hat, das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers „jedenfalls spätestens ein Jahr nach der Pflichtverletzung“ erlischt.

¹⁹ Art. 45 Abs. 3 VVG kommt schon deshalb nicht zum Tragen, weil er einzig den „Versicherungsnehmer“ oder den „Anspruchsberechtigten“ begünstigt.

²⁰ Zum alten Art. 6 VVG vgl. z.B. BGE 118 II 338.

²¹ Vgl. URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 16 zu *alt* Art. 6 VVG.

²² KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen II, Bern

sagt werden, dass die Kündigung des Versicherers nur wirksam wird, wenn im Zeitpunkt, da die Kündigungserklärung beim Versicherungsnehmer eintrifft, sein Kündigungsrecht noch besteht.

c. Unterlässt es der Versicherer, der die Anzeigepflichtverletzung erkannt hat, aus irgend einem Grund (auch aus Versehen), den Versicherungsvertrag rechtzeitig zu kündigen, so dauert der Vertrag mit dem bisherigen Inhalt fort, ohne dass die vom Antragsteller begangene Pflichtverletzung den Versicherer berechtigt, eine Prämienhöhung für die Restdauer des Vertrages oder gar rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu verlangen. Nach Art. 6 VVG steht dem Versicherer ein Anspruch auf Prämienhöhung selbst dann nicht zu, wenn der Anzeigepflichtige in Täuschungsabsicht gehandelt hat oder wenn nach dem hypothetischen Willen vernünftiger Parteien (nach Treu und Glauben) anzunehmen ist, dass bei korrekter Anzeige eine höhere Prämie vereinbart worden wäre. Ein Recht des Versicherers, den Vertrag mit erhöhter Prämie aufrechtzuerhalten, statt ihn aufzukündigen, ist auch im neuen Art. 6 VVG nicht vorgesehen.

[368] **3.** *Der dritte Absatz des neuen Art. 6 VVG lautet:* „Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung.“

a. Dieser Absatz durchbricht den Grundsatz, wonach die Kündigung des Versicherers, der den Vertrag gestützt auf Art. 6 Abs. 1 VVG auflöst, nur für die Zukunft wirkt. Denn unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 VVG bewirkt die Kündigung, dass die Leistungspflicht des Versicherers auch für bestimmte „Schäden“ erlischt, die noch vor der Auflösung des Vertrages eingetreten sind, weil sich das versicherte Ereignis schon vorher verwirklicht hat.²³ Leistungen (auch aus einer Summenversicherung²⁴) die der Versicherer für derartige Schäden bei Auflösung des Vertrages bereits erbracht hat, kann er (samt Zinsen) zurückfordern.²⁵ In Anlehnung an die für den Vertragsrücktritt herrschende Umwandlungstheorie²⁶ rechtfertigt es sich, das Rückforderungsrecht des Versicherers (wie die Rückleistungsforderung nach Art. 109 Abs. 1 OR) den Regeln des Vertragsrechts, nicht den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR), zu unterstellen²⁷. Dementsprechend richtet [369] sich die Verjährung nach Art. 46 VVG, nicht nach Art. 67 OR; und der Entreicherungseinwand des Art. 64 OR ist ausgeschlossen.

1975, § 396, S. 1028.

²³ Dieser Wegfall der Leistungspflicht für früher eingetretene Schäden ist eine unmittelbare Folge der wirksamen Kündigung, ohne dass es hierfür einer besondern Erklärung des Versicherers bedarf. Die Leistungspflicht erlischt, sobald die Kündigung nach Art. 6 Abs. 1 VVG wirksam wird, jedoch rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Fälligkeit des früher entstandenen Versicherungsanspruchs (Art. 41 VVG) erst nach der Vertragsauflösung eingetreten wäre.

²⁴ Zum Begriff und zu den Besonderheiten der Summenversicherung vgl. GERHARD STOESSEL, Basler Kommentar zum VVG, Allgemeine Einleitung, N 29.

