
Datum: 29.10.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 124/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:1029.9U124.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 461/00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 7.6.2001 24 O 461/00 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Urteilsformel zur Klarstellung abgeändert und wie folgt neu gefasst wird:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.747,53 EUR (13.197,02 DM) nebst 4 % Zinsen seit dem 16.4.2000 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger bedingungsgemäß außergerichtlichen und erstinstanzlichen Kostenschutz über den Klageantrag zu 1) hinaus gehend zu gewähren zur Geltendmachung und gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen
 - a) in Höhe von 17.863,77 EUR (34.938,50 DM) gegen die Fa. s. GmbH, H.str. 37, N., aufgrund ihrer mit Schreiben vom 21.2.2000 erklärten Kündigung des zwischen dem Kläger und der Fa. s. GmbH vereinbarten "Betreuungsvertrages" vom 24.11.1999;
 - b) in Höhe von 33.821,96 EUR (66.150,00 DM) gegen die H.-u. V.bk.AG, A.str. 12, M., aufgrund ihrer mit Schreiben vom 22.2.2000 erklärten Kündigung des zwischen dem Kläger und der H.-u.V.bk. vereinbarten betriebsärztlichen Be-treuungsvertrages vom 7.12.1999.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 543 I ZPO a.F. abgesehen. 1

Entscheidungsgründe: 2

Die zulässige, insbesondere statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Lediglich aus Gründen der Klarstellung bedurfte der Tenor der landgerichtlichen Entscheidung einer geringfügigen Abänderung. 3

I. Zahlungsanspruch 4

Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung von 6.747,53 EUR (13.197,02 DM) zzgl. Zinsen aus § 1 I VVG in Verbindung mit §§ 1, 2, 14, 24 III Ziff. 1 ARB 75 bzw. aus §§ 284 I, 288 I BGB. 5

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kläger Ende 1990 mit der Beklagten einen Vertrag über eine Rechtsschutzversicherung für Gewerbetreibende und freiberuflich Tätige geschlossen hat, dass es zwei Nachträge gibt und dass vereinbarungsgemäß die ARB 75 zur Anwendung kommen. Es ist von der Beklagten weiterhin nicht bestritten worden, dass die Versicherung am 14.11.1990 begann und am 6.4.2000 um 0:00 Uhr ablief. Wie sich aus der Anlage zum Nachtrag 02 ergibt, gehört zu den versicherten Einzelwagnissen auch Vertrags-Rechtsschutz nach § 24 III Ziff. 1 ARB 75, d. h. die gerichtliche Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus schuldrechtlichen Verträgen. 6

Der Versicherungsfall ist vorliegend eingetreten. In der Rechtsschutzversicherung tritt der Versicherungsfall ein, wenn ein Vorgang im Sinne des § 14 ARB 75 in dem durch den Vertrag erfassten Deckungsbereich stattgefunden hat und die Wahrnehmung rechtlicher Interessen des Versicherungsnehmers und damit die Aufwendung von Rechtskosten notwendig macht (Harbauer, RSVers, 5. Aufl. § 14 ARB Rn 3). Hier kommt § 14 III ARB 75 zur Anwendung, da die spezielleren Fälle der Absätze 1 und 2 - Schadensersatz-Rechtsschutz bzw. Straf-Rechtsschutz - nicht einschlägig sind. § 14 III ARB 75 definiert den Eintritt des Versicherungsfalls als den Zeitpunkt, in dem der Versicherungsnehmer, der Gegner oder ein Dritter begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen. Der Versicherungsfall trat damit vorliegend ein, als die Vertragspartner des Klägers, die s. GmbH und die H.-u. V.bk.AG, die Betriebsarztverträge vom 24.11.1999 und 7.12.1999 mit Schreiben vom 21.2. bzw. 22.2.2000 kündigten und den Dienstlohn nicht länger zahlten. Zu diesem Zeitpunkt war der Versicherungsschutz in zeitlicher Hinsicht noch nicht abgelaufen. 7

Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger einen Vorschuss in Höhe der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten zu zahlen. Die vom Versicherer geschuldete Leistung nach Eintritt des Versicherungsfalles beschreibt § 1 I 1 ARB 75 als Sorge für die notwendige Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers und die Tragung der hierbei entstehenden Kosten. Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen ist "notwendig", wenn sie 8

"hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint". Der insoweit anzulegende Maßstab entspricht dem des § 114 ZPO. Hinreichender Erfolg kann demnach grundsätzlich angenommen werden, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt des Versicherungsnehmers für zumindest vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist. Einer detaillierten Prüfung der Erfolgsaussichten in diesem Sinne bedarf es vorliegend indes nicht, weil ein beide Seiten bindender Stichentscheid des klägerischen Rechtsanwalts nach § 17 II ARB 75 vorliegt.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 4.4.2000 Kostenschutz abgelehnt und begründet, warum aus ihrer Sicht die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Kläger hat daraufhin seinen Rechtsanwalt mit Schriftsatz vom 5.4.2000 eine "begründete Stellungnahme" im Sinne des § 17 II ARB 75 abgeben lassen. Diese lässt hinreichend deutlich erkennen, in welchen Punkten der Rechtsanwalt die Auffassung der Beklagten für unzutreffend hält. Er kommt in seiner Stellungnahme zu dem Ergebnis, die beabsichtigte Rechtsverfolgung biete hinreichende Aussicht auf Erfolg und sei nicht mutwillig. 9

Allerdings ist ein anwaltlicher Stichentscheid nach § 17 II 2 ARB 75 nicht bindend, wenn er "offenbar von der wirklichen Sach- oder Rechtslage erheblich abweicht". "Offenbar" ist eine Abweichung, die sich einem Sachkundigen, wenn auch vielleicht erst nach gründlicher Prüfung, mit aller Deutlichkeit aufdrängt. "Erheblich" ist sie, wenn die Stellungnahme des Rechtsanwalts die Sach- oder Rechtslage "gröblich" verkennt (Prölss / Martin, VVG 26. Aufl., ARB 75 § 17 Rn 9; Harbauer, RSVers, § 17 ARB Rn 15). Offenbare Unrichtigkeit ist beispielsweise in Fällen bejaht worden, in denen der behauptete Sachverhalt die begehrte Rechtsfolge von vornherein nicht rechtfertigen konnte oder nicht ausreichte, um den Tatbestand der Anspruchsnorm zu erfüllen, in denen ein wesentlicher Umstand außer Acht gelassen wurde, in denen der Rechtsanwalt Tatsachen unterstellt hat, die der Versicherungsnehmer nicht vorgetragen hatte oder eindeutig gegebene Tatsachen verdreht hat, oder in denen alle Ansprüche eindeutig verjährt waren. Hat sich in einer Rechtsfrage noch keine "herrschende" Meinung gebildet, so besteht in der Regel Erfolgsaussicht (Prölss / Martin, ARB § 17 Rn 9). Bloße Zweifel an der Beweisbarkeit führen noch nicht zu einer offenbaren Unrichtigkeit (Harbauer, RSVers, § 17 ARB Rn 15). Die Darlegungs- und Beweislast für die offenbare Unrichtigkeit trägt nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen derjenige, der sich auf sie beruft (Prölss / Martin, ARB 75 § 17 Rn 11; Harbauer, RSVers, § 17 ARB Rn 17) - vorliegend also die Beklagte als Versicherer. Ihr ist es nach Einschätzung des Senats nicht gelungen, eine offenbare Abweichung des Stichentscheids von der Sach- oder Rechtslage darzulegen, die für die Erfolgsaussichten der vom Kläger angestrebten Klageverfahren erheblich wäre. 10

Der Kläger will gegen die s. GmbH und die H.-u. V.bk.AG "Schadensersatzansprüche" in Höhe von 34.938, 50 DM und 66.150,- DM geltend machen. Es handelt sich um seinen hypothetischen Dienstlohn für die Zeit zwischen der fristlosen Kündigung und dem nächstmöglichen Termin für eine ordentliche Kündigung. Ungeachtet der Bezeichnung als "Schadensersatz" dürfte es sich der Sache nach um Ansprüche aus §§ 615 S. 1, 295 BGB handeln. Da der Kläger durch anwaltliche Schreiben vom 7.3.2000 den beiden Unternehmen seine Dienste noch einmal wörtlich angeboten hat, nachdem diese durch die fristlosen Kündigungen zum Ausdruck gebracht hatten, dass sie die Dienstleistung nicht annehmen wollen, hängt die Begründetheit einer Lohnklage davon ab, ob die fristlosen Kündigungen wirksam sind. Der Kläger hat in seiner Stellungnahme gegen die Wirksamkeit der Kündigungen sowohl formale als auch materielle Gründe aufgeführt. Im einzelnen gilt Folgendes: 11

Der Rechtsanwalt des Klägers vertritt in seinem Stichentscheid die Auffassung, die Kündigungserklärungen seien bereits mangels Vertretungsbefugnis der unterzeichnenden Personen nach § 180 S. 1 BGB unwirksam. Er hat auch gegenüber den Unternehmen den vermeintlichen Mangel der Vertretungsmacht umgehend gerügt. In der Sache hängt die Begründetheit dieses Einwands von der Frage ab, ob die Unterzeichner Vertretungsmacht bzw. Alleinvertretungsmacht hatten. Für die H.-u.V.bk. wurde die Kündigung von zwei Personen mit dem Zusatz "ppa" unterschrieben, für die s. GmbH hat einer von zwei auf dem Geschäftspapier angegebenen Geschäftsführern unterzeichnet. Es erscheint letztlich zwar wenig wahrscheinlich, dass die für die H.-u.V.bk. handelnden Personen keine Prokuristen waren oder der Geschäftsführer der s. GmbH keine Alleinvertretungsmacht hatte. Die Beklagte hat die formalen Einwände des Klägers indes nicht substantiiert widerlegt. Sie hat lediglich mit Schreiben vom 11.5.2000 entgegnet, die Vertretungsbefugnis der Unterzeichner ergebe sich aus dem Handelsregister und könne einer ordnungsgemäßen anwaltlichen Prüfung unterzogen werden. Im Prozess wurde seitens der Beklagten zu dieser Frage nicht mehr vorgetragen. Damit hat die Beklagte weder dargelegt noch unter Beweis gestellt - etwa durch Vorlage von Handelsregistrauszügen - dass der Stichentscheid in diesem Punkt offenbar an der Sachlage vorbeigeht. Bereits der formale Einwand des Klägers gegen die Wirksamkeit der Kündigungen ist von der Beklagten also bislang nicht widerlegt worden.

Das Hauptargument des klägerischen Rechtsanwalts in seinem Stichentscheid besteht darin, dass es an einem Kündigungsgrund für eine außerordentliche Kündigung fehle. In tatsächlicher Hinsicht bestreitet er insbesondere, dass der Kläger wusste, dass die Urkunde über seine angebliche Ernennung zum Professor gefälscht war; er bestreitet weiterhin, dass der Kläger falsche "Doppelabrechnungen" erstellt hat. Auch insoweit vermochte die Beklagte nicht darzulegen, dass eine offenbare Abweichung von der Sachlage vorliegt. 13

Zu dem sog. "Professorenverfahren" - einem Strafverfahren wegen Titelmisbrauchs und Urkundenfälschung (8320 Ds 337 Js 15899/95 AG M.) sowie einem parallel laufenden berufsgerichtlichen Verfahren vor dem Oberlandesgericht M. (BG-Ä 10/95 OLG M.) - behauptet der Rechtsanwalt des Klägers in seinem Stichentscheid in tatsächlicher Hinsicht, sein Mandant sei "Opfer, nicht Täter". Hintergrund ist, dass nach Darstellung des Klägers die Verantwortung dafür, dass es sich bei der Urkunde über seine angebliche Ernennung zum Professor der Medizin um eine Totalfälschung handelt, völlig bei seinem "Habilvater" liegen soll. Der Senat hat erhebliche Zweifel daran, dass dieser Teil seiner Sachdarstellung zutrifft. Aus dem nicht rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts M. ergibt sich nämlich, dass die Ernennungsurkunde in zeitlicher Hinsicht nicht zu der ebenfalls gefälschten Habilitationsbescheinigung der Universität M. passte, dass die Habilitationsbescheinigung überdies einen Fachbereich auswies - Theoretische Chirurgie - , der mit dem Thema der angeblich vom Kläger verfassten Habilitationsschrift nicht das Geringste zu tun hatte, und dass der Kläger weder mit der Universität M. noch mit der "E.-Universität P." jemals einen offiziellen Schriftwechsel geführt hat. Nach den Entscheidungsgründen des Strafurteils hat der Kläger in seiner Einlassung angegeben, er habe die Urkunden von seinem Habilvater im Rahmen einer "privaten Feierstunde" erhalten und nicht gelesen. Welche Erfordernisse üblicherweise an eine Ernennung zum Professor geknüpft seien, sei ihm - selbst Sohn eines Hochschullehrers - nicht bekannt gewesen. Es ist aus der Sicht des Senats nicht verwunderlich, dass das Amtsgericht München ihm diese Einlassung nicht geglaubt hat. Gleichwohl lässt sich eine offenbare Abweichung des Stichentscheids von der Sachlage auch in diesem Punkt derzeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen. Inzwischen soll nach Darstellung des Klägers am 24.7.2001 ein Berufungsurteil "gegen den Kläger" ergangen sein, gegen welches dieser - aber auch die Staatsanwaltschaft - Revision eingelegt haben sollen. Die Revision sei - so behauptet der Kläger - vom Bayerischen Obersten Landesgericht 14

mit Beschluss vom 3.4.2002 verworfen worden. Hiergegen habe er Verfassungsbeschwerde eingereicht. Das parallel zum Strafverfahren eingeleitete berufsgerichtliche Verfahren vor dem Oberlandesgericht München hat erstinstanzlich zu einer Verurteilung zu einer Geldbuße von 10.000,- DM geführt und wurde in der Berufung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Strafverfahren ausgesetzt. Der derzeitige Verfahrensstand ist nicht mitgeteilt worden.

Im Ergebnis ist der dem Professorenverfahren zugrunde liegende Sachverhalt hinsichtlich der entscheidenden Frage nach dem Vorsatzwissen des Klägers nach wie vor streitig. Der Senat darf seine Entscheidung nicht ohne weiteres auf die Feststellungen des Amtsgerichts München stützen. Vielmehr muss der zu beurteilende Sachverhalt nach zivilrechtlichen Grundsätzen neu bestimmt werden. Zu den Hintergründen des Vorwurfs der missbräuchlichen Titelführung trägt die Beklagte indes weder konkret vor noch tritt sie Beweis an. Es hätte nahe gelegen, zumindest die Berufungs- sowie die Revisionsentscheidung in dem Strafverfahren vorzulegen, da sie die Darlegungs- und Beweislast für eine offenbare Abweichung des Stichentscheids von der Sachlage trägt. Tatsächlich ist aber im hiesigen Verfahren letztlich unbekannt, was in den Rechtsmittelinstanzen konkret vorgetragen und als bewiesen erachtet wurde, so dass man trotz erheblicher Zweifel an der klägerischen Darstellung von einer "offenbaren Unrichtigkeit" der klägerischen Angaben jedenfalls derzeit nicht ausgehen kann. 15

Hinsichtlich des sog. "Abrechnungsverfahrens" - einem berufsgerichtlichen Verfahren vor dem Oberlandesgericht München, das nach Darstellung des Klägers zum zweiten Mal in der Berufung beim Bayerischen Obersten Landesgericht gewesen ist und dort gegen Zahlung einer Geldbuße von 7.500,- EUR eingestellt worden sein soll (LBG Ä 2/01 BayObLG), sowie einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, das zunächst zu einem Strafbefehl über 48.000,- DM geführt hat, dann aber nach § 153 a StPO gegen Zahlung einer Geldbuße von 50.000,- DM eingestellt wurde - trägt der Rechtsanwalt des Klägers in seinem Stichentscheid wie folgt vor: Der Kläger sei zunächst zu einer Geldbuße von 50.000,- DM verurteilt worden. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München habe das Bayerische Oberste Landesgericht aber wegen "schwerer Verfahrensverstöße" mit Urteil vom 11.9.2000 - LBG-Ä 8/00 - aufgehoben. Dessen Entscheidung legt er auch in Kopie vor. Das daraufhin ergangene zweite Urteil des Oberlandesgerichts München soll nach klägerischer Darstellung wegen erneuter schwerer Verfahrensverstöße wiederum beim Bayerischen Obersten Landesgericht anhängig gemacht worden sein. Soweit der Kläger dessen endgültigen Einstellungsbeschluss in Kopie vorlegt, lassen sich aus diesem zum Sachverhalt keine Schlüsse ziehen. In der Sache behauptet der Kläger lediglich, ihm könne hinsichtlich der Abrechnungen der Gemeinschaftspraxis, die er zusammen mit seiner Frau hatte, kein Vorwurf gemacht werden; für die Abrechnungen sei seine Frau zuständig gewesen, er habe sich darum nicht gekümmert. 16

Auch dieses tatsächliche Vorbringen zieht die Beklagte in Zweifel, trägt jedoch nicht vor, was genau dem Kläger in dem berufsgerichtlichen Verfahren vorgeworfen bzw. als bewiesen erachtet wurde. Auch die berufsgerichtlichen Urteile des Oberlandesgerichts München - es muss inzwischen zwei geben - wurden nicht vorgelegt. Ein Versuch des Senats, die betreffenden Akten beizuziehen, ist gescheitert. Damit ist es dem Senat auch in diesem Punkt trotz vorhandener Zweifel an der klägerischen Sachdarstellung mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht möglich, eine "offenbare Unrichtigkeit" des Stichentscheids festzustellen. 17

Auch in rechtlicher Hinsicht weist der Stichentscheid keine entscheidungserheblichen offenbaren Unrichtigkeiten auf. Zwar meint der Rechtsanwalt des Klägers in seinem 18

Stichentscheid zu Unrecht, die Kündigungserklärung der H.-u. V.bk. sei schon allein deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil sie keinen Kündigungsgrund nenne. § 626 II 2 BGB bestimmt, dass der Kündigende dem anderen Teil den Kündigungsgrund "auf Verlangen" unverzüglich schriftlich mitzuteilen hat. Es ist also nicht zwingend erforderlich, den wichtigen Grund bereits in der Kündigungserklärung anzugeben, wenn ausreichend deutlich wird, dass es sich um eine fristlose Kündigung handelt (Palandt-Putzo § 626 Rn 20, 32). Dass der Kläger von der H.-u. V.bk. eine schriftliche Begründung der Kündigung verlangt hätte, ist nicht ersichtlich (vgl. Bl. 35 f.). Letztlich kommt es auf diese formale Rechtsfrage indes nicht entscheidend an, weil es sich nur um eines von mehreren Argumenten handelt und seine Widerlegung für die Erfolgsaussichten der vom Kläger geplanten Klageverfahren nicht von entscheidender Bedeutung ist.

Soweit der klägerische Rechtsanwalt in seinem Stichentscheid davon ausgeht, dass § 627 BGB vorliegend nicht anwendbar sei, ist seine Einschätzung demgegenüber rechtlich nicht zu beanstanden. Das Sonderkündigungsrecht nach § 627 BGB hat vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen (MünchKomm-Schwerdtner § 627 Rn 4). Es ist insbesondere nicht bei "dauernden Dienstverhältnissen mit festen Bezügen" gegeben. Entscheidend ist, dass eine nicht ständige Tätigkeit vorliegt, weil es nur dann gerechtfertigt erscheint, das Dienstverhältnis jederzeit mit den entsprechenden vergütungsrechtlichen Folgen kündigen zu können. Was "dauernd" heißt, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung und dem Sprachgebrauch. Maßgeblich ist, ob das Dienstverhältnis auf längere Zeit angelegt ist oder tatsächlich bereits seit längerer Zeit besteht. Ein Dienstverhältnis kann auch dauernd sein, wenn der Verpflichtete jeweils nur für eine Woche im Monat tätig sein soll. Eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit ist nicht erforderlich (MünchKomm-Schwerdtner § 627 Rn 5). In diesem Sinne waren die Verträge mit der H.-u. V.bk.AG und der s. GmbH auf Dauer angelegt, da sie auf unbestimmte Zeit geschlossen wurden. 19

Keine "festen" Bezüge sind Einkünfte, deren (Mindest-) Höhe nicht im Voraus feststeht und die im ungünstigsten Fall sogar ganz ausbleiben können (MünchKomm-Schwerdtner § 627 Rn 7). Auch dies kann man vorliegend nicht feststellen. Zwar sollte die Bezahlung von der aktuellen Anzahl der Mitarbeiter und der daraus resultierenden Einsatzzeit abhängen. Es war aber klar, dass ein Mindestbestand an Arbeitsstunden zu einem festen Stundensatz stets anfallen würde. § 627 BGB ist also nicht einschlägig. 20

Im Rahmen des § 626 BGB ist dem Rechtsanwalt des Klägers ebenfalls zuzustimmen, dass eine Offenbarungspflicht des Klägers in Bezug auf die Verurteilung aus dem Jahr 1988 nicht bestand. Es ist zwar anerkannt, dass eine falsche Auskunft zu zulässigen Fragen über Vorstrafen ein Vertragsschlussverschulden begründet, das eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann (Palandt-Putzo § 626 Rn 42). Vorliegend ist indes nicht ersichtlich, dass der Kläger bei Vertragsschluss nach Vorstrafen explizit gefragt wurde. 21

Zutreffend ist weiterhin die Einschätzung des Stichentscheids, dass die Kündigungen nicht allein auf die negative "Presseberichterstattung" gestützt werden können, solange unklar ist, ob diese die Tatsachen zutreffend wiedergab. Die Voraussetzungen für eine wirksame "Verdachtskündigung" lagen - soweit ersichtlich - nicht vor. Insbesondere hat die Beklagte hierzu nichts vorgetragen. Es ist zwar anerkannt, dass der durch bestimmte Tatsachen begründete dringende Verdacht einer strafbaren Handlung einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen kann. Allerdings setzt eine Verdachtskündigung voraus, dass die Kündigung - zumindest hilfsweise - auch damit begründet wird, gerade der Verdacht habe das für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört, da es sich im Verhältnis zu einer Kündigung wegen erwiesener Straffälligkeit um 22

einen eigenständigen Kündigungsgrund handelt (BAG NJW 1993, 83; 1995, 1110/1111; 2000, 1969/1971; MünchKomm-Schwerdtner § 626 Rn 171). Dies ist vorliegend zweifelhaft, im Fall der H.-u.V.bk. sogar unwahrscheinlich. Diese hatte im Rahmen ihrer Einladung des Klägers zur Anhörung am 21.2.2000 lediglich auf den Presseartikel in der Süddeutschen Zeitung Bezug genommen, der über die Verurteilung im berufsgerichtlichen Verfahren wegen Abrechnungsbetruges berichtet hatte. Das Kündigungsschreiben selbst nimmt wegen des Kündigungsgrundes nur auf den Anhörungstermin Bezug. Die Kündigungserklärung der s. GmbH führt das "Verschweigen diverser Gerichtsverfahren" an, stellt aber auch nicht klar, ob gerade der Verdacht von Straftaten ausschlaggebend für die Kündigung war. Vielmehr spricht alles dafür, dass man den Kläger für "überführt" hielt. Deshalb musste der Stichentscheid auch der Frage, ob eine zulässige Verdachtskündigung vorliegt, nicht weiter nachgehen. Zwar ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, Kündigungsgründe nachzuschieben (Palandt-Putzo § 626 Rn 32). Ob die Vertragspartner des Klägers zu diesem Mittel greifen werden, ist indes derzeit ungewiss und die Beklagte trägt zu diesem Punkt nichts vor.

Hinsichtlich der Straftaten, derer der Kläger verdächtig ist, vertritt der Stichentscheid die Auffassung, sie könnten eine fristlose Kündigung selbst dann nicht rechtfertigen, wenn sie bewiesen wären. Dies ist rechtlich fragwürdig. Solange aber das Vorliegen der strafbaren Handlungen selbst auch bestritten wird und in tatsächlicher Hinsicht eine offenbare Unrichtigkeit nicht sicher festgestellt werden kann, bedarf das hilfsweise angeführte rechtliche Argument keiner Vertiefung, weil es im Ergebnis hierauf nicht ankommt. 23

Schließlich liegt in dem Umstand, dass der Stichentscheid nicht darauf eingeht, inwiefern ersparte Aufwendungen den "Schaden" des Klägers mindern (§ 615 S. 2 BGB), keine "erhebliche" Abweichung von der Sach- und Rechtslage. Das Merkmal der Erheblichkeit, das speziell bei Quantitätsfragen zum Tragen kommt (Prölss / Martin ARB § 17 Rn 10), verdeutlicht, dass im Rahmen des Stichentscheids keine lückenlose Berechnung der Anspruchshöhe erforderlich ist. Ohnehin wäre es die Aufgabe der Beklagten gewesen, die erheblichen Einsparpotenziale des Klägers aufzuzeigen. Auch hierzu fehlt jedoch jeder Vortrag. 24

Würdigt man die Begründung des Stichentscheids und die Gegenargumente der Beklagten in ihrer Gesamtheit, so hat die Beklagte weder ausreichend konkret dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass der Stichentscheid des Rechtsanwalts des Klägers vom 5.4.2000 von der Sach- und Rechtslage "offenbar erheblich abweicht", sondern lediglich - durchaus nachvollziehbare - Zweifel an seiner Richtigkeit geäußert, die indes für sich noch nicht ausreichen, um seine Bindungswirkung aufzuheben. Soweit der Stichentscheid teilweise rechtlich fragwürdige Ausführungen enthält, handelt es sich um Hilferwägungen, die auf das Ergebnis der anwaltlichen Prüfungen, wonach die beabsichtigten Klagen Aussicht auf Erfolg bieten, keinen Einfluss haben. 25

Der Anspruch des Klägers scheitert auch nicht an § 4 II lit. a) ARB 75. Nach § 4 II lit. a) ARB 75 ist die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aufgrund von Versicherungsfällen, die der Versicherungsnehmer vorsätzlich und rechtswidrig verursacht hat, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, sofern es sich nicht um Ordnungswidrigkeiten handelt. Voraussetzung ist zunächst einmal, dass der Versicherungsnehmer die Tatsachen zumindest bedingt vorsätzlich herbeigeführt hat, die gem. § 14 ARB 75 den Versicherungsfall ausmachen (Prölss / Martin ARB § 4 Rn 40; Harbauer, RSVers, § 4 ARB Rn 146) - hier also die Kündigung und Nichtzahlung des Dienstlohnes. Die Beweislast hierfür trägt wiederum der Versicherer (Prölss / Martin ARB § 4 Rn 42; Harbauer, RSVers, § 4 ARB Rn 154). Dabei kann das Gericht sich in dem Rechtsstreit über die Eintrittspflicht der 26

Rechtsschutzversicherung nicht darauf beschränken festzustellen, dass das Gericht des Ausgangsverfahrens ein vorsätzliches Verhalten angenommen habe. Es muss die Frage vielmehr notfalls im Wege der Beweisaufnahme (neu) klären (Harbauer, RSVers, § 4 ARB Rn 154).

Es wäre demnach auch insoweit Aufgabe der beweisbelasteten Beklagten gewesen, vorzutragen und unter Beweis zu stellen, durch welches konkrete vorsätzliche Verhalten der Kläger die Kündigung ausgelöst haben soll. Allein die rechtskräftige Verurteilung aus dem Jahr 1988 und der ihr zugrunde liegende im Kern unstreitige Sachverhalt, dass der Kläger seinerzeit Männern im wehrfähigen Alter Atteste mit der schwer nachprüfbarer Diagnose "Morbus Crohn" ausgestellt hatte, können insoweit nicht ausreichen, da sie für sich betrachtet die fristlose Kündigung nicht hätten rechtfertigen können. Vielmehr hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen, dass der Kläger durch aktuelle vorsätzliche Straftaten - z.B. die unberechtigte Titelführung und betrügerische Doppelabrechnungen - das Vertrauen seiner Vertragspartner untergraben, die Kündigung verursacht und diese Entwicklung zumindest bewusst in Kauf genommen hat. Allein auf die negative Presseberichterstattung kann auch in diesem Rahmen nicht abgestellt werden, da insoweit eine vorsätzliche Herbeiführung durch den Kläger ausgeschlossen werden kann. Da hinsichtlich der Straftaten selbst eine rechtskräftige Verurteilung durch ein Straf- oder Berufsgericht die Beklagte nicht von der Pflicht befreien würde, den Sachverhalt im Deckungsprozess neu zu beweisen, kann eine reine Bezugnahme auf andernorts in der Rechtsmittelinstanz oder vor dem Bundesverfassungsgericht anhängige Verfahren erst recht nicht ausreichen. Wie bereits geschildert hat die Beklagte aber zu den Tatsachen, die dem "Professorenverfahren" und dem "Abrechnungsverfahren" zugrunde liegen, nicht substantiiert vorgetragen und auch keinen Beweis angeboten.

27

Der Kläger kann Zahlung von Anwaltskosten in Höhe von 13.197,02 DM an sich persönlich verlangen. Nach § 2 I lit. a) ARB 75 trägt der Versicherer die gesetzliche Vergütung eines für den Versicherer tätigen Rechtsanwalts. Solange der Versicherungsnehmer den Kostengläubiger nicht befriedigt hat, handelt es sich um einen Befreiungsanspruch (Prölss / Martin, ARB 75 § 2 Rn 1). Im der Berufung hat der Kläger indes behauptet, er habe die in den Kostennoten ausgewiesenen Beträge an seinen Rechtsanwalt bezahlt. Nach dem Ergebnis der zeugenschaftlichen Vernehmung des Rechtsanwalts N. hat der Senat keinen vernünftigen Zweifel daran, dass dieser die fraglichen Beträge bereits erhalten hat. Nach § 2 II ARB 75 hat der Versicherer seine Leistung zu erbringen, sobald der Versicherungsnehmer wegen der Kosten in Anspruch genommen wird. Da die beiden Kostennoten des Zeugen N. vorliegen, ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

28

Es ist anerkannt, dass der Versicherer auch einen angemessenen Vorschuss des Rechtsanwalts gemäß § 17 BRAGO übernehmen muss. Angemessen ist der Betrag der Gebühren und Auslagen, die voraussichtlich entstehen können, im allgemeinen die Prozess- und Verhandlungsgebühr nach § 31 I Nr. 1 und 2 BRAGO (Harbauer, RSVers, § 2 ARB Rn 157). Dem entsprechen die beiden vorliegenden Kostennoten, die auch jeweils die drei Gerichtsgebühren erster Instanz umfassen.

29

Soweit die vorliegende Kostennoten zusätzlich eine 7,5/10 Besprechungsgebühr nach § 118 I Nr. 2 BRAGO enthalten, vermag der Senat den Einwand der Beklagten, die Besprechungsgebühr gehe in der Prozessgebühr auf (Bl. 334), nicht nachzuvollziehen. Auf die Prozessgebühr anzurechnen ist nach § 118 II 1 BRAGO lediglich die Geschäftsgebühr nach § 118 I Nr. 1 BRAGO. Da der Rechtsanwalt des Klägers zumindest bei der mündlichen Anhörung des Klägers durch die H.-u. V.bk.AG am 21.2.2000 unstreitig mitgewirkt hat und

30

außerdem unstreitig Verhandlungen mit den von der s. GmbH mandatierten Rechtsanwälten M. und K. geführt hat, kann die Beklagte die geltend gemachten Besprechungsgebühren auch nicht einfach mit Nichtwissen bestreiten. Sie hätte substantiiert darlegen müssen, warum diese nicht angefallen sein sollen.

Die Beklagte kann nicht verlangen, dass ihre Verurteilung "unter dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass ein vorsätzliches Verhalten im Sinne von § 4 II lit. a) ARB 75 nachgewiesen wird," erfolgt. Der Versicherer kann eine bereits erbrachte Leistung grundsätzlich nach § 812 I 1 1. Alt. BGB zurückfordern, wenn sich nachträglich herausstellt, dass er wegen § 4 II lit. a) ARB 75 zur Leistung nicht verpflichtet war. Diesem Anspruch könnte der Versicherungsnehmer grundsätzlich gem. § 814 BGB entgegen halten, der Versicherer habe die Umstände gekannt, die zu seiner Leistungsfreiheit führen. Für die vorliegende Prozesssituation ist diese Problemstellung aber ohne Relevanz. Es ist anerkannt, dass es einem ausdrücklichen Vorbehalt des Schuldners gleichsteht, wenn er erkennbar nicht freiwillig, sondern zur Vermeidung eines drohenden Nachteils unter Druck oder Zwang leistet, etwa zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil (Palandt-Thomas § 814 Rn 5). Die Beklagte braucht also nicht zu befürchten, dass sie etwaige Rückforderungsansprüche verliert, wenn sie auf ihre Verurteilung hin leistet. Auch § 20 IV ARB 75 spricht gegen die Erforderlichkeit eines ausdrücklichen Rückforderungsvorbehalts. Da ein ausdrücklicher Vorbehalt demnach rechtlich nicht erforderlich ist, kann die Beklagte auch keine entsprechende Klarstellung im Tenor beanspruchen. 31

Die vom Landgericht zugesprochenen Zinsen von 4 % seit dem 16.4.2000 sind aus dem Gesichtspunkt des Verzuges begründet (§§ 284 I, 288 I BGB), da der Rechtsanwalt des Klägers im Rahmen seines Stichentscheids der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 15.4.2000 gesetzt hatte. Die Fälligkeit der Leistung war von der Durchführung des Stichentscheids unabhängig (vgl. Prölss / Martin § 2 ARB 75 Rn 19). 32

II. Feststellungsanspruch 33

Auch der Antrag zu 2), gerichtet auf Feststellung der Eintrittspflicht der Beklagten für die Kosten der beabsichtigten Verfahren gegen die H.-u. V.bk.AG und die s. GmbH, ist zulässig und begründet. 34

Da die Beklagte ihre Deckungspflicht bestreitet und der Kläger die anfallenden Kosten noch nicht beziffern kann - auch die Fälligkeit nach § 2 II ARB 75 tritt erst sukzessive ein - besteht ein besonderes rechtliches Interesse an der Feststellung im Sinne des § 256 I ZPO. 35

Soweit die Beklagte meint, der Feststellungsantrag sei nicht hinreichend bestimmt, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Allerdings war es erforderlich, in die Feststellungen zur Klarstellung die Beträge aufzunehmen, die der Kläger ausweislich des Stichentscheids klageweise geltend machen möchte, weil lediglich in diesem Umfang nach dem Stichentscheid von einer hinreichenden Erfolgsaussicht ausgegangen werden kann. 36

Hinsichtlich der Begründetheit gelten die unter I. dargelegten Gründe entsprechend. 37

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 108 I, 708 Nr. 10, 713 ZPO n. F. 38

Ein Anlass, gemäß § 543 II ZPO n. F. die Revision zuzulassen, besteht nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer 39

einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 12.515,88 EUR (24.478,94 DM), nämlich 6.747,53 EUR (13.197,02 DM) für den Zahlungsantrag und 5.768,35 EUR (11.281,92 DM) für den Feststellungsantrag.

40