

Die freiwillige Sozialversicherung im Spannungsfeld zwischen Vertragsfreiheit und Sozialversicherungszwang

Unter besonderer Berücksichtigung der Anzeigepflichtverletzung und des Rückwärtsversicherungsverbots

PD Dr. iur. HARDY LANDOLT, LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

Inhaltsübersicht

I.	Die freiwillige Sozialversicherung	66
A.	Sozialversicherungsobligatorium	66
B.	Freiwillige Sozialversicherung	66
1.	Allgemeines	66
2.	Rechtsnatur	67
a.	Allgemeines	67
b.	Subsidiäre Geltung des VVG	69
3.	Gesetzliche Sondernormen	70
a.	Einschränkungen des Vorbehaltsrechts	70
i)	Vorbehaltsrecht	70
a)	Allgemeines	70
b)	Rückwirkendes Vorbehaltsrecht	71
ii)	Vorbehaltsverbote	73
a)	Allgemeines	73
b)	Freiwillige Krankenversicherung	73
c)	Freiwillige Unfallversicherung	74
d)	Freiwillige Vorsorgeversicherung	74
e)	Keine Rückwirkung von Vorbehalts- verboten	75
iii)	Anrechnung von abgelaufenen Vorbehalts- fristen	76
b.	Übertrittsrecht	76
c.	Besitzstandsgarantie	77

II. Gesundheitsbedingte Benachteiligung beim Abschluss eines Versicherungsvertrages	78
A. Allgemeines	78
B. Nichtversicherbarkeit bestehender Gesundheitsschäden (sog. Rückwärtsversicherungsverbot)	79
1. Allgemeines	79
2. Geltungsbereich des Rückwärtsversicherungsverbots	79
a. In sachlicher Hinsicht	79
i) Sach- und Vermögensversicherung	79
ii) Personenversicherung	81
a) Allgemeines	81
b) Tod	82
c) Alter	82
d) Invalidität bzw. Arbeitsunfähigkeit	83
1) Erwerbsinvalidität	83
2) Spezifische Invaliditätsfälle	84
e) Krankheit bzw. Unfall	85
b. In zeitlicher Hinsicht	93
i) Allgemeines	93
ii) Rückwärtsversicherungs- und Vorbehaltsverbot	93
iii) Rückwärtsversicherungsverbot und Übertrittsrecht	94
3. VVG-Teilrevision	96
C. Verweigerung eines Vertragsabschlusses trotz Versicherbarkeit zukünftiger Gesundheitsschäden	97
1. Allgemeines	97
2. Geltung des Diskriminierungsverbots für gesundheitsbedingte Benachteiligungen	98
a. Allgemeines	98
b. Behinderungsbegriff	98
c. Vertragsverweigerung oder Auferlegung von erschwerenden Vertragsbestimmungen als Diskriminierung	99
d. Rechtsfolgen	101

III. Anzeigepflichtverletzung	102
A. Allgemeines	102
B. Umfang der Anzeigepflicht	103
1. Allgemeines	103
2. Gefahrstatsache	103
3. Erheblichkeit	105
a. Allgemeines	105
b. Unzulässige Fragen	107
i) Allgemeines	107
ii) Untersuchungs- und Nachforschungs- verbot gemäss Entwurf zum Bundes- gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)	108
C. Verletzung der Anzeigepflicht	109
1. Anzeigepflichtverletzung als verschuldensunab- hängige Pflichtwidrigkeit	109
a. Allgemeines	109
b. Kasuistik im Überblick	110
2. Rechtsfolgen	113
a. Allgemeines	113
b. Verwirkung des Rücktrittsrechts	114
i) Allgemeines	114
ii) Anbringen eines rückwirkenden Vorbe- haltes	115
iii) Ablauf der Vorbehaltsdauer	115
c. Rücktrittserklärung	116
i) Zeitliche Anforderungen	116
ii) Inhaltliche Anforderungen	117
D. Regelung der Anzeigepflichtverletzung im Rahmen der VVG-Teilrevision	117
IV. Schlussbetrachtung	123
Anhang	127
Ursachen- und folgebezogene Voraussetzungen der Sozial- versicherungsrisiken	
Literaturverzeichnis	128

I. Die freiwillige Sozialversicherung

A. Sozialversicherungsobligatorium

Die in Art. 111 ff. BV enthaltenen sozialversicherungsrechtlichen Verfassungsgrundsätze lassen dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum in Bezug auf Versicherte, versichertes Risiko und Versicherungsleistungen. Immerhin will der Verfassungsgeber, dass bestimmte Sozialversicherungen für die Wohnbevölkerung¹ bzw. die Erwerbstätigen² obligatorisch sind (*verfassungsrechtliches Sozialversicherungsobligatorium*) oder zumindest vom Gesetzgeber für obligatorisch erklärt werden können (*gesetzliches Sozialversicherungsobligatorium*)³.

B. Freiwillige Sozialversicherung

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber gewährt den nicht obligatorisch Versicherten die Möglichkeit, sich freiwillig zu versichern⁴. Die freiwillige Sozialversicherung betrifft die Kranken- und Unfallversicherung sowie die berufliche Vorsorge:

- Die *freiwillige Krankenversicherung* besteht aus der Zusatzversicherungen (zur Grundversicherung)⁵ und der Taggeldversi-

¹ Vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. a BV (AHV und IV).

² Vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. b (berufliche Vorsorge; nachfolgend: BeV) und Art. 114 Abs. 2 lit. b BV (AIV).

³ Vgl. Art. 117 Abs. 2 BV (KV und UV).

⁴ Das AHVG sieht ebenfalls eine freiwillige Versicherung vor, diese wird aber nicht durch private Versicherer, sondern eine spezielle Ausgleichskasse geführt (vgl. Art. 1a Abs. 3, Art. 2 und 62 AHVG), weshalb nachfolgend der Begriff der freiwilligen Sozialversicherung nur für die freiwillige Kranken- und Unfallversicherung sowie die berufliche Vorsorge verwendet wird.

⁵ Vgl. Art. 12 KVG.

cherung⁶. Beide freiwilligen Versicherungen stehen allen KVG-Versicherten offen⁷.

- Eine *freiwillige Unfallversicherung* können in der Schweiz wohnhafte Selbstständigerwerbende und ihre nicht obligatorisch versicherten mitarbeitenden Familienmitglieder⁸ sowie in Teilzeit tätige Arbeitnehmer⁹ abschliessen. Sie richtet sich grundsätzlich nach der obligatorischen Unfallversicherung¹⁰.
- Die *freiwillige Vorsorgeversicherung* steht allen Arbeitnehmern im vor- oder überobligatorischen Bereich¹¹ und ferner Selbstständigerwerbenden¹² zu, die der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind. Die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung gelten sinngemäss für die freiwillige Versicherung der Selbstständigerwerbenden¹³.

2. Rechtsnatur

a. Allgemeines

Die freiwillige Sozialversicherung befindet sich im Graubereich zwischen dem öffentlich- und dem privatrechtlichen Versicherungsrecht. Die freiwillige Sozialversicherung ist streng genommen in sich ein Widerspruch, weil eine Sozialversicherung definitionsgemäss ein

⁶ Wer in der Schweiz Wohnsitz hat oder erwerbstätig ist und das 15., aber noch nicht das 65. Altersjahr zurückgelegt hat, kann eine Taggeldversicherung abschliessen. Vgl. Art. 67 ff. KVG.

⁷ Ehemals obligatorisch Versicherte können eine Weiterführung beanspruchen (vgl. dazu Art. 7a KVV).

⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 UVG.

⁹ Vgl. Art. 134 Abs. 1 UVV.

¹⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 UVG. Der Bundesrat hat in Bezug auf Beitritt, Rücktritt und Ausschluss sowie Prämienbemessung besondere Bestimmungen erlassen (vgl. Art. 136 ff. UVV).

¹¹ Vgl. Art. 4 und Art. 44 f. BVG.

¹² Vgl. Art. 4 und Art. 46 f. BVG.

¹³ Vgl. Art. 4 BVG.

gesetzliches Versicherungsverhältnis darstellt¹¹. Eine "freiwillige" Sozialversicherung ist insoweit nicht denkbar, weil der Sozialversicherte gerade nicht wählen kann, ob er versichert sein will. Der Gesetzgeber betrachtet bestimmte Personenversicherungen aber offenbar als so elementar, dass er den nicht zwingend Versicherten die Möglichkeit gibt, sich wie obligatorisch Versicherte abzusichern bzw. allfällige Deckungslücken der obligatorischen Sozialversicherung zu kompensieren. Die freiwillige Sozialversicherung stellt insoweit eine "verkappte" Sozialversicherung dar und richtet sich in Bezug auf die Versicherungsmodalitäten nach der für die obligatorische Versicherung geltenden Regelung¹⁵. Die Gleichstellung gilt allerdings kraft einer ausdrücklichen Bestimmung nur partiell¹⁶ oder überhaupt nicht¹⁷.

Die freiwillige Sozialversicherung setzt – wie im Privatversicherungsrecht, aber im Gegensatz zur obligatorischen Sozialversicherung – einen Willensentschluss, sich zu versichern, voraus, was für eine Gleichsetzung der freiwilligen Sozial- mit der privaten Personenversicherung spricht. Der Gesetzgeber hat aber für die freiwillige Sozialversicherung – im Gegensatz zur privaten Personenversicherung – besondere Bestimmungen erlassen, die einen Sozialversicherungszwang begründen¹⁸. Es ist deshalb unklar, ob die Regeln der obligatorischen Sozialversiche-

¹¹ Vgl. etwa. Maurer, A. (1993) Bundessozialversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 13.

¹⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 1 UVG und Art. 4 BVG.

¹⁶ Der Gesetzgeber hat im Bereich der Taggeldversicherung in Art. 72 KVG einige zwingende Bestimmungen namentlich zum Anspruchsbeginn (Abs. 2), zur Dauer des Anspruchs (Abs. 3), zur Kürzung der Leistung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit (Abs. 4) und bei Übererschädigung (Abs. 5) erlassen. Die Detailgestaltung hat er dagegen weitgehend der Vertragsautonomie der Beteiligten überlassen (vgl. BGE 125 V 116 E. 2e, 124 V 205 E. 3d). Diese (Vertrags-)Autonomie muss sich indessen an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen orientieren, wie sie sich aus dem Bundessozialversicherungsrecht und dem übrigen Verwaltungsrecht sowie der Bundesverfassung ergeben. Namentlich hat sie sich an die wesentlichen Prinzipien der sozialen Krankenversicherung zu halten, vorab an die Grundsätze der Gegenseitigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung (vgl. BGE 129 V 51 E. 1.1).

¹⁷ Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV und Art. 136 ff. UVV.

¹⁸ Siehe dazu infra I/B/3.

zung oder diejenigen des *Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG)* für die Beantwortung vom Gesetzgeber nicht geregelter Fragen herangezogen werden müssen.

b. Subsidiäre Geltung des VVG

Das VVG gilt im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung entweder direkt gestützt auf eine explizite Gesetzesbestimmung¹⁹ oder dann indirekt als Folge einer analogen Anwendung. Die dispositiven²⁰ Bestimmungen des VVG gelten aber nur subsidiär, soweit die einschlägigen Verträge und Nebenbestimmungen (Reglemente, AVB etc.) keine Regelung enthalten²¹. Die analoge Anwendung des VVG, insbesondere von Art. 4 ff. VVG, hat das EVG sowohl für die freiwillige Vorsorge Selbstständigerwerbender²² als auch für die überobligatorische Vorsorge²³ bejaht. Da der Vorsorgevertrag *keinen Versicherungsvertrag* darstellt²¹ und Art. 100 Abs. 1 VVG selbst für Versicherungsverträge die *subsidiäre Geltung des OR* vorsieht²⁵, bestehen erhebliche methodologische Bedenken an der analogen Anwendung des VVG für unechte Versicherungsverhältnisse. Die Bedenken sind umso stärker, weil die analoge Anwendung von Art. 4 ff. VVG zu einem ungerechtfertigten Wegfall des Vorsorgeschatzes führt²⁶.

Die Bedenken bestehen dabei ganz generell, weil die Anwendung von Art. 4 ff. VVG für gesundheitlich angeschlagene Personen eine diskriminierende Benachteiligung zur Folge hat. Diese Personenkategorie kann sich nämlich praktisch nicht versichern, obwohl der Gesetzgeber

¹⁹ Siehe – für die freiwillige KV – Art. 12 Abs. 3 KVG und BGE 124 V 44 E. 1 und 2, 203 E. 2a sowie 205 E. 3d.

²⁰ Vgl. dazu Art. 97 ff. VVG.

²¹ Vgl. BGE 119 V 286 E. 4.

²² Vgl. BGE 116 V 218 ff.

²³ Vgl. BGE 119 V 286 ff. und Urteil EVG vom 21.08.2001 (B 75/99 Hm) E. 1.

²⁴ Vgl. z.B. BGE 118 V 229 E. 4.

²⁵ Siehe dazu GUTZWILLER, P. C. (2003) Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefahrstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: *HAVE* 2003, 43 ff.

²⁶ Weiterführend infra III/C/2/a.

die freiwillige Sozialversicherung für alle Personen vorsieht und diese Möglichkeit mit Schutzbestimmungen absichert. Was die rechte Hand des Gesetzgebers gibt, sollte die linke Hand der Rechtsprechung aber nicht wieder wegnehmen. Sofern keine ausdrückliche Ausnahmebestimmung besteht, sollte die freiwillige wie die obligatorische Sozialversicherung gehandhabt werden.

3. Gesetzliche Sondernormen

a. Einschränkungen des Vorbehaltsrechts

i) Vorbehaltsrecht

a) Allgemeines

Der Versicherer ist grundsätzlich frei, mit wem und zu welchen Bedingungen er einen Versicherungsvertrag abschliessen will. Statt den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu verweigern, kann der Versicherer mit Bezug auf das zu versichernde Risiko, insbesondere Gesundheitsschäden²⁷, oder die zu versichernden Leistungen einen Vorbehalt anbringen. Das *Vorbehaltsrecht des Versicherers* gilt auch für die freiwillige Sozialversicherung²⁸, soweit keine Kontrahierungspflicht oder Vorbehaltsverbote bestehen.

²⁷ Vorbehaltsfähig sind alle Gesundheitsschäden, auch solche psychischer Natur (vgl. z.B. Urteil EVG vom 24.01.1997 = SVR 1997 KV Nr. 97 E. 4 betreffend Depressionen).

²⁸ Vgl. Art. 69 KVG, Art. 134 Abs. 3 UVV und Art. 45 Abs. 1 BVG.

Der Versicherungsvorbehalt ist entweder mit einer *partiellen*²⁹, einer *aufgeschobenen*³⁰ oder einer *befristeten*³¹ *Versicherungsdeckung* verbunden. Der Vorbehalt kann unbefristet erfolgen, muss in jeden Fall aber hinreichend klar formuliert sein³². Ein ungenauer Vorbehalt kann durch die Verwaltung oder den Richter berichtigt werden, solange sich eine Vertragspartei nicht auf den Vertrauensschutz berufen kann³³. Eine Berichtigung kann jedenfalls dann erfolgen, wenn der Versicherungsvorbehalt zwar ungenau formuliert, unter den gegebenen Umständen aber nur in einem bestimmten, eindeutigen Sinn verstanden werden konnte³⁴.

b) Rückwirkendes Vorbehaltsrecht

Das Vorbehaltsrecht bezieht sich primär auf zukünftige, ungewisse Ereignisse mit erhöhter Eintrittswahrscheinlichkeit, weshalb der Versicherer die Leistungspflicht im Zeitpunkt des Versicherungsvertragsabschlusses einschränken möchte. Erhöht sich die Schadenswahrscheinlichkeit erst nachträglich oder liegt ein anderer Umstand, z.B.

²⁹ Der Vorbehalt in der Krankenversicherung schliesst den Versicherungsschutz zeitlich begrenzt lediglich für eine bestimmte, genau umschriebene Krankheit aus, während die Versicherungsdeckung für alle anderen Krankheiten, die im Verlaufe der Versicherungsdauer auftreten können, ungeschmälert besteht (vgl. BGE 127 III 238 E. 2c). Siehe ferner Urteil EVG vom 21.08.2001 (B 75/99 Hm) E. 2, wo die Wirkung eines Vorbehalts wie der Rücktritt infolge Anzeigepflichtverletzung ex tunc verstanden wird.

³⁰ Vgl. z.B. BGE 115 V 388 ff.: Wird der Versicherte infolge eines unter einen Vorbehalt fallenden Leidens arbeitsunfähig, beginnt die Bezugsdauer des versicherten Krankengeldanspruches erst nach Wegfall des Vorbehalts.

³¹ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 24.11.2003 (B 110/01 und B 111/01) = plädoyer 2004/1, 74 f. E. 4.3.

³² Vgl. Art. 69 Abs. 3 KVG und Urteil VersGer VD vom 08.12.1994 = SVR 1996 KV Nr. 70 (betreffend Herzversagen und Niereninsuffizienz).

³³ Vgl. RKUV 1986 Nr. K 670 S. 131 und RSKV 1973 Nr. 167 S. 63.

³⁴ Vgl. BGE 116 V 239 E. 4.

eine Anzeigepflichtverletzung, vor, die den Versicherer zur Vertragsauflösung berechtigt³⁵, kann er stattdessen einen rückwirkenden Vorbehalt anbringen³⁶.

Das Recht, einen rückwirkenden Vorbehalt anzubringen, ist im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung eingeschränkt. Während bei der freiwilligen Taggeldversicherung gemäss Art. 69 KVG – in Anlehnung an das frühere Krankenversicherungsrecht³⁷ – eine solche Möglichkeit besteht³⁸, wird vom EVG ein *rückwirkendes Vorbehaltsrecht* der Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 45 BVG/Art. 331c OR verneint³⁹. Im Bereich der freiwilligen Unfallversicherung steht dem Versicherer nach dem Gesetzeswortlaut ebenfalls nur ein ursprüngliches Vorbehaltsrecht zu⁴⁰.

³⁵ Vgl. dazu Art. 6, 27 und 30 VVG.

³⁶ Vgl. dazu auch Art. 23 VVG.

³⁷ Gemäss Art. 5 Abs. 3 aKUVG durfte die Aufnahme in die Kasse nicht aus gesundheitlichen Gründen oder wegen Schwangerschaft abgelehnt werden. Die Kassen konnten jedoch Krankheiten, die bei der Aufnahme bestanden, durch einen Vorbehalt von der Versicherung ausschliessen; das gleiche galt für Krankheiten, die vorher bestanden, sofern sie erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können. Nach Art. 2 Abs. 2 Vo III zum KUVG durften bei Höherversicherung während der Dauer der Mitgliedschaft für die den bisherigen Leistungsumfang übersteigenden Leistungen Versicherungsvorbehalte angebracht werden, sofern sie gemäss Gesetz auch für die Aufnahme zulässig waren. Ein Versicherungsvorbehalt fiel spätestens nach fünf Jahren dahin.

³⁸ Hatte die Kasse bei der Aufnahme eines Mitgliedes keinen Versicherungsvorbehalt angebracht, so durfte sie nach der Rechtsprechung einen solchen später nicht mehr verfügen, es sei denn, der Gesuchsteller hatte in schuldhafter Weise eine bestehende oder eine vorher bestandene, zu Rückfällen neigende Krankheit nicht angezeigt. Unter diesen Voraussetzungen konnte sie innerhalb Jahresfrist, seitdem sie vom schuldhaften Verhalten des Gesuchstellers Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, spätestens aber nach fünf Jahren, einen rückwirkenden Versicherungsvorbehalt anbringen (vgl. BGE 110 V 308 E. 1 und 2). Mit dem Anbringen eines rückwirkenden Vorbehalts sollte im Falle einer nachträglich entdeckten Anzeigepflichtverletzung die gesetzliche Ordnung in der Weise wiederhergestellt werden, wie sie vom Versicherten hätte hingenommen werden müssen, wenn er bei der Aufnahme wahrheitsgemässe und vollständige Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht hätte (vgl. BGE 110 V 308 E. 1c und 102 V 193 E. 2).

³⁹ Vgl. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 4.4.

⁴⁰ Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV.

ii) Vorbehaltsverbote

a) Allgemeines

Das Vorbehaltsrecht des Versicherers kann entweder durch Gesetz oder reglementarisch eingeschränkt werden. Im ersten Fall darf der Versicherer überhaupt keine (uneingeschränkten) Vorbehalte vornehmen; im zweiten Fall dürfte er zwar, doch auferlegt er sich selbst der Zurückhaltung. Reglementarische Bestimmungen gehen dabei gesetzlichen Vorbehaltsverboten vor, sofern sie für den Versicherten günstiger sind¹¹.

b) Freiwillige Krankenversicherung

Für die *freiwillige Zusatzversicherungen* gilt das VVG¹², weshalb der Versicherer dasselbe Vorbehaltsrecht wie in der privaten Personenversicherung hat.

Die Versicherer können Krankheiten, die bei der Aufnahme in die *freiwillige Taggeldversicherung* bestehen, oder frühere Krankheiten, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können¹³, durch einen schriftlichen Vorbehalt ausschliessen. Der Versicherungsvorbehalt fällt in jedem Fall spätestens nach fünf Jahren dahin. Die Versicherten können zudem vor Ablauf dieser Frist den Nachweis erbringen, dass der Vorbehalt nicht mehr gerechtfertigt ist¹⁴. Wenn die versicherte Person den Versicherer wechselt, darf der neue Versicherer keine neuen Vorbehalte anbringen, wenn der Wechsel im Zusammenhang mit der Aufnahme oder der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich war, der Versicherte aus dem Tätigkeitsbereich des bisherigen Versicherers

¹¹ Vgl. den Anwendungsfall Urteil EVG vom 17.12.2001 (B 69/00): Wenn das bei Abgabe der Rücktrittserklärung gültige Reglement der Vorsorgeeinrichtung Leistungseinschränkungen aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr zulässt, kann sich der Versicherer nicht auf das gesetzliche Vorbehalts- bzw. Rücktrittsrecht berufen.

¹² Vgl. Art. 12 Abs. 3 KVG.

¹³ Vgl. Art. 69 Abs. 1 und 3 KVG.

¹⁴ Vgl. Art. 69 Abs. 2 und Art. 70 Abs. 2 KVG.

ausscheidet oder der bisherige Versicherer die soziale Krankenversicherung nicht mehr durchführt¹⁵.

c) Freiwillige Unfallversicherung

Der Versicherer darf den Abschluss einer freiwilligen Unfallversicherung nur in *begründeten Fällen*, namentlich bei bestehenden erheblichen und dauernden Gesundheitsschädigungen sowie bei einer Nichteilung¹⁶, ablehnen¹⁷.

d) Freiwillige Vorsorgeversicherung

Für die Risiken Tod und Invalidität darf im Rahmen der *freiwilligen Vorsorgeversicherung Selbstständigerwerbender* ein Vorbehalt aus gesundheitlichen Gründen für höchstens drei Jahre gemacht werden¹⁸. Ein solcher Vorbehalt ist jedoch unzulässig, wenn der Selbständigerwerbende mindestens sechs Monate obligatorisch versichert war und sich innert Jahresfrist freiwillig versichert¹⁹. In den *übrigen Fällen der weiter-*

¹⁵ Vgl. Art. 70 Abs. 1 KVG.

¹⁶ Vgl. Art. 78 Abs. 2 Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung [UVV]) vom 19.12.1983.

¹⁷ Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV.

¹⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 1 BVG. Art. 45 Abs. 1 BVG findet auf nichtregistrierte Vorsorgeeinrichtungen keine Anwendung (vgl. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 BVG; siehe dazu Urteil EVG vom 14.05.1997 = SVR 1997 BVG Nr. 81 E. 3 und BGE 119 V 283 E. 2). Im Bereich der weitergehenden Vorsorge sind Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen von Art. 49 Abs. 2 BVG und der verfassungsmässigen Schranken (wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeit) in der Vertragsgestaltung grundsätzlich frei. Insbesondere können sie – anders als im Bereich der obligatorischen Vorsorge – bei der Aufnahme in die Versicherung einen gesundheitlichen Vorbehalt anbringen (vgl. BGE 119 V 283 E. 2a und Urteil EVG vom 18.06.2003 [B 66/02] E. 2.1). Siehe dazu STAUFFER, H.-U. (2002) Sind Gesundheitsvorbehalte in der beruflichen Vorsorge zulässig?, in: *Berufliche Vorsorge 2002. Probleme, Lösungen, Perspektiven. Referate der Tagung vom 22. Mai 2002 in Luzern* (Eds. Schaffhauser, R. und Stauffer, H.-U.), St. Gallen, 53 ff.

¹⁹ Vgl. Art. 45 Abs. 2 BVG.

führenden Vorsorge sind Vorbehalte aus gesundheitlichen Gründen für die Risiken Tod und Invalidität ebenfalls, aber höchstens für die Dauer von fünf Jahren zulässig⁵⁰.

Der Versicherungsschutz, der mit den *eingebrachten Austrittsleistungen aus der obligatorischen und weitergehenden Vorsorge*⁵¹ erworben wird, darf ferner bei einem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung nicht durch einen neuen gesundheitlichen Vorbehalt geschmälert werden⁵². Für die Versicherten günstigere Bedingungen der neuen Vorsorgeeinrichtung gehen vor⁵³.

e) Keine Rückwirkung von Vorbehaltsverboten

Die in der freiwilligen Sozialversicherung geltenden Vorbehaltsverbote wurden am 1. Januar 1985 (Art. 45 BVG), am 1. Januar 1995 (Art. 331c OR)⁵⁴ und am 1. Januar 1996 (Art. 69 KVG) in Kraft gesetzt. Bei Versicherungsverträgen, die früher abgeschlossen wurden, gelten die Vorbehaltsverbote erst für versicherte Ereignisse, die sich nach In-Kraft-Treten der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung ereignen. Der Versicherte kann sich in jedem Fall nicht auf die zeitliche Limitierung eines früher unbefristeten Vorbehalts berufen, wenn seit dem In-Kraft-Treten und dem Risikoeintritt die höchstzulässige Frist noch nicht verstrichen ist⁵⁵.

⁵⁰ Vgl. Art. 331c OR.

⁵¹ Das FZG ist anwendbar auf alle Vorsorgeverhältnisse, in denen eine Vorsorgeeinrichtung des privaten oder des öffentlichen Rechts aufgrund ihrer Vorschriften (Reglement) bei Erreichen der Altersgrenze, bei Tod oder bei Invalidität (Vorsorgefall) einen Anspruch auf Leistungen gewährt (vgl. Art. 1 Abs. 2 FZG).

⁵² Vgl. Art. 14 Abs. 1 FZG.

⁵³ Vgl. Art. 14 Abs. 2 FZG.

⁵⁴ Mit Anhang Ziff. 2 des am 01.01.1995 in Kraft getretenen Freizügigkeitsgesetzes (FZG) vom 17.12.1993 wurde das Obligationenrecht durch Art. 331c OR ergänzt.

⁵⁵ Vgl. Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00); Zwischen der Aufnahme in die Vorsorgeeinrichtung am 01.06.1994 und der Rückenoperation vom 14.11.1995 waren bloss rund 1 ½ Jahre vergangen. Siehe ferner BGE 115 V 388 E. 4.

iii) Anrechnung von abgelaufenen Vorbehaltsfristen

Die bei der früheren Vorsorgeeinrichtung abgelaufene Zeit eines Vorbehalts ist auf die neue Vorbehaltsdauer anzurechnen⁵⁶. Eine Anrechnung von abgelaufenen Vorbehaltsfristen wird in den anderen Bereichen der freiwilligen Sozialversicherung nicht vorgesehen. Im Sinne einer *einheitlichen Regelung* und im Hinblick auf das gesetzliche Übertrittsrecht⁵⁷ und die Besitzstandsgarantie⁵⁸ ist gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 14 Abs. 1 FZG eine *generelle Anrechnungspflicht* zu bejahen.

b. Übertrittsrecht

Die freiwillige Sozialversicherung kann wie die private Personenversicherung als Einzel- oder Kollektivversicherung geführt werden. Die in der Kollektivkranken- und Kollektivunfallversicherung versicherten Leistungen betreffen in der Regel die obligatorische Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit⁵⁹, können aber auch andere Leistungen umfassen (z.B. Deckung bei Grobfahrlässigkeit etc.). Scheidet eine Person aus einer *Kollektivversicherung* aus, besteht ein *Recht zum Übertritt in die Einzelunfall- bzw. Einzelkrankenversicherung*⁶⁰, über das sie der Versicherer schriftlich aufzuklären hat⁶¹.

Ein Übertrittsrecht besteht ferner beim *Ausscheiden aus einer Vorsorgeeinrichtung*⁶². Versicherte, die ihre Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eintritt (Freizügigkeitsfall), haben Anspruch auf eine Austrittsleistung. Diese wird von der früheren Vorsorgeeinrichtung

⁵⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FZG.

⁵⁷ Siehe *infra* I/B/3/b.

⁵⁸ Siehe *infra* I/B/3/c.

⁵⁹ Vgl. dazu Art. 324b OR.

⁶⁰ Vgl. Art. 71 KVG und *infra* II/B/2/b/iii.

⁶¹ Siehe dazu *infra* I/B/3/b und BGE 126 V 490 E. 1, 125 V 112 E. 3, 112 V 115 E. 2 und 3, 103 V 71 E. 4, 102 V 65 ff., 100 V 135 ff. und 100 V 129 E. 3 sowie Urteil EVG vom 29.08.2002 (K 142/01) = SVR 2003 KV Nr. 6.

⁶² Vgl. Art. 47 BVG und Art. 3 und 9 ff. FZG.

entweder in bar ausbezahlt, auf ein Sperrkonto oder an die neue Vorsorgeeinrichtung überwiesen⁶³. Die neue Vorsorgeeinrichtung ist zur Aufnahme des Versicherten in die reglementarischen Leistungen verpflichtet⁶⁴.

c. Besitzstandsgarantie

Das 1996 in Kraft getretene KVG hat die *freiwillige Krankenversicherung* dem VVG unterstellt und eine Anpassung der bestehenden Versicherungsverträge innert Jahresfrist vorgesehen. Die Krankenkassen sind verpflichtet, ihren im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des KVG bereits freiwillig Versicherten Versicherungsverträge anzubieten, die mindestens den bisherigen Umfang des Versicherungsschutzes gewähren, und müssen zudem die unter dem früheren Recht zurückgelegten Versicherungszeiten bei der Festsetzung der Prämien anrechnen⁶⁵ (*intertemporale Besitzstandsgarantie*).

Eine Besitzstandsgarantie besteht ferner beim *Wechsel der Vorsorgeeinrichtung*. Der Versicherte hat Anspruch auf die Aufnahme in die neue Vorsorgeeinrichtung, wobei der bereits erworbene Versicherungsschutz nicht durch neue Vorbehalte geschmälert werden darf⁶⁶. Die Vorsorgeeinrichtung muss zudem den eintretenden Versicherten ermöglichen, ihren Vorsorgeschutz "weiter aufzubauen"⁶⁷, wobei insbesondere ein Recht zum Einkauf in die reglementarischen Leistungen besteht⁶⁸. Mit Bezug auf den zukünftigen Vorsorgeschutz können jedoch Vorbehalte angebracht werden⁶⁹.

⁶³ Vgl. Art. 4 ff. FZG.

⁶⁴ Vgl. Art. 9 FZG.

⁶⁵ Vgl. Art. 102 Abs. 2 KVG.

⁶⁶ Vgl. Art. 3 und 9 ff. sowie Art. 14 Abs. 1 FZG.

⁶⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 FZG.

⁶⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 FZG.

⁶⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FZG e contrario.

II. Gesundheitsbedingte Benachteiligung beim Abschluss eines Versicherungsvertrages

A. Allgemeines

Das VVG basiert auf dem *Vertragsprinzip*. Der Versicherungsnehmer, ausnahmsweise der Versicherer, unterbreitet eine schriftliche Offerte, worin alle für die Risikobeurteilung erheblichen Tatsachen mitgeteilt werden⁷⁰. Nach durchgeführter Risikoprüfung stehen dem Versicherer fünf Handlungsoptionen zur Verfügung. Der Versicherer kann:

- den Antrag trotz erhöhtem Risiko zu den allgemeingültigen Prämien annehmen;
- einen Risikozuschlag auf den Prämien vornehmen (Prämienzuschlag)⁷¹;
- den Antrag mit einem begrenzten Risikoausschluss (Vorbehalt) annehmen;
- die Laufzeit des Vertrags so beschränken, dass der Eintritt des erwarteten Ereignisses voraussichtlich nicht mehr darunter fällt; oder
- auf den Vertragsabschluss verzichten.

Diese Ausgangslage hat für Personen mit einem angeschlagenen Gesundheitszustand regelmässig eine Benachteiligung zur Folge. Sie können entweder gar keinen Versicherungsvertrag abschliessen oder werden zumindest nicht zu denselben Bedingungen wie Gesunde in ein Versicherungsverhältnis aufgenommen. Besonders nachteilig wirken sich dabei das *Rückwärtsversicherungsverbot* und die *Anzeigepflicht* aus.

⁷⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 VVG.

⁷¹ Vgl. Art. 23 VVG.

B. Nichtversicherbarkeit bestehender Gesundheitsschäden (sog. Rückwärtsversicherungsverbot)

1. Allgemeines

Unter einem versicherbaren *Risiko* werden *ungewisse zukünftige Ereignisse* verstanden⁷². Daraus folgt die Nichtversicherbarkeit einerseits von zukünftigen Ereignissen, die sich mit Gewissheit ereignen, und andererseits von Ereignissen, die im Zeitpunkt der Begründung des Versicherungsverhältnisses bereits eingetreten sind (*sog. Rückwärtsversicherungsverbot*)⁷³. Ungewiss ist ein zukünftiges Ereignis dann, wenn die Parteien dessen Verwirklichung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes für unwahrscheinlich halten (subjektive Ungewissheit)⁷⁴. Ob ein bestimmtes Risiko bereits eingetreten ist, beurteilt sich je nach dem fraglichen Risiko nach Massgabe der Umstände des Einzelfalles⁷⁵. Ist ein versicherbares Risiko lediglich teilweise eingetreten, ist nur das *Teilergebnis* versicherbar.

2. Geltungsbereich des Rückwärtsversicherungsverbots

a. In sachlicher Hinsicht

i) Sach- und Vermögensversicherung

Das Rückwärtsversicherungsverbot gilt in der Sach- und Vermögensversicherung. Die Sachversicherung, z.B. Feuer-, Kasko-, Hausrat- oder

⁷² Siehe statt vieler NEF, BA-K, N 1 zu Art. 9 VVG, und STOESEL, BA-K, N 6 Allgemeine Einleitung.

⁷³ Vgl. Art. 9 VVG, der eine absolut zwingende Bestimmung darstellt (Art. 97 Abs. 1 VVG). Siehe dazu ferner KELLER MAX (1968) *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*. Bd. I, 2. A. des 1914 erschienenen Kommentars von Hans Roelli, Bern, 172 ff., und NEF, BA-K, N 1 ff. zu Art. 9 VVG.

⁷⁴ Vgl. KUHN, M. W./MÜLLER-STUDER, R. L./ECKERT, M.K. (2002) *Privatversicherungsrecht. Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts*. 2. A., Zürich, 132.

⁷⁵ Weiterführend infra II/B/2/b/ii.

Diebstahlversicherung, schützt vor dem Risiko der unfreiwilligen Beschädigung oder Zerstörung bzw. dem unfreiwilligen Verlust von Sachen. Ist die fragliche Sache im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits beschädigt oder zerstört, kann aus offensichtlichen Gründen keine Versicherungsdeckung begründet werden⁷⁶. Dass Art. 9 VVG vor allem im Kontext mit der Sachversicherung zu sehen ist, macht Art. 10 VVG deutlich, der besondere Bestimmungen für die Feuer- und Transportversicherung vorsieht.

Die Vermögensversicherung schützt die Gesamtheit des Vermögens vor dem Ausbleiben einer erwarteten Vermehrung oder einer ungewollten Verminderung, sei es durch eine Erhöhung der Passiven, z.B. im Zusammenhang mit Haftungsansprüchen Dritter, oder durch eine Minderung der Aktiven, z.B. im Zusammenhang mit unfreiwilligen Ausgaben für einen Rechtsstreit. Das Rückwärtsversicherungsverbot gilt auch in der Vermögensversicherung. Bereits eingetretene oder sicher bevorstehende Schadenereignisse können nicht versichert werden⁷⁷. Im Bereich der Haftpflichtversicherung gilt das versicherte Ereignis im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Verhaltens (sog. Verstoßtheorie) und nicht des Schadeneintritts (sog. Schadenereignistheorie) als eingetreten⁷⁸. Bei der Rechtsschutzversicherung sind ebenfalls nur Rechtsfälle gedeckt, die nach dem Vertragsabschluss eintreten⁷⁹.

⁷⁶ In diesem Sinne treffend Bundesrat Kaspar Villiger anlässlich der ständerätlichen Debatte (vgl. AB 2003 S 1239): "Sie können das Haus nicht versichern, wenn es abgebrannt ist".

⁷⁷ Siehe dazu z.B. KUHIN, M. W./MÜLLER-STUDER, R. L./ECKERT M.K. (2002) *Privatversicherungsrecht. Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts*. 2. A., Zürich, 132.

⁷⁸ Siehe dazu NEF, BA-K, N 16 zu Art. 9 VVG, und BGE 100 II 403 E 3 und 4.

⁷⁹ Vgl. z.B. Ziff. 201.2 AVB Relax Assistance der "Zürich".

ii) Personenversicherung

a) Allgemeines

Die Personenversicherung umfasst die drei Bereiche der obligatorischen Sozialversicherung, der freiwilligen Sozialversicherung und der privaten Personenversicherung. Diese bieten Schutz gegen eine Vielzahl von Risiken, so z.B. *Tod, Alter, Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitsunfähigkeit* etc. Die ursachen- und folgenbezogenen Voraussetzungen der jeweiligen Risiken unterscheiden sich⁸⁰, weshalb die Frage, ob und inwieweit das Rückwärtsversicherungsverbot gilt bzw. das zu versichernde Ereignis bereits eingetreten ist, nicht allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweilige zu versichernde Gefahr beantwortet werden kann.

Das *Vorliegen eines Gesundheitsschadens* ist – ausser für die Risiken Tod und Alter – begriffswesentlich. Der Gesundheitsschaden stellt entweder eine ursachenbezogene Voraussetzung, z.B. bei den Risiken Invalidität und Hilflosigkeit, oder eine folgenbezogene Voraussetzung dar, z.B. bei den Risiken Krankheit und Unfall. Da u.U. weitere Voraussetzungen bestehen, bedeutet das Vorliegen eines Gesundheitsschadens nicht zwingend, dass das fragliche Risiko bereits eingetreten ist⁸¹. Das Risiko der Krankheit ist z.B. erst dann verwirklicht, wenn der Gesundheitsschaden als unmittelbare Folge eines pathologischen Geschehens mittelbar zu einem medizinischen Interventionsbedarf führt⁸².

Die Personenschadenrisiken unterscheiden sich ferner in struktureller Hinsicht. Die Risiken Tod und Alter sind nicht wandelbar; sie können nur einmalig und ganzheitlich eintreten. Entweder ist man tot oder hat das Pensionierungsalter erreicht; ein halber Tod oder eine halbe Pensionierung gibt es nicht! Bei den anderen Risiken, insbesondere bei der

⁸⁰ Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

⁸¹ Eine Ausnahme besteht bei der freiwilligen Integritätsschadenversicherung, bei der es einzig auf die objektive Schwere des Gesundheitsschadens ankommt (vgl. dazu UVV Anhang 3).

⁸² Weiterführend infra II/B/2/b/ii/e.

Krankheit und dem Unfall, sind *Mehrfach-⁸³ und Teilereignisse⁸⁴* möglich. Es ist auch denkbar, dass ein *Ereignis mit Rückfällen und Spätfolgen* verbunden ist. In solchen Fällen ist mittels inter- und innersystemischen Kollisionsnormen zu klären, welcher Versicherer inwieweit leistungspflichtig ist⁸⁵.

b) Tod

Neben der obligatorischen AHV, beruflichen Vorsorge und Unfallversicherung wird das Risiko des Todes von der freiwilligen Unfallversicherung bzw. beruflichen Vorsorge gedeckt. Ist der *Tod* einer bestimmten Person eingetreten, kann weder diese selbst (nur schon mangels weggefallener Rechtspersönlichkeit) noch ein Dritter auf das bereits beendete fremde Leben einen Versicherungsvertrag, z.B. Todesfall- oder gemischte Lebensversicherung, abschliessen. Insoweit gelangt das Rückwärtsversicherungsverbot vollumfänglich zur Anwendung.

c) Alter

Ähnlich verhält es sich mit dem Risiko des *Alters*. Hat der Versicherungsnehmer eine bestimmte Altersgrenze überschritten, können nur noch Leistungen versichert werden, die auf einen späteren Zeitpunkt abstellen. Nach dem Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters können deshalb grundsätzlich keine zusätzlichen Altersrenten oder -kapitalien, z.B. im Rahmen der freiwilligen oder weitergehenden beruflichen Vorsorge, versichert werden⁸⁶. Im Bereich der obligatorischen Sozialversicherung haben Altersrentner, die trotz Pensionierung weiterhin erwerbstätig sind, denn auch Lohnbeiträge zu bezahlen, die

⁸³ Z.B. Mehrfacherkrankung, wiederholte Unfälle oder Erkrankung etc.

⁸⁴ Z.B. Teilinvaliditäten etc.

⁸⁵ Vgl. dazu z.B. Art. 21 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 sowie Art. 36 UVG, Art. 11 und 126 Abs. 2 UVV, Art 69 Abs. 1 KVG sowie Art. 102 und 103 Abs. 4 KVV.

⁸⁶ Siehe aber Art. 13 Abs. 2 BVG.

sich nicht leistungserhöhend auf die Altersrente auswirken⁸⁷. Todesfall- bzw. Lebensversicherungen, insbesondere Leibrentenversicherungen, können demgegenüber noch abgeschlossen werden, weil diese nicht gegen das Alters-, sondern das Todesfallrisiko absichern. Ebenfalls denkbar sind Kranken-, Unfall- oder Invaliditätsversicherungen von pensionierten Personen, denn Alter ist nicht gleich Krankheit oder Invalidität. Die Versicherer lehnen derartige Versicherungsverträge aber erfahrungsgemäss ab, weil mit höherem Alter auch Gesundheitsschäden wahrscheinlicher werden⁸⁸.

d) Invalidität bzw. Arbeitsunfähigkeit

1) Erwerbsinvalidität

Personen, die *vollständig invalid oder arbeitsunfähig* sind, können keine Invaliditäts- oder Taggeldversicherung abschliessen, weil sich das Risiko bereits verwirklicht hat. Eine Taggeld- oder Invaliditätsversicherung kommt erst dann wieder in Frage, wenn die Invalidität oder die Arbeitsunfähigkeit weggefallen ist oder sich zumindest reduziert hat. Von einem vollständigen Risikoeintritt ist dabei auszugehen, wenn der Betreffende eine ganze Invalidenrente erhält, was ab einem Invaliditätsgrad von 70 % der Fall ist⁸⁹.

Bei einem Invaliditätsgrad unter 70 % liegt eine *Teilinvalidität* vor. Der Teilinvalid kann sich freiwillig versichern bzw. ist obligatorisch gegen das Risiko der Vollinvalidität versichert⁹⁰. Die Rechtsprechung geht vermutungsweise von der *Verwertbarkeit einer Resterwerbsfähigkeit* aus⁹¹, verneint diese aber, wenn schlechte wirtschaftliche Verhältnisse herrschen oder subjektive Umstände, z.B. ein fortgeschrittenes Alter,

⁸⁷ Vgl. Art. 3 ff. und Art. 29^{bis} ff. AHVG.

⁸⁸ Vgl. Art. 67 Abs. 1 KVG, wonach eine freiwillige Taggeldversicherung nur bis zum 65. Altersjahr abgeschlossen werden kann.

⁸⁹ Vgl. Art. 28 Abs. 1 IVG.

⁹⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d BVV 2 sowie dazu BGE 118 V 158 E. 4 und 5.

⁹¹ Vgl. z.B. BGE 115 V 88 ff.

sie verunmöglichen oder unzumutbar machen⁹². Eine Vollinvalidität kann deshalb ausnahmsweise auch bei einer Resterwerbsfähigkeit von mehr als 30 % vorliegen⁹³.

Beim Risiko der *Arbeitsunfähigkeit* sind – vor dem Hintergrund der gesetzlichen Leistungspflicht⁹⁴ – freiwillige Taggeldversicherungen sowohl bei obligatorisch als auch bei nicht obligatorisch Versicherten denkbar⁹⁵. Bei einer *Teilarbeitsunfähigkeit* kann vor dem Hintergrund des Rückwärtsversicherungsverbots nur im Umfang der Restarbeitsfähigkeit eine Taggeldversicherung abgeschlossen werden⁹⁶. Die freiwillige Krankentaggeldversicherung ist zudem nur bis zum 65. Altersjahr zulässig⁹⁷ und erbringt Leistungen erst bei einem Arbeitsunfähigkeitsgrad von mehr als 50 %⁹⁸. Weiter gehende Leistungen können im Rahmen der privaten Personenversicherung vorgesehen werden.

2) Spezifische Invaliditätsfälle

Die spezifischen Invaliditätsrisiken (Eingliederungsinvalidität⁹⁹, Hilflosigkeit¹⁰⁰ und medizinisch-theoretische Invalidität¹⁰¹) sind primär im Rahmen der obligatorischen Sozialversicherung gedeckt. In der freiwilligen Krankenversicherung und der privaten Personenversicherung können mitunter weiter gehende Leistungen bei Hilflosigkeit bzw. Pflegebedürftigkeit¹⁰² und Kapitaleistungen für Integritätsschäden versichert

⁹² So z.B. Urteile EVG vom 16.12.2003 (I 537/03) E. 3.1, vom 07.11.2003 (I 246/02 und I 247/02) E. 6 und vom 04.04.2002 (I 401/01) E. 4.

⁹³ Art. 1 Abs. 1 lit. d BVV 2 schliesst die Versicherbarkeit bei einem Invaliditätsgrad über 66 2/3 % aus.

⁹⁴ Vgl. Art. 17 UVG (80 % des versicherten Verdienstes).

⁹⁵ Vgl. Art. 67 ff. KVG

⁹⁶ Vgl. Art. 72 Abs. 4 KVG.

⁹⁷ Vgl. Art. 67 Abs. 1 KVG.

⁹⁸ Vgl. Art. 72 Abs. 2 KVG.

⁹⁹ Vgl. Art. 8 ff. IVG und Art. 33 ff. MVG.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 42 IVG, Art. 26 f. UVG und Art. 20 MVG.

¹⁰¹ Vgl. Art. 24 f. UVG und Art. 48 ff. MVG.

¹⁰² Vgl. z.B. Ziff. 3.5 AVB Krankenzusatzversicherung (VVG) der Visana (2004).

werden¹⁰³. Wie bei der Erwerbsinvalidität können die spezifischen Invaliditätsfälle im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ebenfalls nur teilweise vorliegen, weshalb nur das noch nicht eingetretene Teilergebnis versichert werden kann bzw. bei dessen Verwirklichung eine Leistungskürzung im Umfang des vorbestehenden Gesundheitsschadens erfolgt¹⁰⁴.

e) Krankheit bzw. Unfall

Eine freiwillige Krankenzusatzversicherung können alle obligatorisch Versicherten abschliessen, während eine freiwillige Krankentaggeldversicherung nur für Personen ab dem 15. bis zum 65. Altersjahr möglich ist¹⁰⁵. Die freiwillige Unfallversicherung steht demgegenüber nur Selbstständigerwerbenden und mitarbeitenden Familienangehörigen offen¹⁰⁶. Ergänzt werden diese freiwilligen Sozialversicherungen durch private Kranken- und Unfallversicherungen, die weiter gehende Leistungen vorsehen können¹⁰⁷.

Bei den Risiken Krankheit und Unfall ist unklar, inwieweit das Rückwärtsversicherungsverbot anwendbar ist. Erstens bestehen neben dem Erfordernis eines Gesundheitsschadens weitere Voraussetzungen. Zweitens hat der Risikoeintritt je nach dessen Intensität und Folgen eine uneinheitliche Leistungspflicht (Behandlung, Taggeld, Renten etc.) zur Folge¹⁰⁸. Drittens können gleichzeitig bzw. nacheinander mehrere Krankheiten und Unfälle eintreten. Besteht im Zeitpunkt des Vertrags-

¹⁰³ Vgl. z.B. Art. 14 lit. d KVV.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 3 UVV. Siehe ferner Art. 36 UVG.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 12 und 67 KVG.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 4 UVG.

¹⁰⁷ Siehe dazu z.B. die Versicherungsobergrenzen in der freiwilligen Krankenzusatzversicherung (Art. 14 KVV).

¹⁰⁸ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 2 IVG: "Die Invalidität gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat."

abschlusses ein Gesundheitsschaden oder ist zumindest ein solcher – auf Grund einer früheren Krankheit bzw. eines früheren Unfalls – wahrscheinlich, ist unklar, ob das versicherte Risiko eingetreten ist.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat unlängst entschieden, dass das Rückwärtsversicherungsverbot nicht nur bei einem *aktuellen Gesundheitsschaden*, sondern auch dann gilt, wenn der Gesundheitsschaden erst nach dem Vertragsabschluss entsteht, aber als *Rückfall eines früheren Gesundheitsschadens* zu qualifizieren ist. Von einem Rückfall kann selbst dann ausgegangen werden, wenn zwischen dem früheren Krankheitsschub und dem neuen Gesundheitsschaden (sc. Arthritis) eine "relativ lange symptomfreie Phase auftrat"¹⁰⁹.

Nach dieser Entscheidung kommt es darauf an, dass sich die *Ursache* für den nachmaligen Gesundheitsschaden vor der Begründung des Versicherungsverhältnisses verwirklicht hat. Da Gesundheitsschäden stets als Folge eines Wechselspiels zwischen individueller genetischer Disposition, persönlichem Verhalten und Dritteinflüssen entstehen und insoweit ursächlich immer vergangenheitsorientiert sind, müsste das Rückwärtsversicherungsverbot auf alle im Zeitpunkt der Begründung des Versicherungsverhältnisses drohenden Gesundheitsschäden angewendet werden.

Die *Annahme eines Krankheitswertes von drohenden Gesundheitsschäden* kann sich auf folgende Überlegungen abstützen:

- Die obligatorische Leistungspflicht der Krankenversicherung besteht auch für medizinische Prävention¹¹⁰. Daraus kann gefolgert werden, dass bloss mögliche oder drohende Gesundheitsschäden als Krankheit gelten. Es ist nicht erforderlich, dass ein Gesundheitsschaden, mithin eine Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität, bereits eingetreten ist. Die

¹⁰⁹ BGE 127 III 21 E. 2b/bb. Siehe ferner BGE 118 V 158 E. 5.

¹¹⁰ Vgl. Art. 26 KVG und Art. 12 f. KLV.

Entwicklung der Praxis des EVG zum Krankheitswert einer HIV-Ansteckung ohne Vorliegen von Symptomen einer Aids-erkrankung¹¹¹ stützt diese Schlussfolgerung.

- Das Vorbehaltsrecht in der freiwilligen Krankenversicherung besteht ferner nicht nur für zukünftige, sondern auch für "frühere Krankheiten, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können"¹¹². Können aber Folgen früherer Krankheiten von der Leistungspflicht der freiwilligen Krankenversicherung ausgeschlossen werden, sind Gesundheitsschäden, die zwar erst nach der Begründung des Versicherungsverhältnisses eintreten, aber nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen der Medizin auf eine frühere Krankheit zurückgeführt werden können, nicht versicherbar.

Von entscheidender Bedeutung ist, was unter *Risikoeintritt* zu verstehen ist. Der Krankheitsbegriff wird in Art. 3 Abs. 1 ATSG wie folgt umschrieben¹¹³:

"Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat."

Der Krankheitsbegriff setzt ursachenbezogen ein regelwidriges Geschehen und das *Fehlen eines Unfalles* sowie folgenbezogen sowohl

¹¹¹ Siehe BGE 116 V 239, 118 V 107 E. 7c (Leistungsrecht; obligatorische Versicherung) und 124 V 118 E. 4 und 5 = SVR 1998 KV Nr. 23 (Vertragsrecht; freiwillige Versicherung). Die Praxis des EVG zur HIV-Ansteckung wird von der Lehre heftig kritisiert, vgl. z.B. die Hinweise in BGE 124 V 118 E. 5b sowie LEUZINGER-NAEF, S. (1992) "HIV-Infektion und Folgen" als vorbehaltsfähige Krankheit. Bemerkungen zum Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 5. September 1990 (BGE 116 V 239 ff. = Erw. 3 und 4), in: SZS 1992, 65 ff., und HEUSSER, P. (2002) Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes. Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: *AJP* 2002, 1277 ff., 1277 f.

¹¹² Vgl. Art. 69 Abs. 1 KVG.

¹¹³ Weiterführend dazu EUGSTER, G. (1998) Krankenversicherung, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band III: Soziale Sicherheit* (Eds. Koller, H./Müller, G./Rhinow, R. und Zimmerli, U.), Basel, N 72 ff.

einen *Gesundheitsschaden*¹¹⁴ als auch einen *medizinischen Interventionsbedarf* voraus. Der Interventionsbedarf kann nach dem *Gesetzeswortlaut* entweder in einer Untersuchungs- oder einer Behandlungsbedürftigkeit bestehen¹¹⁵. Diese Legaldefinition kontrastiert augenfällig mit der Rechtsprechung zum Krankheitsbegriff. Das EVG bekennt sich zwar zum gesetzlichen Krankheitsbegriff¹¹⁶, ist aber in neueren Urteilen öfters davon abgewichen. Prominentestes Beispiel dieser Entwicklung stellt die HIV-Praxis dar. Einer Ansteckung mit dem HI-Virus kommt nach der Auffassung des EVG Krankheitswert zu, und zwar selbst dann, wenn der Betreffende bei bester Gesundheit ist¹¹⁷. In diesem Fall besteht bloss ein *drohender* Gesundheitsschaden bzw. kein Interventionsbedarf. Eine konsequente Umsetzung dieser Praxis bzw. des ursachenbezogenen Krankheitsbegriffs hat eine generelle *Nichtversicherbarkeit von zukünftigen Krankheiten bzw. Gesundheitsschäden* zur Folge: Wer kann von sich schon behaupten, nicht Träger einer "schlummernden" Krankheit zu sein?

Die Gleichsetzung "drohender Gesundheitsschaden = Krankheit" macht im Hinblick auf die obligatorische sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht Sinn, da in diesem Bereich auch Vorsorgeleistungen versichert sind¹¹⁸. Bei der freiwilligen Sozial- bzw. privaten Personenversicherung demgegenüber ist die Interessenlage eine andere. Die versicherten Leistungen bestehen in der Regel nicht in Präventivmassnahmen, sondern aus Summen- oder Schadenersatzleistungen. Die vertragliche Leistungspflicht setzt dabei den Eintritt einer Krankheit oder eines Unfalls voraus, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewiss waren. Wird der Krankheitsbegriff deshalb im Anwendungsbereich der freiwilligen Sozialversicherung bzw. privaten Personenversicherung genauso extensiv wie im obligatorischen Sozialversicherungsrecht verwendet, verkehrt er sich ins Gegenteil.

¹¹⁴ Ein Gesundheitsschaden stellt einen "pathologischen Vorgang" (vgl. BGE 101 V 68 E. 2 und EVGE 1968, 235) bzw. einen objektiv normwidrigen Körper- oder Geisteszustand dar (vgl. *Ibid.*, N 75).

¹¹⁵ Vgl. dazu *Ibid.*, N 78.

¹¹⁶ Vgl. z.B. BGE 112 V 23 E. 3 und 105 V 180 E. 1.

¹¹⁷ Siehe BGE 116 V 239 und 124 V 118 E. 4 und 5.

¹¹⁸ Vgl. z.B. Art. 26 KVG und Art. 12 KLV sowie BGE 118 V 117 E. 7c.

Die Argumente, die für einen *folgenbezogenen Krankheitsbegriff* sprechen, sind m.E. stärker als die vorerwähnten Argumente dagegen:

- Der gesetzliche Krankheitsbegriff ist – wie erwähnt – folgenbezogen. Das Risiko "Krankheit" kann erst dann als eingetreten gelten, wenn im Zeitpunkt der Begründung des Versicherungsverhältnisses ein *aktueller Gesundheitsschaden mit medizinischem Interventionsbedarf* besteht. Sowohl ein bloss drohender als auch ein bestehender Gesundheitsschaden ohne Interventionsbedarf genügen nicht. Der Entscheid BGE 127 III 21 ff., in dem das Rückwärtsversicherungsverbot bei einem bloss drohenden Gesundheitsschaden angewandt wurde, ist insoweit unrichtig.
- Der ursachenbezogene Krankheitsbegriff verstrickt sich ferner in unlösbare *Widerprüche im Verhältnis zur Anzeigepflicht*: Der Antragsteller bzw. zukünftige Versicherungsnehmer muss ihm tatsächlich oder zumutbarerweise bekannte Gefahrstatsachen anzeigen¹¹⁹. Schliesst der Versicherer hernach in Kenntnis der angezeigten Gefahren einen Versicherungsvertrag ab, so übernimmt er mit Bezug auf ungewisse zukünftige Tatsachen, mithin auch drohende Gesundheitsschäden, das Risiko. Dies gilt auch für Rückfälle und Spätfolgen früherer Krankheiten, die nach Behandlungsabschluss mit einer vorübergehenden Symptomfreiheit einhergegangen und anzeigepflichtig sind¹²⁰.
- Das Vorbehaltsrecht in Bezug auf frühere Krankheiten, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können, stellt keinen Anwendungsfall des Rückwärtsversicherungsverbots dar, sondern entspricht einer *strikten innersystemischen Kollisionsregelung*. Der freiwillige Krankenversicherer soll – wie der obligatorische Krankenversicherer bei Unfallrückfällen bzw. -spätfolgen¹²¹ – aus Gründen der innersystemischen Koordination genauso wenig lei-

¹¹⁹ Siehe dazu infra III/C/1.

¹²⁰ Vgl. etwa Urteil EVG vom 14.05.1997 i.S. G. = SZS 1998, 372 ff. = SVR 1997 BVG Nr. 81 (Anzeigepflichtverletzung bei einem Landwirt verneint, der die Frage, ob er sich gesund fühle, verneint, obwohl er neun Monate vorher in ärztlicher Behandlung wegen eines Rückenleidens war, das fünf Jahre später zu einer Berentung geführt hat.).

¹²¹ Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. b UVG und Art. 11 UVG.

stungspflichtig sein wie der neue Krankenversicherer im Verhältnis zum früheren Krankenversicherer, der im Zeitpunkt des Versichererwechsels Leistungen erbracht hat¹²².

- Ein weiterer *Widerspruch* besteht *im Verhältnis zum Vorbehaltsrecht* des Versicherers: Der Versicherer kann sowohl in Bezug auf allfällige Folgen früherer, nach Behandlungsabschluss symptomfrei gebliebener Krankheiten als auch hinsichtlich zukünftiger Gesundheitsschäden, die er als Folge der Gefahrsdeklaration für sehr wahrscheinlich hält, einen – zeitlich beschränkten – Vorbehalt vorsehen. Unterlässt er dies – wie in dem BGE 127 III 21 ff. zugrunde liegenden Fall –, besteht der Versicherungsschutz für alle zukünftigen krankheits- oder unfallbedingten Gesundheitsschäden. Es wäre geradezu treuwidrig, wenn der Versicherer, der keinen Vorbehalt macht, sich nachträglich auf das Rückwärtsversicherungsverbot berufen könnte, wenn sich seine Prognose hinsichtlich des Risikoverlaufs nicht bewahrheitet. Aus dem Vorbehaltsrecht des freiwilligen Krankenversicherers kann deshalb nicht auf eine Nichtversicherbarkeit von drohenden Gesundheitsschäden geschlossen werden. Was Gegenstand des Vorbehaltsrechts sein kann, ist im Gegenteil *a priori* versicherbar. Vorbehaltsrecht und Rückwärtsversicherungsverbot schliessen sich insoweit gegenseitig aus.
- Dass drohende *Gesundheitsschäden mit genetischer Ursache* versicherbar sind, geht nicht zuletzt aus dem geplanten Untersuchungs- und Nachforschungsverbot gemäss Art. 26 f. GUMG-Entwurf hervor¹²³. Nach dem jetzigen Stand der parlamentarischen Beratungen soll der Versicherer Kenntnis von genetischen Risikofaktoren nur bei Rentenversicherungen (jährliche Rentenleistungen über Fr. 40 000.–) bzw. Kapitalversicherungen (Versicherungssumme über Fr. 400 000.–) erhalten¹²⁴. Derartige Verbote

¹²² Vgl. Art. 103 KVG.

¹²³ Siehe dazu Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11.09.2002 = BBl 2002, 7361 ff., 7434 ff.

¹²⁴ Vgl. AB 2004 N 449 ff., 452 ff. zu den nationalrätlichen Beratungen vom 11./18.03.2004 und AB 2004 S 380 ff. zu den ständerätlichen Beratungen vom 16.06.2004) sowie infra III/B/3/b/ii.

wären sinnlos, wenn drohende Genschäden als Folge des Rückwärtsversicherungsverbots nicht versicherbar wären. Bei Genschäden besteht – wie in dem in BGE 127 III 21 ff. beurteilten Fall – die Ursache ebenfalls bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der Personenschaden tritt aber erst nach einer symptomfreien Zeit bzw. Latenzzeit ein. Wie aber sollen Genschäden von anderen drohenden Gesundheitsschäden unterschieden werden?

- Krankheit und Unfall können sowohl Einzel- als auch Teil- und Mehrfachereignisse darstellen und sich gegenseitig beeinflussen. Es gibt nicht nur eine, sondern viele Krankheiten bzw. Unfälle. Krankheit oder Unfall bewirken ferner oft nur eine teilweise Beeinträchtigung der Gesundheit. Wird das Rückwärtsversicherungsverbot auf drohende Gesundheitsschäden ausgedehnt, entsteht als Folge eine *Nichtversicherbarkeit von Teilereignissen*. Gesundheitlich angeschlagene Personen können sich selbst nicht mehr versichern, obwohl von ihnen geschädigte Personen mit einer konstitutionellen Prädisposition grundsätzlich nur eine Leistungskürzung in Kauf nehmen müssen¹²⁵. Diese Ungleichbehandlung entbehrt einer sachlichen Begründung: Wieso soll man von einem Dritten haftpflichtversichert werden können, sich aber nicht selbst gegen denselben Personenschaden versichern können? Bei einem bloss *teilweisen Risikoeintritt* sollte deshalb, wenn überhaupt, eine *Teilnichtigkeit des Versicherungsvertrags* angenommen werden¹²⁶.

Die Lehre äussert sich ebenfalls – zum Teil mit anderen als den vorerwähnten Gründen – kritisch zur Geltung des Rückwärtsversicherungsverbots im Personenversicherungsrecht. Eine Lehrmeinung vertritt etwa die Auffassung, dass das Rückwärtsversicherungsverbot nur für die Sach-, nicht aber für die Personenversicherung gilt¹²⁷. Diese Auf-

¹²⁵ Vgl. statt vieler BGE 123 III 110 E. 3c und 115 V 133 E. 4.

¹²⁶ Vgl. Art. 100 VVG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR. Siehe dazu NEE, BA-K, N 23 zu Art. 9 VVG.

¹²⁷ Vgl. SCHUHMACHER, R. (2004) Acht Thesen zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), insbesondere zum Vertragsabschluss und der Anzeigepflicht in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der*

fassung greift indessen – wie bereits dargelegt – zu weit. Der bereits eingetretene Tod, das bereits überschrittene Pensionierungsalter oder die vollständige Invalidität bzw. Arbeitsunfähigkeit scheiden als versicherbare Risiken aus. Eine andere Meinung geht dahin, das Rückwärtsversicherungsverbot zumindest bei Symptombefreiheit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht anzuwenden¹²⁸, was eine Absage an den ursachenbezogenen Krankheitsbegriff darstellt.

SCHÄR möchte das "leidige" Rückwärtsversicherungsverbot ebenfalls abschaffen und plädiert für eine Übernahme der deutschen Praxis, wonach unbekannte Krankheiten versicherbar sind und bekannte Krankheiten angezeigt werden müssen¹²⁹. Diesem Lösungsvorschlag ist zuzustimmen: Einerseits spricht nichts dagegen, Art. 9 VVG, der im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung bzw. zumindest im Bereich der freiwilligen bzw. weiterführenden beruflichen Vorsorge analog herangezogen wird, die Anwendung zu versagen und eine andere Lösung im Wege der (unechten) Lückenfüllung heranzuziehen; andererseits ist es höchst unbillig, das Rückwärtsversicherungsverbot zuzulassen, wenn dem Versicherer die (drohende bzw. bereits eingetretene) Krankheit bekannt war und er trotzdem (vorbehaltlos) einen Versicherungsvertrag abschloss¹³⁰. In letzterem Fall wäre ohnehin eine *Leistungspflicht gestützt auf die culpa in contrahendo* zu bejahen, weil es wider Treu und Glauben ist, auf eine bekannt gewesene Gefahr erst nach

Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 157 ff., 165.

¹²⁸ So etwa StR Simonetta Sommaruga (vgl. AB 2003 S 1238); siehe dazu auch Bachmann, J./Nast, M. (2004) Das private Versicherungsrecht aus Konsumentensicht, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 131 ff.

¹²⁹ Vgl. SCHÄER, R. (2002) "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung. Ein "kränkendes" Urteil des Bundesgerichtes vom 19.10.2000 (BGE 127 III 21 ff.), in: *HAVE* 2002, 295 ff., 301.

¹³⁰ Siehe BGE 127 III 21, wo die Versicherte auf die Arthritis hinwies und der Versicherer sogar eine hausärztliche Untersuchung veranlasste, dieser sich aber gleichwohl bei einem erneuten Auftreten der Krankheit erfolgreich auf Art. 9 VVG berufen konnte.

Abschluss des Versicherungsvertrages zu reagieren, ohne den Versicherten vorher über die in diesem Fall fehlende Leistungsbereitschaft aufgeklärt bzw. einen Vorbehalt angebracht zu haben¹³¹.

b. In zeitlicher Hinsicht

i) Allgemeines

Das Rückwärtsversicherungsverbot gilt nicht nur beim *erstmaligen Vertragsabschluss*, sondern auch bei einem *Wechsel des Versicherers* oder einer *Neuversicherung* beim früheren Versicherer. Massgeblich für die Beurteilung des erfolgten Risikoeintritts ist in diesen Fällen der Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsabschlusses¹³².

ii) Rückwärtsversicherungs- und Vorbehaltsverbot

Das Vorbehaltsrecht bezieht sich in der Regel auf *zukünftige* Ereignisse, das Rückwärtsversicherungsverbot demgegenüber auf *vergangene* bzw. *aktuelle* Ereignisse. Vorbehaltsrecht und Rückwärtsversicherungsverbot sind deshalb alternativ anwendbar. Der Versicherer kann sich nicht gleichzeitig auf das Rückwärtsversicherungsverbot und einen Vorbehalt berufen; dies gilt auch dann, wenn *nach* Ablauf der Vorbehaltsdauer ein Gesundheitsschaden eintritt, dessen Ursache sich *während* der Vorbehaltsdauer verwirklicht hat.

¹³¹ So auch SCHAER, R. (2002) "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung. Ein "kränkelndes" Urteil des Bundesgerichtes vom 19.10.2000 (BGE 127 III 21 ff.), in: *HAVE* 2002, 295 ff., 300 ff. Siehe zur Haftung aus CIC ferner GUTZWILLER, P. C. (2003) Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefahrstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: *HAVE* 2003, 43 ff.

¹³² Der Versicherungsvertrag kommt im Zeitpunkt zustande, wenn die Annahmeerklärung des Versicherers beim Versicherungsnehmer eintrifft bzw. dieser die Möglichkeit hat, Kenntnis zu nehmen. Im Anwendungsbereich von Art. 2 VVG ist keine Annahmeerklärung erforderlich.

Der neue Versicherer kann ebenfalls weder im Zeitpunkt des Wechsels bestehende noch während der restlichen Vorbehaltsdauer eintretende Gesundheitsschäden früherer Krankheiten bzw. Unfälle vorbehalten¹³³. Die Vorsorgeeinrichtung kann sich deshalb nicht auf das Rückwärtsversicherungsverbot berufen, wenn nach Ablauf der Vorbehaltsdauer ein nicht vorbehaltener Gesundheitsschaden eintritt¹³⁴.

Sinn und Zweck von Vorbehaltsverboten und der Anrechnung abgelaufener Vorbehaltsfristen bestehen darin, trotz erhöhter Risikowahrscheinlichkeit eine *gleiche und kontinuierliche Versicherungsdeckung* zu gewähren, so wie sie wäre, wenn keine erhöhte Risikowahrscheinlichkeit bestünde. Dieser Zweck wird aber unterlaufen, wenn sich der Versicherer trotz Vorbehaltsverbot bzw. Anrechnungspflicht nachträglich auf das Rückwärtsversicherungsverbot berufen kann.

De *lege lata* sollte daher bei der freiwilligen Sozialversicherung das Rückwärtsversicherungsverbot dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn im fraglichen Bereich (KV, UV oder BeV) ein Vorbehaltsverbot oder eine Anrechnungspflicht besteht. Der neue Versicherer kann, soweit zulässig, einen Vorbehalt anbringen, soweit dies der frühere nicht bereits gemacht hat. Tut er dies – wie in dem BGE 130 V 9 ff. zugrunde liegenden Fall – nicht, kann er sich nicht nachträglich auf das Rückwärtsversicherungsverbot berufen.

iii) Rückwärtsversicherungsverbot und Übertrittsrecht

Ähnliche Abgrenzungsprobleme bestehen im Zusammenhang mit dem Übertrittsrecht. Das EVG hat im Bereich der freiwilligen Taggeldversicherung gemäss Art. 67 ff. KVG unlängst entschieden, dass für *freiwillig* aus der Kollektivversicherung ausscheidende Versicherte von Gesetzes

¹³³ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FZG.

¹³⁴ Das EVG teilt diese Auffassung nicht: "Das Recht der neuen Vorsorgeeinrichtung, den überobligatorischen Vorsorgeschutz, der bei ihr mittels Beiträgen des neuen Arbeitgebers und des Versicherten aufgebaut wird, durch Rücktritt vom Vorsorgevertrag rückwirkend aufzulösen, wird hingegen [von Art. 14 FZG] nicht in Frage gestellt" (BGE 130 V 9 E. 5.2.2).

wegen keine nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses weiterbestehende Leistungspflicht des früheren Versicherers für vor der Beendigung des Versicherungsverhältnisses eingetretene Versicherungsfälle besteht¹³⁵. Die Fortführung des Versicherungsschutzes ist deshalb nur mit einem anderen Versicherer möglich, wobei dieser auf Grund des Rückwärtsversicherungsverbots für bereits eingetretene Risiken nicht leistungspflichtig ist. Wird zudem die Geltung des Rückwärtsversicherungsverbots für drohende Gesundheitsschäden bejaht¹³⁶, kann der neue Versicherer weder für bereits bestehende noch für drohende Gesundheitsschäden einen Versicherungsvertrag abschliessen. Der Versicherungsnehmer verliert so nicht nur die Leistungen des früheren Versicherers, sondern auch den Versicherungsschutz für zukünftige Ereignisse.

Unfreiwillig auscheidende Versicherte sind demgegenüber geschützt. Sie können in die Einzelversicherung übertreten, die dann weiterhin Leistungen zu erbringen hat, obwohl das versicherte Risiko, mithin die Krankheit oder der Unfall, vor dem Abschluss des Versicherungsvertrages eingetreten ist¹³⁷. Das Rückwärtsversicherungsverbot gilt insoweit nicht, als der neue Einzelversicherer auch für bereits eingetretene Gesundheitsschäden, für die der frühere Kollektivversicherer Leistungen erbracht hat, leistungspflichtig ist. Die Luzerner Richter rechtfertigen diese Ungleichbehandlung mit der Überlegung, dass der Versicherte "die Kündigung erst ausspricht, nachdem er mit der selbst gewählten neuen Versicherung einen seinen Bedürfnissen entsprechenden Versicherungsvertrag unterzeichnet hat"¹³⁸. Solches ist – in Bezug auf bestehende Gesundheitsschäden – auf Grund des Rückwärtsversicherungsverbot es aber gar nicht möglich.

Das Übertrittsrecht bzw. die Leistungspflicht des neuen Versicherers für bereits eingetretene Krankheiten oder Unfälle sollte deshalb aus Grün-

¹³⁵ Vgl. BGE 125 V 112 E. 3c unter Hinweis auf die frühere Praxis zum KUVG (vgl. SVR 1998 KV Nr. 5 E. 3).

¹³⁶ Siehe dazu infra II/B/2/b/ii/e.

¹³⁷ Vgl. Art. 71 Abs. 1 KVG und BGE 125 V 112 E. 3c.

¹³⁸ BGE 125 V 118 f.

den der rechtsgleichen Behandlung nicht nur unfreiwillig, sondern auch freiwillig aus einer Kollektivversicherung scheidenden Personen zuerkannt werden.

3. VVG-Teilrevision

Im bundesrätlichen VVG-Teilrevisionsentwurf wird das Rückwärtsversicherungsverbot nicht thematisiert¹³⁹. Anlässlich der ständerätlichen Debatte vom Dezember 2003 wurde von einer Minderheit beantragt, Art. 9 VVG ersatzlos zu streichen¹⁴⁰. Bundesrat Kaspar Villiger versprach, dazu einen "kleinen" Bericht zu Händen des Zweitrates einzuholen¹⁴¹, worauf der Antrag zurückgezogen wurde. Der Minderheitsantrag wurde anlässlich der nationalrätlichen Debatte vom März 2004 wieder gestellt, aber mit 56 zu 91 Stimmen abgelehnt¹⁴². Die Mehrheit betrachtete die höchstrichterliche Praxis bzw. BGE 127 III 21 ff. zwar wie die Min-

¹³⁹ Vgl. dazu Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Entwurf) = BBl 2003, 3910 ff., und Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 09.05.2003 = BBl 2003, 3789 ff.

¹⁴⁰ Vgl. AB 2003 S 1238 ff. Die Antragstellerin StR Simonetta Sommaruga verwies in ihrer Begründung explizit auf BGE 127 III 21 ff.

¹⁴¹ "Auch wir sind der Meinung, es sei ein zentraler Artikel, weil eben die Versicherung vorwärts gerichtet ist: Sie können das Haus nicht versichern, wenn es abgebrannt ist. Den Artikel dürfte man so nicht streichen. Hingegen leuchtet ein, dass das Beispiel, das Frau Sommaruga erwähnt hat – das ich so nicht kenne –, eine Problematik aufzeigt. Ich würde Ihnen eigentlich vorschlagen, nun nicht einen Grundsatz hinauszukippen, der für das Versicherungswesen sehr wichtig ist. Aber ich würde gleichzeitig die Verwaltung beauftragen, im Zweirat der Kommission vielleicht einen kleinen Bericht betreffend dieses Bundesgerichts-urteil, seine Implikationen und was es bedeuten könnte, zu unterbreiten; so kann der Zweirat dann entscheiden, ob man irgendwo etwas ändern soll, weil akuter Handlungsbedarf besteht, oder ob man es – wie das Ihr Kommissions-sprecher gesagt hat – auf die Totalrevision verschieben soll. Ich meine, es sei es wert, dass man das sorgfältig anschaut; ich würde Ihnen aber davon abraten, hier gleich das Ganze zu kippen." (AB 2003 S 1239).

¹⁴² Minderheitsantrag NR Susanne Leutenegger Oberholzer (vgl. AB 2004 N 407).

derheit ebenfalls als falsch¹³, will die Problematik aber anlässlich der VVG-Totalrevision angehen.

C. Verweigerung eines Vertragsabschlusses trotz Versicherbarkeit zukünftiger Gesundheitsschäden

1. Allgemeines

Die Versicherbarkeit von drohenden bzw. zukünftigen Gesundheitsschäden bedeutet natürlich nicht, dass die Versicherer in jedem Fall einen Vertrag abschliessen, sei es auch nur unter erschwerenden Bedingungen (Vorbehalt, Prämienaufschlag etc.). Die Tendenz zu einer immer stärkeren *negativen Risikoselektion* ist bei den Versicherern – spätestens seit die Börse nicht mehr boomt – manifest: Lieber gar keine Prämie als ein schlechtes Risiko! Die *Benachteiligung infolge eines angeschlagenen Gesundheitszustandes*, sei es durch Vertragsverweigerung oder Auferlegung von erschwerenden Vertragsbedingungen, kontrastiert einerseits mit dem Willen des Gesetzgebers, dass sich nicht obligatorisch Versicherte freiwillig gegen die anerkannten Risiken, die durch die Sozialversicherungen abgedeckt sind, freiwillig versichern können sollen, und stellt – auch hinsichtlich der genuin privaten Personenversicherungen – eine "Diskriminierung" dar. Während "gesunde" Personen sich absichern können, ist dies "kranken" Personen nicht mehr möglich, obwohl der Gesetzgeber – bei den freiwilligen Sozialversicherungen – theoretisch eine solche Möglichkeit vorsieht.

¹³ BGE 127 III 21 ff. wurde sogar als "Fehlurteil" bezeichnet (so z.B. StR Eugen David, in: AB 2003 S 1239).

2. Geltung des Diskriminierungsverbots für gesundheitsbedingte Benachteiligungen

a. Allgemeines

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet u.a. eine *Diskriminierung auf Grund des Alters oder einer Behinderung*¹⁴⁴. Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot gilt grundsätzlich nur gegenüber staatlichen Behörden. Privatpersonen sind an das Diskriminierungsverbot gebunden, wenn ein Anwendungsfall der direkten Drittwirkung vorliegt¹⁴⁵, insbesondere wenn ein *spezialgesetzliches Diskriminierungsverbot* besteht oder das diskriminierende Verhalten gegen das Persönlichkeitsrecht verstösst¹⁴⁶. Mit Bezug auf von Privaten öffentlich angebotene Dienstleistungen, wozu Versicherungsleistungen zweifellos gehören, gilt seit dem 1. Januar 2004 ein spezialgesetzliches Diskriminierungsverbot: *Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, dürfen Behinderte nicht auf Grund ihrer Behinderung diskriminieren*¹⁴⁷. Eine Benachteiligung liegt dabei vor, wenn die Inanspruchnahme der fraglichen Dienstleistung für Behinderte nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist¹⁴⁸.

b. Behinderungsbegriff

Unter einer Behinderung wird gemeinhin ein Zustand verstanden, bei dem ein Mensch bestimmte wesentliche Funktionen des täglichen

¹⁴⁴ Siehe dazu LUGINBÜHL, B. (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff.; MÜRER, E. (1998) Ein "Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung?, in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 17 ff.; MÜLLER, J. P. (1998) Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda, in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 1 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 28 Abs. 1 ZGB sowie BGE 126 III 35 E. 6 und 80 II 26 E. 4.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 6 BehiG.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 4 BehiG.

Lebens auf Grund eines Gesundheitsschadens nicht mehr selbstständig ausführen kann¹⁴⁹. Krankheit und Unfall können Ursachen einer Behinderung sein, Letztere kann aber auch alterungsbedingt eintreten. Erkrankte oder verunfallte Personen demgegenüber stellen nicht auch Behinderte dar¹⁵⁰, weshalb eine krankheits- oder unfallbedingte Beeinträchtigung der Gesundheit nicht zwingend eine Behinderung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 BehiG darstellt¹⁵¹. Das Behindertendiskriminierungsverbot ist aber nur dann anwendbar, wenn die Vertragsverweigerung oder die Auferlegung von nachteiligen Versicherungsbedingungen behinderungs- und nicht krankheits- oder unfallbedingt erfolgt, es sei denn, Unfall und Krankheit werden als ein Status betrachtet, der ebenfalls unter Art. 8 Abs. 2 BV bzw. unter das BehiG fällt¹⁵². In jedem Fall können sich Behinderte, die als Folge ihrer Behinderung beim Abschluss von Versicherungsverträgen benachteiligt werden, auf das Diskriminierungsverbot berufen.

c. Vertragsverweigerung oder Auferlegung von erschwerenden Vertragsbestimmungen als Diskriminierung

Die Benachteiligung besteht entweder in einer Vertragsverweigerung oder der Auferlegung von erschwerenden Vertragsbestimmungen. Lehre und Rechtsprechung kennen keinen einheitlichen Diskriminierungsbegriff¹⁵³. Nach der *Anknüpfungstheorie* liegt eine Diskriminierung bereits vor, wenn die verpönte persönliche Eigenschaft (sc. Behin-

¹⁴⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BehiG.

¹⁵⁰ Siehe dazu LANDOLT, H. (2001) Pfl gerecht. Band I: Grundlagen des Pfl gerechts, Bern, 46 ff.

¹⁵¹ HEUSSER, P. (2002) Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes. Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: *AJP* 2002, 1277 ff., 1286, ist der Meinung, dass eine HIV-Ansteckung – notabene eine drohende Krankheit – auch eine Behinderung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV darstelle.

¹⁵² Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV ist nicht abschliessend.

¹⁵³ Weiterführend dazu WALDMANN, B. (2003) *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Bern.

derung) als Zuordnungskriterium für Rechte oder Pflichten herangezogen wird¹⁵¹. Die *Benachteiligungstheorie* stellt auf die Folgen der Ungleichbehandlung ab. Als Diskriminierung wird eine faktische oder rechtliche Benachteiligung verstanden, die entweder als solche genügt¹⁵⁵ oder zusätzlich mit einer Ausgrenzung oder Herabwürdigung verbunden sein muss¹⁵⁶.

Während Lehre und Rechtsprechung – zumindest beim Geschlechterdiskriminierungsverbot, das ebenfalls wie das Behindertendiskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV verankert ist und spezialgesetzlich gegenüber Privaten gilt – bereits eine faktische oder rechtliche Benachteiligung (ohne Ausgrenzungs- oder Herabwürdigungswirkung) von Frauen als Diskriminierung werten¹⁵⁷, ist unklar, welcher Diskriminierungsbegriff für das Behindertendiskriminierungsverbot gilt¹⁵⁸. Die Vertragsverweigerung und die Auferlegung von erschwerenden Vertragsbestimmungen dürften dann ausgrenzend oder herabwürdigend sein, wenn sie von der überwiegenden Mehrzahl der Versicherer

¹⁵¹ Vgl. z.B. BGE 126 V 70 E. 4c/bb: "Die Bedeutung der spezifischen Diskriminierungsverbote liegt darin, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert."

¹⁵⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 BehiG.

¹⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 126 II 377 E. 6a: "Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht."

¹⁵⁷ Vgl. BGE 126 II 377 E. 6b.

¹⁵⁸ Die Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11.12.2000 = BBl 2001, 1715 ff., verlangt bei Art. 6 BehiG eine qualifizierte Benachteiligung i.S. einer Ausgrenzung oder Herabwürdigung ("qualifizierte, mithin offensichtliche oder besonders schockierende, die eine herabwürdigende Wirkung haben können" [BBl 2001, 1756] oder "qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende und meist auch herabwürdigende Behandlung von Menschen mit Behinderungen" [BBl 2001, 1780]), während das EVG bereits die blosse Ungleichbehandlung ohne zwingende Gründe als Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV betrachtet, mithin auf die Anknüpfungs- und nicht die Benachteiligungstheorie abstellt (vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/bb).

praktiziert werden oder dem Versicherer eine marktbeherrschende Stellung zukommt und der verweigerte Versicherungsschutz von einiger Bedeutung ist.

d. Rechtsfolgen

Das BehiG sieht einen pauschalierten Schadenersatz von maximal Fr. 5000.– pro Diskriminierungsfall vor¹⁵⁹, während sich die Bundesverfassung über die Folgen einer Grundrechtsverletzung ausschweigt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein Kontrahierungszwang nur ausnahmsweise, wenn dem Anbieter eine *marktbeherrschende Stellung* zukommt sowie Güter und Dienstleistungen betroffen sind, die zum Normalbedarf gehören¹⁶⁰. EVG und kantonale Gerichte haben – unter der Geltung des KUVG – festgehalten, dass auch bei einer nicht marktbeherrschenden Stellung des Versicherers u.U. ein Abschlusszwang bestehen kann¹⁶¹. Eine Kontrahierungspflicht kann jedoch nicht auf die Besitzstandsgarantie von Art. 102 Abs. 2 KVG abgestützt werden¹⁶². Gesetzliche Kontrahierungspflichten zu Gunsten von Behinderten sind aber in jedem Fall rechtmässig¹⁶³, weshalb ein richterlicher Kontrahierungszwang denkbar ist.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 2 BV. In der Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11.12.2000 = BBl 2001, 1715 ff., 1780, wird ausgeführt: "Das Diskriminierungsverbot verpflichtet Privatpersonen aber nicht, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlichen Benachteiligungen Behinderter zu ergreifen. Es verpflichtet weder zu einem gleichstellenden Verhalten noch dazu, auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten".

¹⁶⁰ Vgl. BGE 129 III 35 E. 6.3.

¹⁶¹ Vgl. BGE 114 V 274 E. 2 und 4c (bedingter Anspruch auf Versicherung unter dem Titel rechtsgleicher Behandlung) und Urteil VersGer St. Gallen vom 10.03./23.04.1992 (KV 33/91) (Anspruch auf Höherversicherung gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bejaht; betrifft aKVUG). Siehe dazu ferner BGE 118 V 158 E. 4 (Ausschluss von Invaliden im Bereich der beruflichen Vorsorge).

¹⁶² Vgl. BGE 126 III 345 E. 3 und 4.

¹⁶³ Vgl. BGE 118 V 158 E. 4b–d zu Art. 1 Abs. 1 lit. d BVV 2, wonach Personen, die im Sinne der Invalidenversicherung weniger als zu zwei Dritteln invalid sind, unter die obligatorische Versicherung fallen. Siehe ferner Art. 134 Abs. 3 UVV.

III. Anzeigepflichtverletzung

A. Allgemeines

Der Antragsteller hat dem Versicherer *alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen*, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen¹⁶⁴. Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers besteht auch dann, wenn ausnahmsweise der Versicherer als Antragsteller auftritt¹⁶⁵. Erfährt der Versicherungsnehmer erst nach der Antragserklärung, aber vor dem Zustandekommen des Versicherungsvertrages vom Vorliegen von Gefahrstatsachen, hat eine *Nachdeklaration* zu erfolgen¹⁶⁶.

Zwischen der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers und dem Vorbehaltsrecht des Versicherers bestehen verschiedene Interdependenzen. Die Anzeigepflicht schafft zunächst die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorbehaltsrechts¹⁶⁷. Der Versicherer kann nämlich nur in Kenntnis der Gefahrstatsachen abschätzen, ob er überhaupt oder allenfalls mit Vorbehalten einen Versicherungsvertrag abschliessen will. Verzichtet der Versicherer auf einen Vorbehalt, übernimmt er das Risiko in Bezug auf zukünftige versicherte Ereignisse vollumfänglich. Eine *wesentliche Gefahrserhöhung*¹⁶⁸, die nach dem Vertragsabschluss ohne das Zutun des Versicherungsnehmers eintritt, fällt ebenfalls in den Risikobereich des Versicherers, wenn ihm die Gefahrserhöhung mitgeteilt wurde¹⁶⁹. Wenn der Versicherungsnehmer jedoch die wesentliche

¹⁶⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 VVG.

¹⁶⁵ BGE 126 III 82 = Pra 7/2000 Nr. 102 = HAVE 2002, 45 f. (Anmerkungen von Hansjörg Steiner).

¹⁶⁶ Art. 4 Abs. 1 VVG erweist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

¹⁶⁷ Siehe ferner infra III/C/2/b/ii und iii.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 2 VVG. Die Gefahrserhöhung muss auf einer Tatsache beruhen, zu welcher der Versicherer bei Abschluss des Vertrages schriftlich bestimmte und unzweideutige Fragen gestellt hat; er bedeutet nicht, dass der Versicherungsnehmer eine Zusicherung über die Entwicklung dieser Gefahrstatsache abgegeben haben muss (vgl. BGE 122 III 458 E. 3b/bb).

¹⁶⁹ Vgl. Art. 30 Abs. 1 VVG.

Gefahrserhöhung herbeigeführt hat, erfolgt eine *Vertragssistierung*¹⁷⁰. Schliesst der Versicherer demgegenüber den Vertrag mit einem Vorbehalt ab, übernimmt der Versicherungsnehmer das gesamte Risiko in Bezug auf das vorbehaltenes Ereignis. Nach Ablauf von allfälligen befristeten Vorbehalten findet ein *Risikotransfer* zum Versicherer statt, wobei er sich bei einer wesentlichen Gefahrserhöhung – wie erwähnt – von einer Leistungspflicht befreien kann.

B. Umfang der Anzeigepflicht

1. Allgemeines

Der Umfang der Anzeigepflicht im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung richtet sich auf Grund eines gesetzlichen Verweises oder der praxisgemäss erfolgenden analogen Anwendung des VVG nach den *Grundsätzen des privaten Versicherungsrechts*¹⁷¹. Für die Versicherungsbereiche, die keine explizite Verweisungsnorm kennen, wie das z.B. bei der freiwilligen und weitergehenden beruflichen Vorsorge der Fall ist, gilt eine allfällige reglementarische Regelung der Anzeigepflicht aber prioritär¹⁷².

2. Gefahrstatsache

Unter einer Gefahrstatsache werden zunächst Tatsachen verstanden, welche das fragliche, zu versichernde Risiko hervorrufen können¹⁷³. Zu deklarieren sind alle für die *Beurteilung des Risikoeintritts erforderlichen ursachen- und folgenbezogenen Tatsachen*. Der Versicherer soll

¹⁷⁰ Die Gefahrserhöhung ist wesentlich, wenn sie auf der Änderung einer für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsache beruht, deren Umfang die Parteien beim Vertragsabschluss festgestellt haben (vgl. Art. 28 Abs. 1 VVG).

¹⁷¹ BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 4 und 5 sowie Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 2.

¹⁷² Vgl. z.B. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 6.

¹⁷³ Statt vieler NEF, BA-K, N 12 zu Art. 4 VVG.

und muss feststellen, ob das zu versichernde Risiko bereits eingetreten ist oder allfällige Vorbehalte oder Mehrprämien zu erheben sind, wenn er überhaupt den Vertrag abschliessen will.

Im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung sind praxisgemäss etwa anzeigepflichtig:

- *frühere Gesundheitsschäden*¹⁷¹,
- *aktuelle Gesundheitsschäden*¹⁷⁵,
- *Arztbesuche*¹⁷⁶,
- *Spitalaufenthalte*¹⁷⁷,
- *Untersuchungs-, Behandlungs- und Therapiemassnahmen*¹⁷⁸,
- *Medikamenteneinnahme*¹⁷⁹ und
- *Arbeits- und Erwerbsunfähigkeiten*¹⁸⁰.

Als Gefahrstatsachen kommen ferner auch *sog. indizierende Umstände* in Frage. Darunter werden Tatsachen verstanden, die nicht zu den begriffswesentlichen Voraussetzungen des fraglichen Risikos gehören,

¹⁷¹ Vgl. BGE 130 V 9, 10 (Morbus Cron); Urteil EVG vom 28.06.2002 (B 60/01) E. 3 (Halsbeschwerden bei nachträglichem Tod an einem Larynx-Karzinom); vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2 (Beschwerden des Bewegungsapparats); vom 20.09.2000 (B 51/99) E. 3 (Nierensteinertrümmerung und Dermatitis an Händen und Armen); vom 14.05.1997 i.S. G. = SZS 1998, 372 ff. = SVR 1997 BVG Nr. 81.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 119 V 283 E. 3b (Depression und zahlreiche, z.T. kleinere psychosomatische Beschwerden); Urteil EVG vom 14.08.1998 i.S. A. = SZS 2000, 61 ff. E. 4 (langjährige Schizophrenie); EVG vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, 308 ff. E. 3b (Bluthochdruck); Urteil VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3. Nicht anzeigepflichtig sind bloss Schwächen und Veranlagungen (vgl. Urteil EVG vom 15.03.2000 [B 33/99] E. 3c (idiopathische Skoliose)).

¹⁷⁶ Vgl. Urteil EVG vom 28.06.2002 (B 60/01) E. 3; vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2; vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, 308 ff. E. 3b; Urteil VersGer BL vom 31.03.1993 = SVR 1994 KV Nr. 7 E. 4 (dreimaliger Arztbesuch).

¹⁷⁷ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (viertägiger Spitalaufenthalt).

¹⁷⁸ Vgl. Urteil BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (viermonatige Physiotherapie) sowie Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4 (gynäkologischer Eingriff und Rückenoperation).

¹⁷⁹ Vgl. Urteil EVG vom 06.10.1999 (B 62/98).

¹⁸⁰ Vgl. Urteil BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (dreiwöchige Arbeitsunfähigkeit) und Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4 (Berentung).

gleichwohl aber einen Rückschluss auf das Vorliegen einer erhöhten Risikoeintrittswahrscheinlichkeit gestatten¹⁸¹. Im Bereich der Personenversicherung ist insbesondere ein *gesundheitsschädigendes Risiko-*¹⁸² bzw. *Konsumverhalten*¹⁸³ anzeigepflichtig. Risikoerklärungen kommt aber nicht die Bedeutung einer Zusicherung zu, dass zukünftig auf bestimmte Verhaltensweisen verzichtet wird¹⁸⁴. Ein eigentliches *Verhaltensverbot* muss vertraglich vereinbart werden¹⁸⁵.

3. Erheblichkeit

a. Allgemeines

Der Antragsteller hat alle Gefahrstatsachen bekannt zu geben, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, zu beeinflussen¹⁸⁶. Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden dabei als erheblich vermutet¹⁸⁷. Der Antragsteller ist infolgedessen bei einer schriftlichen Anfrage nicht verpflichtet, von sich aus über (zusätzlich) bestehende Gefahren Auskunft zu geben¹⁸⁸.

Was die einzelnen Fragen anbelangt, hat das Bundesgericht Folgendes festgehalten:

¹⁸¹ Statt vieler NEF, BA-K, N 12 zu Art. 4 VVG.

¹⁸² Siehe dazu Art. 49 und 50 UVV.

¹⁸³ Vgl. z.B. Urteil BGER vom 04.12.2003 (5C.174/2003) (exzessiver Alkohol- und Tabakkonsum).

¹⁸⁴ Vgl. dazu BGE 122 III 458 E. 3b/bb.

¹⁸⁵ Siehe z.B. KUHN, M. W./MÜLLER-STUDER, R. L./ECKERT M.K. (2002) *Privatversicherungsrecht. Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts*. 2. A., Zürich, 226 und 235.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 VVG.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 3 VVG.

¹⁸⁸ Vgl. Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 3b. Siehe ferner BGE 125 V 292 ff. zu den Folgen der Nichtbeantwortung gestellter Fragen.

"Die Tragweite der einzelnen Fragen bestimmt sich – gleich wie der Vertragsinhalt selbst – nach dem Vertrauensprinzip (BGE 101 II 339 Erw. 2 S. 344; Maurer, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1986, S. 235). Es ist mithin darauf abzustellen, was vernünftigerweise gemeint sein muss und der konkrete Antragsteller annehmen darf, wenn er über die Fragen der Versicherungsgesellschaft in der vom VVG verlangten Weise ernsthaft nachdenkt (BGE 118 II 333 Erw. 2b, 116 II 338 Erw. 1b, 72 II 124 Erw. 3 mit Hinweis). Wie es damit steht, ist abzuklären anhand des Wortlauts der Fragen, des Zusammenhangs, in welchem sie stehen, und allfälliger weiterer Umstände (BGE 118 II 365 Erw. 1 mit Hinweis). Dabei ist zu beachten, dass eine Frage einschränkend auszulegen ist, wenn sie, an sich oder auf Grund ihrer Beziehung zu den übrigen dem Antragsteller vorgelegten Fragen, Zweifel über den Umfang der Deklarationspflicht weckt (Roelli/Keller, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Aufl., Bern 1968, S. 108). Das folgt einerseits aus dem (...) Grundsatz, dass eine Anzeigepflicht nur insoweit besteht, als die Fragen der Versicherungsgesellschaft reichen. Andererseits wird ganz allgemein eine Verletzung der Anzeigepflicht nur mit Zurückhaltung angenommen, weil damit die einschneidende Folge des Wegfalls des Versicherungsvertrags verbunden ist (BGE 118 II 333 Erw. 2b S. 338 mit Hinweis)"¹⁸⁹.

Bei sehr offen gehaltenen Fragen, wie z.B. derjenigen nach "Körperschäden"¹⁹⁰, stellen unrichtige oder nicht umfassende Antworten keine Anzeigepflichtverletzung dar. Es ist Sache des Versicherers, durch klare und präzise Fragen auf genaue Antworten hinzuwirken. Der Versicherer hat deshalb nach bestimmten durchgemachten Krankheiten oder ärztlichen Behandlungen zu fragen¹⁹¹.

¹⁸⁹ Urteil BGer vom 04.11.1993 (5C.140/1993) E. 3.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 3c.

¹⁹¹ Vgl. Urteil EVG vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2 und 3 sowie vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 4b.

b. Unzulässige Fragen

i) Allgemeines

Das Fragerecht des Versicherers besteht nur in Bezug auf *entscheidungserhebliche Gefahrstatsachen*. Nicht entscheidungserhebliche Gefahrstatsachen, also Umstände, bei deren Kenntnis der Versicherer gleichwohl den Vertrag abgeschlossen hätte, müssen nicht bekannt gegeben werden. Da das VVG jedoch die Entscheidungserheblichkeit von schriftlichen Fragen vermutet, ist der Antragsteller grundsätzlich verpflichtet, alle gestellten Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten. Der Versicherer wird so in die Lage versetzt, nach Belieben *persönlichkeitsrelevante Daten* in Erfahrung zu bringen.

Gesundheitsrelevante Daten stellen *besonders schützenswerte Daten* dar¹⁹². Deren Bearbeitung, insbesondere auch deren Beschaffung, muss verhältnismässig sein¹⁹³. Das Fragerecht des Versicherer gilt deshalb nicht uneingeschränkt. Fragen, deren Beantwortung weder geeignet noch erforderlich sind, um eine vernünftige Risikobeurteilung vornehmen zu können, sind unverhältnismässig. Bei der Interessenabwägung ist deshalb zu fragen, ob das *Interesse des Versicherers an einer vernünftigen Risikobeurteilung* das *Interesse des Antragstellers an der Nichtbekanntgabe von gesundheitsrelevanten oder intimen Daten* überwiegt¹⁹⁴. Werden unzulässige Fragen unrichtig oder gar nicht beantwortet, liegt keine Anzeigepflichtverletzung vor¹⁹⁵.

¹⁹² Vgl. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO.

¹⁹³ Vgl. Art. 4 Abs. 2 DSGVO.

¹⁹⁴ Vgl. dazu NEF, BA-K, N 33 ff. zu Art. 4 VVG; PÄRLL, K. (2004) Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung. Problematische Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten bei der Begründung des privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses, in: *HAVE* 2004, 32 ff.; sowie BGE 128 II 259 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 8 Ziff. 2 und 6 VVG. Zum "Recht auf Lüge" bei Anstellungsgesprächen siehe HEUSSER, P. (2002) Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes. Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: *AJP* 2002, 1277 ff., 1279 und 1285; sowie PÄRLL, K. (2004) Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung. Problematische Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten bei der Begründung des privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses, in: *HAVE* 2004, 32 ff.

ii) **Untersuchungs- und Nachforschungsverbot gemäss Entwurf zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)**

Der Entwurf zum *Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)*¹⁹⁶ konkretisiert die heikle Interessenabwägung in Bezug auf genetische Daten. In Art. 26 GUMG-Entwurf wird ein *Untersuchungsverbot* vorgesehen¹⁹⁷. Dieses untersagt Versicherungseinrichtungen, als Voraussetzung für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses präsymptomatische oder pränatale genetische Untersuchungen zu verlangen. Eine präsymptomatische genetische Untersuchung dient dazu, Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome zu erkennen, mit Ausnahme der Untersuchungen, die ausschliesslich zur Abklärung der Wirkungen einer geplanten Therapie dienen¹⁹⁸. Pränatale genetische Untersuchungen erfolgen während der Schwangerschaft und dienen der Abklärung von Eigenschaften des Erbguts des Embryos oder des Fötus¹⁹⁹.

Das in Art. 27 GUMG-Entwurf vorgesehene *Nachforschungsverbot* soll verhindern, dass Ergebnisse aus früheren präsymptomatischen oder pränatalen genetischen Untersuchungen oder Untersuchungen zur

¹⁹⁶ Siehe dazu Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11.09.2002 = BBl 2002, 7361 ff., 7434 ff.; supra FN 130 f.; EICHENBERGER, I. W./GERBER, A. (2002) Genetische Untersuchungen im Arbeits- und Privatversicherungsrecht, in: *Information & Recht*, Basel, 331 ff.; FUHRER, S. (2003) Von der Schwierigkeit, den Wolf an den Ohren zu packen. Anmerkungen zu den versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, in: *HAVE* 2003, 181 ff.; HAUSHEER, H. (2001) Genetik und Versicherung aus juristischer Sicht. Rechtsvergleichende Überlegungen zur genetischen Untersuchung im Versicherungsbereich, in: *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 2001, 255 ff.; HEUSSER, P. (2002) Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes. Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: *AJP* 2002, 1277 ff.; und TAUPITZ, J. (2001) Die Biomedizin-Konvention und das Verbot der Verwendung genetischer Informationen für Versicherungszwecke, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*. Bd. 6, Berlin/New York, 123 ff.

¹⁹⁷ Vgl. ferner Art. 11 und 12 Biomedizinkonvention zum Nichtdiskriminierungsverbot und zum Verbot prädiktiver genetischer Untersuchungen.

¹⁹⁸ Vgl. Art. 3 lit. d GUMG-Entwurf.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 3 lit. f GUMG-Entwurf.

Familienplanung erhoben oder verwertet werden können, soweit es um den Sozialversicherungsbereich, die berufliche Vorsorge, Versicherungen über die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall oder bei Mutterschaft, Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme von höchstens 400 000 Franken oder freiwillige Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von 40 000 Franken geht²⁰⁰.

C. Verletzung der Anzeigepflicht

1. Anzeigepflichtverletzung als verschuldensunabhängige Pflichtwidrigkeit

a. Allgemeines

Der Versicherungsnehmer verletzt die Anzeigepflicht, wenn er eine zulässige Frage des Versicherers entweder gar nicht²⁰¹ oder dann unrichtig oder unvollständig beantwortet. Nicht erforderlich ist, dass der Versicherungsnehmer vorsätzlich gehandelt hat. Ob eine Anzeigepflichtverletzung vorliegt, beurteilt sich *verschuldensunabhängig sowohl nach subjektiven als auch nach objektiven Kriterien*²⁰². Nach dem Wortlaut von Art. 4 und 6 VVG hat der Antragsteller²⁰³ dem Versicherer in Beantwortung entsprechender Fragen nicht nur die ihm tatsächlich bekannten (von seinem positiven Wissen erfassten) erheblichen Gefahrstatsachen mitzuteilen (tatsächliche Kenntnis), sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein müssen (zumutbare Kenntnis)²⁰⁴.

²⁰⁰ Art. 28 GUMG-Entwurf regelt die zulässige Nachforschung nach Ergebnissen früherer präsymptomatischer genetischer Untersuchungen. Die Bekanntgabe an seinen Vertrauensarzt kann der Versicherer verlangen, wenn die betreffende Untersuchung zuverlässige Ergebnisse liefert und der wissenschaftliche Wert der Untersuchung für die Prämienberechnung nachgewiesen ist.

²⁰¹ Vgl. dazu BGE 125 V 292 E. 3c.

²⁰² Vgl. BGE 109 II 60 E. 3c.

²⁰³ Falsche Angaben, die darauf zurückzuführen sind, dass der Vertreter des Versicherers wahrheitsgemässe Antworten unrichtig weitergegeben hat, stellen keine Anzeigepflichtverletzung dar (siehe dazu Urteil VerwGer GE vom 31.01.1995 = SVR 1996 KV Nr. 66).

²⁰⁴ Siehe dazu z.B. den Anwendungsfall Urteil VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3 (zumutbare Kenntnis bei Epilepsie).

Die zumutbare Kenntnis bestimmt sich nach Massgabe der Umstände des einzelnen Falles; zu berücksichtigen sind insbesondere die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Antragstellers (Intelligenz, Bildungsgrad, Erfahrung etc.)²⁰⁵. Entscheidend ist, ob und inwieweit ein Antragsteller nach seiner Kenntnis der Verhältnisse und gegebenenfalls nach den ihm von fachkundiger Seite erteilten Aufschlüssen eine Frage des Versicherers in guten Treuen verneinen durfte²⁰⁶. Er genügt seiner Anzeigepflicht nur, wenn er ausser den ihm ohne weiteres bekannten Tatsachen auch diejenigen angibt, deren Vorhandensein ihm nicht entgehen kann, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt²⁰⁷.

b. Kasuistik im Überblick

Eine Verletzung der Anzeigepflicht wurde – im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung – in folgenden Fällen bejaht:

- *BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003)*: Anzeigepflichtverletzung bejaht, wenn nach einem Unfall ein viertägiger Spitalaufenthalt, eine drei Wochen andauernde Arbeitsunfähigkeit und eine viermonatige Physiotherapie auf die Frage "Avez-vous été examiné ou soigné par un médecin ces trois dernières années?" verneint wird (vgl. E. 4).
- *BGer vom 04.12.2003 (5C.174/2003)*: Anzeigepflichtverletzung bejaht in Bezug auf das Verschweigen eines exzessiven Alkohol- und Tabakkonsums.
- *EVG vom 28.06.2002 (B 60/01)*: Anzeigepflichtverletzung bejaht bei Verschweigen von mehreren Arztbesuchen wegen Hals-

²⁰⁵ Vgl. Urteil VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3: Anzeigepflichtverletzung verneint (vgl. E. 2 und 3: zumutbare Kenntnis einer Epilepsie).

²⁰⁶ Vgl. BGE 116 V 218 E. 5b und Urteil VersGer TI vom 13.09.1993 = SVR 1994 KV Nr. 20 (Unzumutbarkeit für Eltern, einen tumorbedingten Hydrozephalus zu kennen).

²⁰⁷ Vgl. 109 II 6 0 E. 3b.

beschwerden und nachträglichem Tod an einem Larynx-Karzinom (vgl. E. 3).

- *EVG vom 14.06.2002 (B 10/01)*: Anzeigepflichtverletzung bejaht, wenn Beschwerden des Bewegungsapparates verschwiegen werden, die mehrmals ärztlich behandelt wurden (vgl. E. 2).
- *EVG vom 06.10.1999 (B 62/98)*: Anzeigepflichtverletzung bejaht bei verschwiegener regelmässiger Medikamenteneinnahme.
- *EVG vom 14.08.1998 i.S. A. = SZS 2000, 61 ff.*: Anzeigepflichtverletzung bejaht, wenn eine langjährige Schizophrenie verschwiegen wird (vgl. E. 4).
- *EVG vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, 308 ff.*: Anzeigepflichtverletzung bejaht, wenn eine seit Jahren ärztlich behandelte Hypertonie auf die Frage "Sind sie gesund" verschwiegen wird (vgl. E. 3b).
- *EVG vom 26.11.2001 (B 41/00)*: Anzeigepflichtverletzung von der Vorinstanz bejaht (i.c. Verschweigen eines früher durchgeführten gynäkologischen Eingriffs und nachträglicher Rückenoperation und Berentung; Ablehnung von Leistungen des Versicherers, weil "das Ereignis seinen Ursprung in einem Zeitpunkt findet, in welchem die Versicherte noch nicht bei der Pensionskasse der Luzerner Kantonalbank versichert war", vgl. E. 4).
- *VersGer BL vom 31.03.1993 = SVR 1994 KV Nr. 7*: Anzeigepflichtverletzung bejaht, wenn ein dreimaliger Arztbesuch innert weniger als zwei Wochen vor dem Zeitpunkt der Antragstellung verschwiegen wird (vgl. E. 4).

Eine Verletzung der Anzeigepflicht wurde – im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung – in folgenden Fällen verneint bzw. offen gelassen:

- *EVG vom 20.09.2000 (B 51/99)*: Anzeigepflichtverletzung offen gelassen (i.c. Nichtdeklaration einer Nierensteinzertrümmerung und Dermatitis an Händen und Armen, vgl. E. 3 und 4).
- *EVG vom 18.09.2000 (B 38/99)*: Anzeigepflichtverletzung verneint, wenn die Frage "Hatten Sie in letzter Zeit Krankheiten und/oder bestehen bei Ihnen Körperschäden?" bei einer früher

gestellten Diagnose chronisch rezidivierender Lumbalgien bei schwerer Torsionsskoliose mit Gibbus rechts und starkem Beckentiefstand nach rechts unten sowie akuter Coccygodynie bei Beginn der Behandlung und Metatarsalgie bei Hohlfüssen beidseits verneint wird (vgl. E. 2).

- *EVG vom 15.03.2000 (B 33/99):* Anzeigepflichtverletzung verneint, vgl. E. 3c: "Die Rückenproblematik der Beschwerdeführerin ist weder als Folge eines Unfalles noch einer Krankheit zu bezeichnen; vielmehr handelt es sich bei dieser idiopathischen Skoliose (vgl. Gutachten des Dr. med. J., Spezialarzt für Innere Medizin, vom 24. Februar 1997 und des Dr. med. R., Oberarzt Orthopädische Klinik Z., vom 21. April 1997 sowie Schreiben Dr. med. G. vom 3. Dezember 1998) um eine körperliche Schwäche bzw. Veranlagung. Um jedoch unter 'Körperschäden' auch Schwächen und Veranlagungen zu verstehen, ist die betreffende Frage Ziff. 3 zu allgemein und ungenau gehalten."
- *EVG vom 14.05.1997 i.S. G. = SZS 1998, 372 ff. = SVR 1997 BVG Nr. 81:* Anzeigepflichtverletzung bei einem Landwirt verneint, der die Frage, ob er sich gesund fühle, bejaht, obwohl er neun Monate vorher in ärztlicher Behandlung wegen eines Rückenleidens war, das fünf Jahre später zu einer Berentung geführt hat.
- *EVG vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, 308 ff.:* Keine Anzeigepflichtverletzung, wenn die Gefahrstatsache nach der Pflichtverletzung wegfällt (i.c. Wegfall der Arbeitsunfähigkeit nach ausgeheiltem Distorsionstrauma des Kniegelenks, vgl. E. 3a).
- *VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63:* Anzeigepflichtverletzung verneint (vgl. E. 2 und 3: zumutbare Kenntnis einer Epilepsie).

2. Rechtsfolgen

a. Allgemeines

Eine Verletzung der Anzeigepflicht berechtigt den Versicherer zum Vertragsrücktritt²⁰⁸. Der Rücktritt vom Vertrag wirkt *ex tunc*²⁰⁹. Der Versicherer kann demnach bereits erbrachte Versicherungsleistungen zurückverlangen und zukünftige Leistungen verweigern, muss aber dem Versicherer die verfallenen Prämien²¹⁰ nicht zurückerstatten (*Prinzip der asymmetrischen Rückabwicklung*).

Das EVG hat es abgelehnt, diese *Alles-oder-Nichts-Regelung* im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung zu modifizieren. Eine Kürzung der Leistungen an Stelle der rückwirkenden Vertragsaufhebung ist ebenso wenig gesetzeskonform wie andere Rechtsfolgen. Eine Leistungskürzung ist nach Auffassung der Luzerner Richter auch nicht zuletzt deshalb abzulehnen, weil sie eine Besserstellung von Versicherten, die die Anzeigepflicht verletzen, gegenüber Versicherten, die diese erfüllen und deshalb nur unter Vorbehalt aufgenommen werden, zur Folge hätte²¹¹.

Diese strenge Handhabung des Rücktrittsrechts, das im Bereich der freiwilligen bzw. weitergehenden beruflichen Vorsorge ohnehin nur analog gilt, ist abzulehnen. Der Vorsorgevertrag schützt in der Regel vor den Risiken Alter, Invalidität und Tod. Betrifft die Anzeigepflichtverletzung nur ein bestimmtes Risiko, z.B. das Invaliditätsrisiko, und kommt das Rücktrittsrecht zum Tragen, so fällt der gesamte Vertrag, mithin auch der Vorsorgeschutz bei Tod oder im Alter dahin. Ältere Versicherte sind von einem solchen Wegfall besonders stark betrof-

²⁰⁸ Vgl. Art. 6 VVG.

²⁰⁹ Siehe z.B. Urteile EVG vom 17.12.2001 (B 69/00 und 70/00) E. 3c und vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4.

²¹⁰ Vgl. Art. 25 VVG. Siehe aber Art. 24 VVG-Entwurf: "Bei vorzeitiger Auflösung oder Beendigung des Versicherungsvertrages ist die Prämie nur für die Zeit bis zur Vertragsauflösung geschuldet. Artikel 42 Absatz 3 bleibt vorbehalten."

²¹¹ Vgl. BGE 130 V 9 E. 5.1.

fen²¹², weil sie ihre beabsichtigte Altersvorsorge nicht mehr verwirklichen können und den Prämienanteil, der vom Arbeitgeber finanziert wurde, verlieren. Im Hinblick auf das *Altersdiskriminierungsverbot* von Art. 8 Abs. 2 BV ist diese Benachteiligung verfassungsrechtlich suspekt²¹³. Der Vorsorgeeinrichtung ist deshalb nur ein *Teilrücktritts-* bzw. *Leistungsverweigerungsrecht* mit Bezug auf die von der Anzeigepflichtverletzung beeinflussten Versicherungsleistungen zuzugestehen.

b. Verwirkung des Rücktrittsrechts

i) Allgemeines

Art. 8 VVG sieht eine Verwirkung des Rücktrittsrechts vor, wenn:

- die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Tatsache vor Eintritt des befürchteten Ereignisses weggefallen ist²¹⁴;
- der Versicherer die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat;
- der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss;
- der Versicherer die unrichtig angezeigte Tatsache richtig gekannt hat oder gekannt haben muss;
- der Versicherer auf das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, verzichtet hat;

²¹² Gl. M. MOSER, M. (1997) Eine Gesetzesnorm sorgt für Verunsicherung. Weitere Fragen zu Art. 23 BVG, in: SZS 1997, 120 ff., 125 ff.; und NIEF, BA-K, N 7 zu Art. 9 VVG.

²¹³ Im Rahmen der anhängigen VVG-Revision sieht Art. 6 Abs. 4 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Entwurf) = BBl 2003, 3910 ff., vor, dass der Versicherer bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungsverträgen gemäss Art. 90 Abs. 2 VVG die für den Rückkauf festgestellte Leistung zu gewähren hat.

²¹⁴ Siehe dazu Urteil EVG vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, 308 ff. (i.c. Wegfall der Arbeitsunfähigkeit nach ausgeheiltem Distorsionstrauma des Kniegelenks, vgl. E. 3a).

- der Anzeigepflichtige auf eine ihm vorgelegte Frage eine Antwort nicht erteilt und der Versicherer den Vertrag gleichwohl abgeschlossen hat²¹⁵.

ii) Anbringen eines rückwirkenden Vorbehaltes

Der Versicherer, der nach Kenntnisnahme des Sachverhalts, der eine Anzeigepflichtverletzung begründen würde, keinen Rücktritt vom Vorsorgevertrag erklärt, sondern sich, soweit gesetzlich bzw. reglementarisch zulässig, mit dem *Anbringen eines rückwirkenden Versicherungsvorbehalts* begnügt²¹⁶, kann sich nicht auf die Anzeigepflichtverletzung berufen und für die vorbehaltene Gesundheitsschädigung einen Rücktritt vom Versicherungsvertrag erklären²¹⁷.

iii) Ablauf der Vorbehaltsdauer

Während der Dauer eines Vorbehalts ist der Versicherer nicht leistungspflichtig, weshalb er nicht auf die Ausübung des Rücktrittsrechts angewiesen ist. Hat der Versicherungsnehmer mit Bezug auf das *vorbehaltene Ereignis* die Anzeigepflicht verletzt, kann der Versicherer die versicherten Leistungen innerhalb der Vorbehaltsdauer auch nach dem Ablauf der Rücktrittsfrist verweigern. Will er den Versicherungsvertrag auch hinsichtlich der nicht vorbehaltenen Risiken aufheben, muss er fristgemäss den Rücktritt erklären.

Nach Ablauf der Vorbehaltsdauer stellt sich die Frage, ob der Risikotransfer das Rücktrittsrecht derogiert. Für einen Wegfall des Rücktritts-

²¹⁵ Diese Bestimmung findet gemäss Art. 8 Ziff. 6 VVG keine Anwendung, wenn die Frage, auf Grund der übrigen Mitteilungen des Anzeigepflichtigen, als in einem bestimmten Sinne beantwortet angesehen werden muss und diese Antwort sich als Verschweigen oder unrichtige Mitteilung einer erheblichen Gefährstatsache darstellt, die der Anzeigepflichtige kannte oder kennen musste.

²¹⁶ Der Versicherer ist berechtigt, bei einer Verletzung der Anzeigepflicht einen rückwirkenden Vorbehalt anzubringen (vgl. BGE 108 V 248 E. 2b und 106 V 174 sowie Urteil VersGer BL vom 31.03.1993 = SVR 1994 KV Nr. 7 E. 4).

²¹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 18.06.2003 (B 66/02) E. 3.2.

rechts spricht die Überlegung, dass der Versicherer bei der Prüfung des Antrages – trotz der erfolgten Anzeigepflichtverletzung – offenbar Zweifel hegte und von einer erhöhten Risikoeintrittswahrscheinlichkeit ausging. Im Hinblick auf die Verwirkung des Rücktrittsrechts bei *zumutbarer Kenntnis der verschwiegenen Gefahrstatsache durch den Versicherer*²¹⁸ wäre in diesem vergleichbaren Fall ebenfalls von einer Verwirkung des Rücktrittsrechts auszugehen. Das EVG hat sich, soweit ersichtlich, mit dieser Problematik noch nicht befassen müssen, verneint aber eine Verwirkung des Rücktrittsrechts in jedem Fall dann, wenn der Versicherer weder von allem Anfang an noch rückwirkend einen Vorbehalt angebracht hat²¹⁹.

c. Rücktrittserklärung

i) Zeitliche Anforderungen

Die Rücktrittserklärung muss innerhalb von *vier Wochen*, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, dem Versicherungsnehmer zugestellt werden²²⁰. Bei der Rücktrittsfrist handelt es sich um eine *Verwirkungsfrist*, deren Lauf weder gehemmt noch unterbrochen werden kann²²¹. Sie beginnt erst, wenn der Versicherer "zuverlässige Kunde" von den Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt. Blosser Vermutungen, die zu grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit drängen, dass die Anzeigepflicht verletzt ist, genügen

²¹⁸ Vgl. Art. 8 Ziff. 3 VVG.

²¹⁹ BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 5.2.1

²²⁰ Vgl. Art. 6 VVG.

²²¹ Vgl. statt vieler Urteil EVG vom 28.10.2003 (B 15/02 und B 16/02) E. 2.1

nicht²²². Praxisgemäss beginnt die Frist z.B. mit der Zustellung der IV-Akten an den Vertrauensarzt des Versicherers zu laufen²²³; der Versicherer muss sich ferner das tatsächliche oder zumutbare Wissen des Rückversicherers anrechnen lassen²²⁴.

ii) Inhaltliche Anforderungen

Der Rücktritt vom Vertrag muss klar, unmissverständlich und vorbehaltlos erfolgen. Die Verweigerung von Leistungen aus einem anderen Grund, z.B. dem Fehlen der Versicherteneigenschaft, kann nicht einem Rücktritt vom Vertrag gleichgesetzt werden²²⁵. Um gültig zu sein, muss eine Rücktrittserklärung zudem ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen und ferner die ungenau beantwortete Frage erwähnen²²⁶.

D. Regelung der Anzeigepflichtverletzung im Rahmen der VVG-Teilrevision

Die geltende Regelung hat rigide Konsequenzen: Alles oder dann eben nichts erhält der Versicherte, je nachdem, ob eine entscheidungserhebliche Gefahrstatsache pflichtwidrig verschwiegen wurde. Völlig un-

²²² Vgl. BGE 119 V 286 E. 4 und 5.

²²³ Vgl. BGE 119 V 286 E. 5b.

²²⁴ Vgl. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 6 und SZS 2003, 138, sowie Urteil EVG vom 20.09.2000 (B 51/99) E. 3: Im diesem Fall hat der Rückversicherer des Versicherers anlässlich der Prüfung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Versicherungsleistungen aus einer gebundenen Vorsorgepolice auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden IV-Akten von den verschwiegenen Gefahrstatsachen (s.c. Schweissdrüsenoperationen und Nierenbehandlungen) Kenntnis erhalten. Die IV-Akten wurden am 22.10.1996 der zuständigen IV-Stelle retourniert. Am 15.11.1996 informierte der Rückversicherer den Versicherer über die angebliche Anzeigepflichtverletzung, worauf dieser mit Schreiben vom 26.11.1996 gegenüber der Versicherten den Vertragsrücktritt erklärte, was vom EVG als nicht fristwährend qualifiziert wurde.

²²⁵ Vgl. Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 5.

²²⁶ Vgl. BGE 129 III 713 = HAVE 2004, 42 f. E. 2 (Anmerkungen von Stephan Fuhrer).

erheblich ist, ob die Anzeigepflichtverletzung die Risikobeurteilung des Versicherers beeinträchtigt oder den Risikoeintritt begünstigt hat – Schummeln genügt! Das EVG mildert diese Härte nicht. Weder ist seiner Meinung nach im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung eine Leistungskürzung möglich, wie sie in Art. 21 ATSG für die obligatorische Sozialversicherung vorgesehen wird, noch sind andere Lösungen denkbar, weil die gesetzliche Regelung des VVG keinen Spielraum zulässt²²⁷.

Um die Strenge der geltenden Regelung zu mildern, schlägt der Bundesrat im Rahmen der anhängigen Teilrevision des VVG vor, dass die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden nur dann wegfällt, wenn Eintritt oder Umfang des Schadens durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden sind. Die Leistungspflicht des Versicherers soll demgegenüber bestehen bleiben, wenn die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache keinen Einfluss auf den Eintritt des Schadenfalls und den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers gehabt hat²²⁸.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung im Ständerat²²⁹ wurde auf Antrag der vorberatenden Kommission eine Beendigung der Leistungspflicht auch für den Fall vorgesehen, dass Eintritt oder Umfang des Schadens "als Verwirklichung eines Risikos gelten, über das sich der Versicherer als Folge der Anzeigepflichtverletzung kein verlässliches Bild machen konnte"²³⁰. Der Ständerat hat – im Gegensatz zur bundesrätlichen Vorlage – in Art. 6 Abs. 1 VVG-Entwurf neben der in Art. 3 VVG-Entwurf neu vorgesehenen Informationspflicht²³¹ auch eine eigentliche *Befragungspflicht des Versicherers* aufgenommen. Das Rücktritts-

²²⁷ Vgl. BGE 130 V 9 E. 5.1.

²²⁸ Vgl. dazu Art. 6 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Entwurf) = BBl 2003, 3910 ff., und Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 09.05.2003 = BBl 2003, 3789 ff., 3805 und 3856.

²²⁹ Die ständerätliche Beratung hat am 18.12.2003 stattgefunden (vgl. AB 2003 S 1222 ff.)

²³⁰ Vgl. dazu AB 2003 S 1235 ff.

²³¹ Vgl. dazu AB 2003 S 1233 ff.

recht soll nur dann bestehen, wenn der Antragsteller ihm tatsächlich oder zumutbarerweise bekannte Gefahrstatsachen, "über die er befragt worden ist", unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat²³².

Der Nationalrat ist in der Frühjahrsession 2004²³³ weitgehend der ständerätlichen Fassung gefolgt. Lediglich die in Art. 6 Abs. 3 VVG-Entwurf vorgesehene Erwähnung der sog. indizierenden Gefahrstatsachen wurde abgelehnt.

- Fassung von Art. 6 VVG-Entwurf nach der Beratung im Nationalrat (Differenz zum Ständerat ist *kursiv*, diejenige zum Bundesrat unterstrichen markiert):

¹ Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Als anzeigepflichtige Gefahrstatsachen gelten auch Umstände, die einen Rückschluss auf die Ausprägung erheblicher Gefahrstatsachen zulassen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam.

² Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat.

³ 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 *oder die als Verwirklichung eines Risikos gelten, über das sich der Versicherer als Folge der Anzeigepflichtverletzung kein verlässliches Bild machen konnte.*

⁴ Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung.

²³² Vgl. dazu AB 2003 S 1235 ff.

²³³ Die nationalrätlichen Beratungen fanden am 17.03.2004 statt (vgl. AB 2004 N 373 ff., 384 ff. und 401 ff.).

Der Ständerat hat sich in der Sommersession 2004 mit der Fassung der VVG-Revision gemäss nationalrätlichem Beschluss befasst²⁴⁴ und dabei in Art. 6 Abs. 1 VVG-Entwurf eine Ergänzung ("...und über die er *schriftlich* befragt worden ist...") eingefügt, hingegen auf die Festbeschreibung der indizierenden Umstände in Art. 6 Abs. 3 VVG-Entwurf verzichtet, weil die heutige Rechtsprechung direkte und indirekte Anzeigepflichtverletzungen bejahe und man an der Praxis nichts ändern wolle²⁴⁵.

Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass mit In-Kraft-Treten der VVG-Teilrevision der *Kausalitätsgrundsatz* eingeführt wird. Dies hat zur Folge, dass der Versicherer, nachdem er die Anzeigepflichtverletzung festgestellt hat, nach wie vor mit einer rechtzeitigen Rücktrittserklärung seine Leistungspflicht rückwirkend aufheben kann. Ist das versicherte Ereignis bereits eingetreten und erbringt der Versicherer Leistungen, bleibt seine Leistungspflicht aber ausnahmsweise bestehen, wenn die Verletzung der Anzeigepflicht den Risikoeintritt nicht "beeinflusst" hat.

Der vorgesehene gesetzliche Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 VVG-Entwurf wirft zahlreiche Fragen auf:

- Der Ständerat hat auf das Kriterium der "Beeinträchtigung der Risikoeinschätzung" verzichtet, weil es geltendem Recht entspreche. Es trifft zwar zu, dass die Anzeigepflicht auch die Mitteilung indirekter Risikofaktoren beinhaltet. Liegt insoweit eine Anzeigepflichtverletzung vor, so kann der Versicherer, der bereits Leistungen erbringt, nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 VVG-Entwurf in der nationalrätlichen Fassung – der sich der Ständerat angeschlossen hat – den Versicherungsvertrag aufheben, wenn die Anzeigepflichtverletzung die Risikobeurteilung nicht beeinträchtigt hat. Dadurch werden die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung verschieden sein, je nachdem, welche Gefahrstatsachen verschwiegen wurden. Diese Ungleichbehandlung macht

²⁴⁴ Vgl. AB 2004 S 336 ff.

²⁴⁵ So Kommissionssprecher StR Eugen David, vgl. AB 2004 S 336.

aber wenig Sinn. Wieso soll derjenige Versicherte "belohnt" werden, der falsche Angaben über Tatsachen gemacht hat, die die Risikovoraussetzungen betreffen, derjenige aber "bestraft", der diesbezüglich zwar korrekt geantwortet, aber ein allfälliges Risikoverhalten bzw. indizierende Umstände verschwiegen hat. Es kommt hinzu, dass keine klare Unterscheidung zwischen eigentlichen Risikovoraussetzungen und indizierenden Tatsachen möglich ist.

- Das ausnahmsweise Weiterdauern der Leistungspflicht hängt letztlich von einer *Negativbedingung* ab. Der Versicherer ist nach wie vor berechtigt, innert vier Wochen vom Vertrag zurückzutreten. Der Rücktritt wirkt grundsätzlich *ex tunc*, weshalb der Versicherungsvertrag *ab initio* dahinfällt. Die Leistungspflicht soll – trotz an sich nicht mehr bestehendem Vertrag – aber dann weiterbestehen, wenn die Anzeigepflichtverletzung für den Risikoeintritt nicht kausal war. In diesem Fall steht dem Versicherer nur ein *Teilrücktrittsrecht* zu. Was aber ist mit der negativen Kausalität gemeint und wer ist dafür beweispflichtig?
- Bei der *negativen Kausalität* stellt sich die Frage, ob ein *natürlicher Kausalzusammenhang* erforderlich ist, mithin das versicherte Risiko als *conditio sine qua non* der Anzeigepflichtverletzung eingetreten ist, und/oder ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen muss, mithin die nicht angezeigte Tatsache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens (auch) geeignet war, den Risikoeintritt zu begünstigen. Zwischen dem Vorliegen bzw. Fehlen eines Wirkungsnachweises und dem Vorliegen bzw. Fehlen einer Wirkungseignung besteht ein Unterschied. Das Verschweigen regelmässiger Arztbesuche stellt praxisgemäss eine Anzeigepflichtverletzung dar. Regelmässige Arztbesuche sind sicher geeignet, den Eintritt von Krankheiten zu verhindern oder Aufschluss über die Risikoeintrittswahrscheinlichkeit zu vermitteln, haben aber dann keinen Einfluss auf später eintretende Krankheiten, wenn der Arzt nicht geprüft hat, ob Anzeichen für eine bestimmte später eingetretene Krankheit vorlagen.
- Was unter einer "Beeinflussung der Gefahrstatsache" zu verstehen ist, ist solchermassen unklar. Es kommt hinzu, dass sich die

Materialien auch darüber ausschweigen, ob die Anzeigepflichtverletzung *haupt- oder bloss nebenursächlich* den Risikoeintritt begünstigt haben muss. Wer verschweigt, exzessiv legale oder illegale Drogen zu konsumieren, und in der Folge gesundheitliche Schäden erleidet, hat wohl hauptursächlich zum Eintritt des Gesundheitsschadens beigetragen, mitunter gar den Risikoeintritt schuldhaft herbeigeführt²³⁶. Wer demgegenüber regelmässige Arztbesuche wegen Bluthochdrucks verschweigt oder eine familiär bedingte erhöhte Gefahr unerwähnt lässt, trägt nichts zum Eintritt des Risikos bei²³⁷, hat aber vielleicht hauptursächlich die Risikobeurteilung des Versicherers beeinträchtigt. Die Praxis wird so zu klären haben, unter welchen Voraussetzungen eine nicht angezeigte Tatsache weder Risikoeintritt noch Risikobeurteilung beeinflusst hat und wie kausale Anzeigepflichtverletzungen von den Fällen einer schuldhaften Herbeiführung abgegrenzt werden sollen. In Analogie zu Art. 14 Abs. 4 VVG sollten zumindest geringfügige Anzeigepflichtverletzungen nicht als Beeinflussung gewertet werden.

- Die ausnahmsweise Leistungspflicht bzw. das Teilrücktrittsrecht setzen zudem "bereits eingetretene Schäden" voraus. Im Hinblick auf den ursachenbezogenen Krankheitsbegriff ist schliesslich unklar, ob die Leistungspflicht bereits dann bestehen bleibt, wenn im Zeitpunkt der Entdeckung der Anzeigepflichtverletzung zwar noch keine Krankheit bzw. Invalidität eingetreten ist, mithin noch kein medizinischer Interventionsbedarf bzw. Erwerbsunfähigkeit besteht, der Risikoeintritt bzw. ein drohender Gesundheitsschaden aber bevorsteht.
- Vor dem Hintergrund des rückwirkenden Dahinfallens des Versicherungsvertrages und der allgemeinen Beweisregeln²³⁸ ist der Versicherungsnehmer, der weiterhin Leistungen beansprucht, zum Beweis verpflichtet, dass seine Anzeigepflichtverletzung für

²³⁶ Vgl. dazu Art. 14 VVG.

²³⁷ Im ersten Beispiel (Bluthochdruck) können andere Mitursachen bestehen; im zweiten Beispiel kann es sich um eine unvermeidbare genetisch bedingte Krankheit handeln.

²³⁸ Vgl. Art. 8 ZGB.

den Risikoeintritt bzw. die Risikobeurteilung irrelevant war. Die *Beweisführung* ist einerseits schwierig und teuer, weil – zumindest im Bereich der Personenversicherung – komplexe medizinische Fragestellungen zu beantworten sind, und andererseits unmöglich, da der Versicherungsnehmer nicht weiss, wie der Versicherer die Risikobeurteilung vorgenommen bzw. sich entschieden hätte, wenn die Anzeigepflicht nicht verletzt worden wäre.

IV. Schlussbetrachtung

Die Personenversicherung besteht aus den Bereichen der obligatorischen und freiwilligen Sozialversicherung sowie der privaten Personenversicherung. Die freiwillige Sozialversicherung (Kranken- und Unfallversicherung sowie berufliche Vorsorge) wird vom Sozialversicherungsgeber nicht nur explizit erwähnt, sondern – in Teilbereichen – abweichend vom Privatversicherungsrecht (VVG) geregelt. Die in der freiwilligen Sozialversicherung geltenden Vorbehaltsverbote, Übertrittsrechte und Besitzstandsgarantien reiben sich mit den privatrechtlichen Grundsätzen, insbesondere mit der Vertragsfreiheit, dem Rückwärtsversicherungsverbot und der Anzeigepflicht.

Die *Vertragsfreiheit* hat zur Folge, dass sich gesundheitlich angeschlagene Personen sowohl in der freiwilligen Sozialversicherung als auch in der privaten Personenversicherung nicht bzw. nur unter einschränkenden Bedingungen versichern können. Diese Benachteiligung weckt *sozialstaatliche Bedenken*. Der Gesetzgeber sieht explizit die Möglichkeit für freiwillige Sozialversicherungen vor und sichert diese mit Vorbehaltsverboten und Übertrittsrechten ab. Diese Schutzbestimmungen nützen dann nichts, wenn sich die Privatversicherer weigern, mit bestimmten Bevölkerungsschichten (Behinderten, Alten, gesundheitlich angeschlagenen Personen etc.) einen Vertrag abzuschliessen. Ein *Kontrahierungszwang* kann nach der Praxis des EVG ausnahmsweise auf das Gleichbehandlungsgebot, nicht aber auf andere sozialstaatliche Rechtsgrundsätze (Gegenseitigkeit, Verhältnismässigkeit etc.) abgestützt werden. Das Bundesgericht demgegenüber bejaht einen Vertragszwang

nur bei einer marktbeherrschenden Stellung des Anbieters und soweit Güter und Dienstleistungen betroffen sind, die zum Normalbedarf gehören.

Seit dem In-Kraft-Treten des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) stellt sich die Frage der Kontrahierungspflicht in akzentuierterer Form. Eine verpönte *eigenschaftsbezogene Ungleichbehandlung* stellt eine *unzulässige Diskriminierung* dar. Lehre und Rechtsprechung sind uneins, ob die eigenschaftsbezogene Ungleichbehandlung an sich eine Diskriminierung darstellt oder eine solche erst dann vorliegt, wenn die Auswirkungen der Ungleichbehandlung geradezu einer Ausgrenzung oder Herabwürdigung entsprechen. Wird keine qualifizierte Benachteiligung verlangt, stellt die Verweigerung eines Versicherungsvertrages oder die Auferlegung erschwerender Vertragsbedingungen als Folge einer vom Verfassungsgeber genannten verpönten Eigenschaft (Behinderung, Alter, sozialer Status etc.) eine Diskriminierung dar, die entweder eine *Kontrahierungspflicht* oder zumindest eine *Schadenersatzpflicht* zur Folge hat. Die Gerichte haben die Frage zu beantworten, ob die *gesundheitsbedingte Benachteiligung beim Abschluss von Versicherungsverträgen*, insbesondere im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung, die ihre Ursachen in den rigiden Regeln des fast hundertjährigen VVG hat, mit den nachträglich eingeführten Verfassungs- und besonderen Rechtsgrundsätzen des Sozialversicherungsrechts vereinbar ist. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte diese Frage zumindest im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung verneint werden.

Die Probleme sind aber nicht aus dem Weg geschafft, wenn ein Versicherungsvertrag abgeschlossen werden konnte. Gesundheitsschäden, mithin Risiken, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden, sind nicht versicherbar (sog. Rückwärtsversicherungsverbot). Wurde zudem ein bestehender Gesundheitsschaden oder ein Umstand, der auf mögliche zukünftige Gesundheitsschäden hinweist, trotz Befragung durch den Versicherer pflichtwidrig verschwiegen, kann der Vertrag rückwirkend aufgehoben werden, und zwar unabhängig davon, ob die nicht angezeigte Tatsache den Risikoeintritt oder die Risikobeurteilung beeinflusst hat.

Das Rückwärtsversicherungsverbot entspricht einem fundamentalen Grundsatz des Versicherungsrechts. Die Umsetzung dieses Prinzips führt in der Personenversicherung dann zu fragwürdigen Resultaten, wenn Gesundheitsschäden, die im Zeitpunkt des Vertragsabschluss noch nicht manifest waren, als bereits eingetretenes Risiko betrachtet werden, oder der Vertrag wegen eines Gesundheitsschadens als nichtig betrachtet wird, obwohl ein Vorbehaltsverbot bestand bzw. kein Vorbehalt angebracht wurde. Die *extensive Anwendung des Rückwärtsversicherungsverbots* durch die Gerichte ist nicht gerechtfertigt. Vor allem in jenen Bereichen nicht, wo das VVG nur analog angewendet wird, wie das etwa für die freiwillige und weitergehende berufliche Vorsorge zutrifft, sollte eine modifizierte Lösung zur Anwendung gelangen. Statt ursachenbezogen sollte das Verständnis des Risikoeintritts folgenbezogen sein; statt einer Voll- sollte eine bloße Teilnichtigkeit angenommen werden.

Um die Strenge der geltenden Regelung bei der Anzeigepflichtverletzung zu mildern, schlägt der Bundesrat im Rahmen der Teilrevision des VVG ein *Teiltrücktrittsrecht* vor. Der Versicherer kann insoweit nicht vom Vertrag zurücktreten, als das versicherte Risiko im Zeitpunkt der Entdeckung der Anzeigepflichtverletzung bereits eingetreten ist und diese den Risikoeintritt nicht begünstigt hat. Die *Einführung des Kausalitätsprinzips* begünstigt zwar den Versicherungsnehmer, wirft aber in mehrfacher Hinsicht heikle Fragen auf. So wird die Praxis zu klären haben, was unter einer Nichtbeeinflussung des Risikoeintritts bzw. -beurteilung zu verstehen ist und wer beweispflichtig ist.

Sowohl die *Problematik des Rückwärtsversicherungsverbots* als auch die der *Benachteiligung beim Abschluss von Versicherungsverträgen* wird in der Teilrevision ausgeklammert. Es ist daher zu wünschen, dass im Rahmen der *Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes* alle Facetten der gesundheitsbedingten Benachteiligung beim Abschluss von Versicherungsverträgen beleuchtet und einer einheitlichen Lösung zugeführt werden. Das derzeitige "*Flickwerk*" im Bereich der freiwilligen Sozial- und privaten Personenversicherung, bestehend aus VVG-Regeln und vorgelagerten sozialversicherungsrechtlichen Sondernormen, sollte durch ein *einheitliches System der freiwilligen Personenversicherung* ersetzt werden, das jedem Bürger, auch dem angeschlagenen, kranken

oder alten Menschen, die Möglichkeit gibt, angemessenen Versicherungsschutz zu erhalten.

Anhang

Ursachen- und folgebezogene Voraussetzungen der Sozialversicherungsrisiken

Risiko	Ursachenbezogene Voraussetzungen	Folgenbezogene Voraussetzungen	
Tod	Zufall oder menschliches Verhalten	Herz- oder Hirntod	
Alter	-	Erreichen des ordentlichen Pensionsalters	
Krankheit (Art. 3 ATSG)	regelwidriger physischer oder psychischer Vorgang	Unmittelbare Folge: Gesundheitsschaden	Mittelbare Folge: <ul style="list-style-type: none"> • Untersuchungsbedürftigkeit, • Behandlungsbedürftigkeit oder • Arbeitsunfähigkeit
Unfall (Art. 4 ATSG)	plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors	Gesundheitsschaden oder Tod	
Invalidität			
<ul style="list-style-type: none"> • Erwerbsinvalidität bzw. allgemeine Invalidität (Art. 8 ATSG und Art. 28 ff. IVG) 	Gesundheitsschaden	Erwerbsunfähigkeit oder Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen	
<ul style="list-style-type: none"> • spezifische Invalidität (Art. 4 Abs. 2 IVG) 	Gesundheitsschaden	Eingliederungsinvalidität (Art. 9 ff. IVG) oder Hilflosigkeit (Art. 42 ff. IVG)	
<ul style="list-style-type: none"> • medizinisch-theoretische Invalidität (Art. 24 f. UVG und Art. 48 ff. MVG) 	Unfall	dauernde erhebliche Schädigung der körperlichen oder geistigen Integrität	
Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG)	Gesundheitsschaden	Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt	
Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG)	Gesundheitsschaden	Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten	
Hilflosigkeit (Art. 9 ATSG)	Gesundheitsschaden	Hilfsbedürftigkeit bei der Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen oder Überwachungsbedürftigkeit	

Literaturverzeichnis

Auswahl aus der Spezialliteratur:

- AFFOLTER, F. (2000) Die Anzeigepflichtverletzung bei Intervention eines Versicherungsagenten. Die deutsche und schweizerische Rechtslage im Vergleich, in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz (NVB) und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (NGF) aus Anlass der 34. Generalversammlung des Council of Bureaux am 15./16. Juni 2000 in Genf*, Basel, 5 ff.
- BACHMANN, J./NAST, M. (2004) Das private Versicherungsrecht aus Konsumentensicht, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 131 ff.
- BREHM, R. (2001) *L'assurance privée contre les accidents*, Bern.
- BREHM, R. (2004a) Entwurf eines revidierten VVG, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 253 ff.
- BREHM, R. (2004b) Kommentar zum Entwurf eines neuen Versicherungsvertrags-Gesetzes, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 285 ff.
- BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (2001) *Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung. Beiträge zur sozialen Sicherheit Nr. 7/01*, Bern.
- CRIVELLI, L., HAUSER, J., ET AL. (1997) *Spitalleistungen ausserhalb des Wohnsitzkantons. Eine Evaluation des Artikels 41.3 KVG aus ökonomischer Sicht*, Solothurn.

- DIETTERLE, S. (1995) *Die Internationale Klassifikation der Schädigungen, Behinderungen und Beeinträchtigungen der WHO*, Diss. Berlin.
- DUC, J.-L. (2000) Jurisprudence en matière d'assurances complémentaires, in: *1366 jours d'application de la LAMal*, Lausanne, 65 ff.
- DUC, J.-L. (2002) Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA in: *Colloques et Journées d'étude*, Lausanne, 727 ff.
- DUC, J.-L. (2003) Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA. Brève critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in: *SZS 2003*, 131 ff.
- EICHENBERGER, I. W./GERBER, A. (2002) Genetische Untersuchungen im Arbeits- und Privatversicherungsrecht, in: *Information & Recht*, Basel, 331 ff.
- EUGSTER, G. (1998) Krankenversicherung, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band III: Soziale Sicherheit* (Eds. Koller, H./Müller, G./Rhinow, R. und Zimmerli, U.), Basel.
- FALTA, R. (2002) *Die Anzeigepflichtverletzung beim Beitritt zu einer Pensionskasse der weitergehenden beruflichen Vorsorge*, St. Gallen (Diplomarbeit).
- FELDMANN, A. B. (2001) Die rechtliche Bedeutung des Arzteugnisses, in: *Mitteilungen der Lebensversicherer an die Schweizer Ärzteschaft 2001*, 21 ff.
- FONJALLAZ, J. (2000) Compétence et procédure en matière de contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, in: *Journal des tribunaux 2000*, 79 ff.
- FREI, H. (2002) Das Versicherungsvertragsgesetz: guter alter Bordeaux-Wein oder Beaujaulais-Nouveau?, in: *HAVE 2002*, 65 ff.
- FÜHRER, S. (1999) *Anzeigepflichtverletzung*, Basel/Genf/München.

- FUHRER, S. (2002a) Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, in: *HAVE* 2002, 3 ff.
- FUHRER, S. (2002b) VVG-Revision - Quo vadis?, in: *HAVE* 2002, 60 ff.
- FUHRER, S. (2003) Von der Schwierigkeit, den Wolf an den Ohren zu packen. Anmerkungen zu den versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, in: *HAVE* 2003, 181 ff.
- FUHRER, S. (2004) Ausgleich von Schutzlücken, nicht neue Schieflagen - Anmerkungen zur Revision des VVG aus der Sicht der Versicherer, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 137 ff.
- GAUCH, P. (1990a) Das Versicherungsvertragsgesetz - alt und revisionsbedürftig!, in: *recht* 1990/3, 65 ff.
- GAUCH, P. (1990b) Das VVG - alt und revisionsbedürftig, in: *Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990*, Freiburg i.Ü. Nr. 2.
- GAUCH, P. (2002) Das VVG: Immer noch alt und revisionsbedürftig, in: *HAVE* 2002, 62 ff.
- GERBER, A. (2002) Die Kontrolle allgemeiner Versicherungsbedingungen. Schweizerische Vergangenheit, europäische Zukunft?, in: *"Nur, aber immerhin". Festgabe für Anton K. Schnyder zum 50. Geburtstag*, Zürich, 57 ff.
- GUTZWILLER, P. C. (2003) Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefahrstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: *HAVE* 2003, 43 ff.

- HAUSHEER, H. (2001) Genetik und Versicherung aus juristischer Sicht. Rechtsvergleichende Überlegungen zur genetischen Untersuchung im Versicherungsbereich, in: *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 2001, 255 ff.
- HELBLING, C. (1995) *Personalvorsorge und BVG. Gesamtdarstellung der rechtlichen, betriebswirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*. 6. A., Bern.
- HEUSSER, P. (2002) Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes. Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: *AJP* 2002, 1277 ff.
- HONSELL, H., VOGT, N. P., ET AL. (2001) *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basel/Genf/München.
- HUSMANN, D./HÄBERLI, C. (2002) Die Fallstricke des Krankentaggeldes, in: *plädoyer* 2002/4, 28 ff.
- ITEN, M. (1998) *Der private Versicherungsvertrag. Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflichtverletzung*, Diss. Freiburg i.Ü.
- KARLEN, U. (2004) Die VVG Revision - ein Spagat zwischen Konsumentenschutz und Vertragsfreiheit, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 185 ff.
- KELLER MAX (1968) *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. Bd. I*, Bern, 2. A. des 1914 erschienenen Kommentars von Hans Roelli.

- KIEFER, A. (2002) Anzeigepflichtverletzung nach VVG de lege lata und de lege ferenda, in: *"Nur, aber immerhin". Festgabe für Anton K. Schnyder zum 50. Geburtstag*, Zürich, 131 ff.
- KIESER, U. (1997) Die Neuordnung der Zusatzversicherungen zur Krankenversicherung. Eine Würdigung der übergangsrechtlichen Bestimmung von Art. 102 Abs. 2 KVG, in: *AJP* 1997, 11 ff.
- KOLLER, A. (1987) Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer, Unbeachtlichkeit der Pflichtverletzung nach Art. 8 Ziff. 2 und 3 VVG. Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 111 II 388 ff., in: *Recht* 1987, 60 ff.
- LEUZINGER-NAEF, S. (1992) "HIV-Infektion und Folgen" als vorbehaltsfähige Krankheit. Bemerkungen zum Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 5. September 1990 (BGE 116 V 239 ff. = Erw. 3 und 4), in: *SZS* 1992, 65 ff.
- LONDIS, M. (2001) Das Verhältnis der Krankenversicherer zu den anderen Sozialversicherungen, in: *SZS* 2001, 132 ff.
- LUGINBÜHL, B. (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff.
- MATTHESIUS, R.-G. (1990) *Internationale Klassifikation der Schädigungen, Behinderungen und Beeinträchtigungen*, Berlin.
- MAURER, A. (1986) *Schweizerisches Privatversicherungsrecht. 2. A.*, Bern.
- MAURER, A. (1998) *Das neue Krankenversicherungsrecht*, Basel/Frankfurt a.M.
- MERCIER, J.-L. (2002) Le contrat d'assurance-maladie perte de salaire selon la LCA. Conclusion, modification et résiliation du contrat collectif, changement d'assureur et passage à l'assurance individuelle, in: *Colloques et Journées d'étude*, Lausanne, 781 ff.

- MEYER-BLASER, U. (2000) 1995-1999. Die Rechtsprechung von Eidgenössischem Versicherungsgericht und Bundesgericht zum BVG. Eine Sichtung der Ergebnisse (und einige Anmerkungen), in: *SZS* 2000, 291 ff.
- MOSER, M. (1993) BGE 118 V 35 ff. zur Auslegung von Art. 23 BVG. Pflicht einer Vorsorgeeinrichtung, für die revisionsrelevante Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit eines Teilrentenbezügers jedenfalls aufzukommen?, in: *SZS* 1993, 80 ff.
- MÜLLER, J. P. (1998) Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda, in: *Eingliederung vor Rente - Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 1 ff.
- MÜLLER, J. P. (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: *Die neue Bundesverfassung*. (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff.
- MURER, E. (1998) Ein "Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung?, in: *Eingliederung vor Rente - Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 17 ff.
- NEF, J. (2002) Beweisregeln im Versicherungsfall. Urteil 5C.11/2002 des Bundesgerichts vom 11.4.2002, in: *HAVE* 2002, 376 ff.
- OVERBECK, J. V. (2003) Genomanalyse und Versicherungen. Prinzipien der Risikoprüfung bei den privatrechtlich geregelten Lebensversicherungen, in: *DIGMA* 2003, 154 ff.
- PÄRLI, K. (1998) Analyse der wichtigsten Problembereiche, Verbesserungsvorschläge, in: *CHSS* 1998, 70 ff.
- PÄRLI, K. (2003) *Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung. Probleme der Bearbeitung von Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer bei der Begründung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses*, Diss. St. Gallen.

- PFUND, P. (2002) Verletzung der Anzeigepflicht - keine unnötigen Härten für den Versicherten, in: *HAVE* 2002, 61 f.
- RIEMER, H. M. (1998) Berührungspunkte zwischen BVG (einschliesslich überobligatorischer Bereich) und VVG, in: *SZS* 1998, 342 ff.
- RUF, J. (2002) Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Versicherungsverbandes zum Expertenentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: *HAVE* 2002, 226 ff.
- SCHAER, R. (2000) Anforderungen der Assekuranz an ein künftiges Versicherungsvertragsrecht, in: *Versicherungsrecht in Europa - Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Basel, 31 ff.
- SCHAER, R. (2002) "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung. Ein "kränkelndes" Urteil des Bundesgerichtes vom 19.10.2000 (BGE 127 III 21 ff.), in: *HAVE* 2002, 295 ff.
- SCHNYDER, A. K. (2002a) Revision des Versicherungsvertragsgesetzes, in: *Strassenverkehrsrechts-Tagung 2002*, Freiburg i.Ü. Nr. 1.
- SCHNYDER, A. K. (2002b) VVG-Revision ante portas?, in: *HAVE* 2002, 60.
- SCHUHMACHER, R. (2004) Acht Thesen zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), insbesondere zum Vertragsabschluss und der Anzeigepflicht, in: *Retouchen oder Reformen. Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich der Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand* (Eds. Weber, S. und Fuhrer, S.), Zürich, 157 ff.
- SIMON, J., KNOEPFFLER, N., ET AL. (2001) *Gendiagnostik und Versicherung. Die internationale Lage im Vergleich*, Baden-Baden.

- STAUFFER, H.-U. (2002) Sind Gesundheitsvorbehalte in der beruflichen Vorsorge zulässig?, in: *Berufliche Vorsorge 2002. Probleme, Lösungen, Perspektiven. Referate der Tagung vom 22. Mai 2002 in Luzern* (Eds. Schaffhauser, R. und Stauffer, H.-U.), St. Gallen, 53 ff.
- STEIN, P. (2000) Kommentar zum Versicherungs-Vertrag, in: *plädoyer* 2000/4, 26 ff.
- STÜRMER, W., WENDLAND, D., ET AL. (2000) *Veränderungen im Bereich der Zusatzversicherung aufgrund des KVG. Beiträge zur sozialen Sicherheit Nr. 4/00*, Bern.
- TAUPITZ, J. (2000) *Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht*, Karlsruhe.
- TAUPITZ, J. (2001) Die Biomedizin-Konvention und das Verbot der Verwendung genetischer Informationen für Versicherungszwecke, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik. Bd. 6*, Berlin/New York, 123 ff.
- WALTER, H. P. (2003) Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haftpflicht- und Versicherungsrecht, in: *Tagungsbeiträge / Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003*, St. Gallen, 49 ff.
- WERRO, F./HAHN, A.-C. (2003) La révision de la loi sur le contrat d'assurance: quelques problèmes choisis, in: *HAVE* 2003, 91 ff.