²⁵ Dass der Versicherer sich die Rückforderung in der Kündigungserklärung vorbehalten hat, ist nicht vorausgesetzt. Soweit die erbrachte Leistung nicht „in natura“ zurückerstattet werden kann, sondern z.B. in der Abwehr von Haftpflichtansprüchen bestand, richtet sich das Rückforderungsrecht auf Wertersatz (vgl. dazu sinngemäss: STEPHAN HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, S. 126 ff.).

²⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Fn. 6, Nr. 1570 ff., mit einschlägigen Verweisen; neuerdings: STEPHAN HARTMANN, zit. in Fn. 25, S. 10 ff.

²⁷ Anders die bislang herrschende Meinung, die sich zum alten Art. 6 VVG herausgebildet hatte (URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 31 zu *alt* Art. 6 VVG, mit zahlreichen Zitaten).

Das Gesagte gilt auch dann, wenn anspruchsberechtigt nicht der Versicherungsnehmer, sondern ein Begünstigter oder ein Drittversicherter²⁸ ist oder gewesen ist. Für die von Art. 6 Abs. 3 VVG erfassten Schäden erlischt die Leistungspflicht des Versicherers auch gegenüber dem begünstigten oder versicherten Dritten.²⁹ Soweit der Versicherer den Leistungsanspruch des Dritten bereits erfüllt hat und deshalb das Geleistete zurückfordern kann, stellt sich die schwierige, durch Art. 6 Abs. 3 VVG nicht beantwortete Frage, wer (ob der Versicherungsnehmer oder der Dritte) zur Rückleistung verpflichtet ist. Für den in Art. 112 OR geregelten „Vertrag zugunsten eines Dritten“ wird heute mit guten Argumenten, aber nicht unumstritten, postuliert, dass sich ein Rückleistungsanspruch des Promittenten grundsätzlich gegen den Stipulanten, nicht gegen den Dritten richtet³⁰. Überträgt man diesen Lösungsansatz sinngemäss auf die hier zu klärende Frage, so richtet sich der Rückleistungsanspruch des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer, nicht gegen den Dritten³¹, sofern sich im Einzelfall keine Ausnahme rechtfertigt³². Die Frage bedarf [370] freilich einer vertieften Abklärung, auch was das Regressverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Dritten betrifft.

b. Die umschriebene (partielle) Rückwirkung der Kündigung bezieht sich nur auf „Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst“ wurde.³³ Gemeint ist damit, dass sich die betreffende Gefahrstatsache in *der* Weise zum Nachteil des Versicherers ausgewirkt hat, dass entweder der Eintritt des versicherten Ereignisses kausal begünstigt oder der Umfang des vom Versicherer zu tragenden Schadens erhöht wurde. Bei einer erheblichen Gefahrstatsache, die der Antragsteller „unrichtig angezeigt“ hat, kommt es darauf an, ob sich die von der Anzeige abweichende Tatsächlichkeit auf den Eintritt oder den Umfang des Schadens auszuwirken vermochte.

Im einen wie im andern Fall (Begünstigung des Schadenseintritts oder Erhöhung des Schadens) erlischt die Leistungspflicht des Versicherers für den betreffenden Schaden. Und zwar erlischt die *volle* Leistungspflicht des Versicherers, unbekümmert um die Intensität der Schadensbeeinflussung oder um den Umfang der Schadenserhöhung. Damit wurde das schon unter der Herrschaft des alten Art. 6 VVG kritisierte „Alles-oder-Nichts-Prinzip“³⁴ erneut beibehalten.

²⁸ Grundsätzlich steht der Versicherungsanspruch dem Drittversicherten, nicht dem davon verschiedenen Versicherungsnehmer zu. Anders verhält es sich bei der Schadensversicherung, soweit Art. 17 Abs. 2 VVG eingreift, sowie bei der Versicherung auf fremdes Leben, wenn auch unter Vorbehalt des Art. 87 VVG.

