



**Oberlandesgericht
Celle**

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

8 U 192/13
5 O 308/12 Landgericht Lüneburg

Verkündet am
27. Februar 2014
Siemßen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro
Geschäftszeichen:

gegen

, vertreten durch den

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro
Geschäftszeichen:

Terminsbevollmächtigte:
Anwaltsbüro
Geschäftszeichen:

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Glimm, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Dietrich und den Richter am Oberlandesgericht Kaufert auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 2014 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 3. September 2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 13.732,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 28. März 2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Der Streitwert wird für beide Instanzen auf bis zu 10.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt Rückzahlung der von ihm erbrachten Versicherungsprämien nach Widerspruch gegen das Zustandekommen eines Versicherungsvertrags.

Im Jahr 2004 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Antrag auf Abschluss eines fondsgebundenen Lebensversicherungsvertrags. Die Beklagte nahm diesen Antrag durch Übersendung des Versicherungsscheins vom 10. August 2004 (Bl. 16, 17 d. A.) an. Mit dem Versicherungsschein übersandte die Beklagte die Verbraucherinformationen und die Versicherungsbedingungen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15. Oktober 2009 (Bl. 18, 19 d. A.) erklärte der Kläger den Widerspruch gegen das Zustandekommen des Versicherungsvertrags. In diesem Schreiben führte er unter anderem aus, dass die Verbraucherinformationen unvollständig und die Belehrung fehlerhaft gewesen sei.

Die Beklagte behandelte den Widerspruch als Kündigung (Bl. 20 d. A.) und zahlte dem Kläger den Rückkaufswert in Höhe von 2.147,98 € aus.

Der Kläger meint, dass die Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 BGB zur Rückzahlung der Prämien einschließlich der gezogenen Nutzungen verpflichtet sei. Die Zahlung der Prämien sei ohne Rechtsgrund erfolgt; weil der Kläger dem Zustandekommen des Vertrags widersprochen habe. Die Widerrufsbelehrung der Beklagten sei mangels drucktechnischer Hervorhebung und mangels Hinweises auf die Möglichkeit eines Widerspruchs in Textform nicht ordnungsgemäß erfolgt. Das habe zur Folge, dass Widerspruchsfrist des § 5 a Abs. 1 Satz 1 VVG a. F. nicht in Gang gesetzt worden sei. Aber auch die in § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. geregelte Ausschlussfrist hindere den Kläger nicht an der nachträglichen Ausübung des Widerrufsrechts, denn diese Bestimmung sei europarechtswidrig. Dasselbe gelte für den Abschluss des Vertrags im sog. Policenmodell.

Daneben stehe ihm aber auch ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz zu, denn er sei nicht ordnungsgemäß und außerdem zu spät über sein Widerspruchsrecht aufgeklärt worden. Darüber hinaus sei keine zureichende Aufklärung über die versteckten Vertragskosten und die Wertentwicklungsmöglichkeiten erfolgt (Bl. 65 d. A.).

Er begehrt Rückzahlung seiner Prämien in Höhe von 11.400,00 € abzüglich des ausgezahlten Rückkaufswerts, sowie Zahlung der von der Beklagten aus den Prämien gezogenen Nutzungen. Außerdem begehrt er Erstattung der vorgerichtlich angefallenen Anwaltskosten.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 13.732,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Rechtsanwaltskosten für die außergerichtliche Tätigkeit in Höhe von 1.101,46 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch bestehe nicht. Die Belehrung sei ordnungsgemäß erfolgt mit der Folge einer Präklusion des Widerspruchsrechts. Das Policenmodell sei nicht europarechtswidrig. Ein etwaiges Widerspruchsrecht sei durch die langjährige Prämienzahlung durch den Kläger verwirkt.

Mit Urteil vom 3. September 2013 (Bl. 150 - 151 R d. A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Ob der Kläger ordnungsgemäß über sein Widerspruchsrecht belehrt worden sei, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls scheitere der Widerspruch am Ablauf der Jahresfrist des § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. Diese Bestimmung sei nicht auslegungsfähig, sodass auch ein etwaiger Verstoß gegen europäisches Recht ohne Auswirkungen auf den Rechtsstreit sei. Ein Schadensersatzanspruch scheitere daran, dass es sich bei § 5 a VVG a. F. um die speziellere Norm handele.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der seine erstinstanzlichen Ausführungen wiederholt und vertieft.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 3. September 2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Lüneburg, Az. 5 O 308/12,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 13.732,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Februar 2013 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Rechtsanwaltskosten für die außergerichtliche Tätigkeit in Höhe von 1.101,46 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Übrigen und im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist mit Ausnahme der geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten begründet.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB zu.

1. Unstreitig erbrachte der Kläger an die Beklagte Leistungen im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB in Form der Prämienzahlung.
2. Diese Leistungen erfolgten auch ohne Rechtsgrund. Der Kläger hat wirksam gemäß § 5 a Abs. 1, 2 VVG a. F. den Widerspruch gegen das Zustandekommen des

Versicherungsvertrags erklärt mit der Folge, dass der Vertrag von Anfang an als nicht zustande gekommen gilt:

a) Die Widerspruchsbelehrung der Beklagten genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen. Gemäß § 5 a Abs. 1 Satz 1 VVG a. F. beginnt die Widerspruchsfrist unter anderem erst zu laufen, wenn der Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist. Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass die Widerspruchsbelehrung so hervorgehoben wird, dass sie auch beim flüchtigen Lesen sofort ins Auge fällt. Dabei stehen dem Versicherer verschiedene Formen der Hervorhebung zur Verfügung. Er kann beispielsweise den Text in einen Rahmen setzen, der Text kann eingerückt werden, der Versicherer kann für den Text Fettdruck verwenden oder eine größere Schrift oder einen zwischen dem vorgehenden und dem nachfolgenden Text größeren Abstand.

Im vorliegenden Fall fehle es an einer solchen Hervorhebung. Im Gegenteil wird die Belehrung im Versicherungsschein weder gesondert präsentiert noch drucktechnisch so stark hervorgehoben, dass sie dem Versicherungsnehmer nicht entgehen könnte, selbst wenn er nicht nach einer Widerspruchsmöglichkeit sucht. Auch ist die Belehrung weder durch eine andere Farbe, Schriftart oder -größe noch durch Einrücken oder in anderer Weise hervorgehoben. Der für diese Belehrung verwendete Fettdruck wird - von wenigen Ausnahmen abgesehen - auch für den übrigen Text verwendet. Wie die Widerspruchsbelehrung sind auch alle weiteren Absätze in einen Rahmen gesetzt. Wenn aber ein kompletter Text hervorgehoben wird, hebt sich ein einzelner Abschnitt davon nicht mehr ab. Das wird der Bedeutung des Widerspruchsrechts nicht gerecht, mit dem der Verbraucher den Vertrag insgesamt und ungeachtet seiner zahlreichen Einzelheiten ablehnen kann. Das hat die Unwirksamkeit der Widerspruchsbelehrung zur Folge (vgl. BGH VersR 2004, 497).

Auch die in den Versicherungsbedingungen enthaltene Widerspruchsbelehrung ist unzureichend. Dort versteckt sich die Belehrung unter dem - in keiner Weise vom übrigen Inhalt abgehobenen - § 6 der Bedingungen und geht im übrigen Text vollständig unter.

b) Als Folge der nicht ausreichenden Hervorhebung hat die Widerspruchsfrist des § 5 a Abs. 1 Satz 1 VVG a. F. nicht zu laufen begonnen (vgl. BGH a. a. O.).

Zwar hat der Kläger den Widerspruch auch außerhalb der Frist des § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. erklärt. Danach erlischt das Recht zum Widerspruch abweichend von § 5 a Abs. 2 Satz 1 VVG a. F. spätestens ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie. Diese Bestimmung ist aber richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass sie jedenfalls auf Lebensversicherungsverträge keine Anwendung findet.

Im Einzelnen:

aa) Mit Urteil vom 19. Dezember 2013 hat der Europäische Gerichtshof zum Aktenzeichen Az. C-209/12 entschieden, dass § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. mit Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie 90/619/EWG des Rates vom 8. November 1990 sowie mit der 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 in Einklang steht.

Zwar betrifft die Entscheidung einen im Dezember 1998 zustande gekommenen Vertrag, während der streitgegenständliche Vertrag erst im Jahr 2004 zustande kam. Auch waren im Jahr 2004 die vom Europäischen Gerichtshof zur Begründung seiner Entscheidung herangezogene Zweite und Dritte Richtlinie Lebensversicherung bereits wieder durch die Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen (ABl. L 345, S. 1) aufgehoben und ersetzt worden.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs findet aber auf den vorliegenden Fall entsprechende Anwendung, weil sich Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung in Art. 35 der Richtlinie 2002/83/EG vollständig wiederfindet. Dasselbe gilt für Artikel 31 der Dritten Richtlinie Lebensversicherung (Art. 36 der Richtlinie 2002/83/EG).

bb) Die Bestimmung des § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. ist auch einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich.

Aus Art. 288 EU-Arbeitsweisevertrag wird die Verpflichtung der nationalen Gerichte abgeleitet, nationale Vorschriften richtlinienkonform auszulegen. Voraussetzung hierfür ist stets die Mehrdeutigkeit der auszulegenden nationalen Vorschrift (vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, Tübingen 2008, Seite 272). Fehlt es hingegen an einem Auslegungsspielraum, scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung auch bei eindeutig unionsrechtswidrigen nationalen Normen aus (vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Rn. 769). Dabei hat sich die Auslegung an den innerstaatlichen Auslegungsmethoden zu orientieren. So heißt es im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. September 2011 (abgedruckt unter anderem in: NJW 2012, 669) unter anderem:

"Allerdings findet die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege zugleich ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (vgl. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter Europäischem Einfluss, 1999, S. 102). So verlangt auch der Europäische Gerichtshof vom nationalen Gericht nur, bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses 'soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes' der Richtlinie auszulegen, 'um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Artikel 249 Absatz 3 EG [heute Art. 288 Abs. 3 AEUV] nachzukommen' (EuGH, Urteil vom 13. November 1990, Rs. C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, S. I-4135 Rn. 8; EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1993, Rs. C-334/92, Wagner Miret, Slg. 1993, S. I-6911 Rn. 20; vgl. bereits EuGH, Urteil vom 10. April 1984, a. a. O., Rn. 26; EuGH, Urteil vom 10. April 1984, a.a.O., Rn. 26; stRspr). Ebenso hat der Europäische Gerichtshof erkannt, dass die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit ihre Schranken findet und daher nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf (s. EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, a. a. O., Rn. 61). Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 11. November 2004, Rs. C-105/03, Pupino, Slg. 2005, S. I-5285 Rn. 39, m. w. N.)."

Zu den in Betracht kommenden Auslegungsmethoden heißt es in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weiter:

"Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet die Gerichte, 'nach Gesetz und Recht' zu entscheiden. Eine bestimmte Auslegungsmethode oder gar eine reine Wortinterpretation schreibt die Verfassung nicht vor (BVerfGE 88, 145 <166 f.>). Der Wortlaut des Gesetzes zieht im Regelfall keine starre Auslegungsgrenze (vgl. BVerfGE 118, 212 <243>). Zu den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung gehört auch die teleologische Reduktion (vgl. BVerfGE 35, 263 <279>; 88, 145 <166 f.>). Dabei prüft das Bundesverfassungsgericht, ob sich diese auf den Willen des Gesetzgebers stützt (BVerfGK 13, 108 <112>)."

[Anmerkung: Hervorhebung durch den Senat]

Im vorliegenden Fall kann die Bestimmung des § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. auf der Grundlage der Gesetzesmaterialien teleologisch ausgelegt werden. Dabei kann aufgrund der expliziten Erwähnung der Lebensversicherungsverträge in § 5 a Abs. 1 VVG a. F. zwanglos zunächst einmal davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine Anwendbarkeit jedenfalls von § 5 Abs. 1 VVG a. F. auch auf Lebensversicherungsverträge beabsichtigte. Entscheidend ist allein die Frage, ob der Gesetzgeber im Hinblick auf die Präklusionsvorschrift des § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. wieder eine Ausnahme beabsichtigte und für Lebensversicherungsverträge im Fall unter anderem einer unzureichenden Belehrung über das Widerspruchsrecht ein "ewiges" Widerspruchsrecht vorsehen wollte und dies nur versehentlich unterließ.

Das ist zu bejahen.

Die Bestimmung des § 5 a VVG a. F. wurde mit Gesetz vom 21. Juli 1994 auf Empfehlung des Finanzausschusses (BT-Drucksache 12/7595) in das VVG eingeführt. Zur Begründung der Präklusionsfrist heißt es darin auf Seite 111 der Drucksache:

"Absatz 2 regelt den Beginn der Widerspruchsfrist, die diesbezügliche Beweislast und enthält in Satz 4 eine Ausschlussfrist, die im Interesse des Rechtsfriedens erforderlich ist."

Zwar kann allein auf der Grundlage dieser Begründung nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden, denn ausweislich der Gesetzesbegründung diente die Aufnahme einer Ausschlussfrist in den Gesetzestext nicht der Umsetzung einer Richtlinie, sondern sollte einem richtlinienfremden Gesichtspunkt (Rechtsfrieden) Rechnung tragen (vgl. BGH NJW 2013, 2674).

Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke ergibt sich aber aus der allgemeinen Zielsetzung des dem § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. vorangegangenen Gesetzgebungsverfahrens. In seiner Entscheidung vom 26. November 2008 (abgedruckt unter anderem in NJW 2009, 427) hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass eine planwidrige Regelungslücke bereits dann vorliegt, wenn der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Gesetzgebung beabsichtigt, ihm dies aber nicht gelingt. Insoweit heißt es in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs unter anderem:

"Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl. BGHZ 149, 165, 174; BGH, Beschluss vom 20. Januar 2005 – IX ZB 134/04, NJW 2005, 1508, unter II 3 b aa (1), jeweils m. w. N.). Diese Voraussetzung ist erfüllt.

In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 Abs. 4 BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

...
Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber - was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen - auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Die explizit vertretene Auffassung, dass die Regelung über den Nutzungersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge, ist jedoch fehlerhaft, wie der

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat.

Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine verdeckte Regelungslücke (vgl. Larenz, aaO, S. 377) vor, weil die Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit steht die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Nutzungersatzes nicht lediglich im Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen (so aber Schmidt, ZGS 2006, 408, 410). Vielmehr besteht ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers. Deshalb ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 Abs. 4 BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht."

Überträgt man diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall, kommt auch hier eine teleologische Auslegung in Betracht. In der Drucksache 12/7595 heißt es einleitend ausdrücklich, dass der Gesetzesentwurf unter anderem der Umsetzung der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie dient. Unterwirft man die gesamte Gesetzesbegründung dieser Zielsetzung, fällt hierunter automatisch auch die Regelung in § 5 a Abs. 2 Nr. 4 VVG a. F. Weil diese Regelung aber mit europäischem Recht nicht vereinbar ist, muss von einer planwidrigen Regelungslücke des generell auf Richtlinienkonformität bedachten Gesetzgebers ausgegangen werden. Das wiederum rechtfertigt eine einschränkende teleologische Reduktion der Bestimmung dahingehend, dass die Bestimmung auf Lebensversicherungsverträge keine Anwendung findet.

Der Senat verkennt nicht, dass gegen die vorstehend zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs Kritik erhoben worden ist. So hat das Oberlandesgericht München mit Urteil vom 20. Juni 2013 (VersR 2013, 1025) darauf hingewiesen, dass eine solchermaßen weitgehende Definition der planwidrigen Regelungslücke zu einer

Missachtung der konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers führe und unter Gesichtspunkten der verfassungsmäßig gebotenen Gewaltenteilung und der Gesetzesbindung des Richters bedenklich erscheine. Da man dem deutschen Gesetzgeber darüber hinaus praktisch immer einen Willen zu korrekter Richtlinienumsetzung unterstellen dürfe, führe ein derart großzügiger Rechtsfortbildungsmaßstab im Ergebnis dazu, dass sich europäische Richtlinien grundsätzlich gegen widerstreitendes nationales Zivilrecht durchsetzen. Dies sei aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz, aber auch mit Blick auf die nach allgemeiner Auffassung fehlende horizontale Direktwirkung von Richtlinienrecht abzulehnen. Es könne deshalb entgegen dem Bundesgerichtshof eine richtlinienkonforme wortlautübersteigende Rechtsfortbildung nach nationaler Methodenlehre nur dann für zulässig erachtet werden, wenn das nationale Gesetz selbst ohne Rücksicht auf das Europarecht planwidrig unvollkommen und deshalb einer wortlautübersteigenden Korrektur zugänglich erscheine.

Obwohl diese Ausführungen im Grundsatz Zustimmung verdienen, vermag sich der erkennende Senat ihnen jedenfalls für den Fall nicht anzuschließen, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich mit der Zielsetzung einer richtlinienkonformen Gesetzgebung handelt. Jedenfalls in einer solchen Konstellation bestehen keine durchgreifenden Bedenken, auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers zu schließen und auf dieser Grundlage auch eine teleologische Reduktion vorzunehmen.

c) Eine Verwirkung des Widerspruchsrechts scheidet aus. Die Annahme der Verwirkung verlangt neben einem Zeitmoment auch stets ein Umstandsmoment. Dieses Umstandsmoment setzt voraus, dass der Inhaber eines Rechts dem anderen Teil durch sein Verhalten zu erkennen gibt, von diesem Recht keinen Gebrauch machen zu wollen (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl., § 242, Rn. 95). Hierfür fehlt es an Anhaltspunkten. Die Beklagte beruft sich lediglich auf die fortlaufende Zahlung der Prämien. Dies lässt aus der Sicht eines objektiven Empfängers aber nicht mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss zu, dass der Kläger auf ein etwaiges, ihm zustehendes Widerspruchsrecht verzichten bzw. am Versicherungsvertrag in jedem Fall festhalten wollte. Das gilt umso mehr, als die Beklagte in der Vergangenheit stets die Auffassung vertreten hat, dass das Widerspruchsrecht präkludiert

sei. Unter diesen Umständen konnte aufseiten der Beklagten durch das Verhalten des Klägers aber von vornherein kein Vertrauenstatbestand geschaffen werden.

Darüber hinaus stellt die ordnungsgemäße Aufklärung über ein bestehendes Widerspruchsrecht eine echte Rechtspflicht dar (vgl. BGH NJW 2007, 357 zu § 2 HWiG). Wenn aber der Versicherer von einer ordnungsgemäßen Belehrung über die Existenz eines Widerspruchsrechts absieht, dann kann zugunsten des Versicherers von einer Verwirkung dieses Rechts nur in engen und vor allem eindeutigen Ausnahmefällen ausgegangen werden. Ein solcher Ausnahmefall ist hier aber nicht ersichtlich.

3. Als Rechtsfolge des vom Kläger wirksam ausgeübten Widerspruchsrechts kann der Kläger gemäß § 818 Abs. 2 BGB Rückzahlung seiner Prämien verlangen. Darüber hinaus steht ihm gemäß § 818 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Erstattung der von der Beklagten gezogenen Nutzungen zu. Zwar sind gemäß § 818 Abs. 1 BGB nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben (vgl. BGH BGHZ 115, 268). Auch trägt die Beweislast für die Entstehung solcher Nutzungen grundsätzlich der Bereicherungsgläubiger (vgl. Sprau in: Palandt, a. a. O., § 818, Rn. 11). Anders verhält es sich nur dann, wenn nach der Lebenserfahrung - wie im vorliegenden Fall - bestimmte wirtschaftliche Vorteile zu vermuten sind (vgl. BGH NJW 1998, 2529). Der Kläger ist bei der Berechnung der Nutzungen von einem effektiven Zinssatz von 6,4056 % p. a. ausgegangen (B. 22 d. A.). Dem ist die Beklagte erstinstanzlich nicht entgegengetreten, sodass die von der Beklagten erzielten Nutzungen in der vom Kläger errechneten Höhe unstreitig sind. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren erstmals die Höhe des Zinssatzes bestreitet und darüber hinaus hinsichtlich der Verwaltungs- und Abschlusskosten den Entreicherungsseinwand erhebt, ist dieser Vortrag verspätet. Die Voraussetzungen einer nur ausnahmsweise in Betracht kommenden Berücksichtigung gemäß § 531 Abs. 1 ZPO hat die Beklagte nicht dargelegt und sind auch im Übrigen nicht ersichtlich.

Abzuziehen sind lediglich die bereits von der Beklagten erbrachten und vom Kläger bei seiner Schadensberechnung berücksichtigten Zahlungen, sodass ein Anspruch in Höhe der Klageforderung verbleibt.

Eine Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten kann der Kläger hingegen nicht verlangen. Insoweit fehlt es bereits an einer Inverzugsetzung der Beklagten vor Beauftragung eines Rechtsanwalts und demzufolge an einem Verzugsschaden. Tatsächlich erfolgte bereits die erstmalige Kontaktaufnahme nach Abschluss des Vertrags durch anwaltlichen Schriftsatz.

Ein Anspruch auf Erstattung etwaiger vorgerichtlicher Anwaltskosten ergibt sich auch nicht aus einem Schadensersatzanspruch (hier: culpa in contrahendo):

a) Soweit der Kläger eine unterbliebene bzw. unvollständige Belehrung über sein Widerspruchsrecht beanstandet, kommt ein Schadensersatzanspruch nicht in Betracht. Zwar ist ein solcher Anspruch aufgrund Pflichtverletzung bei Vertragsschluss nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Beseitigung des Vertrages im Wege des Schadensersatzes ist in den Fällen eines Verstoßes gegen § 5 a VVG a. F. aber nicht möglich. Insoweit gilt, dass der Gesetzgeber mit § 5 a VVG a. F. die Folgen einer solchen Pflichtverletzung abschließend geregelt hat. Die subsidiäre Haftung aus culpa in contrahendo hat deshalb in solchen Konstellationen zurückzutreten (vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2001, 837).

b) Aber auch soweit der Kläger im Übrigen eine unzureichende Belehrung behauptet, kommt ein Schadensersatzanspruch nicht in Betracht. Insoweit trägt er vor, dass erst nach Abzug von Kosten eine Beitragsverteilung in die Fonds erfolge und dann aus der Fondsanlage die Risikobeiträge und der kalkulierte Wert für den Versicherungsbetrieb entnommen werden (Bl. 65 d. A.). Mit dem ersten Punkt möchte der Kläger ersichtlich das von der Beklagten verwendete Zillmerungsverfahren rügen. Eine entsprechende Intransparenz der Klausel führt aber lediglich zur Unwirksamkeit dieser Klausel. Ein Schadensersatzanspruch wird hierdurch hingegen nicht begründet. Dasselbe gilt hinsichtlich der Risikobeiträge und der Vertragskosten.

Der Zinsanspruch beruht auf §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB. Die Klage ist der Beklagten am 27. März 2013 zugestellt worden (Bl. 88 d. A.).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 ZPO zugelassen. Der Rechtsstreit ist aufgrund der Vielzahl der sowohl beim Senat als auch bei den Landgerichten derzeit anhängigen Verfahren mit gleichartiger Problemstellung (hier: Zulässigkeit des Widerspruchs gemäß § 5 a Abs. 2 Satz 4 VVG a. F. nach Ablauf der Jahresfrist) von grundsätzlicher Bedeutung. Darüber hinaus steht die Entscheidung des Senats auch in Widerspruch zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 20. Juni 2013 (VersR 2013, 1025) mit der Folge einer Divergenz.

Bei der Festsetzung des Streitwerts hat der Senat berücksichtigt, dass gemäß § 43 Abs. 1 GKG Früchte, Nutzungen oder Zinsen unberücksichtigt bleiben, wenn sie neben der Hauptforderung geltend gemacht werden. Deshalb ist die Hauptforderung unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgerichtlich geleisteten Zahlung um 1.546,55 € zu reduzieren. Dieser Betrag errechnet sich wie folgt:

Bei der Zuordnung der von der Beklagten geleisteten Zahlungen findet die Bestimmung des § 367 BGB keine Anwendung, weil der dort verwendete Begriff der Zinsen nicht mit Früchten im Sinne von § 99 BGB oder mit Nutzungen im Sinne von § 100 BGB gleichgesetzt werden darf (vgl. Olzen in: Staudinger, BGB, Bearbeitungsstand 2011, § 367, Rn. 7). Damit bleibt es bei der Anwendung von § 366 BGB. Weil aber nicht erkennbar ist, dass eine der beiden Forderungen dem Kläger eine geringere Sicherheit bietet oder der Beklagten lästiger ist, beide Forderungen auch gleich alt sind und schließlich die Beklagte keine Tilgungsbestimmung vornahm, kam es zu einer verhältnismäßigen Reduzierung der Forderungen.

Im vorliegenden Fall begehrt der Kläger in der Hauptsache Rückzahlung seiner Prämien in Höhe von 11.400,00 € und Erstattung von Nutzungen in Höhe von 4.480,68 €. Die Forderung auf Rückzahlung der Prämien macht dementsprechend 72 % der Gesamtforderung aus. Die Beklagte zahlte an den Kläger vorgerichtlich 2.147,98 €. Hiervon ist ein Anteil von 72 % und damit ein Betrag von 1.546,55 €

auf die Hauptforderung anzurechnen mit der Folge, dass sich diese auf 9.853,45 € reduziert.

Der Senat hat von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und den Streitwert gemäß § 63 Abs. 3 Nr. 2 GKG abändernd zugleich auch für die 1. Instanz festgesetzt.

Glimm

Dr. Dietrich

Kaufert

Ausgefertigt, 28. FEB. 2014
[Handwritten Signature]
Urkundsbeamtlin der
Geschäftsstelle

