



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Benedikt Wallner Rechtsanwalt Gesellschaft mbH in Wien, gegen die beklagte Partei ARAG SE, D-40472 Düsseldorf, ARAG Platz 1, Zweigniederlassung ARAG SE Direktion für Österreich, 1041 Wien, Favoritenstraße 36, vertreten durch Mag. Martin Paar, Mag. Hermann Zwanzger, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Juni 2014, GZ 3 R 96/13d-11, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16. September 2013, GZ 30 Cg 103/12t-7, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,64 EUR (darin enthalten 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrag liegen die allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung 2003 (ARB) zugrunde. Art 7 lautet auszugsweise:

*„1. Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen*

*[...]  
1.10. im Zusammenhang mit  
- Spiel- oder Wettverträgen, Gewinnzusagen oder  
diesen vergleichbaren Mitteilungen und Termin- oder diesen  
ähnlichen Spekulationsgeschäften sowie damit in  
Zusammenhang stehenden Auseinandersetzungen mit  
Kreditgebern, Vermittlern, Beauftragten oder sonstigen  
Anspruchsgegnern.  
[...]"*

Der Kläger und seine Frau nahmen zur Finanzierung eines Genossenschaftsanteils von 40.000 EUR bei der Hypo NOE Landesbank AG (in Hinkunft Hypo NOE) auf Empfehlung eines AWD-Beraters einen endfälligen Fremdwährungskredit über 100.000 EUR auf, wobei die den Finanzierungsbedarf übersteigende Kreditvaluta in Immofinanzaktien investiert wurde, die als Tilgungsträger für den Kredit dienen sollten.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass ihm die Beklagte auf Grund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrags und in dessen Umfang für den Schadensfall vom 25. 10. 2005 (fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb der Hebelfinanzierung: Kreditaufnahme bei der Hypo NOE über 100.000 EUR in Schweizer Franken und Veranlagung in Aktien der Immofinanz AG in Höhe von 60.000 EUR) Deckungsschutz zu gewähren habe. Die Kreditvergabe sei in einer Filiale der Hypo NOE durch deren Mitarbeiter erfolgt. Der Kläger sei erst über den Berater des AWD zu dieser Bank gekommen. Der Mitarbeiter der Bank sei über das Finanzierungsmodell bereits informiert gewesen und habe es gegenüber dem Kläger und seiner Frau ausdrücklich gebilligt. Die Gesamtkonstruktion sei dem Kläger als für sie günstigste Finanzierungsvariante empfohlen und von der Bank als risikolos dargestellt worden; über die mit dieser Finanzierung

verbundenen Risiken seien sie nicht aufgeklärt worden. Das gewählte Finanzierungsmodell habe überdies keineswegs den finanziellen Möglichkeiten des Klägers und seiner Frau entsprochen, was der kreditgebenden Bank bekannt gewesen sei oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt (Bonitätsprüfung) bekannt sein hätte müssen. Da die Kreditgeberin ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen sei, hafte sie dem Kläger und seiner Frau für den entstandenen Vertrauensschaden. Von der Fehlerhaftigkeit des gesamten Finanzierungskonzepts und dem daraus resultierenden Schaden habe der Kläger frühestens im August 2010 erfahren. Die Beklagte lehne zu Unrecht die Rechtsschutzdeckung ab. Art 7.1.10. ARB verstoße gegen das Transparentgebot des § 6 KSchG. Weiters sei die Bestimmung grob benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sei auf Grund ihres ungewöhnlichen Inhalts nicht Vertragsbestandteil. Auch der Einwand mangelnder Erfolgsaussichten sei nicht berechtigt.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Finanzierung mittels Fremdwährungskredits zur Anschaffung hochriskanter Aktien sei unter den Begriff „ähnliches Spekulationsgeschäft“ des Art 7.1.10. ARB 2003 zu subsumieren. Der Kläger habe nicht nur einen - für sich allein schon als Risikogeschäft zu betrachtenden - Fremdwährungskredit aufgenommen, sondern damit noch in hochspekulative Aktien investiert. Dies mit dem erkennbaren Ziel, durch die Kombination aus billigem Geld aus dem Fremdwährungskredit und hoher Gewinnerwartung aus dem Aktiengeschäft ein Maximum an Gewinn zu lukrieren. Der Spekulationsrisikoausschluss komme daher zum Tragen.

Weiters bestehe hinsichtlich der beabsichtigten

Rechtsverfolgung gegen die Kreditgeberin keine Aussicht auf Erfolg. Nach der Darstellung des Klägers sei das gesamte Geschäft vom Finanzdienstleister ausverhandelt worden. Die Bank selbst habe nur die Finanzierung übernommen. Sie würde nur dann haften, wenn sie gewusst hätte, dass das zu finanzierende Geschäft mit großer Wahrscheinlichkeit fehlschlagen werde und sie darüber nicht aufgeklärt hätte. Darüber hinaus sei ein allfälliger Anspruch gegen die Bank verjährt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Rechtsschutzversicherer habe im Rahmen des Vertrags Deckung für das versicherte Risiko zu gewähren. Ausgeschlossen seien unter anderem „Spekulationsgeschäfte“. Aus dem Abschluss eines Fremdwährungskredits mit einem Tilgungsträger könne nicht auf die Absicht geschlossen werden, ein einer Wette oder einem Devisentermingeschäft gleich zu haltendes spekulatives Geschäft tätigen zu wollen. Diese Art von Kredit und Veranlagung sei vielmehr häufig Kreditsuchenden angeboten worden, bei denen der Finanzierungswunsch das einzige oder überwiegende Bestreben gewesen sei. Das vorliegende Geschäft sei daher nicht vom Ausschluss des Art 7.1.10. ARB umfasst.

Die Prozessführung des Klägers gegen die Bank wegen behaupteter Verletzung der Aufklärungspflicht sei nicht offenbar aussichtslos, sodass die Beklagte Deckung zu gewähren habe.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Im vorliegenden Fall bestehe der Zweck der gewählten Konstruktion in der möglichst kostengünstigen Finanzierung einer Wohnraumbeschaffung. Die gewählte Finanzierungs konstruktion habe in der Aufnahme eines (endfälligen) Fremdwährungskredits und im Erwerb von

Aktien als Tilgungsträger bestanden. Darin seien keine Termingeschäfte und nach dem Verständnis eines verständigen durchschnittlichen Versicherungsnehmers auch keine solchen ähnlichen Spekulationsgeschäfte zu erblicken. Der Kläger beabsichtige, seinen Anspruch unter anderem darauf zu stützen, dass die Höhe des gewährten Kredits in keiner Relation zu seinen Einkommensverhältnissen gestanden habe. Es könne nicht schon ohne nähere Prüfung davon ausgegangen werden, dass die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch die Bank jedenfalls zu verneinen wäre.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage vorliege, ob eine Finanzierungs konstruktion wie der vorliegenden, die hier der Finanzierung der zur Anmietung einer Genossenschaftswohnung erforderlichen Mittel gedient habe, den Risikoausschlusstatbestand des Art 7.1.10. ARB 2003 erfülle.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger begehrt, die Revision zurückzuweisen; hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

1. Art 7.1.10. ARB enthält Risikoausschlüsse. Als Ausnahmetatbestände, die die vom Versicherer übernommene Gefahr einschränken oder ausschließen, dürfen Ausschlüsse nicht weiter ausgelegt werden, als dies ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise sowie des Regelungszusammenhangs

erfordert. Den Beweis für das Vorliegen eines Risikoausschlusses als Ausnahmetatbestand hat der Versicherer zu führen (RIS-Justiz RS0107031). Die Auslegung von allgemeinen Versicherungsbedingungen hat sich - auch insoweit - am Verständnis eines verständigen durchschnittlichen Versicherungsnehmers zu orientieren; risikoeinschränkende Klauseln besitzen in dem Maß keine Vertragskraft, als deren Verständnis von einem Versicherungsnehmer ohne juristische Vorbildung nicht erwartet werden kann (RIS-Justiz RS0112256).

Zweck des vorliegenden Ausschlusses ist es, dass mit den von der Risikogemeinschaft aufbrachten Beträgen keine Auseinandersetzungen aus aleatorischen Verträgen finanziert werden (*Maier in Harbauer Rechtsschutzversicherung*<sup>8</sup> [2010] § 3 ARB 2000 Rz 124). Die in Art 7.1.10. ARB angeführten Verträge bergen besondere Risiken, denen der Versicherungsnehmer sich bewusst ausgesetzt hat; den anderen Mitgliedern der Risikogemeinschaft ist eine Beteiligung hier nicht zumutbar (*Looschelders in Looschelders/Paffenholz*, ARB [2014] § 3 Rz 112, 118).

2. Die Beklagte argumentiert, dass der vom Kläger gewählte endfällige Fremdwährungskredit in Verbindung mit dem Erwerb von Aktien als Tilgungsträger ein dem Termingeschäft ähnliches Spekulationsgeschäft darstelle und daher der Ausschlussgrund des Art 7.1.10. ARB vorliege.

2.1 Rechtsbegriffe haben in der Rechtssprache eine bestimmte Bedeutung und sind daher in diesem Sinn auszulegen (zur Auslegung von Rechtsbegriffen siehe auch *Fenyves/Schauer*, VersVG, Vor § 1 Rz 32 ff). Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann zur Anwendung kommen,

wenn den zu beurteilenden Rechtsinstituten nach herrschender Ansicht ein unstrittiger Inhalt beigemessen wird und sie deshalb in der Rechtssprache eine einvernehmliche Bedeutung haben (RIS-Justiz RS0123773).

2.2 Gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit c BWG gilt als Bankgeschäft der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit „Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und Verkaufsoptionen auf die in lit a und d bis f genannten Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung (Termin- und Optionsgeschäft)“. Gemäß § 48a Z 3 lit d BörseG sind Finanzinstrumente „Finanzterminkontrakte (Futures) einschließlich gleichwertiger bar abgerechneter Instrumente“.

Was unter einem Termingeschäft zu verstehen ist, wird weder vom BWG noch vom Börsegesetz definiert (*Laurer in Laurer/Borns/Strobel/Schütz/Schütz* BWG<sup>3</sup> § 1 Rz 14; *Brandl in Temmel*, Börsegesetz-Praxiskommentar [2011] § 48a Rz 173 f).

2.3 Nach dem allgemeinen Verständnis sind Termingeschäfte (auch Zeitgeschäfte) Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltete Fest- oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind, auf einem organisierten Markt oder in einem multilateralen Handelssystem geschlossen werden, keine Kassageschäfte darstellen und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar von Preis oder Maß eines Basiswerts ableitet.

2.4 Gegenstand der an der Börse abgewickelten Termingeschäfte sind Vereinbarungen (Kontrakte), deren Ausgestaltung standardisiert ist und die zentral an einer Börse gehandelt werden. Termingeschäfte unterteilen sich in einseitig oder beiderseitig verpflichtende Geschäfte, in

Options oder Futures, Optionen und Terminkontrakte. Die Option ist eine Vereinbarung zwischen zwei Kontraktpartnern, die für den Käufer das Recht, nicht aber die Verpflichtung umfasst, eine bestimmte Menge eines Basiswerts zu einem fixierten Preis innerhalb eines festgelegten Zeitraums zu kaufen oder zu verkaufen. Ein Future ist eine für beide Vertragsparteien verbindliche Vereinbarung, zu einem festgelegten zukünftigen Zeitpunkt einen bestimmten Basiswert zu einem vereinbarten Preis zu kaufen oder zu verkaufen. Beide Arten - Option und Future - werden wiederum in Waren- und Finanztermingeschäfte unterschieden (1 Ob 81/98p mwN).

2.5 In Deutschland wird vertreten, dass es sich bei einem (Börse-)Termingeschäft um einen standardisierten Vertrag handeln müsse, der von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt, dem Ende der Laufzeit, zu erfüllen sei und einen Bezug zum Terminmarkt habe. Die besondere Gefährlichkeit bestehe darin, dass der Anleger nicht sofort Barmittel oder durch einen förmlichen Kreditvertrag aufgenommenes Fremdkapital einsetzt, sondern durch den hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt zu Spekulationen auf eine günstige, aber ungewisse Entwicklung des Marktpreises, die die Auflösung des Termingeschäfts ohne Einsatz eigenen Vermögens durch ein gewinnbringendes Glattstellungsgeschäft ermöglichen soll, verleitet wird. Damit sind typischerweise die Risiken der Hebelwirkung und des Totalverlusts des eingesetzten Kapitals sowie die Gefahr, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen, verbunden (BGHZ 103, 84; BGHZ 150, 164; NJW 2004, 2967; OLG Karlsruhe r+s 2004, 107; *Maier* aaO Rz 130; *Armbrüster* in *Prölls/Martin* Versicherungsvertragsgesetz<sup>28</sup> [2010] § 3 ARB 2008 Rz 52).

2.6 Eine weitere Umschreibung vom „Termingeschäft“ stellt darauf ab, dass der Preis des Rechts, das in der Zukunft geltend gemacht werden kann oder zu erfüllen ist (Call oder Put-Option) unmittelbar oder mittelbar von einem Basiswert abhängt, wobei die Art der Rechte oder Leistungen für die Beteiligten völlig unerheblich ist (OLG Karlsruhe r+s 2004, 107; *Plote* in *van Bühren/Plote/Hillmer-Möbius/Wendt*, Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung<sup>3</sup> [2013] § 3 ARB 2010 Rz 87; *Looschelders* aaO Rz 118; *Böhme*, Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung<sup>12</sup> [2007] § 4 [1] g Rz 21).

Diese Definition entspricht in etwa dem Begriff des Differenzgeschäfts. Bei diesem wird nicht effektiv erfüllt, sondern nur die Differenz zwischen dem Kurs zum Kauftag und dem Kurs zum Erfüllungstag ausgeglichen. (RIS-Justiz RS0106835; *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 1270 bis 1272 ABGB Rz 108 ff). Differenzgeschäfte sind solche, bei denen schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (RIS-Justiz RS0106840) die Absicht vorgelegen haben muss, nur die Differenz abzuschöpfen (RIS-Justiz RS0022377).

2.7 Davon, dass die vom Kläger gewählte Konstruktion ein Termingeschäft darstellt, geht die Beklagte selbst nicht aus. Sie argumentiert aber, dass der endfällige Fremdwährungskredit für sich, aber insbesondere auch in Verbindung mit dem Ankauf von Aktien als Tilgungsträger ein Spekulationsgeschäft darstellt, das dem Termingeschäft ähnlich ist.

3. Nach dem insoweit klaren Wortlaut der Klausel reicht das Vorliegen eines Spekulationsgeschäfts nicht aus. Die Klausel verlangt vielmehr, dass ein

Spekulationsgeschäft vorliegt und dass es dem Termingeschäft ähnlich ist (OLG Karlsruhe r+s 2004, 107).

Es ist daher das jeweils vorliegende Spekulationsgeschäft mit Termingeschäften zu vergleichen. Gerade die Vergleichbarkeit mit einem Termingeschäft ist entscheidendes Kriterium für den Ausschluss vom Versicherungsschutz (OLG Köln VersR 2007, 352). Vergleichsmaßstab ist Höhe und Art des innewohnenden Risikos (LG München r+s 2008, 242). Entscheidend für die Vergleichbarkeit mit dem Termingeschäft ist daher, dass das Spekulationsgeschäft ebenfalls auf Terminbasis - ohne wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck - abgeschlossen wurde und der Gewinnerzielung aus Kurs- und Marktschwankungen dienen soll, ohne dass unmittelbar reale geschäftliche Vorgänge (tatsächlicher Leistungsaustausch) vorliegen (*Looschelders* aaO Rz 132, *Plote* aaO Rz 88).

3.1 Der Erwerb von Aktien und Fondsanteilen kann nicht als einem Termingeschäft ähnlich beurteilt werden (BGH NJW 2004, 2969 f; OLG Karlsruhe r+s 2004, 107; *Looschelders* aaO Rz 119, *Maier* aaO Rz 134; *Plote* aaO Rz 88, *Armbrüster* aaO Rz 54).

3.2 Bei einem Fremdwährungskredit besteht ein Währungsrisiko. Der aushaftende Saldo ist davon abhängig, wie sich der Fremdwährungskurs der gewählten Fremdwährung entwickelt. Es ist davon auszugehen, dass sich der aushaftende Kreditbetrag während der Laufzeit eines Fremdwährungskredits auf Grund laufender Währungsschwankungen mehrfach ändert, somit erhöht und vermindert. Unabhängig davon, ob ein Fremdwährungskreditvertrag ein Spekulationsgeschäft darstellt (vgl. Fremdwährungskredite - Überwälzung von Refinanzierungskosten/Drohungen mit Zwangskonvertierung

und mit Fälligstellung - gesetzwidrige Klauseln VR Info 2008, H 11, 1), ist er nicht mit einem Termingeschäft vergleichbar. Zum einen findet ein realer geschäftlicher Vorgang statt, - dem Kreditnehmer wird ja die Kreditsumme zugezählt -, zum anderen hängt die Verpflichtung des Kreditnehmers zur Rückzahlung des Kredits nicht von einem Spread zwischen Basis- und Zeitwert ab, sondern (und das auch nur teilweise) von der Entwicklung der Währungskurse während der gesamten Laufzeit.

3.3 Zu prüfen bleibt, ob die Verbindung der Aufnahme eines endfälligen Fremdwährungskredits zum Erwerb von Aktien als Tilgungsträger ein einem Termingeschäft ähnliches Spekulationsgeschäft darstellt.

Dagegen spricht wiederum, dass sowohl der Aufnahme des Kredits als auch dem Aktienerwerb reale Vorgänge zugrunde liegen. Der Kreditnehmer erhält die Kreditsumme zugezählt und verwendet diese (teilweise) zum Erwerb von Aktien, die er dann hält. Es ist ihm durchaus möglich, bei ungünstiger Entwicklung die Aktien zu verkaufen und den Kredit zu konvertieren, um größere Verluste, auch einen Totalverlust, zu vermeiden. Diese Möglichkeit besteht bei Termingeschäften, bei denen die Verluste unabdingbar bei der Glattstellung eintreten, nicht.

Die (teilweise) Aufnahme eines endfälligen Fremdwährungskredits zum Erwerb von Aktien als Tilgungsträger ist daher nicht als ein dem Termingeschäft ähnliches Spekulationsgeschäft zu beurteilen. Der Ausschlussgrund des Art 7.1.10. ARB liegt nicht vor.

4. Bei der Erfolgsaussichtsprüfung nach den ARB können die zur Verfahrenshilfe entwickelten Grundsätze übernommen werden. Die vorzunehmende Beurteilung, ob „keine oder nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg“ besteht,

hat sich am Begriff „nicht als offenbar aussichtslos“ des die Bewilligung der Verfahrenshilfe regelnden § 63 ZPO zu orientieren (RIS-Justiz RS0116448). Eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung kommt nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0081927; RS0124256). Es ist kein strenger Maßstab anzulegen (RIS-Justiz RS0081929).

Die Beklagte argumentiert, die Klagsführung gegen sie als kreditgewährende Bank sei aussichtslos, weil vom Kläger nicht einmal behauptet worden sei, dass sie im Naheverhältnis zum Vermittler gestanden sei. Dabei übersieht sie, dass - worauf bereits das Berufungsgericht hinwies - der Kläger seinen Anspruch unter anderem auch auf eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank im Hinblick darauf stützte, dass die Höhe des Kredits in keiner Relation zu seinen Einkommensverhältnissen gestanden sei, wovon die Kreditgeberin auch Kenntnis gehabt habe. Der in der Revision enthaltene Hinweis auf die angeschlossene - das Klagebegehren des Klägers im zu deckenden Prozess abweisende - Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien führt zu keiner anderen Beurteilung, da die Erfolgsaussichten vorweg zu prüfen sind.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 26. November 2014  
Dr. H u b e r  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG