



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 97/14t

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende und die Richterin Mag. Wessely-Kristöfel sowie den KR Mag. Herzog in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. [REDACTED], [REDACTED], 2. [REDACTED], [REDACTED], beide [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] beide vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **ARAG SE, Direktion für Österreich**, 1041 Wien, Favoritenstraße 36, vertreten durch Themmer, Toth & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitwert: EUR 20.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 6.5.2014, 34 Cg 67/13d-12, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht** Folge gegeben.

Der Beklagte ist schuldig, den Klägern die mit EUR 1.816,50 (darin EUR 302,75 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Streitgegenstands übersteigt EUR 5.000,--, nicht aber 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Zwischen dem Erstkläger und der Beklagten besteht seit (zumindest) 1.6.2000 ein Rechtsschutzversicherungsvertrag, der unter anderem, für den Privat- und Berufsbereich, die Bausteine Schadenersatzrechtsschutz sowie allgemeiner

Vertragsrechtsschutz-Privat mit Versicherungsvertragsstreitigkeiten umfasst, und dem die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (kurz ARB) 2000 zugrunde liegen. Die Zweitklägerin ist als Ehegattin des Erstklägers mitversichert.

Die für diesen Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen der ARB 2000 lauten:

„Artikel 7

Was ist vom Versicherungsschutz ausgeschlossen?

1. Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

1.13. im Zusammenhang mit Spiel- oder Wettverträgen, Gewinnzusagen und diesen ähnlichen Termin- oder Spekulationsgeschäften, sowie Auseinandersetzungen darüber mit Kreditgebern, Vermittlern, Beauftragten oder sonstigen Anspruchsgegnern.

Artikel 8

Welche Pflichten hat der Versicherungsnehmer zur Sicherung seines Deckungsanspruches zu beachten? (Obliegenheiten)

1. Verlangt der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, ist er verpflichtet,

1.1. den Versicherer unverzüglich, vollständig und wahrheitsgemäß über die jeweilige Sachlage aufzuklären und ihm alle erforderlichen Unterlagen auf Verlangen vorzulegen;

Artikel 9

Wann und wie hat der Versicherer zum Deckungsanspruch des Versicherungsnehmers Stellung zu nehmen?

Was hat bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer über die Art der Vorgangsweise oder der Erfolgsaussichten zu geschehen? (Schiedsgutachterverfahren)

2. Davon unabhängig hat der Versicherer das Recht, jederzeit Erhebungen über den mutmaßlichen Erfolg der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung anzustellen. Kommt

er nach Prüfung des Sachverhaltes unter Berücksichtigung der Rechts- und Beweislage zum Ergebnis,

2.1. dass hinreichende Aussicht besteht, in einem Verfahren im angestrebten Umfang zu obsiegen, hat er sich zur Übernahme aller Kosten nach Maßgabe des Artikels 6 (Versicherungsleistungen) bereitzuerklären;

2.2. dass diese Aussicht auf Erfolg nicht hinreichend, d.h. ein Unterliegen in einem Verfahren wahrscheinlicher ist als ein Obsiegen, ist er berechtigt, die Übernahme der an die Gegenseite zu zahlenden Kosten abzulehnen;

2.3. dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht, hat er das Recht, die Kostenübernahme zur Gänze abzulehnen.

Artikel 13

Was gilt bei Vergrößerung oder Verminderung des versicherten Risikos?

1. Die Versicherung erstreckt sich auch auf Erhöhungen und Erweiterungen des versicherten Risikos. Der Versicherungsnehmer ist jedoch verpflichtet, einen nach Abschluss des Versicherungsvertrages eingetretenen, für die Übernahme der Gefahr erheblichen Umstand dem Versicherer längstens innerhalb eines Monats anzuzeigen.

3. Wird die höhere Gefahr nach den für den Geschäftsbetrieb des Versicherers maßgebenden Grundsätzen auch gegen eine höhere Prämie nicht übernommen, kann der Versicherer innerhalb eines Monats von dem Zeitpunkt an, in welchem er von dem für die höhere Gefahr erheblichen Umstand Kenntnis erlangt hat, den Versicherungsvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen. Bei unrichtigen oder unterbliebenen Angaben zum Nachteil des Versicherers ist dieser von der Verpflichtung zur Leistung frei, außer der Versicherungsnehmer beweist, dass die Unrichtigkeit oder das Unterbleiben der Angaben nicht auf seinem Verschulden beruht.

Artikel 23

Allgemeiner Vertrags-Rechtsschutz

Der Versicherungsschutz erstreckt sich je nach Vereinbarung auf den Privat- und/oder Betriebsbereich.

1. Wer ist in welcher Eigenschaft versichert?

Versicherungsschutz haben

1.1. im Privatbereich

der Versicherungsnehmer, sein in häuslicher Gemeinschaft mit ihm lebender Ehegatte oder Lebensgefährte und deren minderjährige Kinder (auch Enkel-, Adoptiv-, Pflege- und Stiefkinder; Enkelkinder jedoch nur, wenn sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem Versicherungsnehmer leben), für Versicherungsfälle, die den privaten Lebensbereich, also nicht den Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit betreffen;"

Die Kläger beehrten die Feststellung, dass die Beklagte aus dem zwischen den Streitparteien bestehenden Rechtsschutzversicherungsvertrag für die klagsweise Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien (kurz Raiffeisenbank) Deckung bis zum vertraglichen Höchstbetrag zu gewähren habe. Den Klägern sei aufgrund fehlerhafter Beratung der Raiffeisenbank anlässlich des Erwerbs der Beteiligung am Vierundfünfzigsten Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG im Jahr 2004 ein Schaden von zumindest EUR [REDACTED],-- entstanden, von dem sie erstmals durch einen Kurzbericht des Treuhänders, der TVP, im September 2012 erfahren hätten. Die Beklagte habe zu Unrecht eine Rechtsschutzdeckung abgelehnt.

Ein „Spekulationsgeschäft“ iSd Artikel 7 der ARB 2000 liege nicht vor, weil der MPC Holland 54 Fonds keine Elemente eines Spiel- oder Wettvertrages beinhalte. Unzutreffend sei, dass die Kläger mit dieser Veranlagung unternehmerisch tätig geworden seien oder eine sonstige Erwerbstätigkeit vorläge. Zum Zeitpunkt der Vermittlung sei nicht klar gewesen, dass es sich bei der Veranlagung um ein Produkt mit dermaßen vielen Risiken und Nachteilen gehandelt habe, sodass die Kläger schon deshalb nicht über eine allfällige Vergrößerung des Risikos, das im Übrigen nicht

vorliege, aufklären hätten können. Entgegen den Ausführungen der Beklagten seien die Erfolgsaussichten einer Prozessführung gegen die Raiffeisenbank als hoch zu beurteilen.

Den Klägern sei es aufgrund der technischen Beschränkung der E-Mail-Größe nicht möglich gewesen, alle geforderten Unterlagen zu übermitteln. Der Erstkläger habe dies der Beklagten mitgeteilt und angeboten, dass er ihr noch benötigte Urkunden übersende bzw persönlich vorbeibringe. Anstatt den Klägern mitzuteilen, dass die dem E-Mail angehängten Unterlagen und Informationen nicht ausreichend seien, habe die Beklagte den Anspruch auf Deckung abgelehnt.

Die Kläger hätten sich stets auf die Beratung der Raiffeisenbank verlassen und im Vertrauen auf die richtige Beratung die Zeichnungsunterlagen unterfertigt.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und brachte - soweit im Berufungsverfahren von Relevanz - vor, dass es sich bei einer Kommanditbeteiligung wie hier um eine Beteiligung an einem Unternehmen handle, die erfahrungsgemäß ein extrem hohes spekulatives Risiko darstelle, bei welchem ein Totalverlust zu erwarten sei. Es liege daher der Ausschlussgrund des Artikel 7.1.13. ARB 2000 vor. Da die Kläger eine unternehmerische Beteiligung gezeichnet hätten, falle der gegenständliche Versicherungsfall als „sonstige Erwerbstätigkeit“ außerdem nicht in die primäre Leistungsbeschreibung nach Artikel 23 ARB 2000 und stelle somit kein versichertes Wagnis dar, sodass Leistungsfreiheit vorliege. Weiters hätten die Kläger ihre Meldepflicht im Sinne des Artikel 13 ARB 2000 verletzt, weil sie die Beklagte von der Zeichnung der unternehmerischen Beteiligung und damit der Vergrößerung des Risikos hätten informieren müssen, woraus Leistungsfreiheit resultiere. Die Kläger hätten zudem grob schuldhaft die Obliegenheit im Sinn des Artikel 8.1.1. ARB 2000 verletzt. Die Beklagte habe den Erstkläger mit Schreiben vom 7.11.2012 aufgefordert, ergänzende Informationen zu erteilen und Unterlagen

zu übermitteln. Abgefordert worden seien Beratungsprotokolle, Zeichnungsanträge, Zertifikate, Produktunterlagen und Schreiben der Treuhänder. Die angeforderten Urkunden - insbesondere die Risikohinweise und Warnerklärungen enthaltende Beitrittserklärung - seien vom Erstkläger nicht übermittelt worden. Statt der angeforderten Informationen und Urkunden habe der Erstkläger unzureichende Informationen übermittelt. Die Einhaltung der vereinbarten Obliegenheiten liege im legitimen, notwendigen Interesse der Beklagten. Bei kritischer Hinterfragung des Vorbringens der Kläger ergebe sich überdies, dass keine Erfolgsaussichten bestehen würden, sodass die Rechtsschutzdeckung nach Artikel 9.2.1. ARB 2000 zur Gänze abgelehnt werden müsse. Selbst wenn dies nicht angenommen werde, sei zweifellos bei einem Gesamtinvestment der Kläger in Höhe von EUR 70.000,-- im hohen Maße Eigenverantwortlichkeit gefordert. Es bestehe eine Verpflichtung zur Selbstinformation und Kontrolle der eigenen Informationen und sei in einem Unterlassen derselben, insbesondere im Unterlassen der Überprüfung der erteilten Informationen und der Lektüre der übergebenen Urkunden ein erhebliches, zumindest gleichteiliges Mitverschulden zu erblicken, sodass die sogenannte Halbdeckung im Sinne des Artikel 9.2.2. ARB 2000 gerechtfertigt sei.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Feststellungsbegehren mit der Einschränkung statt, dass die Beklagte den Klägern Rechtsschutzdeckung wegen Ansprüchen aus mangelhafter Anlageberatung gegen die Raiffeisenbank im Zusammenhang mit der Zeichnung von Anteilen am Vierundfünfzigsten Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG iHv EUR 73.500,-- am 5.11.2004 zu gewähren habe. Dabei ging es von folgenden Feststellungen aus:

„Der Erstkläger ist Jurist und war bis zum Schluss seiner Tätigkeit [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Er weiß, was eine Kommanditbeteiligung ist, und ihm war auch von Anfang an klar, dass er sich bei einer Kommanditgesellschaft beteiligt.“

Die Kläger zeichneten über Beratung durch die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien am [REDACTED] die Beitrittsunterlagen für den Vierundfünfzigsten Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG und investierten insgesamt EUR 73.500,-- (inkl. 5 % Agio). Im Jahr 2005 bis 2011 erhielten die Kläger rund 7 % p.a. Ausschüttungen, sodann im 1. Halbjahr Jahr 2012 2 % Ausschüttungen bezogen auf ihre Kommanditeinlage.

Die Kläger informierten die Beklagte nicht vom Abschluss dieser Veranlagung.

Der [Erst-]Kläger erfuhr erstmals durch einen Kurzreport der TVP im Oktober 2012, dass ein Großteil seiner Einlage verloren war. Er schrieb daraufhin die MPC an, welche ihm bestätigte, dass zu dem damaligen Zeitpunkt nur 5,8 % der ursprünglichen Einlage mehr vorhanden war. Der Erstkläger wollte daraufhin bei der Beklagten vorerst nur um die Deckung für ein Beratungsgespräch mit einem Rechtsanwalt ansuchen. Mit Email vom 28.10.2012 sandte er sein erstes Ansuchen an die Beklagte. Er schilderte kurz den Sachverhalt, insbesondere dass in den aufgelegten Prospekten der Bank nur von hohen Renditen und Sicherheit sowie Gewissheit über die Qualität der Immobilien die Rede gewesen sei und ein mögliches Risiko nicht einmal angedeutet gewesen sei und für die Kläger aus den erhaltenen ausführlichen Unterlagen auch nicht vorstellbar gewesen sei. Er erwähnte weiters, dass er von der Rechtsanwaltskanzlei Kraft & Winternitz gehört habe und auf der Homepage ersichtlich sei, dass diese 60 geschädigte Anleger im Zusammenhang mit Investments in geschlossene Immobilien- und Schiffsfonds vertrete. Am Ende schrieb er: „Wenn Sie keinen Einwand dagegen haben oder keinen besseren Rat wissen, würden wir im Rahmen ihrer Versicherung diese Kanzlei zu Beratung und gegebenenfalls zur Durchsetzung unserer Anliegen in Anspruch nehmen.“ Unterlagen sandte er mit diesem Schreiben nicht mit.

Mit Schreiben vom 7.11.2012 forderte die Beklagte vom Erstkläger ergänzende Informationen und Unterlagen, nämlich Beratungsprotokolle, Zeichnungsanträge, Zertifikat etc, Produktunterlagen (Werbefolder, Hochrechnungen über die prognostizierte Wertentwicklung etc) und Schreiben Treuhänder.

Der Erstkläger wollte daraufhin am 7.11.2012 um 12.37 der Beklagten zahlreiche Unterlagen, wie auch die Beitrittserklärung per Email übermitteln. Er erhielt jedoch eine Fehlermeldung vom postmaster@arag.at, dass sein Email nicht zugestellt werden konnte. Daraufhin sandte er am 7.11.2012 um 15.47 ein neuerliches Email: „Ich wollte Ihr Ersuchen um Unterlagen umgehend beantworten, habe aber eben von postmaster@arag.at die Mitteilung erhalten, dass mein E-Mail nicht zugestellt wurde ... Alle Unterlagen zum Gegenstand sind für mich und meine Frau in zwei Mappen mit einem Gewicht von je 2,3 kg enthalten. Ich werde sie selbstverständlich einem Spezialisten zum gründlichen Studium übergeben und wenn Sie der Meinung sind, dass Sie sie zur Entscheidungsfindung benötigen, muss ich sie Ihnen vorbeibringen. Ich hoffe aber doch, dass die Unterlagen, die ich jetzt mitsende, ausreichen. Ein Beratungsprotokoll habe ich übrigens nie bekommen. Das Zertifikat meiner Frau schaut genauso aus wie meines.“ An diesem Email waren die dem Gericht als Beilagen ./6 (Werbeschreiben der Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien AG), ./7 (Zertifikat Immobilienbeteiligung) und ./8 (Werbeprospekt Sachwert Rendite-Fonds, Holland 54) vorgelegten Urkunden angehängt. Die Beitrittserklärung war nicht angehängt.

Mit Email vom 28.11.2012 urgierte der Erstkläger eine Antwort auf seine Deckungsanfrage.

Mit Schreiben vom 30.11.2012 lehnte die Beklagte eine Deckung aus dem Versicherungsvertrag ab, da es sich bei dem Schadensfall um eine Streitigkeit aus dem Gesellschaftsrecht handle und daher der Ausschluss gem. Artikel 7.1.7. ARB 2000 greife. Darüber hinaus handle es sich um ein Spekulationsgeschäft, weshalb der Schaden außerdem gemäß Artikel 7.1.13. ARB 2000 ausgeschlossen sei.“

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass die Kläger weder eine vorsätzliche oder grob schuldhaft Obliegenheitsverletzung treffe noch ein Ausschlussgrund vorliege. Die von den Klägern getätigte Veranlagung sei vom Risikograd nicht mit Spiel- oder Wettverträgen vergleichbar und sei auch das aleatorische Element nicht Hauptgegenstand des Vertrages. Der Erwerb einer Kommanditbeteiligung stelle

weder eine „sonstige Erwerbstätigkeit“ iSd Artikel 23 ARB dar noch könne darin eine wesentliche Gefahrenerhöhung gesehen werden, von der die Kläger die Beklagten hätten informieren müssen. Die von den Klägern beabsichtigte Prozessführung sei weder als offenbar mutwillig noch aussichtslos anzusehen. Dass der Erstkläger nicht sämtliche Unterlagen an die Beklagte übermittelt habe, stelle nur ein leicht fahrlässiges Verhalten dar, sodass keine Leistungsfreiheit der Beklagten vorliege.

Gegen dieses Urteil wendet sich die wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene **Berufung der Beklagten** mit dem Antrag, das Ersturteil im Sinne einer (gänzlichen) Klagsabweisung abzuändern.

Die Kläger beantragen, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

Das Berufungsgericht erachtet die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts für zutreffend, sodass grundsätzlich darauf verwiesen werden kann (§ 500a ZPO).

Ergänzend ist auszuführen:

1. Die Beklagte beruft sich darauf, dass sich ihre Leistungsfreiheit aus der primären Leistungsbeschreibung des Artikel 23 ARB 2000 ergebe (*„Versicherungsfälle, die ... nicht den Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit betreffen“*).

Da negative Klarstellungen wie hier Risikoausschlüssen gleichstehen (*Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, S. 148), hat die Beklagte - wie die Erstrichterin völlig zutreffend ausführte - deren Vorliegen zu beweisen (RIS-Justiz RS0107031).

Vertragsstreitigkeiten aus privater Vermögensveranlagung sind grundsätzlich dem privaten Lebensbereich zuzuordnen. Die Grenze zur betrieblichen Tätigkeit oder sonstigen Erwerbstätigkeit wird überschritten, wenn dabei unternehmerischer Einsatz entfaltet wird oder in größerem Umfang und mit Wiederholungsabsicht Spekulationsgeschäfte getätigt werden. Die Höhe des veranlagten Vermögens spielt

dabei nicht die ausschlaggebende Rolle (vgl. *Kronsteiner ua*, Erläuterungen zu den Musterbedingungen für die Rechtsschutzversicherung [2008] S. 199).

Der Begriff der „sonstigen Erwerbstätigkeit“ soll diejenige - in der Absicht der Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils - betriebene Tätigkeit umfassen, die nicht bereits vom Ausschluss der beruflichen oder betrieblichen Tätigkeit umfasst ist, jedoch nach der Verkehrsauffassung nicht den privaten Lebensbereich betrifft. Hierzu zählen nicht nur die gewerbsmäßige Schwarzarbeit, sondern auch Gelegenheitsgeschäfte oder -arbeiten, die zum Zwecke des Gelderwerbs ausgeübt werden und nicht bloß als Einmalgeschäfte anzusehen sind (*Kronsteiner ua*, Erläuterungen zu den Musterbedingungen für die Rechtsschutzversicherung [2008] S. 168).

Die Beklagte behauptet gar nicht, dass oder in welcher Form die Kläger in Bezug auf die Anlage einen „unternehmerischen Einsatz“ entfalten würden oder dass die beiden wiederholt und in größerem Umfang Spekulationsgeschäfte abschließen würden. Ein in regelmäßigen Ausschüttungen liegendes Einkommen reicht nicht aus, um eine Erwerbstätigkeit zu begründen, weil mit jedem Sparprodukt eine mehr oder weniger hohe Rendite einhergeht, ohne dass dafür - abgesehen von der erstmaligen Veranlagung - eine Tätigkeit des Kapitalgebers erforderlich ist.

Die von den Klägern einmalig als Vermögensveranlagung über einen Treuhandvertrag mit der TVP erworbene Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds ist zwar eine Unternehmensbeteiligung, beschränkt sich aber auf die Zurverfügungstellung von Kapital und zeichnet sich gerade dadurch aus, dass ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung nicht besteht (woraus nicht zuletzt ein mit der Veranlagung verbundenes Risiko resultiert, das im Fall der mangelnden Befähigung der Geschäftsführung schlagend wird). Aus den Feststellungen ergibt sich im Übrigen nicht, dass die Kläger aufgrund ihrer Beteiligung nach § 23 Abs 2 EStG Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb zu versteuern

hätten, wie die Berufung nahelegt; diese Behauptung steht vielmehr im Widerspruch zu der von der Berufungswerberin ins Treffen geführten Beilage ./6.

Damit hat die Beklagte nicht bewiesen, dass die von den Klägern getätigte Veranlagung „den Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit“ betrifft.

2. Die Beklagte vermeint, die Beteiligung der Kläger unterfalle dem Risikoausschluss des Artikel 7.1.13. ARB 2000.

Die Auslegung von allgemeinen Versicherungsbedingungen hat nach dem Verständnis eines verständigen durchschnittlichen Versicherungsnehmers zu erfolgen. Unklarheiten sind zu Lasten des Versicherers auszulegen (RIS-Justiz RS0112256).

Spiel- oder Wettverträge sind gemäß § 1269 ABGB Glücksverträge. Ein Glücksvertrag nach § 1267 ABGB liegt vor, wenn Gegenstand des Vertrages die Hoffnung auf einen noch ungewissen Vorteil ist, nicht aber schon dann, wenn mit dem Abschluss eines Vertrages ein Risiko oder eine Chance verbunden ist (Nowotny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1267 Rz 1). Wesentlich ist, dass das aleatorische Moment selbst Vertragsinhalt, unmittelbarer Vertragsgegenstand bzw Hauptzweck des Vertrages ist (Nowotny aaO Rz 3).

Der verständige durchschnittliche Versicherungsnehmer wird bei „Spiel- oder Wettverträgen ... ähnlichen Termin- oder Spekulationsgeschäften“ Differenzgeschäfte vor Augen haben, bei denen der Anleger bindende Verpflichtungen für einen zukünftigen Zeitpunkt eingeht und bei denen der Preis durch künftige Entwicklungen des Marktes bestimmt wird und die durch die Möglichkeit gekennzeichnet sind, mit verhältnismäßig geringem Kapitaleinsatz überproportional an auftretenden Preisänderungen zu partizipieren, oder andere Geschäfte, die lediglich zum Zweck der Spekulation geschlossen werden, um allein aus den Schwankungen der Börsenkurse oder Marktpreise ohne Güterumsatz Gewinn zu erzielen, ohne dass unmittelbare reale geschäftliche Vorgänge vorliegen. Typische Spekulationsgeschäfte sind

zudem überwiegend von Kurzfristigkeit geprägt („*schnelles Geld*“).

Auch wenn die von den Klägern gezeichnete Kommanditbeteiligung als spekulativ iSv riskant zu beurteilen sein mag, kann nicht davon ausgegangen werden, dass das aleatorische Moment bei einer längerfristig angelegten Beteiligung iHv je EUR 35.000,-- an einem Fonds, der Immobilien (also reale Vermögenswerte) bewirtschaftet, mit prognostizierten Ausschüttungen von durchschnittlich 7,4% p.a. Hauptzweck des Vertrages ist. Daran ändert auch nichts, dass (unstrittig) eine Gesamtrendite von 10,19% p.a. inklusive Verkaufserlös für eine Laufzeit von 10 Jahren in Aussicht gestellt wurde (Beilage ./D), die angesichts des Umstandes, dass Immobilienpreise nach der allgemeinen Lebenserfahrung vor allem in Ballungszentren tendenziell zu steigen pflegen, wie die Kläger richtig bemerken, nicht überproportional hoch erscheint.

Zwar unterscheidet sich die Bedingungslage in Deutschland von der hier vereinbarten Klausel, weil dort auf Spekulationsgeschäfte abgestellt wird, die Termingeschäften vergleichbar sind. Doch ist der Ausschluss nach Artikel 7.1.13. ARB 2000 demgegenüber eher als enger zu beurteilen, weil nicht alle Termin- und damit diesen ähnliche Spekulationsgeschäfte, sondern nur solche ausgeschlossen sind, die Spiel- und Wettcharakter haben. Zu Recht hat das Erstgericht daher auf die deutsche Rechtsprechung verwiesen, wonach bei einer Geldanlage in Renten, Genussscheinen, Aktien oder entsprechenden Fonds der besondere spekulative Charakter fehlt (vgl *Maier* in Harbauer ARB-Kommentar⁸ Rn 134 zu § 3 ARB 2000).

Schließlich muss hier berücksichtigt werden, dass die Kläger nach ihrem Vorbringen keinesfalls ein besonders riskantes, einem Glücksspiel gleichzuhaltendes Spekulationsgeschäft abschließen, sondern eine vergleichsweise sichere und ertragreiche Anlage erwerben wollten. Der Fehlberatung immanent ist, dass der Anleger ein nicht gewolltes Produkt erwirbt. Dem verständigen durchschnittlichen Versi-

cherungsnehmer muss aber erkennbar sein, dass er ein ausgeschlossenes Risiko eingeht, sodass es nicht auf eine ex-post Betrachtung ankommen kann, sondern nur darauf, wie sich die Sachlage für den Erwerber im Zeichnungszeitpunkt vernünftigerweise darstellt. Wenn der Berater und/oder Emittent das mit dem Produkt verbundene Risiko herunterspielt oder verschleiert, worauf ja der (im Haftpflichtprozess zu klärende) Schadenersatzanspruch und damit der Eintritt des Versicherungsfalls gründet, ist dem Versicherungsnehmer die besondere Risikoträchtigkeit der Veranlassung gerade nicht erkennbar.

Der Risikoausschluss nach Artikel 7.1.13. ARB 2000 greift damit nicht.

3. Die Beklagte wirft den Klägern vor, dass sie sie nicht von der Zeichnung der unternehmerischen Beteiligung informiert hätten, sodass Leistungsfreiheit nach Artikel 13 ARB 2000 vorliege.

Artikel 13 ARB 2000 schafft die Möglichkeit, bei einer nachträglichen Erhöhung oder Verminderung der Risikolage den Vertrag entsprechend anzupassen. Demnach ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, nach Abschluss des Versicherungsvertrages hinzukommende, erhebliche Gefahrenumstände dem Versicherer innerhalb eines Monats anzuzeigen.

Für das Vorliegen einer erheblichen Gefahrerhöhung trifft den Versicherer die Behauptungs- und Beweislast (RIS-Justiz RS0080487; RS004376).

Eine Gefahrerhöhung setzt voraus, dass die geänderten Umstände den Versicherungsfall nicht unmittelbar herbeiführen, sondern dass sich die neue Gefahrenlage auf einem neuen, höheren Niveau stabilisieren und die Grundlage eines neuen, natürlichen Schadensverlaufs bilden kann. Eine Gefahrerhöhung ist eine nachträgliche erhebliche Änderung der maßgeblichen Gefahrenumstände (7 Ob 244/06t; RIS-Justiz RS0080491).

In diesem Fall lag das Risiko in der Falschberatung durch die Raiffeisenbank, das sich bereits bei Zeichnung der Beteiligungen verwirklichte. Durch den aufgrund der

mangelhaften Beratung erfolgten Erwerb der Veranlagung wurde der Versicherungsfall unmittelbar herbeigeführt. Aus dem Halten der Kommanditbeteiligungen selbst, die Grundlage eines neuen Schadensverlaufs hätte sein können und von dem die Kläger die Beklagte nach Meinung der Berufungswerberin hätten in Kenntnis setzen müssen, leiten die Kläger keine Ansprüche ab.

Zudem kann der (einmalige) Abschluss einer privaten Vermögensveranlagung iHv EUR 35.000,-- (pro Kläger), die vermeintlich vergleichsweise sicher und ertragreich ist, nicht als nachträgliche erhebliche Änderung der maßgeblichen Gefahrenumstände in der Vertragsrechtsschutzversicherung für den Privatbereich angesehen werden, weil der Versicherer mit derartigen Geschäften des Versicherungsnehmers rechnen muss, wenn sie nicht in Form einer Vermögensveranlagungsklausel (vgl. *Kronsteiner ua*, Erläuterungen zu den Musterbedingungen für die Rechtsschutzversicherung [2008] S. 64) ausdrücklich vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind.

Die Voraussetzungen einer Gefahrerhöhung oder -erweiterung iSd Artikel 13 ARB 2000 (§§ 21ff VersVG) liegen daher nicht vor.

4. Die Beklagte argumentiert, in der Schadensmeldung der Kläger liege eine wissentliche, mit *dolus coloratus* gesetzte Falschinformation, weil der Erstkläger darin behaupte, dass für die Kläger aus den erhaltenen ausführlichen Unterlagen ein mögliches Risiko nicht vorstellbar gewesen sei, das Erstgericht aber festgestellt habe, der Erstkläger wisse, was eine Kommanditbeteiligung sei, mit der begrifflich stets das Totalverlustrisiko verbunden sei. Im Übrigen sei in der Nicht-Übermittlung der Risikohinweise enthaltenden Beitrittserklärung im Hinblick auf das hohe Bildungsniveau des Erstklägers grobe Fahrlässigkeit zu erblicken. Es liege hier daher eine Obliegenheitsverletzung iSd Artikel 8.1.1. ARB 2000 vor.

Der Versicherer muss die objektive Verletzung der Obliegenheit durch den Versicherungsnehmer (oder eine

Person, für die er haftet), der Versicherungsnehmer - nachdem diese bewiesen worden ist - mangelndes Verschulden (oder einen geringeren Schuldgrad als grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz) sowie mangelnde Kausalität beweisen (RIS-Justiz RS0043728). Eine nur leichte Fahrlässigkeit bleibt demnach ohne Sanktion (RIS-Justiz RS0043728 [T4]).

Auch unter Zugrundelegung der von der Beklagten als fehlend reklamierten Feststellungen zu den verschiedenen vormaligen gesellschaftsrechtlichen Funktionen des Erstklägers und der erstgerichtlichen Feststellung, dass der Erstkläger wusste, was eine Kommanditbeteiligung ist, kann in der Schadensmeldung keine mit dolus coloratus vorgenommene Falschmeldung erblickt werden. Unstrittig legte der Erstkläger bereits im Antwortschreiben vom 7.11.2012 offen, Jurist zu sein und in seiner Aktivzeit Leiter von Rechtsabteilungen im Bereich der Raiffeisenorganisation gewesen zu sein, und darf wohl unterstellt werden, dass bereits damit auch der Beklagten bewusst war, dass (zumindest) dem Erstkläger - wie jedem Juristen - die Rechtsform der Kommanditgesellschaft geläufig ist (worauf die Beklagte in der Berufung selbst mehrfach verweist). Allerdings können selbst Kunden, die auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzen (über die ein Jurist und Leiter einer Rechtsabteilung nicht unbedingt verfügen muss), im Zusammenhang mit komplexen Veranlagungen falsch beraten werden (vgl. RIS-Justiz RS0102779). Aus dem Wissen um ein potentiell Totalverlustrisiko allein, das mehr oder weniger mit jeder Aktie verbunden ist, kann noch nicht gefolgert werden, dass den Erstkläger zwangsläufig ein Mitverschulden trifft, weil es entscheidend darauf ankommt, in welcher Form sich dieses Risiko aufgrund der Beratung durch den Vermittler/Emitenten präsentiert, worauf im Zusammenhang mit der Überprüfung der Erfolgsaussichten noch zurückzukommen sein wird. Im Übrigen machen die Kläger verschiedene weitere Punkte geltend, über die sie falsch informiert worden sein sollen, sodass das mit der Kommanditbeteiligung verbundene Totalverlustrisiko nicht allein ausschlaggebend ist.

Zur unterlassenen Übermittlung der Beitrittserklärungen ist zu erwägen:

Erteilt der Versicherungsnehmer Auskünfte, die dem Versicherer aber nicht genau genug sind, so hat der Versicherer konkret zu sagen, worauf es ihm ankommt (RS0105784 [T3]).

Den Feststellungen folgend versuchte der Erstkläger, der Beklagten mit zahlreichen anderen Urkunden auch die Beitrittserklärung per E-Mail zu senden, erhielt aber offenbar aufgrund der Dateigröße der Anhänge eine Fehlermeldung. Noch am selben Tag übermittelte der Erstkläger daraufhin ausgesuchte Urkunden, unter denen sich die Beitrittserklärung nicht mehr fand, wies aber darauf hin, dass er bei Bedarf weitere Urkunden zur Verfügung stellen werde.

Schon aus dem Umstand, dass der Erstkläger das E-Mail mit der angehängten Beitrittserklärung an die Beklagte versandte und nur die Zustellung des E-Mails an diese scheiterte, ergibt sich, dass der Erstkläger die Obliegenheit nicht mit dem Vorsatz verletzte, die Beweislage nach dem Versicherungsfall zu Lasten des Versicherers zu manipulieren (RIS-Justiz RS0109766), weil er ja sichtlich bestrebt war, alle Urkunden zur Verfügung zu stellen. Es kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte nur *nach einigen wenigen Urkunden* gefragt hätte, sondern wollte sie offenbar unter anderem sämtliche „*Produktunterlagen (Werbe-folder, Hochrechnungen über die prognostizierte Wertentwicklung etc)*“. Der Erstkläger war daher zu einer Auswahl gezwungen, nachdem der erste Versuch der Urkundenübermittlung per E-Mail gescheitert war. Da die Beklagte die „*Zeichnungsanträge*“ anfragte, kann auch keine auffallende Sorglosigkeit darin gesehen werden, dass der Erstkläger beim - wie von ihm offen gelegt - zweiten Versuch die Übermittlung der „*Beitrittserklärungen*“ unterließ. Wiewohl der Erstkläger hätte wissen können, dass unter den Zeichnungsanträgen die Beitrittserklärungen zu verstehen sind, kann ihm am Unterbleiben der Übermittlung bestenfalls leichte Fahr-

lässigkeit angelastet werden, zumal er explizit anbot, bei Bedarf weitere Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Unter diesen Umständen wäre es an der Beklagten gelegen, zu konkretisieren, dass sie die Beitrittserklärungen noch benötigt, wenn es ihr darauf angekommen wäre. Die Beklagte erklärte aber nicht, noch Urkunden zu brauchen, sondern zog sich auf den Standpunkt zurück, aus anderen Gründen leistungsfrei zu sein.

Eine Obliegenheitsverletzung iSd Artikel 8.1.1. der ARB 2000 iVm § 34 Abs 1 VersVG liegt daher nicht vor.

5. Die Beklagte stützt sich weiters darauf, dass es der beabsichtigten Klagsführung an den Erfolgsaussichten mangle, sodass Artikel 9.2.1. oder zumindest Artikel 9.2.2. der ARB 2000 greifen würde.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt im Deckungsprozess eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und des Ereignisses des Haftpflichtprozesses bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten - auch für die Prüfung der Frage, ob nach Artikel 9.2.2. der ARB ein Unterliegen in einem Verfahren wahrscheinlicher ist als ein Obsiegen - grundsätzlich nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0081927; RS0124256). Dies gilt insbesondere für jene Beweismittel, die in einem hohen Maß der richterlichen Würdigung unterliegen, wie dies bei Zeugen- und Parteiaussagen und Sachverständigengutachten der Fall ist (RIS-Justiz RS0081927 [T2]). In der Rechtsschutzversicherung ist bei Beurteilung der Erfolgsaussichten nach den ARB kein strenger Maßstab anzulegen. 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 RS0081929 [T1]). Dabei ist iSd Entscheidung 7 Ob 47/02s dem Versicherungsnehmer vom Rechtsschutzversicherer die *uneingeschränkte* Deckung (und entgegen der Meinung der Berufungswerberin nicht nur die *Halbdeckung*) immer dann zu bestätigen, wenn der Versicherungsnehmer bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 63 Abs 1 ZPO vom Gericht

für die von ihm beabsichtigte Prozessführung Verfahrenshilfe bewilligt erhalten würde.

„*Offenbar aussichtslos*“ ist eine Prozessführung, die schon ohne nähere Prüfung der Angriffs- und Verteidigungsmittel als erfolglos erkannt werden kann (RIS-Justiz RS0116448).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das Erstgericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass ohne Durchführung eines Beweisverfahrens nicht beurteilt werden kann, ob die Kläger über die Anlage nicht aufgeklärt wurden und bei korrekter Aufklärung die Beteiligung nicht erworben hätten oder ob die Ansprüche der Kläger verjährt sind.

Die Frage, ob sich der Anleger ein Mitverschulden am Scheitern seiner Veranlagung anrechnen lassen muss, etwa weil er Risikohinweise nicht beachtet hat, oder etwa eine grobe Pflichtverletzung des Beraters dieses in den Hintergrund treten lässt, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (RIS-Justiz RS0102779 [T8]), die maßgeblich von den Aussagen der Kläger sowie des Beraters der Raiffeisenbank und deren Würdigung durch das Gericht abhängen. Dass das Nichtbeachten von schriftlichen Risikohinweisen angesichts einer insgesamt grob fahrlässigen Fehlberatung nicht zwingend ein relevantes Mitverschulden des Kunden begründen muss, wurde vom OGH bereits mehrfach klargestellt (etwa 9 Ob 50/12m). Da hier im Vorhinein nicht gesagt werden kann, dass sich die Kläger ein Mitverschulden anrechnen lassen müssen oder wie dieses gegenüber einem Fehlverhalten des Beraters zu quantifizieren ist, ist es weder als „*offenbar aussichtslos*“ einzuschätzen, dass die Kläger im Verfahren im angestrebten Umfang obsiegen, noch ist ein Unterliegen wahrscheinlicher als ein Obsiegen, womit die Beklagte zu einer uneingeschränkten Deckung verpflichtet ist. Nur der Vollständigkeit halber ist auszuführen, dass die Berufungswerberin in diesem Zusammenhang eine Erklärung dafür schuldig bleibt, warum die Zweitklägerin ein relevantes Mitverschulden treffen sollte.

6. Mit ihrem erstmals in der Berufung erhobenen Einwand, dass die Kläger grob schuldhaft gegen die Schadensminderungsobliegenheit des Artikel 8.1.4. und Artikel 8.1.5. ARB 2000 verstoßen hätten, weil sie bei vorsichtiger Kostendisposition verpflichtet gewesen wären, ein allfälliges Mitverschulden mit der Beklagten zu kommunizieren und allenfalls zu einer Teileinklagung im Umfang von zwei Dritteln des Anspruchs zu schreiten, verstößt die Beklagte gegen das Neuerungsverbot.

Da die Beklagte aus all diesen Gründen zu Unrecht die Deckung verweigert, war der Berufung kein Erfolg beschieden.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

Die Bewertung des Streitgegenstands orientiert sich an der unbedenklichen Streitwertangabe der Kläger.

Gemäß § 55 Abs 1 Z 2 JN sind die Streitwerte der Ansprüche materieller Streitgenossen nach § 11 Z 1 ZPO - außer bei solidarischer Berechtigung oder Verpflichtung - zusammenzurechnen. Ein gleicher „*tatsächlicher Grund*“ liegt überall dort vor, wo - wie hier - für alle Streitgenossen ein einheitlicher rechtserzeugender Sachverhalt gegeben ist (RIS-Justiz RS0035450; RS0035528).

Die Revision war zuzulassen, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage vorliegt, ob der Erwerb einer Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds den Risikoausschlussbestand des Artikel 7.1.13. der ARB 2000 der Beklagten erfüllt, wonach für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen im Zusammenhang mit „*Spiel- oder Wettverträgen ... ähnlichen Spekulationsgeschäften*“ kein Versicherungsschutz besteht.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 1. September 2014

Dr. Maria Schrott-Mader
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG