

# VersR

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

Aus dem Inhalt

Seiten 205–272

# 4

## Aufsätze

*Kai-Jochen Neuhaus* — Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Berufsunfähigkeitsversicherung 205

*Meinrad Dreher / Dennis Fritz* — Die D&O-Versicherung als Gruppenversicherung 220

*Niklas Boslak / Jonas Kliesch* — § 48b VAG – Der Reiz der Branche an (Fehl-)Anreizen 228

## Rechtsprechung

Falsche Gesundheitsangaben bei Umstellung einer (Risiko-)Lebensversicherung (auch) zu einer Berufsunfähigkeitszusatzversicherung (OLG Hamm) 238

Umfang der Mitteilung der maßgeblichen Gründe nach § 203 Abs. 5 VVG bei einer Prämienhöhung in der privaten Krankenversicherung (BGH) 240

Keine Analogabrechnung der GOÄ-Nr. 5855 für den Einsatz des Femtosekundenlasers im Rahmen einer Katarakt-Operation (OLG Düsseldorf) m. Anm. Nurettin Fenercioglu / Stefanie Schoenen 246

Ausschluss der Sittenwidrigkeit gegenüber späteren Dieselkäufern bei Verhaltensänderung des Herstellers vor Schadenseintritt (BGH) 263

Durch vom Schuldner erklärten befristeten Verjährungsverzicht wird der Ablauf der Verjährungsfrist nicht beeinflusst (BGH) 265

Unlauteres Abfangen von Kunden eines Zahnarztes durch privaten Krankenversicherer (OLG Dresden) 267

Versicherungsrecht



## Aufsätze

*Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund\**

# Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Berufsunfähigkeitsversicherung

## I. Ausgangsproblematik

Die seit etwa Februar 2020 grassierende Corona-Pandemie hat bisher kaum denkbare Auswirkungen auf das öffentliche und private Leben in Deutschland. Die unzähligen und für den Einzelnen kaum mehr überschaubaren negativen Aspekte der historischen Krise durchdringen alle Lebensbereiche und sind *das* zentrale gesellschaftliche und politische Thema. Als Stichworte seien nur der sog. Shutdown bzw. Lockdown vieler nicht „systemrelevanter“ beruflicher Tätigkeiten mit „Verbannung“ ins Home-Office, Betriebsschließungen sowie allgemeine oder partielle Kontaktsperrungen und sonstigen Eingriffe in Grundrechte genannt. „Das Virus macht normales Verhalten zu einem Risiko – und ganz ungewohnte Schutzmaßnahmen normal“, so die Bundeskanzlerin.<sup>1</sup> Es ist nicht mehr die Frage, *dass* der Erreger SARS-CoV-2<sup>2</sup> unsere Gesellschaft dauerhaft verändert, sondern nur noch *wie*.

Für die auch gesellschaftspolitisch wichtige Sparte der Berufsunfähigkeitsversicherung ergeben sich daraus viele Fragestellungen, und zwar sowohl für bereits bestehende Versicherungsverträge (neue Berufsunfähigkeitsfälle mit corona-bedingten Aspekten) wie auch für den Abschluss künftiger Verträge (Risikokalkulation). Diese Fragen sind zunächst einmal recht genereller Natur, weil es darum geht, ob und wenn ja, in welchem Umfang, unmittelbare und mittelbare medizinische Auswirkungen der Pandemie auf das Produkt der Berufsunfähigkeitsversicherung durchschlagen und zu einer Häufung von Leistungsfällen und langfristig vielleicht zur einer anderen Produktgestaltung führen. Daneben stellen sich viele weitere Detailfragen, etwa welche Tätigkeit bei einer corona-bedingten Berufsveränderung zugrunde zu legen ist oder welches Ein-

kommen dann bei dem Vergleich der Lebensstellung im Rahmen von Verweisungen auf andere Tätigkeiten maßgeblich ist.

## II. Für die Berufsunfähigkeitsversicherung relevante medizinische Aspekte der Corona-Pandemie

### 1. Überblick

Berufsunfähigkeit i.S.d. der heute verwendeten Versicherungsbedingungen und § 172 Abs. 2 VVG muss durch Krankheit, Körperverletzung oder Kräfteverfall<sup>3</sup> verursacht werden (vgl. bspw. § 2 BB-BUZ und AB-BUV 2008/2010/2016/2019<sup>4</sup>). In der Berufsunfähigkeitsversicherung kommt es daher im Kern nicht darauf an, welche Art von Erkrankung vorliegt, sondern *ob* die versicherte Gefahr „Krankheit“ zu beruflichen Leistungseinschränkungen führt, die den versicherten Grad überschreiten. Dafür müssen die aus der Erkrankung resultierenden Einschränkungen und Leistungseinbußen sowie die Restleistungs-

\* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht, Referent auf Seminaren und In-House-Schulungen und Autor (Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020; Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona und Pandemien, 2020). Der Beitrag stellt teilweise eine Zusammenfassung wichtiger Aspekte aus dem letztgenannten Buch dar.

1 Neujahrsansprache der Bundeskanzlerin *Angela Merkel* am 31.12.2020.

2 Abkürzung für „severe acute respiratory syndrome coronavirus type 2“.

3 Ein Sonderfall und in der Regel nach den Versicherungsbedingungen mitversichert ist die Pflegebedürftigkeit.

4 Musterbedingungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), in der jeweils aktuellsten Version abrufbar unter <https://www.gdv.de/de/ueber-uns/unsere-services/musterbedingungen-23924> (zuletzt abgerufen am: 1.1.2021).

fähigkeit des Versicherten bekannt sein. Es geht also primär um die Krankheitsfolgen.

Daran schließen sich wichtige Fragen an, bspw. welche Auswirkungen die Pandemie auf die Fallzahlen von organischen und psychischen Erkrankungen und damit auf künftige Leistungsfälle und perspektivisch den (bezahlbaren) Fortbestand der Berufsunfähigkeitsversicherungen ihrer heutigen Form hat sowie die Frage, ob auch dem Infektionsschutz dienende vorbeugende Einschränkungen der beruflichen Tätigkeit eine bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit auslösen können. Mit den medizinischen Aspekten eng verzahnt ist auch die Problematik, ob rechtliche Maßnahmen des Infektionsschutzes wie Quarantäne eine Berufsunfähigkeit begründen können.

## 2. COVID-19-Infektion und ihre Folgen als versicherte Krankheit

Entgegen einer immer wieder unter juristischen Laien geäußerten Ansicht gibt es in der Berufsunfähigkeitsversicherung keinen abschließenden Katalog an versicherten Krankheiten. Vielmehr spielt es keine Rolle, um was für eine Krankheit es sich handelt – mag es auch eine völlig neue wie COVID-19<sup>5</sup> sein. Auch die Meinung, dass alles, was nach Vertragsschluss an Krankheiten neu dazukommt, dann nicht versichert ist, ist deshalb falsch. Es ist grundsätzlich völlig unerheblich, ob die Krankheit selbst verschuldet ist, schicksalhaft auftritt oder die Folge irgendwelcher gesellschaftlich, moralisch oder medizinisch missbilligter Handlungen sein soll (Ausnahme: vorsätzlich herbeigeführte Erkrankung, um als berufsunfähig zu gelten<sup>6</sup>). Um die medizinischen Unterschiede zwischen der Krankheit selbst, ihren Symptomen und den durch die Krankheit verursachten Beschwerden geht es nicht. Entscheidend ist allein, ob der vom „Normalen“ abweichende Gesundheitszustand des Versicherten geeignet ist, ihn ganz oder teilweise in dem bedingungsgemäß vorgesehenen Umfang (meist 50 %) und der vertraglich vereinbarten Dauer (meist mindestens sechs Monate) an der Berufsausübung zu hindern. Weder muss eine Ursache feststehen, noch eine konkrete Diagnose getroffen sein, es müssen lediglich die konkreten Beeinträchtigungen bzw. Leistungseinschränkungen vorhanden und nachgewiesen sein. Es kommt nicht darauf an, eine bestimmte Erkrankung festzustellen, sondern es genügt, wenn die behaupteten Beeinträchtigungen des Versicherten vorhanden sind und durch eigene Willensanstrengung nicht überwunden werden können, gleichgültig, auf welcher Erkrankung sie beruhen.<sup>7</sup> Ob deshalb solche dauerhaften Leistungseinschränkungen überhaupt auf COVID-19 und etwaige Folgen zurückzuführen sind oder ursächlich mit anderen Gesundheitsbeeinträchtigungen zusammenhängen, ist für die Bestimmung einer bedingungsgemäßen Berufsunfähigkeit nicht relevant. Die nachvollziehbare Diagnose einer Erkrankung aufgrund konkreter Befunde hilft aber natürlich, die für die Berufsunfähigkeit festzustellenden Auswirkungen auf die Berufsfähigkeit zu bestimmen und plausibel zu machen.

Aus alledem folgt, dass es für die Berufsunfähigkeitsversicherung unerheblich ist, dass SARS-CoV-2 vor 2019 noch nie bei Menschen nachgewiesen wurde. COVID-19,<sup>8</sup> alle Folgen dieser Erkrankung und auch alle etwaigen Erkrankungen, die sich aus etwaigen Mutationen des Virus entwickeln könnten, werden

nach den derzeitigen Versicherungsbedingungen durch den Begriff „Krankheit“ in der Berufsunfähigkeitsversicherung erfasst.

## 3. Risikofaktoren für die künftige Leistungsprüfung

Die hohen Fallzahlen von Infektionen mit SARS-CoV-2 (insbesondere ab der „Zweiten Welle“ ab Herbst 2020) und der besondere Umstand, dass die so gut wie sämtliche Lebensbereiche durchziehenden schädlichen Auswirkungen der Pandemie auch nicht infizierte Personen betreffen, die aktuell eine Berufsunfähigkeitsversicherung unterhalten oder erst in Zukunft abschließen werden, werfen die Frage auf, wie sich die Anzahl der Leistungsfälle in der Berufsunfähigkeitsversicherung mittel- und langfristig entwickeln wird. Im Kern geht es darum, ob generell damit zu rechnen ist, dass bisher Gesunde künftig so erkranken, dass sie berufsunfähig werden könnten. Leider ist diese Frage aus den nachfolgend dargestellten Gründen zu bejahen.

### a) An COVID-19 erkrankte Personen

Dass COVID-19 schwerwiegende akute Verläufe haben kann, die bei einer entsprechenden Dauer im Sinne der Versicherungsbedingungen (in der Regel sechs Monate) zu einer Berufsunfähigkeit führen können, ist inzwischen durch mediale Aufklärung so selbstverständlich, dass dies hier nicht vertieft werden muss. Neben der Akuterkrankung sind im bisherigen Verlauf der Pandemie immer mehr die – wie man inzwischen weiß – häufig auftretenden Folgeerkrankungen in den Fokus gerückt. Wer von Corona genesen ist, muss nicht zwingend gesund sein. Spät- und Folgeschäden der Infektion werden als „Long Covid“ diskutiert und erforscht. Das Spektrum der möglichen langfristigen Schädigungen ist breit und erweitert sich gefühlt für den medizinischen Laien monatlich immer mehr. Berichtet wird neben wohl regelmäßigen Lungenschäden bspw. von auffälligen Myokardveränderungen,<sup>9</sup> Schäden des zentralen Nervensystems,<sup>10</sup> neurologischen Spätfolgen wie Verwirrtheit oder falsche Wahrnehmung,<sup>11</sup> Psychosen und Lähmungen<sup>12</sup> bis hin zu ernsthaften Gehirnschäden,<sup>13</sup> und zwar auch

5 Abkürzung für „coronavirus disease 2019“ (Coronavirus-Krankheit-2019), umgangssprachlich auch nur Corona oder Covid.

6 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 15 Rz. 53 f.

7 OLG Saarbrücken v. 30.3.2016 – 5 U 450/09-100.

8 Diagnoseschlüssel nach ICD-10-WHO Version 2019: U07.1 (COVID-19, Virus nachgewiesen), U07.2 (COVID-19, Virus nicht nachgewiesen, d.h. wenn COVID-19 klinisch-epidemiologisch bestätigt ist und das Virus nicht durch Labortest nachgewiesen wurde oder kein Labortest zur Verfügung steht).

9 Schlimpert, Schädigt COVID-19 das Herz auch dauerhaft?, CARDIO-VASC 2020; 20 (3); abrufbar unter <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s15027-020-2133-9.pdf> (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).

10 S. auch Bösel/Berlit, Neurologische Auswirkungen von COVID-19, DG Neurologie 4-2020, S. 288 abrufbar unter <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s42451-020-00191-9.pdf> (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).

11 Réthy, Was bleibt von einer Covid-19-Erkrankung?, Westfälische Rundschau Nr. 154 v. 6.7.2020.

12 Bürger, Spätfolgen von SARS-CoV-2: ‚Neuro-COVID‘ kann jeden Infizierten treffen, abrufbar unter <https://web.de/magazine/gesundheit/spaetfolgen-sars-cov-2-neuro-covid-infizierten-treffen-35014212> (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

13 The emerging spectrum of COVID-19 neurology: clinical, radiological and laboratory findings; abrufbar unter <https://academic.oup.com/brain/>

bei milden Verläufen<sup>14</sup> und bei COVID-Patienten, die vor ihrer Infektion vollkommen gesund waren.<sup>15</sup> Dass darüber hinaus schwere und chronische organische Krankheiten der Nährboden für darauf wurzelnde psychische Erkrankungen sein können, ist seit langem bekannt, so dass auch hier ein Risikopotential besteht.<sup>16</sup>

Aufgrund der Neuartigkeit des Krankheitsbildes lassen sich (noch) keine zuverlässigen Aussagen zu Langzeitauswirkungen und (irreversiblen) Folgeschäden durch die Erkrankung bzw. ihre Behandlung treffen.<sup>17</sup> Da es in der Natur der Sache liegt, dass die Erforschung dieser Umstände Zeit benötigt, werden hier noch lange viele Fragen unbeantwortet bleiben. Eindeutig ist aber, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen möglich sind, die weit über den für die Berufsunfähigkeitsversicherung wichtigen Zeitraum von mindestens sechs Monaten hinausgehen können und womöglich sogar lebenslang bestehen.

Langzeitschäden aufgrund einer intensivmedizinischen Behandlung – mit und ohne künstliche Beatmung – sind hingegen auf der Basis anderer Erkrankungen weitaus besser erforscht und nicht selten. Hier geht es vor allem um Spätveränderungen der Lunge<sup>18</sup> wie bspw. ein verringertes Lungenvolumen (mit der Folge, dass für diese Menschen oft schon leichte Bewegungen so belastend wie Leistungssport sind),<sup>19</sup> psychiatrische Erkrankungen wie Depressionen und posttraumatische Belastungsstörungen<sup>20</sup> und das sog. Delir als häufige psychische Folgeerkrankung, d.h. vereinfacht gesagt ein verändertes Bewusstsein bzw. eine gestörte Aufmerksamkeit oder auch psychosomatische Beeinträchtigungen.<sup>21</sup>

Aufgrund dieser Umstände ist bei Personen, die eine Berufsunfähigkeitsversicherung unterhalten, mit chronischen Gesundheitsbeeinträchtigungen zu rechnen, die zu vermehrten Leistungsanträgen führen werden. Betroffene Menschen, die noch keine Berufsunfähigkeitsversicherung abgeschlossen haben, dürften vereinfacht ausgedrückt, schwerer versicherbar sein, weshalb damit zu rechnen ist, dass sich künftig in Antragsfragebögen bei Abschluss der Versicherung Gesundheitsfragen nach durchgemachten COVID-19-Erkrankungen als Standard etablieren werden, um etwaige Risiken besser kalkulieren zu können. Solche Fragen sind ebenso wie Fragen nach anderen durchgemachten Erkrankungen, grundsätzlich zulässig, weil sie einen für die Risikoeinschätzung des Versicherers erheblichen Umstand betreffen.

## b) Psychische Störungen als Risikofaktor bei nicht an COVID-19 erkrankten Personen

Während diejenigen Umstände, die an COVID-19 erkrankte Personen betreffen, jedenfalls durch Abfrage entsprechender Daten bei künftigen Vertragsabschlüssen in die Risikokalkulation einbezogen werden können, stellen die möglichen psychischen Auswirkungen der Pandemie auf nicht infizierte eine „große Unbekannte“ dar. Dieses Thema ist deshalb von erheblicher Relevanz und Brisanz, weil psychische Erkrankungen schon vor der Pandemie statistisch die Hauptursache für Berufsunfähigkeit darstellten<sup>22</sup> und eine mögliche psychische Destabilisierung bei an sich bisher gesunden Menschen dazu führen könnte, dass das Produkt der Berufsunfähigkeitsversicherung in der bisherigen Form nicht mehr gewinnbringend kalkulierbar ist.

Allein in Deutschland leiden mindestens 40 % aller Menschen im Laufe ihres Lebens unter einer psychischen Erkrankung, dies ist auch eine der häufigsten Gründe für eine vorzeitige Berentung.<sup>23</sup> Psychische Störungen machen ungefähr ein Drittel der Berufsunfähigkeitsfälle aus, bei manchen Versicherern liegen hausintern noch deutlich höhere Zahlen vor.<sup>24</sup> In Deutschland sind jedes Jahr etwa 27,8 % der erwachsenen Bevölkerung von einer psychischen Erkrankung betroffen.<sup>25</sup> Das entspricht rd. 17,8 Mio. betroffenen Personen, von denen pro Jahr jedoch nur 18,9 % eine medizinische Behandlung nachfragen.<sup>26</sup> Die höchste 12-Monats-Prävalenz psychischer Erkrankungen – also die statistische Wahrscheinlichkeit, innerhalb eines Jahres solche Beschwerden zu bekommen – besteht in der Altersgruppe der 18- bis 34-Jährigen mit 36,7 %; bei den 35- bis 49-Jährigen sind es 28,5 % und bei den 50- bis 64-Jährigen immerhin

article/doi/10.1093/brain/awaa240/5868408 mit der vollständigen Studie als pdf (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).

- 14 SARS-CoV-2: Studie beschreibt breites Spektrum neurologischer Komplikationen, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/114536/SARS-CoV-2-Studie-beschreibt-breites-Spektrum-neurologischer-Komplikationen> (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).
- 15 *Bürger*, Spätfolgen von SARS-CoV-2: ‚Neuro-COVID‘ kann jeden Infizierten treffen abrufbar unter <https://web.de/magazine/gesundheits/spaetfolgen-sars-cov-2-neuro-covid-infizierten-treffen-35014212> (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).
- 16 *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 47 f.m.w.N.
- 17 Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Robert-Koch-Institut, Stand: 11.12.2020 abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText15](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText15) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).
- 18 *Mutz/Baum/Benzer/Koller/Kroesen*, Lungenfunktion nach abgeschlossener Beatmung in Lawin, Aktuelle Aspekte und Trends der respiratorischen Therapie, 1987, S. 205.
- 19 Corona: Folgeschäden bei leichtem Krankheitsverlauf abrufbar unter <http://www.ndr.de/ratgeber/gesundheits/Corona-Folgeschaden-Genesen-aber-nicht-gesund,coronavirus2394.html> (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).
- 20 Psychiatric and neuropsychiatric presentations associated with severe coronavirus infections: a systematic review and meta-analysis with comparison to the COVID-19 pandemic, abrufbar unter <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2215036620302030> mit der vollständigen Studie als pdf (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021); ausführlich zu weiteren Details *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020.
- 21 Ausführlich dazu mit weiteren Quellen *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 48 ff.
- 22 Ausführlich *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 1Rz. 90.
- 23 *Hausotter/Neuhaus*, Die Begutachtung für die private Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl. 2019, S. 217.
- 24 *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 33; zu Rückschlüssen aus Arbeitsunfähigkeitszeiten und möglichen Ursachen vgl. *Neuhaus*, ebenda, S. 34 f.
- 25 *Jacobi/Höfler/Strehle* u.a., (2014) Psychische Störungen in der Allgemeinbevölkerung. Studie zur Gesundheit Erwachsener in Deutschland und ihr Zusatzmodul „Psychische Gesundheit“ (DEGS1-MH). Nervenarzt 85:77–87; zitiert nach DGPPN (Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde) „Zahlen und Fakten der Psychiatrie und Psychotherapie“; abrufbar unter [https://www.dgppn.de/\\_Resources/Persistent/154e18a8cebe41667ae22665162be21ad726e8b8/Factsheet\\_Psychiatrie.pdf](https://www.dgppn.de/_Resources/Persistent/154e18a8cebe41667ae22665162be21ad726e8b8/Factsheet_Psychiatrie.pdf) (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).
- 26 *Mack/Jacobi/Gerschler* u.a. (2014), Self-reported utilization of mental health services in the adult German population-evidence for unmet needs? Results of the DEGS1-Mental Health Module (DEGS1-MH). International Journal of Methods in Psychiatric Research 23:289–303; zitiert nach DGPPN „Zahlen und Fakten der Psychiatrie und Psychotherapie“; abrufbar unter [https://www.dgppn.de/\\_Resources/Persistent/154e18a8cebe41667ae22665162be21ad726e8b8/Factsheet\\_Psychiatrie.pdf](https://www.dgppn.de/_Resources/Persistent/154e18a8cebe41667ae22665162be21ad726e8b8/Factsheet_Psychiatrie.pdf) (zuletzt abgerufen am: 3.1.2020).

noch 27,1 %.<sup>27</sup> Differenziert man die 12-Monats-Prävalenz nach dem sozioökonomischen Status (Bildungsabschluss, berufliche Stellung, Einkommen) liegt die Wahrscheinlichkeit im oberen Statusbereich bei 22 %, im mittleren bei 27,6 % und im unteren Bereich bei 37,9 %.<sup>28</sup> Ausmaß und Folgen von psychischen Störungen sind dabei höchst variabel: Einige Betroffene erkranken nur episodisch kurzzeitig über Wochen und Monate, andere längerfristiger; ca. 40 % sind chronisch, d.h. über Jahre oder gar von der Adoleszenz bis an ihr Lebensende, betroffen.<sup>29</sup>

Nunmehr stellt sich die Frage, ob diese ohnehin schon dramatischen Zahlen durch die Pandemie zunehmen werden. Der Zeitraum seit ungefähr März 2020 war und ist für einen Großteil der Bevölkerung bestimmt von Sorge, Ungewissheit und vielfach auch Angst. Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es bezogen auf die Gesamtbevölkerung niemals derart unvorhersehbare Zeiten und flächendeckende Begegnungen mit Ängsten. Selbst im weitesten Sinne ähnliche Ereignisse, die globale Auswirkungen hatten und Ängste erzeugten – das Reaktorunglück von Tschernobyl 1986, der 11.9.2001 und der Zusammenbruch der Großbank Lehmann Brothers im Jahr 2008 mit der folgenden Wirtschaftskrise – beschränkten sich letztlich doch auf gewisse Bevölkerungsgruppen und Lebensbereiche.

Es steht außer Frage, dass SARS-CoV-2 und die Maßnahmen zu seiner Eindämmung kollaterale Schäden im psychischen Bereich verursachen.<sup>30</sup> Infektionserkrankungen dieses globalen Ausmaßes, einhergehend mit den weitreichenden und allgegenwärtigen Maßnahmen und Einschränkungen sind für die Psyche eine sehr bedeutsame Belastung, denn diese außergewöhnliche Situation trifft die Psyche unvorbereitet, die Maßnahmen sind unvergleichlich, und es gibt keine gelernten Verhaltensmuster, auf die zurückgegriffen werden kann; zudem ist die Entwicklung der Situation mit den künftigen Folgen unvorhersehbar.<sup>31</sup> Bisher gefestigte und oft als selbstverständlich Lebens- und Gesellschaftsstrukturen erscheinen plötzlich instabil und vergänglich.<sup>32</sup> Die „Zweite Welle“ ab November 2020 mit aus dem Ruder gelaufenen Infektionszahlen und dem zweiten harten Lockdown ab dem 16.12.2020 nach einem Sommer, in dem immer öfter der Begriff „Corona-Müdigkeit“ auftauchte, steht als mahndendes Symbol für Unkalkulierbarkeit, Unvorsicht und unterschätzte persönliche Verantwortung, was ebenfalls zu weiterer Verunsicherung führt.<sup>33</sup> Über alledem schwebt sozusagen das Damoklesschwert einer drohenden Infizierung mit entsprechenden Sorgen und Ängsten um die eigene Gesundheit und die seiner Verwandten und Freunde. Wer infiziert ist, hat natürlich zusätzlich noch ganz andere Probleme. Unzählige Betroffene kämpfen mit gesundheitlichen Folgen einer Infektion, und die immense Zahl an Todesfällen<sup>34</sup> hat extremes Leid über viele Menschen gebracht. Und dann ist da auch noch die Jeden betreffende Ungewissheit, wie lange dies alles wohl noch dauert.

Um sich der Problematik weiter anzunähern, ist es hilfreich, kurz auf wichtige medizinische Faktoren einzugehen, die psychische Störungen begünstigen oder verursachen können: Psychische Erkrankungen sind grds. in organisch bedingte Störungen (z.B. Demenz, Chorea Huntington, Prion-Erkrankungen) und nicht organisch bedingte und damit verwandte Krankheitsbilder zu unterteilen. Für Letztere gilt grundsätzlich: Wenn Angst, Verunsicherung und Ohnmacht erlebt werden, ist das Stress- und Angstsystem im Körper aktiviert, der gesam-

te Organismus wird in Alarmbereitschaft versetzt. Überwiegend läuft dies unbewusst und nur bedingt steuerbar ab. Bei anhaltender Erregung können diese Prozesse wesentlich an der Entwicklung einer Angststörung beteiligt sein, insbesondere wenn die Persönlichkeit bereits durch lang anhaltende Belastungs- und Überforderungssituationen geprägt ist. Durch das hohe Stressniveau kann das Gefühl von Hilflosigkeit entstehen, und es entstehen Sorgen und Ängste, die Anforderungen nicht mehr bewältigen zu können (und ggf. den eigenen Leistungsansprüchen nicht gerecht zu werden). Das alles kann in Angststörungen und andere psychische Störungen münden.

Vor allem aus folgenden Gründen ist damit zu rechnen, dass die Corona-Pandemie als Brandbeschleuniger für psychische Erkrankungen und für ansteigende Fallzahlen in der Berufsunfähigkeitsversicherung wirkt:<sup>35</sup>

- Untersuchungen aus vorhergehenden Epidemien (Ebola 2014, SARS 2003) – teilweise unter Berücksichtigung von Kontaktbeschränkungen und der Isolation – weisen auf langfristige psychische Folgen hin,<sup>36</sup> und erste Studien aus China im Frühjahr 2020 bestätigen dies.<sup>37</sup>
- Quarantänemaßnahmen bei aktuellen schwerwiegenden Coronavirus-Ausbrüchen haben nach einem rapid review<sup>38</sup> von

27 *Jacobi/Höfler/Strehle* u.a. (2014), Psychische Störungen in der Allgemeinbevölkerung. Studie zur Gesundheit Erwachsener in Deutschland und ihr Zusatzmodul „Psychische Gesundheit“ (DEGS1-MH). *Nervenarzt* 85:77-87; entnommen dem Dossier „Psychische Erkrankungen in Deutschland: Schwerpunkt Versorgung – Eine Publikation der DGPPN“; erschienen Oktober 2018; abrufbar unter [https://www.dgppn.de/\\_Resources/Persistente/f80fb3f112b4eda48f6c5f3c68d23632a03ba599/DGPPN\\_Dossier%20web.pdf](https://www.dgppn.de/_Resources/Persistente/f80fb3f112b4eda48f6c5f3c68d23632a03ba599/DGPPN_Dossier%20web.pdf) (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).

28 *Jacobi/Höfler/Strehle* u.a. (2014), Psychische Störungen in der Allgemeinbevölkerung. Studie zur Gesundheit Erwachsener in Deutschland und ihr Zusatzmodul „Psychische Gesundheit“ (DEGS1-MH). *Nervenarzt* 85:77-87; entnommen dem Dossier „Psychische Erkrankungen in Deutschland: Schwerpunkt Versorgung – Eine Publikation der DGPPN“; erschienen Oktober 2018; abrufbar unter [https://www.dgppn.de/\\_Resources/Persistente/f80fb3f112b4eda48f6c5f3c68d23632a03ba599/DGPPN\\_Dossier%20web.pdf](https://www.dgppn.de/_Resources/Persistente/f80fb3f112b4eda48f6c5f3c68d23632a03ba599/DGPPN_Dossier%20web.pdf) (zuletzt abgerufen am: 3.1.2021).

29 *Wittchen*, Psychische Störungen in Deutschland und der EU – Größenordnung und Belastung, Abruf im Oktober 2012 unter [www.tu-dresden.de/epresse/psyche.pdf](http://www.tu-dresden.de/epresse/psyche.pdf).

30 *Bettel*, Premierminister des Großherzogtums Luxemburg, Grußwort in *Benoy*, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 8.

31 *Benoy* in *Benoy*, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 23.

32 Ausführlich dazu mit Beispielen *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 36 ff.

33 Mitten in dieser „Welle“ im Januar 2021 wurde dieser Beitrag verfasst.

34 50.642 Todesfälle, Stand: 22.1.2021, 00.00 Uhr; Quelle: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Fallzahlen.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html) (zuletzt abgerufen am: 23.1.2021).

35 Ausführlich, auch zu weiteren Gründen, *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 36 ff.

36 *Benoy* in *Benoy*, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 23, 25, 29.

37 *Benoy* in *Benoy*, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 26 mit Fallzahlen und weiterführenden Angaben.

38 Systematische wissenschaftliche Reviews mit einer strikten Systematik stellen den sog. Goldstandard für Evidenzsynthesen in der evidenzbasierten Medizin dar, ihre Erstellung benötigt aber oft Monate oder Jahre. In der Praxis brauchen Entscheidungsträger im Gesundheitswesen aber rasche Antworten. Rapid Reviews sind weniger umfassende, dafür aber schnellere Evidenzsynthesen.

13 Studien weitreichende negative Konsequenzen für die psychosoziale Gesundheit.<sup>39</sup>

- Die Pandemie erzeugt bei vielen Menschen permanente Angst und Verunsicherung: Angst vor persönlichen Beeinträchtigungen (Erkrankung, Folgeschäden, Tod), Gesundheitsschädigungen geliebter Menschen, Angst vor wirtschaftlichen Schäden, Verlust. Bei vielen Gewerbetreibenden, Arbeitnehmern und (Solo-)Selbstständigen herrschen Unsicherheit, Existenzangst und zum Teil auch wirtschaftliche Not, welche die Ängste befeuert – das Virus ist ein „Jobkiller“. Eine finanzielle Not ist wohl der größte Risikofaktor für anhaltendes psychisches Leiden bei Epidemien.<sup>40</sup> Infektionsängste sind bei medizinischen Personal und ihren Familien besonders ausgeprägt und führen zu belastenden Spannungen.<sup>41</sup> Hinzu kommen Zukunftsängste individueller Art (Arbeitsplatz, Wohlstand), aber auch generell in Bezug auf das Vertrauen in gefestigte allgemeine Strukturen wie Demokratie, Rechtsstaat und wirtschaftliches Wohl. Nach mehreren Wochen Corona-Erduldung äußerte jeder fünfte „häufige Angst vor dem, was kommen wird“.<sup>42</sup> Widersprüchliche Meinungen und Empfehlungen einzelner Fachexperten in den öffentlichen Medien über notwendige Verhaltensweisen und -maßnahmen können zur Verunsicherung hinsichtlich der eigenen Risikoeinschätzung beitragen.<sup>43</sup> „Querdenker“ und „Verschwörungstheoretiker“ schüren mit dystopisch anmutenden Zukunftsvisionen wie einer dauerhaften Einschränkung der Grundrechte bei manchen Personen weitere Ängste und Verunsicherungen.<sup>44</sup>
- Die sich in alle Lebensbereiche erstreckenden und von bisherigen Lebensgewohnheiten teils drastisch abweichenden Basismaßnahmen (Kontaktvermeidung, Abstand halten, Desinfektion, Mund-Nasen-Schutz tragen usw.) führen zu einer anhaltenden Erhöhung des Stresslevels mit einer erhöhten Anfälligkeit für Stressfolgeerkrankungen wie Angst- und Somatisierungsstörungen, posttraumatischen Belastungsstörungen, Depressionen und Suchterkrankungen.<sup>45</sup>
- Bei Menschen, die ohnehin beim Ausbruch der Pandemie bereits an psychischen Erkrankungen litten, führt der Ausnahmezustand zu stärkeren subjektiven Belastungen.<sup>46</sup>
- Die sich bei manchen Bürgern zeigende Wut in Form von Verschwörungstheorien, Leugnen oder Herabspielen der realen Situation („nicht schlimmer als eine Grippe“) und dystopisch erscheinenden Visionen eines allmächtigen und totalitären Staates könnten in Einzelfällen ein „Durchgangsstadium“ zu psychischen Erkrankungen sein. In der Fachliteratur wird eine solche reaktive und gegen Dritte gerichtete Wut als Stadium einer Entwicklung bis hin zu Depressionen beschrieben.<sup>47</sup>
- Ob die zunehmende Home-Office-Arbeit eine größere psychische Belastung erzeugt, wird diskutiert.<sup>48</sup> Zusammengefasst können sowohl positive als auch negative Effekte von Home-Office auf die Produktivität und auf die Gesundheit festgestellt werden.<sup>49</sup>
- Ebenfalls diskutiert wird, ob die Pandemie sozusagen bei Kindern und Jugendlichen, die die künftigen Kunden von Berufsunfähigkeitsversicherern sein werden, den Grundstein für psychische Störungen legt.<sup>50</sup>

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es wichtige und vor allem viele Indizien dafür gibt, dass die Zahl psychischer Erkrankungen durch die Pandemie im Allgemeinen zunehmen wird und dann im Speziellen auch im Bereich der Berufsunfähigkeitsversicherung. Daher ist anzunehmen, dass die Pandemie gravierende und vor allem langfristige Auswirkungen auf die Berufsunfähigkeitsversicherung hat. Ob dies auch zu Änderungen des Produkts, etwa zu einer Verteuerung oder Einführung von bestimmten Risikoausschlüssen führen wird, ist derzeit offen.<sup>51</sup> Da es am Markt aber bereits Versicherungen mit Ausschluss von psychischen Erkrankungen gibt, dürfte der „Anschub“ durch die Corona-Krise prognostisch dazu führen, dass diese Nischenprodukte mehr in den Vordergrund rücken und eine gewisse „grundsätzliche Zweigleisigkeit“ – einerseits das Angebot einer Berufsunfähigkeitsversicherung mit dem klaren Ausschluss sämtlicher psychischer Störungen als Basis-Tarif und andererseits der „Top“-Tarif mit vollumfänglicher Absicherung gegen sämtliche Krankheiten – zum Standard werden könnte.

### c) Infektionsklauseln und „mittelbare“ Berufsunfähigkeit durch Berufsverbot oder Quarantäne

Ist die Berufsausübung dem Versicherten gesundheitlich noch im erforderlichen Umfang möglich – die Covid-19-Infektion ist noch symptomlos, oder Symptome sind nur schwach –, wird ihm aber behördlich die Berufsausübung untersagt, liegt rein definitionsmäßig – auch wenn es vielleicht im Einzelfall ethisch bedenklich erscheint – objektiv keine Unfähigkeit vor,

39 Röhr/Müller u.a., Psychosoziale Folgen von Quarantänemaßnahmen bei schwerwiegenden Coronavirus-Ausbrüchen: ein Rapid Review, *Psychiatrische Praxis* 2020; 47(04): 179–189; abrufbar unter <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/html/10.1055/a-1159-5562> (zuletzt abgerufen am: 4.1.2021).

40 Benoy in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 31.

41 Benoy in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 28.

42 Westfälische Rundschau Nr. 95 vom 23.4.2020 mit Bezugnahme auf diverse Umfragen.

43 Wolff/Walter in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 36.

44 Wolff/Walter in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 36.

45 Wolff/Walter in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 36.

46 Frank/Hörmann u.a., Psychisch krank in Krisenzeiten: Subjektive Belastungen durch COVID-19, *Psychiatrische Praxis* 2020; 47(05): 267–272; abrufbar unter <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1179-4230> (zuletzt abgerufen am: 4.1.2021).

47 Žižek, Wir Verdrängungskünstler: wie das Coronavirus uns verändert, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/feuilleton/slavoj-zizek-wie-uns-das-corona-virus-veraendert-ld.1542809> (zuletzt abgerufen am: 4.1.2021).

48 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 53 ff.m.w.N.

49 Weichbrodt/Schulze in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 93 mit diversen Erklärungsmodellen.

50 Stadler in Benoy, COVID-19 – Ein Virus nimmt Einfluss auf unsere Psyche, 2020, S. 93 mit diversen Erklärungsmodellen; s. dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 55 f.

51 Ausführlich zu den Auswirkungen der Pandemie auf die Kalkulation und den Vertrieb von Berufsunfähigkeit-Tarifen Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 188 ff.

weiter zu arbeiten. Der Betroffene kann eigentlich physisch noch arbeiten, er darf es aber nicht mehr, um die Ansteckung anderer Personen zu vermeiden. Das ist auch dann der Fall, wenn der Betroffene unter Quarantäne gestellt wird.

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, ist zunächst zu prüfen, ob der Berufsunfähigkeitsvertrag eine sog. Infektionsklausel enthält, die diesen Fall zugunsten des Versicherten regelt. Manche Versicherer bieten ergänzend zu den „Standarddefinitionen“ der Berufsunfähigkeit Zusatzklauseln an, durch die die Definition der Berufsunfähigkeit erweitert oder ergänzt wird. Dazu gehören sog. Infektionsklauseln. Diese (bisher) oft auf bestimmte Berufsgruppen wie Heilberufler beschränkten Klauseln regeln (vereinfacht formuliert), dass auch im Fall bestimmter behördlicher Maßnahmen wegen einer Infektionsgefahr eine bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit vorliegen kann.

Solche Maßnahmen, die bisher in der Berufsunfähigkeitsversicherung eine völlig untergeordnete Rolle spielten, sind im Infektionsschutzgesetz (IfSG) geregelt, das durch die SARS-CoV-2-Pandemie in den Aufmerksamkeitsfokus gerückt ist. Das IfSG definiert die meldepflichtigen Krankheiten und Verdachtsmomente und enthält die rechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Anordnung behördlicher Maßnahmen. § 6 IfSG formuliert einen Katalog der meldepflichtigen Krankheiten, in den das Coronavirus 2020 aufgenommen worden ist. § 16 IfSG enthält eine Generalermächtigung für die zuständige Behörde, im Fall des Auftretens einer übertragbaren Krankheit alle notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren zu treffen. Nach § 31 IfSG kann die zuständige Behörde Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und sog. „Ausscheidern“ die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagen (berufliches Tätigkeitsverbot). Dies gilt auch für sonstige Personen, die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht. § 56 IfSG regelt, wie der Arbeitnehmer, über den ein behördliches Arbeitsverbot verhängt wurde, entschädigt wird.

Vertragsklauseln, die sich auf Maßnahmen des IfSG beziehen, können bspw. wie folgt lauten:

„Berufsunfähigkeit liegt auch vor, wenn die zuständige Behörde gegenüber der versicherten Person wegen einer Infektion oder wegen einer Fremdgefährdung aufgrund einer Infektion ein vollständiges Tätigkeitsverbot ausspricht. Das Tätigkeitsverbot muss sich über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten erstrecken ...“

„Wenn die versicherte Person infolge eines Tätigkeitsverbots, das von der zuständigen Gesundheitsbehörde ausschließlich aus medizinischen Gründen nach § 31 Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG) ausgesprochen wurde, voraussichtlich 6 Monate ununterbrochen außerstande ist oder bereits 6 Monate ununterbrochen außerstande gewesen ist, ihren Beruf auszuüben und sie auch keine andere Tätigkeit ausübt, die ihrer bisherigen Lebensstellung (siehe Ziffer ...) entspricht, so liegt von Beginn an eine vollständige Berufsunfähigkeit vor.“

Solche Klauseln werden üblicherweise als Ergänzung zu den normalen Klauseln, die den Begriff der Berufsunfähigkeit regeln, vereinbart. Ähnlich wie bei sog. Beamtenklauseln<sup>52</sup> löst bereits die behördliche Anordnung bzw. Verfügung eine bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit aus, weil eine tatsächlich bestehende Einschränkung der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit nicht erforderlich ist. Von dem Versicherten kann ohne entsprechende Regelung in den Bedingungen nicht verlangt werden, dass er den behördlichen Verwaltungsakt mit den theo-

retisch zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln angreift; auch der rechtswidrige Verwaltungsakt kann deshalb zur Berufsunfähigkeit führen.<sup>53</sup>

Wird nach § 31 IfSG Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und sog. „Ausscheidern“ die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagt (berufliches Tätigkeitsverbot), liegen in der Regel die Voraussetzungen der Infektionsklausel vor, sofern die vereinbarte Mindestdauer erreicht wird. Wird der Versicherte „nur“ nach § 30 IfSG unter Quarantäne gestellt (ohne Ausspruch eines konkreten Berufsverbots), kommt dies bei vielen Berufen (man denke nur an Ärzte) faktisch einer Untersagung der beruflichen Tätigkeit gleich. Da die Klauseln aber ausdrücklich ein behördlich angeordnetes Tätigkeitsverbot verlangen (teilweise mit ausdrücklicher Bezugnahme auf § 31 IfSG) und dies ein gesondert im IfSG geregelter Tatbestand ist, reichen Quarantänemaßnahmen grundsätzlich nicht aus, um zu einer Berufsunfähigkeit im Sinne der Infektionsklausel zu führen. Verwendet die Klausel nur den Begriff „Tätigkeitsverbot“ ohne sich ausdrücklich auf § 31 IfSG zu beziehen, spricht viel dafür, dass aus Sicht eines durchschnittlichen VN, auf dessen Sichtweise es bei der Auslegung nach gefestigter Rechtsprechung ankommt,<sup>54</sup> alle behördlichen Maßnahmen, die dazu führen, dass der bisherige Beruf faktisch nicht mehr ausgeübt werden kann, dem im Klauseltext geforderten Verbot der Berufsausübung entsprechen.

Bei COVID-19-Erkrankungen werden Infektionsklauseln aller Voraussicht nach keine besondere Rolle spielen, weil die erforderliche Mindestdauer der behördlichen Maßnahme (in der Regel sechs Monate) nicht erreicht wird, da sich die Maßnahmen am Verlauf der Erkrankung und der Infektiosität orientieren. Es ist zwar noch nicht abschließend geklärt, wie lange jemand, der mit SARS-CoV-2 infiziert ist, andere Personen anstecken kann, nach medizinischen Studien ist aber bei einer milden bzw. moderaten Erkrankung die Infektionsgefahr später als 10 Tage nach Symptombeginn unwahrscheinlich, und bei schwer erkrankten Patienten, immungeschwächten Personen und wenigen Einzelfällen wird von einer Infektiosität bis maximal 20 Tage nach Symptombeginn ausgegangen.<sup>55</sup> Zwar konnte beobachtet werden, dass bei Patienten noch Wochen nach Symptombeginn geringe Mengen Virusgenom in Proben aus den Atemwegen nachweisbar war, allerdings wird dies derzeit nicht mit einer Ansteckungsgefahr gleichgesetzt.<sup>56</sup> Selbst wenn

52 Ausführlich dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 209 ff.; Dörner in Langheid/Wandt, MünchKommVVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 91 ff.; Lücke in Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 2 AVBBU Rz. 112 ff.

53 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 80.

54 Statt vieler: BGH v. 18.10.2017 – IV ZR 188/16, VersR 2017, 1386; BGH v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14, VersR 2017, 469; BGH v. 16.11.2016 – IV ZR 356/15, VersR 2017, 85 (BUZ); BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3Neuhaus.

55 Kleist/Ruehe/Oh u.a., Abwägung der Dauer von Quarantäne und Isolierung bei COVID-19, Epidemiologisches Bulletin 39/2020 v. 24.9.2020, S. 3–11 abrufbar unter [https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6984/EB-39-2020-Austausch\\_Abw%C3%A4gung%20der%20Dauer%20von%20Quarant%C3%A4ne%20und%20Isolierung.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6984/EB-39-2020-Austausch_Abw%C3%A4gung%20der%20Dauer%20von%20Quarant%C3%A4ne%20und%20Isolierung.pdf?sequence=4&isAllowed=y) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

56 Kleist/Ruehe/Oh u.a., Abwägung der Dauer von Quarantäne und Isolierung bei COVID-19, Epidemiologisches Bulletin 39/2020 v. 24.9.2020,

man also von dem ungünstigsten denkbaren Fall einer Infektiosität von mehreren Wochen ausgeht, dürften bei COVID-19 Tätigkeitsverbote oder auch andere Maßnahmen von mehreren Monaten unwahrscheinlich sein (wobei niemand sagen kann, ob sich dies nicht durch Virus-Mutationen ändern könnte).

Enthält der Versicherungsvertrag keine Infektionsklausel und wird der Versicherte behördlichen Zwangsmaßnahmen unterworfen, die ihm die weitere Berufsausübung unmöglich machen, stellt sich die Frage, ob allein dadurch Berufsunfähigkeit eintreten kann. Da die erforderliche Mindestdauer einer Berufsunfähigkeit – soweit ersichtlich – marktüblich sechs Monate beträgt (6-Monatsklausel für in der Vergangenheit tatsächlich bestehende Berufsunfähigkeit), wird COVID-19 auch in solchen Fällen wohl keine praktische Rolle spielen. Weil dies aber nicht völlig ausgeschlossen werden kann, sollen die entsprechenden Grundsätze kurz erläutert werden. Ist der Versicherte, dem ein Tätigkeitsverbot erteilt wird, rein objektiv noch arbeitsfähig, so ist die Berufsunfähigkeit eigentlich nicht gegeben, da der Betroffene etc. aufgrund seines Gesundheitszustands noch arbeiten kann, es aber öffentlich-rechtlich nicht mehr darf. Bei dieser „mittelbaren“ Berufsunfähigkeit handelt es sich um einen Grenzfall. Da in diesen Fällen auf die vertragliche Definition der Berufsunfähigkeit zurückzugreifen ist und dort keine Einschränkung dahin gehend besteht, dass es um Tätigkeitsverbote geht, kommen letztlich alle kausal auf dem Gesundheitszustand basierenden behördlichen Maßnahmen, also nicht nur das Berufsverbot, sondern auch die Quarantäne in Betracht. Das gilt auch für den Fall, dass der Betroffene nur als Kontaktperson eines Infizierten isoliert wird, da auch dies letztlich auf dem individuellen Gesundheitszustand des Betroffenen basiert, der als mögliche weitere Infektionsquelle angesehen wird.

Ist der Betroffene (noch) nicht oder nicht schwer erkrankt, so liegen keine Leistungseinschränkungen für die berufliche Tätigkeit vor, weshalb es eigentlich an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Krankheit und der Unfähigkeit, den Beruf weiter auszuüben, fehlt (die meisten Bedingungen formulieren hier, dass diese Unfähigkeit „infolge“ Krankheit eintreten muss). Nach der im Zivilrecht dominierenden Adäquanztheorie fehlt die Adäquanz des Ursachenzusammenhangs in solchen Fällen, in denen der Zusammenhang nur rein zufällig ist und der eigentümliche Gefahrenbereich der Ursache für die Folge gar nicht ursächlich gewesen sein kann.<sup>57</sup> Führt nun die SARS-CoV-2-Infektion oder auch nur der Verdacht dieser Infektion (und damit eine „schlummernde“ Krankheit) zu einem Berufsverbot oder Maßnahmen, die faktisch einem Berufsverbot entsprechen, so ist der Zusammenhang kein rein zufälliger, denn wenn im Gesetz bereits eine Rechtsfolge für einen konkreten Tatbestand, also hier den Gefahrenbereich „ansteckende Erkrankung“ geregelt ist, tritt die Folge nicht nach Belieben, sondern gewollt und grds. ohne Ausnahme ein.<sup>58</sup> Der Betroffene wird kausal „infolge“ der Krankheit unfähig zu arbeiten, denn ohne die Krankheit gäbe es kein Berufsverbot. Daher ist auch bei nur mittelbarer Berufsunfähigkeit ausnahmsweise der Leistungsfall zu bejahen, wenn die sonstigen Voraussetzungen (Dauerhaftigkeit etc.) vorliegen.

## d) Vorbeugende Arbeitsniederlegung, Raubbau und Berufsunfähigkeit

Eine besondere Situation liegt vor, wenn ein Versicherter vorsorglich die berufliche Tätigkeit einstellt, um sich nicht dem Risiko einer COVID-19-Erkrankung auszusetzen. Hier sind zahlreiche Ausgangssituationen denkbar, beginnend etwa mit bloßen hypochondrischen Ängsten ohne objektiv bestehende Anhaltspunkte und endend mit berechtigten Sorgen wegen subjektiv deutlich erhöhtem Risiko einer Infektion oder eines gravierenden Krankheitsverlaufs oder sogar einer konkreten ärztlichen Empfehlung, wegen eines Infektionsrisikos nicht weiter zu arbeiten. In der Presse wurde hier insbesondere von vorerkrankten (aber nicht infizierten) Lehrern berichtet, die sich weigerten, den Präsenzunterricht auszuführen.

Nach den Versicherungsbedingungen ist das bloße Risiko, wegen einer künftig möglicherweise eintretenden Krankheit berufsunfähig zu werden, nicht versichert. Die Berufsunfähigkeitsversicherung ist nach ihrem Sinn und Zweck keine „Vorbeuge-Versicherung“ zur Erhaltung der beruflichen Leistungskraft.<sup>59</sup> Das folgt aus dem Sinn und Zweck der Berufsunfähigkeitsversicherung, die einen sozialen Abstieg des Versicherten im Arbeitsleben und in der Gesellschaft durch Erbringung der vereinbarten Leistungen verhindern soll.<sup>60</sup> Der Berufsunfähigkeitsversicherer hat jedoch gegenüber dem Versicherten nicht etwa soziale Aufgaben zu erfüllen und ist in keiner Weise verpflichtet, einen sozialen und auch keinen gesundheitlichen Abstieg des Versicherten zu verhindern, sondern allein dazu, an den Anspruchsberechtigten die vereinbarten Leistungen zu erbringen. Er muss daher nur dann leisten, wenn der bedingungsgemäße Grad der Berufsunfähigkeit tatsächlich erreicht ist und die Leistungsfähigkeit bereits entsprechend entfallen ist. Daraus folgt, dass eine vorbeugende Arbeitseinstellung keine Berufsunfähigkeit begründen kann, weil (so hart das auch klingt) noch nicht einmal die Grundvoraussetzung einer Krankheit (Infektion), geschweige denn infektionsbedingte Leistungseinschränkungen vorliegen.

Mit dieser Argumentation scheint sich die Frage, ob eine vorbeugende Berufseinstellung, die die erforderliche Mindestdauer der Berufsunfähigkeit erreicht (in der Regel sechs Monate), eine Berufsunfähigkeit auslösen kann, also leicht verneinen zu

S. 3–11 abrufbar unter [https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6984/EB-39-2020-Austausch\\_Abw%3%a4gung%20der%20Dauer%20von%20Quarant%3%a4ne%20und%20Isolierung.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6984/EB-39-2020-Austausch_Abw%3%a4gung%20der%20Dauer%20von%20Quarant%3%a4ne%20und%20Isolierung.pdf?sequence=4&isAllowed=y) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021); Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Robert-Koch-Institut, Stand: 11.12.2020 abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText15](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText15) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

57 BGH v. 23.9.1998 – IV ZR 1/98, VersR 1998, 1410; OLG Celle v. 31.8.2005 – 8 U 60/05, VersR 2006, 394 zur Frage, ob ein Leistungsausschluss greift, wenn die eingetretene Berufsunfähigkeit lediglich eine mittelbare Folge begangenen Straftaten ist.

58 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 86.

59 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 1Rz. 42, Kap. 6Rz. 14, 133; Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 67.

60 Zu Sinn und Zweck der BUV; BGH v. 7.12.2016 – IV ZR 434/15, VersR 2017, 147; BGH v. 8.2.2012 – IV ZR 287/10 VersR 2012, 427 Rz. 14; OLG Saarbrücken v. 3.12.2014 – 5 U 17/14, VersR 2015, 1365; Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 1Rz. 36 ff.

lassen. Folgende Ausnahmefälle müssen aber diskutiert werden:

Wenn bereits die Angst vor der Infektion einen eigenen Krankheitswert hat und letztlich zur Unfähigkeit führt, den Beruf auszuüben, kann Berufsunfähigkeit eintreten. Hier geht es dann allerdings nicht um eine vorübergehende Einstellung, denn Krankheit im Sinne der Versicherungsbedingungen ist dann die schon bestehende psychische Beeinträchtigung.

Praktisch relevanter dürften Fälle des sog. Raubbaus an der Gesundheit sein. Dies bedeutet zum einen, dass der Versicherte physisch oder psychisch zur Weiterarbeit bereits objektiv nicht mehr in der Lage ist, sich aber subjektiv überfordert und weiterarbeitet.<sup>61</sup> Manchmal setzen Versicherte, besonders Selbstständige, trotz eigentlich bereits bestehender Berufsunfähigkeit ihre Berufstätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen fort oder auch weil sie sich ihrer Familie und ihren Mitarbeitern gegenüber dazu verpflichtet fühlen. Hier geht es vor allem um Berufe, die einen hohen persönlichen Einsatz erfordern, ohne den der Betrieb nicht weiter bestehen kann, etwa bei kleinen Handwerksbetrieben oder Solo-Selbstständigen.

Zum anderen bedeutet Raubbau aber auch, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen ernsthaft zu befürchten sind<sup>62</sup> bzw. der Betroffene den an sich bereits zur Berufsunfähigkeit führenden Gesundheitszustand durch geeignete Maßnahmen „im Griff“ hat, aber eine Weiterarbeit (sog. überobligationsmäßiges Verhalten) diesen erheblich gefährden und Berufsunfähigkeit herbeiführen würde. Hier wird der Versicherte durch „Hilfsmittel“ (Einnahme eines risikoreichen Medikaments, eventuell auch Geldinvestitionen) physisch oder psychisch objektiv in die Lage versetzt, weiter arbeiten zu können.<sup>63</sup> Die Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit kann in solchen Fällen nach der Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise dann unzumutbar sein, wenn „ernsthafte weitere Gesundheitsgefahren drohen“.<sup>64</sup>

### Beispiel

Ein Schweißler, der Marcumar<sup>65</sup>-Patient ist, muss auf Leitern und Gerüsten i.H.v. bis zu 6 m arbeiten, so dass bei einem Sturz die Gefahr innerer Blutungen und eines Verblutens besteht.<sup>66</sup>

Ausgehend von dieser Rechtsprechung stellt sich die Frage, ob Versicherte, die bspw. ausschließlich durch Einnahme von Medikamenten ihre berufliche Leistungsfähigkeit aufrechterhalten, bei einer vorbeugenden Berufseinstellung aufgrund eines Infektionsrisikos Ansprüche auf Berufsunfähigkeitsleistungen haben könnten. Damit geht es bspw. um durch eine Infektion mit SARS-CoV-2 besonders gefährdete Personen. Eine COVID-19-Erkrankung ist für bestimmte Personengruppen mit einem höheren Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf besonders gefährlich.<sup>67</sup> So steigt das Risiko einer schweren Erkrankung ab 50 bis 60 Jahren stetig mit dem Alter an, was aber für die Berufsunfähigkeitsversicherung nur eine eingeschränkte Relevanz hat, weil diese grundsätzlich mit Eintritt des Rentenalters endet. Ferner geht es um Personen mit verschiedenen Grunderkrankungen wie z.B. Herzkreislauferkrankungen, Diabetes, Erkrankungen des Atmungssystems, der Leber, der Niere, Krebserkrankungen. Faktoren wie Rauchen oder Adipositas scheinen das Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf zu erhöhen. Für Patienten mit unterdrücktem Immunsystem (z.B.

aufgrund einer Erkrankung, die mit einer Immunschwäche einhergeht, oder wegen Einnahme von Medikamenten, die die Immunabwehr unterdrücken, wie z.B. Cortison) besteht ein höheres Risiko. Liegen mehrere vorgenannte Umstände kombiniert vor, potenziert sich das Risiko. Dies verdeutlicht, dass zahlreiche der etwa 15 Mio. gegen Berufsunfähigkeit versicherten VN<sup>68</sup> von vornherein mehr oder weniger als COVID-19-Risikopatienten eingestuft werden können.

Der BGH hat entschieden, dass bei solchen hypothetischen Verläufen für die Annahme eines überobligationsmäßigen Verhaltens zwei Voraussetzungen erforderlich sind:<sup>69</sup> Zum einen muss eine hohe Wahrscheinlichkeit des Kausalverlaufs mit einem Mindestmaß an Prognosesicherheit im Sinne einer rational begründbaren Vorhersehbarkeit bestehen und zum anderen muss dieser in einem Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen und darf nicht primär auf einem allgemeinen Lebensrisiko beruhen.<sup>70</sup> Bei dem Marcumar-Patienten hat der BGH diese Voraussetzungen verneint, weil nur ein „allgemeines“ und nicht prognostizierbares Risiko bestand, von der Leiter zu stürzen und dies eher ein allgemeines Lebensrisiko, nicht aber ein spezifisches Berufsrisiko darstellt. Überträgt man dies auf die Befürchtung eines tatsächlich zur Risikogruppe gehörenden Versicherten, sich mit COVID-19 zu infizieren, ergibt sich, dass die Gefahr einer Infektion in aller Regel abstrakt sein wird und das erforderliche Mindestmaß an Prognosesicherheit in den meisten Fällen ausscheidet. Das Infektionsrisiko und auch der mögliche schwere Verlauf der Erkrankung wird in aller Regel gerade nicht arbeitsplatzbezogen sein, sondern gehört vielmehr zum allgemeinen Lebensrisiko. Daher kann die vorbeugende Arbeitseinstellung in Arbeitssituationen, die kein deutlich erhöhtes Infektionsrisiko beinhalten, grundsätzlich keine Berufsunfähigkeit begründen.<sup>71</sup>

61 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 6Rz. 104; vgl. BGH v. 11.10.2000 – IV ZR 208/99, VersR 2001, 89 unter II 1.

62 BGH v. 11.10.2000 – IV ZR 208/99, VersR 2001, 89 unter II 1.

63 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 6Rz. 105.

64 BGH v. 11.7.2012 – IV ZR 5/11, VersR 2012, 1547; ebenfalls angesprochen von BGH v. 11.10.2000 – IV ZR 208/99, VersR 2001, 89 unter II 1; BGH 27.2.1991 – IV ZR 66/90, VersR 1991, 450 unter 2b.

65 Dies ist ein blutverdünnendes Medikament.

66 Fall des OLG Saarbrücken v. 8.12.2010 – 5 U 8/10, OLG Saarbrücken v. 8.12.2010 – 5 U 8/10-1, VersR 2011, 1166 = jurisPR-VersR 8/2011 Anm. 3Neuhaus und BGH v. 11.7.2012 – IV ZR 5/11, VersR 2012, 1547 (Revisionsverfahren): Raubbautätigkeit verneint.

67 Ausführlich dazu: Robert Koch Institut, Informationen und Hilfestellungen für Personen mit einem höheren Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/Inf/AZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikogruppen.html](https://www.rki.de/DE/Content/Inf/AZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

68 Die GDV-Statistik weist für das Jahr 2017 rd. 4,47 Mio. Hauptversicherungen sowie 12,3 Mio. Zusatzversicherungen aus; laut Statistischem Bundesamt gibt es in gut 30 % der Erwerbstätigen-Haushalte eine private Berufsunfähigkeitsversicherung. Da manche VN mehrere Versicherungen unterhalten, dürfte die geschätzte Zahl von 15 Mio. Personen realistisch sein.

69 BGH v. 11.7.2012 – IV ZR 5/11, VersR 2012, 1547.

70 Fall des OLG Saarbrücken v. 8.12.2010 – 5 U 8/10, OLG Saarbrücken v. 8.12.2010 – 5 U 8/10-1, VersR 2011, 1166 = jurisPR-VersR 8/2011 Anm. 3Neuhaus und BGH v. 11.7.2012 – IV ZR 5/11, VersR 2012, 1547 (Revisionsverfahren).

71 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 70.

Anders kann dies aber sein, wenn besondere Umstände zusammentreffen, nämlich der medizinisch begründete Status des Versicherten als Risikopatient und gleichzeitig ein erhöhtes, also über dem „Durchschnittsfall“ liegendes und arbeitsplatzbezogenes Infektionsrisiko. Ist also der Versicherte bspw. über 50 Jahre alt *und* an Diabetes erkrankt *und* arbeitet in einem Bereich mit einem hohen Risiko, sich selbst zu infizieren (etwa Umgang mit infektiösen Patienten im Krankenhaus), erscheint es angemessen, ganz ausnahmsweise von einer mittelbaren Berufsunfähigkeit durch echten Raubbau bei einer Weiterarbeit auszugehen.<sup>72</sup> Voraussetzung ist aber auch hier, dass die Mindestdauer der Berufsunfähigkeit erreicht wird. Zudem ist es zur Vermeidung von Missbrauchsfällen zwingend erforderlich, dass ein Arzt den konkreten Gesundheitszustand mit mehr als nur pauschalen Angaben attestiert und dies auf Anforderung weiter plausibel gemacht wird.

### III. Vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung

Für den Abschluss von Berufsunfähigkeitsversicherungen sind Gesundheitsangaben von entscheidender Bedeutung, weshalb bei Beantragung der Versicherung üblicherweise ausführliche Gesundheitsfragen gestellt werden. Eine durchgemachte COVID-19-Erkrankung ist auch bei augenscheinlicher Ausheilung und einfachem Verlauf wegen der nicht auszuschließenden und noch nicht beurteilbaren Folgeschäden für den Versicherer offenkundig gefahrerheblich, so dass es im Streitfall auf die Aufdeckung der Risikoprüfungsgrundsätze nicht ankommt. Ob und in welchem Umfang die Infektion und deren begleitende Umstände (Arztbesuche, Krankenhausaufenthalte etc.) anzeigepflichtig sind, richtet sich nach den vom Versicherer gestellten Gesundheitsfragen.

Wenn bei der Antragsstellung ausdrücklich nach einer solchen Infektion gefragt wird, müssen selbstverständlich auch Angaben gemacht werden. Manche Versicherer verwenden bereits als Ergänzung zu den üblichen Fragebögen Zusatzfragebögen für Corona. Fehlt im Antragsformular eine ausdrückliche Gesundheitsfrage nach einer SARS-CoV-2-Infektion bzw. COVID-19-Erkrankung, kommt es darauf an, ob die Erkrankung durch die dortigen Gesundheitsfragen erfasst wird. Eine (generelle) Frage nach Infektionen (etwa mit den Beispielen Tuberkulose, Malaria) muss bei einer durchgemachten SARS-CoV-2-Infektion bejaht werden, und zwar auch dann, wenn die tatsächlichen Beschwerden harmlos waren und für sich gesehen als Bagatellen bezeichnet werden könnten.<sup>73</sup> Viele Antragsformulare fragen „Krankheiten, Störungen oder Beschwerden“ ab und differenzieren dann nach verschiedenen Bereichen, etwa Herz/Kreislauf, Magen/Darm oder Bewegungsapparat mit entsprechenden Beispielen. Hat die Infektion Auswirkungen in einem dieser abgefragten Bereiche gehabt, muss die entsprechende Frage bejaht werden, und zwar wegen der nicht auszuschließenden langfristigen Schäden auch dann, wenn die Beschwerden nur gering waren und für sich gesehen als Bagatelle zu bewerten wären.<sup>74</sup> Die möglichen Langzeitfolgen sind mittlerweile auch so oft Thema in den Medien gewesen, dass sich ein Antragsteller nicht mit einem fehlenden Bewusstsein solcher Folgen exkulpieren kann. Fallen die Gesundheitsbeeinträchtigungen, die der Antragsteller infolge der Erkrankung hatte, nicht unter Detailfragen, so muss er diese zumindest bei einer (sinngemäß so formulierten) Frage nach sonstigen Krankheiten etc., die nicht von den anderen Fragen erfasst werden, angeben.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind bei Antragsfragen nach Krankheiten, Störungen und Beschwerden als lebensnahes Regulativ zu einer „unendlichen“ Anzeigepflicht Bagatellen ausnahmsweise nicht anzeigepflichtig.<sup>75</sup> Nur wenn es auch für einen medizinischen Laien klar und eindeutig um eine harmlose Beeinträchtigung ohne die Möglichkeit von Folgen handelt, wird man eine Bagatelle als Ausnahme von der Regel bejahen können; Maßstab dafür ist das „Normale“ bzw. das „Gewöhnliche“.<sup>76</sup> Bei einer Infektion mit SARS-CoV-2 lässt sich allerdings eine solche Bewertung als Bagatelle wegen der nicht auszuschließenden Folgeschäden selbst dann nicht treffen, wenn die konkreten Beschwerden sehr gering gewesen sein sollten.<sup>77</sup> Auf die akuten Auswirkungen kommt es deshalb nicht an, entscheidend ist das „Ob“ der Infektion. Selbst wenn also harmlose Auswirkungen wie etwa ein kurzzeitiger Husten ohne erhebliche Beeinträchtigungen des gesamten Wohlbefindens eine Bagatelle und damit keine Beschwerden im Sinne der Gesundheitsfragen wären, würde die zugrunde liegende Infektion durch die abgefragten Krankheiten bzw. Störungen erfasst.

Werden Arzt- oder Krankenhausbehandlungen abgefragt,<sup>78</sup> scheidet die Bagatell-Argumentation ohnehin von vornherein aus, weil es dabei nicht um das „Warum“ der Konsultation, sondern um das „Ob“ geht.<sup>79</sup> War der Antragsteller also wegen der SARS-CoV-2-Infektion bei einem Arzt oder anderen Therapeuten, muss die Frage bejaht werden. In der Regel wird auch eine Untersuchung beim Gesundheitsamt wegen eines COVID-19-Verdachts von der Arztfrage abgedeckt sein, weil diese von Angehörigen von Gesundheitsberufen durchgeführt wird.<sup>80</sup> So wurde im Bereich psychiatrischer Untersuchungen auf die Antragsfrage „Sind Sie in den letzten fünf Jahren untersucht, beraten oder behandelt worden? Weshalb?“ entschieden, dass der Antragsteller auch solche Untersuchungen angeben muss, die von einem Dritten (hier: psychiatrische Begutachtung einer Beamtin in einer verwaltungsgerichtlichen Auseinandersetzung über die Dienstfähigkeit) „aufgedrängt“ wurden, denn es kommt nicht darauf an, dass sich er nicht aus eigener Sorge um seine Gesundheit einer ärztlichen Untersuchung unterzogen hat.<sup>81</sup> Der Anlass oder Grund der Konsultation ist gleich-

72 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 73.

73 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 161.

74 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 162.

75 BGH v. 19.3.2003 – IV ZR 67/02, NJW-RR 2003, 1106; BGH v. 2.3.1994 – IV ZR 99/93, VersR 1994, 711; OLG Celle v. 5.9.2013 – 8 U 50/13; OLG Saarbrücken v. 15.4.1998 – 5 U 928/97-75, r+s 2000, 432.

76 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl., Kap. 21 Rz. 169.

77 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 163.

78 Ausführlich zu solchen „Arztfragen“ etc. Neuhaus, Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung in Recht und Praxis, S. 168 ff. und ders., Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 21 Rz. 178 ff.

79 OLG Hamm v. 2.8.2019 – 20 U 102/19, VersR 2020, 538; OLG Karlsruhe v. 19.7.2016 – 12 U 151/15 (zu der Antragsfrage nach Untersuchungen, Beratungen oder Behandlungen in einem Krankenhaus); OLG Celle v. 5.9.2013 – 8 U 50/13; OLG Frankfurt v. 5.7.2010 – 7 U 118/09, VersR 2011, 653; vgl. auch Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 21 Rz. 175.

80 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 164.

81 BGH v. 7.3.2007 – IV ZR 133/06, VersR 2007, 821.

gültig, denn den Versicherer interessiert erkennbar zunächst nur, ob der Versicherte untersucht oder behandelt wurde.

So gut wie alle Gesundheitsfragen sind zeitlich beschränkt (Ausnahme häufig: HIV, Krebs), Arztbesuche und gängige Erkrankungen/Beschwerden meist fünf Jahre rückwirkend, stationäre Aufenthalte meist zehn Jahre. Die Corona-Thematik wird deshalb für die Antragsstellung noch sehr lange relevant bleiben. Angesichts der nicht kalkulierbaren Spätfolgen kann es sich für Versicherer anbieten darüber nachzudenken, den abgefragten Zeitraum einer Infektion mit SARS-CoV-2 auszuweiten.

## IV. Zuletzt ausgeübte Tätigkeit

### 1. Grundsätze und Problemstellungen

Mit „Beruf“ im Sinne der Versicherungsbedingungen und § 172 Abs. 2 VVG ist die vor Eintritt des Versicherungsfalles zuletzt ausgeübte Tätigkeit gemeint, sofern sich diese als Beruf qualifizieren lässt. Denn versichert ist nicht „ein“ Beruf (also ein typisches Berufsbild), sondern „der Beruf“ des Versicherten. Maßgebend ist daher die letzte konkrete Berufsausübung des Versicherten, so wie sie in gesunden Tagen ausgestaltet war, d.h., solange seine Leistungsfähigkeit noch nicht beeinträchtigt war.<sup>82</sup> Der Beruf in diesem Sinne ist ein dynamischer Begriff, da ein Berufswechsel mitversichert ist.<sup>83</sup> Es spielt grundsätzlich keine Rolle, aus welchen Gründen sich diese Tätigkeit in der letzten Zeit vor Eintritt der Berufsunfähigkeit verändert hat, es sei denn, die Veränderungen sind gesundheitsbedingt (sog. leidensbedingter Berufswechsel<sup>84</sup>). Dann ist auf die vorletzte Tätigkeit abzustellen. Ansonsten bleibt es dabei, dass auch bei Veränderungen der beruflichen Tätigkeit das konkrete letzte Tätigkeitsbild maßgebend für die Prüfung der Berufsunfähigkeit ist.

Die Pandemie kann vielfältige Auswirkungen auf berufliche Tätigkeiten haben, etwa indem sich ihre Ausführung ändert (bspw. Wechsel ins Home-Office, Umstellung auf Videokonferenzen mit Wegfall von Reisetätigkeit), Kurzarbeit anfällt (welche durchaus auch länger währen kann) oder sie schlicht ganz entfällt, etwa durch wegbrechende Aufträge bei Selbstständigen (Stichwort: Künstler ohne Auftrittsmöglichkeiten) oder behördlich angeordnete Betriebsschließungen. Tritt zeitlich nach oder im Zusammenhang mit solchen Umständen eine zur Berufsunfähigkeit führende Erkrankung ein, stellt sich die Frage, welche beruflichen Umstände für die Prüfung, ob Berufsunfähigkeit eingetreten ist, zugrunde zu legen sind. Die Frage ist gerade bei psychischen Störungen bedeutsam: Wer möglicherweise vor der Pandemie einen sehr stressigen Beruf mit vielen Reisetätigkeiten hatte und diesen vielfältigen Belastungen nicht mehr gewachsen wäre, muss nicht genauso einzuschätzen sein, wenn er die Termine nun per Video-Konferenz im Home-Office wahrnimmt und ansonsten „unbeobachtet“ zu Hause in einem mehr eigen- als fremdbestimmten Rhythmus agiert.

Berufliche Veränderungen, die durch eine Pandemie bedingt sind, sind dabei grundsätzlich nicht anders als berufliche Umgestaltungen aus anderen Gründen zu bewerten. Solange jemand eine berufliche Tätigkeit ausübt, um damit seinen Lebensunterhalt zu erwirtschaften, handelt es sich auch dann um den versicherten Beruf, wenn die Tätigkeit aus übergeordneten

Gründen geändert werden musste. Würde man dies anders sehen, so würde jede berufliche Veränderung, die an „unangenehme“ Lebensumstände anknüpft (wie etwa der Tod von Familienmitgliedern, Scheidung) oder „von außen“ oder jedenfalls nicht gesundheitsbedingt aufgezwungen wird (bspw. durch technologischen Fortschritt nicht mehr nachgefragte Tätigkeiten) aus dem Raster des versicherten Berufs fallen mit der Folge, dass immer die frühere berufliche Tätigkeit zugrunde zu legen wäre. Das Leistungsversprechen des Versicherers bezieht sich jedoch grundsätzlich nicht auf einen statischen Beruf, sondern umfasst als wichtigen Bonus für den Versicherten eine Berufsdynamik, die es ihm ermöglicht, frei und ohne Berücksichtigung einer etwaigen Gefahrerhöhung den Beruf zu wechseln. Spiegelbildlich müssen dann auch berufliche Veränderungen, die dem einzelnen vielleicht nicht oder noch nicht genehm sind, als Beruf berücksichtigt werden, worunter auch Veränderungen fallen, die durch die Pandemie bedingt sind. Das Regulator stellt der bereits erwähnte leidensbedingte, also durch eine Krankheit verursachte Berufswechsel da, bei dem nach der Rechtsprechung an die frühere Tätigkeit anzuknüpfen ist.

### 2. Erst kurzfristig bestehende pandemie-bedingte Berufsänderungen

Seit jeher wird in der Berufsunfähigkeitsversicherung diskutiert, ob auch dann die zuletzt ausgeübte Tätigkeit maßgeblich ist, wenn diese zu dem Zeitpunkt, zu dem die Berufsunfähigkeit eingetreten sein soll, erst kurzfristig ausgeübt wurde.<sup>85</sup> Mit „Beruf“ ist hier nicht generell die Erwerbstätigkeit gemeint, sondern die konkrete Ausgestaltung. Ändert sich diese, kommt es darauf an, ob die Lebensstellung dadurch bereits geprägt ist, was eine gewisse Dauer voraussetzt.<sup>86</sup> Nur kurzfristig ausgeübte Tätigkeiten oder Gelegenheitsarbeiten können grds. nicht als neuer Beruf angesehen werden, da sie die Lebensstellung noch nicht fest prägen.<sup>87</sup> Bei Tätigkeiten unterhalb von drei Monaten wird die Prägung in der Regel fehlen, zwischen drei und sechs Monaten mag sie im Einzelfall vorliegen und ab sechs Monaten

82 BGH v. 14.12.2016 - IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3Neuhaus = NJW 2017, 1620 m.Anm. Rixecker; BGH v. 24.2.2010 - IV ZR 119/09, VersR 2010, 619 Rz. 11; BGH v. 26.2.2003 - IV ZR 238/01, VersR 2003, 631; BGH v. 12.1.2000 - IV ZR 85/99, VersR 2000, 349 unter 2a; BGH v. 22.9.1993 - IV ZR 203/92, VersR 1993, 1470 unter 3.

83 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 1.

84 BGH v. 14.12.2016 - IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3Neuhaus = NJW 2017, 1620 m.Anm. Rixecker; BGH v. 30.11.1994 - IV ZR 300/93, VersR 1995, 159; BGH v. 22.9.1993 - IV ZR 203/92, VersR 1993, 1470; OLG Hamm v. 11.12.2019 - 20 U 110/19; OLG Stuttgart v. 31.3.2016 - 7 U 149/15, VersR 2016, 1488; OLG Saarbrücken v. 13.11.2013 - 5 U 359/12, VersR 2014, 1194; OLG Saarbrücken v. 20.3.2013 - 5 U 379/11, zfs 2013, 646; OLG Saarbrücken v. 16.1.2013 - 5 U 236/12-28, VersR 2014, 1114; OLG Saarbrücken v. 7.12.2011 - 5 U 536/07.

85 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 34 ff.

86 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 34; a.A. Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 67.

87 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 35; a.A. Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 67.

wird sie in der Regel erfolgt sein.<sup>88</sup> Zeiträume unterhalb von sechs Monaten werden in der Regel die Lebensstellung noch nicht prägen, was umso mehr gilt, wenn der Versicherte während einer Probezeit berufsunfähig wird. Ein genauer Zeitpunkt für die Grenzziehung besteht nicht.

Ändert sich die berufliche Tätigkeit corona-bedingt und tritt nach der Änderung Berufsunfähigkeit ein, kommt es deshalb darauf an, ob die neue Tätigkeit bereits die Lebensstellung des Versicherten geprägt hat.<sup>89</sup> Die Besonderheit gegenüber anderen Tätigkeiten besteht hier in den meisten Fällen darin, dass es sich sozusagen um erzwungene Notfall-Modifikationen handelt, die oftmals nicht auf Dauer angelegt sind, weil die Rückkehr in die „Normalität“ gewünscht ist. Das ändert aber nichts daran, dass diese Veränderungen nicht kausal auf einem verschlechterten Gesundheitszustand des Versicherten basieren und damit nicht gesundheitsbedingt erfolgen (mögen sie auch im weitesten Sinne zur Reduzierung von Kontakten und möglichen Infektionen mit Gesundheit zu tun haben). Daher kommt es nach wie vor darauf an, wie lange die neue Tätigkeit ausgeübt wurde, als Berufsunfähigkeit eintrat. Ist jemand bspw. von einer Außendiensttätigkeit vor mehr als sechs Monaten ins Home-Office gewechselt, ist in jedem Fall die neue Tätigkeit maßgeblich, wenn gesundheitliche Beschwerden die neue berufliche Tätigkeit beeinträchtigen. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber von vornherein die Rückkehr in den Normalzustand angestrebt hat, weil eine Zeitdauer von ungefähr sechs Monaten immer prägend für die konkreten Lebensumstände des Betroffenen ist. Hingegen wäre bei einer Intensivkrankenschwester, die zurzeit der „Ersten Welle“ im Frühjahr 2020 wegen vermehrten Corona-Fällen überobligatorisch für zwei Monate „am Anschlag“ gearbeitet hat und danach wieder (etwas) ruhigere Zeiten erlebte, nicht der Zeitraum mit dem hohen Stresslevel maßgeblich.<sup>90</sup>

### 3. Kurzarbeit

Kurzarbeit im Arbeitsverhältnis bedeutet die vorübergehende Verringerung der regelmäßigen Arbeitszeit in einem Betrieb aufgrund eines erheblichen Arbeitsausfalls und wird vom Arbeitgeber eingeführt, wenn ein erheblicher Ausfall des sonst üblichen Arbeitspensums vorliegt. Die betroffenen Arbeitnehmer arbeiten bei Kurzarbeit für einen befristeten Zeitraum weniger als im Arbeitsvertrag vereinbart oder überhaupt nicht. Die Kurzarbeit kann für den Arbeitgeber ein sinnvolles Instrument sein, um bei vorübergehendem Arbeitsausfall Kündigungen zu vermeiden. Arbeitnehmer können unter bestimmten Voraussetzungen eine Entgeltersatzleistung aus der Arbeitslosenversicherung, das sog. Kurzarbeitergeld, beanspruchen (grds. 60 % des Netto-Entgelts bei kinderlosen Personen, 67 % bei Arbeitnehmern mit Kindern, vgl. § 105 f. SGB III). Durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020<sup>91</sup> und den darauf beruhenden Rechtsverordnungen der Bundesregierung wurden die Zugangsvoraussetzungen für Kurzarbeitergeld wesentlich erleichtert und ausgedehnt. Zudem wurde beschlossen, das Kurzarbeitergeld befristet bis Ende 2021 zu erhöhen (bei einem Arbeitsausfall mit Entgeltausfall von mindestens 50 % werden ab dem vierten Monat 70–77 % mit Kinderfreibetrag – und ab dem siebten Monat 80 bzw. 87 % gezahlt).<sup>92</sup> Infolge der Pandemie stiegen ab März 2020 die Anzeigen zur Kurzarbeit sprunghaft an. Gemäß Datenstand vom 14.12.2020 war im Zeitraum von März bis August 2020 der Höchststand an Kurzarbeitenden im Mai 2020 mit einer Anzahl

von ca. 5,7 Mio. bei den Agenturen für Arbeit erfasst, was dann erfreulicherweise im August wieder auf ca. 2,5 Mio. absank<sup>93</sup> (die Auswirkungen der „Zweiten Welle“ ab ungefähr November 2020 waren noch nicht erfasst).

Es stellt sich die Frage, ob auch eine längere Kurzarbeit als zuletzt ausgeübte Tätigkeit gelten kann. Dauert die Kurzarbeit mehrere Monate an, kann sie grundsätzlich prägend für die Lebensstellung des Betroffenen sein, so dass deren zeitlicher Aspekt dafür spricht, bei einer dann eintretenden Erkrankung, die zur Berufsunfähigkeit führt, auf die konkrete (Un-)„Tätigkeit“ bzw. die reduzierte Arbeit während der Kurzarbeit abzustellen.

#### Beispiel

Hat der Arbeitnehmer sechs Monate lang in Kurzarbeit nur noch fünf Stunden anstatt zuvor acht Stunden pro Tag gearbeitet, würde es für die Prüfung der Berufsunfähigkeit auf diese reduzierte Stundenanzahl ankommen. Legt man zur Vereinfachung die reine Zeitdauer zugrunde (was aber nach der Rechtsprechung so nicht zulässig ist, da es auf die prägenden Tätigkeiten ankommt<sup>94</sup>), müsste bei einem vereinbarten Grad der Berufsunfähigkeit von 50 % der Versicherte also noch in der Lage sein, mindestens 2,5 Stunden pro Tag arbeiten zu können (gegenüber vier Stunden in der ursprünglichen Tätigkeit), was ein völlig anderer und für den Versicherten in der Regel nachteiliger Beurteilungsmaßstab wäre.

Die Besonderheiten der Kurzarbeit gegenüber einer sonstigen corona-bedingten Arbeitsveränderung (etwa Wechsel ins Home-Office) liegen darin, dass sich zum einen zwingend – wie der Begriff schon ausdrückt – der Arbeitsumfang reduziert, und dass der Arbeitgeber den Mitarbeiter ohne das Kurzarbeitergeld im Normalfall aus betrieblichen Gründen entlassen müsste. Der Hauptzweck des Kurzarbeitergeldes ist es daher, bei vorübergehendem Arbeitsausfall die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ermöglichen und Entlassungen zu vermeiden, um dadurch den Arbeitsmarkt zu entlasten. Anders als bei der Verlagerung von Tätig-

88 Neuhaus in Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl. 2017, § 172 VVG Rz. 31; Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 35.

89 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 96.

90 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 96.

91 BGBl. 2020 I, S. 493.

92 Vgl. Gesetz zur Beschäftigungssicherung infolge der COVID-19-Pandemie v. 3.12.2020 (Beschäftigungssicherungsgesetz [BeschSiG]), BGBl. 2020 I, S. 2691; Erste Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung v. 21.10.2020, BGBl. 2020 I, S. 2259; Zweite Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld v. 12.10.2020 (Zweite Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung [2. KugBeV]), BGBl. 2020 I, S. 2165.

93 Destatis, Statistisches Bundesamt, Dossier: Statistiken zur COVID-19-Pandemie, Ausgabe 18/2020 v. 14.12.2020, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Corona/Downloads/dossier-covid-19.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Corona/Downloads/dossier-covid-19.pdf?__blob=publicationFile), Datenstand November 2020 (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

94 BGH v. 19.7.2017 – IV ZR 535/15, VersR 2017, 1134; BGH v. 26.2.2003 – IV ZR 238/01, VersR 2003, 631 zu den Einzelverrichtungen eines Selbständigen; OLG Saarbrücken v. 12.2.2020 – 5 U 42/19, VersR 2020, 678; OLG Saarbrücken v. 27.3.2019 – 5 U 44/17, VersR 2020, 151; OLG Stuttgart v. 31.3.2016 – 7 U 149/15, VersR 2016, 1488; ausführlich dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 54 ff.

keiten ins Home-Office fehlt es bei der Kurzarbeit an der Komponente, dass die eigentliche Kerntätigkeit aufrechterhalten bleibt und sich (vereinfacht formuliert) „nur“ die äußeren Bedingungen ändern. Bei der Kurzarbeit wird das Arbeitsverhältnis sozusagen durch den Staat künstlich am Leben erhalten, was eigentlich weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer gewollt ist. Diese Situation mit einem übergeordneten sozialversicherungsrechtlichen Zweck ähnelt deshalb einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit oder auch einer Elternzeit, weil in diesen Fällen die eigentliche berufliche Tätigkeit unterbrochen wird und (jedenfalls bei den meisten Menschen) der Wunsch besteht, wieder vollumfänglich arbeiten zu gehen.<sup>95</sup>

Die Rechtsprechung hat sich bereits mit solchen Unterbrechungen der beruflichen Tätigkeit befasst: Nur vorübergehende Tätigkeiten, bei denen klar ist, dass der Versicherte seine frühere Tätigkeit wieder ausüben wird (bloße Unterbrechung), führen nicht zu einem Berufswechsel, und zwar auch dann nicht, wenn sie länger dauern, aber klar ist, dass der alte Beruf nicht beendet werden soll.<sup>96</sup> Vorübergehende Unterbrechungen der bisher ausgeübten Berufstätigkeit, etwa aufgrund vorübergehender Arbeitslosigkeit oder aus familiären Gründen, bewirken keinen Wechsel des Berufs.<sup>97</sup> Auch bei Arbeitslosen ist daher auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit abzustellen, es sei denn, der Versicherte wäre bereits vor der Arbeitslosigkeit aus freien Stücken aus dem Berufsleben ausgeschieden.<sup>98</sup> Selbst wenn der Versicherte mehrere Jahre lang seinen Beruf nicht mehr ausgeübt hat, besteht weiterhin Versicherungsschutz, es ist nach wie vor auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit abzustellen.<sup>99</sup>

Diese Gesichtspunkte lassen sich auf die besondere Situation der Kurzarbeit übertragen, weil die Ausgangssituation mit den vorgenannten Fällen der Arbeitslosigkeit oder der ungewollten Berufsunterbrechung grundsätzlich vergleichbar ist. Für die Prüfung der Berufsunfähigkeit ist deshalb das vor Eintritt der Kurzarbeit maßgebliche Tätigkeitsbild des Versicherten zugrunde zu legen.

Darin liegt auch kein Bruch zu der oben vertretenen Ansicht, dass der pandemie-bedingte Wechsel ins Home-Office oder die Veränderung von Rahmenbedingungen der bisherigen beruflichen Tätigkeit abhängig von der Dauer als zuletzt ausgeübte Tätigkeit zugrunde zu legen sein kann, denn ohne staatliche Kurzarbeiterhilfen drohte dem Betroffenen wie gesagt im Regelfall der Verlust seines Arbeitsplatzes. Würde sich dies realisieren und danach Berufsunfähigkeit eintreten, wäre in jedem Fall nicht auf die Arbeitslosigkeit, sondern die frühere Tätigkeit abzustellen. Diese grundsätzlich andere Ausgangssituation gegenüber einem modifizierten, aber im Kern fortbestehenden Arbeitsfeld rechtfertigt eine unterschiedliche Rechtsfolge.

#### 4. Selbstständige und Unternehmer

##### a) Überblick

Die COVID-19-Pandemie hat dazu geführt, dass Selbstständige, Unternehmer und (mit einer neuen Wortschöpfung so bezeichnete) Solo-Selbstständige durch erzwungene Betriebs-schließungen und den Zusammenbruch von Wertschöpfungsketten in den politischen und in der Folge auch medialen Fokus gerückt sind. Die durch Lockdowns erzwungene Stilllegung oder zumindest Beschränkung geschäftlicher Tätigkeiten und der teilweise Zusammenbruch ganzer Branchen (etwa im Be-

reich Kunst und Kultur) erfordern für die Berufsunfähigkeitsversicherung in Bezug auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit eine Differenzierung zwischen den Zeiten erzwungener Berufsunterbrechungen und einer betriebswirtschaftlich notwendig werdenden Einschränkung oder Beendigung der bisherigen beruflichen Tätigkeiten wegen pandemie-bedingten Umsatz- und Gewinneinbußen.

##### b) Vorübergehende Berufsunterbrechungen (Lockdown etc.)

Bei Betriebsschließungen durch staatliche Eingriffe stellt sich die Frage, ob die dadurch erzwungene Untätigkeit des betroffenen Unternehmers einen versicherten Beruf darstellen kann. In der Regel wird dies schon an der oben beschriebenen zu kurzen zeitlichen Komponente scheitern, wenn der Betrieb nach einigen Wochen oder auch Monaten wieder geöffnet wird. Zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser Artikel verfasst wird (Anfang Januar 2021) mehren sich aber erste Stimmen, die es für denkbar halten, dass der aktuelle Lockdown sich bis ins Frühjahr 2021 verlängern könnte, so dass es dann durchaus um Zeiträume gehen würde, die deutlich über drei Monaten liegen und damit in den Bereich der erforderlichen Mindestdauer einer für die Berufsunfähigkeitsversicherung maßgeblichen Berufstätigkeit gelangen.

Allerdings stellt eine „Untätigkeit“ sowohl schon sprachlich als auch inhaltlich keine „Tätigkeit“ dar, und sie dient auch nicht der Sicherung des Lebensunterhalts, so dass hier schon begrifflich auch bei längeren Zeitabschnitten kaum von einem Beruf im Sinne der Berufsunfähigkeitsversicherung gesprochen werden kann. Wer durch behördliche Zwangsmaßnahmen sozusagen „lahmgelegt“ ist, übt keine berufliche Tätigkeit aus, sondern verharrt in einem aufgezwungenen Wartezustand, ohne beruflich tätig zu sein. Die Situation ähnelt auch hier der vorübergehenden Unterbrechung der bisher ausgeübten Berufstätigkeit wie bei einer Arbeitslosigkeit oder Elternzeit. Außerdem ist dies mit einer Betriebsabwicklung aus wirtschaftlichen Gründen vergleichbar.<sup>100</sup> Hier gilt: Wickelt der selbstständige Versicherte den Betrieb, in dem er vorher körperlich hart gearbeitet hat, einige Monate lang mit schwerpunktmäßig kaufmännischer Tätigkeit ab, begründen die dafür nur erforderlichen geringen (körperlichen) Anforderungen schon wegen der nur vorübergehenden Dauer der Abwicklung keinen eigenständigen Beruf, sondern es ist auf die zuvor ausgeübte Tätigkeit ab-

95 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 98.

96 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 84 ff.

97 OLG Stuttgart v. 10.6.2010 – 7 U 179/09, VersR 2011, 59 (bestätigt durch BGH v. 30.11.2011 – IV ZR 143/10, VersR 2012, 213).

98 OLG Saarbrücken v. 16.1.2013 – 5 U 236/12, VersR 2014, 1114; OLG Hamm v. 18.6.2008 – 20 U 187/07, VersR 2009, 818; im Ergebnis ebenso Lücke in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 172 Rz. 59.

99 OLG Stuttgart v. 10.6.2010 – 7 U 179/09, VersR 2011, 59 unter IIIaaa zum Erziehungsurlaub (bestätigt durch BGH v. 30.11.2011 – IV ZR 143/10, VersR 2012, 213); OLG Karlsruhe v. 15.1.1992 – 13 U 275/90, VersR 1993, 873.

100 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 101.

zustellen.<sup>101</sup> Berufstätige, die einen eigenen handwerklichen Betrieb oder den Betrieb eines fremden Arbeitgebers abwickeln, üben in der Abwicklungsphase nicht etwa einen neuen Beruf oder ihren alten Beruf in einem neuen Gewand aus, denn ihre Abwicklungstätigkeit ist – anders als die eines berufsmäßigen Liquidators – nur sehr vorübergehend, nicht auf Dauer, sondern ausschließlich auf das Ende des Betriebs und auf das der eigenen Tätigkeit hin angelegt, so dass es sich nicht um eine Tätigkeit handelt, mit der ein Versicherter seine bisherige Lebensstellung aufrechterhalten könnte.<sup>102</sup> Die Situation ähnelt zudem der eines Arbeitnehmers, der von seinem Arbeitgeber in Kurzarbeit geschickt wird.<sup>103</sup> Diese erzwungene Zwangspause stellt nur eine Berufsunterbrechung, nicht aber eine Beendigung der beruflichen Tätigkeit dar (s. oben). Letztlich genauso ist es auch bei durch öffentlich-rechtliche Anordnung erzwungenen Betriebs-schließungen, so dass bei der Prüfung der Berufsunfähigkeit auf die Zeit vor den Einschränkungen abzustellen ist.

### c) Corona-bedingte berufliche Veränderungen

Es existieren unzählige Unternehmen und Selbstständige, die nicht in den Anwendungsbereich von Teil-Lockdowns fielen oder fallen und vollumfänglich oder mit zumindest partiellen Einschränkungen weiterarbeiten konnten. Auch hier gibt es die unterschiedlichsten Praxissituationen, wie etwa Restaurants, die im normalen Betrieb schließen mussten, aber auf Abhol- oder Lieferservice umgestellt haben, oder selbstständige Messebauer und Catering-Unternehmen, die zwar an sich noch unproblematisch arbeiten dürfen und können, denen aber Kunden weggebrochen sind, weil entsprechende Veranstaltungen nicht mehr stattfinden. In der Medienlandschaft oft erwähnt wurden Künstler, die nicht mehr für Live-Veranstaltungen gebucht wurden. Umgekehrt ist bei vielen Selbstständigen die Situation eingetreten, dass für dieselben oder vielleicht sogar geringere Umsätze deutlich härter und/oder länger gearbeitet werden muss, weil neuer Aufwand hinzu kommt (bspw. organisatorische Anforderungen, Investitionen in neue Digitaltechnik, Schutzmaßnahmen, Schulung von Mitarbeitern, buchhalterische Probleme bei der Umstellung der verringerten Mehrwertsteuer im Zeitraum Juli bis Dezember 2020 usw.). Hier stellt sich die Frage, ob die damit einhergehenden monatelangen veränderten beruflichen Tätigkeiten einschließlich geänderter Einkommensverhältnisse bei entsprechender längerer Zeitdauer als zuletzt ausgeübter Beruf anzusehen sind. Dass insoweit „Nichtstun“ oder eine Betriebsabwicklung keinen Beruf darstellen, ist bereits oben dargestellt worden, so dass es primär um die Situation geht, dass reduziert oder „härter“ weitergearbeitet wird.

Im ersten Moment ist man versucht zu sagen, dass der Betroffene doch für die Situation nichts kann und insoweit demjenigen gleichzustellen ist, der durch behördliche Anordnungen überhaupt nicht mehr arbeiten darf. Die Situation ist allerdings nicht ganz so eindeutig wie sie erscheint, weil sich zu bewertende Parallelen zu Unternehmern aus Zeiten vor der Pandemie aufdrängen, die vor einiger Zeit noch ein florierendes Geschäft betrieben, das dann aus Gründen, die unterschiedlichster Natur sein können (unternehmerische Fehlgriffe, persönliche Schicksalsschläge, Veränderungen innerhalb der Branche) in eine wirtschaftliche Schiefelage gerät. Hat der Unternehmer bspw. im Jahr 2017 noch 150.000 € pro Jahr mit einer Arbeitszeit von 60 Stunden pro Woche verdient, erleidet aber dann durch Fehlspekulationen Rückschläge, die dazu führen, dass er in 2018

und 2019 wegen ausbleibender Kundschaft nur noch 30 Stunden pro Woche bei einem Gewinn von 70.000 € jährlich arbeitet, würde bei einer Anfang 2020 eintretenden Berufsunfähigkeit niemand auf die Idee kommen, das Jahr 2017 als beruflichen Ausgangspunkt zugrunde zu legen. Dies folgt daraus, dass das Risiko wirtschaftlicher Veränderungen in der Berufsunfähigkeitsversicherung der Unternehmer trägt (Ausnahme: leitensbedingter Berufswechsel), und wenn sich „in gesunden Tagen“ der betriebswirtschaftliche Niedergang – gleich aus welchen Gründen, so lange diese nicht gesundheitsbedingt sind – bereits manifestiert hatte, so bleibt es dabei, dass dieser Zeitpunkt maßgeblich ist.

Der wesentliche Unterschied zur „Lockdown-Situation“ liegt darin, dass sich der oben beschriebene Unternehmer der Jahre 2017 bis 2019 in einem grundsätzlich noch zugänglichen Markt bewegt hat, in dem es nach den Grundsätzen der freien Marktwirtschaft seinem persönlichen Geschick oblag, aus seiner beruflichen Situation das Beste zu machen. Dieser „freie“ Markt ist durch die Pandemie für viele Unternehmer nicht mehr vorhanden oder eingeschränkt, wobei dies allerdings eine schwer zu beurteilende Frage des Einzelfalls ist (es gibt auch betriebswirtschaftlich „Gewinner“ in der Pandemie, etwa Fahrradhändler und Lieferdienste). Für eine Art „Gerechtigkeitskriterium“ in dem Sinne, bei allen Selbstständigen/Unternehmern, die corona-bedingt beeinträchtigt weiterarbeiten, auf die frühere berufliche Tätigkeit aus der Zeit vor der Pandemie abzustellen, fehlt es jedenfalls dann an einem echten Anknüpfungspunkt, wenn der Versicherte noch weiter tätig ist, weil die Versicherungsbedingungen und § 172 Abs. 2 VVG auf den *zuletzt* ausgeübten Beruf abstellen und die vorletzte Tätigkeit nur ausnahmsweise maßgeblich sein kann. Wenn der Versicherte seine Tätigkeit für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum nicht einstellt, sondern reduziert oder verändert, indem er bspw. – um bei dem Beispiel des Gastronomen zu bleiben – das Restaurant nicht ganz schließt, sondern einen Lieferservice implementiert, wird weiter aktiv für den Lebensunterhalt gearbeitet und damit das Kernkriterium einer beruflichen Tätigkeit verwirklicht. Wer einen Betrieb nicht abwickelt, sondern für eine gewisse Dauer entweder härter oder auch weniger arbeitet, der prägt damit seine Lebensstellung und übt seinen Beruf zwar im alten Rahmen, aber inhaltlich neu gestaltet aus, so dass es auf dieses letzte Tätigkeitsbild ankommt.<sup>104</sup> Wenn also corona-bedingt Änderungen erfolgen und für eine prägende Zeitdauer bestehen, stellen sie die zuletzt ausgeübte Tätigkeit dar. Das gilt im positiven wie im negativen Sinne.<sup>105</sup>

#### Beispiel

Zu den wenigen Gewinnern der Pandemie gehören Fahrradhändler und Fahrradhersteller durch einen regelrechten Fahrrad-Boom. Nach Angaben des Zweirad-Industrie-Verbands (ZIV) war der Mai 2020 der

101 OLG Hamm v. 8.2.2006 – 20 U 171/05, VersR 2007, 384; Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 36.

102 OLG Hamm v. 8.2.2006 – 20 U 171/05, VersR 2007, 384.

103 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 101.

104 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 36 zu Tätigkeiten vor bzw. unabhängig von der Pandemie.

105 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 102.

stärkste Monat, den die Branche jemals erlebt hat. Wird ein Fahrradhändler, der ab Mai 2020 anstatt der bisher üblichen 50 Stunden pro Woche 70 Stunden gearbeitet hat, um der Nachfrage gerecht zu werden, im Oktober 2020 berufsunfähig, so stellt die höhere Arbeitsleistung in den letzten Monaten die für die Berufsunfähigkeit maßgebliche zuletzt ausgeübte Tätigkeit dar. Ob das ursächlich auf die Pandemie zurückzuführen ist, ist irrelevant.

#### d) Endgültige Berufsaufgabe

Gibt der Versicherte aus wirtschaftlichen Gründen endgültig dem Beruf auf, kommt es auf die berufliche Tätigkeit im Zeitraum davor an, wobei bei einer veränderten Tätigkeit die oben dargelegten Grundsätze zur Zeitdauer einerseits und andererseits zur Art und Weise einer aktiven Weiterarbeit oder Betriebsstilllegung anzuwenden sind. Geht bspw. die Betriebschließung in eine Insolvenz über, kommt es auf die Tätigkeiten vor der Schließung an.

#### V. Verweisung auf eine andere berufliche Tätigkeit

Wenn der Versicherte zwar seinen Beruf gesundheitsbedingt nicht mehr ausüben kann, aber nach den Versicherungsbedingungen die Verweisung auf einen vergleichbaren Beruf zulässig ist, kann eine Berufsunfähigkeit entfallen. Die meisten jüngeren Versicherungsbedingungen sehen hier die Möglichkeit einer konkreten Verweisung vor, die voraussetzt, dass der Versicherte tatsächlich einen neuen Beruf ergriffen hat. Voraussetzung ist, dass die Lebensstellung gewahrt wird. Dafür kommt es u.a. auf einen Vergleich des Einkommens in dem früheren und dem neuen Beruf an, wobei abhängig vom Einzelfall<sup>106</sup> Einkommenseinbußen bis ungefähr 20 % als zumutbar angesehen werden.<sup>107</sup> Hier fragt es sich, ob corona-bedingte Einkommensminderungen mit einzubeziehen sind. Zusätzlich ist zu klären, ob staatliche Finanzspritzen an Unternehmer das Einkommen prägen und damit für eine Verweisungstätigkeit maßgeblich sein können.

In vielen Teilen der Bevölkerung führt die Pandemie zu Einkommenseinbußen – manchmal in empfindlicher, häufig aber auch in dramatischer Höhe. Selbstständige erleiden Umsatz- und daraus folgend Gewinneinbußen, Arbeitnehmer werden in Kurzarbeit geschickt (Ausgangswert sind hier 60 % des Gehalts) oder mit der Folge von Arbeitslosigkeit entlassen. In vielen Fällen dauern diese Situationen Monate an und prägen deshalb schon durch die Zeitdauer die Lebensstellung des Betroffenen. Manche können einen sozialen Absturz nicht mehr auffangen.

Erkrankt der Versicherte mit der an sich bestehenden Folge, im bisherigen Beruf berufsunfähig zu sein und ergreift die Möglichkeit, in einem anderen Beruf mit einem geringeren Einkommen zu arbeiten, stellt sich bei einer konkreten Verweisung auf diese Tätigkeit die Frage, ob der Versicherer die berufliche Situation vor oder während der Corona-Pandemie zugrunde legen muss. Das hat wegen des geänderten Einkommens ganz praktische Konsequenzen, wenn nun weniger als ca. 80 % in der Vor-Corona-Zeit verdient wird (zur Erinnerung: bis zu 20 % Einbußen sieht die Rechtsprechung meist als zumutbar an). Legt man nämlich das Einkommen vor der Pandemie zu-

grunde, wäre die Lebensstellung schon wegen der zu geringen neuen Einkünfte nicht gewahrt (mehr als 20 % Verlust). Geht man aber von der durch Corona verschlechterten Einkommenssituation aus, würde die Lebensstellung nicht (erheblich) absinken.

Für Kurzarbeitergeld ist der Vergleich mit Arbeitslosengeld gerechtfertigt, welches für den Einkommensvergleich nicht zugrunde zu legen ist, weil Arbeitslosigkeit keinen Beruf darstellt.<sup>108</sup> Allerdings hat der BGH im Fall eines Handwerkers, der regelmäßig saisonal bedingt arbeitslos wurde und Arbeitslosengeld I bezog, angenommen, dass diese staatlichen Leistungen als Einkommen mit zu berücksichtigen seien,<sup>109</sup> weshalb in der Literatur ohne nähere Begründung generell der Einbezug von Arbeitslosengeld angenommen wird.<sup>110</sup> Der Entscheidung des BGH kann aber entnommen werden, dass nicht generell Arbeitslosengeld in die Einkommensberechnung einzubeziehen ist, sondern vielmehr dann, wenn es sozusagen für den Beruf typisch ist, dass der Versicherte regelmäßig arbeitslos wird. Anders ist es aber, wenn es sich um die typischerweise ungewollte und unabsehbare Arbeitslosigkeit handelt, durch die der Betroffene endgültig seinen Arbeitsplatz verliert, denn dann wäre es unangemessen, das geringere Einkommen während der Arbeitslosigkeit für den Einkommensvergleich als Maßstab zugrunde zu legen.

Abhängig vom Einzelfall ist bei Selbstständigen, die weiterarbeiten und deren Einkommen sich für eine längere Dauer durch die Krise verringert hat, grundsätzlich das aktuellere Einkommen zugrunde zu legen, weil letztlich – so hart dies im Ergebnis auch sein mag – konjunkturelle Schwankungen „irgendwie“ zum gängigen betrieblichen Risiko gehören, mag auch die Ausgangssituation einer Pandemie überhaupt nicht normal sein. Voraussetzung ist aber wie gesagt eine gewisse Dauer, und in Anlehnung an den Zeitraum, der bei der Neuaufnahme eines Berufs als prägend angesehen wird,<sup>111</sup> wird man hier von mindestens drei bis sechs Monaten ausgehen müssen. Muss der Selbstständige hingegen aus wirtschaftlichen oder sogar behördlichen Gründen seinen Betrieb schließen, so sind diese umsatzlosen Zeiten nicht in die Einkommensberechnung einzubeziehen, denn hier wird nicht gearbeitet und dies kommt einer Abwicklung des Betriebs gleich. Für eine Betriebsabwicklung aus wirtschaftlichen Gründen wurde in der Rechtsprechung Folgendes entschieden: Wickelt der selbstständige Versicherte den Betrieb, in dem er vorher körperlich hart gearbeitet hat, einige Monate lang mit schwerpunktmäßig kaufmännischer Tätigkeit ab, begründen die dafür nur erforderlichen geringen (körperlichen) Anforderungen schon wegen der nur

106 BGH v. 7.12.2016 – IV ZR 434/15, VersR 2017, 147; OLG München v. 8.5.1991 – 27 U 558/90, VersR 1992, 1339.

107 Ausführlich dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 8Rz. 105 ff. mit Beispielstabelle; Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 166 ff.

108 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 109; zum Arbeitslosengeld Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5Rz. 35 u. Kap. 8Rz. 89.

109 BGH v. 8.2.2012 – IV ZR 287/10, VersR 2012, 427.

110 Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 162.

111 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 13. Wohl ebenso so gemeint, aber nicht klar ausgedrückt von OLG Hamm v. 18.6.2008 – 20 U 187/07, VersR 2009, 818.

vorübergehenden Dauer der Abwicklung keinen eigenständigen Beruf, sondern es ist auf die zuvor ausgeübte Tätigkeit abzustellen.<sup>112</sup> Überträgt man diese richtige Auffassung auf den Einkommensvergleich bei der Verweisung, bedeutet das, dass Abwicklungsphasen nicht prägend für die Lebensstellung sein können und deshalb das dortige Nicht-Einkommen für die Gesamtbetrachtung keine Rolle spielt.

Erhält ein Arbeitnehmer corona-bedingt eine Änderungskündigung mit dem Angebot, künftig den Beruf mit einer anderen Ausgestaltung (etwa mehr im Home Office) und vielleicht auch mit einem anderen, geringeren Gehalt auszuüben und akzeptiert er dies, so stellt diese Tätigkeit bei einer späteren Berufsunfähigkeit den zu vergleichenden Ausgangsberuf dar. Entsprechendes gilt, wenn sich der Arbeitnehmer aus Gründen, die vielleicht mit der Pandemie zusammenhängen, selbst einen neuen, geringer bezahlten Arbeitsplatz gesucht hat, etwa weil an seinem bisherigen Arbeitsplatz ein erhöhtes Infektionsrisiko besteht. Würde man hier die neue Tätigkeit nicht zugrunde legen, sondern die Motivation des Arbeitgebers bzw. Arbeitnehmers mit einbeziehen, erhielte die Verweisungsprüfung eine subjektive Komponente, die die Versicherungsbedingungen nicht hergeben. Es geht um den objektiven Vergleich der Lebensstellung und grundsätzlich nicht um die Gründe, wie diese Lebensstellung letztlich entstanden ist (Ausnahme: leidensbedingter Wechsel<sup>113</sup>).

Staatliche Corona-Finanzhilfen für Selbstständige fließen – gleich, ob sie nur für Betriebsausgaben oder auch private Zwecke verwendet werden dürfen – voll in die Einkommensberechnung für die Verweisung ein, weil sie entweder mittelbar oder direkt Einkommen darstellen.<sup>114</sup> Selbst nur kurzzeitige Bezüge sind aufgrund ihres Hilfe- und Unterstützungscharakters geeignet, die Lebensstellung des Unternehmers zu prägen.<sup>115</sup>

## VI. Risikoausschluss „Absichtliche Herbeiführung von Krankheit“ und Inkaufnahme einer Infektion bei unzureichenden Schutzmaßnahmen

In so gut wie allen Versicherungsbedingungen ist geregelt, dass kein Versicherungsschutz besteht, wenn die Berufsunfähigkeit durch eine „absichtliche Herbeiführung von Krankheit“ verursacht wird (vgl. bspw. § 5a AB-BUV-GDV 2019). Fälle, in denen jemand sich tatsächlich bewusst mit dem Virus infiziert, erscheinen vernünftig denkenden Menschen zwar an sich unmöglich, völlig ausgeschlossen scheinen sie aber nicht zu sein, wie bspw. ein von Studenten in den USA veranstaltetes Corona-Roulette zeigt (analog zum „Russischen Roulette“ mit nur einer Kugel im Magazin eines Trommel-Revolvers).<sup>116</sup> Im Juli 2020 soll mit dem Tod eines 30-Jährigen aus Texas ein erster Todesfall aufgrund einer „Corona-Party“ zu beklagen gewesen sein<sup>117</sup> und der Jahreswechsel 2020/2021 wurde auf einer anderthalb Tage langen illegalen Silvesterparty in Frankreich trotz nächtlicher Ausgangssperre mit Tausenden Partygästen gefeiert.<sup>118</sup> „Echte“ Corona-Partys implizieren wegen Ansteckungsgefahr von SARS-CoV-2 – anders als normale Feiern mit Alkohol – das Ziel, eine Ansteckung untereinander vorzunehmen, weil die billigende Inkaufnahme der gesundheitlichen Folgen nach einer Ansteckung hinreichend bestimmt ist.<sup>119</sup> Die Entscheidung, sich dem Risiko einer Ansteckung bewusst und wöglichlich sogar gezielt auszusetzen, kann aber auch in weniger perversen Situationen erfolgen, etwa wenn jemand infizierte

Personen aufsucht (die ggf. auch nach § 28 i.V.m. § 30 InfG unter Quarantäne gestellt wurden), sich dort ohne ausreichende Schutzmaßnahmen „dumm“ verhält und ansteckt und dann Folgeschäden erleidet, die ihn schließlich berufsunfähig werden lassen. Oder wenn einfach unter Missachtung jeglicher Schutzvorschriften große Partys gemacht werden. Es stellt sich dann die Frage, ob wegen der inzwischen allgemein bekannten hohen Infektiosität bereits die Inkaufnahme des Risikos als eine absichtliche Herbeiführung der Krankheit ausgelegt werden könnte.

Die in der Ausschlussklausel geforderte Absicht bedeutet, dass qualifizierter Vorsatz vorliegen muss, es also dem Versicherten gerade darauf ankommen muss, seine Gesundheitsbeeinträchtigung herbeizuführen.<sup>120</sup> Die Absicht braucht sich nicht auf die Herbeiführung der Berufsunfähigkeit zu erstrecken, sondern es genügt, wenn die Ursachen der Berufsunfähigkeit absichtlich herbeigeführt werden.<sup>121</sup> Der Vorsatz muss sich also „nur“ auf die eingetretene Krankheit, die die Berufsunfähigkeit bewirkt, beziehen. Der Ausschluss greift selbst dann ein, wenn der Versicherte die Folge der Berufsunfähigkeit nicht voraussehen konnte.<sup>122</sup> Die Gesundheitsbeeinträchtigung braucht nur ursächlich für die Berufsunfähigkeit geworden zu sein; auf ein Verschulden des Versicherten daran kommt es nach dem Wortlaut der Klausel nicht an.<sup>123</sup>

Entscheidend ist also letztlich die Motivation des Versicherten: Wer meint, er werde sich schon nicht anstecken (mag dies auch aus Dummheit oder Naivität sein), kann nicht absichtlich im Sinne der Ausschlussklausel handeln. Wer sich hingegen infizieren will, handelt absichtlich, also bspw. der erwähnte Corona-Roulette-Spieler oder Corona-Party-Teilnehmer. Maßstab hierfür ist allein die Wahrscheinlichkeit des Krankheitseintritts, an den wegen des durch Presse und Medien bekannten hohen Infektionsrisikos keine strengen Kriterien anzusetzen sind.<sup>124</sup>

112 OLG Hamm v. 8.2.2006 – 20 U 171/05, VersR 2007, 384.

113 Ausführlich dazu Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 8Rz. 179 ff.

114 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 113 f.

115 Ausführlich Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 115.

116 <https://www.welt.de/vermischtes/article210921565/US-Studenten-schließen-auf-Corona-Partys-makabre-Wetten-ab.html>; veröffentlicht 3.7.2020: Studenten im US-Bundesstaat Alabama laden Corona-Infizierte auf ihre Partys ein und wetteifern darum, sich zuerst mit dem Virus anzustecken, die Gewinner bekommen eine Geldprämie.

117 30-Jähriger stirbt nach Corona-Party, Westfälische Rundschau Nr. 162 v. 15.7.2020, Rubrik Panorama (dpa).

118 <https://web.de/magazine/news/coronavirus/polizei-greift-illegalen-corona-partys-tausenden-gaesten-35400870> (zuletzt abgerufen am: 2.1.2021).

119 Köhler/Hitzig, COVuR 2020, 409.

120 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 15 Rz. 33.

121 Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 192.

122 Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 192, Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 15 Rz. 33; Lücke in Pröls/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 5 AVBBU Rz. 15.

123 Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 15 Rz. 34; Mertens in Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 3 BUZ Rz. 17.

124 Köhler/Hitzig, COVuR 2020, 409, 413 zur Herbeiführung des Krankheitsfalls in der Krankenversicherung.

Da die Beweislast für das Eingreifen der Ausschlussklausel beim Versicherer liegt,<sup>125</sup> kein Versicherter aber (freiwillig) einräumen wird, dass er die Krankheit absichtlich herbeiführen wollte, scheint der Nachweis bzw. prozessual der Beweis fast unmöglich zu sein. Deshalb ist es gerechtfertigt, in krassen Ausnahmesituationen an die Abläufe anzuknüpfen und „das Objektive“ als Nachweis ausreichen zu lassen (ähnlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands bei der für eine Sittenwidrigkeit i.S.v. § 138 BGB erforderlichen verwerflichen Gesinnung oder des Nachweises von Arglist bei einer Anfechtung). Der objektive Tatbestand indiziert dann die subjektive Seite, und der Versicherte muss den Indizienbeweis entkräften. Maßstab dafür ist, ob eine eigene Kontrolle einer tatsächlich im konkreten Fall bestehenden und bekannten Ansteckungsgefahr vollständig aufgegeben wird. In einem solchen Fall überschreitet der Versicherte die Grenze des (für bedingten Vorsatz ausreichenden) „Inkaufnehmens“.

### Beispiel

Ein gesunder Versicherter, der innigen Körperkontakt zu einem nachweislich Infizierten pflegt, etwa durch Händeschütteln oder Umarmen, oder der an einer Corona-Party teilnimmt, nimmt eine Ansteckung nicht nur billigend in Kauf, sondern will diese, weil er den Zufall Regie führen lässt und eine Eigenkontrolle des Geschehens völlig aufgibt. Er führt die Krankheit absichtlich herbei. Resultiert daraus eine Berufsunfähigkeit, greift die Ausschlussklausel, und der Versicherer muss nicht zahlen.

## VII. Gefahrerhöhung durch eine COVID-19-Erkrankung oder unterlassenen Infektionsschutz

In Bezug auf eine Gefahrerhöhung i.S.v. §§ 23 ff. VVG stelle sich vor allem zwei Fragen: Muss der VN eine COVID-19-Infektion dem Versicherer anzeigen, und können bewusst nachlässige Schutzmaßnahmen – etwa bei sog. Corona-Leugnern – eine Gefahrerhöhung darstellen? In der Berufsunfähigkeitsversicherung besteht allerdings die Besonderheit, dass eine Gefahrerhöhung nur bei ausdrücklicher Vereinbarung relevant werden kann.<sup>126</sup> Dies folgt aus § 27 VVG, wonach es nicht als Gefahrerhöhung anzusehen ist, wenn es „nach den Umständen als vereinbart anzusehen ist, dass die Gefahrerhöhung mitversichert sein soll“. In der Praxis gibt es bisher solche vertraglichen Vereinbarungen zur Gefahrerhöhung nicht, so dass der VN nichts nachmelden muss.<sup>127</sup> Aus demselben Grund würde auch die Verweigerung einer Schutzimpfung gegen SARS-CoV-2 (mag dies auch rational nicht nachzuvollziehen sein) keine Gefahrerhöhung darstellen.

<sup>125</sup> Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 272; Mertens in Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 3 BUZ Rz. 17.

<sup>126</sup> Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 15 Rz. 112 ff.; Lücke in Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 172 Rz. 53; Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 46 Rz. 15 jeweils zur (nicht erforderlichen) Anzeige eines Berufswechsels; Reusch in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2016, § 23 Rz. 277.

<sup>127</sup> Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona (Covid-19) und Pandemien, 2020, S. 151 ff.

Prof. Dr. Meinrad Dreher / Dennis Fritz, Mainz\*

# Die D&O-Versicherung als Gruppenversicherung

## I. Einleitung

Die Gruppenversicherung bildet einen in Gesetzgebung und Rechtswissenschaft bisher vernachlässigten Bereich des Versicherungsrechts. Dies steht in umgekehrtem Verhältnis zu ihrer praktischen Bedeutung. Aktualität hat das Thema Gruppenversicherung sowohl durch europäische Gesetzgebungsakte als auch durch eine Konsultation der BaFin vom 25.3.2020 zu einem Rundschreibenentwurf „Hinweise zu echten Gruppenversicherungsverträgen“ erhalten. Bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass schon der Begriff der Gruppenversicherung bis heute nicht geklärt ist. Dazu trägt auch die Vielgestaltigkeit bei, in der Versicherungsverträge gruppenbezogen abgeschlossen werden. Dies gilt im Regelfall, d.h. jenseits von D&O-Individualpolicen, auch für die D&O-Versicherung.

Vor dem Hintergrund geht es im Folgenden zunächst allgemein um den Begriff der Gruppenversicherung (unten II).

Sodann stellt sich speziell zur D&O-Versicherung die Frage, ob der Begriff der Gruppenversicherung diese nach bisherigem Meinungsstand erfasst (unten III). Dem folgt weiter eine Einordnung der D&O-Versicherung anhand der begriffsprägenden Elemente der Gruppenversicherung (unten IV). Abschließend sind auf der Grundlage einige Folgerungen zu dem Entwurf des BaFin-Rundschreibens zu echten Gruppenversicherungsverträgen zu ziehen (unten V).

\* Der Autor Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz sowie Richter des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz, der Autor Dennis Fritz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem vorstehend genannten Lehrstuhl und Doktorand.