
Datum: 17.04.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 207/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0417.9U207.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 384/10

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers gegen das Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 06.07.2011 - 26 O 384/10 – werden zurückgewiesen.

2. Der Tenor des o.a. Urteils wird dahingehend neugefasst, dass Ziff. 1 wie folgt lautet:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes - und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft - oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 Euro; Ordnungshaft, zu vollziehen an den Vorstandsmitgliedern der Beklagten, insgesamt höchstens 2 Jahre) zu unterlassen,

beim Abschluss von Rechtsschutz-Versicherungsverträgen mit Verbrauchern

die nachstehend zitierte Klausel in neue Versicherungsverträge einzubeziehen

oder

sich bei der Abwicklung bestehender Verträge der genannten Art auf diese Klausel zu berufen

[die nachstehend kursiv und in eckigen Klammern abgedruckten Textbestandteile sind nicht Gegenstand des Verbots, sondern dienen nur seinem besseren Verständnis]:

„[§ 17 Verhalten nach Eintritt des Rechtsschutzfalles

(5) Der Versicherungsnehmer hat

c) soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden,

cc)] alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte.“

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet; im Übrigen darf die Beklagte die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist ein Verbraucherschutzverein; die Beklagte betreibt ein Versicherungsunternehmen. Der Kläger begehrt von der Beklagten Unterlassung der künftigen Verwendung einer in deren ARB enthaltenen Klausel sowie der Berufung auf diese Klausel im Rahmen von bestehenden Rechtsschutzversicherungsverträgen. Nach § 17 Abs. 5 c) cc) der ARB der Beklagten (Stand 01.01.2008, Anlage K 1, Bl. 15 ff. d.A.) hat der Versicherungsnehmer nach Eintritt eines Rechtsschutzfalles, „soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden,... alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte“. Die ARB enthalten

1

2

3

zudem in § 17 Abs. 6 folgende, im hiesigen Verfahren nicht angegriffene Klausel: „Wird eine der in den Absätzen 3 oder 5 genannten Obliegenheiten vorsätzlich verletzt, verliert der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz. Bei grob fahrlässiger Verletzung einer Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. (...) Weist der Versicherungsnehmer nach, dass er die Obliegenheit nicht grob fahrlässig verletzt hat, bleibt der Versicherungsschutz bestehen. Der Versicherungsschutz bleibt auch bestehen, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass die Verletzung der Obliegenheit weder für den Eintritt noch die Feststellung des Versicherungsfalls noch für die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung ursächlich war. Das gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit arglistig verletzt hat.“ Ältere Fassungen der ARB aus der Zeit vor Inkrafttreten des neuen VVG sehen dort schon für den Fall grober Fahrlässigkeit einen vollständigen Haftungsausschluss vor.

Die beanstandete Klausel entspricht den Klausелеmpfehlungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) und ist seit vielen Jahrzehnten sowohl Bestandteil der Musterbedingungen als auch der darauf basierenden ARB der Beklagten. Der Kläger mahnte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 23.06.2010 unter Fristsetzung bis zum 12.07.2010 ab und verlangte Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.085,04 Euro.

4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die beanstandete Klausel sei gemäß § 307 BGB unwirksam, weil sie sowohl intransparent als inhaltlich unangemessen benachteiligend sei. Die Klausel sei schon zu unbestimmt, da der durchschnittliche Versicherungsnehmer wegen der Vielzahl unklarer Begriffe („unnötig“, „Erschweren ... verursachen könnte“) und der von ihm nicht zu erwartenden Kenntnisse des Gerichtskosten- und Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes nicht absehen könne, welches konkrete Verhalten von ihm verlangt werde. Dies gelte auch, weil er sich Rechtskenntnisse seines Rechtsanwalts nicht zurechnen zu lassen habe und es auf etwaige Hinweis- und Aufklärungspflichten eines Anwalts bei der Mandatierung im Rahmen der Klauselkontrolle nicht ankomme. Bedenklich sei zudem, dass wegen der Formulierung „verursachen könnte“ auch alle in Betracht kommenden Verästelungen des Kostenrechts zu berücksichtigen seien.

5

Die Klausel sei inhaltlich unangemessen, weil sie dem Leitbild der §§ 6, 62 VVG a.F./§§ 28, 82 VVG n.F. widerspreche und zugleich wesentliche Rechte aus dem Versicherungsvertrag beschneide. Während nach § 28 VVG nur eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung sanktioniert werden dürfe, könne der (sei es kostenauslösende) Versuch einer außergerichtlichen Einigung nicht als schuldhaft angesehen werden, sondern entspreche der Schadensminderungsobligation aus § 82 VVG. Jedenfalls sei die Forderung eines vom Versicherungsnehmer subjektiv nicht erfüllbaren Verhaltens mit dem gesetzlichen Leitbild des Obliegenheitsrechts nicht in Einklang zu bringen. Die Klausel relativiere zudem das umfassende und hinsichtlich außergerichtlicher Rechtsverfolgung nicht eingeschränkte Leistungsversprechen gemäß §§ 1-6 ARB, da der Versicherungsnehmer nach der im Verbandsprozess vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung seinen Versicherungsschutz schon bei der bloßen Gefahr einer Kostenerhöhung etc. verliere.

6

Der Kläger hat ferner die Ansicht vertreten, dass er jedenfalls bei schwierigen Fällen wie dem vorliegenden berechtigt sei, zur Abmahnung externen anwaltlichen Sachverständigen beanspruchen zu dürfen. Der Kläger behauptet, dass er die rechtliche Prüfung nebst Abmahnung mit den eigenen beschränkten Ressourcen nicht leisten könne, wobei wegen der Details auf S. 17 ff. der Replik (Bl. 115 ff. d.A.) Bezug genommen wird.

7

Der Kläger hat beantragt,	8
I. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes - und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft - oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 Euro; Ordnungshaft, zu vollziehen an den Vorstandsmitgliedern der Beklagten, insgesamt höchstens 2 Jahre) zu unterlassen, beim Abschluss von Rechtsschutz-Versicherungsverträgen mit Verbrauchern die nachstehend zitierte Klausel in neue Versicherungsverträge einzubeziehen oder sich bei der Abwicklung bestehender Verträge der genannten Art auf diese Klausel zu berufen [die nachstehend kursiv und in eckigen Klammern abgedruckten Textbestandteile sind nicht Gegenstand des Verbots, sondern dienen nur seinem besseren Verständnis]:	9
„[§ 17 Verhalten nach Eintritt des Rechtsschutzfalles	10
(5) Der Versicherungsnehmer hat	11
c) soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden,	12
cc)] alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte.“	13
II. die Beklagte ferner zu verurteilen, zur Erstattung von auf Klägerseite vorgerichtlich angefallenen Rechtsverfolgungskosten 911,80 € an den Kläger zu bezahlen, dies zuzüglich Jahreszinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszins ab dem 13.07.2010.	14
Die Beklagte hat beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Die Beklagte hat die Klagebefugnis/Prozessführungsbefugnis gerügt und die Ansicht vertreten, der Kläger verfolge nicht Verbraucherinteressen, sondern letztlich Partikularinteressen der im Arbeitsrecht tätigen Rechtsanwälte an einer Gebührenoptimierung durch gesonderte Mandatierungen zur außergerichtlichen Vertretung. Den Verbraucherinteressen werde – gerade auch in arbeitsrechtlichen Sachverhalten mit drohenden Fristabläufen nach § 4 KSchG - Genüge getan durch sofortige Erteilung eines Prozessauftrages, welcher wegen § 19 Abs. 1 Nr. 2 RVG selbstverständlich auch außergerichtliche Verhandlungen umfasse. Die Beklagte hat ferner die Ansicht vertreten, die Klausel sei wirksam. Sie sei nicht intransparent. Von einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer könne erwartet werden, dass er nach ordnungsgemäßer anwaltlicher Beratung Vor- und Nachteile auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten abwäge und erkennen könne, dass eine sofortige Erteilung eines Prozessauftrages weniger Kosten verursacht als eine gesonderte Beauftragung zu außergerichtlichen Einigungsversuchen. Die Klausel sei insofern auch eine Ausformung des § 62 Abs. 1 VVG a.F./§ 82 Abs. 1 VVG n.F./§ 254 BGB und verstoße nicht gegen gesetzliche Leitbilder. Dies gelte umso mehr, als ein Anwalt wegen Verletzung seiner sich aus dem Mandatsvertrag ergebenden Verpflichtung, den kostengünstigsten Weg für den Mandanten zu wählen, weitergehende Gebührenansprüche gegen den Mandanten nicht durchsetzen könne.	17
Die Beklagte hat ferner die Ansicht vertreten, es fehle im Neugeschäft an der für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen Wiederholungsgefahr angesichts einer Umstellung der ARB unabhängig von und zeitlich im Vorfeld der Abmahnung. Hierzu hat sie behauptet, sie	18

verwende seit dem 01.01.2011 nur noch die auf Basis der neuen Musterbedingungen des GDV erstellten ARB 2010 (Anlage KE 1, Bl. 66 ff. d.A.), die die streitgegenständliche Klausel nicht mehr enthalten – was der Kläger mit Nichtwissen bestritten hat.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, „es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes – und für den Fall, dass jenes nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft – oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00; Ordnungshaft zu vollziehen ab den Vorstandsmitgliedern der Beklagten, insgesamt höchstens 2 Jahre), zu unterlassen, beim Abschluss von Rechtsschutz-Versicherungsverträgen mit Verbrauchern die nachstehend zitierte Klausel in neue Versicherungsverträge einzubeziehen oder sich bei der Abwicklung bestehender Verträge der genannten Art auf diese Klausel zu berufen 19

[die nachstehend kursiv und in eckigen Klammern abgedruckten Textbestandteile sind nicht Gegenstand des Verbots, sondern dienen nur seinem besseren Verständnis] 20

„[...]“ 21

§ 17 Verhalten nach Eintritt des Rechtsschutzfalles 22

[...] 23

(5) Der Versicherungsnehmer hat 24

[...] 25

c) soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden, 26

[...] 27

cc) alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte. 28

[...]“ 29

Zudem hat es die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an den Kläger 200,00 Euro zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.07.2010 zu zahlen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Kläger sei befugt, den Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG geltend zu machen. Er sei als qualifizierte Einrichtung i.S.v. § 4 Abs. 2 Satz 1 UKlaG gemäß § 3 Abs. 1 Nr.1 UKlaG aktivlegitimiert, in die Liste nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragen und nehme satzungsgemäß und im vorliegenden Fall Verbraucherinteressen wahr. Die von der Beklagten benutzte Formulierung stelle kontrollfähige Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. § 1 UKlaG setze nicht voraus, dass die Bestimmungen selbst verbraucherschützende Normen seien und der Kläger im Einzelfall im Interesse des Verbraucherschutzes tätig werde. Die angegriffene Formulierung sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, denn sie genüge nicht den Anforderungen des Transparenzgebots. Die Klausel lasse die mit ihr bezweckte Auferlegung einer Schadensminderungsobliegenheit und die danach zu erfüllenden Handlungspflichten für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht hinreichend deutlich, verständlich und in ihrem Umfang bestimmbar erkennen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer könne weder aus eigenem Wissen eine Bewertung vornehmen, ob und wann eine durch seinen Rechtsvertreter durchzuführende Handlung notwendigerweise veranlasst ist, noch seien ihm die Kostenfolgen des RVG und GKG überhaupt bekannt bzw. Kenntnisse dazu von ihm zu erwarten. Die 30

Klausel sei auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Abweichung von dem in § 82 VVG (§ 62 VVG a. F.) enthaltenen gesetzlichen Leitbild unwirksam. Der Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung als Schadensminderungsmaßnahme könne nicht gleichzeitig im Sinne von § 82 Abs. 1 VVG geboten und von der angegriffenen Klausel als Verstoß einer Schadensminderungsobliegenheit mit der Folge der Leistungsbeschränkung gewertet werden. Daneben knüpfe die Formulierung allein an die objektive Verletzung der postulierten Schadensminderungsobliegenheiten an (...alles zu vermeiden, was... verursachen könnte“) und weiche so von dem gesetzlichen Leitbild der nur verschuldensabhängigen Leistungsfreistellung des Versicherers in § 6 VVG a.F., § 28 VVG n.F. ab. In diesem Zusammenhang seien dem Versicherungsnehmer unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt Fachkenntnisse des im Versicherungsfall von ihm zur Wahrnehmung seiner Interessen beauftragten Rechtsanwalts zuzurechnen. Die Verwendung der unwirksamen Formulierung begründe eine tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr. Diese sei nicht durch Verwendung anderer Bedingungen für das Neuvertragsgeschäft ausgeräumt. Der Kläger könne Ersatz der Abmahnkosten aber lediglich in Höhe einer Kostenpauschale von 200,- € verlangen, da beim Kläger vom Bestehen einer hinreichenden Sachkunde zur Verfolgung durchschnittlich schwieriger Verstöße gegen die §§ 307-309 BGB auszugehen sei und ein nicht überdurchschnittlich schwieriger Fall vorliege. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil und die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Hiergegen wenden sich die Berufung der Beklagten, mit der diese Klageabweisung verfolgt, 31
sowie die Anschlussberufung des Klägers, mit der der dieser sein Begehren auf
Kostenerstattung weiterverfolgt. Die Beklagte vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und rügt
unrichtige Rechtsanwendung. Die Beklagte ist der Ansicht, angesichts der Änderung der ARB
liege hinsichtlich des Neugeschäfts eine Widerlegung der Vermutung der
Wiederholungsgefahr vor. Bei der Transparenzkontrolle habe das Landgericht die
Anforderungen überspannt; die Norm sei eine Konkretisierung des § 82 VVG n.F. und gleich
klar und verständlich. Es gehe nicht darum, außergerichtliche Streitbeilegungsversuche zu
verwehren, da auch bei einem kostengünstigen einheitlichen Prozessauftrag der
Rechtsanwalt dazu gehalten sei und die streitgegenständliche Klausel nur isolierte
Beauftragungen bekämpfe. Zudem werde die Verständnismöglichkeit des
Versicherungsnehmers durch die durch den beauftragten Rechtsanwalt geschuldete
Belehrung über die kostenmäßigen Auswirkungen ausgeformt.

Die Beklagte beantragt, 32

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Köln vom 33
06.07.2011, Az.: 26 O 384/10, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 34

die Berufung zurückzuweisen. 35

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil im Umfang seines Obsiegens unter Vertiefung 36
des erstinstanzlichen Vortrages. Insbesondere bestehe bis zur Abgabe einer strafbewehrten
Unterlassungsverpflichtungserklärung eine Vermutung der Wiederholungsgefahr sowohl im
Bestands- als im Neugeschäft, zumal die Beklagte sonst wieder zu früheren
Klauselgestaltungen zurückkehren könne. Der Kläger ist weiterhin der Ansicht, dass die
Klausel intransparent sei. Der Klauselverwender müsse - auch und gerade im
Versicherungsbereich wegen der produktkonstituierenden Funktion - bei der Ausgestaltung
gesetzlicher Bestimmungen u.U. strengeren Grenzen genügen als der Gesetzgeber. Der

durchschnittliche Versicherungsnehmer könne nicht wissen, was Kostentatbestände seien, welche Handlungen darauf Einfluss nehmen, also eine „Erhöhung“ herbeiführen, wann dies „unnötig“ sei und wann es zu einer „Erschwerung der Erstattung“ komme bzw. sogar „kommen könnte“. Die Klausel sei auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Nach dem Denkmodell der Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV-RVG wolle der Gesetzgeber außergerichtliche Streitbeilegungen fördern; mit der Forderung nach unbedingten Klageaufträgen würden schutzwürdige Interessen der Versicherungsnehmer und der von ihnen beauftragten Rechtsanwälte verletzt.

Im Hinblick auf die Anschlussberufung ist der Kläger der Ansicht, er könne volle Kostenerstattung verlangen. Wenn schon ein Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung Abmahnkosten verlangen könne, dürfe für eine Verbraucherschutzeinrichtung nichts anderes gelten. Die Entscheidung des BGH vom 02.10.2008 (VersR 2009, 374 ff.) differenziere nicht zwischen Wettbewerbsverbänden mit idR leistungsfähigen Mitgliedern und Verbraucherschutzvereinen ohne solche Ausstattung. Eine Begrenzung der Kostenerstattung führe im Versicherungswesen wegen der weitgehend über den GDV vereinheitlichten Klauselgestaltung und wegen des Fehlens einer Gefahr entsprechender Abmahnungen durch Mitbewerber zu einem Kontrollvakuum und laufe Sinn und Zweck der Verbandsklagebefugnis zuwider. Tatsächlich seien die Möglichkeiten des Klägers beschränkt; der diesbezügliche erstinstanzliche Vortrag sei nicht ausreichend bestritten, im Übrigen wird Bezug genommen auf S. 11 ff. der Berufungserwiderung (Bl. 261 ff. d.A.) und S. 1 ff. des Schriftsatzes vom 10.01.2012 (Bl. 305 ff. d.A.).

Der Kläger beantragt im Wege der Anschlussberufung,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 06.07.2011 (26 O 384/10) in der Nr. 2 seines Entscheidungstenors dahingehend abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, 911,80 € nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 13.07.2010 an den Kläger zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil im Hinblick auf die Anschlussberufung und ist der Ansicht, der Kläger hätte zur Schonung seiner Ressourcen ggf. ein Musterverfahren betreiben können, statt gleichzeitig sämtliche Rechtsschutzversicherer abzumahn.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Sowohl Berufung als auch Anschlussberufung sind in formeller Hinsicht bedenkenfrei, aber nicht begründet.

1. An der geschäftsplanmäßigen Zuständigkeit des Senats bestehen entgegen dem Klägervortrag keinerlei Bedenken. Ziff. 2.4.3. des Geschäftsverteilungsplans des Oberlandesgerichts weist Berufungen in Rechtsstreitigkeiten nach dem UKlaG den Senaten in solchen Sachen zu, „in denen ein Senat aufgrund seiner Spezialzuständigkeit zu entscheiden hat“, so dass die vorliegende Klauselkontrolle (AVB von Rechtsschutzversicherungsverträgen) der (Spezial-)Zuständigkeit des Senats unterfällt. Zur

Meidung von Wiederholungen kann auf den diesbezüglich geführten Schriftverkehr verwiesen werden (Klagerschriftsatz vom 26.10.2011, Bl. 281 ff. d.A.; Schreiben der Vorsitzenden vom 02.11.2011, Bl. 284 f. d.A.; Klagerschriftsatz v. 31.10.2011, Bl. 286 f. d.A. sowie Klagerschriftsatz vom 08.11.2011, Bl. 290 ff. d.A.; Schreiben der Vorsitzenden vom 02.11.2011, Bl. 328 f. d.A.; Schreiben des Präsidenten des Oberlandesgerichts vom 23.11.2011, Bl. 314 d.A.; Schreiben des Klägervertreters an den Präsidenten des Oberlandesgerichts vom 28.11.2011, Bl. 316 ff. d.A., Antwortschreiben des Präsidenten des Oberlandesgerichts vom 13.12.2011, Bl. 318 ff. d.A.; Schreiben des Klägervertreters an den Präsidenten des Oberlandesgerichts vom 02.01.2012, Bl. 322 d.A.). Die Auslegung des Geschäftsverteilungsplans richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Rechtsnormen. Dabei hat auch die gewachsene Übung des Gerichts maßgebliche Bedeutung (BVerwGE 44, 218; BVerwG DÖV 1976, 747; BFH 1981 BStBl. II S. 400), die Regelungen im Geschäftsverteilungsplan sind von Beginn an entsprechend gehandhabt und vom Präsidium erkennbar genau mit dieser Intention geschaffen worden.

Ob daneben nicht zudem die Entscheidung des Präsidiums auf die hiesige Vorlage vom 15.11.2011 (Bl. 293 d.A.) bindende Wirkung entfaltet (dazu etwa BGH NJW 2000, 80; zum Problem allg. MüKo-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl. 2008, § 21 f GVG Rn. 46 f.) oder dem entgegensteht, dass es im Vorfeld keine sog. negative Kompetenzstreitigkeit zwischen dem 9. und 6. Zivilsenat gegeben hat, sondern die Vorlage allein auf Antrag des Klägers erfolgt ist, kann und soll daher dahinstehen.

47

48

2. Die Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

49

a) Der Kläger ist eine „qualifizierte Einrichtung“ i.S.d. § 4 UGKlaG. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG sind somit gewahrt, so dass offenbleiben kann, ob diese Vorschrift nicht nur die in der Begründetheit einer Klage zu prüfende Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation) regelt, sondern - entgegen dem Wortlaut - auch die in der Zulässigkeit von Amts wegen zu prüfende Prozessführungsbefugnis der genannten anspruchsberechtigten Stellen (so LG Berlin WRP 2011, 1422, 1423; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 3 UKlaG Rn. 2; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 30. Auf. 2012, § 3 UKlaG Rn. 3. AA. Balzer, NJW 1992, 2721, 2726; Greger, NJW 2000, 2457; Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearb. 2006, § 1 UKlaG Rn. 9). Soweit die Beklagte andeutet, dass das vorliegende Verfahren nicht zu Verbraucherschutz Zwecken geführt werde, sondern Partikularinteressen der (insbesondere arbeitsrechtlichen) Anwaltschaft und speziell deren Gebühreninteressen diene, ist schon fraglich, ob ein solcher Einwand im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG überhaupt zu prüfen wäre, da die Norm weiter gefasst ist als § 2 Abs. 1 UKlaG, der ein Vorgehen „Im Interesse des Verbraucherschutzes“ verlangt. Dies kann jedoch dahinstehen, da es dem Kläger erkennbar darum geht, Rechtsunsicherheiten für die Versicherungsnehmer (i.d.R. Verbraucher) aus der Welt zu schaffen, die sich zwangsläufig ergeben, wenn diese (zufällig) von der Beklagten an den Pranger gestellte „Gebührenoptimierer“ mandatieren sollten und wegen der streitgegenständlichen Klausel dann fast zwangsläufig Probleme mit der Kostenerstattung ins Haus stehen.

51

b) Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG zu.

52

aa) Die Beklagte hat hier gemäß § 307 BGB unwirksame Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet. Der Senat hat bereits im Hinweisbeschluss vom

53

03.09.2010 - Az.: 9 U 105/10 - (nicht veröffentlicht) unter Bezug auf die Terminsnachricht des BGH im Verfahren IV ZR 352/07 ausgeführt, dass § 17 Abs. 5 c) cc) ARB 2000 wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und das Leitbild der §§ 6, 62 VVG a.F. nach § 307 BGB unwirksam ist und dies in Anlehnung an *Wendt* (r + s 2010, 221) damit begründet, dass das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht nur eine möglichst klare und durchschaubare Darstellung der Rechte und Pflichten des Vertragspartners in einer für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer verständlichen Formulierung verlangt, sondern zusätzlich, dass ihm auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit vermittelt werden, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann und insoweit erhebliche Bedenken an der Wirksamkeit der genannten Klausel bestehen. Daran ist weiterhin festzuhalten; die beanstandete Klausel ist unwirksam (so auch OLG München, VersR 2012, 313; OLG Celle, r + s 2011, 515; OLG Karlsruhe v. 15.11.2011 – 12 U 104/11, BeckRS 2011, 26653; OLG Hamm, r + s 2011, 471; LG Dortmund v. 30.06.2011 – 2 = 420/10, BeckRS 2011, 19660; aus dem Schrifttum Harbauer/Bauer, Rechtsschutzversicherung, 8. Aufl. 2010, § 17 ARB 2000 Rn. 76a; *ders.*, NJW 2011, 646; *Cornelius-Winkler*, r + s 2010, 89; r + s 2011, 141; *Lensing*, VuR 2011, 290; *Veith*, r + s 2010, 458, 459; vertiefend *Wendt*, MDR 2010, 1168, 1170).

(1) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die streitgegenständliche Klausel die Versicherungsnehmer wegen Verstoßes gegen das sich aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebende Transparenzgebot unangemessen benachteiligt und deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. 54

(a) Kontrollfreiheit besteht hinsichtlich des Transparenzgebots dabei schon gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, so dass es an dieser Stelle nicht auf die Frage ankommt, ob die streitgegenständliche Klausel gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung enthält (dazu unten bb). 55

(b) Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender allgemeiner Versicherungsbedingungen gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass eine Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse, auf dessen Verständnismöglichkeiten abzustellen ist (BGH, NJW 1993, 2369 f., NJW 2004, 2589, 2590; NJW-RR 2005, 902, 903; 2008, 1123, 1125), verständlich ist. Zusätzlich gebieten Treu und Glauben vielmehr, dass eine Klausel auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH, NJW-RR 2008, 1123, 1125; NJW 1999, 2279, 2280; 1998, 454). Jede Klauselfassung muss dabei der Gefahr vorbeugen, dass der Kunde von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in der Klausel getroffene Regelung abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (BGH, NJW-RR 2008, 251; NJW 2006, 211, 213; NJW 2001, 292). Gerade bei versicherungsvertraglichen Obliegenheiten muss dem Versicherungsnehmer danach klar und deutlich gemacht werden, was von ihm im Einzelnen verlangt wird, um nicht einen Verstoß (auch) gegen das Transparenzgebot zu provozieren (BGH, r + s 2009, 497). 56

Diesen Anforderungen genügt die streitgegenständliche Klausel nicht. Mit der Formulierung „alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte“ wird dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht klar gemacht, was er zu tun oder zu unterlassen hat, um sich 57

keinem Vorwurf einer objektiven Obliegenheitsverletzung ausgesetzt zu sehen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer ist kein „Kostenfachmann“ und kann daher schon per se nicht beurteilen, in welchen Fällen durch sein Verhalten überhaupt eine „Erhöhung der Kosten“ oder „eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite“ verursacht wird, geschweige denn, wann eine Kostenerhöhung „unnötig“ ist oder eine Erhöhung/Erschwerung nur verursacht werden „könnte“. Gerade letzteres schließt sprachlich sogar Fälle ein, in denen eine auch nur fern liegende Möglichkeit einer Kostenerhöhung oder Erschwerung der Kostenerstattung im Raum steht, würde also etwa bei allen streitigen Gebührenfragen ein Vorgehen schon hemmen können. All diese Aspekte setzen vertiefte Kenntnisse insbesondere des Gerichtskostengesetzes, des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes, des materiellen Kostenerstattungsrechts sowie des Prozessrechts voraus, von denen sicher auszuschließen ist, dass sie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer besitzt, der eben gerade nicht über eine gut bestandene Rechtspflegerausbildung verfügt, wie sie zum Verständnis der Klausel (mindestens) erforderlich wäre (vgl. dazu *Wendt*, MDR 2010, 1168, 1170).

Soweit die Beklagte meint, dass die Verständnismöglichkeiten des Versicherungsnehmers „... durch die durch den beauftragten Rechtsanwalt im Rahmen des Mandatsvertrages geschuldete Belehrung über die kostenmäßigen Auswirkungen ausgeformt“ (Bl. 244 d.A.) würden, geht das fehl. Maßgeblich ist im Rahmen der Transparenzkontrolle allein und ausschließlich der Verständnishorizont des durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Versicherungsnehmers, der sich bei Vertragsschluss über seine versicherungsvertraglichen Rechte und Pflichten klar werden können soll. Etwaige spätere Belehrungen des Anwalts - von zudem nicht klar ist, ob und (wenn ja) wie genau sie tatsächlich erfolgen - können mithin den Verständnishorizont nicht erweitern oder sonst wie beeinflussen. Zudem kann der durchschnittliche Versicherungsnehmer der Klausel auch nicht einmal entnehmen, dass es Probleme gibt, deren Lösung derzeit noch niemand von ihm erwartet und erwarten kann, zu denen er bei einem späteren Rechtsschutzfall aber seinen Anwalt unbedingt befragen muss, denn auch dazu ist die Klausel viel zu unklar. 58

Es sind auch nicht etwa beim durchschnittlichen Versicherungsnehmer zumindest „rudimentäre Kenntnisse“ zu verlangen (deren Eingrenzung ohnehin nur noch mehr Fragen aufwerfen müsste). Soweit unter den Parteien des Rechtsstreits sowie in den beiden Parallelverfahren in diesem Zusammenhang vor allem arbeitsrechtliche Konstellationen diskutiert werden, ist zwar zutreffend, dass die Anwendbarkeit der streitgegenständlichen Klausel bisher schwerpunktmäßig im Rahmen von arbeitsrechtlichen Fragestellungen diskutiert wird (van Bühren/*Plote/Plote*, ARH, 2. Aufl. 2008, § 17 ARB Rn. 33a; Harbauer/*Bauer*, Rechtsschutzversicherung, 8. Aufl. 2010, § 17 ARB 2000 Rn. 69 f.; *Orbarowski*, VersR 2008, 1178, 1186). All dies erschließt sich dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer aber schon nicht. Verkannt wird zudem, dass durch die Abschaffung der weitgehenden Anrechnungsregelung in § 118 Abs. 2 S. 1 BRAGO a.F. und Einführung der komplizierten Verrechnungsregelungen in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG i.V.m. Nr. 2300 VV RVG, § 15a RVG heute in nahezu allen bürgerlich-rechtlichen Auseinandersetzungen das Problem der vorgerichtlichen Anwaltskosten auftreten und damit auch die streitgegenständliche Klausel virulent werden kann (wie hier und generell auf die außergerichtliche Interessenwahrnehmung nach dem RVG abstellend *Prölss/Martin/Armbrüster*, VVG, 28. Aufl. 2010, § 17 ARB 2008/II Rn. 36; zum alten Recht stellten sich vergleichbare Fragen nur bei der sog. Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO a.F., die nicht nach § 118 Abs. 2 S. 1 BRAGO a.F. anzurechnen war, dazu LG München I AGS 2005, 365 mit Anm. *N. Schneider*). Bei der Thematik handelt es sich – wie auch die Diskussionen um § 15a RVG gezeigt haben – um ein geradezu typisches Begleitproblem in Zivilprozessen, in denen fast 59

regelmäßig vorgerichtliche Anwaltskosten klage- oder widerklageweisend als Nebenforderung geltend gemacht werden. Schon dies macht deutlich, dass es nicht um wenige arbeitsrechtliche „Gebührenoptimierer“ geht, sondern um die breite Masse der Fälle, die die weit gefasst Klausel jedenfalls abstrakt – bei im Rahmen des Verbandsklageprozesses gebotener kundenfeindlichster Auslegung (dazu etwa BGH, VersR 2010, 950) – allesamt zu erfassen geeignet ist.

Insofern ist der Beklagten zwar zuzustimmen, dass sie dem Versicherungsnehmer u.U. nicht jeden (sinnvollen) Versuch einer außergerichtlichen Einigung aus der Hand schlagen möchte. In der Tat kann ein unbedingter Prozessauftrag mit der konkreten Anweisung zu einem vorausgehenden Versuch der außergerichtlichen Einigung zur Erreichung dieses Ziels genügen. Es entspricht einhelliger Auffassung zu § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RVG, dass nach Erteilung eines Verfahrens- oder Prozessauftrages geführte außergerichtliche Verhandlungen keinen gesonderten Gebührentatbestand erfüllen, sondern von der Verfahrensgebühr mit umfasst sind (Mayer/Kroiß/Ebert, RVG, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 23; Schneider/Wolf/Mock/N.Schneider/Wolf, AnwaltKommentar RVG, 5. Aufl. 2010, § 19 Rn. 11, 15, 18; Baumgärtel/Hergenröder/Houben/Hergenröder, RVG, 15. Aufl. 2011, § 19 Rn. 7 ff.; siehe zu § 118 BRAGO auch BGH AnwBl. 1969, 15). All dies ist dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer aber nicht bekannt und im Übrigen wertungsmäßig auch nicht immer leicht nachvollziehbar. Schon die aus § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RVG abgeleitete Feinheit, dass es einen Auftrag zu einem Prozess geben kann, der (eigentlich) gar nicht geführt werden soll, weil man erst einmal nur außergerichtliche Bemühungen anstoßen will, wird einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer so kaum zu vermitteln sein bzw. wird ihm jedenfalls – und das ist hier maßgeblich - in der streitgegenständlichen Klausel auch nicht einmal ansatzweise verdeutlicht. 60

Es ist auch nicht so, dass die streitgegenständliche Klausel lediglich die gesetzliche Rechtslage wiedergibt und sich kraft Gesetzesrechts nichts anderes ergäbe, wenn die Klausel entfallen würde: Die Frage, welche Maßnahmen der Versicherer aus der gesetzlichen Rettungsobliegenheit (§ 82 Abs. 1 VVG) von dem Versicherungsnehmer verlangen darf, bestimmt sich nach dem pflichtgemäßen Ermessen eines ordentlichen Versicherungsnehmers (BGH, NJW 1972, 1809, 1810). Diesen Maßstab hat die streitgegenständliche Klausel so aber nicht übernommen und eine Art „generalklauselartige“ uneingeschränkte Kostenvermeidungs- und -minderungspflicht des Versicherungsnehmers begründet (vgl. van Bühren/Plote/Plote, ARB, 2. Aufl. 2008, § 17 Rn. 22 ff.). 61

Schließlich ist auch die Argumentation des Landgerichts Mannheim im Urteil vom 5. April 2011 - 2 O 200/10 nicht überzeugend, es sei nicht ersichtlich, wie ein Versicherer die gesetzlich normierte Obliegenheit zur Schadensminderung nach Eintritt des Versicherungsfalls für den Vertragstyp der Rechtsschutzversicherung weniger abstrakter Weise umschreiben können soll. Immerhin ist dies mit den neuen GDV-Musterbedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2010, Stand: September 2010) versucht worden; ob dies geglückt ist (dazu kritisch *Cornelius-Winkler*, r + s 2011, 141; *Lensing*, VuR 2011, 290), bedarf hier keiner Entscheidung. Diese Versuche und Ansätze belegen jedenfalls auch, dass das Massengeschäft der Rechtsschutzversicherung auch trotz seiner besonderen Materie, die fast zwangsläufig zu einer gewissen Verknüpfung auch mit juristischen Fragen führen mag, jedenfalls nicht so komplex und kompliziert ist, dass vom Leitbild des durchschnittlichen Versicherers abzurücken sein könnte (dazu allg. *Römer/Langheid/Römer*, VVG, 3. Aufl. 2012, Vor § 1 Rn. 31, 71). 62

(2) Die streitgegenständliche Klausel ist - was das Landgericht ebenfalls zutreffend erkannt hat - auch deshalb unwirksam, weil sie gegen das Benachteiligungsverbot des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt.

(a) Die Inhaltskontrolle ist nicht durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Zum einen regelt die streitgegenständliche Klausel Obliegenheiten der Versicherungsnehmer nach Eintritt des Versicherungsfalls, also (kontrollfähige) Nebenabreden und nicht nur die Art und den Umfang der Hauptleistung, also den Kernbereich des versicherten Risikos. Zum anderen hat die Klausel nicht nur einen rein deklaratorischen Charakter, weil sie – was aber erforderlich wäre – nicht in jeder Hinsicht mit den Rechtsvorschriften, einschließlich der ungeschriebenen Rechtsgrundsätze und des Richterrechts, übereinstimmt und deswegen jeder konstitutiven Wirkung entbehren würde. 64

Die Klausel weicht zum einen von § 82 Abs. 1 VVG ab, wie oben bereits dargelegt. Ferner formuliert § 125 VVG, wonach der Rechtsschutzversicherer verpflichtet ist, die für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers oder des Versicherten erforderlichen Leistungen im vereinbarten Umfang zu erbringen, inhaltlich anders als die streitgegenständliche Klausel keine Obliegenheit des Versicherungsnehmers; zudem enthält die Klausel einen deutlich strengeren Maßstab als denjenigen der „Erforderlichkeit“. Deutlich enger gefasst ist auch § 86 Abs. 2 VVG, wonach der Versicherungsnehmer seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- und Fristvorschriften zu wahren und bei dessen Durchsetzung durch den Versicherer soweit erforderlich mitzuwirken hat. 65

(b) Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. 66

Zu den wesentlichen Grundgedanken des Rechts gehört, dass das Wesen einer gefahrverbeugenden, mit der Sanktion der Leistungsfreiheit verknüpften Obliegenheit darin besteht, dass sie dem Versicherungsnehmer nach Zustandekommen des Vertrags bestimmte Verhaltensweisen zur Erhaltung seines Versicherungsanspruchs vorschreibt, ihm also konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflichten auferlegt, die er beachten muss, wenn er sich seinen Versicherungsschutz erhalten will (BGH, NJW-RR 2008, 1061). Wenn die geforderten Verhaltensweisen nicht in einer Weise konkret beschrieben sind, die es dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs objektiv ermöglicht zu erkennen, zu welchen Handlungen oder Unterlassungen er verpflichtet wird, dann widerspricht dies dem höchstrichterlich geprägten Obliegenheitsbegriff. Denn es ist gerade Kennzeichen einer Obliegenheit, dass ein konkret bestimmtes Verhalten auferlegt wird (vgl. dazu schon BGH, MDR 1972, 219 und vor allem BGH, r + s 2009, 497; zur konkreten Klausel auch *Wendt*, MDR 2010, 1168, 1170 f. und ähnlich *Cornelius-Winkler*, r + s 2010, 89, 91; OLG München, a.a.O.). Die streitgegenständliche Klausel genügt dem aus den oben dargestellten Erwägungen heraus nicht und steht deswegen im Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Obliegenheitsbegriffs in §§ 28, 82 VVG. Denn hier kann - wie bereits dargelegt - der durchschnittliche Versicherungsnehmer gerade nicht klar erkennen, welche konkreten Verhaltensweisen ihm auferlegt werden sollen. 67

Ob mit dem Landgericht ein Verstoß gegen das Leitbild des § 82 VVG (auch) bereits darin zu sehen ist, dass nicht als Obliegenheit dasjenige sanktioniert werden könne, was als Schadensminderung eigentlich geboten sei, nämlich in der oben beschriebenen 68

Fallkonstellation der Versuch einer außergerichtlichen Einigung vor einem gerichtlichen Verfahren, kann dahinstehen, zumal die Klausel vorgerichtliche Einigungsbemühungen ja nicht per se zu unterbinden versucht. Ebenfalls dahingestellt bleiben kann, ob trotz der verschuldensabhängigen Regelung in § 17 Abs. 6 der ARB mit dem Landgericht ein Verstoß gegen das Leitbild des § 28 VVG (auch) daraus abgeleitet werden kann, dass hier nur an eine objektive Verletzung der Schadensminderungspflichten angeknüpft werde. Tatsächlich dürfte die Problematik der Klausel insoweit wohl darin zu sehen sein, dass ein Verweis auf den Verschuldensgegenbeweis eine unangemessene Benachteiligung darstellt, wenn - wie hier - schon auf Voraussetzungsseite der Umfang der Obliegenheiten nicht hinreichend genau bestimmt ist (so auch OLG Karlsruhe v. 15.11.2011 – 12 U 104/11, BeckRS 2011, 26653).

(c) Der Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, indiziert eine mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers (BGH, NJW 2001, 1419, 1421; NJW 2002, 2386, 2387). Gründe, die die streitgegenständliche Klausel gleichwohl als nicht unangemessen erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. 69

(3) Angesichts der festgestellten Klauselnichtigkeit kann offen bleiben, ob der Vortrag des Klägers, dass in Altverträgen keine Anpassung hinsichtlich der Verschuldensregelung in § 17 Abs. 6 ARB über Art. 1 Abs. 3 EGVVG erfolgt ist, ausreichend bestritten ist und – verneinendenfalls – wie die vom BGH (r +s 2012, 9, 11 Tz. 32) und Senat (r +s 2010, 406, 409) offengelassene Frage zu beantworten wäre, ob eine Nichtigkeit der Verschuldensregelung in Alt-AVB auch einen automatischen Wegfall der diese begleitenden Obliegenheitenregelung zur Folge hat (dazu MüKo-VVG/Wandt, 2010, § 28 Rn. 22 m.w.N.; HK-VVG/Felsch, 2. Aufl. § 28 Rn. 249 ff. m.w.N.). 70

bb) Auch die für einen Unterlassungsanspruch aus § 3 UKlaG anerkanntermaßen trotz Fehlens einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung zwingend erforderliche Wiederholungsgefahr (dazu BGHZ 81, 222, 225; BGH, NJW 2002, 2386; OLG Köln – 5. Senat, NJW-RR 2003, 316) liegt vor. Denn angesichts des festgestellten Verstoßes in Form jedenfalls der früheren Verwendung nichtiger AGB wird diese tatsächlich vermutet. 71

Die Vermutung ist auch nicht widerlegt. Hinsichtlich des Bestandsgeschäfts steht das im vorliegenden Fall letztlich außer Frage. Die Beklagte kann sich insbesondere nicht darauf berufen, dass die Terminsnachricht des BGH vom 22.05.2009 in Sachen IV ZR 352/07 „faktisch“ für sie wie eine Gesetzesänderung gewirkt haben mag (zum Wegfall der Wiederholungsgefahr in solchen Fällen Köhler/Bornkamm/Bornkamm, a.a.O., § 8 UWG Rn. 1.4.3. m.w.N.). Selbst angesichts der Tatsache, dass vormals in Rspr. und Schrifttum die Wirksamkeit der Klausel nie ernsthaft in Frage gestellt worden ist, setzten sogar Entscheidungen des BGH nicht etwa ex nunc neues Recht, sondern decken nur die schon immer geltende Rechtslage deklaratorisch auf. 72

Auch hinsichtlich des Neugeschäfts gilt nichts anderes: Zwar ist richtig, dass in Ausnahmefällen auch ohne Abgabe einer grundsätzlich gebotenen strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen kann. Ob dies aber überhaupt auch dann noch möglich ist, wenn der Verwender – wie hier – im Prozess die Wirksamkeit der Klausel weiterhin verteidigt, hat der BGH offen gelassen (BGH, NJW-RR 2000, 485, 487). Selbst wenn man dies für möglich halten wollte, wäre zumindest erforderlich, dass der Verwender schon vor der Inanspruchnahme aus sich heraus alles getan hat, um neue Verletzungshandlungen zu verhüten und zudem dem Verletzten Genugtuung zu gewähren (*Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 7 Rn. 6). Allein das Ändern der angegriffenen Klausel - sei es auch schon vor einer Abmahnung - 73

genügt dafür aber grundsätzlich nicht (Köhler/Bornkamm/Köhler, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 10; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 8). Anderes wäre hier allenfalls bei einem gleichzeitigen Nichtverteidigen der Wirksamkeit anzunehmen, weil dann ein theoretisch denkbare Zurückkehren zu alten Klauselfassungen unter dem Strich auch wegen der Kosten und Mühen fernliegend wäre (OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 778). So liegt der Fall aber nicht; vielmehr tritt hier sogar noch ergänzend hinzu, dass das Gesamtbild klar gegen die Beklagte spricht: Denn über das Verteidigen der Wirksamkeit der Klausel hinaus hat sie vor allem im Bestandsgeschäft keine durchgreifenden Schritte unternommen, insbesondere keine umfassende Information der Altvertragspartner, dass man aus den entsprechenden Bedingungen keine Rechte herleiten werde (dazu BGHZ 81, 222, 225; OLG Celle, OLGReport 1994, 113; OLG Hamm, OLGReport 1998, 269). Vor diesem Hintergrund kann die Beklagte sich auch nicht darauf stützen, dass im Versicherungswesen über den GdV weitgehend identische AVB verwendet werden und angesichts der von dort vorgelegten neuen Musterbedingungen eine Rückkehr zu den alten ARB fernliegend erscheinen mag. Denn jedenfalls wäre ein solches Verhalten nicht ausgeschlossen – zumal die Wirksamkeit der Klausel weiter verteidigt wird und auch eine Vielzahl anderer Versicherer die Klausel weiter verteidigt.

cc) Die Bundesanstalt hatte im Berufungsverfahren erneut gemäß § 8 Abs. 2 UKlaG Gelegenheit zur Stellungnahme und hat davon keinen Gebrauch gemacht. 74

3. Die Anschlussberufung des Klägers hat ebenfalls keinen Erfolg. 75

Aus § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG ergibt sich kein höherer Kostenerstattungsanspruch als hier - nebst Zinsen - bereits vom Landgericht zugesprochen. 76

Der Kläger kann von der Beklagten im konkreten Fall nicht auch Erstattung derjenigen Kosten verlangen, die durch die vorgerichtliche Beauftragung ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten zur Durchführung der Abmahnung verursacht worden sind. 77

Der o.a. Kostenerstattungsanspruch umfasst nach fast einhelliger Auffassung gerade nicht notwendig auch die Kosten für einen eingeschalteten Anwalt, der die Abmahnung formuliert; solche Kosten sind nur erstattungsfähig, wenn dessen Einschaltung wirklich „erforderlich“ war – was auch bei Verbänden, die wie hier der Kläger in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach §§ 4, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG eingetragen sind, i.d.R. schon per se nicht der Fall sein soll, da diese personell, sachlich und finanziell so ausgestattet sein müssen, dass sie auch ohne anwaltlichen Rat in der Lage sein müssen, durchschnittlich schwierige Verstöße etwa gegen §§ 307-309 BGB zu verfolgen (s. auch BT-Drucks. 15/1187, S. 25; OLG Köln – 20. Senat, VersR 2011, 101; KG, KGReport 2006, 155; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 5 UKlaG Rn. 6; Köhler/Bornkamm/Köhler, a.a.O., § 5 UKlaG Rn. 4; MüKo-ZPO/Micklitz, 3. Aufl. 2008, § 5 UKlaG Rn. 12 und zu § 91 ZPO BGH, VersR 2009, 374). Es bedarf keiner Entscheidung, ob diese enge Lesart jedenfalls im Rahmen des § 91 ZPO überzeugt, wo Verbände schon wegen § 78 ZPO einen Anwalt einschalten müssen (kritisch etwa Eckhard VuR 2009, 116 ff.). Auch die Einwände des Klägers zur fehlerhaften Gleichstellung von qualifizierten Einrichtungen mit den u.U. deutlich besser ausgestatteten Verbänden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG und den Kammern (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UKlaG) bedürfen keiner Vertiefung. 78

Denn jedenfalls für eher einfach gelagerte Fälle und eine rein vorgerichtliche Tätigkeit wie die der Abmahnung ist eine strengere Lesart angebracht. Angesichts der bereits erwähnten Terminsnachricht des BGH vom 22.05.2009 und dazu vorliegenden Erläuterungen des Bundesrichters X. war eine Abmahnung vorliegend einfach gelagert, was der Kläger auf S. 21 der Replik (Bl. 119 d.A.: „übersichtlich“) selbst einräumt. Dann aber muss jedenfalls mangels 79

besonderer Schwierigkeit der Sache eine Kostenerstattung im konkreten Fall zumindest daran scheitern (so im Erg. auch OLG München VersR 2012, 313; OLG Celle, r + s 2011, 515, 517; OLG Karlsruhe v. 15.11.2011 – 12 U 104/11, BeckRS 2011, 26653). Dass dies eine Verbraucherzentrale mit begrenzten sachlichen wie personellen Ressourcen ggf. zur Schwerpunktsetzung bei der Aufgabenerfüllung zwingen mag, ist hinzunehmen.

Der nicht nachgelassenen Schriftsatz des Klägers vom 02.03.2012 (Bl. 329 ff. d.A.) 80
rechtfertigt keine andere Sichtweise und keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

III. Die Neufassung von Ziff. 1 des Tenors der angegriffenen Entscheidung basierte auf zwei 81
offensichtlichen Unrichtigkeiten i.S.d. § 319 ZPO, deren Korrektur auch durch das
Rechtsmittelgericht möglich ist (statt aller Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 319 Rn.
22) und hier von Amts wegen erfolgt ist. Durch den durchgehenden Kursivdruck enthielt der
ursprünglich vom Landgericht formulierte Tenor keinen klaren Verbotsausspruch mehr,
zudem sollte danach Ordnungshaft „ab“ (statt „an“) den Vorstandsmitgliedern vollstreckt
werden. Dies war entsprechend zu berichtigen.

IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sind 82
gegeben. Die Rechtssache hat eine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche
Bedeutung im Hinblick auf die Frage, ob die streitgegenständliche Klausel, die in einer
Vielzahl von Altverträgen weiter genutzt wird, wirksam ist; welche Anforderungen an den
Wegfall der Vermutung der Wiederholungsgefahr in Fällen einer Unterlassungsklage auch
ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung zu stellen sind
sowie hinsichtlich der Frage, welche Untergrenzen an materiell-rechtliche
Kostenerstattungsansprüche von qualifizierten Einrichtungen zu stellen sind.

V. Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige 83
Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 25.000 € 84

85