

Ausfertigung

Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 3 U 236/11
1 O 336/10 LG Bamberg

Eingegangen
EB 22 Juni 2012
KLAKA
RECHTSANWÄLTE



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

Frist

Ablauf: 16.07. wg. TB
Vorfr.:

Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München, vertreten durch den
Präsidenten Hansjörg Staehle, Tal 33, 80331 München, Gz.: RAe Klaka: 00584-10/27/jv
- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Klaka, Delpstraße 4, 81679 München, Gz.: 00584-10/27/ff/in

gegen


- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Harte-Bavendamm, Am Sandtorkai 77, 20457 Hamburg, Gz.: 174/10HB03 NS

wegen Unterlassung (§§ 1, 3 UKlaG; §§ 4, 8 UWG)

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg -3. Zivilsenat- durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Götz, den Richter am Oberlandesgericht Oberndorfer und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Müller-Manger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13.06.2012 folgendes

Endurteil

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts Bamberg vom 08.11.2011, Az. 1 O 336/10, abgeändert.
- II. Die Beklagte wird verurteilt,
bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder einer Ordnungshaft bis zu sechs

Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, wobei Ordnungshaft zu vollziehen ist an den Mitgliedern des Vorstandes,

es zu unterlassen,

1. in Rechtsschutzversicherungsverträgen mit einer vom Schadenverlauf abhängigen, variablen Selbstbeteiligung nachfolgende oder diesen inhaltsgleiche Bestimmungen einzubeziehen oder sich auf diese zu berufen:

„Besserstufung bei schadenfreiem Verlauf

.....

a) Schadenfreier Verlauf

.....

bb) Der Vertrag gilt auch dann als schadenfrei, ... wenn ein Rechtsanwalt aus dem Kreis der aktuell vom Versicherer empfohlenen Rechtsanwälte beauftragt wird.

Rückstufung bei schadenbelastetem Verlauf

.....

b) Schadenbelasteter Verlauf

.....

bb) Ein schadenbelasteter Verlauf des Vertrages liegt nicht vor, ... wenn ein Rechtsanwalt aus dem Kreis der aktuell vom Versicherer empfohlenen Rechtsanwälte beauftragt wird“.

2. gegenüber Rechtsschutzversicherten, die im Versicherungsfall einen nicht von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalt mit der Vertretung ihrer Interessen mandattieren wollen oder mandatiert haben, für nachfolgende Versicherungsfälle eine Selbstbeteiligung anzukündigen, die höher ist als jene, die der Versicherte bei Mandattierung eines von der Beklagten empfohlenen Anwalts zu leisten hätte, und / oder eine solche höhere Selbstbeteiligung einzufordern.

III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.379,80 € zuzüglich Zinsen i. H. v. 5 Prozent-

punkten über dem Basiszinssatz seit 11.09.2010 zu bezahlen.

- IV. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.
- V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 20.000,00 € (Ziffer II.) sowie in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages (Ziffer III. und IV.) abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 20.000,00 € sowie 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- VI. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin, als Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München Körperschaft des öffentlichen Rechts, macht gegenüber der Beklagten, einer großen deutschen Rechtsschutzversicherung, Ansprüche nach dem Unterlassungsklagegesetz und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend. Insbesondere streiten die Parteien um die Wirksamkeit zweier Klauseln in den Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung der Beklagten.

Den Rechtsschutzversicherungen der Beklagten liegen deren Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2009, vorgelegt als Anlage K1) zugrunde, die im Versicherungsfall eine variable Selbstbeteiligung vorsehen. Mit Abschluss des Vertrages wird der Versicherte in eine "SF-Klasse 0" mit einer Selbstbeteiligung von 150,00 € eingestuft. Bei einem schadenfreien Verlauf gelangt der Versicherte in eine ihm günstigere SF-Klasse, wobei sich diese Selbstbeteiligung nach zwei schadenfreien Vertragsjahren auf 100,00 € bzw. nach 4 schadenfreien Vertragsjahren auf 50,00 € reduziert und nach sechs schadenfreien Vertragsjahren (§ 5a Abs. 2, Abs. 3 ABR 2009 i. V. m. der unter § 5a Abs. 6a ARB 2009 abgebildeten Tabelle) schließlich ganz entfällt. Bei einem schadenbelasteten Verlauf hingegen wird der Versicherte nach Maßgabe der in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten unter § 5a Abs. 6b ARB 2009 aufgeführten Tabelle in eine Klasse mit höherer Selbstbeteiligung zurückgestuft. Die variable Selbstbe-

teilung beträgt somit zwischen 0,00 € und 300,00 €.

In § 5a Abs. 5 ARB 2009 ist der schadenfreien bzw. der schadenbelastete Verlauf definiert. Hiernach liegt ein schadenfreier Verlauf des Vertrages vor, wenn der Versicherungsschutz von Anfang bis Ende eines Versicherungsjahres bestanden hat und der Versicherer in dieser Zeit für keinen Rechtsschutzfall eine Deckungszusage erteilt hat und keine Maßnahmen eingeleitet sind, die ein Kostenrisiko gemäß § 5 ARB 2009 auslösen (z. B. Beauftragung eines Rechtsanwalts, Einreichung einer Klage). Der Vertrag gilt aber auch dann als schadenfrei, wenn der Rechtsschutzfall durch eine Erstberatung abgeschlossen ist oder wenn ein Rechtsanwalt aus dem Kreis der aktuell vom Versicherer empfohlenen Rechtsanwälte beauftragt wird (§ 5a Abs. 5 a) bb) ARB 2009). In entsprechender Weise ist der schadenbelastete Verlauf des Vertrages in § 5a Abs. 5 b) bb) ARB 2009 definiert.

In Umsetzung dieser Regelung beantwortet die Beklagte Deckungsanfragen ihrer Versicherungsnehmer (vgl. Anlagenkonvolut K 5) wie folgt:

"Es steht Ihnen frei, zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen in dieser Angelegenheit einen Rechtsanwalt Ihrer Wahl zu beauftragen. Wir möchten Ihnen hierfür die Kanzlei

(Name der Kanzlei, Anschrift, Telefonnummer, Faxnummer, Emailadresse)

empfehlen. Folgen Sie unserer Anwaltsempfehlung und beauftragen Sie die genannte Kanzlei, entfällt die Rückstufung Ihrer Schadenfreiheitsklasse. Dadurch vermeiden Sie eine höhere Selbstbeteiligung im nächsten Rechtsschutzfall. ..."

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die in den Versicherungsbedingungen enthaltene Verküpfung der Wahl eines Rechtsanwaltes aus dem Kreis der aktuell von der Beklagten empfohlenen Anwälte mit der Belohnung, nicht in eine schlechtere Schadenfreiheitsklasse zurückgestuft zu werden, sowie deren Umsetzung in der Praxis der Beklagten gegen §§ 127, 129 VVG, § 3 Abs. 3 BRAO, §§ 4 Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 11 UWG sowie gegen § 307 Abs. 2 BGB verstoße.

Hierdurch werde das Recht des Versicherten auf freie Anwaltswahl gemäß § 127 VVG, § 3 Abs. 3 BRAO eingeschränkt. Es werde zumindest aufgrund der nicht unerheblichen finanziellen Nachtei-

le in einer Größenordnung von 150 € bis zu 300 € mittelbar auf den Versicherten eingewirkt. Der Versicherte treffe daher seine Entscheidung im Hinblick auf den von ihm zu beauftragenden Rechtsanwalt nicht mehr frei.

Die Klägerin führt zudem aus, dass durch die Aufnahme bestimmter Rechtsanwälte in den von der Beklagten empfohlenen Kreis eine Verzerrung des Wettbewerbs unter den Anwälten zu befürchten sei. Zudem ist die Klägerin der Ansicht, dass die Empfehlung bestimmter Anwälte durch die Beklagte die Gefahr berge, dass nicht das Interesse des Mandanten - und somit des Rechtsuchenden -, sondern wirtschaftliche Erwägungen der Beklagten im Vordergrund stünden. Es sei zu befürchten, dass zwischen der Beklagten und den von ihr in die Empfehlungsliste aufgenommenen Anwälten besondere Vergütungsvereinbarungen abgeschlossen würden.

Mit der am 10.09.2010 zugestellten Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln, die Verwendung der beanstandeten Klauseln, soweit sie bei Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts einen schadenfreien Verlauf fingieren sowie deren Umsetzung in der Praxis zu unterlassen. Darüber hinaus begehrt die Klägerin die Erstattung der vorgerichtlich angefallenen Abmahnkosten aus einem Streitwert von 50.000,00 € in Höhe von insgesamt 1.379,00 € nebst Zinsen.

Demgegenüber hat die Beklagte in erster Instanz Klageabweisung beantragt. Sie hält die Unterlassungsanträge bereits für unzulässig. Die Unterlassungsanträge seien darüber hinaus zu weit gefasst, weil sie nicht auf ein konkretes Schadenfreiheitssystem und die mit diesem verbundenen Anreize begrenzt würden. Sie verböten der Beklagten die Gewährung jedes wirtschaftlichen Nachteils oder Vorteils, der für den Versicherungsnehmer mit seiner Entscheidung für oder gegen einen von der Klägerin empfohlenen Rechtsanwalt verknüpft sei.

Die Beklagte ist im Wesentlichen der Ansicht, dass ihr Schadenfreiheitssystem das Recht der freien Anwaltswahl im Sinne der § 127 VVG und § 3 Abs. 3 BRAO nicht einschränke. Anders als in den bereits höchstrichterlich entschiedenen Fällen könne der Versicherungsnehmer frei wählen, ob er einen von der Beklagten empfohlenen Anwalt mandatiere oder nicht. Sachliche Einschränkungen hinsichtlich der Übernahme der Rechtsanwaltskosten seien grundsätzlich zulässig, wie z. B. die Beschränkung auf die Vergütung eines am Ort des zuständigen Gerichts ansässigen Rechtsanwalts. Auch die unverbindliche Empfehlung eines bestimmten Rechtsanwalts sei

zulässig.

Die Folgen, die ein Versicherungsnehmer bei Eintritt eines Schadensfalles mit freier Rechtsanwaltswahl in Kauf nehmen, seien so gering, dass von einem die Entscheidungsfreiheit einschränkenden wirtschaftlichen Druck nicht die Rede sein könne. Zudem sei es ungewiss, ob sich die Rückstufung eines Versicherten in eine ungünstigere Schadenfreiheitsklasse mit höherem Selbstbehalt auswirke, da dies allenfalls bei dem zweiten Versicherungsfall gegeben sein könnte.

Die Beklagte hat darüber hinaus vorgetragen, dass die Aufnahme von Anwälten in den von ihr empfohlenen Kreis nach strengen Vorschriften und Regeln erfolge, die sich zum einen daran orientierten, ob die ausgewählten Anwälte über besondere Fachanwaltskenntnisse verfügten und an Fortbildungen teilnahmen und zum anderen, ob mit den Anwälten eine problemlose und effiziente Kommunikation möglich sei. Sie hat sich dagegen verwahrt, mit den von ihr in den Kreis der empfohlenen Rechtsanwälte aufgenommenen Anwälten Vergütungsvereinbarungen zu treffen, welche unterhalb der vom RVG vorgesehenen Beträge lägen.

Das Landgericht hat gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG eine Stellungnahme der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) eingeholt. In ihrer Stellungnahme vom 18.04.2011 (Bl. 106 ff. d. A.) hat die BaFin keinen Verstoß gegen § 127 VVG bzw. § 3 Abs. 3 BRAO in dem Schadenfreiheitsrabattsystem der Beklagten erkannt. Sie hält das „Anreizsystem“ für eine grundsätzlich geeignete Möglichkeit, das Interesse des Versicherers an niedrigen Schadenkosten durch Mandatierung bekannter, spezialisierter Anwälte umzusetzen. Ein spürbarer Druck werde auch bei einer Erhöhung auf eine Selbstbeteiligung von max. 300,00 € nicht ausgeübt.

Das Landgericht hat die Klage mit **Endurteil vom 08.11.2011** abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Ein Verstoß gegen § 127 VVG und § 3 Abs. 3 BRAO liege nicht vor, da die Versicherungsbedingungen der Beklagten den Kernbereich der Auswahl des Rechtsanwalts nicht einschränkten. Den klägerseits in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (NJW 1990, 578) und des EuGH (NJW 2010, 355) lägen andere, hiervon zu unterscheidende Sachverhalte zugrunde. Die freie Rechtsanwaltswahl gemäß § 127 VVG betreffe nicht den im Versicherungsvertrag vereinbarten Leistungsumfang und die damit verbundene Kostentragungspflicht des Versicherers.

Hinsichtlich einer mittelbaren Einschränkung des Rechts der freien Anwaltswahl hält es das Landgericht für relevant, ob der Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss feststellen könne, wann ein schadenfreier und wann ein schadenbelasteter Verlauf seines Vertrages vorliege. In einem weiteren Schritt sei zu fragen, ob der Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss sicher erkennen könne, unter welchen Voraussetzungen eine Rückstufung in eine schlechtere Schadenfreiheitsklasse mit gegebenenfalls höherer Selbstbeteiligung erfolge. Beides hat das Landgericht für die streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen bejaht. Außerdem stehe es dem Versicherungsnehmer frei, den Vertrag nicht abzuschließen und sich an eine andere Versicherung mit anderen Bedingungen zu wenden.

Die Einflussnahme der Beklagten auf die Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers sei auch nicht gravierend, da diesem selbst unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten immer noch die Wahl bleibe. Das Landgericht ist der Meinung, dass sich ein verständiger und informierter Versicherungsnehmer durch die nachteilige Rückstufung in eine andere Schadenfreiheitsklasse mit möglicherweise einhergehender Erhöhung der Selbstbeteiligung nicht in der Auswahl seines Rechtsanwalts beeinflussen lasse, sofern sich die finanziellen Vor- oder Nachteile in einem Rahmen von durchschnittlich 150,00 € bewegten.

Zu berücksichtigen sei weiterhin, dass es sich bei dem Schadenfreiheitssystem nicht um eine Benachteiligung schadenbelasteter Versicherungsnehmer, sondern vielmehr um eine Belohnung schadenfreier Versicherungsnehmer handele. Gegen ein solches System, das auch bei anderen Versicherungen wie der KFZ-Haftpflicht und der Kaskoversicherung praktiziert werde, sei grundsätzlich nichts einzuwenden.

Für die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Regelungen spreche auch, dass gemäß § 5 Abs. 1a ARB ohnehin nur die Vergütung eines Rechtsanwaltes bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung eines am Ort des zuständigen Gerichts ansässigen Rechtsanwaltes erstattet werde. Auch aus der Begrenzung der Übernahme auf die Kosten eines ortsansässigen Rechtsanwaltes folge, dass der Versicherungsnehmer u.U. mit der Entscheidung konfrontiert werde, welchen Anwalt er beauftrage.

Mangels Verstoßes gegen § 127 VVG bzw. § 3 Abs. 3 BRAO bestehe kein Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 11 UWG. Auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG sei nicht gegeben, da der

durchschnittliche, aufmerksame und kritische Versicherungsnehmer/Verbraucher sich nicht durch den im Einzelfall möglichen finanziellen Vor- oder Nachteil leiten und in seiner freien Willensbestimmung beeinträchtigen lasse. Des Weiteren verstoße das Schadenfreiheitssystem der Beklagten auch nicht gegen § 4 Nr. 4 UWG, weil die streitgegenständlichen Regelungen für einen aufmerksamen und informierten Versicherungsnehmer klar und verständlich seien.

Hinsichtlich der klägerischen Behauptung, es sei zu befürchten, dass die Beklagte mit den von ihr empfohlenen Rechtsanwälten Gebührenvereinbarungen unter Unterschreitung der Gebührentatbestände nach dem RVG treffe, sei die Klägerin beweisfällig geblieben.

Das Landgericht vermochte auch keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot iSd § 307 BGB zu erkennen, da das Schadenfreiheitssystem mit seiner tabellarischen Ausgestaltung leicht erfasst werden könne. Soweit die Klägerin beanstandete, dass für den Versicherungsnehmer nicht erkennbar sei, anhand welcher Kriterien die Beklagte die von ihr empfohlenen Anwälte auswähle, spiele dies für das Transparenzgebot keine Rolle.

Im Hinblick darauf sei nicht nur der Anspruch nach dem Unterlassungsklagegesetz (Ziffer I.1.), sondern auch der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch (Ziffer I.2.) unbegründet.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung (Bl. 155 - 174 d.A.) Bezug genommen.

Gegen das am 11.11.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 09.12.2011 **Berufung** eingelegt und diese innerhalb verlängerter Berufungsbegründungsfrist am 13.03.2012 begründet. Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiter und beanstandet im Wesentlichen, dass das angefochtene Urteil auf einer fehlerhaften Anwendung materiellen Rechts (§§ 127, 129 VVG) beruhe, namentlich auf einem falschen Verständnis von Wahlfreiheit, einer unterbliebenen Würdigung der freien Anwaltswahl als einer tragenden Säule der Rechtspflege und einer Verkennung der Gefahrenlage, die bestehe, wenn Rechtsschutzversicherer finanzielle Anreize für oder gegen die Einschaltung bestimmter Anwälte setzen.

Das Landgericht habe den halbzwingenden Charakter von § 127 VVG verkannt. Gemäß § 129 VVG könne nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers von § 127 VVG abgewichen werden.

Hieraus folge, dass jedwede vertragliche Regelung, durch die der Versicherte in der Auswahl der Person seines Anwalts beschränkt werde, nichtig sei. Auf eine gravierende Einflussnahme – wie das Landgericht meint – komme es nicht an. Jede Beschränkung sei verboten.

Das Landgericht habe vielmehr den Schutzzweck der Norm verkannt. Die Regelung schütze die Versicherten davor, dass der Rechtsschutzversicherer Einfluss auf die persönliche Entscheidung nehme, welcher Rechtsanwalt mandatiert werde. Die freie Anwaltswahl diene der Wahrung des Interesses des Einzelnen an diesem Recht und schütze damit eine tragende Grundlage der Rechtspflege. Eine Beeinträchtigung dieses Rechts sei schon bei nur abstrakter-Gefährdung gegeben. Erst recht bestehe vorliegend eine konkrete Gefahrenlage angesichts widerstreitender Interessen der Rechtsschutzversicherung. Während der Versicherte, der das wirtschaftliche Risiko des Prozessausgangs trage, allein an einer kompetenten rechtlichen Verfolgung oder Abwehr von Ansprüchen interessiert sei, richte sich das Interesse der Beklagten darauf, Rechtsverfolgungskosten zu vermeiden.

Gleichzeitig bestehe auch die Gefahr widerstreitender Interessen für Anwälte, die einerseits unabhängige Vertreter der Interessen ihrer Mandanten sein sollen, aber zur Mandatsgewinnung in hohem Maße auf Empfehlungen angewiesen seien. Tatsächlich bestehe auch eine Verknüpfung von Empfehlung und Gebührenvereinbarung. Nach Verkündung des Ersturteils sei der Klägerin die als Anlage K 9 vorgelegte Mustergebührenvereinbarung der Beklagten bekannt geworden, deren Gebührensätze bzw. Pauschalen hinter dem mit dem Versicherten vereinbarten Leistungsumfang zurückblieben. Insbesondere liege ein Verstoß gegen § 49 b BRAO vor. Dies alles bleibe dem Versicherungsnehmer verborgen.

Das Schadenfreiheitssystem der Beklagten sei auch nicht mit dem für rechtlich zulässig erachteten Ausschluss sachlich nicht gebotener Mehraufwendungen aus dem Leistungsumfang (§ 5 Abs. 1 a ARB), einer objektiven Leistungsbeschränkung, vergleichbar.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 13.03.2012 (Bl. 261 ff d. A.) Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren:

- I. Das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 08.11.2011, Az. 1 O 336/10, wird aufgehoben.
- II. Die Beklagte wird verurteilt,
es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, wobei Ordnungshaft zu vollziehen ist an den Mitgliedern des Vorstandes,

zu unterlassen,

1. in Rechtsschutzversicherungsverträgen mit einer vom Schadenverlauf abhängigen, variablen Selbstbeteiligung nachfolgende oder diesen inhaltsgleiche Bestimmungen einzubeziehen oder sich auf diese zu berufen:

„Besserstufung bei schadenfreiem Verlauf

.....

a) Schadenfreier Verlauf

.....

bb) Der Vertrag gilt auch dann als schadenfrei, ... wenn ein Rechtsanwalt aus dem Kreis der aktuell vom Versicherer empfohlenen Rechtsanwälte beauftragt wird.

Rückstufung bei schadenbelastetem Verlauf

.....

b) Schadenbelasteter Verlauf

.....

bb) Ein schadenbelasteter Verlauf des Vertrages liegt nicht vor, ... wenn ein Rechtsanwalt aus dem Kreis der aktuell vom Versicherer empfohlenen Rechtsanwälte beauftragt wird“.

2. gegenüber Rechtsschutzversicherten, die im Versicherungsfall einen nicht von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalt mit der Vertretung ihrer Interessen mandatieren wollen oder mandatiert haben, für nachfolgende Versicherungsfälle eine Selbstbeteiligung anzukündigen, die höher ist als jene, die der Versicherte bei Mandatier-

rung eines von der Beklagten empfohlenen Anwalts zu leisten hätte, und / oder eine solche höhere Selbstbeteiligung einzufordern.

- III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.379,80 € zuzüglich Zinsen i. H. v. 5 -Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt im Berufungsverfahren:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Sie hält die Rüge der Unzulässigkeit der Unterlassungsklage im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Klageanträge aufrecht und beanstandet weiterhin die zu weite Antragsfassung. Die Beklagte vermag eine Abweichung von § 127 VVG nicht zu erkennen. Das Wahlrecht des Versicherungsnehmers werde nicht beschränkt. Die sehr zurückhaltenden Anreize, die die Beklagte an die Wahl eines von ihr empfohlenen Anwalts knüpfte, könnten nicht mit dem in § 127 VVG geregelten Entzug der Wahlfreiheit gleichgesetzt oder als Vorenthaltung eines Mindestmaßes an Freiheit der Versicherungsnehmer angesehen werden. Dass die empfohlenen Anwälte ggf. eine Gebührenvereinbarung mit dem Versicherer getroffen hätten, spiele bei der rechtlichen Bewertung der Frage, ob durch das Schadenfreiheitsrabattsystem das Recht der freien Anwaltswahl eingeschränkt werde, keine Rolle. Die erstmalig in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung der Klägerin, die Beklagte mache eine Aufnahme in die Empfehlungsliste von dem Abschluss der als Anlage K 9 vorgelegten Vereinbarung abhängig, sei neu, verspätet, unrichtig und unschlüssig.

Eine abstrakte Gefährdung des Schutzgutes des § 127 VVG sei nicht gegeben. In Abgrenzung zur zitierten Entscheidung des BGH „Anwaltswahl durch Mieterverein“ sei die Anwaltswahl des Versicherten nicht vollständig ausgeschlossen; die Wahlmöglichkeit sei nicht beschränkt.

Eine Gefahr widerstreitender Interessen bestehe ebenfalls nicht. Der Vorwurf der Klägerin richte sich in Wahrheit gegen die Qualität der Anwaltsempfehlung seitens der Beklagten. Die Beklagte stelle bei der Empfehlung der Anwälte ihres Vertrauens auf die Zufriedenheit der Kunden ab. Es diene der Gesamtheit der bei der Beklagten versicherten Kunden, wenn ein gewisser Anteil der Schadensfälle mit Anwälten abgewickelt werde, die die Kriterien der Beklagten erfüllten.

Auch eine Interessenskollision auf Seiten der empfohlenen Rechtsanwälte sei nicht festzustellen. Andernfalls bestünde diese auch bei einer bloßen Anwaltsempfehlung durch die Rechtsschutzversicherung.

Es bestehe keine Verknüpfung zwischen der Empfehlung eines Rechtsanwaltes und einer Gebührenvereinbarung. Die Beklagte mache weder die Aufnahme in die Empfehlungsliste noch die tatsächliche Empfehlung im Einzelfall davon abhängig, dass die betreffenden Rechtsanwälte die mit ihr als Anlage K 9 vorgelegte Vereinbarung abgeschlossen haben oder abschließen. Abgesehen davon, dass diese Frage keinen Bezug zum vorliegenden Streitgegenstand habe, sei der Inhalt der Anlage K 9 berufs- und gebührenrechtlich nicht zu beanstanden. Zurückgewiesen wird schließlich die Behauptung der Klägerin, dass die Anwälte, die mit der Beklagten eine Gebührenvereinbarung abgeschlossen hätten, für die Vermittlung von Aufträgen einen Teil der ihnen zustehenden Gebühren abgeben müssten.

Die Berufung vermöge nicht den Unterschied aufzuzeigen, der zwischen dem von der Beklagten angebotenen Anreiz zur Wahl eines von ihr empfohlenen Anwalts und der Begrenzung der Einstandspflicht des Versicherungsunternehmens auf die Höhe der Vergütung eines am Ort des zuständigen Gerichts ansässigen Rechtsanwalts bestehe. Insbesondere folge aus dem Wortlaut des § 127 VVG selbst, dass der Versicherungsnehmer nur berechtigt sei, seinen Rechtsanwalt „aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt“, frei zu wählen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung vom 25.05.2012 (Bl. 329 ff d. A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet.

1. Die Unterlassungsklage ist zulässig.

a) Streitgegenstand ist zum einen ein Unterlassungsanspruch nach dem Unterlassungsklagegesetz bezüglich der Verwendung zweier Klauseln in den Versicherungsbedingungen der Rechts-

schutzversicherung der Beklagten (Ziffer II. 1.), zum anderen ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Umsetzung dieser Klauseln gegenüber Versicherungsnehmern und schließlich als Nebenforderung die Erstattung der insoweit angefallenen Abmahnkosten. Die Unterlassungsansprüche nach dem UKlaG und dem UWG schließen sich nicht aus (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 1 UKlaG Rn. 14 m.w.N.) und können im Wege der objektiven Klagehäufung gemäß § 260 ZPO nebeneinander geltend gemacht werden. Auch in prozessualer Hinsicht entfällt nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach dem UKlaG, wenn gleichzeitig die Klägerin als klagebefugter Verband gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend macht.

b) Der Klageantrag zu Ziffer II. 1. ist nicht zu unbestimmt. Er umfasst die Klauseln unter § 5 Abs. 5 a) bb) und b) bb) ARB 2009 zur Definition des schadenfreien bzw. schadenbelasteten Verlaufs, jedoch nur hinsichtlich der Fiktion aufgrund der Wahl eines Rechtsanwaltes aus dem Kreis der von der Beklagten aktuell empfohlenen Rechtsanwälte. Nur dieses wird seitens der Klägerin beanstandet, nicht das Schadenfreiheitssystem der Beklagten an sich. Dieses ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Aus diesem Grunde muss der Unterlassungsantrag nicht erkennen lassen, ob und in welcher Weise sich ein schadenfreier oder ein schadenbelasteter Verlauf auf die vom Versicherungsnehmer zu tragende variable Selbstbeteiligung auswirkt.

c) Der Klageantrag zu II.2. beschreibt die beanstandete Praxis der Beklagten im Allgemeinen, insbesondere wie sie sich in den als Anlagenkonvolut K 5 vorgelegten Schreiben darstellt. Damit ist das Unterlassungsbegehren gemäß § 2, § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG hinreichend konkret formuliert und auf die konkrete Verletzungsform beschränkt.

d) Die Unterlassungsanträge widersprechen sich nicht, da der Unterlassungsantrag unter Ziffer II. 2. nicht dahin gehend ausgelegt werden kann, dass die Beklagte sämtlichen Versicherungsnehmer künftig die gleichen Einstufungsvorteile gewähren müsste wie der bisherigen Sondergruppe derjenigen, die einer Anwaltsempfehlung der Beklagten folgten. Der Unterlassungsantrag stellt auf die bisherige Geschäftspraxis der Beklagten ab und zielt ausschließlich auf die als unzulässig beanstandete Fiktion eines schadenfreien Verlaufs bei Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts. In welcher Weise die Beklagte im Übrigen ihr Schadenfreiheitssystem ausgestaltet, in welcher Weise Anhebungen oder Herabstufungen erfolgen, ist nicht Gegenstand des Ver-

fahrens und bleibt ihr überlassen.

2. Die Unterlassungsklage ist auch begründet.

a) Anspruch der Klägerin aus § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG

Die Klägerin verlangt zu Recht gemäß § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG von der Beklagten, die Verwendung der unter § 5a Abs. 5 a) bb) und b) bb) ihrer Allgemeinen Rechtsschutzbedingungen (ARB 2009) geregelten Klausel insoweit zu unterlassen, als bei Beauftragung eines seitens der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts ein schadenfreier Verlauf fingiert wird. Diese Fiktion eines schadenfreien Versicherungsverlaufs stellt sich als Belohnung des Versicherten für die Wahl eines aus dem Kreis der von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwälte dar, die sich bei einem möglicherweise folgenden Versicherungsfall in einer niedrigeren Selbstbeteiligung auswirkt.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Die Verknüpfung der Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Anwalts mit dem Vorteil, trotz Inanspruchnahme der Rechtsschutzversicherung nicht in eine ungünstigere Schadenfreiheitsklasse zurückgestuft zu werden, verstößt gegen §§ 127, 129 VVG.

aa) Rechtliche Grundlage der Beurteilung sind die im Versicherungsvertragsgesetz vom 23.11.2007 (VVG 2008) normierten Vorschriften des § 127 und § 129 VVG, die ihren Vorgängervorschriften der § 158 m und § 158 o VVG inhaltsgleich entsprechen, und die hierzu ergangene Judikatur.

(1) Gemäß § 127 VVG ist der Versicherungsnehmer berechtigt, den Rechtsanwalt, der seine Interessen sowohl in Gerichts- und Verwaltungsverfahren als auch außergerichtlich wahrnehmen soll, aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, frei zu wählen. Gemäß § 129 VVG kann von dieser Vorschrift nicht zum Nachteil des Versicherten abgewichen werden. Hiermit wird dem Versicherungsnehmer in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 87/344/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwal-

tungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung die freie Anwaltswahl garantiert.

(2) In seinem noch vor Umsetzung der EG-Richtlinie ergangenen Urteil vom 26.10.1989 (NJW 1990, 578) hat der Bundesgerichtshof die Bedeutung der freien Anwaltswahl hervorgehoben. Unter Verweis auf die damals allein geltende Vorschrift des § 3 Abs. 3 BRAO unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass das Gesetz dem Einzelnen das Recht der freien Anwaltswahl um seines individuellen Schutzes willen verliehen habe. Das persönliche Vertrauen des Rechtssuchenden in den zu beauftragenden Anwalt bilde die sachliche Grundlage des Mandatsverhältnisses und könne daher grundsätzlich auch nur von dem in seinen Interessen betroffenen Rechtssuchenden selbst wahrgenommen werden (BGH NJW 1990, 578 Tz. 28 m.w.N.). Auch das Bundesverfassungsgericht sieht dieses Recht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der freien Advokatur, der zu den tragenden Grundlagen der Rechtsordnung zählt (BVerfGE 15, 226/234; 34, 293/302).

Im damals entschiedenen Fall sah der Bundesgerichtshof das Recht der freien Anwaltswahl dadurch beeinträchtigt, dass die Auswahl des Rechtsanwalts aufgrund von Mitgliedschaftsbedingungen eines Mietervereins nicht mehr demjenigen überlassen blieb, dessen Interessen zu wahren waren, sondern auf den Verein übertragen wurde, der insoweit keine eigenen Rechte verfolgte und dessen Vertrauen in den zu beauftragenden Rechtsanwalt möglicherweise sogar auf Erwägungen beruhte, die mit den Interessen des Betroffenen nicht übereinstimmten. Das Vertrauen in die persönliche und fachliche Qualifikation des Rechtsanwalts, das für die Erteilung des Auftrags zur Verfolgung der wahrzunehmenden Interessen maßgeblich ist, bleibe hierbei unberücksichtigt (BGH NJW 1990, 578/580).

(3) Im Gesetzentwurf zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 20.12.2006 (Bundestags-Drucksache 16/3945 S. 91) ist ausgeführt, dass der Gesetzgeber bewusst den Vorschlag der VVG-Kommission, für Sammelverfahren eine Beschränkung der freien Anwaltswahl zu ermöglichen, nicht aufgegriffen hat, weil das Ziel der Erhöhung der Prozessökonomie wegen des eingeschränkten Anwendungsbereichs einer solchen Vorschrift nicht erreicht würde. Denn die Beschränkung des Rechts auf freie Anwaltswahl ließe sich nur mit der Bedingung rechtfertigen, dass bei einer gemeinsamen Vertretung mehrerer Geschädigter durch einen Anwalt jegliche Interessenkollision ausgeschlossen werden könne und auch sonst keine berechtigten Interessen des Versicherungsnehmers entgegenstünden.

Demnach ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass das Recht auf freie Anwaltswahl jegliche Interessenkollision von vorneherein vermeiden soll.

(4) Die Bedeutung des Rechts auf freie Anwaltswahl wird darüber hinaus in dem Urteil des EuGH vom 10.09.2009 (NJW 2010, 355) hervorgehoben. Insbesondere wird in dieser Entscheidung klargestellt, dass der Anspruch auf freie Wahl des Rechtsvertreters im Rahmen jedes Gerichts- und Verwaltungsverfahrens unabhängig von der Entstehung einer Interessenkollision anerkannt wird (EuGH aaO Tz. 55) und Ausnahmen von dem Recht auf freie Anwaltswahl eng auszulegen sind. Im Hinblick darauf hat der EuGH das damalige Vorabentscheidungsersuchen dahingehend beantwortet, dass sich ein Rechtsschutzversicherer auch bei Massenschadensfällen nicht das Recht vorbehalten kann, selbst den Rechtsvertreter aller betroffenen Versicherungsnehmer auszuwählen, ohne gegen Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 87/344/EWG zu verstoßen.

Aus dieser Entscheidung folgt ebenfalls, dass das Recht auf freie Anwaltswahl keine tatsächliche Interessenkollision voraussetzt, weil jegliche Interessenkollision, insbesondere zwischen dem Versicherten und dem Rechtsschutzversicherer, vermieden werden soll (so auch Wendenburg, Europarechtskonforme Begrenzung der Übernahme von Kosten auswärtiger Anwälte durch Rechtsschutzversicherer, NJW 2011, 3064/3065).

(5) Die in § 127 Abs. 1 Satz 1 VVG enthaltene Beschränkung der freien Wahl des Rechtsanwalts auf den Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, bedeutet allerdings nicht – wie es auf den ersten Blick verstanden werden könnte –, dass der Versicherer im Rechtsschutzversicherungsvertrag diejenigen Rechtsanwälte bestimmen darf, deren Vergütung er zu übernehmen bereit ist. Aufgrund dieser Einschränkung ist der Rechtsschutzversicherer lediglich berechtigt, den Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung unter den Versicherungsschutz fallen soll, nach Risikokriterien im Sinne einer objektiven Leistungsbeschränkung einzugrenzen (Harbauer/Bauer, Rechtsschutzversicherung, ARB-Kommentar, 8. Aufl. 2010, § 127 VVG Rn. 2; Pröls/Martin/Armbrüster, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. 2010, § 127 VVG Rn. 1).

Dementsprechend ist die Begrenzung der Erstattung der Kosten auswärtiger Anwälte auf die Kosten eines am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalts – wie in § 5 Abs. 1a) Satz 1 ARB – zulässig. Eine Bestätigung als richtlinienkonform fand diese den Leistungsumfang betreffende Ein-

schränkung durch das Urteil des EuGH vom 26.05.2011 (NJW 2011, 3077). Die Wahlfreiheit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 87/344/EWG bedeute nicht, dass den Rechtsschutzversicherern die vollständige Deckung der bei Vertretung eines Versicherungsnehmers entstandenen Kosten unabhängig davon vorzuschreiben sei, ob der zur Vertretung gewählte Rechtsanwalt am erstinstanzlich zuständigen Gericht ortsansässig ist oder nicht. Gleichwohl dürfe hiernach die Freiheit der Anwaltswahl nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass durch die Beschränkung der Übernahme dieser Kosten eine angemessene Wahl des anwaltlichen Vertreters durch den Versicherungsnehmer faktisch unmöglich gemacht würde (EuGH NJW 2011, 3077 Tz. 33).

bb) Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben wird das Recht auf freie Anwaltswahl durch die hier streitgegenständlichen Klauseln der Beklagten beeinträchtigt.

Zwar hat das Landgericht zutreffend festgestellt, dass durch die beanstandeten Klauseln das Recht des Versicherten, seinen Anwalt frei zu wählen, nicht wie in den zitierten Entscheidungen des BGH und des EuGH bereits bei Vertragsschluss ausschließlich auf die Beklagte übertragen und damit nicht in seinem Kernbereich berührt wird (vgl. BGH NJW 1990, 578 Tz. 29). Eine unmittelbare Beeinträchtigung ist zweifelsohne nicht gegeben. Vordergründig hat der Versicherte aufgrund der streitgegenständlichen Klauseln im Schadensfall tatsächlich die Alternative zwischen der Beauftragung eines Rechtsanwalts seiner eigenen Wahl oder der Beauftragung eines Rechtsanwalts aus dem Kreis der von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwälte, wobei Letzteres mit dem finanziellen Anreiz einer gegebenenfalls geringeren Selbstbeteiligung verbunden ist. Hiermit scheint dem Versicherten die garantierte Wahlfreiheit des § 127 VVG erhalten zu bleiben. Allerdings entgeht dem Versicherten, der sich gegen die Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts entscheidet, die hierfür in Aussicht gestellte Belohnung, was wiederum als nachteilig empfunden wird. Dies führt beim Versicherten zu einer mittelbare Beeinträchtigung des Rechts auf freie Anwaltswahl.

(1) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist diese mittelbare Beeinträchtigung jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, dass sich gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 VVG die freie Wahl auf den Kreis der Rechtsanwälte beschränkt, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt. Wie oben ausgeführt, wird hierdurch lediglich der Leistungsumfang nach objektiven, generalisierenden Kriterien („Kosten eines ortsansässigen Rechtsanwalts“) beschränkt. Die streitgegenständliche Klausel knüpft jedoch an die Wahl eines von der Beklagten

empfohlenen Rechtsanwalts an. Die Empfehlung der Beklagten bezieht sich nicht auf den Leistungsumfang, sondern auf bestimmte, individualisierte Rechtsanwälte, die sie nach bestimmten Kriterien in ihre Empfehlungsliste aufgenommen hat. Auch wenn sie diese, wie sie vorträgt, nach objektiven Kriterien auswählt, so bezieht sich die Empfehlung letztlich nur auf die Person des Rechtsanwalts bzw. eine konkrete Rechtsanwaltskanzlei und damit gerade nicht auf den Leistungsumfang oder sonstige generalisierende Kriterien.

(2) Eine Beeinträchtigung der Wahlfreiheit lässt sich auch nicht mit dem Argument verneinen, dass der Versicherungsnehmer bei Abschluss des Rechtsschutzversicherungsvertrages die Voraussetzungen eines schadenfreien Versicherungsverlaufs und die Bedingungen für die Rückstufung in eine schlechtere Schadenfreiheitsklasse mit höherer Selbstbeteiligung sicher erkennen und daher auch vom Vertragsschluss Abstand nehmen könne, wenn er damit nicht einverstanden sei. Insoweit weist die Berufung zu Recht darauf hin, dass bereits in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.1989 (BGH NJW 1990, 578 Tz. 27 a.E.) das Kriterium der Freiwilligkeit des Beitritts bzw. hier des Vertragsschlusses gerade nicht als entscheidungserheblich erachtet worden ist. Ebenso wenig darf in rechtlicher Hinsicht darauf abgestellt werden, dass die Rechtsschutzversicherung der Beklagten jährlich gekündigt werden kann.

(3) Soweit die Zulässigkeit der beanstandeten Klausel mit dem sog. Preisargument zu rechtfertigen versucht wird, d.h. dass durch den finanziellen Anreiz zur Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts niedrigere Kosten ermöglicht werden und die Unwirksamkeit der Klausel zur Preiserhöhung führen könnte, steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegen, wonach solche preiskalkulatorischen Erwägungen nicht statthaft sind. Vielmehr müssen die Verwender ihre Preise nach solchen Geschäftsbedingungen kalkulieren, die sich mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbaren lassen (BGH NJW 1980, 1953 m.w.N.; Wurmnest in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 43).

(4) Das Landgericht hat im Wesentlichen die Zulässigkeit der streitgegenständlichen Klausel mit der Begründung bejaht, dass die Einflussnahme der Beklagten auf die Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers nicht gravierend sei, da diesem auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten letztendlich die freie Wahl erhalten bleibe. Sofern sich die finanziellen Vor- oder Nachteile in einem Rahmen von durchschnittlich 150,00 € bewegten, lasse sich ein verständiger und informierter Versicherungsnehmer nicht durch die nachteilige Rückstufung in eine andere Schaden-

freiheitsklasse beeinflussen, zumal sich diese erst beim nächsten Versicherungsfall auswirke. Mit dieser Begründung geht nicht nur das Landgericht von einer Einflussnahme der Beklagten auf die Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers aus, sondern auch die Beklagte, die selbst von einem „finanziellen Anreiz“ spricht.

(a) Dass sich dieser Anreiz erst in einem späteren Versicherungsfall auswirkt, dessen Eintritt darüber hinaus noch ungewiss ist, rechtfertigt nicht die Annahme, die - im "aktuellen" Versicherungsfall - zu treffende Auswahlentscheidung sei frei von jeglicher Beeinflussung durch eventuelle Vor- oder Nachteile. Eine diesbezügliche Differenzierung zwischen Erst- und Zweitversicherungsfall würde die rechtliche Beurteilung der durchaus beabsichtigten Einflussnahme auf die Auswahlentscheidung künstlich aufspalten (vgl. die vergleichbare Erwägung zum Bonussystem bei Verletzung der arzneimittelrechtlichen Preisbindung durch Publikumswerbung mit einer Werbegabe: BGH NJW 2010, 3721 Tz. 19 a.E.).

(b) Soweit das Landgericht die Auffassung vertreten hat, dass der aufgrund einer Rückstufung zu erwartende Nachteil nicht so gravierend sei, dass sich ein verständiger und informierter Versicherungsnehmer hiervon bei seiner Entscheidung beeinflussen ließe, stellt es offensichtlich der Argumentation der Beklagten folgend auf die Rechtsprechung zum missbräuchlichen und damit wettbewerbsrechtlich unzulässigen Koppelungsangebot (vgl. BGH GRUR 2006, 161 – Zeitschrift mit Sonnenbrille) ab. Ein solches unzulässiges Koppelungsangebot ist anzunehmen, wenn über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht wird oder unzureichende Informationen gegeben werden. Ein Missbrauch kann im Einzelfall auch dann vorliegen, wenn die Anlockwirkung so groß ist, dass bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt (BGH GRUR 2006, 161 Tz. 15). Hierbei handelt es sich um einen Fall des § 4 Nr. 1 UWG, wonach geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, durch „sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss“ auf den Verbraucher dessen Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen, als unlauter zu erachten sind. Diese Erwägung ist jedoch bei der Frage, ob die beanstandete Klausel gegen § 127 VVG verstößt, rechtlich unerheblich, was sich aus Folgenden ergibt.

(5) Das Landgericht hat die Bedeutung des § 129 VVG verkannt. Gemäß § 129 VVG darf vom Recht auf freie Anwaltswahl nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden darf. Hierdurch wird § 127 VVG zur **sog. halbzwingenden Vorschrift**, also zu einer gesetzlichen

Regelung mit Verbraucherschützendem Charakter, von der nicht abgewichen und auf die nicht von vorneherein verzichtet werden darf (Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., 2012, Einf. V. § 145 Rn. 14).

(a) Die rechtliche Bedeutung der sog. halbzwingenden Vorschriften im Versicherungsvertragsrecht hat der Bundesgerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 03.06.1992 (NJW 1992, 2631) erläutert. Hiernach sind diese Vorschriften vom Gesetzgeber zum Schutz besonders wichtiger Interessen der Versicherungsnehmer in das Versicherungsvertragsgesetz aufgenommen worden. Beim Versicherungsvertrag ist der Versicherungsnehmer im Allgemeinen der schwächere Teil und steht an Geschäftserfahrung dem Versicherer regelmäßig nach. Die halbzwingenden Vorschriften beschränken daher die Vertragsfreiheit (BGH NJW 1992, 2631 Tz. 21). Dies bedeutet nichts anderes, als dass das Recht der freien Anwaltswahl nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abbedungen, insbesondere nicht gegen Gewährung eines Vorteils abgekauft werden kann.

(b) Vergleichbar sind z. B. die Vorschriften des Reisevertragsrechts gemäß §§ 651a bis 651l BGB oder zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen gemäß § 312 - § 312h BGB, die gemäß § 651m Satz 1 BGB bzw. § 312i Satz 1 BGB gleichermaßen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden können (vgl. Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 651m Rn. 1, 3; Wendehorst in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 312i Rn. 12).

Ob eine Vertragsabrede eine für den Verbraucher nachteilige Abweichung von einer halbzwingenden Vorschrift enthält, beurteilt sich nicht anhand einer wertenden Gesamtschau aller vertraglichen Abreden, sondern im Hinblick auf die jeweilige Einzelnorm. Eine den Verbraucherinteressen zuwiderlaufende Abweichung kann nicht durch anderweitige Abweichungen kompensiert werden. Maßgebend ist nicht eine wirtschaftliche, sondern stets eine rechtliche Betrachtungsweise (bzgl. § 312i BGB Wendehorst in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 312i Rn. 12).

Deshalb liegt bereits ein Nachteil vor, wenn von der günstigen Rechtsregel abgewichen wird (Fausten in: Münchener Kommentar zum VVG, 1. Aufl. 2011, § 18 ARB Rn. 20; -Lensing, Schadenfreiheitsrabatt in der Rechtsschutzversicherung bei Verzicht auf die freie Anwaltswahl, VuR 2012, 97/99). Eine Kompensation durch einen Bonus oder einen sonstigen Vorteil ist nicht mög-

lich. Ein Verzicht auf die freie Anwaltswahl ist unwirksam, sei es ohne oder gegen einen Ausgleich.

(c) In diesem Sinne versteht auch der überwiegende Teil der Kommentarliteratur die halbzwingende Vorschrift des § 127 VVG: Nach Pröls/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 18 ARB Rn. 6, ist ein Prämiennachlass, den der Versicherer gerade im Hinblick auf die nachteilige Abweichung gewährt, kein berücksichtigungsfähiger Vorteil. Nach dem Zweck des Gesetzes könne sich der Versicherungsnehmer den durch die halbzwingende Ausgestaltung einer Norm gewollten Schutz nicht einfach abkaufen lassen (so auch Lensing, VuR 2012, 97/99). Nicht anders lässt sich auch die klägerseits zitierte Kommentarstelle bei Harbauer/Cornelius-Winkler, Rechtsschutzversicherung ARB-Kommentar, 8. Aufl. 2010, § 5 ARB 2000 Rn. 283 verstehen: Abgeleitet aus der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 1990, 578) sei jede direkte oder indirekte Einschränkung der freien Anwaltswahl unzulässig, beispielsweise bei Verzicht des Rechtsschutzversicherers auf den Abzug einer vereinbarten Selbstbeteiligung, wenn der Versicherungsnehmer der Anwaltsempfehlung seines Versicherers folgt.

(d) Aus diesem Grund kommt es auf die von den Parteien streitig diskutierte Frage, ob bei der Wahl eines Rechtsanwalts aus dem Kreis der von der Beklagten empfohlenen Anwälte, tatsächlich eine Interessenkollision zwischen Versicherungsnehmer und Rechtsschutzversicherung besteht oder ob auch der empfohlene Rechtsanwalt widerstreitenden Interessen ausgesetzt ist, im Ergebnis nicht an. Auch im Hinblick auf die eingangs aufgezeigte Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 87/344/EWG besteht das Recht auf freie Anwaltswahl unabhängig von einer tatsächlich bestehenden Interessenkollision. Auch die weitere streitig erörterte Frage hinsichtlich eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 2 BGB kann offen bleiben.

Die Abweichung von der halbzwingenden Vorschrift des § 127 VVG zum Nachteil des Versicherungsnehmers stellt per se eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar (BGH NJW 2012, 217 Tz. 19; 1995, 2710 Tz. 36). Soweit in den hier streitgegenständlichen Klauseln unter § 5a Abs. 5 a) bb) und b) bb) bei Wahl eines von der Beklagten empfohlenen Rechtsanwalts ein schadenfreier Verlauf fingiert wird, sind diese daher unwirksam.

Da die Beklagte in ihren Rechtsschutzversicherungsbedingungen Geschäftsbedingungen ver-

wendet, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sind, kann sie auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Die Klägerin ist als rechtsfähiger Verband im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG hierzu auch ohne weiteres berechtigt. Ihre Klagebefugnis nach dem Unterlassungsklagengesetz ist bereits in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.1989 (NJW 1990, 578) als solche anerkannt worden. Hiernach sind die Rechtsanwaltskammern ungeachtet ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung als Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen anzusehen. Funktionsbereich und Aufgabenkreis der Rechtsanwaltskammer reichen über die ihr durch Gesetz oder Satzung ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben hinaus und umfassen auch diejenigen Belange der Anwaltschaft, die den Berufsstand als Ganzen berühren. Hierzu gehört auch die Abwehr von Gesetzesverletzungen und Wettbewerbsverstößen, wie sie vorliegend von der Klägerin verfolgt werden. Eine wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Anwaltswahl unwirksame Geschäftsbedingung berührt ohne Zweifel die von der Klägerin zu vertretenden Belange der Gesamtheit ihrer Kammermitglieder.

b) Anspruch aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 127, 129 VVG

Der Klägerin hat als Verband zur Förderung der gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder gegen die Beklagte auch einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch auf Unterlassung, die streitgegenständlichen Klauseln zu verwenden bzw. diese Klauseln in der geschäftlichen Praxis umzusetzen. Der oben aufgezeigte Verstoß gegen die gesetzlichen – halbzwingenden – Vorschriften der §§ 127, 129 VVG ist gleichzeitig ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel. Die Verwendung und Umsetzung dieser Klauseln stellt daher eine unlautere Wettbewerbshandlung gemäß § 4 Nr. 11 UWG dar.

Ob gleichzeitig auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 oder § 4 Nr. 4 UWG gegeben ist, kann dahin gestellt bleiben, da die Klägerin ihr Begehren nur hilfsweise auf diese Vorschriften gestützt hat.

c) Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, sind die Unterlassungsanträge nicht zu weit gefasst. Sie verbieten der Beklagten in der Tat die Gewährung eines jedes wirtschaftlichen Nachteils oder Vorteils, der für den Versicherungsnehmer mit seiner Entscheidung für oder gegen einen von der Klägerin empfohlenen Rechtsanwalt verknüpft ist, weil eine Kompensation der Abweichung vom Recht auf freie Anwaltswahl nicht zulässig ist. Auch eine Differenzierung danach, ob der Versicherungsnehmer von sich aus ausdrücklich um eine Empfehlung bitte, ist bei der Gewährung von Vorteilen für die Wahl eines empfohlenen Rechtsanwalts ohne rechtlichen Belang.

d) Die Klägerin hat schließlich gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG i.V.m. § 5 UKlaG Anspruch auf Erstattung der unstreitig angefallenen Abmahnkosten in Höhe von insgesamt 1.379,80 €.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB.

Auf die Berufung der Klägerin ist daher das angefochtene Urteil des Landgerichts Bamberg vom 08.11.2011 abzuändern und der Klage – wie tenoriert – in vollem Umfange stattzugeben.

III.

Nebenentscheidungen:

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind gegeben. Gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung. Wie die Beklagte bereits in der Klageerwiderung unbestritten vorgetragen hat, verwendet eine Vielzahl von Rechtsschutzversicherern vergleichbare Klauseln in ihren Versicherungsbedingungen, mit denen die Wahl eines Rechtsanwalts aus dem Kreis der vom Rechtsschutzversicherer empfohlenen Anwälte durch Reduzierung der Selbstbeteiligung oder wie vorliegend durch den Erhalt der Schadenfreiheitsklasse „belohnt“ werden. Die Rechtsfrage, ob ein Rechtsschutzversicherer Einfluss auf die Wahl des Rechtsanwalts durch finanzielle Anreize und wenn ja, in welcher Höhe, nehmen darf, ist zwischen Versicherungsbranche und Verbraucherschutzverbänden heftig umstritten und wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Eine obergerichtliche Entscheidung ist hierzu bislang – soweit ersichtlich – nicht ergangen.

gez.

Götz
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Oberndorfer
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Müller-Manger
Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 20.06.2012

gez.
Reiser, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit
der Urschrift

Bamberg, 21.06.2012

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Reiser, JAng', written over a horizontal line.

Reiser, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle