
Datum: 08.06.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 129/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0608.9U129.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 470/02

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird auf die Berufung des Klägers das am 26. Juni 2003 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 24 O 470/02 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils des Amtsgerichts Köln vom 11. September 2002 – 118 C 209/02 – wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger 936,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.9.2002 zu zahlen. Im Übrigen bleibt das Versäumnisurteil des Amtsgerichts Köln vom 11. September 2002 aufrechterhalten.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 73 % und der Be-klagten zu 27 % auferlegt. Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz tragen der Kläger zu 84 % und die Beklagte zu 16 % mit Ausnahme der durch die Säumnis entstandenen Kosten, die dem Kläger auferlegt werden.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

I.	2
Der Kläger macht Zahlungsansprüche aus einer bei der Beklagten bestehenden Rechtsschutzversicherung geltend. Dem Versicherungsverhältnis liegen die ARB 94 zugrunde.	3
Der Kläger erhielt unaufgefordert ein Schreiben zugesandt, in dem ihm ein Geldgewinn in Höhe von 75.000,- DM zugesagt wurde, sofern er ein vorgefertigtes Etikett auf einen Warenanforderungsschein klebe, eine unverbindliche Warenanforderung tätige und dies bis zum 17.7.2001 beim "D. Versand" eingegangen sei. Die Beklagte gewährte Deckungsschutz für die erstinstanzliche gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gewinnzusage gegen die belgischen Firmen F. GmbH (F.) und V. N. B.V.B.A. (V.N.) als vermeintliche Versender der Gewinnzusage. Während das Landgericht Limburg mit Urteil vom 28.3.2003 – 2 O 454/02 - der Klage gegen beide Firmen stattgab, wurde inzwischen auf die Berufung der Beklagten die Klage gegen die Firma F. abgewiesen. Das Verfahren befindet sich zur Zeit in der Revision beim Bundesgerichtshof.	4
Im September/Oktober 2001 erhielt der Kläger vier weitere Gewinnzusagen im Gesamtwert von 158.653,87 € (310.300,- DM), auf deren Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 7 ff. GA). Der Kläger ließ sich von seinem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten, Herrn Rechtsanwalt X., über die Geltendmachung der Gewinnversprechen beraten. Mit anwaltlichem Schreiben vom 14.12.2001 beantragte der Kläger bei der Beklagten unter Fristsetzung bis zum 21.12.2001 Deckungsschutz für die Durchsetzung der Ansprüche gegen den "D. Versand", gegen die sich dahinter verbergenden Unternehmen F. und V. N. sowie die Gesellschafter der F. GmbH. Unter dem 8.1.2002 bat die Beklagte um ergänzende Angaben. Das Antwortschreiben des Klägers mit Fristsetzung bis zum 24.1.2002 ging am 15.1.2002 bei der Beklagten ein. Unter dem 31.1.2002 mahnte der Kläger die Entscheidung der Beklagten an. Auf Wunsch der Beklagten erfolgte eine telefonische Besprechung der Angelegenheit zwischen Herrn Rechtsanwalt X. und dem Sachbearbeiter der Beklagten.	5
Mit Schreiben vom 15.2.2002 lehnte die Beklagte die Gewährung von Deckungsschutz mit der Begründung ab, die Rechtsverfolgung sei mutwillig und habe bezüglich der Passivlegitimation keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Auf Antrag des Klägers wurde das Schiedsgutachterverfahren gemäß § 18 ARB 94 durchgeführt. Der von der Rechtsanwaltskammer vorgeschlagene Schiedsgutachter Rechtsanwalt Dr. T. bejahte in seinem Gutachten vom 14.5.2002 (Bl. 83 ff. GA) die Erfolgsaussichten einer Klage gegen den Inhaber des "D. Versandhandels". Eine Teilklage in Höhe von 1/10 bis ¼ der Gewinnsummen sei nicht mutwillig.	6
Der Kläger hat die Zahlung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 2.459,78 € für die Beratung und beabsichtigte gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche aus den vier Gewinnzusagen, die Vertretung in dem Schiedsgutachterverfahren, die Besprechung seines Rechtsanwalts mit der Beklagten als Verzugsschaden sowie die Zahlung von 280 € Zustellungskosten in dem Verfahren vor dem Landgericht Limburg begehrt. Wegen der Berechnung der Klageforderung im Einzelnen wird auf den klägerischen Schriftsatz vom 4.6.2002 (Bl. 68 ff. GA) verwiesen. Der Kläger zahlte an Herrn Rechtsanwalt X. auf dessen Rechnung vom 3.6.2002 (Bl. 86 ff. GA) insgesamt 1.250,- €, die wie auf Seite 4 des Schriftsatzes vom 16.9.2002 (Bl. 252 GA) ausgeführt zu verrechnen seien.	7
Die Beklagte hat sich angesichts des Rechtsstreits über die erste Gewinnzusage auf die Warteobliegenheit gemäß § 17 Abs. 5 c) ARB 94 berufen. Sie hat das Schiedsgutachten für unzureichend gehalten.	8

Der Kläger hat zunächst Klage vor dem Amtsgericht Köln erhoben. Das Amtsgericht Köln hat die Klage aufgrund der Säumnis des Klägers mit Versäumnisurteil vom 11. September 2002 – 118 C 209/02 – abgewiesen. Nach rechtzeitigem Einspruch hat der Kläger die Klage um einen Feststellungsantrag auf Erweiterung des Deckungsschutzes für das Verfahren bezüglich der ersten Gewinnzusage erhöht. Daraufhin hat das Amtsgericht Köln sich für sachlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Köln verwiesen. Nach der Rücknahme des Feststellungsantrags im Verhandlungstermin vom 5.6.2003 hat das Landgericht der Klage in Höhe der geltend gemachten Zustellungskosten von 280 € stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage mit der Begründung abgewiesen, die beabsichtigte Rechtsverfolgung sei mutwillig. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 I Nr. 1 ZPO).

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers. Der Kläger beruft sich auf die Bindungswirkung des Schiedsgutachtens gemäß § 18 Abs. 4 ARB 94. Die in § 17 Abs. 5 ARB 94 geregelte Warteobliegenheit sei ein Unterfall der Mutwilligkeit und daher von der Bindungswirkung des Schiedsgutachtens erfasst. Der Kläger ist der Auffassung, dass die anwaltliche Beratung und außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche aus den Gewinnzusagen in voller Höhe von 158.653,78 € erforderlich und erfolgversprechend gewesen sei. Die geschuldete Freistellung habe durch Zahlung zu erfolgen. Es sei treuwidrig, wenn die Beklagte sich darauf berufe, dass der Kläger vor der Begleichung der Gebührenrechnung nicht Zahlung an sich verlangen könne.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Amtsgerichts Köln vom 11.9.2002 – 118 C 209/02 – sowie unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zur Zahlung von weiteren 2.459,78 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.134,48 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 16.4.2002 sowie aus weiteren 1.325,30 € seit dem 3.7.2002 zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist der Auffassung, dass eine Gewinnzusage gemäß § 661 a BGB als einseitiges Rechtsgeschäft nicht dem Vertragsrechtsschutz unterfalle. Außerdem beruft sie sich auf einen Ausschluss des Versicherungsschutzes nach § 3 Abs. 2 f) ARB 94.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den Inhalt des angefochtenen Urteils sowie auf die Sitzungsniederschriften in beiden Instanzen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte über die bereits erstinstanzlich zuerkannten Zustellkosten in Höhe von 280 € hinaus einen Anspruch auf Zahlung weiterer 656,80 € aus §§ 1, 49 VVG i. V. m. §§ 1, 2 d), 5 Nr. 1 a) und 2 a), 18 Nr. 5 ARB 94. Im Einzelnen kann der Kläger die Erstattung der an Herrn Rechtsanwalt X. gezahlten Gebühren für eine

außergerichtliche Beratung in Höhe von 596,80 € und für die Vertretung in dem Schiedsgutachterverfahren in Höhe von 60 € verlangen. Weitere Zahlungsansprüche stehen dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu.

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung einer 5,5/10 Beratungsgebühr unter Zugrundelegung eines Gegenstandswerts von 39.663,47 € in Höhe von 596,80 €.

a) Der Kläger unterhält bei der Beklagten auf der Grundlage der ARB 94 eine Rechtsschutzversicherung, die unstrittig Vertragsrechtsschutz im Sinne des § 2 d) ARB 94 umfasst. Entgegen der Ansicht der Beklagten fallen Ansprüche aus Gewinnzusagen unter den nach § 2 d) ARB 94 zu gewährenden Rechtsschutz für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus privatrechtlichen Schuldverhältnissen. Bei einer Gewinnzusage gemäß § 661 a BGB handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft oder eine geschäftsähnliche Handlung, die eine schuldrechtliche Verpflichtung des Mitteilenden gegenüber dem Mitteilungsempfänger begründet, an diesen den angekündigten Preis zu leisten (BGH NJW 2003, 3620; Palandt/Sprau, 63. Aufl., § 661 a, Rn. 1). Im Gegensatz zu den ARB 75 ist gemäß § 2 d) ARB 94 die geschützte Interessenwahrnehmung nicht mehr auf schuldrechtliche Verträge beschränkt, sondern umfasst privatrechtliche Schuldverhältnisse aller Art im Sinne des Zweiten Buchs des BGB und der anderen privatrechtlichen Rechtsgebiete, soweit sie nicht gemäß § 3 ARB 94 vom Versicherungsschutz ausgenommen sind. Unter den Versicherungsschutz fällt deshalb bei der Vereinbarung der ARB 94 auch die Interessenwahrnehmung aus einseitigen und gesetzlichen Schuldverhältnissen wie aus einer Gewinnzusage gemäß § 661 a BGB (Harbauer/Stahl, Rechtsschutzversicherung, 7. Aufl., § 2 ARB 94/2000, Rn. 8).

b) Der Versicherungsschutz ist nicht gemäß § 3 Abs. 2 f) ARB 94 ausgeschlossen. Die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Klägers steht nicht in ursächlichem Zusammenhang mit Spiel- oder Wettverträgen. Die vorgelegten Schreiben vom 21.9.2001 (Bl. 8 f. GA), 1.10.2001 (Bl. 11 GA), 22.10.2001 (Bl. 7 GA) und ohne Datum (Bl. 12 GA) sind aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben als bedingte Gewinnzusagen auszulegen, die in keinem ursächlichen Zusammenhang mit Spiel- und Wettverträgen stehen. In den vorgelegten Schreiben wird die Auszahlung jeweils eines bereits ermittelten Gewinns unter der Bedingung zugesagt, dass der Empfänger innerhalb einer Frist bestimmte Handlungen vornimmt, nämlich ein Etikett aufklebt und eine "unverbindliche" Warenbestellung tätigt. Selbst im "Kleingedruckten" (Bl. 10 GA) ist nicht davon die Rede, dass der Gewinn erst noch in einer Ziehung ermittelt werden müsste. Vielmehr wird der Sachverhalt so dargestellt, dass die Ziehung nach dem Zufallsprinzip bereits vor Absendung des Schreibens durchgeführt und der Kläger dort als Gewinner ermittelt worden sei.

c) Auf fehlende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung oder Mutwilligkeit kann sich die Beklagte wegen der Bindungswirkung der Entscheidung im Schiedsgutachterverfahren gemäß § 18 Abs. 4 S. 3 ARB 94 in Höhe von $\frac{1}{4}$ der Forderungen (39.663,47 €) nicht berufen. Das in § 18 ARB 94 vorgesehene Verfahren wurde eingehalten. Das Schiedsgutachten des Rechtsanwalts Dr. T. vom 14.5.2002 (Bl. 83 ff. GA) ist so auszulegen, dass Erfolgsaussichten und fehlende Mutwilligkeit bis zur dort festgesetzten oberen Grenze von $\frac{1}{4}$ der Gesamtforderung (39.663,47 €) anzunehmen sind. Das Schiedsgutachten ist nach dem eindeutigen Wortlaut der von der Beklagten formulierten AVB für diese bindend, selbst wenn es inhaltliche Mängel enthalten sollte.

Die Regelung in § 18 ARB 94 soll vermeiden, dass das Gericht im Deckungsprozess trotz eines (zumindest teilweise) positiven Schiedsgutachtens erneut die Erfolgsaussichten und die Frage der Mutwilligkeit überprüft. Die früher in § 17 Abs. 2 S. 2 ARB 75 vorgesehene Einschränkung der Bindungswirkung bei einer offenbaren erheblichen Abweichung der Entscheidung des Rechtsanwalts von der wirklichen Sach- oder Rechtslage wurde in § 18 ARB 94 nicht übernommen. Hintergrund der Neuregelung ist, dass das Verfahren in § 18 ARB 94 eine größere Objektivität der Entscheidung sicherstellen soll. Doch selbst wenn man die Einschränkung der Bindungswirkung entsprechend § 17 Abs. 2 S. 2 ARB 75 als allgemeinen Grundsatz auch auf das Schiedsgutachten nach § 18 ARB 94 anwenden wollte, läge keine erhebliche Abweichung der Entscheidung des Rechtsanwalts Dr. T. von der wirklichen Sach- und Rechtslage vor. Es ist durchaus vertretbar, dass der Gutachter den offensichtlichen Risiken bei der Durchsetzung von Ansprüchen aus Gewinnzusagen durch die Erhebung einer Teilklage zu begegnen versucht.

d) Hinsichtlich der außergerichtlichen Beratung kann sich die Beklagte nicht auf Leistungsfreiheit wegen Verletzung der Warteobliegenheit gemäß § 17 Abs. 5 c) bb) ARB 94 berufen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift bezieht sich die Warteobliegenheit nur auf eine Klageerhebung und nicht auf eine außergerichtliche Beratung. Eine Auslegung über den Wortlaut der Ausnahmeregelung hinaus kommt zu Lasten des Versicherungsnehmers nicht in Betracht. Aufgrund der bindenden Feststellungen in dem Schiedsgutachten kann die Beklagte hinsichtlich der Forderungen bis zu einem Gegenstandswert von 39.663,47 € nicht geltend machen, dass die Beratung durch einen Rechtsanwalt zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Klägers nicht erforderlich gewesen sei (§ 17 Abs. 1 S. 1 ARB 94). Denn der Versicherungsnehmer kann sich bei einer erfolgsversprechenden und nicht mutwilligen Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen von einem Rechtsanwalt beraten lassen. 25

e) Allerdings kann der Kläger gemäß § 17 Abs. 4 S. 2 ARB 94 nicht die geltend gemachten Kosten für eine außergerichtliche Beratung über eine Gesamtforderung von 158.653,87 € verlangen. Auch bei der außergerichtlichen Beratung ist nur ein Gegenstandswert von 39.663,47 € zugrunde zu legen. Die Inanspruchnahme einer weitergehenden Beratung war mutwillig. 26

aa) Ergreift der Versicherungsnehmer Maßnahmen zur Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen, bevor der Versicherer den Umfang des Rechtsschutzes bestätigt und entstehen durch diese Maßnahmen Kosten, so trägt der Versicherer gemäß § 17 Abs. 4 S. 2 ARB 94 nur die Kosten, die er bei einer Rechtsschutzbestätigung vor Einleitung der Maßnahmen zu tragen hätte. Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz über den durch die ARB vertraglich vereinbarten Umfang hinaus nicht durch eigenmächtige Schritte erweitern kann. Mittelbar soll der Versicherungsnehmer – auch in seinem Interesse – zu einer unverzüglichen Unterrichtung des Versicherers veranlasst werden. Ergreift der bereits beauftragte Rechtsanwalt trotz fehlender oder fraglicher Deckung kostenauslösende Maßnahmen, kann er sich gegenüber dem Versicherungsnehmer als Auftraggeber schadensersatzpflichtig machen (Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 7. Aufl., § 17 ARB 94/2000, Rn. 6). 27

bb) Entscheidend war somit, in welchem Umfang die Beklagte Deckungsschutz für die außergerichtliche Beratung hätte erteilen müssen. Nach Auffassung des Senats war die Beklagte zur Gewährung von Deckungsschutz für die außergerichtliche Beratung nur zu einem Wert von $\frac{1}{4}$ der Gesamtforderung verpflichtet. Indes ergibt sich dies nicht bereits aus dem Schiedsgutachten, weil dieses zu Lasten des Versicherungsnehmers keine 28

Bindungswirkung entfaltet. Die Inanspruchnahme einer außergerichtlichen Rechtsberatung über den gesamten Forderungsbetrag war jedoch mutwillig. Eine vermögende unversicherte und wirtschaftlich denkende Partei hätte es angesichts der Risiken einer späteren Durchsetzbarkeit von Ansprüchen aus erkennbar unseriösen Gewinnzusagen im Wert von - unter Berücksichtigung des Erstprozesses - über 380.000 DM unterlassen, sich umfassend über alle weiteren Gewinnzusagen beraten zu lassen. Denn eine wirtschaftlich denkende Partei prüft auch bei der bloßen Inanspruchnahme einer Rechtsberatung, ob die hierdurch entstehenden Kosten nicht in einem groben Missverhältnis zum erstrebten Erfolg stehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Beratung über Forderungen mit hohem Streitwert zu nicht unerheblichen Gebührenansprüchen des Rechtsanwalts führt, während die Erfolgsaussichten einer Vollstreckung gegen den ausländischen Schuldner ausgesprochen zweifelhaft sind. Hinzu kommt, dass eine nicht rechtsschutzversicherte Partei zunächst den Ausgang des bereits anhängigen Verfahrens abgewartet hätte, bevor sie weitere kostenauslösende Maßnahmen getroffen hätte.

cc) Unerheblich ist der Einwand des Klägers, dass sich die außergerichtliche anwaltliche Beratung immer auf alle Forderungen erstrecken müsse. Der Mandant kann bei Auftragserteilung den Beratungsumfang von vornherein beschränken. Zu seinem eigenen Schutz hätte der Kläger hier zunächst die Entscheidung der Beklagten und das Ergebnis des daraufhin eingeholten Schiedsgutachtens abwarten können. Er hätte dann entsprechend den Beratungsauftrag gegenüber seinem Rechtsanwalt beschränken können. Eine besondere Eilbedürftigkeit der weiteren Beratung war nicht gegeben; zumal dem Kläger die wesentlichen Rechtsfragen aus dem schon anhängigen Verfahren bekannt waren. Da vier selbständige Gewinnzusagen vorliegen, wäre eine Beschränkung des Beratungsauftrags praktisch ohne weiteres möglich gewesen. 29

f) Bei Zugrundelegung eines Gegenstandswertes von 39.663,47 € und unter Berücksichtigung der geltend gemachten Rahmengebühr von 5,5/10 errechnet sich nebst Auslagen und Umsatzsteuer eine zu erstattende Beratungsgebühr von 596,80 €. Auf diese Position zahlte der Kläger an Herrn Rechtsanwalt X. unstrittig 720 €. Gemäß § 5 Nr. 2 a) ARB 94 kann der Kläger deshalb in Höhe von 596,80 € Zahlung an sich verlangen. 30

3. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 18 Abs. 5 S. 1 ARB 94 i. V. m. § 5 Abs. 2 a) ARB 94 auf Erstattung der gezahlten Rechtsanwaltskosten in Höhe von 60 € für die Vertretung in dem Schiedsgutachterverfahren. 31

a) § 18 Abs. 5 S. 1 ARB 94 begründet einen Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten für die Tätigkeit im Schiedsgutachterverfahren, wenn – wie hier – der Schiedsgutachter feststellt, dass die Leistungsverweigerung ganz oder teilweise unberechtigt war. Dem steht nicht entgegen, dass gemäß § 3 Abs. 2 h) ARB 94 der Rechtsschutzversicherer grundsätzlich nicht die Kosten für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem zugrunde liegenden Rechtsschutzversicherungsvertrag zu tragen hat und das Schiedsgutachterverfahren Teil des Verfahrens auf Erlangung von Deckungsschutz ist. Für den Kostenerstattungsanspruch ist ohne Bedeutung, ob durch die Vertretung im Schiedsgutachterverfahren zusätzliche Gebühren entstanden sind, die über die allgemeine Geschäftsgebühr für die Geltendmachung des Deckungsanspruchs gegenüber dem Versicherer hinausgehen. 32

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind AVB so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer die Allgemeinen Bedingungen bei verständiger Würdigung, aufmerkamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten 33

eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse an (vgl. nur BGH VersR 92, 349; VersR 93, 957; r + s 2001, 260).

