

**Anm. zu OLG Frankfurt/M., Urt. v. 21.3.2018 – 7 U 169/16**

Der 7. Zivilsenat des OLG Frankfurt a.M. verneint einen Rückforderungsanspruch des Versicherers mit der Begründung, dieser sei an seine Erstfestsetzung gebunden (I.), und eine Neubemessung des Invaliditätsgrads habe nicht stattgefunden (II.). Beides bedarf der kritischen Prüfung:

*I. Bereicherungsanspruch des Versicherers bei überzahlter Invaliditätsleistung*

Nach Maßgabe der §§ 178 ff. VVG sowie den dem Versicherungsvertrag zugrundeliegenden AUB (dem Rechtsstreit lagen die AUB 94 zugrunde; die entscheidungserheblichen Klauseln der §§ 7 I. und 11 IV. entsprechen den Ziff. 2.1, 9.4 späterer Bedingungswerke) schuldet der Versicherer eine der unfallbedingten Funktionsbeeinträchtigung entsprechende Invaliditätsleistung. Die Bemessung des Invaliditätsgrads bedarf einer von medizinischem Sachverstand getragenen Entscheidung, weshalb der Versicherer regelmäßig ein fachmedizinisches Gutachten einholt. Erweist sich dieses im Zuge eines nachfolgenden Rechtsstreits als unzutreffend, hat eine Regulierung auf der Grundlage des „richtigen“ Invaliditätsgrads zu erfolgen.

Dies ist unproblematisch, sofern der Gerichtssachverständige zu einem höheren Invaliditätsgrad gelangt; in diesem Fall schuldet der Versicherer eine diesem Invaliditätsgrad entsprechende Versicherungsleistung. Schwieriger gestaltet sich die Sachlage allerdings, wenn der vom Versicherer beauftragte Gutachter zu einem überhöhten Invaliditätsgrad gelangt war. Kann dann der Versicherer, der eine Regulierung auf der Grundlage des fehlerhaften Gutachtens vorgenommen hat, die Zuvielleistung zurückfordern?

Im Ausgangspunkt zutreffend hat der 7. Senat – in Übereinstimmung mit der allgemein vertretenen Auffassung – den Standpunkt eingenommen, dass die in § 187 VVG / § 11 I. AUB als „Anerkenntnis“ betitelte Regulierungserklärung des Versicherers grds. weder ein abstraktes noch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellt (Rz. 43), sondern sich auf die Mitteilung gegenüber dem Anspruchsteller beschränkt, in welchem Umfang er Ansprüche als berechtigt ansieht und eine entsprechende Regulierung vornimmt (s. etwa BGH NJW 1976, 1259; OLG Köln r+s 2014, 362; OLG Saarbrücken r+s 2014, 191; OLG Hamm r+s 2012, 253; OLG Frankfurt/M. r+s 2010, 522). Rechtsgrund der Invaliditätsleistung ist somit nicht das Anerkenntnis, sondern der nach Maßgabe des Versicherungsver-

trags die Leistungspflicht des Versicherers auslösende Versicherungsfall (Jacob AUB 2014, Ziff. 2.1 Rn. 179). Entscheidend ist damit, in welchem Maß der Versicherte infolge des Unfalls eine Invalidität erlitten hat – unabhängig davon, ob der Versicherer ein entsprechendes, dahinter zurückbleibendes oder darüber hinausgehendes Anerkenntnis ausgesprochen hat. Als logische Konsequenz dessen steht dem Versicherer, der auf der Grundlage eines fehlerhaften Gutachtens eine überhöhte Invaliditätsleistung erbracht hat, ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zu (BGH NJW 1976, 1259; OLG Oldenburg r+s 2008, 524; OLG Hamm r+s 2005, 78). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des 3. Senats vom 18.9.2008 = OLG Frankfurt a.M. r+s 2010, 525), derzufolge „der Versicherer auch bei Abgabe eines Anerkenntnisses nach § 11 AUB nicht daran gehindert ist, die geleistete Entschädigung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuverlangen“. Soweit im Weiteren von der „Bindungswirkung der Festsetzung“ die Rede ist, bezieht sich dies allein darauf, dass bei einer vom Versicherungsnehmer betriebenen Neubemessung und einem in diesem Zuge festgestellten geringeren Invaliditätsgrad dem Versicherer, der selbst keinen Vorbehalt der Neufestsetzung erklärt hat, kein Kondiktionsanspruch zustehen soll.

Der Fall ist insoweit nicht anders zu beurteilen als derjenige, in welchem der Versicherer aus anderen Gründen, etwa in Folge einer Obliegenheitsverletzung, ganz oder teilweise leistungsfrei geworden ist und – insoweit unbestritten – eine Zuvielleistung zurückfordern kann (Jacob AUB 2014, Ziff. 2.1 Rn. 177; s. auch OLG Frankfurt a.M. r+s 2010, 522).

Der 7. Senat des OLG Frankfurt a.M. begründet seine gegenteilige Auffassung, derzufolge die auf der Grundlage eines im Rahmen der Erstfestsetzung festgestellten 4/10 Fußwerts erbrachte Invaliditätsleistung mit Rechtsgrund geleistet worden sei, damit, dass sich der Versicherer bei Abgabe seines Anerkenntnisses keine Neufestsetzung vorbehalten hatte und deshalb an seine Regulierungsentscheidung gebunden sei. Denn die Auslegung der Klauseln zur Neubemessung, wonach der Versicherer Leistungen im Fall einer Verbesserung des Gesundheitszustands nur zurückfordern kann, wenn er sich dies entsprechend vorbehalten hat, ergebe, dass der Versicherungsnehmer nach einem ohne Vorbehalt erklärten Anerkenntnis annehmen dürfe, dass er nicht nur keine Rückzahlung infolge einer Neubemessung fürchten müsse, sondern auch hinsichtlich der Erstfestsetzung eine unanfechtbare Position erlangt habe, zumal der Versicherer diese zuvor nach eingehender Prüfung selbst festgesetzt hat (Rz. 45).

Soweit sich der 7. Senat insoweit auf das Urteil des OLG Oldenburg vom 21.12.2016 (r+s 2017, 162) beruft, ist folgendes anzumerken: Das OLG Oldenburg hatte – anders als die Vorinstanz – einen Kondiktionsanspruch des Versicherers verneint, nachdem der mit der Erstbemessung unzufriedene Versicherungsnehmer innerhalb von drei Jahren nach dem Unfall Klage erhoben und sich im Zuge des Rechtsstreits eine Verbesserung des Gesundheitszustands des Versicherten ergeben hatte. Hierauf gestützt erhob der Versicherer, der sich eine Neufestsetzung nicht vorbehalten hatte, Widerklage auf anteilige Rückzahlung der Invaliditätsleistung. Das OLG Oldenburg war der Auffassung, dass nach h.M. dem Versicherer in einem solchen Fall ein entsprechender Rückforderungsanspruch zusteht – was tatsächlich nicht der Fall ist! Denn die Berücksichtigung zwischenzeitlicher Veränderungen des Gesundheitszustands im laufenden Klageverfahren stellt eine inzidenter erfolgende Neufestsetzung dar, die ihrerseits an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist (s. BGH r+s 2016, 92; r+s 2010, 74; KG, Beschl. v. 25.7.2014 – 6 U 253/12, juris). Insbesondere muss zumindest eine der Parteien eine Neufestsetzung begehren, was auf Seiten des Versicherers einen zusammen mit der Regulierungsentscheidung erklärten Vorbehalt erfordert. Im konkreten Fall hatte der Versicherungsnehmer sich ausschließlich gegen die Erstfestsetzung gewandt; und der Versicherer, der auf den Gesundheitszustand drei Jahre nach dem Unfall abstellen wollte, hatte sich die Neufestsetzung nicht vorbehalten. Folglich stand eine Neubemessung des Invaliditätsgrads von vornherein nicht zur Debatte, so dass für dessen Bemessung und der hieraus abzuleitenden Versicherungsleistung der für die Erstbemessung heranzuziehende Zeitpunkt maßgeblich blieb (zum ganzen Jacob AUB 2014, Ziff. 2.1 Rn. 69 ff.; Ziff. 9 Rn. 98 ff.). Ursächlich für die Fehlentscheidung der 1. Instanz war damit nicht die vom OLG in den Vordergrund gestellte Auslegung des Klauselwerks, aus der sich ein Ausschluss des Kondiktionsanspruchs ergeben soll, sondern die fehlende Vorgabe des Landgerichts gegenüber dem Sachverständigen, den Invaliditätsgrad rückschauend auf den Zeitpunkt der Erstbemessung festzustellen (s. Jacob AUB 2014, Ziff. 2.1 Rn. 70a).

Mit dieser Argumentation entfernt sich der 7. Senat von der Klassifizierung des Versicherungsfalls als Rechtsgrund für die Invaliditätsleistung hin zur Maßgeblichkeit der Regulierungsentscheidung, von der sich der Versicherer nicht mehr lösen können soll. Rechtsgrund der Versicherungsleistung ist danach das Anerkenntnis i.S.v. § 187 VVG / § 11 I. AUB – obwohl der Senat an anderer Stelle ausgeführt hat, dass dieses eben kein Anerkenntnis i.S.v. § 781 BGB darstellt (Rz. 43). Dieser vom OLG nicht

erkannte Widerspruch hätte im Falle seiner Auflösung nicht zwingend zur Stattgabe der Klage,<sup>1</sup> sondern auch zu dem vom Senat favorisierten Ergebnis führen können – allerdings mit der notwendigen Folge einer Klassifizierung der Regulierungsentscheidung als Rechtsgrund für die erbrachte Invaliditätsleistung und damit i.E. als Anerkenntnis i.S.v. § 781 BGB.

Insoweit ist zu beachten, dass der Versicherer auch bei Annahme eines grds. bestehenden Kondiktionsrechts die aufgrund eines fehlerhaften Gutachtens erfolgte Zuvieleistung insoweit nicht zurückfordern kann, als sich der Gesundheitszustand des Versicherten innerhalb der Dreijahresfrist der § 188 Abs. 1 VVG / § 11 IV. AUB verschlechtert hat und hieraus ein im Verhältnis zur Erstfestsetzung höherer Invaliditätsgrad resultiert. In diesem Fall kann nämlich der Versicherungsnehmer vor dem Hintergrund seines Neubemessungsrechts geltend machen, dass hierdurch bedingt ein Rechtsgrund für ein Behaltendürfen der Invaliditätsleistung entstanden ist. Hätte etwa vorliegend der Fußwert zum Zeitpunkt der Erstfestsetzung richtigerweise 3/10, drei Jahre nach dem Unfall allerdings 7/20 betragen, so wäre das Rückforderungsrecht des Versicherers, der nach einem Fußwert von 4/10 geleistet hatte, auf die der Differenz von 4/10 zu 7/20 = 1/20 entsprechenden Invaliditätsleistung beschränkt gewesen (s. Jacob AUB 2014, Ziff. 2.1 Rn. 178, 182). Und in diesem Fall hätte er aufgrund der damit offenkundig getretenen Divergenz von der höchst- und obergerichtlichen Rspr. die Revision zulassen müssen.

## *II. Rückzahlungsverpflichtung nach Neufestsetzung*

Der 7. Senat begründet seine Entscheidung weiter damit, dass eine Neubemessung des Invaliditätsgrads nicht zur Debatte stehe, da der Versicherer sich eine solche nicht wirksam vorbehalten und auch der Versicherungsnehmer diese nicht gewollt habe (Rz. 37 ff.). Dies gibt unter dem Blickwinkel der Entscheidungserheblichkeit dieser Ausführungen zu erkennen, dass der Senat im Falle einer vom Versicherungsnehmer initiierten Neubemessung, die entgegen dessen Erwartung nicht zu einem höheren, sondern einem niedrigeren Invaliditätsgrad geführt hat, dem Versicherer einen entsprechenden Rückforderungsanspruch zugesteht.

Damit geht das Gericht mit der h.M. (OLG Brandenburg r+s 2017, 262; LG Bonn r+s 2014, 622; Grimm Ziff. 9 Rn 2; Prölss/Martin § 188 Rn 2; Ruffer/Halbach/Schimikowski Ziff. 9 AUB 2010 Rn 19; Jacob VersR 2010, 39 (40 f); Marlow/Tschersich r+s 2011, 453 (459)) konform, ohne allerdings an dieser Stelle die vom 3. Senat des OLG Frankfurt a.M. mit

Urt. v. 18.9.2008 (r+s 2010, 525; vgl. auch OLG Oldenburg r+s 2017, 162) vertretene gegenteilige Rechtsauffassung, dass eine nur vom Versicherungsnehmer initiierte Neufestsetzung unter der Einschränkung einer Neubemessung zu seinen Gunsten stehe, zu erwähnen – obwohl sich der 7. Senat im Hinblick auf die Frage der Bindungswirkung der Erstbemessung ausdrücklich auf diese Entscheidung beruft (Rz. 45).

Zu dem Ergebnis, dass der Versicherungsnehmer keine Neubemessung des Invaliditätsgrads verlangt habe, gelangt das Gericht anhand der Angaben des beklagten Versicherungsnehmers im Rahmen seiner informatorischen Anhörung, im Zuge derer er erklärte, es sei ihm im Grunde nicht um eine Neubemessung aufgrund einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes, sondern um die Anpassung des seiner Meinung nach von Anfang an zu niedrig bewerteten Invaliditätsgrades im Rahmen der Erstfestsetzung gegangen. Diese Erklärung lässt sich allerdings nur schwer mit dem weiteren Parteivortrag in Einklang bringen. Nicht nur hat der beklagte Versicherungsnehmer mit seinem am 24.06.2013 geäußerten Wunsch nach einer erneuten Begutachtung einen ärztlichen Bericht vom 19.07.2013 vorgelegt und damit zu erkennen gegeben, dass er seinen zu diesem, mehrere Jahre nach dem Unfall liegenden Zeitpunkt vorherrschenden Gesundheitszustand zur Grundlage der Regulierung machen möchte (Zur Bedeutung schlüssigen Parteivortrags im Hinblick auf den für die Invaliditätsbemessung maßgeblichen Zeitpunkt s. Lücke VK 2009, 7 (9) und Kloth/Tschersich r+s 2015, 321, 325). Vielmehr hat er im Zuge der 1. Instanz maßgeblichen Wert darauf gelegt, dass auf den Zeitpunkt des Ablaufs des Dreijahreszeitraums abzustellen sei. Diesen Standpunkt hielt der Beklagte auch im Berufungsverfahren aufrecht und hob insoweit eine Verschlechterung seines Gesundheitszustands hervor (s. Volltext der Entscheidung unter BeckRS 2018, 7129). Folglich ist – wie der BGH mehrfach entschieden

hat (vgl. r+s 2017, 651; r+s 2016, 92) – nicht auf den zum Zeitpunkt der Erstbemessung vorherrschenden, sondern auf den Invaliditätsgrad abzustellen, wie er sich drei Jahre nach dem Unfall darstellte. Und dieser belief sich – wie sich aus der erstinstanzlichen, der Klage stattgebenden Entscheidung ablesen lässt – auf einen 3/10 Fußwert.

### *III. Resümee*

Das Anerkenntnis des Versicherers gem. § 187 VVG / § 11 I. AUB hindert diesen nicht, die Versicherungsleistung, soweit diese ohne Rechtsgrund erfolgte, zurückzufordern. Ob ein solcher Kondiktionsanspruch vorliegend bestand, blieb allerdings offen, da die im Rahmen der Erstbemessung festgestellte Invalidität von 4/10 Fußwert keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen wurde.

Festgestellt wurde allerdings, dass der Invaliditätsgrad drei Jahre nach dem Unfall nur 3/10 Fußwert betrug, woraus sich grds. ein Rückforderungsanspruch des Versicherers ergeben kann. Zu beachten ist allerdings, dass eine Neufestsetzung nach h.M. an die Voraussetzung geknüpft ist, dass sich der Gesundheitszustand des Versicherten seit der Erstbemessung verändert hat (BGH r+s 2009, 293; OLG Hamm r+s 2014, 38; OLG Celle r+s 2014, 519; OGH VersR 2016, 689; a.A. Jacob AUB 2014, Ziff. 9 Rn. 96 f.). Denn die Neufestsetzung soll allein der Nachjustierung des Invaliditätsgrads als Folge eines veränderten Gesundheitszustands dienen, nicht aber der Korrektur einer fehlerhaften Erstbemessung. Folglich ist im Zuge eines Neufestsetzungsverfahrens stets die Erstbemessung inzidenter auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Hätte diese im vorliegenden Fall ergeben, dass der Gesundheitszustand des Versicherten unverändert geblieben war, mithin der Invaliditätsgrad bereits bei Abgabe des Anerkenntnisses nur 3/10 Fußwert betrug, wären die Voraussetzungen einer teilweisen Rückforderung