
Datum: 11.04.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 57/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0411.20U57.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 9 O 210/11

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 17. Februar 2012 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn ? 9 O 210/11 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der B Lebensversicherung AG, eine fondsgebundene Lebensversicherung mit Versicherungsbeginn zum 1. Oktober 1996 ab. Die Q AG, an den der Kläger seine Rechte aus dem Versicherungsvertrag abgetreten hatte, erklärte mit Anwaltsschreiben vom 22. Mai 2009 u.a. den Widerspruch nach § 5a VVG a.F. und hilfsweise die Kündigung. Aufgrund der Kündigung zahlte die Beklagte einen zum 1. Juni 2009 ermittelten Rückkaufswert von 4.435,42 € aus. Unter dem 1. März 2011 ermächtigte die Q AG den Kläger, ausstehende Forderungen aus dem Versicherungsvertrag außergerichtlich

1

2

3

und gerichtlich geltend zu machen und Leistungen an sich zu fordern.

Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten die verzinsliche Rückerstattung der geleisteten Prämien abzüglich des ausgekehrten Rückkaufswertes.

4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dem Vertragsschluss habe noch im Jahr 2009 widersprochen werden können. Er hat mit Nichtwissen bestritten, dass ihm die Vertragsunterlagen bei der Übersendung des Versicherungsscheins vollständig übergeben worden sind. Er hat in Abrede gestellt, über sein Widerspruchsrecht ordnungsgemäß belehrt worden zu sein. Auf § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. könne die Beklagte sich nicht berufen, weil sowohl diese Regelung als auch das in § 5a VVG a.F. geregelte Policenmodell als solches gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen würden. Die Beklagte sei ihm zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet, weil sie ihn fehlerhaft über sein Widerspruchsrecht belehrt und ihn nicht über sämtliche Kosten und Provisionen einschließlich Rückvergütungen aufgeklärt habe.

Der Kläger hat beantragt,	5
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.963,68 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Dezember 2010 zu zahlen;	6
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.038,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	7
Die Beklagte hat beantragt,	8
die Klage abzuweisen.	9
Die Beklagte ist der Auffassung gewesen, ihre Rechtsvorgängerin habe den Kläger ordnungsgemäß über sein Widerspruchsrecht belehrt. Sie hat behauptet, der Kläger habe mit der Übersendung des Versicherungsscheins alle notwendigen Vertragsunterlagen erhalten. Sie hat die Rechtsansicht vertreten, sowohl das Policenmodell als solches als auch die Regelung in § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG stünden im Einklang mit europäischem Recht. Schadensersatzansprüche bestünden nicht; etwaige Ansprüche seien zudem verjährt.	10
Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 17. Februar 2012, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, abgewiesen.	11
Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlich gestellten Anträge in vollem Umfang weiterverfolgt. Die Widerspruchsbelehrung sei formal und inhaltlich fehlerhaft. Das Policenmodell und die Regelung in § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. hält der Kläger weiterhin für europarechtswidrig. Die Beklagte sei wegen unterlassener Aufklärung über Kick-back-Zahlungen schadensersatzpflichtig.	12
Die Beklagte, die die Zurückweisung der Berufung beantragt, verteidigt das angefochtene Urteil.	13
Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.	14
Der Senat hat das Berufungsverfahren mit Beschluss vom 3. Juli 2012 ausgesetzt bis zur Entscheidung des EuGH in dem Verfahren C-209/12.	15
II.	16
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.	17
Der Kläger, von dessen Prozessführungsbefugnis der Senat ausgeht, hat keinen Anspruch auf verzinsliche Erstattung der von ihm auf den Versicherungsvertrag geleisteten Prämien abzüglich des ausgekehrten Betrags gemäß § 812 Abs. 1 BGB. Der Versicherungsvertrag ist auf der Grundlage des Policenmodells gemäß § 5a Abs. 1 VVG a.F. wirksam mit Versicherungsbeginn zum 1. Oktober 1996 zustande gekommen. Der Kläger hat dem Vertragsschluss nicht binnen der vorliegend maßgebenden Frist von 14 Tagen nach Überlassung des Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der Verbraucherinformationen widersprochen (§ 5a Abs. 1 Satz 1 VVG a.F.). Der erst mit	18

Anwaltsschreiben vom 22. Mai 2009 (und später nochmals mit Anwaltsschreiben vom 13. Juli 2010) erklärte Widerspruch war verfristet.

1. 19

Die Widerspruchsfrist des § 5a Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. ist allerdings nicht wirksam in Gang gesetzt worden. Nach § 5a Abs. 2 Satz 1 VVG a.F. beginnt der Lauf der Frist erst, wenn dem Versicherungsnehmer der Versicherungsschein und die Unterlagen nach Absatz 1 (Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen nach § 10a VAG) vollständig vorliegen und der Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist. 20

Dahin stehen kann, ob dem Kläger mit der Übersendung des Versicherungsscheins sämtliche notwendigen Vertragsunterlagen übersandt worden sind. Insbesondere bedarf keiner Klärung, ob der Kläger den Erhalt in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten hat, denn die Widerspruchsbelehrung (Anlage K 5; GA 106) war formal fehlerhaft. Darauf hat der Senatsvorsitzende bereits mit Verfügung vom 9. Mai 2012 hingewiesen; darin heißt es: 21

„Der Kläger war nicht gehalten, dem Vertragsschluss innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt des Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der Verbraucherinformationen schriftlich zu widersprechen. Diese Frist beginnt nach § 5 a Abs. 2 Satz 1 VVG a.F. erst dann zu laufen, wenn dem Versicherungsnehmer die genannten Unterlagen vorliegen und er bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich und in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist. Daran fehlt es hier. Es kommt nicht darauf an, ob dem Kläger die Verbraucherinformationen, die vorliegend die Widerspruchsbelehrung enthalten, mit der Übersendung des Versicherungsscheins zugegangen sind. Auch wenn man dies zugunsten der Beklagten unterstellt, lief die 14-Tages-Frist nicht, weil die Belehrung formal fehlerhaft ist. An einer drucktechnisch deutlichen Form fehlt es, wenn die Belehrung im Konvolut der mit dem Versicherungsschein übersandten Unterlagen nicht besonders hervorgehoben wird; es muss sichergestellt sein, dass der Versicherungsnehmer die Belehrung auch zur Kenntnis nimmt, wenn er nicht nach einer Widerspruchsmöglichkeit sucht (BGH, VersR 2004, 497). Das erfordert, dass die Widerspruchsbelehrung bei Aushändigung des Versicherungsscheins an einer hervorgehobenen und nicht übersehbaren Stelle der übersandten Unterlagen platziert wird (vgl. BGH, NJW 1996, 1964). Dazu wird es regelmäßig ausreichen, wenn sich die Belehrung entweder im Policenbegleitschreiben oder im Versicherungsschein selbst befindet und sie dort drucktechnisch deutlich hervorgehoben wird. Vorliegend ist die Belehrung lediglich in den dem Versicherungsschein beigelegten Verbraucherinformationen enthalten, die dem Kläger neben dem Policenbegleitschreiben, dem Versicherungsschein, den Versicherungsbedingungen und dem Merkblatt über die fondsgebundene Lebensversicherung (= insgesamt 10 zum Teil eng bedruckte Seiten) übersandt worden sein sollen. Damit ist nicht hinreichend sichergestellt, dass der Kläger die Widerspruchsbelehrung auch zur Kenntnis nehmen konnte. Hierzu reicht der Umstand, dass die Belehrung in den Verbraucherinformationen in Fettdruck gehalten ist, nicht aus. Fettgedruckte Stellen finden sich auch in den weiteren, mitübersandten Unterlagen. Im Policenbegleitschreiben wird der Kläger zwar besonders dazu angehalten, die Verbraucherinformationen durchzulesen. Es wird ihm an dieser Stelle aber nicht verdeutlicht, dass er dort Informationen zu dem für den Vertragsschluss wesentlichen Widerspruchsrecht findet. Mit dem von der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewählten Vorgehen ist nach Auffassung des Senats nicht in dem zu fordernden Maße gewährleistet, dass der Versicherungsnehmer die Widerspruchsbelehrung 22

auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Die Belehrung ist damit unwirksam, weil es an der von § 5 a Abs. 2 Satz 1 VVG a.F. geforderten Deutlichkeit fehlt.“

Daran hält der Senat trotz der Ausführungen im Schriftsatz der Beklagten vom 24. Mai 2012 fest. Maßgebend bleibt, dass die Belehrung in den Verbraucherinformationen übersehen werden kann. Das gilt auch für die Belehrung in § 4 der Allgemeinen Bedingungen für die fondsgebundene Lebensversicherung (GA 102). 23

2. 24

Ungeachtet der damit nicht in Lauf gesetzten Widerspruchsfrist konnte der Kläger dem Vertragsschluss im Jahr 2009 nicht mehr widersprechen, weil das Widerspruchsrecht gemäß § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie erloschen ist. Die Anwendung dieser Norm scheitert nicht daran, dass sie nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs im Urteil vom 19. Dezember 2013 (C-209/12, VersR 2014, 225) mit Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie 90/619/EWG des Rates vom 8. November 1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG in der durch die Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 geänderten Fassung in Verbindung mit Art. 31 der Richtlinie 92/96 nicht im Einklang steht. 25

Die vom Europäischen Gerichtshof festgestellte Europarechtswidrigkeit des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. führt nicht per se zu dessen Unwirksamkeit für den Bereich der Lebensversicherung. Grundsätzlich bedarf es insoweit eines Tätigwerdens des nationalen Gesetzgebers, der auf die festgestellte Europarechtswidrigkeit reagieren müsste (keine horizontale Drittwirkung, vgl. Brand, VersR 2014, 269, 273). 26

Die nationalen Gerichte sind aber gehalten, bei der Anwendung des nationalen Rechts dem bindenden Auslegungsergebnis des Europäischen Gerichtshofs im Wege der Auslegung oder der Rechtsfortbildung des nationalen Rechts soweit wie möglich Rechnung zu tragen (so zuletzt BGH v. 8. Januar 2014 – V ZB 137/12). 27

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. scheidet allerdings von vornherein aus. Grenze der richtlinienkonformen (einschränkenden) Auslegung ist der eindeutige Wortlaut eines Gesetzes (vgl. BGHZ 179, 27, Rz. 20). § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. hat einen eindeutigen Regelungsinhalt: Das Widerspruchsrecht soll beim Abschluss eines Versicherungsvertrags erlöschen, wenn nach der Zahlung der ersten Prämie ein Jahr vergangen ist. Das war die klare Regelungsabsicht des Gesetzgebers und sollte dem Rechtsfrieden dienen (BT-Dr. 12/7595, S. 111). 28

Auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, etwa durch teleologische Reduktion oder durch Analogie, scheidet nach Auffassung des Senats aus. Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass es in Bezug auf die in Rede stehende Norm eine konkret geäußerte und von der Annahme der Richtlinienkonformität getragene Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers gibt (BGH, aaO). Das setzt zwar nicht zwingend voraus, dass der Gesetzgeber sich zur Europarechtskonformität einer gesetzlichen Regelung erklärt hat; es muss aber jedenfalls erkennbar sein, dass es das ausdrücklich angestrebte Ziel des Gesetzgebers war, eine Norm zu schaffen, die mit europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht (BGHZ 192, 148, Rz. 34). Eine solche Sichtweise ist geboten, weil die richterliche Rechtsfortbildung nur dazu dient, Lücken zu schließen und Wertungswidersprüche aufzulösen; demgegenüber ist es dem 29

Gericht verwehrt, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen und seine eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen durchzusetzen (vgl. BVerfG, NJW 2012, 669).

Gemessen hieran ist eine lediglich allgemein geäußerte Absicht des Gesetzgebers, europarechtliche Vorschriften in nationales Recht umzusetzen, keine ausreichende Rechtfertigung für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung einer einzelnen Norm, die im Zuge einer größeren Gesetzesreform geschaffen worden ist. Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG aF. scheidet danach aus. Diese Bestimmung ist eingeführt worden durch das Dritte Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Juli 1994 (BGBl. I, S. 1630). Schon der Titel des Gesetzes mag einen allgemeinen Willen des Gesetzgebers nahelegen, das damalige VVG-Reform-Gesetz im Einklang insbesondere mit der Zweiten und Dritten Lebensversicherungsrichtlinie zu erlassen; diese Umsetzungsabsicht ist im Gesetzgebungsverfahren in Bezug auf die Dritte Lebensversicherungsrichtlinie auch ausdrücklich erwähnt worden (BT-Dr. 12/6959, S. 1; BT-Dr. 12/7595, S. 1). Entgegen der Auffassung des OLG Celle (Urt. v. 27. Februar 2014 – 8 U 192/13 -; ebenso Brand, VersR 2014, 269, 273/274) kann aber auch bei einem umfangreichen Gesetzgebungsvorhaben wie dem Gesetz vom 21. Juli 1994 der allgemeine Wille, europarechtliche Vorgaben umzusetzen, nicht als Grundlage für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung jeder einzelnen Norm des Gesetzes dienen. Dies gilt hier vor allem deswegen, weil den europäischen Lebensversicherungsrichtlinien schon Genüge getan war mit der vorgesehenen Einführung von § 8 Abs. 5 VVG (a.F.), mit dem das Rücktrittsrecht für den Bereich der Lebensversicherung einer gesonderte Regelung zugeführt werden sollte. § 5a VVG (a.F.) ist demgegenüber erst aufgrund einer Empfehlung des Finanzausschusses des Bundestages in den Gesetzentwurf eingeführt worden. Grund hierfür war, dass von der Versicherungswirtschaft praktische Schwierigkeiten gesehen wurden, die Informationspflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss vollständig zu erfüllen (BT-Dr. 12/7595, S. 102). Der Finanzausschuss hatte die Konstruktion des Policenmodells als eine „verbraucherfreundliche Lösung“ (aaO) angesehen, ohne sich damit zu befassen, ob mit dieser Neukonstruktion europarechtliche Vorgaben gewahrt waren. Erst recht gilt dies für die Jahresfrist des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG, zu der es lediglich heißt, diese sei „im Interesse des Rechtsfriedens“ erforderlich (aaO, S. 111). Diese gesetzgeberischen Erwägungen reichen nach Auffassung des Senats als Grundlage für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung (sei es in der Weise, dass § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG für den Bereich der Lebensversicherung generell nicht anzuwenden ist [so OLG Celle, aaO], oder jedenfalls [in Analogie zu §§ 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG, 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG] ein Widerspruch dann nicht mehr möglich ist, wenn der Vertrag bereits beiderseits vollständig abgewickelt wurde, vgl. BGH, VersR 2013, 1513 zu § 8 Abs. 4 VVG in der Fassung bis 1994) nicht aus. Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung findet ihre Schranke im Grundsatz der Rechtssicherheit und darf daher nicht als Grundlage für eine richterliche Rechtsfortbildung contra legem dienen (vgl. EuGH Slg 2009, I-6653; BVerfG, NJW 2012, 669). Um eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung contra legem würde es sich aber handeln, wenn sie eine nationale Norm betrifft, deren Einführung auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers beruht (vgl. BGH, NJW 2012, 2571), ohne dass hinreichende Anhaltspunkte für dessen Willen zu europarechtskonformem Handeln erkennbar sind. So liegt der Fall hier (ebenso im Ergebnis OLG München, VersR 2013, 1025).

30

Ausnahmsweise soll es allerdings zulässig sein, eine gegen europäisches Recht verstoßende nationale Norm außer Acht zu lassen. Insoweit hat die Generalanwältin T in ihren Schlussanträgen vom 11. Juli 2013 in der Sache C-209/12 (dort Rz. 69) ausgeführt, wenn

31

das mit den einschlägigen Richtlinien verfolgte Ziel nicht durch Auslegung erreicht werden könne, müsse das nationale Recht „gegebenenfalls unangewendet bleiben“. Die hierzu in Bezug genommene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427) betraf aber einen Sonderfall, der dadurch gekennzeichnet war, dass die dort maßgebende Vorschrift nicht alleine gegen Richtlinienrecht, sondern gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des europäischen Primärrechts (nämlich das Verbot der Altersdiskriminierung) verstieß (vgl. Brand, aaO, S. 274). Ein solcher Verstoß liegt hier nicht vor. Im Gegenteil lassen neuere Richtlinien erkennen, dass die zeitliche Begrenzung von Widerrufsrechten im Interesse der Rechtssicherheit durchaus als zulässig anerkannt wird (Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 [EU-Verbraucherrechterichtlinie], wonach die Widerrufsfrist bei Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht um 12 Monate verlängert wird; zum Zweck dieser Regelung s. Erwägungsgrund 43).

- b) 32
- Die vorstehenden Ausführungen würden in gleicher Weise Geltung beanspruchen, wenn – was der Europäische Gerichtshof offen gelassen hat – nicht nur § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F., sondern das in § 5a VVG a.F. normierte Policenmodell als solches mit europäischem Recht nicht im Einklang stehen würde. 33
- Unabhängig davon ist der Senat der Auffassung, dass § 5a Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 S. 1 VVG a.F. europarechtskonform ist. Diese Gesetzesbestimmungen stellen sich insbesondere nicht als fehlerhafte Umsetzung der Bestimmungen in Art. 31 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang II Buchstabe A der Richtlinie 92/96 EWG des Rates vom 10. November 1992 bzw. Art. 36 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang III Buchstabe A der die erstgenannte Richtlinie ablösenden Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 dar. 34
- Die Richtlinienbestimmungen führen aus: „Vor Abschluss des Versicherungsvertrages sind dem Versicherungsnehmer mindestens die in Anhang .. (II nach Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 92/96 EWG bzw. III nach Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 2002/83/EG) Buchstabe A aufgeführten Angaben mitzuteilen.“ In dem jeweils genannten Anhang werden sodann die erforderlichen Angaben im Einzelnen aufgeführt. 35
- Diesen Anforderungen wird § 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 VVG a.F. inhaltlich gerecht. Soweit er die Übermittlung der Verbraucherinformation nach § 10a Abs. 1 VAG a.F., in dem die Angaben aus den Anhängen der Richtlinien übernommen worden sind, nicht zwingend bis zur Antragstellung verlangt, bleibt der Vertrag bis zum Ablauf einer 14 bzw. 30-tägigen Widerspruchsfrist nach Überlassung der Unterlagen schwebend unwirksam (vgl. dazu Senat, VersR 2011, 245 und 248 sowie RuS 2011, 216; OLG Düsseldorf VersR 2001, 837 ff.; OLG Frankfurt, VersR 2005, 631 ff.). Sinn und Zweck der Informationspflicht in Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 92/96/EWG mögen – wie der BGH erwogen hat (VersR 2012, 608) - eine Auslegung rechtfertigen, dass ein Vertrag nicht ohne Information und Belehrung des Versicherungsnehmers zustande kommen darf. Die vom deutschen Gesetzgeber in § 5a Abs. 1 mit Absatz 2 Satz 1 VVG a.F. gewählte Konstruktion gewährleistet indes, dass eine vertragliche Bindung des Versicherungsnehmers richtlinienkonform erst nach der gebotenen Verbraucherinformation eintreten kann (Senat, aaO; ebenso auch OLG Hamm, Beschl. v. 31. August 2011 - 20 U 81/11 -; OLG Celle, Urt. v. 9. Februar 2012 - 8 U 191/11 -; OLG München, Urt. v. 20. September 2012 - 14 U 1511/12 -; OLG Stuttgart, VersR 2012, 1373). Dies ist von der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren 2007/5046 nicht hinreichend beachtet worden, denn die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 12. 36

Oktober 2006 angenommen, beim Policenmodell gelte „ein Versicherungsvertrag zunächst als abgeschlossen“, wenn dem Versicherungsnehmer die Police mit den erforderlichen Unterlagen übersandt worden sei. Richtig ist indes, dass der Vertrag nach § 5a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VVG a.F. erst dann zustande kommt, wenn die Widerspruchsfrist abgelaufen ist. Während der Widerspruchsfrist von 14 bzw. 30 Tagen hat der Versicherungsnehmer, dem die Unterlagen übersandt wurden und der über sein Widerspruchsrecht belehrt worden ist, Zeit, zu entscheiden, ob er den Vertragsschluss will oder nicht, und er kann durch einen Widerspruch, der ohne Angabe von Gründen möglich ist, verhindern, dass es zu einem Vertragsschluss kommt. Damit ist sowohl gewährleistet, dass der Versicherungsnehmer vor einer vertraglichen Bindung über alle notwendigen Informationen verfügt, als auch sichergestellt, dass dem Versicherungsnehmer ein gewisser Zeitraum verbleibt, um sich frei entscheiden zu können, ob er eine vertragliche Bindung mit dem Versicherer eingehen will oder nicht.

Ungeachtet dessen ist nach dem Kontext, in dem die fraglichen Richtlinienbestimmungen stehen, davon auszugehen, dass damit den Mitgliedstaaten keine Vorgaben für die Regelung des Versicherungsvertragsrechts gemacht werden, sondern Vorgaben für die Regelung der Versicherungsaufsicht (vgl. dazu auch BGH, aaO, Rz. 22). So wird die Zielsetzung beider Richtlinien in den jeweiligen Erwägungen dahin gehend formuliert, dass Unterschiede zwischen dem Aufsichtsrecht der verschiedenen Mitgliedstaaten beseitigt werden sollen (vgl. insbesondere die Erwägung 5 der Richtlinie 92/96/EWG und die Erwägung 2 der Richtlinie 2002/83/EG). In den Erwägungen beider Richtlinien heißt es ferner ausdrücklich, die Harmonisierung des für den Versicherungsvertrag geltenden Rechts sei keine Vorbedingung für die Verwirklichung des Binnenmarkts im Versicherungssektor. Die den Mitgliedstaaten gelassene Möglichkeit, die Anwendung ihres eigenen Rechts für Versicherungsverträge vorzuschreiben, bei denen die Versicherungsunternehmen Verpflichtungen in ihrem Hoheitsgebiet eingehen, stelle deshalb eine hinreichende Sicherung für die Versicherungsnehmer dar (Erwägung 19 der Richtlinie 92/96/EWG und Erwägung 44 der Richtlinie 2002/83/EG). 37

Die Ausführungen der Generalanwältin T in ihren Schlussanträgen vom 11. Juli 2013 in der Rechtssache C-209/12, die sich ? über die Frage des Vorlagebeschlusses des Bundesgerichtshofs vom 28. März 2012 (IV ZR 76/11, VersR 2012, 608) hinaus – in der Sache auch mit der Europarechtskonformität des Policenmodells als solchem beschäftigen, geben dem Senat keinen Anlass, von seiner bisherigen Auffassung, wonach das Policenmodell als solches mit europäischem Recht in Einklang steht, abzuweichen. 38

Soweit es eine mögliche Europarechtswidrigkeit in Bezug auf Art. 31 der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie (Richtlinie 92/96/EWG vom 10. November 1992) angeht, bleibt es bei vorstehend angeführten Erwägungen. Die Generalanwältin dürfte zwar (anders als die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2006 im Vertragsverletzungsverfahren 2007/5046) die Konstruktion einer schwebenden Vertragsunwirksamkeit bis zum Ablauf der wirksam in Gang gesetzten Widerspruchsfrist, die dem Policenmodell des § 5a Abs. 1 VVG a.F. zugrunde liegt, erkannt haben (Schlussanträge Ziff. 28). Sie argumentiert indes, die nach der Richtlinie erforderlichen Informationen müssten vor der Wahl eines bestimmten Versicherers und eines bestimmten Vertrags erfolgen (Ziff. 59), also letztlich vor der Abgabe eines konkreten Angebots des Versicherungsnehmers auf Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags (vgl. Ziff. 62). Hergeleitet wird dies aus dem Zweck der Mitteilungspflicht, den Versicherungsnehmer in die Lage zu versetzen, den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen (Ziff. 59). Dies wird gestützt auf den 23. Erwägungsgrund der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie, der lautet: 39

Im Rahmen eines einheitlichen Versicherungsmarkts wird dem Verbraucher eine größere und weiter gefächerte Auswahl von Verträgen zur Verfügung stehen. Um diese Vielfalt und den verstärkten Wettbewerb voll zu nutzen, muß er im Besitz der notwendigen Informationen sein, um den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen. Da die Dauer der Verpflichtungen sehr lang sein kann, ist diese Information für den Verbraucher noch wichtiger. Folglich sind die Mindestvorschriften zu koordinieren, damit er klare und genaue Angaben über die wesentlichen Merkmale der ihm angebotenen Produkte und über die Stellen erhält, an die etwaige Beschwerden der Versicherungsnehmer, Versicherten oder Begünstigten des Vertrages zu richten sind. 40

Aus der Formulierung in Satz 2 des 23. Erwägungsgrundes („...Vertrag auszuwählen“) kann aber nicht zwingend hergeleitet werden, dass die notwendigen Informationen erfolgen müssen, bevor der Versicherungsnehmer eine ihn wegen des Widerspruchsrechts gemäß § 5a Abs. 1 VVG a.F. noch nicht bindende Vertragserklärung abgegeben hat. Demgemäß heißt es in Art. 31 Absatz 1 der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie auch nicht, dass die erforderlichen Informationen vor Abgabe einer auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung, sondern „vor Abschluss des Versicherungsvertrags“ zu erfolgen haben. Daraus muss gefolgert werden, dass dem Zweck der Informationspflicht auch dann genügt ist, wenn die Informationen erfolgen, bevor für den Versicherungsnehmer eine vertragliche Bindung eingetreten ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs vom 13. Juni 2013 in der Rechtssache E-11/12. Dort ist lediglich ausgeführt, Ziel der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie sei es, den Verbraucher dadurch zu schützen, dass dieser im Besitz der notwendigen Informationen ist, wenn er seine Wahl trifft (Ziff. 62 der Entscheidungsgründe). Diese Wahl kann der Versicherungsnehmer beim Vertragsschluss nach dem Policenmodell durch die Ausübung des Widerspruchsrechts, das keiner näheren Begründung bedarf, ausüben. 41

Das Policenmodell steht auch im Einklang mit Art. 15 der Zweiten Lebensversicherungsrichtlinie (Richtlinie 90/619/EWG vom 8. November 1990) bzw. Art. 35 der die vorgenannte Richtlinie ablösenden Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002. Nach Abs. 1 Satz 1 des Art. 15 der Zweiten Lebensversicherungsrichtlinie bzw. Art. 35 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2002/83/EG muss einem Versicherungsnehmer bei einem Lebensversicherungsvertrag von dem Zeitpunkt an, zu dem er davon in Kenntnis gesetzt wird, dass der Vertrag geschlossen ist, eine Frist zwischen 14 und 30 Tagen eingeräumt werden, um vom Vertrag zurücktreten zu können. Den Ausführungen der Generalanwältin dürfte zu entnehmen sein, dass sie die Auffassung vertritt, Art. 15 Absatz 1 verlange, dass das Rücktrittsrecht zu einem Zeitpunkt zu gewähren ist, zu dem der Vertrag bereits für beide Teile bindend geschlossen worden ist (s. Ziff. 60 der Schlussanträge: „Es liegt auf der Hand, dass ein Rücktritt von einem Vertrag, der noch nicht geschlossen ist, weil kein Angebot und keine Annahme vorliegen, die zu einer Vereinbarung der Parteien mit bindenden Vertragsbedingungen führen, nicht möglich ist.“). 42

Nach nationalem Recht hat der Versicherungsnehmer bei einem Vertragsabschluss nach dem Policenmodell kein Rücktrittsrecht. Dieses wird nach der ausdrücklichen Regelung in § 8 Abs. 6 VVG a.F. durch das Widerspruchsrecht nach § 5a VVG a.F. ersetzt. Die Generalanwältin scheint demgegenüber verlangen zu wollen, dass dem Versicherungsnehmer bei der Konstruktion des Vertragsabschlusses nach dem Policenmodell ein Rücktrittsrecht einzuräumen ist, wenn der Vertrag mit Ablauf der Widerspruchsfrist bindend geworden ist (so Ziff. 63 und 64). 43

Art. 15 Absatz 1 Zweite Richtlinie Leben geht davon aus, dass die Rücktrittsfrist beginnt, wenn der Versicherungsnehmer davon in Kenntnis gesetzt wird, „dass der Vertrag geschlossen ist“. Damit muss aber nicht zwingend ein für beide Seiten uneingeschränkt bindender Vertrag gemeint sein. Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Konstruktion der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist bei Abschluss nach dem Policenmodell bedeutet nicht, dass der Vertrag bis zum Ablauf der Frist ohne jegliche Bindung ist. Auch ein schwebend unwirksamer Vertrag entfaltet eine Bindungswirkung: Insbesondere kann sich der andere Vertragspartner (vorliegend die Versicherung) nicht einseitig vom Vertrag lösen (vgl. zur Bindungswirkung bei schwebender Unwirksamkeit: Staudinger-Knothe, Neubearbeitung 2011, § 108 BGB, Rn. 3). Wenn die Versicherung beim Vertragsschluss nach dem Policenmodell den Versicherungsschein nebst den erforderlichen Unterlagen und der Belehrung über das Widerspruchsrecht übersendet, dann lässt sich das durchaus als Mitteilung, dass damit der Vertrag geschlossen ist, deuten (so auch OLG München, Urt. v. 10. Oktober 2013 - 14 U 1804/13 -, juris-Rz. 40). Aus Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Lebensversicherungsrichtlinie lässt sich nicht herleiten, dass dem Versicherungsnehmer bei Abschluss nach dem Policenmodell zwei Lösungsrechte zugebilligt werden müssen (nämlich ein Widerspruchsrecht und anschließend noch ein Rücktrittsrecht). Auch bei Vertragsschluss nach dem Policenmodell hat der Versicherungsnehmer die Möglichkeit, sich innerhalb der Frist, die Art. 15 Absatz 1 der Zweiten Lebensversicherungsrichtlinie vorschreibt, vom Versicherungsvertrag zu lösen, indem er den Widerspruch erklärt. Dass diese Erklärung nach der Konstruktion des Policenmodells bewirkt, dass der Vertrag als von vornherein nicht zustande gekommen anzusehen ist, begünstigt den Versicherungsnehmer sogar, weil das europarechtliche Rücktrittsrecht eine solche Rückwirkung nicht notwendig entfalten muss, denn die Rechtswirkungen des Rücktritts beschreibt Art. 15 Abs. 1 Satz 2 der Zweiten Lebensversicherungsrichtlinie dahin, dass der Versicherungsnehmer für die Zukunft von allen aus dem Vertrag resultierenden Verpflichtungen befreit ist.

c) 45

Ob es einen Grundsatz des nationalen Rechts gibt, der es rechtfertigt, dem Versicherungsnehmer ein Widerspruchsrecht jedenfalls dann zu versagen, wenn der Vertrag beiderseits vollständig abgewickelt ist (so OLG Celle, Beschl. v. 7. Januar 2014 – 8 U 198/13 – und OLG Karlsruhe, Urt. v. 16. Januar 2014 – 12 U 115/13 – im Anschluss an BGH, VersR 2013, 1513), bedarf vorliegend schon deshalb keiner Entscheidung, weil hier Widerspruch und Kündigung zeitgleich ausgesprochen worden sind. 46

3. 47

Dem Kläger steht die Klageforderung auch nicht als Schadensersatz wegen unterlassener Aufklärung über Provisionszahlungen (einschließlich etwaiger Rückvergütungen) zu. Der Bundesrichtshof hat inzwischen auch klargestellt, dass die von ihm entwickelte Kick-back-Rechtsprechung nur für den Bereich der Kapitalanlageberatung gilt (BGH, ZIP 2012, 67 ff., Rz. 39). Die bloße Vermittlung einer Lebensversicherung ist im Regelfall kein Kapitalanlagegeschäft. Der Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung mag auch der Kapitalanlage dienen; zumindest gleichwertig wird aber in aller Regel die Absicherung des Todesfallrisikos bezweckt (BGH, VersR 2012, 1149, Rz. 23). Allenfalls dann, wenn ausnahmsweise und bei Vorliegen besonderer Umstände die Absicherung des Todesfallrisikos gegenüber der Renditeerwartung erkennbar von untergeordneter Bedeutung ist, könnten sich erweiterte Pflichten nach den Grundsätzen zur Aufklärung über Anlagegeschäfte ergeben (vgl. BGH, WM 2012, 1577). Dafür ist vorliegend nichts ersichtlich. 48

4.	49
Die Klage stützt der Kläger in der Berufung nicht mehr auf einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Widerspruchsbelehrung. Hierzu fehlt es jedenfalls an einer Berufungsbegründung, die durch die bloße Bezugnahme auf den Vortrag erster Instanz nicht ersetzt werden kann.	50
Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die Klage auch insoweit keinen Erfolg haben könnte. Der Bundesgerichtshof hat im Anwendungsbereich des HWiG – vorgegeben durch 2 Vorabentscheidungen des EuGH (NJW 2005, 3551 und 3555) – zwar entschieden, dass die nach diesem Gesetz verlangte Widerrufsbelehrung eine echte Rechtspflicht darstellt, deren Verletzung bei Verschulden zu einem Schadensersatzanspruch führen kann (BGHZ 169, 109, 120; BGH, VersR 2008, 1544). Ob diese Rechtsprechung, die auf den Besonderheiten des HWiG und den insoweit maßgebenden europarechtlichen Vorgaben beruht, unbesehen auf andere Widerrufs-/ oder Widerspruchsrechte übertragen werden kann (so offenbar Ebers in: Schwintowski/Brömmelmeyer, VVG, 2. Aufl., § 8, Rn. 52), erscheint fraglich. Das kann hier aber dahingestellt bleiben. Selbst wenn man auch im Anwendungsbereich des § 5 a VVG a.F. eine Rechtspflicht zur Belehrung über das Widerspruchsrecht annehmen wollte, kann daraus nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch nur dann hergeleitet werden, wenn die Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes feststeht. Dazu aber fehlt jeder Vortrag des Klägers. Die Vermutungberatungsgerechten Verhaltens gilt insoweit nicht (so ausdrücklich BGHZ 169, 109 ff., Tz. 43). Dass der Kläger sich bei ordnungsgemäßer Belehrung zu einem fristgerechten Widerspruch entschlossen hätte, liegt auch eher fern, denn augenscheinlich wollte er sich vertraglich binden und hat den Vertrag dann auch über 12 Jahre lang durchgeführt.	51
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	52
Der Senat lässt die Revision zu. Die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus der vom Europäischen Gerichtshof festgestellten Europarechtswidrigkeit der Jahresfrist des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. ergeben, ist ebenso wie die Frage, ob das Policenmodell als solches europarechtskonform ist, von grundsätzlicher Bedeutung.	53
Berufungsstreitwert: 8.963,68 €	54