- bb) Aus dem erkennbaren Sinnzusammenhang zwischen Satz 1 und 2 des § 18 Abs. 5 ARB 94 ergibt sich für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer, dass seine Kosten im Schiedsverfahren vom Versicherer zu tragen sind, wenn das Schiedsgutachterverfahren zumindest teilweise zu seinen Gunsten ausgeht. Kosten des Versicherungsnehmers im Schiedsgutachterverfahren fallen jedoch im allgemeinen nur bei der Beauftragung eines Rechtsanwalts an. Regelmäßig beauftragt der Versicherungsnehmer den Rechtsanwalt nicht erst für das Schiedsgutachterverfahren. Wollte man die Rechtsanwaltskosten in diesem Fall von der Erstattung ausnehmen, liefe die Kostenregelung zu Gunsten des Versicherungsnehmers weitgehend leer. Bei verständiger Auslegung unter angemessener Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen muss sich der Versicherungsnehmer darauf verlassen dürfen, dass der Rechtsschutzversicherer ihm im Falle eines günstigen Schiedsgutachtens seine Rechtsanwaltskosten erstattet. Einen vermeintlichen Widerspruch zum Ausschluss des Versicherungsschutzes bei Fragen des Deckungsschutzes gemäß § 3 Abs. 2 h) ARB 94 hätte der Versicherer durch eine andere Formulierung verhindern können. 34
- b) Herr Rechtsanwalt X. ist für den Kläger im Rahmen des Schiedsgutachterverfahren tätig geworden. Gegen die Berechnung der Geschäftsgebühr (Bl. 88 GA) in Höhe von 548,68 € (7,5/10 bei einem Gegenstandswert von 17.108,87 €) im Schiedsgutachterverfahren bestehen keine Bedenken. Einwendungen gegen die Berechnung hat die Beklagte nicht erhoben. 35
- c) Allerdings ist der geltend gemachte Zahlungsanspruch des Klägers gemäß § 5 Abs. 2 a) ARB 94 nur in Höhe von 60 € fällig, weil der Kläger nur diesen Betrag bisher auf die Position Vertretung im Schiedsgutachterverfahren an Herrn Rechtsanwalt X. gezahlt. 36
- aa) § 5 Abs. 2 a) ARB 94 regelt die Fälligkeit des Kostenübernahmeanspruchs gegen den Versicherer, der entweder Befreiungs- oder Erstattungsanspruch ist. Die Vorlage einer Kosten- oder Vorschussrechnung vermag lediglich die Fälligkeit eines Anspruchs des Versicherungsnehmers auf Befreiung von der Kostenschuld gegenüber dem Kostengläubiger zu begründen. Allgemein anerkannt ist, dass sich dieser Befreiungsanspruch erst dann in einen Zahlungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer wandelt, wenn der Versicherungsnehmer die Kosten gezahlt hat (vgl. nur OLG Hamm VersR 87, 92; Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 7. Aufl., § 5 ARB 94/2000, Rn. 16, § 2 ARB 75, Rn. 151; Prölss/Martin, VVG, 26. Aufl., § 5 ARB 94, Rn. 13). Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt ist der anwaltlich vertretene Kläger wiederholt hingewiesen worden, zuletzt in dem Verhandlungstermin vor dem Senat am 20. April 2004. Dennoch hat er seinen Antrag nicht umgestellt. 37
- bb) Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, dass sich die Beklagte auf die fehlende Fälligkeit des geltend gemachten Zahlungsanspruchs beruft. Dem Versicherer steht es grundsätzlich frei, wie er seine Verpflichtung zur Befreiung des Versicherungsnehmers von dessen Kostenschuld erfüllt (BGH VersR 84, 530). Neben einer unmittelbaren Geldleistung an den Kostengläubiger ist die Schuldbefreiung auch auf andere Weise möglich, wie z. B. durch Vergleich oder Erlassvertrag mit dem Kostengläubiger oder ausnahmsweise durch Aufrechnung (Harbauer, a. a. O., § 2 ARB 75, Rn. 152 m. w. N.). Es besteht keine Veranlassung, über den Rechtsgedanken des § 242 BGB dieses Wahlrecht des Versicherers zu beschränken. Es sind keine berechtigten Interessen des anwaltlich vertretenen Klägers ersichtlich, die erklären könnten, warum der Kläger trotz der rechtlichen Hinweise an dem geltend gemachten Zahlungsanspruch festgehalten und nicht zumindest hilfsweise Befreiung 38

beantragt hat.

4. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Prozesskostenvorschusses in Höhe von 358,68 €. Die Beklagte beruft sich insoweit zu Recht auf Leistungsfreiheit wegen Verletzung der Warteobliegenheit gemäß § 17 Abs. 5 c) bb) und 6 ARB 94. 39

a) Eine Klageerhebung wegen der weiteren Gewinnzusagen verstößt objektiv gegen die Warteobliegenheit gemäß § 17 Abs. 5 c) bb) ARB 94. Das Verfahren über die erste Gewinnzusage hat tatsächliche und rechtliche Bedeutung im Sinne eines Musterprozesses für die Rechtsstreitigkeiten auch über die weiteren Gewinnzusagen des D.-Versandes. Die Revision ist zur Zeit beim Bundesgerichtshof anhängig. Eine rechtskräftige Entscheidung liegt noch nicht vor. Nachteile, die dem Kläger durch ein Abwarten der Rechtskraft des ersten Verfahrens drohen, sind nicht ersichtlich. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die ohnehin zweifelhaften Vollstreckungsaussichten gegen die im Ausland ansässigen Firmen durch ein Abwarten der Entscheidung des Bundesgerichtshofs verschlechtern. Der pauschale Vortrag des Klägers zu einem etwaigen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern entbehrt jeglicher Tatsachengrundlage. 40

b) Liegt damit objektiv eine Verletzung der Warteobliegenheit vor, so wird gemäß §§ 17 Abs. 6 ARB 94, 6 Abs. 3 VVG Vorsatz des Versicherungsnehmers vermutet. Die gesetzliche Vorsatzvermutung hat der Kläger nicht entkräftet. Den ihm nach § 17 Abs. 6 Satz 2 ARB 94 obliegenden Kausalitätsgegenbeweis hat er nicht geführt. 41

c) Einer Leistungsfreiheit wegen Verletzung der Warteobliegenheit steht nicht das Schiedsgutachten entgegen. Schon nach dem Wortlaut des § 18 ARB 94 bezieht sich die Entscheidung des Schiedsgutachters nicht auf Obliegenheiten des Versicherungsnehmers. Vielmehr hat der Versicherungsnehmer die Obliegenheiten unabhängig von dem Ausgang des Schiedsgutachtens zu beachten. Deshalb ist es unerheblich, dass der Schiedsgutachter im vorliegenden Fall Kenntnis von dem Vorprozess hatte und diesen Umstand in seine Entscheidung über die Mutwilligkeit miteinbeziehen konnte. Ein positives Schiedsgutachten hindert die Beklagte nicht, sich auf eine Obliegenheitsverletzung zu berufen (so auch OLG Celle ZfS 1990, 378 zu den ARB 75). 42

5. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der hilfsweise geltend gemachten Geschäftsgebühr. Die Entstehung einer Geschäftsgebühr über die zuerkannte Beratungsgebühr hinaus ist nicht nachvollziehbar dargetan. Nach dem Inhalt der Klageschrift hat Herr Rechtsanwalt X. den Kläger bezüglich der weiteren Gewinnzusagen nur beraten. Mahnschreiben an den Versender hat der Kläger selbst abgefasst. Die Entstehung einer Geschäftsgebühr lässt sich nicht aus dem Vortrag des Klägers herleiten, wonach Herr Rechtsanwalt X. bereits umfangreiche Recherchen zur Ermittlung des Versenders angestellt haben soll. Das bereits rechtshängige Verfahren über die erste Gewinnzusage und die Ansprüche aus den streitgegenständlichen Gewinnzusagen betreffen dieselben Anspruchsgegner. Die anwaltlichen Recherchen lassen sich deshalb nicht eindeutig dem vorliegenden Rechtsschutzfall zuordnen. 43

6. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von 418,47 € für die geltend gemachte Besprechungsgebühr aus § 286 Abs. 1 BGB a. F. Gemäß Art. 229 § 4 EGBGB sind auf das Schuldverhältnis die bis zum 31.12.2001 geltenden Vorschriften anwendbar. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte sich im Zeitpunkt der Besprechung Anfang Februar 2002 bereits im Verzug befand. Jedenfalls ist die Entstehung der Besprechungsgebühr nicht adäquat kausal auf eine Verzögerung der Leistung 44

zurückzuführen. Der Kläger hatte Herrn Rechtsanwalt X. von Anfang an mit der Geltendmachung seiner Ansprüche aus der Rechtsschutzversicherung gegenüber der Beklagten beauftragt und nicht erst nach Verzugseintritt. Die Besprechung zwischen dem Rechtsanwalt des Klägers und dem Sachbearbeiter der Beklagten diene allgemein der Regelung des vorliegenden Rechtsschutzfalls. Sie stand in keinem Zusammenhang mit einem etwaigen Verzug der Beklagten.

7. Prozesszinsen gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB kann der Kläger erst nach Zustellung seines Schriftsatzes vom 16.9.2002 an die Beklagte am 26.9.2002 (Bl. 261 GA) verlangen, weil die Zahlungsschuld erst nach Mitteilung der erfolgten Zahlung gegenüber der Beklagten fällig wurde. 45

8. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs.1, 269 Abs. 3 S. 2, 344 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 46

9. Ein Anlass, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 47

Streitwert für das Berufungsverfahren: 2.459,78 € 48