

---

**Datum:** 08.04.2008  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 9. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 9 U 122/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2008:0408.9U122.07.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 24 O 433/06

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 19.04.2007 - 24 O 433/06 - teilweise abgeändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den ihm durch das Verfahren vor dem Amtsgericht Schöneberg - Az. 104 a C 471/05 - entstandenen Gerichts- und außergerichtlichen Kosten erster Instanz freizustellen.

Die in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten der Beklagten trägt die Beklagte zu 50 %. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers in erster Instanz trägt die Beklagte. Im Übrigen verbleibt es bei der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

<b><u>Gründe</u></b>	1
Ohne Tatbestand (gemäß §§ 540 Abs.2, 313 a Abs.1 ZPO)	2
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg.	3
I.	4
Die Klage ist mit dem geltend gemachten Freistellungsanspruch zulässig.	5
Es bedurfte keiner Entscheidung, ob der Versicherungsnehmer von seinem Rechtsschutzversicherer auch dann noch - unbeziffert – Freistellung verlangen kann, wenn dem Versicherungsnehmer bereits eine Bezifferung der angefallenen Kosten möglich ist. Denn dies ist vorliegend nicht der Fall. Aus der vom Senat beigezogenen Verfahrensakte des Amtsgerichts Schöneberg – Az. 104 a C 471/05 - ergibt sich, dass die Kosten für die erste Instanz des Mietrechtsstreits noch nicht feststehen. Eine Kostenfestsetzung entsprechend der in dem Berufungsurteil getroffenen geänderten Kostengrundentscheidung ist bislang nicht erfolgt, so dass der Kläger nach wie vor einen Anspruch auf Freistellung geltend machen kann.	6
Die weiteren, den Umfang des in der Berufungsbegründung angekündigten Antrags betreffenden Bestimmtheitsbedenken hat der Kläger durch die Klarstellung seines Antrags in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeräumt. Hierdurch ist klargestellt, dass der Kläger allein die Freistellung von dem ihn betreffenden Kostenanteil begehrt und mit der Berufung nicht der auf die Klägerin entfallende Kostenanteil erfasst werden soll.	7
II.	8
Die Klage ist auch begründet.	9
Die Beklagte ist aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag nach § 1 ARB 75 verpflichtet, den Kläger von den Kosten und Gebühren, die ihm durch den gegen ihn in erster Instanz beim Amtsgericht Schöneberg gerichteten Mietrechtsstreit erwachsen werden, freizustellen.	10
1.	11
Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf Leistungsfreiheit wegen fehlender Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung des Klägers in dem Mietrechtsstreit berufen. Dieses Recht ist der Beklagten verwehrt, weil sie dem Kläger diesen Ablehnungsgrund nicht unverzüglich mitgeteilt hat und ihn überdies bei der schließlich am 05.01.2006 erklärten Ablehnung nicht auf das für den Fall der Verneinung der Leistungspflicht in § 158n Satz 2 VVG vorgesehene Gutachterverfahren – vorliegend die Möglichkeit zur Herbeiführung eines Stichentscheides nach § 17 ARB 75 – hingewiesen hat.	12
Nach § 17 Abs.1 Satz 1 ARB 75 kann der Versicherer seine Leistungspflicht verneinen, wenn er der Auffassung ist, die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers biete keine hinreichende Aussicht auf Erfolg oder erscheine mutwillig. Macht der Versicherer von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch, hat er dies nach Satz 2 der Bestimmung dem Versicherungsnehmer unter Angabe der Gründe unverzüglich mitzuteilen. Diese Ablehnung muss und kann, wie sich bereits aus dem Zusammenhang der beiden vorgenannten beiden Regelungen ergibt, nur innerhalb des Zeitraums erfolgen, den der Versicherer bei sachgerechter, nicht schuldhaft verzögerter Prüfung für seine Entscheidung	13

benötigt. Die Prüfungspflicht des Versicherers beginnt, sobald der Versicherungsnehmer seine Obliegenheit nach § 15 Abs.1a) ARB 75 erfüllt hat, den Versicherer unverzüglich vollständig und wahrheitsgemäß über sämtliche Umstände des Versicherungsfalles zu unterrichten. Da sich der Versicherer bei Verletzung dieser Obliegenheit Leistungsfreiheit nach Maßgabe von § 15 Abs.2 ARB 75 ausbedungen hat, ist der Versicherer seinerseits nicht nur gehalten, die Leistungsablehnung wegen fehlender Erfolgsaussicht dem Versicherungsnehmer unverzüglich mitzuteilen, sondern auch die Prüfung der Erfolgsaussicht unverzüglich vorzunehmen, so dass ein Verstoß dagegen auf Seiten des Versicherers den Verlust dieses Ablehnungsrechts zur Folge hat (BGH VersR 2003, 638; OLG Köln, RuS 1991, 419).

So liegt der Fall hier. Der Beklagten lag die von der damaligen Vermieterin gegen die hiesigen Kläger, ihre Mieter, gerichtete Zahlungs- und Räumungsklage einschließlich deren Klageerwiderung seit dem 15.11.2005 vor. Diesen Unterlagen war zu entnehmen, dass unstreitig jedenfalls ein erheblicher Zahlungsrückstand bestand, der die erfolgte Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigte und vor diesem Hintergrund das Räumungs- und Zahlungsverlangen der klagenden Vermieterin begründete, mithin die Rechtsverteidigung der hiesigen Kläger erfolglos war. Die Ablehnungsentscheidung der Beklagten erfolgte allerdings nicht zeitnah, sondern erst unter dem 05.01.2006, d.h. etwa 7 Wochen später, und war damit nicht mehr unverzüglich iSd § 17 Abs.1 Satz 2 ARB 75 (s. BGH VersR 2003, 638 sowie OLG Köln, RuS 1991, 419). 14

Abgesehen davon ist der Beklagten die Berufung auf fehlende Erfolgsaussicht aber auch deshalb verwehrt, weil sie den Kläger bei ihrer am 05.01.2006 erklärten Ablehnung – und im übrigen auch bei ihrer zweiten Entscheidung vom 23.01.2006 - nicht auf die Möglichkeit des für diesen Fall vorgesehenen Gutachterverfahrens – vorliegend das Recht zur Herbeiführung eines Stichtentscheidendes - hingewiesen hat. Unterlässt der Versicherungsnehmer diesen Hinweis, gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers nach § 158 n Satz 3 VVG als anerkannt (OLG Köln RuS 2002, 289; Römer/Langheid, VVG, § 158 n Rz.6 m.w.N.). Der Hinweis auf die Möglichkeit des Gutachterverfahrens war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Die von der Beklagten insoweit angeführte Entscheidung des OLG Karlsruhe (VersR 1999, 613), nach der ein gesonderter Hinweis auf dieses Verfahren dann nicht erforderlich ist, wenn der Versicherungsnehmer bereits entsprechend unterrichtet ist und seine Rechte damit kennt, ist vorliegend nicht einschlägig. Es ist nicht feststellbar und wird von der Beklagten auch bereits nicht substantiiert behauptet, dass der Kläger über diese Kenntnis verfügt habe. 15

2. 16

Die Beklagte kann ihre Leistungspflicht auch nicht damit erfolgreich ablehnen, dass sie sich auf den Ausschlusstatbestand nach § 4 Abs.2 a ARB 75 beruft. Nach dieser Regelung ist die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aufgrund von Versicherungsfällen, die der Versicherungsnehmer vorsätzlich und rechtswidrig verursacht hat, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. 17

Zwar ist davon auszugehen, dass der Kläger – zusammen mit seiner Lebensgefährtin, der an vorliegendem Rechtsstreit erstinstanzlich beteiligten Klägerin – den Versicherungsfall vorsätzlich und rechtswidrig verursacht hat und damit die Voraussetzungen des Ausschlusstatbestandes an sich gegeben sind. 18

Nach § 14 Abs.3 ARB 75 gilt der Versicherungsfall in dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem der Versicherungsnehmer begonnen hat, gegen Rechtspflichten zu verstoßen. Maßgeblich 19

dafür, ob ein Ausschluss eingreift, ist die objektive Sachlage (Prölss/Martin, VVG, § 4 ARB 75 Rz.1), wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist. Ob der Versicherungsnehmer die Vorstellung hatte, es werde im Hinblick auf sein Verhalten zu Streitigkeiten und damit der Entstehung von Rechtskosten kommen, ist unerheblich (Prölss/Martin, VVG, § 4 ARB 75 Rz.40).

Der Versicherungsfall ist vorliegend zu dem Zeitpunkt eingetreten, als der bzw. die Kläger die Leistung der vertraglich geschuldeten Zahlungen auf Mietzins und Kautions an ihre Vermieterin unterlassen haben. Diesen Versicherungsfall haben die Kläger auch vorsätzlich herbeigeführt. Ihr unzulängliches Zahlungsverhalten führte zu mehreren Kündigungen seitens der Vermieterin und daran anschließend zu der Räumungs- und Zahlungsklage, die Gegenstand des Mietprozesses war. 20

Dass über das Vermögen der Klägerin bereits damals das Insolvenzverfahren eröffnet war, ist für die Bestimmung des Versicherungsfalls im Sinne der in Rede stehenden Ausschlussklausel unerheblich. Der Umstand der Insolvenz mag für die Frage der Wirksamkeit der Kündigungserklärungen von Bedeutung gewesen sein und sich später in dem Mietprozess überdies prozessual ausgewirkt haben. Im Hinblick auf die vorsätzlich erfolgte Verletzung von Zahlungspflichten und damit den Versicherungsfall ist er hingegen ohne Belang. Ebenso verhält es sich hinsichtlich des Umstands, dass die von der Vermieterin vorgerichtlich erklärten Kündigungen des Mietverhältnisses von einer Rechtspersönlichkeit mit GmbH-Zusatz ausgesprochen worden waren und deren Identität mit der Klägerin des Mietprozesses – jedenfalls zunächst – nicht ohne weiteres feststellbar war. Der Ausschlussstatbestand des § 4 Abs.2 a ARB 75 knüpft jedoch nicht an die Frage der Wirksamkeit oder auch die Erfolgsaussichten des (späteren) Zahlungs- und Räumungsprozesses, sondern an den Versicherungsfall – mithin das vorsätzliche unzulängliche Zahlungsverhalten der hiesigen Kläger – an. 21

Obwohl die Kläger mithin den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt haben und der Ausschlussstatbestand an sich gegeben ist, kann die Beklagte dennoch ihre Leistungsfreiheit auf diesen von ihr erstmals im Prozess geltend gemachten Umstand nicht mehr stützen. 22

Der Beklagten waren die dem Ausschlussstatbestand zugrunde liegenden Umstände – wie bereits vorstehend unter 1) ausgeführt – bereits zum Zeitpunkt ihrer am 05.01.2006 erklärten Deckungsablehnung bekannt. Damit war sie gehalten, den Ausschluss bereits in ihrer Ablehnungsentscheidung geltend zu machen, um den Klägern hierdurch die Möglichkeit einzuräumen, sich mit sämtlichen gegen ihre Leistungspflicht erhobenen Einwänden auseinander zu setzen und ihr weiteres Vorgehen von dem Ergebnis einer Überprüfung dieser Einwände abhängig zu machen und daran auszurichten. Dies hat die Beklagte nicht getan. Dadurch hat sie bei den Klägern ein Vertrauen darauf geschaffen, sie werde ihre Leistungspflicht auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt wegen eines - ihr im Zeitpunkt ihrer Entscheidung bereits bekannten - Ausschlussstatbestandes verneinen. Aufgrund dieses von der Beklagten geschaffenen Vertrauensstatbestandes ist es ihr nunmehr im Prozess verwehrt, erstmals ihre Einstandspflicht wegen des Ausschlussstatbestandes abzulehnen (vgl. OLG Köln, RuS 1997, 201; RuS 1988, 370 sowie 334; OLG Frankfurt, RuS 1997, 420). 23

3. 24

Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Freistellung ist - entgegen den Ausführungen des Landgerichts - nicht durch Erfüllung erloschen. 25

Unstreitig - und damit im Rahmen des Berufungsverfahrens zu berücksichtigen - sind die seitens der Beklagten erfolgten Zahlungen nicht für den fraglichen Mietrechtsstreit (Zahlungs- 26

und Räumungsklage), sondern für andere Angelegenheiten (drei Beschwerdeverfahren) erfolgt. Die Beklagte hat ihren – unzutreffenden - Vortrag zu dem erstinstanzlich erhobenen Erfüllungseinwand in dem Berufungsverfahren entsprechend korrigiert.

4.	27
Die von der Beklagten für andere Angelegenheiten vorgenommenen Zahlungen begründen zu ihren Gunsten auch keine sonstigen Rechte, die dem Erfolg der Klage entgegen stehen.	28
Soweit die Beklagte in der Berufungserwiderung aus den von ihr vorgenommenen Zahlungen "möglicherweise bestehende aufrechenbare Gegenforderungen" mit der Begründung ableitet, seitens der in allen drei Angelegenheiten unterlegenen Prozessgegnerin der Kläger seien gegebenenfalls bereits Kostenerstattungen an den Kläger erfolgt, erschöpft sich ihr Vortrag allein in Mutmaßungen, ist damit bereits nicht ausreichend substantiiert und eine Aufrechnung zudem auch nicht – was erforderlich wäre – eindeutig erklärt. Abgesehen davon würde eine Aufrechnung seitens der Beklagten gegenüber dem Kläger aber auch Bedenken im Hinblick auf die Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit der Forderungen begegnen. Gegenstand des klägerischen Anspruchs ist ein Freistellungsbegehren und kein Zahlungsbegehren. Überdies ist auch nicht feststellbar, dass die Prozessgegnerin des Klägers in den Beschwerdeverfahren an den Kläger selbst bereits Kostenerstattungen vorgenommen hat. Dies wäre jedoch Voraussetzung dafür, dass der Kläger die bereits gezahlten Beträge nach § 20 Abs.2 Satz 2 ARB 75 der Beklagten zu erstatten hätte.	29
Der Beklagten steht gegenüber dem Klageanspruch auch kein Zurückbehaltungsrecht zu, und zwar auch nicht im Hinblick auf etwaige Auskünfte, die der Kläger ihr im Rahmen seiner in § 20 Abs.3 ARB 75 normierten Unterstützungspflicht zu von der Gegenseite erhaltenen Kostenerstattungen zu erteilen hätte (vgl. insoweit Prölss/Martin, VVG, § 20 ARB 75 Rz.3).	30
Die Möglichkeit, ein Zurückbehaltungsrecht erstmals in zweiter Instanz geltend zu machen, richtet sich nach § 531 ZPO (Zöller, ZPO, 26. Auflage, § 533 Rz.17 m.w.N.). Zu den in § 531 Abs.2 ZPO genannten Voraussetzungen fehlt jeglicher Sachvortrag der Beklagten.	31
5.	32
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs.1, 100 Abs.1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.	33
Streitwert für beide Instanzen: 5.726.58 €	34