

# Das Policenmodell in der Lebensversicherung – immer noch keine Klärung durch den EuGH

Von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

## I. Das Problem

In der Zeit zwischen dem 29.7.1994 bis 31.12.2007 wurden Lebensversicherungsverträge regelmäßig nach dem damals üblichen **Policenmodell** geschlossen. Das *Policenmodell* beruhte auf § 5a VVG (1994). Hatte der Versicherer bei Antragsstellung die Versicherungsbedingungen nicht übergeben oder die Verbraucherinformationen unterlassen, so galt der Vertrag auf der Grundlage des später übermittelten Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der weiteren für den Vertragsinhalt maßgeblichen Verbraucherinformationen als abgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von 14 Tagen nach Überlassung der Unterlagen schriftlich widersprach (§ 5a Abs. 1 VVG [1994]). Der Lauf der Widerrufsfrist begann erst, wenn dem Versicherungsnehmer der Versicherungsschein und die ebengenannten Unterlagen vollständig vorlagen und der Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form, über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die -dauer belehrt worden war (§ 5a Abs. 2 VVG [1994]).

Dies bedeutet, dass der Versicherungsnehmer seinen Antrag auf Abschluss des Vertrages abgab, ohne zuvor die Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen erhalten zu haben. Die Annahme durch den Versicherer erfolgte in der Regel durch Übersendung der Police, der die weiteren Informationen beigelegt waren.

Dies bedeutet, dass der Versicherungsnehmer im Zeitpunkt seiner Vertragserklärung (Antragsstellung), weder über die seinem Vertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen noch über die diese ergänzenden Verbraucherinformationen informiert war. Der Versicherungsnehmer gab mit anderen Worten seine Vertragserklärung ab, obwohl er über die wesentlichen Rechte, also die Modalitäten, aus dem Versicherungsvertrag nicht informiert war. Auch über sein Widerspruchsrecht wurde er erst nachträglich, nämlich mit Übersendung der Police, informiert.

An der **Richtlinienkonformität** dieses in Europa einmaligen Vertragsschlussmodells bestanden von Beginn an erhebliche Zweifel, denn nach den maßgeblichen Richtlinien waren die vertragsschlussrelevanten Informationen dem Versicherungsnehmer vor Abschluss des Vertrages zu erteilen, während § 5a Abs. 1 VVG (1994) die **nachträgliche** Information erlaubte. Zwar konnte der Versicherungsnehmer nach Übersendung der Police dem Vertragsschluss noch widersprechen und damit sein Zustandekommen verhindern. Tatsächlich geschah dies in der Praxis nicht, denn der Versicherungsnehmer hatte sich, ohne angemessene Informationen über seinen Vertrag, trotzdem zur An-

tragsstellung entschieden und somit keinen Anlass, nach Übersenden der Police erneut in diesen Entscheidungsprozess auf der Grundlage verbesserter Informationen einzutreten. Hinzu kam, dass zwischen der Antragsstellung und dem Zeitpunkt der Übermittlung der Police regelmäßig viele Wochen vergangen waren – das heißt, der Versicherungsnehmer wusste zu der Zeit nicht mehr, welche Überlegungen ihn möglicherweise vom Vertragsabschluss abgehalten hätten und er konnte nun, im Zeitpunkt der Übersendung der Police, den Versicherungsvermittler, der ihn beraten hatte, nicht mehr befragen, denn er war nicht da.

Formal sorgte das *Policenmodell* dafür, dass der Vertrag erst nach Übersendung des Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der Verbraucherinformationen formal wirksam zustande kam. Der eigentliche Sinn und Zweck der Lebensversicherungsrichtlinien wurde aber verfehlt, denn ihnen ging es darum, dass der Versicherungsnehmer seine Vertragserklärung (Antragsstellung) aus der Perspektive einer vollständigen und umfassenden Information über den zu schließenden Vertrag abgab.

Genau dies wurde durch das *Policenmodell* vereitelt, das heißt dieses Modell sorgte nur scheinbar für eine angemessene Information des Versicherungsnehmers vor Vertragsschluss. Diese Auffassung vertrat auch die Europäische Kommission und leitete aus diesem Grunde ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein<sup>1</sup>. Dieses Vertragsverletzungsverfahren wurde am 5.6.2008 eingestellt, nachdem das *Policenmodell* mit dem am 1.1.2008 novellierten VVG abgeschafft worden war. Auch die Generalanwältin *Sharpston* hatte erhebliche Bedenken gegen das *Policenmodell* im Verfahren *Endress* geäußert.<sup>2</sup> Schließlich hat das BVerfG mehrfach betont, dass erhebliche Zweifel an der Richtlinienkonformität des *Policenmodell* bestehen.<sup>3</sup>

Demgegenüber entschied der BGH am 16.7.2014<sup>4</sup>, dass die „richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts bezogen auf das *Policenmodell* außer Zweifel stehe, sodass eine Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV entfalle. Der EuGH habe nämlich in seiner

1 Europäische Kommission: Vertragsverletzungsverfahren gegen BRD Nr. 2005/5046.

2 GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 11.7.2013 – C-209/12, ECLI:EU:C:2013:472 – *Endress*, Rn. 62.

3 BVerfG 2.12.2014 – 2 BvR 655/14; zuvor bereits BVerfG 3.3.2014 – 1 BvR 2083/11 und BVerfG 2.7.2014 – 1 BvR 2476/12; vertiefend Berg *VuR* 1999, 335 (341); *Osing*, Informationspflichten des Versicherers und Abschluss des Versicherungsvertrages, 1996, 92 f.; *Rehberg*, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, 2003, 109 (113 f.); *Ebers*, in: *Micklitz* (Hrsg.), Verbraucherrechte in Deutschland, 2005, 253 ff.; *Lentzing*, in: *Basedow/Fock*, Europäisches Versicherungsvertragsrecht, 2002, 139 (165); *Schwintowski VuR* 1996, 223 (238 f.).

4 BGH 16.7.2014 – IV ZR 73/13, BGHZ 202, 102 = *VuR* 2014, 467 mAnm Schwintowski.

Entscheidung vom 19.12.2013<sup>5</sup> unter Berücksichtigung der praktischen Wirksamkeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) der einschlägigen Lebensversicherungsrichtlinien betont, dass Art. 31 Abs. 1 der dritten Richtlinie Lebensversicherung im Hinblick auf den dort angeführten Informationszweck eine Mitteilung der Informationen „vor“ Abschluss des Vertrages vorsehe.<sup>6</sup> Dem Zweck der Informationspflicht sei danach genügt, wenn der Versicherungsnehmer die Informationen erhalte, bevor er – wie nach nationalem Recht in § 5a VVG aF geregelt – vertraglich gebunden sei.<sup>7</sup>

Diese Argumentation, zu der unten vertieft Stellung genommen wird, ist bis heute unverändert und bestimmt die Argumentation der Instanzgerichte bis auf wenige Ausnahmen.

Der BGH hat in der Entscheidung vom 16.7.2014 eine weitere, praktisch wichtige, Argumentationslinie gegen eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV aufgebaut. Unabhängig von der Frage, ob das Policenmodell mit dem europäischen Recht in Einklang stehe, sei dem Versicherungsnehmer die Berufung auf die Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages nach Treu und Glauben wegen **widersprüchlichen Verhaltens** verwehrt. Der Versicherungsnehmer verhalte sich treuwidrig, weil er nach ordnungsgemäßer Belehrung über die Möglichkeit, den Vertrag ohne Nachteile nicht zustandekommen zu lassen, diesen jahrelang durchgeführt habe.

Dem hat das BVerfG mit Blick auf die Richtlinienkonformität des Policenmodells eindeutig und inzwischen auch mehrfach widersprochen.<sup>8</sup> Die Auffassung des BGH, das *Policenmodell* sei eindeutig richtlinienkonform sei, so dass BVerfG, „*objektiv unvertretbar und willkürlich mit der Folge, dass durch die unterlassene Vorlage zur Unionsrechtskonformität des „Policenmodells“ zum EuGH gegen das Recht des Versicherungsnehmers auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 2 GG verstoßen wurde.*“

Allerdings, so das BVerfG, stütze der BGH seine Entscheidung ebenfalls auf die Erwägung, dass es gegen Treu und Glauben verstoße, sich nach jahrelanger Durchführung des Vertrags auf dessen angebliche Unwirksamkeit zu berufen. Diese Ansicht sei von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden.<sup>9</sup> Deshalb habe der BGH durch die unterlassene Vorlage zum EuGH im Hinblick auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs dem Versicherungsnehmer nicht den gesetzlichen Richter entzogen und folglich auch nicht gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen.<sup>10</sup>

## II. Kritik

Diese Auffassung ist grundlegend von *Ebers* kritisiert worden.<sup>11</sup> Unbestritten sei, dass allein der EuGH durch autonome Auslegung über den Inhalt der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte entscheiden könne. Folglich müsse auch der EuGH über die Grenzen entscheiden, die durch das **unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot** gezogen würden. Zwar gestatte der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten, nationale Rechtsmissbrauchsvorschriften anzuwenden; er überprüfe aber, ob sich das nationale Rechtsmissbrauchsverbot mit dem Unionsrechtlichen decke. Insbesondere im Fall *Diamantis* habe der EuGH einen Missbrauch angenommen.<sup>12</sup> In diesem Sinne habe der EuGH auch in der Rechtssache *Fini* entschieden.<sup>13</sup> Vorlagebedürftig, so

*Ebers*, sei die Frage, ob einem Versicherungsnehmer ein Rückzahlungsanspruch wegen widersprüchlichem Verhalten bei jahrelanger Durchführung nach § 242 BGB versagt werden dürfe, vor allem deswegen, weil in der Rechtsprechung des EuGH immer noch ungeklärt sei, unter welchen Voraussetzungen das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot greife.<sup>14</sup>

## III. Die Urteile des BGH vom 15.2.2023 und vom 19.7.2023

Mit diesen Argumenten hat sich der BGH in zwei Urteilen vom 15.2.2023<sup>15</sup> und vom 19.7.2023<sup>16</sup> auseinandergesetzt. Er meint, dass es in den Fällen widersprüchlichen Verhaltens bei jahrelanger Vertragsdurchführung auf den allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts vom Rechtsmissbrauch und dessen Voraussetzungen nicht ankomme.<sup>17</sup> Vielmehr sei ein Rückgriff auf den nationalen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB im Bereich der Lebensversicherungsrichtlinien zulässig, soweit die praktische Wirksamkeit der Richtlinien nicht beeinträchtigt werde. Dies übersehe die Entscheidung des VerfGH Rheinland-Pfalz.<sup>18</sup> Die von den Lebensversicherungsrichtlinien verfolgten Zwecke seien aber in der Rechtsprechung des Gerichtshofs für den vorliegenden Fall, so der BGH, hinreichend geklärt.<sup>19</sup>

Es sei, so der BGH, zutreffend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Feststellung eines Missbrauchs, zum einen die Gesamtheit **objektiver** Umstände voraussetze und zum anderen ein **subjektives** Element, nämlich die Absicht, sich einen unionsrechtlich nicht vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen würden.<sup>20</sup> Um einen solchen Fall, so der BGH, gehe es aber nicht, wenn dem nicht ordnungsgemäß belehrten Versicherungsnehmer die Berufung auf ein ewiges Widerspruchsrecht nach dem nationalen Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt werde. Insoweit sei entscheidend, dass sich im Einzelfall aus besonders gravierenden Umständen ein widersprüchliches Verhalten des Versicherungsnehmers ergebe, das über die übliche Vertragsabwicklung hinausgehe und für ihn erkennbar bei dem Versicherer den Eindruck erwecke, unabhän-

5 EuGH 19.12.2013 – C-209/12 – Endrees, NJW 2014, 452 = VersR 2014, 225 = VuR 2014, 154 mAnm Trittmacher/Gaußmann.

6 BGH 16.7.2014 – IV ZR 73/13, BGHZ 202, 102 = VuR 2014, 467 mAnm Schwintowski.

7 BGH 16.7.2014 – IV ZR 73/13 mwN, BGHZ 202, 102 = VuR 2014, 467 mAnm Schwintowski.

8 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14, Rn. 21.

9 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14, Rn. 21.

10 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 vertiefend ab Rn. 42.

11 Ebers VuR 2017, 47 (48 ff.).

12 EuGH 23.3.2000 – C-273/978, ECLI:EU:C:2000:150 – Diamantis, Rn. 40 ff.

13 EuGH 3.3.2005 – C-32/03, ECLI:EU:C:2005:128 – I/S Fini, Rn. 32.

14 Ebers VuR 2017, 47 (49).

15 BGH 15.2.2023 – IV ZR 353/21, NJW 2023, 1659.

16 BGH 19.7.2023 – IV ZR 268/21, NJW 2023, 3086 = VuR 2023, 398 (Ls.).

17 BGH 15.2.2023 – IV ZR 353/21, Rn. 33, NJW 2023, 1659.

18 BGH 15.2.2023 – IV ZR 353/21, Rn. 34, NJW 2023, 1659; VerfGH Rheinland-Pfalz 22.7.2022 – VG B 70/21, VersR 2022, 1252.

19 BGH 15.2.2023 – IV ZR 353/21, Rn. 34.

20 BGH 19.7.2023 – IV ZR 268/21, NJW 2023, 3086 = VuR 2023, 398 (Ls.), Hinweis auf EuGH 9.9.2021 -C-33/20, C-155/20, C-187/20, ECLI:EU:C:2021:736.

gig von einem Lösungsrecht, den Vertrag unbedingt fortsetzen zu wollen.<sup>21</sup>

#### IV. Gegenargumente

Mit dieser Argumentation setzt sich der BGH an die Stelle des EuGH und entscheidet über die Grenzen des europarechtlichen Missbrauchsverbotes autonom, obwohl dies allein dem EuGH vorbehalten ist. Der BGH differenziert zwischen einem Rechtsmissbrauch im Sinne der Rechtsprechung des EuGH auf der einen Seite und einem davon zu trennenden Rechtsmissbrauch nach nationalem Recht, den er aus dem Gedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herleitet. Offen bleibt, woher der BGH wissen kann, welchen Rechtsmissbrauchsbegriff der EuGH insbesondere mit Blick auf die Lebensversicherungsrichtlinien zugrunde legen wird und ob es dem EuGH einleuchtet, zwischen mehreren Rechtsmissbrauchsbegriffen zu differenzieren.

Derzeit steht fest, dass es eine Entscheidung des EuGH zu der Frage, ob das deutsche *Policenmodell* mit den europäischen Lebensversicherungsrichtlinien in Einklang stand, nicht gibt. Es steht außerdem außer Frage, dass ungeklärt ist, ob einem Versicherungsnehmer ein Rückzahlungsanspruch wegen widersprüchlichen Verhaltens bei jahrelanger Vertragsdurchführung nach § 242 BGB versagt werden darf. Dabei ist völlig unklar, ob der EuGH auf Fälle dieser Art den von ihm entwickelten unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsbegriff anwenden wird oder nicht. Schließlich ist unklar, ob der EuGH bei dieser Frage einen unterschiedlichen Harmonisierungsgrad der Verbraucherrichtlinie gegenüber den Lebensversicherungsrichtlinien bejahen wird, so wie es der BGH annimmt.<sup>22</sup>

All diese Fragen stellen sich aus der Perspektive der praktischen Wirksamkeit der Lebensversicherungsrichtlinien, die allein und autonom der EuGH zu entscheiden hat. Schon Ebers hat darauf hingewiesen, dass die deutschen Versicherungsnehmer in der Vergangenheit nicht wussten, dass § 5a Abs. 1 VVG (1994) möglicherweise richtlinienwidrig war. Die Diskussion darüber begann überhaupt erst viele Jahre später. Erst nachdem die Versicherungsnehmer erfuhren, dass ihnen möglicherweise ein Widerspruchsrecht und damit ein Anspruch auf Rückzahlung der Prämien wegen der möglichen Europarechtswidrigkeit des *Policenmodells* zugestanden haben könnte, machten sie, so Ebers, von ihrem Vertragslösungsrecht Gebrauch. Dies bedeute, so Ebers, dass die bloße Vertragsdurchführung unmöglich rechtsmissbräuchlich gewesen sein könne.<sup>23</sup> Vor allem aber, so Ebers, stehe ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Wertungswiderspruch zu der europarechtlichen Vorgabe, dass der Versicherungsnehmer als Verbraucher auf seine Rechte gar nicht verzichten könne. Verbraucherschützende Rechte seien grundsätzlich zwingend ausgestaltet.<sup>24</sup>

Hinzu kommt ein weiteres Argument, das in der Rechtsprechung bisher überhaupt keine Beachtung findet. Wenn der EuGH zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Lebensversicherungsrichtlinien eine angemessene und hinreichende Information des Versicherungsnehmers über seine vertraglichen Rechte vor Abgabe seiner Vertragserklärung (Antrag) verlangt haben, so bedeutet dies, dass ein Versicherungsnehmer, der sei-

nen Willen ohne diese notwendigen Informationen gebildet hat, gar keinen Willen im Sinne eines wirksamen Antrags jemals bilden konnte. Seine Vertragserklärung wäre nicht auf Abschluss des Lebensversicherungsvertrages gerichtet gewesen, der ihm vom Versicherer angetragen wurde. Anders formuliert: Es gäbe keine wirksame Vertragserklärung des Versicherungsnehmers mit der weiteren Folge, dass es an einem wirksam geschlossenen Lebensversicherungsvertrag fehlt.

Diese Konsequenz, die sich aus dem fehlerhaft gebildeten Willen des Versicherungsnehmers notwendig ergibt, wäre dem national praktizierten *Policenmodell* denklogisch immanent. Die unter diesem Modell zustande gekommenen Verträge wären allesamt nicht wirksam geschlossen.

Eine solche, aus dem europäischen Recht gefilterte, Konsequenz würde weder mit dem Verwirkungsgedanken, noch mit dem Gedanken von Treu und Glauben überwunden werden können. Es würde schlicht und ergreifend an einem ordnungsgemäß gebildeten Willen des jeweiligen Versicherungsnehmers mit Blick auf seinen Antrag fehlen. Ein Wille, der nicht ordnungsgemäß gebildet ist, kann auch nicht durch faktische Betätigung wirksam werden, weil daraus nicht der Schluss gezogen werden kann, dass der Versicherungsnehmer den Vertrag im Zeitpunkt der Antragstellung genauso geschlossen hätte, wenn er richtig informiert worden wäre.

Alles im Allem bleibt festzuhalten, dass allein der EuGH darüber entscheiden kann, ob das in Deutschland zwischen 1994 und Ende 2007 praktizierte *Policenmodell* mit den europäischen Lebensversicherungsrichtlinien in Einklang stand. Es ist auch allein Aufgabe und Sache des EuGH zu beantworten, ob ein Versicherungsnehmer, der nicht angemessen informiert worden ist, seinen Willen womöglich trotzdem wirksam bilden konnte. Schließlich ist es Aufgabe des EuGH zu entscheiden, ob ein Versicherungsnehmer der einen Lebensversicherungsvertrag jahrelang durchgeführt hat, an diesem festzuhalten ist, auch wenn er fehlerhaft informiert wurde.

Welche europarechtlichen Grundsätze insbesondere mit Blick auf die Wirksamkeit der Umsetzung des europäischen Rechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) leiten werden, vermag letztlich nur der EuGH zu entscheiden. Für den EuGH dürfte es aber von besonderer Bedeutung sein, dass es in den Lebensversicherungsrichtlinien nicht nur um Einzelfallgerechtigkeit, sondern vor allem darum ging, ein Informationsgleichgewicht zwischen den Versicherungsnehmern und den Versicherern im gesamten Europäischen Binnenmarkt zu schaffen.

Ein solches **Informationsgleichgewicht**, das zur Förderung des Wettbewerbs auf den Lebensversicherungsmärkten in den Richtlinien angelegt war, setzt aber denklogisch voraus, dass der zukünftige Versicherungsnehmer die für ihn relevanten Informationen über den Inhalt des von ihm zu schließenden Vertrages vor Abgabe seiner Vertragserklärung (Antrag) erhält. In diesem Augenblick entscheidet sich der Versicherungsnehmer nämlich,

21 BGH 19.7.2023 – IV ZR 268/21, Rn. 26, NJW 2023, 3086 = VuR 2023, 398 (Ls.).

22 BGH 19.7.2023 – IV ZR 268/21, Rn. 17, NJW 2023, 3086 = VuR 2023, 398 (Ls.).

23 Ebers VuR 2017, 47 (49).

24 Ebers VuR 2017, 47 (49 f.).

ob er den Antrag stellt, oder nicht. Auf der Grundlage der Informationen, die ihm der Versicherer oder dessen Vermittler zur Verfügung stellt, kann er Rückfragen über den konkreten Inhalt des Leistungsversprechens des Versicherers stellen und etwaige Missverständnisse im Gespräch aufklären. Er kann Fragen mit Blick auf die zu erwartende Mindestleistung und die Kosten stellen.

Dies alles kann er nicht mehr, wenn er seinen Antrag endgültig und wirksam gegenüber dem Versicherer gestellt hat und nun – viele Wochen später – ergänzende Vertragsinformationen mit der Police übersandt bekommt. Die ihm jetzt eingeräumte 14 tägige Widerspruchsmöglichkeit ändert nichts daran, dass er seine Vertragserklärung im **uninformierten** Zeitpunkt abgegeben hat. Dies bedeutet im rechtlichen Kern, dass es den Lebensversicherungsrichtlinien von Beginn an und bis heute darum geht, dass der Versicherungsnehmer im Zeitpunkt seiner Antragstellung über die Modalitäten des von ihm beantragten Vertrages vollständig und umfassend informiert ist, weil dies die entscheidende Voraussetzung für eine (wettbewerbsrelevante) Willensbildung im Binnenmarkt war und ist.

Für den EuGH müssen diese Überlegungen, die die Wirksamkeit der Lebensversicherungsrichtlinien letztlich gewährleisten, entscheidend sein. Eine Stärkung des Wettbewerbs im Lebensversicherungsmarkt war und ist jedenfalls nicht möglich, wenn Versicherungsnehmer im Zeitpunkt der Antragstellung gar nicht weiß, wie die Modalitäten des Vertrages sind, den er gerade beantragt. Es dürfte für den EuGH also nicht darauf ankommen, ob ein Versicherungsnehmer bei angemessener Information möglicherweise den gleichen Lebensversicherungsvertrag geschlossen hätte. Entscheidend wird vielmehr sein, ob die Mitgliedstaaten die Vorgaben der Lebensversicherungsrichtlinien mit Blick auf die Vertragsinformationen für die Versicherungsnehmer vor Antragstellung sachgerecht und dem Sinn und Zweck der Lebensversicherungsrichtlinien entsprechend umgesetzt haben. Dies muss aus Sicht des EuGH das entscheidende Argument sein. Würde er es zulassen, dass Kausalitätsüberlegungen, wie angedeutet, eine Rolle spielen, so würde dies dazu führen, dass er die Wirksamkeit der Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts über das Kausalitätsdogma quasi aufgeben würde. Damit stünden der gesamte Binnenmarkt und seine Funktionsfähigkeit in Frage.

Aus diesen Gründen wird der EuGH auch das Verwirkungsargument und den Einwand von Treu und Glauben dann und nur dann zulassen können, wenn dadurch nicht die Wirksamkeit der Informationsgebote der Lebensversicherungsrichtlinien im Kern ausgehöhlt werden.

Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass der EuGH zunächst einmal feststellen müsste, dass das deutsche *Policenmodell*, das den Versicherungsnehmer bei Antragstellung nicht angemessen informierte, mit den Vorstellungen der Lebensversicherungsrichtlinien nicht im Einklang stand. Für bestimmte, präzise definierte Ausnahmefälle könnte der Gerichtshof eine Berufung auf das Widerspruchsrecht für missbräuchlich erachten, so wie er es etwa mit Blick auf die Wesentlichkeit im Fall Rust-Hackner getan hat.<sup>25</sup>

## V. LG Erfurt Vorlagebeschl. v. 30.12.2021 – 8 O 1519/20<sup>26</sup>

Um die Entscheidung des EuGH über das *Policenmodell* im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) zu ermöglichen, hat das LG Erfurt mit Beschluss vom 30.12.2021 die Aussetzung des Verfahrens beschlossen. Darüber hinaus wollte das Gericht dem EuGH folgende Fragen zur Auslegung des Unionsrechts stellen:

1. *Steht das Unionsrecht, insbesondere Art. 31 der 3. Richtlinie Lebensversicherung und Art. 15 I der 2. Richtlinie Lebensversicherung, ggf. in Verbindung mit Art. 38 der GRCh, einer nationalen Regelung entgegen, wonach die vollständigen Verbraucherinformationen erst im Nachgang zu einem Antrag des Verbrauchers, nämlich mit der Versicherungspolice, übermittelt werden („Policenmodell“)?*

*Falls dies zu bejahen ist: Ergibt sich allein hieraus ein Recht des Verbrauchers zum Widerspruch, das heißt auf Rückabwicklung des Versicherungsvertrages?*

*Könnte einem solchen Recht der Einwand der Verwirkung oder des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen, oder gibt es sonstige, etwa zeitliche Grenzen, für die Rechtsausübung?*

2. *Ist es einem Versicherer, der dem Verbraucher entweder keine oder nur eine fehlerhafte Belehrung über dessen Widerspruchsrecht erteilt hat, untersagt, sich gegenüber den sich hieraus ergebenden Rechten des Verbrauchers wie insbesondere dem Widerspruchsrecht auf Verwirkung, Rechtsmissbrauch oder Zeitablauf zu berufen?*

3. *Ist es einem Versicherer, der dem Verbraucher keine oder nur unvollständige oder fehlerhafte Verbraucherinformationen übermittelt hat, untersagt, gegenüber den sich hieraus ergebenden Rechten des Verbrauchers wie insbesondere dem Widerspruchsrecht auf Verwirkung, Rechtsmissbrauch oder Zeitablauf zu berufen?*

Tatsächlich hat das LG Erfurt diese Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung nicht vorgelegt, weil der Versicherer den Anspruch auf Rückabwicklung anerkannte und damit den Rechtsstreit beendete.<sup>27</sup>

Richtig ist aber, dass Instanzgerichte selbstverständlich berechtigt sind, nach Art. 267 AEUV dem EuGH die Frage vorzulegen, ob das *Policenmodell*, das in Deutschland zwischen 1994 bis 2007 praktiziert wurde, mit den geltenden Lebensversicherungsrichtlinien und dem in Art. 38 der Charta der Grundrechte der EU verankerten Grundsatz, wonach die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellt, zu vereinbaren war. Darauf hat, wie oben dargestellt wurde, auch das Bundesverfassungsgerichts mehrfach ausdrücklich hingewiesen. Das

25 EuGH 19.12.2019 – C-355/18 – Rust-Hackner, NJW 2020, 667 = VuR 2020, 107 mAnm Armbrüster.

26 LG Erfurt Vorlagebeschl. v. 30.12.2021 – 8 O 1519/20, BeckRS 2021, 41768 = VuR 2022, 146.

27 Ob ein Versicherer, der den Anspruch im laufenden Prozess anerkennt, um die Vorlage nach Art. 267 AEUV an den EuGH abzuwenden, damit gegen das europäische Rechtsmissbrauchsverbot verstößt, ist eine offene und bisher nicht vertieft diskutierte Frage. Jedenfalls müsste der EuGH in den Fällen angerufen werden, in denen davon ausgegangen werden kann, dass der Anerkennung des Versicherers im Prozess strategisches Verhalten zugrunde liegt, also die Zielsetzung, eine europarechtliche Klärung, die nach Meinung des BVerfG notwendig ist, durch prozessuale Anerkennung zu verhindern.

Gericht hat insbesondere betont, dass die Frage nach der Richtlinienkonformität des *Policenmodells* vom EuGH bisher nicht beantwortet und auch in seinem Urteil vom 19.12.2013<sup>28</sup> offen gelassen wurde.<sup>29</sup> Das BVerfG hat ferner darauf hingewiesen, dass die Richtlinienkonformität des *Policenmodells* auch nicht deshalb als *acte clair* angesehen werden könne, weil die Zweite und Dritte Lebensversicherungsrichtlinie keine Vorgaben zum Zustandekommen eines Versicherungsvertrags enthielten.

Auch wenn den Mitgliedstaaten ein Ermessen für die Ausgestaltung des Vertragsschlusses zugekommen sei, lasse dies nicht automatisch jede Ausgestaltung zu.<sup>30</sup> Insbesondere die Europäische Kommission habe in ihrer Stellungnahme vom 12.10.2006 zum im Jahre 2005 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland<sup>31</sup> darauf hingewiesen, dass der Versicherungsnehmer nach der deutschen Regelung bereits eine Auswahlentscheidung für eine Versicherung treffen müsse, bevor ihm die notwendigen Informationen erteilt würden. Nach Erhalt der Information müsse er sodann durch fristgemäßes Erheben eines Widerspruchs aktiv werden, um eine Bindung an den Vertrag zu verhindern. Es spräche daher einiges dafür, dass dies die Zielsetzung der Richtlinie, den Versicherungsbinnenmarkt zu stärken, vereitele. Der Verbraucher solle nämlich gerade deshalb umfassend informiert werden, um die Vielfalt der Angebote im Binnenmarkt und den verstärkten Wettbewerb der Versicherer untereinander besser nutzen und einen seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auswählen zu können.<sup>32</sup>

Ferner, so dass BVerfG, musste ein Versicherungsnehmer nach dem *Policenmodell* in der Tat möglicherweise gegenüber mehreren Versicherern zunächst Anträge auf Abschluss eines Versicherungsvertrags stellen, um erst mit der Versicherungspolice die spezifischen Informationen zu erhalten, die ihm eine sachgerechte Auswahlentscheidung ermöglichen. Damit wurde ihm nicht nur eine, mit erheblichen Risiken – etwa dem der Fristversäumnis – behaftete „Widerrufslast“ aufgebürdet. Es erscheine auch lebensfremd, dass er die nicht immer zeitgleich bei ihm eingehenden Versicherungsbedingungen, während der regelmäßig unterschiedlich laufenden Widerspruchsfristen eingehend vergleichen konnte.<sup>33</sup> Problematisch sei, dass dem Versicherungsnehmer angesonnen wurde, mehrere auf Abschluss verschiedener Verträge gerichtete Willenserklärungen abzugeben, von vornherein jedoch mit der Absicht alle Erklärungen bis auf eine später zu widerrufen, nur um vor dem Wirksamwerden der Verträge in den Besitz der gebotenen Verbraucherinformationen zu gelangen. Art. 31 Abs. 1 der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie bzw. Art. 36 Abs. 1 RL 2003/83/EG stellten dem gegenüber auf einen Zeitpunkt „vor Abschluss des Versicherungsvertrags“ ab, nicht fernliegender Weise also auf den Zeitpunkt der maßgeblichen, zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung.<sup>34</sup>

Schließlich spreche gegen die Annahme eines *acte clair*, dass der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zu der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Reform des VVG die Vereinbarkeit des – abgeschafften- *Policenmodells* mit unionsrechtlichen Vorgaben als „nicht zweifelsfrei“ eingeschätzt habe<sup>35</sup> und dass die Richtlinienkonformität des *Policenmodells* im Schrifttum außerordentlich umstritten war.<sup>36</sup> Auf die Bedenken in der Litera-

tur habe der BGH selbst hingewiesen, sodass die richtige Anwendung des Unionsrechts, wonach für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibe, keineswegs als offenkundig erscheine.<sup>37</sup>

An dieser Einschätzung hat sich bis heute nichts geändert. Nach wie vor ist es außerordentlich zweifelhaft, ob das *Policenmodell* mit den Vorgaben der Lebensversicherungsrichtlinien seit 1994 in Einklang steht. Immerhin hat der EuGH bereits am 19.12.2013 darauf hingewiesen, dass der Versicherungsnehmer insbesondere über sein Rücktrittsrecht und zwar vor Abschluss des Vertrages genau belehrt werden sollte.<sup>38</sup> Darüber hinaus mussten bereits seit der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung im nationalen Recht die übrigen rechtlichen Wirkungen des Rücktritts und die dafür erforderlichen Voraussetzungen geregelt werden, insbesondere was die *Modalitäten* betrifft, nach denen der Versicherungsnehmer davon in Kenntnis gesetzt wird, dass der Vertrag geschlossen ist.<sup>39</sup> An diesem Wortlaut halten seither alle Lebensversicherungsrichtlinien bis heute fest.<sup>40</sup>

Hiervon ausgehend ist es nicht verständlich, dass eine Vielzahl von Instanzgerichten immer noch der Meinung ist, mit Blick auf das *Policenmodell* bestünde **keine Vorlagepflicht** nach Art. 267 AEUV.<sup>41</sup> Die Einschätzung der Instanzgerichtsbarkeit, wonach es mit Blick auf das *Policenmodell* keine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV gäbe, verkennt den Wortlaut und den Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens. Nach Art. 267 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung (autonom!) über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Das heißt der EuGH entscheidet allein und autonom über die Auslegung auch der Lebensversicherungsrichtlinien.

28 EuGH 19.12.2013 – C-209/12 – Endress, Rn. 31, NJW 2014, 452 Rn. 31 = VersR 2014, 225 = VuR 2014, 154 mAnm Trittmacher/Gaußmann.

29 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 Orientierungssatz 2b aa.

30 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 Orientierungssatz 2b aaa.

31 Europäische Kommission: Vertragsverletzungsverfahren gegen BRD Nr. 2005/5046.

32 So auch die Erwägungsgründe Nr. 46 und Nr. 52 der Richtlinie 2003/83/EG bzw. die Erwägungsgründe Nr. 20 und Nr. 23 der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie; ebenso die Generalanwältin Sharpston in Rn. 59 ihrer Schlussanträge vom 11.7.2013 in der Rechtssache C-209/12 Endress.

33 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14, Rn. 36 unter Hinweis auf Berg VuR 1999, 335 (341); Osing, Informationspflichten des Versicherers und Abschluss des Versicherungsvertrages, 1996, 92 f.; Rehberg, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, 2003, 109 ff. (113 f.).

34 So bereits BVerfG 3.3.2014 – 1 BvR 2534/10; BVerfG 3.3.2014 – 1 BvR 2083/11; BVerfG 4.11.2014 – 2 BvR 723/12, 2 BvR 724/12, 2 BvR 725/12; BVerfG 4.11.2014 – 2 BvR 892/12, 2 BvR 893/12, 2 BvR 169/12, 2 BvR 190/12; BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 Rn. 36.

35 BT-Drs. 16/3945, 60.

36 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 Rn. 41 mit umfassenden Hinweisen aus der Literatur, die teilweise an der Richtlinienkonformität zweifelte und teilweise die Richtlinienkonformität bejahte.

37 BVerfG 2.2.2015 – 2 BvR 2437/14 Rn. 41 mit sämtlichen Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung der Senate des BVerfG.

38 EuGH 19.12.2013 – C-209/12 – Endress, NJW 2014, 452 = VersR 2014, 225 = VuR 2014, 154 mAnm Trittmacher/Gaußmann.

39 Art. 15 Abs. 3 Richtlinie 90/619/EWG vom 8.11.1990.

40 Dritte Lebensversicherungsrichtlinie 92/96/EWG vom 10.11.1992: Art. 30 Abs. 1; Koordinationsrichtlinie 2002/86/EG vom 5.11.2002: Art. 35 Abs. 1; RL 2009/138/EG vom 25.11.2009: Art. 186 Abs. 1.

41 So etwa LG Frankfurt aM 14.8.2023 – 2-30 O 3/23; LG Düsseldorf 9.10.2023 – 9a O 13/23; LG Hamburg 30.8.2023 – 337 O 12/13; LG Stuttgart 21.3.2023 – 3 O 14/23; die Liste der Entscheidungen von Instanzgerichten ist keinesfalls vollständig.

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaates gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass eines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Handelt es sich um eine Entscheidung die nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet (Art. 267 AEUV).

Daraus folgt, dass die Instanzgerichte nach dem Sinn und Zweck des Art. 267 AEUV, so wie es das LG Erfurt getan hat, verpflichtet sind, die Frage der Richtlinienkonformität des Policenmodells dem EuGH vorzulegen, weil sie wissen, dass das Bundesverfassungsgericht gegenüber dem BGH geklärt hat, dass diese Frage nicht nach innerstaatlichem Recht entschieden werden darf. So gesehen findet sich jedes Gericht, bei dem es um die Richtlinienkonformität des Policenmodells geht in der Situation als letztinstanzliches zu entscheiden, da bereits geklärt ist, dass innerstaatlich vom BGH eine Vorlage verweigert wird und gleichzeitig vom BVerfG entschieden ist, dass eine Nicht-Vorlage an den EuGH dem Versicherungsnehmer den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 GG) entzieht und somit verfassungswidrig wäre. Daraus folgt eine teleologische Reduktion des Art. 267 AEUV, mit der Folge, dass jedes Instanzgericht verpflichtet ist, die Frage der Richtlinienkonformität dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Wie notwendig die Klärung der Richtlinienkonformität des Policenmodells durch den EuGH ist, wird insbesondere deutlich, wenn man sich die folgenden Erwägungen vor Augen hält, die bisher nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen in Deutschland und auch nicht Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion waren.

## VI. Modalitäten und Willensbildung

Die Modalitäten der Ausübung des Widerspruchs und Rücktrittsrechts mussten nicht nur schriftlich, sondern auch eindeutig und detailliert abgefasst werden. Die Anforderungen an eine genaue Belehrung waren vom jeweiligen Mitgliedstaat zu regeln. Allerdings hatte der Mitgliedstaat den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (heute: Art. 4 Abs. 3 EUV) zu beachten. Er war also verpflichtet die Anforderungen an eine Belehrung so vorzunehmen, dass der Versicherungsnehmer als Folge dieser genauen Belehrung wusste, welche Regelungen für seinen Vertrag leitend und entscheidend waren, so dass er überhaupt eine selbstbestimmte und informierte Entscheidung treffen konnte.

Eine Regelung wie im deutschen *Policenmodell*, die vom Versicherungsnehmer die Abgabe einer Vertragserklärung zu einer Zeit verlangte, bei der ihm weder die Allgemeinen Versicherungsbedingungen noch die Verbraucherinformationen bekannt waren, lief darauf hinaus, dass der Versicherungsnehmer eine in Wirklichkeit uninformierte Entscheidung traf. Daran ändert sich auch nichts durch die Übersendung der Police unter Beifügung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und der Verbraucherinformationen einschließlich der Widerrufsbelehrungen. Die Police wurde dem Versicherungsnehmer mehrere Wochen nach Abgabe seiner Vertragserklärung übermittelt, also zu einer Zeit, als ihm die Kernargumente, die ihn bei Abgabe seiner

Erklärung leiteten nicht mehr gegenwärtig waren. Er konnte in diesem Zeitpunkt die nun vorliegenden Informationen über den Vertrag nicht mit seinen Fragen, die ihn bei der Antragsstellung leiteten, vergleichen. Er hatte auch keine Gelegenheit mehr, den Vermittler, der ihn beriet, zu fragen und mit ihm über das jeweilige Pro und Contra bestimmter alternativer Versicherungsverträge zu diskutieren. Er hatte seine Entscheidung bereits getroffen – es gab, mit anderen Worten, für ihn keinen Anlass mehr, die nun erst übermittelten vertieften Vertragsinformationen zu überprüfen und seine eigene, bereits getroffene Entscheidung in Frage zu stellen.

Hiervon ausgehend spricht nach wie vor alles dafür, dass die Versicherungsnehmer, die ihre Lebensversicherungsverträge auf der Grundlage des Policenmodells geschlossen haben, eine in Wirklichkeit uninformierte und folglich **nicht wirksame** Willenserklärung auf Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages abgegeben haben.

Aus der Perspektive des nationalen Rechts handelt es sich in diesen Fällen um einen *versteckten Einigungsmangel* im Sinne von § 155 BGB. Danach haben sich die Parteien bei dem Vertrag, den sie als geschlossen ansahen, in Wirklichkeit über wichtige Punkte, über die Vereinbarungen hätten getroffen werden sollen, in Wirklichkeit deshalb nicht geeinigt, weil dem Versicherungsnehmer richtlinienwidrig die Informationen über die Modalitäten des jeweiligen Lebensversicherungsvertrages nicht bekanntgegeben worden waren. Es konnte über diese Bestimmungen des Lebensversicherungsvertrages keine Einigung getroffen werden, weil der Versicherungsnehmer keine Kenntnis hatte. Deshalb kann auch nicht angenommen werden, dass der Vertrag ohne eine solche Bestimmung über diese Punkte geschlossen worden wäre (§ 155 BGB). Da die Versicherungsnehmer gar nicht wussten, welche Modalitäten den Versicherungsvertrag leiteten, den sie beantragten, konnten sie nicht wissen, ob sie letztlich das Richtige in ihrem eigenen Interesse taten.

Hiervon abgesehen erlauben es die Lebensversicherungsrichtlinien nicht, den Willen des uninformierten Versicherungsnehmers nachträglich im Sinne eines informierten Antragsstellers zu korrigieren, weil damit der Binnenmarktbezug der Richtlinien (Stärkung des Wettbewerbs auf den Lebensversicherungsmärkten) letztlich konterkariert und ins Gegenteil verkehrt werden würde. Dies bedeutet umgekehrt, dass das europäische Richtlinienrecht eine nachträgliche Information des Versicherungsnehmers, wie sie das Policenmodell vorsieht, nicht erlaubt. Denn dies würde bedeuten, dass der Versicherungsnehmer seine zunächst uninformierte Entscheidung eben doch korrigieren könnte.

Sollte der EuGH dieser Argumentation folgen, was aus der Perspektive von Sinn und Zweck der Lebensversicherungsrichtlinien nicht gerade abwegig erscheint, so würde dies bedeuten, dass die von den antragsstellenden Personen nach dem Policenmodell seit 1994 bis Ende 2007 abgegebenen Vertragserklärungen allesamt *schwebend unwirksam* sind und es somit keines Widerspruchs nach § 5a VVG (1994) bedarf, da die Verträge ohnehin nicht zustande gekommen sind. Daraus wiederum würde folgen, dass auch eine Verwirkung des Widerspruchsrechts nicht in Betracht kommen könnte. Dabei käme es nicht darauf an, ob

es sich um eine Verwirkung aus der Perspektive des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder um eine Verwirkung aus der Perspektive des Europäischen Rechtsmissbrauchsverbotes handeln würde. Der gesamten Verwirkungsdiskussion, die der BGH durch seine Rechtsprechung ausgelöst hat, wäre der Boden entzogen, weil sämtliche Lebensversicherungsverträge, die nach dem Policenmodell geschlossen worden sind, bis heute *schwebend unwirksam* und damit auch rückabwicklungsfähig wären. Auch eine Verjährung etwaiger bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsansprüche könnte bisher nicht begonnen haben, da die Versicherungsnehmer dieser Verträge bis heute keine Kenntnis davon hätten, dass ihnen die Rückabwicklung dieser Verträge offensteht.

Aus der Perspektive dieser Erwägungen wäre es naheliegend und sinnvoll, dass Versicherungsnehmer, die Lebensversicherungen nach dem Policenmodell geschlossen haben, von den Versicherern Rückabwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen verlangen mit der Begründung, dass der Lebensversicherungsvertrag in Ermangelung angemessener Informationen nach den Lebensversicherungsrichtlinien nicht zustande gekommen, sondern *schwebend unwirksam* ist. Für diesen Anspruch bedarf es keines Widerspruchs, da es an einer wirksamen Willenserklärung (Antragsstellung) seitens der Versicherungsnehmer fehlt. Es kommt in diesen Fällen also auch nicht darauf an, ob der Versicherer mit der Police, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen vollständig und fehlerfrei übermittelt hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Versicherer dem Versicherungsnehmer über sein Widerspruchsrecht nach § 5a Abs. 2 VVG (1994) zutreffend in Schriftform oder später in Textform informiert und belehrt hat.

Es ist vielmehr entscheidend, dass die Vertragserklärung des Versicherungsnehmers als solche wegen fehlender Informationen vor Abgabe dieser Erklärung, keine Wirksamkeit zu entfalten vermochte und somit der gesamte Vertrag seit Beginn *schwebend unwirksam* ist.

In einem solchen Falle **muss** der EuGH nach Art. 267 AEUV entscheiden. Wie oben bereits ausgeführt sind die Instanzgerichte verpflichtet den EuGH zur Vorabentscheidung anzurufen, weil sie einerseits wissen, dass der BGH als höchste Instanz verfassungswidrig einen *acte clair* annimmt und somit andererseits jedes Instanzgericht aus der Perspektive von Sinn und Zweck des Art. 267 AEUV quasi zum letztinstanzlichen Gericht wird. Hinzu kommt, dass jedes Instanzgericht mit Blick auf die Richtlinienkonformität des Policenmodells heute auf der Grundlage der Entscheidungen des BVerfG weiß, dass die Frage, ob dieses Modell europarechtskonform ist, autonom vom EuGH entscheiden werden muss, andernfalls wird dem Versicherungsnehmer der gesetzliche Richter nach Art. 101 Abs. 1 GG entzogen. Ein Instanzgericht das weiß, dass seine Entscheidung möglicherweise verfassungs- und europarechtswidrig ist, muss auch aus der Perspektive des Rechtsstaatsgebotes die Entscheidung dem EuGH vorlegen, weil andernfalls der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG/Art. 47 GrCh) verletzt wäre, denn ein Gericht darf eine rechtlich relevante Entscheidung, die

ersichtlich falsch ist, nicht sehenden Auges zum Nachteil der Versicherungsnehmer treffen. Darin lege eine willkürliche und sachlich nicht gerechtfertigte Verlängerung eines Rechtszuges, nicht nur zum Nachteil der einzelnen betroffenen Versicherungsnehmer, sondern zum Nachteil der gesamten Rechtsordnung, deren Pflege und Ausformung den nationalen Gerichten überantwortet ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie im vorliegenden Falle – feststeht, dass das letztinstanzliche Gericht (hier: der BGH) die Vorlage an den EuGH verweigert und feststeht, dass dieses Verhalten nach Auffassung des höchsten deutschen Gerichtes nämlich des Bundesverfassungsgerichtes, mit dem geltenden Verfassungsrecht (Art. 101 Abs. 1 GG) unvereinbar ist. In einem solchen Falle ist für jedes Instanzgericht erkennbar, dass es nur noch einen einzigen Weg gibt, um dem jeweiligen Versicherungsnehmer zu seinem Recht zu verhelfen, nämlich die Vorlage des Falles zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV an den EuGH. Das in Art. 267 AEUV angelegte Vorlageermessen reduziert sich folglich mit Blick auf das Policenmodell auf „Null“.

Eine Nichtvorlage könnte auch nicht mit einer Verwirkung oder einem Verstoß gegen Treu und Glauben gerechtfertigt werden, da nicht wirksam geschlossene Verträge weder an § 242 BGB scheitern, noch verwirken können.

## VII. Wesentliche Ergebnisse

1. Das in den Jahren 1994 bis Ende 2007 im nationalen Lebensversicherungsrecht praktizierte Policenmodell war und ist aller Wahrscheinlichkeit nach nicht europarechtskonform.
2. Die auf der Grundlage dieses Modells abgeschlossenen Lebensversicherungsverträge dürften allesamt schwebend unwirksam sein, weil die vom Versicherungsnehmer abgegebene Vertragserklärung uninformiert erfolgte und die erst später, mit der Police, übermittelten Informationen dieses Informationsdefizit nicht mehr ausgleichen konnten.
3. Versicherungsnehmern, die die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Lebensversicherungsverträgen verlangen, die nach dem Policenmodell (ordnungsgemäß) geschlossen worden sind, kann weder Verwirkung, noch ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben vorgeworfen werden, weil ein nicht geschlossener Vertrag keine schuldrechtlichen Wirkungen entfaltet, die einen Widerspruch erfordern. Der Vertrag ist nicht zustande gekommen.
4. Die Instanzgerichte müssen dem EuGH nach Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob das Policenmodell, das in Deutschland zwischen 1994 bis Ende 2007 praktiziert worden ist, im Bereich der Lebensversicherung Wirksamkeit zu entfalten vermochte.
5. Tun sie dies nicht, so entziehen sie dem Versicherungsnehmer den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 GG). Dem kann der Gedanke der Verwirkung und oder des Missbrauchs nach § 242 BGB (Treu und Glauben) nicht entgegengehalten werden, weil die Verträge in diesen Fällen nicht zustande gekommen, sondern schwebend unwirksam, sind.