

Interessen des Unternehmens gleichzusetzen sind. Die für die Präferenzbestimmung entscheidenden Personen und der Geschädigte sind somit nicht identisch, weshalb es auf die Präferenzen der erstgenannten nicht ankommen kann.

Anders als bei Privatpersonen, deren Präferenzen die ökonomische Theorie als vorgegeben betrachtet, bestimmen nicht die Geschäftsleiter den Zweck der Gesellschaft, sondern die Gesellschafter. Ist deren Investitionsinteresse auf die Erwirtschaftung von Rendite gerichtet (Regelfall), ist der Besitzumseffekt sogar schädlich. Steigt der Marktwert eines Gegenstands der Gesellschaft über den Nutzwert, sollte die Gesellschaft diesen verkaufen und entsprechend günstiger ersetzen. Verhindert hier der Besitzumseffekt der Geschäftsleiter den Verkauf, so widerspricht dies den Interessen der Gesellschaft(er). Beispielhaft lässt sich anführen, dass Unternehmen Grundstücke in Städten bei stark steigenden Grundstückspreisen verkaufen und ihre Produktionsstandorte an den Stadtrand verlegen³³. Hier wäre es nicht im Interesse der Gesellschaft, das Grundstück weiter zu behalten, weil die Geschäftsleiter es „lieb gewonnen haben“. Gleichsam muss bei gewerblich genutzten Fahrzeugen ein möglicherweise vorhandener Besitzumseffekt der Geschäftsleiter unberücksichtigt bleiben. Eine Ausnahme wäre allenfalls bei inhabergeführten Kleinunternehmen denkbar, wo der Besitzumseffekt gerade beim Inhaber und damit bei der „richtigen“ Person auftritt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es regelmäßig keine schutzwürdigen Integritätsinteressen gewerblicher Kfz-Halter gibt, die einen Integritätszuschlag rechtfertigen würden. Die wirtschaftlichen Interessen, etwa weil ein anderes Fahrzeug eine Einarbeitung der Mitarbeiter erfordert oder zur Aufgabenerledigung nicht gleichermaßen geeignet ist, sind bereits bei der Prüfung der Gleichwertigkeit einer Ersatzbeschaffung zu berücksichtigen. Sind jedoch sämtliche Kosten eingepreist, gibt es keinen Grund mehr, zusätzliche Kosten zuzulassen, denen kein Mehrwert gegenübersteht.

V. Schlussbemerkung

Die 130 %-Rechtsprechung des BGH ist aus ökonomischer Sicht überzeugend. Mithilfe empirischer Erkenntnisse über mensch-

liche Präferenzen, insbesondere dem Besitzumseffekt, gelingt die bisher noch ungenügende Begründung für den Integritätszuschlag. Auf dieser neuen Grundlage kann deutlich besser herausgearbeitet werden, in welchen Fällen die 130 %-Rechtsprechung angemessen ist und wo die Probleme in der Anwendung liegen. Aufgezeigt wurde etwa, dass eine Übertragung auf gewerblich genutzte Fahrzeuge nur in den wenigsten Fällen gerechtfertigt ist. Auch die Willkürlichkeit der bisherigen Berechnung wurde offengelegt und zugleich eine bessere, stärker an den Interessen der Geschädigten ausgerichtete Methode vorgeschlagen, die auch die bisher möglichen, starken Schwankungen verhindern würde. Ungelöst bleibt lediglich die Frage nach der richtigen Höhe des zu gewährenden Aufschlags, welche dem berechtigten Integritätsinteresse des Geschädigten einerseits sowie dem Interesse der Allgemeinheit an der Bezahlbarkeit des Straßenverkehrs andererseits Rechnung tragen muss. Hier können letztlich nur empirische Untersuchungen Hinweise zur Richtigkeit der „gegriffenen“ 130 % geben.

- 33 Untersuchungen zeigen etwa, dass Unternehmen bereits vorhandene (verlustige) Fabriken zu lange halten, obwohl sie diese nicht erwerben würden, wenn sie sie noch nicht besäßen; dazu *Kahneman/Knetsch/Thaler* J. Pol. Econ. 98 (1990), 1325 (1345); *Knetsch/Wong* J. Econ. Behav. Organ. 71 (2009), 407 (413).

BUCHTIPP

3. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum

Aktuelle Probleme des Sachschadensrechts

(Düsseldorfer Reihe – Düsseldorfer Schriften zum Versicherungsrecht, Bd. 19)

Dirk Looschelders, Lothar Michael (Hrsg.), 2014, 80 S., kart., DIN A5, 25 Euro, ISBN: 978-3-89952-791-9

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH

www.de

Kleinere Beiträge

Bemessungszeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung der Erstfeststellung des Versicherers zur unfallbedingten Invalidität und deren Maß

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 6. 8. 2013 (I-4 U 221/11) VersR 2013, 1573 –

Dr. Udo Abel und Michael-A. Ernst, Köln*

Das OLG Düsseldorf vertritt die Ansicht, dass es für die in einem Gerichtsverfahren im Streit stehende Erstfeststellung unfallbedingter Invalidität weder auf den Zeitpunkt ankommt, an dem der Versicherer sie auf Antrag des VN getroffen hat, noch auf den Zeitpunkt drei Jahre nach dem Unfall, wie er für die Neubemessung der Invalidität gelten würde, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, der eine bestimmte sachverständige Untersuchung mit darauf beruhenden ärztlichen Feststellungen zugrunde liegt.

Dieses Urteil ist bemerkenswert im Hinblick auf die Entscheidung zum Zeitpunkt der Beurteilung der Richtigkeit der Erstfeststellung des Versicherers zur unfallbedingten Invalidität:

Es gibt die bisherige Rechtsprechung des Senats¹ auf und meint, es komme für die gerichtliche Überprüfung der Erstbemessung des Unfallversicherers auf sämtliche Erkenntnisse an, die zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung gewonnen wurden, weil dies der BGH-Rechtsprechung spätestens seit dem 21. 3. 2012² entspreche, sodass die entgegenstehende Ansicht anderer Oberlandesgerichte³ „überholt“ sei und kein Grund zur Zulassung der Revision bestanden habe.

* Die Verfasser sind Fachanwälte für Versicherungsrecht und Partner der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Büro Köln.

1 Vgl. z. B. OLG Düsseldorf vom 13. 12. 2005 – I-4 U 3/05 – r+s 2006, 518 = zfs 2006, 523.

2 BGH vom 21. 3. 2012 – IV ZR 256/10.

3 Hingewiesen wird auf OLG Hamm VersR 1998, 1273 und OLG Saarbrücken VersR 2009, 976.

i. Richtig ist, dass zwischen der Erst- und Neubemessung zu differenzieren ist⁴ und die Neubemessung (§ 11 Abs. 4 S. 1 AUB 88/94 bzw. Nr. 9.4 S. 1 AUB 99/08/10) schon begrifflich eine Erstbemessung (§ 11 Abs. 1 S. 1 AUB 88/94 bzw. Nr. 9.1 S. 1, 2 AUB 99/08/10) von unfallbedingter Invalidität in einem bestimmten Maß durch Anerkennung des Versicherers oder durch eine gerichtliche Entscheidung voraussetzt, weil sonst für eine Neubemessung jeglicher Anknüpfungspunkt fehlt⁵.

Warum dann jedoch eine Erstbemessung auch noch nach Ablauf der der längsten Bemessungsfrist von drei Jahren gem. § 11 Abs. 4 S. 1 AUB 88/94 bzw. Nr. 9.4 S. 1 AUB 99/08/10 möglich sein soll, erschließt sich nicht. Zwar ist es durchaus möglich, dass eine Neubemessung möglicherweise wegen des Ablaufs der Dreijahresfrist ausgeschlossen ist, weil die Invalidität zunächst nur dem Grunde nach festgestellt werden konnte, sodass den Parteien für die Erstbemessung der Invalidität die volle Dreijahresfrist zur Verfügung steht⁶. Das heißt jedoch umgekehrt nicht, dass der maßgebliche Zeitpunkt für eine Erstbemessung auch noch nach drei Jahren liegen kann, obwohl dies selbst für eine – nach dem Bedingungs-, aber auch allgemeinem Sprach- und vor allem logischen Verständnis nachfolgende – Neubemessung nicht mehr möglich wäre.

Es gehört vielmehr zu den elementaren Grundsätzen der privaten Unfallversicherung, dass – entsprechend der Dreijahresfrist – der Bemessung auch dann, wenn sie erst später durch das Gericht überprüft oder getroffen wird, keine Tatsachen und Erkenntnisse zugrunde gelegt werden dürfen, die innerhalb der dreijährigen Frist noch nicht erkennbar waren. Es ist vielmehr auch dann auf den Sachverhalt abzustellen, der spätestens am Ende der dreijährigen Frist erkennbar gewesen wäre, sowie darauf, welcher Grad der Invalidität aufgrund dieses Sachverhalts zu diesem Zeitpunkt hätte vorausgesehen werden können und müssen. Dürften hingegen später gewonnene Erkenntnisse im Rechtsstreit verwertet werden, so könnte jeder Beteiligte durch die Führung eines Rechtsstreits die von § 11 Abs. 4 S. 1 AUB 88/94 bzw. Nr. 9.4 S. 1 AUB 99/2008/2010 im Interesse eines baldigen und endgültigen Abschlusses der Ermittlungen bestimmte Frist im Ergebnis auf unbestimmte Zeit verlängern (selbst nach Durchführung einer Neubemessung zur Dreijahresfrist durch Angriff gegen die Erstbemessung). Das würde Sinn und Zweck der genannten Bestimmung widersprechen und einen unerwünschten Anreiz zur Führung von Prozessen darstellen⁷.

Sowohl Erst- als auch Neubemessung können daher längstens nur bis drei Jahre nach dem Unfall durchgeführt werden. Auf eine Prognoseentscheidung zu einem späteren Zeitpunkt kommt es nicht an, namentlich dürfen keine Tatsachen berücksichtigt werden, die innerhalb von drei Jahren vom Unfalltag an noch nicht erkennbar waren⁸. Spätere Veränderungen – seien sie positiv oder negativ – haben daher außer Betracht zu bleiben⁹.

Für die Überprüfung der Erstbemessung der Invalidität kommt es aus diesem Grund auf den (zurückliegenden) Zeitpunkt der Erstbemessung an¹⁰, der nicht nach Ablauf der Dreijahresfrist liegen kann.

1. Das gilt zumindest dann, wenn der VN nur die Erstbemessung nach Ablauf der Dreijahresfrist angreift¹¹. Der BGH hat bisher auch nicht ausdrücklich seine Rechtsprechung aufgegeben, wonach Stichtag der Überprüfung der Bemessung jener ist, zu dem die Erstfestsetzung des Versicherers geschehen ist, wenn der VN die Erstbemessung nach Ablauf der Dreijahresfrist und ohne Verlangen nach Neubemessung angreift; setzte sich hingegen das Verständnis des OLG Düsseldorf durch, könnte dies Veränderungsbedarf in zukünftigen Bedingungswerken begründen¹².

2. Andernfalls, also im Fall des Angriffs (nur) der Erstbemessung durch den VN innerhalb des Dreijahreszeitraums, soll der Streit um den Invaliditätsgrad in dem daraufhin eingeleiteten Prozess auszutragen sein¹³. Dabei sei davon auszugehen, dass alle die Umstände zu bewerten seien, die innerhalb von drei Jahren nach dem Unfall zutage getreten sind¹⁴, obwohl das Neubemessungs-

verfahren zur Disposition der Parteien steht¹⁵ und dem Versicherer außerprozessual ein Prüfungs- und Gutachterbestimmungsrecht zusteht, das nicht einfach umgangen werden darf, zumal ihn dies im Prozess womöglich sonst auch noch im Hinblick auf die Prozesskosten benachteiligen könnte¹⁶.

Nur in diesem Fall kann der Tatrichter theoretisch alle bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingetretenen Gesundheitsveränderungen in diese einfließen lassen¹⁷, wenn sie vor Ablauf der Dreijahresfrist liegt.

3. Richtigerweise muss deshalb in *beiden* Fällen, da der Streit jeweils die Erstbemessung betrifft, maßgeblich der Gesundheitszustand sein, wie er sich zu diesem Zeitpunkt – und nicht pauschal zum oder nach Ablauf der Dreijahresfrist – dargestellt hat¹⁸.

Streiten kann man sich dann nur noch darüber, wann dieser Zeitpunkt sein soll. Soll auf die Invaliditätseintritts-¹⁹ oder Feststel-

4 BGH VersR 2010, 243 (= r+s 2010, 74 = zfs 2010, 161) spricht von rechtlich eigenständig zu betrachtenden Stufen der Invaliditätsbemessung.

5 BGH VersR 2008, 527 = r+s 2008, 211 mit Anm. von Kessal-Wulf r+s 2008, 313 (319).

6 *Leverenz* in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. Bd. 9 § 188 Rn. 9; *Grimm*, Unfallversicherung 5. Aufl. Nr. 9 AUB 2010 Rn. 20.

7 So insgesamt BGH VersR 1981, 1151 (= r+s 1981, 204) zu § 13 Abs. 3 a AUB 61, wonach das Recht, den Grad der dauernden Arbeitsunfähigkeit jährlich neu feststellen zu lassen, auf die Zeit von längstens drei Jahren vom Unfalltag an beschränkt ist.

8 So auch BGH VersR 1988, 798 = r+s 1988, 281 = zfs 1988, 327; VersR 1990, 478 = r+s 1990, 216 = zfs 1990, 244 und VersR 1992, 1503 = r+s 1992, 430 = zfs 1992, 416; vgl. ferner vom 12. 11. 1997 – IV ZR 191/96 – r+s 1998, 80 = zfs 1998, 187 und VersR 2009, 1213 = zfs 2009, 520.

9 BGH VersR 2005, 927 = r+s 2005, 299 = zfs 2005, 452; vgl. ferner VersR 2001, 1547 = r+s 2002, 83 = zfs 2002, 85 und VersR 2010, 243 = r+s 2010, 74 = zfs 2010, 161.

10 BGH VersR 1994, 971 = r+s 1994, 356 = zfs 1994, 334 und vom 21. 3. 2012 – IV ZR 256/10. Vgl. ferner OLG Hamm VersR 1998, 1273 und VersR 2001, 1549 = r+s 2002, 38 = zfs 2001, 556; OLG Saarbrücken VersR 2009, 976 und VersR 2014, 1246 = r+s 2014, 620 sowie *Langheid/Müller-Frank* NJW 2011, 355 (358).

11 *Rixecker* in Römer/Langheid, VVG 4. Aufl. § 188 Rn. 2.

12 *Langheid/Müller-Frank* NJW 2014, 354 (357 f.); Nr. 2.1.2.2 S. 2 GDV-Musterbedingungen AUB 14 lautet: „Maßgeblich ist der unfallbedingte Gesundheitszustand, der spätestens am Ende des dritten Jahres nach dem Unfall erkennbar ist. Dies gilt sowohl für die erste als auch für spätere Bemessungen der Invalidität (Nr. 9.4)“.

13 *Rixecker* aaO (Fn. 11) § 188 Rn. 2 f.

14 So auch OLG München VersR 2005, 1275 = r+s 2006, 124 und LG Berlin vom 6.12.2012 – 7 O 41/10.

15 So zutreffend *Jacob*, Unfallversicherung AUB 2010 Nr. 2.1 Rn. 70 mit weiterer Begründung. Ansonsten würde dies selbst dann zu einer Neubemessung führen, wenn sich keine Partei das Neubemessungsrecht (wirksam) vorbehalten hat, *Marlow/Tschersich* r+s 2011, 453 (456).

16 Vgl. aber LG Düsseldorf VersR 2005, 1277; Da der VN die Möglichkeit, statt bzw. vor der Klageerhebung eine Nachbegutachtung zu verlangen, nicht genutzt hat, hat der Versicherer keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben.

17 BGH VersR 2009, 920 = r+s 2009, 293 = zfs 2009, 461.

18 S. dazu insgesamt *Abel* in Festschrift für Michael A. Heidrich 2014 S. 9–40.

19 Vgl. OLG Saarbrücken VersR 2009, 976 und VersR 2014, 1246 = r+s 2014, 620; vgl. LG Berlin vom 6. 12. 2012 – 7 O 41/10 –; LG Köln vom 17. 2. 2014 – 26 OH 4/12 –; LG Verden vom 22. 8. 2013 – 8 O 122/13 –; *Brömmelmeyer* in Schwintowski/Brömmelmeyer Praxiskomm. zum Versicherungsvertragsrecht 2. Aufl. § 188 Rn. 5; *Marlow/Tschersich* r+s 2009, 441 (451) und r+s 2011, 453 (456) sowie *Marlow* in Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess 2. Aufl. § 8 Rn. 134, 141.

lungsfrist²⁰, die Untersuchung²¹, die Entscheidung des Versicherers²², zu der auch eine Ablehnung gehört, sodass auch hier längstens die Dreijahresfrist gelten kann²³, die auch für eine fehlende Erklärung gelten soll²⁴, oder (bei durch den Versicherer verzögerter Entscheidung) auf den Fälligkeitszeitpunkt²⁵ abgestellt werden? Hierzu bleibt die weitere Rechtsentwicklung abzuwarten.

II. Die Ansicht des OLG Düsseldorf überzeugt nicht²⁶: Die Entscheidung des BGH vom 21. 3. 2012 ist ein kurzer Beschluss, aus dem keineswegs das abgeleitet werden kann, was das OLG Düsseldorf darunter verstehen will. Der BGH hat darin nur die Auffassung vertreten, das angegriffene Urteil sei richtig, auch wenn das Berufungsgericht nicht beachtet habe, dass für die im dortigen Verfahren in Rede stehende Überprüfung der Erstbemessung der Invalidität nicht die für die Neubemessung maßgebliche Dreijahresfrist gilt.

Nicht festgestellt hat er demgegenüber, dass (*grundsätzlich*) auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung abzustellen sei. Das wäre auch nach der Systematik der AUB absurd, jedenfalls wenn die letzte Tatsachenverhandlung jenseits der Dreijahresfrist läge. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist streng zu unterscheiden zwischen Erst- und Neubemessung, wie etwa in der vom BGH selbst verwiesenen Entscheidung²⁷ zu lesen steht, wobei der BGH an dieser Stelle wiederum auf eine vorherige Entscheidung²⁸ verweist.

In jener Entscheidung hat der BGH zum Beweisbeschluss des Berufungsgerichts angemerkt, der Gutachter sei in diesem Beschluss ausdrücklich darauf hingewiesen worden, er dürfe keine Tatsachen berücksichtigen, die nicht innerhalb von drei Jahren nach dem Unfalltag erkennbar gewesen wären. Der Auftrag habe also nicht darauf abgezielt, zu ermitteln, welchen Grad die Invalidität innerhalb des ersten Unfalljahres bzw. bis zu dem Zeitpunkt erreicht habe, zu dem der dortige Kläger (erstmalig) untersucht und begutachtet worden sei. Der BGH hat entschieden, dass eine derartige Beweiserhebung nur dann veranlasst gewesen wäre, wenn anstelle des Untersuchungsdatums 5. 4. 1989 (im dortigen Fall) auf einen späteren Stichtag abzuheben gewesen wäre, was allerdings nicht der Fall sei. Der BGH bestätigt ausdrücklich den 5. 4. 1989 (keine zwei Jahre nach dem dortigen Unfall) als anzuknüpfenden Bewertungsstichtag und lehnt es ebenso ausdrücklich ab, den 31. 12. 1990 (Dreijahresfrist ab Unfall) heranzuziehen oder irgendeinen anderen Stichtag, wobei ausweislich der Entscheidung die Vorinstanzen am 21. 10. 1991 (Erste Instanz) bzw. 24. 6. 1993 (Zweite Instanz) entschieden hatten.

Nach Auffassung der Verfasser macht allein diese Verweisungskette auf frühere Rechtsprechung des BGH dessen Absicht deutlich, von der bisherigen Rechtsprechung nicht abweichen zu wollen. Mit dieser ist unmissverständlich festgelegt, dass bei einer Auseinandersetzung um die Richtigkeit der Erstbemessung und die diesbezügliche Ermittlung des unfallbedingten Invaliditätsgrades bei der gerichtlichen Überprüfung abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Erstbemessung. Das wurde relativ aktuell durch den BGH²⁹, das OLG Hamm³⁰ und das OLG München³¹ bestätigt. Gleichwohl hat das OLG Düsseldorf diese Entscheidung des BGH nicht berücksichtigt.

Wenn der BGH in der vom OLG Düsseldorf ebenfalls angeführten Entscheidung vom 22. 4. 2009³² anführt, es gebe eine „Besonderheit des Falls“, darf diese nicht außer Acht gelassen werden. Es gab nämlich einen Vorprozess, der rechtskräftig abgeschlossen war. Die Passage (jener Entscheidung am Ende)

Der VN kann zum einen die Erstfeststellung seiner Invalidität angreifen und versuchen, eine seiner Auffassung nach zutreffende Erstfeststellung im Klageweg durchzusetzen. Verlangt er daneben oder allein eine Neubemessung seiner Invalidität, so steht die Erstfeststellung unter dem Vorbehalt der endgültigen Bemessung drei Jahre nach dem Unfall (Knappmann in Prölss/Martin,

VVG 27. Aufl. § 11 AUB 94 Rn. 8). Grundlage jeder Neubemessung der Invalidität sind Veränderungen im Gesundheitszustand des VN gegenüber demjenigen Zustand, der der Erstbemessung zugrunde liegt. Dabei wird der maßgebliche Zustand durch die ärztlichen Befunde, die der ersten Feststellung der Invalidität zugrunde liegen, konkretisiert und eingegrenzt.

Ist die Erstbemessung Gegenstand eines Rechtsstreits, so kann zwar der Tatrichter theoretisch alle bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingetretenen Gesundheitsveränderungen in diese einfließen lassen. In diesem Fall kann eine spätere Neubemessung der Invalidität nur noch auf Veränderungen gestützt werden, die nach der mündlichen Verhandlung eingetreten sind. Vielfach wird sich jedoch die gerichtliche Erstfestsetzung der Invalidität schon wegen der Notwendigkeit einer gutachtlichen Bewertung des Gesundheitszustands des VN allein auf das Ergebnis einer ärztlichen Untersuchung stützen, die bereits eine geraume Zeit vor Abschluss der mündlichen Verhandlung stattgefunden hat. In diesem Fall sperrt die lediglich hypothetische Möglichkeit, nachträgliche gesundheitliche Veränderungen bis zur mündlichen Verhandlung noch in die gerichtliche Entscheidung über die Erstbemessung einfließen zu lassen, deren Berücksichtigung bei einer späteren Neubemessung nicht. Denn anderenfalls wäre den Vertragsparteien bei einer entsprechend langen Dauer des Rechtsstreits über die Erstfestsetzung das Recht zur Neubemessung der Invalidität in allen Fällen faktisch

20 BGH VersR 1994, 971 = r+s 1994, 356 = zfs 1994, 334; vgl. dazu *Mangen* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 2. Aufl. § 47 Rn. 184, 227.

21 OLG München VersR 2015, 482; *Kloth*, Private Unfallversicherung 2. Aufl. G Rn. 143, 145, 147; *Jacob* VersR 2014, 291 (292); *Melzer* Versicherung und Recht kompakt 2014, 31 (32).

22 OLG Hamm VersR 1998, 1273 und VersR 2001, 1549 = r+s 2002, 38 = zfs 2001, 556; vgl. OLG Saarbrücken VersR 2009, 976.

23 LG Saarbrücken vom 18. 2. 2014 – 14 O 160/13 –; *Mangen* auf dem VersicherungsForum, Medizinische Grundlagen der Leistungsprüfung in der privaten Unfallversicherung am 19. 3. 2014 und 4. 3. 2015 in Köln.

24 *Kloth* jurisPR-VersR 7/2014 Anm. 3; OLG Oldenburg vom 21. 1. 2015 – 5 U 103/14 –; a. A. gegebenenfalls *Lücke* Versicherung und Recht kompakt 2014, 45 (47).

25 OLG Hamm VersR 1998, 1273; *Jacob* aaO (Fn. 15) Nr. 2.1 Rn. 64, 66 und ders. VersR 2014, 291 (292).

26 *Anders Naumann/Brinkmann* VersR 2013, 1575. Insoweit hatten diese schon in VersR 2013, 674 (677 f.) u. a. darauf hingewiesen, dass durch die Neuregelung in § 188 Abs. 1 VVG, Nr. 9.4 AUB 10/08 die Dreijahresfrist nur noch als Ausübungsfrist ausgestaltet sei und daher selbst im Rahmen der Neubemessung keine zeitliche Grenze mehr darstelle, nach deren Ablauf neue gesundheitliche Tatsachen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Das ist angesichts des Wortlauts der Vorschrift des § 188 Abs. 1 S. 1 VVG (vgl. auch Nr. 9.4 AUB 10): „ist jede Vertragspartei berechtigt, den Grad der Invalidität jährlich, längstens bis zu drei Jahre nach Eintritt des Unfalls, neu bemessen zu lassen“ jedoch abzulehnen. Es kommt daher nach *Leverenz* aaO (Fn. 6) Nr. 9.4 AUB 08 Rn. 17 (a. A. *Brömmelmeyer* aaO [Fn. 19] § 188 Rn. 3 m. w. N., *Hugemann* in Staudinger/Halm/Wendt, Fachanwalts-Komm. zum Versicherungsrecht § 188 VVG Rn. 4, *Kaldenbach* in Looschelders/Pohlmann, VVG 2. Aufl. § 188 Rn. 6 f. und *Rüffer* in Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG 2. Aufl. § 188 Rn. 2 f. und Nr. 9 AUB 2008/2010 Rn. 15) für die Fristwahrung auf die tatsächliche Durchführung und nicht auf das Begehren an. Ebenso geht es daher laut *Knappmann* (in Prölss/Martin, VVG 28. Aufl. § 188 Rn. 4 m. w. N.) darum, dass eine ärztliche Untersuchung vor Ablauf der Frist noch möglich ist, sodass nach OLG Braunschweig r+s 2011, 348 der Antrag des VN auf Neubemessung am letzten Tag der Dreijahresfrist verspätet gestellt ist, weil eine ärztliche Untersuchung innerhalb dieser Frist nicht mehr möglich ist.

27 BGH VersR 2008, 527 = r+s 2008, 211.

28 BGH VersR 1994, 971 = r+s 1994, 356 = zfs 1994, 334.

29 BGH VersR 2010, 243 = r+s 2010, 74 = zfs 2010, 161.

30 OLG Hamm vom 25. 6. 2014 – 20 U 61/14.

31 OLG München VersR 2015, 482.

32 BGH VersR 2009, 920 = r+s 2009, 293 = zfs 2009, 461.

abgeschnitten, in denen lediglich zu Prozessbeginn eine Begutachtung stattgefunden hatte. Eine rechtliche Verpflichtung, bereits alle seit der ärztlichen Untersuchung bis zum Abschluss der mündlichen Verhandlung über die Erstfeststellung eingetretenen Veränderungen schon im Erstprozess geltend zu machen, lässt sich den AUB 94 angesichts des in § 11 IV gerade mit Rücksicht auf die Veränderbarkeit des Invaliditätsgrades bereitgestellten Verfahrens zur Neubemessung der Invalidität nicht entnehmen. Kann deshalb die Vertragspartei, welche die Neubemessung der Invalidität verlangt, darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass Veränderungen im Gesundheitszustand des VN, auf die sich das Begehren stützt, noch nicht in eine – auch gerichtliche – Erstbemessung eingeflossen sind, so sind diese Veränderungen im Rahmen der Neubemessung zu berücksichtigen

ergibt nämlich nur dann Sinn, wenn – wie im dortigen Fall – die Erstbemessung *innerhalb* der Dreijahresfrist (im Rahmen eines Prozesses) erfolgte. Widrigenfalls könnte es nämlich keine „spätere“ Neufeststellung geben – so die unmissverständlichen Ausführungen des BGH zu den Rahmenbedingungen.

Etwas anderes lässt sich daher auch nicht den letztendlich nicht näher begründeten Hinweisen des BGH³³ für die Fortführung des Rechtsstreits nach Zurückverweisung entnehmen, weil sie sich mit den – abweichenden – Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur nicht auseinandersetzen.

III. Die Auffassung, es sei grundsätzlich auf die letzte mündliche Verhandlung abzustellen (sofern jenseits der Dreijahresfrist) lässt sich danach aus der BGH-Rechtsprechung nicht ableiten, auch nicht aus den Bedingungen³⁴.

Andernfalls könnte sogar die fehlende oder verfristete Ausübung der Neubemessung damit umgangen werden, dass die Überprüfung einer Erstbemessung im Prozess bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen kann. Unklar bliebe andererseits, also im Fall der Ausübung des Neubemessungsrechts, ob dies nicht automatisch eine spätere Erstbemessungsüberprüfung sperrt.

Folgte man gedanklich den Thesen des OLG Düsseldorf, wäre schließlich eine Prozesskonstellation denkbar, bei der bezweifelt werden muss, ob das Gericht die sich daraus logisch ergebende

Konsequenz einer Entscheidung zugunsten des Versicherers ableitete. Würde nämlich von Anspruchstellerseite eine Erstbemessung mit Leistungserbringung durch den Versicherer nach Ablauf der Dreijahresfrist gerichtlich angegriffen mit dem Ziel höherer Erstbemessung, zu der sich nach Gutachteneinholung jedoch ein Wegfall oder eine Minderung der Invalidität herausstellt, müsste einer Widerklage des Versicherers mit dem Ziel der Rückforderung erbrachter Leistungen stattgegeben werden. Auch bei dieser Fallkonstellation geht es nämlich um eine Überprüfung der Erstbemessung im Rahmen der Klage. Einer Rückforderung stünde auch nicht die ursprüngliche Abrechnung des Versicherers entgegen, weil sie nach herrschender Meinung schon kein Anerkenntnis i. S. d. §§ 780, 781 BGB darstellt³⁵.

33 BGH vom 1. 4. 2015 – IV ZR 104/13.

34 Vgl. OLG Hamm vom 25. 6. 2014 – 20 U 61/14 –; LG Köln vom 25. 11. 2014 – 26 O 326/14 – sowie zur Auslegung der maßgebenden Klauseln in den AUB *Marlow/Tschersich* r+s 2011, 453 (456).

35 Vgl. BGH VersR 1977, 471; OLG Frankfurt/M. vom 1. 7. 1999 – 3 U 175/97 – r+s 2002, 85; OLG Hamm VersR 2005, 346 = r+s 2005, 78; OLG Karlsruhe VersR 2002, 1549 = r+s 2002, 349 = zfs 2001, 557; OLG Oldenburg r+s 1998, 349 = VersR 1998, 1274 L und VersR 2009, 247 = r+s 2008, 524; OLG Saarbrücken VersR 2014, 456 = r+s 2014, 191; OLG Zweibrücken vom 26. 9. 2007 – 1 U 112/07.

BUCHTIPP

Die Invalidität in der privaten Unfallversicherung Rechtsgrundlagen und ärztliche Begutachtung

Rolf Lehmann, Elmar Ludolph, 4. Aufl. 2013, 192 S., kart., 130 x 180 mm, 35 Euro, ISBN: 978-3-89952-738-4
Verlag Versicherungswirtschaft GmbH
vww.de

Aktuelle Rechtsprechungsübersicht zur Schadensregulierung in der Sachversicherung

Dr. Udo Hansen, Schleswig*

I. Einleitung

In der Schadensregulierung der Sachversicherung praxisrelevant sind insbesondere Brand- und Wasserschäden an Gebäude und Inventar/Hausrat. Sie werfen interessante Rechtsfragen sowohl zum Anspruchsgrund als auch zur Anspruchshöhe auf. Die aktuelle Kommentarliteratur ist dazu aussagekräftig, auch wenn die dritte Auflage des Kommentars zum Sachversicherungsrecht von *Martin* aus dem Jahr 1992 bisher nicht durch einen Nachfolger neu aufgelegt worden ist. Zusammenhängende Darstellungen der häufig in der Praxis anzutreffenden Probleme sind jedoch selten und eine aktuelle Rechtsprechungsübersicht ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden, obwohl gerade in jüngerer Zeit diverse BGH-Urteile einen Teil der praxisrelevanten Fragen geklärt haben.

II. Anspruchsgrund

Bei der Prüfung des Anspruchs dem Grunde nach stellt sich häufig die Frage nach Leistungsfreiheitsgründen zugunsten der Versicherer wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles und/oder wegen Obliegenheitsverletzung durch den VN.

1. Kein Eliminationsverfahren

Nach der Rechtsprechung des BGH ist nach wie vor seitens der Versicherer grundsätzlich der Vollbeweis zu führen, und zwar mittels Indizien, wenn der Einwand der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles gem. § 81 VVG erhoben wird¹. Ein Anscheinsbeweis kommt deshalb nicht in Betracht. Auch einen Nachweis durch Ausschluss aller anderen Brandursachen in Form des sogenannten Eliminationsverfahrens hat der BGH bisher in Sachversicherungsfällen nicht bejaht. In einem Urteil des VII. Zivilsenats des BGH ist Entsprechendes nur in einem Haftpflichtfall, wo auch der Anscheinsbeweis anwendbar ist, entschieden worden². Im Versicherungsfall bleibt es also dabei, dass der Versicherer nach der Rechtsprechung des BGH voll die Brandstiftung (z. B. mehrere Brandherde oder die Verwendung von Brandbeschleunigern) und des Weiteren die Indizien beweisen muss, die eine Schlussfolgerung von einer – versicherungs-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Schleswig (www.rahansen.eu) und häufig in Sachversicherungsfällen sowohl für Versicherer als auch für VN tätig.

1 BGH vom 13. 4. 2005 – IV ZR 62/04 – VersR 2005, 1387; ablehnend *Langheid* in Römer/Langheid, VVG 4. Aufl. 2014 § 81 Rn. 111.

2 BGH vom 25. 9. 2013 – VII ZR 88/12 – VersR 2014, 1023.