

**Herausgeber:**

Prof. Dr. Christian Armbrüster · Rechtsanwalt Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. · Prof. Dr. Günter Hirsch, Präsident des BGH a. D., Ombudsmann für Versicherungen a. D. · Barbara Mayen, Vorsitzende Richterin am BGH · Rechtsanwältin Monika Maria Risch, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

**Schriftleitung:**

Joachim Felsch, Richter am BGH (Sprecher) · Dr. Jens Rogler, Vorsitzender Richter am LG (stellv. Sprecher) · Rechtsanwalt Dr. Ulf Hoenicke · Rechtsanwalt Hermann Lemcke, Vorsitzender Richter am OLG a. D. · Prof. Dr. Karl Maier · Rechtsanwältin Monika Maria Risch · Mathis Rudy, Vorsitzender Richter am LG · Prof. Dr. Peter Schimikowski · Rechtsanwalt Wilfried Terno, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

Entscheidungseinsendungen an [rus@beck.de](mailto:rus@beck.de).

## Aufsätze

Richter am BGH Joachim Felsch\*

### Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH zum Versicherungsrecht

#### - Rechtsschutzversicherung -

##### Gliederung

1. Senatsurt. v. 11. 7. 2018 – IV ZR 243/17, r+s 2018, 1119 – Nachteiliger Versichererwechsel
2. Hinweisbeschluss des Senats vom 12. 12. 2018 – IV ZR 216/17, r+s 2019, 392 – Abwehrdeckung
3. Senatsurt. v. 6. 3. 2019 – IV ZR 72/18, r+s 2020, 85 = VersR 2019, 542 – Anstellungsverträge gesetzlicher Vertreter juristischer Personen
4. Senats(Versäumnis)urteil vom 10. 4. 2019 – IV ZR 59/18, r+s 2019, 326 – Kapitalanlagengeschäfte aller Art
5. Senatsurt. v. 4. 7. 2018 – IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 – Vorerstreckungsklausel I
6. Senatsbeschl. v. 11. 7. 2018 – IV ZR 112/16, juris – Vorerstreckungsklausel II
7. Senatsurteile vom 3. 7. 2019 – IV ZR 111/18, r+s 2019, 461 und IV ZR 195/18, NJW 2019, 3299 – Passivrechtsschutz
  - a) Sache IV ZR 111/18, das alte Darlehen
  - b) Sache IV ZR 195/18, der angeblich nicht reparierte Mercedes
  - c) Lösungswege in Lit. u. Rspr.
  - d) Lösung des Senats: „1:1-Übertragung“
8. Senatsurt. v. 14. 8. 2019 – IV ZR 279/17, r+s 2019, 582 – Schadensminderung und Anwaltszurechnung

nachvollziehbare juristische Erwägungen die Senatsrechtsprechung bestimmt haben.

#### 1. Senatsurt. v. 11. 7. 2018 – IV ZR 243/17, r+s 2018, 1119 – Nachteiliger Versichererwechsel

Zur Einstimmung auf den ersten Fall will ich zunächst den Text des § 126 VVG in Erinnerung rufen:

(1) <sup>1</sup>Werden Gefahren aus dem Bereich der Rechtsschutzversicherung neben anderen Gefahren versichert, müssen im Versicherungsschein der Umfang der Deckung in der Rechtsschutzversicherung und die hierfür zu entrichtende Prämie gesondert ausgewiesen werden. <sup>2</sup>Beauftragt der VR mit der Leistungsbearbeitung ein selbständiges Schadensabwicklungsunternehmen, ist dieses im Versicherungsschein zu bezeichnen.

(2) <sup>1</sup>Ansprüche auf die Versicherungsleistung aus einem Vertrag über eine Rechtsschutzversicherung können, wenn ein selbständiges Schadensabwicklungsunternehmen mit der Leistungsbearbeitung beauftragt ist, nur gegen dieses geltend gemacht werden. <sup>2</sup>Der Titel wirkt für und gegen den Rechtsschutzversicherer. <sup>3</sup>§ 727 der Zivilprozessordnung ist entsprechend anzuwenden.

Die Einführung der Vorschrift<sup>1</sup> beruht auf der gesetzgeberischen Aufhebung des strengen deutschen Spartentrennungsgabotes durch § 164 Abs. 1 Satz 1 VAG n. F./§ 8 a Abs. 1

Kein Versicherungszweig hat in den vergangenen Jahren durch die Senatsrechtsprechung derart einschneidende Eingriffe in sein Standardbedingungswerk hinnehmen müssen wie die Rechtsschutzversicherung. Nachstehend möchte ich versuchen, Ihnen diese Entscheidungen zu erläutern und zu belegen, dass hier nicht etwa richterliche Zerstörungswut oder AGB-Vandalismus sondern – wie ich hoffe – am Ende

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, der am 26. 6. 2020 in Baden-Baden im Rahmen der diesjährigen Veranstaltung der ARGE Versicherungsrecht im DAV „Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH zum Versicherungsrecht“ gehalten werden sollte. Leider musste die Veranstaltung infolge der Corona-Pandemie abgesagt werden. Die Vortragsform wurde beibehalten.

1 Bzw. schon ihrer Vorgängernorm § 1581 VVG (in der Fassung bis 31. 12. 2007).

Satz 1 VAG (in der Fassung bis 31. 12. 2015) in Umsetzung der Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. 6. 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung<sup>2</sup>. Hiernach muss ein VR, der die Rechtsschutzversicherung zusammen mit den anderen Versicherungssparten betreibt, die Leistungsbearbeitung auf ein anderes Unternehmen zur selbständigen Durchführung übertragen<sup>3</sup>. Das soll Interessenkollisionen vermeiden, die bei Rechtsschutzversicherern auftreten können, die zugleich andere Versicherungssparten bedienen. Die Gefahr besteht beispielsweise, wenn der Rechtsschutzversicherer eines Unfallgeschädigten zugleich Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers ist.

Hat ein Rechtsschutzversicherer solch ein selbständiges Schadensabwicklungsunternehmen mit der Leistungsbearbeitung beauftragt, so bestimmt § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG, dass Ansprüche aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag nur gegen dieses Unternehmen geltend gemacht werden können.

In unserem Fall war nun zu klären, ob das auch für oft als „Quasideckung“ apostrophierte Schadensersatzansprüche gilt. Dazu kurz ein Blick auf den Sachverhalt:

Der Kl., ein RA, hatte Anfang der 1990er Jahre feststellen müssen, dass sich an dem ihm und seiner Frau als Miteigentümer gehörenden Einfamilienhaus Risse gebildet hatten. Deswegen führte er 1993 ein selbständiges Beweisverfahren gegen ein Energieversorgungsunternehmen, das er in Verdacht hatte, die Rissbildung durch unsachgemäße Verfüllung eines Grabens nach Rohrverlegungsarbeiten verursacht zu haben. Der damalige Rechtsschutzversicherer des Kl. trug vereinbarungsgemäß die Verfahrenskosten, weil der damalige Vertrag auch das Risiko "Grundstücksrechtsschutz" abdeckte.

Nun aber kommt die spätere Bekl., ebenfalls ein Rechtsschutzversicherer, ins Spiel. Einer ihrer Mitarbeiter führte im Jahre 2005 Gespräche mit dem Kl., die am Ende dazu führten, dass der Kl. im September neben anderen Versicherungen auch eine neue Rechtsschutzversicherung bei der Bekl. abschloss, also den Rechtsschutzversicherer wechselte. Der neue Vertrag hatte zwar den klangvollen Namen „Optimal-Privat-, Berufs- und Verkehrs-Rechtsschutz für Nichtselbständige“, deckte aber – vom Kl. zunächst unbemerkt – nach § 29 Abs. 1 und 2 der nunmehr vereinbarten ARB das Risiko "Grundstücksrechtsschutz" nicht ab. Im Versicherungsschein wurde darauf hingewiesen, dass die Schadenregulierung durch ein näher bezeichnetes Schadensabwicklungsunternehmen erfolge.

Dass der neue Vertrag nicht so komfortabel wie der alte war, musste der Kl. leidvoll feststellen, als sich 2009 erneut Risse an seinem Haus bildeten. Denn auf seine Schadensmeldung beschied ihn das Schadensabwicklungsunternehmen im Januar 2012 dahin, dass der Vertrag nicht die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus Grundstückseigentum und Miete umfasse, die Kosten für ein neuerliches Vorgehen gegen den Energieversorger mithin nicht getragen würden. Versuche, den Schadensabwickler umzustimmen, blieben erfolglos.

Was macht ein VN in einer solchen Lage, er fragt sich, weshalb er eigentlich einen für ihn so unvorteilhaften Versicherungsvertrag geschlossen hat und wird dann oft den Vorwurf erheben, bei Vertragsschluss schlecht beraten worden zu sein. Auf diese Idee kam auch der Kl. und berief sich auf eine Pflichtverletzung des neuen Rechtsschutzversicherers bei Abschluss des Rechtsschutzversicherungsvertrages. Er nahm deshalb **den 2. VR** im Klagewege auf Schadensersatz wegen Beratersverschuldens in Anspruch. Damit war aber wegen § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG die Frage gestellt, ob sich dieses Begehren an den Richtigen richtete.

Der Senat hat entschieden, der Kl. hätte zur Durchsetzung seines auf Deckungsschutz im Wege der sogenannten "Quasideckung" gerichteten Schadensersatzanspruchs aus § 6 Abs. 5 VVG oder § 311 Abs. 2 iVm § 280 Abs. 1 BGB nicht die Bekl. (den VR), sondern nach § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG

deren Schadenabwicklungsunternehmen gerichtlich in Anspruch nehmen müssen.

Dafür stehen im Wesentlichen drei Argumente, nämlich der **Zweck** und der **Wortlaut** des § 126 Abs. 2 VVG sowie eine **aufsichtsrechtliche Erwägung**. Im Einzelnen:

Der durch eine Beratungspflichtverletzung entstandene Schaden kann darin bestehen, dass der Versicherungsvertrag unerkannte Deckungslücken aufweist, die den Bedürfnissen des VN zuwiderlaufen<sup>4</sup>. In einem solchen Fall kann der VN im Wege des Schadensersatzes verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei Abschluss eines Versicherungsvertrages mit adäquatem Versicherungsschutz stünde. Der VR schuldet dann im Wege des Schadensersatzes das, was der VN bei richtiger Beratung als Versicherungsschutz erhalten hätte (man bezeichnet das deshalb als "Quasideckung")<sup>5</sup>.

Wird sie geltend gemacht, ist, wenn die Pflichtverletzung des VR feststeht, danach zu fragen, ob dem VN hierdurch ein kausaler Schaden entstanden ist<sup>6</sup>, im Falle der Rechtsschutzversicherung also, ob der Rechtsschutzversicherer bei ordnungsgemäßem Zustandekommen des Vertrages für den konkreten Rechtsschutzfall leistungspflichtig wäre<sup>7</sup>. Und dabei kann die gleiche Interessenkollision eintreten, wie bei einer auf die originäre Versicherungsleistung gerichteten Klage. Denn in beiden Fällen verfolgt der VN das Ziel, Deckungsschutz für gegen einen Dritten gerichtete Ansprüche zu erhalten, der möglicherweise ebenfalls VN des VR ist.

Wollte man demgegenüber vom VN verlangen, wegen der "Quasideckung" gegen den VR selbst vorzugehen, könnte dieser zudem im Rahmen eines solchen Schadensersatzprozesses an Informationen gelangen, die er nach dem Modell des § 126 VVG bei normaler Deckungsklage, dh ohne die ihm angelastete Pflichtverletzung, gerade nicht erhielt. Dem kann nur durch eine weite Anwendung des § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG auch auf die hier in Rede stehenden Schadensersatzansprüche des VN begegnet werden.

Der **Wortlaut** des § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG, der auf "Ansprüche auf die Versicherungsleistung aus einem Vertrag über eine Rechtsschutzversicherung" abstellt, steht der weiten Anwendung auch auf Schadensansprüche aus Quasideckung nicht entgegen. Zum Zeitpunkt der Einführung der insoweit inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 158 I VVG in der Fassung vom 28. 6. 1990 war das Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsschluss (Culpa in contrahendo) im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Daher kann aus dem Wortlaut des § 158 I VVG a.F./§ 126 VVG n.F. kein Rückschluss darauf gezogen werden, dass Schadens-

2 ABl. Nr. L 185 vom 4. 7. 1987, S. 77.

3 vgl. Senatsurt. v. 26. 10. 2016 – IV ZR 34/16, VersR 2016, 1593 Rn. 10; BT-Drucks. 11/6341, S. 22; Kaulbach, in ders./Bähr/Pohlmann/Bürkle/Göertz, VAG 5. Aufl. § 8 a Rn. 3; Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 126 Rn. 5; Münkel in HK-VVG 3. Aufl. § 126 Rn. 3; Paffenholz in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. § 126 Rn. 1.

4 Prölss/Martin/Rudy, VVG 30. Aufl. § 6 Rn. 60; s.a. BGH, Urt. v. 28. 10. 2014 – VI ZR 15/14, VersR 2015, 75, Rn. 17 f.

5 vgl. Senatsurteile vom 26. 3. 2014 – IV ZR 422/12, NJW 2014, 2038 Rn. 19; vom 7. 12. 1988 – IVa ZR 193/87, VersR 1989, 472 [juris Rn. 12]; Senatsbeschl. v. 3. 2. 2011 – IV ZR 171/09, VersR 2011, 622 Rn. 10; Rixecker in Langheid/ders., VVG 5. Aufl. § 6 Rn. 32; Münkel in HK-VVG 3. Aufl. § 6 Rn. 46, § 63 Rn. 7; MünchKomm-VVG/Armbrüster, 2. Aufl. § 6 Rn. 310, 312; MünchKomm-VVG/Reiff, 2. Aufl. § 63 Rn. 19; Dörner in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 59 Rn. 46.

6 vgl. Senatsurt. v. 26. 3. 2014 – IV ZR 422/12, NJW 2014, 2038 Rn. 30 ff.

7 Vgl. etwa LG Dresden, Urt. v. 9. 5. 2012 – 8 O 1334/11, juris Rn. 30 ff.

ersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss nicht der Leistungsbearbeitung durch das Schadenabwicklungsunternehmen unterliegen sollten<sup>8</sup>. Auch die im Urteil näher erläuterte Gesetzgebungsgeschichte gibt keine Hinweise, die der weiteren Auslegung des § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG entgegenstünden.

Schließlich war dem Senat daran gelegen, den Anwendungsbereich der Vorschriften des VAG und VVG betreffend die Einschaltung eines Schadenabwicklungsunternehmens einheitlich zu bestimmen. Damit hat es folgendes auf sich: § 126 Abs. 2 Satz 1 VVG bildet das **versicherungsvertragliche** Spiegelbild der aufsichtsrechtlich in § 164 Abs. 1 Satz 1 VAG<sup>9</sup> vorgeschriebenen Übertragung der Leistungsbearbeitung auf ein Schadenabwicklungsunternehmen für den Fall, dass ein Versicherungsunternehmen die Rechtsschutzversicherung zusammen mit anderen Versicherungssparten betreibt. § 164 Abs. 1 Satz 1 VAG stellt jedoch lediglich auf die "Leistungsbearbeitung" iSv "Schadenabwicklung", § 164 Abs. 4 Satz 1 VAG für das Weisungsverbot auf die "Bearbeitung einzelner Versicherungsfälle" ab, ohne danach zu differenzieren, ob die Schadenabwicklung im konkreten Versicherungsfall auf vertraglicher, nebenvertraglicher oder gesetzlicher Grundlage erfolgt. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür gefunden, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 126 VVG gegenüber dem des § 164 VAG hätte enger fassen wollen<sup>10</sup>.

Aus Zeitgründen habe ich mich bemüht, aus der sehr umfangreichen Entscheidung den spezifisch versicherungsvertragsrechtlichen Kern herauszuschälen, was der Entscheidung insoweit nicht ganz gerecht wird, als sie auch zu weiteren, u. a. prozessual interessanten Fragen ausführlich Stellung bezieht.

So enthält das Urteil in den Randnummern 13 – 17 grundsätzliche Erwägungen zu Zulässigkeit und Grenzen von Klageänderungen im Revisionsrechtszug,

in den Randnummern 27 – 32 eine lesenswerte Abgrenzung und Unterscheidung der Begriffe „Passivlegitimation, Prozessführungsbefugnis und Prozessstandsschaft“ sowie am Ende (in Rn. 34 ff.) umfangreiche Darlegungen zur Verjährung von Quasideckungsansprüchen und zur Verjährungshemmung insbesondere bei Feststellungsanträgen. All das muss ich Ihnen an dieser Stelle aus Zeitgründen vorenthalten und bitte Sie – sollten Sie einmal mit solchen Fragen befasst sein – die diesbezüglichen Urteilspassagen, auf die ich hier nur hinweisen kann und möchte, selbst nachzulesen.

## 2. Hinweisbeschluss des Senats vom 12. 12. 2018 – IV ZR 216/17, r+s 2019, 392 – Abwehrdeckung

Ich komme nun zu Entscheidungen, die sich mit der Versicherungsleistung und Risikoausschlüssen in der Rechtsschutzversicherung befassen. Und gleich die erste – ein Senatsbeschl. v. 12. 12. 2018<sup>11</sup> berührt Sie als RAe in ganz besonderem Maße.

Es geht noch einmal um das Thema Abwehrdeckung, zu dem der Senat am 21. 10. 2015<sup>12</sup> und am 11. 4. 2018<sup>13</sup> Grundsatzentscheidungen gefällt hat, die wir – meine Kollegin Frau Dr. Bußmann und ich – Ihnen in den vergangenen Jahren bereits vorgestellt haben<sup>14</sup>. Um diese Entscheidungen noch einmal kurz zusammenzufassen, nur so viel:

Der Rechtsschutzversicherer verspricht dem VN, ihn von den durch seine Rechtsverfolgung entstandenen Kosten, dazu zählen insbesondere die Anwaltskosten, freizustellen.

Nach den genannten Senatsurteilen steht es dem VR damit grundsätzlich frei, wie er den VN von einer Gebührenforderung seines Prozessbevollmächtigten befreit: Er kann die Anwaltsrechnung bezahlen oder dem VN die entsprechenden Mittel dafür zur Verfügung stellen, er kann aber auch versuchen, auf eigene Kosten an der Seite des VN mit dem RA über die Berechtigung der Gebührenforderung zu streiten mit dem Ziel, ggfs. mit gerichtlicher Hilfe durchzusetzen, dass die Gebührenforderung unbegründet ist.

Will er diesen Weg bestreiten, muss er dem VN bei der Abwehr vermeintlich unberechtigter zur Seite stehen. Anders als einige Instanzgerichte früher angenommen hatten, führt diese Zusage von Abwehrdeckung aber noch nicht zur Erfüllung des Leistungsversprechens, weil es natürlich keine Erfolgsgarantie für den Abwehrversuch des VR gibt. Erfüllt iSv § 362 Abs. 1 BGB ist mithin erst dann, wenn der VN endgültig von der Gefahr befreit ist, Gebührenansprüche seines RA erfüllen zu müssen. Das ist insbesondere auch in dem Fall nicht erreicht, wo der VR lediglich eine teilweise Unbegründetheit der Gebührenrechnung durchsetzt.

Eine Umwandlung des Befreiungsanspruchs des VN einer Rechtsschutzversicherung in einen Zahlungsanspruch kommt aber bei der Zusage von Abwehrdeckung erst in Frage, wenn tatsächlich der Versuch der Abwehr der Forderung – im Ergebnis erfolglos oder teilweise erfolglos – unternommen wurde. Insoweit hat der Senat ausgesprochen, der VN könne die Umwandlung des Freistellungsanspruchs in den Zahlungsanspruch insbesondere nicht dadurch erzwingen, dass er zu einem beliebigen Zeitpunkt die noch unstrittene Anwaltsrechnung einfach begleicht. Vielmehr muss er dem VR die Abwehrchance einräumen und die Auseinandersetzung zwischen VR (der in diesem Falle als Vertreter des VN ficht) und RA abwarten.

In dem Revisionsverfahren IV ZR 216/17 war vor diesem Hintergrund die Frage aufgeworfen, welche Bedeutung dem Stichentscheid bei alledem zukommt.

Dazu ein kurzer Blick auf die im Streitfall maßgebliche Bedingungsfrage nach § 17 ARB 75, dort hieß es:

*"§ 17 Prüfung der Erfolgsaussichten*

*(1) Ist der VR der Auffassung, daß die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des VN keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint, kann er seine Leistungspflicht verneinen. ...*

*(2) Hat der VR seine Leistungspflicht gemäß Absatz 1 verneint und stimmt der VN der Auffassung des VR nicht zu, kann der VN den für ihn tätigen oder noch zu beauftragenden RA auf Kosten des VR veranlassen, diesem gegenüber eine begründete Stellungnahme darüber abzugeben, daß die Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Die Entscheidung des Rechtsanwaltes ist für beide Teile bindend, es sei denn, daß sie offenbar von der wirklichen Sach- oder Rechtslage erheblich abweicht.#*

8 vgl. Senatsurt. v. 21. 1. 2004 – IV ZR 44/03, VersR 2004, 361 unter II 1 a zu § 12 Abs. 1 VVG a. F.

9 In der ab dem 1. 1. 2016 gültigen Fassung; inhaltsgleich zu § 8 a Abs. 1 Satz 1 VAG a. F.; BT-Drucks. 18/2956 S. 273.

10 Vgl. BT-Drucks. 11/6341 S. 22, 36 f.

11 IV ZR 216/17, r+s 2019, 392.

12 IV ZR 266/14, r+s 2015, 64.

13 IV ZR 215/16, r+s 2018, 297.

14 Vgl. Bußmann r+s 2018, 453, 462 f. und Felsch r+s 2016, 321, 332 ff.

Die rechtsschutzversicherten Kl. hatten sich in den 1990er Jahren an verschiedenen Gesellschaften der sog. Göttinger Gruppe beteiligt und erhebliche Vermögensverluste erlitten. Die von den Kl. mit der Geltendmachung von Schadensersatz beauftragten Anwälte hatten sodann eine Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers für eine außergerichtliche Interessenwahrnehmung erbeten und für die Kl. Ende 2011 Anträge auf außergerichtliche Streitschlichtung bei einer staatlich anerkannten Streitbeilegungsstelle beantragt. Das Güteverfahren scheiterte. Im November 2012 teilten die RAe dem Rechtsschutzversicherer das Scheitern des Güteverfahrens mit und erbatun nunmehr Deckungsschutz für die gerichtliche Auseinandersetzung erster Instanz, verlangten aber auch eine Zusage von Kostenschutz für das durchgeführte Güteverfahren.

Der VR lehnte Versicherungsschutz für das beabsichtigte gerichtliche Verfahren ab und wies insoweit auf die Möglichkeit eines Stichtentscheids gemäß § 17 Abs. 2 ARB 75 hin.

Die Kl. beauftragten ihre Anwälte daraufhin mit der Erstellung von Stichtentscheiden, welche wenig überraschend zu dem Ergebnis kamen, dass für die beabsichtigte Rechtsverfolgung eine hinreichende Erfolgsaussicht bestehe und sich die Kl. nicht mutwillig verhielten. Der VR akzeptierte das nicht, weil die Stichtentscheide seiner Meinung nach offensichtlich erheblich von der wirklichen Sach- und Rechtslage abwichen und er sie daher als nicht bindend ansah.

Die geschmähten Anwälte sahen das natürlich ganz anders, stellten für die Erstellung der Stichtentscheide jeweils eine 1,6-fache Geschäftsgebühr in Rechnung und forderten den VR auf zu zahlen. Der VR erstattete aber lediglich eine Geschäftsgebühr mit dem Faktor 0,5 und versprach hinsichtlich der Abwehr des überschießenden Betrages Abwehrdeckung. Ebenso beschränkte er sich auf eine Abwehrdeckungszusage, nachdem die Prozessbevollmächtigten der meisten Kl. Kosten für das Güteverfahren in Rechnung stellten. So kam es zum Rechtsstreit.

In den Vorinstanzen war vor allem die Frage aufgekommen, ob – was die Kosten der Stichtentscheide angeht – überhaupt das Leistungsversprechen des VR gegenüber den VN berührt war. Das Berufungsgericht<sup>15</sup> hatte angenommen, die Kl. könnten die Stichtentscheidungskosten schon deswegen nicht erstattet verlangen, weil sie gar nicht Schuldner der Gebührenforderungen der RAe seien, denn den Stichtentscheid beantrage ja der VR. Jedenfalls aber – so das OLG weiter – habe der VR aber die eingeklagten Freistellungsansprüche sämtlich durch die Zusage von Abwehrdeckung erfüllt. Da die Berufungsentscheidung noch vor unserem oben erwähnten Senatsurt. v. 11. 4. 2008 ergangen war, hatte das LG die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob § 158 n VVG in der bis zum 31. 12. 2007 geltenden Fassung bei der Zusage von Abwehrdeckung durch den Rechtsschutzversicherer Anwendung findet.

Mit dem Senatsurt. v. 11. 4. 2018 hatte der Senat die vom OLG aufgeworfene Frage nach der Anwendbarkeit des § 158 n VVG (in der angegebenen Fassung) aber bereits verneint, was sogar einer Verfassungsbeschwerde standgehalten hatte<sup>16</sup>. Damit war der Revisionszulassung sozusagen nachträglich der Boden entzogen, was der Senat zum Anlass genommen hat, einen Hinweisbeschluss nach § 552 a ZPO zu erlassen.

Er hat darin ausgesprochen, die Grundsätze zur Abwehrdeckung aus dem Ur. v. 11. 4. 2018 kämen auch hier zum Tragen. Infolge der Zusagen von Abwehrdeckung durch den VR sei deshalb eine Klage auf Freistellung von Gebührenforderungen durch Zahlung derzeit unbegründet, was der Senat in den Beschlussgründen klarstellen dürfe<sup>17</sup>.

Nur ergänzend hat der Senat dem Berufungsgericht im Übrigen darin widersprochen, dass die Gebühren für die Stichtentscheide gar nicht von den VN geschuldet seien (und sie schon deshalb keine Freistellung verlangen könnten). Die VN müssten stattdessen auch die Gebühren für die Stich-

entscheide entrichten, denn § 17 Abs. 2 Satz 1 ARB 75 enthalte keine Erklärung des VR, die Gebührenschaft für die Erstellung eines Stichtentscheids mit befreiender Wirkung für den VN zu übernehmen. Der durchschnittl. VN werde der Klausel eine solche Erklärung nicht entnehmen, sondern erkenne, dass der Anspruch aus der Rechtsschutzversicherung auf die Befreiung von den bei der Wahrung der rechtlichen Interessen entstehenden Kosten gerichtet sei. Deshalb werde er nicht annehmen, dass für die Beauftragung des RA mit einem Stichtentscheid etwas anderes gelten solle. Der Klauselwortlaut, nach dem er den RA "auf Kosten des VR veranlassen" könne, einen Stichtentscheid zu erstellen, lassen den VN nicht darauf schließen, dass der VR eine befreiende Schuldübernahme erklären wolle. Das Interesse des VN, nicht mit den Kosten des Stichtentscheids belastet zu werden, sei durch die Zuerkennung eines Befreiungsanspruchs gegen den VR ausreichend gewahrt.

Durch knappen, auf den Hinweisbeschluss Bezug nehmenden Zurückweisungsbeschluss vom 30. 4. 2019<sup>18</sup> hat der Senat die Revision nach § 552 a ZPO zurückgewiesen.

Zur Abwehrdeckung ist noch nachzutragen, dass der die Abwehrdeckung wählende VR – das entnimmt der Senat dem Leistungsversprechen – an das Ergebnis des Abwehrprozesses gebunden ist. Grundsätzlich kann er mithin nach einer Niederlage des VN in der Auseinandersetzung mit dem RA die Berechtigung der Rechtsanwaltsforderung nicht nochmals im Deckungsverhältnis bestreiten. Die Bindungswirkung setzt allerdings voraus, dass im Mandatsverhältnis, d. h. im Streit über die Berechtigung einer Gebührenforderung, auch wirklich ein Abwehrversuch stattgefunden hat. Der VN kann eine ihm günstige Bindungswirkung also auch nicht dadurch erzwingen, dass er die Gebührenforderung im Mandatsverhältnis anerkennt und ein Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen lässt. Nachlesen können Sie das in einem Hinweisbeschluss vom 14. 11. 2018 und den dazugehörigen Zurückweisungsbeschluss nach § 552 a ZPO vom 27. 3. 2019 in der Sache IV ZR 214/16, die beide in juris veröffentlicht sind.

### 3. Senatsurt. v. 6. 3. 2019 – IV ZR 72/18, r+s 2020, 85 = VersR 2019, 542 – Anstellungsverträge gesetzlicher Vertreter juristischer Personen

Im Berichtszeitraum hatte sich der Senat mit einigen wenigen Leistungsausschlüssen zu befassen, die sich in Rechtsschutzversicherungsbedingungen finden. Streiten sich VN und VR darum, ob der VR infolge eines Leistungsausschlusses leistungsfrei ist, erstreckt sich das gerichtliche Prüfungsprogramm zuerst auf die Auslegung der fraglichen Klausel. Fällt diese Auslegung zu Lasten des VN aus, ist die Klausel meist noch einer AGB-rechtlichen Kontrolle zu unterziehen.

Im Senatsurt. v. 6. 3. 2019<sup>19</sup> ging es um einen Rechtsschutzversicherungsvertrag, der unter anderem auch Familien- und Verkehrs-Rechtsschutz für Lohn- und Gehaltsempfänger versprach und in § 26 Abs. 3 Buchst. c) ARB 1975/2001

*"die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus Arbeitsverhältnissen" umfasste.*

15 OLG Düsseldorf VersR 2018, 673.

16 BVerfG, Beschl. v. 25. 9. 2018 – 1 BvR 1522/18 n. v.

17 Vgl. BGH, Ur. v. 21. 12. 2012 – V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 Rn. 34; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO 4. Aufl. § 522 Rn. 90; Schellenberg, MDR 2005, 610, 613.

18 IV ZR 216/17, veröff. in juris.

19 IV ZR 72/18, VersR 2019, 542.

Allerdings hieß es dazu in § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001, der Versicherungsschutz beziehe sich

*„nicht auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen ... aus Anstellungsverträgen gesetzlicher Vertreter juristischer Personen“.*

Der Kl. war bei einer GmbH beschäftigt und erfreute sich dort zunächst anscheinend großer Wertschätzung, denn im April 2014 wurde mit ihm ein neuer Vertrag abgeschlossen, der folgende Präambel enthielt:

*"Der Arbeitnehmer ist seit dem 1. 12. 2013 [...] als "Leiter Produktmanagement/Einkauf, Mitglied der Geschäftsleitung" für den Arbeitgeber tätig. Es ist beabsichtigt, den Arbeitnehmer im Laufe des Geschäftsjahres 2014 in die Geschäftsführung des Arbeitgebers zu berufen. Im Hinblick auf die Berufung des Arbeitnehmers in die Geschäftsführung soll bereits jetzt der bestehende Dienstvertrag [...] einvernehmlich aufgehoben und durch den vorliegenden Geschäftsführerdienstvertragsvertrag ersetzt werden."*

Die nachfolgenden Vertragsbestimmungen sollten teilweise erst ab dem Zeitpunkt der Berufung des Kl. in die Geschäftsführung der GmbH und teilweise unabhängig hiervon mit sofortiger Wirkung gelten. Dann muss aber etwas schiefgelaufen sein, denn zu seiner beabsichtigten Berufung in die Geschäftsführung kam es doch nicht. Vielmehr drohte man dem Kl. im Jahre 2015 mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, schloss ihn von unternehmerischen Entscheidungen und auch aus der Geschäftsleitungsrunde aus. Der Kl. beauftragte daraufhin eine Rechtsanwaltskanzlei mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Deren Ersuchen um eine Deckungszusage für die außergerichtliche Tätigkeit, lehnte der Rechtsschutzversicherer des Kl. mit der Begründung ab, die Sache sei nach § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Der Kl. und die GmbH einigten sich schließlich auf eine Vertragsaufhebung, wofür die RAe dem Kl. 14.655,45 EUR in Rechnung stellten. Mit dem Rechtsschutzversicherer kam hingegen keine Einigung zustande, so dass der Kl. den begehrten Rechtsschutz einklagte.

Zwar hatte das LG seiner Klage auf Freistellung von den Rechtsanwaltskosten iHv 11.371,05 EUR stattgegeben, auf die Berufung des Rechtsschutzversicherers hatte das OLG die Sache aber gedreht und die Klage abgewiesen, weil der Leistungsausschluss aus § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 greife. Der Kl. habe hier einen Vertrag geschlossen, der die Rechtsbeziehungen eines gesetzlichen Vertreters zu einer juristischen Person schuldrechtlich regelt. Der Vertrag bestimme in einer Vielzahl von Einzelregelungen, welche Pflichten und Rechte für den Kl. nach der in Aussicht genommenen Berufung in die Geschäftsführung hätten gelten sollen. Für das Jahr 2015 sei eine Geschäftsführertätigkeit des Kl. vorgesehen gewesen. Entscheidend sei nicht, dass der Kl. tatsächlich niemals die Organstellung des Geschäftsführers erlangt habe, sondern dass er zum Zeitpunkt des Rechtsschutzfalles nach dem Vertrag längst Geschäftsführer hätte sein sollen und es bei dem Streit mit der GmbH um die Beendigung dieses Vertragsverhältnisses gegangen sei.

Mit der Revision wollte der Kl. nun dem erstinstanzlichen Urteil wieder zur Geltung verhelfen. Die Revision war erfolgreich, wobei hier schon die Klauselauslegung die Auffassung des VN bestätigt, also zu einem für ihn günstigen Ergebnis geführt und sich deshalb im Weiteren eine AGB-Kontrolle des Leistungsausschlusses erübrigt hat.

Der Senat hat zum einen ausgesprochen, dass der hier in Rede stehende Vertrag des Kl. unter das Leistungsversprechen des § 26 Abs. 3 Buchst. c ARB 1975/2001 fiel, mithin ein bedingungsgemäßes „Arbeitsverhältnis“ vorlag; zum anderen hat der Senat den Leistungsausschluss des § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 nicht eingreifen lassen.

Zum Begriff des Arbeitsverhältnisses:

Nach unserer Auffassung versteht der durchschnittliche VN unter einem Arbeitsverhältnis das Dauerschuldverhältnis

zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber<sup>20</sup>, das von freiberuflicher und/oder selbständiger Tätigkeit abzugrenzen ist<sup>21</sup>. Kennzeichnend für ein Arbeitsverhältnis ist, dass der Arbeitnehmer als Gegenleistung für eine fremdbestimmte Arbeit, bei der er den Weisungen seines Arbeitgebers unterliegt, Lohn oder Gehalt bezieht.

Dass das Arbeitsverhältnis im Sinne des § 26 Abs. 3 Buchst. c) ARB 1975/2001 schon i. R. des Leistungsversprechens auch von Anstellungsverträgen gesetzlicher Vertreter juristischer Personen abgegrenzt werden muss, wird sich dem juristischen Laien hingegen gerade deshalb nicht erschließen, weil der eigens in § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 geregelte Leistungsausschluss für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus solchen Anstellungsverträgen es gerade nahelegt, dass auch sie anderenfalls vom Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers erfasst wären. Dass der VR mit dem Risikoausschluss eine überflüssige Regelung hätte treffen wollen, wird der durchschnittl. VN nicht annehmen.

Nun hatte allerdings der RA des Rechtsschutzversicherers in der Revisionsverhandlung zu bedenken gegeben, dass der Begriff des Arbeitsverhältnisses ein fest umrissener Begriff der Rechtsprache sei, für dessen Auslegung die im Arbeitsrecht entwickelten Kriterien herangezogen werden müssten. Der Senat hat aber angenommen, das könne hier offenbleiben, weil sich im Streitfall am Ergebnis nichts ändere. Denn nach der Rspr. des BAG kommt es für die Frage, was für ein Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles an. Entscheidend ist danach, wie ein Vertrag gelebt wird, seine Bezeichnung ist nicht entscheidend. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben<sup>22</sup>. Ob die Vertragspartner ihr Rechtsverhältnis demgegenüber gerade nicht als Arbeitsverhältnis bezeichnet haben, ist dagegen unerheblich<sup>23</sup>.

Und im Streitfall war der Kl. bei Eintritt des Versicherungsfalles ja gerade nicht wie ein Mitglied der Geschäftsleitung behandelt worden. Er war weisungsgebunden geblieben und nach seiner unwidersprochenen Behauptung mit einer ganzen Reihe unangenehmer, teils schikanöser Weisungen überschüttet worden, die ich im Falle des Interesses im Urteil nachzulesen bitte.

Da der für die rechtliche Einordnung des Vertrages maßgebliche Sachverhalt vom Berufungsgericht als Tatrichter festgestellt worden war und das Berufungsgericht lediglich – aus seiner Sicht konsequent – die rechtliche Qualifizierung unterlassen hatte, brauchten wir im Revisionsverfahren auch nicht zugunsten der Bekl. unterstellen, dass es sich bei der rechtlichen Beziehung zwischen dem Kl. und der GmbH um kein Arbeitsverhältnis handelte.

Hat der Senat den Begriff des Arbeitsverhältnisses mithin eher weit ausgelegt, ist in Bezug auf den Leistungsausschluss eine enge Auslegung geboten. Das ergibt sich aus dem

20 Vgl. dazu OLG Saarbrücken ZfSch 2010, 280 unter 1 b (1) [juris Rn. 49]; Harbauer/Obarowski, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 2 ARB 2010 Rn. 91 f.

21 Vgl. OLG Karlsruhe r+s 2015, 609 = VersR 2016, 391 unter 2 [juris Rn. 29 f.]

22 BAG NJW 2018, 1194 Rn. 23 mwN.

23 Vgl. hierzu BAG NZA 2017, 581 Rn. 17 mwN.

Rechtsprechungsgrundsatz, dass Risikoausschlussklauseln eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert<sup>24</sup>. Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 erfordert der Risikoabschluss die Wahrnehmung rechtlicher Interessen „aus Anstellungsverträgen gesetzlicher Vertreter juristischer Personen“. Die Klausel knüpft den Risikoabschluss mithin in erster Linie an die Stellung eines Vertreters einer juristischen Person und nicht an den Inhalt seines Anstellungsvertrages und setzt damit voraus, dass derjenige, dessen rechtliche Interessen wahrgenommen werden, bereits gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person geworden ist, so dass der Leistungsausschluss auch erst dann eingreift.

Das deckt sich damit, dass der Risikoabschluss nach allgemeiner Auffassung etwa auch dann nicht greift, wenn die im Anstellungsvertrag verwendete Bezeichnung des Versicherten als "Geschäftsführer" nicht zutrifft, er diese Funktion in Wirklichkeit gar nicht hat<sup>25</sup>, und dass beispielsweise Streitigkeiten zwischen einer juristischen Person und einem ehemaligen Prokuristen grundsätzlich erst ab dessen Bestellung zum gesetzlichen Vertreter nach § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 nicht mehr versichert sind<sup>26</sup>.

Auch ausweislich eines vom VR ins Feld geführten Urteils des OLG Celle<sup>27</sup>, das den Leistungsausschluss greifen lässt, war es dort jedenfalls zunächst zu einer Bestellung der versicherten Person zum GmbH-Geschäftsführer gekommen.

Selbst wenn der durchschnittliche VN den für ihn erkennbaren Zweck des Leistungsausschlusses in den Blick nimmt, bestätigt sich das Auslegungsergebnis. Denn § 4 Abs. 1 Buchst. d) ARB 1975/2001 bezweckt, Streitigkeiten vom Arbeitsrechtsschutz auszunehmen, die häufig besonders hohe Kosten verursachen<sup>28</sup>. Dafür muss man aber den Versicherungsschutz in Fällen wie dem Streitfall nicht versagen. Denn der VN wird annehmen, die generelle Befürchtung höher Kosten betreffe nicht einen Streit, dem lediglich die Annahme zugrunde liegt, der Beschäftigte werde erst zu einem späteren Zeitpunkt gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person.

#### 4. Senats(Versäumnis)urteil vom 10. 4. 2019 – IV ZR 59/18, r+s 2019, 326 – Kapitalanlagegeschäfte aller Art

Im nächsten Fall finden Sie beide oben schon erwähnte Elemente: Die Klauselauslegung und eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle. Es ging diesmal um den Leistungsausschluss in § 3 (2) Buchst. g ARB 2015, er lautet:

„§ 3 – Welche Rechtsangelegenheiten umfasst der Rechtsschutz nicht?

In folgenden Fällen haben Sie keinen Versicherungsschutz: ...

(2) ...

g) Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften aller Art und deren Finanzierung; ...“

Der Kl. hatte Anfang 2016 eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen.

Den Ausgangstreit für sein nachfolgendes Verlangen nach Versicherungsschutz bildete hier eine Auseinandersetzung des Kl. mit seinem Lebensversicherer um die Rückerstattung der Versicherungsprämien. Der Kl. hatte ab dem 1. 12. 2004 eine fondsgebundene Lebensversicherung abgeschlossen, für die er nachfolgend Prämienzahlungen iHv insgesamt 9.550,50 EUR geleistet hatte, ehe er mit anwaltlichem Schreiben vom 16. 2. 2016 den Widerspruch gemäß § 5 a VVG a.F. erklärt und von seinem Lebensversicherer die Erstattung der eingezahlten Prämien nebst Nutzungen verlangt hatte. Am 3. 3. 2016 hatte der Lebens-

versicherer den Widerspruch und das Zahlungsbegehren zurückgewiesen.

Ähnlich zugeknöpft gab sich auch der Rechtsschutzversicherer, der sich für nicht eintrittspflichtig hielt, weil er zum einen meinte, der nach § 4 (1) Buchst. c) ARB für die Beschreibung des Rechtsschutzfalles maßgebliche Verstoß des Lebensversicherers gegen Rechtspflichten sei bereits vor Abschluss der Rechtsschutzversicherung im Jahre 2004 verübt worden, indem der Lebensversicherer dem Kl. nach dessen Behauptung eine unzureichende Widerspruchsbelehrung erteilt habe (Vorvertraglichkeitseinwand). Zum anderen hatte sich der VR auf die eingangs zitierte Leistungsausschlussklausel für Kapitalanlagegeschäfte aller Art berufen.

Nach anfänglichem Misserfolg in erster Instanz war der Kl. in der Berufungsinstanz mit seiner Klage auf Gewährung von Rechtsschutz überwiegend durchgedrungen. Mit der Revision wollte der Rechtsschutz-VR weiterhin die Klageabweisung, also die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Eine verfahrensrechtliche Kuriosität bestand im Nichterscheinen eines Klägersvertreters zur Revisionsverhandlung. In solchen Fällen erlässt auch der BGH Versäumnisurteile, die allerdings anders als bei den Instanzgerichten inhaltlich nicht auf die Säumnis der Partei sondern eine Sachprüfung des Revisionsantrages gestützt werden<sup>29</sup>.

Diese Sachprüfung des Senats hat ergeben, dass der Leistungsausschluss für Kapitalanlagegeschäfte auch Streitigkeiten um die Rückabwicklung fondsgebundener Lebensversicherungen erfasst und die Klausel einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhält. Mithin war der Rechtsschutzversicherer leistungsfrei.

Zur **Klauselauslegung** hat der Senat einleitend die seit Jahren in der Senatsrechtsprechung gefestigten Auslegungsmaßstäbe in Erinnerung gerufen, wonach – ich traue mich vor diesem Zuhörerkreis kaum, das noch zu referieren – Allgemeine Versicherungsbedingungen so auszulegen sind, wie ein durchschnittlicher VN sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungs-wortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungs-werk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den VN erkennbar sind<sup>30</sup>. Allerdings erfährt dieser Grundsatz sodann eine Ausnahme, wenn AVB sich eines Ausdrucks bedienen, mit dem die Rechtssprache einen fest umrissenen Inhalt verbindet<sup>31</sup>.

24 Vgl. nur Senatsurt. v. 4. 7. 2018 – IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 Rn. 26 mwN.

25 Vgl. Harbauer/Maier, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 3 ARB 2010 Rn. 103; Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 3 ARB 2010 Rn. 36; Prölss, r+s 2005, 225, 232 f.

26 Vgl. Harbauer/Maier aaO Rn. 102; Looschelders/Paffenholz/Looschelders, ARB 2. Aufl. § 3 ARB 2010 Rn. 85.

27 r+s 2009, 463.

28 Senatsbeschl. v. 10. 12. 1997 – IV ZR 238/97, r+s 1998, 157 unter II 2 b [juris Rn. 12].

29 Vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 25. 10. 2011 – VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 Rn. 8 = VersR 2012, 114.

30 Vgl. Senatsurteile vom 9. 5. 2018 – IV ZR 23/17, r+s 2018, 373 Rn. 16; vom 12. 7. 2017 – IV ZR 151/15, r+s 2017, 478 Rn. 26; vom 20. 7. 2016 – IV ZR 245/15, r+s 2016, 462 Rn. 22; vom 6. 7. 2016 – IV ZR 44/15, BGHZ 211, 51 Rn. 17; vom 23. 6. 1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85 [juris Rn. 14]; st. Rspr.

31 Vgl. dazu nur Senatsurteile vom 14. 6. 20178 – IV ZR 161/16, r+s 2017, 421 Rn. 6 und vom 20. 7. 2016 – IV ZR 245/15, r+s 2016, 462, Rn. 22 jeweils mwN.

Damit war eine erste entscheidende Frage im Streitfall gestellt: Ist der Begriff „Kapitalanlagegeschäft“ ein solcher fest umrissener Begriff der Rechtssprache? Der Senat hat die Frage verneint, weil der Begriff etwas schillert. Eine abschließende, allgemeingültige Bestimmung dessen, was ein "Kapitalanlagegeschäft" ausmacht, haben wir nicht finden können. Zwar verwenden verschiedene gesetzliche Vorschriften den Begriff der Kapitalanlage allein oder als Begriffselement, etwa in "Kapitalanlagegesellschaft" oder "Kapitalanlagebetrug"<sup>32</sup>. Man muss aber feststellen, dass der Begriff je nach dem besonderen Regelungsgegenstand des jeweiligen Gesetzes unterschiedlich verstanden wird. Weder existiert eine einheitliche gesetzliche Definition noch hat sich ein für alle Rechtsgebiete gleichermaßen geltendes Begriffsverständnis herausgebildet. Damit erscheint der Begriff unserer Auffassung nach<sup>33</sup> in der Rechtssprache nicht genügend fest umrissen.

Hat man es nicht mit einem fest umrissenen Begriff der Rechtssprache zu tun, landet man wieder bei den eingangs referierten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, d.h. der Frage nach dem Klauselverständnis des durchschnittlichen VN, wobei bei der Auslegung von Risikoausschlüssen weiter zu berücksichtigen ist, dass nach seit vielen Jahren gefestigter Senatsrechtsprechung eine enge Auslegung geboten erscheint, die berücksichtigt, dass das Versicherteninteresse hier in der Regel dahin geht, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare Zweck einer Klausel dies gebietet. Der durchschnittliche VN braucht nicht mit Lücken im Versicherungsschutz zu rechnen, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht. Deshalb sind Risikoausschlussklauseln nach st. Rspr. des Senats nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert<sup>34</sup>.

Trotz dieses engen Korsetts haben wir aber angenommen, der durchschnittliche VN werde mit dem Begriff des Kapitalanlagegeschäfts zurechtkommen. Er werde dem Begriff "Kapitalanlagegeschäft" zunächst schon aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauchs entnehmen, dass es dabei um Verträge geht, die eine Kapitalanlage zum Gegenstand haben<sup>35</sup>. Er werde weiter erkennen, dass als Anlage von Kapital allgemein jeglicher Einsatz von zur Verfügung stehendem Geldvermögen angesehen wird, der nicht zum Verbrauch, sondern zum Zwecke des Erhalts oder der Vermehrung dieses Vermögens erfolgt<sup>36</sup>.

Jedenfalls die Verknüpfung des Begriffs "Kapitalanlagegeschäft" mit dem Zusatz "aller Art" verdeutliche dem VN, dass sich der Risikoausschluss nicht auf Rechtsgeschäfte beschränke, die sich auf bestimmte Gegenstände oder auf bestimmte Vertragstypen bezögen – etwa auf den Erwerb typischer Finanzanlagen oder spezieller Anlageprodukte, deren Zweck sich in einer Vermögensanlage erschöpfe. Danach könne sich auch der Abschluss eines Versicherungsvertrages als Anlagegeschäft darstellen, soweit er über eine bloße Risikoabsicherung hinaus auch der Vermögensbildung diene.

Allerdings hat es der Senat mit Rücksicht auf das Gebot enger Auslegung von Risikoausschlüssen für erforderlich erachtet, die Reichweite der Klausel aufgrund ihres dem durchschnittlichen VN erkennbaren Zwecks zu begrenzen. Dieser Zweck besteht darin, die erfahrungsgemäß besonders kostenträchtigen Risiken und im Kostenrisiko schwer überschaubaren und kaum kalkulierbaren rechtlichen Streitigkeiten im Bereich der Kapitalanlagegeschäfte von der Ver-

sicherung auszunehmen, weil nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil der in der Risikogemeinschaft zusammengeschlossenen VN ein solches Risiko entstehen kann<sup>37</sup>. Im Wortlaut des § 3 Abs. 2 lit. g) ARB finde dies darin seinen Niederschlag, dass die vom Rechtsschutz ausgeschlossene Streitigkeit gerade "aus" einem Kapitalanlagegeschäft herühren müsse. Daraus werde der durchschnittliche VN schließen, dass bei Verträgen, die neben dem Anlagezweck auch andere Zwecke verfolgten, nur solche Streitigkeiten unter den Ausschluss fielen, die ihren Ursprung jedenfalls auch in dem Anlagecharakter des Geschäftes hätten. Diese Einschränkung beuge zugleich einer uferlosen Ausdehnung der Klausel vor.

Die anschließende **AGB-Kontrolle** ist relativ kurz geraten, denn traut man dem durchschnittlichen VN mit dem Senat eine derart detaillierte und eindeutige Klauselauslegung zu, beantwortet sich zugleich die Frage der Klauseltransparenz. Der Senat hatte deshalb nur noch zu prüfen, ob eine unangemessene Benachteiligung des VN iSv § 307 Abs. 1 BGB anderweitig zu besorgen ist. Er hat dies – und insbesondere eine Aushöhlung des Leistungsversprechens – entgegen in der Literatur zuweilen geäußelter Bedenken<sup>38</sup> verneint und dazu auf frühere Senatsrechtsprechung verwiesen, der zufolge Lebensversicherungsverträge bei wirtschaftlicher Betrachtung im Einzelfall als Anlagegeschäfte angesehen werden können<sup>39</sup>. Ebenso hatte der Senat bereits ausgeführt, dass die mit Gewinnchancen, aber auch mit Verlustrisiken verbundene Kapitalanlage neben der Risikoabsicherung ein wesentlicher Gesichtspunkt für den VN sei, wenn er sich für eine fondsgebundene Lebensversicherung entscheide<sup>40</sup>. Wie bei der unmittelbaren Beteiligung an Fondsgesellschaften, die allgemein als Kapitalanlagegeschäft bezeichnet werde<sup>41</sup>, wohne einer solchen Beteiligung das spezifische Risiko inne, das der Erwerber insbesondere bei einem mangelnden wirtschaftlichen Erfolg des Fonds nach rechtlichen Lösungsmöglichkeiten vom Vertrage Ausschau halte. Die hier beabsichtigte Rückabwicklung eines derartigen Vertrages sei daher eine Streitigkeit aus einem Kapitalanlagegeschäft im Sinne der Ausschlussklausel.

32 Wie etwa § 341 d HGB, § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 EStG, § 21 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KStG, das Kapitalanlagegesetzbuch in seinem Titel, § 54 b Abs. 1 Nr. 1 VAG in der bis zum 21. 7. 2013 geltenden Fassung und § 264 a StGB in der amtlichen Überschrift.

33 AA OLG Düsseldorf r+s 2015, 18, 20 [juris Rn. 35].

34 Vgl. nur Senatsurteile vom 8. 5. 2013 – IV ZR 233/11, r+s 2013, 382 Rn. 41; vom 11. 12. 2002 – IV ZR 226/01, BGHZ 153, 182, 187 f. [juris Rn. 24 = r+s 2003, 149]; vom 17. 3. 1999 – IV ZR 89/98, VersR 1999, 748 unter 2 a [juris Rn. 10] = r+s 1999, 192; jeweils mwN.

35 Ebenso OLG Düsseldorf r+s 2015, 18, 20 [juris Rn. 34].

36 Ähnlich OLG Düsseldorf aaO [juris Rn. 35]; Maier in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 3 ARB 2010 Rn. 236.

37 Vgl. MünchKomm-VVG/Obarowski, 2. Aufl. Rechtsschutzversicherung Rn. 203; ders. in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 37 Rn. 334; Hillmer-Möbius in van Büren/Plote, ARB 3. Aufl. ARB 2012 Rn. 51; vgl. auch Senatsurteile vom 28. 5. 2008 – IV ZR 282/07, r+s 2008, 376 Rn. 10; vom 29. 9. 2004 – IV ZR 170/03, VersR 2004, 1596 unter II 2 b [juris Rn. 30]; jeweils zur sog. Baurisikoklausel; Senatsbeschl. v. 25. 5. 2011 – IV ZR 17/10, r+s 2012, 23 Rn. 17 zum Ausschluss von Bergbauschäden; Maier in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 3 ARB 2010 Rn. 1.

38 BeckOK-BGB/H. Schmidt, § 307 Rn. 168 [Stand: 1. 2. 2019]; Obarowski in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. § 37 Rn. 333; Looschelders in ders./Paffenholz, ARB [2014] § 3 Rn. 130; die Wirksamkeit der Klausel ebenfalls bejahend dagegen OLG Düsseldorf r+s 2015, 18.

39 Grundlegend Senatsurt. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11, BGHZ 194, 39 Rn. 53 = r+s 2013, 297; zur fondsgebundenen Versicherung: Senatsurt. v. 5. 4. 2017 – IV ZR 437/15, VersR 2017, 677 Rn. 15 ff.

40 Vgl. Senatsurteile vom 21. 3. 2018 – IV ZR 353/16, r+s 2018, 233 Rn. 16; vom 11. 11. 2015 – IV ZR 513/14, r+s 2016, 20 Rn. 37.

41 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 14. 5. 2013 – XI ZR 431/10, BKR 2013, 386 Rn. 29.

Mithin konnte die Klage keinen Erfolg haben, ohne dass es auf Weiteres ankam. Dass der Senat dennoch einleitend begründet hat, weshalb die vom VR monierte Vorvertraglichkeit hier nicht gegeben war, war lediglich einer Verfahrensrüge des VR geschuldet, der beanstandet hatte, das Berufungsgericht habe die (in Wahrheit nicht entscheidungserhebliche) Frage der Vorvertraglichkeit, nicht erörtert. Das soll uns deshalb an dieser Stelle noch nicht beschäftigen, auf die Frage des Versicherungsfalles in der Rechtsschutzversicherung werde ich noch an anderer Stelle zu sprechen kommen.

### 5. Senatsurt. v. 4. 7. 2018 – IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 – Vorerstreckungsklausel I

Der rechtsschutzversicherte Kl. begehrte von seinem beklagten Rechtsschutzversicherer die Bestätigung von Versicherungsschutz für die außergerichtliche Interessenwahrnehmung im Streit mit einer Bank um die Wirksamkeit eines späten, in versicherter Zeit erklärten, Widerrufs seiner lange vor Abschluss der Rechtsschutzversicherung abgegebenen, auf den Abschluss eines Darlehensvertrages gerichteten Vertragserklärung, wobei er nach seiner Behauptung seinerzeit unzureichend über das Widerrufsrecht belehrt worden war.

Der Versicherungsfall ist in den ARB – stellvertretend nenne ich hier einmal die im Streitfall konkret vereinbarten ARB 2008 – wie folgt beschrieben:

"§ 2 Leistungsarten

... Je nach Vereinbarung umfasst der Versicherungsschutz

d) Rechtsschutz im Vertrags- und Sachenrecht

für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus privatrechtlichen Schuldverhältnissen und dinglichen Rechten ..."

"§ 4 Voraussetzungen für den Anspruch auf Rechtsschutz

(1) Anspruch auf Rechtsschutz besteht nach Eintritt eines Rechtsschutzfalls

a) im Schadenersatz-Rechtsschutz gemäß § 2 a) ...

b) im Beratungs-Rechtsschutz für Familien-, Lebenspartnerschafts- und Erbrecht gemäß § 2 k) ...

c) in allen anderen Fällen von dem Zeitpunkt an, in dem der VN oder ein anderer einen Verstoß gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften begangen hat oder begangen haben soll.

Die Voraussetzungen nach a) bis c) müssen nach Beginn des Versicherungsschutzes gemäß § 7 und vor dessen Beendigung eingetreten sein. ...

(2) Erstreckt sich der Rechtsschutzfall über einen Zeitraum, ist dessen Beginn maßgeblich. Sind für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen mehrere Rechtsschutzfälle ursächlich, ist der erste entscheidend, wobei jedoch jeder Rechtsschutzfall außer Betracht bleibt, der länger als ein Jahr vor Beginn des Versicherungsschutzes für den betroffenen Gegenstand der Versicherung eingetreten oder, soweit sich der Rechtsschutzfall über einen Zeitraum erstreckt, beendet ist.

(3) Es besteht kein Rechtsschutz, wenn

a) eine Willenserklärung oder Rechtshandlung, die vor Beginn des Versicherungsschutzes vorgenommen wurde, den Verstoß nach Absatz 1 c) ausgelöst hat;

...".

Bereits in der Vergangenheit hatte uns mehrfach die Frage beschäftigt, wie der Versicherungsfall nach diesen Bedingungen in den sog. Widerspruchs- und Widerrufsfällen – vor allem zeitlich – zu bestimmen ist. Die Problematik dabei besteht regelmäßig darin, dass eine lange zurückliegende, in vorversicherter Zeit erfolgte unzureichende Rechtsbelehrung zur Folge hat, dass der Verbraucher einen Vertrag noch sehr lange nach dem Vertragsschluss widerrufen oder ihm widersprechen kann. Unter anderem in einem Senatsurt. v. 24. 4. 2013<sup>42</sup> hatten wir ausgesprochen, dass der Rechtsschutzfall

erst in versicherter Zeit durch die Weigerung des Erklärungsgegners, das war in jenem Falle eine Bank, eingetreten ist, die Wirksamkeit des vom damaligen Kl. erklärten Widerrufs anzuerkennen. Denn für die Festlegung des dem Vertragspartner des VN vorgeworfenen Pflichtenverstößes iSv § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) ARB 2008 ist nach unserer Auslegung allein der Tatsachenvortrag entscheidend, mit dem der VN diesen Verstoß begründet. Als frühestmöglicher Zeitpunkt kommt dabei das dem Anspruchsgegner vorgeworfene pflichtwidrige Verhalten in Betracht, aus dem der VN seinen Anspruch herleitet<sup>43</sup>. Dabei geht der Senat davon aus, dass die falsche Widerrufsbelehrung die Rechtsposition des Verbrauchers für sein aktuelles Anliegen, den Vertrag spät zu widerrufen, verbessert, so dass er kein Interesse daran hat, nachträglich eine ordnungsgemäße Widerspruchs- oder Widerrufsbelehrung zu erhalten. Deswegen ist die ursprünglich erteilte Belehrung auch nicht als der maßgebliche Verstoß bewertet worden, den der VN seinem Anspruchsgegner im Ausgangsstreit vorwirft.

Wenn wir geglaubt hatten, mit dieser Rspr. die rechtsschutzversicherungsrechtliche Problematik der Widerspruchs- und Widerrufsfälle erschöpfend abgearbeitet zu haben, so sahen wir uns alsbald eines Besseren belehrt, denn nunmehr rückte die sog. Vorerstreckungsklausel in den Mittelpunkt des Interesses.

Im Ur. v. 24. 4. 2013<sup>44</sup> hatten wir das Rechtsschutzbegehren nicht an dieser Vorerstreckungsklausel scheitern lassen, obwohl auch in jenem Fall die Widerspruchsbelehrung des VR nach § 5 a VVG a. F., auf deren behauptete Fehlerhaftigkeit der VN seine Auffassung stützte, den Widerspruch zeitlich unbegrenzt wirksam erklären zu können, vor Abschluss der Rechtsschutzversicherung erfolgt war.

Zur Begründung hatten wir auf die Ausführungen zur Festlegung des maßgeblichen Verstoßes Bezug genommen und argumentiert, da der Pflichtenverstoß des Lebensversicherers erst im Bestreiten der Fortgeltung des Widerspruchsrechts liege, hätten die Umstände des Vertragsschlusses der Lebensversicherung diesen Verstoß nicht in dem Sinne ausgelöst, dass die erste Stufe der Verwirklichung der Gefahr einer rechtlichen Auseinandersetzung erreicht gewesen sei.

Das war aber auf Kritik gestoßen. Denn – so wurde uns entgegengehalten – gerade weil die Vorerstreckungsklausel keine Definition des Versicherungsfalles bezwecke, könnten ihre Voraussetzungen auch nicht mit der Begründung verneint werden, dass der Rechtsschutzfall erst später eingetreten sei. In der Lit. wurde unser Lösungsansatz teilweise als inhaltlich zu weitgehend und als zu knapp begründet kritisiert<sup>45</sup>.

In der Rspr. tat sich insbesondere in Köln ein tiefer Graben zwischen einer Kammer des dortigen LG und dem 9. Zivilsenat des Kölner OLG hinsichtlich der Auslegung der Vorerstreckungsklausel auf. Die erwähnte Landgerichtskammer war das Berufungsgericht in unserem Streitfall. Sie vertrat die Auffassung, der begehrte Versicherungsschutz müsse an der

42 IV ZR 23/12, r+s 2013, 283.

43 Vgl. Senatsurt. v. 25. 2. 2015 – IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 = VersR 2015, 485 Rn. 10, 15 mwN; vom 24. 4. 2013 – IV ZR 23/12, r+s 2013, 283 = VersR 2013, 899 Rn. 12 mwN; vom 28. 9. 2005 – IV ZR 106/04, VersR 2005, 1684 = r+s 2005, 504 unter I 2 und 3 [juris Rn. 19 ff.]; vom 19. 3. 2003 – IV ZR 139/01, VersR 2003, 638 = r+s 2003, 363 unter 1 a [juris Rn. 9]; Senatsbeschl. v. 17. 10. 2007 – IV ZR 37/07, VersR 2008, 113 = r+s 2008, 69 Rn. 3.

44 IV ZR 23/12, r+s 2013, 283 Rn. 17.

45 Vgl. Maier, r+s 2017, 574, 580; 2018, 287, 288.



Vorerstreckungsklausel scheitern, selbst wenn man den Rechtsschutzfall iSv § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) ARB 2008 erst in der Weigerung der Bank sehen wolle, die Berechtigung des erklärten Widerrufs anzuerkennen. Die Vorerstreckungsklausel des § 4 Abs. 3 Buchst. a) ARB 2008 versage Deckungsschutz für Rechtsstreitigkeiten, die in vorvertraglicher Zeit „vorprogrammiert“ worden seien. Sie greife ein, wenn der spätere Rechtsstreit durch eine in der Klausel genannte Rechtshandlung bereits die erste Stufe der Gefahrverwirklichung erreicht habe. Eine Willenserklärung oder Rechtshandlung trage den "Keim eines Rechtsstreites" in sich, wenn sie geeignet sei, einen Verstoß iSv § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) ARB 2008 auszulösen. Aus der maßgeblichen Sicht des VN sei dies schon bei der (nach der Behauptung des Kl.) fehlerhaften Belehrung über das Widerrufsrecht der Fall. Der anderslautenden, soeben vorgestellten Rspr. des BGH<sup>46</sup> und auch der des OLG Köln<sup>47</sup> sei nicht zu folgen. Zu prüfen sei allein, ob die Widerrufsbelehrung den Keim des späteren Rechtsstreits in sich trage. Dies sei zu bejahen, weil Darlehens-Widerrufe zu einer Massenerscheinung geworden seien, nachdem das stark abgesunkene Zinsniveau einen erheblichen wirtschaftlichen Anreiz dafür geschaffen habe.

Der Ansicht des OLG Köln, die Widerrufsbelehrung habe den späteren Rechtsverstoß deshalb nicht auslösen können, weil sie keine bedingungsgemäße Rechtshandlung, sondern nur eine neutrale Erklärung sei, welche nicht die Erwartung eines späteren Rechtskonflikts begründe, könne man sich ebenfalls nicht anschließen. Die Widerrufsbelehrung sei aus Sicht des VN rechtswidrig und gerade deswegen streitbegründend. Sie stelle auch eine Rechtshandlung iSv § 4 Abs. 3 Buchst. a) ARB 2008 dar, denn eine Bank ziele mit der Widerrufsbelehrung gerade darauf ab, den Darlehensvertrag für die Zeit nach Ablauf der Widerrufsfrist beständig zu machen. Da die Klausel objektiv gefasst sei, sei es auch unerheblich, ob der VN im Zeitpunkt der maßgeblichen Willenserklärung oder Rechtshandlung bereits erkennen könne, dass sie Auslöser eines späteren Rechtsschutzfalles werde.

Unter den Kölner Kollegen war mithin vor allem im Streit, was unter einer bedingungsgemäßen Rechtshandlung zu verstehen war. Die Frage hat uns natürlich auch im Revisionsverfahren vor dem Hintergrund der Frage umgetrieben, wie die Vorerstreckungsklausel auszulegen ist und ob insoweit eine ausreichend transparente Regelung geschaffen worden ist.

Nach ganz h. M. enthält die Vorerstreckungsklausel des § 4 Abs. 3 Buchst. a) ARB 2008 keine zusätzliche Beschreibung des Rechtsschutzfalles, sondern stellt eine selbständige, zeitlich begrenzte Leistungsausschlussklausel dar, die so genannten Zweckabschlüssen von Rechtsschutzversicherungen entgegenwirken soll<sup>48</sup>.

Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender von AVB allerdings gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Insbesondere muss eine Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann<sup>49</sup>.

Risikoausschlussklauseln sind – wie bereits an derer Stelle dargelegt – im Übrigen eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert<sup>50</sup>.

c) Legt man diese Maßstäbe an die Vorerstreckungsklausel in § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) ARB 2008 an, trifft sie

unserer Auffassung nach keine transparente Aussage darüber, inwieweit der versprochene Versicherungsschutz eingeschränkt sein soll. Dazu haben wir uns zunächst auf die schon von den Vorinstanzen eingeschlagenen Pfade begeben und zuerst die Auslegung und die Transparenz der Klausel in Bezug auf die Voraussetzungen einer vorvertraglichen Willenserklärung oder Rechtshandlung hinterfragt. Schon hier bestehen erhebliche Zweifel.

(1) Zwar verwendet die Klausel mit dem Begriff der Willenserklärung noch einen fest umrissenen Begriff der Rechtsprache<sup>51</sup>, bei dem nach st. Rspr. des Senats im Zweifel anzunehmen ist, dass auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen darunter nichts anderes verstehen wollen<sup>52</sup>.

Ob das aber auch für den alternativ verwendeten Begriff der **Rechtshandlung** gilt, erscheint hingegen äußerst fraglich<sup>53</sup>. Denn das Gesetz misst dem Begriff der Rechtshandlung keinen durchgehend einheitlichen Sinn bei (vgl. etwa § 15 Abs. 2 Satz 2, § 54 Abs. 1, § 126 Abs. 1 HGB, § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG, § 57 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 VAG, § 129 Abs. 1 InsO sowie die amtliche Überschrift des § 407 BGB). Im Insolvenzanfechtungsrecht etwa ist der Begriff weit auszulegen und bezeichnet dort jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst<sup>54</sup>.

Inwieweit sich ein so weites Verständnis mit der bei AVB-Risikoausschlüssen gebotenen engen Auslegung verträglich oder stattdessen eine einschränkende Klauselauslegung erfolgen müsste, ist umstritten. Teile der Rspr. und Lit. nehmen an, eine Rechtshandlung im Sinne der Vorerstreckungsklausel müsse auf eine Änderung oder Verwirklichung der Rechtslage abzielen<sup>55</sup>, eine lediglich "neutrale" Erklärung genüge nicht.

Unser Berufungsgericht hatte demgegenüber Zweifel angemeldet, dass eine solche einschränkende Auslegung wirklich geboten sei.

In Teilen der Rspr. und der Lit. wurde eine einschränkende Auslegung mit unterschiedlichen Ansätzen befürwortet, die ich an dieser Stelle nicht vertiefen möchte<sup>56</sup>.

46 IV ZR 23/12, r+s 2013, 283 Rn. 17.

47 Beschl. v. 2. 5. 2016 – 9 U 252/15 n. v.; vgl. auch Beschl. v. 15. 1. 2016 – 9 U 251/15, VersR 2017, 484.

48 Vgl. Senatsurt. v. 28. 9. 2005 – IV ZR 106/04, VersR 2005, 1684 = r+s 2005, 504 unter I 3 e [juris Rn. 29]; Maier, r+s 2017, 574, 579.

49 St. Rspr., vgl. nur Senatsurt. v. 9. 5. 2001 – IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354 = r+s 2001, 386 unter I 2 b [juris Rn. 34] mwN.

50 Vgl. nur Senatsurt. v. 17. 12. 2008 – IV ZR 9/08, VersR 2009, 1147 = r+s 2009, 243 Rn. 17; v. 17. 3. 1999 – IV ZR 89/98, VersR 1999, 748 = r+s 1999, 192 unter 2 a [juris Rn. 10].

51 Vgl. zur Definition etwa MünchKomm-BGB/Armbrüster, 7. Aufl. vor § 116 Rn. 3 ff.; Winter, r+s 1991, 397 zu § 14 ARB 1975.

52 Vgl. Senatsurt. v. 14. 6. 2017 – IV ZR 161/16, VersR 2017, 1012 = r+s 2017, 421 Rn. 16 mwN.

53 Vgl. dazu Böhme, Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung 12. Aufl. § 14 ARB 1975 Rn. 13 b; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 4. Aufl. § 8 Rn. 276 f.; Palandt/Ellenberger, BGB 77. Aufl. Überblick vor § 104 Rn. 4; Müller in Erman, BGB 15. Aufl. Einleitung vor § 104 Rn. 6; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Band 3. Aufl. § 9 S. 105 ff.; Maier, r+s 2018, 283, 288 f.; s. auch Motive I S. 127, II S. 527, 855.

54 BGH, Urt. v. 20. 2. 2014 – IX ZR 164/13, NZI 2014, 321 Rn. 9 mwN; vom 4. 7. 2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 5 mwN.

55 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 15. 1. 2016 – 9 U 251/15, VersR 2017, 484, 486 [juris Rn. 13]; vom 2. 5. 2016 – 9 U 252/15 nv.

56 OLG Düsseldorf VersR 1994, 1337 f. = r+s 1994, 180; OLG Karlsruhe VersR 2012, 987, 989 = r+s 2012, 175; OLG Saarbrücken VersR 2000, 1536, 1537; Prölls/Martin/Armbrüster, VVG 30. Aufl. § 4 ARB 2010 Rn. 127, 129, 134 mwN; Harbauer/Maier, ARB 8. Aufl. § 4 ARB 2000 Rn. 143; Obarowski in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 37 Rn. 464; Wendt, r+s 2008, 221, 223; r+s 2014, 328, 334).

Für uns blieben jedenfalls erhebliche Zweifel, ob sich all diese Erwägungen dem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten VN bei der Klauselauslegung ja maßgeblich ankommt, erschließen. Letztlich konnten wir das allerdings offenlassen, weil jedenfalls die von der Vorerstreckungsklausel weiter vorausgesetzte Ursächlichkeit der Willenserklärung oder Rechtshandlung für den späteren Verstoß iSv § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) ARB 2008 nicht klar und durchschaubar beschrieben ist und sich die Klausel insoweit als intransparent erweist.

Nach dem Klauselwortlaut soll kein Rechtsschutz bestehen, wenn die vor Versicherungsbeginn vorgenommene Willenserklärung oder Rechtshandlung den Verstoß "ausgelöst" hat. Zwar mag der VN aus dieser Formulierung noch erkennen, dass das gemeinte Ereignis eine Ursache für den späteren Verstoß bilden muss. Ob damit aber lediglich die so genannte *conditio-sine-qua-non*-Formel im Sinne adäquater Kausalität eingeschränkt werden soll<sup>57</sup> oder die Klausel ein weiter gehendes Unmittelbarkeitserfordernis oder gar ein die Zurechnung begrenzendes Kausalitätskriterium ganz eigener Art aufstellt, erschließt sich dem durchschnittlichen VN, der in der juristischen Kausalitätslehre nicht bewandert ist, nicht. Und es hilft dem juristischen Laien auch nicht, dass in Rspr. und Lit. schon lange weitgehende Einigkeit darüber bestand, dass auch das Kausalitätserfordernis einschränkend auszulegen ist, zumal umstritten blieb, wie diese Einschränkung zu erfolgen hat<sup>58</sup>.

Für den durchschnittlichen VN ist auch mit im Bedingungs-wortlaut nicht angelegten üblichen synonymen Begriffsbildungen

- ein Verhalten müsse schon den Keim des späteren Rechtsstreits in sich tragen,
- es müsse bereits die erste Stufe der Gefahrverwirklichung erreicht sein,
- der spätere Rechtskonflikt müsse vorprogrammiert sein,

in Wahrheit nichts gewonnen, weil sie den Begriff des Auslösens zwar umschreiben, dabei aber keine zusätzliche Trennschärfe gewinnen. Dem durchschnittlichen VN fehlt die ausreichende rechtliche Erfahrung, um unterscheiden zu können, was den seinerseits nicht näher definierten "Keim" eines späteren Rechtskonfliktes von einer bloßen Ursache unterscheidet oder wodurch eine "erste Stufe der Gefahrverwirklichung" oder die "Vorprogrammierung" eines Rechts- oder Pflichtenverstoßes in Abgrenzung zu einer bloßen Ursache gekennzeichnet ist. Letztlich zeugt gerade auch die in Lit. und Rspr. entwickelte Kasuistik, die der Senat im Urteil darstellt, davon, dass nicht einmal die Fachjuristen mit der Auslegung der Vorerstreckungsklausel wirklich zu rechtgekommen sind.

Wir haben den VN daher für schlicht überfordert angesehen mit der Folge, dass es sich bei der Vorerstreckungsklausel um eine intransparente Regelung handelt.

Daran ändert auch die rein objektive Ausrichtung der Klausel nichts, die ja gar nicht darauf abstellt, ob der VN erkennen kann, dass eine Willenserklärung oder Rechtshandlung den späteren Verstoß auslöst. Denn gerade dies verhindert, dass dem VN hinreichend verdeutlicht wird, welche Lücken sein Versicherungsschutz infolge des Risikoausschlusses aufweist.

Und selbst wenn der VN das für ihn vielleicht noch erkennbare Ziel der Vorerstreckungsklausel in den Blick nimmt, Zweckabschlüssen entgegenzutreten, führt ihn das unserer Auffassung nach nicht zu einem klaren Auslegungsergebnis.

Vielleicht wird er noch erkennen, dass rechtliche Auseinandersetzungen vom Deckungsschutz ausgenommen werden sollen, deren Anbahnung ihm schon bei Abschluss der Rechtsschutzversicherung bekannt ist. Denn nur insoweit ließe sich ja überhaupt nur von einem "Zweckabschluss" der Rechtsschutzversicherung sprechen. Er wird dann aber wieder davon irritiert, dass die Vorerstreckungsklausel auf ein solches Wissen gerade nicht abstellt. Stattdessen soll es allein auf die objektive Sachlage ankommen. Mit einer Prognose über das Ergebnis einer späteren nachträglichen objektiv-rechtlichen Bewertung der Ursächlichkeit einer vorvertraglichen Willenserklärung oder Rechtshandlung für den Rechtsschutzfall bleibt der VN aber überfordert.

## 6. Senatsbeschl. v. 11. 7. 2018 – IV ZR 112/16, juris -

### Vorerstreckungsklausel II

Nach der soeben vorgestellten Entscheidung ist – quasi in deren Windschatten – am 11. 7. 2018 ein – eine NZB verwerfender – Senatsbeschluss ergangen, der in einer Hilfsbegründung noch einmal bekräftigt, dass die Erteilung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung in Fällen des späteren Widerrufs von Darlehensverträgen noch keinen Rechtsschutzfall begründet und die Vorerstreckungsklausel des § 4 Abs. 3 Buchst. a ARB 2008 intransparent und deshalb unwirksam ist. Gescheitert ist die NZB in diesem Fall aber in erster Linie daran, dass der Streitwert die für die Statthaftigkeit einer NZB entscheidende Grenze von 20.000 EUR (vgl. früher § 26 Nr. 8 EGZPO, jetzt § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nicht erreicht hatte.

Bei einem Deckungsstreit aus der Rechtsschutzversicherung muss für die Streitwertermittlung der zur Zeit der Erhebung der Deckungsklage aktuelle Verfahrensstand des Ausgangsverfahrens in den Blick genommen werden. In unserem Fall war Rechtsschutz für die vorgerichtliche und gerichtliche Auseinandersetzung eingeklagt, deren Kosten die 20.000 EUR-Grenze nicht erreichten. Dass – wie der in den Vorinstanzen unterlegene Rechtsschutzversicherer geltend gemacht hatte – das erstinstanzliche Urteil des Ausgangsstreits möglicherweise noch mit der Berufung hätte angefochten werden können, spielte für die Streitwertfestsetzung keine Rolle, weil – wie der Senat schon früher entschieden hatte – eine Rechtsschutzzusage für sämtliche Instanzen in den ARB nicht vorgesehen ist<sup>59</sup>.

## 7. Senatsurteile vom 3. 7. 2019 – IV ZR 111/18, r+s 2019, 461 und IV ZR 195/18, NJW 2019, 3299 – Passivrechtsschutz

Ich komme nun zu zwei Entscheidungen, die lange und mit Spannung erwartet worden waren. Es ging um die Frage, wann in der Rechtsschutzversicherung der Versicherungsfall eintritt, wenn sich der VN im Ausgangsstreit gegen von seinem dortigen Gegner erhobene zivilrechtliche Ansprüche wehren will, d. h. in einen sog. Passivrechtsstreit verwickelt ist. Der Senat hatte – wie Sie wissen – in jüngerer Zeit an seiner früheren Rspr. aus den 1980er Jahren zur Auslegung des § 14 (3) ARB 75 und damit zur Bestimmung des Ver-

57 So OLG Nürnberg VersR 1978, 708 = r+s 1978, 180.

58 OLG Celle VersR 2008, 1645, 1647 [juris Rn. 7 und 9]; OLG Düsseldorf VersR 1994, 1337, 1338 = r+s 1994, 180; OLG Köln ZfSch 2016, 335 [juris Rn. 7]; r+s 2001, 201 [juris Rn. 7]; OLG Hamm r+s 2001, 116 [juris Rn. 10]; Prölls/Martin/Armbrüster, VVG 30. Aufl. § 4 ARB 2010 Rn. 132 ff.; Maier, r+s 2017, 574, 579 f. mwN; Harbauer/Maier, ARB 8. Aufl. § 4 ARB 2000 Rn. 142 ff. mwN; Wendt, r+s 2008, 221, 226.

59 Vgl. Senatsbeschl. v. 2. 5. 1990 – IV ZR 294/89, r+s 1990, 275, 276.

sicherungsfalls<sup>60</sup> bei Aktivprozessen nicht mehr festgehalten<sup>61</sup>.

Er hatte vielmehr in mehreren Entscheidungen der letzten Jahre, die Sie kennen, neue Wege zur Bestimmung des „verstoßabhängigen“ Rechtsschutzfalls beschritten<sup>62</sup> und ausgeführt, der durchschnittliche VN entnehme zum einen dem Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers, dass dieser es übernehme, die Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu unterstützen. Zum anderen erkenne der VN, dass mit der Anknüpfung des § 14 (3) ARB 75 an die erste adäquate Ursache des Ausgangsstreits der Bedingungswortlaut die Gefahr einer uferlosen Rückverlagerung des für die zeitliche Bestimmung des Versicherungsfalles maßgeblichen Geschehens in sich berge, welche in der Mehrzahl der Fälle seinen berechtigten Interessen widerspreche<sup>63</sup>. Deshalb hatte der Senat angenommen, der VN werde bei Verfolgung eigener vertraglicher Ansprüche einen den Rechtsschutzfall iSv § 14 (3) Satz 1 ARB 1975/95 auslösenden Verstoß allein in dem Fehlverhalten sehen, das er seinem Gegner zur Last lege und auf das er seinen Anspruch stütze. Aus der Sicht des durchschnittlichen VN ließen sich seine Ansprüche auf eigenes Fehlverhalten nicht stützen<sup>64</sup>, weil es der Anspruchsgegner des VN anderenfalls in der Hand, durch die Wahl seiner Verteidigung dem VN den Deckungsanspruch aus der Rechtsschutzversicherung zu entziehen<sup>65</sup>.

Daher hatte der Senat es in Aktivrechtsschutzfällen als für die Bestimmung des Versicherungsfalles unerheblich angesehen, was der Anspruchsgegner des VN gegen dessen Begehren einwendet<sup>66</sup>. Die Festlegung des "verstoßabhängigen" Rechtsschutzfalles iSv § 14 (3) Satz 1 ARB 75 richte sich mithin allein nach den vom VN behaupteten Pflichtverletzungen seines Anspruchsgegners, wobei dieses Vorbringen (erstens) einen objektiven Tatsachenkern enthalten müsse, mit dem der VN (zweitens) den Vorwurf eines Rechtsverstoßes verbinde, der den Keim für die spätere rechtliche Auseinandersetzung enthalte und auf den der VN (drittens) seine Interessenverfolgung stütze, wobei es nicht auf die Schlüssigkeit, Substantiiertheit oder die Entscheidungserheblichkeit dieser Behauptungen ankomme<sup>67</sup>. Seither herrschte Ungewissheit darüber, ob und ggfs. wie sich diese Senatsrechtsprechung auf Passivrechtsstreit-Fälle übertragen lässt.

Um die Problematik zu veranschaulichen, will ich zunächst die beiden Fälle vorstellen, um die es in den Senatsurteilen vom 3. 7. 2019 ging:

#### a) Sache IV ZR 111/18, das alte Darlehen:

Die Klin in der Revisionssache IV ZR 111/18 begehrte aus einer bis zum 1. 1. 2015 gehaltenen Rechtsschutzversicherung, der die ARB 1975/95 zugrunde liegen, Rechtsschutz für die Abwehr einer Darlehensforderung. Nach den Bedingungen (§ 14 (3))...

*... galt der Versicherungsfall in dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem der VN, der Gegner oder ein Dritter begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen. Bei mehreren Verstößen sollte der erste adäquat ursächliche Verstoß maßgeblich sein ...*

Im Jahre 2008 hatte die Klin ein zinsloses Darlehen über 35.000 EUR erhalten, auf das sie lediglich bis einschließlich März 2011 die vereinbarten monatlichen Raten iHv 200 EUR geleistet hatte. Unstreitig hatte die Rechtsschutzversicherung der Klin zu diesem Zeitpunkt noch bestanden. Nach dem Tod des Darlehensgebers hatten dessen Erben im September 2015 (d. h. in nunmehr nicht mehr versicherter Zeit) die Kündigung des Darlehens wegen Zahlungsverzugs ausgesprochen. Die Klin hatte die Rückzahlung des nach Berechnung der Erben noch offenen Betrags von 25.500 EUR mit der Begründung verweigert, der Anspruch sei verjährt, denn der Darlehensgeber habe das Darlehen

bereits im Jahre 2011 (d. h. noch in versicherter Zeit) gekündigt. Der Ausgangsstreit war durch einen Vergleich beigelegt worden. Die Klin hatte danach RA- und Gerichtskosten iHv insgesamt 6.754,98 EUR zu tragen. Für diese wollte der Rechtsschutzversicherer nicht aufkommen, weil der Versicherungsfall erst nach Beendigung der Rechtsschutzversicherung eingetreten sei.

Die auf Gewährung von Deckungsschutz und Zahlung der 6.754,98 EUR nebst Zinsen gerichtete Klage war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Nach Auffassung des Berufungsgerichts (OLG Stuttgart) war der Rechtsschutzfall nicht in der versicherten Zeit eingetreten, weil nach st. Rspr. d. BGH über die zeitliche Einordnung des Rechtsschutzfalles allein der Tatsachenvortrag entscheide, mit dem der VN sein Rechtsschutzbegehren begründe. Das gelte im Vertragsrechtsschutz unabhängig davon, ob sich der VN in einer Aktiv- oder Passivrolle befinde. Es liege aus der Sicht des VN nahe, dass er weder in der einen noch der anderen Konstellation seine berechtigten Rechtsschutzinteressen mit eigenem Fehlverhalten begründe. Maßgebend seien allein seine Behauptungen, die er im Ausgangsverfahren aufgestellt habe.

Die Klin habe sich dort ausschließlich damit verteidigt, der Darlehensrückzahlungsanspruch sei verjährt. Ihr maßgeblicher Tatsachenvortrag erstreckte sich mithin auf den Vorwurf, ihre Gegner im Ausgangsverfahren hätten erst nach Beendigung der Rechtsschutzversicherung trotz Erhebung der Verjährungseinrede am Rückzahlungsanspruch festgehalten.

Die insoweit vom OLG Stuttgart befürwortete „1:1-Übertragung“ der neueren BGH-Rspr. auf den Passivprozess hatte sich hier mithin zu Lasten der Klin ausgewirkt.

#### b) Sache IV ZR 195/18, der angeblich nicht reparierte Mercedes:

Der Kl. des Revisionsverfahrens IV ZR 195/18, der seit dem 1. 6. 2015 eine Rechtsschutzversicherung gehalten hatte, hatte seinen VR auf Freistellung von einer anwaltlichen Kostenforderung verklagt. Die Versicherungsbedingungen (§ 4 (1) Buchst. d) versprachen Rechtsschutz

*... von dem Zeitpunkt an, in dem der VN oder ein anderer einen Verstoß gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften begangen hat oder begangen haben soll ...*

60 Vgl. zu dieser früheren Rspr.: Senatsurt. v. 14. 3. 1984 – IVa ZR 24/82, VersR 1984, 530 unter I 3; zustimmend: OLG Koblenz VersR 2013, 99, 100.

61 Vgl. dazu Senatsurt. v. 25. 2. 2015 IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 Rn. 14, 15 mwN; vgl. dazu R. Wendt, r+s 2012, 209, 211.

62 Vgl. dazu die Senatsurteile vom 25. 2. 2015 IV ZR 214/14, r+s 2015, 193, Rn. 12 ff., 14 ff., vom 30. 4. 2014 – IV ZR 47/13, IV ZR 60/13, BGHZ 201, 73, 77 Rn. 15 ff.; IV ZR 61/13, juris; IV ZR 62/13, juris, jeweils unter I 2 a; vom 24. 4. 2013 – IV ZR 23/12, r+s 2013, 283 Rn. 12; vom 19. 11. 2008 – IV ZR 305/07, BGHZ 178, 346 = VersR 2009, 109 Rn. 20-22; Senatsbeschl. v. 17. 10. 2007 – IV ZR 37/07, VersR 2008, 113 Rn. 3; Senatsurteile vom 28. 9. 2005 – IV ZR 106/04, VersR 2005, 1684 unter I 2 a; vom 19. 3. 2003 – IV ZR 139/01, VersR 2003, 638 unter 1; vgl. auch R. Wendt, r+s 2006, 1, 4; 2014, 328, 334.

63 Vgl. dazu Senatsurt. v. 5. 11. 2014 IV ZR 22/13, r+s 2015, 16 Rn. 19 mwN). Deshalb kommt es für die Festlegung des Versicherungsfalles allein auf die Tatsachen an, mit denen der VN sein Rechtsschutzbegehren begründet (Senatsurt. v. 19. 11. 2008 – IV ZR 305/07, BGHZ 178, 346 = VersR 2009, 109 Rn. 20-22; Senatsbeschl. v. 17. 10. 2007 – IV ZR 37/07, VersR 2008, 113 Rn. 3; Senatsurteile vom 28. 9. 2005 – IV ZR 106/04, VersR 2005, 1684 unter I 2 a; vom 19. 3. 2003 – IV ZR 139/01, VersR 2003, 638 unter 1 a; vgl. auch R. Wendt, r+s 2006, 1, 4.

64 Senatsurt. v. 25. 2. 2015 IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 Rn. 15.

65 Vgl. Senatsurt. v. 25. 2. 2015 aaO Rn. 16.

66 Senat aaO.

67 Senatsurt. v. 19. 11. 2008 IV ZR 305/07, BGHZ 178, 346 = VersR 2009, 109 Leitsatz b und Rn. 20 ff., so genannte Drei-Säulen-Theorie.

Mit Kaufvertrag vom 18. 6. 2014, d. h. noch in vorversicherter Zeit, hatte der Kl. seinen gebrauchten Mercedes SLK 200 verkauft und der Käuferin, einer GmbH, schriftlich zugesichert, Unfallschäden an einer Achse und einer Stoßstange seien behoben. Mit Anwaltsschreiben vom 9. 10. 2015, d. h. nunmehr in versicherter Zeit, hatte die Käuferin Gewährleistungsrechte geltend gemacht und dem Kl. vorgeworfen, die Schäden seien in Wahrheit nicht behoben gewesen. Um sich hiergegen zu verteidigen, hatte der Kl. eine Rechtsanwaltskanzlei beauftragt, deren Deckungsanfrage der Rechtsschutzversicherer abschlägig beschieden hatte, weil der Versicherungsfall vor Beginn der Rechtsschutzversicherung eingetreten sei.

Nachfolgend hatte die Käuferin ein selbständiges Beweisverfahren durchführen lassen. Die vom VN beauftragten RAe hatten für ihre Tätigkeit 1.425,38 EUR in Rechnung gestellt. Hiervon hatte der Kl. aufgrund der Rechtsschutzversicherung freigestellt werden wollen, weil seiner Auffassung nach der Versicherungsfall in versicherter Zeit eingetreten war. Maßgeblicher Verstoß sei erst das unberechtigte Gewährleistungsverlangen der Käuferin gewesen.

Auch dieser Klage war in den Vorinstanzen kein Erfolg beschieden gewesen. Das Berufungsgericht (diesmal das LG Aachen) hatte einen vom OLG Stuttgart abweichenden Lösungsansatz gewählt und den Deckungsanspruch verneint, weil der Versicherungsfall bereits vor Beginn der Rechtsschutzversicherung eingetreten sei. Der maßgebliche Verstoß, den der Kl. begangen haben solle, liege nämlich schon in der Übergabe des veräußerten Fahrzeuges mit einem trotz entsprechender Zusage nicht beseitigten Unfallschaden im Juni 2014. Es sei mit dem Wortlaut des § 4 (1) Satz 1 Buchst. d ARB 2012 unvereinbar, den maßgeblichen Verstoß allein dem Vorbringen des Kl. und seinem gegen die Käuferin erhobenen Vorwurf der ungerechtfertigten Geltendmachung von Gewährleistungsrechten zu entnehmen. Denn da die Klausel ausdrücklich auch auf Verstöße des VN abstelle, verlöre die Anknüpfung bei dieser Auslegung ihren Anwendungsbereich. § 4 (1) Satz 1 Buchst. d ARB 2012 bezwecke im Übrigen, sog. Zweckabschlüsse zu verhindern. Aus der neueren BGH-Rspr. zum Aktivprozess des VN<sup>68</sup> ergebe sich nichts Anderes. Im Passivprozess des VN bestehe von vorn herein kein Schutz vor der ungerechtfertigten Geltendmachung von Ansprüchen aus unversicherter Zeit durch den Gegner des VN.

Beide Fälle zeigten gerade in der Gegenüberstellung sehr anschaulich, dass sich die verschiedenen Lösungsansätze nicht einfach in die Schubladen „versichererfreundlich“ oder „versicherungsnehmerfreundlich“ packen lassen, denn je nach Fallkonstellation können sich die unterschiedlichen Lösungsansätze zum Vorteil oder Nachteil der Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages auswirken. Eine Lösung, die den maßgeblichen Verstoß sehr früh verortet, kann den Versicherungsfall einerseits häufig in vorversicherter Zeit verlagern, andererseits aber auch – bei lange beendeten Versicherungsverträgen – zu einer sehr langen Nachhaftung des VR führen.

### c) Lösungswege in Lit. u. Rspr.

In Lit. und Rspr. waren im Wesentlichen drei Lösungswege angeboten worden:

aa) Eine erste Auffassung trat dafür ein, die vom Senat für den Aktivprozess entwickelten Grundsätze auf den Passivprozess des VN **spiegelbildlich** in der Weise zu **übertragen**, dass für die Festlegung des Versicherungsfalles nach § 14 (3) ARB 75, bzw. § 4 (1) Buchst. d ARB 2012 allein auf die Verstöße gegen Rechtsvorschriften und Rechtspflichten abzustellen ist, **die der Anspruchsgegner dem VN anlastet**<sup>69</sup>. Das stützte sich vor allem auf den Bedingungswortlaut und insbesondere die Überlegung, dass anderenfalls die dort ge-

troffene Regelung, nach der **auch ein Verstoß des VN** gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften als für die Bestimmung des Versicherungsfalles maßgeblich angesprochen werde, leerliefe. Nach dieser Auffassung wäre

- in unserem **ersten Fall** der Versicherungsfall schon mit der – der Klin von ihren Anspruchsgegnern vorgeworfenen – Einstellung der Darlehensrückzahlung noch in versicherter Zeit eingetreten gewesen. Entgegen der Lösung des OLG Stuttgart hätte die Klin danach wohl Versicherungsschutz gehabt.
- im zweiten Fall hätte der maßgebliche Verstoß schon in der Übergabe des unreparierten Fahrzeugs in vorversicherter Zeit gelegen, wie das das LG Aachen mit der Folge der Klageabweisung auch angenommen hatte.

bb) Eine vermittelnde Auffassung<sup>70</sup> hatte vorgeschlagen, abweichend von den im Aktivprozess geltenden Maßstäben im Passivprozess im Grundsatz **Verstöße beider Seiten** für die Bestimmung des Versicherungsfalles heranziehen. Dafür spreche neben dem Wortlaut des § 14 (3) ARB 75, dass in Passivprozessen der Gegner des VN das Streitverfahren in Gang setze und dieser Streit deshalb primär durch den Vorwurf der Gegenseite geprägt werde. Mitunter erlaube auch nur der Vortrag des Anspruchsgegners die Einordnung des Ausgangsverfahrens unter eine in der Rechtsschutzversicherung versicherte Leistungsart<sup>71</sup>.

- Auch diese Meinung hätte **im ersten Streitfall** zur Annahme eines Versicherungsfalles in versicherter Zeit geführt, weil danach auch die der Klin von den Erben des Darlehensgebers vorgeworfene Einstellung der Darlehensratenzahlung noch während des Laufs der Rechtsschutzversicherung geschehen war.
- Der **zweite Streitfall** wäre wiederum zu Lasten des dortigen Kl. zu entscheiden gewesen (Fahrzeugübergabe in vorversicherter Zeit).

cc) Eine dritte Auffassung plädierte dafür, die neuere Senatsrechtsprechung unmittelbar auch auf den Passivprozess des VN **„1:1“ zu übertragen**, so dass sich eine Unterscheidung von Aktiv- und Passivrechtsstreit erübrige, weil für die Bestimmung des Versicherungsfalles in jedem Falle allein das Vorbringen des VN und der Verstoß entscheidend sei, den er seinem Gegner anlastet<sup>72</sup>.

- Das war die Lösung des OLG Stuttgart **im ersten Streitfall**, die zur Abweisung der dortigen Klage geführt hatte, weil der von der Klin erhobene Vorwurf gegen ihre Anspruchsgegner in die nicht mehr versicherte Zeit gefallen war.
- Der Kl. unseres **zweiten Falles** hätte hingegen bei dieser Lösung den Vorteil gehabt, dass die dann allein maßgebliche – nach seinem Vorwurf unberechtigte – Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch die Gegnerin des Ausgangsstreits in die versicherte Zeit gefallen wäre, so dass Rechtsschutzdeckung bestanden hätte.

### d) Lösung des Senats: „1:1-Übertragung“

Im Bewusstsein, dass es hier keinen Königsweg gibt, der alle Probleme umfassend löst, haben wir uns für die zuletzt genannte Auffassung, d. h. der sog. 1:1-Übertragung der Aktivrechtsschutz-Rspr. entschieden. Für die zeitliche Festlegung des Rechtsschutzfalles ist mithin allein auf denjenigen Verstoß abzustellen, den der VN seinem Gegner anlastet<sup>73</sup>. Auf die prozessuale Parteirolle oder eine anderweitig

68 Senatsurt. v. 25. 2. 2015 – IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 = der sog. „Gammagard-Fall“.

69 Prölss/Martin/Armbrüster, VVG 30. Aufl. zu § 4 ARB 2010 Rn. 55 a; Armbrüster, NJW 2017, 3660; Cornelius-Winkler, VersR 215, 1476, 1480 f.

70 Schaltke/Weidner, r+s 2016, 225, 227; Schaltke, NJW 2018, 581, 585; Schaltke, VersR 2018, 1045, 1046.

71 Schaltke, VersR 2018, 1041, 1044.

72 Lensing in Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. § 27 Rn. 150; Maier, r+s 2017, 574, 578; LG Frankfurt a. M. r+s 2018, 652 mit zust. Anm. Maier; LG Stade, Anerkennnisurt. v. 24. 7. 2018 3 S 20/18, juris und BeckRS 2018, 32773.

73 Ebenso Maier, r+s 2017, 574, 578; siehe auch Heither, NJW 2017, 693, 694; Gellwitzki, AnwBl 2015, 48, 52.

begründete Unterscheidung zwischen Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung kommt es insoweit nicht an. Wir haben durchaus gesehen, dass nach dem Bedingungswortlaut der Versicherungsfall unter anderem dann als eingetreten gelten soll, wenn der VN selbst begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen. Aber wir meinen, der durchschnittl. VN erkenne auch im Falle eines Passivprozesses, dass eine wortlautkonforme Klauselauslegung die Gefahr einer uferlosen Rückverlagerung des für die zeitliche Bestimmung des Rechtsschutzversicherungsfalles maßgeblichen Geschehens in sich birgt<sup>74</sup>.

Da bei der AVB-Auslegung aber auch die Interessen des VN in den Blick zu nehmen sind, ist seiner Erwartung Rechnung zu tragen, dass der Rechtsschutzversicherer es übernehme, die Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu unterstützen. Deshalb kommt es auch dann, wenn der VN im Ausgangsstreit von seinem Anspruchsgegner in Anspruch genommen wird, für die Festlegung des Versicherungsfalles allein auf die Tatsachen an, mit denen der VN sein Rechtsschutzbegehren begründet<sup>75</sup>. Auch insoweit darf es der Anspruchsgegner nach der Erwartung des VN nicht in der Hand haben, dem VN mittels seiner Behauptungen den Deckungsanspruch aus der Rechtsschutzversicherung zu entziehen<sup>76</sup>. Denn der VN wird dem Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers, die für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des VN erforderlichen Leistungen zu erbringen, eine Solidaritätszusicherung entnehmen, dass der VR ihn gegen Vorwürfe des Gegners unterstütze<sup>77</sup>.

Deshalb erwartet er, dass der Rechtsschutzversicherer von seiner, des VN, Darstellung und Bewertung des Geschehens ausgeht und nicht vom Vorbringen seines Anspruchsgegners, zumal die Bestimmung des Versicherungsfalles nicht der Ort ist, den Wahrheitsgehalt einander widersprechender Darstellungen der Parteien des Ausgangsstreits oder den Widerstreit unterschiedlicher Rechtsauffassungen zu klären<sup>78</sup>. Der durchschnittliche VN wird jedenfalls bei einem privatrechtlichen Streit nicht in Erwägung ziehen, dass ein eigenes, ihm vom Gegner nach seiner Auffassung zu Unrecht vorgeworfenes Fehlverhalten den ersten maßgeblichen Verstoß im Sinne dieser Bedingung darstellen kann. Mithin gilt die so genannte Drei-Säulen-Theorie<sup>79</sup> auch für den Passivrechtsstreit des VN, weil sich seine Interessenlage im Passivrechtsstreit nicht von derjenigen in Aktivfällen unterscheidet<sup>80</sup>.

Auch das Zweckabschluss-Argument, das anscheinend beispielsweise für die Kollegen des OGH in Wien besonders bedeutsam zu sein scheint<sup>81</sup>, hat uns zu keinem anderen Ergebnis kommen lassen. Denn die hier maßgeblichen Bedingungen stellen schon nicht darauf ab, ob sich die Verwirklichung eines Risikos für den VN im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits abgezeichnet hat. Ob die Klauseln wirklich vor allem so genannten Zweckabschlüssen, d. h. der Möglichkeit begegnen soll, Versicherungsschutz für bereits bei Abschluss der Rechtsschutzversicherung eingetretene Lebenssachverhalte, zu erlangen, die schon eine adäquate Ursache für eine spätere rechtliche Auseinandersetzung gesetzt haben<sup>82</sup>, ist zweifelhaft. Denn je nach den zeitlichen Umständen des Einzelfalles kann sie zu einem für den VN günstigen oder nachteiligen Ergebnis führen. Eine zeitliche Vorverlegung des Versicherungsfalles kann je nach versicherter Zeit vielfach auch eine den Interessen des VR zuwiderlaufende Ausweitung seiner Nachhaftung zur Folge haben. Zudem hatte der Senat schon an anderer Stelle

darauf hingewiesen, dass von einem Zweckabschluss nur dort die Rede sein kann, wo der Abschluss des Rechtsschutzversicherungsvertrages vom VN gezielt darauf gerichtet ist, Versicherungsschutz für rechtliche Auseinandersetzungen zu erlangen, deren Ursache bereits in vorversicherter Zeit gesetzt wurde. Das setzt jedoch eine Kenntnis des VN von der Streitursache voraus<sup>83</sup>, auf die der Klauselwortlaut gerade nicht abstellt.

Im Ergebnis ist daher die Revision in der Sache IV ZR 111/18 zurückgewiesen worden, während die Revision in der Sache IV ZR 195/18 Erfolg hatte.

## 8. Senatsurt. v. 14. 8. 2019 – IV ZR 279/17, r+s 2019, 582 – Schadensminderung und Anwaltszurechnung

Damit bin ich bei meinem letzten Fall angelangt, der gerade für RAe von besonderem Interesse sein dürfte. Es geht dabei um zweierlei, nämlich zum einen um die Frage, was vom VN zur Schadensminderung verlangt werden kann zum anderen darum, ob es dem VN zugerechnet werden darf, wenn der von ihm beauftragte RA insoweit Fehler begeht. Die ARB – in unserem Fall waren es die ARB 2010 – enthalten Bestimmungen zum Verhalten des VN nach Eintritt eines Versicherungsfalles, darunter auch eine Obliegenheitsregelung zur Schadensminderung. Sie sah im Streitfall so aus:

*„§ 17 Verhalten nach Eintritt eines Rechtsschutzfalls*

*(1) Wird die Wahrnehmung rechtlicher Interessen des VN nach Eintritt eines Rechtsschutzfalls erforderlich, hat er*

...

*c) soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden,*

...

*bb) für die Minderung des Schadens im Sinne des § 82 VVG zu sorgen. Dies bedeutet, dass die Rechtsverfolgungskosten so gering wie möglich gehalten werden sollen. Von mehreren möglichen Vorgehensweisen hat der VN die kostengünstigste zu wählen, in dem er z. B. (Aufzählung nicht abschließend):*

- *nicht zwei oder mehrere Prozesse führt, wenn das Ziel kostengünstiger mit einem Prozess erreicht werden kann (z. B. Bündelung von Ansprüchen oder Inanspruchnahme von Gesamtschuldnern als Streitgenossen, Erweiterung einer Klage statt gesonderter Klageerhebung),*
- *auf (zusätzliche) Klageanträge verzichtet, die in der aktuellen Situation nicht oder noch nicht notwendig sind,*
- *vor Klageerhebung die Rechtskraft eines anderen gerichtlichen Verfahrens abwartet, das tatsächliche oder rechtliche Bedeutung für den beabsichtigten Rechtsstreit haben kann,*
- *vorab nur einen angemessenen Teil der Ansprüche einklagt und die etwa nötige gerichtliche Geltendmachung der restlichen Ansprüche bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Teilansprüche zurückstellt,*
- *in allen Angelegenheiten, in denen nur eine kurze Frist zur Erhebung von Klagen oder zur Einlegung von Rechtsbehelfen zur Verfügung steht, dem RA einen unbedingten Prozessauftrag zu erteilen, der auch vorgerichtliche Tätigkeiten mit umfasst.*

74 Vgl. schon Senatsurt. v. 5. 11. 2014 – IV ZR 22/13, r+s 2015, 16 Rn. 19.

75 Vgl. Senatsurt. v. 5. 11. 2014 IV ZR 22/13, r+s 2015, 16 mwN.

76 Vgl. Senatsurt. v. 25. 2. 2015 IV ZR 214/14, r+s 2015, 193 Rn. 16.

77 Vgl. Maier, r+s 2015, 489, 492.

78 Vgl. bereits Senatsurt. v. 4. 7. 2018 IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 Rn. 22 zu § 4 Abs. 2 Satz 2 ARB 28.

79 Vgl. dazu Senatsurt. v. 19. 11. 2008 (IV ZR 305/07, BGHZ 178, 346 = VersR 2009, 109 Rn. 20 ff.

80 Vgl. dazu schon R. Wendt in Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV Hrsg. – Homburger Tage 2014 S. 35, 59.

81 OGH VersR 2017, 1106, 1107 f.

82 Vgl. Senatsurt. v. 4. 7. 2018 IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 Rn. 49,

83 Vgl. Senatsurt. v. 4. 7. 2018 IV ZR 200/16, r+s 2018, 425 Rn. 49,

Der VN hat zur Minderung des Schadens Weisungen des VR einzuholen und zu befolgen. Er hat den RA entsprechend der Weisung zu beauftragen.

...

(6) Wird eine der in den Absätzen 1 ... genannten Obliegenheiten vorsätzlich verletzt, verliert der VN seinen Versicherungsschutz. Bei grob fahrlässiger Verletzung einer Obliegenheit ist der VR berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des VN entsprechenden Verhältnis zu kürzen. ...

(7) Der VN muss sich bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten die Kenntnis und das Verhalten des von ihm beauftragten RA zurechnen lassen, sofern dieser die Abwicklung des Rechtsschutzfalls gegenüber dem VR übernimmt.

... "

Nachdem unserem Kl. (und VN) durch Bußgeldbescheid zur Last gelegt worden war, den erforderlichen Abstand zu einem vorausfahrenden Fahrzeug nicht eingehalten zu haben, hatte er einen RA mit seiner Verteidigung beauftragt. Dieser hatte vom beklagten Rechtsschutzversicherer eine Kostendeckungszusage für ein Sachverständigengutachten erbeten, welche die Bekl. mit der ausdrücklich als Weisung im Sinne der Versicherungsbedingungen bezeichneten Einschränkung erteilt hatte, eine von ihr benannte Sachverständigengesellschaft zu beauftragen, bei der das Gutachten voraussichtlich 400 EUR (netto) gekostet hätte.

Von deren Künsten war der Anwalt aber anscheinend nicht überzeugt, jedenfalls beauftragte er einen anderen Sachverständigen, der 711,80 EUR brutto berechnete. Die Bekl. erstattete davon nur 500 EUR. Zur Freistellung von der darüber hinausgehenden Vergütung sah sie sich nicht verpflichtet, weil bei Beauftragung der von ihr benannten Sachverständigengesellschaft entsprechend preiswerter gewesen wäre.

Um die Differenz von 211,80 EUR nebst Zinsen ging also der Streit, der in den Vorinstanzen für den VN erfolglos geblieben war. Im vom Kl. angestregten Revisionsverfahren entstand eine besondere Prozesssituation: Der in beiden Vorinstanzen noch erfolgreiche beklagte VR hatte nämlich anscheinend Bedenken bekommen, ob auch die zu erwartende BGH-Entscheidung in seinem Sinne ergehen werde. Deshalb hatte er die Klageforderung kurz vor Beginn der mündlichen Verhandlung anerkannt und unter Vorlage von Belegen vorgetragen, nach Erlass des Berufungsurteils eine Freistellungserklärung abgegeben sowie den genannten Betrag nebst Zinsen an das vom Anwalt des Kl. beauftragte Sachverständigenbüro gezahlt zu haben.

Der Kl. war allerdings nach wie vor an einer Klärung der Rechtsfragen durch den BGH interessiert und weigerte sich, einen Antrag auf Erlass eines Anerkenntnisurteils zu stellen; zur Frage der Erfüllung der Klageforderung wollte er keine Stellung nehmen. Mit dieser Verweigerungshaltung hatte der Kl. Erfolg. Das betrifft zunächst die prozessuale Situation:

Die Bekl. hätte sich hier gerne mit nicht näher begründetem Anerkenntnisurteil verurteilen lassen. Nach einer Reform des § 555 ZPO im Jahre 2013, an der der IV. Zivilsenat des BGH nicht ganz unbeteiligt gewesen war, ergeht allerdings in der Revisionsinstanz ein Anerkenntnisurteil nur noch auf einen gesonderten Antrag des Kl. An einem solchen Antrag fehlte es hier.

Der Auffassung der Bekl., das gelte nur für erst in der mündlichen Revisionsverhandlung erklärte Anerkenntnisse, sind wir – insoweit in Übereinstimmung mit der Rspr. des BSG und des BVerwG – entgegengetreten<sup>84</sup>. § 555 Abs. 3 ZPO differenziert nicht danach, in welchem Stadium des Revisionsverfahrens das Anerkenntnis abgegeben worden ist. Das Antragsersfordernis für Anerkenntnisurteile unterscheidet sich insofern von dem Einwilligungserfordernis für

die Revisionsrücknahme gemäß § 565 Satz 2 ZPO. Nach § 565 Satz 2 ZPO, der ebenso wie § 555 Abs. 3 ZPO durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. 10. 2013 (BGBl. I S. 3786) in die Zivilprozessordnung eingefügt worden ist, kann die Revision ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten **nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Revisionsbeklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden**. Eine entsprechende zeitliche Voraussetzung sieht § 555 Abs. 3 ZPO für das Antragsersfordernis nicht vor. Angesichts dieses klaren Gesetzeswortlauts einerseits und andererseits des Umstandes, dass eine verdeckte Regelungslücke (im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit der Gesetzesregelung) ausweislich der im Urteil näher dargelegten Entstehungsgeschichte der Neuregelung auszuschließen war, haben wir keinen Raum für eine teleologische Reduktion des § 555 Abs. 3 ZPO gesehen<sup>85</sup>.

Auch in der Sache hatte die Revision des Kl. Erfolg. Der Umstand, dass sein RA weisungswidrig einen anderen – kostspieligeren – Sachverständigen beauftragt hat, führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts weder nach § 17 Abs. 1 c) bb) ARB (unten 1. und 2.) noch nach § 82 VVG (unten 3.) zur Leistungsfreiheit der Bekl. Denn die Regelung über die Schadensminderungsobliegenheit in § 17 Abs. 1 c) bb) ARB haben wir für intransparent angesehen, weil der durchschnittliche, um Verständnis bemühte VN sie letztlich nicht verstehen kann.

Er wird von der Klausel auf zahlreiche kostenrechtliche Bestimmungen einschließlich umfangreicher Kosten- und Vergütungsverzeichnisse und Gebührentabellen verwiesen, die ihn schlicht überfordern, zumal nach der Schadensminderungsklausel bei mehreren in Betracht kommenden Vorgehensweisen die Wahl der nicht kostengünstigsten Möglichkeit nur dann nicht geboten sein soll, soweit seine – des VN – Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden. Auch diese Prüfung ist einem juristischen Laien – und zwar auch in Bezug auf ihm erteilte Weisungen – nicht möglich und nicht zuzumuten, wie im Urteil näher ausgeführt ist. Den in der Senatsrechtsprechung aufgestellten und auch im Recht der AGB-Kontrolle etablierten Transparenzanforderungen genügt die Schadensminderungsklausel deshalb nicht<sup>86</sup>. Sie gibt dem um Verständnis bemühten durchschnittlichen VN nicht ausreichend klar zu erkennen, welches bestimmte Verhalten von ihm verlangt wird, um seinen Anspruch auf die Versicherungsleistung nicht zu gefährden.

Der VR hatte allerdings darauf verwiesen, dass § 17 Abs. 1 c) bb) ARB – was die Obliegenheit zur Schadensminderung und die Befolgung von VR-Weisungen betreffe – doch lediglich den Gesetzeswortlaut des § 82 VVG wiederhole, woran nichts auszusetzen sein könne, weil vom Klau-

84 Vgl. BSG, Urt. v. 18. 12. 2018 – B 1 KR 31/17 R, zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen, veröffentlicht in SGB 2019, 751, hier zitiert nach juris Rn. 8; BVerwGE 152, 346 Rn. 15; a. A. Winter, NJW 2014, 267, 268 f.; Koch in Saenger, ZPO 8. Aufl. § 555 Rn. 1; Jacobs in Stein/ Jonas, ZPO 23. Aufl. § 555 Rn. 3.

85 Vgl. dazu BT-Drucks. 17/13948 S. 2.

86 So auch Lensing in Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht 4. Aufl. § 27 Rn. 482, 484; Lensing, VuR 2011, 290, 292; Rixecker in Langheid/Rixecker, VVG 6. Aufl. § 125 Rn. 19; ähnlich Cornelius-Winkler, r+s 2011, 141, 143 f.; krit. ders. in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 46; Herdter in Looschelders/Paffenholz, ARB 2. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 65 ff.; differenzierend OLG Köln VersR 2016, 113, 114 [juris Rn. 17]; a. A. Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 24; Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote, ARB 3. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 5.

selverfasser keine größere sprachliche Präzision verlangt werden dürfe, als sie der Gesetzgeber an den Tag gelegt habe.

Auch da sind wir der Argumentation der Bekl. aber nicht gefolgt: Denn die Zulässigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in abstrakt generellen Gesetzen kann nicht ohne weiteres auf Regelungen in AVB übertragen werden. Die Verwendung der gesetzlichen Begriffe ist zwar dort zulässig und sogar der Bedingungskontrolle entzogen, wo eine AVB-Klausel insgesamt den Wortlaut des Gesetzes rein deklaratorisch wiederholt<sup>87</sup>.

Ergänzt aber eine Klausel Rechtsvorschriften oder füllt sie diese aus, indem sie entweder vom Gesetz eröffnete Spielräume ausfüllt oder sich die zitierte Vorschrift als von vornherein ausfüllungsbedürftig erweist, kann mittels AVB-Kontrolle überprüft werden, ob und wie der Verwender das Gesetz ergänzt hat<sup>88</sup>. Einen solchen Fall haben wir hier angenommen, denn § 17 Abs. 1 c) bb) ARB nimmt zwar in Satz 1 auf § 82 VVG Bezug und lehnt sich in Satz 4 an § 82 Abs. 2 Satz 1 VVG an. Die Klausel wiederholt das Gesetz aber nicht lediglich, sondern konkretisiert es. So erhält etwa die Bezugnahme auf § 82 VVG in Satz 1 durch den folgenden Satz einen eigenen Regelungsgehalt, wonach Schadensminderung bedeutet, dass die Rechtsverfolgungskosten so gering wie möglich gehalten werden sollen, wofür nach Satz 3 von mehreren möglichen Vorgehensweisen die kostengünstigste zu wählen ist. Auch Satz 4, nach dem der VN zur Minderung des Schadens Weisungen des VR einzuholen und zu befolgen hat, gibt eben nicht lediglich den Gesetzeswortlaut von § 82 Abs. 2 Satz 1 VVG wieder, sondern bezieht sich auf die in den voranstehenden Sätzen mit näheren Vorgaben konkretisierte Schadensminderung. § 17 Abs. 1 c) bb) ARB ist somit nicht als bloße Gesetzeswiedergabe insgesamt der Inhaltskontrolle entzogen.

Nun war es bisher allerdings gar nicht so, dass die Rechtsschutzversicherer in ihren VN juristische Tausendsassas gesehen hätten. Der eigentliche Grund, dem VN die Bürde der Kostenminderung als Obliegenheit aufzuerlegen, lag wahrscheinlich in der – in der Schadensminderungsklausel sogar ausdrücklich festgeschriebenen – Erwartung, man habe es ja de facto auf VN-Seite mit den Handlungen von Rechtsanwältinnen zu tun, deren Verhalten und Verschulden sich der VN zurechnen lassen müsse.

Dem ist der Senat jedoch entschieden entgegengetreten: Auch hier gilt, dass Verhaltens- und Verschuldenszurechnung allein nach den auch sonst im Recht der Obliegenheiten geltenden Maßstäben möglich ist. Das ergibt sich schon daraus, dass AVB dem VN bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – zu einem Zeitpunkt also, wo idR noch kein RA für den VN tätig wird – vor Augen führen müssen, in welchem Umfang er Versicherungsschutz erlangt und welche Umstände seinen Versicherungsschutz gefährden. Denn nur dann kann er die Entscheidung treffen, ob er den angebotenen Versicherungsschutz nimmt oder nicht<sup>89</sup>. Vor allem ist aber der vom VN zur Interessenwahrnehmung beauftragte RA nicht Repräsentant des VN<sup>90</sup>. Es geht insoweit weder um Risikoverwaltung im engeren Sinne wie wir sie vor allem aus der Sachversicherung kennen. Und auch Verwaltung des gesamten Rechtsschutzversicherungsvertrages ist mit der Mandatsübernahme in einem Rechtsschutzfall nicht verbunden<sup>91</sup>.

Andere Zurechnungsgründe wie Wissensvertretung und Wissenserklärungsververtretung<sup>92</sup> kamen hier für die Zurech-

nung des anwaltlichen Verhaltens, weisungswidrig einen anderen Sachverständigen zu beauftragen, nicht in Betracht, denn um Wissenszurechnung oder die Zurechnung von Erklärungen über bestimmte Sachverhalte geht es im Streitfall nicht.

Da half dem VR auch die ausdrückliche Zurechnungsregelung in § 17 Abs. 7 ARB nichts, denn die Klausel ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, zu der auch alle von Rspr. und Lehre durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen hergeleiteten Rechtssätze gehören<sup>93</sup>, nicht zu vereinbaren und nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, was auch schon länger der h.M. entspricht<sup>94</sup>.

Da die dargelegten Zurechnungsgrundsätze auch im Rahmen gesetzlicher Obliegenheiten gelten, konnte sich der VR für eine Leistungsfreiheit auch nicht direkt auf die Obliegenheit aus § 82 Abs. 1 und 3 VVG stützen.

Zuletzt – und hier schließt sich der Kreis zum einleitend erörterten prozessualen Problem des Anerkenntnisses in der Revisionsinstanz – musste der Senat die Frage beantworten, wie mit der erst im Revisionsverfahren erfolgten Erfüllung der Freistellungsverpflichtung des VR prozessual umzugehen war. Wir haben entschieden, dass der erst im Revisionsverfahren erhobene Erfüllungseinwand der Bekl. nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht mehr unserer Beurteilung unterlag. Nach dieser Vorschrift hat das Revisionsgericht seiner Entscheidung grundsätzlich den Sach- und Streitstand der letzten mündlichen Verhandlung zweiter Instanz zugrunde zu legen. Nur ausnahmsweise hat es nach der Rspr. auch materiell-rechtlich relevante Tatsachen zu berücksichtigen, die erst nach dieser letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht entstanden sind, wenn sie **unstreitig sind**

87 Senatsurt. v. 21. 6. 2017 – IV ZR 394/14, juris Rn. 44 mwN.

88 Senatsurt. v. 13. 1. 2016 – IV ZR 38/14, VersR 2016, 312 Rn. 19 mwN.

89 Senatsurteile vom 13. 9. 2017 – IV ZR 302/16, r+s 2017, 586 Rn. 13; vom 6. 7. 2016 – IV ZR 44/15, BGHZ 211, 51 Rn. 30.

90 Zur Repräsentantenstellung vgl. Senatsurteile vom 14. 3. 2007 – IV ZR 102/03, BGHZ 171, 304 Rn. 8 f.; vom 10. 7. 1996 – IV ZR 287/95, VersR 1996, 1229 unter 2 b [juris Rn. 11 ff.]; vom 21. 4. 1993 – IV ZR 34/92, BGHZ 122, 250 unter 3 a [juris Rn. 23 ff.].

91 Vgl. OLG München VersR 2017, 1516, 1517 [juris Rn. 20]; Cornelius-Winkler in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 137; HK-VVG/Felsch aaO § 28 Rn. 133; Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 17 Rn. 83; Looschelders, r+s 2015, 581, 590; HK-VVG/Münkel aaO § 17 ARB 2010 Rn. 19; Rixecker in Langheid/Rixecker, VVG 6. Aufl. § 127 Rn. 4; Wendt, r+s 2012, 209, 212; a. A. LG Karlsruhe VersR 2011, 1044, 1045 [juris Rn. 9]; Armbrüster in Pröls/Martin, VVG 30. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 45; Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote, ARB 3. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 1; Lensing in Höra, Münchener Anwalts-handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. § 27 Rn. 69; van Bühren, VersR 2014, 148, 150; r+s 2016, 53, 57.

92 Dazu HK-VVG/Felsch aaO § 28 Rn. 125 ff. mwN.

93 Vgl. Senatsurt. v. 21. 4. 1993 – IV ZR 33/92 aaO [juris Rn. 16, 19]; Rixecker in Langheid/Rixecker aaO § 1 Rn. 95 f.

94 So auch AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 21. 7. 2016 – 810 C 4/16, BeckRS 2016, 124270 Rn. 28 ff.; Bauer, VersR 2013, 661, 664 f.; Cornelius-Winkler in Harbauer aaO § 17 ARB 2010 Rn. 139; ders., r+s 2011, 141, 142; ders., VersR 2012, 1224, 1225; Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann aaO § 17 Rn. 83; ders., r+s 2015, 581, 590; ders., VersR 2017, 1237, 1246; Maier, r+s 2013, 105, 110; HK-VVG/Münkel, 3. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 19; Rixecker in Langheid/Rixecker aaO § 127 Rn. 4; Schmitt in Harbauer aaO Eiml. Rn. 63; Wendt, r+s 2012, 209, 213; krit. Herdter in Looschelders/Paffenholz, ARB 2. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 134 f.; a. A. Armbrüster aaO § 17 ARB 2010 Rn. 45 a; Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote aaO § 17 ARB 2010 Rn. 29; Lensing in Höra, Münchener Anwalts-handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. § 27 Rn. 69; Obarowski in Beckmann/Matusche-Beckmann aaO § 37 Rn. 510, 512.

und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen<sup>95</sup>.

Einen solchen Ausnahmefall haben wir hier jedoch verneint, weil der Berücksichtigung des genannten Beklagtenvortrags – selbst wenn man ihn als unstreitig hätte ansehen wollen – der von § 555 Abs. 3 ZPO geschützte Belang des Kl. entgegenstand, ein mit einer Begründung versehenes streitiges Revisionsurteil zu erhalten. Mit § 555 Abs. 3 ZPO hat der Gesetzgeber das Klägerinteresse an einer Leitentscheidung des BGH geschützt<sup>96</sup>.

Das der klagenden Partei zu diesem Zweck durch § 555 Abs. 3 ZPO eingeräumte Wahlrecht würde aber praktisch unterlaufen, müsste das Revisionsgericht den vom Bekl. während des Revisionsverfahrens geschaffenen, neben dem Anerkenntnis stehenden materiellen Erfüllungseinwand ungeachtet des schutzwürdigen Interesses des Kl. an einem streitigen Urteil berücksichtigen. Denn dies zwänge den Kl. zur Vermeidung des sicheren Unterliegens dazu, entweder den Erlass eines Anerkenntnisurteils zu beantragen (und damit auf ein Grundsatzurteil des BGH zu verzichten) oder den Rechtsstreit für erledigt zu erklären, wobei sich der Bekl. der Erledigungserklärung – gegebenenfalls sogar unter ausdrücklicher Anerkennung der Kostentragungspflicht –

mit der Folge anschließen könnte, dass kein streitiges Revisionsurteil, sondern lediglich eine Kostenentscheidung nach § 91 a Abs. 1 ZPO erginge<sup>97</sup>.

Diese Konsequenz widerspräche der Intention des Gesetzes, den Kl. im Falle eines Anerkenntnisses in die Lage zu versetzen, ein begründetes Revisionsurteil zu erstreiten. Dementsprechend ist der Gesetzgeber ausdrücklich davon ausgegangen, dass es für die neu geschaffenen Regelungen in § 555 Abs. 3 ZPO und § 565 Satz 2 ZPO keine Rolle spiele, "ob der Bekl. die Klageforderung vor Abschluss des Revisionsverfahrens ausgleicht, da die Einwendung der Erfüllung erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz entstanden ist und daher als Tatsache – wie die Zäsur des § 767 Abs. 2 zeigt – im Rahmen des Revisionsverfahrens keine Berücksichtigung mehr findet"<sup>98</sup>.

95 Vgl. Senatsurt. v. 21. 6. 2017 – IV ZR 394/14, juris Rn. 27 mwN.

96 Vgl. BT-Drucks. 17/13948 S. 2.

97 Vgl. BGH, Beschl. v. 23. 10. 2018 – VIII ZR 96/16, juris Rn. 6 f. mwN.

98 BT-Drucks. 17/13948 S. 35 li. Sp. Abs. 4; siehe auch Heßler in Zöller, ZPO 32. Aufl. § 555 Rn. 8; Winter, NJW 2014, 267 Fn. 2; krit. dazu Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 24 Fn. 92.

Prof. Dr. Christian Borris, LL. M.\*

## Schiedsgerichtsbarkeit und D&O-Versicherung

### Gliederung

- I. Einleitung
- II. Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen
  1. Vorteile
  2. Nachteile
- III. Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit bei Organstreitigkeiten und im Bereich der D&O-Versicherung im Besonderen
  1. Vorteile
    - a) Haftungsverhältnis
    - b) Deckungsverhältnis
    - c) Integriertes Schiedsverfahren
  2. Nachteile
- IV. Problemlösung
  1. Beteiligung mehrerer Parteien am Schiedsverfahren
  2. Mehrere Vertrags-/Rechtsverhältnisse, unter Umständen bestehend zwischen mehreren Parteien, als Gegenstand eines einheitlichen Schiedsverfahrens
  3. Eröffnung der Möglichkeit für Dritte, sich am Schiedsverfahren als Partei oder Nebenintervenient zu beteiligen (insbes. Streitverkündung und Nebenintervention)
  4. Rechtswirkungen des Schiedsspruchs für am Schiedsverfahren nicht als Partei oder Nebenintervenient beteiligte Dritte (insbes. Streitverkündungswirkung)
- V. Fazit

### I. Einleitung

Seit der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung<sup>1</sup> im Jahr 1997 nimmt die Zahl der Fälle zu, in denen Organmitglieder einer Gesellschaft von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Nicht zuletzt deshalb hat sich auch die D&O-Versicherung in Deutschland zwischenzeitlich weitgehend durchgesetzt<sup>2</sup>. Oft sind die Schadensersatz-

forderungen hoch und die zugrundeliegenden Sach- und Rechtsfragen komplex. Streitigkeiten zwischen dem in Anspruch genommenen Organ und der Gesellschaft über die Berechtigung der Schadensersatzforderung dem Grunde und der Höhe nach (Haftungsverhältnis), einerseits, sowie zwischen dem Organ und dem D&O-VR über die Verpflichtung des D&O-VR zur Deckung des Schadens (Deckungsverhältnis), andererseits, sind deshalb keine Seltenheit.

Traditionell werden in Deutschland Organhaftungsprozesse wie auch Deckungsprozesse gegen den D&O-VR vor staatlichen Gerichten geführt. Die Versicherungswirtschaft in Deutschland gilt (bisher) generell als eher skeptisch gegenüber der schiedsgerichtlichen Streiterledigung eingestellt<sup>3</sup>. In neuerer Zeit gibt es aber zunehmend Überlegungen, die Vorteile schiedsgerichtlicher Streitbeilegung sowohl im Haftungsprozess wie auch im Deckungsprozess zu nutzen<sup>4</sup>.

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Köln.

1 BGH, Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

2 Vgl. Sieg, in: Höra (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 17 Rn. 14 ff.

3 Hefer, Versicherungsjournal.de, Ausgabe v. 28. 11. 2018, <https://www.versicherungsjournal.de/versicherungen-und-finanzen/die-d-und-o-versicherung-rechnet-sich-nicht-134181.php?link=2&mobile=off>: „[i]n Deutschland fehlt noch eine Schiedsgerichtskultur“; vgl. auch Peltzer, NZG 2009, 970, 974.

4 Beispielsweise Armbrüster, VP 12/2019, 12; Lange, VP 12/2019, 16; Krohn, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 2. 8. 2018, abrufbar unter [https://howdengroup.de/wp-content/uploads/2018/12/2018\\_08\\_02\\_FAZ\\_Schiedsrichter\\_fuer\\_die\\_Schadenersatzklage\\_Howden\\_Sonderdruck.pdf](https://howdengroup.de/wp-content/uploads/2018/12/2018_08_02_FAZ_Schiedsrichter_fuer_die_Schadenersatzklage_Howden_Sonderdruck.pdf); Hefer, Versicherungsjournal.de, Ausgabe v. 27. 8. 2018, [https://www.versicherungsjournal.de/versicherungen-und-finanzen/d-und-o-verfahren-schneller-erledigen-133273.php?vc=rss\\_artikel&mobile=off](https://www.versicherungsjournal.de/versicherungen-und-finanzen/d-und-o-verfahren-schneller-erledigen-133273.php?vc=rss_artikel&mobile=off); Werner, VersR 2015, 1084; Sieg, <https://www.noerr.com/de/newsroom/news/schiedsverfahren-in-der-d-o-versicherung>; Gädtke, in: Servatius (Hrsg.), Corporate Litigation, 2016, Rn. 982 ff.