
Datum: 04.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 11/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0804.20U11.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 174/16

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 14. Dezember 2016 verkündete Schlussurteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln ? 26 O 176/14 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird über die durch das Anerkenntnisurteil vom 2. September 2016 und das angefochtene Urteil dem Kläger zuerkannten Beträge hinaus verurteilt, an diesen weitere 12.399,81 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 11. März 2016 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger zu 3/8 und die Beklagte zu 5/8 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 7% und der Beklagten zu 93% auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die gegnerische Partei nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt wurde.

Gründe

I.

Der Kläger schloss mit der Beklagten eine fondsgebundene Lebensversicherung mit Versicherungsbeginn zum 1. Dezember 2004 ab. Mit Schreiben vom 28. Januar 2016 erklärte der Kläger den Widerspruch nach § 5a VVG a.F.

Mit der Klage beansprucht der Kläger die verzinsliche Rückerstattung der von ihm auf die Versicherung geleisteten Beiträge.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Widerspruchsbelehrung sei formal und inhaltlich fehlerhaft.

Nachdem die Beklagte einen Teilbetrag von 9.876,93 € anerkannt und daraufhin unter dem 2. September 2016 ein Teilanerkennnisurteil ergangen ist, hat der Kläger in erster Instanz zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

- 1. an ihn 22.347,33 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 32.224,26 € seit dem 25. Februar 2016 zu zahlen;
- 2. vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.372,89 € an die C Sachversicherung AG und in Höhe von 102,00 € an ihn zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, über den anerkannten Betrag hinaus stehe dem Kläger kein weiterer Zahlungsanspruch zu. Der Kläger müsse sich bereichungsmindernd anrechnen lassen, dass die Fonds, in die die Sparanteile investiert worden seien, Verluste erwirtschaftet hätten. Der Wert der Anteile zum 31. Januar 2016 belaufe sich auf 7.821,15 €; Abschluss- und Verwaltungskosten seien in Höhe von 1.692,74 € bzw. 362,69 € angefallen; die Risikokosten hätten 1.843,26 € betragen.

Das Landgericht hat dem Kläger mit Schlussurteil vom 14. Dezember 2016, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, Zinsen auf den anerkannten Betrag von 9.876,93 € in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Februar 2016 sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 785,03 € an die C Sachversicherung AG und in Höhe von 102,- € an den Kläger selbst zuerkannt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen; das Risiko eines Fondsverlusts habe der Kläger unabhängig davon, ob die Verluste nur einen geringen Teil der Sparanteile ausmachten, zu

tragen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlich gestellten Anträge teilweise weiterverfolgt. Risikokosten seien entsprechend den Feststellungen des Sachverständigen T in seiner gutachterlichen Stellungnahme vom 29. August 2016 (GA 61 f.) nur in Höhe von 921,63 € (der Hälfte der kalkulierten Risikokosten) zu berücksichtigen. Fondsverluste müsse er sich nicht bereicherungsmindernd anrechnen lassen. Dies sei jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn der Fondsverlust, wie hier, 61,3% der Sparanteile ausmache. Anderenfalls würde der mit § 5a VVG bezweckte Schutz des Versicherungsnehmers unter Verstoß gegen das europarechtliche Effektivitätsgebot vollständig entwertet.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 14. Dezember 2016, 26 O 174/16,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 13.321,44 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Februar 2016 zu zahlen;
- 2. an die C Sachversicherung AG vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von weiteren 355,81 € zu zahlen.

Die Beklagte, die die Zurückweisung der Berufung beantragt, verteidigt das angefochtene Urteil.

Sie trägt vor, das Landgericht habe dem Kläger zutreffend das Risiko eines Fondsverlustes in vollem Umfang zugewiesen. Dem stehe auch das europarechtliche Effektivitätsgebot nicht entgegen. Dieses gebiete zwar eine tatsächlich wirksame Umsetzung europarechtlicher Vorschriften, was indes nicht bedeute, dass der Verbraucher nicht auch gewisse nachteilige Folgen tragen müsse, die sich aus der Ausübung eines Vertragslösungsrechts ergeben würden. So sei es europarechtlich unbedenklich, dem Verbraucher die Risiken aufzuerlegen, die untrennbar mit jeder Kapitalanlage verbunden seien. Der Versicherungsnehmer, der eine fondsgebundene Lebensversicherung abschließe, wisse um das Anlagerisiko und könne daher Verluste, die er bei Vertragsdurchführung zu tragen habe, nicht im Wege der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung auf den Versicherer überwälzen. Diesem müsse der Einwand aus § 818 Abs. 3 BGB erhalten bleiben. Anderenfalls würde die Kapitalbasis des Versicherers zu Lasten der Versichertengemeinschaft geschwächt; diese aber sei Teil des nach Art. 14 GG geschützten Eigentums, das auch europarechtlich nach Art. 6 EUV anerkannt sei.

Die Risikokosten seien mit 1.834,26 € zutreffend kalkuliert.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache weitgehend Erfolg.

1.

27

Die internationale Zuständigkeit ist vorliegend in Anwendung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze (BGH, VersR 2016, 1099) gegeben. § 215 Abs. 1 Satz 1 VVG findet insoweit Anwendung.

Es gilt deutsches Sachrecht, wobei hier das EGVVG in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung einschlägig ist. Für das Versicherungsvertragsstatut ist auf die Regelanknüpfung des Art. 8 EGVVG a.F. abzustellen, wonach das Recht des Mitgliedsstaates der EG anzuwenden ist, in dem der Versicherungsnehmer bei Schließung des Vertrags seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und zugleich das versicherte Risiko belegen ist. Der Kläger wohnte ausweislich der Angaben im Versicherungsschein damals in L. Das versicherte Risiko ist in Deutschland belegen; gemäß Art. 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a) EGVVG a.F. (der u.a. auch für Lebensversicherungsverträge gilt) ist das Risiko in dem Mitgliedsstaat belegen, in dem der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Eine davon abweichende Rechtswahl behauptet die Beklagte nicht. 28

2. 29

Die Parteien gehen übereinstimmend von einem Vertragsschluss nach dem Policenmodell aus. Der Kläger war noch im Jahr 2016 zum Widerspruch nach § 5a Abs. 1 VVG a.F. berechtigt. Die Widerspruchsbelehrung im Versicherungsschein vom 6. Dezember 2004 (GA 13) ist jedenfalls deshalb unzureichend, weil sie drucktechnisch nicht hinreichend hervorgehoben wurde und zumindest in zwei Punkten auch inhaltlich falsch bzw. unvollständig ist (Widerspruch war in Textform möglich und nicht nur schriftlich; es fehlt der Hinweis darauf, dass zur Wahrung der Frist die rechtzeitige Absendung des Widerspruchs reicht). Für die Annahme von Verwirkung oder unzulässiger Rechtsausübung fehlt es am Vorliegen besonders gravierender Umstände. Insoweit besteht zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz auch kein Streit mehr. 30

2. 31

Der Vertrag ist daher bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Der Kläger kann die geleisteten Prämien in Höhe von unstreitig 24.120,- € zurückverlangen. Abzuziehen sind die kalkulierten Risikokosten mit einem Betrag von 1.843,26 €. Hingegen ist die Beklagte nicht berechtigt, die Fondsverluste bereicherungsmindernd in Abzug zu bringen. Dem Kläger stehen damit über den anerkannten Betrag von 9.876,93 € hinaus weitere 12.399,81 € zu. 32

a) 33

Nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Versicherer bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung einer Lebensversicherung, der wirksam widersprochen worden ist, die tatsächlich von ihm kalkulierten Risikoanteile in Abzug bringen (Urt. v. 24. Februar 2016 - IV ZR 126/15 -, Rz. 26). Diese sind vorliegend mit 1.842,26 € anzusetzen. Der Kläger hat den von der Beklagten angegebenen Wert zwar mit Nichtwissen bestritten. Gleichwohl kann der Senat die Risikokosten gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf den mitgeteilten Betrag schätzen. Hierzu ist nicht zuletzt maßgebend, dass selbst der vom Kläger beauftragte Sachverständige T in seiner gutachterlichen Stellungnahme vom 29. August 2016 die Kosten auch in der angegebenen Höhe als nach den branchenüblichen Sterbetafeln nachvollziehbar bezeichnet hat. Soweit der Kläger im Anschluss an die Ausführungen des Gutachters T die Auffassung vertritt, maßgebend seien nur die tatsächlich angefallenen Risikokosten, die aufgrund vorsichtiger Kalkulation des Versicherers nur mit 50% der kalkulierten Risikokosten anzusetzen seien, widerspricht dies der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 34

Soweit die Fonds, in die die Sparanteile investiert worden sind, Verluste erlitten haben, sind diese jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation nicht bereicherungsmindernd zu berücksichtigen. Der Fondsverlust beträgt vorliegend, ausgehend von einem Sparanteil von 20.221,31 € (24.120,- € [Prämien] ? 1.843,26 € [Risikoanteil] ? 1.692,74 € [Abschlusskosten] - 362,69 € [Verwaltungskosten]) und einem Wert der Fondsanteile zum 31. Januar 2016, den die Beklagte mit 7.821,15 € angegeben hat, 12.400,16 €. Das macht ca. 61% der Sparanteile aus. 36

Der Bundesgerichtshof hat zwar entschieden, dass das Verlustrisiko aus der Anlage der Sparanteile bei wirksamem Widerspruch grundsätzlich nicht dem Versicherer auferlegt werden könne, sondern vom Versicherungsnehmer zu tragen sei, weil dieser sich für ein Versicherungsprodukt entschieden habe, das mit Verlustrisiken verbunden sei. Dem europarechtlichen Effektivitätsgebot widerspreche es nicht, wenn der Versicherungsnehmer auch nach Ablauf der Jahresfrist des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. dem Zustandekommen des Versicherungsvertrages widersprechen könne, aber Fondsverluste tragen müsse. Einschränkend hat er indes ausgeführt, das Widerspruchsrecht werde jedenfalls dann nicht entwertet, wenn die Verluste nur einen geringen Teil der Sparanteile ausmachten (BGH, VersR 2016, 33, Rz. 37). 37

Ungeachtet des Umstandes, dass der Senat weiterhin Zweifel hat, ob die vom Bundesgerichtshof auf der Grundlage der Entscheidung des Versicherungsnehmers für den Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung getroffene Wertung, ihm sei grundsätzlich das Risiko eines Fondsverlustes zuzuweisen, vor dem Hintergrund tragfähig ist, dass der Versicherungsnehmer diese vertragliche Entscheidung durch wirksame Ausübung des Widerspruchsrechts gerade – rückwirkend – rückgängig gemacht hat (vgl. Senat, Urte. v. 14. November 2014 - 20 U 94/14, juris-Rz. 19), ist es jedenfalls nicht gerechtfertigt, Fondsverluste zu Lasten des Versicherungsnehmers, der sich wirksam vom Vertrag gelöst hat, gehen zu lassen, wenn deren Berücksichtigung zu einer Aushöhlung des Widerspruchsrechts führen würden. Dies widerspräche dem europarechtlichen Effektivitätsgebot, das allgemein gebietet, die Ausübung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren (vgl. EuGH, Urte. v. 21. Dezember 2016 - C 327/15 -, Rz. 90), und das speziell in der in der hier gegebenen Fallkonstellation verlangt, dass der Verstoß gegen die Belehrungspflicht über das Widerspruchsrecht nicht weitgehend sanktionslos bleiben darf (vgl. BGHZ, 201, 101, Rz. 42). Das mag nicht grundsätzlich ausschließen, dass sich ein Versicherungsnehmer, der dem Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung wirksam widersprochen hat, in gewissem Umfang auch an Fondsverlusten zu beteiligen hat (vgl. EuGH, NJW 2010, 1511, Rz. 50). Ihm das volle Verlustrisiko und damit auch das Totalverlustrisiko zuzuweisen, würde indes sein Widerspruchsrecht, mit dem er sich von der fondsgebundenen Lebensversicherung und damit auch von den zunächst eingegangenen vertraglichen Risiken wirksam lösen durfte, weil der Versicherer ihn unzureichend belehrt hat, aushöhlen. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass eine solche Sichtweise zu einem nicht hinzunehmenden Ungleichgewicht innerhalb der Versichertengemeinschaft führt. Wenn es einem Versicherungsnehmer, der bei Vertragschluss nicht ausreichend auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen worden ist, auch nach Jahren – in den Grenzen des § 242 BGB – noch gestattet ist, dem Vertragsschluss zu widersprechen mit der (nach dem Effektivitätsgebot notwendigen) Folge einer rückwirkenden Vertragsabwicklung, dann nimmt dieser innerhalb der Versichertengemeinschaft eine Sonderstellung ein, auf die diese angemessen Rücksicht zu nehmen hat. Damit ist es unvereinbar, wenn der zum Widerspruch 38

berechtigte Versicherungsnehmer Kürzungen seines Rückabwicklungsanspruchs hinnehmen muss, die die Ausübung des Widerspruchs wirtschaftlich weitgehend sinnlos erscheinen lassen. Soweit mit einer solchen Sichtweise – wie die Beklagte meint – eine Beeinträchtigung des grundgesetzlich geschützten Eigentums verbunden ist, ist dies vor dem Hintergrund des mit § 5a VVG a.F. bezweckten Verbraucherschutzes und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Versicherer die eingetretene Situation als Folge einer unzureichenden Widerspruchsbelehrung selbst zu verantworten hat, hinzunehmen. Der gegenteiligen Ansicht des OLG Nürnberg (Urt. v. 13. Oktober 2016 – 8 U 750/16), des OLG Oldenburg (Urt. v. 12. April 2017 – 5 U 157/16) und des OLG Stuttgart (Urt. v. 22. Mai 2017 – 7 U 34/17, juris), die dem Versicherungsnehmer auch das Totalverlustrisiko zuweisen wollen, vermag sich der Senat daher nicht anzuschließen.

In diesem Zusammenhang ist entgegen den Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz von 17. Juli 2017 nicht erheblich, ob und inwieweit in anderen Rechtsgebieten, in denen ebenfalls ein Lösungsrecht des Verbrauchers von einem eingegangenen, der Kapitalanlage dienenden Vertrag vorgesehen ist, die Frage der Tragung des Anlagerisikos abweichend gelöst wird. Soweit der Bundesgerichtshof bei wirksamem Widerruf des Beitritts zu einem Fonds nach § 3 HWiG dem Beitretenden nur einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zubilligt und dieser sich daher an einem ggf. eintretenden Verlust zu beteiligen hat (vgl. BGHZ 186, 167, basierend auf EuGH, NJW 2010, 1511), ist dies durch Besonderheiten des Gesellschaftsrechts gerechtfertigt, die bewirken, dass der Widerruf keine ex-tunc-Wirkung hat, sondern der widerrufende Gesellschafter bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft bis zum Zeitpunkt des Widerrufs wie ein Gesellschafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten behandelt wird und er somit bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens auch an den Verlusten der Gesellschaft teilnimmt (vgl. BGH, VersR 2008, 1502, Rz. 9). Die Bestimmung des § 312 d Abs. 4 Nr. 6 BGB a.F., der das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen für bestimmte Finanzdienstleistungen ausgeschlossen hat, kann zur Bestimmung der Rechtsfolgen bei wirksamem Widerspruch nach § 5a VVG a.F. bzw. bei wirksamem Rücktritt nach § 8 Abs. 5 VVG a.F. nicht herangezogen werden (vgl. BGH, NJW-RR 2017, 485, Rz. 25).

Im vorliegenden Fall sind die Fondsverluste – wie ausgeführt – mit ca. 61% des Sparanteils zu beziffern. Würden sie bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung berücksichtigt, stünde dem Kläger nur der von der Beklagten anerkannte Betrag von 9.876,93 € zu, mithin deutlich weniger als die Hälfte der gezahlten Prämien. Damit wäre die Ausübung des Widerspruchsrechts deutlich beeinträchtigt, denn jedenfalls die rechtsgrundlos entrichteten Prämien müssen dem Versicherungsnehmer zur Wahrung des europarechtlichen Effektivitätsgebots weitgehend erhalten bleiben (vgl. BGH, VersR 2015, 1101, Rz. 43 zur Nichtabzugsfähigkeit der Prämienanteile, die für die Abschlusskosten aufgewandt worden sind).

Das führt mithin dazu, dass die Beklagte vorliegend nicht berechtigt ist, die Fondsverluste in Abzug zu bringen. Für eine quotenmäßige Aufteilung des Verlustrisikos sieht der Senat keine rechtliche Handhabe, zumal insoweit keine sachgerechten Kriterien ersichtlich sind.

Dafür, dass der Kläger das ihm mangels hinreichender Belehrung zustehende Widerspruchsrecht gerade mit Blick auf die negative Entwicklung der Fonds rechtsmissbräuchlich zu Lasten des Versicherungskollektivs ausgeübt hat, fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten.

3.

Zinsen auf den zuzuerkennenden Betrag stehen dem Kläger nicht schon ab dem 25. Februar 2016 zu, sondern erst ab dem Tag nach Ablauf der der Beklagten im Schreiben vom 24. Februar 2016 (GA 18 ff.) bis zum 10. März 2016 gesetzten Frist zu, mithin ab dem 11. März 2016.

Vorgerichtliche Anwaltskosten hat die Beklagte dem Kläger nicht zu ersetzen. Auch wenn man die Weigerung der Beklagten zur Vertragsrückabwicklung als Verletzung einer Pflicht aus dem mit wirksamer Ausübung des Widerspruchs begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis werten will, führt alleine dies noch nicht zu einer Schadensersatzpflicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Ein Schadensersatzanspruch kann, wenn die Pflichtverletzung alleine in der Nichterfüllung einer Leistungspflicht besteht, vielmehr erst bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen begründet werden (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 280, Rz. 13). Insbesondere bei vorübergehenden Leistungsstörungen ist das Schadensersatzinteresse durch die Verzugsvorschriften (§§ 280 Abs. 2, 286 BGB) gedeckt (vgl. Staudinger/Roland Schwarze [2014], § 280 BGB, Rz. C 26). Danach scheidet ein Schadensersatzanspruch hier indes aus, weil die Anwälte vom Kläger vorgerichtlich bereits vor Verzugseintritt am 11. März 2016 beauftragt waren. Das Widerspruchsschreiben des Klägers vom 28. Januar 2016 (GA14) hat keinen Leistungsverzug ausgelöst, weil keine bezifferte Forderung gestellt wurde. In dem Schreiben der Beklagten von 15. Februar 2016 (GA 15 f.) liegt auch keine endgültige Leistungsablehnung, weil die Beklagte vergleichsbereit war.

4. 46

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Bei der Kostenentscheidung für die erste Instanz ist die Streitwertreduzierung nach Erlass des Teilanerkennnisurteils und die daraus folgende unterschiedliche Beteiligung an den zuvor und danach angefallenen Kosten im Rahmen der einheitlich zu treffenden Kostenregelung berücksichtigt.

Der Senat lässt die Revision zugunsten der Beklagten zu, weil er von den oben aufgeführten obergerichtlichen Entscheidungen abweicht und die Frage, inwieweit der Versicherungsnehmer nach wirksamem Widerspruch gemäß § 5a VVG a.F. bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung einer fondsgebundenen Lebensversicherung das Fondsverlustrisiko zu tragen hat, von grundsätzlicher Bedeutung ist und weiterer höchstrichterlicher Klärung bedarf.

Berufungsstreitwert: 13.321,44 € 49