²⁹ So schon HANS ROELLI, Kommentar zum VVG, Bern 1914, Anm. 2/d zu *alt* Art. 6 VVG, S. 110 f. Anders verhält es sich, soweit das Gesetz einem geschädigten Dritten einen Direktanspruch gegenüber dem Versicherer des Haftpflichtigen einräumt und bestimmt, dass der Versicherer dem Dritten keine Einreden aus dem Versicherungsvertrag oder dem VVG entgegenhalten kann (vgl. z.B. Art. 65 Abs. 2 SVG, der in Abs. 3 durch ein Rückgriffsrecht des Versicherers ergänzt wird).

³⁰ Grundlegend für die Schweiz: PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000/AISUF Band 190, Nr. 709 ff./Nr. 878 ff.

³¹ So z.B. für das deutsche Recht: W. VOIT, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1999, N 20 zu § 20 VVG, mit einlässlicher Stellungnahme zur Kontroverse. Anders für das schweizerische Recht, aber ohne eigene Begründung: URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 31 zu *alt* Art 6 VVG.

³² Die *Ausnahmen* würde ich wie folgt formulieren: Hat der begünstigte oder versicherte Dritte die Anzeigepflichtverletzung veranlasst oder in anderer Weise an der Verletzung mitgewirkt, oder hat er die Versicherungsleistung bösgläubig einkassiert, so kann der Versicherer sich *auch* an den Dritten halten. Der Drittversicherte *allein* ist zur Rückerstattung verpflichtet, wenn es nur an ihm gelegen hat, dass anzeigepflichtige Tatsachen, die er kannte oder kennen musste (Art. 5 Abs. 2 VVG), dem Versicherer nicht oder nicht richtig angezeigt wurden.

³³ Damit hat der Gesetzgeber das in der Literatur zur vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung des Antragstellers seit längerer Zeit postulierte „Kausalitätsprinzip“ verwirklicht und zugleich eine wertmässige Angleichung an Art. 32 Ziff. 1 VVG (betreffend die Gefahrserhöhung) herbeigeführt.

³⁴ Vgl. URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 37 zu *alt* Art. 6 VVG, mit zahlreichen Zitatstellen.

c. Bezüglich der im Zeitpunkt der Vertragsauflösung schon eingetretenen Schäden, die *nicht* unter die Regel des Art. 6 Abs. 3 VVG fallen, bleibt die Leistungspflicht des Versicherers fortbestehen, was im Vergleich zum bisherigen Recht eine deutliche Verbesserung zugunsten des Anspruchsberechtigten darstellt.³⁵ Gleichwohl vermag die jetzige Gesetzeslage nicht völlig zu befriedigen. Auf das „Alles- [371] oder-Nichts-Prinzip“ wurde bereits hingewiesen. Dazu kommt, dass Art. 6 Abs. 3 VVG die Leistungspflicht des Versicherers für die von der Bestimmung erfassten (bereits eingetretenen) Schäden beseitigt, ohne dass es auf eine Täuschungsabsicht oder ein sonstiges Verschulden des Anzeigepflichtigen oder auch nur auf einen (wesentlichen) Grundlagenirrtum des Versicherers ankommt. Dass es *darauf* nicht ankommt, lässt sich für das Kündigungsrecht des Versicherers (Art. 6 Abs. 1 VVG) nachvollziehbar begründen, während der Wegfall seiner Leistungspflicht für einen bereits eingetreten Schaden (Art. 6 Abs. 3 VVG) eine Täuschungsabsicht oder zumindest ein grobes Verschulden des Anzeigepflichtigen voraussetzen müsste, um dem Erfordernis der materiellen Vertragsgerechtigkeit (BGE 123 III 298) zu genügen. Dieses Erfordernis wird auch dadurch verletzt, dass der Versicherer, der im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 VVG von der Leistungspflicht für einen eingetretenen Schaden befreit wird, selbst dann den vollen Prämienanspruch bis zur Auflösung des Vertrages behält, wenn er ohne Verletzung der Anzeigepflicht eine tiefere Prämie verlangt hätte. Dadurch wird das synallagmatische Gleichgewicht des Vertrages gestört.

