

VersR



Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

Aus dem Inhalt

Seiten 553–616

Aufsätze

Stefan Thönissen — Interessenkonflikte in der Haftpflichtversicherung von Geschäftsleitern und Unternehmen **553**

Kai-Jochen Neuhaus — Die „gesunden Tage“ in der Berufsunfähigkeitsversicherung **563**

Rechtsprechung

Rücktritt infolge unterlassener Anzeige einer zweiwöchigen Krankschreibung wegen psychischer Belastung durch Arbeit (OLG Saarbrücken) **569**

Anforderungen an die Widerspruchsbelehrung (OLG Stuttgart) **573**

Inanspruchnahme des Haftpflichtversicherers wegen bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung des VN als Schadensersatz-Rechtsschutz (BGH) **582**

Nicht erstattete Bonusmeilen als im Versicherungsfall zu ersetzende vertraglich geschuldete Rücktrittskosten (BGH) **585**

„Unlautere Geschäftspraxis“ durch Gruppenversicherungsvertrag über fondsgebundene Lebensversicherungen (EuGH) **587**

Wirksamkeit einer isolierten Abtretung des Anspruchs gegen den Haftpflichtversicherer auf Ersatz der Sachverständigenkosten (BGH) **596**

Schwere Hirnfehlbildung des Fötus lässt sein Lebensrecht bei möglichen sehr schweren Einschränkungen der Mutter ausnahmsweise zurücktreten (BGH) **603**

9

Versicherungsrecht

Verlag Versicherungswirtschaft



Zugleich kann die Funktionsausgliederung der Schadensabwicklung der Entstehung von Interessenkonflikten in der Regulierung vorbeugen und die Gewährleistung der Rechte der Versicherten ermöglichen. Ziel der Ausgliederung muss sein, dass Interessenkonflikte vermieden werden und ausschließlich die rechtlichen Regelungen zur Anwendung gelangen. Hinsichtlich der Ausgestaltung stellt sich dann die Frage, ob die Leistungsbearbeitung beider Policen separaten Schadensabwicklungsunternehmen übertragen werden müsste oder ob es ausreicht, dass die Schadensabwicklung einer Police ausgelagert wird. Indes kann sich vorliegend eine entsprechende Lösung nur *de lege ferenda* ergeben – eine analoge Anwendung von § 164 VAG dürfte mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden.

V. Zusammenfassung und Thesen

1. Die Ausführungen haben gezeigt, dass es bei der Kombination von D&O-Versicherungen mit anderen Haftpflichtversicherungen, die unmittelbar das Unternehmen als Versicherten schützen, zu Interessenkonflikten kommen kann. Die Kombination von D&O- und E&O-Versicherung bei einem Versicherer wirft dabei eine Vielzahl weitgehend ungeklärter Rechtsfragen auf. Grund der Interessenkonflikte ist, dass es sich bei D&O- und E&O-Versicherung um Versicherungen handelt, die ihrer hauptsächlichen Zielrichtung nach gegenläufige Interessen versichern.

2. Den Interessenkonflikten kann nur bedingt auf privatversicherungsrechtlichem Wege Rechnung getragen werden. Die

AVB-rechtliche Inhaltskontrolle kann dazu führen, dass die Vereinbarung divergierender Versicherungssummen unwirksam ist. Auf Rechtsfolgenseite steht dann die Unwirksamkeit der Vereinbarung von Versicherungssummen. Alternativ kann ergänzende Vertragsauslegung bedingen, dass in diesem Fall eine Regressnahme ausgeschlossen wird.

3. Einem Verbot oder einer Verhinderung der Kombination der verschiedenen Policen durch versicherungsaufsichtsrechtliche Spartenrennung steht entgegen, dass Unternehmen und Geschäftsleiter ein berechtigtes Interesse am gemeinsamen Abschluss der Haftpflichtversicherungen haben können. Die Kombination der Versicherungsarten und der Abschluss bei einem Versicherer können nämlich Haftungslücken verhindern und so einen umfassenden Versicherungsschutz gewährleisten. Dem Interesse an einer Gestaltung des Versicherungsvertrags, welche Haftungslücken verhindert, kann ferner durch gesetzliche Regelungen zu Leistungsinhalt und -umfang Rechnung getragen werden.

4. Um die Interessenkonflikte zu entschärfen oder zu verhindern, erscheint es sinnvoll, *de lege ferenda* die Notwendigkeit separater Schadensabwicklungsunternehmen vorzusehen, wie sie für die Rechtsschutzversicherung vorgeschrieben sind. Schadensabwicklungsunternehmen ermöglichen bei der Erfüllung des Versicherungsschutzes eine Verhinderung von Interessenkonflikten durch eine rechtliche und organisatorische Selbstständigkeit der Leistungsbearbeitung.

Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund*

Die „gesunden Tage“ in der Berufsunfähigkeitsversicherung

Zugleich Besprechung von OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95

1. Problemaufriss

Die Frage, auf welche berufliche Tätigkeit in der Berufsunfähigkeitsversicherung (BUV) bei der Prüfung eines Versicherungsfalles abzustellen ist, lässt sich augenscheinlich einfach beantworten: § 172 Abs. 2 VVG und auch viele Versicherungsbedingungen sprechen von dem zuletzt ausgeübten Beruf, so wie er ohne gesundheitliche Beeinträchtigungen ausgestaltet war. Im Normalfall geht es damit um die letzten beruflichen Tätigkeiten, die vor dem behaupteten Zeitpunkt des Eintritts der Berufsunfähigkeit (sog. Stichtagprinzip) ausgeübt wurden, was schlagwortartig mit „in gesunden Tagen“ bezeichnet wird. Diese „gesunden Tage“ können lange her sein, wenn es sich um einen sukzessive verschlechternden Gesundheitszustand handelt, wie etwa bei bestimmten psychischen Erkrankungen, multipler Sklerose oder orthopädischen Beeinträchtigungen. Häufig

arbeitet der Versicherte nach dem Beginn der Beschwerden zunächst unverändert weiter und passt dann irgendwann seine Arbeit und seinen Lebensstil an die veränderten gesundheitlichen Umstände an, um derart zum Teil jahrelang weiter zu arbeiten, bis schließlich aufgrund einer eskalierenden gesundheitlichen Situation Berufsunfähigkeit angemeldet wird. Wenn sich der Versicherte über lange Zeit mit dieser Situation arrangiert und sozusagen sein Leben darauf eingerichtet hat, stellt sich die

* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht und Spezialist für Berufsunfähigkeitsversicherung, Referent auf Seminaren und In-House-Schulungen und Autor diverser Publikationen, etwa Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020; Berufsunfähigkeitsversicherung in Zeiten von Corona und Pandemien, 2020.

Frage, ob es dann nach wie vor gerechtfertigt ist, auf die frühere berufliche Tätigkeit in (ganz) gesunden Tagen abzustellen.

2. Die Entscheidung des OLG Frankfurt

Das OLG Frankfurt¹ hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem eine gegen Berufsunfähigkeit versicherte niedergelassene Fachärztin für Gynäkologie seit 1993 gemeinsam mit ihrem Ehemann eine Gemeinschaftspraxis mit Kassenzulassung betrieb und in Vollzeit tätig war. Nach Veräußerung des Kassensitzes des Ehemanns zum 1.1.2013 wurde dieser von der Ärztin als Angestellter beschäftigt und die eigene Tätigkeit auf 15 bis 20 Stunden in der Woche reduziert. Nachdem ihr Ehemann aus Altersgründen ausschied, verkaufte die Ärztin ihren Kassensitz zum 1.10.2015 und behandelte nur noch wenige Stunden in der Woche Privatpatienten. Im September 2015 beantragte die Versicherte wegen orthopädischer und psychischer Beschwerden Berufsunfähigkeitsleistungen und teilte mit, an vier Tagen in der Woche zehn bis zwölf Stunden täglich gearbeitet zu haben.

Ein vom Versicherer eingeholtes psychiatrisches Gutachten ergab, dass zwar eine leichte bis mittelgradige depressive Episode vorlag, die es aber erlaubte, noch in einem Umfang von 15 Wochenstunden zu arbeiten, so dass – 20 Stunden als Wochenarbeitszeit seit 2013 zugrunde gelegt –, nur Einschränkungen von 25 % vorlagen und daher der bedingungsgemäße Grad der Berufsunfähigkeit von 50 % nicht erreicht wurde. Ein ebenfalls eingeholtes orthopädisches Fachgutachten ergab überhaupt keine Einschränkungen, weshalb der Versicherer Leistungen ablehnte.

Die Versicherte berief sich u.a. darauf, seit 1995 unter ständigen orthopädischen Beschwerden zu leiden, die im weiteren Verlauf zugenommen hätten, weshalb sie ihre Arbeitszeit habe reduzieren müssen. Abzustellen sei auf ihre Tätigkeit in gesunden Tagen, nämlich eine Tätigkeit in Vollzeit mit 40 bis 48 Stunden in der Woche. Der Versicherer argumentierte, da die Ärztin schon seit 2013 nur noch ca. 20 Stunden in der Woche gearbeitet habe, sei diese Arbeitszeit für die Beurteilung der Berufsfähigkeit maßgeblich. Der Verkauf des ihr verbliebenen Kassensitzes zum 1.10.2015 sei nicht leidensbedingt erfolgt, sondern weil der Ehemann altersbedingt ausgeschieden sei und die Praxistätigkeit keinen Gewinn mehr erbracht habe.

Das OLG Frankfurt hat mit Bezugnahme auf Rechtsprechung des BGH darauf abgestellt, dass die Heranziehung eines Vergleichszustands für die Ermittlung des maßgeblichen Grades der Berufsunfähigkeit unerlässlich sei, weil der Versicherungsfall bedingungsgemäß erst mit dem Erreichen eines bestimmten Grades von Berufsunfähigkeit eintritt. Dieser Vergleichszustand könne grundsätzlich nur einheitlich gefunden werden und nicht davon abhängen, ob bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit sich langsam fortschreitend entwickelt habe oder zeitgleich mit einem plötzlichen Ereignis eingetreten sei. Maßgebend sei demnach grundsätzlich die letzte konkrete Berufsausübung, so wie sie in noch gesunden Tagen ausgestaltet war, d.h. solange die Leistungsfähigkeit des Versicherten noch nicht beeinträchtigt war.² Zunehmende Einschränkungen der Berufstätigkeit haben deshalb, so das OLG, in der BUV bei dem erforderlichen Vergleich der aktuellen Berufsfähigkeit mit derjenigen in gesunden Tagen auch dann unberücksichtigt zu bleiben, wenn sie nicht nachweislich ausschließlich leidensbedingt er-

folgt seien. Dass der Versicherungsschutz für ihren Beruf in gesunden Tagen einer zeitlichen Grenze unterliegen könnte, sei für die versicherte Person bei verständiger Würdigung der Bedingungen ohne eine entsprechende Regelung nicht erkennbar.³

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat das OLG deshalb in der Beweisaufnahme dem beauftragten medizinischen Sachverständigen für sein Gutachten vorgegeben, auf die frühere Vollzeittätigkeit der Ärztin abzustellen. Das Gutachten bestätigte eine bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit, so dass der Senat mit ausführlicher Würdigung des Gutachtens der Klage stattgab.

3. Leidensbedingte berufliche Veränderungen

Grundsätzlich wird in der BUV auf die zuletzt konkret ausgeübte berufliche Tätigkeit abgestellt. Das Abstellen auf den zuletzt ausgeübten Beruf ist ausnahmsweise dann nicht geboten, wenn der Versicherte *leidensbedingt*, z.B. durch Herabsinken seiner beruflichen Leistungsfähigkeit durch Krankheit oder Kräfteverfall, dadurch drohendem Raubbau an der Gesundheit⁴ oder wegen krankheitsbedingter Kündigung⁵, seinen Beruf aufgibt und (freiwillig) in eine ihm noch mögliche andere Tätigkeit wechselt.⁶ Das folgt schon daraus, dass es sich dann nicht um die von den Bedingungen vorausgesetzte Tätigkeit, wie sie ohne gesundheitliche Beeinträchtigung ausgestaltet war, handelt.⁷ Bei einem ausschließlich leidensbedingten Berufswechsel vor Eintritt des Versicherungsfalls bleibt daher der vor diesem Wechsel „in gesunden Tagen“ ausgeübte Beruf Ausgangspunkt für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit.⁸ Dies gilt auch dann, wenn der Versicherte nach dem erstmaligen Eintritt des Versicherungsfalls zunächst weiterhin die leidensbedingt eingeschränkte Tätigkeit ausgeübt hat und nach Beendigung dieser Tätigkeit (erneut) Versicherungsansprüche geltend macht.⁹ Das ergibt die Auslegung der üblichen Definition der Berufsunfähigkeit in den AVB aus Sicht eines durchschnittlichen VN, der als Vergleichsmaßstab zur Beurteilung der leidensbedingten Einschränkung seiner beruflichen Fähigkeiten nur seine berufliche Leistungsfähigkeit in gesunden Tagen verstehen kann.¹⁰ Der bedingungsgemäß festgelegte Grad von Berufs-

1 OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95.

2 BGH v. 22.9.1993 – IV ZR 203/92, VersR 1993, 1470.

3 Bezugnahme auf BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216.

4 BGH v. 30.11.1994 – IV ZR 300/93, VersR 1995, 159.

5 OLG Düsseldorf v. 11.9.2001 – 4 U 206/00, VersR 2002, 831.

6 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = 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; KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, BeckRS 2021, 37478; OLG Hamm, v. 11.12.2019 – 20 U 110/19; OLG Stuttgart v. 31.3.2016 – 7 U 149/15; 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, VersR 2014, 1114; OLG Saarbrücken v. 7.12.2011 – 5 U 536/07.

7 OLG Stuttgart v. 31.3.2016 – 7 U 149/15, VersR 2016, 1488.

8 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker m.w.N.

9 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker.

10 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker.

unfähigkeit, der erst einen Anspruch auf die zugesagten Leistungen gibt, orientiert sich nicht an einem fortlaufend absinkenden Leistungsniveau des Versicherten als Vergleichsmaßstab.¹¹ Der VN kann der Definition der Berufsunfähigkeit nicht entnehmen, dass ein während der Versicherungsdauer verschlechterter gesundheitlicher Zustand dann, wenn er bereits einmal den Versicherungsfall ausgelöst hat, für die restliche Laufzeit der Versicherung zum neuen Normalzustand werden soll, an dem künftig der Eintritt bedingungsgemäßer Berufsunfähigkeit zu messen wäre. Bei einem anderen Klauselverständnis würde der versprochene und durch unverminderte Beiträge erworbene Versicherungsschutz während der Versicherungsdauer zunehmend entwertet.¹²

Nimmt der Versicherte also wegen fortschreitender Erkrankung seine Berufstätigkeit nach und nach „leidensbedingt“ zurück oder wechselt er auf einen vom Arbeitgeber eingerichteten *Schonarbeitsplatz*¹³, so bleibt als Vergleichsmaßstab die von ihm vormals ausgeübte Berufstätigkeit in gesunden Tagen weiter maßgeblich. Dieses Verhalten, mag es auch eigentlich auf einer Willensentscheidung beruhen, kann *nicht mehr „freiwillig“* genannt werden, weil sonst in den Fällen eines langsam fortschreitenden Leidensprozesses oder Kräfteverfalls der Versicherungsfall häufig nicht eintreten würde, obwohl die Beeinträchtigung des Versicherten, gemessen an seiner Leistungsfähigkeit in gesunden Tagen, 50 % längst erreicht oder gar überschritten hat.¹⁴ Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass der Versicherte bei seinem Wechsel noch nicht berufsunfähig ist. Hindert ihn dann später auch hier sein Gesundheitszustand schließlich an der weiteren Ausübung der (neuen) Tätigkeit, sei es, dass die Gesundheitsbeeinträchtigung sich verschlimmert, oder sei es, dass er die Beeinträchtigung wegen steigenden Alters oder wegen Hinzutretens einer weiteren Gesundheitsbeeinträchtigung nicht mehr durch zusätzliche Anstrengung ausgleichen kann, und war diese von geringerem Niveau als die ursprüngliche, würde der Versicherte bspw. im Hinblick auf eine vereinbarte Verweisung bestraft, wenn nur die zuletzt ausgeübte Arbeit relevant wäre.¹⁵ Möglicherweise stünde er nämlich schlechter, als wenn er sofort Berufsunfähigkeitsrente beantragt oder überhaupt keine neue Tätigkeit aufgenommen hätte.

4. BGH: Keine zeitliche Grenze

Der BGH stellt jedenfalls in neuerer Rspr. *ohne eine zeitliche Grenze* auf die in gesunden Tagen ausgeübte Tätigkeit ab,¹⁶ so dass auch bei einem jahrelang ausgeübten neuen (leidensbedingt gewählten) Beruf immer die frühere Tätigkeit der Vergleichsmaßstab bleibt. Differenzierender hatte sich noch der BGH in seinem Urteil vom 22.9.1993 geäußert, wonach vielmehr auf die Tätigkeit abzustellen ist, die der Versicherte ausgeübt hat, solange seine Leistungsfähigkeit noch nicht durch seine Erkrankung beeinträchtigt gewesen ist und solange ihn die spürbar werdenden Folgen seiner Erkrankung noch nicht zur fortlaufenden Einschränkung seiner bisherigen Tätigkeit gezwungen haben.¹⁷ Das kann man durchaus so interpretieren, dass bei einem progredienten Verlauf der Beschwerden doch nicht die Tätigkeit in „ganz gesunden Tagen“ maßgeblich ist (die gewisse Diskrepanz zu den im selben Urteil erwähnten „gesunden Tagen“ wurde nicht diskutiert und aufgelöst). Der durchschnittliche VN könne, so dann der BGH vom 14.12.2016, bei verständiger Würdigung den Versicherungsbedingungen nicht entnehmen, ab wann eine gesundheitlich

verminderte Leistungsfähigkeit und eine daran angepasste Berufstätigkeit im Weiteren zum versicherten Normalzustand werden könnte, weshalb zeitliche Grenzen nicht konstruiert werden können. Das soll nach Auffassung des OLG Frankfurt sogar dann gelten, wenn die beruflichen Veränderungen nicht nachweislich ausschließlich leidensbedingt erfolgt sind.¹⁸ Interpretiert man also die „gesunden Tage“ als „ganz gesunde Tage“, kann dies bei sich nur *nach und nach verschlechternden Erkrankungen* bedeuten, dass man zeitlich weit zurückgehen muss, um das Berufsbild zu ermitteln (mit der Folge, dass vielleicht ein ganz anderer Beruf maßgeblich wäre als der, in dem der Versicherte meint, berufsunfähig zu sein). Es würde damit eine versicherungsrechtliche Garantie des *status quo ante* mit einem zeitliche unbegrenzten Berufsschutz geben.¹⁹

Dies hat eine große Praxisrelevanz, weil für den Versicherer in der Leistungsprüfung und für das Gericht im Klageverfahren klar sein muss, auf welche konkrete berufliche Tätigkeit abzustellen ist, denn nur dann können einem medizinischen Sachverständigen die für ihn erforderlichen klaren Vorgaben zum Beruf gemacht werden. Zumindest im Gerichtsverfahren muss das Tätigkeitsbild vollständig und als für den Sachverständigen *unverrückbarer feststehender Sachverhalt* feststehen.²⁰ Unverrückbar heißt: in den Einzelheiten feststehend und abschließend geklärt. In der Praxis bedeutet das, dass das Gericht dem Sachverständigen ganz konkrete Vorgaben dazu zu machen hat, was der Beruf des Versicherten ist und was der Sachverständige zugrunde legen darf. Hintergrund ist, dass die Beurteilung der Berufsunfähigkeit ohne eine Darlegung der genauen beruflichen Tätigkeiten unmöglich ist, weil geprüft werden muss, wie sich die individuellen Beschwerden des Versicherten auf dessen individuelle Berufsausübung ausgewirkt haben.²¹ Eigene Ermittlungen des gerichtlichen medizinischen Sachverständigen zu außermedizinischen Anknüpfungstatsachen sind deshalb unzulässig.²²

11 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker; BGH v. 22.9.1993 – IV ZR 203/92, VersR 1993, 1470 unter 3.

12 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker; OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95.

13 Dazu OLG Stuttgart v. 31.3.2016 – 7 U 149/15, VersR 2016, 1488.

14 Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020 Kap. 5 Rz. 78.

15 Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020 Kap. 5 Rz. 78.

16 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker; OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95; OLG Saarbrücken, v. 16.7.2021 – 5 U 107/18, VersR 2022, 28; OLG Saarbrücken v. 16.1.2013 – 5 U 236/12-28, VersR 2014, 1114.

17 BGH v. 22.9.1993 – IV ZR 203/92, VersR 1993, 1470; OLG Saarbrücken, v. 28.12.2001 – 5 U 103/99-61, VersR 2002, 1030.

18 OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95 im aml. Ls., während die Urteilsbegründung eher dafür spricht, dass der Senat im Rahmen der Beweiswürdigung von einer ausschließlich leidensbedingten Berufsveränderung ausgeht.

19 So die prägnanten Formulierungen von Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rz. 68 f.

20 BGH v. 23.1.2008 – IV ZR 10/07, VersR 2008, 479; BGH v. 22.9.2004 – IV ZR 200/03, VersR 2005, 676; OLG Frankfurt v. 25.1.2018 – 3 U 179/15, VersR 2018, 1051; ausführlich dazu Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 267, 293.

21 Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 267.

22 OLG Dresden v. 27.3.2018 – 4 U 1519/17, VersR 2018, 920.

5. Kritik

Die vom BGH unterlassene zeitliche Einschränkung ist in denjenigen Fällen, in denen der *Versicherungsfall erst längere Zeit nach dem leidensbedingten Wechsel* eintritt (also bspw. bei „schleichenden“ Krankheitsprozessen), nicht richtig. Ausgangspunkt der Bewertung sind die Versicherungsbedingungen aus Sicht eines durchschnittlichen VN. Nach gefestigter Rechtsprechung im Versicherungsrecht sind Versicherungsbedingungen so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher VN in der jeweils gewählten Wortfassung bei verständiger Würdigung, aufmerk-samer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinn-zusammenhangs verstehen muss, wobei es auf die *Verständnis-möglichkeiten eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezial-kenntnisse* und damit – auch – auf seine Interessen ankommt.²³

Der durchschnittliche VN nimmt in den Fällen, um dies es hier geht – also lange Weiterarbeit trotz progredienter Erkrankung unter selbst veränderten Bedingungen, mit denen sich arrangiert wurde – den Begriff des Berufs in den Bedingungen in den Blick. Enthält dieser den Zusatz „so wie er ohne gesundheitliche Beeinträchtigungen ausgestaltet war“, scheint das zwar dafür zu sprechen, dass die „ganz gesunden Tage“ gemeint sind. Allerdings nimmt der durchschnittliche VN genauso in den Blick, dass der Zweck der BUV darin liegt, das Absinken der Lebensstellung zu verhindern. Sinn und Zweck als Produktform ist es, einen *individuellen und sozialen Abstieg* des Versicherten im Arbeitsleben und in der Gesellschaft, also dem sozialen Umfeld, zu verhindern.²⁴ Der durchschnittliche VN weiß deshalb, dass für denjenigen, der sich über einen längeren Zeitraum mit seinem Gesundheitszustand und der darauf abgestimmten neuen Tätigkeit arrangiert hat, diese Tätigkeit (und nicht mehr die frühere) *prägend für seine Lebensumstände* ist. Deshalb geht er bei einer entsprechenden zeitlichen Verfestigung auch davon aus, dass die neue, dem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit jedenfalls dann die versicherte Tätigkeit ist, wenn die Lebensstellung nicht unzumutbar abgesunken ist, zumal die üblichen Bedingungen ohnehin von der „zuletzt ausgeübten“ Tätigkeit sprechen. Für diese Auslegung spricht zudem, dass der durchschnittliche VN weiß, dass bei einem Abschluss einer neuen oder Erweiterung der bestehenden BUV sein aktueller Beruf und sein derzeitiger Gesundheitszustand für die Risikobeurteilung zugrunde gelegt würde. Ein durchschnittlicher VN versteht unter „dem Beruf“ oder „der zuletzt ausgeübten Tätigkeit“ im Sinne der Versicherungsbedingungen diejenige Tätigkeit, die er solange noch ausüben konnte bis die Berufsunfähigkeit eingetreten ist, also der bedingungsgemäße Grad erreicht wird. Das ist auch dann das Verständnis eines durchschnittlichen VN, wenn eine leidensbedingte Veränderung der beruflichen Tätigkeit vorgenommen wurde, um den ansonsten zu erwartenden Eintritt der Berufsunfähigkeit zu verzögern oder zu vermeiden, und dies so gelingt, dass der VN lange Zeit (bei nicht erheblich abgesunkener Lebensstellung) knapp über der Berufsunfähigkeitsschwelle ist und dann nach längerer Zeit doch unter die Berufsunfähigkeitsschwelle von i. d. R. 50 % rutscht. Dies basiert gerade darauf, dass nur ganz selten spontan die Berufsunfähigkeit eintritt und sich viele *Krankheiten erst über längere Zeiträume entwickeln*. Führt man sich bspw. vor Augen, dass sich psychische oder neurologische Erkrankungen oft über Jahre hinweg entwickeln bis es zu einer Eskalation kommt, die eine Weiterarbeit im bedingungsgemäßen Umfang nicht mehr möglich macht, müsste man bei wört-

licher Interpretation der „gesunden Tage“ auf einen viele Jahre zurückliegenden Zeitpunkt abstellen, in dem der Versicherte möglicherweise völlig anders gearbeitet hat als in den Jahren danach und bis der bedingungsgemäße Grad der Berufsunfähigkeit erreicht wurde. So wäre bspw. bei einer Skoliose, die sich in der Jugend entwickelt und immer wieder mal zu Problemen geführt hat („Hexenschuss“ etc.) bis dann mit 35 Jahren ein Bandscheibenvorfall zur Eskalation führt, nach der Sichtweise des BGH faktisch auf die Kindheit und damit die Tätigkeit als Schüler abzustellen.

Ein weiteres Beispiel: Leidet ein seit 2009 versicherter und nach dem Studium seit Mai 2015 beschäftigter Arbeitnehmer seit Dezember 2014 an schubweise auftretender multipler Sklerose und kann bis zum Jahr 2024 relativ problemlos (wenn auch „am Schluss“ mit häufigeren Arbeitsunfähigkeitszeiten) weiter arbeiten, so hätte die rigorose Anwendung der „gesunden Tage“ zur Folge, dass auf die Tätigkeit im Jahr 2014 abzustellen wäre, als der Versicherte noch studiert hat. Entsprechendes gilt für medikamentös „gut eingestellte“ VN mit weitestgehend erhaltener Leistungsfähigkeit. Die strenge Interpretation könnte sogar dazu führen, dass auf ein *Berufsbild vor Beginn des Versicherungsschutzes* abzustellen wäre, das gar nicht Gegenstand der Risikoprüfung beim Vertragsschluss war, wovon ganz sicher kein durchschnittlicher VN ausgeht und was den Grundsätzen der versicherungstechnischen Risikoübernahme völlig widerspricht, da der Versicherer Deckung für eine Tätigkeit übernehmen müsste, die noch nicht einmal Gegenstand seiner Antragsprüfung war. Unterstrichen wird das dadurch, dass die im Vertrag vereinbarte prozentuale *Schwelle der Berufsunfähigkeit* (in der Regel 50 %) verdeutlicht, dass es auf einen unbeeinträchtigten Gesundheitszustand gerade nicht ankommt. Würde man immer auf die „ganz gesunden Tage“ abstellen, könnte es sogar für den VN schwierig werden, die Tätigkeiten in diesem möglicherweise schon lange zurückliegenden Zeitraum zu rekonstruieren und im Bestreitensfall zu beweisen. Der durchschnittliche VN versteht deshalb unter der zuletzt ausgeübten Tätigkeit nicht diejenige Zeit, in der er letztmalig völlig gesund war, sondern die *Zeit vor demjenigen Zeitpunkt, zu dem er meint, der bedingungsgemäße Grad der Berufsunfähigkeit sei überschritten* worden (also der Eintritt des Versicherungsfalls,

23 BGH, v. 20.10.2021 – IV ZR 236/20, juris Rz. 10 m.w.N.; BGH v. 18.10.2017 – IV ZR 188/16, VersR 2017, 1386; BGH v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14 (BUZ); BGH v. 16.11.2016 – IV ZR 356/15 (BUZ); BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker (BUZ, mit einer etwas verkürzten Definition); BGH v. 17.2.2016 – IV ZR 353/14, VersR 2016, 720 Rz. 15; BGH v. 21.10.2015 – IV ZR 266/14, VersR 2015, 1501; BGH v. 10.12.2014 – IV ZR 289/13 (Ausschlussklausel Restschuldersicherung); BGH v. 14.12.2011 – IV ZR 34/11 (Unfallversicherung); BGH v. 15.12.2010 – IV ZR 24/10; BGH v. 24.6.2009 – IV ZR 110/07, VersR 2009, 1617; BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 220/00, VersR 2001, 1502; BGH v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, VersR 1993, 957; BGH v. 18.12.1991 – IV ZR 204/90, VersR 1992, 349 unter 3 a m.w.N.; BGH v. 5.7.1989 – IVa ZR 24/89, VersR 1989, 908 unter II; BGH v. 14.6.1989 – IVa ZR 74/88, VersR 1989, 903; BGH v. 16.6.1982 – IVa ZR 270/80, BGHZ 84, 268, 272 = VersR 1982, 841 f.

24 BGH v. 7.12.2016 – IV ZR 434/15; BGH v. 8.2.2012 – IV ZR 287/10, VersR 2012, 427 Rz. 14; OLG Saarbrücken v. 7.7.2021 – 5 U 17/19, VersR 2021, 1481; OLG Saarbrücken, v. 3.12.2014 – 5 U 17/14, VersR 2015, 1365; ähnlich schon BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 252/84, VersR 1986, 1113 und BGH v. 15.11.1985 – IVa ZR 23/84, VersR 1986, 278; LG Ulm v. 5.6.1979 – 2 O 133/79, VersR 1979, 930; LG Hannover v. 20.11.1980, VersR 1982, 235.

Stichtagsprinzip). Dass der vom BGH konstruierte Bestandschutz des Berufs in „ganz gesunden Tagen“ wenig lebensnah ist, wird auch durch die gerichtliche Praxis bestätigt: In der Mehrzahl der Klagefälle tragen VN und ihre Prozessbevollmächtigten bei der erforderlichen Darlegung des Berufs auch bei einem progredienten Krankheitsverlauf und angepassten, länger ausgeübten Tätigkeiten nichts dazu vor, wie es in gesunden Tagen war, sondern schildern „nur“, wie zeitnah vor dem behaupteten Eintritt der Berufsunfähigkeit gearbeitet wurde. Wäre die vom BGH vorgenommene Interpretation der Bedingungen, der VN könne diesen bei verständiger Würdigung keine zeitliche Grenze entnehmen,²⁵ richtig, so müsste es in der Gerichtspraxis typisch sein, dass sozusagen intuitiv die Arbeit aus „ganz gesunden Tagen“ vorgetragen wird. Das ist es aber gerade nicht.²⁶

In derartigen Fällen ist daher individuell zu prüfen, ob es *sachgerechter erscheint, auf die letzte Tätigkeit und nicht die Tätigkeit in gesunden Tagen abzustellen*.²⁷ Sachgerecht ist dies dann, wenn die neue Tätigkeit dauerhaft ausgeübt wird und die Lebensstellung nicht unzumutbar abgesunken ist. Vertreten wird, den Zeitraum einer möglichen Verjährung und somit (nach dem VVG a.F.) *mehr als fünf Jahre* anzuwenden mit der Folge, dass nach Ablauf dieses Zeitraums der aufgegebene Beruf nicht mehr als Anknüpfungsberuf für die Prüfung von Berufsunfähigkeit zugrunde zu legen ist.²⁸ Sachgerechter als eine starre zeitliche Einschränkung ist jedoch eine *differenzierende Betrachtung*, bei der neben der zeitlichen Entfernung der Anzeige des Versicherungsfalls die Erkenntnisse und Entscheidungen der versicherten Person bei und nach ihrem Berufswechsel herangezogen werden: Je länger sie nach dem Auftreten eines Leidens im neuen Beruf gearbeitet hat und je klarer ihr ursprünglich sein musste, dass an sich Berufsunfähigkeit im alten Beruf eingetreten sein könnte, desto näher liegt es, nunmehr auf den neuen Beruf abzustellen.²⁹ Entscheidend ist aber vor allem, inwieweit die frühere berufliche Tätigkeit noch immer den beruflichen Status des Versicherten, seine Qualifikation und seine dadurch vermittelte Lebensstellung beeinflusst, oder ob sich eine nicht ausschließlich leidensbedingte – vielleicht auch wegen angenehmerer Arbeitsbedingungen gewählte und seit längerem vollzogene Veränderung verfestigt hat und ihrerseits für das Erwerbsleben der versicherten Person, ihre fachlichen Fähigkeiten und ihren wirtschaftlichen und sozialen Status kennzeichnend geworden ist.³⁰ Da die BUV die Sicherung der Lebensstellung und sozialen Position bezweckt und eine bereits lange Zeit ausgeübte veränderte Arbeit diesen Status prägt, sollte die Vergleichbarkeit der früheren und der aktuellen Lebensstellung der Maßstab dafür sein, an welchen Beruf angeknüpft wird. Ist die Lebensstellung vergleichbar, ist es der neue Beruf; ist der neue Status unzumutbar geringer, bleibt es dabei, dass auf die frühere Tätigkeit abzustellen ist. Es existiert insoweit auch kein Grundsatz, dass leidensbedingte Veränderungen immer „schlecht“ sein müssen und sich negativ auswirken. Der Unternehmer, der überzogene Anforderungen an sich selbst stellte und 70 Stunden pro Woche arbeitete, muss, nachdem er gesundheitsbedingt im Rahmen einer „Selbstoptimierung“ auf 45 Stunden reduziert hat, nicht zwangsläufig finanziell oder hinsichtlich der Wertschätzung schlechter dastehen. Hier kommt es sehr auf den Einzelfall an.³¹ Eine *wechselnde Erwerbsbiografie* und die aus ihr sprechende Flexibilität im beruflichen Einsatz schwächt die Bedeutung des zuletzt vor dem Wechsel ausgeübten Berufs ohnehin ab.³² Diese individuelle

Betrachtung erhöht die Einzelfallgerechtigkeit, und als (widerlegbare) *Faustregel für die Praxis* sollte gelten, dass bereits ab *drei Jahren* auf den neuen Beruf abgestellt werden kann, weil sich der Betroffene auch nach einer solchen Dauer in der Regel sicherlich schon mit seiner Tätigkeit arrangiert hat, denn sonst würde er sie nicht mehrere Jahre ausüben (können).

6. Neue Beschwerden/nicht ausschließlich leidensbedingte Änderungen

Auf die neue Tätigkeit ist immer abzustellen, wenn neue, klar *von den früheren Beschwerden abgrenzbare Beschwerden* auftreten (die also nichts mit dem leidensbedingten Wechsel zu tun haben) oder wenn *altersentsprechender Kräfteverfall* vorliegt³³ und eine dieser neuen Ursachen zur Berufsunfähigkeit im neuen Beruf führt, denn dann verwirklicht sich ein neues Risiko, dass nicht mehr mit der „alten“ Tätigkeit zusammenhängt.³⁴ Der Berufswechsel ist dann nicht mehr *leidensbedingt*, denn wenn neue Leiden, auf die die Berufsunfähigkeit gestützt wird, erst nach dem Wechsel aufgetreten sind, können sie nicht kausal für diesen gewesen sein. Falsch ist die Auffassung, dass die Rechtsprechung des BGH zu den „ganz gesunden Tagen“ auch dann gelten soll, wenn die beruflichen *Veränderungen nicht nachweislich ausschließlich leidensbedingt* erfolgt sind,³⁵ denn bei nicht leidensbedingten Berufsveränderungen gibt es hinsichtlich des Gesundheitszustands keinen dogmatischen Anknüpfungspunkt, auf die früheren Tätigkeiten abzustellen. Der VN muss deshalb (auch hier) beweisen, dass zumindest die prägenden Tätigkeiten gesundheitsbedingt geändert wurden.

7. Prozessuale Fragen, Beweislast

Prozessual hat die Frage, ob leidensbedingt oder nicht gewechselt wurde, folgende Auswirkungen: Der VN muss die *„Leidensbedingtheit“ beweisen*³⁶ (wenn diese bestritten wird). Da es sich bei dem Motiv für den Berufswechsel um eine innere Tat-

25 BGH v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, VersR 2017, 216 = jurisPR-VersR 2/2017 Anm. 3 Neuhaus = NJW 2017, 1620 m. Anm. Rixecker unter II 2 c bb (3).

26 Eigene Erfahrungen des Verfassers aus zahlreichen Gerichtsverfahren.

27 Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 80.

28 LG München I v. 13.8.2003 – 25 O 23486/02, VersR 2004, 990 zu § 12 VVG a.F.; ebenfalls fünf Jahre bei Benkel/Hirschberg, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Aufl. 2011, § 2 BUZ 2008 Rz. 49.

29 OLG Saarbrücken v. 13.11.2013 – 5 U 359/12, VersR 2014, 1194; Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 46 Rz. 18 f.; Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 80.

30 OLG Saarbrücken v. 13.11.2013 – 5 U 359/12, VersR 2014, 1194; Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 46 Rz. 19 f.; Dörner in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 VVG Rz. 69; Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 80.

31 Kurz angesprochen wird dies in OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95.

32 OLG Saarbrücken v. 13.11.2013 – 5 U 359/12, VersR 2014, 1194.

33 Ebenso Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 46 Rz. 21.

34 Rixecker in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 46 Rz. 19; in diesem Sinne wohl auch LG Gießen v. 3.7.1985 – 3 O 204/85, VersR 1987, 249.

35 So aber auch OLG Frankfurt v. 18.11.2022 – 7 U 113/20, VersR 2023, 95.

36 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris; OLG Saarbrücken v. 20.3.2013 – 5 U 379/11, zfs 2013, 646.

sache handelt, die einer direkten Beweisführung nicht zugänglich ist, kann der Beweis nur aufgrund einer Würdigung der äußeren Umstände, die die leidensbedingte Motivation plausibel erscheinen lassen, unter Würdigung der vom VN vorgetragene Gründe geführt werden, wobei der Art und Schwere der gesundheitlichen Leiden und der daraus resultierenden Einschränkungen der beruflichen Tätigkeit ein maßgebliches Gewicht zukommt.³⁷ Die vorgetragene subjektiv leidensgetragene Motivation für den beruflichen Wechsel muss auch objektiv aus gesundheitlichen Gründen einleuchtend und nachvollziehbar erscheinen.³⁸ Bei gesundheitlichen Leiden, die die Berufsausübung objektiv in erheblichem Ausmaß beeinträchtigen, kann der Beweis in Verbindung mit überzeugenden Angaben des VN im Rahmen seiner persönlichen Anhörung nach § 141 ZPO gelingen,³⁹ was aber auf krasse, für jeden ersichtliche Ausnahmefälle⁴⁰ zu beschränken ist. Der *Beweis ist nicht geführt*, wenn die Beweisaufnahme über die primäre Behauptung des Eintritts der BU schon im alten Beruf ergeben hat, dass das Ausmaß der leidensbedingten Einschränkungen der vormaligen Tätigkeit weitaus geringer war als behauptet und die angegebenen Beschwerden vom gerichtlichen Sachverständigen mit den objektiv feststellbaren Befunden nicht in Einklang gebracht werden konnten.⁴¹ Das *Zeugnis der behandelnden Ärzte* ist als Beweismittel für einen leidensbedingten Berufswechsel untauglich, weil es sich bei dem Beweisthema nicht um ein Ereignis handelt, das Gegenstand der Wahrnehmung von Zeugen sein kann.⁴² Ärztliche *Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen* wie auch ein *Abbruch einer beruflichen Wiedereingliederung* sind für den Nachweis eines ausschließlich leidensbedingten Berufswechsels wenig aussagekräftig, weil sie nicht geeignet sind, die behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen in dem Zeitraum vor dem Berufswechsel zu belegen.⁴³ Kann der VN die „Leidensbedingtheit“ beweisen, so muss *substantiiert zu der vorletzten Tätigkeit vorgetragen* werden; kann er es nicht, ist der zuletzt ausgeübte Beruf der Maßstab, zu dem ausreichend vorgetragen werden muss. Konzentriert sich der VN in einer Klageschrift in seinem Vortrag auf den vorletzten Beruf und bestreitet der Versicherer die Tätigkeiten und den leidensbedingten Wechsel, gerät der VN in ein gewisses Dilemma, denn das Gericht hat dann – um einem medizinischen Sachverständigen überhaupt erst einmal einen beruflichen Lebenssachverhalt vorgeben zu können – zunächst die Tätigkeiten durch Beweisaufnahme und danach durch eine medizinische Beweisaufnahme aufzuklären, ob der Wechsel leidensbedingt war oder nicht. War er es nicht, so fehlt es mangels Vortrags zum letzten Beruf an einer Tatsachengrundlage als weitere Vorgabe an den Sachverständigen, worauf das Gericht allerdings dann nach § 139 ZPO hinweisen muss. Damit sich Gerichtsverfahren dadurch nicht unnötig in die Länge ziehen, könnte der VN in der Klage hilfsweise für den Fall, dass kein leidensbedingter Wechsel vorlag, auch substantiiert zur letzten Tätigkeit vortragen und das Gericht nach einer „beruflichen“ Beweisaufnahme zu beiden Tätigkeiten dem Sachverständigen im Beweisbeschluss für diesen Fall aufgeben, bei der Untersuchung dann auch dies letzten beruflichen Tätigkeiten medizinisch zu beurteilen.

All dies gilt jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht bzw. nur eingeschränkt, wenn das Gericht bei seit längerer Zeit leidensbedingt veränderten Tätigkeiten von der Wahrung der Lebensstellung ausgeht. Dann hat der VN zum angepassten Beruf vorzutragen und Beweis zu erbringen.

8. Zusammenfassung

- Der BGH und Teile der Instanzrechtsprechung stellen für die Prüfung, welches Berufsbild vor Eintritt der Berufsunfähigkeit zugrunde zu legen ist, auch dann auf die „ganz gesunden Tage“ vor Beginn gesundheitlicher Beeinträchtigungen ab, wenn der Versicherte leidensbedingt bereits seit längerer Zeit anders arbeitet und sich mit dieser Tätigkeit arrangiert hat.
- Eine detaillierte Diskussion, wie der VN insoweit den Begriff des Berufs in den Versicherungsbedingungen verstehen kann, erfolgt in diesen Entscheidungen nicht.
- Diverse Instanzgerichte und gewichtige Stimmen in der Literatur schlagen eine differenzierende Betrachtung vor und wägen ab, ob und wie sich die veränderten beruflichen Tätigkeiten auf die Lebensstellung des Versicherten auswirken.
- Diese Betrachtung gebietet es, ab einem individuell zu bestimmenden Zeitraum, für den als grobe Richtlinie drei Jahre anzusetzen sind, den neuen Beruf zugrunde zu legen, wenn sich die Lebensstellung des Versicherten durch die Ausübung des neuen Berufs nicht unzumutbar verschlechtert hat.
- Im Gerichtsverfahren muss der VN die „Leidensbedingtheit“ beruflicher Veränderungen darlegen und im Bestreitensfall beweisen. Hat er sich mit den Veränderungen unter Wahrung der Lebensstellung arrangiert, sind nach der hiesigen Auffassung allein die neuen Tätigkeiten darzulegen und zu beweisen.

37 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.

38 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.

39 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.

40 Vgl. Neuhaus, BUV, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rz. 283.

41 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.

42 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.

43 KG v. 7.7.2020 – 6 U 111/18, juris.