



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 4/05

Verkündet am:
15. März 2006
Fritz,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280; AVB Rechtsschutzversicherung (hier ARB 94) § 1

Der Rechtsschutzversicherer kann aus positiver Vertragsverletzung grundsätzlich auch für den Schaden haften, den der Versicherungsnehmer dadurch erleidet, dass er infolge einer vertragswidrigen Verweigerung der Deckungszusage einen beabsichtigten Rechtsstreit nicht führen kann (Fortführung von BGH, Beschluss vom 26. Januar 2000 - IV ZR 281/98 - r+s 2000, 244).

BGH, Urteil vom 15. März 2006 - IV ZR 4/05 - OLG Köln
LG Köln

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Wendt, Felsch und Dr. Franke auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2006

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 30. November 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufungsanträge zu 2. zurückgewiesen worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin hielt bis zum Ende des Jahres 2001 bei der Beklagten eine Rechtsschutzversicherung, der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung zugrunde lagen, die - soweit hier relevant - den ARB 1994 entsprechen. Nach § 3 (2) lit. f dieser Bedingungen (im Folgenden: AVB) wird kein Rechtsschutz gewährt für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in ursächlichem Zusammenhang mit Spiel- oder

Wettverträgen sowie Termin- oder vergleichbaren Spekulationsgeschäften.

2 Im Jahre 2001 wurden der Klägerin mehrfach Werbesendungen mit Mitteilungen über angebliche Gewinne zugesandt, darunter das Schreiben einer Firma "N. " vom 6. Juli 2001, in welchem die Klägerin namentlich von einem "Losvergaben-Beauftragten" angesprochen und beglückwünscht wird. Unter der drucktechnisch hervorgehobenen Überschrift "**** 250.000,- DM-Guthaben ****" und versehen mit den Vermerken "Beglaubigt" und "Vertraulich" heißt es weiter:

"Sie sind Gewinnberechtigter des 250.000,00 DM-Guthabens aus der Ziehung der Klasse 2. Ihren Namen und Adresse erhielten wir von dem Versandhaus H. , die alle potentiellen Kunden an unserer offiziellen Ziehung vom 2.07.2001 in ihrem Auftrage teilhaben lassen.

Sie, Frau G. gehören zu den glücklichen Teilnehmern, denen wir eine gute Nachricht übermitteln können. Wir haben auf Ihren Namen eine persönliche Guthaben-Karte ausgestellt, mit der Sie Ihren Gewinn innerhalb der nächsten 14 Tage abrufen sollten. Solange liegen die 250.000,00 DM für Sie bereit.

Sollten Sie innerhalb dieser 14 Tage nicht reagieren und Ihr Bargeld-Guthaben von 250.000,00 DM nicht abgerufen haben, indem Sie die Guthaben-Karte zusammen mit Ihrer unverbindlichen Warenanforderung zum Test zurücksenden, sehen wir uns veranlasst, die 250.000,00 DM in den Jackpot fließen zu lassen.

So machen Sie es richtig:

1. Kleben Sie Ihre Guthaben-Karte auf den Guthaben-Abruf. ...

2. Suchen Sie sich in Ruhe Ware aus, die Sie unverbindlich möglichst in Höhe von 125,- DM zum Test anfordern. Das ist zur Gewinnvergabe unbedingt erforderlich.
3. Senden Sie Ihren ausgefüllten Anforderungsschein in dem beiliegenden Antwort-Umschlag zurück. Halten Sie unbedingt die 14-tägige Frist ein."

3 Dem Schreiben lagen zahlreiche weitere Unterlagen bei, die unter anderem auch mehrfach bestätigten, dass die Klägerin als Gewinnerin von 250.000 DM ermittelt sei.

4 Mit der Behauptung, hinter dem "H. ", einer Briefkastenfirma, verberge sich in Wahrheit die Firma A. Import-Export GmbH und Co KG (im Folgenden: Fa. A.), die die Beschaffung und den Versand des Werbematerials veranlasst und auch in Rechnung gestellt bekommen habe, erhob die Klägerin vor dem Landgericht Wuppertal gegen die Fa. A. Klage auf Auszahlung von 250.000 DM. Die Beklagte gewährte für die erste Instanz Deckungsschutz.

5 Mit Urteil vom 23. April 2002 wurde die Klage abgewiesen, wobei das Landgericht den fehlenden Nachweis dafür als entscheidend ansah, dass der Fa. A. die Gewinnanforderungskarte zugegangen war. Die Klägerin wandte sich deshalb mit Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 3. Mai 2002 an die Beklagte und verlangte Deckungsschutz für das von ihr beabsichtigte Berufungsverfahren. Diesen verweigerte die Beklagte erstmals mit Schreiben vom 16. Mai 2002 unter Berufung auf § 3 (2) lit. f AVB, mangelnde Erfolgsaussichten und darauf, dass die Rechtsverfolgung der Klägerin mangels Liquidität der beklagten Fa. A. mutwillig erscheine. Auf eine Gegenvorstellung des Rechtsanwalts vom 21. Mai

2002 hielt die Beklagte mit Schreiben vom 27. Mai 2002 an ihrer Leistungsablehnung fest. Mit einem weiteren, umfangreichen Schriftsatz vom 28. Mai 2002 stellte der inzwischen für das Berufungsverfahren von der Klägerin beauftragte neue Prozessbevollmächtigte die seiner Auffassung nach günstigen Erfolgsaussichten einer Berufung dar, wies die Beklagte zugleich darauf hin, dass die Berufungsfrist am 3. Juni 2002 ablaufe und er dazu neige, der Klägerin für den Fall, dass die Beklagte Versicherungsschutz nicht gewähre, von der Durchführung des Berufungsverfahrens auf eigene Kosten abzuraten. Darauf teilte die Beklagte mit Schreiben vom 29. Mai 2002 mit, sie könne insbesondere wegen der Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung gegen die vermögenslose Schuldnerin keine Deckung gewähren. Das nachfolgende letzte Leistungsablehnungsschreiben der Beklagten vom 16. Juli 2002 enthielt - ebenso wie die vorangegangenen Schreiben der Beklagten - keinen Hinweis auf die Möglichkeit des Schiedsgutachterverfahrens nach § 18 AVB. Die Klägerin legte keine Berufung gegen die Klagabweisung ein.

6 Am 1. Juni 2004 wurde über das Vermögen der Fa. A. das Insolvenzverfahren eröffnet.

7 Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Beklagte ihr wegen der Deckungsverweigerung Schadensersatz zu leisten habe, hilfsweise Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 127.822,97 € (250.000 DM).

8 Nach Abweisung der Klage in den Vorinstanzen verfolgt die Klägerin ihr Begehren mit der Revision weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Das Rechtsmittel hat Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht meint, der Feststellungsantrag sei unzulässig, weil die Klägerin von vorn herein in der Lage gewesen sei, ihren Schadensersatzanspruch zu beziffern. Damit entfalle ihr Feststellungsinteresse.

11 Der hilfsweise gestellte Zahlungsantrag sei unbegründet.

12 Zwar komme eine Haftung des Rechtsschutzversicherers aus positiver Vertragsverletzung hier grundsätzlich in Betracht. Der Leistungsausschluss in § 3 (2) lit. f AVB erfasse auch nicht den von der Klägerin gegen die Fa. A. erhobenen Anspruch aus § 661a BGB, der nicht im Zusammenhang mit Spiel- oder Wettverträgen, Termin- oder vergleichbaren Spekulationsgeschäften stehe. Die Beklagte müsse sich zudem so behandeln lassen, als habe sie das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin anerkannt, könne sich also nicht auf Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung oder mangelnde Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung berufen. Das ergebe sich daraus, dass sie bei der Leistungsablehnung entgegen § 158n Satz 2 VVG nicht auf die Möglichkeit des Schiedsgutachterverfahrens nach § 18 AVB hingewiesen habe (§ 158n Satz 3 VVG).

mittels Service-Rufnummern und Abrechnungen Dienstleistungen für die Firma "H. " erbracht habe, denn auch das mache sie noch nicht zum Sender der Gewinnzusagen.

16 Ob die Klägerin ein Mitverschulden an der Schadensentstehung treffe und wie sich die Insolvenz der Fa. A. auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsschutzversicherer ausgewirkt hätte, könne offen bleiben.

17 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

18 1. Soweit das Berufungsgericht den Feststellungsantrag als unzulässig ansieht, weil der Klägerin eine bezifferte Leistungsklage möglich gewesen wäre, widerspricht das der Rechtsprechung des Senats zur Zulässigkeit der Feststellungsklage bei gleichzeitig möglichem Leistungsantrag, wenn ein großes Versicherungsunternehmen beklagt ist (vgl. zuletzt Urteil vom 16. Februar 2005 - IV ZR 18/04 - VersR 2005, 629 unter II 1 m.w.N.).

19 Zwar fehlt grundsätzlich das Feststellungsinteresse, wenn ein Kläger dasselbe Ziel mit einer Leistungsklage erreichen könnte, jedoch besteht keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage. Vielmehr bleibt die Feststellungsklage dann zulässig, wenn ihre Durchführung unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit eine sinnvolle und sachgemäße Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte erwarten lässt (BGH aaO und Urteile vom 4. Dezember

1986 - III ZR 205/85 - BGHR ZPO § 256 Abs. 1 Feststellungsinteresse 2; vom 5. Februar 1987 - III ZR 16/86 - BGHR ZPO § 256 Abs. 1 Feststellungsinteresse 4, jeweils m.w.N.; vom 21. Februar 1996 - IV ZR 297/94 - NJW-RR 1996, 641 unter I). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die beklagte Partei die Erwartung rechtfertigt, sie werde auf ein rechtskräftiges Feststellungsurteil hin ihren rechtlichen Verpflichtungen nachkommen, ohne dass es eines weiteren, auf Zahlung gerichteten Vollstreckungstitels bedarf (BGH, Urteil vom 28. September 1999 - VI ZR 195/98 - VersR 1999, 1555 unter II 1 b, cc; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Juni 1994 - V ZR 34/92 - NJW-RR 1994, 1272 unter II 2 b). Das hat der Bundesgerichtshof bereits mehrfach angenommen, wenn es sich bei der beklagten Partei um eine Bank (BGH, Urteile vom 30. April 1991 - XI ZR 223/90 - NJW 1991, 1889 unter 1; vom 30. Mai 1995 - XI ZR 78/94 - NJW 1995, 2219 unter A II 1 - insofern in BGHZ 130, 59, 63 nicht abgedruckt; vom 5. Dezember 1995 - XI ZR 70/95 - NJW 1996, 918 unter II 1), eine Behörde (BGH, Urteil vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82 - NJW 1984, 1118 unter 3 c) oder - wie hier - um ein großes Versicherungsunternehmen (BGH, Urteile vom 16. Februar 2005 aaO und vom 28. September 1999 aaO unter II 1 b, cc) handelt. Umstände, die hier die genannte Erwartung erschüttern könnten, sind nicht ersichtlich.

20 2. Den hilfsweise gestellten Leistungsantrag hat das Berufungsgericht mit rechtlich unzutreffender Begründung zurückgewiesen.

21 a) Es geht zunächst allerdings zutreffend davon aus, dass hier grundsätzlich eine Haftung des Rechtsschutzversicherers aus positiver Vertragsverletzung in Betracht kommt. Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, ein Rechtsschutzversicherer könne insoweit bestenfalls

bis zur Höhe seines Leistungsversprechens aus dem Versicherungsvertrag, d.h. maximal in Höhe der geschuldeten Prozesskostenerstattung, haften, hat der Senat bereits im Beschluss vom 26. Januar 2000 (IV ZR 281/98 - r+s 2000, 244 = NJW-RR 2000, 690 f., insoweit gegen OLG Frankfurt r+s 2000, 242 ff.) ausgesprochen, der Rechtsschutzversicherer könne auch für den Schaden haften, den der Versicherungsnehmer erleidet, wenn er mangels Deckungszusage einen beabsichtigten Rechtsstreit nicht führen kann (ebenso - für den Verzugsschadensersatz - OLG Frankfurt VersR 1998, 357, 359 f.).

22

Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsgrunde der Rechtsschutzversicherer das von der Revisionserwiderung angenommene Haftungsprivileg genießen sollte. Denn auch wenn sich das übernommene Risiko zunächst auf die Prozesskosten beschränkt, die Realisierbarkeit einer auf dem Rechtswege verfolgten Forderung deshalb nicht unmittelbarer Gegenstand des Versicherungsschutzes ist, besagt das noch nichts für den Umfang möglicher Schadensersatzansprüche bei einer Leistungsverweigerung, die unter Verletzung der vertraglichen Pflichten des Rechtsschutzversicherers erfolgt. Das im Rahmen des Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigende Erfüllungsinteresse geht häufig über den Wert des mit der vertraglichen Hauptleistungsverpflichtung geschuldeten Gegenstandes hinaus. Der geschädigte Gläubiger ist aber im Falle einer schuldhaften Leistungsstörung so zu stellen, wie wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte (vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 27. Mai 1998 - VIII ZR 362/96 - NJW 1998, 2901 unter II 2; BGHZ 126, 131, 133 f.). Insoweit unterscheidet sich der Rechtsschutzversicherungsvertrag nicht von anderen Verträgen.

- 23 b) Auch den Einwand, die Beklagte sei nach § 3 (2) lit. f AVB leistungsfrei, hat das Berufungsgericht zutreffend damit beantwortet, dass der von der Klägerin im Vorprozess erhobene Anspruch aus § 661a BGB kein vertraglicher Anspruch im Sinne der Klausel ist und auch nicht mit einem Spiel- oder Wettvertrag, Termin- oder Spekulationsgeschäft in ursächlichem Zusammenhang steht, wie das der Leistungsausschluss voraussetzt. Er beruht vielmehr auf einer einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Mitteilenden (vgl. dazu Sprau in Palandt, BGB 65. Aufl. § 661a Rdn. 1). Der Anspruch fällt damit nicht unter die Ausschlussklausel (vgl. auch Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 3 ARB 94 Rdn. 14; Harbauer, ARB 7. Aufl. § 3 Rdn. 12). Auch die Revisionserweiterung eruiert insoweit nichts.
- 24 c) Das Berufungsgericht hat schließlich zu Recht angenommen, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf Mutwilligkeit oder mangelnde Erfolgsaussicht der von der Klägerin in zweiter Instanz des Vorprozesses beabsichtigten Rechtsverfolgung nach §§ 18 Abs. 1 AVB, 158n Satz 1 VVG berufen, weil ihre sämtlichen Leistungsablehnungsschreiben keinen Hinweis auf das Schiedsgutachterverfahren (§ 158n Satz 3 VVG, § 18 Abs. 2 AVB) enthielten.
- 25 d) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt, die Klägerin habe deshalb keinen Schaden erlitten, weil sie keinen Anspruch gegen die Fa. A. auf Erfüllung der Gewinnzusage gehabt habe, ist hingegen nicht frei von Rechtsfehlern.
- 26 aa) Die Revision wendet sich zu Recht gegen die Annahme, der Anspruch aus § 661a BGB scheitere schon daran, dass die Klägerin die

in der Gewinnzusage geforderten Mitwirkungshandlungen als Voraussetzungen für die Gewinnauszahlung nicht nachgewiesen habe. Die Werbesendung vom 6. Juli 2001 war - was eine Gewinnzusage oder vergleichbare Mitteilung im Sinne des § 661a BGB kennzeichnet (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 - III ZR 226/03 - NJW 2004, 1652 unter II 2 c) - nach Inhalt und Gestaltung abstrakt geeignet, bei einem durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde einen bereits gewonnenen Preis erhalten. Dass die Gewinnauszahlung noch von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde, ändert an der Qualifikation der Werbesendung als Gewinnzusage im Sinne des § 661a BGB nichts (vgl. Lorenz, NJW 2000, 3305, 3306).

27 (1) § 661a BGB zielt gegen die verbreitete und wettbewerbsrechtlich unzulässige Praxis, Verbraucher durch die Mitteilung von angeblichen Gewinnen zur Bestellung von Waren zu veranlassen (vgl. BGHZ 153, 82, 90 m.w.N. aus den Gesetzesmaterialien; BGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 - III ZR 158/04 - NJW 2004, 3555 unter II 2 b; Lorenz, aaO).

28 Dieser Zweckbestimmung entspricht es, wenn der Verbraucher den Unternehmer gemäß § 661a BGB schon dann beim Wort nehmen und die Leistung des mitgeteilten Gewinns fordern kann, wenn er durch die Verknüpfung eines scheinbar gewonnenen Preises mit einer "unverbindlichen Warenanforderung" angereizt wird, Waren zu bestellen (BGHZ 153, 82, 91; BGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 aaO). Nach dem Wortlaut des § 661a BGB entsteht der gesetzliche Anspruch auf Auszahlung des scheinbar gewonnenen Preises bereits mit der Zusendung der Gewinnzusage. Das entspringt der gesetzgeberischen Intention, wettbewerbs-

widriges Verhalten mittels einer spürbaren zivilrechtlichen Sanktion zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund wäre es zweckwidrig, wollte man für die Entstehung des Anspruchs zusätzlich fordern, der Verbraucher müsse sich so verhalten wie vom Versender der Gewinnzusage (wettbewerbswidrig) beabsichtigt (so wohl auch Sprau in Palandt, aaO Rdn. 2 b; offen gelassen bei OLG Nürnberg NJW 2002, 3637, 3640), nämlich durch Übersendung irgendwelcher Anforderungsunterlagen die Richtigkeit seiner Anschrift und weiterer personenbezogener Daten zu bestätigen und außerdem noch Waren zur Ansicht zu bestellen. Verpflichtete man den Verbraucher insoweit zur Mitwirkung, müsste die Regelung des § 661a BGB dazu führen, dass das wettbewerbswidrige Handeln des Senders der Gewinnzusage jedenfalls teilweise erfolgreich bliebe.

29

Das haben das Berufungsgericht und auch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (OLGR Schleswig 2005, 120, 121) verkannt. Letzteres hat gefordert, der Verbraucher müsse als Voraussetzung des Anspruchs aus § 661a BGB ein "Mindestmaß an aktiver Mitwirkung" leisten, weil anderenfalls "nicht einmal der Schein eines Eingehens auf die Mitteilung" gewahrt werde und der Empfänger sich außerhalb des Schutzbereichs des § 661a BGB stelle. Demgegenüber soll der Verbraucher aber schon vor der Belästigung mit unseriösen Gewinnzusagen und nicht erst in seinem Vertrauen in die Redlichkeit der Zusage geschützt werden. § 661a BGB schützt nicht nur den einzelnen Verbraucher, sondern auch die Redlichkeit des Wettbewerbs. Die Anspruchsvoraussetzungen verwirklicht der Sender allein durch unlautere Werbemethoden, ohne dass es einer Mitwirkung des Verbrauchers (als Opfer der unlauteren Werbemethoden) oder eines sonstigen Täuschungserfolges bedürfte (im Ergebnis zutreffend OLG Köln, Urteil vom 16. Dezember 2002 - 16 U

54/02 - in juris dokumentiert unter Rechtsprechung der Länder; OLG Dresden VuR 2002, 187 ff.).

30 (2) Es kommt deshalb allein darauf an, ob die Gewinnzusage nach Inhalt und Gestaltung abstrakt geeignet war, bei einem durchschnittlichen Verbraucher den Eindruck zu erwecken, er werde einen bereits gewonnenen Preis erhalten (BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 aaO). Das war hier der Fall, denn das mit Stempeln und Beglaubigungsvermerken versehene, um offiziellen Anschein bemühte Schriftstück spricht davon, dass bereits eine Ziehung am 2. Juli 2001 stattgefunden habe und die Klägerin einen seither für sie bereitliegenden Gewinn von 250.000 DM, der als "Ihr Bargeld-Guthaben" bezeichnet ist, binnen 14 Tagen "abrufen" könne.

31 bb) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Fa. A. sei nicht Sender der Gewinnzusage im Sinne des § 661a BGB gewesen, trägt nicht.

32 Sender im Sinne des § 661a BGB ist derjenige Unternehmer, den ein durchschnittlicher Verbraucher in der Lage des Empfängers einer Gewinnzusage als Versprechenden ansieht. Als Sender einer Gewinnzusage nach § 661a BGB können ferner solche Unternehmer in Anspruch genommen werden, die Verbrauchern unter nicht existierenden oder falschen Namen, Firmen, Geschäftsbezeichnungen oder Anschriften Gewinnmitteilungen zukommen lassen (vgl. BGH, Urteile vom 23. Juni 2005 - III ZR 4/04 - NJW-RR 2005, 1365 unter II 2 a; vom 7. Oktober 2004 aaO unter II 2 und vom 9. Dezember 2004 - III ZR 112/04 - NJW 2005, 827 unter II 3 b aa). Sender kann schließlich auch derjenige Unterneh-

mer sein, der unter fremdem Namen, d.h. unter dem Namen einer anderen - existierenden - (natürlichen oder juristischen) Person handelt (vgl. BGH, Urteile vom 23. Juni 2005 aaO und vom 9. Dezember 2004 aaO). Das hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, verkannt und den vom Bundesgerichtshof entwickelten Senderbegriff nicht ausgeschöpft. Denn es hat die Sendereigenschaft der Fa. A. unter anderem davon abhängig gemacht, dass die "rechtlichen Gebilde" ("N. ", "H. " oder "H. "), unter denen sie nach dem Vortrag der Klägerin aufgetreten sein sollte, in Wahrheit nicht existierten.

33 Darauf kam es hier aber nicht entscheidend an. Denn entsprechend dem oben erläuterten, weiter gefassten Senderbegriff kam hier auch in Betracht, der Fa. A. die Versendung der Gewinnmitteilungen unter den genannten Bezeichnungen nach den Grundsätzen des Handelns unter fremdem Namen zuzurechnen. Nach dem von der Revision herangezogenen Vortrag der Klägerin betrieb in Wahrheit die Fa. A. den Versandhandel, wurden die der Klägerin zugesandten Werbeunterlagen am Firmensitz der Fa. A. in deren Eigeninteresse erstellt und sodann auf deren Rechnung versendet. Demgegenüber habe es sich bei den in der Gewinnmitteilung genannten Firmen um Schein- oder Briefkastenfirmen gehandelt, die noch nicht einmal über Rufnummern verfügt hätten. In Wahrheit habe allein die Fa. A. die in den Werbeunterlagen genannten Telefonnummern über Call-Center bereitgestellt. Diesem mit zahlreichen Beweisanträgen unterlegten Vorbringen hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen.

34 e) Wegen der Höhe des der Klägerin möglicherweise entstandenen Schadens bedarf die Sache neuer tatrichterlicher Verhandlung.

- 35 Die Beklagte hat sich darauf berufen, ein Anspruch gegen die Fa. A. sei auch schon zur Zeit der Leistungsablehnung im Mai/Juni 2002 nicht mehr zu realisieren gewesen, weil die Fa. A. schon lange vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Juni 2004 zahlungsunfähig gewesen sei. Insoweit sei der Klägerin letztlich kein Schaden daraus entstanden, dass das Berufungsverfahren im Vorprozess nicht mehr durchgeführt worden sei. Das hat das Berufungsgericht bisher nicht geklärt.
- 36 f) Von seinem Rechtsstandpunkt aus ebenfalls folgerichtig hat das Berufungsgericht bisher auch nicht geprüft, ob die Klägerin, sollte sie einen Schaden erlitten haben, ein Mitverschulden an dessen Entstehung deshalb trifft, weil sie es versäumt hat, gegen das erstinstanzliche Urteil im Vorprozess zur Fristwahrung Berufung einzulegen.
- 37 Der Senat kann aufgrund des derzeitigen Sachstandes nicht entscheiden, ob ein Mitverschulden hier zur Ablehnung oder Kürzung eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin führt.
- 38 (1) Er hat zwar im Beschluss vom 26. Januar 2000 (aaO) ausgesprochen, der Mitverschuldenseinwand nach BGB § 254 führe zu einem Wegfall der Ersatzpflicht des Rechtsschutzversicherers, wenn der Versicherungsnehmer erst einen Monat vor Ablauf einer prozessualen Frist (dort der Frist nach § 12 Abs. 3 VVG) Deckungsschutz beantragt und den Rechtsschutzversicherer nicht ausdrücklich auf den drohenden Ablauf der Klagefrist hingewiesen und ihm nicht mitgeteilt habe, dass er ohne Deckungsschutz keine Klage erheben werde.

- 39 So liegt der Fall hier aber nicht. Vielmehr haben die Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin von Anfang an auf den Ablauf der Berufungsfrist und danach darauf hingewiesen, man werde der Klägerin von einer Führung des Berufungsverfahrens auf eigene Kosten abraten, wenn eine Deckungszusage ausbleibe. Die Dringlichkeit des Begehrens der Klägerin und der aus ihrer Sicht drohende Rechtsverlust lagen damit offen zutage.
- 40 (2) Für den Mitverschuldenseinwand trägt die Beklagte als Schädiger die Darlegungs- und Beweislast. Die Beweislastumkehr aus § 6 Abs. 3 VVG für die Verschuldens- und Kausalitätsfrage kommt ihr insoweit nicht zugute (vgl. Senatsurteil vom 16. November 2005 - IV ZR 120/04 - VersR 2000, 215 unter II 2 c).
- 41 Als Geschädigte war die Klägerin im Übrigen grundsätzlich nicht verpflichtet, den Schaden zunächst aus eigenen Mitteln zu beseitigen oder gar Kredit zur Schadensbehebung aufzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2005 aaO; vom 18. Februar 2002 - II ZR 355/00 - NJW 2002, 2553 unter A II 3 b m.w.N.). Eine solche Pflicht kann im Rahmen des § 254 BGB allenfalls dann und auch nur ausnahmsweise bejaht werden, wenn der Geschädigte über ausreichende eigene Mittel verfügt oder sich einen entsprechenden Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen kann und dabei durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet wird (vgl. dazu BGH aaO mit Hinweis auf

MünchKomm-BGB/Oetker, 4. Aufl. § 254 Rdn. 97, 99 m.w.N.). Auch für die Möglichkeit und Zumutbarkeit einer derartigen Kreditaufnahme ist primär der Schädiger darlegungspflichtig (BGH aaO).

Terno

Dr. Schlichting

Wendt

Felsch

Dr. Franke

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 22.01.2004 - 24 O 279/02 -

OLG Köln, Entscheidung vom 30.11.2004 - 9 U 41/04 -