

# VersR

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

## Aus dem Inhalt

VersR 2018, 577–640

### Aufsätze

*Stoffregen, Tim*

Zeitlich und ursächlich zusammenhängende Rechtsschutzfälle

577

*Neuhaus, Kai-Jochen*

Arbeitsunfähigkeitsklauseln in der Berufsunfähigkeitsversicherung

587

*Kaulbach, Dettlef*

Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union – Rechtliche Auswirkungen im Versicherungsbereich

592

### Rechtsprechung

#### **OLG Oldenburg**

Unionsrechtliche Zulässigkeit einer territorialen Beschränkung des Versicherungsschutzes

605

#### **OLG Rostock**

Bindungswirkung eines Versäumnisurteils für den Deckungsprozess in der Forderungsausfallversicherung

608

#### **BGH**

Beweislastumkehr bei grob fahrlässiger Verletzung der Pflicht zur Überwachung eines Schwimmbadbetriebs durch die Badeaufsicht

614

#### **BGH**

Zulässigkeit der Verwendung des „generischen Maskulinum“ in Vordrucken und Formularen gegenüber einer Sparkassenkundin

619

#### **BGH**

Kein Anspruch des Mittäters eines Fahrzeugdiebstahls gegen den Versicherer des Halters bei Schädigung durch den anderen Täter

624

#### **BGH**

Einheitliche Einwilligung in Kontaktaufnahme über mehrere Werbekanäle ist zulässig

627

#### **EuGH**

Verstoß gegen EU-Recht durch Schiedsklausel in Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten

630

# 10

Versicherungsrecht

# Arbeitsunfähigkeitsklauseln in der Berufsunfähigkeitsversicherung

## – Zugleich Besprechung der AB-BUV-AU 17 (GDV) –

Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund\*

### I. Überblick und Ausgangsproblematik

Die Arbeitsunfähigkeitsversicherung wird hauptsächlich als *Ratenschutz- oder Restschuld-Arbeitsunfähigkeitsversicherung* am Markt angeboten. Ungefähr seit 2015 sind daneben in Berufsunfähigkeitsversicherungen *integrierte Arbeitsunfähigkeitsklauseln* am Markt populär(er) geworden, für die der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) schließlich auch *Musterbedingungen* aufgelegt hat („Allgemeine Bedingungen für die Berufsunfähigkeits-Versicherung mit zusätzlicher Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit“ – AB-BUV-AU 17). Es handelt sich dabei um eine in den „Rahmen“ der Berufsunfähigkeitsversicherung eingekleidete Arbeitsunfähigkeitsversicherung als zusätzliche Leistung. Der Beitrag stellt die Kernregelungen der neuen Musterbedingungen zu diesen *kombinierten Versicherungen* vor und untersucht rechtliche Problematiken wie beispielsweise die Auswirkungen des Versicherungsfalls der Arbeitsunfähigkeit auf den Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit. Dabei werden Parallelen zu der Rechtsprechung gezogen, die zur „klassischen“ Ratenschutz- oder Restschuld-Arbeitsunfähigkeitsversicherung ergangen ist.

### II. Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsversicherung

Für die Arbeitsunfähigkeitsversicherung existiert – anders als für die Berufsunfähigkeitsversicherung in den §§ 172 bis 174 VVG<sup>1</sup> – kein gesetzliches Leitbild. Sie wird in der Praxis meistens im Zusammenhang mit kreditfinanzierten Geschäften wie Pkw- oder Immobilienkäufen abgeschlossen. Abgesichert wird dort regelmäßig das Todesfallrisiko mit monatlich gleichmäßig fallender Versicherungssumme in Höhe des Gesamtkreditvertrags nebst Arbeitsunfähigkeits(zusatz)versicherung, nicht aber ein allgemeines Bonitätsrisiko.<sup>2</sup> Diese Art der Arbeitsunfähigkeits(zusatz)versicherung bezweckt also auch, bei Arbeitsunfähigkeit die noch ausstehende Restforderung des Vertragspartners abzusichern.

Diesen Zweck hat die mit der Berufsunfähigkeitsversicherung kombinierte Arbeitsunfähigkeitsversicherung ersichtlich nicht. Bei ihr geht es „nur“ um die Absicherung des *Verdienstausrisikos aus einem Arbeitsverhältnis*, weshalb diese Versicherung der Krankentagegeldversicherung nahesteht. Gem. § 192 Abs. 5 VVG ist der Versicherer bei einer Krankentagegeldversicherung verpflichtet, den als Folge von Krankheit oder Unfall durch Arbeitsunfähigkeit verursachten Verdienstausrisikos durch das vereinbarte Krankentagegeld zu ersetzen. Die Zweckbestimmung des Krankentagegeldes liegt darin, die dem VN durch den Ausfall seiner Arbeitskraft entstandenen Verdiensteinbußen auszugleichen.<sup>3</sup> Die Krankentagegeldversicherung ist daher eine „reine“ Verdienstausrisikoversicherung. Diese Zielrichtung ist bei der Arbeitsunfähigkeitsversicherung identisch.<sup>4</sup>

### III. Abgrenzung von Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit

Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit schließen sich aus. Diese einprägsame Devise wird aber nur durch die Korrelation der Begriffe verständlich: *Arbeitsunfähigkeit besteht nur vorübergehend*, Berufsunfähigkeit dauerhaft. Dass eine Arbeitsunfähigkeit auch sehr lange dauern kann und Berufsunfähigkeit nach vielen Bedingungswerken bereits nach sechs Monaten einsetzt, ändert an dieser grundsätzlichen Konstellation nichts, weil die *zeitliche Prognose* das einzige für die Praxis brauchbare Abgrenzungskriterium darstellt.

Dementsprechend sind nach der *höchstrichterlichen Rechtsprechung* Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit unterschiedliche Arten einer gesundheitlich bedingten Beeinträchtigung, die einander – jedenfalls typischerweise – ausschließen.<sup>5</sup> Zu diesem „Exklusivitäts-Grundsatz“ hat der BGH zur Berufsunfähigkeit prägnant ausgeführt:<sup>6</sup>

„Als bloße Arbeitsunfähigkeit bleibt sie [die Unfähigkeit zur Berufsausübung] so lange unbeachtlich, als nicht ein Zustand erreicht ist, dessen Besserung zumindest bis zur Wiederherstellung der halben Arbeitskraft in absehbarer Zeit nicht mehr zu erwarten ist. Die Unfähigkeit zur Berufsausübung muss demnach eine gewisse Qualität haben, um zur Berufsunfähigkeit zu werden. Der körperlich-geistige Gesamtzustand des Versicherten muss derart beschaffen sein, dass eine günstige Prognose für die Wiederherstellung der verloren gegangenen Fähigkeiten in einem überschaubaren Zeitraum nicht gestellt werden kann. Ein solcher Zustand kann bereits unmittelbar mit dem Ursachenergebnis entstehen, beispielsweise bei unfallbedingtem Verlust von Gliedmaßen. Der Versicherungsfall kann aber auch erst geraume Zeit nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eintreten, beispielsweise bei fortschreitenden Erkrankungen oder degenerativen Prozessen, deren verschiedene Stadien unterschiedliche Erwartungen zur Genesung und Rehabilitation rechtfertigen.“

Niemand kann deshalb erwarten, dass er aus ärztlicher Sicht als arbeits- und zugleich berufsunfähig beurteilt wird.<sup>7</sup> Diese zur Abgrenzung zwischen der Krankentagegeld- und der Berufsunfähigkeitsversicherung entwickelten Grundsätze lassen sich vollständig auf die Arbeitsunfähigkeitsversicherung übertragen.

### IV. Die Musterbedingungen des GDV

Nach § 1 Abs. 3 AB-BUV-AU 17 wird bei Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Bedingungen eine Arbeitsunfähigkeitsrente in Höhe der vereinbarten Berufsunfähigkeitsrente und eine Beitragsbefreiung für eine vom Versicherer zu definierende Dauer geleistet (soweit eine Dauer vom Versicherer individuell definiert werden soll, wird nachfolgend „x Monate“ angegeben). *Arbeitsunfähigkeit* liegt nach § 2 Abs. 9 AB-BUV-AU 17 von Beginn der ersten Krankschreibung vor, wenn die versicherte Person mindestens für den Zeitraum von x Monaten *ununterbrochen vollständig arbeitsunfähig krankgeschrieben* ist, wobei mindestens eine Bescheinigung von einem in Deutschland ansässigen Arzt stammen muss. Wird die versicherte Person innerhalb von x Monaten

\* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht.

► Der Verfasser ist Autor des Buches „Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung in Recht und Praxis“ VVW GmbH, Karlsruhe 2014.

1 Ausführlich Neuhaus in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxis-komm. zum Versicherungsvertragsrecht 3. Aufl. 2017 Vorbem. §§ 172 ff. VVG Rn. 1.

2 OLG Dresden VersR 2010, 760.

3 BGH VersR 1974, 184; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenversicherung 5. Aufl. 2015 § 1 MB/KT Rn. 1 m. w. N.; Hütt in Langheid/Wandt, Münch. Komm. VVG 2. Aufl. 2017 § 192 Rn. 129.

4 OLG Dresden VersR 2010, 760 zur Arbeitsunfähigkeitszusatzversicherung.

5 BGH VersR 1992, 477; KG vom 4. 4. 2017 – 6 U 130/15 – r+s 2017, 362.

6 BGH VersR 1984, 630.

7 BGH VersR 1992, 477; KG vom 4. 4. 2017 – 6 U 130/15 – r+s 2017, 362.



nach Wegfall der Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Erkrankung wieder arbeitsunfähig geschrieben, gilt sie für die Dauer der vollständigen Krankschreibung weiterhin als arbeitsunfähig im Sinne dieser Bedingungen. Die *maximale Leistungsdauer* bei Arbeitsunfähigkeit beträgt insgesamt x Monate (in der Praxis finden sich Zeiträume bis zu zwei Jahren).

§ 2 Abs. 10 AB-BUV-AU 17 regelt, dass Leistungen jeweils für den Zeitraum erbracht werden, für den *ärztliche Bescheinigungen wegen Arbeitsunfähigkeit* vorgelegt werden; eine bescheinigte voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit wird höchstens über einen Zeitraum von x Wochen akzeptiert.

Nach § 1 Abs. 7 AB-BUV-AU 17 *entsteht der Anspruch auf Leistungen* bei Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des Monats, in dem die bedingungsgemäße Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist und Leistungen wegen Berufsunfähigkeit beantragt worden sind. Die Arbeitsunfähigkeit muss in Textform mitgeteilt werden. Der *Anspruch endet* nach § 1 Abs. 8 AB-BUV-AU 17, wenn keine Arbeitsunfähigkeit mehr vorliegt, die vereinbarte Leistungsdauer des Vertrags abläuft, die maximale Anzahl von x Monatsrenten wegen Arbeitsunfähigkeit erbracht wurde, Leistungen wegen Berufsunfähigkeit erbracht werden (was noch einmal näher in Abs. 8 beschrieben wird) oder die versicherte Person stirbt. Wenn die Leistungsprüfung ergibt, dass die versicherte Person berufsunfähig ist, werden Leistungen wegen Berufsunfähigkeit zu Beginn des nächsten Monats nach Abschluss der Leistungsprüfung erbracht; ab diesem Zeitpunkt enden die Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit (§ 1 Abs. 9 AB-BUV-AU 17). Nach § 1 Abs. 11 AB-BUV-AU 17 wird *nicht gleichzeitig wegen Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit* geleistet.

Die üblichen *Leistungsausschlüsse* in der Berufsunfähigkeitsversicherung (innere Unruhen, Krieg, widerrechtliche Handlung, Strahlen etc.) greifen nach § 5 AB-BUV-AU 17 auch dann, wenn durch sie nicht nur die Berufs- sondern auch die Arbeitsunfähigkeit verursacht wird.

## V. Keine entsprechende Geltung der §§ 172 bis 176 VVG

Diese und ähnliche Bedingungen am Markt werfen viele Fragen auf. Eine grundsätzliche ist die, ob die gesetzlichen Regelungen zur Berufsunfähigkeitsversicherung über § 177 VVG entsprechend anzuwenden sind. Da es in der Arbeitsunfähigkeitsversicherung ersichtlich nicht um eine dauerhafte, sondern nur um eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit geht, gelten die §§ 173 bis 176 VVG über § 177 VVG nicht entsprechend, weil diese Vorschrift von einer dauerhaften Absicherung<sup>8</sup> ausgeht. Somit muss der Versicherer im Rahmen der Arbeitsunfähigkeitsversicherung weder ein *Anerkennnis* abgeben (§ 173 VVG) noch zur Beendigung der Leistungspflicht ein *Nachprüfungsverfahren* (§ 174 Abs. 1 VVG) durchführen. Auch die dreimonatige Nachleistungspflicht nach § 174 Abs. 2 VVG besteht nicht. Soweit vertreten wird, dass eine Arbeitsunfähigkeitsversicherung eine „kleine Berufsunfähigkeitsversicherung“<sup>9</sup> sei, mit der die dauerhafte Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit versichert werde, weshalb nach § 177 die §§ 173 bis 176 VVG entsprechend anzuwenden seien,<sup>10</sup> wird verkannt, dass solche Klauseln nicht die dauerhafte, sondern nur eine *vorübergehende Arbeitsunfähigkeit* absichern, weshalb § 177 VVG nicht einschlägig ist. Die Formulierung „kleine Berufsunfähigkeitsversicherung“ in der Gesetzesbegründung ist insoweit etwas irreführend, der Wortlaut der Vorschrift ist allerdings eindeutig, und auch das weitere Studium der Gesetzesbegründung, die sich auf das Beispiel der Erwerbsunfähigkeitsversicherung bezieht,<sup>11</sup> zeigt, dass der Gesetzgeber die Absicherung einer nur vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit ausklammern will.

Da das Produkt der Arbeitsunfähigkeitsversicherung somit nicht den §§ 173 ff. VVG unterfällt, besteht *keine Rechtspflicht zum An-*

*erkenntnis* (§ 173 VVG). Die vertraglichen Regelungen zum *Anerkennnis* (§ 8 AB-BUV-AU 17) differenzieren allerdings nicht zwischen Arbeits- und Berufsunfähigkeit: in der Überschrift zu § 8 ist nur von der „Erklärung zur Leistungspflicht“ die Rede, und in Abs. 1 heißt es, dass nach Prüfung der Unterlagen erklärt wird, ob und in welchem Umfang „eine Leistungspflicht“ anerkannt wird. Trotz der fehlenden Differenzierung bedingt dies aber keine § 173 VVG entsprechende Rechtspflicht zu einem (möglicherweise konstitutiven) *Anerkennnis* bei Arbeitsunfähigkeit, weil ausdrücklich offengelassen wird, *ob* man anerkennt. Eine Ergänzung, dass sich dies nur auf die Berufsunfähigkeit bezieht, erscheint sinnvoll, damit Missverständnisse vermieden werden. Entsprechendes gilt für die *Regelungen zum Nachprüfungsverfahren* in den Bedingungen.

## VI. Transparenz der Regelungen zur Arbeitsunfähigkeit in den AB-BUV-AU 17

Eine weitere Frage ist die der räumlichen Gestaltung: Wenn – wie in den AB-BUV-AU 17 – die einzelnen Klauseln zur Arbeitsunfähigkeit an verschiedenen Stellen in die räumlich dominierenden Regelungen der Berufsunfähigkeit „eingebaut“ werden, kann die Transparenz jeder Klausel erschwert werden, weil sie möglicherweise „untergeht“ und für den durchschnittlichen VN nicht mehr verständlich ist, welche Klauseln für die Arbeitsunfähigkeit bzw. die Berufsunfähigkeit gelten. Das *Transparenzgebot* (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) gebietet es, Rechte und Pflichten des Vertragspartners in Formularbedingungen so genau zu beschreiben, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann.<sup>12</sup>

In den Musterbedingungen wird dies grundsätzlich dadurch gewährleistet, dass die Klauseln mit der fettgedruckten „Zwischen-Überschrift“ *Arbeitsunfähigkeit* überschrieben sind. Wird dies nicht von Versicherern übernommen, kann die Transparenz eingeschränkt sein, weil der durchschnittliche VN nicht mehr erkennen kann, wo die Regelungen zur Berufsunfähigkeit aufhören und die Arbeitsunfähigkeitsregelungen beginnen. Da es sich bei den Regelungen zur Arbeitsunfähigkeit um eine (eigene) Arbeitsunfähigkeitsversicherung und eben nicht um eine Berufsunfähigkeitsversicherung handelt, erscheint es sinnvoller, diese vollständig in einem separaten „Block“ in den Bedingungen zu platzieren oder gesonderte Bedingungen als Baustein zu verwenden. Letzteres wird beispielsweise seit Jahrzehnten mit Dynamik-Versicherungsbedingungen praktiziert.

## VII. Definition des Versicherungsfalls

Definiert der Versicherer – wie in § 2 Abs. 9 AB-BUV-AU 17 – die *Arbeitsunfähigkeit* als für eine Mindestdauer erfolgende ununterbrochene vollständige Krankschreibung, so liegt der Schwer-

8 Zur erforderlichen Dauerhaftigkeit vgl. *Neuhaus* in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 3. Aufl. 2017 § 177 VVG Rn. 2.

9 So auch die Formulierung in der Gesetzesbegründung BT-Drucks 16/3945 S. 107.

10 *Lücke* in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. 2018 Vorbem. zu §§ 1 ff. BU Rn. 10; wohl auch *Rixecker* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. 2015 § 46 Rn. 63: „auf die [Arbeitsunfähigkeitsversicherung] sind die Vorschriften über die Berufsunfähigkeitsversicherung nur begrenzt nach § 177 VVG anwendbar.“

11 Begründung BT-Drucks 16/3945 S. 107.

12 Vgl. z. B. BGH vom 5. 3. 2008 – VIII ZR 95/07 – IMR 2008, 147; VersR 2001, 841.



punkt auf dem „Akt der Krankschreibung“, und allein das Bestehen der entsprechenden Krankschreibung löst aus Sicht eines durchschnittlichen VN die Leistungspflicht aus, weshalb es nicht darauf ankommt, ob der Versicherte *tatsächlich arbeitsunfähig* ist oder nicht (sogenannte „Gelbe-Schein-Regelung“). Dies entspricht der Auslegung des Begriffs „Arbeitsunfähigkeit“ in der „klassischen“ Arbeitsunfähigkeitsversicherung, der vom durchschnittlichen VN so zu verstehen ist, dass diese vorliegt, wenn der behandelnde Arzt dem Versicherten eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt.<sup>13</sup> Es ist aber allgemein bekannt, dass es entweder durch Täuschung von Ärzten oder in „Kooperation“ mit diesen immer wieder auch zu Krankschreibungen kommt, die tatsächlich nicht gerechtfertigt sind. Die *Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen* im Sinne der Versicherungsbedingungen fingiert dann trotzdem die tatsächliche Arbeitsunfähigkeit, sodass dem Versicherer durch Formulierungen wie in den Musterbedingungen der Nachweis einer tatsächlich nicht bestehenden Arbeitsunfähigkeit abgeschnitten wird. Anders ist dies, wenn der Vertrag nicht die Vorlage einer Bescheinigung, sondern das (tatsächliche) Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit als Leistungsvoraussetzung definiert, wogegen keine Bedenken bestehen. Der *Einwand einer nur vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit* ist dem Versicherer hier nicht abgeschnitten, auch Rückforderungen erbrachter Leistungen sind denkbar. Dies ist vergleichbar mit der Krankentagegeldversicherung, in der der VN allein durch Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht beweisen kann, dass er bedingungsgemäß arbeitsunfähig ist.<sup>14</sup>

Dem Versicherten muss nach § 2 Abs. 9 AB-BUV-AU 17 eine *vollständige Arbeitsunfähigkeit* bescheinigt werden, womit nur – wie in der Krankentagegeldversicherung<sup>15</sup> – eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit gemeint sein kann. Analog zu den „klassischen“ Bedingungen zur Arbeitsunfähigkeitszusatzversicherung reicht eine Teilarbeitsunfähigkeit zur Leistungsbegründung jedoch aus, wenn die Versicherungsbedingungen offenlassen, ob vollständige Arbeitsunfähigkeit vorliegen muss.<sup>16</sup> Es ist dann eine überwiegende Arbeitsunfähigkeit mit Verbleiben nur noch geringfügiger Resttätigkeitsmöglichkeiten erforderlich<sup>17</sup>, aber eben keine 100%ige Arbeitsunfähigkeit.

§ 1 Abs. 7 AB-BUV-AU 17 (Anspruch auf Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit) stellt fest, dass der Anspruch auf Beitragsbefreiung und Rentenzahlung mit Ablauf des Monats entsteht, in dem die Arbeitsunfähigkeit i. S. v. § 2 Abs. 9 und 10 eingetreten ist und Leistungen wegen Berufsunfähigkeit beantragt worden sind. Der Zusatz *„und Leistungen wegen Berufsunfähigkeit beantragt worden sind“* erklärt sich nicht ohne Weiteres. Würde man ihn wörtlich nehmen, würde es anspruchshindernd sein, wenn der VN sich beim Versicherer wegen Arbeitsunfähigkeit meldet, aber noch keine Leistungen wegen Berufsunfähigkeit beantragt. Das kann wohl kaum so gemeint sein. Denkbar ist es, dass dies den Versicherungsschutz auf die Fälle einschränken soll, in denen die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit in eine Berufsunfähigkeit übergeht. Allerdings kann dies ein durchschnittlicher VN nicht erkennen, da ihm der Bedingungstext nicht erläutert, warum die Beantragung von Leistungen erst die Beantragung von Berufsunfähigkeitsleistungen in irgendeiner Art und Weise relevant für den Bezug der Arbeitsunfähigkeitsleistungen sein soll. Möglicherweise handelt es sich auch schlicht um ein Redaktionsversehen, und es ist gemeint ist: *„und Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit beantragt worden sind“*. In jedem Fall empfiehlt sich bei der Überarbeitung der Bedingungen eine Klarstellung.

### VIII. Vereinbarung von Risikoausschlüssen

Wird die oben erwähnte „Block-Regelung“ umgesetzt (Regelungen zur Arbeitsunfähigkeit vollständig in einem gesonderten Abschnitt der Bedingungen oder als zusätzliche Bedingungen), muss im Hinblick auf die üblichen *Risikoausschlüsse* in der

Berufsunfähigkeitsversicherung geprüft werden, ob eine ausreichende Bezugnahme auf diese erfolgt, da der durchschnittliche VN ansonsten – anders als bei § 5 AB-BUV-AU 17 – davon ausgehen muss, dass sie nicht für die Arbeitsunfähigkeit gelten. Soll der Vertrag *individuelle Risikoausschlüsse* enthalten, beispielsweise für Wirbelsäulenleiden und Folgen, muss sich der Versicherer entscheiden, ob diese für beide Leistungsvarianten (Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit) gelten sollen. Bejaht er dies, wird es allerdings auch ohne eine eindeutige Klarstellung nur selten an der erforderlichen Transparenz fehlen, da der Abdruck der Ausschlussklausel üblicherweise im Versicherungsschein erfolgt und dieser sich auf den Gesamtvertrag bezieht. Klarstellend kann z. B. in den Bedingungen vereinbart werden:

„Wenn für Ihren Vertrag Leistungseinschränkungen oder -ausschlüsse vereinbart sind, gelten diese auch für Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit.“

Eine AGB-Klausel, nach der der Versicherer nicht leistet „wenn der Versicherungsfall verursacht ist ... durch eine Arbeitsunfähigkeit infolge einer behandlungsbedürftigen psychischen Behandlung“ soll nicht überraschend sein (§ 305 c Abs. 1 BGB), da sie auch in anderen Versicherungszweigen angewendet wird.<sup>18</sup> Richtigerweise kommt es aber auf die Üblichkeit solcher Ausschlussklauseln in anderen Sparten wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen und der fehlenden Kenntnis des durchschnittlichen VN nicht an, vielmehr geht es beim „Überraschungseffekt“ darum, ob die Klausel drucktechnisch so angeordnet ist, dass eine Kenntnisnahme durch den Kunden zu erwarten ist.<sup>19</sup> Ein solcher Leistungsausschluss ist auch nicht als intransparente oder unangemessen nachteilige Regelung i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB zu werten, weil er für den durchschnittlichen VN ohne Weiteres verständlich und eine *Aushöhlung des Versicherungsschutzes* in der Restschuld- bzw. Arbeitsunfähigkeitsversicherung nicht zu befürchten ist.<sup>20</sup>

Diese zur Restschuldversicherung und die dortige schnelle und unkomplizierte Sicherung von Darlehen entwickelte Argumentation lässt sich auch auf die Arbeitsunfähigkeitsversicherung „innerhalb“ der Berufsunfähigkeitsversicherung übertragen, denn dort befindet sich der VN nach längerer Arbeitsunfähigkeit oft in einer *finanziell schwierigen Situation* und benötigt eine schnelle Entscheidung. Da es sich nicht um eine Versicherung handelt, für die das Leitbild des § 172 VVG zur Berufsunfähigkeitsversicherung gilt, wird durch solche Ausschlüsse auch das ohnehin zeitlich begrenzte Leistungsversprechen nicht unangemessen ausgehöhlt. Das aus § 19 AGG folgende zivilrechtliche *Benachteiligungsverbot* steht einem Ausschluss der Leistungspflicht für psychische Erkrankungen in der Restschuldarbeitsunfähigkeitsversicherung nicht entgegen,<sup>21</sup> was ebenfalls für die kombinierte Arbeitsunfähigkeitsversicherung gilt.

13 OLG Karlsruhe vom 3. 4. 2008 – 12 U 10/08 – r+s 2008, 520.

14 BGH VersR 2000, 841 zu § 4 Abs. 7 MBKT 94.

15 BGH VersR 1993, 297.

16 OLG Koblenz VersR 2012, 1516; LG Dortmund vom 14. 1. 2010 – 2 O 399/08 – NJW-RR 2010, 1122; LG Berlin VersR 2002, 1235: Leistungspflicht trotz Wiedereingliederungsmaßnahme nach dem sogenannten Hamburger Modell.

17 OLG Koblenz VersR 2012, 1516.

18 OLG Köln VersR 2011, 201; OLG Karlsruhe VersR 2008, 524 mit Verweis auf BGH VersR 2004, 1039 zu § 2 Abs. 4 AUB 94.

19 OLG Hamm vom 5. 7. 2013 – 20 U 79/13 – juris.

20 OLG Hamm vom 5. 7. 2013 – 20 U 79/13 – juris; ebenso im Ergebnis, wenn auch mit teils anderer Argumentation OLG Köln vom 26. 10. 2012 – 20 U 145/12 – juris; OLG Köln VersR 2011, 201; OLG Karlsruhe VersR 2008, 524; OLG Stuttgart VersR 2008, 1343.

21 OLG Köln vom 26. 10. 2012 – 20 U 145/12 – juris.

## IX. Weitere Einzelfragen

In manchen Bedingungen der Berufsunfähigkeits- und separaten Arbeitsunfähigkeitsversicherungen finden sich Regelungen für *verspätete Meldungen*, etwa dass dann, wenn der Eintritt der Berufsunfähigkeit später als drei (sechs oder mehr) Monate nach Eintritt angezeigt wird, der Anspruch auf die Leistung erst mit Beginn des Monats der Mitteilung greift.

*Beispiel:*<sup>22</sup>

„Wird uns die Arbeitsunfähigkeit später als drei Monate nach ihrem Eintritt schriftlich mitgeteilt, entsteht der Anspruch auf Versicherungsleistung erst nach dem Beginn des Monats der Mitteilung.“

Derartige Ausschlussklauseln sind in der Arbeitsunfähigkeitsversicherung wirksam.<sup>23</sup>

Die AB-BUV-AU 17 regeln dies nicht. Zur Arbeitsunfähigkeitszusatzversicherung wurde entschieden, dass bei Zusage einer Rente ab Eintritt der Arbeitsunfähigkeit durch den Versicherer eine schuldhaft verspätete Anzeige vorliegt, wenn diese erst nach Vorliegen eines gesetzlichen Rentenbescheids erfolgt.<sup>24</sup> Die Rechtsprechung zur Berufsunfähigkeitsversicherung<sup>25</sup> ist auf die Thematik übertragbar.

Vereinbart der Versicherer für die Leistungen wegen Berufsunfähigkeit *Karennzeiten*, sollte klargestellt werden, ob diese auch für die Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit gelten. Das wird meist nicht erforderlich bzw. sinnvoll sein, weil bereits durch die eine Leistung voraussetzende Mindestdauer der Arbeitsunfähigkeit eine zeitliche Regelung besteht.

Setzen die Bedingungen für eine Leistungspflicht voraus, dass die versicherte Person während der Dauer der Versicherung arbeitsunfähig wird, besteht kein Leistungsanspruch, wenn der Versicherte bereits *vor dem Versicherungsbeginn arbeitsunfähig* ist.<sup>26</sup> Diese Entscheidung zur Arbeitsunfähigkeitszusatzversicherung betrifft den allgemeinen Grundsatz der *Vorvertraglichkeit*,<sup>27</sup> der für die integrierte Arbeitsunfähigkeitsversicherung ebenfalls gilt.

Eine Klausel zur Ermöglichung einer *abstrakten Verweisung* in einer Restschuld-Arbeitsunfähigkeitsversicherung ist gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie dem Zweck der Versicherung widerspricht, krankheitsbedingte finanzielle Einbußen im konkret ausgeübten Beruf aufzufangen.<sup>28</sup>

Sind bei einer abzuschließenden oder bestehenden Krankentagegeldversicherung laut Antrag andere *Versicherungen mit „Anspruch auf Krankentagegeld“* angebe- oder zustimmungspflichtig, umfasst dies nicht eine im Rahmen einer Restschuldversicherung abgeschlossene Arbeitsunfähigkeits-Zusatzversicherung.<sup>29</sup>

## X. Das Verhältnis erbrachter AU-Leistungen zur Berufsunfähigkeit

Die Problematik der integrierten Arbeitsunfähigkeitsversicherung liegt weniger in den überwiegend verständlich formulierten und auch transparent platzierten (Musterbedingungs-)Klauseln, sondern in der Frage, ob und wie sich der *Eintritt der AU-Leistungspflicht auf die versicherte Berufsunfähigkeit auswirkt*. Die mit einer Mindestdauer der Arbeitsunfähigkeit verknüpfte „Gelbe-Schein-Regelung“ impliziert gedanklich, dass der Versicherte für diese Zeit vollständig nicht mehr in seinem Beruf arbeiten konnte. Dies könnte sich mit der für die Berufsunfähigkeit erforderlichen Prognosedauer, die oft nur noch sechs Monate beträgt und sich ansonsten aus der vertraglichen Sechs-Monats-Klausel einer tatsächlichen Berufsunfähigkeit (§ 2 Abs. 2 AB-BUV-AU 17) ergibt (sogenannte fingierte oder fiktive Berufsunfähigkeit) „überlappen“. Werden nach den Versicherun-

genbedingungen beispielsweise bis zu 24 Monate Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit erbracht, überschreitet dies die regelmäßige Berufsunfähigkeitsprognose. Nun tritt Berufsunfähigkeit bekanntlich nicht automatisch ein, wenn (nur) die Prognose erfüllt ist, sondern es müssen auch noch die weiteren (vertraglichen) Voraussetzungen vorliegen,<sup>30</sup> etwa die tatsächliche Unfähigkeit, der zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu mindestens 50 %<sup>31</sup> nachgehen zu können, das Fehlen einer Verweismöglichkeit (wenn vereinbart) oder eine nicht mögliche oder nicht zumutbare Umorganisation des Unternehmens bei Selbstständigen. Allein die Zeitdauer erbrachter Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit kann daher keinen *Eintritt der Berufsunfähigkeit* bewirken.

Es stellen sich aber folgende Fragen:

- Sind die Voraussetzungen der Sechs-Monats-Prognose der Berufsunfähigkeit erfüllt, wenn der Versicherte mindestens sechs Monate vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt bekam?
- Wenn der Versicherte länger als sechs Monate arbeitsunfähig war, soll dann die Prognose der Berufsunfähigkeit erst danach erforderlich sein oder einsetzen?

Die Fragestellung ist nicht nur theoretischer Natur: Falls nämlich die weiteren Voraussetzungen der Berufsunfähigkeit vorliegen, so führt die Gleichsetzung eines mindestens sechsmonatigen Leistungsbezugs wegen Arbeitsunfähigkeit mit der Sechs-Monats-Prognose der Berufsunfähigkeit dazu, dass ein *Anerkennung des Versicherers geboten* ist,<sup>32</sup> und zwar – wenn die Bedingungen dies so vorsehen – bezogen auf den Beginn der (dauerhaften) Leistungseinschränkung, was dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit entsprechend wird. Dies hat zur Folge, dass sich der Versicherer nur noch durch ein erfolgreiches Nachprüfungsverfahren von der Leistungspflicht lösen kann, bei dem sich die Beweislast umkehrt und hohe formelle Anforderungen gelten.

Den Musterbedingungen lässt sich zu dem Thema eher rudimentär entnehmen, dass *nicht gleichzeitig wegen Arbeitsunfähigkeit und Berufsunfähigkeit geleistet* wird (§ 1 Abs. 11 AB-BUV-AU 17). Auch ohne eine solche Regelung ergibt sich daraus, dass die Versicherung „bei Arbeitsunfähigkeit“ leistet, dass nur die vorübergehende Unfähigkeit zur Berufsausübung unter den Versicherungsschutz der Arbeitsunfähigkeitsversicherung fällt, die dauerhafte Unfähigkeit dagegen nicht.<sup>33</sup> Dementsprechend ist auch eine Klausel einer Restschuld-Arbeitsunfähigkeitsversicherung, nach der der Anspruch auf Ar-

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe VersR 2006, 637.

<sup>23</sup> KG VersR 2017, 1269; OLG Karlsruhe vom 3. 4. 2008 – 12 U 10/08 – r+s 2008, 520; OLG Karlsruhe VersR 2006, 637.

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe vom 3. 4. 2008 – 12 U 10/08 – r+s 2008, 520.

<sup>25</sup> Ausführlich *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. 2014 Kap. G Rn. 178 ff.

<sup>26</sup> OLG Hamm VersR 2007, 1271.

<sup>27</sup> Ausführlich *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. 2014 Kap. E Rn. 167 ff.

<sup>28</sup> OLG Hamm VersR 2013, 358.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe VersR 2005, 1422 zu § 9 Nr. 6 MB/KT.

<sup>30</sup> *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. 2014 Kap. G Rn. 241 ff.

<sup>31</sup> Wenn dies der vereinbarte Mindestgrad ist.

<sup>32</sup> Ausführlich *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung 3. Aufl. 2014 Kap. L Rn. 14.

<sup>33</sup> LG Augsburg vom 26. 1. 2011 – 2 O 4040/09 – juris.



beitsunfähigkeitsrente erlischt, wenn die versicherte Person unbefristet berufs- oder erwerbsunfähig wird, wirksam.<sup>34</sup> Dass die Selbstverständlichkeit der nicht gleichzeitigen Leistung hervorgehoben wird, besagt noch nichts darüber, warum nicht (zumindest) der Prognosezeitraum der Berufsunfähigkeit gegeben sein soll. Allerdings regelt § 1 Abs. 9 AB-BUV-AU 17, dass Leistungen wegen Berufsunfähigkeit zu Beginn des nächsten Monats nach Abschluss der Leistungsprüfung erbracht werden, wenn diese ergibt, dass der Versicherte berufsunfähig ist. Die Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit enden dann ab diesem Zeitpunkt. Der *durchschnittliche VN* kann dieser Klausel entnehmen, dass trotz einer möglicherweise parallel zur Arbeitsunfähigkeitszeit durchgeführten Leistungsprüfung die Berufsunfähigkeit an die Arbeitsunfähigkeit zeitlich anknüpft und es sich damit nicht nur um unterschiedliche Begrifflichkeiten, sondern auch um nicht deckungsgleiche Leistungsvoraussetzungen handelt. Die Klausel bezieht sich jedoch ausdrücklich nur auf die Leistungserbringung, sodass der durchschnittliche VN zwar „irgendwie“ erkennen kann, dass es sich um unterschiedliche „Leistungspakete“ handelt, aber trotzdem für ihn nach dem Bedingungstext mehr oder weniger offenbleiben könnte, warum bei einer längeren (tatsächlich bestehenden) vollen Arbeitsunfähigkeit nicht zumindest der Berufsunfähigkeitsprognosezeitraum erfüllt sein soll. Allerdings ist in die Wertungen der oben beschriebenen „*Exklusivitäts-Grundsatz*“ einzubeziehen, dass es sich nicht gleichzeitig um Arbeits- und Berufsunfähigkeit handeln kann. Durch diese sozusagen „über dem Ganzen schwebende Prämisse“, die in § 1 Abs. 11 AB-BUV-AU 17 zum Ausdruck kommt, ist dem durchschnittlichen VN bewusst, dass trotz eines Ablaufs von sechs Monaten Arbeitsunfähigkeit die *Prognosedauer der Berufsunfähigkeit erst nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit* bzw. der dortigen maximalen Leistungsdauer einsetzen kann.

Es erscheint trotzdem sinnvoll, diese schwierige Thematik in den Bedingungen weiter zu verdeutlichen. Teilweise wird mit über die Musterformulierungen hinausgehenden Klauseln versucht, ein „*Durchschlagen*“ der längeren Arbeitsunfähigkeit auf die Berufsunfähigkeitsprognose zu verhindern.

#### Beispiel:

„Der Bezug von Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit bedingt nicht automatisch auch einen Anspruch auf Leistungen wegen Berufsunfähigkeit. Beide Leistungen werden unabhängig voneinander geprüft und bewilligt. Dies gilt auch, wenn eine Arbeitsunfähigkeit bereits sechs Monate und länger bestanden hat.“

Durch eine solche Klausel wird dem durchschnittlichen VN verständlicher als in den AB-BUV-AU 17 erläutert, dass die *Voraussetzungen von Arbeits- und Berufsunfähigkeit unterschiedlich* sind und auch die für die Berufsunfähigkeit erforderliche Prognose nicht automatisch vorliegt. Noch klarer wäre eine Klausel, die darüber informiert, dass die *Prognosedauer der Berufsunfähigkeit* dann, wenn der VN Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit beantragt und bekommen hat, erst *zeitlich nach dem Ende des Leistungsbezugs wegen Arbeitsunfähigkeit beginnt*. Dadurch würde klargestellt, dass es sich um nur aufeinander aufbauende Produkte handelt und eine Berufsunfähigkeit begrifflich erst nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit beginnen kann. Da in vielen kundenfreundlichen Bedingungen der Prognosezeitraum lediglich „*voraussichtlich x Monate*“ bestehen muss und die Leistungspflicht auf den Beginn der Berufsunfähigkeit zurückwirkt, besteht hier meist auch nicht die Gefahr einer „*Leistungslücke*“. Genau besehen würde also bei einer solchen Variante der Zeitraum des Leistungsbezugs wegen Arbeitsunfähigkeit eine Art *Karenzzeit für die Berufsunfähigkeit* darstellen, was dem VN verdeutlicht werden müsste.

Falls man die hier vertretene Auffassung nicht teilt und davon ausgeht, dass auch parallel zum Leistungsbezug bei Arbeitsunfähigkeit die Voraussetzungen für ein Anerkenntnis der Berufsunfähigkeit vorliegen können, dieses also geboten ist, bedingt dies aber nicht, dass der Versicherer neben den Arbeitsunfähigkeitsleistungen auch noch die Leistungen aus der Berufsunfähigkeitsversicherung zusätzlich erbringen muss. Eine solche *doppelte Leistungspflicht* wird wirksam durch § 1 Abs. 11 AB-BUV-AU 17 abbedungen. Die Klausel ist hinreichend verständlich und damit transparent, und sie stellt auch keine unangemessene Benachteiligung des VN gem. § 307 Abs. 1 BGB dar, weil Sinn und Zweck der gesamten Versicherung die einmalige und nicht mehrmalige Absicherung des Arbeitsausfalls ist. Auch Klauseln wie

„Obwohl sich Arbeits- und Berufsunfähigkeit ausschließen, können wir rückwirkend eine Berufsunfähigkeit auch für einen Zeitraum, in dem Arbeitsunfähigkeitsleistungen erbracht wurden, anerkennen. In diesem Fall verrechnen wir die Berufsunfähigkeitsleistungen mit den erbrachten Leistungen wegen vollständiger Arbeitsunfähigkeit. Werden Leistungszeiträume einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit rückwirkend als Leistungszeitraum wegen Berufsunfähigkeit anerkannt, schmälern diese nicht den 24-Monate-Maximalzeitraum, der für die Arbeitsunfähigkeit gilt.“

sind als AGB unbedenklich und verhindern eine Doppelleistung. Auch ohne solche Klauseln muss nicht doppelt geleistet werden, weil der durchschnittliche VN erkennen kann, dass seine Fähigkeit, arbeiten zu können – sei dies als Arbeitsunfähigkeit oder als Berufsunfähigkeit bezeichnet – nur ein Mal versichert sein soll.

## XI. Prozessuale Besonderheiten

Da Gegenstand einer *Feststellungsklage* nach § 256 ZPO nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse sein können, sind bei einer Arbeitsunfähigkeitsversicherung Feststellungsanträge unzulässig.<sup>35</sup> Zudem lässt sich eine behauptete Arbeitsunfähigkeit für zukünftige Zeiträume nicht feststellen, weil es sich dabei definitionsgemäß um einen vorübergehenden Zustand handelt; der Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitsleistungen ist vom Fortbestand der Arbeitsunfähigkeit abhängig, welcher ungewiss ist, sodass auch eine *Klage auf künftige Leistungen gem. §§ 257, 258 ZPO* unzulässig ist.<sup>36</sup>

## XII. Fazit

Die kombinierte Arbeitsunfähigkeitsversicherung stellt für VN eine wertvolle Ergänzung zur „klassischen“ Berufsunfähigkeitsversicherung dar, weil die bedingungsgemäßen Voraussetzungen für einen Leistungsbezug recht unkompliziert sind. Die Musterbedingungen 2017 enthalten sinnvolle und transparente Regelungen, sind aber in Einzelpunkten verbesserungswürdig. Versicherer, die sich den Nachweis einer nur vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit nicht abschneiden wollen, müssen die „*Gelbe-Schein-Regelung*“ variieren. Um unnötige Streitfälle zu vermeiden, erscheint es sinnvoll, den „*Exklusivitäts-Grundsatz*“ – *Arbeits- und Berufsunfähigkeit schließen sich aus* – so zu erläutern, dass nicht irrig angenommen werden kann, mindestens sechs Monate Arbeitsunfähigkeit würden die für die Berufsunfähigkeit erforderliche Prognose erfüllen.

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken VersR 2014, 232; OLG Frankfurt/M. vom 22. 12. 2010 – 25 U 110/09 – NJW-RR 2011, 972; OLG Dresden VersR 2010, 760; LG Hamburg vom 31. 1. 2012 – 312 O 711/10 – juris; LG Dortmund vom 16. 7. 2009 – 2 O 29/08 – NJW-RR 2010, 103.

<sup>35</sup> OLG Hamm VersR 2013, 358.

<sup>36</sup> OLG Saarbrücken VersR 2014, 232; OLG Hamm VersR 2013, 358; OLG Koblenz VersR 2012, 1516.