

St  
r  
t

# recht und schaden

Unabhängige Zeitschrift für  
Versicherungsrecht und Schadenersatz

## Schriftleitung:

Prof. Dr. Johannes Wälder  
RA Dr. Ulf Hoenicke  
RA Hermann Lemcke, VRiOLG a.D.  
Prof. Dr. Karl Maier  
RAin Monika Maria Risch  
Prof. Dr. Peter Schimlkowski  
RA Wilfried Terno, VRiBGH a.D.

In Zusammenarbeit  
mit der Arbeitsgemeinschaft  
Versicherungsrecht im  
Deutschen Anwaltverein

## Aufsätze:

- Burkhard Lensing, Die Kosten des Rechtsschutzmandates – die rechtsschutzversicherte Partei und ihr materieller Anspruch auf Erstattung der Rechtsverfolgungskosten 157
- Kai-Jochen Neuhaus, Nichts ist von Dauer – der neue Grundsatz der individuellen Prognose der Berufsunfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung 162

## Aus der Rechtsprechung:

- BGH, Kürzung der VersLeistung auf null bei absoluter Fahruntüchtigkeit in der K-Haftpflichtvers. 166
- OLG Oldenburg, HaftpflichtversSchutz für Stalking? (m. Anm. v. P. Schimikowski) 171
- LG Berlin und OLG Karlsruhe, VersFall in der Rechtsschutzvers. (m. Anm. v. K. Maier) 175
- OLG Köln, Notwendige Mehrkosten infolge behördlicher Auflagen in der Sachvers.; Abfindungsvergleich 178
- OLG Karlsruhe, Überschwemmung in der Elementargefahrenvers. – hier: Aufstauen von Niederschlagswasser in einem Lichtschacht (m. Rspr.-Übersicht) 179
- OLG Saarbrücken, Verweigerung der vom Krankentagegeldverslcherer verlangten ärztlichen Untersuchung auf anwaltlichen Rat 189
- LG Göttingen, OLG Braunschweig, OLG Hamm, Inhalt der ärztlichen Invaliditätsfeststellung in der Unfallvers. (m. Rspr.-Übersicht) 194,195
- BGH, Erlaubte Einziehung einer an ein Mietwagenunternehmen abgetretenen Ersatzforderung 201

Die Kosten für das Rechtsschutzmandat gehören zu den ersatzfähigen Rechtsverfolgungskosten, soweit der Geschädigte aus seiner Sicht diese zur Wahrnehmung seiner Rechte für erforderlich und zweckmäßig halten durfte. Nur ausnahmsweise entfällt eine Ersatzpflicht bei überdurchschnittlich rechtskundigen und geschäftlich gewandten Geschädigten. Der Anspruch ist der Höhe nach auf diejenigen Kosten beschränkt, welche auf der Verfolgung begründeter Ansprüche in der Hauptsache beruhen. Rechtsverfolgungskosten wegen übersetzter oder unbegründeter Ansprüche vermag der Geschädigte nicht abzuwälzen. Weitere Einschränkungen unter Schutzzweckgesichtspunkten sind nicht geboten.

Der zögerliche Umgang der Rechtsprechung mit dieser Schadenersatzposition scheint auf der Furcht vor einer Gebührenschneiderei seitens der Anwälte zu beruhen. Diese Furcht

ist unbegründet. Im Einzelfall mag ein einfaches Schreiben an die Rechtsschutzversicherung ausreichen, um Rechtsschutz zu erhalten und für die Dauer der Schadenregulierung zu behalten. Der Regelfall ist dies nicht. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer weiß schlichtweg nicht, was er tun muss, um Versicherungsschutz zu er- und behalten. Die Obliegenheiten in der Rechtsschutzversicherung verlangen ihm weitreichende Kenntnisse des Kostenrechts ab, über die er nicht verfügt. Ihm mittelbar die anwaltliche Hilfe durch die Ablehnung der Kostenerstattung zu versagen, heißt ihm den Zugang zum Recht unbotmäßig zu erschweren. Der rechtsschutzversicherte Geschädigte stünde sich schlechter als der bedürftige Geschädigte mit Anspruch auf Prozesskostenhilfe. Dies kann vom Schadenersatzrecht nicht gewollt sein. ■

Rechtsanwalt Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund\*

## Nichts ist von Dauer – der neue Grundsatz der individuellen Prognose der Berufsunfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung

### Gliederung:

1. Überblick
2. Berufsunfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung
3. „Auf nicht absehbare Zeit“: Dauer der Prognose
4. Beginn des Prognosezeitraums
5. Beurteilungsgrundlagen der Prognose
6. Prognose erweist sich nachträglich als falsch
7. Praxishinweise
  - 7.1 Benennung von Bemessungs-Parametern
  - 7.2 Bestimmung von Zeit-Parametern
  - 7.3 Textvorschlag Beauftragung eines Sachverständigen
8. Zusammenfassung

### 1. Überblick

Der BGH hat sich in einer bislang noch relativ unbeachteten Entscheidung vom 30. 6. 2010<sup>1</sup> mit der Frage beschäftigt, wann die Beendigung einer Krankentagegeldversicherung wegen Eintritts von Berufsunfähigkeit in zeitlicher Hinsicht erfolgt. Konkret ging es um § 15 b MB/KT und das dortige Tatbestandsmerkmal der Berufsunfähigkeit „auf nicht absehbare Zeit“. Dies stellt die sog. Prognose dar und dient der Abgrenzung zur nicht dauerhaften, also zeitlich begrenzten Arbeitsunfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung. Die Entscheidung des BGH widerspricht zu mehreren Einzelfragen einem Großteil der bisherigen Rechtsprechung und Literatur und wird daher wahrscheinlich zu einer Änderung der zum Teil sogar als gefestigt zu bezeichnenden Spruchpraxis an vielen Instanzgerichten führen. Erste Oberlandesgerichte folgen bereits der neuen Rechtsprechung<sup>2</sup>. Der Beitrag arbeitet die wesentlichen Neuerungen sowie die Auswirkungen auf die Leistungsprüfung der Versicherer und die Beweisaufnahme in Rechtsstreitigkeiten heraus und schließt mit Bearbeitungsempfehlungen einschließlich eines Textvorschlags zur Gutachterbeauftragung.

### 2. Berufsunfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung

Nach § 15 b MB/KT führt der Eintritt von Berufsunfähigkeit beim Versicherten zu einer Beendigung der Krankentagegeldversicherung. Die Regelung lautet auszugsweise:

„§ 15 Sonstige Beendigungsgründe

*Das Versicherungsverhältnis endet hinsichtlich der betroffenen versicherten Personen*

... b) mit Eintritt der Berufsunfähigkeit. Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person nach medizinischem Befund im bisher ausgeübten Beruf auf nicht absehbare Zeit mehr als 50% erwerbsunfähig ist. ...“

Der Wortlaut der Klausel ist trotz diverser kritischer Rechtsprechung (dazu nachfolgend) seit Jahrzehnten nicht wesentlich modifiziert worden, so dass die heutigen Bedingungenwerke in der Regel keine Abweichungen zu solchen aus der Zeit vor der Deregulierung (1994) enthalten (vgl. MB/KT 2009).

Hintergrund der Regelung in § 15 b MB/KT ist, dass nach § 1 Abs. 1 MB/KT Zweck des Krankentagegeldes der Erhalt von Leistungen bei Verdienstausschlag als Folge von Krankheiten oder Unfällen ist, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird. § 1 Abs. 3 MB/KT bestimmt, dass Arbeitsunfähigkeit nur dann vorliegt, wenn der VN seine Tätigkeit vorübergehend nicht ausüben kann. Nicht versichert ist das Risiko des Einkommensausfalls wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit. Nach § 15 b MB/KT endet deshalb das Versicherungsverhältnis mit Eintritt der Berufsunfähigkeit. Hingegen ist Zweck einer Berufsunfähigkeitsversicherung die Absicherung des Risikos, dass der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen seinen Beruf auf Dauer nicht mehr ausüben kann<sup>3</sup>.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die in § 15 b MB/KT vorgesehene endgültige und ersatzlose Beendigung des Versicherungsvertrages beim Eintritt von Berufsunfähigkeit zu einer unangemessenen Benachteiligung des Versicherungsnehmers und damit zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB führt, der BGH jedoch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dazu kommt, dass – vereinfacht gesagt – die Versicherung nur

\* Der Autor ist Partner in der Kanzlei Kloth & Neuhaus Rechtsanwälte und Fachanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht.

- 1 BGH, Urt. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513.
- 2 OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76; OLG Köln, Urt. v. 3. 6. 2011 – 20 U 114/09.
- 3 Je nach Bedingungenwerk wird dort die Dauerhaftigkeit auch definiert, bspw. mindestens drei Jahre.



ruht und die Leistungspflicht des Versicherers für den Zeitraum erlischt, in dem der Zustand anhält, der an sich zur Vertragsbeendigung führen sollte<sup>4</sup>. Hintergrund ist, dass das Ende der Versicherung es einem Krankentagegeldversicherten, der zwar im Sinne der Definition des § 15 b MB/KT, aber dennoch nur für einen begrenzten Zeitraum berufs unfähig wird, in der Regel unmöglich machen würde, wieder zu angemessenen Bedingungen Krankentagegeldschutz zu erlangen.

### 3. „Auf nicht absehbare Zeit“: Dauer der Prognose

§ 15 b MB/KT verlangt, dass der Versicherte „auf nicht absehbare Zeit“ erwerbs unfähig ist. Dies ist die sog. Prognose. Eine Erwerbs unfähigkeit auf nicht absehbare Zeit besteht dann, wenn nach aller Erfahrung trotz Einsatzes aller medizinischen Mittel mit der Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit überhaupt nicht zu rechnen ist oder sich jedenfalls aufgrund der relativ geringen Heilungschancen nicht absehen lässt, ob der Versicherte jemals wieder erwerbsfähig sein wird<sup>5</sup>. Das ist bspw. auch dann der Fall, wenn sich der Versicherungsnehmer einer notwendigen Operation nicht unterziehen will, weil sie gesundheitliche Risiken für ihn birgt<sup>6</sup>. Solange nicht feststeht, dass ein Versicherungsnehmer eine seine Arbeits unfähigkeit behebende Operation nicht durchführen wird, kann eine Prognose dauerhafter Berufs unfähigkeit nicht gestellt werden<sup>7</sup>.

Von der bis zum Jahr 2010 h. M. in Rechtsprechung und Literatur wurde die „nicht absehbare Zeit“ so definiert, dass ein Zeitraum von in der Regel drei Jahren erforderlich war<sup>8</sup>. Danach war jedenfalls nicht darauf abzustellen, ob – entsprechend bspw. der Fiktion des § 2 Abs. 2 BUZ – binnen sechs Monaten mit der Wiedereingliederung in das Berufsleben zu rechnen ist<sup>9</sup>. Eine nähere Begründung des Drei-Jahres-Zeitraums erfolgte in den zitierten Entscheidungen grundsätzlich nicht. Teilweise wird vermutet, dass die Befürworter des Drei-Jahres-Zeitraums an die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts angeknüpft haben, wonach Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nur auf Zeit und längstens für drei Jahre von der Bewilligung an zu gewähren sind, wenn begründete Aussicht besteht, dass die Minderung der Erwerbsfähigkeit in absehbarer Zeit behoben sein kann<sup>10</sup>.

Nach der Gegenansicht durfte das Merkmal „auf nicht absehbare Zeit“ durch Zugrundelegung einer bestimmten Zeitdauer nicht konkretisiert werden, sondern sollte individuell bestimmt werden<sup>11</sup>. Dieser Auffassung hat sich der BGH angeschlossen und argumentiert, dass sich (irgend)eine Grenze – etwa von drei Jahren – dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Krankentagegeld-Versicherungsbedingungen nicht entnehmen lasse und daher der Prognose nicht zugrunde gelegt werden könne; vielmehr sei die Prognose nur auf den jeweiligen Einzelfall bezogen zu stellen, weil sie abhängig von individuellen Umständen sei (bspw. Alter des Versicherten, Art und Schwere seiner Erkrankung und den Anforderungen der von ihm zuletzt ausgeübten Tätigkeit)<sup>12</sup>.

Die Drei-Jahres-Grenze dürfte damit in der Praxis gefallen sein. Dies bedeutet, dass der erforderliche Berufs unfähigkeitszeitraum abhängig vom Einzelfall länger oder kürzer als drei Jahre sein kann. Es gilt der Grundsatz der individuellen Prognose.

### 4. Beginn des Prognosezeitraums

Nach der Richtung weisenden Entscheidung des BGH ist die Prognose – ggf. rückschauend – für den Zeitpunkt zu stellen, für den der Versicherer das Ende seiner Leistungspflicht be-

hauptet<sup>13</sup> (Stichtagsregelung). Dieser Zeitpunkt liegt in der Praxis meistens in der Vergangenheit. Ein Rückwirkungsverbot gibt es damit nicht. Ob die Berufs unfähigkeit aufgrund nachträglicher medizinischer Begutachtung und Bewertung rückwirkend für einen früheren Zeitraum festgestellt werden und damit die Prognose nachträglich gestellt werden kann, war bis dahin streitig<sup>14</sup>. Das Abstellen auf den vom Versicherer behaupteten Zeitpunkt folgt daraus, dass sich die Prognose „vorübergehend“ in § 1 Abs. 3 MB/KT und die Prognose „auf nicht absehbare Zeit“ spiegelbildlich zueinander verhalten<sup>15</sup>. Es ist also – bildlich gesprochen – ggf. in die Vergangenheit zu blicken und von dort aus die Prognose für die Zukunft zu treffen. Dies kann auch bedeuten, dass diese „Zukunft“ zum Zeitpunkt des Rückblicks bereits in der Vergangenheit liegt.

Man muss nicht die Einsteinsche Relativitätstheorie verstanden haben, um die vorgenannte „Zeitreise“ durchzuführen, da die vom BGH bestätigte Handhabung relativ klar ist: der medizinische Sachverständige (und nur um diesen geht es in der Praxis, da die Prognose zunächst eine rein medizinische Feststellung ist), hat sich in den behaupteten Zeitpunkt des Beginn der Berufs unfähigkeit „hineinzusetzen“ und „von dort aus“ sämtliche vorhandenen Unterlagen und Befunde (dazu nachfolgend) auszuwerten. Dabei darf er als Indizien

- 4 BGH, Urt. v. 9. 3. 2011 – IV ZR 137/10; BGH v. 26. 2. 1992 – IV ZR 339/90, VersR 1992, 479; ausführlich dazu Voit/Neuhaus, Berufs unfähigkeitsvers., 2. Aufl., A Rn. 35.
- 5 OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76; OLG Zweibrücken, VersR 1991, 292; Voit in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 15 MB/KT 2009 Rn. 24; Tschersich in Beckmann/Matusche-Beckmann, VersRechts-Handbuch, 2. Aufl., § 45 Rn. 41.
- 6 OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76; OLG Köln, Urt. v. 16. 6. 1994 – 5 U 196/93, r+s 1994, 432 = VersR 1995, 284.
- 7 OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76.
- 8 OLG Hamm, Urt. v. 11. 12. 1996 – 20 U 134/96, VersR 1997, 1087; OLG Hamm v. 25. 1. 1995 – 20 U 252/94, VersR 1995, 1039; OLG Köln, Urt. v. 16. 6. 1994 – 5 U 196/93, VersR 1995, 284; OLG Hamm v. 11. 2. 1994 – 20 U 151/93, VersR 1995, 84 zur KTG; OLG Koblenz, Urt. v. 17. 9. 1993 – 10 U 1355/92, r+s 1993, 473; OLG Hamm, r+s 1988, 90 zur KTG; LG Nürnberg-Fürth, Zwischenurt. v. 12. 2. 2009 – 8 O 5764/08; Lücke in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 2 BU Rn. 12; Voit/Neuhaus, Berufs unfähigkeitsvers., 2. Aufl., A Rn. 36; Benkel/Hirschberg, ALB und BUZ Kommentar, 2. Aufl., § 2 BUZ 2008 Rn. 51, 55.
- 9 BGH, Urt. v. 11. 10. 2006 – IV ZR 66/05, r+s 2007, 31 = VersR 2007, 383.
- 10 Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenvers., 4. Aufl., § 15 MB/KT Rn. 28.
- 11 Voit in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 15 MB/KT 2009 Rn. 25; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenvers., 4. Aufl., § 15 MB/KT Rn. 28.
- 12 BGH, Urt. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; ebenso jetzt OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76 und OLG Köln, Urt. v. 3. 6. 2011 – 20 U 114/09.
- 13 BGH, Urt. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; daran anschließend OLG Saarbrücken, Urt. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76.
- 14 Wie BGH, Urt. v. 30. 6. 2010 aaO: OLG Koblenz, Urt. v. 7. 3. 2008 – 10 U 618/07, VersR 2009, 104; LG Koblenz, Urt. v. 18. 2. 2010 – 16 O 274/07; LG Hannover, Urt. v. 26. 7. 1990 – 19 O 316/89, VersR 1991, 801; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 4. Aufl., § 15 MB/KT Rn. 27 f.; Rixecker, zfs 2010, 517; Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2; Baroch-Castellvi, VersR 1996, 673. A. A. OLG Karlsruhe, Urt. v. 13. 11. 2003 – 12 U 73/03, VersR 2004, 230 (mit umfangreichen Ausführungen); OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 1. 1998 – 4 U 207/96, VersR 1999, 354; OLG Hamburg, Urt. v. 23. 12. 1993 – 11 U 171/93, r+s 1994, 110; OLG Oldenburg, Urt. v. 20. 5. 1992 – 2 U 36/92, r+s 1992, 246; OLG Hamm, Urt. v. 11. 12. 1991 – 20 U 175/91, VersR 1993, 600; OLG Hamm, Urt. v. 5. 7. 1991 – 20 U 310/90, VersR 1992, 346; Voit in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 15 MB/KT 2009, Rn. 28; Tschersich in Beckmann/Matusche-Beckmann, VersRechts-Handbuch, 2. Aufl., § 45 Rn. 45; Schubach in Münchener Anwaltshandbuch VersRecht, 2. Aufl., § 23 Rn. 362. Offen gelassen von OLG Köln, Urt. v. 3. 6. 2011 – 20 U 114/09.
- 15 BGH, Urt. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; LG Koblenz, Urt. v. 18. 2. 2010 – 16 O 274/07.



auch nach diesem Zeitpunkt erstellte Unterlagen (Arztberichte etc.) berücksichtigen und auch den aktuellen Gesundheitszustand des Versicherten, allerdings zwingend nur mit Blick auf die historische Entwicklung. Damit ist folgendes gemeint: Ob der Versicherte beispielsweise bei einem behaupteten Eintritt der Berufsunfähigkeit zum 30. 10. 2008 im Sommer 2012 bei einer aktuellen Untersuchung durch den Sachverständigen wieder „gesünder“ oder geheilt ist, darf nicht zur sofortigen Negierung der Prognose führen; vielmehr muss auf den Stichtag 30. 10. 2008 abgestellt werden und von dort aus die Entwicklung des Gesundheitszustandes betrachtet werden. Die künftige Entwicklung (die dem Sachverständigen bei der Untersuchung präsent ist) darf nur ein Indiz darstellen, wenn sie zum Stichtag bereits erkennbar war. Dies hat der Sachverständige zu begründen. Da es zum einen menschlich ist, bei einem Versicherten, dessen Gesundheitszustand sich gebessert hat, rückwirkend eine Berufsunfähigkeit eher zu verneinen und deren Definition einschließlich der Prognose mit Stichtagsregelung eine komplizierte juristische Problematik darstellt, die ein Mediziner nicht kennen muss, hat das Gericht im Rechtsstreit einen Sachverständigen ausführlich darüber zu informieren. Dies wird in der Regel bereits im Beweisbeschluss erfolgen müssen, da sonst verfälschte Ergebnisse absehbar sind.

Der BGH spricht davon, dass der Versicherer den Eintritt der Berufsunfähigkeit „behaupten“ muss. Das würde eine ausdrückliche Willensäußerung voraussetzen. Nach § 15 b MB/KT ist hingegen der „Eintritt“ der Berufsunfähigkeit maßgeblich. Im Normalfall kann dies nicht zu Problemen führen. Einen Sonderfall hat das OLG Köln behandelt, wo sich die Berufsunfähigkeit erst aus einem gerichtlich eingeholten Gutachten für einen späteren als den vom Versicherer ursprünglich behaupteten Zeitpunkt, aber für einen Zeitpunkt vor Erstellung des Gutachtens ergab. Hier soll die Beendigung (also der bedingungsgemäße Eintritt der Berufsunfähigkeit) erst ab Vorliegen des Befundes für die Zukunft und nicht rückwirkend angenommen werden<sup>16</sup>.

## 5. Beurteilungsgrundlagen der Prognose

Der BGH hat auch die bis dahin umstrittene Frage entschieden, welche Information für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit verwendet werden dürfen<sup>17</sup>. Zum Teil wurde für die sachverständige Beurteilung bedingungsgemäßer Berufsunfähigkeit die Vorlage einer konkreten ärztlichen Feststellung verlangt, aus der sich die Berufsunfähigkeit mit Wirkung für die Zukunft ergibt<sup>18</sup>, während nach a. A. die „medizinischen Befunde“ – d. h. alle ärztlichen Berichte und sonstigen Untersuchungsergebnisse – heranzuziehen und auszuwerten sind, die der darlegungs- und beweisbelastete Versicherer für die maßgeblichen Zeitpunkte vorlegen kann<sup>19</sup>. Ausführungen über die Minderung der Erwerbsfähigkeit oder deren Dauerhaftigkeit sind danach nicht erforderlich.

Nach der ersten Meinung wäre damit bspw. ein Bescheid des Rentenversicherers, durch den eine beantragte Kur mit der Begründung abgelehnt wird, dass eine Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit nicht zu erwarten sei, kein medizinischer Befund<sup>20</sup>. Der BGH ist der zweiten Auffassung gefolgt<sup>21</sup>. Dabei ist es unerheblich, wann und zu welchem Zweck die medizinischen Befunde erhoben wurden; auch müssen sie keine – ausdrückliche oder wenigstens stillschweigende – ärztliche Feststellung der Berufsunfähigkeit enthalten<sup>22</sup>. Damit ist grundsätzlich jeder ärztliche Bericht, Untersuchungsbericht sowie jede Unterlage, die auf einer medizinischen Grundlage basiert, potentiell geeignet, einen „medizinischen Befund“ i. S. d. § 15 b MB/KT darzustellen. Es ist

auch nicht erforderlich, dass der Befund (auch) der Feststellung einer Berufsunfähigkeit diene<sup>23</sup>.

Da es eines ärztlichen Berichts mit einer konkreten Aussage zur Berufsunfähigkeit nicht bedarf, kann allein aus dem Fehlen einer solchen Unterlagen auch keine prozessuale Unschlüssigkeit des Versicherer-Vortrags zur Berufsunfähigkeit folgen<sup>24</sup>. Es ist nicht ersichtlich, warum der Vortrag des Versicherers unsubstantiiert sein soll, wenn dieser dezidiert zum Krankheitsbild der versicherten Person vorträgt und dadurch die prozessualen Voraussetzungen einer Begutachtung – und damit ggf. einen i. S. d. § 15 b MB/KT erforderlichen „medizinischen Befund“ – schafft<sup>25</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer keine entsprechende Unterlagen vorlegt. Im Einzelfall prozessual ausreichend kann es daher sein, dass sich der Versicherer im Rahmen der Einwendung, dass Berufsunfähigkeit besteht, auf diejenigen Unterlagen bezieht, die die versicherte Person im Rechtsstreit als ärztliche Unterlagen zum Nachweis der behaupteten Arbeitsunfähigkeit vorlegt<sup>26</sup>. Der Versicherer ist also nicht (mehr) gezwungen, „eigene“ Unterlagen, etwa ein von ihm eingeholtes Gutachten, vorzulegen.

## 6. Prognose erweist sich nachträglich als falsch

Stellt sich nachträglich heraus, dass die Prognose der Berufsunfähigkeit falsch war (die versicherte Person arbeitet bspw. wieder), bleibt dies unberücksichtigt, weil es dem Wesen einer – rückschauend auf ihre Richtigkeit überprüften – Prognoseentscheidung widerspricht, die Entwicklung nach dem entscheidenden Stichtag und damit einen späteren Erkenntnisstand in die Bewertung einzubeziehen<sup>27</sup>. Auch in diesem vorher streitigen Punkt hat sich der BGH damit klar positioniert. Nach a. A. ist bei einer sich nachträglich als falsch erweisenden Prognose zu keinem Zeitpunkt Berufsunfähigkeit eingetreten<sup>28</sup>.

16 OLG Köln, Ur. v. 3. 6. 2011 – 20 U 114/09.

17 Ausführlich zum Streitstand Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2.

18 OLG Düsseldorf, Ur. v. 13. 1. 1998 – 4 U 207/96, VersR 1999, 354; OLG Hamm, Ur. v. 11. 12. 1996 – 20 U 134/96, VersR 1997, 1087; OLG Hamm, Ur. v. 11. 12. 1991 – 20 U 175/91, VersR 1993, 600; OLG Hamm, Ur. v. 23. 1. 1991 – 20 U 194/90, r+s 1991, 352 = VersR 1992, 225; OLG Oldenburg, Ur. v. 31. 5. 1995 – 2 U 76/95, VersR 1996, 617; Tschersich in Beckmann/Matusche-Beckmann, VersRechts-Handbuch, 2. Aufl., § 45 Rn. 44 f.

19 OLG Frankfurt, Ur. v. 9. 12. 2009 – 7 U 117/07, VersR 2010, 475; OLG Düsseldorf, Ur. v. 13. 1. 1998 – 4 U 207/96, VersR 1999, 354; LG Düsseldorf, Ur. v. 16. 7. 2010 – 20 S 32/10, VersR 2010, 1585.

20 So OLG Hamm, Ur. v. 23. 1. 1991 – 20 U 194/90, r+s 1991, 352 = VersR 1992, 225.

21 BGH, Ur. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; ebenso OLG Saarbrücken, Ur. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76; OLG Köln, Ur. v. 3. 6. 2011 – 20 U 114/09.

22 BGH, Ur. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; OLG Saarbrücken, Ur. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76.

23 LG Düsseldorf, Ur. v. 16. 7. 2010 – 20 S 32/10, VersR 2010, 1585.

24 So aber im Ergebnis die bei den Oberlandesgerichten bisher wohl überwiegende Meinung, vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 13. 1. 1998 – 4 U 207/96, VersR 1999, 354; OLG Hamm, Ur. v. 11. 12. 1996 – 20 U 134/96, VersR 1997, 1087 etc.

25 Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2.

26 Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2.

27 BGH, Ur. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09, r+s 2010, 381 = VK 2010, 173 = zfs 2010, 513; OLG Saarbrücken, Ur. v. 29. 6. 2011 – 5 U 297/09-76 (ohne nähere Begründung); KG Berlin, Ur. v. 8. 4. 1988 – 6 U 5322/87, VersR 1988, 1290; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenvers., 4. Aufl., § 15 MB/KT Rn. 24; Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2.

28 OLG Köln, Ur. v. 23. 6. 1994 – 5 U 133/93, VersR 1995, 285; OLG Hamm, Ur. v. 23. 1. 1991 – 20 U 194/90, r+s 1991, 352 = VersR 1992, 225; Schubach in Münchener Anwaltshandbuch VersRecht, 2. Aufl., § 23 Rn. 362.



Die Meinung des BGH ist nicht nur folgerichtig, weil sie an den – ggf. rückschauend zu betrachtenden – Stichtag anknüpft, sondern auch aus Gründen der Rechtssicherheit sachgerecht und begrifflich zwingend. Denn eine Prognose ist zwangsläufig immer mit Unsicherheiten verbunden, weshalb bei einer medizinischen Prognose der weitere Krankheitsverlauf nicht mehr berücksichtigt werden kann und zwar auch nicht als Indiz<sup>29</sup>.

Dies alles bedeutet nicht, dass die Berufsunfähigkeit nicht enden kann, sondern lediglich, dass sie nicht rückwirkend entfällt mit der Folge, dass der Krankentagegeldversicherer sich nicht mehr auf § 15 MB/KT berufen könnte. Folge ist dann beispielsweise, dass im Gerichtsverfahren für die Überprüfung der Prognose nicht auf die letzte mündliche Verhandlung abzustellen ist; stellt sich dort heraus, dass keine Berufsunfähigkeit mehr besteht, bleibt dennoch die ursprüngliche Prognose (wenn sie denn rückschauend zutreffend war) bestehen<sup>30</sup>.

## 7. Praxishinweise

### 7.1. Benennung von Bemessungs-Parametern

Leider enthält die BGH-Entscheidung vom 30. 6. 2010 keine Hinweise, wie beispielsweise Gerichte bei Beweisbeschlüssen und auch Versicherer bei Untersuchungsaufträgen im Rahmen der Leistungsprüfung mit der individuellen Prognose umgehen müssen. Das Problem liegt darin, dass ein beauftragter medizinischer Sachverständiger aufgrund seiner im Normalfall wohl fehlenden Kenntnis der Rechtsprechung gar nicht wissen kann, welche Kriterien er zugrunde legen soll. Ohne erläuternde Hinweise wird er also – was menschlich ist – entweder gewohnheitsmäßig den Drei-Jahres-Zeitraum anwenden oder möglicherweise ohne genauere zeitliche Grenze argumentieren, was dann derjenige, den das Gutachten benachteiligt, angreifen wird. Dies wiederum kann zu langen Verzögerungen und höheren Kosten führen.

Die frühere Drei-Jahres-Grenze hatte zumindest den großen praktischen Vorteil einer klaren „Zielgerade“, wengleich die Einzelfallgerechtigkeit durchaus darunter gelitten haben kann. Nunmehr muss der Sachverständige die Prognose individuell auf den Versicherten zuschneiden. Dabei besteht die Gefahr verfälschter Ergebnisse bei Versicherten, die versuchen, sich gesünder darzustellen, als sie sind, um weiter Krankentagegeld zu beziehen. Aus Praktikabilitätsgründen und zur Wahrung des prozessualen Gebots der Waffengleichheit ist es daher unumgänglich, die individuelle Prognose durch in der Praxis brauchbare Parameter zu begrenzen, da ansonsten zwar der Grundsatz der individuellen Prognose theoretisch besteht, praktisch aber für Sachverständige nicht erkennbar ist, wie sie ihm genügen sollen. Auch im Hinblick auf eine Überprüfbarkeit von Sachverständigengutachten und der Verminderung des Haftungsrisikos des Sachverständigen sind Parameter sinnvoll. Dies muss kein Widerspruch zum Grundsatz der individuellen Prognose sein, wenn der Sachverständige Spielraum behält. Es bieten sich vor allem folgende Kriterien an, die dem Sachverständigen vorgegeben werden sollten.

- Ausgangspunkt ist die zuletzt ausgeübte, konkrete Tätigkeit des Versicherten (diese muss vorab geklärt sein). Dem Sachverständigen muss klar sein, dass es nicht um (irgend)ein Berufsbild, sondern nur um das geht, was der Versicherte konkret gemacht hat.
- Alter: da die körperliche Leistungs- und Regenerationsfähigkeit mit zunehmendem Lebensalter abnimmt, könnte bei älteren Personen die „nicht absehbare“ Zeit i. S. des

Bedingungstextes kürzer als bei jüngeren Versicherten sein. Oder anders herum: bei Älteren ist schneller absehbar, dass sie nicht mehr in ihrem Beruf tätig sein können. Man kann die neue Rechtsprechung des BGH zu folgender grober Regel „herunter brechen“: Je näher das normale Ende des konkreten Berufslebens rückt, desto kürzer kann der erforderliche Prognosezeitraum sein. Je weiter das Ende entfernt ist, desto länger wird man ihn bemessen müssen. Natürlich kommt es immer auf den Einzelfall an.

#### Beispiele:

*Bei einem 64-jährigen Versicherten soll es sinnlos sein, eine Drei-Jahres-Prognose zu stellen, während bei einem 40-jährigen Versicherten eine Drei-Jahres-Prognose u. U. sogar zu kurz sein<sup>31</sup>.*

*Der Berufsfußballer, der mit 35 Jahren am Ende seines aktiven „Fußballerlebens“ steht und bei dem feststeht, dass seine Knieverletzung erst in ein bis zwei Jahren wieder einen Spieleinsatz erlaubt, ist (schon) als berufsunfähig anzusehen, während dies bei dem erst 20jährigen Fußballprofi anders sein kann<sup>32</sup>. Bei dem Jüngeren könnte also womöglich selbst eine Dauer von vier Jahren noch nicht zur Berufsunfähigkeit führen.*

- Angabe einer nicht zwingenden Obergrenze: Vertreten wird hierzu, dass die Wendung „auf absehbare Zeit“ sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn und Zweck durchaus auch eine zeitliche Obergrenze haben muss und mehr als fünf Jahre schwerlich noch „absehbar“ sein dürften, weshalb nichts dagegen spreche, einen Zeitraum von drei Jahren zukünftig als eine derartige Obergrenze anzuwenden und im Einzelfall – bei Vorliegen etwaiger individueller Faktoren – diesen Zeitraum abzukürzen<sup>33</sup>. Eine solche Obergrenze nach wie vor als unverbindlichen Orientierungspunkt anzunehmen (allerdings differenzierter, siehe nachfolgend), ist bereits deshalb richtig, weil bereits die Auslegung der AGB-Formulierung „nicht absehbar“ aus Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers schon nach dem Wortlaut eine Grenze zwischen „absehbar“ und „nicht absehbar“ nahelegt. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer geht davon aus, dass man zum einen nur zeitlich relativ begrenzt etwas prognostizieren kann, aber zum anderen bei Gesundheitsproblemen das Risiko der Chronifizierung mit zunehmendem Alter steigt, spiegelbildlich also die zeitliche Prognose einer Berufsunfähigkeit damit leichter wird.

### 7.2. Bestimmung von Zeit-Parametern

Das „alte“ Zeitfenster von drei Jahren hat nach meiner Auffassung ausgedient, da es für die Anforderungen des BGH an eine individuelle Prognose zu starr ist. Praktisch nützlicher ist die vorbeschriebene Anknüpfung an das Lebensalter wie folgt:

- Bis 30 Jahre: Prognose von fünf Jahren als Orientierung.
- 30 bis 55 Jahre: drei Jahre.
- 55 bis 65 Jahre: zwei Jahre.
- Ab 65 Jahre: ein Jahr.

<sup>29</sup> So aber (Indizwirkung) OLG Koblenz, Urt. v. 16. 10. 1998 – 10 U 967/97, NVersZ 1999, 475; OLG Zweibrücken, Urt. v. 26. 1. 1990 – 1 U 60/89, VersR 1991, 292; Voit in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 15 MB/KT 2009, Rn. 28, m. w. N.

<sup>30</sup> Ebenso bereits KG Berlin, Urt. v. 8. 4. 1988 – 6 U 5322/87, VersR 1988, 1290; a. A. bspw. OLG Hamm, Urt. v. 23. 1. 1991 – 20 U 194/90, r+s 1991, 352 = VersR 1992, 225.

<sup>31</sup> Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 4. Aufl., § 15 MB/KT Rn. 28.

<sup>32</sup> Marlow, VK 2011, 96, 98.

<sup>33</sup> Fuchs, jurisPR-VersR 9/2010 Anm. 2.

Die Verkürzung ist dadurch gerechtfertigt, dass – immer abhängig von Art und Schwere der Erkrankung – ab ca. 55 Jahre eine Rekonvaleszenz kontinuierlich immer länger dauern dürfte, so dass proportional auch der Prognosezeitraum verkürzt werden muss.

### 7.3. Textvorschlag Beauftragung eines Sachverständigen

Der folgende unverbindliche Mustervorschlag kann sowohl in eine Gutachterbeauftragung im Rahmen der Leistungsprüfung des Versicherers als auch in einen Beweisbeschluss eingearbeitet werden:

„Bitte erläutern Sie in dem Gutachten unbedingt, ob Berufsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit vorliegt (sog. Prognose). Dabei beachten Sie bitte folgende Vorgaben:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urt. v. 30. 6. 2010 – IV ZR 163/09) verbietet sich bei der Prüfung, ob Berufsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit vorliegt, eine feste zeitliche Grenze zugrunde zu legen. Vielmehr ist die Prognose nur auf den jeweiligen Einzelfall bezogen zu stellen, weil sie abhängig von individuellen Umständen ist (bspw. Alter des Versicherten, Art und Schwere seiner Erkrankung und den Anforderungen der von ihm zuletzt ausgeübten Tätigkeit). Ausgangspunkt Ihrer Untersuchung ist damit die konkrete, zuletzt ausgeübte Tätigkeit des zu Untersuchenden.

Als – unverbindliche – Orientierung kann bei einem Lebensalter bis 30 Jahre eine Prognosedauer von fünf Jahren, bei 30 bis 55 Jahre von drei Jahre, bei 55 bis 65 Jahre zwei Jahre und ab 60 Jahre ein Jahr angemessen sein. Sollten Sie diese Prognosedauern anwenden, erläutern Sie bitte, wa-

rum dies hier angemessen ist. Bitte erläutern Sie auch, auf welchen individuellen Umständen Ihre Einschätzung basiert.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Prognose – ggf. rückschauend – für den Zeitpunkt zu stellen, für den der Versicherer das Ende seiner Leistungspflicht behauptet hat (Stichtagsregelung). Bitte berücksichtigen Sie diesen Zeitpunkt als Ausgangspunkt der Prognose auch dann, wenn er in der Vergangenheit liegt. Die gesundheitliche Entwicklung seit dem Stichtag stellt nur ein Indiz dar; dies bedeutet, dass die Prognose von Berufsunfähigkeit nicht allein deshalb „automatisch“ entfällt, weil sich der Gesundheitszustand womöglich gebessert hat.“

### 8. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH vom 30. 6. 2010 klärt einige in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gehandhabte Problematiken. Der nun höchstrichterlich fixierte Grundsatz der individuellen Prognose zwingt diverse Gerichte, ihre bisherige Spruchpraxis zu überdenken. Für die praktische Handhabung empfiehlt sich eine Verortung der Prognose vor allem an den Parametern Alter des Versicherten und konkreter Gesundheitszustand mit gewissen pauschalen Lebensaltergrenzen als Orientierungspunkt. Die Stichtagsregelung (ggf. rückschauende Betrachtung des Prognosebeginns auf den Zeitpunkt des behaupteten Berufsunfähigkeitseintritts) schafft Klarheit, ist aber bei nur oberflächlicher Betrachtung womöglich verwirrend und damit fehleranfällig. Da ein medizinischer Sachverständiger dies alles nicht wissen muss, sind Versicherer und Gerichte gehalten, ihn umfassend zu informieren. ■

## Rechtsprechung

### Versicherungsvertragsgesetz

#### 1 Kürzung der VersLeistung auf null bei absoluter Fahruntüchtigkeit

VVG § 28 Abs. 2

Der Versicherer kann bei grob fahrlässiger Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit durch den VN in Ausnahmefällen die Leistung vollständig versagen (hier: Kürzung auf null bei absoluter Fahruntüchtigkeit). Dazubedarf es der Abwägung der Umstände des Einzelfalles (Fortführung von Senatsurt. vom 22. 5. 2011 – IV ZR 225/10, r+s 2011, 376 = VersR 2011, 1037).

BGH, Urt. vom 11. 1. 2012 – IV ZR 251/10 (LG Ingolstadt)

**Zum Sachverhalt:** [1] Der klagende Kfz-Haftpflichtversicherer nimmt seinen VN in Regress, nachdem er für ihn den anlässlich einer Trunkenheitsfahrt im Zustand absoluter Fahruntüchtigkeit entstandenen Schaden reguliert hatte.

[2] Dem VersVerhältnis liegen die AKB 2008 zu Grunde. Gemäß D.2.1 AKB 2008 darf das Fahrzeug nicht gefahren werden, wenn der Fahrer durch den Genuss alkoholischer Getränke nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Unter D.3.1 AKB 2008 ist geregelt: „Verletzten Sie vorsätzlich eine Ihrer in D.1 und D.2 geregelten Pflichten, haben Sie keinen VersSchutz. Verletzten Sie Ihre Pflichten grob

fahrlässig, sind wir berechtigt, unsere Leistung in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen. ...“

[3] Der Bkl. fuhr am 12. 4. 2009 gegen 17.15 Uhr mit seinem PKW, ohne an der Einmündung am Ende der von ihm befahrenen Straße nach rechts oder nach links abzubiegen, geradeaus und durchbrach die Grundstücksmauer des anliegenden Anwesens. Eine ihm um 18.27 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine mittlere Blutalkoholkonzentration von 2,10 Promille. Die Kl. verlangt Erstattung des von ihr ersetzten Gesamtschadens in Höhe von 4657,17 €. In diesem Betrag sind 702,04 € Kosten des vom Grundstückseigentümer beauftragten Gutachters enthalten, der den entstandenen Sachschaden mit 3479 € beziffert hat.

[4] Vor dem AG hat der Bkl. einen Teilbetrag von 1877,95 € anerkannt. Die weitere Zahlung hat er abgelehnt. Ihm könne keine vorsätzliche Trunkenheitsfahrt nachgewiesen werden und er habe wegen des Ausschlusses einer Leistungskürzung auf null bei § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG für den Schaden nur zur Hälfte einzustehen. Weiterhin sei die Bestimmung in D.3.1 AKB 2008 intransparent. Schließlich müsse er für die Sachverständigenkosten nicht aufkommen.

[5] Das AG hat den Bkl. zur Zahlung in Höhe der Klageforderung verurteilt. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner Revision verfolgt der Bkl. die Aufhebung des Berufungsurteils und Klageabweisung über den von ihm anerkannten Betrag hinaus.

**Aus den Gründen:** [6] Die Revision hat keinen Erfolg.

[7] I. Das Berufungsgericht [BG] hat eine Regresspflicht des Bkl. in voller Höhe angenommen. Es hat in seinem Verhalten einen derart schwerwiegenden Obliegenheitsver-