



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 77/15y

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende und den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Stefula sowie den Kommerzialrat Mag. Stabauer in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **ARAG SE, Direktion für Österreich**, Favoritenstraße 36, 1041 Wien, vertreten durch Themmer, Toth & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen **Feststellung (EUR 30.000,--)**, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9.3.2015, 35 Cg 12/14z-13, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.334,06 (darin EUR 389,01 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Streitgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Zwischen der Beklagten und der Ehegattin des Klägers bestand ein Rechtsschutzversicherungsvertrag. Diesem lagen die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung 2003 (kurz ARB 2003) zugrunde (Beilage ./B). Die für den Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen der ARB 2003 lauten:

Artikel 7

Was ist vom Versicherungsschutz ausgeschlossen?

1. Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

[...]

1.3. aus dem Bereich des

- Gesellschafts-, Genossenschafts- und Vereinsrechtes;

- Rechtes der stillen Gesellschaften;

[...]

1.10. im Zusammenhang mit

- Spiel- oder Wettverträgen, Gewinnzusagen oder diesen vergleichbaren Mitteilungen und Termin- oder diesen ähnlichen Spekulationsgeschäften sowie damit im Zusammenhang stehenden Auseinandersetzungen 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;

[...]

2. Verletzt der Versicherungsnehmer eine der vorstehend genannten Obliegenheiten, ist der Versicherer gemäß § 6 VersVG von der Verpflichtung zur Leistung frei.

[...]

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 die Erfolgsaussichten zu geschehen? (Schiedsgutachterverfahren).

1. Der Versicherer hat binnen 2 Wochen nach Geltendmachung des Deckungsanspruches durch den Versicherungsnehmer und Erhalt der zur Prüfung dieses Anspruches notwendigen Unterlagen und Informationen dem Versicherungsnehmer gegenüber schriftlich den Versicherungsschutz grundsätzlich zu bestätigen oder begründet abzulehnen.

Der Versicherer ist innerhalb der in Absatz 1 genannten Frist berechtigt, diese durch einseitige Erklärung um weitere zwei Wochen zu verlängern.

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 angestrebtem Umfang zu obsiegen, hat er sich zur Übernahme aller Kosten nach Maßgabe des Artikels 6 (Versicherungsleistungen) bereit zu erklären;

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 22

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 und seine Angehörigen (Artikel 5.1.) für Versicherungsfälle, die den privaten Lebensbereich, also nicht den Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit, betreffen;

1.2. im Betriebsbereich

der Versicherungsnehmer für den versicherten Betrieb.

Der **Kläger** beehrte mit seiner bei Gericht am 20.2.2014 eingebrachten Klage, es werde mit Wirkung zwischen ihm und der Beklagten festgestellt, „dass die Beklagte für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Pens Investment Management GmbH aufgrund fehlerhafter Beratung in Zusammenhang mit den geschlossenen Fondsbeteiligungen König & CIE Suezmax-Tanker Flottenfonds II, Real Invest Property GmbH & Co SPB Jota KEG 'Real Invest IV', König & CIE Deutsche Leben 3 GmbH & Co KG Deckung aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag bis zum vertraglich vereinbarten Höchstbetrag zu gewähren hat“.

Mit bei Gericht am 21.5.2014 eingebrachtem Schriftsatz beehrte der Kläger eventualiter, es werde mit Wirkung zwischen ihm und der Beklagten festgestellt, dass die Beklagte ihm „aus dem zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrag zu Polizze 7509488 für die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] aufgrund fehlerhafter Beratung in Zusammenhang mit der Zeichnung nachstehender Beteiligungen

Zeichnungsdatum	Name der Fondsbeteiligung	Einlage	Agio
20.07.2006	König & CIE Suezmax-Tanker Flottenfonds II	EUR 20.000	EUR 500
20.07.2006	Real Invest Property GmbH & Co SPB Jota KEG „Real Invest IV“	EUR 20.000	EUR 500
06.10.2006	König & CIE Deutsche Leben 3 GmbH & Co KG	EUR 20.000	EUR 500

Deckung bis zum vertraglich vereinbarten Höchstbetrag zu gewähren hat.“

Der Kläger brachte vor, ihm sei aufgrund fehlerhafter Beratung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] anlässlich des Erwerbs der aus dem Feststellungsbegehren ersichtlichen Beteiligungen ein Schaden entstanden. Dieser liege in der ungewollten Vermögensumschichtung. Bei richtiger Beratung hätte er erkannt, dass die Beteiligungen nicht für seinen Anlagezweck geeignet seien und nicht seinen Sicherheitserwartungen entsprächen, sodass er an ihrer Stelle festverzinsliche Anleihen erworben hätte. Der Kläger habe die Beteiligungen privat als Pensionsvorsorge getätigt, sodass er hinsichtlich der Streitigkeit mit der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in der Rechtsschutzversicherung seiner Gattin mitversichert sei. Die Beklagte habe zu Unrecht die Rechtsschutzdeckung abgelehnt. Die von ihr geltend gemachten Ablehnungsgründe lägen nicht vor. Der Ablehnungsgrund „Gesellschafts- oder Kommanditbeteiligung“ sei unrichtig, weil er kein Kommanditist und damit Gesellschafter sei, sondern lediglich Anteile an einer Kommanditgesellschaft erworben habe, die von einem Treuhänder gehalten werden. Zudem mache er keine Ansprüche aus einem Gesellschafterverhältnis, sondern Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend. Der Ablehnungs-

grund „geschäftliche Tätigkeit“ liege nicht vor, da der Kläger lediglich Kapital für seine Altersvorsorge verlangen wollte. Auf den Ablehnungsgrund „Spekulationsgeschäft“ könne sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen, da die betreffende Klausel aufgrund ihrer Unbestimmtheit § 6 Abs 3 KSchG verletze. Wäre die Klausel gültig, wäre sie dennoch - aufgrund ihres Wortlautes - hier nicht anwendbar. Der Ablehnungsgrund „Verjährung“ überzeuge nicht, weil der Kläger unmöglich allein deshalb, weil sich die Höhe von Ausschüttungen reduziert habe, erkennen habe können, dass eine komplexe fehlerhafte Beratung vorliege. Der Kläger habe erst durch die Aufklärung des Klagsvertreters im Rahmen der Konferenz vom 26.02.2013 zur Kenntnis genommen, dass er falsch beraten worden sei. Er habe unverzüglich die Schadensmeldung erstattet und der Beklagten keine Unterlagen vorenthalten.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage. Die Beteiligungen seien hochriskant und unterfielen der Spekulationsklausel nach Art 7.1.10 ARB 2003. Der Kläger sei bei den Beteiligungen unternehmerisch tätig gewesen; er falle nach Art 22 ARB nur bei privaten, nicht aber unternehmerischen Belangen in den Versicherungsschutz; er sei nicht aktivlegitimiert. Die beabsichtigte Forderungserhebung gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] sei verjährt, weil der Kläger durch den Stopp der Auszahlungen im Jahr 2009 gewusst haben müsse, dass seine Investments gerade nicht sicher seien. Ebenso verjährt sei damit auch der - bestrittene - Anspruch auf Rechtsschutzdeckung; dies auch weil der Kläger sich das Wissen seiner auf Anlegerhaftungsfälle spezialisierten Rechtsanwälte zurechnen lassen müsse. Das Klagebegehren sei unsubstantiiert. Die Beklagte sei leistungsfrei im Sinne des Art 13.3. ARB 2003, weil der Kläger der Beklagten grob fahrlässig nicht gemeldet habe, dass er in Zukunft massiv Investments im Wege unternehmerischer Kommanditbeteiligungen in beträchtlicher Größenordnung abschließen werde, was aber für die Prämienbasis rele-

vant gewesen sei. Der Kläger habe Mitteilungen über Gewinnauszahlungen der Beklagten nicht übermittelt, was eine Obliegenheitsverletzung im Sinne des Art 8.1.1 ARB 2003 darstelle und zur Leistungsfreiheit führe. Der Kläger habe auch grob schuldhaft eine Obliegenheitsverletzung im Sinne des Art 8.1.1 ARB 2003 zu verantworten. Die Beklagte sei zudem wegen nicht unverzüglicher Meldung des Versicherungsfalles nach § 33 VersVG leistungsfrei.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Feststellungsbegehren im Sinne des Eventualbegehrens statt. Dabei ging es von folgenden Feststellungen aus:

„Der Kläger zeichnete am 20.7.2006, am 6.10.2006 die streitgegenständlichen im Spruch ersichtlichen geschlossenen Fondsbeteiligungen.

Ab 2009 wurden die Auszahlungen aus „König & Cie Suezmarkt-Tanker Flottenfonds II“ eingestellt.

Im Februar 2013 wandte sich der Kläger zwecks Klagserhebung gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] aufgrund Veranlagung in Meinl European Land Zertifikaten an den Klagevertreter. Bei diesem Anlass hat der Klagevertreter das gesamte Portfolio des Klägers untersucht und dabei den Kläger über Struktur und Risiken der genannten Beteiligungen aufgeklärt.

Am 4. April 2013 machte der Kläger vertreten durch seinen Rechtsvertreter eine Deckungsanfrage, in der er die Beklagte darüber informierte, dass er aufgrund fehlerhafter Beratung bei Anlage der streitgegenständlichen Beteiligungen Verluste erlitten habe, dass er die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in Form der Naturalrestitution, also Rückabwicklung der Beteiligungen gegen Zahlung der seinerzeitigen Einlagesummen, zuzüglich Agio und entgangenem Zinsgewinn anstrebe und der Streitwert für die Naturalrestitution rund EUR 112.000,-- betrage.

Eine genaue Schadensberechnung wurde diesem Schreiben beigelegt. Daneben beabsichtigte der Kläger auch ein Feststellungsbegehren zu stellen auf Haftung allfälliger zukünftiger

Rückforderungen bereits geleisteter Ausschüttungen, welche er mit EUR 10.000,-- bewerten wolle.

Der Kläger ersuchte um die Prüfung des Schadensfalles und die Zusage der Rechtsschutzdeckung für ein zunächst außergerichtliches Vorgehen.

Unter Hinweis auf das bereits anhängige gerichtliche Verfahren in Bezug auf die fehlerhafte Beratung durch die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in Sachen Meinl European Land stellte der Kläger in Aussicht, dass, sollte von der Gegenseite Vergleichsbereitschaft in jenem Verfahren bestehen, er versuchen würde, die neu angeführten Ansprüche mitzubehandeln (Deckungsanfrage Beilage ./C).

Bereits mit Schreiben vom 15.4.2013 lehnte die Beklagte die Kostendeckung für ein Vorgehen gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ab, verwies darauf, dass im Zusammenhang mit der Wahrnehmung rechtlicher Interessen in Zusammenhang mit Spekulationsgeschäften sowie damit im Zusammenhang stehenden Auseinandersetzungen mit Kreditgebern und Vermittlern, Beauftragten oder sonstigen Anspruchsgegnern kein Versicherungsschutz bestehe, die bekannt gegebenen Beteiligungsmodelle, die der Beklagten bereits aus anderen Schadensakten und aus Recherchen bekannt seien, seien hochspekulativ, sodass der angeführte Ausschlussgrund zur Anwendung komme.

Darüber hinaus seien die Ansprüche des Klägers bereits nach § 12 Abs 1 VersVG verjährt, da bereits seit 2009 keine Ausschüttungen beim Suezmax-Tanker Flottenfonds II bezahlt würden, sodass dem Kläger spätestens zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, dass er von der Gegenseite falsch beraten worden sei.

Darüber hinaus seien die gegenständlichen Beteiligungen nicht dem Privatbereich, sondern dem Betriebsbereich zuzurechnen. Die Teilnahme am Unternehmenserfolg in der Eigenschaft als Kommanditist an einer Gesellschaft sei in Anwendung der Vertragsgrundlagen keine Veranlagung, sondern eine betriebliche oder zumindest selbständige sonstige Erwerbstätigkeit (Ablehnungsschreiben 15.4.2013 Beilage ./D).

Ein Hinweis auf die Möglichkeit eines Schiedsgutachtens erfolgte nicht.

Der Kläger ist gelernter Bauingenieur und führte seit mehr als 30 Jahren zunächst einen Produktions-, anschließend einen Handelsbetrieb für Gartenartikel, welcher im Eigentum der Ehegattin stand.

Etwa im Jahr 2004 beendete der Kläger seine geschäftsführende Tätigkeit und wurde der Betrieb ab diesem Zeitpunkt von seiner Frau weiter geführt.

In den 90er-Jahren des vorigen Jahrhunderts waren die Gelder des Klägers so veranlagt, dass er zwei eigenfinanzierte Wohnungen in Wien und Aktien sowie Anleihen besaß, was einem Investment in einer Größenordnung von S 1 Mio. bis S 2 Mio. entsprach. Die Wohnungen wurden mit Fremdwährungskredit finanziert.

Der Kläger besaß daneben auch ein Bausparkonto und war zusammen mit Freunden auch in [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] an einer kleinen Einkaufspassage mit 20 % beteiligt.

Aktienkäufe tätigte der Kläger ausschließlich aufgrund von Beratung. Er besaß inländische und ausländische hauptsächlich amerikanische Aktien. Bei den zu tätigenen Veranlagungen trat der Kläger an die Banken heran und bat diese um Beratung.

Nachdem die Aktien am Depot waren, kümmerte sich der Kläger mehr oder weniger nicht weiter darum, da er zu wenig Zeit dafür aufbringen konnte.

Seit dem Jahr 2004 kontrolliert der Kläger etwa alle ein bis zwei Monate sein Depot.

Bei Auffälligkeiten kontaktierte der Kläger die Bank.

Die Aktieninvestments entwickelten sich von 1995 bis 2005 so, dass im Wesentlichen keine großen Gewinne oder Verluste beim Kläger eintraten. Er fasste diese Aktieninvestitionen so auf, dass hier nicht viel passieren könne. Wichtig für ihn war, Geld zu haben, wenn er in Pension sei. Im ersten Halbjahr 2006 trat der Kläger erstmals mit der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in Kontakt, wobei er deren Geschäftsführer Mag. J. [REDACTED] bereits zuvor kannte.

Der Kläger war bestrebt, dass sein Vermögen gesichert bleibt und suchte deshalb zu diesem Zeitpunkt einen Berater.

Im Zuge der Umschichtung des Portfolios erwarb der Kläger zunächst Meinl European Land-Zertifikate (PV des Klägers in ON 14 zu 40 E 98/12m des Landesgerichtes Leoben, Seite 1 folgende (Beilage ./17)). Mit 5.10.2006 wurde von der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ein „Gutachten“ mit welchem eine Depotoptimierung dargestellt werden soll, erstellt, wobei hier ein Ausgangsportfolio dargestellt wurde.

Mit Aufstellung 8.10.2006 hat der Kläger verschiedene Wertpapiere, die er bereits hielt und die zum Ankauf in Frage kamen, aufgelistet und wurde diese Auflistung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] am 9.10.2013 per E-Mail übermittelt (Gutachten zu 4 Cg 98/12m des LG Leoben, Seite 16 und Seite 17 Beilage ./16).“

Rechtlich führte das Erstgericht zusammengefasst aus, der Ausschlussgrund des Art 7.1.13 ARB 2003 komme nicht zur Anwendung, da der Kläger keine Rechtsschutzdeckung im Bereich des Gesellschaftsrechts, sondern Rechtsschutzdeckung für Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung gegenüber der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] geltend mache. Der Ausschlussgrund des Art 7.1.10 ARB 2003 liege nicht vor, weil zwar die Kommanditbeteiligungen des Klägers ein aleatorisches Element aufwiesen, es mangle aber an der von der Klausel verlangten Ähnlichkeit mit einem Termingeschäft. Die Beteiligungen gehörten dem Privatbereich des Klägers im Sinne des Art 22.1.1. ARB 2003 an, weil es sich um eine einmalige Anschaffung einer derartigen Beteiligung gehandelt habe, es an einer Tätigkeit des Klägers, die auf Erwerb gerichtet sei, fehle und die Beteiligungen von ihrem Umfang nicht so groß seien, dass sie neben einer beruflichen Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden könnten oder die Vermögensverwaltung auf Erzielung von die sonstigen Einnahmen praktisch ersetzenden Einkünften angelegt sei. Dass der Kläger für die Umschichtungsfrage eine Beratungsfirma hinzugezogen habe, führe noch nicht dazu, dass die Verwaltung des Vermögens des Klägers als selbstständige Tätigkeit anzusehen sei. Eine Verletzung der Meldepflicht nach Art 13 ARB 2003 liege

nicht vor, weil der Erwerb einer Beteiligung an geschlossenen Fonds mit Kommanditbeteiligung nicht als wesentliche Gefahrenerhöhung gesehen werden könne und der Kläger laut eigenen Angaben zum Zeitpunkt der Beteiligung vom hohen Risiko der Beteiligung keine Kenntnis und daher keinen Grund gehabt habe, die Beklagte zu informieren. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten im Sinne des Art 9 ARB 2003 dürfe der zu deckende Prozess nicht vorweggenommen werden; es sei vielmehr vom Vorbringen des Klägers auszugehen. Dieses sei nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos im Sinne des § 63 ZPO anzusehen, sodass hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne der Versicherungsklausel vorliege. Der Kläger habe bei der Deckungsanfrage grundsätzlich seine Auskunftspflicht im Sinne des Art 9 ARB 2003 erfüllt und weitere Auskunftsbereitschaft signalisiert, die Beklagte habe aber, ohne weitere Auskünfte vom Kläger einzufordern, die Versicherungsdeckung sogleich abgelehnt. Eine Obliegenheitsverletzung mangels Erfüllung der Auskunftspflicht könne dem Kläger daher nicht vorgeworfen werden.

Zum Urteilsspruch meinte das Erstgericht, da das Gericht berechtigt sei, dem Urteilsspruch eine klare und deutliche, vom Hauptbegehren abweichende Form zu geben, wenn sie sich letztlich im Wesentlichen mit dem Begehren decke, und sich das Feststellungsbegehren im Sinne des Eventualbegehrens als berechtigt erweise, sei der Spruch ohne Abweisung des gestellten Hauptbegehrens von Amts wegen ohne Befugnisüberschreitung gemäß § 405 ZPO zu formulieren gewesen.

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

Der Kläger beantragt, 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 in Erwiderung der Berufung auszuführen:

1. Die Beklagte rügt in Seite 2 bis 13 der Berufung in Bezug auf die Frage der **Verjährung** sekundäre Feststellungsmängel. Das Erstgericht hätte ihres Erachtens feststellen müssen, dass der Kläger im Jahr 2006 insgesamt EUR 300.000,-- in hochriskante unternehmerische Kommanditbeteiligungen investiert und davon EUR 139.656,09 „verspekuliert“ habe; dass alle Investitionen über Vermittlung und Beratung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] gezeichnet worden seien; dass die Ausschüttungen bezüglich des „König & CIE Deutsche Leben III Renditefonds“ bereits 2008 eingestellt worden seien, die Ausschüttungen aller übrigen Kommanditbeteiligungen im Jahr 2009; dass der Kläger bereits im Jahr 2009 aufgrund des von der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] entgegen seinen subjektiven Wünschen und Vorstellungen zusammengestellten Wertpapierportfolios anwaltliche Hilfe der Poduschka Anwaltsgesellschaft mbH in Anspruch genommen habe; dass diese „aufgrund des unrichtig zusammengestellten Wertpapierportfolios“ bereits 2010 gegenüber der Beklagten abgerechnet habe; dass im Jahr 2012 der Klagsvertreter das Mandat übernommen habe und dieser um die Verjährungsgefahr gewusst habe.

Diese Feststellungen hält die Beklagte für relevant, da sie zeigten, dass der Schadenseintritt bereits im Jahr 2006 und der Beginn der Verjährung der Ansprüche gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] bereits mit Kenntnis der ausgefallenen Ausschüttungen und damit des Umstandes, dass die erworbenen Anleihen nicht wie angenommen risikolos seien, im Jahr 2009 anzusetzen sei. Damit hätte bereits im Jahr 2009 Rechtsschutzdeckung begehrt werden können und müssen, sodass die Deckungsklage nach § 12 VersVG verjährt sei.

a) Der Beklagten ist zu entgegen, dass die von ihr beehrten Feststellungen auf eine Vorwegnahme der Klärung

der Frage der Verjährung des vom Kläger behaupteten Schadenersatzanspruchs gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] hinausliefe. Der Grundsatz in der Rechtsschutzversicherung, dass im Deckungsprozess die Beweisaufnahmen und die Feststellungen zu im Haftpflichtprozess relevanten Tatfragen zu unterbleiben haben und daher dem Versicherer eine vorweggenommene Beweiswürdigung verwehrt ist, gilt allgemein (RIS-Justiz RS0124256). Als Tatfrage ist nicht nur anzusehen, ob der Dritte dem Versicherungsnehmer schuldhaft einen Schaden verursachte, sondern auch, wann der Versicherungsnehmer Kenntnis von Schaden und Schädiger hatte. Auch hiervon hängt nämlich das Ergebnis des Haftpflichtprozesses maßgeblich ab. Genauso wie eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und des Ergebnisses des Haftpflichtprozesses im Deckungsprozess bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten nicht in Betracht kommt (jüngst 7 Ob 144/14y mwH), ist eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung in Hinsicht auf die Verjährung des zu deckenden Schadenersatzanspruchs bei der Beurteilung, ob bereits Verjährung des Deckungsanspruches eintrat, nicht rechtens.

b) Gegen den Standpunkt der Beklagten spricht vor allem aber auch, dass der OGH in der Rechtsschutzversicherung den Beginn der Verjährung zu jenem Zeitpunkt annimmt, zu dem sich die Notwendigkeit einer Interessenwahrnehmung für den Versicherungsnehmer so konkret abzeichnet, dass er mit der Entstehung von Rechtskosten rechnen muss, derentwegen er den Rechtsschutzversicherer in Anspruch nehmen will (7 Ob 30/85; Gruber in *Fenyves/Schauer*, VersVG-Kommentar [2014] § 12 Rz 13). Es kommt also darauf an, ab wann der Kläger mit der Entstehung von „Rechtskosten“ rechnen musste (somit nicht darauf, ab wann der Kläger Kenntnis von einem Schadenersatzanspruch gegen den Dritten hatte oder fahrlässigerweise nicht hatte).

Der Kläger möchte seinen Aktivprozess gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] von der Beklagten finanziert wissen. Mit der Entstehung dieser Kosten musste der Kläger erst rechnen, als er sich zur Geltendmachung seines Scha-

denersatzanspruchs gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] entschloss. Dass dies vor der Unterredung mit dem Klagsvertreter im Februar 2013 der Fall war, ist nicht behauptet noch den Feststellungen zu entnehmen.

c) Letztlich spricht auch gegen die Verjährung des Rechtsschutzanspruchs die noch zu § 12 aF des dt VersVG ergangene Entscheidung des BGH IV ZR 197/98 (r + s 1999, 285 = VersR 1999, 706): Die dortigen Kläger (Versicherungsnehmer und mitversicherte Person) wurden im Jahr 1991 bei einem Verkehrsunfall verletzt. Es handelte sich also - wie hier - um einen Aktivprozess gegen einen Schädiger. Die Kläger meldeten dem Rechtsschutzversicherer den Versicherungsfall erst im Jahr 1995 und baten um Deckungsschutz, um den Schädiger auf DM 150.000,-- zu belangen. Der Rechtsschutzversicherer wendete ein, die Ansprüche auf Versicherungsschutz wären nach § 12 Abs 1 VersVG spätestens Ende 1994 abgelaufen. Der BGH verneinte die Verjährung: In der Rechtsschutzversicherung sei der Anspruch auf Kostenbefreiung die Hauptleistung des Versicherers. Diese Kosten bildeten den Schaden, dessen Deckung der Rechtsschutzversicherer übernommen habe. Der geltend gemachte Anspruch auf Kostendeckungszusage für die beabsichtigte außergerichtliche und gerichtliche Verfolgung der Schadenersatzansprüche mit Hilfe der jetzigen Prozessbevollmächtigten seien nicht verjährt. Der Anspruch sei nicht einmal fällig, weil die Kläger wegen der Kosten noch nicht in Anspruch genommen worden seien. Dass die Kläger sich bereits im Jahr 1991 an einen anderen Rechtsanwalt gewandt hatten und dadurch Kosten entstanden sein könnten, sei irrelevant, weil diese allfälligen Kosten des Jahres 1991 nicht Gegenstand des jetzigen Rechtsstreites seien.

Auch diese Entscheidung spricht gegen eine Verjährung des vom Kläger geltend gemachten Deckungsanspruchs.

Das Erstgericht nahm daher jedenfalls zu Recht von der von der Beklagten intendierten Beweisaufnahme Abstand und verwarf zutreffend den erhobenen Verjährungseinwand.

2. Der Kläger brachte in Seite 2 der Klagsschrift zu seiner **Aktivlegitimation** vor, dass zwischen seiner Ehefrau und der Beklagten zur aktuellen Polizznummer [REDACTED] ein Rechtsschutzversicherungsvertrag bestanden habe, dass dieser für den Privatbereich die Bausteine Schadenersatzrechtsschutz sowie Allgemeiner Vertragsrechtsschutz mit Versicherungsvertragsstreitigkeiten umfasse und dass er - der Kläger - im Rahmen dieses Rechtsschutzversicherungsvertrags mitversichert gewesen sei. Als Beweis bot er seine Einvernahme und die Polizza (Beilage./A) sowie die ARB 2003 (Beilage ./B) an, welche er im Prozess sodann vorlegte.

Im Schriftsatz vom 11.6.2014 erklärte die Beklagte in Seite 7 unter der Überschrift „Zur Aktivlegitimation und zur Leistungsfreiheit aus der primären Leistungsbeschreibung der beklagten Partei (Art. 22 ARB 2003)“, dass der Kläger nicht Versicherungsnehmer der Beklagten sei und deshalb „der Vollständigkeit halber die Aktivlegitimation bestritten wird“. Die Ehefrau des Klägers habe einen Betriebsrechtsschutzversicherungsvertrag abgeschlossen. Im Betriebsbereich sei die Kunststoffherzeugung versichert. Der Beklagte sei als Ehemann ausschließlich im Privatbereich mitversichert. Anschließend (Seite 8 ff des Schriftsatzes) führte die Beklagte unter mehrfacher Bezugnahme auf Art 22 ARB 2003 zur Abgrenzung zwischen dem Privat- und dem Betriebsbereich aus.

In Seite 14 der Berufung moniert die Beklagte, dass sie die Aktivlegitimation des Klägers bestritten habe, ein „Nachweis der mitversicherten Eigenschaft und der Zustimmung der Versicherungsnehmerin zur Klagseinbringung“ aber nicht erbracht worden sei, weshalb das Klagebegehren aufgrund des Fehlens der Voraussetzungen des Art 5.2. ARB 2003 abzuweisen sei (Art 5.2. ARB 2003 lautet: „Mitversicherte Personen können Deckungsansprüche gegenüber dem Versicherer nur mit Zustimmung des Versicherungsnehmers geltend machen.“). Die Beklagte rügt als sekundären Feststellungsmangel, dass das Gericht trotz ihrer ausdrücklicher Einrede und der Bestreitung der Aktivlegitimation in

Seite 7 des Schriftsatzes vom 11.6.2014 dem Mitversicherten ein direktes Klagsrecht zugestanden habe, dies „gegen die ständige Rechtsprechung und entgegen den Voraussetzungen der Versicherungsbedingungen (Art. 5.2. ARB, Beilage ./1)“.

Die Beklagte übersieht, dass es sich bei den ARB 2003 um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt nicht der Grundsatz „iura novit curia“. Bestimmungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind daher nur insoweit zu berücksichtigen, als sich die Parteien darauf berufen haben (RIS-Justiz RS0014506 [T6] = RS0014591; vgl auch RS0037580: Bei vereinbarter Leistungsfreiheit hat der Versicherer die besondere Vereinbarung zu behaupten und zu beweisen). Die Beklagte hätte sich daher bereits während des Prozesses auf die Bestimmung des Art 5.2. ARB 2003 stützen müssen, dies umso mehr, als Stoßrichtung ihres Rechtsvorbringens in Seite 7 ff des Schriftsatzes vom 11.6.2014 einzig und allein Art 22 ARB 2003 war. Sich erst in der Berufung auf die Versicherungsklausel Art 5.2. zu berufen stellt eine unzulässige Neuerung dar.

Das Erstgericht hatte mangels Berufung auf Art 5.2. ARB 2003 von der - dispositiven (*Ertl* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG-Kommentar* [2014] § 75 Rz 21) - Vorschrift des § 75 *VersVG* auszugehen. Danach stehen bei der Versicherung für fremde Rechnung die Rechte aus dem Versicherungsvertrag dem Versicherten zu (Abs 1 Satz 1), der Versicherte kann aber ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers über seine Rechte nur dann verfügen und diese Rechte dann gerichtlich geltend machen, wenn er im Besitz eines Versicherungsscheines ist (Abs 2 Satz 1). „Versicherungsschein“ ist die Polizza (*Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG-Kommentar* [2014] § 3 Rz 1). Der Kläger legte die Polizza vor (Beilage ./A), war also nach § 75 Abs 2 *VersVG* aktivlegitimiert (7 Ob 198/98p = *VersR* 2000, 478).

3. Die Beklagte führt in Seite 14 bis 28 der Berufung umfangreich aus, dass der zu deckende Schadenersatzanspruch aus einer **unternehmerischen Investitionstätigkeit** des

Klägers stamme und daher nach Art 22 ARB 2003 kein Versicherungsschutz bestehe.

Dabei wird aber von der Beklagten nicht ausgehend vom vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt dargelegt, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache durch das Erstgericht unrichtig erscheint, weshalb die Rechtsrüge insoweit nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt ist (vgl RIS-Justiz RS0043603; RS0041585): Mehrfach argumentiert die Beklagte damit, dass der Kläger Einkünfte aus einer betrieblichen Tätigkeit im Gesamtumfang von EUR 300.000,-- in Unternehmen im Wege von Kommanditbeteiligungen „reinvestiert“ und dass er dabei EUR 139.656,01 „verspekuliert“ habe; der festgestellte Sachverhalt vermag die Ausführungen der Beklagten nicht zu tragen. Ebenso geht die Beklagte nicht von den erstgerichtlichen Konstatierungen aus, wenn sie meint, der Kläger habe „in fünf unterschiedliche geschlossene Fonds investiert“ oder wenn sie damit argumentiert, dem Gutachten Beilage ./16 könne entnommen werden, dass der Kläger im Jahr 2006 in 15 Aktieneinzeltitel investiert und über vier Wertpapierdepots bei der Bank Austria Creditanstalt verfügt habe. Ebenso findet keine Stütze im Ersturteil, dass der Kläger sich „überdurchschnittlich hohe Ausschüttungen des eingesetzten Kapitals erwartet“ habe, welche durch Zinserträge eines Sparbuches nicht zu erzielen seien.

Die Rechtsrüge gegen die Zuordnung der Investitionen des Klägers zu dessen Privatbereich wäre aber auch ausgehend vom festgestellten Sachverhalt nicht berechtigt. Zum Risikoausschluss gemäß Art 23.1.1 ARB 2000 (welcher im Wesentlichen jenem - hier einschlägigen - in Art 22.1.1 ARB 2003 entspricht), führte der OGH jüngst in 7 Ob 210/14d wie folgt aus:

„3.2. Streitigkeiten aus privater Vermögensveranlagung sind grundsätzlich dem privaten Lebensbereich zuzuordnen. Die Grenze zur betrieblichen Tätigkeit oder sonstigen Erwerbstätigkeit wird dann überschritten, wenn dabei unternehmerischer Einsatz entfaltet wird oder in größerem Umfang und mit Wiederholungsab-

sicht Spekulationsgeschäfte getätigt werden. Die Höhe des veranlagten Vermögens allein spielt dabei nicht die ausschlaggebende Rolle [...]. Auch die steuerrechtliche Einordnung ist nicht relevant [...]."

Im vorliegenden Fall ist den Feststellungen zu entnehmen, dass der Kläger im Jahr 2004 seine geschäftsführende Tätigkeit im Betrieb seiner Gattin beendete, er Aktien und Anleihen in der Größenordnung zwischen einer und zwei Millionen Schilling hatte und dass er im Zuge der Umschichtung des Portfolios im Jahr 2006, wobei er sich von der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] beraten ließ, zunächst Meinl-European Land-Zertifikate erwarb. Weiters steht fest, dass der Kläger am 20.7.2006 und 6.10.2006 die aus dem Spruch des Ersturteils ersichtlichen Fondsbeteiligungen zeichnete, dies in der Höhe von jeweils EUR 20.000,--.

Den Feststellungen kann hingegen nicht entnommen werden, dass der Kläger „unternehmerischen Einsatz entfaltet“ hat; ebenso wenig, dass er „in größerem Umfang und mit Wiederholungsabsicht Spekulationsgeschäfte getätigt hat“; vielmehr steht fest, dass er bestrebt war, „dass sein Vermögen gesichert bleibt“.

Aus der Feststellung, dass der Kläger in [REDACTED] an einer „kleinen Einkaufspassage mit 20%“ beteiligt war, ist für die Beklagte nichts zu gewinnen, da nicht ersichtlich ist, welche Relevanz dies für die Frage, ob die Beteiligungen an den Fonds dem privaten oder dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen sind, haben sollte. Es ist durchaus möglich, dass jemand in Bezug auf eine Einkaufspassage unternehmerisch tätig ist, in Bezug auf eine Finanzanlage hingegen nicht.

Die Zeichnung einer Fondsbeteiligung ist an sich eine Vermögensveranlagung und als solche im Sinne des Punktes 3.2. der Entscheidung 7 Ob 210/14d grundsätzlich dem privaten Bereich zuzuordnen. Der festgestellte Sachverhalt bietet keine Grundlage, hiervon abgehend die Fondsbeteiligungen des Klägers als unternehmerisch zu qualifizieren. Auf die von der Beklagten in Seite 22 ff der Berufung

thematisierte steuerrechtliche Behandlung kommt es nach 7 Ob 210/14d nicht an. Die vom Erstgericht vorgenommene Zuordnung der sich aus der vermeintlichen Fehlberatung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ergebenden Rechtsstreitigkeit zum Privatbereich des Klägers ist daher nicht zu beanstanden.

4. Die Beklagte wirft dem Kläger in Seite 28 bis 33 der Berufung die **Verletzung der Informationsobliegenheit** vor. Er sei mit *dolus coloratus* seiner Verpflichtung nach Art 8.1.1. ARB 2003, sie „unverzüglich, vollständig und wahrheitsgemäß über die jeweilige Sachlage aufzuklären und ihr alle erforderlichen Unterlagen auf Verlangen vorzulegen“, nicht nachgekommen, weshalb sie nach Art 8.2. ARB 2003 iVm § 6 Abs 3 VersVG leistungsfrei sei. Konkret wirft die Beklagte dem Kläger vor, er habe „jedwede Information über den konkreten Geschäftsfall vermissen lassen“. Die Schadensmeldung sei tendenziös gewesen. Sie habe zudem nur generell abstrakte Sach- und Rechtsausführungen enthalten, welche auch aus anderen Verfahren bekannt seien. Eine Individualisierung oder Konkretisierung auf die Person des Klägers sei unterblieben. Die Schadensmeldung habe sich nicht „mit dem Ausbildungsniveau des Klägers, seinen Erfahrungen in Aktienspekulationen, dem großen Umfang der von ihm seit den 90er-Jahren getätigten spekulativen Investments in Aktien und anderen Wertpapieren, welche zu einem Gesamtportfolio von EUR 300.000,-- geführt haben, noch mit verjährungsrechtlichen Themen auseinander[gesetzt]“. Es seien bloß einseitige Unterlagen übermittelt worden. Der Klagsvertreter habe den gesamten verjährungsrechtlichen Themenbereich als „obliegenheitsrechtlicher Erfüllungsgelhilfe“ des Klägers vorsätzlich beiseitegewischt, indem er sich auf die nicht vergleichbare bundesdeutsche Judikatur zurückgezogen habe. Er habe unter Hinweis auf eine zu einem geschlossenen Fonds ergangene Entscheidung des BGH gemeint, abgrenzbare Beratungsfehler verjährten zu unterschiedlichen Zeitpunkten, was aber aus österreichischer Sicht unrichtig sei.

Dolus coloratus ist eine Vorsatzform (RIS-Justiz RS0109766; RS0081253 [T1], [T5], [T6], [T10]; RS0093049). Der Beklagten ist zunächst zu erwidern, dass dolus coloratus auch nicht ansatzweise dem festgestellten Sachverhalt entnommen werden kann. Es könnte folglich zufolge § 6 Abs 3 VersVG nur dann Leistungsfreiheit vorliegen, wenn der Kläger grob fahrlässig seine Verpflichtung nach Art 8.1.1. ARB 2003 verletzte. Dies ist aber nicht der Fall. Der Kläger verantwortete nämlich überhaupt keine Verletzung seiner Pflichten nach Art 8.1.1. ARB 2003:

Wenn die Beklagte dem Kläger eine unrichtige Rechtsausführung in der Schadensmeldung vorwirft, übersieht sie, dass Art 8.1.1. ARB 2003 den Versicherungsnehmer nur zur Aufklärung über die Sachlage verpflichtet. Rechtsausführungen sind daher nicht erforderlich (*Bauer in Harbauer, Rechtsschutzversicherung*⁸ [2010] § 17 ARB 2000 Rz 35). Eine allenfalls unrichtige Rechtsausführung in der Schadensmeldung kann dem Kläger daher nicht schaden.

Wenn die Beklagte dem Kläger vorwirft, bloß einseitige Unterlagen übermittelt zu haben, übersieht sie, dass Unterlagen nach Art 8.1.1. ARB 2003 überhaupt nur auf Verlangen vorzulegen sind. Ein Verlangen stellte die Beklagte nie; die Übermittlung von (nach Ansicht der Beklagten) einseitigen Unterlagen kann dem Kläger daher nicht schaden.

Wenn die Beklagte dem Kläger vorwirft, sie nur unvollständig informiert zu haben, ist auf Folgendes hinzuweisen.

Der Versicherer kann nach dem Eintritt des Versicherungsfalles verlangen, dass der Versicherungsnehmer jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist (§ 34 Abs 1 VersVG). Belege kann der Versicherer insoweit fordern, als die Beschaffung dem Versicherungsnehmer billigerweise zugemutet werden kann (§ 34 Abs 2 VersVG).

In diesem Sinn ist Art 8.1.1. ARB 2003 auszulegen (so jüngst zum wortgleichen Art 8.1.1. ARB 2000 7 Ob 210/14f).

„Vollständig“ ist aus Sicht des § 34 VersVG - und damit auch aus Sicht des Art 8.1.1. ARB 2003 - die Erteilung der Auskünfte dann, wenn sämtliche bekannten Umstände offenbart werden, die der Versicherungsnehmer als von der Auskunftspflicht erfasst angesehen hat oder die ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer als von der Auskunftspflicht erfasst ansehen musste (*Ramharter in Fenyves/Schauer*, VersVG-Kommentar [2014] § 34 Rz 69).

Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer, welcher einen Vermögensberater wegen Fehlberatung in Anspruch nehmen möchte und um dessen Deckung bei seiner Rechtsschutzversicherung ansucht, würde die von der Beklagten genannten Aspekte, nämlich welches „Ausbildungsniveau“ der Versicherungsnehmer hat und welche „Erfahrungen“ er mit Wertpapieren bereits hatte, nicht als von der Auskunftspflicht erfasst betrachten. Vielmehr würde er davon ausgehen, dass der Versicherer, wenn ihn derartiges interessiert, bei ihm wohl nachfragen werde.

Hiermit stimmt auch die Judikatur des OGH zu Art 8.1.1. ARB überein, nach der, wenn der Versicherungsnehmer Auskünfte erteilt hat, die dem Versicherer nicht genau genug sind, der Versicherer konkret zu sagen hat, worauf es ihm ankommt (RIS-Justiz RS0105784 [T3]).

Eine solche Nachfrage unterließ die Beklagte. Die behauptete Obliegenheitsverletzung liegt daher nicht vor.

5. Die „Zur Leistungsfreiheit infolge fehlender Erfolgsaussichten im Sinne des Art 9 ARB 2003“ erstatteten Ausführungen der Beklagten in der Berufung (Seite 33) lassen nicht erkennen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unrichtig erscheint (vgl RIS-Justiz RS0043603). Die Rechtsrüge ist in diesem Punkt daher nicht gesetzesgemäß ausgeführt. Hiervon abgesehen ist gegen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, es liege keine mangelnde Erfolgsaussicht vor, nichts einzuwenden:

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 Art 9.2.2. ARB 2003 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]; vgl auch RS0082253). Dabei ist im Sinne der 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).

Für eine Klagsabweisung führte die Beklagte im Wesentlichen nur die Gefahr des Erfolges eines Verjährungseinwandes ins Treffen, dies auf Grundlage dessen, dass die Fonds die Ausschüttungen bereits 2008 bzw 2009 eingestellt hätten und der Kläger auf Grund dessen bereits damals die fehlende Sicherheit der von ihm getätigten Investitionen erkennen hätte müssen. Zum einen wird damit aber gerade nicht vom Vorbringen des Klägers ausgegangen, zum anderen kann die Berechtigung des (allfälligen) Verjährungseinwandes der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] jedenfalls nicht „ohne nähere Prüfung“ bejaht werden.

Auch die Möglichkeit eines Mitverschuldens des Klägers vermag Aussichtslosigkeit der Prozessführung nicht zu begründen. 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 des Klägers sowie des Beraters 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 der Kläger ein Mitverschulden anrechnen lassen muss oder wie dieses gegenüber einem Fehlverhalten des Beraters zu quantifizieren ist, ist es weder als „offenbar aussichtslos“ einzuschätzen, dass der Kläger im Verfahren im angestrebten Umfang obsiegt, noch ist ein Unterliegen wahrscheinlicher als ein Obsiegen, womit die Beklagte zu einer uneingeschränkten Deckung verpflichtet ist.

Das Erstgericht hat daher zutreffend keine Aussichtslosigkeit im Sinne des § 63 ZPO angenommen.

6. Die Beklagte sieht (Seite 33 bis 35 der Berufung) in den Erwerben des Klägers eine mitteilungsspflichtige **Gefahrenerhöhung** im Sinn des Art 13.1. ARB 2003. Sie sei gemäß Art 13.3. ARB 2003 leistungsfrei, weil der Kläger schuldhaft gegen die Mitteilungspflicht verstoßen habe.

Dies überzeugt nicht.

Nach Abschluss des Versicherungsvertrags darf der Versicherungsnehmer ohne Einwilligung des Versicherers weder eine Erhöhung der Gefahr vornehmen, noch ihre Vornahme durch einen Dritten gestatten (§ 23 Abs 1 VersVG). Der Versicherer ist im Fall einer Verletzung der Vorschrift des § 23 Abs 1 VersVG von der Verpflichtung zur Leistung

frei, wenn der Versicherungsfall nach der Erhöhung der Gefahr eintritt (§ 25 Abs 1 VersVG).

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Gefahrenerhöhung nach § 23 Abs 1 VersVG eine nachträgliche Änderung der bei Vertragsabschluss tatsächlich vorhandenen gefahrenerheblichen Umstände, die den Eintritt des Versicherungsfalls oder eine Vergrößerung des Schadens wahrscheinlicher macht und den Versicherer deshalb vernünftigerweise veranlassen kann, die Versicherung aufzuheben oder nur gegen erhöhte Prämie fortzusetzen (RIS-Justiz RS0080357, RS0080237). Darunter wird ein Gefährdungsvorgang verstanden, der seiner Natur nach geeignet ist, einen neuen Gefahrenzustand von so langer Dauer zu schaffen, dass er die Grundlage eines neuen natürlichen Schadenverlaufs bilden kann und damit den Eintritt des Versicherungsfalls generell zu fördern geeignet ist (RIS-Justiz RS0080491). Die Gefahrenerhöhung setzt - mit der Einschränkung, dass es sich nicht nur um einen Zustand handeln darf, der plötzlich aufgetreten ist und in Kürze wieder behoben werden sollte - immer einen gewissen Dauerzustand voraus (RIS-Justiz RS0080428). Allgemein übliche, das Durchschnittsrisiko kennzeichnende Gefahrenerhöhungen und solche, deren Unterstellung unter die §§ 23 ff VersVG den Versicherungsschutz der Mehrzahl der Versicherungsnehmer erheblich entwerten würde, sind mitversichert (7 Ob 314/00b mwN mwN). Für das Vorliegen einer Gefahrenerhöhung trifft den Versicherer die Beweislast (RIS-Justiz RS0043736; RS0080487).

Der OGH hat unter Voranstellung obiger Ausführungen in 7 Ob 210/14d jüngst entschieden, dass im Erwerb einer Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds im EU-Raum keine Gefahrenerhöhung nach Art 13.1. ARB 2000 [diese Klausel ist mit Art 13.1. ARB 2003 wortgleich] iVm § 23 Abs 1 VersVG zu erblicken ist. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, die Frage bei den hier vorliegenden Fonds anders zu beurteilen. Die Beklagte kann sich daher auch nicht mit Erfolg auf eine Leistungsfreiheit nach Art 13.3. ARB 2003 iVm § 25 Abs 1 VersVG berufen.

Insofern die Beklagte in diesem Zusammenhang Feststellungen vermisst bleibt gänzlich unklar, welchen Inhalt diese auch nur ansatzweise haben sollten.

7. Die Beklagte brachte in Seite 14 der Klagebeantwortung vor, dass der Versicherungsvertrag der Streitteile im Dezember 2012 aufgelöst worden sei. Der Kläger habe den **Versicherungsfall schuldhaft nicht unverzüglich gemeldet**. Aufgrund der Verletzung der Vorschrift des § 33 VersVG sei die Beklagte leistungsfrei.

In der Berufung (Seite 35) argumentiert die Beklagte damit, dass der Kläger dieses in der Klagebeantwortung erstattete Vorbringen nicht bestritten habe, weshalb es als zugestanden gelte. Das Erstgericht setze sich mit dieser Fragestellung nicht auseinander, „was als sekundärer Verfahrensmangel infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung aufgefasst wird“. Da die Beklagte [gemeint: der Kläger] grob schuldhaft gegen die Verpflichtung nach § 33 VersVG verstoßen und dazu weder Vorbringen noch Beweisanbote erstattet habe, sei die Klage abzuweisen.

Die Rechtsansicht der Beklagten überzeugt nicht.

Gemäß § 33 Abs 1 VersVG hat der Versicherungsnehmer den Eintritt des Versicherungsfalles, nachdem er von ihm Kenntnis erlangt hat, unverzüglich dem Versicherer anzuzeigen. Die gesetzliche Obliegenheit zur unverzüglichen Anzeige eines Versicherungsfalles gilt allerdings für die Rechtsschutzversicherung nur eingeschränkt, weil der Versicherungsnehmer den Versicherer nicht nach jedem Versicherungsfall, sondern nur dann zu unterrichten hat, wenn er aufgrund eines Versicherungsfalles Versicherungsschutz „begehrt“ (7 Ob 6/97a mwN).

Nach den Feststellungen wandte sich der Kläger im Februar 2013 zwecks Klagshebung gegen die [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] aufgrund Veranlagung in Meinl European Land-Zertifikaten an den Klagsvertreter. Bei diesem Anlass untersuchte der Klagsvertreter des gesamte Portfolio des Klägers und klärte ihn über Struktur und Risiken auf. Am 4.4.2013 erging die Deckungsanfrage.

Den Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger bereits vor der Aufklärung durch den Klagsvertreter Kenntnis von einem durch Fehlberatung entstandenen Schaden in Bezug auf die Fondsbeteiligungen gehabt habe. Es ist daher von Kenntniserlangung des Klägers im Februar 2013 auszugehen. Zumal der Schadensfall einer Fehlberatung durch einen Vermögensberater im Vergleich etwa zu einem verlorenen Ring oder einem erlittenen Unfall komplexer ist und eine Schadensmeldung eine entsprechende Vorbereitung verlangt, erscheint die Schadensmeldung am 4.4.2013 noch nicht als verspätet (Kasuistik bei *Ramharter in Fenyves/Schauer*, VersVG-Kommentar [2014] § 33 Rz 23).

Hinzu kommt, dass eine Verletzung des § 33 Abs 1 VersVG nur dann zur Leistungsfreiheit führt, wenn - vgl § 6 Abs 3 VersVG - für die Obliegenheitsverletzung Leistungsfreiheit vertraglich vereinbart wurde (vgl *Ramharter in Fenyves/Schauer*, VersVG-Kommentar [2014] § 33 Rz 30 ff). Eine solche vertragliche Vereinbarung wurde von der Beklagten nicht behauptet. Sollte sie in den ARB 2003 erhalten sein, ist wiederum darauf zu verweisen, dass für diese der Grundsatz *iura novit curia* nicht gilt (RIS-Justiz RS0014506 [T6] = RS0014591), die Beklagte sich daher explizit auf die Klausel hätte berufen müssen. Bei vereinbarter Leistungsfreiheit hat der Versicherer die besondere Vereinbarung zu behaupten und zu beweisen (RIS-Justiz RS0037580).

8. Mit dem in Seite 35 bis 38 der Berufung ins Treffen geführten Ausschlussgrund des Art 7.1.13 ARB 2003 - **aleatorische Klausel** - hat sich bereits in 7 Ob 191/14k auseinandergesetzt. Der OGH wies in Punkt 3. der Entscheidung darauf hin, dass nach dem insoweit klaren Wortlaut der Klausel das Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes nicht ausreicht, sondern dass die Klausel vielmehr zusätzlich zum Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes verlangt, dass dieses einem Termingeschäft ähnlich ist. Entscheidend für die Vergleichbarkeit mit dem Termingeschäft ist nach dem OGH, „dass das Spekulationsgeschäft ebenfalls auf Termin-

basis - ohne wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck - abgeschlossen wurde und der Gewinnerzielung aus Kurs- und Marktschwankungen dienen soll, ohne dass unmittelbare reale geschäftliche Vorgänge (tatsächlicher Leistungsaustausch) vorliegen".

Es wurde weder festgestellt noch von der Beklagten behauptet, dass die vom Kläger vorgenommenen Beteiligungen diese Voraussetzungen erfüllen würden. Dies wäre aber Voraussetzung, um sie als einem Termingeschäft ähnlich qualifizieren zu können. Das Erstgericht nahm daher zurecht von einer Bejahung des Ausschlussgrundes nach Art 7.1.13 ARB 2003 Abstand.

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 **Revision war nicht zuzulassen**, weil aufgrund der jüngst ergangenen und eingehend begründeten Entscheidungen 7 Ob 144/14y, 7 Ob 191/14k und 7 Ob 210/14d, an denen sich das Berufungsgericht orientiert hat, gesicherte Rechtsprechung zu den von der Beklagten geltend gemachten Verweigerungsgründen vorliegt.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 21. Juli 2015

Dr. Regine Jesionek

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG