

Dokument 1 von 1

Österreichisches Recht der Wirtschaft



---

**RdW 2018/114**

**RdW 2018, 143**

Heft 3 v. 19.03.2018  
Wirtschaftsrecht

## **Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung**

*Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber  
Salzburg*

Die Erfolgsaussichten des vom Versicherungsnehmer beabsichtigten Verfahrens bestimmen maßgeblich, ob der Rechtsschutzversicherer deckungspflichtig ist.

### **1. Die Grundlagen im VersVG und in den ARB**

Bei der Rechtsschutzversicherung sorgt der Versicherer für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers in den im Vertrag umschriebenen Bereichen und trägt die dem Versicherungsnehmer dabei entstehenden Kosten (§ 158j Abs 1 Satz 1 VersVG). Die Hauptleistungspflicht des Versicherers in der Rechtsschutzversicherung besteht also in der Kostentragung.<sup>1</sup> Als passive Schadensversicherung schützt die Rechtsschutzversicherung den Versicherungsnehmer gegen die Belastung des Vermögens des Versicherungsnehmers mit Rechtsverfolgungskosten.<sup>2</sup>

Die derzeit vom Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs als Musterbedingungen angebotenen ARB 2015<sup>3</sup> knüpfen an § 158j Abs 1 Satz 1 VersVG an: Verlangt der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, so übernimmt der Rechtsschutzversicherer gem Art 6.1. ARB 2015 im Falle seiner Leistungspflicht die in Art 6.6. ARB 2015 aufgelisteten Kosten,<sup>4</sup> soweit sie für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers **notwendig** sind. Der "Soweit"-Satz beschreibt eine sekundäre Risikobeschränkung.

Notwendig sind die Kosten gem Art 6.3. Abs 1 ARB 2015, wenn die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zweckentsprechend und nicht mutwillig ist und **hinreichende Aussicht auf deren Erfolg** besteht. Versicherer und Versicherungsnehmer vereinbaren also (ua) die Kostenübernahme durch den Versicherer, wenn die Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.

Daran wiederum knüpft Art 9.2. ARB 2015 an. Demnach hat der Rechtsschutzversicherer das Recht, jederzeit<sup>5</sup> Erhebungen über den mutmaßlichen Erfolg der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung anzustellen. Kommt er nach Prüfung<sup>6</sup> 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 Art 6 (Versicherungsleistungen) bereit zu erklären;
- 2.2. dass diese Aussicht auf Erfolg nicht hinreichend, dh, 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.

Art 9.2. ARB 2015 verpflichtet also den Rechtsschutzversicherer zu einer nach der Erfolgsaussicht abgestuften Kostenübernahme:

- **Hinreichende Aussicht auf Erfolg** (= Obsiegen im Verfahren) führt zur **vollen Kostentragungspflicht** des Versicherers, also auch hinsichtlich der Kosten der Gegenseite (Art 6.3. ARB 2015).
- **Nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg** (= Unterliegen wahrscheinlicher als Obsiegen) berechtigt<sup>7</sup> den Rechtsschutzversicherer, die **Übernahme der gegnerischen Kosten abzulehnen**. Die Kosten des Versicherungsnehmers hat der Versicherer dagegen auch in diesem Fall zu tragen.
- Zur **gänzlichen Ablehnung der Kostenübernahme**, also auch zur Ablehnung der Übernahme der Versicherungsnehmertypen, ist der Versicherer nur berechtigt, wenn "erfahrungsgemäß" **keine Erfolgsaussicht** besteht.

Fraglich ist in diesem Fall, auf wessen **Erfahrungen** es ankommen soll. Die Erfahrungen des Versicherungsnehmers können kaum gemeint sein. In der Regel ist der Versicherungsnehmer nämlich das erste Mal mit einem einschlägigen Verfahren konfrontiert und hat schlicht keine Erfahrung hinsichtlich der Erfolgsaussicht. Es sind daher die Erfahrungen des Rechtsschutzversicherers, auf welche dieser seine Beurteilung der Erfolgsaussichten stützt. Der Versicherungsnehmer wird dadurch in seiner Rechtsposition (noch) nicht beeinträchtigt. Er kann ja das von Art 6 Rechtsschutzversicherungsrichtlinie<sup>8</sup> vorgegebene Schieds-

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 143*

gutachterverfahren nach § 1581 VersVG (= Art 9.3. ARB 2015) beantragen oder Deckungsklage einbringen.

## 2. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten

### 2.1. Die ständige Rechtsprechung

Seit einer Entscheidung aus 1988<sup>9</sup> kehrt folgender Rechtssatz in der Rechtsprechung des 7. Senates des OGH immer wieder: In der Rechtsschutzversicherung sei bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten kein strenger Maßstab anzulegen.<sup>10</sup>

Im Jahre 2002 ergänzte der OGH<sup>11</sup> diesen Rechtssatz in einem für die Regulierungspraxis der Rechtsschutzversicherer entscheidenden Punkt:<sup>12</sup> Bei der Erfolgsaussichtsprüfung nach den ARB könnten die zur Prozesskostenhilfe entwickelten Grundsätze übernommen werden. Die vorzunehmende Beurteilung, ob "keine oder nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg" bestehe, habe sich am Begriff "nicht als offenbar aussichtslos" des die Bewilligung der Verfahrenshilfe regelnden § 63 ZPO zu orientieren.<sup>13</sup> Beide Rechtssätze entsprechen seitdem ständiger Rechtsprechung.<sup>14</sup>

### 2.2. Die Parallele zwischen Rechtsschutzversicherung und Verfahrenshilfe

#### 2.2.1. Die Herkunft der These

Die These einer Parallele zwischen Rechtsschutzversicherung und Verfahrenshilfe stammt vom BGH. Der BGH vertritt seit seiner Entscheidung VersR 1987, 1186<sup>15</sup> die Ansicht, die wortgetreue Übernahme des letzten Satzteiles des § 114 Satz 1 dZPO in die dARB bringe unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Anspruch auf Rechtsschutzversicherungsschutz von den gleichen sachlichen Voraussetzungen abhängig sein solle wie der Anspruch auf Prozesskostenhilfe nach der dZPO.<sup>16</sup> Diese Argumentation, wonach bei der Erfolgsaussichtsprüfung nach den ARB die in der Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Grundsätze zur Prozesskostenhilfe übernommen werden können, überzeugt den OGH.<sup>17</sup> Er übernimmt daher die Auslegung des BGH, allerdings in einer "austrifizierten" Form: In Österreich habe sich die Beurteilung, ob "keine oder nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg" bestehe, am Begriff "nicht als offenbar aussichtslos" des die Bewilligung der Verfahrenshilfe regelnden § 63 ZPO zu orientieren.<sup>18</sup> Das hat auf den ersten Blick den Charme für sich, in der Rechtsschutzversicherung auf eine etablierte Rechtsprechung zur Verfahrenshilfe zurückgreifen zu können.

#### 2.2.2. Kritik

##### 2.2.2.1. Die Begrifflichkeit

Will man das methodische Vorgehen des OGH beurteilen, so muss man sich zunächst dem erklärten Vorbild BGH zuwenden: § 1 Abs 1 Satz 2 der deutschen ARB lautete in der Fassung, die dem BGH in VersR 1987, 1186 zugrunde lag: "Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen ist notwendig, wenn sie hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint." § 114 Abs 1 Satz 1 dZPO lautet: "Eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen

*Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, erhält auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint."*

Der BGH<sup>19</sup> schließt auf eine bewusste Übernahme des Wortlautes der dZPO durch die Verfasser der dARB:<sup>20</sup> Mit der in § 1 Abs 1 Satz 2 ARB gewählten Definition der Notwendigkeit sei der Wortlaut der zwei sachlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe aus § 114 Abs 1 Satz 1 ZPO übernommen worden. Die wortgetreue Übernahme bringe unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Rechtsschutzversicherer Versicherungsschutz unter eben den sachlichen Voraussetzungen gewähren wollten, unter denen eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten einer Prozessführung nicht aufzubringen vermöge, die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beanspruchen könne. Weder im § 1 noch andernorts lieferten die dARB einen Anhaltspunkt dafür, dass die Rechtsschutzversicherer trotz der bewusst aus der dZPO übernommenen Formulierung die Voraussetzungen, unter denen sie Rechtsschutz versprechen würden, enger oder weiter als in der dZPO geschehen gestalten wollten.<sup>21</sup>

Methodisch fällt auf, dass der BGH nur dieses Wortlautargument ins Treffen führt. Zur Interessenlage der Beteiligten im Verfahren über die Prozesskostenhilfe und deren für die Auslegung der ARB maßgebliche Vergleichbarkeit mit jener der Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages äußert sich der BGH nicht. Über die Überzeugungskraft seiner Argumentation kann man daher wohl geteilter Auffassung sein.<sup>22</sup>

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 144*

Das grammatischen Argument des BGH aber in der Folge wie der OGH "zu austrifizieren", sprengt die Grenzen zulässiger Auslegungsmethodik. Denn das grammatischen Argument muss schon daran scheitern, dass die österreichischen ARB schlicht anders formuliert sind als § 63 öZPO. Gem § 63 Abs 1 Satz 1 öZPO ist einer Partei Verfahrenshilfe soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Vergleicht man damit die sub 1. wiedergegebenen österreichischen ARB, so weisen diese einen anderen, in der Sache deutlich differenzierteren Wortlaut auf: Art 6.3. Abs 1 ARB 2015 stellt für die notwendigen Kosten darauf ab, dass die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Der daran anknüpfende Art 9.2. ARB 2015 differenziert zwischen der hinreichenden Aussicht auf Erfolg und dem Fall, dass keine Aussicht auf Erfolg besteht.

Man kann vermuten, dass die Formulierung "hinreichende Aussicht auf Erfolg" in den österreichischen ARB aus den deutschen ARB übernommen wurde.<sup>23</sup> Aus § 63 ZPO stammt die Formulierung jedenfalls nicht. Damit kann aber das Argument der "wortgetreuen Übernahme" (BGH) für die österreichische Norm zur Verfahrenshilfe nicht greifen.<sup>24</sup>

Verbleiben wir noch kurz in der vom OGH (als Apologet des BGH) bemühten Begriffswelt: Beim Vergleich des Art 9.2. ARB 2015 mit § 63 ZPO fällt auf, dass das letzte der in Art 9.2. ARB 2015 genannten Alternativszenarien, nämlich, dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht, zwar nicht identisch mit § 63 ZPO ("aussichtslos") formuliert ist. Gemeint ist aber doch nach den Regeln der deutschen Sprache ganz offensichtlich derselbe Tatbestand: Besteht keine Aussicht auf einen Erfolg der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung (ARB), so ist diese Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung aussichtslos (ZPO). Darauf ist noch zurückzukommen.<sup>25</sup>

### **2.2.2.2. Die Interessenlage**

Die von beiden Höchstgerichten apostrophierte Begrifflichkeit hilft uns also zumindest für die Auslegung der österreichischen ARB nicht wirklich weiter. Schon eher könnte für die vom OGH/BGH vertretene Parallel zwischen Rechtsschutzversicherung und Verfahrenshilfe/Prozesskostenhilfe die von *Harbauer*<sup>26</sup> ins Treffen geführte ähnliche Interessenlage sprechen. Auch darauf beruft sich der OGH in 7 Ob 47/02s.<sup>27</sup> Die Argumentation *Harbauers* ist folgende: Der Prozesskostenhilfe erbittende Antragsteller wolle von Kosten der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung freigestellt werden, während die Staatskasse und damit die Steuerzahler von den Kosten aussichtslos erscheinen der Prozesse verschont bleiben sollten. Der Versicherungsnehmer wünsche Kostenfreistellung für eine beabsichtigte Wahrnehmung rechtlicher Interessen, während sein Versicherer im Interesse der Versichertengemeinschaft, deren Beiträge er bedingungsgemäß zu verwenden und treuhänderisch zu verwalten habe, keine aussichtslosen Maßnahmen finanzieren solle. Die Interessenlage ähnle sich also.<sup>28</sup>

Man kann zu dieser Frage aber auch eine ganz andere Position vertreten, die immerhin bis zur Entscheidung des BGH VersR 1987, 1186 herrschende Auffassung zur Auslegung der dARB war.<sup>29</sup> So führt etwa das OLG Köln aus:<sup>30</sup> Die

Interessenlage des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung weiche in einem entscheidenden Punkt von der des Antragstellers im Prozesskostenhilfeverfahren ab. Wer Prozesskostenhilfe beantrage, wolle einen Rechtsstreit auf Kosten der Allgemeinheit führen, ohne eigene Mittel dafür eingesetzt und entsprechende Beschränkungen seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten in Kauf genommen zu haben. Der Versicherungsnehmer in der Rechtsschutzversicherung hingegen habe durch Abschluss einer Versicherung selbstverantwortlich und unter Einsatz eigener Mittel dafür vorgesorgt, um im Bedarfsfall frei von jedem Kostenrisiko seine rechtlichen Interessen wahrnehmen zu lassen. Daher seien die Anforderungen an die hinreichende Erfolgsaussicht in der Rechtsschutzversicherung niedriger anzusetzen als im Prozesskostenhilfeverfahren.<sup>31</sup> In der Rechtsschutzversicherung reiche eine nicht ganz entfernte Möglichkeit des Erfolgs für die Gewährung von Deckungsschutz aus. Der Rechtsschutzversicherer sei bereits bei geringen Erfolgschancen eintrittspflichtig und nur

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 145*

dann leistungsfrei, wenn die beabsichtigte Interessenwahrnehmung so gut wie chancenlos erscheine.<sup>32</sup>

In dieselbe Kerbe schlägt das OLG Frankfurt a.M.:<sup>33</sup> Trotz des mit § 114 dZPO übereinstimmenden Wortlauts seien die Anforderungen geringer als dort, weil es hier um einen Rechtsschutz geht, den sich der Versicherungsnehmer durch seine Prämien erkaufte habe. Er habe - anders als derjenige, der staatliche Prozesskostenhilfe beantrage - einen Anspruch darauf, mithilfe der Rechtsschutzversicherung jede Chance der Rechtsdurchsetzung wahrzunehmen.

Oder wie es *Jürgen Prölss* noch in der 24. Auflage des von ihm herausgegebenen VVG-Kommentars formulierte: Die Anforderungen an die Erfolgsaussicht seien in der Rechtsschutzversicherung geringer anzusetzen als im Prozesskostenhilfeverfahren, da sich der Versicherungsnehmer durch die Prämien einen Anspruch auf die Versicherungsleistung erkauft habe und nicht, wie im Prozesskostenhilfeverfahren, Rechtsbesorgung auf Kosten der Allgemeinheit begehre.<sup>34</sup>

In der Tat scheint mir die von *Harbauer* für die BGH-Lösung ins Treffen geführte Parallelität der Interessenlage eine doch sehr einseitige Sichtweise zu sein. Nicht zu bestreiten ist: Sowohl der Steuerzahler als auch die Versichertengemeinschaft sollen vor den Kosten aussichtsloser Prozesse bewahrt werden.<sup>35</sup> Aber der Versicherungsnehmer hat einen entgeltlichen Rechtsschutzversicherungsvertrag mit dem Versicherer abgeschlossen. Daraus steht ihm ein vertraglicher Rechtsanspruch auf Deckung zu. Das Recht der Verfahrenshilfe folgt dagegen grundrechtlich aus dem Gleichheitssatz und dem Recht auf den gesetzlichen Richter.<sup>36</sup> Es geht darum, jedermann unabhängig von seiner finanziellen Situation den gleichen Zugang zum Recht zu verschaffen.<sup>37</sup> Bei entsprechender Bedürftigkeit folgt daraus ein Anspruch des Einzelnen auf Verfahrenshilfe.<sup>38</sup> Dieser Anspruch ergibt sich also aus sozialen Erwägungen und nicht aus einer vertraglichen Austauschbeziehung.<sup>39</sup>

Die parallele Interessenlage kann damit nur für den "Anbieter" der Rechtsschutzleistung, nicht aber für deren Nachfrager bejaht werden. Der Versicherungsnehmer bezahlt für seinen Rechtsschutzanspruch. Seine Interessenlage ist daher eine andere als jene des Antragstellers der Verfahrenshilfe, dem aus sozialen Gründen Rechtsschutz gewährt wird.

Umgelegt auf die Auslegung der ARB lässt sich diese Differenzierung wie folgt erfassen: AVB sind so auszulegen, wie sie ein durchschnittlich verständiger Versicherungsnehmer nach ihrem Wortlaut, systematischen Zusammenhang und erkennbaren Zweck verstehen darf.<sup>40</sup> Der zumindest ähnliche, um die "Erfolgsaussicht" kreisende Wortlaut von ZPO und ARB, also das Argument des OGH/BGH, würde nur dann eine an § 63 ZPO "orientierte"<sup>41</sup> Auslegung der ARB rechtfertigen, wenn der erkennbare Zweck der ARB-Klausel derselbe wäre wie jener der Verfahrenshilfe. Dies kann aber jedenfalls für den Versicherungsnehmer einer Rechtsschutzversicherung nicht bejaht werden. Ein verständiger Versicherungsnehmer wird zwar einsehen, dass er bei Aussichtslosigkeit des von ihm angestrebten oder gegen ihn angestrengten Rechtsstreits keinen Kostenersatz vom Rechtsschutzversicherer erhält. In Fällen, die zwar nicht aussichtslos sind, deren Erfolgsaussicht aber fraglich ist, wird ein verständiger Versicherungsnehmer einen differenzierten Kostenersatz erwarten dürfen. Dies zeigt Art 9.2.1. bzw 9.2.2. ARB 2015 ja deutlich. Wir müssen uns daher von der höchstrichterlich propagierten Begrifflichkeit lösen und die Funktionalität der ARB-Klausel untersuchen.

### **2.2.3. Von der Begrifflichkeit zur Funktionsanalyse**

#### **2.2.3.1. Die Aussichtslosigkeit**

Sub 2.2.2. sind wir zu folgendem Befund gelangt: Eine nach der Erfolgsaussicht differenzierte Abstufung der Kostenübernahme entspricht idR der Interessenlage der Vertragsparteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages und dem einem durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmer erkennbaren Zweck der Klausel in Art 9.2. ARB 2015. Eine

Kontrollüberlegung bestätigt diese Auslegung: Man überlege sich nur, welche Kosten der Rechtsschutzversicherer zu übernehmen hat, und vergleiche damit die Verfahrenshilfe. Die durch die Verfahrenshilfe eingeräumte vorläufige<sup>42</sup> Befreiung von der Tragung der Prozesskosten wirkt nur dem Gericht gegenüber. Sie erstreckt sich lediglich auf jene Prozesshandlungen, die durch die begünstigte Partei gesetzt werden oder deren Vornahme ihr durch das Gericht aufgetragen wird.<sup>43</sup> Dem Prozessgegner gegenüber besteht diese vorläufige Kostenbefreiung nicht. Wird der Gegenpartei Kostenersatz zugesprochen, dann muss auch die Verfahrenshilfe genießende Partei innerhalb der gesetzlichen Leistungsfrist zahlen.<sup>44</sup> Die Verfahrenshilfe hat also eine vorschussähnliche Funktion.

Dh also: Erscheint die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar aussichtslos, so erhält die von der Verfahrenshilfe begünstigte Partei vorläufig die (einen Teil der) Kostenbegünstigungen nach § 64 ZPO. Es handelt sich dabei aber stets um **eigene** Kosten der begünstigten Partei und nicht um jene des Prozessgegners.<sup>45</sup> Bei Aussichtslosigkeit der

Gruber, *Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung*, RdW 2018, Seite 146

beabsichtigten Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung kommt der Antragsteller nicht einmal in den Genuss der Stundung seiner eigenen Kosten.

In der Rechtsschutzversicherung dagegen sind die Erfolgsaussichten in ein deutlich differenzierteres und in sich abgestuftes System eingebaut. Der oben 1. dargestellte Art 9.2. ARB 2015 kennt eine an die Erfolgsaussicht gekoppelte Abstufung der Kostenübernahme. Eine solche Abstufung entspricht auch der berechtigten Erwartungshaltung eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers, der einen Rechtsschutzversicherungsvertrag abschließt (oben 2.2.2.).

Dagegen folgt § 63 ZPO einer Art von Alles-oder-nichts-Prinzip und differenziert nur zwischen aussichtslos und nicht aussichtslos. Ist das Verfahren aussichtslos, wird keine Verfahrenshilfe gewährt. Ist das Verfahren nicht aussichtslos, wird Verfahrenshilfe unabhängig von den konkreten Erfolgsaussichten gewährt.

Hat man diesen Unterschied erkannt, so erweist sich allein Art 9.2.3. ARB 2015 als funktionale Parallelregelung zu § 63 ZPO.<sup>46</sup>

- Kommt der Versicherer zum Ergebnis, dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht, hat er das Recht, die Kostenübernahme zur Gänze abzulehnen. Der Versicherungsnehmer bekommt keine Deckung für seine Kosten, weder für die eigenen noch für jene des Verfahrensgegners.
- Im Vergleich dazu die Verfahrenshilfe: Die gegnerischen Kosten stehen bei der Verfahrenshilfe überhaupt nicht zur Debatte. Die eigenen Kosten des Antragstellers werden ihm dann nicht gestundet, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung als offenbar aussichtslos erscheint.

Die vom OGH postulierte Parallele zwischen Rechtsschutzversicherung und Verfahrenshilfe besteht also nur, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung aussichtslos ist: Der Versicherungsnehmer bekommt keine Kostendeckung. Dem Antragsteller der Verfahrenshilfe werden (seine) Kosten nicht gestundet.<sup>47</sup>

Will man daher dem OGH und seiner vom BGH übernommenen Wortlautauslegung folgen, so kann man dies somit methodisch unbedenklich nur für Art 9.2.3. ARB 2015 tun. Insoweit besteht auch eine zum ähnlichen Wortlaut funktionale Verwandtschaft zu § 63 ZPO. Daher kann die einschlägige ARB-Formulierung ("dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht") so ausgelegt werden wie der Gesetzestext des § 63 ZPO ("als offenbar...aussichtslos erscheint").<sup>48</sup> Offenbar aussichtslos ist nach der Rechtsprechung zu § 63 ZPO eine Prozessführung, die schon ohne nähere Prüfung der Angriffsmittel oder Verteidigungsmittel als erfolglos erkannt werden kann, wie insb bei Unschlüssigkeit des Begehrens oder bei unbehebbarem Beweisnotstand. Eine nicht ganz entfernte Möglichkeit des Erfolges genügt.<sup>49</sup>

### 2.2.3.2. Die nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg

Eine zur Aussichtslosigkeit (oben 2.2.3.1.) vergleichbare funktionale Parallele besteht aber nicht zwischen der "nicht hinreichenden Aussicht auf Erfolg" (Art 9.2.2. ARB 2015) und dem "offenbar aussichtslos" (§ 63 ZPO).<sup>50</sup> Insoweit ist dem OGH also zu widersprechen.<sup>51</sup> Denn Art 9.2.2. ARB 2015 hat eine völlig andere Funktion als § 63 ZPO: Die Klausel in den ARB beschränkt die Kostenübernahme durch den Rechtsschutzversicherer auf die eigenen Kosten des Versicherungsnehmers. Der Versicherer kann bei nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg die Übernahme der an die Gegenseite zu zahlenden Kosten ablehnen.<sup>52</sup>

Dagegen gibt es, wie bereits mehrfach betont, eine Übernahme der **gegnerischen Kosten** bei der Verfahrenshilfe von vornherein nicht. § 63 ZPO ist geprägt von der Dichotomie aussichtslos - nicht aussichtslos. Davon hängt die Stundung der eigenen Kosten des Antragstellers ab.

Anders eben die Rechtsschutzversicherung: Der Rechtsschutzversicherer hat bei hinreichender Aussicht auf Erfolg **alle Kosten** (einschließlich jener des Gegners) zu übernehmen (Art 9.2.1. ARB 2015). Bei nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg kann der Versicherer die Übernahme der an die **Gegenseite** zu zahlenden Kosten ablehnen (Art 9.2.2. ARB 2015).

Es hieße Äpfel mit Birnen vergleichen, wollte man eine ARB-Bestimmung, welche die ansonsten volle Kostenübernahme auf die eigenen Kosten des Versicherungsnehmers beschränken will, ebenso auslegen wie eine gesetzliche Norm, welche über die Übernahme (Stundung) der eigenen Kosten des Antragstellers entscheidet. Die vordergründige begriffliche Ähnlichkeit, die um die "Aussicht auf Erfolg" kreist, kann nicht über die unterschiedlichen Funktionen beider Bestimmungen gestellt werden. Dies ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Die "nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg" ist also von der Aussichtslosigkeit zu unterscheiden. Dafür spricht auch, dass Art 9.2.2. ARB 2015 die nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg selbst definiert. Demnach ist die Aussicht auf Erfolg nicht hinreichend, wenn ein Unterliegen in einem Verfahren wahrscheinlicher ist als ein Obsiegen.

Daraus folgt zunächst in methodischer Hinsicht: Die Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages definieren in den ARB, was für ihren Vertrag die hinreichende Erfolgsaussicht bedeutet. Es ist daher zur Auslegung der österreichischen ARB nicht zulässig, die Auslegung des BGH zu den dARB heranzuziehen. Die vermeintlich parallele Begrifflichkeit könnte dazu ja verleiten. Weder § 128 dVVG 2008 noch die dARB (§§ 1, 17) definieren aber, was hinreichende Erfolgsaussicht bedeutet.<sup>53</sup> Daher ist nach deutschem Recht eine Auslegung dieses Begriffes durch die Gerichte erforderlich. Diese Auslegung nimmt der BGH vor, indem er die wortgleich formulierte Bestimmung des § 114 dZPO heranzieht.

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 147*

In Österreich ist eine solche Auslegung aber weder notwendig noch zulässig. Die Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages haben ja selbst klar definiert, was sie unter hinreichender Erfolgsaussicht verstehen wollen. Deshalb ist es entgegen dem OGH auch nicht zulässig, zur Auslegung der hinreichenden Erfolgsaussicht auf § 63 ZPO zu rekurrieren. Denn abgesehen von dem im Unterschied zum deutschen Recht anderslautenden Wortlaut darf den Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages nach den österreichischen ARB nicht unterstellt werden, sie hätten eine Regelung aus der ZPO übernommen.

Wollte man überhaupt ein solches Wortlautargument strapazieren, so müsste es im Gegenteil in etwa so lauten: Die Verfasser der österreichischen ARB und damit auch die Parteien eines konkreten Rechtsschutzversicherungsvertrages haben deshalb die hinreichende Erfolgsaussicht (gleichsam autonom) definiert, weil sie sich dafür im Gegensatz zur Aussichtslosigkeit gerade nicht an § 63 ZPO orientieren wollen.

Inhaltlich lässt sich die Definition in Art 9.2.2. ARB 2015 vereinfacht wohl am besten so umschreiben:<sup>54</sup> Bei einer prognostizierten Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % für ein Obsiegen im beabsichtigten Verfahren besteht eine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Nicht aussichtslos ist ein beabsichtigtes Verfahren dagegen auch bei einer deutlich höheren Wahrscheinlichkeit des Unterliegens. Es reicht ja - wie unter 2.2.3.1. gezeigt - eine nicht ganz entfernte Möglichkeit des Erfolgs.<sup>55</sup> Das kann etwa eine Wahrscheinlichkeit von 10 % sein.<sup>56</sup>

Dass eine beabsichtigte Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung nicht aussichtslos ist, heißt also noch nicht, dass sie hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Art 9.2.2. ARB 2015 zieht den Kreis möglicher Verfahren (mit Kostendeckung) also enger als Art 9.2.3. ARB 2015:<sup>57</sup> Ein zwar nicht aussichtsloses Verfahren, in dem der Versicherungsnehmer eher wahrscheinlich unterliegen wird, als es zu gewinnen, berechtigt den Rechtsschutzversicherer zur Ablehnung der Übernahme der gegnerischen Kosten. Will der Versicherungsnehmer das Verfahren dennoch führen, so muss der Rechtsschutzversicherer dessen eigene Kosten aber decken.

#### 2.2.4. Ergänzende methodische Bemerkungen

Die vorstehenden Überlegungen sind keineswegs nur dem akademischen Drang zur Exegese geschuldet. Wir müssen nämlich noch über die Entwicklung der geschilderten Rechtsprechung nachdenken.

Rechtssätze des OGH entfalten über die Zugänglichkeit des RIS-Justiz eine enorme Bedeutung für die Rechtsentwicklung.<sup>58</sup> Vielfach werden sie in späteren Entscheidungen zitiert wie eine Gesetzesnorm.<sup>59</sup> Der Präsident des OGH beschreibt dies jüngst so:

*"Daneben gelten Soft-law-Bestimmungen, die allein auf freiwillige Bereitschaft von Richtern zu einheitlichem Gesetzesvollzug setzen. So obliegt etwa dem Evidenzbüro des Obersten Gerichtshofs die Erfassung und Aufbereitung seiner Entscheidungen. Doch selbst hier kann es zu Verwerfungen kommen. Bei Rechtssätzen entscheidet nämlich nach § 15 OGHG 'in Zweifelsfällen [...] der jeweilige Senatsvorsitzende, ansonsten der Leiter des Evidenzbüros'. Wer weiß, wie wenig Zeit die meisten Juristen auf das Nachlesen der Entscheidungen verwenden, die den Rechtssätzen zugrunde liegen, begreift die kaum zu überschätzende regulative Kraft dieser Algorithmenbildung."<sup>60</sup>*

Bei einem Senat mit ausschließlicher Fachzuständigkeit, der 7. Senat des OGH ist für Vertragsversicherungsrecht allein zuständig, verstärkt sich die Wirkung der Rechtssätze. Das ist für die Einheitlichkeit und Voraussehbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zweifelsohne wichtig und verdienstvoll. Tatsächlich hat der OGH bei der Bildung von Rechtssätzen eine sehr lange Tradition.<sup>61</sup> Schon ab 1907 hat das Evidenzbüro wesentliche Aussagen der Urteile in Form von Leitsätzen auf Karteikarten festgehalten. Ab 1993 erfolgte eine elektronische Erfassung und seit 2000 ist die Dokumentation frei und kostenlos über das Internet zugänglich. Auf diese Weise konnte und kann die Entwicklung der Rechtsprechung sehr gut nachvollzogen werden. An der Rechtssatzbildung wirken die Senate mit.<sup>62</sup> Das Ziel von Rechtssätzen ist die Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit. Bspw wird die "Gleichstellung" neuer Entscheidungen bei bereits vorhandenen Rechtssätzen aufgezeigt.<sup>63</sup>

Das von RIS-Justiz geförderte Rechtssatzsystem sollte aber kein Selbstzweck werden. So weist *Ertl* zu Recht darauf hin, es sollten solche Rechtssätze, wenn deren Formulierung schon aus Gründen der Rechtssicherheit unvermeidbar sein dürfte, nicht ernster genommen werden als das Gesetz selbst.<sup>64</sup> Oft genug müsse man sie bei verantwortungsvoller Rechtsauslegung einschränkend oder erweiternd auslegen, in Beziehung zu anderen Rechtssätzen (oder dem Gesetz selbst) und - vor allem auch - dem Sachverhalt setzen, sodass es mit der "Ausjudizierung" einer bestimmten Rechtsfrage oft gar nicht so weit her sei, wie man meinen sollte.<sup>65</sup> Was den Arbeitsaufwand des Gerichts reduziert, erweist sich jedoch dann als problematisch, wenn ein solcher Rechtssatz ohne vertiefte Reflexion auf einen anderen Sachverhalt als jenen übertragen wird, für den er ursprünglich entwickelt wurde.<sup>66</sup>

Überdies kann es zu einer "Versteinerung" problematischer Rechtssätze führen. Dafür ist die Rechtsprechung des 7. Senats zu den Erfolgsaussichten ein Beispiel. Sie zeigt nämlich, wie sich solche Rechtssätze quasi verselbstständigen und den Blick auf

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 148*

den zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsinhalt verstehen können.

Der einschlägige Rechtssatz<sup>67</sup> findet sich erstmals in SZ 62/8: *"Ist der nach den - auch für den Arbeitsgerichts-Rechtsschutz anzuwendenden - allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung erfolgte Sachverhaltsvortrag des Versicherungsnehmers nicht von vornherein unschlüssig oder offensichtlich unrichtig, so kann der Versicherer Versicherungsschutz nur ablehnen, wenn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet."*

Bei unbefangener Lektüre dieses Rechtssatzes heißt das also: Der Versicherer kann die Deckung ablehnen, wenn keine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht. Dies überrascht: Dem Versicherungsvertrag in SZ 62/8 lagen die ARB 1965/82 zugrunde.<sup>68</sup> Diese enthielten in Art 7 Abs 5 UAbs 2 eine Klausel, welche dem heutigen Art 9.2.2. ARB 2015 entspricht.<sup>69</sup>

Es galt also schon nach damaliger Bedingungslage der auch heute noch geltende Grundsatz: Bei nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg kann der Versicherer die Übernahme der gegnerischen Kosten ablehnen. Warum demgegenüber der OGH in SZ 62/8 davon spricht, bei nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg könne der Versicherer den "Versicherungsschutz" ablehnen, bleibt unerfindlich. Der Rechtssatz RS0082253 entsprach jedenfalls schon im Zeitpunkt seiner Formulierung 1989 nicht den damals vereinbarten ARB.

In der Folge brachten die Begründung in OGH 7 Ob 47/02s<sup>70</sup> und die daraus resultierenden Beisätze zum angeführten Rechtssatz<sup>71</sup> zunächst Licht in das Dunkel der Erfolgsaussichten: *"Für den Fall dass im Sinne des Art 9.2.2. ARB 1995 die Erfolgsaussichten nicht hinreichen, weil ein Unterliegen des Versicherungsnehmers wahrscheinlicher ist als ein Obsiegen, sieht die genannte Bestimmung vor, dass der Versicherer berechtigt ist (nur) die Übernahme der an die Ge-*

genseite zu zahlenden Kosten abzulehnen (T2); Beisatz: hier: mangels hinreichender Erfolgsaussichten wurde Teildeckung im Sinne des Art 9.2.2. ARB 1995 gewährt (T3)". Die ARB 1988 und 1994 waren übrigens identisch formuliert.<sup>72</sup>

Damit wandelte sich das Bild in die nach den bisherigen Ausführungen zutreffende Richtung: Bei nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg kann der Versicherer die Übernahme der gegnerischen Kosten ablehnen (7 Ob 47/02s).<sup>73</sup> Er kann aber nicht die gesamte Deckung ablehnen (so aber noch SZ 62/8). Die Lösung des OGH in 7 Ob 47/02s zu den ARB 1995 entspricht wie bereits ausgeführt auch der aktuellen Bedingungslage (ARB 2015).<sup>74</sup>

Umso überraschender mutet es an, dass der OGH Jahre später in 7 Ob 130/10h<sup>75</sup> und 7 Ob 17/12w den Rechtssatz von SZ 62/8 praktisch wörtlich wiederholt. "Ist der Sachverhaltsvortrag des Versicherungsnehmers nicht von vornherein unschlüssig oder offensichtlich unrichtig, so kann der Versicherer Versicherungsschutz nur ablehnen, wenn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet."

Dieser Satz wird zu einem weiteren Beisatz zu RS0082253. Er ist aber in beiden OGH-Entscheidungen wieder fraglich. Denn die dem Versicherungsvertrag in SZ 2011/41 zugrunde liegenden ARB 2000 und die 7 Ob 17/12w zugrunde liegenden ARB 2003 entsprachen - wie den jeweiligen Entscheidungsgründen des OGH entnommen werden kann - im hier einschlägigen Art 9 den früheren ARB 1995 ebenso wie den aktuellen ARB 2015. Auch nach den ARB 2000 bzw 2003 berechtigte nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg den Versicherer, die Übernahme der gegnerischen Kosten abzulehnen. Nach dem Rechtssatz in 7 Ob 17/12w und der gleichlautenden Begründung in SZ 2011/41 soll aber nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg den Versicherer berechtigen "Versicherungsschutz" abzulehnen, also wohl zur Deckungsablehnung berechtigen. Das entspricht nach den Sachverhalten beider Entscheidungen offenkundig nicht den zwischen den Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrages vereinbarten Versicherungsbedingungen.

Diese Rechtsprechung setzt sich leider bis heute fort: Der Rechtssatz aus 7 Ob 17/12w, welcher der Begründung in SZ 2011/41 entspricht, wird in einer jüngsten Entscheidung des 7. Senates des OGH übernommen.<sup>76</sup> Auch dieser Entscheidung lagen die bereits angesprochenen ARB 2003 zugrunde. Die Begründung in 7 Ob 140/16p zeigt deutlich, dass der OGH bis heute nicht entsprechend den ARB zwischen der Aussichtslosigkeit und der (nicht) hinreichenden Erfolgsaussicht unterscheidet: "... [Der

Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 149

*Kläger] erhob ein schlüssiges Klagsvorbringen, das angesichts der divergierenden Gutachten im Zeitpunkt der Schadensmeldung die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht als offenbar aussichtslos erscheinen ließ. Der Kläger hat zwei Gutachten für sich, die gegen das vom belagten Sachverständigen erstellte Gutachten sprechen. Damit liegen die Voraussetzungen für die Übernahme der Kosten nach Art 9.2.1. ARB 2003 vor.*"<sup>77</sup>

Methodisch kann man nicht umhin, diese Entwicklung der Rechtsprechung des OGH kritisch zu sehen. Ein von Anfang an nicht den zwischen den Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrags vereinbarten ARB entsprechender Rechtssatz wurde vom OGH beinahe 30 Jahre tradiert. Entgegen dieser Entwicklung hätte aber schon damals und muss vor allem auch heute zwischen den verschiedenen "Graden" der Erfolgsaussichten genau differenziert werden. Denn dies entspricht schlicht dem, was die Parteien des Rechtsschutzversicherungsvertrags vereinbart haben und heute noch vereinbaren. Oder anders gewendet: Die Unterscheidung zwischen "nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg" und "erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg" entspricht seit 35 Jahren dem Bedingungsstandard der ARB.

### 3. Der Beurteilungsvorgang

#### 3.1. Fragestellung

Der Rechtsschutzversicherer (bzw das Gericht im Deckungsprozess) muss bei der Prüfung der Erfolgsaussichten eine Prognoseentscheidung treffen.<sup>78</sup> Er hat das ausstehende Verfahren "durchzuspielen" und danach zu beurteilen, wie dieses Verfahren voraussichtlich für den Versicherungsnehmer ausgehen wird. Die Notwendigkeit einer Prognose kann nicht bedeuten, dass bei der Beurteilung durch den Versicherer bzw im Deckungsprozess zwischen dem Rechtsschutzversicherer und dem Versicherungsnehmer der von Letzterem mit Rechtsschutzdeckung beabsichtigte Prozess vorweg genommen wird. Damit lässt sich auch erklären, warum bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten kein strenger Maßstab anzulegen ist.<sup>79</sup>

#### 3.2. Keine Beweiswürdigung

Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten darf der beabsichtigte Prozess nicht vorweggenommen werden. Daraus folgt: Eine Beweiswürdigung durch den Rechtsschutzversicherer bzw das Gericht im Deckungsprozess kommt nicht in Betracht.<sup>80</sup> Die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist aufgrund einer Prognose - im Fall eines bereits laufenden Haftpflichtprozesses aufgrund einer nachträglichen Prognose - nach dem im Zeitpunkt vor Einleitung des Haftpflichtprozesses vorliegenden Erhebungsmaterial vorzunehmen, weil eine Beurteilung der Beweischancen durch antizipierte Beweiswürdigung nicht in Betracht kommt.<sup>81</sup> Daher judiziert der OGH seit 1995, dass im Deckungsprozess Feststellungen über Tatfragen, die Gegenstand des Haftpflichtprozesses sind, für den Haftpflichtprozess nicht bindend, daher überflüssig und, soweit sie getroffen wurden, für die Frage der Deckungspflicht unbedeutlich sind.<sup>82</sup>

Art 9 ARB 2015 gesteht dem Rechtsschutzversicherer das Recht zu jederzeitigen Erhebungen zu. Überdies hat der Versicherer den Sachverhalt unter Berücksichtigung der Rechts- und Beweislage zu prüfen, bevor er zu seinem Ergebnis gelangt. Diese Klausel kann aber nach der dargelegten Rechtsprechung nur so verstanden werden: Der Rechtsschutzversicherer kann Erhebungen anstellen, eine Beweiswürdigung ist ihm aber versagt.

Denn der Grundsatz in der Rechtsschutzversicherung, dass im Deckungsprozess die Beweisaufnahmen und die Feststellungen zu im Haftpflichtprozess relevanten Tatfragen zu unterbleiben hätten und daher dem Versicherer eine vorweggenommene Beweiswürdigung verwehrt sei, gilt allgemein und damit auch für die Prüfung der Frage, ob nach Art 9.2.2. ARB 1994 ein Unterliegen in einem Verfahren wahrscheinlicher sei als ein Obsiegen.<sup>83</sup> Ist das Vorbringen des Versicherungsnehmers schlüssig, kann der Rechtsschutzversicherer noch prüfen, ob es bei zu erwartendem Bestreiten durch den Gegner beweisbar sein wird. Bietet der Versicherungsnehmer zulässige Beweismittel für die Richtigkeit seiner Sachverhaltsdarstellung an, kann der Versicherer nicht bei Prüfung der Erfolgsaussichten das Ergebnis einer Beweisaufnahme vorwegnehmen.<sup>84</sup>

Für das funktionale Verständnis der Prüfung der Erfolgsaussichten, ja des Deckungsprozesses in der Rechtsschutzversicherung an sich, ist die Begründung des OGH wichtig. Der 7. Senat liefert diese erstmals in SZ 68/122: Bei anderer Ansicht hätte es ja die Rechtsschutzversicherung praktisch immer dann, wenn die Haftungsfrage des Prozessgegners im Haftpflichtprozess von Tatfragen abhänge, an der Hand, die Deckung mit dem Hinweis auf die mangelnde Erfolgsaussicht abzulehnen und dieselben Beweise anzubieten, die dann im Haftpflichtprozess zugunsten des Gegners aufzunehmen sein würden. Hätte die Rechtsschutzversicherung das "Glück", dass die Beweiswürdigung des Richters im Deckungsprozess gegen den Versicherten ausfällt, bräuchte sie dann mit dem Hinweis auf die dadurch dokumentierte mangelnde Erfolgsaussicht keine Deckung mehr zu gewähren. Dem Einwand der mangelnden Bindung des Richters im Haftpflichtprozess an den Spruch und an die Tatsachenfeststellungen im Deckungsprozess könnte sie, wenn dem Kläger im Deckungsprozess letztlich nicht geglaubt werde, wei-

*Gruber, Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung, RdW 2018, Seite 150*

ters immer entgegenhalten, dass der Sachverhaltsvortrag des Versicherungsnehmers offensichtlich unrichtig sei, sodass deshalb ein berechtigter Grund für die Verweigerung des Versicherungsschutzes vorliege.<sup>85</sup>

Es sei aber - so der OGH weiter - grundsätzlich festzuhalten, dass die nicht dem Sinn und den Intentionen der Rechtsschutzversicherung entsprechende Möglichkeit des Rechtsschutzversicherers, die Deckung mit der Berufung auf all die aufgezeigten Argumente zu verweigern, deren Richtigkeit im Deckungsprozess unter Beweis zu stellen und damit letztlich auf die Aufnahme jener Beweise bereits im Deckungsprozess drängen zu können, die im Haftpflichtprozess entscheidungswesentlich seien, bei einer Fallkonstellation wie der hier vorliegenden sich nur dann unterbinden lasse, wenn die Prüfung eines solchen Einwandes, gleich unter welchem rechtlichen Aspekt er erhoben werde, als Tatfrage des Haftpflichtprozesses grundsätzlich diesem zur Prüfung vorbehalten werde.<sup>86</sup>

Oder wie es der OGH in einer Entscheidung aus 2008 unter Berufung auf OGH SZ 68/122 ausdrückt: Es sei grundsätzlich daran festzuhalten, dass es nicht Sinn und Zweck der Rechtsschutzversicherung sei, dem Rechtsschutzversicherer die Möglichkeit zu geben, die Deckung mit der Berufung auf Argumente zu verweigern, deren Richtigkeit im Deckungsprozess unter Beweis zu stellen sei.<sup>87</sup>

### 3.3. Lösung von Rechtsfragen?

Nach Art 9 ARB hat der Rechtsschutzversicherer die Erfolgsaussichten unter Berücksichtigung der Rechtslage zu beurteilen. Er darf aber nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des OGH<sup>88</sup> bisher nicht geklärte Rechtsfragen (ebenso wie das Gericht im Deckungsprozess) nicht im Vorgriff auf das anstehende Verfahren lösen und davon die Beurteilung der Rechtsfragen abhängig machen. Folgender Fall war in der Entscheidung des Höchstgerichtes zu beurteilen:<sup>89</sup> Nach

den Feststellungen des Erstgerichtes ereignete sich ein Verkehrsunfall, an dem der Kläger als Lenker seines Pkw und ein Straßenbahngespann beteiligt waren. Der Kläger begehrte vom Rechtsschutzversicherer Deckung für die Durchsetzung seiner Ansprüche aus diesem Verkehrsunfall. Bei der Fahrlinie der Straßenbahn handle es sich um einen Linksabbiegevorgang in einen abseits des Straßenzugs gelegenen Haltestellenbereich. Als Linksabbiegende habe die Straßenbahn im Kreuzungsbereich gegenüber dem geradeaus entgegenkommenden Kläger nach § 19 Abs 5 StVO Nachrang. Der Lenker der Straßenbahn habe diesen Nachrang missachtet, wodurch es zur Kollision gekommen sei. Sowohl das Erstgericht (BG für Handelssachen Wien) als auch das Berufungsgericht (HG Wien) wiesen das Klagebegehren ab. Dies mit der Begründung, die Rechtslage nach der StVO sei eindeutig. Es liege kein Linksabbiegen mit Vorrangverletzung durch die Straßenbahn vor. Vielmehr hätte der Kläger die Gleise so rasch wie möglich verlassen müssen, um dem Schienenfahrzeug Platz zu machen (§ 28 Abs 2 StVO). Das HG Wien meinte auch, dass der Rechtssatz des OGH, der Deckungsprozess dürfe den Haftpflichtprozess nicht vorwegnehmen, nur für Tatfragen, nicht aber für die rechtliche Beurteilung gelte.

Dem widerspricht der OGH: Ohne Zweifel sei die Rechtsschutzdeckung nicht auf Verfahren zur Klärung streitiger Tatsachen beschränkt, sondern umfasse auch solche, in denen ausschließlich - auch bisher noch nicht beurteilte - Rechtsfragen zu lösen seien.<sup>90</sup> Die Sichtweise des Berufungsgerichts führte dazu, dass bei Deckungsablehnung durch den Versicherer der Versicherungsnehmer die im zu deckenden Prozess zu beurteilende Rechtsfrage vorweg im Deckungsprozess auf eigene Kosten zur Darstellung seiner Erfolgsaussichten klären lassen müsste, was dem Wesen der Rechtsschutzversicherung widerspräche. Eine Vorwegnahme des Ergebnisses des zu deckenden Prozesses im Deckungsprozess durch Klärung der dort gegenständlichen - bisher noch nicht gelösten - Rechtsfragen zur Beurteilung der Erfolgsaussichten komme daher ebenso wenig in Betracht wie die Vorwegnahme der Klärung der Tatfragen.<sup>91</sup> Daraus folgt für den OGH: Hänge der Ausgang im zu deckenden Prozess bei Fehlen einer klaren Gesetzeslage von einer bisher nicht gelösten Rechtsfrage ab, dann rechtfertige dies nicht die Annahme, dass keine oder keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bestehe.<sup>92</sup>

Vor diesem Hintergrund erweise sich - so der OGH abschließend - die beabsichtigte Rechtsverfolgung durch den Kläger weder als offenbar aussichtslos, noch erlaube sich ohne voreilende Würdigung der im zu deckenden Prozess erst zu klarenden Rechtsfrage die Beurteilung, dass ein Obsiegen unwahrscheinlich sei. Die Verweigerung der Deckung durch die Beklagte nach Art 9.2.3 ARB 2004 ist demnach ebenso wenig berechtigt wie die teilweise Deckungsablehnung nach Art 9.2.2 ARB 2004.<sup>93</sup>

Zu beachten gilt es, dass der OGH sein Ergebnis ausdrücklich auf Fälle beschränkt, in denen eine klare Gesetzeslage fehlt und wo der Ausgang des Verfahrens von einer bisher noch nicht gelösten Rechtsfrage abhängt. Aus dieser Begründung ergibt sich - bei aller Vorsicht, die bei Deutungsversuchen höchstrichterlicher Begründungen geboten ist - wohl ein Gegenschluss: Ist die

Gruber, *Die Erfolgsaussichten in der Rechtsschutzversicherung*, RdW 2018, Seite 151

Rechtslage klar und/oder die zu beurteilende Rechtsfrage bereits gelöst, so wird der Rechtsschutzversicherer bzw das Gericht im Deckungsprozess bei der Prüfung der Erfolgsaussichten zur Beurteilung kommen dürfen, die vom Versicherungsnehmer geplante Prozessführung sei aussichtslos bzw es bestünde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

#### 4. Zusammenfassung

1. Die Klausel in Art 9.2.3. ARB 2015 ("dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht") ist so auszulegen wie § 63 ZPO ("als offenbar ... aussichtslos erscheint").
2. Das beabsichtigte Verfahren ist nicht aussichtslos, wenn eine nicht ganz entfernte Möglichkeit des Erfolges besteht.
3. Die Auslegung der "nicht hinreichenden Aussicht auf Erfolg" (Art 9.2.2. ARB 2015) hat sich entgegen dem OGH nicht am Begriff "nicht als offenbar aussichtslos" des § 63 ZPO zu orientieren.
4. Bei einer prognostizierten Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % für ein Obsiegen im beabsichtigten Verfahren besteht hinreichende Aussicht auf Erfolg.
5. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist eine Prognoseentscheidung.
6. Das beabsichtigte Verfahren darf bei dieser Prüfung nicht vorweggenommen werden.
7. Es hat daher weder eine Beweiswürdigung noch eine Lösung bisher ungeklärter Rechtsfragen zu erfolgen.

1 OGH 7 Ob 15/15d, ZFR 2015, 426; 7 Ob 190/14p, VR 2015, 30.

2 OGH 7 Ob 15/15d; SZ 2012/21 uam.

3 Im Internet abrufbar unter

<http://www.vvo.at/vvo/vvo.nsf/033bc38c04cb4a8bc12574dc005de1e4/98d5dd378ba49856c1257ce50043b477?OpenDocument> Abgedruckt bei *Fenyves/Koban, Allgemeine Versicherungsbedingungen*<sup>5</sup> (2015) 148.

4 Anwaltshonorar, Gebühren, Vorschüsse usw.

5 Also unabhängig von seiner Erklärung nach § 158n Abs 1 VersVG (= Art 9.1. ARB 2015).

6 Diese Prüfung unterbleibt im Straf-, Führerschein- und Beratungs-Rechtsschutz (Art 6.3. Abs 2 ARB 2015).

7 Es besteht also keine Verpflichtung des Versicherers.

8 RL 87/344 EWG des Rates vom 22. 6. 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, ABI L 185/77.

9 OGH 7 Ob 48/88, SZ 62/8 = VersR 1989, 1179 = VR 1989, 348.

10 RIS-Justiz RS0081929.

11 OGH 7 Ob 47/02s, VersE 1965.

12 RIS-Justiz RS0081929 (T1).

13 RIS-Justiz RS0081929 (T1).

14 Zuletzt etwa OGH 7 Ob 171/16x; 7 Ob 161/16a, RdW 2017, 155.

15 = NJW 1988, 266 (267) = r+s 1987, 345. Seitdem ständige Rechtsprechung: BGH VersR 2003, 454 (455) zur Mutwilligkeit; zur Erfolgsaussicht OLG Karlsruhe VersR 2006, 969; VersR 1999, 613; OLG Celle VersR 2007, 1218; OLG Köln r+s 2002, 289.

16 Entspricht in Österreich der Verfahrenshilfe.

17 Der OGH beruft sich in 7 Ob 47/02s auch auf das Schweizer Bundesgericht (5 C 190/92). Dieses war zum Ergebnis gelangt, dass der Begriff der Aussichtslosigkeit im Bereich der Rechtsschutzversicherung keineswegs weiter gefasst werden dürfe als bei der unentgeltlichen Rechtspflege; Letztere entspricht ebenfalls wieder der österreichischen Verfahrenshilfe.

18 RIS-Justiz RS0081921 (T1). So bereits *Knirsch*, AnwBl 1993, 725.

19 VersR 1987, 1186.

20 Vgl schon *Böhme*, ARB<sup>3</sup> § 17 Ann 1; *Schorn*, Die Grenze der Leistungspflicht in der Rechtsschutzversicherung unter besonderer Berücksichtigung des § 114 ZPO (Diss Köln 1982) 65.

21 BGH VersR 1987, 1186.

22 Etwa *Armbriüster* in *Prölss/Martin*, VVG<sup>29</sup> ARB 2010 § 1 Rz 8: "Ob eine Auslegung des § 1 im selben Sinne wie § 114 ZPO methodisch zwingend ist, mag offen bleiben." Die These des BGH entspricht aber inzwischen völlig herrschender Auffassung zur Auslegung der dARB: etwa *Richter* in MünchKomm zum VVG § 128 Rz 17; *Harbauer/Bauer*, Rechtsschutzversicherung<sup>8</sup> Vorbem § 18 Rz 31. Zur Rechtsprechung siehe schon oben FN 15.

23 So jedenfalls *Knirsch*, AnwBl 1993, 725.

24 Im Ergebnis ebenso *Friedl*, VR 1994, 131. Dagegen kann ich *Knirsch*, AnwBl 1993, 725, nicht folgen: Aus dem Hinweis des OGH in SZ 62/8 auf den Kommentar von *Harbauer* zur Rechtsschutzversicherung schließt *Knirsch*: "Daraus ist ersichtlich, daß die in Österreich geltenden ARB aus dem [sic!] deutschen ARB und damit aus der deutschen ZPO einen Rechtsbegriff aus deren früherer Armenrechtsregelung, jetzt Prozeßkostenhilfe, übernommen (um nicht zu sagen: abgeschrieben) haben, anstatt auf die entsprechenden Bestimmungen der Verfahrenshilfe nach der österreichischen ZPO zurückzugreifen." Weiter heißt es bei *Knirsch*: "Das heißt: In Österreich wird sich die Beurteilung der Frage, ob 'keine oder nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg' besteht, am Begriff 'nicht als offenbar aussichtslos' des für die Bewilligung der Verfahrenshilfe geltenden § 63 ZPO zu orientieren haben." Den mE entscheidenden Punkt vermag *Knirsch* aber damit nicht zu erklären: Warum soll aus der angeblichen Abschreib-Kette (§ 114 dZPO - dARB - öARB) folgen, dass man zur Auslegung der österreichischen ARB den § 63 öZPO heranziehen hat? *Knirsch* selbst weist ja darauf hin, dass in den österreichischen ARB gerade nicht auf die Begrifflichkeit des § 63 ZPO zurückgegriffen wird. Tatsächlich sollte man aber gar nicht die Begriffsjurisprudenz pflegen. Vielmehr gilt es die divergente Funktionalität der Bestimmungen zu bedenken - dazu sogleich und unter c. Auch wenn die Überlegungen von *Knirsch* methodisch nicht überzeugen können: Sein Aufsatz prägte die Rechtsprechung des OGH, wie die Begründung in OGH 7 Ob 47/02s zeigt, wo sich der OGH ausdrücklich darauf bezieht.

25 Unten 2.2.3.1.

26 Rechtsschutzversicherung<sup>6</sup> § 1 ARB 1975 Rz 33.

27 Der OGH gibt die folgend im Text dargelegte Passage bei *Harbauer* (vorige FN) praktisch wörtlich wieder.

28 *Harbauer*, Rechtsschutzversicherung<sup>6</sup> § 1 ARB 1975 Rz 33.

29 Nachweise bei *Armbriüster*, aaO Rz 8. Auch *Harbauer* hat diese Auffassung in den früheren Auflagen seines Kommentars vertreten.

30 OLG Köln VersR 1983, 1025.

31 Ähnlich auch *Schorn* 101, 105: Die Auslegung der ARB habe großzügiger zu erfolgen.

32 Dafür beruft sich das OLG Köln auf eine frühere Auflage des Kommentars von *Harbauer* zu den ARB.

33 OLG Frankfurt VersR 1984, 857.

34 *Prölss* in *Prölss/Martin*, VVG<sup>24</sup> § 1 ARB Ann 1.

35 Vgl *Armbriüster*, aaO Rz 8: Jedenfalls sei es sachgerecht, den Versicherer im Interesse der Versichertengemeinschaft an möglichst niedrigen Prämien und im allgemeinen Interesse an einer Eindämmung der Prozessflut nicht allzu gewagte Rechtsstreitigkeiten finanzieren zu lassen.

36 Vgl *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 Vor §§ 63 ff ZPO Rz 1; zum deutschen Recht etwa MünchKomm zur ZPO<sup>5</sup> /*Wacke* § 114 Rz 1.

37 Vgl OGH 1 Ob 148/00x und *R. Fucik*, ÖJZ 2012, 197.

38 Näher *R. Fucik*, ÖJZ 2012, 197 f.

39 Vgl schon *Schorn* 100.

40 Siehe RIS-Justiz RS0050063; RS0112256 (T10); RS0008901; OGH 7 Ob 86/15w, RdW 2015, 564.

41 So der OGH, siehe RIS-Justiz RS0081929 (T1).

42 Vgl §§ 68, 71 ZPO.

- 43 *M. Bydlinski* Vor §§ 63 ff ZPO Rz 3.
- 44 *M. Bydlinski* Vor §§ 63 ff ZPO Rz 3.
- 45 Siehe auch *Schorn* 101 f.
- 46 Ebenso *Ertl*, ecolex 2012, 877. AA offenbar *Friedl*, VR 1994, 131, der auch Art 9.2.1. einbezieht.
- 47 Siehe schon oben 2.2.2.1. (bei FN 25).
- 48 Ebenso *Ertl*, ecolex 2012, 877. Siehe schon oben 2.2.2.1. (bei FN 25).
- 49 RIS-Justiz RS0117144. Vgl auch RS0116448.
- 50 Ebenso *Ertl*, ecolex 2012, 877; *Friedl*, VR 1994, 131.
- 51 Vgl auch *Ertl*, ecolex 2012, 877 ("*unklar*").
- 52 Vgl auch *Ertl*, ecolex 2012, 877.
- 53 Vgl schon *Friedl*, VR 1994, 129 (130): In den deutschen ARB seien nur die Varianten nach Art 9.2.1. und 9.2.3., nicht aber Art 9.2.2. geregelt.
- 54 Vgl bereits *Friedl*, VR 1994, 131.
- 55 RIS-Justiz RS0117144. Vgl auch *M. Bydlinski* § 63 ZPO Rz 20 f mwN.
- 56 Strenger wohl *Friedl*, VR 1994, 131: keine Erfolgschancen objektivierbar.
- 57 Ähnlich (bezogen auf § 63 ZPO) *Ertl*, ecolex 2012, 877 ("*strenger*").
- 58 Vgl nur *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 12 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at) Rz 4.
- 59 *Schauer* § 12 Rz 4.
- 60 *Ratz*, ZVG 2017, 10.
- 61 *Stöger-Frank*, ZVG 2017, 400.
- 62 *Stöger-Frank*, ZVG 2017, 400.
- 63 *Stöger-Frank*, ZVG 2017, 400.
- 64 *Ertl*, ecolex 2015, 1032.
- 65 *Ertl*, ecolex 2015, 1032.
- 66 *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 12 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at) Rz 4.
- 67 RS0082253.
- 68 Veröffentlichungen des BMF betreffend die Vertragsversicherung 1982 (58. Jg) Nr 2, Ifde Nr 29: siehe auch *Friedl*, VR 1994, 130. Die ARB 1965/82 werden in SZ 62/8 als "1985/82" wiedergegeben. MW gab es ARB 1985/82 nicht.
- 69 "Kommt der Versicherer bei der Geltendmachung von Ansprüchen nach Prüfung des Sachverhaltes, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechts- und Beweislage sowie der Rechtsprechung zum Ergebnis, daß hinreichend Aussicht auf Erfolg besteht, in einem Prozeß im angestrebten Umfang zu obsiegen, so hat er sich zur Übernahme aller Kosten nach Maßgabe des Art. 3 bereit zu erklären.
- Ist diese Aussicht nicht hinreichend, dh. ein Unterliegen im Prozeß wahrscheinlicher als ein Obsiegen, so ist er berechtigt, seine Kostenhaftung für die der Gegenseite zu erstattenden Kosten abzulehnen.*
- Kommt der Versicherer zum Ergebnis, daß erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht - wobei die Frage der Einbringlichkeit außer Betracht bleibt - oder daß keine Notwendigkeit zur Durchführung von Nebeninterventionen oder Privatbeteiligungen besteht, so hat er das Recht, seine Kostenhaftung zur Gänze abzulehnen.*"
- 70 Diese Entscheidung brachte erstmals die Parallele zu § 63 ZPO ins Spiel (oben 2.1.).
- 71 RIS-Justiz RS0082253.
- 72 Darauf weist der OGH auch in 7 Ob 47/02s hin. Für die ARB 1994 siehe etwa OGH 7 Ob 103/08k und dazu die Glosse von *Kronsteiner*, ÖJZ 2009, 227.
- 73 Der OGH sieht dabei aber nicht, dass sich dieser Beisatz T2 zu RS0082253 nicht mit dem von ihm ebenfalls (in derselben Entscheidung!) formulierten Beisatz T1 über die Orientierung an § 63 ZPO verträgt (dazu schon oben 2.2.3.2.). Der OGH urteilt also in 7 Ob 47/02s die Funktion der ARB-Klausel über die nicht hinreichende Erfolgsaussicht völlig zutreffend (Ablehnung der Übernahme der gegnerischen Kosten). Nur passt die inhaltliche Orientierung an § 63 ZPO damit nicht nur nicht zusammen, dieser Teil der Begründung war für die Falllösung schlicht unnötig.
- 74 Zu deren Formulierung oben 1.
- 75 SZ 2011/41 (sub 2.2.1.).
- 76 OGH 7 Ob 140/16p, VbR 2017, 28.
- 77 OGH 7 Ob 140/16p (sub 1.3.) Hervorhebungen durch den Verfasser. Art 9.2.1. ARB 2003 entspricht Art 9.2.1. ARB 2015: Übernahme aller Kosten, wenn hinreichende Aussicht besteht, in einem Verfahren im angestrebten Umfang zu obsiegen.
- 78 RIS-Justiz RS0124256.
- 79 RIS-Justiz RS0081929.
- 80 RIS-Justiz RS0081927.
- 81 RIS-Justiz RS0124256.
- 82 RIS-Justiz RS0081927.
- 83 RIS-Justiz RS0124256.
- 84 OGH 7 Ob 213/02b, VersE 1984 (zu einem Schiedsgutachterausspruch nach § 64 VersVG [aF vor 1994] iVm Art 8 ARB 1965).
- 85 OGH SZ 68/122 (S 769). Weiters führt der OGH noch an: Zugleich könnte sich der Rechtsschutzversicherer auch darauf berufen, dass der Schadenersatzprozess in Wahrheit nicht gegen einen Dritten im Sinn des Art 1 Abs 1 lit a ARB 1965/82 geführt werde bzw nicht auf gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhaltes beruhe (weil ausschließlich selbstverschuldeter Schaden vorliege) und deshalb auch keine Haftpflicht eines "Dritten" bestehe) und damit der vom Versicherten zu beweisende Versicherungsfall gar nicht eingetreten sei. Überdies könnte sich der Rechtsschutzversicherer jeweils noch auf die oft zwangsläufig damit verbundene Obliegenheitsverletzung im Sinn des Art 6 Abs 1 ARB 1965/82 berufen.
- 86 OGH SZ 68/122 (S 770).
- 87 OGH 7 Ob 103/08k.
- 88 OGH 7 Ob 161/16a, RdW 2017, 155.
- 89 OGH 7 Ob 161/16a, RdW 2017, 155.
- 90 OGH 7 Ob 161/16a (sub 3.3.).

- 91 OGH 7 Ob 161/16a (sub 3.3).
- 92 OGH 7 Ob 161/16a (sub 3.3).
- 93 OGH 7 Ob 161/16a (sub 3.4).