

[Wegen des durch den Prozessstoff bedingten Umfangs der Entscheidung wird von einer näheren Wiedergabe des Sachverhalts und des Parteivorbringens sowie der Vorentscheidungen abgesehen.]

09 CG.2021.299- ON 41

B e s c h l u s s

Der Fürstliche Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch seinen ersten Senat unter dem stellvertretenden Vorsitz des Vizepräsidenten Dr. Walter Krabichler sowie die OberstrichterIn Dr. Wolfram Purtscheller, Dr. Marie-Theres Frick, Dr. Thomas Hasler und Dr. Thomas Risch als weitere Mitglieder des Senats, ferner im Beisein der Schriftführerin Astrid Wanger, in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. A*****, und 2. B*****, beide c/o *****, beide vertreten durch *****, gegen die beklagte Partei C*****, vertreten durch *****, wegen CHF 9'542'676.11 s.A., in eventu Feststellung (Streitinteresse: CHF 9'900'000.00 s.A.), in eventu CHF 4'617'476.11, in eventu Feststellung (Streitinteresse: CHF 4'975'000.00 s.A.), über die Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Fürstlichen Obergerichts vom 03.11.2022, 09 CG.2021.299, ON 29, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Fürstlichen Landgerichts vom 08.04.2022, 09 CG.2021.299, ON 18, im Sinn einer

vollständigen Klagsabweisung abgeändert wurde, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen:

Der Revision wird dahin F o l g e gegeben, dass das angefochtene Urteil a u f g e h o b e n und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Fürstliche Obergericht z u r ü c k v e r w i e s e n wird.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

1. Die ***** war eine Aktiengesellschaft nach liechtensteinischem Recht mit dem Sitz in Vaduz. Sie wurde in der Folge in die Rechtsform eines Treuunternehmens „*****“ (im Folgenden kurz: *****) umgewandelt. Dabei handelt es sich um eine Treuhandgesellschaft mit Bewilligung zu umfassenden Tätigkeiten gemäss Art 14 Abs 1 des TrHG.

Die Erstklägerin war (ist) Mitglied des Verwaltungsrates (nun Treuhänderrates) der ***** und im Rahmen des Treuhandbetriebs der ***** tätig.

Der Zweitkläger war (ist) Mitglied der Geschäftsleitung der ***** und ebenfalls innerhalb des Treuhandbetriebes der ***** aktiv.

Die Erstklägerin ist ausgebildete Treuhänderin.
Der Zweitbeklagte ist Jurist.

***** ***** war Vorsitzender der
Geschäftsleitung der ***** und ist konzessionierter
Treuhänder.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft nach
schweizerischem Recht. Es handelt sich um eine auch in
Liechtenstein tätige Versicherungsgesellschaft, die in
Vaduz eine Geschäftsstelle unterhält.

Zwischen der ***** und der Beklagten bestanden
(bestehen) diverse Versicherungsverträge, so unter
anderem eine Berufshaftpflichtversicherung und eine
Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, die eine
Organhaftpflichtdeckung beinhaltet(e).

Im Jahr 2004 gründete die ***** im Auftrag von
Mag. ***** ***** treuhänderisch die ***** Stiftung, die
***** Stiftung, die ***** Stiftung, die ***** Stiftung, die
***** Stiftung und die ***** Stiftung.

Die Erstklägerin und der Zweitkläger waren
einzelvertretungsberechtigte Stiftungsräte dieser
Stiftungen.

Durch die bestehenden Versicherungsverträge
wurden die Tätigkeiten der Kläger als Stiftungsräte der
genannten Stiftungen mitversichert.

Am 02.05.2013 wies das Fürstliche Landgericht
einen Konkursantrag der ***** Stiftung vom 27.03.2013
mangels Vermögens, das die Kosten eines
Konkursverfahrens mutmasslich decken würde, ab.

Zugleich wurde die Aufhebung und die Löschung der Stiftung verfügt.

Die Stifterin und ehemalige Begünstigte Mag. ***** beantragte am 04.12.2015 die Bestellung eines Beistands für die ***** Stiftung zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Kläger. Mit Beschluss des Fürstlichen Landgerichts vom 09.12.2015 (ON 2 zu 05 HG.2015.263) wurde Dr. ***** Rechtsanwalt in Vaduz, zum gerichtlichen Beistand der ***** Stiftung bestellt.

Mit Schiedsspruch vom 18.09.2020 verpflichtete das „Schiedsgericht ***** Stiftung vs *****/*****_*****“ die nunmehrigen Kläger als damalige Schiedsbeklagte zur Zahlung von CHF 10 Millionen samt 5% Zinsen p.a. aus CHF 200'000.00 ab 03.11.2017 und aus CHF 9'800'000.00 ab 12.11.2018 und der mit CHF 338'623.90 bestimmten Kosten des Schiedsverfahrens an die damalige Schiedsklägerin ***** Stiftung (beendet).

Mit Urteil vom 03.03.2021 (SO.2020.1, ON 13) wies das Fürstliche Obergericht eine Aufhebungsklage bezüglich des Schiedsspruchs rechtskräftig ab.

Soweit ist der Sachverhalt im derzeitigen Verfahrensstadium nicht strittig.

2. Die *Kläger* erhoben mit ihrer am 15.10.2021 beim Fürstlichen Landgericht eingebrachten Klage folgende Begehren:

„1. Die *Beklagte* ist schuldig, den *Klägern* zur ungeteilten Hand den Betrag von CHF 9'542'676.11 samt Zinsen in Höhe von 5 % seit 28.01.2018 binnen vier Wochen zu Handen der *Klagevertreterin* zu bezahlen;

in eventu

2. die Beklagte ist schuldig, die Kläger von den mit Schiedsspruch des Schiedsgerichts (bestehend aus RA Dr. ***** ***, LL.M., RA Dr. ***** ***, RA lic. iur. ***** ***) im Verfahren ***** Stiftung vs *****/*****-***** vom 18.09.2020 titulierten Forderungen (CHF 10'000'000.00 samt 5 % Zinsen p.a. aus CHF 200'000.00 ab 03.11.2017 und aus CHF 9'800'000.00 ab 12.11.2018 sowie Ersatz der Kosten des Schiedsverfahrens in Höhe von CHF 338'623.90) in Höhe der nach der Police Nr. D***** (nach Abzug des Selbstbehalts und der von der Beklagten geleisteten Abwehrkosten) noch zur Verfügung stehenden Versicherungssumme von CHF 9'542'676.11 durch Leistung gegenüber der ***** Stiftung zu befreien;

in eventu

3. es wird mit Wirkung zwischen den Klägern und der Beklagten festgestellt, dass die Beklagte aufgrund und im Umfang der zwischen der ***** als Versicherungsnehmerin und der Beklagten abgeschlossenen Berufshaftpflicht-Versicherung, einschliesslich der im Deckungsumfang enthaltenen Organhaftpflicht-Versicherung zu Policen Nr. D***** für sämtliche den Klägern aus der Tätigkeit als Organ (Stiftungsrat) der ***** Stiftung (beendet) entstandenen Schadensfälle den Klägern gegenüber Deckungsschutz bis zu einer Versicherungssumme von insgesamt CHF 9'900'000.00 zu gewähren hat;

in eventu

4. die Beklagte ist schuldig, die Kläger von den mit Schiedsspruch des Schiedsgerichts (bestehend aus RA Dr. ***** ***, LL.M., RA Dr. ***** ***, RA lic. iur. ***** ***) im Verfahren ***** Stiftung versus *****/*****-***** vom 18.09.2020 titulierten Forderungen (CHF 10'000'000.00 samt 5 % Zinsen p.a. aus CHF 200'000.00 ab 03.11.2017 und aus CHF 9'800'000.00 ab

*12.11.2018 sowie Ersatz der Kosten des Schiedsverfahrens in Höhe von CHF 338'623.90) in Höhe der nach den Policen E**** und F**** (nach Abzug des Selbstbehaltes und der von der Beklagten geleisteten Abwehrkosten) noch zur Verfügung stehenden Versicherungssumme von CHF 4'617'476.11 durch Leistung gegenüber der ***** Stiftung (beendet) zu befreien;*

in eventu

- 5. es wird mit Wirkung zwischen den Klägern und der Beklagten festgestellt, dass die Beklagte aufgrund und im Umfang der zwischen der *****als Versicherungsnehmerin und der Beklagten abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherung, einschliesslich der im Deckungsumfang enthaltenen Organhaftpflichtversicherung, zu Policen-Nr. E**** und F**** für sämtliche den Klägern aus der Tätigkeit als Organ (Stiftungsrat) der ***** Stiftung (beendet) entstandenen Schadensfälle den Klägern gegenüber Deckungsschutz bis zu einer Versicherungssumme von insgesamt CHF 4'975.000.00 zu gewähren hat und*
- 6. die Beklagte ist schuldig, den Klägern die vom Gericht bestimmten Kosten binnen vier Wochen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.“*

Dazu brachten die Kläger zusammengefasst vor:

[...]

- 3. Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete zusammengefasst ein:*

[...]

- 4. Das Fürstliche Landgericht erkannte mit seinem Urteil vom 08.04.2022 (ON 18) die Beklagte schuldig, den Klägern zur ungeteilten Hand CHF 9'542'676.11 samt 5% Zinsen seit 28.10.2020 zu bezahlen. Das Zinsenmehrbegehren von weiteren 5% Zinsen aus CHF*

9'542'676.11 vom 28.01.2018 bis 27.10.2020 wies das Erstgericht (rechtskräftig) ab.

[...]

5. Das *Fürstliche Obergericht* änderte mit dem nunmehr angefochtenen Urteil vom 03.11.2022 (ON 29) über Berufung der beklagten Partei das erstinstanzliche Urteil, das in seinem klagsabweisenden Teil unbekämpft in Rechtskraft erwachsen ist, im Sinn einer vollständigen Klagsabweisung ab. Die Kläger wurden zur ungeteilten Hand schuldig erkannt, der Beklagten die mit CHF 52'462.72 bzw CHF 57'833.70 bestimmten Kosten der Verfahren erster und zweiter Instanz zu ersetzen.

[...]

6. Die *Kläger* bekämpfen mit ihrer rechtzeitigen Revision das Berufungsurteil ON 29 mit dem Erklären, dieses „seinem gesamten Umfang nach“ wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung anzufechten. Die Revisionsausführungen münden in einen Abänderungsantrag dahin, dass das Ersturteil wiederhergestellt werde. Hilfsweise werden Aufhebungsanträge gestellt.

Nach den Revisionsausführungen ist eindeutig zu erkennen, dass sich die Revision entgegen ihrer Anfechtungserklärung nur gegen den abändernden Teil des Berufungsgerichts richtet und somit nicht gegen den Ausspruch, der den vom Erstgericht unbekämpft abgewiesenen Teil des Zinsenbegehrens erfasst.

Auf die Revisionsausführungen wird – soweit für die Entscheidung von Bedeutung – noch einzugehen sein (§§ 482, 469a ZPO).

7. Die *Beklagte* erstattete fristgerecht eine Revisionsbeantwortung, in der sie beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

Auch auf die Darlegungen in der Rechtsmittelgegenschrift wird nachfolgend – soweit entscheidungsrelevant – zurückzukommen sein (§§ 482, 469a ZPO).

8. Die Revision ist gemäss § 471 Abs 2 ZPO zulässig; sie ist im Sinn des Aufhebungsantrages auch berechtigt.

8.1. Die *Beklagte* hat ihren Sitz in der Schweiz, sodass ein relevanter Auslandsbezug gegeben ist. Das Berufungsgericht hat hinreichend begründet, warum es in der Sache liechtensteinisches Sachrecht angewendet hat. Dem treten die Parteien im Revisionsverfahren nicht mehr entgegen. Sollten diese aber ausländisches Recht für anwendbar halten, so müssten sie dies jedenfalls auch bei dieser Verfahrenslage konkret geltend machen und dazu auch ausführen, welches günstigere als das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis daraus zu erwarten wäre (vgl OGH 07.10.2022, 07 CG.2022.43 GE 2022, 238 Erw 8.1. mwN). Dies ist allerdings nicht der Fall, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. In der Sache ist daher liechtensteinisches Recht anzuwenden.

8.2. Das Berufungsgericht hat im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung (ON 29 Erw 8.3) die Frage der

Bindungswirkung des Schiedsurteils für den vorliegenden Prozess thematisiert und dazu Gesichtspunkte aus der österreichischen sowie deutschen Rechtsprechung aufgezeigt. Ob eine derartige Bindungswirkung auch nach liechtensteinischem Recht bestehe, war nach Ansicht des Fürstlichen Obergerichts nicht näher zu erörtern, da nicht feststehe, ob der Beklagten Gelegenheit gegeben worden sei, sich am Schiedsverfahren als Nebenintervenientin zu beteiligen. Darüber hinaus ziehe diese die im Schiedsspruch vom 18.09.2020 getroffenen Feststellungen zur Haftung der Kläger ohnehin nicht in Zweifel.

Nach § 624 ZPO (*Wirkung des Schiedsspruchs*) hat der Schiedsspruch zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Diese Bestimmung entspricht jener des § 607 öZPO, sodass auch die dazu ergangene Judikatur und Literatur im Rezeptionsland zu berücksichtigen ist.

Eine Bindungswirkung des im Haftpflichtprozess ergangenen Urteils dahin, dass die Ersatzpflicht des Versicherten nach Bestand und Betrag im Deckungsprozess gegen den Versicherer nicht nachgeprüft werden darf, setzt voraus, dass dieser sich am Haftpflichtprozess beteiligt hat, oder dass er von diesem Verfahren verständigt und ihm Gelegenheit zur Nebenintervention geboten worden ist (7 Ob 125/18k; vgl RIS-Justiz RS0041315; 7 Ob 109/07s).

Allerdings liegt die Entscheidung, ob und in welcher Form Dritte (etwa in einer vergleichbaren Position eines Nebenintervenienten im Zivilprozess oder als „amicus curiae“) am Schiedsverfahren beteiligt werden sollen, allein in der Disposition der Parteien. Daher kann

ein Dritter nicht in das Schiedsverfahren einbezogen werden, wenn dem auch nur eine Partei nicht zustimmt (*Rechberger/Hofstätter* in *Rechberger/Klicka ZPO*⁵ § 594 Rz 4).

Eine Bindungswirkung des Schiedsspruches gegenüber dem Dritten ist nur dann zu bejahen, wenn dieser (zB durch nachträglichen Beitritt) Teil der Schiedsvereinbarung geworden ist (also in Wahrheit gar kein „Dritter“ mehr ist), ihm ausreichend rechtliches Gehör gewährt wurde und wenn er sich an der Bildung des Schiedsgerichts beteiligen konnte (worauf er allerdings – allenfalls durch rügeloses Einlassen auf das Verfahren – auch verzichten kann, sodass ein Beitritt mit der Folge einer Rechtskrafterstreckung auch in einem späteren Verfahrensstadium möglich ist). Ob er sich tatsächlich und effektiv am Verfahren beteiligt hat, also auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs genutzt hat, ist nicht massgeblich (vgl *Rechberger/Hofstätter* § 607 ZPO Rz 5; vgl *Schumacher* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht, Band II, Rz 10/7; vgl 6 Ob 170/08f Pkt 2.3., 2.4.).

Eine solche Mitwirkung der Beklagten an dem Schiedsverfahren, das in der Schiedsklausel laut Art 13 der Statuten der ***** Stiftung festgelegt wurde, ist nicht vorgesehen (Ersturteil ON 18 S 7). Die Beklagte hatte nach den Feststellungen zwar Kenntnis vom Schiedsverfahren und auch Schritte zur Abwehr der von der ***** Stiftung darin geltend gemachten Ansprüche ergriffen (Ersturteil ON 18 S 73 Abs 4); es wurde jedoch nicht behauptet und ergibt sich auch sonst nicht aus den Verfahrensergebnissen,

dass die Beklagte im Sinn der vorstehenden rechtlichen Erwägungen am Schiedsverfahren teilgenommen hat. Eine Bindungswirkung des Schiedsspruchs vom 18.09.2020 für das vorliegende Verfahren besteht daher aus dieser *prozessualen* Sicht nicht. Ob diese Bindungswirkung dem Leistungsversprechen, das der Haftpflichtversicherer dem Versicherungsnehmer im Versicherungsvertrag gegeben hat, oder sonstigen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen ist, wird teils unterschiedlich beantwortet (dazu noch weiter unten).

Das Erstgericht hat aber den wesentlichen Inhalt des Schiedsspruches nicht nur informativ wiedergegeben, sondern auch für die Parteien erkennbar den darin festgestellten Sachverhalt als unstrittig seiner Entscheidung zu Grunde gelegt und teilweise als Verfahrensergebnis für seine Beweiswürdigung herangezogen (vgl insbesondere ON 18 S 73 letzter Abs, S 90 ff).

Dem Fürstlichen Obergericht ist davon ausgehend sinngemäss darin zuzustimmen, dass der entsprechende Sachverhalt Teil der erstinstanzlichen Feststellungen wurde und von den Parteien insoweit, so auch von der Beklagten in ihrer Berufung (ON 19 S 6 ff und S 22 Abs 2), nicht in Zweifel gezogen wurde und wird, weshalb er der Entscheidung unter Bedachtnahme auf die weiter unten folgenden Ausführungen zur Bindungswirkung zu Grunde zu legen ist.

8.3. Nicht nur in der Sache, sondern auch für das Verfahren sind unter anderen nach der Entscheidung des OGH vom 05.05.2017 zu 03 CG.2016.264 GE 2017, 233

Erw 8.3. die liechtensteinischen Prozessvorschriften (lex fori) heranzuziehen. Zur Frage der in der Verfahrensrüge (dazu Erw 8.9.5.1. bis 8.9.5.3.) der Revision angesprochenen Behauptungs- und Beweislast ist jedoch zu differenzieren.

Laut *Nagel* in *Schumacher*, HB LieZPR Rz 21.20 und 21.21, unter Hinweis auf *Mähr*, Internationales Zivilprozessrecht 109, ist die Beweislast in Liechtenstein nicht dem Prozessrecht zuzuordnen, für welches die lex fori gelte. Diese sei materiell-rechtlicher Natur, sodass dafür in kollisionsrechtlicher Hinsicht die lex causae massgeblich sei. Dazu wird als gegenteilig zu dieser Meinung die Entscheidung des OGH zu 06 CG.2000.83-68 LES 2003, 324 zitiert, wonach alle Beweisvorschriften als Verfahrensrecht der lex fori unterliegen sollen. Schliesslich führt *Nagel* gegen seinen Standpunkt demnach in Österreich herrschende Meinungen an, die allerdings teilweise differenzierten (*Nagel* Rz 21.21 FN 3391). Zur Unterstützung seiner Ansicht verweist *Nagel* darauf, dass Art 6 des aus der Schweiz rezipierten Sachenrechts (SR) die liechtensteinische Hauptbeweislastregel darstelle, nach der es sich eben um eine materiell-rechtliche Frage handle.

Richtig ist, dass Art 6 SR unter den Überschriften „Beweisregeln“ und „Beweislast“ normiert, dass dort, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Weitgehend damit korrespondierend wird in Art 6 Abs 1 PGR (*Beweisregeln*) ebenfalls normiert, dass dort, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten

und bestrittenen Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet oder sie zur Abwehr gegen einen Anspruch des Gegners vorbringt.

Wie sich schon aus den Überschriften zu den zitierten Bestimmungen ergibt, normieren sie Beweisregeln. Dies gilt übrigens auch für Art 7 SR (*Beweis mit öffentlicher Urkunde*). Auch Art 4 SR befasst sich mit einer prozessualen Frage, nämlich mit dem richterlichen Ermessen bei der Fällung von Entscheidungen. Schliesslich normieren sowohl das SR (Art 8) als auch das PGR (Art 7) Zuständigkeitstatbestände.

Wenngleich also diese beiden Gesetzeswerke zweifelsfrei in erster Linie materiell-rechtliche Vorschriften enthalten, ändert dies nichts daran, dass für den Anwendungsbereich der beiden Gesetze (Art 1 SR und PGR) mit den oben zitierten Bestimmungen allgemein gehalten rein prozessuale Aspekte ohne konkreten Bezug zu materiell-rechtlichen Tatbeständen geregelt werden. Diese werden durch ihre Aufnahme in das SR und das PGR daher auch nicht zu materiell-rechtlichen Bestimmungen.

Zutreffend ist die bei *Nagel* FN 3391 angeführte Literaturmeinung, wonach eine unrichtige Beweislastentscheidung keinen Verfahrensmangel darstellt, sondern eine (revisible) unrichtige rechtliche Beurteilung bedeutet (vgl. in diesem Sinn auch RIS-Justiz RS0022624). Selbst daraus ergibt sich aber kein Hinweis auf den materiell-rechtlichen Charakter der Regeln über die Beweislast. Auch prozessuale Fragen können Gegenstand einer (revisiblen) unrichtigen rechtlichen Beurteilung sein.

Schliesslich ist die Frage der Beweislast nicht nur im SR und im PGR geregelt. Vielmehr ergibt sich auch aus § 232 Abs 1 ZPO, dass die klagende Partei in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz die Tatsachen, auf die sie ihren Anspruch stützt, im Einzelnen anzugeben und dazu die betreffenden Beweismittel genau zu bezeichnen hat. Demnach trifft den Kläger die Beweislast für sein Vorbringen, das in der Regel anspruchsbegründend sein wird. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ersehen, dass die beklagte Partei die anspruchsvernichtenden Umstände zu behaupten hat. Da sie dazu auch Beweismittel anzubieten hat, kann auch daraus zwanglos abgeleitet werden, dass sie die entsprechende Beweislast trifft. Dies ist ohne Weiteres mit dem allgemein anerkannten zivilprozessualen Grundsatz der Verhandlungsmaxime in Einklang zu bringen.

Richtig ist, dass auch materiell-rechtliche Bestimmungen in in- und ausländischen Rechtsordnungen Beweisgrundsätze enthalten oder dass aus diesen sowie allgemeinen Rechtsgrundsätzen von Rechtsprechung und Literatur Regeln über die Beweislast abgeleitet werden (vgl beispielsweise §§ 1298, 1311, 1319, 1320 ABGB; §§ 1298, 1311, 1319, 1320 öABGB, und die weiter unten angeführten Bestimmungen und Grundsätze zum Versicherungsvertragsrecht). Anknüpfungspunkte sind in diesen Fällen im Allgemeinen konkrete materiell-rechtliche Tatbestände und/oder sachlich begründete Beweisfragen (wie zum Beispiel Beweisnotstand). Es handelt sich dabei im Vergleich zur allgemeinen rein prozessualen Behauptungs- und Beweislast um auf den Einzelfall bezogene Regelungen, die häufig materiell-rechtlich

motiviert Beweisregeln und damit Prozessgrundsätze festlegen, sodass sie als speziellere Normen bzw Rechtsgrundsätze sowie wegen ihrer engen Verknüpfung mit dem materiellen Recht den reinen prozessrechtlichen Regelungen vorgehen und sich gegebenenfalls nach der *lex causae* richten.

8.4. Beim sogenannten Anscheinsbeweis oder *prima-facie*-Beweis werden im noch grösseren Masse als beim Indizienbeweis Erfahrungssätze herangezogen, um auf wesentliche tatbestandsrelevante Tatsachen, die nicht direkt erwiesen werden können, zu schliessen. Steht ein typischer Geschehensablauf fest, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Kausalzusammenhang oder ein Verschulden hinweist, gelten diese Tatbestandsvoraussetzungen auch im Einzelfall aufgrund ersten Anscheins als erwiesen. Der wesentliche Unterschied zum Indizienbeweis liegt weniger in der unterschiedlichen Art der Erfahrungssätze, die jeweils angewendet werden (beim Indizienbeweis verwendet der Richter seine persönliche Lebenserfahrung, beim Anscheinsbeweis darüber hinaus Erfahrungsgrundsätze der Rechtsgemeinschaft), sondern darin, dass das erklärte Ziel des Anscheinsbeweises eine Beweiserleichterung für den Beweisbelasteten ist und seine Anwendung deshalb zur Beweismassreduzierung führt. Der Anscheinsbeweis wird nicht nur im Schadenersatzrecht sondern auch in Fällen als sachgerecht empfunden, in denen konkrete Beweise vom Beweispflichtigen billigerweise nicht erwartet werden können. Ob ein materiell-rechtlicher Tatbestand vorliegt, der eine solche Beweismassreduzierung rechtfertigt, ist rechtliche

Beurteilung, während es eine reine Frage der Beweiswürdigung ist, ob der Anscheinsbeweis im konkreten Einzelfall erbracht werden konnte (vgl. *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka ZPO*⁵ Vor § 266 Rz 22; vgl. RIS-Justiz RS0040266 ua).

Der Anscheinsbeweis ist dort ausgeschlossen, wo der Kausalablauf durch den individuellen Willensentschluss eines Menschen bestimmt werden kann. Der bloße Verdacht eines bestimmten Ablaufes, der auch andere Verursachungsmöglichkeiten offen lässt, gibt für den Beweis des ersten Anscheins keinen Raum (RIS-Justiz RS0040288).

Liegt ein Versicherungsfall vor, hat beispielsweise nach einer in Österreich vertretenen Ansicht (dazu nachfolgend noch weitere Literatur und Judikatur) der Versicherungsnehmer zunächst die Beweislast, dass der Anspruch dem versicherten Risiko unterliegt. Der Versicherer hat die Beweislast für das Vorliegen eines (konstitutiven) Risikoausschlusses. Insbesondere der Nachweis einer wissentlichen Pflichtverletzung oder einer vorsätzlichen Schadeninkaufnahme ist für den Versicherer schwierig, weil es sich hierbei um Fragen der subjektiven (das heißt sich in der Gedankenwelt des Versicherungsnehmers abspielenden) Willensbildung handelt. Ein Anscheinsbeweis wird nach herrschender Meinung in diesen Fällen zu Gunsten des Versicherers für unzulässig erachtet, wenn bzw. weil innere Willens- und Willensvorgänge nicht auf Erfahrungssätzen bewertbar sind. Insbesondere wird dazu ein feststellbarer typischer Geschehensverlauf (als Voraussetzung für den

Anscheinsbeweis) in der Regel verneint (*Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung S 1189 Rz 3293, 3294 mwN) Mit anderen Worten, gibt es keinen Satz der Lebenserfahrung, dass jedermann in Fällen wie dem auch hier zu beurteilenden das Bewusstsein eines Pflichtverstosses hat (vgl für den deutschen Rechtsbereich OLG Köln VersR 1990, 193). Das Revisionsgericht schliesst sich dieser überzeugenden Argumentation an.

8.5. Der Indizienbeweis ist regelmässig ein mittelbarer Beweis, bei dem von einer bewiesenen, tatbestandsfremden Tatsache auf eine andere, direkt nicht beweisbare, tatbestandsrelevante Tatsache geschlossen wird. Mit dem Indizienbeweis ist laut der nachfolgend zitierten Lehre an sich keine Beweismassreduzierung verbunden (*Rechberger/Klicka* Vor § 266 ZPO Rz 21). Mit anderen Worten ist der Indizienbeweis darauf gerichtet, durch den Beweis bestimmter Hilfstatsachen dem Gericht die volle Überzeugung des Vorhandenseins der direkt nicht oder nur schwer zu beweisenden Haupttatsache zu vermitteln (1 Ob 502/84 SZ 57/20).

Im bereits angesprochenen Versicherungsrecht akzeptiert die noch näher zu erörternde Judikatur und Literatur allerdings zu Gunsten des Versicherers insoweit Beweiserleichterungen, in dem sie anhand äusserer Indizien im Rahmen der freien Beweiswürdigung mittels des äusseren Geschehensablaufs oder mittels eines qualifizierten Ausmasses der in Frage stehenden Pflichtverletzungen Rückschlüsse auf innere Vorgänge des Verstossenden zulässt (Indizienbeweis). Vor allem dann, wenn es sich um Sachverhalte handle, bei denen eine

wissentliche Pflichtverletzung „mit den Händen greifbar ist“, wird präjudiziell vom Vorliegen einer solchen ausgegangen (vgl *Wilhelmer* S 1189 Rz 3295). Dieser Autor vertritt weiters die Ansicht, dass Gleiches gelte, wenn gegen Primitiv- oder Elementarwissen (rechtliches Grundlagenwissen) verstossen werde. Verstösse gegen Normen des Primitiv- oder Elementarwissens erfolgten der allgemeinen Lebenserfahrung nach in der Regel nicht unbewusst, sondern bewusst und damit (auch) wissentlich. Für die Verletzung von Kardinalpflichten aus dem Mandatsvertrag gelte dies ebenso. Anhand der Gesamtumstände und bestimmter Indizien könne auf eine wesentliche Pflichtverletzung oder auf Vorsatz des versicherten Berufsträgers geschlossen werden (*Wilhelmer* S 1189, 1190 Rz 3296 mwN).

Zu der in der Verfahrensrüge angesprochenen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch das Berufungsgericht (dazu im Einzelnen Erw 8.9.6.1. bis 8.9.6.3.) sei schon an dieser Stelle erwähnt, dass eine auf Grund von Indizienbeweisen erfolgte Würdigung von Beweisen und die darauf gestützte Erarbeitung von Tatsachenfeststellungen nur in den beiden Unterinstanzen möglich sind. (vgl *Fasching* ZPR² Rz 897 Abs 1 aE)

8.6. Im Fürstentum Liechtenstein hat das Versicherungsvertragsgesetz vom 16. Mai 2001 (VersVG LGBl 2001/128), das seinerzeit geltende schweizerische Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag abgelöst. Der Staatsgerichtshof hat zu StGH 2010/078 GE 2012, 4 Erw 2.4.3 festgehalten, dass sich auch das neue Gesetz nach wie vor massgeblich an das schweizerische

Versicherungsvertragsgesetz anlehne. Daraus wird offenbar auch zur aktuellen Rechtslage abgeleitet, dass dazu primär auf schweizerische Lehre und Rechtsprechung abzustellen sei.

In den dazu zitierten einleitenden Ausführungen im BuA Nr 20/2000 vom 14. März 2000 S 1 wird ausgeführt, dass das Versicherungsvertragsrecht ein Sonderprivatrecht sei, in dem nicht alle Fragen, die im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen von Bedeutung sein könnten, geregelt würden. Soweit den versicherungsrechtlichen Bestimmungen dieses Spezialgesetzes zur Lösung einer bestimmten Rechtsfrage nichts entnommen werden könne, seien die Vorschriften des gemeinen Zivilrechts (insbesondere des [Anm. des Senats: aus Österreich rezipierten] ABGB) massgeblich. In grundsätzlicher Anlehnung an das bereits erwähnte schweizerische Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 02. April 1908 sollte durch die damals neue Gesetzesvorlage ein den Anforderungen des modernen Versicherungswesens gerecht werdendes Regelwerk geschaffen werden. Das liechtensteinische VersVG unterscheide sich demnach vom bisher anwendbaren schweizerischen VVG durch eine deutlichere Systematik und eine übersichtliche Gliederung in sechs Kapitel. Terminologische Unklarheiten seien ebenso wie uneinheitliche Fristenberechnungen bereinigt worden. Der Inhalt des seinerzeit zu schaffenden VersVG sei nur teilweise durch die Umsetzung der drei Richtlinien-Generationen zum Versicherungsrecht veranlasst worden. Der Inhalt bestimme sich kaum nach europarechtlichen Vorschriften, sondern beruhe weitgehend auf liechtensteinischer autonomer Gesetzgebung. Wesentlich

sei insbesondere die kritische Durchleuchtung des bestehenden (schweizerischen) VVG dahingehend, inwieweit es den Anforderungen des modernen Versicherungswesens, vor allem aus dem Blickwinkel des Kundenschutzes, noch gerecht werde (BuA Nr 20/2000, S 5).

Daher können Rechtsprechung und Literatur aus der Schweiz auf Grund dieser Erwägungen schon deshalb nur unter Berücksichtigung derselben übernommen werden.

8.7. Dazu kommt Folgendes:

Das Schweizer Versicherungsvertragsgesetz (chVVG) sieht in seinem Art 14 Abs 1 vor, dass das Versicherungsunternehmen nicht haftet, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis *absichtlich* (Hervorhebung durch den Senat) herbeigeführt hat. Im Gegensatz dazu sieht das liechtensteinische Versicherungsvertragsgesetz in seinem Art 22 Abs 1 die Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens dann vor, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das versicherte Ereignis *vorsätzlich* (Hervorhebung durch den Senat) herbeigeführt hat.

Diese Regelung entspricht in diesem Punkt teilweise dem § 61 öVersVG, der die Leistungsfreiheit des Versicherers normiert, wenn der Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt wurde.

In Deutschland stellt § 103 Versicherungsvertragsgesetz (dVVG) so wie die

liechtensteinische Rechtslage auf die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls ab. Für die Haftpflichtversicherung kommt es zusätzlich zur vorsätzlichen auf die widerrechtliche Herbeiführung des Schadens bei dem Dritten an.

Diese rechtsvergleichenden Darstellungen zeigen, dass die Rechtslagen in Österreich und Deutschland im Wesentlichen eher jener in Liechtenstein entsprechen, als dies für Art 14 chVVG zutrifft.

Unter Berücksichtigung der zitierten Erwägungen laut dem BuA Nr 20/2000 ist es daher im Sinn der Überlegungen des Berufungsgerichtes und entgegen den Revisionsausführungen gerechtfertigt, nicht nur schweizerische Rechtsprechung und Literatur zu berücksichtigen, sondern rechtsvergleichend auch jene aus Österreich und Deutschland. Das gilt insbesondere auch für die Fälle, in denen Versicherungsbedingungen inhaltlich weitgehend jenen entsprechen, die zwischen den hier beteiligten Parteien massgeblich sind und Beweisfragen betreffen.

8.8. Wenngleich sich die Fragen nach der Behauptungs- und Beweislast nur stellen, wenn zu entscheidungswesentlichen Tatsachen keine Behauptungen vorgetragen und/oder Negativfeststellungen getroffen wurden, und dies (wie noch näher auszuführen sein wird) hier nur teilweise zutrifft, ist es im Hinblick auf den notwendigen zweiten Verfahrensgang (dazu ebenfalls noch weiter unten) angebracht, an dieser Stelle relativ umfassend die herrschende Judikatur und Literatur in den genannten Ländern zu den nach den Revisionsausführungen strittigen

Fragen der Behauptungs- und Beweislast darzustellen, die sich trotz deren im Wesentlichen prozessualen Charakters im Sinn der obigen Erw 8.3. am ausländischen materiellen Recht orientieren (nachfolgend Erw 8.8.1. bis 8.8.4.).

8.8.1. Zum liechtensteinischen Recht sei auf folgende Entscheidung verwiesen:

Der Staatsgerichtshof hat zu StGH 2012/069 (GE 2015, 93) unter anderem mit Berufung auf seine bereits zitierte Vorentscheidung StGH 2010/78 zu den damals massgeblichen BVB (Ziff 3.1 Satz 2), die insoweit mit den hier von Berufungsgericht herangezogenen BVB Art. 7.1.2.1 wörtlich identisch sind, unter ausdrückliche Bezugnahme auf schweizerische Judikatur, die wegen der schweizerischen Rezeptionsvorlage im Gegensatz zur österreichischen Rechtsprechung massgeblich sei, ausgeführt, dass demnach entscheidend sei, dass der Schädiger nicht fahrlässig sondern vorsätzlich gehandelt habe. Es gehe dabei nicht nur um unerlaubte Handlungen, wie die isolierte Betrachtung dieses Wortes vermuten lassen könnte, sondern es gehe um eine vorsätzliche unerlaubte Handlung. In der Berufshaftpflichtversicherung werde stets zwischen fahrlässigem (und auch unerlaubtem) Verhalten, für das eine Versicherungsdeckung bestehe, und vorsätzlichem (und auch unerlaubtem) Verhalten, für das keine Deckung bestehe, unterschieden. Diese Differenzierung sei auch im damals zu beurteilenden Fall angebracht gewesen. Die massgebliche Bestimmung schliesse lediglich die Deckung bei einer vorsätzlichen unerlaubten Tat aus. Dieses Verständnis stehe auch mit der zwingenden Bestimmung von Art 22 VersVG in Einklang.

Nach Art 22 Abs 3 VersVG könne lediglich eine Kürzung bei Grobfahrlässigkeit vorgenommen werden. Ein Deckungsausschluss sei jedoch bei einem fahrlässigen Verhalten unzulässig. Unter Bezugnahme auf *Thierry Luterbacher*, Haftpflichtversicherung für die Revisionsstelle, in Der Schweizer Treuhänder, 5/04, 449, werde darauf hingewiesen, dass der Versicherer grundsätzlich die versicherte Gefahr umfassend zu tragen habe. Ein Abweichen von dieser Regel sei nur beschränkt möglich. Diese Rechtsauffassung treffe auch auf das liechtensteinische Recht zu, weil nach Art 12 Abs 1 TrHG jeder Treuhänder eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen habe, die die aus seiner Tätigkeit entstehenden gesetzlichen und vertraglichen Haftungsansprüche umfassend abdecke. Dabei handle es sich ebenfalls um eine zwingende Bestimmung. Die damals zu behandelnde Regelung sei eine gefahrenbeschränkende Klausel. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien Risikoeinschränkungen zu Ungunsten des Versicherers auszulegen (Zitat ua von BGE 110 II 403 ff), sodass auch unter diesem Gesichtspunkt nur eine äusserst einschränkende Auslegung dieser Klausel zulässig sei, wobei stets zu berücksichtigen sei, „dass die versicherte Gefahr durch die Beschwerdeführerin, umfassend abzudecken ist, nicht ausgehöhlt werden darf“ (StGH 2012/069 Erw 3.2.5).

8.8.2. Das Schweizer Bundesgericht hat zu 4A_552/2015 im Zusammenhang mit einer Ausschlussklausel zu einer Haftpflichtversicherung, grundsätzliche Erwägungen dargestellt. Damals war die Haftpflicht für Schäden, deren Eintritt von den

Repräsentanten der Versicherungsnehmerin und der mitversicherten Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste, ausgeschlossen. Weiters hiess es dort, dass Ansprüche auf Schäden, die anlässlich der vorsätzlichen Begehung von Verbrechen, Vergehen sowie der wissentlichen Übertretung von gesetzlichen und behördlichen oder vertraglichen Vorschriften verursacht werden, von der Haftpflicht ausgeschlossen sind. Der Versicherungsschutz erstreckte sich jedoch auf die Haftpflicht aus absichtlichen Handlungen, sofern den Versicherten keine absichtliche, vorsätzliche oder strafbare Beteiligung vorgeworfen werden kann (E 2.1). Demnach habe sich damals der Versicherer zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt, dass er nicht zu behaupten und zu beweisen habe, dass aufgrund bestimmter, dem Versicherungsnehmer zuzurechnender Handlungen mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Haftpflichtfall zu erwarten gewesen wäre. Da unbestritten das versicherte Ereignis eingetreten sei, obliege der Versicherungsunternehmung die Beweislast für die rechtshindernde Tatsache des Deckungsausschlusses. Dafür sei jedenfalls erforderlich, dass der Eintritt des Haftpflichtfalles von den für die Versicherte handelnden Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste. Die Vorinstanz habe insofern zutreffend erwogen, dass eine derartige Erwartung mindestens ein pflichtwidriges und (eventual-)vorsätzliches Handeln voraussetze, aufgrund dessen eine Schädigung und damit ein Haftpflichtfall adäquat kausal entstehen könne. Die sinngemässe Behauptung, die Versicherungsnehmerin bzw deren Mitarbeiter habe Pflichtverletzungen begangen,

genügte den Anforderungen an die Begründung damals nicht (E 2.4).

Weiters wurde erwogen, dass eine „wissentliche Übertretung von gesetzlichen, behördlichen oder vertraglichen Vorschriften“ im Minimum ein Wissen um die verletzte Bestimmung sowie den bewussten Entscheid voraussetze, dennoch („wider besseres Wissen“) zu handeln. Vielmehr komme es auf das konkrete Wissen der handelnden Person und nicht auf die Sorgfalt eines durchschnittlichen Revisors an, welche ein Handeln wider besseres Wissen definitionsgemäss ausschliesse. Vom behauptungs- und beweisbelasteten Versicherer wurde daher verlangt, dass er darlegt, welche massgebende Person mit bestimmten Handlungen gegen welche Bestimmungen verstossen und dass diese Person wider besseres Wissen gehandelt habe. In Bezug auf die Substantiierung gelte in dem vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren, dass die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes tragen. Sie hätten alle Tatbestandselemente der materiell-rechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angekehrten Anspruch begründeten. Der Behauptungslast sei Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen würden, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsummieren seien. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag werde als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angekehrte Rechtsfolge zulasse. Bestreite der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greife eine über die Behauptungslast hinausgehende

Substantiierungslast. Die Vorbringen seien diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden könne. Dabei bestimme sich nach den einschlägigen bundesrechtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten seien. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genüge den Anforderungen an die Substantiierung nicht (BGer 4A_552/2015 E 2.5. und 2.6.).

Allerdings kennt auch die schweizerische Judikatur unter gewissen Umständen für die beweisbelastete Partei Erleichterungen. Grundsätzlich hat demnach der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Wegen der Schwere des vom Versicherer geäußerten Vorwurfs und der gravierenden Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen hoch, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art 40 chVVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht. Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des

Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den Hauptbeweis leisten. Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst; andererseits sind sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine „Beweisnot“ voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Die entsprechenden Überlegungen gelten unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist. Das Bundesgericht hat denn auch in Bezug auf den vom Versicherer zu erbringenden Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art 14 chVVG) bereits entschieden, dass der Versicherer sich ebenfalls auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw nicht zumutbar ist. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die damals vorliegende Konstellation, namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist), Anwendung

finden sollte (4A_382/2014 E 5.3. mwN, so 4A_316/2013 E 6.2.).

Diese Judikatur des Schweizer Bundesgerichts ist jedoch nicht ganz einheitlich. Den Ausnahmen vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach – wie zuvor ausgeführt – eine „Beweisnot“ voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelastenden Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Fall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen. Deshalb hat das Schweizer Bundesgericht bereits mehrfach entschieden, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bei der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art 40 chVVG gelte. In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Beweismass für die Täuschungsabsicht auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert sei, oder dass keine Gründe ersichtlich seien, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die seinerzeit

vorliegende Konstellation [von Art 40 chVVG], namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen sei) Anwendung finden sollte. Soweit mit ersteren Entscheiden der Eindruck entstanden sein sollte, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für alle Voraussetzungen von Art 40 chVVG gelte, ist dies klarzustellen: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt – wie zuvor ausgeführt – eine Beweisnot voraus. Entsprechend ist zu prüfen, ob für den der Versicherung obliegenden Beweis der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs eine solche Not besteht. Eine solche Beweisnot wurde beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten verneint (BGE 148 III 134 S 136, 137 vom 11. Januar 2022).

8.8.3. Für den deutschen Rechtsbereich lassen sich folgende Grundsätze zusammenfassen:

Bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder sonstige wissentliche Pflichtverletzung (AVB-RA § 4 Nr 5 S 1 im Rahmen eines Vertrages über eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung), so stellt dies einen subjektiven Risikoausschluss dar, der vom deutschen Bundesgerichtshof als wirksam qualifiziert wird. Dieser Risikoausschluss weicht in zweifacher Hinsicht von der dispositiven Vorschrift des § 152 dVVG aF (§ 103 dVVG

nF) ab. Zu Gunsten des Versicherungsnehmers wird nur auf näher beschriebene Verstöße gegen konkrete Berufspflichten abgestellt. Insoweit genügt nicht bedingter Vorsatz, sondern wird direkter Vorsatz gefordert. Zusätzlich muss der Versicherungsnehmer nicht den schädigenden Erfolg als möglich vorhersehen und billigend in Kauf nehmen. Der nach dieser Bestimmung notwendige direkte Vorsatz erfordert das Wissen und Wollen der Pflichtverletzung. Der Versicherungsnehmer muss die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, gesetz-, vorschritts- oder sonst pflichtwidrig zu handeln. Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist im allgemeinen der beklagte Versicherer (VersR 2001, 1103 mwN ua auch zur Bindungswirkung des Haftpflichturteils).

Bezieht sich nach einer Risikoausschlussklausel, die in der deutschen Judikatur im Hinblick auf § 307 Abs 1 und 2 BGB bzw (ehemals) § 9 AGBG als wirksam anerkannt wurde, der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadensstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Machtgebers (Berechtigten) oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung, dann muss der Versicherungsnehmer die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, pflichtwidrig zu handeln. Darlegungs- und beweispflichtig für die subjektiven Voraussetzungen ist der beklagte Versicherer. Im Allgemeinen kann unterstellt werden, dass fundamentale, allgemein geläufige Regeln und Vorschriften von jedem (in

der damaligen Entscheidung) Rechtsanwalt gekannt werden. Ferner kann ohne weiteres im Wege des indiziellen Beweises aus Art und Gewicht eines objektiven Pflichtverstosses auf das Mass der Vorwerfbarkeit geschlossen werden. Eine Pflichtverletzung, die schlechterdings nur vorsätzlich begangen werden kann, bedarf keiner weiteren Darlegung und keines weiteren Beweises hinsichtlich des Vorsatzes. Davon ausgehend wurde offengelassen, ob in diesem Fall (wie im ähnlich gelagerten Fall des § 152 dVVG aF) der Anscheinsbeweis zuzulassen ist (OLG Köln in VersR 2009, 58).

Bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Schäden, die durch wissentliches Abweichen von Gesetzen, Vorschriften, Anweisungen, auch internen Anweisungen von Vorgesetzten und Arbeitgeber sowie auch von Vollmachten aller Art oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzungen verursacht werden (§ 6 dVVB), so wird ein sekundärer, subjektiver Risikoausschluss, wie dies zu vergleichbaren Bedingungen anderer Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen zutreffend vertreten wird, angenommen. Dadurch wird unter anderem § 152 dVVG aF dahin erweitert, dass die Haftung des Versicherers nicht erst dann entfällt, wenn der Versicherte den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat, sondern schon dann, wenn der Schaden durch ein wissentlich pflichtwidriges Verhalten verursacht worden ist. Es genügt dabei subjektiv das Bewusstsein des Versicherten, pflichtwidrig zu handeln; dagegen braucht er nicht den schädigenden Erfolg als möglich voraussehen und gebilligt zu haben. Der Versicherer hat daher auch nur den objektiven Verstoss gegen Vorschriften sowie das

Bewusstsein der versicherten Person, gegen Vorschriften zu verstossen, darzulegen und notfalls zu beweisen. Dabei wird im allgemeinen davon ausgegangen werden können, dass bei Verstössen gegen Vorschriften, die speziell die berufliche Tätigkeit der versicherten Person betreffen, dieser die Vorschriften geläufig sind; im Übrigen müssen, da es sich bei dem Merkmal „wissentlich“ um eine innere Tatsache handelt, indizielle Umstände herangezogen werden, wobei im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäss § 286 dZPO die Möglichkeit besteht, vom äusseren Geschehensablauf oder vom Ausmass des objektiven Pflichtverstosses auf innere Vorgänge zu schliessen. Mit Hilfe des Anscheinsbeweises kann nach dieser Entscheidung der Nachweis eines wissentlichen Verstosses dagegen nicht erbracht werden, da es keinen Satz der Lebenserfahrung gibt, dass jedermann in Fällen der vorliegenden Art das Bewusstsein eines Pflichtverstosses hat (vgl dazu auch dBGH VersR 86, 647 [648]). Betrifft der Pflichtverstoss eine fundamentale Grundregel eines bestimmten Berufszweiges, dann kann schon allein der objektive Verstoss gegen die Grundregel ohne jeden vernünftigen Zweifel auf ein wissentliches Handeln des Angestellten schliessen lassen (vgl OLG Köln VersR 1990, 193 mwN).

In dem bereits vom Berufungsgericht zutreffend zitierten Urteil vom 17. Dezember 2014 zu IV ZR 90/13 hat der deutsche Bundesgerichtshof zusammengefasst ausgesprochen, dass aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers folgt, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des

Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei wird der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich sein, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden. Jenseits der Fälle der Verletzung von beruflichen Kardinalpflichten, in denen vom äusseren Geschehensablauf und dem Ausmass des objektiven Pflichtverstosses auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es aber Aufgabe des beweispflichtigen Versicherers, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen.

Weiters wird in diesem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes ausgeführt, dass hinsichtlich der zum Schadenersatzanspruch führenden Pflichtverletzung Bindungswirkung an das Haftpflichturteil und die dort getroffenen Feststellungen besteht. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrundeliegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut in Frage gestellt werden. Im Deckungsprozess ist es nicht mehr möglich, eine andere schadenverursachende Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zugrunde zu legen, als dies im Haftpflichtprozess geschehen ist. Dabei ist allein auf die im Haftpflichtprozess festgestellten tatsächlichen Elemente der Pflichtwidrigkeit abzustellen. Hinsichtlich der Wissentlichkeit der massgeblichen

Pflichtverletzung besteht jedoch keine Bindungswirkung. Dieser Ausschlussgrund ist vielmehr im Deckungsprozess selbständig zu prüfen.

Wissentlich handelt nur derjenige Versicherte, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus wie eine fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat. Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der Versicherer. In diesem Rahmen muss vom Versicherer dargelegt werden, der Versicherungsnehmer habe gewusst, wie er sich hätte verhalten müssen. Aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers folgt, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei wird der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich sein, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann.

Jenseits der Fälle der Verletzung von beruflichen Kardinalpflichten, in denen vom äusseren Geschehensablauf und dem Ausmass des objektiven Pflichtverstosses auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es aber Aufgabe des beweispflichtigen Versicherers, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als

schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen. So wäre beispielsweise festzustellen, dass Art und Umfang der vom Versicherungsnehmer (Versicherten) verletzten Pflicht aus sich heraus auf eine wissentliche Begehung hindeuten. Es muss eine Feststellung getroffen werden, dass dieser positiv gewusst hat, dass er mit einem bestimmten Verhalten einen Sachverhalt verwirklicht, der einen Tatbestand für einen Deckungsausschluss verwirklicht. Für das Wissen desselben ist nicht entscheidend, ob er in einer gewissen Weise handeln dürfen hätte oder nicht. Erklärungen, die dem Versicherungsnehmer (Versicherten) gegebenenfalls im Rahmen der sekundären Darlegungslast obliegen, müssen sich nur auf den fehlenden Vorsatz der Pflichtverletzung beziehen. In keinem Fall obliegt es ihm darzulegen, dass das tatsächliche Handeln auch objektiv gerechtfertigt gewesen ist. Gegenstand dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist § 4 Nr 5 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverfahren (AVB-I)“, wonach Haftpflichtansprüche wegen Schadensverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind (dBGH IV ZR 90/13).

Auch in der deutschen Lehre wird vertreten, dass das Vorliegen einer „wissentlichen“ Pflichtverletzung voraussetzt, dass der Handelnde das Bewusstsein hat, gegen

seine Pflichten zu verstossen. Er muss also Vorsatz in Form des *dolus directus* 2. Grades haben. Diese ursprünglich aus der strafrechtlichen Lehre abgeleitete Differenzierung verschiedener Vorsatzformen soll der Tatsache Rechnung tragen, dass die jedem Vorsatz immanenten Kernelemente des „Wissens“ und „Wollens“ jeweils unterschiedlich stark ausgeprägt sein können. Je nach Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen reicht es für einen Versicherungsausschluss daher nicht aus, wenn die versicherte Person lediglich mit „Eventualvorsatz“ gehandelt hat. Vielmehr ist erforderlich, dass sie sich des Verstosses gegen die ihr obliegenden Pflichten positiv bewusst ist. Nicht erforderlich ist dagegen, dass auch der Eintritt eines Schadens von dem Vorsatz des Handelnden umfasst wird. Dadurch unterscheiden sich entsprechende Versicherungsbedingungen massgeblich von der gesetzlichen Regelung des § 103 dVVG. Denn danach wird ein Versicherungsausschluss bereits dann etabliert, wenn der Versicherte die Verletzung von Pflichten und den Eintritt eines Schadens „billigend in Kauf genommen“ hat. Demgegenüber ist es bei der *****-Versicherung regelmässig erforderlich, dass die stärkere Vorsatzform in Form des *dolus directus* 2. Grades verwirklicht wird. Hier reicht es dann aber auch aus, wenn sich das erforderliche „Bewusstsein“ des Handelnden auf die Verletzung seiner Pflichten bezieht. Indessen ist es für den Versicherungsausschluss nicht erforderlich, dass der Vorsatz auch den Schadenseintritt umfasst (vgl. *Fiedler* Anm zu VersR 2020, 968 [977, 978]).

Schliesslich wird schon an dieser Stelle auf *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-

Handbuch³ [2015], zu § 26 Berufshaftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung, 6. Pflichtwidrigkeitsklausel Rz 314b, 318 je mit Hinweis auf BGH v 05.03.1986 VersR 1986, 647 [648], verwiesen, worauf noch unter Erw 8.9.5.3. näher einzugehen ist.

8.8.4. Für das Versicherungsvertragsrecht wird in Österreich Folgendes vertreten:

Im Allgemeinen erstreckt sich die Versicherung nicht auf Schadenersatzverpflichtungen der Personen, die den Schaden, für den sie von einem Dritten verantwortlich gemacht werden, rechtswidrig und vorsätzlich herbeigeführt haben. Vorsätzlich handelt jemand, wenn ihm die Rechtswidrigkeit bewusst ist, er den schädlichen Erfolg auch vorhersieht und seinen Eintritt billigt. Es reicht demnach auch *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz), allerdings ist stets das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich. Für den Vorsatzausschluss genügt nicht eine vorsätzliche Handlungsweise, vielmehr erfordert er eine vorsätzliche Schadenszufügung. Das Wissen und Wollen des Täters muss sich auf die Schadensfolgen erstrecken (*Maitz AHVB/EHVB* [2018] zu Art 7 AHVB S 117, 119 letzter Absatz).

Vorsätzliches Handeln kann nicht nur aktives Tun sein, sondern auch ein Unterlassen. Das kommt insbesondere in solchen Fällen in Betracht, in denen gesetzlich eine Pflicht zu einem dem Schadeneintritt entgegenwirkenden Tun besteht, wie etwa bei bestimmten Sorgfalts- oder Verkehrssicherungspflichten. In diesen Fällen ist für das Vorliegen des Ausschlusstatbestands erforderlich, dass der Versicherungsnehmer das

Bewusstsein hat, dass er durch seine Unterlassung einem Dritten Schaden zufügen wird. Dem Vorsatz wird nach Art 7 AHVB eine Handlung oder Unterlassung, bei welcher der Schadeneintritt mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste, jedoch in Kauf genommen wurde, gleichgehalten. Das Bedenken und der Beschluss des Versicherungsnehmers muss sich bei diesem Ausschluss nicht auf den Schadenserfolg selbst, sondern nur auf einen diesem Erfolg vorgelagerten Umstand beziehen, der im Fall des Ausschlusses der Inkaufnahme eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass es wirklich zum Eintritt des Schadens kommen kann. Selbst wenn der Versicherungsnehmer den Eintritt des Schadens nicht billigt, sondern im Gegenteil hofft, dass er nicht eintreten wird, reicht der bewusste Verstoss für sich allein schon aus, um die Leistungsfreiheit des Versicherers zu bewirken (*Maitz* S 120, 121 je mwN aus der Rechtsprechung).

Ein wissentlicher Regelverstoss liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gehandelt hat; die Kenntnis des genauen Wortlauts der Verbotsbestimmung ist nicht relevant (*Grubmann* VersVG⁹ S 1311 E 40.). Das wissentliche Abweichen muss für die Schadensstiftung auch ursächlich gewesen sein. Die Frage der Ursächlichkeit ist, wenn der Versicherungsvertrag darüber keine Bestimmungen enthält, nach den allgemeinen Zurechnungskriterien im Sinn der Äquivalenz- und Adäquanztheorie zu beurteilen (*Grubmann* S 1311 E 41). Für einen wissentlichen Verstoss gegen das Gebotene ist nicht Vorsatz, sondern lediglich positive Kenntnis vom Zuwiderhandeln vorausgesetzt (*Grubmann* S 1313 E 52).

Risikoausschlüsse sind so auszulegen, wie es ihr Sinn unter Beachtung des wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise sowie des Regelungszusammenhangs erfordert. Ein pauschales Angebot einer stets engen Auslegung von Risikobegrenzungsklauseln besteht nicht. Auch der öOGH legt Risikoausschlüsse nicht ausschliesslich eng, sondern so (daher auch weit) aus, wie es ihr Zweck erfordert. Im Zweifel (also bei zwei gleichwertigen Auslegungsergebnissen, die sich aber widersprechen) hat eine Auslegung zugunsten des Versicherungsnehmers zu erfolgen (vgl. § 915 öABGB; *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung, S 1188 Rz 3289, 3290 mwN, so aus der Judikatur des öOGH und des dBGH).

Der zivilrechtliche Vorsatzbegriff, der § 152 öVersVG (§ 103 dVVG) zugrunde liegt, ist teilweise auch weiter gefasst als der Vorsatzbegriff, der den einzelnen strafrechtlichen Tatbeständen zugrunde liegt. Der zivilrechtliche Vorsatzbegriff nimmt auf die speziellen strafrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen keinen ausdrücklichen Bezug. Eine Handlung kann nur den Tatbestand des rein zivilrechtlichen Vorsatzbegriffes erfüllen, ohne zugleich ein strafrechtlich relevantes Verhalten zu begründen, wenn etwa mangels wissentlichen Befugnismissbrauchs keine Untreue oder mangels Bereicherungsvorsatzes keine Veruntreuung oder Unterschlagung vorliegt (*Wilhelmer* S 1193, 1194 Rz 3306, 3307).

Der Pflichtwidrigkeitsausschluss schliesst die wissentliche bzw bewusste Pflichtverletzung der

Versicherten vom Versicherungsschutz aus. Dieser Risikoausschluss ist nicht nur ein zentraler Risikoausschluss in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung sondern auch ein zentraler Risikoausschluss in den AVB anderer Versicherungen (u.a. der *****-Versicherung bzw. der Betriebshaftpflichtversicherung). Gemäss Art 4 I Z 3 AVBV sind Haftpflichtansprüche „wegen Schadensstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Machtgebers (Berechtigten) oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzungen“ vom Deckungsausschluss ausgeschlossen. Eine ähnliche Klauselformulierung findet sich in Art 8 Z 3.2 ABHV: Ihr zufolge besteht kein Versicherungsschutz für den Versicherungsnehmer „infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen für seine beruflichen Tätigkeiten geltende Gesetze, Verordnungen oder behördliche Vorschriften sowie infolge bewussten Zuwiderhandelns gegen Anweisungen oder Bedingungen des Auftraggebers oder dessen Bevollmächtigte oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“. Manche AVB stellen nicht auf eine wissentliche, sondern auf vorsätzliche Pflichtverletzung ab (*Wilhelmer* S 1199 Rz 3322 ff).

Dieser Risikoausschluss der „wissentlichen Pflichtverletzung“ verschärft den gesetzlichen Vorsatzausschluss gemäss § 152 öVersVG (§ 103 dVVG). Der Risikoausschluss der wissentlichen (bzw. bewussten) Pflichtverletzung ist in der Pflichthaftpflichtversicherung anerkannt und greift nach herrschender Meinung auch gegenüber dem geschädigten Dritten durch. Der Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung wird

von der herrschenden Meinung auch als AGB-rechtlich als zulässig betrachtet (allenfalls ist der unbestimmte Begriff der „sonstigen Pflichtverletzung“ AGB-rechtlich zu kritisieren). Eine Verschärfung des gesetzlichen Vorsatzausschlusses ist grundsätzlich möglich, weil § 152 öVersVG (§ 103 dVVG) dispositiv ist (§ 158a öVersVG, § 112 dVVG). Die Versicherungsdeckung geht infolge des Pflichtwidrigkeitsausschlusses somit nicht erst mit „Schädigungsvorsatz“ (im Sinn des § 152 öVersVG/§ 103 dVVG), sondern schon mit einem *wissentlichen Pflichtenverstoss* verloren. Die Pflichtwidrigkeitsklausel ist ein subjektiver Risikoausschluss und normiert keine (verhüllte) Obliegenheit. Die Pflichtwidrigkeitsklausel ist von der gesetzlichen oder AVB-vertraglichen Vorsatzklausel abzugrenzen. Nur der „echte“ Vorsatzausschluss deckt sich mit den Voraussetzungen des § 152 öVersVG (§ 103 dVVG). Die Pflichtwidrigkeitsklausel ist enger gefasst und ändert § 152 öVersVG (§ 103 dVVG) in zwei Punkten ab. Der Vorsatz bezieht sich erstens anders als gemäss § 152 öVersVG (§ 103 dVVG) (und im Vergleich zu den echten Vorsatzklauseln) nur auf die Pflichtverletzung (Pflichtverletzungsvorsatz). Die Pflichtverletzung ist der Bezugspunkt des Vorsatzes, nicht der Schadenseintritt (oder die Schadensfolgen). Die Pflichtverletzung muss zweitens – strenger als gemäss § 152 öVersVG (§ 103 dVVG) – nicht nur in der „Vorsatzgrundstufe“ des *dolus eventualis* (im Sinn des § 5 Abs 1 Satz 2 öStGB), sondern wissentlich (bewusst), also in Form des *dolus directus* (im Sinn des § 5 Abs 3 öStGB) gesetzt werden (*Wilhelmer S 1200, 1201 Rz 3326 – Rz 3331*).

Richtig ist der Standpunkt der Revision, dass angesichts der Vielzahl an Regelungsnormen einer immer komplexer werdenden Berufswelt es praktisch unmöglich ist, immer (und gleichzeitig) „alle“ Normen einzuhalten. Solange dies unbewusst fahrlässig geschieht, besteht in der Berufshaftpflichtversicherung problemlos Versicherungsschutz. Wird hingegen bewusst (und damit wissentlich) auf die Einhaltung von Normen/Gesetzen verzichtet, wird der deckungsvernichtende Tatbestand der Pflichtwidrigkeitsklausel erfüllt. Das bewusste Eingehen von „rechtswidrigen Risiken“ will der Versicherer verständlicherweise nicht mehr decken (*Wilhelmer* S 1202 Rz 3333).

Einige Pflichtwidrigkeitsklauseln gehen vom Erfordernis einer „wissentlichen“ Pflichtverletzung aus (so Art 4 I Z 3 AVBV); andere wiederum vom Erfordernis einer „bewussten“ Pflichtverletzung (so Art 8 Z 3 Pkt 2. ABHV). Im Ergebnis ist das Gleiche gemeint. Der zivilrechtliche (wie auch der strafrechtliche) Vorsatzbegriff enthält eine Wissens- und eine Wollenskomponente. Die Wissentlichkeit zielt auf die Wissenkomponente, das Bewusstsein auf die Wollenskomponente ab. Eine wissentliche Pflichtverletzung kann daher nicht ohne Pflichtverletzungsbewusstsein begangen werden. Und eine bewusste (gewollte) Pflichtverletzung kann (idR) nicht ohne Wissen um die Pflichtverletzung gesetzt werden. Beide Elemente des Vorsatzes, also Wissen und Wollen bzw. Wissentlichkeit und Bewusstsein, sind Tatbestände des (einen) *dolus (directus)* und im Fall der Pflichtwidrigkeitsklausel auf den Tatbestand Pflichtverletzung gerichtet. Durch Elemente des direkten

Vorsatzes grenzt sich die Pflichtwidrigkeitsklausel vom Pflichtwidrigkeitsklausel ab, die (wie in manchen AVB üblich) nur auf eine vorsätzliche Pflichtverletzung abstellen. Für das Kriterium des Pflichtverletzungsvorsatzes reicht diesfalls schon *dolus eventualis*. Der Deckungsschutz entfällt schon dann, wenn der Versicherte die Pflichtverletzung bloss „für möglich hält und sich damit abfindet“. Der Versicherte muss die Pflichtverletzung weder kennen, noch muss dem Versicherten diese bewusst sein. Da die Begriffe „wissentlich“ oder „bewusst“ einen *dolus directus* voraussetzen, ist aus der Sicht der Versicherten eine auf Vorsatz abstellende Pflichtwidrigkeitsklausel weniger vorteilhaft. Weiterhin ist eine Schadeninkaufnahme für den Deckungsverlust – so wie beim Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung – nicht erforderlich (*Wilhelmer* S 1203, 1204 Rz 3335 – Rz 3338).

Die wissentliche bzw bewusste Pflichtverletzung besteht in einem wissentlichen bzw bewussten Abweichen von Gesetzen, Verordnungen oder (behördlichen) Vorschriften. Gesetze sind alle formellen sowie materiellen Gesetze (wie etwa Verordnungen und Richtlinien). Eine behördliche Vorschrift kann auch in einem individuellen Rechtsakt wie etwa in einem Bescheid oder Urteil liegen. Wegen der vielen abstrakten Normen droht eine Entwertung des Versicherungsschutzes, wenn vom Versicherer wegen Verstosses gegen allgemein-abstrakte Normen „allzu rasch“ eine wissentliche/bewusste Pflichtverletzung (deckungsausschliessend) unterstellt bzw behauptet wird. Zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung des Deckungsausschlusses muss daher – wie bereits erwähnt –

richtigerweise die Verletzung von Pflichten sein, an die konkrete Verhaltensforderungen geknüpft sind. Normen, die lediglich allgemeine Zielvorgaben beinhalten, ohne konkrete Verhaltensforderungen aufzustellen, reichen zur Verbindlichkeit einer Pflicht, gegen die deckungsausschliessend wissentlich bzw bewusst verstossen wird, nicht aus (*Wilhelmer* S 1204, 1205 Rz 3339, 3340).

Notwendig ist weiters eine konkrete Pflichtverletzung, die den Eintritt des Schadens unmittelbar herbeiführt. Führt eine (fahrlässige) Nachlässigkeit nur zur Schaffung einer allgemeinen Gefahrenlage, liegt darin noch keine unmittelbare, zum Schaden führende Pflichtverletzung, und damit auch noch keine deckungsrelevante wissentliche Pflichtverletzung vor. Die Pflichtverletzung muss auch kausal sein und nach dem Schutzzweck der verletzten (gesetzlichen) Pflicht eine Haftung gegenüber den geschädigten Dritten begründen (*Wilhelmer* S 1205 Rz 3341 bis Rz 3343).

Die allgemeine Umschreibung des versicherten Risikos erfolgt durch die primäre Risikobegrenzung. Durch sie wird in grundsätzlicher Weise festgelegt, welche Interessen gegen welche Gefahren und für welches Risiko versichert sind. Auf der zweiten Ebene (sekundäre Risikobegrenzung) kann durch einen Risikoausschluss ein Stück des von der primären Risikobegrenzung erfassten Deckungsumfangs ausgenommen und für nicht versichert erklärt werden. Der Zweck liegt darin, dass ein für den Versicherer nicht überschaubares und nicht kalkulierbares Teilrisiko ausgenommen und eine sichere Kalkulation der

Prämie ermöglicht werden soll. Mit dem Risikoausschluss begrenzt also der Versicherer von vornherein den Versicherungsschutz, ein bestimmter Gefahrenumstand wird von Anfang an von der versicherten Gefahr ausgenommen. Der Zweck von solchen Ausschlüssen liegt daran, keine Risiken zu decken, deren Verwirklichung mit grosser Wahrscheinlichkeit stattfinden wird (vgl 7 Ob 127/20g).

Die *****-Versicherung (Directors´ and Officers´ Liability Insurance) dient der Absicherung von Leitungsorganen gegen persönliche Inanspruchnahme durch die Gesellschaft (Innenhaftung) oder Dritter (Aussenhaftung). Sie ist eine Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung für fremde Rechnung. Die *****-Versicherung beruht auf dem Anspruchserhebungsprinzip (Claims-made-Prinzip). Anders als in der Haftpflichtversicherung, die das Entstehen der Leistungspflicht des Versicherers vom Eintritt eines Schadenereignisses abhängig macht oder sich auf den Verstoß des Versicherungsnehmers stützt, ist die Leistungspflicht der *****-Versicherung an die Geltendmachung des Haftpflichtanspruchs gegenüber der versicherten Person geknüpft. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 914 ff öABGB) auszulegen, und zwar orientiert am Massstab des durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers und stets unter Berücksichtigung des erkennbaren Zwecks einer Bestimmung. Die Klauseln sind, wenn sie nicht Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen; dabei ist

der einem objektiven Betrachter erkennbare Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen. Unklarheiten gehen zu Lasten der Partei, von der die Formulare stammen, das heisst im Regelfall zu Lasten des Versicherers. Als Ausnahmetatbestände, die die vom Versicherer übernommenen Gefahren einschränken oder ausschliessen, dürfen Ausschlüsse nicht weiter ausgelegt werden, als es ihr Sinn unter Betrachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise sowie des Regelungszusammenhangs erfordert. Die allgemeine Umschreibung des versicherten Risikos erfolgt durch primäre Risikobegrenzung. Durch sie wird in grundsätzlicher Weise festgelegt, welche Interessen gegen welche Gefahren und für welches Risiko versichert sind. Auf der zweiten Ebene (sekundäre Risikobegrenzung) kann durch einen Risikoausschluss ein Stück des von der primären Risikobegrenzung erfassten Deckungsumfangs ausgenommen und für nicht versichert erklärt werden. Der Zweck liegt darin, dass ein für den Versicherer nicht überschaubares und nicht kalkulierbares Teilrisiko ausgenommen und eine sichere Kalkulation der Prämie ermöglicht werden soll. Mit dem Risikoausschluss begrenzt also der Versicherer von vornherein den Versicherungsschutz, ein bestimmter Gefahrenumstand wird von Anfang an von der versicherten Gefahr ausgenommen. Der Zweck des Ausschlusses liegt im berechtigten Interesse des Versicherers daran, keine Risiken zu decken, deren Verwirklichung mit grosser Wahrscheinlichkeit stattfinden wird. Die Beweislast für das Vorliegen eines Risikoausschlusses als Ausnahmetatbestand trägt der Versicherer. Somit trägt der

Versicherer auch die entsprechende Darlegungs- und Beweislast (7 Ob 127/20g mwN).

Die Frage der zivilrechtlichen Haftpflicht des Versicherungsnehmers/des Versicherten ist im Haftpflichtprozess zwischen ihm und dem Geschädigten zu klären, während der Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers/Versicherten, wenn er strittig ist, zwischen ihm und dem Versicherer im Deckungsprozess geprüft werden muss. Die Frage, ob der Versicherer Versicherungsschutz zu gewähren hat, ist also von jener zu trennen, ob der Versicherungsnehmer/Versicherte dem Dritten Schadenersatz schuldet. Im Deckungsprozess sind deshalb 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 unbeachtlich. Im Deckungsprozess kommt eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und des Ergebnisses des Haftpflichtprozesses bei Beurteilung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht in Betracht. Einen Sonderfall bilden Tatsachen, die für die Beurteilung sowohl der Berechtigung des Deckungsanspruchs des Versicherungsnehmers als auch dessen Haftung entscheidungsrelevant sind. Zu entscheidungsrelevanten Tatsachen sind im jeweiligen Prozess Feststellungen zu treffen. Im Deckungsprozess ist das Bestehen des Deckungsanspruchs zu prüfen und es bedarf der dafür notwendigen Feststellungen, so etwa zum Vorliegen eines Ausschlussstatbestands. War die Frage der Behauptungs- und Beweislast bislang nicht Gegenstand des Verfahrens und wurde sie mit den Parteien nicht erörtert, so muss den Parteien Gelegenheit gegeben werden, dazu

entsprechendes Vorbringen zu erstatten. Dazu ist erforderlichenfalls die Vorentscheidung aufzuheben und der Vorinstanz eine Verfahrensergänzung aufzutragen (vgl 7 Ob 127/20g).

8.9. Von diesen grundsätzlichen Erwägungen ausgehend sind – soweit derzeit von Relevanz – nachfolgend die weitere Beurteilung des konkreten Sachverhaltes durch die Vorinstanzen und die Ausführungen in den nunmehr vorliegenden Rechtsmittelschriften zu erörtern.

8.9.1. Das Fürstliche Obergericht hat seine abändernde Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die in den nachfolgend angeführten Klauseln vereinbarten Deckungsausschlüsse verwirklicht worden seien (ON 29 insbesondere Erw 8.4., 8.5., 8.7., 8.8. und 8.13. aE), deren Inhalte zum besseren Verständnis an dieser Stelle nochmals wiedergegeben werden:

Berufshaftpflichtversicherung Police Nr. (richtig) F**** iVm Police Nr. E**** BVB Art. 7.1.2.1 (Beilagen K, L und I): *Nicht versichert sind dagegen Schäden, die zurückzuführen sind auf absichtliche, unerlaubte oder bewusst auftrags- und pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen.*

Ergänzende Vertragsbedingungen (EVB) Ausgabe 01.90 zur Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Notare, Treuhänder, Bücherexperten Art. 3 lit g (Beilage 8): *Über die in den AVB genannten Einschränkungen hinaus erstreckt sich der Versicherungsschutz für Vermögensschäden nicht auf Ansprüche für Schäden aus*

vorsätzlicher Übertretung von gesetzlichen und behördlichen Vorschriften.

Berufshaftpflichtversicherung Police Nr. D****
BVB Art. 6.3.1 (Beilage 9): *Nicht versichert sind dagegen Schäden, die zurückzuführen sind auf absichtliche, unerlaubte oder bewusst auftrags- und pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen von versicherten Firmen und Personen.*

Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Treuhänder, Wirtschaftsprüfer, Berater und ähnliche Berufe, Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) Ausgabe 05.2006 Art. 6 Abs. 1 lit. d erster Spiegelstrich (Beilage M): *Der Versicherungsschutz erstreckt sich nicht auf Ansprüche aus Schäden, die anlässlich bzw bei der Gelegenheit der Begehung von Verbrechen, Vergehen sowie der vorsätzlichen oder eventualvorsätzlichen Übertretung von gesetzlichen und behördlichen Vorschriften verursacht werden, gegen Versicherte als Täter (als Täter sind auch Mittäter, Gehilfen und Anstifter zu verstehen).*

8.9.2. Zum Vorwurf des Berufungsgerichts (ON 29 Erw 8.13), die Kläger hätten die nach den zitierten Versicherungsbedingungen und den Statuten der ***** Stiftung „zwingende Zustimmung des Protektors zum Erwerb des Hebelproduktes nicht eingeholt“, ist zunächst auf die vom Erstgericht aus dem Schiedsverfahren übernommene Sachverhaltsgrundlage zurückzukommen, wonach nicht festgestellt werden konnte, ob die *****oder der Stiftungsrat „mittels eines Schriftbeschlusses Dr. ***** ***** zum Protektor bestellten“ (ON 18 S 3 Abs 1). Nach der jedenfalls insoweit von den Parteien nicht in

Zweifel gezogenen Beilage B, deren Echtheit und Richtigkeit nämlich nicht bestritten wurde (ON 17 S 31 unten) und die daher auch noch im Revisionsverfahren als Entscheidungsgrundlage verwertet werden kann (vgl OGH 07.02.2020 02 CG.2013.496 GE 2020,57 Erw 8.15; vgl StGH 2016/128 Erw 3; vgl RIS-Justiz RS0121557 ua), lag dem Schiedsgericht ein Schriftbeschluss nicht vor. Es wurde für möglich gehalten, dass die Fassung des Beschlusses übersehen worden sei (Schiedsspruch S 45 Abs 1 FN 19). Auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung wurde die demnach im Laufe des Schiedsverfahrens strittig gewordene Frage, ob Dr. ***** tatsächlich zum Protektor bestellt worden war, ausdrücklich offen gelassen, konkret, ob es zu einer wirksamen mündlichen oder schlüssigen Bestellung des Protektors gekommen sei (Beilage B S 109, 110 Rz 276, 277).

Schon aus dem Wortlaut des Art 111 Abs 1 PGR und Art 7 lit b der Statuten der ***** Stiftung ergibt sich, dass ein Protektor als ein Organ der Stiftung als solches zu bestellen ist. Das spricht dafür, dass schon im Interesse der Rechtssicherheit zumindest ein Akt gesetzt werden muss, nach dem feststeht, ob eine Person zu einem bestimmten Organ der Stiftung bestellt wurde. Jedenfalls bedeutet der Umstand, dass nach den Ausführungen des Schiedsgerichts Dr. ***** eine „Annahmeerklärung abgegeben hat“ und „die Bestellung *grundsätzlich*“ (Hervorhebung durch den Senat) „von der Zustimmung der Stifterin und der Kläger in ihrer Eigenschaft als Stiftungsräte getragen war“, noch nicht, dass Dr. ***** in einer der Rechtssicherheit entsprechenden Art und Weise zum Protektor der Stiftung bestellt worden war. Vielmehr lässt die Formulierung

„grundsätzlich“ offen, ob nicht allfällige Vorbehalte bestanden, die vor der Verbindlichkeit des Bestellungsaktes auszuräumen gewesen wären. Es ist daher (auch schon nach den vom Erstgericht ausdrücklich getroffenen Feststellungen) davon auszugehen, dass die Bestellung von Dr. ***** zum Protektor nicht gesichert feststeht. Da auch keine Anhaltspunkte vorliegen, dass Dr. ***** als sogenanntes „faktisches Organ“ innerhalb der ***** Stiftung wirkte, kann er auch nicht als solches tätig gewesen sein. Der Abschluss des Mandatsvertrages mit DDr. ***** , der nicht Organ der Stiftung war, vermochte für diese bzw für die Kläger als deren Organe insoweit keine Rechtswirkungen zu erzeugen, die daraus resultieren, dass sie in jenen Fällen, in denen an sich die Zustimmung des Protektors einzuholen gewesen wäre, dem nicht entsprochen haben.

Erwähnt sei, dass in Art 7 lit b Abs 1 der Statuten der Stiftung nur die Rede davon ist, dass dem Stifter bzw dem Stiftungsrat eine „Befugnis“, also eine Berechtigung zur Bestellung eines Protektors (sowie weiterer beispielsweise aufgezählter Organe) eingeräumt wurde, während dies aber nicht zwingend festgelegt wurde. Dass dem Protektor für bestimmte Fälle ein „zwingendes Zustimmungsrecht zukommt“ (Art 7 lit b Abs 2 der Statuten) muss entgegen der im Schiedsspruch vertretenen Ansicht noch nicht unbedingt bedeuten, dass auch seine Bestellung zwingend vorgesehen war. Vielmehr könnte die Regelung auch dahin verstanden werden, dass *für den Fall*, dass ein Protektor bestimmt wird, dessen Zustimmung in bestimmten Fällen einzuholen ist.

Unabhängig davon liess das Schiedsgericht offen, ob nun den Klägern vorzuwerfen sei, dass sie keinen Protektor bestellt oder aber es unterlassen haben, einem doch bestellten Protektor die Veranlagungsstrategie zur Genehmigung vorzulegen. Der erste Vorwurf ist (war) aber nicht Gegenstand des nunmehr vorliegenden Verfahrens. So behauptete die Beklagte in erster Instanz dezidiert, dass die Kläger den Statuten entsprechend einen Protektor in der Person von Dr. ***** bestellt hätten (vgl ua ON 11 S 39 letzter Abs). In der Rechtsrüge ihrer Berufung ON 19 (S 39 und S 40) ging die Beklagte beispielsweise von einer Bestellung des Protektors aus und entfernte sich damit von den Feststellungen.

Der Beklagten musste auf Basis der vom Erstgericht entgegen ihrem Standpunkt ausdrücklich wiedergegebenen Feststellungen bzw der den Parteien bekannten Entscheidung des Schiedsgerichtes klar sein, dass davon ausgehend die entsprechenden rechtlichen Schlüsse gezogen werden, so dass in diesem Punkt keine „Überraschungsentscheidung“ vorliegen kann. Die Beweislast für einen (zumindest objektiv verwirklichten) Pflichtenverstoss als Grundlage für einen Risikoausschluss trifft in jedem Fall die Beklagte. Steht aber nicht fest, dass wirklich ein Protektor bestellt worden war, dann kann den Klägern auch nicht begründet vorgeworfen werden, sie hätten in gewissen Fällen nicht seine Zustimmung eingeholt.

8.9.3.1. Die Revisionswerber machen geltend, dass die Klauseln Art 3 lit g EVB bzw Art 6 Abs 1 lit d AVB aufgrund eines Verstosses gegen Art 8 Abs 3 KSchG sowie

gegen § 879 Abs 3 ABGB unwirksam seien. Die Kläger seien Konsumenten im Sinn von Art 1 Abs 1 lit a KSchG, da der Abschluss des Versicherungsvertrages – anders als für den Hauptvertragspartner *****– für sie nicht zum Betrieb ihres Unternehmens zähle. Die Klauseln seien gröblich benachteiligend sowie für einen aufmerksamen und verständlichen Durchschnittsverbraucher nicht nachvollziehbar. Sie begründeten faktisch auch eine Beweislastumkehr zu Lasten der Kläger. Unternehmerischen Entscheidungen seien schadensgeneigte Pflichtverstösse geradezu immanent. Würde man nun jeglichen Pflichtverstoss wie beispielsweise gegen Art 182 Abs 2 PGR als Haftungsgrundlage für Stiftungsräte heranziehen, und die Vorsätzlichkeit bereits mit der Erfüllung des äusseren Tatbestandes begründen, stelle sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Versicherung. Die Abweichung vom dispositiven Recht führe zu einer ungerechtfertigten Aushöhlung des Versicherungsumfangs. Nach der massgeblichen anwendbaren Police seien nur strafrechtlich relevante Pflichtverletzungen vom Deckungsausschluss erfasst. Solche hätten die Kläger aber nicht zu vertreten.

8.9.3.2. Dem hält die Beklagte in ihrer Rechtsmittelbeantwortung entgegen, dass die *****als gesetzlich zugelassenes Treuhandunternehmen Versicherungsnehmerin des Versicherungsvertrages sei, während die Kläger daraus nur materiell berechtigt wären. Seien diese aber nicht Vertragspartner, so komme das KSchG nicht zur Anwendung. Entgegen der Ansicht der Kläger seien die vom Berufungsgericht herangezogenen Versicherungsklauseln für diese nicht gröblich

benachteiligend und damit unwirksam. Nicht jeglicher Pflichtverstoss führe zum Versicherungsausschluss, sondern nur die bewusste und vorsätzliche Pflicht- und Gesetzesverletzung. Die Deckungsausschlüsse seien nicht nur auf strafrechtlich relevante Pflichtverletzungen zu reduzieren.

8.9.3.3. Das Revisionsgericht erachtet die Rechtsmittelausführungen in diesem Zusammenhang für nicht stichhältig, hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils insoweit für zutreffend, weshalb gemäss §§ 482, 469a ZPO auf deren Richtigkeit und die nachfolgenden Ausführungen verwiesen wird:

Keiner näheren Erörterung bedarf, dass es hier in diesem Zusammenhang nicht um die grobfahrlässige Verletzung von durch Versicherungsbedingungen auferlegten Pflichten geht. Vielmehr beziehen sich die strittigen Klauseln im Wesentlichen auf absichtliche, unerlaubte, bewusste bzw vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Pflichtverletzungen, die noch dazu teilweise Verstösse gegen gesetzliche bzw behördliche Vorschriften betreffen. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass in solchen Fällen ein erhöhtes Schadensrisiko gegeben ist, sodass es zu keiner unsachlichen Benachteiligung des Versicherungsnehmers bzw des Versicherten kommt, wenn in diesem Zusammenhang der Versicherungsschutz ausgeschlossen wird.

Klarzustellen ist, dass an sich nicht näher zu prüfen ist, ob die Kläger als blosse Versicherte aus dem

Versicherungsvertrag, der unstrittig zwischen einem Unternehmen und einem Versicherungsunternehmen abgeschlossen wurde, als Konsumenten im Sinn des Art 1 KSchG zu betrachten sind oder nicht. Selbst wenn nämlich das zuletzt zitierte Gesetz anwendbar wäre, führte dies nicht zur Unwirksamkeit der zu beurteilenden Versicherungsklauseln.

Allerdings gilt dennoch Folgendes: Dem Versicherer steht es frei, bestimmte Risiken vom Versicherungsschutz auszunehmen. Voraussetzung ist, dass dies für den Versicherungsnehmer (oder *Versicherten*) klar erkennbar geschieht und die Klausel weder objektiv ungewöhnlich (im Sinn eines Überraschungs- oder Übertölpelungseffekts) noch branchenunüblich oder „versteckt“ – sondern an systematisch richtiger Stelle genannt – ist. Umgekehrt muss der Versicherungsnehmer (und damit auch der Versicherte) stets mit Risikoausschlüssen und Risikobegrenzungen rechnen, weil es im Allgemeinen keine All-Risk-Versicherung gibt (vgl 7 Ob 169/22m, 7 Ob 11/18a, 7 Ob 137/14v zu §§ 864a, 879 Abs 3 öABGB). Dass bei der Abwägung dieser Kriterien nicht zwischen den Sichtweisen des Versicherungsnehmers und des Versicherten zu differenzieren sondern eine objektive gleiche Sichtweise angebracht ist, ist schon deshalb zwingend, weil sonst ein und derselbe Versicherungsvertrag gespalten würde und im Verhältnis zum Versicherungsnehmer sowie Versicherten die Frage, ob Versicherungsdeckung besteht oder nicht, zu unterschiedlichen Lösungen führen könnte. Das wäre der Rechtssicherheit in einer nicht zielführenden Weise abträglich.

Die hier in Frage stehenden Vertragsbestimmungen müssen im Übrigen den Verbraucher im Rahmen des Möglichen und Überschaubaren zuverlässig über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag informieren. Er soll möglichst durchschaubar, klar, verständlich und angepasst an die jeweilige Vertragsart so aufgeklärt werden, dass er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird und ihm auch keine unberechtigten Pflichten auferlegt werden. Auch darf er über die ihm aus der Regelung resultierenden Rechtsfolgen nicht getäuscht oder im Unklaren gelassen werden. Richtig ist, dass der Sinn der Klausel verständlich sein muss (*Kathrein/Schoditsch* in KBB ABGB⁶ § 6 Rz 32). Massstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (1 Ob 241/06g).

Das Transparenzgebot setzt grundsätzlich die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig ist oder von ihm jedenfalls festgestellt werden kann. Es ist dabei eine gewisse Mindestkundigkeit des Verbrauchers zu unterstellen, damit nicht etwa ganze Branchen ihre juristische Kommunikationsfähigkeit verlieren. Bei der Beurteilung der Unverständlichkeit ist daher zu unterscheiden, ob der Verwender eine möglichst verständliche Formulierung

gewählt oder die AGB (für den Durchschnittskunden) unnötig schwer verständlich formuliert hat. Dabei kann es unumgänglich sein, für bestimmte Fachgebiete sogenannte *termini technici* zu verwenden (7 Ob 15/10x). Die allfällige Auslegungsbedürftigkeit von Bestimmungen begründet noch keinen Verstoss gegen das Transparenzgebot (vgl 6 Ob 124/20h).

Dazu ist zunächst hervorzuheben, dass die beiden Kläger Mitglieder des Verwaltungsrates (Treuhänderrates) bzw der Geschäftsleitung der Versicherungsnehmerin sowie ausgebildete Treuhänderin bzw Jurist waren bzw sind. Sie sind damit typische Adressaten der hier strittigen Versicherungsverträge mit den entsprechenden Klauseln.

Davon ausgehend entsprechen die strittigen Klauseln den oben dargelegten Grundsätzen. Sie enthalten durchwegs Begriffe, die für sich und im Gefüge miteinander allgemein verständlich sind. Für die Kläger muss aufgrund ihrer Ausbildung und Tätigkeit klar oder abklärbar sein, was beispielsweise „eventualvorsätzlich“ bedeutet. Dass die Klauseln auslegungsbedürftig sind, liegt in der Natur der Sache und ist im Sinn der vorstehenden Rechtsgrundsätze auch nicht für die Kläger nachteilig. Insoweit vergleichbar mit Gesetzesbestimmungen müssen sie in verständlicher und noch übersichtlicher Form eine Vielzahl von Lebenssachverhalten erfassen und regeln. Dabei ist zu Gunsten der Kläger davon auszugehen, dass undeutliche Äusserungen gemäss § 915 ABGB im Wesentlichen zum Nachteil der Beklagten auszulegen sind (vgl dazu *Kathrein/Schoditsch* Rz 31).

Entgegen den Revisionsausführungen sieht Art 22 Abs 1 VersVG eine Deckungsfreistellung nicht schon bei „schuldhafter“ Herbeiführung des Schadens vor, sondern dann, wenn das versicherte Ereignis vorsätzlich herbeigeführt wurde. Diese Bestimmung bezieht sich schon ihrem Wortlaut nach auch auf bedingten Vorsatz. Insoweit erfolgt durch die derzeit zu behandelnden Klauseln keine Einschränkung des Versicherungsschutzes zu Lasten der Kläger. Dementsprechend geht es hier auch nicht um „jeglichen Pflichtverstoss“ (wie etwa) gegen Art 182 Abs 2 PGR.

Es sind nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit die strittigen Klauseln, die eine Beweislastumkehr zu Lasten der Kläger vorsehen. Vielmehr ergibt sich eine solche – wie bereits dargelegt – aus Gesetz und Rechtsprechung (häufig) in Fällen, in denen ein berücksichtigungswürdiger Beweisnotstand besteht.

Wie die oben angeführten rechtsvergleichenden Zitate aus der Schweiz, Österreich und Deutschland zeigen, werden in diesen Ländern bei vergleichbaren Rechtslagen ähnliche Klauseln verwendet, wie sie hier Gegenstand der verschiedenen Versicherungsverträge und damit des Verfahrens sind. Auch in diesen Ländern wurden diese Risikoausschlüsse im Wesentlichen als wirksam anerkannt (vgl beispielsweise nur VersR 2001, 1103, 1104; VersR 1991, 176 6c; VersR 2009, 58, 59; vgl 7 Ob 127/20g).

Das ist im vorliegenden Fall daher jedenfalls auch für die vom Fürstlichen Obergericht herangezogenen Risikoausschlüsse zu bejahen (zu den restlichen Gründen siehe unten).

Die vom Berufungsgericht als entscheidend herangezogenen Klauseln sind zusammengefasst im Sinn der vorstehenden Grundsätze nicht unklar oder unverständlich abgefasst. Sie begründen, insbesondere im Hinblick auf die abzusichernden Risiken und die von ihnen erfassten Verhaltensweisen, die eine erhöhte Gefahrenneigung begründen, kein erhebliches Missverhältnis zum Nachteil der Kläger. Es ist auch keinesfalls so, dass die Kläger auf Grund ihrer Ausbildung und Tätigkeit sowie der übrigen festgestellten Umstände, vor allem nach dem äusseren Erscheinungsbild der schriftlichen Unterlagen, wie sie insoweit als unbedenkliche Urkunden vorliegen, nicht mit diesen zu rechnen brauchten.

8.9.4. Den Revisionsausführungen ist darin zuzustimmen, dass wegen der vielen abstrakten Normen eine Entwertung des Versicherungsschutzes droht, wenn vom Versicherer wegen Verstosses gegen allgemein-abstrakte Normen „allzu rasch“ eine wissentliche/bewusste Pflichtverletzung unterstellt wird. Zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung des Deckungsausschlusses muss daher richtigerweise die Verletzung von Pflichten sein, an die konkrete Verhaltensforderungen geknüpft sind. Normen, die lediglich allgemeine Zielvorgaben beinhalten, ohne konkrete Verhaltensforderungen aufzustellen, reichen zur Verbindlichkeit einer Pflicht, gegen die deckungsausschliessend wissentlich bzw bewusst verstossen wird, nicht aus (vgl wie bereits zitiert *Wilhelmer* S 1204, 1205 Rz 3340 mwN).

Dazu ist zunächst auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts (ON 29 Erw 8.11 Abs 4 und Erw 8.12) zu verweisen, denen sich der Fürstliche Oberste Gerichtshof anschliesst (§§ 482, 469a ZPO). Dazu sei Folgendes ergänzt:

Dem Stiftungszweck kommt im Stiftungsrecht die zentrale Stellung zu. Er ist sowohl Grundlage als auch Maxime des Handelns der Stiftungsorgane, deren Aufgabe im Vollzug des im Stiftungszwecks perpetuierten Stifterwillens liegt. Ein Handeln zum Wohle der Stiftung erfordert deshalb, dass die unternehmerische Entscheidung mit dem Stiftungszweck kompatibel und auf dessen Verwirklichung ausgerichtet ist (*Öhri* in *Heiss/Lorenz/Schauer*, Kommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht² Art 182 PGR Rz 31). Mit anderen Worten zählt der Stiftungszweck zu den essentialia negotii einer jeden Stiftung. Gewissermassen handelt es sich beim Stiftungszweck um das „Herzstück“ der Stiftung, weshalb dessen Beachtung und Erfüllung oberste Pflicht des Stiftungsrats ist (*Öhri* Art 220 PGR Rz 14). Nach Art 552 § 25 Abs 1 PGR verwaltet der Stiftungsrat das Stiftungsvermögen unter Beachtung des Stifterwillens entsprechend dem Zweck der Stiftung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung. Das heisst, dass der Stiftungsrat bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens die Zweckerreichung der Stiftung prioritär im Auge haben muss (*Öhri* Art 552 § 25 PGR Rz 2). Diese Bestimmung bringt die „Kardinalspflicht“ des Stiftungsrates zum Ausdruck (*Öhri* Art 552 § 25 PGR Rz 1; vgl Art 220 Rz 19). Ähnliches ergibt sich aus Art 182 Abs 2 PGR für die hier massgebliche Rechtslage.

Die in der Revision angesprochene „Zielvorgabe“, also die Erreichung des vorgegebenen Ziels, ist die Verwirklichung des Stiftungszwecks. Dementsprechend werden für den Stiftungsrat Pflichtenquellen festgelegt, die das Verhalten des Stiftungsrats determinieren: 1. das Gesetz, primär das Stiftungsrecht, und durch den Verweis in Art 245 Abs 1 PGR ergänzend die für Verbandspersonen allgemein aufgestellten Vorschriften sowie aufgrund des weiteren Verweises in Art 228 Abs 1 PGR subsidiär auch noch das Auftragsrecht; 2. die Stiftungsdokumente, die dem nicht zwingenden Recht vorgehen; 3. allfällige vom Stiftungsrat mit der Stiftung getroffene, weder zwingendem Recht noch den Stiftungsdokumenten widersprechende Individualvereinbarungen und 4. verbindliche Beschlüsse eines vom Stifter unter Ausnützung seiner Stifterfreiheit geschaffenen fakultativen Organs (*Öhri* Art 220 PGR Rz 11).

In der Praxis lässt sich diese Zielvorgabe durch eine Vielzahl von konkreten Handlungsweisen und Entscheidungen erreichen, die natürlich nicht in allen Einzelheiten in gesetzliche Quellen einfließen können. Insoweit müssen daher die entsprechenden Normen in einer gewissen Allgemeinheit formuliert sein, aber doch für den Einzelfall daraus ableitbare konkrete Verhaltensforderungen aufstellen, die der Erreichung und Erhaltung der Zielvorgabe (Stiftungszweck) dienen.

Dementsprechend normiert Art 182 Abs 2 PGR, dass die Verwaltung das Unternehmen der Verbandsperson (der Stiftungsrat die Stiftung) mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern hat und für die Beobachtung der Grundsätze einer

sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung haftet. Ein Mitglied der Verwaltung (der Stiftungsrat) handelt im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es (er) sich bei seiner unternehmerischer Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln. Art 552 § 25 Abs 1 PGR führt konkret zur Stiftung noch aus, dass der Stiftungsrat das Stiftungsvermögen unter Beachtung des Stifterwillens entsprechend dem Zweck der Stiftung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung zu verwalten hat.

Es kann daher keine Rede davon sein, dass diese Bestimmungen nur allgemein-abstrakte Regelungen (also die „Zielvorgaben“ selbst) beinhalten, deren Missachtung nicht zu einer wissentlichen oder bewussten bzw (bedingt) vorsätzlichen Pflichtverletzung führen können. Entgegen den Revisionsausführungen ist daher das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Kläger hinreichend konkretisierten Verhaltensanforderungen zu entsprechen hatten.

Dazu sei noch erwähnt, dass es an sich nicht zu beanstanden ist, wenn ein Stiftungsrat für die Anlage und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens einer Stiftung einen Vermögensverwaltungsvertrag abschliesst. Ein Organ einer Verbandsperson, dem einschlägige Fachkenntnis fehlt, ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Vermögensverwaltung einem externen Spezialisten zu übertragen, den es allerdings sorgfältig auszuwählen, zu unterrichten und zu überwachen hat. Je risikoträchtiger die

Anlagearten im Portfolio sind, desto mehr wird der Stiftungsrat also bei einer Delegation zur laufenden Überwachung verpflichtet sein. Bei ausserbörslichen Anlagen (zum Beispiel „private equities“) hat der Stiftungsrat bei der Auswahl solcher Anlagen durch Dritte selbst eine „due diligence“ durchzuführen. Die Sorgfalt wird insbesondere dann verletzt, wenn das Organ zu diesem Zeitpunkt eine wirksame Kontrolle unterlässt und durch blosses Vertrauen ersetzt. Zu den Grundlageninformationen für jede Vermögensanlage gehören die Gewissheit über die Existenz des Beteiligungsunternehmens, über die Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens sowie ausreichende Bonität und Kenntnis über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft (vgl. *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht² Art 552 § 25 PGR Rz 2, 4 mwN; zur Überwachungspflicht OGH 08.05.2008 01 CG.2006.276 LES 2008, 363 Erw 8.2).

Gerade diesen Grundsätzen haben aber die Kläger nach den Feststellungen und ihrem eigenen Prozesstandpunkt nicht entsprochen. Ob und inwieweit dieses Verhalten bzw. Unterlassen zu einer Leistungsfreiheit der Beklagten führt, wird noch abzuklären sein.

8.9.5.1. Als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (§ 472 Z 2 ZPO) machen die Kläger zusammengefasst geltend, dass das Berufungsgericht für sie völlig überraschend davon ausgegangen sei, dass sie aufgrund des angeblichen Vorliegens einer „Kardinalpflichtverletzung“ zumindest die sekundäre Darlegungslast treffe. Damit ergebe sich für die Kläger eine

völlig neue Prozesssituation. Es mache nämlich einen fundamentalen Unterschied, welche Partei die jeweilige Beweislast treffe. Damit habe das Berufungsgericht gegen die §§ 182, 182a ZPO verstossen. Wäre das Berufungsgericht seiner Erörterungspflicht nachgekommen, hätten die Kläger ein (in der Revision im Einzelnen dargestelltes) Vorbringen samt Beweisanbot erstaten können, womit sie unter Beweis stellen hätten können, dass ihnen kein bewusster Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen anzulasten sei und sie einen solchen Verstoss auch nicht ernstlich für möglich gehalten geschweige denn sich damit abgefunden hätten.

8.9.5.2. Dem hält die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung zusammengefasst entgegen, dass die strittigen Fragen im erstinstanzlichen Verfahren durch umfangreiches Vorbringen der Parteien, eine entsprechende Beweisaufnahme sowie durch gründliche und erschöpfende Erörterung ausreichend aufbereitet worden sei. Damit habe die von den Klägern behauptete Erörterungspflicht nicht mehr bestanden. Die Kläger hätten zudem durch die Übernahme ihrer Funktion als Stiftungsräte der ***** Stiftung zu erkennen gegeben, dass sie die zur Verwaltung des Stiftungsvermögens erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen würden (1299 ABGB). Dies sei schon aufgrund der Ausbildung der Kläger als Treuhänderin bzw Jurist anzunehmen. Allfällige fehlende Kenntnisse seien von ihnen selbst zu vertreten. Ihre Behauptung, sie seien „irrtümlich der Ansicht“ gewesen, gesetzeskonform gehandelt zu haben, gehe daher ins Leere.

8.9.5.3. Gemäss § 182a ZPO hat das Gericht Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Ausser in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182 ZPO) und ihnen Gelegenheit zur Äusserung gegeben hat.

Der daraus ableitbare Grundsatz, dass das Gericht die Parteien in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen darf, die diese nicht beachtet haben und auf welche das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat, gilt für alle drei Instanzen. Das Verbot der Überraschungsentscheidung bedeutet nicht, dass das Gericht seine Rechtsansicht vor der Entscheidung kundtun muss, es sei denn, rechtserhebliche Tatsachen wurden nicht vorgebracht. In einer anderen rechtlichen Wertung eines im Verfahren unübersehbar behandelten Standpunktes liegt grundsätzlich keine Verletzung des § 182a ZPO. Gelangt das Berufungsgericht nämlich nur zu einer anderen rechtlichen Beurteilung als das Erstgericht, so kann von einer Überraschungsentscheidung keine Rede sein (*Santner* in *Schumacher*, HB LieZPR Rz 19.24, 19.25 mwN).

Die Kläger haben nun zwar in erster Instanz selbst vorgebracht, dass die Vermögensverwaltung eine Kardinalpflicht des Stiftungsrats bzw eine Kerntätigkeit des Treuhänders sei (ON 16 S 24 Pkt 3.40., S 25 Pkt 3.44.); gleichzeitig haben die Kläger aber wiederholt ihren Rechtsstandpunkt vertreten, dass den Beweis für das Vorliegen eines Risikoausschlusses als Ausnahmetatbestand der Versicherer zu führen habe (vgl

beispielsweise ON 16 S 15 Pkt 3.1., S 16 Pkt 3.6. und weitere Belegstellen; vgl auch ON 17 S 29 Abs 1). Die Beklagte hat diesen von den Klägern eingenommenen Rechtsstandpunkt nicht konkret bestritten. Er wurde weder vom Erstgericht noch vom Berufungsgericht, das auch keine Berufungsverhandlung durchgeführt hat, mit den Parteien, insbesondere mit den Klägern erörtert.

Das Fürstliche Obergericht hat dazu festgehalten, dass den Versicherer grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen eines Risikoausschlussgrundes treffe. Dies gelte aber dann nicht, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handle, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden könne, also bei sogenannten beruflichen „Kardinalpflichten“. In diesem Fall könne bereits vom äusseren Geschehensablauf und dem Ausmass des objektiven Pflichtverstosses auf innere Vorgänge geschlossen werden, sodass die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung vermutet werde. Es obliege nun dem Versicherten, diese Vermutungswirkung zu entkräften (vgl unter anderem ON 29 Erw 8.10).

Damit hat das Berufungsgericht zur Frage der Darlegungs- und Beweislast einen Standpunkt eingenommen, der insoweit konträr zu jenem der Kläger, wie er zuvor wiedergegeben wurde, steht. Sohin stellt die Berufungsentscheidung in diesem Punkt eine sogenannte „Überraschungsentscheidung“ dar, weil dieser Standpunkt von den Klägern erkennbar nicht geteilt wurde und im bisherigen Verfahren weder Gegenstand des gegnerischen Vorbringens noch von Erörterungen durch die Gerichte war.

Es liegt daher kein Fall einer anderen rechtlichen Bewertung eines im Verfahren unübersehbar behandelten Standpunkts vor.

Die Verletzung der richterlichen Anleitungspflicht fällt unter den Berufungs- bzw Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Dieser ist dadurch geltend zu machen, dass die Partei die Relevanz des Mangels darlegt und das Unterlassene nachholt. Der Rechtsmittelwerber hat daher vorzubringen, welches zusätzliche oder andere Vorbringen (und Beweisanbot) er aufgrund der von ihm nicht beachteten neuen Rechtsansicht erstattet hätte (vgl *Santner* Rz 19.29 mwN).

Dazu führen die Kläger in ihrer Revision zusammengefasst aus, dass sie ex-ante der Ansicht gewesen seien, dass die ihnen jetzt vorgeworfenen Verhaltensweisen (insbesondere die Hebelung von Investments und die Aufnahme von Vorschusskrediten sowie die Überlassung der Vermögensverwaltung an DDR. *****) im Einklang mit dem weiten Stiftungszweck und dem Interesse der Stiftung laut deren Statuten sowie dem erstarrten Stifterwillen entsprechend geschehen seien. Dementsprechend sei es ihrer Ansicht nach auch nicht erforderlich gewesen, zu bestimmten Anlässen die ohnehin als gegeben anzunehmende Zustimmung des Protektors einzuholen.

Dieses Vorbringen läuft im Ergebnis auf den Standpunkt hinaus, dass die Kläger – soweit sie tatsächlich rechtswidrig gehandelt haben sollten – dabei einem Irrtum unterlegen seien.

Es ist zwar richtig, dass von einem Stiftungsrat zu erwarten ist, dass er die für seine Tätigkeit notwendigen

rechtlichen Grundlagen, darunter auch die Statuten und Beistatuten der betreffenden Stiftung kennt; doch wird die Versicherung gerade für den Fall abgeschlossen, dass im Einzelfall trotz der an sich zu erwartenden Kenntnisse ein Verstoss gegen entsprechende Rechtsgrundlagen stattfindet. Insoweit ist es daher nicht gerechtfertigt, auf den Durchschnittsmasstab eines sorgfältigen Stiftungsrates oder Treuhänders abzustellen. Deren Sorgfalt schliesst – wie oben dargestellt – ein Handeln wider besseres Wissen aus (vgl BGer 4A_552/2015 E 2.5).

Der österreichische Oberste Gerichtshof vertritt im Übrigen zu den §§ 5, 9 Abs 3 öStGB die Meinung, dass ein unentschuldbarer Rechtsirrtum allein zur Begründung der Wissentlichkeit nicht ausreiche. Voraussetzung für die Aktualität eines Entschuldigungsgrundes sei nach § 9 Abs 1 öStGB das Vorliegen des objektiven und subjektiven Tat-Unrechts, also der Tatbestandsmässigkeit des betreffenden Täterverhaltens; ist letztere in Ansehung der subjektiven Tatseite auszuschliessen, so komme es auf die Frage der Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums gar nicht an. Jeder Rechtsirrtum schliesse die Wissentlichkeit aus, sodass die Vorwerfbarkeit eines solchen Irrtums ausser Betracht bleiben könne. Wissentlicher Befugnismissbrauch komme beispielsweise selbst dann nicht in Frage, wenn die Überzeugung eines Beamten, sich noch innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse zu bewegen, auf einer abwegigen Rechtsmeinung oder einem vorwerfbaren Irrtum beruhe (vgl RIS-Justiz RS0088829, RS0088880).

Auch im deutschen Recht wird die Ansicht vertreten, dass das Irren über das Bestehen der Pflicht bzw

über deren Inhalt in Form eines Rechtsirrtums einen wissentlichen Pflichtenverstoss ausschliesst. Demnach trägt sogar der Versicherer die Beweislast für einen wissentlichen Pflichtenverstoss einschliesslich des Fehlens eines Rechtsirrtums (*Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch*³ [2015], zu § 26 Berufshaftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung, 6. Pflichtwidrigkeitsklausel Rz 314b, 318 je mit Hinweis auf BGH v 05.03.1986 VersR 1986, 647 [648]).

Diese Rechtsgrundsätze sind – jedenfalls soweit es um den Ausschluss von Wissentlichkeit als Folge eines Rechtsirrtums geht – auch auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Damit zeigt sich, dass der von den Klägern aufgezeigte Verfahrensmangel entscheidungsrelevant ist, weil sie in einem mängelfreien Verfahren nach entsprechender Erörterung Tatsachenvorbringen (und Beweisanbot) erstatten hätten können, das im Fall seiner Verifizierung allenfalls zur Verneinung der Vorwerfbarkeit des ihnen vom Berufungsgericht angelasteten Fehlverhaltens führen könnte.

Das bedeutet, dass das berufungsinstanzliche Verfahren unter diesem Gesichtspunkt ergänzungsbedürftig wäre. Es wäre daher vom Fürstlichen Obergericht den Parteien (im Rahmen einer Berufungsverhandlung) Gelegenheit zu geben, zu den strittigen Fragen Stellung zu beziehen, um dann das Verfahren und die Feststellungsgrundlage entsprechend zu ergänzen (vgl konkret zur Erörterung der Behauptungs- und Beweislast 7

Ob 127/20g ua Pkt 2.4), sofern dies unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen noch erforderlich ist.

8.9.6.1. Als weitere Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügen die Kläger nämlich, dass das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen, wonach es den Klägern aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation und den erstgerichtlichen Feststellungen rund um die Stiftungsverwaltung (und die vermeintliche Verletzung einer Kardinalpflicht) Wissenslichkeit und Willentlichkeit unterstellt, ohne Beweismwiederholung von den erstgerichtlichen Feststellungen abgegangen sei. Dieser Mangel des Berufungsverfahrens sei auch wesentlich. Dazu erstatten die Kläger ein Vorbringen samt Beweisanbot, das im Wesentlichen dem zuvor wiedergegebenen Standpunkt entspricht und aus dem sich zusammengefasst entnehmen lässt, dass die Kläger nicht wissentlich oder auch nur mit bedingtem Vorsatz Tatbestände verwirklicht hätten, die den von der Beklagten ins Treffen geführten Risikoausschlussgründen entsprechen würden.

8.9.6.2. Die Beklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Revision beziehe sich auf aus dem Zusammenhang gerissene Erwägungen des Erstgerichtes, die rechtliche Schlussfolgerungen des Erstgerichts und keine dislozierten Tatsachenfeststellungen darstellten. Demgegenüber habe das Berufungsgericht ausführlich und überzeugend begründet, warum es das Verhalten der Revisionswerber als wissentlich und willentlich qualifiziere und damit die Verwirklichung von Ausschlussgründen als gegeben erachte. Dabei sei das Berufungsgericht von dem vom Erstgericht festgestellten

Sachverhalt und nicht einer davon abweichenden Tatsachengrundlage ausgegangen, sodass auch keine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes vorliege.

8.9.6.3. Die Zuordnung einzelner Teile eines Urteiles zu den Feststellungen hängt nicht vom Aufbau des Urteils ab. Daher sind beispielsweise auch in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung einer Entscheidung enthaltene, eindeutig dem Tatsachenbereich zuzuordnende Ausführungen als sogenannte dislozierte Tatsachenfeststellungen zu behandeln. Ist eine Partei mit einer derartigen „dislozierten Feststellung“ im Rahmen von beispielsweise Rechtsausführungen des Erstgerichts nicht einverstanden, muss sie dazu in der Berufung eine (gesetzmässige) Beweisrüge erheben (vgl. RIS-Justiz RS0098574; 2 Ob 151/11m).

Es begründet einen Verfahrensmangel, wenn das Berufungsgericht von den tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichts ohne Wiederholung der Beweisaufnahme abgeht. Das Abgehen von den den Denkgesetzen nicht widersprechenden Feststellungen des Erstgerichtes begründet ohne Wiederholung sämtlicher zu diesem Thema aufgenommener Beweise eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens im Sinn des § 472 Z 2 ZPO (vgl. § 503 Z 2 öZPO) und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie Rückverweisung der Sache an das Gericht zweiter Instanz. Dies gilt insbesondere, wenn das Berufungsgericht Feststellungen der ersten Instanz ersetzt oder ergänzt, ohne eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen (RIS-Justiz RS0043461; RS0043057).

Das Erstgericht hat nun im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (ON 18 S 97 Abs 2) unter anderem die Ansicht vertreten, dass den Klägern entgegen der Argumentation der Beklagten nicht Untreue nach § 153 StGB zur Last gelegt werden könne. Es gebe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger wissentlich zu Lasten der ***** Stiftung Vermögensverluste herbeigeführt hätten.

Die Frage, ob jemand wissentlich gehandelt hat, ist den Tatsachenfeststellungen zuzurechnen.

Auch auf den Seiten 98 (Abs 2) und 99 in ON 18 finden sich sogenannte dislozierte Feststellungen. Demnach wirft das Erstgericht den Klägern unter Bezugnahme auf den Schiedsspruch und damit zu allen relevanten Punkten dieses Verfahrens zunächst die Verwirklichung von Pflichtverletzungen, die zum Vermögensschaden geführt hätten, vor. Unmittelbar daran anschliessend hält das Erstgericht aber fest, dass „insoweit nicht im Ansatz ein vorsätzliches Verhalten der Kläger gesehen werden kann“. Auch auf S 99 unten in ON 18 führt das Erstgericht aus, dass „nicht im Ansatz erkannt“ werden könne, „dass die Kläger nun vorsätzlich gegen gesetzliche Bestimmungen und die Statuten verstossen hätten und damit einen Vermögensschaden der ***** Stiftung ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hätten“. Auch diese Ausführungen beziehen sich auf alle relevanten Pflichtverstösse, die den Klägern vorgeworfen werden. Unmittelbar zuvor hat das Erstgericht unter anderem Aussagen von durch ihm unmittelbar vernommenen Personen als „sehr glaubhaft“ bewertet. Im weiteren Zusammenhang mit Überlegungen, die teilweise

auf Indizienbeweise Bedacht nehmen und insgesamt zweifelsfrei der Beweiswürdigung zuzuordnen sind, gelangte das Erstgericht sodann zu den zuvor zitierten Konstatierungen. Diese schloss das Erstgericht mit dem Hinweis darauf ab, dass das Vertrauen der Kläger als Stiftungsräte darauf, dass sie im Willen der Stifterin Mag. ***** handelten, sie zwar nicht exkulpieren habe können; „dies mache deren Verhalten aber umgekehrt auch nicht vorsätzlich“ (ON 18 S 99 unten). Das entspricht im Grunde den zu Erw 8.8.5.3. dargestellten Grundsätzen, wonach ein Rechtsirrtum sogar Wissentlichkeit ausschliesst. Handelten die Kläger aber nicht vorsätzlich im Sinn von Wissen und Wollen, dann konnten sie sich des Verstosses gegen die ihnen obliegenden Pflichten auch nicht positiv bewusst sein (vgl dazu ua obige Erw 8.8.3. vorletzter Abs).

Da das Erstgericht an anderer Stelle seiner Entscheidung keine Feststellungen zur Tatbestandsmässigkeit der umstrittenen Risikoausschlüsse getroffen hat und das Erstgericht die zitierten Erwägungen ausdrücklich auf eine Würdigung von Beweisergebnissen zurückführt, sowie im Zusammenhang mit dem Eventualvorsatz eine deutlich den Tatsachenfeststellungen zuzuordnende Formulierung gefunden hat, kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass das Erstgericht mit dem Rechtsbegriff „vorsätzlich“ zum Ausdruck bringen wollte, dass es den Klägern in diesem Zusammenhang an der entsprechenden Wissentlichkeit und Willentlichkeit mangelte.

Damit sind aber die entsprechenden Passagen des Ersturteils den Sachverhaltsfeststellungen zuzurechnen, sodass das Berufungsgericht schon deshalb davon nicht abweichen hätte dürfen, weil diese in der Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil nicht mit Beweisrüge bemängelt wurden und andernfalls diese nur nach einer entsprechenden Beweiswiederholung abgeändert werden hätten dürfen. Das Fürstliche Obergericht hat aber seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt, dass die Kläger „den zu ersetzenden Schaden bewusst pflichtwidrig sowie in unbedingt vorsätzlicher Übertretung von gesetzlichen Vorschriften“ verursacht haben (vgl. ON 29 S 120 Abs 1 bzw. Erw 8.13 letzter Abs). Das Berufungsgericht hat diese Formulierungen zu einem bestimmten wissentlichen und willentlichen Handeln bzw. Unterlassen der Kläger im Wesentlichen aus deren verschiedenen Verhaltensweisen abgeleitet. Dabei handelt es sich sohin im Wege des Indizienbeweises getroffene Feststellungen, die – ohne Beweiswiederholung – zum Gegenstand der angefochtenen Entscheidung gemacht wurden. Die Fragen, welcher Wille und welches Wollen den den Klägern vorgeworfenen Verhaltensweisen und/oder Unterlassungen, soweit sie Gegenstand dieses Prozesses sind, zu Grunde liegen, sind nämlich dem Tatsachenbereich zuzuordnen.

Wenn aber das Fürstliche Obergericht von den erstinstanzlichen Feststellungen ohne Beweisrüge und ohne Beweiswiederholung abgeht, begründet das ebenfalls eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens.

8.10. Nach dem Vorhergesagten führen diese Überlegungen dazu, dass die berufsgerichtliche

Entscheidung aufzuheben und dem Fürstlichen Obergericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen ist. Das Berufungsgericht wird einerseits die rechtliche Beurteilung auf Basis der vom Erstgericht erarbeiteten Sachverhaltsgrundlage vorzunehmen sowie andererseits erforderlichenfalls das Verfahren im aufgezeigten Sinn zu ergänzen sowie allenfalls auch die Anwendbarkeit und Wirksamkeit weiteren Deckungsausschlüsse, die die Beklagte geltend macht, und auch das Vorbringen zur geltend gemachten Minderung der Versicherungsleistung wegen grober Fahrlässigkeit jedenfalls in dem Rahmen zu prüfen haben, in dem sie noch wirksam Gegenstand des Berufungsverfahrens sowie der dort ausgeführten Beweis- und Mängelrüge waren. Es ist nicht Sache des Revisionsgerichtes, ausgehend von einer unvollständigen Verfahrens- bzw Entscheidungsgrundlage, unter Bedachtnahme auf alle möglichen hypothetischen Eventualitäten, die das zu ergänzende Verfahren bzw die neu zu fassende Entscheidung noch hervorbringen könnten, in der Sache näher Stellung zu nehmen.

9. Der Kostenvorbehalt ist in § 52 Abs 1 letzter Satz ZPO begründet.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof,

1. Senat

Vaduz, am 05. Mai 2023

Der stellvertretende Vorsitzende

Dr. Walter Krabichler



Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Astrid Wanger

Rechtsmittel:

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig.