



---

(T 0/2) 5C.  
21/2007 /blb

## **Urteil vom 20. April 2007** **II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Raselli, Präsident,  
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,  
Gerichtsschreiber von Roten.

---

Parteien

**K.**  
Kläger und Berufungskläger,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Guido Brusa,

**gegen**

**B. \_\_\_\_\_ Ltd.,**  
Beklagte und Berufungsbeklagte,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Markus Züst.

---

Gegenstand

Versicherungsvertrag,  
  
Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts  
des Kantons Zürich vom 8. Dezember 2006.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

K. \_\_\_\_\_ (fortan: Kläger), Inhaber eines Malergeschäfts, ist bei der B. \_\_\_\_\_ Ltd. (hiernach: Beklagte) im Rahmen einer Lebensversicherung zusätzlich gegen Erwerbsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall versichert. Die Versicherungsleistungen umfassen — nach einer Wartefrist — die Befreiung von den Prämienzahlungen und die Ausrichtung einer Jahresrente von Fr. 30'000.--.

Auf Anzeige des Klägers hin anerkannte die Beklagte ihre Pflicht, wegen krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit des Klägers die Versicherungsleistungen vom 1. Februar 2000 bis 31. März 2003 zu 100 % und ab 1. April 2003 bis 31. März 2007 zu 50 % zu erbringen.

Gemäss Bericht vom 22. Dezember 2004 im IV-Abklärungsverfahren soll der Kläger zu 80.9 % invalid sein und Anspruch auf eine ganze Invalidenrente haben. Laut Bestätigung der Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes wurde dem Kläger vom 1. Februar 2001 bis 31. Dezember 2005 eine ganze Invalidenrente ausbezahlt.

### **B.**

Am 21. Oktober 2005 beantragte der Kläger dem Handelsgericht des Kantons Zürich, die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 38'672.-- und von Fr. 877.-- je nebst Zins zu verurteilen. Die Beklagte bestritt ihre Verpflichtung, ab 1. April 2003 die vollen Versicherungsleistungen zu erbringen, und schloss auf Abweisung der Klage. Das Handelsgericht hiess die Klage im Teilbetrag von Fr. 877.--, zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. April 2005 gut. Das Begehren auf Zahlung der hälftigen Rente und der Prämienbefreiung vom 1. April 2003 bis 30. Juni 2005, insgesamt Fr. 38'672.--, wies das Handelsgericht mangels Substantiierung des Verdienstauffalls ab (Urteil vom 8. Dezember 2006).

### **C.**

Mit Berufung bzw. Beschwerde erneuert der Kläger vor Bundesgericht sein kantonal abgewiesenes Begehren. Er ersucht, dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen und davon Vormerk zu nehmen, dass seine Klage eine Teilklage sei. Das Handelsgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Eine Berufungsantwort ist bei der Beklagten nicht eingeholt worden.

## Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

### 1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten und gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Da das Handelsgericht sein Urteil am B. Dezember 2006 gefällt hat, ist die Eingabe des Klägers als Berufung im Sinne der Art. 43 ff. OG zu behandeln. Auf das Begehren um aufschiebende Wirkung ist mit Blick auf die gesetzliche Regelung (Art. 54 Abs. 2 OG) nicht einzutreten. Dasselbe gilt für den Antrag, von der Klage als Teilklage Vormerk zu nehmen, da in Rechtskraft ohnehin nur das Urteil über den eingeklagten Anspruch erwächst (vgl. BGE 114 II 279 E. 1d, in: SJ 1988 S. 613; 125 III 8 E. 3b S. 13). Mit diesen Vorbehalten kann auf die Berufung grundsätzlich eingetreten werden.

### 2.

Zwischen den Parteien besteht ein Vertrag über eine Haupt- und zwei Zusatzversicherungen. Bei der Hauptversicherung handelt es sich um eine Lebensversicherung, die eine temporäre Todesfallversicherung mit einer Erlebensfallversicherung von gleicher Dauer verbindet (sog. gemischte Versicherung: Kapital von Fr. 100'000.-- zahlbar sofort beim Tod, spätestens am 1. April 2014). Die Zusatzversicherungen betreffen eine temporäre Todesfallversicherung (Zusatzsumme von Fr. 100'000.--, fällig beim Tod zwischen dem 1. April 1981 und dem 31. März 2001) sowie eine Erwerbsausfallversicherung (Befreiung von der Prämienzahlung und Jahresrente bei Erwerbsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall vor dem 31. März 2014). Verwiesen wird in der Versicherungspolice vom 24. März 1981 auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB, Ausgabe 1980, Nr. 11). Anwendbar ist das Kapitel "I. Ergänzungsbestimmungen für die Zusatzversicherung bei Erwerbsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall" mit unter anderem folgender Bestimmung:

*Art. 30 — **Definition** — Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn infolge Krankheit oder Unfall nach Inkrafttreten dieser Zusatzversicherung (aufgrund objektiver Umstände, die medizinisch festgestellt werden können) der Versicherte nicht imstande ist, seinen Beruf oder eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, die seiner Stellung, seinen Kenntnissen und seinen Fähigkeiten entspricht, und er gleichzeitig einen Verdienstaufschlag oder einen gleichwertigen Geldverlust erleidet.*

Streitig ist der Begriff der Erwerbsunfähigkeit. Das Handelsgericht hat angenommen, für das Bestehen und das Ausmass einer allfälligen Erwerbsunfähigkeit des Klägers seien die Abklärungen und Entscheide der staatlichen Invalidenversicherung nicht verbindlich. Deren Übernahme ergebe sich weder aus der vorprozessualen Korrespondenz zwischen den Parteien noch aus den AVB, die gegenteils eine konkrete Berechnung der Erwerbsunfähigkeit vorsähen (E. 2 S. 5 ff.). Das Handelsgericht hat den Kläger deshalb aufgefordert, mit der Replik detailliert das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit von wenigstens zwei Dritteln im Sinne der AVB und den Verdienstaussfall oder gleichwertigen Geldverlust zu begründen und sämtliche dazu gehörenden Urkunden (Steuerakten, Jahresabschlüsse, Lohnlisten) einzureichen. Eine Erwerbsunfähigkeit von wenigstens zwei Dritteln und einen entsprechenden Verdienstaussfall oder gleichwertigen Geldverlust hat das Handelsgericht durch die Vorbringen des Klägers nicht als genügend substantiiert angesehen (E. 4 S. 8 ff. des angefochtenen Urteils). Der Kläger wendet ein, der Begriff der Erwerbsunfähigkeit und ihre Ermittlung gemäss dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) seien verbindlich und zu übernehmen. Massgebend sei zudem sein Verdienstaussfall und nicht der Ertragsausfall seines Betriebs, weshalb das Handelsgericht ein bundesrechtswidriges Beweis-thema angenommen habe (vorab S. 15 ff. Ziff. 2.5 der Berufungsschrift).

### **3.**

Die Auslegung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) betrifft den Begriff der Erwerbsunfähigkeit und hat letztlich die Frage zu beantworten, ob die abgeschlossene Erwerbsausfallversicherung als Summen- oder als Schadensversicherung ausgestaltet ist, d.h. ob die Versicherungsleistungen (Jahresrente und Prämienbefreiung) ohne Rücksicht auf eine effektive Erwerbseinbusse bestimmt werden (Summenversicherung), wie der Kläger das behauptet, oder den Nachweis einer tatsächlich erlittenen Erwerbseinbusse voraussetzen (Schadensversicherung), wovon die Beklagte ausgeht.

**3.1** Für die Auslegung gelten die allgemeinen Grundsätze. Da das Handelsgericht einen wirklichen Willen der Vertragsschliessenden nicht festgestellt hat, muss der mutmassliche Parteiwille nach dem Vertrauensgrundsatz ermittelt werden. Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Schliesslich und subsidiär

müssen mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121; 126 III 388 E. 9d S. 391; 131 V 27 E. 2.2 S. 29). Der Kläger beruft sich vorab auf das systematische Element, dem bei der Auslegung breit angelegter allgemeiner Vertragsbestimmungen praxisgemäss erhebliches Gewicht beigemessen werden muss (BGE 122 III 118 E. 2c S. 122). Gleichwohl steht die Auslegung anhand des Wortlauts an erster Stelle. Auch wenn seit der Aufgabe der Eindeutigkeitsregel (BGE 127 III 444 E. 1b) nicht mehr ausschliesslich auf den "klaren" Wortlaut abzustellen ist, so kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungselemente nicht sicher einen andern Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (BGE 82 II 378 E. 3 und 4; JAGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N. 369 zu Art. 18 OR; FRANZ HASENBÖHLER, Zur Auslegung von Versicherungspolice, in: Festschrift Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 849).

**3.2** Der Wortlaut von Art. 30 AVB lässt keine Zweifel daran aufkommen, dass eine als Schadensversicherung ausgestaltete Erwerbsausfallversicherung vorliegt. Vorausgesetzt ist danach nicht nur eine medizinisch feststellbare Beeinträchtigung in der Erwerbstätigkeit, sondern "gleichzeitig" ein Verdienstaufschlag oder ein gleichwertiger Geldverlust. Der "Verdienstaufschlag" bzw. "Geldverlust" als Folge der Erwerbsunfähigkeit, ein konkreter Schaden mithin, und nicht schon der Eintritt der Erwerbsunfähigkeit soll durch die Versicherungsleistungen der Beklagten gedeckt werden. Eine derartige vertragliche Regelung, die die vermögensrechtliche Einbusse zur selbstständigen Bedingung des Anspruchs auf Leistung macht, spricht nach der Praxis für eine Schadensversicherung (BGE 104 II 44 E. 4c S. 50; 119 II 361 E. 4 S. 365).

**3.3** Seinen gegenteiligen Standpunkt, verbindlich und ausreichend seien die Feststellungen der staatlichen Invalidenversicherung, stützt der Kläger auf Art. 31 und Art. 37 AVB. Darin werde für den Begriff der Erwerbsunfähigkeit und für die Leistungskürzung auf damals geltende Bestimmungen des Invalidengesetzes Bezug genommen.

Nach Art. 31 AVB gibt eine Erwerbsunfähigkeit von zwei Dritteln oder mehr Anspruch auf die vollen Leistungen (volle Erwerbsunfähigkeit), werden bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit die Leistungen dem Grad der Erwerbsunfähigkeit entsprechend gewährt und besteht kein Anspruch auf Versicherungsleistungen im Falle einer Erwerbsunfähigkeit von weniger als 25 % (Abs. 2). Es ist dem Kläger darin beizupflichten,

dass die Drittelsregelung vor dem Hintergrund des damals geltenden Invalidengesetzes gestanden haben dürfte (Art. 28 Abs. 1 IVG in der Fassung von 1967, AS 1968 29 S. 35). Es darf dabei aber nicht übersehen werden, dass Art. 31 AVB "**Versicherte Leistungen**" bei Erwerbsunfähigkeit umschreibt, während für die "**Definition**" der Erwerbsunfähigkeit Art. 30 AVB massgebend ist (E. 3.2 soeben). Insoweit geht der klare Wortlaut in Art. 30 AVB einer aus Art. 31 AVB allenfalls zu ziehenden systematischen Folgerung vor (E. 3.1 soeben). Davon abgesehen, sind bei Erwerbsausfallversicherungen die versicherten Leistungen regelmässig im Sinne von Art. 31 AVB abgestuft. Die Schadensversicherung wird dadurch aber nicht zur Summenversicherung (vgl. Urteil 5C.103/1998 vom 29. September 1998, E. 2a und E. 2c/bb, mit einer praktisch wörtlich gleichen Allgemeinen Versicherungsbedingung).

Nach dem ferner angerufenen Art. 37 AVB kann die Beklagte die Leistungen kürzen, wenn sich der Versicherte weigert, sich den Massnahmen der Eidgenössischen Invalidenversicherung für die Wiedereingliederung zu unterziehen. Zugunsten seines Standpunkts vermag der Kläger aus dieser Regelung nichts abzuleiten. Im Gegenteil. Die Möglichkeit der Leistungskürzung gemäss Art. 37 AVB und die soeben geschilderte Bemessung der versicherten Leistung entsprechend dem Grad der Erwerbsunfähigkeit in Art. 31 AVB wie auch die Pflicht gemäss Art. 33 AVB, Änderungen des Grades der Erwerbsunfähigkeit unverzüglich der Versicherung zwecks Anpassung oder Aufhebung der Leistungen mitzuteilen, sind Merkmale, die die Erwerbsausfallversicherung nach der bundesgerichtlichen Praxis als Schadensversicherung qualifizieren (Urteil C.510/1986 vom 20. Mai 1987, in SVA XVI/1986-1987 Nr. 24 S. 133 f.).

**3.4** Der Kläger erblickt eine Bestätigung der Richtigkeit seiner Ansicht im Verhalten der Beklagten nach der Anzeige der krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit. Das nachträgliche Verhalten einer Vertragspartei gestattet allenfalls, auf den wirklichen Parteiwillen zu schliessen, und betrifft damit eine tatsächliche Feststellung, die das Bundesgericht bindet (BGE 107 II 417 E. 6 S. 418; 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Feststellungen im Sinne der klägerischen Sachvorbringen hat das Handelsgericht indessen nicht getroffen, so dass darauf nicht einzugehen ist. Soweit sich der Kläger diesbezüglich auf die Korrespondenz mit der Beklagten stützt, setzt er sich mit der Auslegung des Handels-

gerichts, das zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt ist (E. 2b S. 5 f.), in keiner den formellen Anforderungen genügenden Weise auseinander. Darauf ist nicht einzutreten (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 11 745 E. 3 S. 748 f.).

**3.5** Aus den dargelegten Gründen kann die handelsgerichtliche Auslegung nicht beanstandet werden, die Leistungspflicht der Beklagten setze den konkreten Nachweis eines tatsächlichen Verdienstauffalls oder gleichwertigen Geldverlusts als Folge der Erwerbsunfähigkeit voraus, weshalb die Bemessung der Verdiensteinbusse gemäss IVG nicht berücksichtigt werden könne, die hier — abstrakt — anhand eines von statistischen Werten abgeleiteten hypothetischen Lohnes festgelegt worden sei. Die vorliegende Erwerbsausfallversicherung ist auf Grund der vereinbarten AVB als eine Schadensversicherung zu qualifizieren. Versicherungsleistungen setzen den Nachweis einer Erwerbs- einbusse voraus (vgl. MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.A. Bern 1995, S. 438; KÜNG, Basler Kommentar, 2001, N. 8 zu Art. 76 VVG, mit Hinweisen).

#### **4.**

Gegen die handelsgerichtlichen Anforderungen an den Nachweis des Schadens wendet der Kläger ein, es gehe um Verdienstauffall und nicht um Ertragsausfall. Das Handelsgericht sei von einem bundesrechtswidrigen Beweisthema ausgegangen, indem es ihm keine rechtsgenügenden Behauptungen betreffend Ertragsausfall des Malergeschäfts vorgehalten habe. Den Verdienstauffall eines Selbstständigerwerbenden konkret zu ermitteln, bereitet fraglos Schwierigkeiten. Eine methodische Vorgehensweise, die allgemein Geltung beanspruchen könnte, lässt sich kaum festlegen, so dass dem Gericht im Einzelfall ein weites Ermessen zugebilligt werden muss. Je nach dem, wie aussagekräftig und sorgfältig die Buchhaltung des selbstständigen Unternehmers geführt und auf die steuerrechtlichen Anforderungen abgestimmt ist, kann für die Erwerbsausfallberechnung darauf mehr oder weniger abgestellt werden. Fehlen zuverlässige Buchhaltungsunterlagen, so ist der Geschäftsverlauf anhand der vorhandenen Belege zu rekonstruieren. Sind überhaupt keine brauchbaren Angaben verfügbar, so bleibt als letzte Möglichkeit nur mehr die Schätzung nach Privataufwand (ausführlich: WERNER E. OTT, Erwerbsausfall von Selbstständigerwerbenden, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2001, Tagungsbeiträge, St. Gallen 2001, S. 91 ff.; vgl. auch HUNZIKER-BLUM, Die gutachterliche Ermittlung des Erwerbsschadens bei Selbstständigerwerbenden, Schweizer Treuhänder 76/2002 S. 343 ff.). In Anbetracht der beweisrechtlichen Lage verletzt es kein Bundes-

recht, dass das Handelsgericht den Kläger aufgefordert hat, Unterlagen zum Betriebsergebnis (Steuerakten, Jahresabschlüsse, Lohnlisten u.ä.) einzureichen. Der Betriebsertrag bzw. der Ertragsausfall im Betrieb kann zwar nicht einfach mit dem Verdienst bzw. Verdienstaufschlag beim Kläger gleichgesetzt werden, gestattet aber Rückschlüsse darauf. Da der Kläger der Aufforderung unstreitig nicht ausreichend nachgekommen ist, durfte das Handelsgericht seine Klage mangels Substantiierung abweisen, ohne damit Bundesrecht zu verletzen (vgl. BGE 108 II 337 E. 2b und E. 3 S. 339 ff.; 127 III 365 E. 2b S. 368).

**5.**

Aus den dargelegten Gründen muss die Berufung abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Kläger wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.-- wird dem Kläger auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. April 2007

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: