



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 219/06

Verkündet am:
27. Februar 2008
Heinekamp
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

MB/KT 94 § 15 Buchst. a

- a) Wird in einer Krankentagegeldversicherung die Versicherungsfähigkeit eines Arbeitnehmers und damit der Fortbestand des Versicherungsvertrages vom ununterbrochenen Vorhandensein eines festen Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, schränkt das wesentliche Rechte, die sich aus der Natur der Krankentagegeldversicherung ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).
- b) Eine ergänzende Vertragsauslegung ergibt, dass die Versicherungsfähigkeit zu dem Zeitpunkt entfällt, für den feststeht, dass der Versicherungsnehmer eine neue Tätigkeit als Arbeitnehmer nicht mehr aufnehmen will oder aufgrund objektiver Umstände festgestellt werden kann, dass die Arbeitssuche trotz ernsthafter Bemühungen ohne Erfolg bleiben wird.

BGH, Urteil vom 27. Februar 2008 - IV ZR 219/06 - OLG München
LG Traunstein

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Seiffert, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Dr. Franke auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2008

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. Juli 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger fordert die Zahlung von Krankentagegeld sowie die Feststellung, dass er ohne zeitliche Höchstgrenze bis zum Ende vorübergehender Arbeitsunfähigkeit krankentagegeldversichert sei. Er unterhält bei der Beklagten eine private Krankheitskosten-Vollversicherung einschließlich Pflegegeldversicherung, Krankentagegeld- und Krankenhaus-tagegeldversicherung.
- 2 Der Krankentagegeldversicherung liegen Allgemeine Versicherungsbedingungen zugrunde, die in Teil I den Musterbedingungen 1994

(MB/KT 94) entsprechen (vgl. Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. S. 1886 ff.). Teil II enthält die Tarifbedingungen der Beklagten, die jeweils einzelnen Vorschriften der MB/KT 94 zugeordnet sind. § 1 MB/KT 94 lautet auszugsweise:

Gegenstand, Umfang und Geltungsbereich des Versicherungsschutzes

(1) Der Versicherer bietet Versicherungsschutz gegen Verdienstausfall als Folge von Krankheiten oder Unfällen, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird.
...

3 Dazu heißt es in den Tarifbedingungen u.a.:

Nr. 2 Versicherungsfähigkeit

(1) Versicherungsfähig sind aufnahmefähige Personen, die selbständig einen Beruf ausüben und deshalb Einkommensteuererklärungen abgeben. Personen, die in einem ständigen festen Dienst- oder Arbeitsverhältnis gegen Entgelt stehen (Arbeitnehmer), sind nur versicherungsfähig nach Tarifen mit mindestens 42 Karenztagen - leistungsfreie Tage - seit Beginn einer Arbeitsunfähigkeit. Personen in einem Zeitarbeitsverhältnis sind nicht versicherungsfähig.
...

4 § 15 MB/KT 94 sieht u.a. vor:

Sonstige Beendigungsgründe

Das Versicherungsverhältnis endet hinsichtlich der betroffenen versicherten Personen:

a) bei Wegfall einer im Tarif bestimmten Voraussetzung für die Versicherungsfähigkeit zum Ende des Monats, in

dem die Voraussetzung weggefallen ist. Besteht jedoch zu diesem Zeitpunkt in einem bereits eingetretenen Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit, so endet das Versicherungsverhältnis nicht vor dem Zeitpunkt, bis zu dem der Versicherer seine im Tarif aufgeführten Leistungen für diese Arbeitsunfähigkeit zu erbringen hat, spätestens aber drei Monate nach Wegfall der Voraussetzung;

...

5 Dazu ist in den Tarifbedingungen bestimmt:

Nr. 29a Arbeitslosigkeit

(1) Wird ein Arbeitnehmer nach Eintritt des Versicherungsfalles arbeitslos, so erhält er bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit über die Monate des § 15 a) MB/KT 94 hinaus Krankentagegeld. Dies insgesamt bis zu 12 Monaten seit Beginn der Arbeitslosigkeit.

(2) Diese erweiterte Nachleistung gilt unter der Voraussetzung, daß der Versicherungsnehmer eine Bestätigung des Arbeitsamtes vorlegt, wonach er sich als Arbeitssuchender gemeldet hat und keine Leistungen erhält, und wenn eine Bestätigung des Arbeitgebers über das Ende des Dienstverhältnisses vorgelegt wird.

...

6 Teil III der Bedingungen ist ein Krankentagegeld-Tarif für Selbstständige und Arbeitnehmer, die nicht der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht unterliegen. Insoweit ist für den Tarif TV 42 unter A bestimmt, dass der Anspruch auf Krankentagegeld erst nach Ablauf von 42 leistungsfreien Tagen beginnt, dann aber ohne zeitliche Höchstgrenze bis zum Ende vorübergehender Arbeitsunfähigkeit gezahlt wird. Weiter heißt es u.a.:

B. Versicherungsfähigkeit

- (1) Versicherungsfähig sind Personen, die nicht der gesetzlichen Krankenversicherung angehören, soweit und solange sie gleichzeitig eine Krankheitskosten-Vollversicherung (Ersatz für ambulante, stationäre und Zahnbehandlungs-Kosten) bei unserer Gesellschaft unterhalten.
- (2) Fällt die Versicherungsfähigkeit fort, endet zum gleichen Zeitpunkt die Versicherung nach Tarif TV 42. ...

7 Der Teil III der Bedingungen endet mit folgendem Hinweis:

Gültig in Verbindung mit AVB Teil I Musterbedingungen 1994 des Verbandes der privaten Krankenversicherung (MB/KT 94) und Teil II Tarifbedingungen der [Beklagten] (TB).

8 Der am 19. September 1949 geborene Kläger wurde aufgrund einer Kündigung zum 28. Februar 2003 arbeitslos und bezog seither Arbeitslosengeld. Wegen des geringeren Einkommens wurde die Krankheitskosten-Vollversicherung durch Versicherungsschein vom 11. Dezember 2003 umgestellt; die Krankentagegeldversicherung blieb unverändert. Während weiter andauernder Arbeitslosigkeit erlitt der Kläger am 10. März 2004 einen Skiunfall. Dadurch wurde er arbeitsunfähig. Er behauptet, die Arbeitsunfähigkeit habe bis zum 13. November 2005 gedauert. Seit 20. Februar 2006 hat der Kläger wieder eine Arbeitsstelle.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt er seine Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache.

11 I. Das Berufungsgericht hält die Auffassung des Landgerichts für zutreffend, der Kläger sei durch die mit Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum 28. Februar 2003 eingetretene Arbeitslosigkeit nicht mehr versicherungsfähig in der Krankentagegeldversicherung der Beklagten gewesen. Als Verdienstausfallversicherung ende die Krankentagegeldversicherung grundsätzlich, wenn der Versicherungsnehmer erwerbslos werde (§ 15 MB/KT 94, vgl. Wilmes in Bach/Moser, Private Krankenversicherung 3. Aufl. § 15 MB/KT Rdn. 10).

12 II. Gegen den Wegfall der Versicherungsfähigkeit mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses wendet sich die Revision im Ergebnis mit Recht.

13 1. Allerdings geht das Berufungsgericht - legt man zunächst die zwischen den Parteien vereinbarten Bedingungen und Tarifbedingungen zugrunde - zutreffend davon aus, dass daraus ein Wegfall der Versicherungsfähigkeit des Klägers mit der durch Kündigung seines Arbeitgebers herbeigeführten Beendigung seines Arbeitsverhältnisses folgt. Das ergibt eine Auslegung der maßgeblichen Bedingungen.

14 a) Nach § 1 (1) Satz 1 MB/KT 94 bietet der Versicherer Versicherungsschutz gegen Verdienstausfall als Folge von Krankheiten oder Unfällen, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird. Der Umfang

des versprochenen Versicherungsschutzes ergibt sich gemäß § 1 (4) Satz 1 MB/KT 94 unter anderem aus dem Versicherungsschein und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (Musterbedingungen mit Anhang, Tarif mit Tarifbedingungen); Höhe und Dauer der Versicherungsleistungen legt der Tarif mit Tarifbedingungen fest (§ 4 (1) MB/KT 94). Dieser Regelungszusammenhang macht dem Versicherungsnehmer erkennbar, dass für den Umfang des Versicherungsschutzes und der versprochenen Leistung unter anderem neben den Musterbedingungen auch die Tarifbedingungen maßgeblich sind; die Zuordnung von Tarifbedingungen zu einzelnen Klauseln der Musterbedingungen verdeutlicht das zusätzlich.

15 b) § 1 (1) MB/KT 94 trifft keine Regelung, wer in der Krankentagegeldversicherung versicherungsfähig ist; andererseits setzt § 15 a) MB/KT 94 die Versicherungsfähigkeit einer versicherten Person voraus, weil nach seinem Inhalt das Versicherungsverhältnis bei Wegfall "einer im Tarif bestimmten Voraussetzung für die Versicherungsfähigkeit" enden soll. Damit wird für die Voraussetzungen der Versicherungsfähigkeit auf den Tarif verwiesen und damit zugleich auf die Tarifbedingung, welche die Frage der Versicherungsfähigkeit allgemein regelt und deshalb § 1 (1) MB/KT 94 zugeordnet ist, nämlich auf Nr. 2 der Tarifbedingungen.

16 Nach dieser Regelung sind versicherungsfähig zum einen Personen, die selbständig einen Beruf ausüben und deshalb Einkommensteuererklärungen abgeben. Weiter sollen Personen, "die in einem ständigen festen Dienst- oder Arbeitsverhältnis gegen Entgelt stehen (Arbeitnehmer)" nur nach Tarifen mit mindestens 42 Karenztagen seit Beginn einer Arbeitsunfähigkeit versicherungsfähig sein, Personen in einem Zeitarbeitsverhältnis dagegen schlechthin nicht. Der verständige Versiche-

rungsnehmer entnimmt dem, dass zwei Personengruppen versicherungsfähig sind, nämlich zum einen Selbständige, die Einkommensteuererklärungen abgeben, zum anderen Arbeitnehmer, die in einem ständigen festen Dienst- oder Arbeitsverhältnis gegen Entgelt stehen. Dass solche Arbeitnehmer nur in bestimmten Tarifen versichert werden können, schafft zwar eine Einschränkung, ändert aber erkennbar nichts daran, dass Voraussetzung der Versicherungsfähigkeit zunächst die Arbeitnehmereigenschaft in der hier konkret umschriebenen Ausgestaltung ist, also ein ständiges festes Dienst- oder Arbeitsverhältnis gegen Entgelt erfordert.

17 c) Die unter B Teil III - Tarif TV 42 getroffene Regelung, wonach versicherungsfähig Personen sind, die nicht der gesetzlichen Krankenversicherung angehören, solange und soweit sie eine Krankheitskosten-Vollversicherung bei der Beklagten unterhalten, ergänzt die in Teil II Nr. 2 der Tarifbedingungen geregelten Voraussetzungen der Versicherungsfähigkeit für diesen bestimmten Tarif, ohne die Voraussetzungen der Nr. 2 aufzugeben oder einzuschränken. Das folgt schon daraus, dass Nr. 2 der Tarifbedingungen die dort beschriebenen "Arbeitnehmer" auf Tarife wie den Tarif TV 42 verweist und im Tarif TV 42 seinerseits darauf hingewiesen wird, dass er nur in Verbindung mit Teil II der Tarifbedingungen gültig ist. Es ergibt sich im weiteren daraus, dass der Tarif TV 42 eine ergänzende Regelung zum Wegfall der Versicherungsfähigkeit enthält, die nur deshalb erforderlich ist, weil in TV 42 ergänzende Voraussetzungen für die Versicherungsfähigkeit enthalten sind, deren Wegfall schon für sich genommen zum Ende der Versicherungsfähigkeit nach TV 42 führen soll.

18 d) Daraus ergibt sich: Versicherungsfähigkeit nach Nr. 2 der Tarifbedingungen setzt - handelt es sich nicht um einen selbständig Tätigen -

voraus, dass der zu Versichernde in einem ständigen festen Dienst- oder Arbeitsverhältnis gegen Entgelt steht. An einem ständigen festen Arbeitsverhältnis fehlt es, wenn dieses durch Kündigung - sei es seitens des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers - beendet wird. Ein anderes Verständnis dahin, dass die nur vorübergehende Aufgabe des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen der Nr. 2 der Tarifbedingungen nicht wegfallen lässt, wird der Versicherungsnehmer zwar erwägen, nach dem klaren Wortlaut der Regelung ("ständig, fest") letztlich aber nicht ernsthaft in Betracht ziehen. Fällt aber mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine im Tarif bestimmte Voraussetzung für die Versicherungsfähigkeit weg, so endet gemäß § 15 a) Satz 1 MB/KT 94 das Versicherungsverhältnis des Versicherungsnehmers grundsätzlich zum Ende des Monats in dem die Voraussetzung weggefallen ist, hier mit dem 28. Februar 2003. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dann, wenn bei Wegfall der Voraussetzungen für die Versicherungsfähigkeit der Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit bereits eingetreten war (§ 15 a) Satz 2 MB/KT 94; Nr. 29a der Tarifbedingungen). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

19

2. In dieser Auslegung hält jedoch Nr. 2 der Tarifbedingungen i.V. mit § 15 a) Satz 1 MB/KT 94 einer Inhaltskontrolle nicht stand, soweit sich daraus ergibt, dass ein Arbeitnehmer, dessen ständiges festes Arbeitsverhältnis durch Kündigung endet, die Versicherungsfähigkeit verliert und dies zur Beendigung des Versicherungsverhältnisses zum Ende des Monats führt, in dem das Arbeitsverhältnis beendet wird. Soweit die Versicherungsfähigkeit eines Arbeitnehmers und damit der Fortbestand des Versicherungsvertrages vom ununterbrochenen Vorhandensein eines festen Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden, schränkt das wesentliche Rechte, die sich aus der Natur der Krankentagegeldversi-

cherung ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

20 a) § 307 Abs. 3 BGB hindert eine Kontrolle der hier in Rede stehenden Klauseln nicht. Sie gestalten das in § 1 (1) MB/KT 94 gegebene Hauptleistungsversprechen durch nähere Konkretisierung der Versicherungsfähigkeit weiter aus und schränken es durch die in § 15 a) MB/KT 94 angeordnete Folge des Wegfalls der Versicherungsfähigkeit ein. Solche Klauseln sind kontrollfähig (vgl. BGHZ 152, 262, 265 und ständig).

21 b) Der Senat hat bereits in BGHZ 117, 92, 95 ff. entschieden, mit dem Vertragszweck der Krankentagegeldversicherung, die der sozialen Absicherung erwerbstätiger Personen dient, sei eine dem Versicherungsnehmer aufgezwungene, endgültige und ersatzlose Beendigung eines einmal begründeten Versicherungsverhältnisses nicht zu vereinbaren, weil er in Zukunft möglicherweise wieder auf den Schutz einer Krankentagegeldversicherung angewiesen sein, dann aber wegen seines fortgeschrittenen Alters nur zu wesentlich ungünstigeren Konditionen erneut Versicherungsschutz erhalten könne. Dem hat die Beklagte insoweit Rechnung getragen, als das Versicherungsverhältnis nach Nr. 31 des Teils II ihrer Tarifbedingungen zu § 15 b) MB/KT 94 im Rahmen einer Anwartschaftsversicherung fortgesetzt werden kann, wenn es "wegen Aufgabe einer Erwerbstätigkeit, wegen Eintritts der Berufsunfähigkeit oder wegen Bezugs einer Berufsunfähigkeits-Erwerbsminderungsrente" beendet wird. Das ursprüngliche Versicherungsverhältnis tritt dann auf Antrag des Versicherungsnehmers mit Wiedereintritt der Versicherungsfähigkeit wieder in Kraft.

- 22 Damit ist zwar den Erwägungen Rechnung getragen worden, mit denen in jener Entscheidung die Unwirksamkeit der endgültigen Vertragsbeendigung begründet worden ist. Das aber lässt die Frage unberührt, ob nicht schon die Anknüpfung der Versicherungsfähigkeit an das ununterbrochene Vorhandensein eines festen Arbeitsverhältnisses zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S. des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB führt. Das ist der Fall.
- 23 c) Ist die Versicherungsfähigkeit vom ununterbrochenen Fortbestand eines festen Arbeitsverhältnisses abhängig, verliert der Versicherte mit dessen Beendigung - sei es durch Kündigung des Arbeitgebers oder durch eigene Kündigung - seinen Versicherungsschutz aus der Krankentagegeldversicherung mit dem Ende des Monats, in dem die Beendigung erfolgt (im vorliegenden Fall also sofort, da die Kündigung zum 28. Februar 2003 ausgesprochen worden ist). Das gilt unabhängig davon, ob der Versicherte alsbald ein neues festes Arbeitsverhältnis anstrebt oder nicht; selbst wenn er sein Arbeitsverhältnis nur beendet hat, um kurze Zeit darauf ein schon konkret in Aussicht stehendes neues festes Arbeitsverhältnis zu begründen, bleibt er für die Zwischenzeit ohne Versicherungsschutz. Der Verlust des Versicherungsschutzes trifft mithin gerade auch den Versicherten, der sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sogleich und ernsthaft um die Begründung eines neuen bemüht, in dieser Zeit aber arbeitsunfähig wird. Dabei liegt auf der Hand, dass eine solche Arbeitsunfähigkeit die Aufnahme einer neuen Beschäftigung nicht nur erschweren, sondern in aller Regel verhindern wird. Soll der Vertragszweck, nämlich der im Hauptleistungsversprechen der Beklagten in § 1 (1) MB/KT 94 versprochene Schutz gegen Verdienstaussfall als Folge von Krankheiten oder Unfällen, der von existentieller Bedeutung für den Versicherungsnehmer ist, nicht leerlaufen, muss ihm auch in

solchen Fällen ein Anspruch auf Krankentagegeld zustehen. Auch Zeiten der Arbeitssuche nach Beendigung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses sind Teil der auf die Erzielung von Arbeitsverdienst gerichteten Erwerbstätigkeit des Versicherungsnehmers. Auf diese und nicht nur auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis bezieht sich der in § 1 (1) MB/KT 94 versprochene Schutz gegen krankheitsbedingten Verdienstaussfall.

24 Dem steht auch nicht entgegen, dass dem Versicherten in dieser Zeit sozialversicherungsrechtliche Ansprüche - etwa auf Arbeitslosengeld - oder auf andere staatliche Leistungen zustehen können. Sein erhebliches Interesse, auch in einer solchen Situation Verdienstaussfall durch das vertraglich versprochene Krankentagegeld auszugleichen, bleibt davon regelmäßig unberührt. Abgesehen davon, dass hier nicht ein konkreter Verdienstaussfall, sondern der abstrakte Bedarf versichert ist, von dem angenommen wird, dass er bei Arbeitsunfähigkeit entstehen könnte, wird durch das Arbeitslosengeld und ähnliche Leistungen ein Verdienstaussfall, der durch Wegfall des Arbeitseinkommens entsteht, nicht annähernd in vollem Umfang ausgeglichen (vgl. OLG Saarbrücken VersR 2001, 318, 320).

25 Eine den Versicherungsnehmer in dieser Weise belastende Regelung erfordern auch berechnete Belange des Krankentagegeldversicherers nicht. Seinen Interessen wäre schon dann ausreichend Rechnung getragen, wenn die Versicherungsfähigkeit des Versicherungsnehmers jedenfalls dann endet, wenn sich der Versicherungsnehmer nicht ernsthaft um die Aufnahme einer neuen Tätigkeit bemüht oder sich seine Bemühungen aus anderen Gründen als aussichtslos darstellen. Die hier getroffene Regelung geht darüber indessen - wie dargelegt - in einer die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Weise hinaus (vgl. auch

Tschersich in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 2004 § 45 Rdn. 25, 30; Prölss in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 15 MBKT 94 Rdn. 9, 11, 15).

26 d) Deshalb treffen die Aussagen des Senatsurteils vom 15. Mai 2002 (IV ZR 100/01 - VersR 2002, 881 unter II 2), obwohl es nach dem Wortlaut der dort verwendeten Fassung des § 15 a) MB/KT 94 für den Wegfall einer im Tarif bestimmten Voraussetzung für die Versicherungsfähigkeit auf die Aufgabe der Erwerbstätigkeit (und nicht des Arbeitsverhältnisses) ankam, auch auf den vorliegenden Fall zu: Die Versicherungsfähigkeit eines Arbeitnehmers endet nicht schon durch Kündigung seines Arbeitsverhältnisses, sei sie nun vom Arbeitgeber oder vom Versicherungsnehmer ausgesprochen. Jenem Urteil lag zwar ein Fall zugrunde, in dem der Versicherungsnehmer krankheitsbedingt gekündigt hatte, seine anschließende Arbeitslosigkeit mithin als Folge der schon vor Kündigung bestehenden Arbeitsunfähigkeit verstanden werden konnte. Anders als das Berufungsgericht meint, kann aber für den hier vorliegenden Fall, dass der Versicherungsnehmer erst nach Eintritt von Arbeitslosigkeit arbeitsunfähig wird, nichts anderes gelten.

27 3. Folge der Unwirksamkeit der Tarifbedingung Nr. 2 i.V. mit § 15 a) Satz 1 MB/KT 94 ist, dass die Versicherungsfähigkeit eines Arbeitnehmers, dessen ständiges festes Arbeitsverhältnis beendet worden ist, nicht entfällt, demgemäß auch eine Beendigung des Versicherungsverhältnisses gemäß § 15 a) Satz 1 MB/KT 94 nicht eintritt.

28 a) Damit kann es indessen nicht sein Bewenden haben. Es widerspricht dem in § 1 (1) MB/KT 94 zum Ausdruck kommenden Zweck einer Krankentagegeldversicherung, ihren Schutz auch für den Versiche-

rungsnehmer weiter aufrecht zu erhalten, der ein neues Arbeitsverhältnis nicht mehr eingehen will oder dessen - ernsthafte - Bemühungen um einen neuen Arbeitsplatz als gescheitert angesehen werden müssen. Denn in einem solchen Falle fehlt jede Anknüpfung an einen künftig durch Arbeitsunfähigkeit eintretenden Verdienstaussfall. Die Bedingungen und Tarifbedingungen, die dem Vertrag zwischen den Parteien zugrunde liegen, regeln diesen Fall - sieht man von der unwirksamen Klausel in Nr. 2 der Tarifbedingungen ab - nicht. Die dadurch entstandene Lücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. dazu im Einzelnen BGHZ 117, 92, 98 f.) zu schließen.

29

b) Dabei geht der Senat davon aus, dass die Parteien, wäre ihnen die Unwirksamkeit der hier vorgesehenen Vertragsbeendigung bewusst gewesen, bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Regelung getroffen hätten, die dem oben dargestellten Konflikt Rechnung trägt: Sie besteht darin, dass die Versicherungsfähigkeit des Versicherungsnehmers zu dem Zeitpunkt entfällt, für den feststeht, dass der Versicherungsnehmer eine neue Tätigkeit als Arbeitnehmer nicht mehr aufnehmen will oder aufgrund objektiver Umstände festgestellt werden kann, dass die Arbeitssuche trotz ernsthafter Bemühungen ohne Erfolg bleiben wird (vgl. schon Senatsurteile vom 9. Juli 1997 - IV ZR 253/96 - VersR 1997, 1133 unter II 2 a und vom 15. Mai 2002 aaO, jeweils zur Frage der Beendigung der Erwerbstätigkeit). Besteht das Versicherungsverhältnis unter Anlegung dieses Maßstabes fort und tritt in der Zeit vorübergehender Arbeitslosigkeit Arbeitsunfähigkeit ein, gelangen auch die Sonderregelungen des § 15 a) Satz 2 MB/KT 94 bzw. der Nr. 29a der Tarifbedingungen nicht zur Anwendung. Das Versicherungsverhältnis endet vielmehr auch dann erst zu dem Zeitpunkt, in dem der Versicherungsnehmer auch bei einer Gesundung von einer neuen Tätigkeit Abstand

genommen hätte oder seine Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle als gescheitert anzusehen wären (Senatsurteil vom 15. Mai 2002 aaO).

30 Eine weitergehende ergänzende Vertragsauslegung, etwa - wie von der Beklagten insbesondere in der mündlichen Verhandlung ange-regt - durch Bestimmung einer Frist, mit deren Ablauf das Versiche-rungsverhältnis auch bei fortdauernder Arbeitslosigkeit und selbst bei nachträglichem Eintritt von Arbeitsunfähigkeit endet, kommt nicht in Be-tracht. Dafür fehlen geeignete hinreichende Anhaltspunkte im Versiche-rungsvertrag und den insoweit maßgeblichen Interessen der Parteien.

31 c) aa) Die Beweislast dafür, dass das Versicherungsverhältnis un-ter diesen, im Wege ergänzender Vertragsauslegung ermittelten Voraus-setzungen wegen Wegfalls der Versicherungsfähigkeit beendet ist, trägt der Versicherer. An den nachträglichen Wegfall der Versicherungsfähig-keit knüpft § 15 a) Satz 1 MB/KT 94 die Rechtsfolge der Beendigung des Versicherungsverhältnisses. Damit begründen die Umstände, aus denen sich der Wegfall der Versicherungsfähigkeit ergibt, einen Einwand des Versicherers gegen seine Leistungspflicht, für den er beweispflichtig ist (vgl. Senatsurteile vom 15. Mai 2002 aaO unter II 1; vom 9. Juli 1997 aaO; vom 19. Dezember 1975 - IV ZR 107/74 - VersR 1976, 431 unter I-II).

32 bb) Der Versicherer besitzt indessen im Allgemeinen keine nähere Kenntnis darüber, ob und in welcher Weise sich der Versicherungsneh-mer nach einer Beendigung seines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses um eine andere Arbeitsstelle bemüht hat und ob für seine Arbeitssuche nach wie vor Aussicht auf Erfolg besteht. Deshalb ist es zunächst Sache des Versicherungsnehmers, die negative Tatsache eines Wegfalls seiner

Versicherungsfähigkeit substantiiert zu bestreiten und näher darzulegen, was er seit dessen Ende unternommen hat, um eine neue Arbeitsstelle zu finden, und dass seine Arbeitssuche nach wie vor Aussicht auf Erfolg hat (sekundäre Darlegungslast, vgl. Senatsurteil vom 22. September 2004 - IV ZR 200/03 - VersR 2005, 676 unter II 3 m.w.N.). Dann erst kann der Versicherer, wenn er den Wegfall der Versicherungsfähigkeit geltend machen will, seinerseits dazu vortragen und Beweis antreten.

33

4. Die Parteien haben nach Zurückverweisung der Sache Gelegenheit, ihren Vortrag zum Wegfall der Versicherungsfähigkeit zu ergänzen. Sollte sich herausstellen, dass beim Kläger trotz der nach seiner Kündigung zum 28. Februar 2003 bestehenden Arbeitslosigkeit die Versicherungsfähigkeit in der Krankentagegeldversicherung nicht entfallen

war, wäre die Beklagte durch die infolge des Skiunfalls vom 10. März 2004 eingetretene Arbeitsunfähigkeit bedingungsgemäß leistungspflichtig geworden. Dann blieben Dauer und Höhe des geltend gemachten Anspruchs zu prüfen.

Terno

Dr. Schlichting

Seiffert

Dr. Kessal-Wulf

Dr. Franke

Vorinstanzen:

LG Traunstein, Entscheidung vom 22.09.2005 - 1 O 811/05 -

OLG München, Entscheidung vom 11.07.2006 - 25 U 5070/05 -