d. Ein letzter Punkt, auf den ich hinweisen möchte, betrifft die Verknüpfung des Art. 6 Abs. 3 VVG mit dem Kündigungsrecht des Art. 6 Abs. 1 VVG. Wie sich aus ihrer Formulierung ergibt, setzt die Regel des Art. 6 Abs. 3 VVG tatbestandsmässig voraus, dass der Vertrag „durch Kündigung [des Versicherers] nach Absatz 1 aufgelöst“ wird. Ist der Vertrag aus einem anderen Grund (nicht nach Art. 6 Abs. 1 VVG) beendet worden, so bietet Art. 6 Abs. 3 VVG dem Versicherer keine unmittelbare Handhabe, die Leistung für die darin erfassten (bereits eingetretenen) Schäden zu verweigern oder das darauf Geleistete zurückzufordern. Das aber widerspricht dem berechtigten Schutzinteresse des Versicherers, falls der Vertrag aus einem andern Grund aufgelöst wurde³⁶, noch bevor der Versicherer von seinem Kenntnisstand her in der Lage war, vom Kündigungsrecht des Art. 6 Abs. 1 VVG Gebrauch zu machen. Da ein schon aufgelöster Vertrag nicht nochmals durch Kündigung aufgelöst werden kann, stellt sich für solche Fälle die Frage, ob der Versicherer in analoger Anwendung des [372] Art. 6 VVG berechtigt ist, die Leistung für die von Art. 6 Abs. 3 VVG erfassten Schäden (definitiv) zu verweigern oder eine darauf erbrachte Leistung zurückzufordern, wenn er dies innerhalb von vier Wochen erklärt, nachdem er von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten hat (Art. 6 Abs. 2 VVG). Das muss meines Erachtens bejaht werden, um dem Versicherer in Übereinstimmung mit der Idee des Gesetzgebers den Zugang zu Art. 6 Abs. 3 VVG zu wahren.³⁷

Insbesondere rechtfertigt sich die aufgezeigte „Analogielösung“ zugunsten eines Versicherers, der von der Anzeigepflichtverletzung erst nach dem Eintreten eines Totalschadens erfährt, dessen „Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist“. Obwohl ein Totalschaden die sofortige Auflösung des Vertrages bewirkt³⁸, ist der Schaden im Zeitpunkt der Vertragsauflösung „bereits einge-

³⁵ Seiner fortbestehenden Leistungspflicht kann sich der Versicherer auch nicht dadurch „entziehen“, dass er den Vertrag nach den allgemeinen Bestimmungen des OR über die „Mängel des Vertragsabschlusses“ anfechtet. Art. 6 VVG regelt die Folgen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung insoweit abschliessend, wie es schon für den bisherigen Art. 6 VVG der Fall war (BGE 118 II 341; URS CH. NEF, Basler Kommentar, N 27 zu *alt* Art. 6 VVG, mit weiteren Belegen).

³⁶ Sei es durch Erklärung der einen oder anderen Partei (etwa nach Art. 42 VVG) oder sei es *ipso iure*, z.B. durch Zeitablauf oder infolge eines Totalschadens, mit dessen Eintritt der Vertrag dahin gefallen ist.

³⁷ Vgl. dazu sinngemäss bereits HANS ROELLI, zit. in Fn. 29, Anm. 2/d zu *alt* Art. 6 VVG, S. 110.

³⁸ Vgl. JÜRGEN NEF, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 42 VVG, mit weiteren Verweisen.

treten“. Auch von daher steht nichts im Weg, dem Versicherer die Verweigerung der Leistung oder die Rückforderung des auf den Totalschaden Geleisteten zu gestatten, wenn er dies rechtzeitig nach Entdeckung der Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 Abs. 2 VVG) erklärt.

4. Der vierte Absatz des neuen Art. 6 VVG lautet: „Wird ein Lebensversicherungsvertrag, der nach Massgabe dieses Gesetzes rückkauffähig ist (Art. 90 Abs. 2) aufgelöst, so hat der Versicherer die für den Rückkauf festgestellte Leistung zu gewähren“. Diese Regel wurde in leicht veränderter Formulierung dem vierten Absatz des jetzt aufgehobenen Art. 25 entnommen und in Art. 6 VVG eingefügt.

B. Die Bestimmung des Artikel 8 VVG

1. Art. 8 VVG regelt Fälle, in denen die „*Folgen der verletzten Anzeigepflicht*“ nicht eintreten (Randtitel). Auch er wurde durch die am 1. Januar 2006 in Kraft getretene Gesetzesänderung erfasst, jedoch nur in geringfügiger Weise:

Verändert wurden der Einleitungssatz und die Ziffer 5 des Artikels. Der *Einleitungssatz* lautet jetzt: „Trotz der Anzeigepflichtverletzung [373] (Art. 6) kann der Versicherer den Vertrag nicht kündigen:“.³⁹ Und die neu formulierte Ziffer 5 heisst: „wenn der Versicherer auf das Kündigungsrecht verzichtet hat“.⁴⁰ Beide Änderungen waren erforderlich, um Art. 8 VVG an den revidierten Art. 6 VVG anzupassen. Ausserdem haben sie eine sprachliche Vereinfachung gebracht.

2. Mit den erwähnten Änderungen umschreibt der geltende Art. 8 VVG sechs Fälle (Ziff. 1 - 6), in denen das Kündigungsrecht, das Art. 6 VVG dem Versicherer einräumt, ausnahmsweise nicht besteht. Abgesehen von der neu formulierten Ziffer 5 hat sich an deren Umschreibung nichts verändert. Insbesondere wurde es unterlassen, die Ziffer 2 („wenn der Versicherer die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat“) dahingehend zu präzisieren, dass dem Versicherer die Personen gleichzustellen sind, die als dessen Abschlussgehilfen gehandelt haben.

3. Entfällt das Kündigungsrecht des Versicherers (Art. 6 Abs. 1 VVG), weil einer der in Art. 8 VVG umschriebenen Fälle vorliegt, so ist auch der *Bestimmung des Art. 6 Abs. 3 VVG* die Grundlage entzogen. Ebenso verbietet sich die „Analogielösung“, wie sie unter lit. A/3/d befürwortet wurde, sobald sich ein Fall des Art. 8 VVG verwirklicht hat. Ist „die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Tatsache vor Eintritt des befürchteten Ereignisses weggefallen“ (Art. 8 Ziff. 1 VVG), so ist ohnehin ausgeschlossen, dass der Eintritt dieses Ereignisses oder der Umfang des eingetretenen Schadens durch die betreffende Tatsache beeinflusst wurde, wie es Art. 6 Abs. 3 VVG tatbestandsmässig voraussetzt.

C. Ausblick

[374] Durch die beschriebenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG hat die gesetzliche Regelung der vorvertraglichen Anzeigepflicht zweifellos eine Verbesserung erfahren. Insgesamt bleibt aber noch einiges (und zwar über Art. 6 und 8 VVG hinaus) zu verbessern, um die Anzeigepflicht des Antragstellers und die Folgen ihrer Verletzung in eine sachgerechte und zeitgemässe Ordnung zu bringen. Schon mit Rücksicht darauf, aber auch sonst, darf man gespannt auf die Vorschläge der Expertenkommission sein, von der zu hoffen ist, dass es ihr

³⁹ Bisher hiess es: „Der Versicherer kann, auch wenn die Anzeigepflicht verletzt ist, vom Vertrage nicht zurücktreten:“.

⁴⁰ Bisher: „5. wenn der Versicherer auf das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, verzichtet hat“.

gelingt, die zum Teil gegenläufigen Interessen der Versicherer und ihrer Kunden in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.

Korr. Furl. 20.2.2007