

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 259/96

Verkündet am:
22. Oktober 1997
Luttkus
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Schmitz, den Richter Dr. Zopfs, die Richterin Dr. Ritter und die Richter Terno und Seiffert auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1997

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 30. Mai 1996 aufgehoben, soweit über den Zahlungsantrag und die Kosten des Rechtsstreits erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der bei der Beklagten seit 1. September 1990 eine bis zum 1. September 2019 laufende Berufsunfähigkeitsversicherung unterhält, beansprucht ab Juni 1991 die für den Fall einer mindestens 50%-igen Berufsunfähigkeit vereinbarte Rente von monatlich 1.000 DM. Bis zum 18. Januar 1991 übte der Kläger im Einmannbetrieb den Be-

- 3 -

ruf eines selbständigen Klinkermaurers und Kaminbauers aus. Seitdem ist er infolge eines femoropatellaren Knorpelschadens beider Kniegelenke zu 60% außerstande, dieser Tätigkeit weiter nachzugehen.

Mit Schreiben vom 8. Juni 1991 forderte er die Beklagte zur Rentenzahlung auf. Vom 18. Januar 1991 bis 15. Oktober 1991 arbeitete er stundenweise als Subunternehmer im Betrieb seiner Eltern, ohne dies der Beklagten mitzuteilen. Hierauf stützte die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juli 1992 ihre Leistungsverweigerung, nachdem sie bereits mit Schreiben vom 19. September 1991 ihren Rücktritt wegen Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten erklärt hatte. Unter dem 18. Juni 1993 lehnte sie schließlich Leistungen deswegen ab, weil der Kläger trotz seiner Erkrankung einen zumutbaren Vergleichsberuf ausüben könne.

Der Kläger, der bis zu seiner Erkrankung wöchentlich durchschnittlich 40 Stunden tätig war und nach seiner Behauptung dabei monatlich 8.000 DM bis 9.000 DM brutto verdiente, war vom 16. Oktober 1991 bis Ende Dezember 1993 als Subunternehmer vollschichtig im Betrieb seiner Eltern, einem Generalbauunternehmen für die schlüsselfertige Errichtung von Ein- und Zweifamilienhäusern, tätig. Er erstellte Kalkulationen für Gewerke, nahm Aufmaße, Bestellungen und Abrechnungen vor, überwachte Mitarbeiter des elterlichen Betriebs sowie aus eingeschalteten Fremdfirmen und führte auch selbst handwerkliche Arbeiten aus. Seit



März 1994 ist er in gleicher Weise für eine in D. ansässige Firma tätig. Daneben führt er seinen Klinkerfugerbetrieb in der Weise fort, daß er seit Mai 1992 Subunternehmer in steigender Anzahl einsetzt.

Ausweislich vorgelegter Einkommenssteuerbescheide erzielte er im Jahre 1989 zu versteuernde Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 59.373 DM, 1990 in Höhe von 44.747 DM und 1991 in Höhe von 16.395 DM. Die Gewinnermittlungen seines Steuerberaters belaufen sich für 1989 auf 56.320,71 DM, für 1990 auf 43.951,39 DM, für 1991 auf 16.394,98 DM, für 1992 auf 10.139,31 DM und für 1993 auf 34.045,59 DM.

Der Kläger vertritt die Ansicht, vor allem die Einkommensdifferenzen stünden einer zulässigen Verweisung entgegen.

Er hat neben seinem Zahlungsantrag hilfsweise drei Anträge auf Feststellung gestellt, daß das Vertragsverhältnis nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten aufgelöst worden sei, daß die Beklagte nicht wegen Verletzung von Anzeigepflichten nach Eintritt des Versicherungsfalles und schließlich daß sie auch nicht aufgrund zulässiger Verweisung leistungsfrei geworden sei.

Sämtliche Anträge hat das Landgericht nach Einholung eines fachorthopädischen Gutachtens abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht unter Zu-

rückweisung des Rechtsmittels im übrigen dem Antrag auf Feststellung stattgegeben, daß das Vertragsverhältnis nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten beendet worden sei. Mit der Revision verfolgt der Kläger die abgewiesenen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Sein Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit sein Hauptantrag auf Zahlung abgewiesen und über die Kosten entschieden worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger mit den zunächst nur stundenweise und seit Mitte Oktober 1991 "vollschichtig" aufgenommenen Subunternehmertätigkeiten, anfänglich im elterlichen Betrieb und seit März 1994 bei einer D. Firma, sowie der Fortführung seines früheren Betriebes unter steigendem Einsatz von Subunternehmern einen Beruf ausübt, der ihn in seinen durch Ausbildung und Berufserfahrung erworbenen Fähigkeiten und Kenntnissen weder unter- noch überfordert (§ 2 (1) der Versicherungsbedingungen der Beklagten). Der Kläger ist als Subunternehmer und Inhaber seines verändert fortgeführten Betriebes weiterhin selbständig tätig. Er arbeitet zum Teil noch handwerklich mit und nutzt nun schwerpunktmäßig seine Berufskenntnisse bei der Wahrnehmung von Aufsichts- und Überprüfungsbefugnissen sowie in der Ver-

tragsanbahnung und -abrechnung. Gerade diese von ihm schwerpunktmäßig ausgeübten Tätigkeiten genießen allgemein ein höheres Ansehen als auf das rein Handwerkliche beschränkte Tätigkeiten, denn sie fordern neben dem handwerklich ausgerichteten Wissen und Können zusätzlich intellektuellen und planerischen Einsatz.

2. Der Kläger macht auch nicht geltend, er sei zu irgendeinem, nach dem 18. Januar 1991 liegenden Zeitpunkt gesundheitlich nicht zur Wahrnehmung seiner jetzigen Aufgaben und Tätigkeiten imstande gewesen.

3. Ob es sich bei dem Beruf eines Klinkermaurers um einen sog. Mangelberuf handelt, besagt nichts darüber, welches Berufssehen mit ihm im Publikum und in Fachkreisen verbunden wird. Erhöhte Nachfrage allein steigert nicht die Qualifikation einer handwerklichen Tätigkeit und vermehrt demnach auch nicht das Ansehen dieses Berufsstandes. Zudem ist der Kläger an der Weiterausübung seiner handwerklichen Mitarbeit gesundheitlich keineswegs vollständig, sondern nur zu 60% gehindert. Er kann deshalb weiterhin - wenn auch eingeschränkt - in seinem eigenen Betrieb handwerklich tätig sein.

4. Die bisherige Lebensstellung sieht das Berufungsgericht als ausreichend gewahrt i.S. der genannten Klausel der Beklagten an, weil der Kläger im Vergleich der Jahre 1990 zu 1993 nur (noch) eine Einkommensdifferenz von 23% erlitten habe (44.747 DM zu 34.045,59 DM).

a) Es beruft sich in diesem Zusammenhang auf seine Entscheidungen aus den Jahren 1988 (VersR 1989, 693) und 1992 (VersR 1992, 1387 = RuS 1992, 177). In ihnen wird zum einen ausgesprochen, ein Einkommensverlust von 40% des bisherigen monatlichen Nettoeinkommens schlieÙe eine Verweisbarkeit aus, zum anderen eine Minderung von weniger als 30% des bisherigen Nettogehaltes (ohne besondere Polizeidienstzulagen) als zumutbar und einer Verweisung nicht entgegenstehend beurteilt.

b) Einer abschließenden Stellungnahme zu dem so abgesteckten Rahmen bedarf es bei dem gegenwärtigen Verfahrensstand nicht. Auch der erkennende Senat hält es - jedenfalls bei hohen Einkommen - nicht für schlechthin ausgeschlossen, daß eine Verminderung des Einkommens um 23% einer Verweisbarkeit noch nicht entgegensteht, wenn ein Versicherer die Berufsunfähigkeitsdefinition der Musterbedingungen von 1975 (VerBAV 1975, 2) verwendet. Eine generelle Quote läßt sich angesichts der Bandbreite individueller Einkommen ohnehin nicht festlegen; vielmehr ist stets eine einzelfallbezogene Beurteilung unerläßlich und geboten, da sich die prozentuale Einkommens- oder Gehaltsminderung unterschiedlich belastend auswirken kann, je nachdem ob das Einkommen oder Gehalt vor Eintritt des Versicherungsfalles hoch oder niedrig war.

Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht nicht das Netto-, sondern das Bruttoeinkommen des Klägers zu-

grundegelegt. Dieser Ausgangspunkt begegnet - zumal der Kläger beruflich selbständig ist - keinen Bedenken (vgl. zum Verdienstausfallschaden BGHZ 127, 391).

c) Wie für einen selbständig arbeitenden Handwerker typisch, hat der Kläger weder vor noch nach Eintritt des Versicherungsfalles jährlich gleichbleibende Einkünfte erzielt, was - abgesehen von gelegentlichen Lohnerhöhungen - für einen gegen Lohn oder Gehalt Beschäftigten der Fall zu sein pflegt. Es ist deshalb ohne - bislang fehlende - Darlegungen noch nicht nachvollziehbar, weshalb gerade die Einkommensverhältnisse in den Jahren 1990 und 1993 maßgeblich für die Beurteilung sein sollten, ob die bisherige Lebensstellung des Klägers, soweit sie einkommensabhängig ist, ausreichend i.S. der AVB der Beklagten gewahrt geblieben ist. Das würde u.a. zwei Geschäftsjahre voraussetzen, in denen der Kläger sich nicht mehr im Stadium des jeweiligen Aufbaues seiner beruflichen Tätigkeit befand. M.a.W.: Es müßte feststehen, daß sich im Geschäftsergebnis dieser beiden Jahre ein als dauerhaft erwiesener bzw. zu prognostizierender Geschäftsverlauf widerspiegelt. Andernfalls müßte, wie die Revision es fordert, auf einen Zeitraum von mehreren Jahren abgehoben werden. Die damit erforderliche Zurückverweisung gibt dem Kläger Gelegenheit, hierzu ergänzend vorzutragen.

5. Nicht gefolgt werden kann der Revision, bereits bei dem jetzigen Verfahrensstand lasse sich sagen, jedenfalls für den Zeitraum vom 18. Januar 1991 bis März 1994

sei der Einkommensverlust des Klägers so hoch gewesen, daß für diesen Zeitraum eine Verweisbarkeit auf die ausgeübten Tätigkeiten ausscheide. Dem steht schon entgegen, daß es auf das erzielbare Einkommen ankommt. Deshalb geht es - zumindest nach dem derzeitigen Verfahrensstand - zu Lasten des Klägers, daß er zunächst nur stundenweise gearbeitet und auch die Weiterführung seines eigenen Betriebes in geänderter Form erst nach und nach wieder aufgenommen hat. Zu beachten bleibt außerdem, daß die für beruflich Selbständige typischen Einkommensschwankungen und die unvermeidlichen Anlaufschwierigkeiten bei Aufnahme einer berufsverwandten neuen Tätigkeit, die ihrer Art nach die Merkmale einer Vergleichstätigkeit erfüllt, es auch hier (ebenso wie in Fällen einer bloßen Betriebsumorganisation) notwendig machen, darauf abzuheben, ob für einen längeren Zeitraum spürbare Einkommensverluste entstehen. Zwar werden grundsätzlich die gleichen Maßstäbe angewendet werden können, die für Einkommenseinbußen von in abhängiger Stellung Beschäftigten zu gelten haben. Zu beachten bleibt aber der Unterschied, daß bei Letzteren von Anfang an zu überblicken ist, welche Einbuße sie - ohne größere Schwankungen - auf Dauer erleiden werden, bei beruflich Selbständigen dagegen nicht.

6. a) Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den ersten Hilfsantrag des Klägers - Feststellung der Unwirksamkeit des Rücktritts - ist unangefochten geblieben. Diese Entscheidung wird unzulässig, wenn das Berufungsgericht nunmehr dem Hauptantrag stattgeben sollte. Ihm ist deshalb

die gegebenenfalls gebotene Aufhebung dieses Teils seiner Entscheidung vorzubehalten (s. Senatsurteil in BGHZ 106, 219 unter IV). Andernfalls hat er gemäß § 318 ZPO ungeprüft Bestand.

b) Die Abweisung der beiden anderen Hilfsanträge als unzulässig bekämpft der Kläger mit seiner Revision. Auch sie steht unter der auflösenden Bedingung der Abweisung des Hauptantrages. Sollte der Kläger mit seinem Hauptantrag erneut keinen Erfolg haben, wird das Berufungsgericht die Hilfsanträge 2 und 3 nochmals zu prüfen haben. Aufgrund des derzeitigen Prozeßstoffes ist allerdings ein Feststellungsinteresse des Klägers nicht erkennbar.

Dr. Schmitz

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Terno

Seiffert