BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 44/15

Verkündet am:
6. Juli 2016
Schick
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 Bk, Cl; AVB Krankentagegeldversicherung (hier § 4 Abs. 4 MB/KT 2009)

Die Regelung über die Herabsetzung des Krankentagegeldes und des Versicherungsbeitrages in § 4 Abs. 4 der Musterbedingungen für die Krankentagegeldversicherung 2009 ist wegen Intransparenz unwirksam.

BGH, Urteil vom 6. Juli 2016 - IV ZR 44/15 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

ECLI:DE:BGH:2016:060716UIVZR44.15.0

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Richter Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, die Richter Dr. Karczewski, Lehmann und die Richterin Dr. Bußmann auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2016

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 9a. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 23. Dezember 2014 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, ein selbständiger Ofensetzer- und Fliesenlegermeister, begehrt die Feststellung, dass seine bei dem Beklagten, einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, gehaltene Krankentagegeldversicherung mit einem Tagessatz in der ursprünglichen vereinbarten Höhe von 100 € fortbesteht, weil der Beklagte zu einer Herabsetzung des Tagessatzes auf 62 € ab dem 1. September 2012 nicht berechtigt gewesen sei.

2 Dem Versicherungsvertrag liegen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Beklagten für die Krankentagegeldversicherung nach den Tarifen TA zugrunde, die in Teil I den Musterbedingungen 2009 des Verbandes der privaten Krankenversicherung (MB/KT 2009, im Folgenden nur MB/KT) entsprechen. Teil II enthält die Tarifbedingungen des Beklagten.

3 § 4 MB/KT lautet auszugsweise:

"Umfang der Leistungspflicht

...

(2) Das Krankentagegeld darf zusammen mit sonstigen Krankentage- und Krankengeldern das auf den Kalendertag umgerechnete, aus der beruflichen Tätigkeit herrührende Nettoeinkommen nicht übersteigen. Maßgebend für die Berechnung des Nettoeinkommens ist der Durchschnittsverdienst der letzten 12 Monate vor Antragstellung bzw. vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, sofern der Tarif keinen anderen Zeitraum vorsieht.

(3) Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, dem Versicherer unverzüglich eine nicht nur vorübergehende Minderung des aus der Berufstätigkeit herrührenden Nettoeinkommens mitzuteilen.

(4) Erlangt der Versicherer davon Kenntnis, dass das Nettoeinkommen der versicherten Person unter die Höhe des dem Vertrag zugrunde gelegten Einkommens gesunken ist, so kann er ohne Unterschied, ob der Versicherungsfall bereits eingetreten ist oder nicht, das Krankentagegeld und den Beitrag mit Wirkung vom Beginn des zweiten Monats nach Kenntnis entsprechend dem geminderten Nettoeinkommen herabsetzen. Bis zum Zeitpunkt der Herabsetzung wird die Leistungspflicht im bisherigen Umfang für eine bereits eingetretene Arbeitsunfähigkeit nicht berührt."

4 Die Tarifbedingungen zu § 2 MB/KT bestimmen unter anderem:

"2. zu § 2 MB/KT 2009 Erhöhung des Versicherungsschutzes

Der Versicherer bietet den Versicherungsnehmern mindestens alle 3 Jahre Gelegenheit, in den Krankentagegeldtarifen mit einem versicherten Krankentagegeld von mindestens EUR 25,-, das vereinbarte Krankentagegeld zu erhöhen. Dabei wird die Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung zugrunde gelegt. Die Anpassung (Erhöhung) kann nur auf einem

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Formular des Versicherers beantragt werden. Dieses nennt dem Versicherungsnehmer die Höhe, bis zu der das Krankentagegeld angepasst werden kann, die Frist, innerhalb der der Antrag beim Versicherer eingehen muss, sowie den Zeitpunkt, zu dem die Anpassung in Kraft tritt. Sofern eine darüber hinausgehende Erhöhung des Nettoeinkommens (vgl. § 4 Abs. 2 MB/KT 2009) nachgewiesen wird, erfolgt diese Anpassung aufgrund der individuellen Entwicklung des Nettoeinkommens. Die Höhe des Krankentagegeldes darf das Nettoeinkommen nicht übersteigen. Erlangt der Versicherer davon Kenntnis, dass das versicherte Krankentagegeld höher ist als das Nettoeinkommen, gilt § 4 Abs. 4 MB/KT 2009.

Nimmt der Versicherungsnehmer an zwei aufeinanderfolgenden Leistungsanpassungen nicht teil, ohne dass ein Grund nach § 4 Abs. 2 MB/KT 2009 vorliegt, so erlischt der Anspruch auf künftige Leistungsanpassungen nach Abs. 1 dieser Vorschrift. Eine erneute Teilnahme kann zugelassen werden, wenn ein ärztliches Zeugnis über den Gesundheitszustand der zu versichernden Person vorgelegt wird.

Für Arbeitnehmer in einem festen Arbeitsverhältnis wird auch ausserhalb des 3-Jahres-Zeitraumes bei einer Erhöhung des Nettoeinkommens auf Antrag des Versicherungsnehmers das vereinbarte Tagegeld entsprechend angepasst. Wirksam wird diese Anpassung zu dem Monatsbeginn, der dem Antragseingang beim Versicherer folgt, frühestens jedoch zu Beginn des Monats, für den die Erhöhung des Nettoeinkommens gilt.
...

Laufende Versicherungsfälle werden durch eine Anpassung nicht betroffen."

5 Nachdem der Kläger dem Beklagten im Jahre 2012 den Einkommensteuerbescheid vom 24. Februar 2012 für das Jahr 2010 vorgelegt hatte, setzte der Beklagte mit Schreiben vom 25. Juli 2012 den Tagessatz des Krankentagegeldes unter Hinweis auf § 4 Abs. 4 MB/KT mit Wirkung zum 1. September 2012 auf 62 € herab. Als dafür maßgebliches

Nettoeinkommen legte er die im Steuerbescheid ausgewiesenen Einkünfte des Klägers abzüglich der Einkommensteuer und zuzüglich der Versicherungsprämien für Kranken- und Pflegeversicherung zugrunde.

6 Der Kläger meint, der Beklagte sei zur Herabsetzung des Krankentagegeldes nicht berechtigt gewesen, insbesondere sei die Regelung des § 4 Abs. 4 MB/KT unwirksam.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht ihr stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

8 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in VersR 2015, 613 veröffentlicht ist, hält § 4 Abs. 4 MB/KT für unwirksam, weil dieser - auch unter Berücksichtigung der in den Tarifbedingungen enthaltenen Erhöhungsmöglichkeit - den Versicherungsnehmer unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Klausel gestatte es dem Versicherer, seine Leistung unabhängig vom Eintritt des Versicherungsfalls einseitig für die Zukunft herabzusetzen, ohne zugleich die Belange des Versicherungsnehmers hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Sie ermögliche es dem Versicherer insbesondere, mit einer Herabsetzung des Krankentagegeldes bis zum Versicherungsfall abzuwarten und bis dahin Prämien für ei-

nen Risikoschutz zu vereinnahmen, dessen Risiko sich bekanntermaßen nicht realisiert habe, um im Versicherungsfall Leistungen und Prämien für ein bekannt realisiertes Risiko herabzusetzen. So könne der Versicherer das Äquivalenzverhältnis der Leistungen jedenfalls bei selbständigen Versicherten nachträglich einseitig ändern. Die Klausel lasse es auch zu, die Versicherungsleistungen bei sinkendem Nettoeinkommen allein aufgrund von Arbeitsunfähigkeit schrittweise bis auf null zu reduzieren. Dadurch verliere der Versicherungsnehmer die Absicherung, die er durch seine Prämienzahlung habe erreichen wollen. Die Regelung zur Herabsetzung des Tagessatzes trage zudem dem gegenläufigen Interesse des Versicherten auf Erhöhung des Tagessatzes bei wieder gestiegenem Nettoeinkommen nicht ausreichend Rechnung. Nach den Tarifbedingungen des Beklagten bestehe ein Anspruch des versicherten Selbständigen auf eine Erhöhung von Leistung und Beitrag ohne erneute Risikoprüfung nur spätestens alle drei Jahre, wobei der Versicherte selbst dieses Recht verliere, wenn er an zwei aufeinanderfolgenden Leistungsanpassungen nicht teilgenommen habe.

10 Die Bestimmungen über die Herabsetzung des Krankentagegeldes seien zudem intransparent (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil ein selbständiger Versicherungsnehmer daraus die Entwicklung seines Versicherungsschutzes nicht ausreichend ersehen könne. Unklar sei, welcher Stichtag für die Berechnung des Nettoeinkommens nach § 4 Abs. 2 MB/KT maßgeblich und wie dieses zu berechnen sei; auch der Begriff des Nettoeinkommens sei unbestimmt.

11 Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Betracht. Es sei nicht unzumutbar, den Versicherer am lückenhaften Vertrag festzuhalten.

12 II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

13 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers allerdings nicht bereits daraus, dass § 4 Abs. 4 MB/KT keinen Zeitpunkt benennt, zu dem der Versicherer sein Anpassungsrecht spätestens ausüben muss, nachdem er von einer Minderung des Nettoeinkommens Kenntnis erlangt hat.

14 a) Zwar kann der Versicherer nach dem Wortlaut dieser Bestimmung Tagessatz und Beitrag auch dann noch für die Zukunft herabsetzen, wenn er sein Wissen um das gesunkene Nettoeinkommen des Versicherten nicht zeitnah zum Anlass für eine Anpassung nimmt (OLG Stuttgart VersR 1999, 1138, 1139; Commer in van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht 6. Aufl. § 17 Rn. 720, 723; Voit in Prölss/Martin, VVG 29. Aufl. § 4 MB/KT Rn. 23; Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenversicherung 5. Aufl. § 4 MB/KT Rn. 15; a.A. Wriede in Bruck/Möller, VVG 8. Aufl. Band VI 2 Anm. G 54).

15 b) Daraus ergibt sich aber keine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

16 aa) Schon den Ansatz des Berufungsgerichts, der Versicherer könne das Absinken des Einkommens infolge einer bedingungsgemäßen Arbeitsunfähigkeit des Versicherungsnehmers zum Anlass für eine Herabsetzung des Tagessatzes nach § 4 Abs. 4 MB/KT nehmen, rügt die Revision zu Recht als unzutreffend. Denn eine allein infolge bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit eingetretene Einkommensminderung berech-

tigt den Versicherer nicht zur Herabsetzung des Tagegeldsatzes. Sein Anpassungsrecht führt insoweit nicht dazu, dass der Versicherte die Absicherung verliert, die er durch seine Prämienzahlung erreichen wollte. Das ergibt die Auslegung von § 4 Abs. 4 MB/KT.

17 (1) Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen kann. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Wortlaut der jeweiligen Klausel auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind (Senatsurteile vom 22. April 2015 - IV ZR 419/13, VersR 2015, 706 Rn. 12; vom 11. März 2015 - IV ZR 54/14, VersR 2015, 570 Rn. 12; vom 10. Dezember 2014 - IV ZR 281/14, VersR 2015, 182 Rn. 12 f.; vom 23. Juni 1993 - IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83 unter III 1 c; st. Rspr.).

18 (2) Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer kann erkennen, dass das in § 4 Abs. 4 MB/KT geregelte Anpassungsrecht das Versprechen des Versicherers ergänzt, infolge bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit des Versicherungsnehmers entstandene Verdiensteinbußen auszugleichen. Die in § 4 Abs. 2 bis 4 MB/KT getroffene Regelung macht dem Versicherungsnehmer zunächst deutlich, dass sich der versprochene Versicherungsschutz nicht unmittelbar an seinem tatsächlichen Einkommensverlust orientiert (vgl. Senatsurteil vom 11. März 2015 - IV ZR 54/14, VersR 2015, 570 Rn. 19), er vielmehr im Versicherungsfall eine im

Voraus bestimmte, pauschalierte Entschädigung für jeden Tag bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit ohne Rücksicht darauf erhält, welchen Verdienstausfall er tatsächlich erlitten hat. Aus dieser Ausgestaltung der Versicherung als Summenversicherung (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2001 - IV ZR 307/00, VersR 2001, 1100 unter 4) folgt weiter, dass die Versicherungsleistung höher oder niedriger sein kann als der tatsächliche Durchschnittsverdienst des Versicherungsnehmers.

19 (3) Das Anpassungsrecht ermöglicht es dem Versicherer auch noch im Versicherungsfall, Leistung und Prämie herabzusetzen, wenn das Nettoeinkommen des Versicherten zuvor unter die Höhe des dem Vertrage zugrunde gelegten Einkommens gesunken ist. Dem Leistungsversprechen des Versicherers sowie dem Regelungszusammenhang mit § 4 Abs. 2 Satz 2 MB/KT wird der um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer aber auch entnehmen, dass eine erst infolge seiner Arbeitsunfähigkeit eingetretene Einkommensminderung nicht zur Herabsetzung des Krankentagegeldes berechtigt. Denn zum einen hat der Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz gerade für diesen Fall genommen, zum anderen ist der Eintritt bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit nach der in § 4 Abs. 2 Satz 2 MB/KT getroffenen Regelung der späteste Zeitpunkt für die maßgebliche Einkommensberechnung. Der Versicherer kann mithin danach eintretende Einkommensminderungen nicht mehr zum Anlass für eine (weitere) Herabsetzung des Tagegeldes nehmen (Jacob in jurisPR-VersR 3/2015 Anm. 2; Tschersich in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 45 Rn. 63).

20 bb) Das von § 4 Abs. 4 MB/KT eröffnete Entschließungsermessen des Versicherers bewirkt keine unangemessene Benachteiligung des

Versicherungsnehmers im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB, zumal dieser oftmals selbst kein Interesse daran hat, dass jede Minderung seines Nettoeinkommens alsbald zu einer Herabsetzung des Tagessatzes führt. Oft wird dem Versicherungsnehmer vielmehr daran gelegen sein, die Entwicklung seines Nettoeinkommens weiter zu beobachten und nicht vorschnell eine Verringerung seines Versicherungsschutzes zu erfahren. Insofern erwächst ihm nicht zwangsläufig ein Nachteil daraus, dass der Versicherer in der Reaktion auf eine bekannt gewordene Nettoeinkommensminderung zeitlich flexibel bleibt.

21 Dieses Ermessen des Versicherers findet freilich dort seine Grenze, wo das Anpassungsrecht durch zu späte Ausübung missbraucht wird, was etwa in Betracht kommen kann, wenn der Versicherer die Anpassung in Kenntnis der Einkommensminderung des Versicherten rechtsmissbräuchlich über einen längeren Zeitraum unterlässt und so wissentlich eine nicht mehr risikogerechte, überhöhte Prämie vereinnahmt (vgl. dazu Jacob in jurisPR-VersR 3/2015 Anm. 2; Schubach in Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl. § 23 Rn. 411; Wilmes in Bach/Moser aaO § 4 MB/KT Rn. 14). Eine solche, auf die Einzelfallumstände abstellende Bewertung des konkreten Verhalten des Klauselverwenders anhand von § 242 BGB, welcher neben den §§ 307-309 BGB die Funktion der sogenannten Ausübungskontrolle zukommt (vgl. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 11. Aufl. Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle Rn. 63 m.w.N.; Reiff in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht 6. Aufl. Klauseln V 199), hat allerdings bei der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB außer Betracht zu bleiben (Senatsurteile vom 21. Februar 2001 - IV ZR 11/00, VersR 2001, 576 unter 3 b cc; vom 23. Juni 1993 - IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 90 unter III 2 d) und begründet mithin im Rahmen der dort gebotenen generalisierenden Be-

trachtung keine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers.

22 2. Anders als das Berufungsgericht meint, wird der Versicherungsnehmer auch nicht durch eine "Asymmetrie" zwischen der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 4 Abs. 4 MB/KT und dem in den Tarifbedingungen geregelten Anspruch auf Erhöhung des Tagessatzes bei steigendem - oder wieder gestiegenem - Einkommen unangemessen benachteiligt.

23 Allerdings verweist das Berufungsgericht zutreffend darauf, dass in der Literatur Bedenken gegen die Wirksamkeit von § 4 Abs. 4 MB/KT erhoben werden, weil der Versicherungsnehmer nach einer Phase mit schlechtem Einkommen nicht ohne erneute Risikoprüfung die Wiederherstellung seines ursprünglichen Versicherungsschutzes verlangen könne, wenn sein Einkommen auf die frühere Höhe ansteige (Voit in Prölss/ Martin aaO § 4 MB/KT Rn. 20). Die Wirksamkeit der Klausel soll hiernach davon abhängen, ob der Versicherer es dem Versicherungsnehmer ermöglicht, eine spätere Erhöhung des versicherten Krankentagegeldes zurück auf den ursprünglichen Satz durch eine Anwartschaftsversicherung zu versichern (Rogler in HK-VVG, 3. Aufl. § 4 MB/KT 2009 Rn. 2; Voit aaO; ähnlich - allerdings im Rahmen einer ergänzenden Auslegung der Klausel - OLG München r+s 2012, 607, 608, kritisch dazu Fuchs in jurisPR-VersR 11/2012 Anm. 1).

24 a) Dies stützt sich auf Erwägungen, mit denen der Senat die Regelung über den Wegfall der Versicherungsfähigkeit bei Berufsunfähigkeit des Versicherungsnehmers oder Bezug einer Berufsunfähigkeitsrente (§ 15 Abs. 1 Buchst. a und b MB/KT 78) für unwirksam erklärt hat (vgl. Senatsurteile vom 22. Januar 1992 - IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 95 un-

ter 3 und vom 26. Februar 1992 - IV ZR 339/90, VersR 1992, 479 unter 1 b). Er hat angenommen, eine dem Versicherungsnehmer aufgezwungene endgültige und ersatzlose Beendigung der Krankentagegeldversicherung sei mit deren Vertragszweck nicht zu vereinbaren, weil der Versicherungsnehmer zu einem späteren Zeitpunkt wieder auf den Schutz einer Krankentagegeldversicherung angewiesen sei, dann aber wegen fortgeschrittenen Alters nur zu wesentlich ungünstigeren Konditionen neuen Versicherungsschutz erhalten könne. Dem könne allerdings durch das Angebot einer Ruhens- oder Anwartschaftsversicherung Rechnung getragen werden (Senatsurteil vom 22. Januar 1992 - IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 97 unter 3 d).

25 b) Diese Erwägungen, an denen der Senat auch mit Blick auf die Anknüpfung der Versicherungsfähigkeit an ein ununterbrochenes festes Arbeitsverhältnis festgehalten hat (Senatsurteil vom 27. Februar 2008 - IV ZR 219/06, BGHZ 175, 322 Rn. 22 ff.), lassen sich auf die Anpassungsklausel in § 4 Abs. 4 MB/KT nicht uneingeschränkt übertragen. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass die bloße Einkommensminderung - anders als eine Berufsunfähigkeit - nicht zur Beendigung der Krankentagegeldversicherung führt. Selbst wenn der Versicherte kein Einkommen oder gar Verluste erzielt, lässt das den Bestand des Versicherungsverhältnisses nach § 15 Abs. 1 Buchst. a MB/KT grundsätzlich unberührt. Unter anderem für den Fall der Aufgabe der Erwerbstätigkeit des Versicherungsnehmers sieht Nr. 3 der maßgeblichen Tarifbedingungen des Beklagten zu § 15 Abs. 1 Buchst. a und b MB/KT vor, dass das Versicherungsverhältnis für die Dauer der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Anwartschaftsversicherung fortgesetzt werden kann.

26 c) Für den Fall der Herabsetzung von Tagegeldsatz und Beitrag tragen die Tarifbedingungen des Beklagten dem Interesse des Versicherungsnehmers an einer Erhöhung des Tagessatzes bei (wieder) steigendem Einkommen ausreichend Rechnung. Ihm wird - unabhängig von einer vorangegangenen Herabsetzung des Tagessatzes - ein Anspruch eingeräumt, den Versicherungsschutz bei steigendem Einkommen ohne erneute Risikoprüfung zu erhöhen, und zwar auch über den ursprünglich versicherten Tagessatz hinaus. Dass dieser Anspruch nur innerhalb bestimmter Fristen gewährt wird und damit anderen Regeln unterliegt als die Herabsetzung des Tagessatzes, führt für sich genommen nicht zur Unangemessenheit von § 4 Abs. 4 MB/KT (so auch Wendt in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 3. Aufl. § 11 Rn. 253).

27 aa) Allerdings hat der Bundesgerichtshof wiederholt Anpassungsklauseln für unwirksam erklärt, die nur das einseitige Recht des Klauselverwenders vorsehen, Erhöhungen seiner eigenen Kosten an seine Kunden weiterzugeben, nicht aber auch die Verpflichtung enthalten, bei gesunkenen eigenen Kosten den Preis für die Kunden herabzusetzen (Urteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 25; vom 29. April 2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 17 f.). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass Anpassungsklauseln das vertragliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wahren und daher eine Verpflichtung vorsehen müssen, gefallenen und gestiegenen Kosten nach gleichmäßigen Maßstäben Rechnung zu tragen (Urteile vom 28. Oktober 2009 - VIII ZR 320/07, NJW 2010, 993 Rn. 25; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 29).

28 bb) Diesem "Symmetriegebot" für Preis und Leistung (vgl. dazu Armbrüster, r+s 2012, 365, 372 ff.) wird in § 4 Abs. 4 MB/KT aber bereits

dadurch Rechnung getragen, dass eine Herabsetzung des Krankentagegeldsatzes immer zugleich eine Verringerung des Beitrags zur Folge hat.

29 3. Zutreffend hat das Berufungsgericht aber angenommen, die in § 4 Abs. 4 MB/KT getroffene Regelung sei intransparent im Sinne von von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

30 a) Das Transparenzgebot verlangt vom Verwender Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Eine Klausel muss nicht nur in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich sein, sondern darüber hinaus die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (Senatsurteile vom 11. Juli 2012 - IV ZR 164/11, BGHZ 194, 39 Rn. 40; vom 26. September 2007 - IV ZR 252/06, VersR 2007, 1690 Rn. 16; vom 23. Februar 2005 - IV ZR 273/03, BGHZ 162, 210, 213 f. unter II 2; vom 8. Oktober 1997 - IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394, 401 unter 3 b). Das Transparenzgebot verlangt ferner, dass Allgemeine Versicherungsbedingungen dem Versicherungsnehmer bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor Augen führen, in welchem Umfang er Versicherungsschutz erlangt und welche Umstände seinen Versicherungsschutz gefährden. Nur dann kann er die Entscheidung treffen, ob er den angebotenen Versicherungsschutz nimmt oder nicht (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2014 - IV ZR 289/13, VersR 2015, 318 Rn. 28).

31 b) Diesen Erfordernissen entspricht die Anpassungsklausel nicht.

32 Der durchschnittliche Versicherungsnehmer kann ihr schon nicht mit der gebotenen Klarheit entnehmen, welcher Bemessungszeitpunkt

und -zeitraum für den gebotenen Vergleich des dem Vertrage ursprünglich zugrunde gelegten mit dem gesunkenen Nettoeinkommen maßgeblich sein soll (dazu aa)). Zudem lässt die Klausel offen, wie sich dieses "Nettoeinkommen" bei beruflich selbständigen Versicherungsnehmern zusammensetzt (dazu bb)).

33 aa) Von welcher Dauer eine Einkommensminderung nach Vertragsschluss sein muss, um dem Versicherer die Anpassung nach § 4 Abs. 4 MB/KT zu ermöglichen, kann der durchschnittliche Versicherungsnehmer der Klausel nicht entnehmen. Selbst wenn er versucht, sich an dem Regelungszusammenhang zu orientieren, in den die Anpassungsklausel gestellt ist, und insofern zunächst die in § 4 Abs. 3 MB/KT geregelte Pflicht zur Anzeige einer Minderung seines Nettoeinkommens in den Blick nimmt, wird er zwar erkennen, dass eine nur vorübergehende, etwa auch saisonbedingte, Minderung noch nicht genügen soll, vielmehr eine Prognose gefordert ist, die eine gewisse Dauer und Nachhaltigkeit der Einkommensminderung ergibt. Ihm wird aber auch in § 4 Abs. 3 MB/KT weder verdeutlicht, von welcher Dauer eine Einkommensminderung sein muss, um seine Anzeigepflicht auszulösen, noch welcher in der Vergangenheit liegende Beobachtungszeitraum insoweit maßgeblich sein soll.

34 Gleiches gilt, soweit der Versicherungsnehmer ergänzend versucht, die in § 4 Abs. 2 MB/KT getroffene Regelung zur Berechnung des Nettoeinkommens heranzuziehen, um daraus Rückschlüsse auf die Auslegung des Begriffs der Minderung des Nettoeinkommens im Sinne von § 4 Abs. 4 MB/KT zu ziehen. Die Klausel regelt allerdings nicht den Fall einer Herabsetzung der Versicherungsleistung, sondern betrifft das bei Vertragsschluss oder im Versicherungsfall maßgebliche Nettoeinkom-

men. Demgegenüber setzt die in § 4 Abs. 4 MB/KT geregelte Herabsetzung des Tagessatzes den Eintritt eines Versicherungsfalls nicht voraus.

35 Selbst wenn aber der Versicherungsnehmer ungeachtet der in der Rechtsprechung geäußerten Bedenken gegen die Transparenz des § 4 Abs. 2 MB/KT (vgl. dazu OLG Hamm VersR 2000, 750, 752; ähnlich schon VersR 1996, 880; OLG Saarbrücken ZfSch 2002, 445, 446) versucht, aus dem in § 4 Abs. 2 MB/KT genannten Zeitraum von zwölf Monaten einen Anhalt für die Auslegung von § 4 Abs. 4 MB/KT zu gewinnen, erschließt sich ihm nicht, ob es für die Herabsetzung des Tagessatzes auf die letzten zwölf Monate vor einer Herabsetzungserklärung des Versicherers oder die letzten zwölf Monate vor dem Zeitpunkt ankommen soll, zu dem der Versicherer Kenntnis von einer Einkommensminderung erlangt hat, oder ob der Versicherer im Rahmen des § 4 Abs. 4 MB/KT rückblickend jeden beliebigen Zwölfmonatszeitraum zum Anlass für eine Herabsetzung des Tagessatzes nehmen kann, soweit sich damit eine nicht nur vorübergehende Einkommensminderung des Versicherungsnehmers abbilden lässt.

36 bb) Auch wie sich das "Nettoeinkommen", welches die Grundlage der Vergleichsbetrachtung bilden soll, zusammensetzt, macht § 4 Abs. 4 MB/KT dem Versicherungsnehmer entgegen der Auffassung der Revision nicht ausreichend deutlich. Der Begriff ist in den Versicherungs- und Tarifbedingungen des Beklagten nicht eigenständig definiert und kann daher nur im Wege der Auslegung erschlossen werden.

37 Zwar mag der um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer sein steuerrechtlich ermitteltes Einkommen, also den Betrag, der ihm nach Abzug von Abgaben, Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen oder

ihnen gleichgestellten Versicherungsbeiträgen tatsächlich verbleibt, zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen nehmen, weil darunter im täglichen Leben das "Nettoeinkommen" verstanden wird.

38 Das führt im Ergebnis aber nicht dazu, dass der Begriff "Nettoeinkommen" mit dem steuerrechtlichen Einkommensbegriff gleichgesetzt werden kann. Denn anders als die Revision meint, kann auf einen derartigen "allgemeinen Sprachgebrauch" deshalb nicht abgestellt werden, weil weitere Gesichtspunkte Zweifel an dieser Auslegung wecken können.

39 (1) Zwar finden sich in verschiedenen gesetzlichen Vorschriften, wie etwa in den §§ 82 SGB XII, 115 ZPO oder den §§ 2 ff. EStG, eine gesetzliche Ausformung des Begriffs "Einkommen" und Regelungen über von diesem Einkommen vorzunehmende Abzüge, und auch das Bürgerliche Recht setzt - etwa für die Bemessung von Unterhalt - einen bestimmten Einkommensbegriff voraus. Der Begriff wird aber je nach Rechtsgebiet unterschiedlich verstanden; ein für alle Rechtsgebiete gleichermaßen geltender Einkommensbegriff oder eine einheitliche Regelung über die maßgeblichen Abzüge zur Ermittlung eines Nettobetrages hat sich nicht herausgebildet (vgl. nur BGH, Beschluss vom 8. August 2012 - XII ZB 291/11, NJW-RR 2012, 1282 Rn. 9 f.; Urteil vom 4. November 2003 - VI ZR 346/02, VersR 2004, 75 unter II 3 c dd; OLG Brandenburg VersR 2005, 820, 822).

40 (2) Verbindet danach die Rechtssprache mit dem verwendeten Ausdruck "Nettoeinkommen" keinen fest umrissenen Begriff und enthalten auch die Tarifbedingungen keine nähere Erläuterung (vgl. dazu OLG

Saarbrücken ZfSch 2002, 445, 446), so erweist sich der in § 4 Abs. 4 MB/KT verwendete Begriff als intransparent.

41 Denn jedenfalls der selbständig tätige Versicherungsnehmer wird bei seinem Begriffsverständnis zusätzlich den Zweck der Krankentagegeldversicherung in den Blick nehmen, die ihm durch einen vorübergehenden Ausfall der Arbeitskraft entstehende Vermögensnachteile ausgleichen (Senatsbeschluss vom 27. März 2013 - IV ZR 256/12, VersR 2013, 848 Rn. 10; Senatsurteile vom 9. März 2011 - IV ZR 137/10, VersR 2011, 518 Rn. 17; vom 19. Dezember 1973 - IV ZR 130/72, VersR 1974, 184) und insoweit auch seiner sozialen Absicherung dienen soll (Senatsurteile vom 11. März 2015 - IV ZR 54/14, VersR 2015, 570 Rn. 18; vom 22. Januar 1992 - IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 95 unter 3).

42 In diesem vertragszweckorientierten Verständnis bildet das steuerrechtlich ermittelte Nettoeinkommen jedenfalls beim beruflich selbständigen Versicherungsnehmer nicht ohne weiteres ein geeignetes Orientierungskriterium für die Höhe des tatsächlichen Verdienstausfalls (Wilmes in Bach/Moser aaO § 4 MB/KT Rn. 19). Denn der Selbständige erwirtschaftet mit seiner Arbeitskraft auch die laufenden Betriebskosten, die nicht dadurch wegfallen, dass er vorübergehend keine Einnahmen erzielt. Ob bei ihm derartige steuerlich absetzbare Kosten oder Investitionen dem "Nettoeinkommen" im Sinne des § 4 MB/KT als verdeckte Nettoeinkünfte zuzurechnen sind (so OLG Brandenburg VersR 2005, 820, 822; OLG Schleswig, Urteil vom 1. März 2007 - 16 U 95/06, BeckRS 2009, 86985; LG Dresden, Urteil vom 30. November 2012 - 8 O 1283/12, nicht veröffentlicht; LG Berlin r+s 2003, 510, 511; Voit in Prölss/Martin aaO § 4 MB/KT Rn. 3; in diese Richtung auch Tschersich in Versicherungsrechts-Handbuch aaO § 45 Rn. 64) oder diese vom Bruttoeinkom-

men in Abzug zu bringen sind, also das Nettoeinkommen dem betrieblichen Gewinn vermindert um die auf die Einkünfte zu zahlenden Steuern entspricht (so OLG Dresden VersR 2014, 364, 365; OLG Frankfurt OLG-Report 2002, 174; MünchKomm-VVG/Hütt, § 192 Rn. 136; Schubach in Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht aaO § 23 Rn. 406; Wilmes in Bach/Moser aaO § 4 MB/KT Rn. 19), ist - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. dazu auch Sauer, Krankentagegeldversicherung 2. Aufl. S. 97 ff. m.w.N.). Für die erstgenannte Ansicht kann das Interesse des beruflich selbständigen Versicherungsnehmers sprechen, mit der Krankentagegeldversicherung auch die Wahrung seiner beruflichen Basis zu gewährleisten. Umgekehrt spricht gegen diese Auslegung, dass sie bei sinkenden Gesamteinnahmen und gleichzeitig steigenden Betriebsausgaben die damit einhergehende Erhöhung der subjektiven Gefahr, welcher § 4 Abs. 4 MB/KT vorbeugen will (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2001 - IV ZR 307/00, VersR 2001, 1100 unter II 4 b aa), nicht ausreichend abbildet.

43 Ohne nähere Erläuterung im Tarif- und Bedingungswerk wird dem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Versicherungsnehmer - wie die vorstehend dargelegte Kontroverse in Rechtsprechung und Literatur belegt - auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrages nicht mit der gebotenen Klarheit vermittelt, was mit dem Begriff "Nettoeinkommen" gemeint ist. Er wird damit nicht in die Lage versetzt, für seinen konkreten Einzelfall zu erkennen, unter welchen Voraussetzungen die Anpassungsklausel in § 4 Abs. 4 MB/KT dem Versicherer eine Herabsetzung des Tagessatzes ermöglicht und in welchem Umfang er letztlich Versicherungsschutz erlangen kann.

44 4. Rechtsfolge des dargelegten Verstoßes ist die Unwirksamkeit des § 4 Abs. 4 MB/KT bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Versicherungsvertrages im Übrigen, § 306 Abs. 1 BGB.

45 a) Dispositives Gesetzesrecht, das an die Stelle der unwirksamen Klausel treten könnte (§ 306 Abs. 2 BGB), ist nicht vorhanden.

46 b) Entgegen der Auffassung der Revision scheidet eine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus.

47 aa) Grundsätzlich ist sie bei Unwirksamkeit einer Klausel in einem vorformulierten Vertrag zwar möglich, wenn dispositive Gesetzesbestimmungen nicht zur Verfügung stehen, so dass das Regelungsgefüge eine Lücke aufweist (Senatsurteile vom 12. Oktober 2011 - IV ZR 199/10, BGHZ 191, 159 Rn. 46; vom 22. Januar 1992 - IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 98 f. unter 5). Voraussetzung hierfür ist aber, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führt, es dem Versicherer gemäß § 306 Abs. 3 BGB ohne ergänzende Vertragsauslegung unzumutbar ist, an dem lückenhaften Vertrag festgehalten zu werden, und der ergänzte Vertrag für den Versicherungsnehmer typischerweise von Interesse ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, tritt diejenige Gestaltungsmöglichkeit ein, welche die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre (Senatsurteil vom 12. Oktober 2011 aaO). Das gilt auch dann, wenn eine Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist (Senatsurteil vom 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03, BGHZ 164, 297, 318, juris Rn. 49 unter B IV 1 c).

48 bb) Ob es dem Beklagten - wie das Berufungsgericht angenommen hat - zumutbar ist, am lückenhaften Vertrag auch dann festgehalten zu werden, wenn die Möglichkeit zur Anpassung des Krankentagegeldes an das Nettoeinkommen des Versicherten entfällt, muss nicht entschieden werden. Denn jedenfalls lassen sich keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür finden, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen - wie hier - unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne dass erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (BGH, Urteile vom 3. Dezember 2015 - VII ZR 100/15, NJW 2016, 401 Rn. 29; vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 344/13, BGHZ 202, 309 Rn. 24; vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12, 28 unter II 5 b; vom 26. April 2005 - XI ZR 289/04, NJW-RR 2005, 1408 unter II 1 b cc (2) (b); vgl. auch Senatsurteil vom 27. Februar 2008 - IV ZR 219/06, BGHZ 175, 322 Rn. 30).

49 c) Entgegen der Auffassung der Revision scheidet auch eine Anpassung des Tagessatzes wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB aus. Eine solche Anpassung des Vertrages käme nur in Betracht, wenn einer Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage besteht jedoch kein Raum, wenn eine gesetzliche Regelung das für den Wegfall der Geschäftsgrundlage ursächliche Risiko demjenigen zuweist, der sich auf die Störung beruft (BGH, Urteil vom 9. Juli 2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rn. 19). Für den Fall der Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen weist aber § 306 BGB

das Risiko der Unwirksamkeit einer Klausel und der daraus erwachsenden Folgen grundsätzlich dem Verwender - hier dem Beklagten - zu (BGH, Urteil vom 9. Juli 2008 aaO Rn. 20).

Felsch Harsdorf-Gebhardt Dr. Karczewski

Lehmann Dr. Bußmann

Vorinstanzen:
LG Konstanz, Entscheidung vom 18.11.2013 - 6 O 36/13 C -
OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 23.12.2014 - 9a U 15/14 -