



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

3 R 96/13d

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Benedikt Wallner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **ARAG SE**, ARAG Platz 1, D-40472 Düsseldorf, Zweigniederlassung ARAG SE Direktion für Österreich, 1041 Wien, Favoritenstraße 36, vertreten durch Mag. Martin Paar, Mag. Hermann Zwanzger, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert EUR 35.000,-) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16.9.2013, GZ 30 Cg 103/12t-7,

I. durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Jelinek als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Herberger und Mag. Guggenbichler in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Berufung wegen Nichtigkeit wird verworfen.

II. durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Jelinek als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Herberger und die KR Mag. Rodrix in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 (darin EUR 454,01 USt) bestimm-

ten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger schloss mit der Beklagten am 1.5.2005 einen Rechtsschutzversicherungsvertrag, welchem die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung 2003 (ARB 2003) zugrunde liegen.

Artikel 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 enthält folgende Bestimmung (Beilage ./B):

„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.

[...]“

Stattdessen enthalten die - dem streitgegenständlichen Vertrag nicht zugrunde liegenden - ARB 2012 der Beklagten in Artikel 7 Punkt 1.1.7. und Punkt 2.2.1. folgende Regelungen (Beilage ./J):

„Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

1. in ursächlichem Zusammenhang

[...]

1.7. mit der Anlage von Vermögen in Finanzinstrumenten gemäß § 48a Abs 1 Z 3 Börsegesetz und der damit zusammenhängenden Beratung, Vermittlung und Verwahrung

2. in ursächlichem Zusammenhang

2.1. mit Spiel- und Wettverträgen, Gewinnzusagen oder diesen vergleichbaren Mitteilungen;

[...]“

Gemäß Artikel 9 Punkt 2.3. der ARB 2003 hat der Versicherer das Recht die Kostenübernahme zur Gänze abzulehnen, wenn hinsichtlich der beabsichtigten Rechtsverfolgung (oder Rechtsverteidigung) erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht.

Mit seiner am 18.12.2012 eingebrachten Rechtsschutzdeckungsklage begehrte der Kläger die Feststellung, dass ihm die Beklagte aufgrund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrages zur Polizzenummer [REDACTED] 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 Landesbank AG zu Kto Nr. [REDACTED] über EUR [REDACTED] in Schweizer Franken, und Veranlagung in Aktien der Immofinanz AG zu Depot Nr. [REDACTED] in Höhe von EUR [REDACTED] Deckungsschutz zu gewähren habe.

Zur Anspruchsbegründung brachte der Kläger vor, er habe sich gemeinsam mit seiner Ehegattin [REDACTED] [REDACTED] im Oktober 2005 mit einem Finanzierungswunsch betreffend die Ablöse eines Genossenschaftsreihenhauses an einen Berater des AWD, Herrn [REDACTED] [REDACTED], gewendet. Der tatsächliche Finanzierungsbedarf habe etwa EUR 40.000,-- betragen und zwar rund EUR 32.500,-- für den Erwerb eines Genossenschaftsanteils und rund EUR 7.500,-- für eine an

den Vormieter zu zahlende, gerechtfertigte Investitionsablöse. Der Berater des AWD habe dem Kläger und seiner Ehegattin zu einer - wie sich später zeigen sollte - für sie nachteiligen Finanzierung geraten, indem sie, anstatt den Betrag von EUR 40.000,-- konventionell zu finanzieren,

a) bei der HYPO NOE Landesbank AG einen endfälligen Fremdwährungskredit über EUR 100.000,-- aufnehmen und

b) den nicht benötigten Teil in Höhe von EUR 60.000,-- als Tilgungsträger in Immofinanz Aktien investieren sollten.

Die Kreditvergabe sei in einer Filiale der HYPO NOE Landesbank AG in Neunkirchen durch deren Mitarbeiter [REDACTED] 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 dessen Ehegattin ausdrücklich gebilligt. Die Gesamtkonstruktion sei dem Kläger als für ihn günstigste Finanzierungsvariante empfohlen und von der Bank als risikolos dargestellt worden.

Der Kläger und seine Ehegattin seien über die mit dieser Finanzierung verbundenen Risiken nicht aufgeklärt worden. Sie hätten vor Vertragsunterzeichnung in der Bankfiliale auch keine Möglichkeit gehabt, die vorbereiteten Unterlagen durchzulesen und seien ohne Aufklärung zur Unterschriftsleistung aufgefordert worden. Das gewählte Finanzierungsmodell habe überdies keineswegs den finanziellen Möglichkeiten des Klägers und seiner Ehegattin entsprochen, was der Kredit gebenden Bank bekannt gewesen sei oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt (Bonitätsprüfung) bekannt sein hätte müssen.

Der Mitarbeiter der Bank hätte den Kläger über die Risiken, die mit einer solchen Hebelfinanzierung

verbunden seien, aufklären müssen (10 Ob 12/11d). Gerade aufgrund der - der Bank bekannten - Unerfahrenheit des Klägers und der Höhe des aufgenommenen Kredites (insbesondere in Relation zu seinem monatlichen Einkommen von EUR 1.040,- und dem seiner Ehegattin von EUR 560,--) hätte der Kläger eine Aufklärung durch die Bank erwarten dürfen. Die HYPO NOE Landesbank AG habe ihre sich aus §§ 13ff WAG aF, 1299 f ABGB, Auskunftsvertrag und vorvertraglicher Aufklärungspflicht ergebenden Verpflichtungen verletzt und hafte daher dem Kläger und seiner Ehegattin für den entstandenen Vertrauensschaden.

Von der Fehlerhaftigkeit des gesamten Finanzierungskonzeptes und dem daraus resultierenden Schaden habe der Kläger frühestens im August 2010 erfahren, als er wiederholt Informationen der Bank über den offenen Kreditbetrag erhalten habe. Der Kläger habe frühestens am 16.8.2010 seinen Schaden in Form der Deckungslücke aus dem Gesamtfinanzierungskonzept erkennen können, als die Bank begonnen habe, ihm Informationen zum erheblich gestiegenen Fremdwährungskredit zuzusenden. Der Anspruch gegen die Bank sei daher nicht verjährt. Selbst wenn die Schadenersatzansprüche des Klägers gegen die Bank verjährt wären, könne mit diesen immer noch gegen die Kreditforderung der Bank aufgerechnet werden.

Die Beklagte lehne zu Unrecht die Rechtsschutzdeckung ab.

Die Ausschlussklausel des Artikels 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 komme nicht zum Tragen. Der Kauf von Aktien sei kein mit einem Termingeschäft vergleichbares Spekulationsgeschäft. Dasselbe gelte für einen Fremdwährungskredit, der wegen der günstigeren Zinsen und in der Hoffnung auf stabil bleibende Wechselkurse aufgenommen werde und nicht etwa in der Absicht, durch künftige Kursveränderungen Gewinne zu erzielen. Die

gewählte Finanzierung stelle daher insgesamt kein einem Termingeschäft ähnliches Spekulationsgeschäft im Sinn des Artikels 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 dar.

In den späteren ARB 2012 der Beklagten werde in Artikel 7 Punkt 1.1.7. hinsichtlich des Risikoausschlusses auf § 48a BörseG verwiesen, der keinen Verweis auf Fremdwährungskredite enthalte. Daher seien die unklaren Vorgängerbestimmungen der auf das gegenständliche Vertragsverhältnis anzuwendenden ARB 2003 so auszulegen, dass auch hier kein Ausschluss für Fremdwährungskredite vorgesehen gewesen sei. Diesbezügliche Unklarheiten gingen zu Lasten der Beklagten (S 1 in ON 6).

Artikel 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 KSchG. Weiters sei die Bestimmung gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sei aufgrund ihres ungewöhnlichen Inhalts nicht Vertragsbestandteil (S 1 in ON 6).

Auch der Einwand mangelnder Erfolgsaussichten sei nicht berechtigt. Beabsichtigt sei die Geltendmachung der Bankenhaftung wie folgt:

Das Geschäftsverhältnis zwischen Kreditunternehmung und Kunden sei ein Vertrauensverhältnis, das auch Grundlage für eine Aufklärungspflicht der Kreditunternehmung sein könne (7 Ob 84/10v, 1 Ob 791/79, SZ 53/13; 1 Ob 691/84, SZ 58/69 ua). Die Bank habe den Konsumenten wegen Verletzung ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflichten so zu stellen, wie dieser vermögensmäßig ohne Pflichtverletzung stünde.

Als Alternativveranlagung werde der tatsächliche Kreditbedarf des Klägers und seiner Ehegattin in Höhe von lediglich EUR 40.000,-- herangezogen und die historische Entwicklung nachgezeichnet, wenn ein konventioneller Abstattungskredit in Euro unter Entfall der Finanzierung

durch Tilgungsträger aufgenommen worden wäre. Daraus errechne sich ein Schaden in Höhe von EUR 86.420,91.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte die Abweisung der Klage und brachte vor, die Finanzierung mittels Fremdwährungskredits zur Anschaffung hochriskanter Aktien sei unter den Begriff „ähnliches Spekulationsgeschäft“ im Sinn des Artikels 7 Punkt 1.1.10. der 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 (Immofinanz) 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.

Durch die Risikoausschlüsse in den (späteren) ARB 2012 sei klargestellt, dass die gegenständlichen ARB 2003 unmissverständlich klargestellt hätten, dass es sich bei dem vorliegenden Geschäft um ein Spekulationsgeschäft handle, das nach den Rechtsschutzbedingungen eine Kostendeckung ausschließe (S 2 in ON 6).

Weiters bestehe hinsichtlich der beabsichtigten Rechtsverfolgung gegen die Bank keine Aussicht auf Erfolg. Nach der Darstellung des Klägers sei das gesamte Geschäft vom Finanzdienstleister AWD ausverhandelt worden. Die Bank selbst habe nur die Finanzierung übernommen. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung würde die Bank nur dann haften, wenn sie gewusst hätte, dass das zu finanzierende Geschäft mit großer Wahrscheinlichkeit fehlschlagen werde und darüber nicht aufgeklärt hätte (1 Ob 599/93). Darüber hinaus sei ein allfälliger Anspruch gegen die Bank verjährt. Nach dem Höchststand der Immofinanz Aktien im April 2007 habe ab

Sommer 2007 ein starker Kursrückgang eingesetzt, der seinen Höhepunkt im März 2008 erreicht habe. Spätestens im Zuge der umfangreichen Medienberichte über den rapiden Kursrückgang im Herbst 2008 (EUR 0,28 im November 2008) sei dem Kläger das Vorliegen eines Schadens und ein etwaiger Beratungsfehler bekannt gewesen. Spätestens dann habe ihm bekannt sein müssen, dass das Finanzierungskonzept nicht risikolos sei bzw ein Verlust realisiert werden würde. Die Beklagte habe daher auch mangels Aussicht auf Erfolg die Kostenübernahme zu Recht abgelehnt.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Zusätzlich zu dem eingangs dargestellten, im Berufungsverfahren soweit nicht strittigen, Sachverhalt traf es auf den Seiten 3 bis 5 der Urteilsausfertigung folgende Feststellungen:

„Im Jahr 2005 nahmen der Kläger und seine Gattin bei der Hypo NOE Landesbank AG (kurz: Hypo NOE) einen endfälligen Fremdwährungskredit über EUR 100.000,- auf.

Erst im Jahr 2010 (Schreiben der Hypo NOE vom 16.8.2010 Blg./G über die möglicherweise auftretende Deckungslücke und die Aufforderung, sich mit Hr. W. [REDACTED] von der Gst. Neunkirchen in Verbindung zu setzen) bzw im Jahr 2011, als W. [REDACTED] dem Kläger riet, in Ratenzahlung zu gehen und den Tilgungsträger aufzulösen (Aussage Kläger AS 68), erkannte der Kläger, dass er einen Schaden zu befürchten hatte.

Im Jahr 2011 beauftragte der Kläger Dr. F. [REDACTED] mit der Vertretung gegenüber der Bank. Die Beklagte sagte am 30.4.2010 (Blg./H) zu, die Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit Dris. F. [REDACTED] zu übernehmen. Mit Schreiben vom 17.7.2012 (Blg./D) lehnte die Beklagte die Kostendeckung für die Schadenersatzklage gegen die Bank ab, weil ein Spekulationsgeschäft iSd Art. 7.1.10 ARB 2003 vorliege und der Bauherrenausschluss iSd Art 7.1.9. ARB 2003 zum Tragen komme. Die Ansprüche seien verjährt und die Geltendmachung aussichtslos.“

Der Feststellungsteil des Ersturteils enthält weiters folgende Ausführungen:

„Der Kläger behauptet, für die Finanzierung eines Genossenschaftsanteiles und einer Ablöse einen Betrag von rund EUR 40.000,- benötigt zu haben. Über Vermittlung des AWD Beraters [REDACTED] K [REDACTED] habe er diesen Kredit bei der Hypo NOE aufgenommen. Der nicht benötigte Teil der Kreditsumme sei in einen Tilgungsträger (Immofinanzaktien) investiert worden. Der Kläger behauptet, weder vom AWD Berater noch vom Bankberater der Hypo NOE aufgeklärt worden zu sein, dass es sich um ein risikoreiches spekulatives Geschäft gehandelt habe.“

Unter der Überschrift „Beweiswürdigung“ enthält das Ersturteil folgende Ausführungen:

„Der Sachverhalt ergab sich aus den unbedenklichen, zum Teil bereits in Klammer angeführten Urkunden sowie der glaubwürdigen Aussage des Klägers. Er legte für das Gericht nachvollziehbar dar, dass er einen Kredit für die Finanzierung des Genossenschaftsanteiles benötigte und sich auf die Beratung des AWD Mitarbeiters verlassen habe. Hätte er gewusst, dass er auch eine „normalen“ Ratenkredit haben hätte können, hätte er diesen genommen.“

Zur Erkennbarkeit des Risikos gab er glaubwürdig an, dass er auch 2010 noch beruhigt worden sei und erst 2011 erstmals verstanden habe, dass ein Verlust zu befürchten sei (Aussage Kläger, AS 68).“

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den Sachverhalt dahin, der Rechtsschutzversicherer habe im Rahmen des Vertrages Deckung für die versicherten Risiken zu gewähren. Ausgeschlossen seien ua „Spekulationsgeschäfte“. Nach den ARB 2003 seien dies Spiel-, Wettgeschäfte, Termin- oder ähnliche Spekulationsgeschäfte.

Die Konstruktion eines Fremdwährungskredites in

Verbindung mit einer Veranlagung in einen Tilgungsträger
weise spekulatorische Elemente auf. Die ARB definierten
nicht exakt, für welche Spekulationsgeschäfte keine
Deckung gewährt werden soll.

Versicherungsbedingungen seien nach dem Verständnis
eine durchschnittlichen Versicherungsnehmer auszulegen.
Dass im Zusammenhang mit Wette und Spiel auch von
Spekulationsgeschäften die Rede ist, bedeute vor diesem
Hintergrund, dass die Absicht, zu spekulieren bzw ein
Glücksgeschäft abzuschließen, bei diesen Verträgen im
Vordergrund stehen müsse.

Auch Devisentermingeschäfte seien nur
Spekulationsgeschäfte, wenn der Vertragszweck die
Währungsspekulation sei. Nur dann handle es sich um ein
Differenzgeschäft, auch wenn nur ein Vertragspartner
spekuliert habe (RS0106835).

Aus dem Abschluss eines Fremdwährungskredites mit
einem Tilgungsträger könne nicht auf die Absicht
geschlossen werden, ein einer Wette oder einem
Devisentermingeschäft gleichzuhaltendes spekulatives
Geschäft tätigen zu wollen. Diese Art von Kredit und
Veranlagung sei vielmehr häufig Kreditsuchenden angeboten
worden, bei denen der Finanzierungswunsch das einzige bzw
überwiegende Bestreben gewesen sei.

Das vorliegende Geschäft sei daher nicht vom
Ausschluss des Artikel 7.1.1.10 der ARB 2003 umfasst.

Die Prozessaussichten würden in Anlehnung an die
Bestimmung des 63ff ZPO über die Verfahrenshilfe geprüft.
Offenbar aussichtslose Prozessführungen seien weder im
Rahmen der Verfahrenshilfe noch durch den
Rechtsschutzversicherer zu ermöglichen. Ein
offensichtlich verjährter Anspruch könne nicht mit
hinreichender Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden.
Die Verjährung trete erst mit Erkennbarkeit von Schaden

und Schädiger ein. Die Darstellung des Klägers, er habe sich erst ab 2011, ab der Aufforderung in Ratenzahlung zu gehen, Sorgen um einen allfälligen Schaden gemacht, lasse seine Ansprüche gegen die Kredit gewährende Bank nicht von vornherein als verjährt erscheinen. Im Deckungsprozess seien weder die Beweiswürdigung noch die rechtliche Beurteilung des angestrebten Prozesses vorwegzunehmen.

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

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

I. Zur Berufung wegen Nichtigkeit

Die Berufungswerberin macht geltend, der Feststellungsteil des Urteils erschöpfe sich darin, dass der Kläger einen endfälligen Fremdwährungskredit aufgenommen habe, im Jahr 2010 oder 2011 den nunmehr eingetretenen Schaden erkannt habe, eine Rechtsanwältin beauftragt habe und die Beklagte die Deckung abgelehnt habe. Ansonsten finde man unter dem Punkt „Feststellungen“ nur die Wiedergabe von Behauptungen des Klägers. Einen Hinweis darauf, dass diese Behauptungen den vom Gericht festgestellten Sachverhalt bildeten, finde man dort hingegen nicht.

Für eine Entscheidung, wie sie das Erstgericht getroffen habe, wären weitere Feststellungen von Nöten

gewesen. Es hätten Feststellungen getroffen werden müssen, wie der Kreditvertrag genau ausgeformt gewesen sei, ob der Kläger die Absicht gehabt habe zu spekulieren und ob der Kläger seitens der HYPO NOE Bank oder des AWD-Beraters über die Risiken der Aufnahme eines Fremdwährungskredites und der Veranlagung in Aktien aufgeklärt worden sei. Weiters fehlten Feststellungen darüber, ob der Kläger den Kredit zur Finanzierung eines Bauvorhabens aufgenommen habe, weil diesfalls der Bauherrenausschluss zum Tragen käme. Das Urteil sei aufgrund der fehlenden Feststellungen nicht überprüfbar.

Hinsichtlich der Beweiswürdigung begnüge sich das Erstgericht im Wesentlichen mit dem Ausspruch „Der Sachverhalt ergab sich aus den unbedenklichen, zum Teil in Klammer angeführten Urkunden sowie der glaubwürdigen Aussage des Klägers.“ Ansonsten werde noch gewürdigt, dass der Kläger glaubwürdig dargelegt habe, dass er einen Kredit für die Finanzierung des Genossenschaftsanteils benötigt, sich auf die Beratung des AWD-Mitarbeiters verlassen und glaubwürdig angegeben habe, dass er auch 2010 noch beruhigt worden sei. Feststellungen, auf die sich die Beweiswürdigung beziehe, fehlten.

Schließlich stelle die rechtliche Beurteilung nur eine Scheinbegründung dar.

Es lägen somit so viele schwerwiegende Fehler (rechtliche Scheinbegründung, fehlende Beweiswürdigung, fehlende Feststellungen) vor, dass selbst bei Verneinung einzelner der erwähnten, die Nichtigkeit begründenden, Tatsachen von einem den Mindestanforderungen gerecht werdenden Urteil nicht mehr gesprochen werden könne. Das Urteil sei daher gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO nichtig.

Dem ist nicht zu folgen:

Der von der Beklagten geltend gemachte Nichtigkeitsgrund umfasst drei Fälle (siehe *Kodek* in

Rechberger, ZPO⁴ Rz 12 zu § 477 mwN):

a) die Fassung des Urteils ist so mangelhaft, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann;

b) das Urteil steht mit sich selbst in Widerspruch;

c) für die Entscheidung sind keine Gründe angegeben.

Keiner dieser Fälle liegt hier vor.

Ob die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen zur rechtlichen Beurteilung der Sache ausreichen, ist im Rahmen der Rechtsrüge überprüfbar. Die angesprochenen Ausführungen in der Beweiswürdigung sind als Feststellungen zu werten, dass der Kläger den Kredit für die Finanzierung des Genossenschaftsanteiles benötigte, sich auf die Beratung durch den AWD-Mitarbeiter verlassen und erstmals im Jahr 2011 verstanden hat, dass ein Verlust zu befürchten sei. Schließlich kann auch von einer bloßen Scheinbegründung keine Rede sein.

Die Berufung wegen Nichtigkeit war daher zu verwerfen.

II. Auch im Übrigen ist die Berufung nicht berechtigt.

Mit ihrer Beweisrüge bekämpft die Berufungswerberin die Ausführungen im Feststellungsteil des Urteils:

„Der Kläger behauptet, für die Finanzierung eines Genossenschaftsanteiles und einer Ablöse einen Betrag von rund EUR 40.000,- benötigt zu haben. Über Vermittlung des AWD Beraters ██████ K ██████ habe er diesen Kredit bei der Hypo NOE aufgenommen. Der nicht benötigte Teil der Kreditsumme sei in einen Tilgungsträger (Immofinanzaktien) investiert worden. Der Kläger behauptet, weder vom AWD Berater noch vom Bankberater der Hypo NOE aufgeklärt worden zu sein, dass es sich um ein risikoreiches spekulatives Geschäft gehandelt habe.“

und begehrt stattdessen die Feststellungen:

„Der Kläger nahm für die Finanzierung eines

Genossenschaftsanteils, den Umbau einer Küche, die Anlage in hochspekulative Aktien und der Leistung einer Ablöse einen ebenfalls hochspekulativen Fremdwährungskredit in der Höhe von EUR 100.000,-- auf. Über Vermittlung und Beratung des AWD-Beraters [REDACTED] K [REDACTED] hat er diesen Kredit bei der Hypo NOE aufgenommen. Dem Kläger war es, auch wegen der Hinweise im Kreditvertrag (Beilage ./E) durchaus bekannt, dass er ein risikoreiches und spekulatives Geschäft abschloss, er nahm dies aber in Kauf.“

Bei den von der Berufungswerberin angegriffenen Feststellungen handelt es sich um Behauptungen des Klägers, mit denen er - unstrittigerweise - seinen Anspruch gegen die Bank stützen will. Ebenso ist als unstrittig zugrunde zu legen, dass der Kläger in Zusammenhang mit der Finanzierung eines Genossenschaftsanteiles für ein Genossenschaftsreihenhaus bei der HYPO NOE Landesbank AG auf Empfehlung eines AWD-Beraters einen endfälligen Fremdwährungskredit aufgenommen hat, wobei die den Finanzierungsbedarf bei weitem übersteigende Kreditvaluta zu einem erheblichen Teil in Immofinanzaktien investiert wurde, die als Tilgungsträger für den Kredit dienen sollten.

Ob die vom Kläger geschlossenen Verträge unter den Risikoausschlussstatbestand des Artikel 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 fallen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung, ohne dass es hierzu weiterer Feststellungen bedürfte.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt im Deckungsprozess eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und des Ereignisses des Haftpflichtprozesses bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0081927). Die Erfolgsaussichtsprüfung hat sich an den zur Verfahrenshilfe (§ 63 ZPO) entwickelten Grundsätzen zu orientieren. „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 die Frage, ob der Kläger tatsächlich auf die besonderen Risiken der Fremdwährungsfinanzierung hingewiesen wurde, wie dies in der Kreditvertragsurkunde festgehalten wurde, bzw ob er über diese Risiken Bescheid wusste, im gegenständlichen Deckungsprozess nicht zu prüfen.

Es gehen somit auch die Ausführungen in der Beweisrüge ins Leere.

Zur Rechtsrüge:

Die Berufungswerberin bekämpft die Rechtsansicht des Erstgerichts, die gegenständliche Finanzierung sei nicht unter den Ausschlusstatbestand des Artikels 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 zu subsumieren und macht geltend, nach einem anzulegenden objektiven Maßstab handle es sich um ein Termingeschäften ähnliches Spekulationsgeschäft, das nach dem in Rede stehenden Ausschlusstatbestand vom Versicherungsschutz ausgenommen sei.

Hierzu wurde erwogen:

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).

Unter Termingeschäften werden im Allgemeinen Kaufverträge über Waren, Wertpapiere oder Finanzinstrumente verstanden, die von beiden Teilen erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind und bei denen der Preis bei Vertragsabschluss noch nicht feststeht, weil er zB von einem zum vereinbarten Termin geltenden Börse- oder Marktpreis abhängt. Börsentermingeschäfte sind standardisierte Verträge, die von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt (am

Ende der Laufzeit) zu erfüllen sind und einen Bezug zu einem Terminmarkt haben (BGH 13. Juli 2004-AZ XI 178/03).

Der verständige durchschnittliche Versicherungsnehmer verbindet mit den Begriffen „Termin- oder diesen ähnlichen Spekulationsgeschäften“ riskante Geschäfte, die zu reinen Spekulationszwecken geschlossen werden (vgl. *Maier* in Harbauer ARB-Kommentar⁸ zu der mit dem hier zu beurteilenden Risikoausschluss vergleichbaren Bestimmung des § 3 Abs 2 f der deutschen ARB 2000). Im vorliegenden Fall bestand der Zweck der über Empfehlung des AWD-Beraters gewählten Konstruktion in der möglichst kostengünstigen Finanzierung einer (nicht auf den Erwerb von Eigentum gerichteten) Wohnraumbeschaffung. Die gewählte Finanzierungs konstruktion bestand in der Aufnahme eines (endfälligen) Fremdwährungskredits und dem Erwerb von Aktien als Tilgungsträger. Darin sind keine Termingeschäfte und nach dem Verständnis eines verständigen durchschnittlichen Versicherungsnehmers auch keine solchen ähnlichen Spekulationsgeschäfte zu erblicken. Dass die Beklagte in ihren ARB 2003 nicht näher festgelegt hat, was unter „Termingeschäften ähnlichen Spekulationsgeschäften“ zu verstehen sein soll, geht zu ihren Lasten. Das Erstgericht hat die Anwendbarkeit des Risikoausschlusses daher zu Recht verneint.

Die Berufungswerberin versucht weiters durch das Zitat von Literatur und Judikatur darzulegen, dass die vom Kläger gegen die Bank beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg habe. Hierzu ist auf die bereits in Zusammenhang mit der Behandlung der Beweisrüge erfolgten Ausführungen zu verweisen, dass sich die Erfolgsaussichtsprüfung an den zur Verfahrenshilfe (§ 63 ZPO) entwickelten Grundsätzen zu orientieren hat und eine Prozessführung nur dann als „offenbar aussichtslos“ zu

beurteilen ist, wenn sie schon ohne nähere Prüfung der Angriffs- und Verteidigungsmittel als erfolglos erkannt werden kann (RIS-Justiz RS0116448). Dies ist hier nicht der Fall. Der Kläger beabsichtigt, seinen Anspruch unter anderem darauf zu stützen, dass die Höhe des gewährten Kredits in keiner Relation zu seinen Einkommensverhältnissen gestanden habe. Es kann hier nicht schon ohne nähere Prüfung davon ausgegangen werden, dass die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch die Bank jedenfalls zu verneinen wäre. Auf ihren in erster Instanz vertretenen Standpunkt, dass ein Schadenersatzanspruch gegen die Bank bereits verjährt wäre, kommt die Beklagte in ihrer Berufung nicht mehr zurück, weshalb darauf nicht eingegangen werden muss.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

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

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes folgt der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage vorliegt, ob eine Finanzierungs konstruktion, die der Finanzierung der zur Anmietung einer Genossenschaftswohnung erforderlichen Barmittel dient, und die darin besteht, dass ein endfälliger Bankkredit in fremder Währung aufgenommen wird und mit einem Teil der Kreditvaluta Aktien erworben werden, die als Tilgungsträger für den Kredit dienen sollen, den Risikoausschlussbestand des Artikel 7 Punkt 1.1.10. der ARB 2003 der Beklagten erfüllt, wonach für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in Zusammenhang mit Termin- oder diesen

ähnlichen Spekulationsgeschäften kein Versicherungsschutz besteht.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 3, am 30. Juni 2014

Dr. Gerhard Jelinek

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG