

ÖJZ

Österreichische Jurist:innenzeitung

Gasteditorial

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft – eine fruchtbare Symbiose

Georg Kodek

Beiträge

Nachteilskompensation beim Claims-made-Prinzip

Julian Spadinger

Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen: Lebensversicherung

Ferdinand Kerschner

Die Folgepflicht des Rückversicherers

Felix Artner

Evidenzblatt

Rechtsschutz für ideellen Schaden bei Datenschutzverletzung

Felix Artner

Versicherungsschutz in der Gruppenkrankenversicherung

Christoph Kronthaler, Simon Laimer

Sturmschaden und Haushaltsversicherung

Felix Artner

Schutz des Mieters vor dem Regress des Gebäudeversicherers

Julian Spadinger

Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung

Der Beitrag schnell gelesen

Die aktuelle Judikaturlinie des OGH zu der Rückabwicklung einer Lebensversicherung infolge einer mangelnden Rücktrittsbelehrung hält weiterhin an der bereicherungsrechtlichen Vorgehensweise fest. Bei der Rückabwicklung wird aber ua der „Wert des Versicherungseins“ kaum berücksichtigt, denn der Versicherungsnehmer erhält fast alles zurück, was er eingezahlt hat. Dadurch ist der Versicherungsnehmer unberechtigterweise in einer deutlich besseren Position als der Versicherer. Diese

Rechtsprechung ist nach Ansicht des Verfassers gleichheitswidrig und verletzt zudem das Grundrecht auf Eigentumschutz.¹

Versicherungsrecht; allgemeines Zivilrecht

§ 176 VersVG

OGH 16. 2. 2022, 7 Ob 185/21 p

ÖJZ 2024/5



Vis.-Prof. Univ.-Prof.i.R. Dr. FERDINAND KERSCHNER war Vorstand des Instituts für Zivilrecht bzw Umweltrecht an der JKU Linz und ist Visiting Professor an der Karls-Universität Prag.

Inhaltsübersicht:

A. Allgemeines zur Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen

1. Grundsatz: Keine Sonderregeln im ABGB
2. Durchbrechungen

¹ Leicht überarbeiteter und mit Fußnoten versehener Vortrag, den der Verfasser am 14. 12. 2022 an der Universität Wien im Versicherungsseminar von Schauer, Gisch und Konwitschka gehalten hat.

- B. Rückabwicklung von Lebensversicherungen
 1. Kurzer Rückblick auf EuGH- und OGH-Judikatur
 2. Novelle des § 176 VersG (BGBl I 2018/51)
 3. VersVG-Novelle 2022/70
- C. Ergebnis der bisherigen Entwicklung: Fortsetzung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung
 1. Bereicherungsrechtliche Lage nach ABGB (zuletzt OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 208/21w)
 - a) Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen
 - b) Beim Redlichen: Keine Erstattung gezogener Früchte und Nutzungen?
 - c) Nutzungswegfall (Verlustrisiko)?
 - d) Verwaltungs- und Abschlusskosten als Aufwand
 - e) Verjährung
 2. Wert des „Versichertseins“
 3. Sonderwertungen durch EuGH-Judikatur
- D. Folgen gleichheitswidriger Judikatur
 1. Verfassungswidrigkeit? Verletzung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes?
 2. „Gesetzesbeschwerde“ beim VfGH (Art 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG)

A. Allgemeines zur Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen

1. Grundsatz: Keine Sonderregeln im ABGB

Prinzipiell gelten auch für Dauerschuldverhältnisse mangels spezifischer Normen im ABGB die allgemeinen Bereicherungsregeln (§§ 877, 1174, 1041–1043, 1431–1437 ABGB). Bei besonderen Vertragstypen und im Verbraucherrecht finden sich *leges speciales*, die freilich hier nicht einschlägig sind.

2. Durchbrechungen

Extra legem haben sich aber in Rsp und Lehre Durchbrechungen entwickelt. Sie beruhen wohl alle darauf, dass die Rückabwicklung bei langfristigen faktischen Austauschverhältnissen besonders – auch im Beweisverfahren – schwierig und komplex und daher eher zu vermeiden ist.

So neigt man – gerade auch bei Dauerschuldverhältnissen wie Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen, aber auch allgemein bei der Irrtumsanfechtung – zu Lösungen, die auf eine bloße Ex-nunc-Auflösung hinauslaufen bzw einer solchen gleichkommen.²

Davon abgesehen werden unabhängig vom Vertragstyp bei Rückabwicklung gegenseitiger, synallagmatischer³ Verträge folgende Besonderheiten vertreten.

Pauschalverrechnungsthese: Grundsätzlich sind nach dem OGH die beiderseitigen Nutzungen und Früchte gegenseitig pauschal zu verrechnen.⁴ ME ist das aber nur ausnahmsweise berechtigt.

- ▶ Bei schlüssiger Vereinbarung,
- ▶ bei bloß teilweiser Ex-nunc-Auflösung des Vertrags selbst, soweit nämlich dieser Vertragsteil nicht vom Mangel behaftet ist,
- ▶ bei objektiv annähernd gleichwertigen Hauptleistungen und Anhaltspunkten für normale Nutzung,⁵ insb beim Rücktritt wegen Verzugs,

spricht Vieles für grundsätzlich bloße Ex-nunc-Wirkung (Grundlage für Schadenersatz), wobei aber gerade aufgrund gesetzlicher Wertungen die bereicherungsrechtliche Rückwirkung ausgenommen wird.

B. Rückabwicklung von Lebensversicherungen

1. Kurzer Rückblick auf EuGH- und OGH-Judikatur

Bekanntlich beschäftigt die Rückabwicklung von Lebensversicherungsverträgen seit der EuGH-*Endress*-Entscheidung⁶ in umfassendster Weise sowohl Rsp als auch Literatur: Schlagwort **Spättritt des Versicherungsnehmers (VersN) von einer (meist fondsgebundenen) Lebensversicherung bei fehlender oder nicht ausreichender Rücktrittsbelehrung.**⁷ Nach der ersten Novelle zu § 176 VersVG (s gleich unten) erfolgte die nächste maßgebliche EuGH-E *Rust-Hackner*⁸ zu einem quasi unbefristeten Rücktrittsrecht. Die Problematik ist also wegen noch immer möglichen Rücktritts auch jetzt und noch länger höchst aktuell. **Der EuGH hat die nähere Ausgestaltung des Rückabwicklung dem jeweiligen nationalen Recht anheimgestellt**, wobei er aber vorbehält, dass der Rücktritt wirksam bleiben müsse. Die Auszahlung des bloßen Rückkaufwerts reiche nicht! Die österr Diskussion schwankte zwischen Anwendung des § 176 VersVG (wo der Rücktritt explizit geregelt ist) und bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung.⁹ Der OGH hat sich für letztere, also die bereicherungsrechtliche Abwicklung – und damit eben nicht nur für den Rückkaufwertanspruch nach § 176 VersVG – ausgesprochen und tut dies immer noch. Maßgeblich dafür war eindeutig der EuGH in seiner E *Rust-Hackner*, nach der – wie erwähnt – **eine Beschränkung auf den bloßen Rückkaufwert europarechtswidrig sei.**

2. Novelle des § 176 VersG (BGBl I 2018/51)

In dieser Nov wollte der Gesetzgeber völlig eindeutig Rechtssicherheit schaffen¹⁰ und sah für Fälle des Rücktritts ab 1. 1. 2019 in § 176 Abs 5 und 6 VersVG klar grundsätzlich den bloßen Rückkaufwert mit differenzierender Regelung für Rücktrittsfälle ab dem ersten Jahr bzw ab dem fünften Jahr Modifikationen vor.

Trotz geänderter Rechtslage hielt der OGH in E 7 Ob 185/21 p methodisch fragwürdig an seiner bereicherungsrechtlichen Judikaturlinie fest.

² Vgl zB zum Arbeitsvertrag *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ 280; zum Gesellschaftsvertrag s *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, (Hrsg), Großkommentar zum ABGB³ § 1175 Rz 83 ff, zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft; arg sei die Überlagerung durch die gesellschaftliche Organisation (was immer auch das heißen mag). Allgemein zur oft vertretenen bloßen Ex-nunc-Wirkung bei Dauerschuldverhältnissen kritisch *Schickmair* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* ABGB³ § 859 Rz 91; ebenso gegen allgemeine bloße Ex-nunc-Wirkung *P. Bydlinski/Ibler*, Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl 2016, 2 (7 ff) und *Vonkilch/Walch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 871 Rz 252–254.

³ Zutreffend beurteilt *Schauer* (Versicherungsvertragsrecht³ 44) den Versicherungsvertrag als synallagmatischen.

⁴ Näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 877 Rz 33; *derselbe*, Zu einem systemkonformen österreichischen Bereicherungsrecht – dreizehn Thesen, JBl 2023, 273 ff (279 ff).

⁵ Dazu zuletzt OGH 25. 5. 2023, 3 Ob 140/22t („Thermofenster“ bei Dieselautos).

⁶ EuGH C-209/12, *Endress*.

⁷ Zur zahlreichen Literatur s etwa *Perner/Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung – Eine Standortbestimmung (2020); rechtsvergleichend *Armbrüster*, Rückabwicklung von Lebensversicherungen in Deutschland und Österreich, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 1 ff; *Fenyves*, Der rechtsmissbräuchliche „Spättritt“ bei Lebensversicherungsverträgen, in *Faber/Janisch* (Hrsg), FS Peter Mader (2022) 65 ff.

⁸ EuGH C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18, ZFR 2020, 181.

⁹ Für Letztere zB *Leupold*, VbR 2016, 195.

¹⁰ Vgl IA 302/A 26. GP 6.

Für diese Fälle hat der OGH, nämlich in seiner E 16. 2. 2022, 7 Ob 185/21p, in einer **methodisch unhaltbaren Weise**¹¹ im Ergebnis die Nov ignoriert und seinen bereicherungsrechtlichen Ansatz fortgesetzt. Dies hat letztlich zur nächsten Nov geführt.

3. VersVG-Novelle 2022/70

Vom Gesetzgeber klar zugegeben saniert er mit dieser Nov ganz iS der bisherigen Rsp, um letztlich Europarechtskonformität zu erreichen. Der methodische Fehler des OGH wird durch den Gesetzgeber quasi „geheilt“ und damit die bereicherungsrechtliche Abwicklung gesetzlich fundiert und auf lange Sicht versteinert.¹²

C. Ergebnis der bisherigen Entwicklung: Fortsetzung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung

Mit der letzten Nov scheint nunmehr die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ex tunc quasi in Stein gemeißelt. Ihr kommt damit enorme praktische Bedeutung zu. Dabei sollen **drei Prämissen** vorangestellt werden:

1. Stets wird vom OGH, aber auch von Teilen der Literatur auf die **allgemeinen** bereicherungsrechtlichen Grundsätze des ABGB verwiesen.

2. Eine aus bereicherungsrechtlichen Gründen ausnahmsweise Durchbrechung der Rückwirkung – wie oben erörtert – scheint mit dem Gebot des EuGH für einen effizienten, wirksamen Rücktritt (Wirksamkeitsprinzip) nicht vereinbar.

Durch diese Ex-tunc-Wirkung sind – wenn man konsequent bleibt – auch alle vertraglichen Risikoüberlegungen „obsolet“.

3. Grundsätzlich muss es bei der Rückabwicklung nach § 1435 ABGB auf die **faktischen gegenseitigen Leistungen** ankommen. Nicht übersehen werden darf, dass es auch um **Aufwandersatzansprüche** sowohl des redlichen als auch des unredlichen Bereicherungsschuldners geht, was – soweit ersichtlich – vom OGH, idR vom 7. Senat, meist übersehen wird.

4. Im Ergebnis ist die OGH-Judikatur höchst versicherungsnehmerfreundlich, aus seiner Sicht auch konsumentenschutzfreundlich. So hat in der soweit ersichtlich letzten einschlägigen Entscheidung, nämlich 28. 4. 2022, 7 Ob 208/21 w, der OGH bei einem fondsgebundenen Lebensversicherungsvertrag dem kl VersN zusätzlich zum bereits nach Kündigung¹³ erhaltenen Rückkaufswert iHv € 34.877,65 noch € 16.113,43 samt Zinsen ab Klagezustellung zugesprochen, also zusammen etwa € 51.000,-. Geleistet hat der VersN insgesamt an Prämien € 53.139,-, darin € 103,- Risikokosten und € 2.043,62 Versicherungssteuer. Bedenkt man, dass die VersN jahrelang wirksam lebensversichert waren und ihr Rücktritt ohne – neben der mangelnden Rücktrittsbelehrung – weiteren sachlichen Grund möglich war,¹⁴ so scheint die Schiefelage recht deutlich: Der VersN hat fast alles zurückbekommen!

In der genannten E 7 Ob 208/21 w werden die bisherigen einschlägigen Rechts- oder Leitsätze der Rsp zusammengefasst. Damit muss man sich also vornehmlich dogmatisch auseinandersetzen.¹⁵ Schon vorweg ist anzumerken, dass die meisten zitierten und „angewendeten“ **Leitsätze nicht einschlägig** sind oder **im ABGB keine Deckung** finden.¹⁶ Sie sind eher vom Ergebnis geleitet. Weiters muss vorangestellt werden, dass hier nicht alle offenen dogmatischen Fragen geklärt werden können. Es ist eben nicht so, dass das Bereicherungsrecht so einfach wäre!

1. Bereicherungsrechtliche Lage nach ABGB (zuletzt OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 208/21 w)

a) Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen

Noch zutreffend wird vom OGH § 1435 ABGB als einschlägige Rückforderungsnorm gesehen. Auch wenn der Rücktritt wegen fehlender oder mangelhafter Rücktrittsbelehrung **kein Rücktritt iSd § 920 ABGB** ist, so geht es um eine **Verletzung von Aufklärungs- bzw Informationspflichten**, denen vom EuGH jedenfalls im Ergebnis die Wirkung von Hauptleistungspflichten beigemessen wird.¹⁷ Rückforderung nach § 1435 ABGB scheidet aus, wenn der VersN – auch ohne Information des Versicherers (V) – vom Rücktrittsrecht nach dem VersVG gewusst hat.

Beim Rücktritt von gegenseitigen synallagmatischen Verträgen wie eben auch beim Lebensversicherungsvertrag sind die erfolgten Leistungen grundsätzlich Zug um Zug rückabzuwickeln; vgl auch § 877 ABGB: „*Wer die Aufhebung des Vertrags [...] verlangt, muss dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erhalten hat.*“ Die Gretchenfrage ist nun: Was hat der VersN „zu seinem Vorteil“ erhalten?

Auch einem Nichtexperten im Versicherungsrecht ist seit dem Studium klar, dass die Leistung der Versicherung und damit der Vorteil des VersN das „Versichertsein“ ist und das auch einen **wirtschaftlichen Wert** hat. Nur weil der Versicherungsfall bis zum Rücktritt nicht eingetreten ist, kann man doch diese Leistung der Versicherung nicht einfach weg-eskamotieren¹⁸ **Das erfolgt aber durch die weiteren Leitsätze des 7. Senats.** Die Risikokosten (Risikoanteil), die der VersN entrichtet hat, sind dessen Leistungen und natürlich mE nicht mit dem Wert des Versichertseins zu verwechseln.¹⁹ Darauf, wie der Wert des Versichertseins zu bewerten ist, wird später näher eingegangen.

¹¹ So schon *Palma*, Kein Rückkaufswert bei Spärrücktritt von der Lebensversicherung nach dem 1. 1. 2019, ZFR 2022, 330 ff; in ganz ähnlicher Weise *P. Bydlinski*, Korrespondenz: Nationales versus europäisches Recht? JBl 2022 337 f; vgl auch VfGH 26. 9. 2022, A 27/2021 zu einer Klage gem Art 137 B-VG.

¹² So unmissverständlich die Erläuterung BgNR 22. GP 1 f.

¹³ Nach dem EuGH schließt eine solche frühere Kündigung einen Rücktritt nicht aus.

¹⁴ Was gerade auch Spekulationen ermöglicht; solche „Spärrücktritte“ können aber allenfalls auch rechtsmissbräuchlich sein; vgl dazu zutreffend *Fenyves*, Der rechtsmissbräuchliche „Spärrücktritt“ bei Lebensversicherungsverträgen, in FS Peter Mader 65 ff.

¹⁵ Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bei Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag vgl vor allem schon *Leupold*, § 176 VersVG: (K)ein Nullsummenspiel – Lebensversicherung: Rechtsfolgen des Rücktritts nach Endress/Allianz, VbR 2016, 195 ff ua; ebenfalls, aber rechtsvergleichend *Armbrüster*, Rückabwicklung von Lebensversicherungen in Deutschland und Österreich, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht (2017) 1 ff; ausführlich *Perner/Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung – Eine Standortbestimmung (2020) 36 ff.

¹⁶ Das mag auch zunehmend mit dem sogenannten „Leitsatzkult“ zusammenhängen.

¹⁷ Fraglich ist mE, ob man es nicht auch bei – verschuldensabhängigen – Schadenersatzpflichten der Versicherung hätte bewenden lassen sollen. So kann der Rücktritt eben auch leicht zu spekulativen Zwecken verwendet werden. Bei „bloßer“ Schadenersatzsanktion wäre mE jedenfalls die Frage zu klären, ob der VersN nicht auch bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht zurückgetreten wäre!

¹⁸ Völlig zutreffend daher bereits *Potacs*, Rechtswirkungen eines „Spärrücktritts“ contra legem? VR 2021, H 9, 27 ff.

¹⁹ Anders aber möglicherweise die hA in Deutschland; vgl *Armbrüster* in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017, 4, was als Ergebnis der Saldotheorie gesehen wird, sodass etwa nur 5% Abzug von den Versicherungsprämien erfolgt. In Österreich ist hingegen nicht die Saldo-, sondern die Zweikonkditionentheorie herrschend; vgl nur *Kerschner*, JBl 2023, 279 f. Der deutsche Ansatz bei der Saldotheorie scheint auch bei seinem eigenen nur berechtigt, wenn der Nutzen des VersN zufällig untergegangen ist, was keinesfalls durchgehend zutrifft. IdR werden aber doch die Fondsverluste inter partes „zufällig“ sein.

*Armbrüster*²⁰ und der BGH gehen zumindest grundsätzlich zutreffend davon aus, dass der VersN bzw seine Erben den Vertrag nicht ex tunc vernichtet hätten, wenn es vor Erklärung des Widerspruchs (in Österreich „Rücktritt“) zum Eintritt des Versicherungsfalls gekommen wäre.

Was hier zum österr Recht zum Versichertsein vertreten wird, ist zum deutschen Recht zumindest im Grundsatz seit langem anerkannt.

b) Beim Redlichen: Keine Erstattung gezogener Früchte und Nutzungen?

Nutzungen der rechtsgrundlosen Leistungen können auf beiden Seiten erfolgen: Beim VersN kann die Lebensversicherung als Pfand für Kredite genutzt werden, beim V können tatsächlich angefallene **Zinsgewinne** entstanden sein, wobei dabei ohne anderen Nachweis wohl 4% (§ 1333 ABGB) zu veranschlagen sind. Niedrigere Zinsen hat der V zu beweisen, höhere der VersN. Das gilt wohl nur für den nicht fondsgebundenen Lebensversicherungsvertrag.

Beim V können die Nutzungen beim fondsgebundenen Versicherungsvertrag auch als tatsächliche Fondsgewinne (freilich aber auch Verluste möglich!) in Betracht kommen.

Nach dem OGH sollen redliche Vertragspartner nicht zur Erstattung der von ihnen gezogenen Früchte und Nutzungen verpflichtet sein (vgl ErwGr 19 der E 7 Ob 208/21 w mwN). Das trifft mE nicht zu: Die Regelung in § 330 ABGB ist nach ganz hA nur im Dreipersonenverhältnis anzuwenden.²¹ Und auch die Pauschalverrechnungsthese²² trifft – unabhängig von ihrem grundsätzlich falschen Ansatz – nicht zu, weil die Nutzungen/Früchte eklatant auseinanderfallen können. In solchen Fällen lehnen auch die grundsätzlichen Befürworter der Pauschalverrechnungsthese in Österreich diese ab.²³

c) Nutzungswegfall (Verlustrisiko)?

Der 7. Senat weist bei Fondsverlusten wie auch bei den Verwaltungskosten das Risiko allein dem V zu (P 3.1., 3.2.).²⁴ Das soll auch für die Abschlusskosten gelten (vgl P 3.3.). Die Begründung trägt in keiner Weise: Den Fondsverlusten stehe – so der OGH – auf Seiten des VersN keine zuordenbare Bereicherung gegenüber! Es geht hier aber nicht um mögliche Bereicherung des VersN, sondern um eine Entreicherung der Versicherung! Das scheint auch der OGH zu spüren, versucht er doch, das Ergebnis damit abzusichern, dass Berufung auf einen **nachträglichen Wegfall der Bereicherung** – hier iZm Geldleistungen – „**nicht gestattet**“ wird. All das steht mE auf keinen „normativen Beinen“. Die Verneinung eines Bereicherungswegfalls wird nach hA aus § 1041 ABGB für die Verwendungsklage abgeleitet und analog auch für die Leistungskonditionen vertreten. Schon die Analogiebasis zu § 1041 ABGB ist verfehlt. **Der Anspruch aus § 1041 ABGB ist nämlich in Wahrheit ein Aufwandsersatz und kein Bereicherungsanspruch.**²⁵ Dieser oft verkannte Unterschied besteht darin, dass es beim Bereicherungsanspruch vorrangig auf den Nutzen des Bereicherten, beim Aufwandsersatzanspruch zumindest grundsätzlich aber auf den Aufwand des Bereicherungsschuldners ankommt!²⁶

Hier zeigen sich wieder die uU gravierenden Konsequenzen in der Praxis aus einem **fatalen dogmatischen Systemfehler!**²⁷ In Deutschland steht zwar die bereicherungsmindernde Wirkung des nachträglichen Wegfalls im Gesetz (nämlich § 818 Abs 3 BGB) und die hA in Österreich wendet ja im Ergebnis idR deutsches Bereicherungsrecht an, doch steht dem der eindeutige Wortlaut des § 1041 ABGB entgegen, den man sich nicht weg-

zuresuschieren traut. Der Fehler nochmals: **§ 1041 ABGB ist hier gar nicht anwendbar.**²⁸ Es geht um ganz andere Fälle²⁹: Die Zuwendung durch den Aufwendenden erfolgt nicht irrtümlich, der Nutzen kann auch durch Eingriff des Bereicherten oder zufällig erfolgen. Bei Eingriff durch den Bereicherten passt die Rechtsfolge überhaupt nicht! Im Ergebnis lehnen auch *Perner/Spitzer*,³⁰ allerdings mit einer sehr komplexen Risikoverteilungsüberlegung (vor allem fremde Interessenwahrung bei Verfügungen der V/keine „uneingeschränkte Verfügungsmacht“/privilegierte Stellung eines Gläubigers einer Versicherungsforderung als Absonderungsberechtigter), die Geltung des § 1041 ABGB ab.

Worüber man zwar noch allenfalls nachdenken kann, ist die Frage, ob nach den Risikozuordnungen des Vertrags diese allenfalls noch im Bereicherungsverhältnis nachwirken.³¹

d) Verwaltungs- und Abschlusskosten als Aufwand

Diese Kosten – so der 7. Senat – hätten sich im Vermögen des V realisiert und ein nachträglicher Wegfall des Nutzens sei bei Geldleistungen nicht zu beachten. Hier liegt aber eine Verwechslung vor, geht es doch um einen eindeutigen **Aufwand**, der sich immer im Vermögen des Aufwendenden realisiert.³² Das Bereicherungsrecht des ABGB gibt aber sowohl den Redlichen wie auch – freilich vermindert – den Unredlichen einen Aufwandsersatzanspruch,³³ sodass hier nur die **Frage einer Teilung** bleibt, weil der Aufwand wohl wie hier im Interesse beider erfolgt.

Nimmt man – wie richtig – Unredlichkeit erst bei eindeutigem Wissen³⁴ an – und nicht schon bei leichter Fahrlässigkeit –, dann werden Versicherungen keineswegs stets unredlich sein.³⁵

e) Verjährung

Nach dem OGH sollen nun – gegenüber früherer Rsp – die Bereicherungsansprüche bezüglich der Vergütungszinsen des VersN bereits in drei Jahren ab objektiver Möglichkeit der Geltendmachung verjähren.³⁶ Nimmt man das ernst, dann könnte

²⁰ Forum Verbraucherrecht 2017, 5f mN der BGH-Judikatur.

²¹ So schon *Zeiller*, Kommentar II/1, 69f; näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1437 Rz 10f.

²² Vgl oben A.2.

²³ Siehe jetzt auch OGH 25. 5. 2023, 3 Ob 140/22 t („Thermofenster“).

²⁴ Die (weggefallene) vertragliche Risikoverteilung wirkt im Ergebnis nach, was mE aber unvertretbar ist.

²⁵ Näher etwa *Kerschner*, JBl 2023, 275f mwN.

²⁶ Näher wieder *Kerschner*, JBl 2023, 274; der Nutzen des anderen spielt freilich als Begrenzung des Anspruchs auch eine Rolle; s näher *Kodek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 331 Rz 4ff. Der Nutzen für das Versichertsein bis zum Rücktritt ist aber eindeutig.

²⁷ So schon *Kerschner*, JBl 2023, 274.

²⁸ Vgl dazu nun auch *Spentling*, Besprechung von *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 1002–1044, 1045–1089, 1411–1430, JBl 2022, 613, der meine Überlegungen basierend auf der eindeutigen Absicht des Gesetzgebers als „stimmiges Gedankengebäude“ qualifiziert!

²⁹ Siehe *Zeiller*, Kommentar III/1, 329.

³⁰ Rücktritt von der Lebensversicherung 45 ff.

³¹ Was mE wegen der Ex-tunc-Wirkung des Rücktritts zu verneinen ist.

³² Ähnlich wohl auch *Armbrüster*, Forum Verbraucherrecht 6f. Dass das Entreichungsrisiko dem V zugewiesen ist, ist nur Ergebnis, aber keine Begründung.

³³ Vgl §§ 331f ABGB, wenn der Aufwand notwendig bzw fortdauernd nützlich war. An diesen Voraussetzungen wird der Anspruch für die Zeit der aufrechten Lebensversicherung nicht scheitern.

³⁴ So nun auch *Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht (2023) 114ff.

³⁵ Vgl für Deutschland auch *Armbrüster*, aaO, der Fälle ohne Verschulden für möglich hält.

³⁶ Siehe zuletzt OGH 24. 4. 2020, 7 Ob 10/20a; dort auch zur EuGH-Judikatur. Nach dem EuGH stehe Unionsrecht einer Verjährung von Vergütungszinsen binnen drei Jahren nicht entgegen, „wenn dies die Wirksamkeit des dem VersN unionsrechtlich zuerkannten Rücktrittsrechts selbst nicht beeinträchtigt“. ME kann das kein Freibrief zur freien Auslegung des § 1480 ABGB sein.

der VersN immer nur für drei Jahre zurück die Vergütungszinsen geltend machen! Eine gesetzliche Analogiebasis fehlt dafür. ME gilt die 30-jährige Verjährungsfrist.³⁷ Es geht um einen einheitlichen Bereicherungsanspruch, die vertretene Analogie baut aber auf Teilleistungen auf!

Der Wert des „Versichertseins“ ist die Differenz zwischen entrichteten Prämien plus Vergütungszinsen und dem Rückkaufwert.

2. Wert des „Versichertseins“

Abstrakt ist der Wert des Versichertseins über eine bestimmte Zeit zumindest als **Ausgangspunkt bzw als Orientierung** für einen redlichen VersN sein **objektiver Nutzen** zu bemessen. Ähnlich wie beim Benützungsentgelt geht es um **allgemeinen durchschnittlichen Aufwand, einen solchen Vorteil** zu erreichen. Der V könnte einen höheren Nutzen nachweisen, der VersN hingegen den Beweis führen, dass sein Nutzen niedriger ist.³⁸ Vorbehaltlich näherer wirtschaftlicher Kalkulation meine These: Naheliegend könnte es mE – mit allen Vorbehalten – sein, dabei als Berechnungsbasis auf den Rückkaufwert abzustellen, nämlich: **Differenz (!) zwischen entrichteten Prämien plus Vergütungszinsen und Rückkaufwert**. Das wäre also nicht der Rückkaufwert (den der VersN auch bei Kündigung erhält), sondern die Differenz zu den Prämien. Im vom 7. Senat entschiedenen Fall wäre der Wert des Versichertseins somit etwa iHv € 18.000,-.

3. Sonderwertungen durch EuGH-Judikatur

Nach dem Zweck des europarechtlich gebotenen unbefristeten Rücktrittsrechts, nämlich möglichst hohe Wirksamkeit/Effizienz, soll der Markt-, Verkehrswert des Versichertseins doch eher niedriger bemessen werden, um einen freien Rücktritt des VersN zu ermöglichen.³⁹ Das alles bedürfte aber wohl noch näherer Überlegungen, vor allem der Expertise von Sachverständigen im Versicherungswesen. Fest steht für den Verfasser, dass der Wert des Versichertseins **nicht mit dem vereinbarten Risikoanteil des VersN** – wie es auch mE unrichtig der BGH vertritt – **begrenzt werden** kann! Und auch der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz steht einer Zuweisung des Veranlagungsrisikos an den VersN nicht entgegen.⁴⁰

Resümee: Die derzeitige Judikatur scheint wegen der mE drastischen Ungleichbehandlung von V und VersN bei der Rückabwicklung gleichheitswidrig.

D. Folgen gleichheitswidriger Judikatur

1. Verfassungswidrigkeit? Verletzung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes?

Die derzeitige Judikatur benachteiligt nicht nur die V in grober Weise und erscheint daher gleichheitswidrig, sondern greift auch

durch Beschneidung seiner ihm nach ABGB zustehenden vermögenswerten Privatrechte in den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz ein.⁴¹ Auch die Grenzen des Gewaltenteilungs- und Legalitätsprinzips könnten überschritten sein.

Die aktuelle Rechtsprechung des OGH weckt einige grundrechtliche Bedenken, insb bezüglich des Gleichheitsgrundsatzes und des Eigentumsschutzes.

2. „Gesetzesbeschwerde“ beim VfGH (Art 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG)

Wohl noch eher wenig bekannt und bisher in der Praxis angewendet ist die seit 2015 bestehende Möglichkeit des Einzelnen, beim VfGH wegen verfassungswidriger Entscheidungen einen Antrag auf **Normenkontrolle** beim VfGH einzubringen. Vorausgesetzt ist aber, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig gegen die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts ein Rechtsmittel erhoben hat.⁴²

Plus

ÜBER DEN AUTOR

Ferdinand Kerschner war Vorstand des Instituts für Zivilrecht und des Instituts für Umweltrecht an der JKU Linz und ist Visiting Professor an der Karls-Universität Prag. Er hat im Großkommentar zum ABGB, herausgegeben von *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang), das gesamte Bereicherungsrecht kommentiert. E-Mail: ferdinand.kerschner@jku.at

³⁷ So auch *Armbrüster*, aaO, für Österreich.
³⁸ HA; zuerst *Kerschner*, Zur Höhe des Benützungsentgelts bei Nichtrückstellung der Bestandsache nach Vertragsende, JBl 1978, 411 (415); dann Besprechung von *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht (1985), JBl 1988, 404 (405) und *Kerschner*, Anmerkungen zum österreichischen Bereicherungsrecht, JBl 1990, 566 (567); später *derselbe*, Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (Teil II), *ecolex* 2007, 982 (984).
³⁹ Um dem „*effet utile*“ zu entsprechen, wäre dies iHv 10–20% zu erwägen. Siehe ähnliche Überlegungen – aber über § 915 ABGB – bei *I. Vonkilch*, Rechtsfolgen intransparenter Rückkaufwertklauseln in der Kapitallebensversicherung, ZFR 2021/160, 3369 ff.
⁴⁰ Überzeugend *Perner/Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung 54.
⁴¹ Vgl zu diesem näher iZm der Verjährung von Bereicherungsansprüchen *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ Vor §§ 1431–1437 Rz 60.
⁴² Vgl dazu näher zuletzt *P. Gruber*, Zivilrecht und Verfassung – Eine Untersuchung anlässlich der Einführung der Gesetzesbeschwerde (2023).