
Datum: 20.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 193/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0920.20U193.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 23 O 291/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29. August 2012 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 23 O 291/11 – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers wird das am 29. August 2012 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 23 O 291/11 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Krankenversicherungsvertrag, Versicherungsnummer KV 21XXXXX0, nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29. Juli 2011 beendet wurde, sondern, auch soweit der Kläger versicherte Person ist, über den 29. Juli 2011 hinaus fortbesteht.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 10.191, -- € nebst Zinsen in Höhe vom 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. August 2011 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3; diejenigen des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 1/4 und die Beklagte zu 3/4 zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, soweit der Klage stattgegeben worden ist. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten im Rahmen einer privaten Krankheitskostenversicherung über die Wirksamkeit einer von der Beklagten wegen behaupteter Leistungserschleichung ausgesprochenen fristlosen Kündigung und die Verpflichtung des Klägers zur Rückgewähr von Leistungserstattungen.

Der Kläger hatte mit der Beklagten eine private Kranken- und Pflegepflichtversicherung abgeschlossen. Er reichte über einen längeren Zeitraum bei ihr Rechnungen über physiotherapeutische Maßnahmen ein. Hierauf erbrachte die Beklagte für die Zeit vom 19. Juni 2009 bis 28. April 2011 Leistungen in Höhe von 14.343, -- €. Mit Schreiben vom 29. Juli 2011 erklärte sie die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Begründung, die vorgelegten Rechnungen der Physiotherapiepraxis „L“ entsprächen nicht den Tatsachen, die darin abgerechneten Behandlungen seien nicht durchgeführt worden.

Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass die Krankheitskostenversicherung nicht durch die fristlose Kündigung beendet worden ist. Hierzu hat er erstinstanzlich vorgetragen: Die fristlose Kündigung sei unberechtigt. Die streitgegenständlichen physiotherapeutischen Maßnahmen seien sämtlich durch Herrn S bzw. den Zeugen C erbracht und von ihm in bar bezahlt worden. Diese Herren hätten in dem in seinem Eigentum stehenden Haus – nacheinander – Praxisräume angemietet, in denen sie unter der Bezeichnung „L“ physiotherapeutische Behandlungen durchgeführt hätten. Er selbst habe in den angrenzenden Räumlichkeiten ein Fitnesstraining angeboten sowie Analysegeräte zur Verbesserung der Schlagtechnik von Golfspielern zur Verfügung gestellt; diese Angebote habe er ebenfalls unter der Bezeichnung „L“ abgerechnet. Herr S habe über ein Konto bei der Sparkasse L2 verfügt; er – der Kläger – habe Kontovollmacht gehabt. Bei der auf den – späteren - Rechnungen angegebenen Bankverbindung „T eG“ handele es sich um ein von ihm unterhaltenes Konto, was unstreitig ist; hierüber habe der Zeuge C verfügen dürfen.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

festzustellen, dass die bei der Beklagten abgeschlossene Krankenversicherung, Versicherungsnummer KV 21XXXXX0 durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2011 nicht beendet worden ist, auch soweit sie ihn als versicherte Person betrifft.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

Widerklagend hat sie beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an sie 14.343,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.08.2011 zu zahlen. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

die Widerklage abzuweisen. 13

Die Beklagte hat bestritten, dass unter der Bezeichnung „L“ von Herrn S und dem Zeugen C physiotherapeutische Behandlungen durchgeführt worden seien. Falls dies doch der geschehen sei, habe es sich um eine so genannte Eigenbehandlung gehandelt. 14

Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 15

Das Landgericht hat den Kläger persönlich angehört und Beweis durch Vernehmung von Zeugen erhoben. Sodann hat es sowohl der Klage als auch der Widerklage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte habe nicht bewiesen, dass der Kläger Leistungen für nicht durchgeführte Behandlungen mit gefälschten Rechnungen habe erschleichen wollen. Jedoch stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die Beklagte die Erstattungsleistungen auf die von Herrn S und dem Zeugen C in Rechnung gestellten Behandlungen ohne Rechtsgrund erbracht habe; denn eine eigene Praxis sei weder von Herrn S noch von dem Zeugen C geführt worden. 16

Gegen dieses Urteil, das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 3. September 2012 und denjenigen der Beklagten am 30. August zugestellt worden ist, richten sich die am 26. September 2012 eingelegte und zugleich begründete Berufung des Klägers sowie die am 28. September 2012 eingelegte und nach entsprechender Fristverlängerung mit einem am 30. November 2012 eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung der Beklagten. 17

Der Kläger macht geltend: 18

Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Eigenbehandlung vorgelegen habe, und habe hierbei seinen Vortrag teilweise übergangen. Im Übrigen handele es sich um eine Überraschungsentscheidung, soweit das Landgericht der Widerklage mit der Begründung stattgegeben habe, die Herren S und C hätten keine eigene Praxis unterhalten. Diese Annahme sei zudem unzutreffend. Die Therapeuten S bzw. C und er hätten weder gemeinsame Räumlichkeiten oder gemeinsames Personal noch eine gemeinsame Praxiseinrichtung genutzt und ihre Leistungen getrennt voneinander abgerechnet. Herr S habe ein eigenes Konto bei der Sparkasse L2 unterhalten und eine selbständige Praxis in L3 geführt. Die zu diesem Zweck angemieteten Räumlichkeiten im Erdgeschoss des Hauses habe er – der Kläger – nicht genutzt; seine Trainingsräume hätten sich damals im ersten Obergeschoss befunden. An den Einnahmen des jeweils anderen hätten sie nicht partizipiert; sie hätten auch getrennte Steuererklärungen angefertigt. Nachdem der Zeuge C seine Tätigkeit aufgenommen habe, habe er – der Kläger – zwar die Fitnessräume ins Erdgeschoss des Hauses verlegt; sie seien jedoch durch eine andere Tür zu erreichen gewesen als die von dem Zeugen angemieteten Räumlichkeiten. Auch er und der Zeuge C hätten ihre Leistungen getrennt voneinander abgerechnet sowie getrennte Steuererklärungen abgegeben und seien an den Einnahmen des anderen Teils nicht beteiligt gewesen. 19

Der Kläger beantragt sinngemäß, 20

die Widerklage unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	21
Die Beklagte beantragt,	22
1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insoweit abzuweisen, als das Landgericht festgestellt hat, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Krankenversicherungsvertrag, Versicherungsnummer KV 21XXXXX0 nicht durch die Kündigung der Beklagten beendet wurde, sondern auch, soweit der Kläger versicherte Person ist, über den 29.07.2011 hinaus fortbesteht;	23
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	24
Sie trägt vor, es stehe fest, dass der Kläger Erstattungen für nicht erbrachte Leistungen mit gefälschten Rechnungen habe erschleichen wollen. Der Zeuge C sei nicht nach § 18 ÖGD angemeldet. Hinweise auf eine umfassende Praxistätigkeit lägen nicht vor. Die aus dem Stempel auf den Rechnungen ersichtliche Website www.L.com gebe es nicht (mehr). Angeblich habe der Zeuge C seit Februar 2010 in L3 gearbeitet; im Juli 2011 habe aber noch der Name S auf dem Praxisschild gestanden. Der Kläger habe auch widersprüchlich und unzutreffend vorgetragen, indem er zunächst behauptet habe, das Konto „T e.G.“ sei von Herrn S errichtet worden, obwohl es sich um sein eigenes Konto handle, wie er später eingeräumt habe. Das Landgericht habe sich ferner nicht damit auseinander gesetzt, ob der Zeuge C die nötige Qualifikation sowie die behördliche Erlaubnis zur Ausübung der Physiotherapie besitze. Die Aussage des Zeugen sei zudem unrichtig gewesen, weil er – wie sie jetzt erfahren habe – keine eigene Physiotherapiepraxis in L4 angemeldet habe. Die Rechnungen würden zudem formale Auffälligkeiten aufweisen, die dafür sprechen würden, dass die Behandlungen nicht erbracht worden seien. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen für die Erstattungsfähigkeit der abgerechneten Leistungen nicht vor, weil nicht feststehe, dass es sich bei den Herren S und C um in eigener Praxis tätige Masseure, medizinische Bademeister, Krankengymnasten oder Physiotherapeuten gehandelt habe.	25
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung einer Auskunft des Gesundheitsamtes der Stadt L3. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Schreiben des Gesundheitsamtes der Stadt L3 vom 5. April 2013 (Bl. 394 d.A.) verwiesen. Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten 53 Js 68/12 StA Köln haben dem Senat vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	26
II.	27
Die Berufungen beider Parteien sind zulässig. Diejenige der Beklagten ist unbegründet, während die Berufung des Klägers teilweise Erfolg hat.	28
1.	29
Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass der streitgegenständliche Versicherungsvertrag nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29. Juli 2011 beendet worden ist, sondern fortbesteht. Die Beklagte war zu einer fristlosen Kündigung der Krankheitskostenversicherung nach § 314 Abs. 1 S. 1 BGB nicht berechtigt.	30
Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die dem Versicherer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und	31

unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar machen. Im Hinblick auf die soziale Funktion der privaten Krankheitskostenversicherung ist jedoch anerkannt, dass ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung erst dann vorliegt, wenn der Versicherungsnehmer in besonders schwerwiegender Weise die Belange des Versicherers seinem Eigennutz hintanstellt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn er sich Versicherungsleistungen erschleicht oder zu erschleichen versucht (BGH NJW 2012, 376, 379; NJW-RR 2009, 1189, 1191). Die Beweislast für die Voraussetzungen des Kündigungsrechts trägt die Beklagte (vgl. hierzu Gaier in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 314 Rn. 27). Den ihr obliegenden Beweis hat sie nicht erbracht.

Vielmehr ist nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme davon auszugehen, dass sowohl Herr S wie auch der Zeuge C in dem Haus C2 in L3 physiotherapeutische Leistungen erbracht haben. Der Zeuge N, der Vater des Klägers, hat bekundet, dass er und seine Ehefrau in diesen Räumlichkeiten von Herrn S krankengymnastisch behandelt worden seien. Für die Richtigkeit dieser Aussage spricht, dass Herr S an dem Haus unstreitig ein Praxisschild angebracht hatte, das auf den Betrieb einer physiotherapeutischen Praxis hinwies. Der Kläger hat zudem die Kopie eines Versicherungsscheins zur Akte gereicht, aus der sich ergibt, dass Herr S eine Betriebs-Haftpflicht-Versicherung unterhalten hat, durch welche die gesetzliche Haftpflicht als Physiotherapeut versichert war. Im Versicherungsschein vom 24. Juni 2009 wird als Anschrift „C2, L3“ angegeben. Soweit die Beklagte demgegenüber behauptet hat, es habe tatsächlich kein Versicherungsvertrag bestanden, hat sie hierfür keinen Beweis angetreten. Auch der Zeuge C hat bestätigt, dass er in der Praxis „L“ Behandlungen durchgeführt und hierbei auch den Kläger therapiert hat. Dafür, dass der Kläger die Leistungen der Herren S und C in Anspruch genommen hat, spricht indiziell weiter, dass die abgerechneten physiotherapeutischen Maßnahmen stets ärztlich verordnet worden waren und der Kläger zuvor unstreitig von dem Physiotherapeuten A in der von diesem ebenfalls unter der Anschrift C2 in L3 betriebenen Praxis behandelt worden ist. 32

Die von der Beklagten angeführten Umstände rechtfertigen demgegenüber nicht den Schluss, dass die in den von dem Kläger zur Erstattung bei ihr eingereichten Rechnungen der Physiotherapiepraxis „L“ abgerechneten Leistungen nicht erbracht worden sind. Dass die Rechnungen nicht den Anforderungen des § 14 Abs. 4 UStG entsprechen, weil sie keine Steuernummer, kein Rechnungsdatum und keine fortlaufende Rechnungsnummer aufweisen, ist darauf zurückzuführen, dass die Leistungen steuerfrei sind, wenn die Maßnahme der medizinischen Behandlung einer Krankheit oder einer anderen Gesundheitsstörung dient (BFH BeckRS 2007, 25012412), wovon vorliegend aufgrund der ärztlichen Verordnungen auszugehen ist. Soweit in den Rechnungen auf eine tatsächlich nicht vorhandene Website hingewiesen wird, ist denkbar, dass eine solche geplant war, dann aber nicht umgesetzt worden ist. Die unterbliebene Anmeldung der physiotherapeutischen Praxis beim Gesundheitsamt mag auf Unkenntnis oder bloßer Nachlässigkeit beruhen. Ob die Herren S und C die erforderliche Ausbildung und Erlaubnis zur Erbringung krankengymnastischer Leistungen besessen haben, kann an dieser Stelle dahin gestellt bleiben. Denn eine etwaig mangelnde Qualifikation würde nicht zu der Annahme zwingen, dass die abgerechneten Maßnahmen nicht durchgeführt worden sind; es mag vielmehr auch sein, dass die Herren S und C sich Kompetenzen angemaßt haben, über die sie nicht verfügten. Schließlich folgt aus dem Umstand, dass der Zeuge C nach dem Sachvortrag der Beklagten in einem Krankenversicherungsantrag von März 2011 – unter einer Anschrift in L4 - angegeben hat, er sei seit Juli 2010 als Masseur tätig und erziele aus dieser Tätigkeit ein monatliches Einkommen von 4.000, -- €, nicht, dass dieser nicht bereits seit Februar 2010 – auch - Leistungen in den Praxisräumen in L3 erbracht hat. Aus der Aussage des Zeugen C vor dem 33

Landgericht ergibt sich nämlich, dass dieser zu Beginn seiner Tätigkeit noch in L4 gewohnt hat und zu den telefonisch vereinbarten Behandlungen jeweils von dort angereist ist. Deshalb mag seine Tätigkeit in L3 zu Anfang nicht so umfangreich und rentabel gewesen sein. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass gewisse Ungereimtheiten bezüglich der auf den Rechnungen angegebenen Bankverbindung vorhanden sind. Abgesehen davon, dass es keine „T“ gibt, hat der Kläger zunächst vorgetragen, dass es sich hierbei um das Konto des Herrn S gehandelt hat, während er später eingeräumt hat, dass dies sein eigenes Konto sei. Ungewöhnlich erscheint zudem, dass der Kläger dem Zeugen C nach seinem Vortrag Kontovollmacht über dieses Konto eingeräumt hat. Diese Umstände reichen dem Senat – auch angesichts der Bekundungen der Zeugen N und C – indes nicht für die Überzeugungsbildung aus, dass die abgerechneten Leistungen tatsächlich nicht erbracht worden sind.

Einer erneuten Einvernahme des Zeugen C bedurfte es nicht. Soweit die Beklagte einwendet, 34
dieser habe unrichtige Angaben gemacht, weil sich aus einer Auskunft der Stadt L4 ergebe, dass der Zeuge dort keine eigene Physiotherapeutenpraxis, sondern ein Gewerbe für „Entspannungsmassagen im Wellnessbereich“ angemeldet habe, steht dies nicht in Widerspruch zu der Aussage des Zeugen, der lediglich bekundet hat, er habe zunächst noch in L4 gewohnt. Deshalb war auch dem Beweisantritt der Beklagten im Schriftsatz vom 22. Februar 2013 dafür, dass sich in der B in L4 keine Praxisräume befänden, nicht nachzugehen.

2. 35

Die Beklagte kann von dem Kläger gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich die Rückgewähr 36
erbrachter Leistungen in Höhe von 10.191, -- € beanspruchen.

a. 37

Der Erstattungsfähigkeit der abgerechneten Leistungen steht allerdings nicht § 1 Abs. 1 a) 38
der AVB der Beklagten entgegen. Dass die von den Herren S und C erbrachten Maßnahmen so genannte Eigenbehandlungen darstellten, hat die Beklagte nicht bewiesen.

Grundsätzlich ist derjenige, der einen Bereicherungsanspruch aus Leistungskondiktion 39
geltend macht, in vollem Umfang beweispflichtig für die Tatsachen, aus denen er die von ihm begehrte Rechtsfolge herleitet, somit für das Nichtbestehen eines Rechtsgrundes der erbrachten Leistung. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer erbrachte Leistungen zurückfordert (BGH NJW 1995, 662, 663). Der Versicherer muss deshalb darlegen und beweisen, dass er in Wahrheit nicht zur Leistung verpflichtet war (BGH NJW-RR 2001, 1240, 1241; OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 29610). Den ihr obliegenden Beweis hat die Beklagte nicht geführt.

Nach § 1 Abs. 1 a) der AVB der Beklagten erbringt der Versicherer im Versicherungsfall in 40
der Krankheitskostenversicherung Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung und sonst vereinbarte Leistungen. Erstattungsfähig sind danach nur Aufwendungen, d.h. Entgelte, die der Versicherungsnehmer zu bezahlen hat. Eigenbehandlungen, auch durch Praxisangestellte, fallen nicht unter den Versicherungsschutz (Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 1 MB/KK 1994 Rn. 49; LG Trier VersR 1988, 1175). Als Eigenbehandlungen werden Eigenleistungen verstanden, die keine besonderen Kosten verursachen. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Versicherungsnehmer keine eigene Verbindlichkeit eingegangen ist (LG Baden-Baden r + s 2001, 342; LG Trier VersR 1988, 1175; AG Trier VersR 1988, 1066), was dann der Fall ist, wenn es wegen der Identität von Gläubiger und Schuldner an einem

(echten) Schuldverhältnis fehlt (LG Augsburg NVersZ 1999, 324; AG Trier VersR 1988, 1066).

Die Beklagte schließt aus dem Umstand, dass die Liquidationen der Praxis „L“ über ein Konto abgewickelt worden sind, über das sowohl zunächst Herr S und der Kläger sowie später der Zeuge C und der Kläger verfügen konnten, dass eine Eigenbehandlung vorgelegen habe. Hieraus folgt aber noch nicht, dass die „erbrachten Behandlungen wirtschaftlich auch dem Kläger“ zufließen. Abgesehen davon, dass der Kläger behauptet, in bar gezahlt und damit eigene Aufwendungen getätigt zu haben, hat der Zeuge C ausgesagt, es habe die Abrede bestanden, dass er die auf seine Leistungen entfallenden Überweisungen vom Konto des Klägers abheben dürfte; danach hat der Kläger aus etwaigen Überweisungen, die für Leistungen des Zeugen C erfolgten, keinen wirtschaftlichen Nutzen gezogen. 41

b. 42

Jedoch gelten nach § 4 Abs. 3 Ziff. 3.2 der AVB der Beklagten nur solche physikalisch-medizinische Leistungen nach Abschnitt E. des Gebührenverzeichnisses der amtlichen deutschen Gebührenordnung für Ärzte und medizinische Bäder als Heilmittel, die von dem in eigener Praxis tätigen Masseur, Masseur und medizinischen Bademeister, Krankengymnasten oder Physiotherapeuten ausgeführt worden sind. Diese Voraussetzungen sind vorliegend bezüglich der von Herrn S erbrachten Leistungen insgesamt sowie hinsichtlich derjenigen des Zeugen C insoweit nicht gegeben, als dieser physiotherapeutische Maßnahmen durchgeführt hat. 43

aa. 44

Die Klausel des § 4 Abs. 3 Ziff. 3.2 der AVB, welche die Erstattungsfähigkeit physikalisch-medizinischer Leistungen an die Voraussetzung knüpft, dass der in ihr genannte Personenkreis „in eigener Praxis“ tätig ist, verlangt zunächst, dass die Tätigkeit selbständig und in Räumlichkeiten ausgeübt wird, über die der Leistungserbringer die Verfügungsbefugnis besitzt; erforderlich ist darüber hinaus, dass eine zur Berufsausübung erforderliche Einrichtung vorhanden ist. Denn insoweit können keine anderen Anforderungen gelten, als sie an das Erfordernis der Niederlassung eines Arztes in § 4 Abs. 2 MB/KK gestellt werden. Hierunter wird die öffentlich erkennbare Bereitstellung zur Ausübung des ärztlichen Berufes in selbständiger Praxis verstanden, wobei die Berufsausübung „in selbständiger Praxis“ ein Mindestmaß an personeller, sachlicher und räumlicher Ausstattung garantieren soll (OLG Köln, [5. Zivilsenat], Urteil vom 14. Juli 2004, 5 U 220/03, dokumentiert in juris). 45

Dass die Herren S und C keine selbständige Tätigkeit in eigenen Praxisräumen ausgeübt haben, kann der Senat nicht feststellen. Die Beklagte hat zwar die Behauptung des Klägers bestritten, der Zeuge C habe – wie seine Vorgänger - die Räumlichkeiten im Erdgeschoss des Hauses, in denen sich die Physiotherapiepraxis befinde, angemietet; hierfür hat sie aber keinen Beweis angetreten. Der Zeuge C hat dagegen im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Landgericht bestätigt, dass er Miete an den Kläger zahle. Er hat darüber hinaus bekundet, dass es „zwei separate Bereiche“ gebe, nämlich einerseits die Behandlungsräume mit den Liegen und den Geräten, andererseits das Vibrationsplattengerät und die anderen Fitnessgeräte. Soweit der Zeuge weiter erklärt hat, er nutze im Rahmen seiner Behandlungen auch die Geräte des Klägers, insbesondere das Vibrationsplattengerät, folgt daraus nicht zwingend, dass er nicht über das für seine Berufsausübung erforderliche Mindestmaß an sachlicher Ausstattung verfügte. Die Beurteilung dieser Frage hängt vielmehr auch davon ab, in welchem Umfang der Zeuge auf die von dem Kläger vorgehaltenen Geräte zugreifen musste; hierüber verhält sich der Vortrag der Beklagten nicht. 46

Soweit die Beklagte sich in der Berufungsbegründung vom 30. November 2012 unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag auf das Zeugnis des Herrn A berufen hat, war diesem Beweisantritt nicht nachzugehen. Denn Herr A war erstinstanzlich in der Klageerwiderung lediglich für die Behauptung als Zeuge benannt worden, dass die Praxis „Körpermitte“ seit dem Jahr 2008 nicht mehr betrieben worden sei. Dieser Vortrag hat für die Beurteilung der Frage, ob die Herren S und C „in eigener Praxis“ tätig waren, keine Relevanz.

47

bb.

48

Die Voraussetzung des Tätigseins „in eigener Praxis“ des § 4 Abs. 3 Ziff. 3.2 der AVB der Beklagten erfordert nach Auffassung des Senats darüber hinaus aber weiter, dass der in der Klausel genannte Personenkreis berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu führen. Nach dem Wortlaut der Klausel sind medizinisch-physikalische Leistungen nicht schlechthin, sondern nur dann erstattungsfähig, wenn sie durch den darin aufgeführten Personenkreis erbracht werden, bei dem es sich um staatlich geprüfte Angehörige von Heilberufen handelt. Soweit die Regelung verlangt, dass die Tätigkeit „in eigener Praxis“ ausgeübt wird, wird hierdurch weiter vorausgesetzt, dass der Therapeut unter seiner Berufsbezeichnung öffentlich in Erscheinung tritt, was diesem nur gestattet ist, wenn er die entsprechende Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung besitzt. Dies ist auch für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbar, da diesem bekannt ist, dass Angehörige freier Berufe nicht bereits aufgrund einer erfolgreich absolvierten Ausbildung befugt sind, in eigener Praxis tätig zu werden, sondern hierfür einer behördlichen Erlaubnis bedürfen.

49

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MPhG bedarf derjenige, der die Berufsbezeichnung „Physiotherapeut“ führen will, der Erlaubnis. Über die erforderliche Erlaubnis verfügte Herr S nach dem Ergebnis der von dem Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme im maßgeblichen Zeitraum ausweislich der Auskunft des Gesundheitsamtes der Stadt L3 vom 5. April 2013 nicht. Der Einwand des Klägers, Herr S habe in Portugal eine Zulassung zur Ausübung des Berufs des Physiotherapeuten besessen, bei den Behandlungen in L3 habe es sich um die Fortsetzung der in Portugal begonnenen Behandlungen gehandelt, ist unerheblich. Nach § 1 Abs. 2 MPhG können zwar Physiotherapeuten, die Staatsangehörige eines Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes sind, diese Berufsbezeichnung auch in der Bundesrepublik Deutschland führen, sofern sie ihre Berufstätigkeit als vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung im Sinne des Art. 50 des EG-Vertrages im Inland ausüben. Dass die Tätigkeit des Herrn S in Deutschland nur eine gelegentliche und vorübergehende gewesen ist, ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Hiergegen spricht bereits die von dem Kläger behauptete Anmietung der Praxisräume durch Herrn S. Wer seiner Berufstätigkeit nur gelegentlich nachgehen will, wird im Allgemeinen entsprechende Aufwendungen nicht tätigen, da sie sich in diesem Fall nicht rentieren. Hinzu kommt, dass der Kläger selbst im Schriftsatz vom 10. Januar 2013 ausgeführt hat, die Praxistätigkeit des Herrn S sei eine „umfassende“ gewesen. Schließlich kann nach dem Sachvortrag des Klägers auch nicht davon ausgegangen werden, dass Herr S von vornherein beabsichtigte, nur vorübergehend in Deutschland tätig zu sein. Behaupteter Grund des Wegzugs aus Deutschland war nach der Sachdarstellung im Schriftsatz des Klägers vom 11. Januar 2012 vielmehr der Umstand, dass die Ehefrau des Herrn S in der Bundesrepublik Deutschland nicht zurecht gekommen ist.

50

Danach sind die Aufwendungen für die Leistungen des Herrn S in Höhe von – unstreitig - 4.051, -- € ohne Rechtsgrund von der Beklagten erstattet worden. Soweit der Kläger im Schriftsatz vom 12. August 2013 in Zweifel gezogen hat, dass die Beklagte berechtigt gewesen sei, von den Rechnungen Abzüge vorzunehmen, ist dieser Einwand gegenüber

51

dem Rückforderungsanspruch der Beklagten, der nur von dieser tatsächlich erbrachte Erstattungsleistungen zum Gegenstand hat, unerheblich.

cc. 52

Darüber hinaus kann die Beklagte die Rückgewähr derjenigen Beträge beanspruchen, die sie auf die von dem Zeugen C abgerechneten Leistungen für krankengymnastische Übungen und manuelle Therapie erbracht hat, mithin insgesamt 6.140, -- €.

(1) 54

§ 4 Abs. 3 Ziff. 3.2 der AVB der Beklagten knüpft die Erstattungsfähigkeit physikalisch-medizinischer Leistungen für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbar daran, dass sie durch staatlich geprüfte Angehörige von Heilberufen erbracht werden. Hiermit wird bezweckt, dass die Leistungen fachgerecht erbracht werden. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn der Therapeut über die entsprechende Qualifikation verfügt.

Der Behauptung der Beklagten, der Zeuge C besitze nicht die Qualifikation zur Erbringung physiotherapeutischer Leistungen in Form von krankengymnastischen Übungen und manueller Therapie, ist der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten mit der Folge, dass diese gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Der Kläger hat den Zeugen C zwar zunächst schriftsätzlich als Physiotherapeuten bezeichnet, im weiteren Verlauf des Rechtsstreits hat er jedoch im Schriftsatz vom 6. Juni 2012 mitgeteilt, er wisse nicht, über welche Qualifikation der Zeuge verfüge. Ausweislich des von dem Kläger eingereichten Diploms ist der Zeuge Massagefachkraft; im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Landgericht hat dieser selbst als Beruf „Masseur“ angegeben. Hierauf hat der Kläger sich im Berufungsverfahren auch bezogen, indem er im Schriftsatz vom 8. März 2013 ausgeführt hat, der Zeuge sei jedenfalls ausweislich seines polnischen Diploms Masseur.

Auf die von dem Zeugen C abgerechneten krankengymnastischen Übungen sowie die manuelle Therapie hat die Beklagte insgesamt 6.140, -- € erstattet, nämlich auf die Rechnungen für die Zeit vom 03.02. – 29.02.2010, 11.03. – 07.04.2010, 14.04. – 07.05.2010, 14.05. – 07.06.2010, 21.06. – 12.07.2010 und 02.08. – 23.08.2010 jeweils 195, -- € für krankengymnastische Übungen am Gerät sowie insgesamt 1.200, -- € für manuelle Therapie; auf die Rechnung für die Zeit vom 10.09. – 01.10.2010 hat die Beklagte für die manuelle Therapie 195, -- € geleistet. Auf die Rechnungen für die Zeit vom 11.10. – 02.11.2010, 10.11. – 01.12.2010, 08.12.2010 – 03.01.2011, 13.01. – 04.02.2011, 11.02. – 04.03.2011, 09.03. – 30.03.2011 und 05.04. – 28.04.2011 hat die Beklagte für krankengymnastische Übungen am Gerät jeweils 350, -- € gezahlt sowie auf die Rechnungen für die Zeit vom 08.12.2010 – 03.01.2011, 13.01. – 04.02.2011, 11.02. – 04.03.2011, 09.03. – 30.03.2011 und 05.04. – 28.04.2011 für manuelle Therapie jeweils 225,-- €. . Auf die Rechnung für die Zeit vom 29.04. – 23.05.2011 hat die Beklagte dagegen ausweislich der Anlage B 2 keine Erstattungsleistung mehr erbracht.

(2) 58

Die Erstattungsfähigkeit der Massageleistungen des Zeugen C scheitert dagegen nicht an einer fehlenden Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung. Der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MPhG unterliegt nur der Beruf des „Masseurs und medizinischen Bademeisters“, nicht jedoch derjenige des Masseurs.

3. 60

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	61
4.	62
Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht erfüllt. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.	63
III.	64
Der Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens wird nach § 63 Abs. 3 GKG abgeändert und bis zum 5. Februar 2012 auf bis 65.000, -- € festgesetzt. Er setzt sich zusammen aus dem 3,5fachen Jahreswert der Prämie gemäß dem Versicherungsschein vom 15. Oktober 2009, wobei der Senat der Streitwertbemessung auch diejenigen Prämien zugrunde gelegt hat, die auf die Mitversicherung der Tochter des Klägers entfallen. Angesichts der Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 11. Januar 2012, der Antrag auf Feststellung des Fortbestandes des Versicherungsvertrages sei nicht zu weit gefasst, weil der Vertrag nicht lediglich teilweise gekündigt werden könne, kann dessen ursprünglicher Antrag nicht dahin ausgelegt werden, dass damit nur die Feststellung des Fortbestandes der für ihn als versicherte Person bei der Beklagten abgeschlossenen Vertrages begehrt wird. Hinzu kommt der Wert der negativen Feststellungsklage in Höhe von 20.000, -- €. Der Wert der Widerklage bleibt gemäß § 45 Abs. 1 S. 3 GKG zunächst außer Ansatz.	65
Vom 6. Februar 2012 bis zum 18.07.2012 beträgt der Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens bis 50.000, -- €; dieser setzt sich – nachdem die Parteien die Rechtsstreit hinsichtlich der negativen Feststellungsklage in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben – zusammen aus dem 3,5fachen Jahreswert der Prämie gemäß dem Versicherungsschein vom 15. Oktober 2009 sowie dem Wert der Widerklageforderung.	66
Ab dem 18. Juli 2012 beläuft sich der Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens auf bis zu 40.000, -- €. Der Wert der Feststellungsklage bemisst sich ab diesem Zeitpunkt allein nach dem 3,5fachen Jahreswert der Prämie, die auf die für den Kläger bei der Beklagten unterhaltene Versicherung entfällt, da der Kläger seinen Feststellungsantrag in der mündlichen Verhandlung vom selben Tag entsprechend beschränkt hat.	67
Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens beträgt bis 50.000, -- €. Er setzt sich zusammen aus dem Wert der Feststellungsklage zuzüglich der Hälfte der von dem Kläger mit Schriftsatz vom 4. Juli 2013 angekündigten, aber noch nicht rechtshängigen Leistungsansprüche (vgl. hierzu BGH BeckRS 2010, 30937) sowie dem Wert der Widerklage.	68