
Datum: 11.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 67/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1211.20U67.09.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 651/06

Tenor:

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten gegen das am 02.02.2009 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster werden zurückgewiesen.

Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin $\frac{3}{4}$ und die Beklagte $\frac{1}{4}$.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht jeweils die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages erbringt.

Gründe:

I.

Die Klägerin fordert die Rückzahlung einer als Vorschuss bezeichneten Zahlung an die Beklagte in Höhe von 204.517 €, die aufgrund von zwischen den Parteien bestehenden Unfallversicherungsverträgen (vgl. Bl. 99 d. A. und Anlagen K1 – K9) erfolgt ist. Versicherter

1

2

3

ist der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten, Herr I. Vereinbart sind die AUB 88 (Bl. 16 ff. d. A.).

Der Versicherte erlitt am 22.02.2002 einen Unfall, der zu diversen Kopfverletzungen führte (insb. zu einer Contusionsblutung links frontal, weitere Einzelheiten Bl. 244 ff. d. A.). 4

Die Klägerin beauftragte den Sachverständigen Prof. Dr. U mit der Begutachtung des Versicherten. Dieser erstellte am 18.09.2003 ein Gutachten (Bl. 73 ff. d. A.) und bediente sich dabei der Hilfe von Dr. X, der am 17.09.2003 ein neuro- 5

psychologisches Zusatzgutachten erstattete (Bl. 87 ff. d. A.). 6

Die Klägerin bat um eine Ergänzung des Gutachtens, da das Gutachten die Kriterien für die Bemessung der Invalidität falsch gewählt habe. Daraufhin kam es zu einer weiteren Stellungnahme vom 17.11.2003, in der Prof. Dr. U die damalige Invalidität mit 30 % bemaß und prognostizierte, dass zum Ablauf des 3. Unfalljahres eine Verbesserung des Zustandes bis auf 20 % eintreten werde (Bl. 96 ff. d. A.). Ein daraufhin ergangenes Angebot der Klägerin vom 26.11.2003 (Bl. 99 d. A.) auf endgültige Regulierung des Versicherungsfalles auf einer Basis von 20 % lehnte die Beklagte ab und forderte im Gegenzug die Zahlung eines Vorschusses (Bl. 101 d. A.). 7

Aufgrund des Schreibens vom 07.01.2004 (Bl. 102 d. A.) zahlte die Klägerin als "Vorschuss" einen Betrag in Höhe von 204.517 € auf Basis von 20 % der Invaliditätssumme an die Beklagte und kündigte eine Nachbegutachtung vor Ablauf des 3. Unfalljahres an. In dem Schreiben wies sie auch darauf hin, dass die Zahlung unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolge. 8

Mit E-mail vom 15.11.2004 (Bl. 104 d. A.) benannte die Klägerin gegenüber der Beklagten drei Sachverständige für die Abschlussbegutachtung. Prof Dr. U war nicht unter diesen Gutachtern. Die Beklagte hielt das Untersuchungsverlangen für verspätet und lehnte alle drei Gutachter ab, erklärte sich aber mit Schreiben vom 20.01.2005 (Bl. 105 d. A.) zur erneuten Untersuchung durch Prof. Dr. U bereit. Noch vor Zugang dieses Schreibens fragte die Klägerin mit Schreiben vom 21.01.2005 (Bl. 107 d. A.) nach und wies auf die ablaufende 3-Jahresfrist hin. 9

Nach Erhalt des Schreibens vom 20.01.2005 forderte die Klägerin nochmals zur Auswahl eines der vorgeschlagenen Gutachter auf (Bl. 108 d. A.). Die Beklagte verlange mit Schreiben vom 02.02.2005 (Bl. 109 d. A.) daraufhin die Zustimmung zur Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens und Begutachtung durch Prof. Dr. U. Die Klägerin bestimmte sodann mit Schreiben vom 11.02.2005 (Bl. 111 d. A.) Herrn Prof. Dr. N2 zum Nachbegutachter und wies auf § 9 Abs. 4 AUB und die Folgen einer Obliegenheitsverletzung hin. Eine Untersuchung durch Prof. Dr. N2 kam trotz zahlreicher vorgeschlagener Termine wegen der Weigerung der Beklagten nicht zustande. 10

Es kam in der Folge zu dem selbständigen Beweisverfahren und dem Hauptsacheverfahren vor dem Landgericht bzw. Oberlandesgericht Köln (83 OH 2/05, 83 O 3/05 = 5 U 51/06 OLG Köln), in dem die Beklagte eine höhere Versicherungsleistung geltend machte. Dieses Verfahren blieb für sie indes erfolglos (LG Köln Urteil vom 12.01.2006, Bl. 148 ff. d. BA; OLG Köln, Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, Bl. 223, 263 d. BA; Gehörsrüge Bl. 295 d. BA), ebenso das eingeleitete Verfassungsbeschwerdeverfahren (2 BVR 44/07, vgl. Bl. 158, Bl. 290 d. A.). 11

Die Beklagte konnte mit dem vom Landgericht Köln beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. U, der sein Gutachten am 20.04.2005 erstattete (Bl. 125 ff. d. A.) und sich wiederum eines Zusatzgutachtens von Dr. X vom 14.04.2005 (Bl. 140 ff. d. A.) bediente, keinen höheren Invaliditätsgrad als 20 % beweisen. Untersucht hatte der Sachverständige den Versicherten am 17.02.2005.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, es liege überhaupt keine unfallbedingte Invalidität beim Versicherten vor. Im Übrigen sei sie durch das Verhalten der Beklagten/des Versicherten leistungsfrei geworden. Diese hätten einen vom Versicherer benannten Gutachter zu akzeptieren. Mit dem Sachverständigen Prof. Dr. U sei sie nicht mehr einverstanden gewesen, da dieser offenbar überfordert gewesen sei, wie der Umstand zeige, dass er zunächst eine an den Maßstäben der Berufsunfähigkeit orientierte Beurteilung vorgenommen habe. Erst die ergänzende Stellungnahme sei verwertbar gewesen. Auch sei es sachgerecht, einen nicht vorbefassten Gutachter zu beauftragen, der nicht durch seine vorangegangene Prognose beeinflusst werden könne. Die Gutachten in den Verfahren in Köln seien unbrauchbar. 13

Sie hat behauptet, es hätten schon vor dem Unfall Vorerkrankungen vorgelegen, die zu einer Vorinvalidität, jedenfalls zu einer Mitwirkung bei der Entstehung einer etwaigen unfallbedingten Invalidität geführt hätten. Die Beklagte sei beweisbelastet. 14

Die Klägerin hat beantragt, 15

die Beklagte zu verurteilen, an sie 204.517 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 16

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie hat die Ansicht vertreten, durch die Verfahren in Köln stehe ein Invaliditätsgrad in Höhe von 20 % fest. Eine Obliegenheitsverletzung liege nicht vor. Die Klägerin sei zu einer weiteren Untersuchung nicht mehr befugt gewesen, da sie sich nicht rechtzeitig nach Erhalt des Erstgutachtens eine eigene Nachprüfung vorbehalten habe. Außerdem sei es unzulässig gewesen, den Sachverständigen auszuwechseln, zumal sie diesen selbst ausgewählt und kein sachlicher Grund für einen Wechsel vorgelegen habe. Ein etwaiges Fehlverhalten der Beklagten sei jedenfalls nicht schuldhaft. 19

Auch sei die 3-Jahresfrist für die Nachbegutachtung überschritten gewesen, da der Versicherte keinen Untersuchungstermin innerhalb der Frist mehr habe einrichten können. Die Beweislast für eine etwaige niedrigere Invalidität oder Mitwirkung trage die Klägerin. 20

Der dem Sachverständigen vorgelegte Beurteilungsmaßstab sei falsch gewählt. Die Auslegung der einschlägigen Versicherungsbedingungen gebiete die Anwendung eines individuellen Invaliditätsgradmaßstabes. Zumindest folge das aus den bei Vertragsabschluss getätigten Produktbeschreibungen. 21

Das **Landgericht** hat die Akten LG Köln 83 O 3/05 beigezogen und Beweis erhoben durch Verwertung der Sachverständigengutachten vom 14.04.2005 und 20.04.2005 aus den Verfahren LG Köln 83 O 3/05 / 83 OH 2/05 sowie durch Ergänzung dieser Gutachten durch schriftliche Ergänzungsgutachten vom 28.12.2007 (Bl. 341 ff. d. A.) und 02.01.2008 (Bl. 338 d. A.) sowie der mündlichen Ergänzung bzw. Erläuterung dieser Gutachten durch die 22

Sachverständigen Prof. Dr. U und Dr. X (Bl. 355 ff. d. A., Bl. 525 ff. d. A.).

Sodann hat es die Beklagte – unter Klageabweisung im Übrigen – zur Zahlung von **51.129,25 €** nebst Zinsen verurteilt und zur Begründung ausgeführt: 23

Die Beklagte habe 51.129,25 € ohne Rechtsgrund erhalten, da sie aufgrund des Unfalles lediglich Anspruch auf Zahlung von Invaliditätsentschädigungen in Höhe von 153.387,75 € habe. Die Klägerin sei nicht aufgrund von Obliegenheitsverletzungen der Beklagten/des Versicherten leistungsfrei. 24

Entgegen der Ansicht der Beklagten sei der Klägerin das Nachprüfungsverfahren nicht abgeschnitten. Der für die Nachuntersuchung maßgebliche 3-Jahres-Zeitraum sei nicht überschritten. Andererseits sei die Klägerin für ihre Behauptung, der Invaliditätsgrad habe weniger als 20 % betragen, beweisbelastet. Denn die Erklärungen der Klägerin vom 26.11.2003 und 07.01.2004 seien dahingehend zu verstehen, dass die Klägerin eine Erstbescheidung dahingehend vorgenommen habe, jedenfalls in Höhe der geleisteten Beträge für diesen Zeitpunkt die Invalidität anzuerkennen. Folge der Erstbescheidung sei, dass den Versicherer im Falle des Rückforderungsverlangens wegen einer Nachprüfung nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für eine etwaige Verringerung der Invalidität treffe. 25

Nach Durchführung der Beweisaufnahme stehe fest, dass im Nachprüfungszeitpunkt bei dem Versicherten ein Invaliditätsgrad in Höhe von 20 % vorlag, an dem in Höhe von 25 % eine Vorerkrankung des Versicherten mitgewirkt habe. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei für die Bemessung des Invaliditätsgrades aufgrund der vereinbarten Bedingungen ein genereller Maßstab anzulegen. Die Beklagte könne auch nicht erfolgreich einwenden, dass aufgrund versicherungsvertraglicher Vertrauenshaftung ein anderer – berufsbezogener – Maßstab anzulegen sei. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 27

Hiergegen wenden sich die Berufung der Klägerin, mit der sie weiterhin die vollständige Rückzahlung der gezahlten Invaliditätsleistung begehrt und die - selbständige - Anschlussberufung der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. 28

Die **Klägerin** rügt: 29

- Sie sei wegen Verletzung der Untersuchungspflicht durch die Beklagte bzw. den Versicherten leistungsfrei, 30

- das Landgericht habe die Beweislast verkannt, 31

- das Landgericht habe die Rüge der fehlenden Ursächlichkeit nicht beachtet und eine verfahrensfehlerhafte Beweisaufnahme durchgeführt. 32

Die Klägerin beantragt, 33

in Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 153.387,75 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 34

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 35

Die Beklagte beantragt,	36
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,	37
in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	38
Die Beklagte meint,	39
- die Klägerin sei an die Erstbegutachtung aus dem Jahre 2003 gebunden; ein Recht auf Nachprüfung habe nicht bestanden,	40
- bei der Bewertung der Invalidität sei vorliegend ein berufsbezogener Maßstab anzuwenden,	41
-- weil entweder die Bedingungen so verstanden werden könnten	42
-- oder die Klägerin entsprechend geworben habe,	43
- der Invaliditätsgrad betrage daher 50 %,	44
- Vorerkrankungen hätten an der Invalidität nicht mitgewirkt.	45
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen.	46
Der Senat hat die Akten 83 O 3/05 LG Köln = 5 U 51/06 OLG Köln beigezogen und	47
die Sachverständigen Prof. Dr. U und Dr. X ergänzend angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 11.12.2009 verwiesen.	48
II.	49
Die zulässigen Berufungen beider Parteien sind unbegründet. Das angefochtene Urteil erweist sich im Ergebnis und im Wesentlichen auch in der Begründung als richtig. Die Beklagte hat – wie im angefochtenen Urteil ausgeführt - aus den abgeschlossenen Unfallversicherungen aufgrund des Unfalles des Versicherten vom 22.02.2002 Anspruch auf Entschädigung auf der Basis einer Invalidität von 20 %. Die entsprechende Leistung ist aber aufgrund der Mitwirkung unfallunabhängiger Erkrankungen um $\frac{1}{4}$ zu kürzen (§ 8 AUB). Dies entspricht einem – rechnerisch unstreitigem - Betrag von 153.387,75 €, so dass die Beklagte, die von der Klägerin 204.517,00 € erhalten hat, ohne Rechtsgrund 51.129,25 € erhalten hat, die sie an die Klägerin zurückzuzahlen hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1,1. Alt. BGB). Im Einzelnen:	50
1.) Zwischen den Parteien ist nicht (mehr) im Streit, dass die im Verfahren 5 U 51/06 OLG Köln = 83 O 3/05 LG Köln ergangenen Entscheidungen im vorliegenden Verfahren keine Bindungswirkung entfalten, weder im Ergebnis noch in der Begründung. Rechtsausführungen in Entscheidungen erwachsen nie in Rechtskraft. In Rechtskraft ist nur erwachsen, dass der Beklagten keine Invaliditätsentschädigung zusteht, die über einem Invaliditätsgrad von 20 % hinausgeht. Über die im vorliegenden Verfahren relevanten Fragen, ob eine unfallbedingte Invalidität vorliegt, wie hoch die Invalidität und eine etwaige Mitwirkung ist und ob die Beklagte zur Rückzahlung verpflichtet ist, ist nicht rechtskräftig entschieden worden.	51
2.) Die Klägerin kann ihren Rückzahlungsanspruch auf § 812 Abs. 1 Satz 1,1. Alt. BGB stützen. Dabei hat allerdings die Beklagte zu beweisen, dass ihr ein Invaliditätsanspruch in	52

Höhe des gezahlten Vorschusses zusteht, sie die Leistung also mit Rechtsgrund erlangt hat.

aa) Die Klägerin kann Zahlungen kondizieren, wenn sie diese ohne Rechtsgrund erbracht hat. Das ist dann der Fall, wenn sie überhaupt nicht zur Zahlung der Invaliditätsentschädigung aus der Unfallversicherung bzw. nicht in der gezahlten Höhe verpflichtet war. Für das Fehlen des Rechtsgrundes ist grds. der Bereicherungsgläubiger beweibelastet (Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl., zu § 812 RdNr. 76). Insoweit gelten im Versicherungsrecht in der Regel dieselben Grundsätze wie in anderen Rechtsgebieten. Hiervon ist allerdings dann eine Ausnahme zu machen, wenn in der Zahlung kein Anerkenntnis der Forderung liegt und unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt (BGH NJW 1989, 161; Senat VersR 2006, 1674 m.w.N.).

bb) Beides liegt hier vor. Selbst wenn die Klägerin durch die Zahlung des Betrages von 204.517,00 € eine Erklärung nach § 11 Abs. 1 AUB 88 abgegeben haben sollte (was nach noch darzulegender Auffassung des Senats zu verneinen ist) hätte sie damit die Forderung nicht anerkannt. Denn nach ganz h. M. liegt in einer solchen Erklärung kein Anerkenntnis (Prölss/Martin-Knappmann, VVG, 27. Aufl., zu § 11 AUB 94, RdNr. 4 m.w.N.). Die Klägerin hat auch einen entsprechenden Rückforderungsvorbehalt eindeutig erklärt (vgl. Schreiben der Klägerin v. 07.01.2004, Bl. 102 d. A.: „..., dass die Zahlungen unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgen, sollten unsere weiteren Prüfungen die Beträge ganz oder teilweise nicht rechtfertigen“).

3.) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Klägerin nicht an das Ergebnis der vom Sachverständigen Prof. Dr. U vorgenommenen Begutachtung vom 17.11.2003 gebunden (unfallbedingter Invaliditätsgrad zum Ende des dritten Unfalljahres 20 %). Die Beklagte – und dem folgend auch das Landgericht – geht bereits von dem unzutreffenden Ausgangspunkt aus, Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei eine Neubemessung des Invaliditätsgrades nach § 11 Abs. 4 AUB 88.

a) Das wäre aber nur der Fall, wenn bereits eine – insoweit bindende – ärztliche Erstfeststellung vorläge und der VR eine entsprechende Erklärung nach § 11 Abs. 1 AUB abgegeben hätte (Prölss/Martin aaO, zu § 11 RdNr. 10; Grimm, AUB, 4. Aufl., zu § 9 Rd. 25 m.w.N.; Senat VersR 1990, 965)

b) Eine solche Erklärung hat die Klägerin aber bislang nicht abgegeben. Sie hat nach der ergänzenden Begutachtung durch den Sachverständigen Prof. Dr. U der Beklagten lediglich angeboten, endgültig auf der Basis 20 % zu regulieren (Bl. 99 d. A.). Hierauf ist die Beklagte aber nicht eingegangen, sondern hat die Zahlung eines Vorschusses verlangt (Bl. 101 d. A.). Das hat die Klägerin mit Schreiben vom 07.01.2004 (Bl. 102 d. A.) akzeptiert, gleichzeitig aber deutlich gemacht, dass eine abschließende gutachterliche Stellungnahme vor Ablauf des 3. Unfalljahres eingeholt werde und die Vorschusszahlung unter dem Vorbehalt der Rückforderung stünde, falls die Beträge nicht gerechtfertigt seien. Darin liegt aber gerade nicht die Abgabe einer Erklärung, „ob und in welcher Höhe der Anspruch anerkannt wird“, wie es § 11 Abs. 1 AUB 88 verlangt (vgl. dazu auch Senat VersR 1999, 436).

c) Der Umstand, dass sich die Klägerin in dem vorgenannten Schreiben inhaltlich das Recht auf Neubemessung („Nachuntersuchung“) vorbehalten haben könnte, vermag nach Auffassung des Senats daran nichts zu ändern. Denn aus dem Umstand, dass zwar eine Neubemessung des Invaliditätsgrades eine Erstfestsetzung der Invalidität voraussetzt (s.o.), folgt nicht im Umkehrschluss, dass mit dem Schreiben vom 07.01.2004 eine Erstfeststellung der Invalidität gewollt sein müsse. Vielmehr kann der Vorbehalt der Rechte auch rechtsirrig erfolgt sein (vgl. OLGR Frankfurt 2001, 15 zum – gleichlautenden - § 22 Abs. 4 AKB). Die

Klägerin hat – aus Sicht eines objektiven Dritten – auch keine Erklärung nach § 11 Abs. 1 AUB 88 abgegeben und sich lediglich eine Neubemessung vorbehalten. Denn im Falle der Neubemessung/Neufeststellung geht es nur noch um Veränderungen zwischen dem Zeitpunkt der Erstfeststellung und der 3-Jahres-Frist (BGH VersR 2009, 920). Den Schreiben der Klägerin ist aber zu entnehmen, dass sie sich bereits die Frage über einen Anspruch dem Grunde nach offenhalten wollte (und nicht nur evtl. Veränderungen aufgreifen wollte).

d) Im Übrigen ist selbst die Beklagte der Auffassung, dass die Klägerin keine Erklärung über ihre Leistungspflicht (Erstfeststellung) abgegeben hat (vgl. Bl. 617 d. A.). Entgegen ihrer Auffassung wirkt sich aber die Nichtabgabe der Erklärung nach § 11 Abs. 1 AUB 88 nicht dahingehend aus, dass die Klägerin das Nachprüfungsrecht oder das Recht auf Erstfeststellung verloren hätte und an den in der Erstbegutachtung durch den Sachverständigen getroffenen Invaliditätsgrad gebunden ist. Denn die Nichtabgabe einer Erklärung nach § 11 Abs. 1 AUB 88 führt lediglich dazu, dass der Anspruch – falls er denn bestehen sollte - fällig wird und ab diesem Zeitpunkt auch zu verzinsen ist (Grimm aaO RdNr. 5; OLG Frankfurt aaO; Prölss/Martin, aaO, RdNr. 3).

Die von der Beklagten aufgezeigte Vergleichbarkeit zur Berufsunfähigkeitsversicherung (wo sich der VR nicht auf eine mit dem VN getroffene Vereinbarung berufen kann, wenn er nach § 5 BB-BUZ zum Anerkenntnis verpflichtet war, BGH VersR 2007, 777) ist nicht gegeben. Denn die AUB enthalten kein dem § 7 BB-BUZ entsprechendes Nachprüfungsverfahren (vgl. Prölss/Martin, zu § 6 BB-BUZ, RdNr. 7)

4.) Demnach kommt es darauf an, ob und in welcher Höhe der Beklagten ein Invaliditätsanspruch zusteht.

a) Die Klägerin ist zunächst **nicht** wegen Verletzung der Untersuchungsobliegenheit (§§ 9 Abs. 4, 10 AUB 88, § 6 Abs. 3 VVG) leistungsfrei. Allerdings kommt Leistungsfreiheit grds. in Betracht, wenn sich der VN weigert, sich ärztlich untersuchen zu lassen (OLG Stuttgart, r+s 2004, 35).

aa) Fraglich ist bereits, ob die Beklagte bzw. der Versicherte objektiv die Untersuchungspflicht verletzt haben. Insoweit hält der Senat die entsprechende Argumentation im angefochtenen Urteil sowie im Urteil des LG Köln (vgl. Bl. 222, 229 d. A.), auf welche Bezug genommen wird, für vertretbar.

bb) Jedenfalls ist eine relevante **schuldhaft**e (also vorsätzliche oder grob fahrlässige) Obliegenheitsverletzung zu verneinen. Die Beklagte und der Versicherte haben sich im vorliegenden Fall im Leistungsprüfungsverfahren anwaltlicher Hilfe bedient. Aufgrund der Ratschläge, die ihr Prozessbevollmächtigter ihnen nach Prüfung der Rechtslage unter Bezugnahme auf relevante Kommentarliteratur erteilt hat, erfolgte die Weigerung, sich durch einen der drei von der Klägerin vorgeschlagenen SV untersuchen zu lassen (vgl. Anlage K25 und Bl. 106 d. A.). Der Versicherungsnehmer darf den Auskünften seiner Rechtsberater vertrauen. Selbst wenn sich diese als (grob) fehlerhaft erweisen sollten und der Versicherungsnehmer das – wie im Regelfall - nicht erkennen kann, kommt eine Zurechnung des Verhaltens der Rechtsberater nicht in Betracht. Die Regelung des § 278 BGB findet auf Obliegenheitsverletzungen keine Anwendung; der Rechtsberater ist auch nicht Repräsentant des VN und vorliegend auch nicht Wissenserklärungsvertreter (vgl. OLG Saarbrücken ZfS 2002, 587; Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., zu § 6 RdNr. 155; Prölss/Martin, aaO, zu § 6 RdNr. 47 ff.).

- b) Die formellen Voraussetzungen eines Invaliditätsanspruches (Unfall, Anzeige, fristgerechte ärztliche Invaliditätsfeststellung ect.) sind zwischen den Parteien nicht im Streit.
- c) Der Unfall vom 22.02.2002 hat beim Versicherten zu einer Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit (Invalidität) geführt (§ 7 I Nr. 1 AUB 88). Das steht aufgrund des Ergebnisses der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme und der vor dem Senat durchgeführten ergänzende Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. U und Dr. X zur Überzeugung des Senats fest. 66
- aa) Die Einwände der Klägerin gegen die widerspruchsfreien, von zutreffenden tatsächlichen Feststellungen ausgehenden, nachvollziehbaren und deshalb überzeugenden gutachterlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen der Sachverständigen Prof. Dr. L und Dr. X sind nicht durchgreifend. Die Sachverständigen haben den Versicherten persönlich untersucht, haben folgende Feststellungen getroffen und sind zu folgenden Ergebnissen, die sich der Senat zu Eigen macht, gekommen: 67
- Der Versicherte erlitt durch den Unfall vom 22.02.2002, bei dem er stürzte und mit dem Kopf gegen eine Wand schlug, zwei intercerebrale links frontale Contusionsblutungen im Sinne eines höhergradigen Schädel-Hirn-Traumas mit initial raumfordernder Wirkung, welche sich im Verlauf resorbierten. Das zeigte die sechs Tage nach dem Unfall durchgeführte Computertomographie. Als – organisch bedingte - Folge der unfallbedingten Hirnschädigung bildete sich ein hirnorganisches Psychosyndrom mit Störungen komplexer neuropsychologischer Funktionen insbesondere im Hinblick auf gestörtes logisch analytisches Denken sowie konzentrativ mnentische Störungen und eine postcontusionelle Kopfschmerzsymptomatik. Im Rahmen der testpsychologischen Diagnostik fanden sich Defizite im Bereich der Gedächtnis- und Aufmerksamkeitsfunktionen. Es zeigte sich eine Störung der kognitiven Flexibilität, des logischen Denkens sowie der Problemlösungsstrategien im Sinne einer Störung der exekutiven Funktionen. Diese kognitiven Dysfunktionen sind lokalisatorisch einer Frontalhirnschädigung zuzuordnen. 68
- Soweit die Klägerin behauptet, der von den Sachverständigen festgestellte Zustand habe schon – aufgrund unfallunabhängiger Erkrankungen - vor dem Unfall bestanden, womit sie gleichzeitig die (von der Beklagten mit dem Maßstab des § 287 ZPO zu beweisende) Kausalität zwischen der unstreitigen Gesundheitsbeschädigung und der Invalidität in Abrede stellt, so ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und insbesondere aufgrund der ergänzend vor dem Senat durchgeführten Anhörung der Sachverständigen diese Behauptung widerlegt und der Kausalitätsnachweis geführt. 69
- Die Sachverständigen haben mit Sicherheit ausgeschlossen, dass der Zustand des Versicherten vor dem Unfall so war wie danach. Sie haben eine (Mit-)Ursächlichkeit des Unfalles für den Zustand des Versicherten überzeugend damit begründet, dass die einzelnen zu bewertenden Umstände sich zwanglos zu einem stimmigen Gesamtbild zusammensetzen lassen: So liegt ein – gesicherter – struktureller Hirnschaden vor. Es sind unmittelbar nach dem Unfall Initialsymptome wie depressives Verhalten festgestellt worden. Desweiteren liegen gesicherte testpsychologische Befunde vor, die zu den **lokalisierten** organischen Schäden passen. Ergänzend kommt hinzu, dass die Verlaufsdynamik für das Vorliegen einer unfallbedingten Invalidität spricht. Denn nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. U gehen bei einem Trauma – wie hier - die Beschwerden mit der Zeit zurück (wie auch hier). Demgegenüber ist bei unfallunabhängigen Erkrankungen eine zunehmende Symptomatik festzustellen, wenn die Erkrankung nicht behandelt wird. Im diesem Zusammenhang haben die Sachverständigen auch ausgeführt, dass der Bericht von Prof. S vom 05.11.2002 (Bl. 302 d. A.), in dem erwähnt wird, dass sich keine dauerhafte 70

Verbesserung einstellte, nicht aussagekräftig ist und ihre Aussage, wonach der Versicherte unfallbedingt Beeinträchtigungen erlitten hat, weil sich sein Zustand – wie bei Trauma üblich – in der Folgezeit verbesserte und nicht etwa – wie bei nicht behandelten Erkrankungen – verschlechterte, nicht geeignet ist, ihre Aussage ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Insoweit beruhen die gewonnenen Ergebnisse im Bericht Prof. S allein auf der Durchführung eines Wort-Flüssigkeits-Test, was bei weitem nicht ausreichend ist.

Zwar haben die Sachverständigen eingeräumt, dass die vom Versicherten - ohne Simulation und/oder Aggravation – geklagten Beschwerden auch durch psychische Erkrankungen verursacht worden sein können. Solche Erkrankungen sind aber nicht festgestellt worden. Unfallunabhängige Erkrankungen wie Depressionen, Schlafstörungen und Alkoholabusus können nach Auffassung der Sachverständigen den Zustand des Versicherten nicht erklären, sind somit nicht ursächlich. Zum einen sind keine Krankenhausaufenthalte, Leberschäden und wiederholte Delirien bekannt. Zum anderen wäre es dem Versicherten zeitlich nicht besser, sondern schlechter gegangen, würde man die Beeinträchtigungen allein auf die vorgenannten Erkrankungen zurückführen. 71

bb) Die – bereits erstinstanzlich erhobenen - Einwände der Klägerin gegen die – gerichtliche - Beauftragung der Begutachtung durch den Sachverständigen Prof. Dr. U sowie gegen die Person der beauftragten Sachverständigen sind unbegründet. Zum einen verhält sich die Klägerin widersprüchlich, wenn sie zunächst den Sachverständigen Prof. U selbst mit der Erstattung eines Gutachtens und eines Ergänzungsgutachtens beauftragt, sich dann aber ohne hinreichende Begründung gegen die vom Gericht vorgenommenen Bestellung wendet. 72

Zwar ist es zutreffend, dass der Sachverständige Prof. U bei seiner Erstbegutachtung vom 18.09.2003 einen unzutreffenden Beurteilungsmaßstab angelegt hat. Diesen Fehler hat der Sachverständige aber – aufgrund des Hinweises der Klägerin – durch das Gutachten vom 17.11.2003 behoben. Die Klägerin zeigt nicht auf, dass dem Sachverständigen im weiteren Verlauf der Begutachtung – auch vor dem LG Köln – weitere handwerkliche Fehler, die Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtensergebnissen begründe könnten, unterlaufen sind. Die Beauftragung des Sachverständigen Prof. U durch das LG Köln und im weiteren durch das LG Münster war unter diesen Umständen nicht verfahrensfehlerhaft. Ebenso wie das Landgericht hat auch der Senat – insb. auch aufgrund seiner Ausführungen im Rahme der Senatsanhörung - keinerlei Zweifel an der fachlichen Kompetenz – die das entscheidende Kriterium für die Bestellung zum Sachverständigen darstellt - des Sachverständigen Prof. U. 73

Soweit sich die Klägerin im Zusammenhang mit der Person des Sachverständigen Prof. U gegen das Ergebnis seiner Begutachtung wendet, insb. die Kausalität zwischen Unfall, Gesundheitsbeschädigung und Invalidität in Abrede stellt, so wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. 74

Im Zusammenhang mit den weiteren Einwendungen der Klägerin gegen den Sachverständigen Prof. U und gegen die – mit der Berufungsbegründung weiterhin gerügten, in der mündlichen Verhandlung aber nicht weiter problematisierten - behauptete fehlende Qualifikation des Sachverständigen Dr. X nimmt der Senat – zur Vermeidung von Wiederholungen – auf die zutreffenden und vom Senat geteilten Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug. 75

d) Der beim Versicherten zum Ende des 3-Jahres-Zeitraumes (22.02.2005, Untersuchung durch Prof. U am 18.02.2005) relevante Gesamtinvaliditätsgrad beträgt 20 %. 76

aa) Der Grad der Invalidität ist – da die Gliedertaxe vorliegend nicht zur Anwendung gelangt – nach § 7 I Nr. 1 c AUB 88 zu bestimmen. Danach ist maßgebend, inwieweit die normale körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit unter ausschließlicher Berücksichtigung medizinischer Gesichtspunkte beeinträchtigt ist.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat sich die Bemessung des Invaliditätsgrades an der körperlichen Leistungsfähigkeit eines **durchschnittlichen** (normalen) Versicherungsnehmers zu orientieren. Die Tätigkeit in einem ausgeübten Beruf ist für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit in der Unfallversicherung anders als in der Berufsunfähigkeitsversicherung kein maßgebendes Beurteilungskriterium. In der Unfallversicherung ist das Risiko einer unfallbedingten Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit versichert (§ 7 I (1) AUB 88), nicht jedoch das Risiko, berufsunfähig zu werden. Die Definition der Invalidität, die allein auf die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit abstellt, zielt auf jeden Versicherungsnehmer, unabhängig davon, ob er berufstätig ist oder nicht. § 7 I (2) c) AUB 88 führt als Maßstab "die normale körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit" an, deren Beeinträchtigung unter ausschließlicher Berücksichtigung medizinischer Gesichtspunkte zu beurteilen ist. Anhaltspunkte dafür, dass unter "normaler Leistungsfähigkeit" nicht die eines (normalen) durchschnittlichen Versicherungsnehmers zu verstehen ist, sondern dass seine eigene individuelle Leistungsfähigkeit (im Beruf? im Sport? beim Musizieren? in sozialen Bereichen?) maßgebend sein könnte, findet der Leser nicht. Die Gliedertaxe setzt ersichtlich einen **generellen Maßstab** ohne Berücksichtigung individueller Besonderheiten bei einzelnen Versicherungsnehmern voraus. Die Klausel lit. c) regelt sodann die Entschädigung für die Beeinträchtigung von Körperteilen oder Sinnesorganen, die nicht in der Gliedertaxe erfasst sind, wobei diese Erweiterung des Versicherungsschutzes über die von der Gliedertaxe erfassten Körperteile hinaus bei verständiger Würdigung ebenfalls an einem **generellen Maßstab** entsprechend lit. a) zu messen ist. (Senat, Urteil vom 09.05.2007, VersR 2008, 389 – Revision nicht angenommen BGH IV ZR 186/07; Senat Urteil vom 06.11.2002, NJW-RR 2003, 322).

78

Zur ergänzenden Begründung wird auf die entsprechenden zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil, im Urteil des LG Köln v. 12.01.2006 (Bl. 222 d. A.), im Hinweisbeschluss des OLG Köln vom 14.08.2006 (Bl. 232 d. A.) und im Zurückweisungsbeschluss des OLG Köln vom 19.10.2006 (Bl. 216 d. A.) verwiesen.

79

cc) Die Ausführungen der Beklagten zu dem behaupteten Anspruch aufgrund versicherungsvertraglicher Vertrauenshaftung führen nicht zur Anwendung eines berufsspezifischen Invaliditätsmaßstabes. Die Beklagte beschränkt sich in der Berufungsinstanz auf die Wiederholung ihrer erstinstanzlich und auch schon im Verfahren 83 O 3/05 LG Köln = 5 U 51/06 OLG Köln vorgebrachten Argumente. Hierzu haben bereits das LG Münster, das LG Köln und auch das OLG Köln in den vorbezeichneten Entscheidungen Stellung genommen und einen entsprechenden Anspruch der Beklagten mit überzeugenden Begründungen verneint. Der Senat teilt die entsprechenden Rechtsausführungen vollumfänglich und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf Bezug.

80

dd) Der vom Landgericht auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Prof. U angesetzte Gesamtinvaliditätsgrad von 20 % wird von den Parteien – bei bewiesener Kausalität zwischen Unfall und Invalidität und bei Anwendung eines generellen Maßstabes – mit den jeweiligen Berufungsbegründungen nicht relevant angegriffen. Dessen ungeachtet folgt der Senat den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen U. So hat dieser – wie dem Senat auch aus anderen Verfahren bekannt - zutreffend darauf hingewiesen, dass

81

die genaue Bemessung des Invaliditätsgrades außerhalb der Gliedertaxe naturgemäß schwierig ist und sich der Anwendung einer mathematischen Genauigkeit entzieht. Er hat sich bei der Bewertung der Invalidität in zulässiger Weise auf von ihm teilweise selbst aufgestellte Tabellen und auf langjährige Erfahrungswerte gestützt. Dabei hat er die Auswirkung der Folgen des hirnnorganischen Syndroms und die Kopfschmerzen – insbes. – auf die geistige Leistungsfähigkeit bewertet und ist zu einer kombinierten Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gehirnfunktionen von 20 % gelangt.

e) Ebenso wie eine unfallbedingte Invalidität bewiesen ist (s.o.), ist nach dem Ergebnis der gutachterlichen Feststellungen bewiesen, dass an der Gesamtinvalidität von 20 % unfallunabhängige Erkrankungen zu 25 % mitgewirkt haben, so dass die grds. geschuldete Leistung entsprechend um 25 % zu kürzen ist (§ 8 AUB 88). 82

aa) Der Sachverständige Prof. U hat nach Auswertung der ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellten ärztlichen Unterlagen des Versicherten aus der Zeit vor dem Unfall eine – unfallunabhängige – Somatisierungsstörung (aber keine psychische Erkrankung), die zum Stichtag 22.20.2005 noch bestand, diagnostiziert. Als entscheidendes Argument für seine Auffassung hat er den Umstand herangezogen, dass der Versicherte vor 2002 eine Vielzahl von Ärzten aufsuchte und dabei wechselnde Symptome beklagte, ohne dass die Ärzte etwas gesundheitlich Relevantes feststellten. Der Sachverständige hat diese Vorgehensweise als typisch für eine Somatisierungsstörung bewertet. Entsprechendes gelte soweit dem Versicherten eine Fülle von Medikamenten verschrieben wurde, ohne dass eine sichere Diagnose gestellt wurde. Der Sachverständige hat ausgeschlossen, dass die geklagten Beschwerden vor dem Unfall verschwunden bzw. abgeklungen waren. Dagegen spreche, dass keine gezielte Behandlung und auch keine Therapie stattgefunden hätten und solche Störungen nicht von selbst "verschwinden" würden. 83

bb) Dem Mitwirkungsanteil hat er zunächst in dem Bereich von "20 % bis 30 %" angesiedelt. Diese Bandbreite hat er – für den Senat überzeugend – mit der ähnlich der Bemessung der Gesamtinvalidität schwierigen Bemessung der Mitwirkung, die einer mathematischen Genauigkeit nicht zugänglich ist, begründet. Im weiteren Verlauf der Anhörung hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf seine langjährige Erfahrung einen Mitwirkungsanteil von 25 % als sicher bewertet und eine Tendenz eher zu 30 % angegeben. Der Senat hält im Hinblick auf die Begründung des Sachverständigen einen Mitwirkungsanteil von 25 % für bewiesen. Danach ist einerseits wesentlich, dass es durch den Unfall zu einer erheblichen Kopfschmerzsymptomatik gekommen ist. Andererseits stellen Kopfschmerzen unklarer Genese typische Beschwerden bei einer – beim Versicherten vorliegenden – Somatisierungsstörung dar. 84

5.) Die zuerkannten Rechtshängigkeitszinsen sind nicht angegriffen. 85

III. 86

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst (§ 543 ZPO). 87