

Alternative Garantien bei Lebensversicherungen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Florian Borbe

aus: Soltau

Referent: Prof. Dr. Rolfs

Koreferent: Prof. Dr. Peifer

Tag der mündlichen Prüfung: 07.11.2013

Inhalt

A. Einführung – Problemstellung	1
B. Empirische Typen	3
I. Formen der Lebensversicherung	3
II. Externe Garantien im Rahmen einer fondsgebundenen Lebensversicherung	4
III. Hybrid-Produkte	5
1. Statisch	5
2. Dynamisch	6
IV. Variable Annuities	6
1. Garantie	7
2. Absicherung	8
V. With-profit-Produkte des englischen Marktes (Smoothing-Verfahren)	9
C. Versicherung und Lebensversicherung als normative Typen	11
I. Begriffsbestimmung der Versicherung	11
II. Schutzobjekt der Versicherung	13
1. Leben	13
2. Mittelbarer Vermögensbezug des Lebens	13
3. Vermögenswert als solcher	14
III. Versicherungsrechtliches Risiko	14
1. Leben	15
2. Mittelbarer Vermögensbezug des Lebens	15
a) Langlebigkeit allgemein	15
b) Todesfall	18
3. Vermögenswert als solcher	18
IV. Transfer des Schutzobjektes	20
1. Deckungsstock	21
2. Investmentfondsanlage	23
a) Besonderheiten der Investmentfondsanlage im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung	24
b) Auswirkungen der Garantie	26
3. With-profit-Funds	26
V. Transfer des Risikos	27
1. Kapitalanlagetätigkeit	29
2. Garantieerklärung	30
3. Hedging	35

VI. Transfer des Schadens – Kompensation	35
VII. Transformation	37
1. Anerkannte Risikoabsicherung	37
2. Risikoabsicherung bei den Garantieprodukten	38
3. Hedging als alternative Form der Risikoabsicherung	40
VIII. Negative Abgrenzung zu Bürgschaft und Garantievertrag	43
IX. Selbstständigkeit der Risikoabsicherung	46
X. Zwischenergebnis.....	47
D. Aufsichtsrechtliche Zulässigkeit	48
I. Aufsichtszuständigkeit	48
II. Vorliegen eines (zulässigen) Versicherungs-, Kapitalisierungsgeschäfts	48
1. Anwendbarkeit des Versicherungsaufsichtsrechts	48
2. Verbot versicherungsfremder Geschäfte	49
a) Kapitalanlage	50
b) Hedging	51
3. Spartentrennungsgebot	52
a) Sonderkonstellationen: Trennung von Kapitalanlage und Kapitalgarantie	53
b) Sonderkonstellation: Angebot durch Nicht-Lebensversicherer	54
c) Zwischenergebnis	54
III. Deckungsrückstellung und Eigenmittelausstattung auf der Passivseite.....	54
1. Deckungsrückstellung bei einem Anlagestock	56
2. Bestimmung der Höhe der Deckungsrückstellung	61
IV. Anlagegrundsätze für das Vermögen auf der Aktivseite.....	63
1. Sicherheit	67
2. Rentabilität	68
3. Mischung.....	68
4. Streuung.....	69
5. Sicherung durch Rückversicherung	69
6. Zwischenergebnis	69
V. Europarechtliche Rechtmäßigkeit der Vorschriften	70
E. Vertragsrechtliche Grundlagen.....	74
I. Internationales Vertragsrecht	74
II. Der Vertragsbegriff bei Vereinbarungen unter Einschluss unterschiedlicher Vertragstypen	74
1. Charakter als Zusatzversicherung	74
2. Formell-rechtliche Betrachtung.....	75

3. Materiell-rechtliche Betrachtung	75
III. Rechtliche Würdigung typengemischter Verträge.....	77
F. Die Garantierzeugung	80
I. Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Garantie.....	80
II. Die von Kapitalanlage losgelöste Absicherung.....	81
III. Vorgaben für die Höhe der Leistung.....	82
IV. Informationspflichten	85
V. Widerspruch zwischen Garantiezusage und deren Sicherstellung.....	88
VI. Modellrechnung.....	98
G. Fälligkeit der Garantieleistung	103
I. Der Anspruch auf den Rückkaufswert.....	103
1. Allgemeines.....	103
2. Beschränkte Kapitalgarantie.....	106
II. Sonderregelung für fondsgebundene Versicherungen	107
III. Rückkaufswert bei der Garantie einer „bestimmten Leistung“	109
IV. Streitstand in der Literatur	112
V. Würdigung anhand AGB-rechtlicher und typologischer Aspekte.....	114
VI. Information, Beratung und AGB.....	123
1. AGB-Kontrolle	123
2. Information	123
3. Beratung.....	125
H. Prämie	127
I. Kostenausweis.....	127
1. Einzelausweis.....	127
2. Ausweis der Gesamtprämie.....	130
3. Transparenzgebot	131
II. Erhöhung der Prämie.....	132
I. Überschussbeteiligung	135
I. Ausschluss der Überschussbeteiligung.....	135
II. Anwendbarkeit der Regelung des Anspruchs auf Überschussbeteiligung bei Kapitalgarantien.....	136
1. Variable Annuities	137
2. With-profit-Produkte.....	138
III. Verteilung der Erträge zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer	140
IV. Verteilung zwischen den Versicherungsnehmern nach einem verursachungsorientiertem Verfahren	141
V. Verteilung nach anderen vergleichbaren Verteilungsgrundsätze	143

1. Angemessenheit der Verteilungsgrundsätze	143
2. Festlegung der Verteilungsgrundsätze	147
3. Darstellung der Verteilungsgrundsätze	149
4. Beratung.....	155
VI. Laufende Unterrichtung über die Überschussbeteiligung.....	156
J. Kündigung und Rückkauf.....	158
I. Voraussetzungen einer Kündigung	158
II. Zeitwert.....	160
1. Autonome Auslegung des Zeitwertbegriffs	160
2. AGB-rechtlicher und typologischer Ansatz.....	162
3. With-profit-Produkte.....	163
4. Variable Annuities	165
III. Beitragsfreistellung	169
IV. Darstellung in AGB und Information, Beratung	170
K. Steuerrechtliche Behandlung	172
I. Besteuerung bei Kapitallebensversicherungen	172
1. Versicherung in diesem Sinne	172
2. Besteuerung der Garantieleistung	173
3. Garantiekosten	173
II. Besteuerung bei Rentenversicherungen	175
III. Altersvorsorgeverträge.....	175
IV. Steuerliche Informationen.....	176
L. Fazit	177

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Peter/ Schradin, Heinrich R. Alternativer Risikotransfer. Verbriefung von Versicherungsrisiken, ZVersWiss 1998, 573 - 606
- Altenähr, Volker/ Altenähr, Matthias Vorsorge. Leichtfertige Versprechen, VW 2011, 1014 - 1015
- Angermayer, Birgit/ Dietz, Jürgen/ Scharpf, Paul Zulässigkeit derivativer Finanzinstrumente bei Versicherungsunternehmen. Eine systematische Betrachtung vor dem Hintergrund des BAV-Rundschreibens R 7/95, VW 1996, 107 - 113
- Armbrüster, Christian. Beratungspflichten nach § 6 VVG n.F.: Grundlagen, Reichweite, Rechtsfolgen, ZVersWiss 2008 (97), 425 - 437.
- Das Transparenzgebot im Hinblick auf die Überschussermittlung und -beteiligung in der Lebensversicherung, ZVersWiss, 2003 (92), 745 - 781.
- Assmann, Heinz-Dieter / Schütze, Rolf A. Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München 2007
- Bähr, Gunne W. (Hrsg.) Handbuch des Versicherungsaufsichtsrecht, München 2011
- Baroch Castellvi, Manuel Der Kostenausweis in der kapitalbildenden Versicherung nach der VVG-InfoV. Versuch einer ersten Annäherung, r+s 2009, 1 - 7
- „VVG und AltZertG - gelungene Symbiose oder rechtssystematischer Sündenfall?“, in: Versicherung, Recht und Schaden. Festschrift für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag, von Peter Schimikowski (Hrsg.), München 2009, 3 - 21
- Basedow, Jürgen Die Kapitallebensversicherung als partiarisches Rechtsverhältnis - Eine zivilistische Konstruktion der Überschussbeteiligung, ZVersWiss , 1992 (81), 419 - 455
- Bauer, Daniel/ Kling, Alexander/ Ruß, Jochen Ein allgemeines Modell zur Analyse und Bewertung von Guaranteed Minimum Benefits in Fondspolice, DGVM 2007 (28), 259 - 290
- Beckmann, Roland Michael/ Matusche-Beckmann, Annemarie Versicherungsrechtshandbuch, 2. Auflage, München 2009
- Benkel, Gert A./Hirschberg, Günther Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, 2. Auflage, München 2011

- Berger, Hanno/ Steck, Kai-Uwe/
Lübbeshausen, Dieter Investmentgesetz. Investmentsteuergesetz,
München 2000
- Beyer, Oliver Die Kapitalanlagevorschriften des VAG und des
englischen Rechts aus europarechtlicher Sicht,
Karlsruhe 2006
- Brömmelmeyer, Christoph Vorvertragliche Informationspflichten des
Versicherers - insbesondere in der
Lebensversicherung, VersR 2009, 584 - 593
- Bruck, Ernst / Möller, Hans VVG - Großkommentar zum
Versicherungsvertragsgesetz. Band 1. Einführung;
§§ 1 - 32 VVG, 9. Auflage, Berlin 2008
- Brückner, Michael Der versicherungsinterne Fonds als öffentlich
vertriebener Investmentfonds, VW 2010, 133-134
- Budde, Wolfgang Dieter/ Stöffler,
Michael/ Schnicke, Christian/
Stuirbrink, Wolfgang Beckscher Versicherungsbilanz-Kommentar.
Handels- und Steuerrecht - §§ 341 bis 341 o HGB,
München 1998
- Bürkle, Jürgen Nationalstaatliche Produktregulierung im
europäischen Binnenmarkt für
Lebensversicherungen, VersR 2006, 1042-1049
- Calliess, Christian/ Ruffert, Mathias EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der
Europäischen Union mit Europäischer
Grundrechtecharta, München, 4. Auflage 2011
- Dreher, Meinrad / Lange, Martin Der "hinreichende Risikotransfer" bei der
Finanzrückversicherung, WM 2009, 193 - 200
- Variable Annuities, VersR 2010, 1109 - 1118
- Dreher, Meinrad Die Versicherungs als Rechtsprodukt. Die
Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung,
Tübingen 1991
- Dreher, Meinrad/ Schmidt, Johannes Die Fondsgebundene Lebensversicherung mit
begrenztem Risikotransfer als aufsichtspflichtiges
Versicherungsgeschäft, WM 2009, 377 - 384
- Engeländer, Stefan Der Zeitwert einer Lebensversicherung, NVersZ
2002, 436 - 446
- Die rechtliche Relevanz von Rechnungsgrundlagen
der Beiträge in der Lebensversicherung, NVersZ
2001, 289-297
- Überschussbeteiligung nach dem
Regierungsentwurf zum VVG, VersR 2007, 155 –
163
- Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG zu
Rückkaufswerten, VersR 2009, 1308-1320

	Die Neuregelung des Rückkaufs durch das VVG 2008, VersR 2007, 1297 - 1313
Eppe, Mark	§ 153 VVG 2008: Neues zur Rechtsnatur des Versicherungsvertrags?, VersR 2008, 1316 - 1321
Erlenbach, Erich	Diese Rente kann nur steigen, VW 2008, 1389 - 1390
Faber-Graw, Petra	„Aufsicht über derivative Finanzinstrumente“, in: 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland 1901 - 2001. Band 1, vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (Hrsg.), 2001, 295 - 306
Fahr, Ulrich / Kaulbach, Detlef / Bähr, Gunne W.	Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Auflage 2007
Fix, Wolfgang/ Käfer, Irmgard	Dynamische Hybridprodukte- eine neue Produktfamilie mit viel Potenzial, VW 2008, 172 - 175
Funck, Jörg	Ausgewählte Fragen aus dem Allgemeinen Teil zum neuen VVG aus der Sicht einer Rechtsabteilung, VersR 2008, 163 - 169
Gatschke, Lars	Die Neuregelungen zu den Rückkaufswerten in der Lebensversicherung - Teil 1, VuR 2007, 447-451
Gatzert, Nadine/ Huber, Carin/ Schmeiser, Hato	Finanzgarantien aus Kundensicht, VW 2009, 1735 - 1736
Geib, Gerd/ Engeländer, Stefan	Mehr oder weniger nach Ermessen? BVerfG: Das letzte Wort im Rechtsstreit um die Überschussbeteiligung, VW 2006, 541 - 545
Goecke, Oskar	Lebensversicherung: Sind Zinsgarantien zeitgemäß ?, VW 2007, 157 - 161
Goverts, Stephan	Das HGB und die angelsächsischen Lebensversicherungsprodukte, VW 2011, 1254 - 1261
Graf, Stefan/ Hauser, Melanie/ Zwiesler, Hans-Joachim	Hedging von garantierten Ablaufleistungen in Fondspolizen, Blätter DGVFM 2010 (31), 1 - 26
Gruschinkse, Günther	„Kontrolle der Eigenmittelausstattung“, in: 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland. 1901 - 2001. Band 1, vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (Hrsg.), 2001, 271 - 281
Hammerschlag, Markus / Möbius, Christian	Innovative Lebensversicherungsprodukte, VW 2009, 742 - 749

Hasse, Andreas/ Jeck, Lothar	Noch mehr Anlagespielraum durch interne Fonds, VW 2001, 1554 - 1557
Herrmann, Harald	Zillmerungsregeln in der Lebensversicherung und keine Ende - Bedeutung des informationsrechtlichen Verbraucherschutzes nach EU-Recht, VersR 2009, 7 - 14
Heuermann, Bernd/ Brandis, Peter	Blümich. EStG. KStG. GewStG, Stand August 2012, 116. Ergänzungslieferung
Heyers, Johannes	AVB und Beratungspflichten - Markt - und Produktdisposition, ZVersWiss (2010) 99, 349 - 369
Holler, Heinz	Lebensversicherer am Scheideweg. Variable Annuities: Jüngste Trends und Entwicklungen in Europa und Deutschland, VW 2008, 1344 - 1350
Holler, Heinz/ Klinge, Uwe	Variable Annuities. Variable Annuities und ihre Garantien in den USA, VW 2006, 792 Variable Annuities. Produktinnovation aus den USA (Teil 2) - Absicherung des Garantierisikos durch Einführung eines Hedgingprogramms, VW 2006, 898 - 900
Jaeger, Harald	Der Zeitwert eines Lebensversicherungsvertrags - ein ungelöstes Rätsel ?, VersR 2002, 133-144
Kirchhof, Paul (Hrsg.)	Einkommenssteuergesetz, 9. Auflage, Köln 2010
Kleinlein, Axel	Die Neuregelung zu den Rückkaufswerten in der Lebensversicherung - Teil 1, VuR 2008, 13-16
Kuffer, Johann	Baugrundrisiko und Systemrisiko, NZBau 2006, 1 - 6
Langheid, Theo / Wandt, Manfred	Münchener Kommentar zum VVG Band 1. Systematische Darstellungen, EGVVG, §§ 1-99, 2010 Band 2. §§ 100 - 191 VVG, 2011 Band 3. §§ 192 - 215 , 2009
Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995
Looschelders, Dirk/ Pohlmann, Petra	VVG – Kommentar, Köln 2010
Lorenz, Egon	Rechtsfragen zur Überschussbeteiligung in der Kapitallebensversicherung, ZVersWiss 1993 (82), 283 - 323
Metz, Florian	Informationen bei fondsgebundenen

	Lebensversicherungen - Schnittstellen zum Investmentrecht, VersR 2009, 1573 - 1576
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 1. Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2012. Band 2. Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 2007. Band 3. Schuldrecht Besonderer Teil. §§ 433 – 610, 6. Auflage 2012. Band 4. Schuldrecht Besonderer Teil II. §§ 611 – 704, 5. Auflage 2009. Band 5. Schuldrecht Besonderer Teil III. §§ 705 – 853, 5. Auflage 2009
Ortmann, Mark.	Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, Baden-Baden 2002 Werden Kosten von Lebensversicherungen transparent ?, VuR 2008, 256-264 Kostentransparenz in der Lebensversicherung, VW 2007, 824 - 829
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011
Präve, Peter	Die VVG-Informationspflichtenverordnung, VersR 2008, 151 - 157
Prölss, Erich R. / Martin, Anton	Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München 2010
Prölss, Erich	Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Auflage, München 2005
Radovic, Igor/ Bolger, Declan/ Burke, Mark	Das Unitesd-With-Profits-Prinzip, VW 2006, 307 - 311
Römer, Wolfgang	Was bringt das neue VVG Neues zur Lebensversicherung ?, r+s 2008, 405-411
Rüffer, Wilfried/ Halbach, Dirk/ Schimikowski, Peter	Versicherungsvertragsgesetz, Baden-Baden, 2. Auflage 2011
Schick, Rainer/ Franz, Einiko B	Rückkaufswerte in der Reform des VVG, VW 2007, 764-766
Schimansky, Herbert/ Bunte, Hermann-Josef/ Lwowski, Hans-Jürgen	Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage, München 2011
Schimikowski, Peter	VVG-Reform: Die vorvertraglichen Informationspflichten des Versicherers und das

	Rechzeitigkeitserfordernis, r+s 2007, 133 - 137
Schünemann, Wolfgang	Rechtsnatur und Pflichtenstruktur des Versicherungsvertrages, JZ 1995, 430 - 434
	Der Rückkaufswert zwischen Gesetz und Vertrag, VersR 2009, 442-449.
Schwintowski, Hans-Peter/ Brömmelmeyer, Christoph	Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Auflage, Münster 2011
Schwintowski, Hans-Peter	Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages, JZ 1996, 702-710
	Der Rückkaufswert als Zeitwert - eine (scheinbar) überwundene Debatte, VersR 2008, 1425-1431
Schwintowski, Hans-Peter/ Ortmann, Mark	Kostentransparenz in der Lebensversicherung - eine empirischnormative Analyse, VersR 2009, 728 - 733
Staudinger, Julis von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 311, 311a, 312 a -f (Vertragsschluss). 2005. §§ 488 - 490, 607 - 609 (Darlehensrecht). 2011. §§ 631 - 651 (Werkvertragsrecht). 2005. §§ 657 – 704 (Geschäftsbesorgung). 2006
Stöbener, Angela Regina	Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG-Reform, ZVersWiss, 96 (2002), 465 - 483
Terno, Wilfried	Gerichtliche Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen, r+s 2004, 45-52
Thomas, Stefan / Dreher, Meinrad	Der Kautionsversicherungsvertrag im System des Privatversicherungsrechts, VersR , 2007, 731 - 738
Veith, Jürgen/ Gräfe, Jürgen	Versicherungsprozess, 2. Auflage, München 2010
Winter, Gerrit	Grenzl意思ien der Lebensversicherung: "insurable interest", biometrisches Risiko und Kapitalisierungsgeschäfte, VersR 2004, 8 - 19
Witte, Johannes/ Weber, Susanne	Zur Übertragbarkeit der Kick-back-Rechtsprechung auf den Versicherungsbereich, VersR 2011, 1103 - 1107.
Ziewer, Lukas	Mit „Greeks“ zum Erfolg. Finanzanalytische Instrumente zur Steuerung von Variable Annuities, VW 2009, 90 - 92.

A. Einführung – Problemstellung

Seit einiger Zeit werden fondsgebundene oder anderweitig kapitalmarktgebundene Versicherungen mit einer Garantieleistung angeboten. Die Garantie bezieht sich oft darauf, dass dem Kunden zum Fälligkeitszeitpunkt eine Summe in Höhe der gezahlten Beiträge zur Verfügung steht¹. Dies ist auch bei der Höchststandsicherung der Fall, sofern das Fondsguthaben nicht zu bestimmten, vertraglich festgelegten Zeitpunkten in der Vergangenheit höher war – diese werden dann für die Zukunft garantiert. Denkbar sind aber auch andere Varianten, die die Sicherung des Beitrags in Höhe von 0-100% erlauben. Im Ergebnis bieten diese neuen Produkte also Vorteile für den Versicherungsnehmer als Anleger, da er Chance auf Kapitalmarkterträge hat, ohne jedenfalls in vollem Umfang das damit verbundene Anlagerisiko zu tragen. Dazu werden moderne Finanzinstrumente und Asset-Management-Strategien eingesetzt, die sich ohnehin nur mit relativ geringen Zinsgarantien vertragen und mit denen ein Transfer der entsprechenden Risiken auf den Kapitalmarkt einhergeht, was aus Sicht des Versicherers auch dazu dient, die bilanziellen Anforderungen an die Kapitalausstattung zu reduzieren². Damit ergibt sich für den Versicherer die Möglichkeit, sich Risiken zu entledigen, die er bei klassischen Lebensversicherungen bilanztechnisch mit Rückstellungen versehen und für die er Eigenmittel vorhalten muss. Dabei zeigt jedoch schon der Umstand, dass ein Teil dieser Produkte überwiegend aus dem Ausland heraus angeboten wird, die Konflikträchtigkeit mit deutschem Bilanz- und Aufsichtsrecht auf, das von dem Gedanken größtmöglicher Sicherheit geprägt ist, der in einer sehr weitgehenden Regulierung seinen Ausdruck findet.

Dieser Konflikt setzt sich auf der Ebene des Vertragsrechts fort. Kann dem Versicherungsnehmer zugemutet werden, nur eine endfällige Garantie eingeräumt zu bekommen, die gerade nicht greift, wenn er vorzeitig kündigt? Ist es möglich, und wenn ja wie weit, dass Kapitalerträge einer individuellen Zurechnung weitgehend entzogen werden, um eine Rücklage für künftige Verluste zu bilden? Hier streiten Produktgestaltungsfreiheit und Verbraucherschutz als, wenn man die entsprechenden Diskussionen verfolgt, scheinbar unversöhnliche Gegenpole um den Vorrang. Eine Position ist die, dass durch eine transparente Information die Anwendung entsprechender materieller Kontrollmaßstäbe entbehrlich werde. So wurde durch die Dritten Versicherungsrichtlinien von 1992, etwa RL-Leben 92/96/EWG, den Versicherern die Pflicht auferlegt, vor Abschluss eines Vertrages den potentiellen Versicherungsnehmern Verbraucherinformationen zuzuleiten. Gegenstimmen verweisen auf das Ziel des Verbraucherschutzes, der es auch rechtfertigen soll, bestimmte Produktgestaltungen als solche zu verhindern.

Beide Positionen erscheinen dabei in ihrer Absolutheit angreifbar. Eine Aufklärung in transparenter Form kann bestimmte Nachteile allenfalls dann aufwiegen, wenn sich das Leistungsprofil und auch das Preis-Leistungs-Verhältnis für mehrere Produkte vergleichen lassen. Bei komplexen Versicherungs- bzw. Anlageprodukten ist kaum zu erwarten, dass Versicherungsnehmer die Fähigkeit oder – das wird oft unterschlagen - zumindest die Zeit haben, sich in derart komplizierte Zusammenhänge einzufinden. Andererseits ist es auch nicht überzeugend, Abweichungen von bestimmten, konservativen Produktgestaltungen von vornherein die Existenzberechtigung abzuspochen. Dabei spielt insbesondere der

¹ Holler/Klinge, VW 2006, 792, 793; Fix/Käfer, VW 2008, 172.

² Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 72.

Zusammenhang mit dem sehr restriktiven Aufsichtsrecht eine überragende Rolle. So richtete sich die Produktgestaltung lange Zeit nach der Aufsichtsbehörde aus, die den Geschäftsplan, der für die vertragliche Leistung relevant war, zu genehmigen hatte. Nach der diesbezüglichen Deregulierung ist es aber gerade nicht statthaft, die althergebrachten Formen der Lebensversicherung für einzig maßgeblich zu halten.

Gerade bei neuen Produkten, die sich einer eindeutigen rechtlichen Einschätzung entziehen, muss die methodische Ableitung der Ergebnisse an die Stelle der Orientierung an althergebrachten Grundsätzen treten. Dabei ist vertragsrechtlich der erste Anknüpfungspunkt die AGB-Kontrolle, die auf die Angemessenheit abstellt. Jedoch liegt die Auslegungsbedürftigkeit dieses Begriffes auf der Hand. Wortlaut und Systematik des VVG zur Lebensversicherung bieten dabei wenig Hilfestellung, eher zeugt es von eigener Hilflosigkeit des Gesetzgebers, wenn umfangreich auf „anerkannte“ Grundsätze oder aufsichtsrechtliche Kategorien verwiesen wird, die ihrerseits unklar sind oder in ihrer vermeintlichen Klarheit ins Wanken geraten. These der vorliegenden Arbeit ist dann in diesem Zusammenhang, dass sich all diese rechtliche Probleme lösen lassen, indem auf die jeweils einschlägigen Geschäftstypen abgestellt wird und aus deren Eigenheiten Rückschlüsse gezogen werden. Um eine rechtliche Einordnung überhaupt vornehmen und Anwendungsfälle verwandter Rechtsinstitute ausscheiden zu können, ist es insbesondere im Vertragsrecht anerkannte Vorgehensweise, eine typologische Betrachtung anzustellen und in deren Rahmen auf typische Merkmale abzustellen³. Grundlage derselben ist die Annahme, dass keine festen Merkmale der Versicherung und anderer Geschäfte existieren, sondern nur bestimmte Kriterien, die nicht allesamt vorliegen müssen, sondern dazu dienen, eine Wertung vorzunehmen, inwieweit welcher Vertragstyp vorliegt⁴. Diese Kriterien ergeben sich aus empirisch vorhandenen Geschäftsmodellen, aber auch der Normierung durch den Gesetzgeber – der allerdings seinerseits maßgeblich auf den realen Rechtsverkehr abstellt⁵. Die typologische Wertung ist also darauf gerichtet, sich vor allem an der Gesamtheit der gesetzlichen Regelungen zu dem Vertragstyp zu orientieren, selbst wenn sie disponibel sind⁶. Insbesondere ist es statthaft, den Vertragstyp davon abhängig zu machen, ob die damit verbundenen Rechtsfolgen sachlich angemessen sind⁷. Damit ist der Weg der weiteren Untersuchung schon vorgezeichnet: Erst einmal müssen die empirischen Merkmale der Produkte herausgearbeitet werden, um sie dann normativen Typen zuordnen zu können. Aus den dazu geltenden Grundsätzen lassen sich rechtliche Folgerungen ableiten, die idealerweise mit dem Parteiwillen übereinstimmen und die typologische Einordnung bestätigen.

³ Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 66; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378; Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 1.

⁴ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 15; für den Geschäftsbesorgungsvertrag etwa Martinek in Staudinger, § 675, Rn. A 8.

⁵ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 15; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 294.

⁶ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 296.

⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 297.

B. Empirische Typen

I. Formen der Lebensversicherung

Die gemischte Lebensversicherung ist eine kapitalbildene Lebensversicherung, die sich als Mischung aus bedingter Todesfallversicherung und Erlebensfallversicherung darstellt. Sie sieht vor, dass die Versicherungsleistung entweder zu einem festgelegten Ablauftermin gezahlt werden muss, oder im Fall des Todes der versicherten Person vor diesem Zeitpunkt - in nicht zwingenderweise gleicher Höhe⁸. Mit der Zusage der Erlebensfalleistung bei einer konventionellen Versicherung wird dem Versicherungsnehmer immanent die Verzinsung des Vertragsguthabens mit einem Garantiezins garantiert, daneben aber auch eine Überschussbeteiligung als solche in bei Vertragsschluss unbestimmter Höhe⁹. Die Versicherungsleistung besteht hingegen bei einer fondsgebundenen Versicherung in einer Geldleistung in unbestimmter Höhe, je nach dem Wert des Anteils an einem Anlagestock aus Wertpapieren zum Fälligkeitstag¹⁰. Der Versicherungscharakter ergibt sich nicht aus der Erlebensfalleistung, sondern nur aus der Zusage einer Todesfalleistung in bestimmter Höhe, unabhängig von der Fondsentwicklung¹¹.

Begrifflich wird verbreitet zwischen der gemischten Lebensversicherung als kapitalbildenen Lebensversicherung und der Rentenversicherung unterschieden, was aber missverständlich ist, da kapitalbildend auch die Rentenversicherung ist¹². Die Rentenzahlungspflicht kann unmittelbar nach Zahlung einer einmaligen Prämie oder nach Ablauf einer Aufschubphase beginnen¹³. Wenn in der Rentenversicherung der Versicherungsnehmer schon vor Ende der Aufschubzeit stirbt, verfällt das Deckungskapital ohne Leistung zugunsten des Versichertenkollektivs¹⁴. Die Rentenleistung besteht andernfalls darin, dass im Erlebensfall ab dem vereinbarten Zeitpunkt eine lebenslange Rente zu zahlen ist, verbreitet wird auch eine sog. Rentengarantiezeit vereinbart, für deren Dauer der Versicherer die Rente nach Tod des Versicherten weiterzahlen muss¹⁵. Der Rentenversicherung liegt die Zusage eines bestimmten Rentenfaktors zugrunde, der zum Ausdruck bringt, wie hoch die Rente für 10.000€ bei Rentenbeginn zur Verfügung stehendem Kapital ausfällt¹⁶. Bei der fondsgebundenen Rentenversicherung muss demnach gerade kein fester Rentenbetrag garantiert werden, da dieser vom Wert der erworbenen Anteilseinheiten zum Zeitpunkt des Rentenbeginns abhängt¹⁷. Auch bei fondsgebundenen Rentenversicherungen wird aber in der Rentenbezugszeit in herkömmliche Kapitalanlagen investiert¹⁸. Abgesichert wird das

⁸ Schneider in Prölss/Martin, Vor §150, Rn. 15; Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 5.

⁹ Benkel/Hirschberg, § 1 ALB 2008, Rn. 36.

¹⁰ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 30.

¹¹ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 30; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378.

¹² Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 3.

¹³ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 16.

¹⁴ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 16.

¹⁵ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 16.

¹⁶ Benkel/Hirschberg, § 1 ALB 2008, Rn. 36.

¹⁷ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 18.

¹⁸ Gebert/Schnepp in Veith/Gräfe, § 10, Rn. 28.

Langlebkeitsrisiko, keine Versicherung besteht also, wenn die Rente nicht lebenslang gezahlt wird¹⁹.

II. Externe Garantien im Rahmen einer fondsgebundenen Lebensversicherung

Teilweise werden im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen externe Garantieprodukte verwendet. Garantieprodukte sind vor allem Investmentfonds, bei denen die Anlagegesellschaft eine rechtsverbindliche Garantie ausspricht, dass das verwaltete Kapital zu einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Betrag, etwa in Höhe der gezahlten Beiträge, nicht unterschreitet²⁰. Möglich ist auch eine Höchststandsgarantie, die darauf gerichtet ist, dass der Nettoinventarwert einschließlich erfolgter Ausschüttungen nicht unter dem höchsten Wert liegt, der bei monatlichen Wertfeststellungen innerhalb der Laufzeit festgestellt wurde. Wird zu keiner Zeit nach Auflegung des Fonds ein Höchststand erreicht, ist zumindest garantiert, dass die Anteile denselben Wert wie zu Beginn haben. Ist dies der Kapitalanlagegesellschaft nicht gelungen, muss sie auf Eigenmittel zurückgreifen. Die jeweiligen Fonds haben nur eine bestimmte Laufzeit, eine kontinuierliche, zeitlich unbegrenzte Sicherung ist im Rahmen einer fondsgebundenen Versicherung aber deshalb möglich, weil diese Fonds immer wieder neu aufgelegt werden. Die Garantie gilt dabei nur bei Ablauf, während bei Rückgabe des Fonds vor diesem Zeitpunkt keine Garantie gewährt wird, sondern der aktuelle Wert maßgeblich ist. Unabhängig vom konkreten Inhalt der Garantie ist Garantiegeber immer die jeweilige Kapitalanlagegesellschaft. Deshalb reicht der Versicherer diese Garantie an den Versicherungsnehmer weiter oder sagt zumindest zu, dass sie entsprechende Garantieansprüche gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft zu Gunsten des Versicherungsnehmers durchsetzen wird. Soweit aber Garantieprodukte im Rahmen eines AltZertG-Vertrages verwendet werden, gibt der Versicherer selbst eine Garantieerklärung ab.

Eine Absicherung der Garantie erfolgt zum einen dadurch, dass mit Fondsmitteln derivative Sicherungsinstrumente wie Optionen erworben werden, die einen Schutz vor allem vor extremen Kursverlusten innerhalb eines kurzen Zeitraums bewirken²¹. Wesentliches Mittel zur Sicherstellung der Garantie ist aber eine Anlage nach dem sog. CPPI- bzw. „Constant Proportion Portfolio Insurance“-Verfahren²². Die Garantie wird dann dadurch sichergestellt, dass laufend zwischen riskanter und sicherer Anlage umgeschichtet wird. Für die riskante Anlage kommen vor allem Aktien oder riskantere Anleihen, direkt oder in Form eines Fonds, in Betracht. Renten- bzw. Geldmarktfonds bzw. entsprechende Direktanlagen hingegen können zur sicherheitsorientierten Anlage herangezogen werden. Die Umschichtungen erfolgen laufend durch ein technisches, an mathematischen Grundsätzen ausgerichtetes Verfahren, wobei regelmäßig prozyklisch agiert wird. Bei steigenden Kursen wird demnach der Anteil der riskanteren Anlage, also vor allem die Aktienquote, erhöht, während sie bei fallenden Kursen reduziert wird. Dabei soll durchaus ein Wertzuwachs generiert werden, Priorität hat aber die Sicherstellung der Garantie. Soweit die Kurse einen neuen Höchststand erreicht haben, wird bei einer entsprechenden Sicherungsvereinbarung Geld in sicherere Anlagen umgeschichtet, um den Kunden diesen Stand garantieren zu können. Allgemein gilt,

¹⁹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 379.

²⁰ Goecke, VW 2007, 157.

²¹ Goecke, VW 2007, 157 – dazu ausführlich mit Zusammenhang mit Variable Annuities.

²² Holler, VW 2008, 1344, 1348.

dass wenn der festgelegte Wert, der sog. Barwert der Garantie, unterschritten wird, dies zur Folge hat, dass der Fonds keine riskante Anlage mehr beinhaltet und vollständig in festverzinsliche Wertpapiere investiert – womit sich zulasten der Renditechancen das sog. Monetarisierungsrisiko verwirklicht hat²³.

Um dieses abzumildern, sprechen neuere Garantieprodukte, die ebenfalls im Rahmen von fondsgebundenen Versicherungen verwendet werden, eine Garantie aus, die sich nicht auf den Wert eines kollektiven Fondsvermögen, sondern des individuellen Vertrages bezieht²⁴. Dabei kann der Zeitpunkt, zu dem die Garantie greifen soll, individuell vereinbart werden, weshalb eine deutlich längere Laufzeit als bei Garantiefonds vorgesehen werden kann. Möglich sind deshalb auch Vereinbarungen, dass zu bestimmten Zeitpunkten erreichte Höchststände abgesichert werden, sofern der Anleger dies verlangt, oder vor allem in den letzten Jahren der Vertragslaufzeit sukzessive in sicherere Anlagen umgeschichtet wird. Dementsprechend individuell erfolgt auch das technische Absicherungsverfahren. Dabei wird das CPPI-Verfahren dergestalt zum Einsatz gebracht, dass für jede Garantie laufend geprüft wird, ob sie durch die momentane Anlage gedeckt ist, und ggf. dementsprechend umgeschichtet wird²⁵. Insofern ergeben sich also keine Unterschiede zu entsprechenden Garantiefonds, so dass die bereits geschilderten Sicherungsmechanismen auch hier greifen. Aufgrund der individuellen Betrachtung bei laufender Beitragszahlung besteht ein geringeres Monetarisierungsrisiko²⁶.

III. Hybrid-Produkte

Hybrid-Produkte zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass der Versicherer die Beiträge aufteilt und sowohl sicher, also im konventionellen, einer Garantieverzinsung unterliegenden Sicherungsvermögen - oder einem Wertsicherungsfonds -, als auch renditeträchtig in Investmentfondsanteilen anlegt²⁷. Verbreitet wird auch hier zur Höchststandsicherung von der riskanteren in die sichere Anlage umgeschichtet.

1. Statisch

Dabei wird bei statischen Hybridprodukten der Garantiebetrug allein durch die einer Garantieverzinsung unterliegenden Anlageteilen im Sicherungsvermögen abgebildet, so dass die Beitragsaufteilung zwischen beiden Anlagen während der gesamten Vertragslaufzeit unverändert bleiben kann²⁸. Darüber hinaus, soweit die Beitragsteile für die Garantie nicht benötigt werden, wird in Investmentfonds investiert, teilweise werden hierfür auch erwirtschaftete Überschussanteile verwendet²⁹. Typischerweise stellen Riester-Produkte, bei denen eine Garantie der Beitragsrückgewähr zum Fälligkeitszeitpunkt gegeben werden muss, im Bereich der fondsgebundenen Produkte solche Hybridprodukte dar³⁰. Die

²³ Holler, VW 2008, 1344, 1348; Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 260.

²⁴ Dazu Holler, VW 2008, 1344, 1348.

²⁵ Holler, VW 2008, 1344, 1348.

²⁶ Holler, VW 2008, 1344, 1348.

²⁷ Baroch Castellvi in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 2 VVG-Info, Rn. 29; Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014.

²⁸ Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377.

²⁹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378.

³⁰ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377; § 1 Abs. 1 S. 3 Muster-AVB für eine Fondsgebundene Rentenversicherung mit Auszahlung des Deckungskapitals bei Tod als Altersvorsorgevertrag i.S.d. AltZertG.

Attraktivität leidet darunter, dass nur ein sehr kleiner Teil frei und renditeträchtig investiert werden kann, da der Großteil der Beiträge für die Sicherstellung der Garantie herangezogen werden muss.

2. Dynamisch

Aus diesem Grunde wurden Hybridprodukte weiterentwickelt, indem man sie dynamisch ausgestaltet hat. Die Anlage erfolgt bei Hybridprodukten in drei Töpfen mit unterschiedlichem Risikoprofil - im konventionellen Teil des Sicherungsvermögens, in einem Garantiefonds und einem freien Fonds³¹. Dabei wird als Garantiefonds ein Fonds mit festem Garantiezeitpunkt bei Ablauf, verbreiteter aber ein Wertsicherungsfonds verwendet, der sicherstellt, dass er innerhalb eines gewissen Zeitraums allenfalls einen bestimmten Wertverlust erleidet – etwa nach Ablauf eines Zeitraums von einem Monat noch mindestens 80 % des Ausgangswertes aufweist³². Wie bei Garantiefonds erfolgt die dynamische Anlage durch Umschichtungen nach dem CPPI – Verfahren³³. Vertragsindividuell wird nun dynamisch zwischen risikoreicherer und risikoärmerer Anlage umgeschichtet, wobei man sich der sicheren Anlage in Zeiten fallender Kurse bedient und umgekehrt, die Anlage erfolgt also prozyklisch³⁴. Wie genau umgeschichtet wird, hängt vom Produktdesign ab, das Prinzip, mit der die Sicherung der Garantie bewirkt wird, ist dabei aber im Kern immer identisch: Die Garantie wird im Idealfall nur durch den Garantie- bzw. Wertsicherungsfonds abgedeckt, für die Sicherstellung der Garantie nicht gebrauchte Beträge werden in frei wählbaren Fonds investiert³⁵. Einer Anlage im konventionellen Teil des Sicherungsvermögens bedient sich der Versicherer nur, wenn der Garantiebtrag nicht durch die Garantie des Wertsicherungsfonds abgedeckt ist. Dies ist der Fall, wenn sich bei einem der regelmäßig stattfindenden Termine zur Überprüfung der Guthabenaufteilung herausstellt, dass das durch den Fonds bis zum nächsten Überprüfungstermin mindestens, also im schlimmsten Fall noch vorhandene Kapital nicht ausreicht, um die Garantie gegenüber dem Versicherungsnehmer abzudecken – was vor allem am Anfang der Vertragslaufzeit der Fall ist³⁶.

IV. Variable Annuities

Variable Annuities sind demgegenüber ursprünglich aus dem anglo-amerikanischen Wirtschaftsraum stammende Produkte, bei denen eine Investmentfondsanlage mit vom Anleger frei wählbaren Garantien verknüpft wird, die auf herkömmliche Todesfall- und Rentenleistungen, aber auch die Zurverfügungstellung bestimmter Kapitalbeträge zu bestimmten Zeitpunkten gerichtet sein können³⁷. Diese Garantien stellen Bausteine dar, die einzeln oder in Kombination verwendet werden können³⁸. Diese Garantien werden im Rahmen eines „Hedging“ durch den Einsatz derivativer Finanzinstrumente am Finanzmarkt abgesichert³⁹.

³¹ Fix/Käfer, VW 2008, 172.

³² Fix/Käfer, VW 2008, 172, 173.

³³ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 260.

³⁴ Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014; Fix/Käfer, VW 2008, 172 f.

³⁵ Fix/Käfer, VW 2008, 172, 173.

³⁶ Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014; Fix/Käfer, VW 2008, 172, 173.

³⁷ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109, 1110.

³⁸ Benkel/Hirschberg, FLV/FRV 2008, I., Rn. 5.

³⁹ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109, 1110.

1. Garantie

Eine Garantie wird nur gewährt, wenn dies für bestimmte Leistungen konkret vereinbart wurde – und auch dann nur zu einem ebenfalls vertraglich vereinbarten Zeitpunkt. Zum einen kann der Versicherer eine klassische Mindesttodesfalleistung versprechen, die unabhängig vom Kursverlauf erfolgt – sog. „Guaranteed Minimum Death Benefit“ (GMDB). Garantiert werden kann aber auch ein Mindestkapital während der Aufschubzeit, ein sog. „Guaranteed Minimum Accumulation Benefit“ (GMAB), das sich auf den Stand des Fondsvermögens zu bestimmten vertraglich festgelegten Zeitpunkten im Verlauf der Aufschubzeit bezieht⁴⁰. Bloße Kapitalgarantien können auch als „Guaranteed Minimum Withdrawal benefits“ (GMWB) ausgestaltet sein. Bei dieser Garantief orm wird dem Versicherungsnehmer garantiert, dass er nach der Aufschubphase oder sofort in regelmäßigen Zeitabständen Kapitalentnahmen tätigen darf⁴¹. Garantiert wird dabei insbesondere, dass Zahlungen auch dann geleistet werden, wenn das Fondsguthaben bereits erschöpft ist⁴². Eine Verfügung darüber bleibt jederzeit möglich⁴³. Im Todesfall wird das restliche Guthaben ausgezahlt. Variable Annuities können auch den Charakter einer Rentenversicherung aufweisen, wenn ein „Guaranteed Minimum Income Benefit“ (GMIB) versprochen wird. Die Garantie bezieht sich auf eine lebenslange Mindestrente nach einer Aufschubzeit, die sich daraus ergibt, dass bereits bei Vertragsschluss eine Mindesthöhe des zu verrentenden Kapitals und ein fester oder allenfalls begrenzt variabler Verrentungsfaktor zugesagt wird⁴⁴. Ergibt sich bei der Verrentung zum maßgeblichen Zeitpunkt zu den dann aktuellen Konditionen, also auf der Grundlage des vorhandenen Fondsguthabens unter Heranziehung des aktuellen Rentenfaktors, eine höhere Rente, wird diese gezahlt⁴⁵. Führt man die variable Bestimmung auf den Rentenfaktor zurück, der wirklich mindestens garantiert ist, so zeigt sich die Möglichkeit, dass selbst bei Wertverlusten nicht zwangsläufig ein Garantiefall eintritt⁴⁶. Dementsprechend ist der Auszahlungsbetrag auch nicht garantiert, wenn der Versicherungsnehmer nach Ablauf der Aufschubzeit eine Option auf Kapitalabfindung ausübt⁴⁷. Beim „Guaranteed Lifetime Withdrawal benefit“ (GLWB) ergibt sich auf der Grundlage des Prinzips des GMWB, das jederzeitige Kapitalentnahmen ermöglicht, der Charakter einer Rentenversicherung dadurch, dass gegen Einmalzahlung ab sofort lebenslängliche Rentenzahlungen in festgelegter Höhe erfolgen müssen⁴⁸. Anders als bei der fondsgebundenen Lebensversicherung wird die Fondsanlage bei Rentenbeginn nicht zwangsläufig aufgelöst und das Kapital in herkömmliche Anlage umgeschichtet⁴⁹. Gerade wenn das Kapital auch in der Rentenbezugszeit am Kapitalmarkt investiert bleibt, kann vorgesehen sein, dass einmal jährlich eventuelle Wertsteigerungen dazu herangezogen werden, um die Rente zeitlich unbeschränkt zu erhöhen⁵⁰.

⁴⁰ Holler/Klinge, VW 2006, 792, 793; Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266.

⁴¹ Holler/Klinge, VW 2006, 792, 793.

⁴² Hammerschlag/Möbius, VW 2009, 742, 745.

⁴³ Hammerschlag/Möbius, VW 2009, 742, 745.

⁴⁴ Holler/Klinge, VW 2006, 792, 794.

⁴⁵ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266.

⁴⁶ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266.

⁴⁷ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266

⁴⁸ Hammerschlag/Möbius, VW 2009, 742, 745; Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 267.

⁴⁹ Gebert/Schnepf in Veith/Gräfe, § 10, Rn. 35; Benkel/Hirschberg, FLV/FRV 2008., Rn. 5.

⁵⁰ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 267.

2. Absicherung

Die Absicherung des Garantieverprechens bewerkstelligt der Versicherer mittels Derivaten durch ein Hedging-Programm. Ein Hedgegeschäft besteht in der klassischen Form darin, dass ein auf die Verschaffung einer Ware gerichtetes Hauptgeschäft vor unvorhersehbaren Kursschwankungen dadurch abgesichert wird, dass ein entsprechendes Termingeschäft abgeschlossen wird⁵¹. Ein Festgeschäft gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG bzw. sog Future zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer zu einem bestimmten Termin einen Basiswert zu liefern, der Käufer umgekehrt, diesen abzunehmen und den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen⁵². Ein Optionsgeschäft unterscheidet sich davon insofern, als nur einer Partei das Recht verschafft wird, gegen Zahlung der Optionsprämie von der anderen Partei als sog. Stillhalter den Verkauf (Call-Option) oder Kauf (Put-Option) bestimmter Basiswerte zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu einem bestimmten Preis zu verlangen (Long Call oder Long Put, während der Verpflichtete dementsprechend in der Short-Position ist)⁵³. Regelmäßig ist das Geschäft aber nicht auf die tatsächliche Verschaffung der Ware, sondern auf die Begleichung von Preisunterschieden gerichtet⁵⁴.

Im vorliegenden Zusammenhang bedient man sich Futures und Optionen, um durch entgegen gerichtete Termingeschäfte die Folgen von Kursverlusten, die der im Rahmen der fondsgebundenen Versicherung verwendete Investmentfonds erleidet, zu vermindern oder gar vollständig wett zu machen⁵⁵. Typischerweise werden zum Ausgleich von Verlusten bestimmter Kapitalanlagen als Basiswert Verkaufs-Optionen („Puts“) eingesetzt, die auf den Verkauf eines Basiswertes zu einem festgesetzten Preis gerichtet sind, und deren Wertentwicklung genau entgegengesetzt verläuft, weshalb damit ausgleichender Wert geschaffen werden kann⁵⁶. Für die maßgeblich abzusichernden Investmentfonds selbst stehen an den Finanzmärkten aber keine passenden Finanzinstrumente zur Verfügung, die diese als Basiswert zum Gegenstand haben, so dass man sich den maßgeblichen Fonds über passende Börsenindizes annähert⁵⁷. Ein weiteres Hindernis für ein derartiges Hedging besteht darin, dass die Laufzeiten der verwendeten Derivate zeitlich begrenzt sind, maximal auf fünf Jahre, und damit nicht der meist wesentlich längeren Laufzeit der Versicherung entsprechen⁵⁸. Dieser Friktion wird dadurch abgeholfen, dass das Hedging-Portfolio durch periodischen Handel an die Laufzeiten angepasst wird⁵⁹. Die Zusammenstellung des Hedging-Portfolios erfolgt konkret mit Hilfe bestimmte Parameter, sog. „Greeks“, die die Sensitivität eines Derivats auf die Veränderung bestimmter Marktfaktoren in einer Kennzahl anzugeben vermögen⁶⁰. Als Beispiel für einen solchen Parameter ist etwa „Rho“ von einiger Bedeutung, der die Veränderungen des risikolosen Zinssatzes zum Ausdruck bringt⁶¹. Dabei wird vor allem aber „Delta“ abgesichert, also die Auswirkungen von Wertschwankungen des Basiswertes, hier des Fonds⁶². Ziel des Hedging ist es nunmehr, dass die Werte des

⁵¹ RG, Urteile vom 28.03.1923, I 420/17, RGZ 107, 22, 24; 08.12.1934, I 143/34, RGZ 146, 190, 192.

⁵² Schäfer in Assmann/Schütze, § 19, Rn.22.

⁵³ Schäfer in Assmann/Schütze, § 19, Rn.22.

⁵⁴ RG, Urteil vom 28.03.1923, I 420/17, RGZ 107, 22, 25.

⁵⁵ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109, 1111.

⁵⁶ Hammerschlag/Möbius, VW 2009, 742, 744; Ziewer, VW 2009, 90, zu den Derivaten im Überblick Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 83 ff.

⁵⁷ Holler/Klinge, VW 2006, 898 f.

⁵⁸ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 9.

⁵⁹ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 9.

⁶⁰ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 5.

⁶¹ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 5.

⁶² Holler/Klinge, VW 2006, 898, 899; Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 5.

Parameters beim Hedging-Portfolio und bei der Garantie gleich sind, so dass der Wert des Derivatbestandes in ähnlicher Weise auf Veränderungen des Basiswertes reagiert wie der Garantiewert⁶³. Praktisch muss das Hedging-Portfolio regelmäßig – in der Praxis verbreitet wöchentlich – im Hinblick auf Marktveränderungen überprüft und ggf. angepasst werden⁶⁴. Auch müssen Zu- und Abgänge aus dem Anlagestock unmittelbar berücksichtigt werden⁶⁵. Da es Ziel ist, das Hedging nur in dem Umfang zu betreiben, dass Verluste der Anlage durch die entsprechenden Finanzinstrumente wieder ausgeglichen werden, ist dieses sowohl fehlerhaft, wenn das Portfolio einen darüber hinausgehenden Wert hat, als auch, wenn der Wert dahinter zurückbleibt⁶⁶. Allerdings soll aus Kostengründen über ein Hedging keine vollständige Absicherung der Garantie bewerkstelligt werden, sondern deren Risiko so weit eingegrenzt werden, dass das restliche Risiko durch die Eigenkapitalausstattung aufgefangen werden kann⁶⁷. Insbesondere die Hedging-Kosten hängen deshalb davon ab, wie sich die Versicherer bei der Fondsauswahl oder Entnahmen aus ihrem Guthaben von Marktbewegungen beeinflussen lassen, wie viel Risiko sie also noch selber tragen wollen⁶⁸.

V. With-profit-Produkte des englischen Marktes (Smoothing-Verfahren)

With-profit-Produkte zeichnen sich in ihrer traditionellen Form dadurch aus, dass die Beiträge des Anlegers nicht in individuell separierte Fondsanlagen, sondern wie bei deutschen klassischen Lebensvermögen in einen Vermögensstock des Versicherers investiert werden. Hingegen wird bei „Unitised-With-Profits“ in einen speziellen „Funds“ investiert, an dem der Anleger wie einem Investmentfonds durch Anteile beteiligt wird⁶⁹. Grundlage der Beteiligung ist, dass ihr eine Bruttobeitragsgarantie des Versicherers zum Ende der Aufschubzeit zugrunde liegt⁷⁰.

Aufgrund weniger strenger Anlagerichtlinien ist es englischen Lebensversicherern möglich, einen höheren Anteil der Beiträge als deutsche, die nach § 54 VAG auf 35% beschränkt sind, in Aktien zu investieren – und dies tun sie auch⁷¹. Hinsichtlich der endfälligen Garantie wird auch in festverzinsliche Wertpapiere investiert, ansonsten erfolgt die Anlage aber in erster Linie in Aktien⁷².

Dabei werden umgekehrt Erträge, die auch nicht angesetzte unrealisierte Gewinne in Form von Markt- statt Buchwerten sein können⁷³, dem sog. „Smoothing-Verfahren“ unterworfen, was bedeutet, dass sie nicht vollständig den Verträgen zugeteilt, sondern einbehalten werden, um schlechte Erträge in späteren Zeiten auszugleichen und damit eine Glättung der laufenden Zuteilungen zu erzielen⁷⁴. Dies zeigt sich vor allem daran, dass Erträge weniger durch die laufende Überschussbeteiligung, als vielmehr einen sehr hohen Schlussbonus

⁶³ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 5.

⁶⁴ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 5; Ziewer, VW 2009, 90.

⁶⁵ Ziewer, VW 2009, 90, 92.

⁶⁶ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1, 6.

⁶⁷ Holler/Klinge, VW 2006, 899, 900.

⁶⁸ Ziewer, VW 2009, 90, 92.

⁶⁹ Radovic/ Bolger/Burke, VW 2006, 307.

⁷⁰ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308.

⁷¹ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307.

⁷² Geib/ Engeländer, VW 2006, 541, 544.

⁷³ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308, Fn. 6.

⁷⁴ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307 f; Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 28.

zugewiesen werden⁷⁵. Die jährlichen Wertzuweisungen können auch „0“ betragen, positive Wertzuweisungen sind allerdings verbindlich und erhöhen den geglätteten Anteilswert, der von künftigen Wertverlusten unbeeinflusst bleibt⁷⁶. Wurde allerdings eine Mindestverzinsung zugesagt, wird diese nicht entsprechend erhöht. Dabei wird sich zunutze gemacht, dass sich wegen der typischerweise langen Vertragslaufzeit die hohe Schwankungsanfälligkeit durch den Zeitverlauf reduziert wird, da Verluste wieder durch Gewinne ausgeglichen werden⁷⁷. Am Ende der Vertragslaufzeit wird dem Anleger zusätzlich noch ein Schlussbonus gewährt, der sich etwa nach der Marktentwicklung während der Vertragszeit, die nicht bereits durch die jährlichen Wertzuweisungen erfasst wurde, richtet, und sich damit als Differenz zwischen tatsächlichem und geglättetem Anteilswert darstellt – aber auch vorab festgesetzt werden kann⁷⁸. Kündigt der Anleger nun aber den Vertrag und scheidet vorzeitig aus der Versichertengemeinschaft aus, gilt keine Garantie⁷⁹. Die Kündigungsleistung bemisst sich nach dem festgesetzten Wert der Anteile, allerdings kann auch der tatsächliche Wert ausschlaggebend sein, wenn dieser geringer als der geglättete Anteilswert ist – sog. Wertangleichung⁸⁰. In der Rentenbezugszeit erhält der Anleger dann entweder die garantierte Rente oder eine Rente aufgrund des zum Rentenbeginn maßgeblichen Wertes und den aktuellen Rechnungsgrundlagen, je nachdem, welche von beiden höher ausfällt. Dabei ist er nicht mehr an der Wertentwicklung des Fonds beteiligt, die Rente ist dann fix.

⁷⁵ Radovic/ Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308; Geib/ Engeländer, VW 2006, 541, 544.

⁷⁶ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 309; Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 28.

⁷⁷ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310.

⁷⁸ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 309; Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 28.

⁷⁹ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308.

⁸⁰ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310; Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 28.

C. Versicherung und Lebensversicherung als normative Typen

Um weitere Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Garantieprodukten behandeln zu können, muss grundlegend der Frage nachgegangen werden, ob solche Garantieprodukte Lebensversicherungs- oder zumindest Versicherungscharakter aufweisen. Soweit ersichtlich, ist dieser Frage in Rechtsprechung und Literatur noch nicht vertieft nachgegangen worden, so dass daran nicht angeknüpft werden kann. Teilweise wird der Versicherungscharakter von Variable Annuities auch unabhängig von biometrischen Risiken bejaht mit der Begründung, dass sie trotz des ausgeprägten Kapitalanlageaspekts die wesentlichen Aspekte eines Versicherungsprodukts aufwiesen und funktional der Sicherung eines Vermögensgestaltungsziels dienen⁸¹. Andererseits wird ein abzusicherndes Risiko und damit der Versicherungscharakter von Renditegarantien bei fondsgebundenen Produkten auch eindeutig verneint⁸². Anlass für eine Untersuchung besteht also allemal.

Dabei ist der Begriff der Versicherung sowohl im Vertrags-, Aufsichts-, als auch Steuerrecht von Bedeutung. Unter Berücksichtigung dieser drei Disziplinen soll im Folgenden ermittelt werden, was eine Lebensversicherung im Speziellen und eine Versicherung im Allgemeinen auszeichnet, um auf dieser Grundlage Rückschlüsse für die behandelten Garantieprodukte ziehen zu können.

I. Begriffsbestimmung der Versicherung

Der Versuch einer Bestimmung des Begriffs der Versicherung wird dadurch erschwert, dass sich bereits der Gegenstand der Versicherung mangels körperlicher Natur und aufgrund seiner Vielgestaltigkeit kaum klar definieren lässt.

Ein erster Ansatz für eine Konkretisierung kann sich aus der Funktion einer Versicherung ergeben. Welchem Zweck eine Versicherung dient, ist umstritten, wird aber aktuell kaum noch diskutiert. Früher schrieb man einer Versicherung vor allem zu, zur Deckung eines Schadens oder auch eines Bedarfs zu dienen⁸³. Die Funktion der Versicherung wird in neuerer Zeit verbreitet in der Absicherung von Vermögensgestaltungszielen⁸⁴ oder Wirtschaftsplänen⁸⁵ von Versicherten gesehen. Bei der Lebensversicherung ist das Ziel danach die Gewährleistung der Versorgung des Bezugsberechtigten⁸⁶. Garantieprodukte bewahren den Versicherungsnehmer davor, auf dem Kapitalmarkt einen Verlust seines eingesetzten Kapitals zu erleiden, weshalb sie diese Kriterien zwangslos erfüllen⁸⁷. Auch eine darüber hinausgehende Verzinsungszusage unabhängig von ausbleibenden Kursgewinnen oder gar Kursverlusten lässt sich als Gewährleistung eines Wirtschaftsplanes oder einer Vermögensgestaltung sehen. Selbst die Deckung eines Schadens oder Bedarfs könnte man als gegeben ansehen, wenn man den kausalen Schaden unter der Annahme bestimmt, dass der Anleger bei einer risikofreien Anlage nicht nur keinen Verlust erlitten,

⁸¹ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109, 1110.

⁸² Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378.

⁸³ Dazu m.w.N. Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 38 ff.; Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn.3.

⁸⁴ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 25; Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 12; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378; Grote in Langheid/Wandt, Band 1, Aufsichtsrecht, Rn. 76.

⁸⁵ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 3.

⁸⁶ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 11.

⁸⁷ Insofern auch Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, die aber die anderen Voraussetzungen einer Versicherung bei Renditegarantien verneinen.

sondern wegen eines anzunehmenden risikofreien Zinses auch einen bestimmten Ertrag erzielt hätte. Sofern man eine solche hypothetische Annahme ablehnt, ist dies weniger ein Grund, an der Zulässigkeit der Zusage einer Mindestverzinsung zu zweifeln, als an diesen Theorien selbst. Beide haben dem Einwand nichts entgegen setzen können, dass sie sich mit dem gesamten Bereich der Summen- und damit auch der Lebensversicherung nicht vereinbaren lassen, – wenn sie wiederum selbst davon ausgehen, dass Schaden bzw. Bedarf auch abstrakter Natur sein können, ihren eigenen Standpunkt aufzugeben⁸⁸. Als Fazit bleibt jedenfalls, dass letztlich alle vorgestellten Theorien einen solch hohen Abstraktionsgrad aufweisen, dass sie nicht zur Abgrenzung taugen⁸⁹.

Somit muss eine Annäherung über einzelne, typische Merkmale erfolgen. Die besondere Herausforderung bei der typologischen Betrachtung besteht im vorliegenden Zusammenhang darin, dass der Lebensversicherungsbegriff aus vertrags-, aufsichts-, oder steuerrechtlicher Sicht je nach Normzweck eine andere Gestalt annehmen kann⁹⁰, andererseits aber hinsichtlich seines wesentlichen Kerns einheitlich ausfällt⁹¹. Maßgeblich orientiert man sich dabei an der Begriffsbestimmung des BVerwG. Ein Versicherungsgeschäft im Sinne des VAG liegt nach dem BVerwG dann vor, wenn gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt⁹². Dies gilt aber nicht, wenn eine diesen Voraussetzungen entsprechende Vereinbarung mit einem anderen als einem Versicherungsgeschäft verbunden ist, und zu diesem eine unselbstständige Nebenabrede darstellt⁹³. Dem Vertragspartner des potentiellen Versicherers muss ein Rechtsanspruch auf die Leistung eingeräumt werden⁹⁴. Dabei sind bestimmte Bestandteile des Begriffs, von bestimmten Sonderfällen abgesehen, auf die sie zugeschnitten sind, völlig unproblematisch. Entgeltlichkeit liegt vor, wenn die Versicherungsnehmer Ausgleichsleistungen für die Risikoentlastung erbringen, dabei bedarf es weder einer Gleichwertigkeit noch einem Gewinnstreben des Versicherers⁹⁵. Ein Entgelt für die Garantie wird je nach Produktgestaltung entweder durch die laufenden Verwaltungskosten oder eine gesondert erhobene Gebühr erbracht.

Die wesentliche Voraussetzung ist, dass ein Risiko übernommen werden muss, wobei das BVerwG den Versicherungsvertrag als Risikoübernahmengeschäft nach Art des Garantievertrages ansieht⁹⁶. Diese Bestimmung vermag eine Versicherung aber nicht von eben dem Garantievertrag selbst, aber auch einer Bürgschaft, einem Dienst-, Werk-, und

⁸⁸ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 733; Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 38 f., 40; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 23 f.

⁸⁹ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 12.

⁹⁰ Winter, VersR 2004, 8, 10.

⁹¹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378; Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 55 f.

⁹² BVerwG, Urteile vom 15.07.1980, 1 A 9/78, Rz. 25, VersR 1980, 1013; 11.11.1986, 1 A 45/83, VersR 1987, 273, 274; 24.02.1987, 1 A 49/83, VersR 1987, 453, 454; 19.05.1987, 1 A 88/83, VersR 1987, 701, 702; 12.05.1992, 1 A 126/89, Rz.20 VersR 1992, 1381, 1382; 29.09.1992, 1 A 26/91, Rz. 14, VersR 1993, 1217, 1218 f.; dazu auch Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 35.

⁹³ BVerwG; Urteile vom 19.05.1987, 1 A 88/83, VersR 1987, 701, 702; 12.05.1992, 1 A 126/89, Rz.20, VersR 1992, 1381, 1382; 29.09.1992, 1 A 26/91, Rz. 14 VersR 1993, 1217, 1218.

⁹⁴ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 39; BVerwG, Urteil vom 24.02.1987, 1 A 49/83, VersR 1987, 453, 456.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 10.01.1961, I C 46.57, VersR 1961, 361, 362.

⁹⁶ BVerwG, Urteile vom 11.11.1986, 1 A 45/83, Rz. 47, VersR 1987, 273, 274; 24.02.1987, 1 A 49/83, Rz. 88, VersR 1987, 453, 454.

Geschäftsbesorgungsvertrag abzugrenzen, in deren Rahmen die Übernahme eines Risikos ebenfalls möglich ist. Mit dem Begriff des Risikos wird an die wirtschaftliche Annahme angeknüpft, dass im Rahmen der Versicherung ein Risikotransfer zum Versicherer stattfindet, wobei erst eine Risikotransformation eine Beherrschbarkeit der Risiken und damit den Risikotransfer ermöglicht⁹⁷. Aus diesem Grunde bietet es sich an, sich dieser Vorstellung von Versicherung zu bedienen, um daraus rechtliche Maßstäbe abzuleiten. Um Anforderungen an die versicherungsgeschäftliche Risikoübernahme zu bestimmen, muss man demnach eine Antwort auf die Frage finden, welches Schutzobjekt (II.) was für einem Risiko (III.) ausgesetzt ist und in welcher Weise der Versicherer dem Versicherungsnehmer dies Risiko abnimmt (IV., V., VI) und selbst beherrschbar macht (VII.).

II. Schutzobjekt der Versicherung

Zu klären ist in diesem Zusammenhang, welcher konkrete Lebensbereich des Versicherungsnehmers überhaupt durch die Versicherung geschützt ist und damit deren Schutzobjekt darstellt. Insofern lässt sich auch vom „gefährdeten Risikobereich“ sprechen⁹⁸.

1. Leben

Die maßgeblichen Risiken beziehen sich zum einen auf die höchstpersönlichen Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Versicherungsnehmers und deren mittelbare Auswirkungen auf dessen Vermögen⁹⁹. Einen festen Begriff des Gegenstands der Lebensversicherung gibt es nicht, die darunter fallenden Verträge zeichnen sich nur dadurch aus, dass sie der „Unsicherheit und Unberechenbarkeit des menschlichen Lebens für den Lebensplan des Menschen“¹⁰⁰ vorbeugen. Demnach ist der zu schützende Gegenstand der Versicherung der „Lebensplan“ des Menschen im konkreten und das Vermögen im abstrakten Sinne. Wenn dieser Plan vor der „Unsicherheit und Unberechenbarkeit“ bewahrt werden soll, könnte dies darauf schließen lassen, dass die Lebensversicherung im Verhältnis zu allen anderen Versicherungen die allgemeine Grundform ist, die jegliches Risiko erfasst, das nicht Gegenstand der anderen, speziellen Versicherungen ist, zumindest bei einer Kapitalbildung. Dies würde dafür sprechen, auch eine Kapitalmarktversicherung als Lebensversicherung aufzufassen, da sie dem Versicherungsnehmer die materiellen Mittel zur Verfügung stellt, der er zur Verwirklichung seines Lebensplanes bedarf.

2. Mittelbarer Vermögensbezug des Lebens

Alternativ kommt in Betracht, auf die mittelbare Bedeutung des Vermögens für das Rechtsgut abzustellen. Selbst wenn eine Kapitalgarantie als solche keine Absicherung des Lebensplanes bewirkt, vermag sie ihm eventuell dadurch zu dienen, dass sie die mittelbaren Auswirkungen auf das Vermögen einzudämmen oder auszugleichen hilft. So könnte man davon ausgehen, dass spiegelbildlich zum abstrakten Vermögensbezug des Lebens eine Kapitalgarantie eine mittelbare Absicherung des Rechtsgutes Leben bewirkt.

⁹⁷ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 14.

⁹⁸ So Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 63.

⁹⁹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 45 f.

¹⁰⁰ BFH, Urteil vom 09.11.1980, VI R 164/86, BFHE 163, 53; so auch Brömmelmeyer in Versicherungsrecht-Handbuch, § 42, Rn. 1.

3. Vermögenswert als solcher

Die Bestandteile des Vermögens können aber auch unmittelbar als Aktivgut geschützt sein, erfasst sein können alle „Wertbeziehungen einer Person zu einer Sache, allgemeiner zu einem Aktivgut“, auch Forderungen und Rechte¹⁰¹. Bei den hier untersuchten Produkten partizipiert der Versicherungsnehmer am Handel auf dem Kapitalmarkt und wird vor dessen Nachteilen bewahrt. Dabei lässt sich kein Miteigentums-, bzw. Bruchteilsgemeinschaftsanteil ausmachen, auf den abgestellt werden könnte, in jedem Fall aber ein Anspruch auf Zahlung, dessen Werthaltigkeit gewährleistet wird.

Fraglich ist also, welche Sichtweise zutreffend ist. An dieser Stelle wird deutlich, dass sich das Schutzobjekt der Versicherung letztlich nur über die Betrachtung des maßgeblichen Risikos, dem es ausgesetzt ist, beurteilen lässt.

III. Versicherungsrechtliches Risiko

Risiko beschreibt nach seinem wirtschaftlichen Wortsinn Gefahren, die zu nachteiligen Ereignissen führen können¹⁰². Übersetzt man diese wirtschaftliche Risikobestimmung in rechtliche Form, so ergibt sich dabei, dass eine bestimmte Gefahr im Sinne der Möglichkeit der Entstehung eines Schadens, Bedarfs etc. versichert ist¹⁰³. Ein inhaltlicher Unterschied besteht zwischen wirtschaftlichem Risiko und rechtlicher Gefahr jedenfalls im Kontext der Versicherung nicht. Die Möglichkeit eines Schadens in Gestalt von Wertverlusten entsteht erst durch die Anlage der entsprechenden Teile der Prämie, existiert aber nicht schon unabhängig davon. Entsprechende Gefahren können aber auch aus bestimmten Wagnissen folgen, Tätigkeiten wie Autofahren, Fliegen¹⁰⁴. Ein solches Wagnis stellt auch die Anlage in Vermögensgegenständen dar, die auf einem Markt handelbar sind und deshalb entsprechenden Wertschwankungen und dem Risiko von Kursverlusten ausgesetzt sind. Kern des versicherungstechnischen Risikos ist das sog. Zufallsrisiko, dass selbst bei einer umfassenden Kenntnis der zum Schaden führenden Abläufe der tatsächliche Schadenseintritt nicht vorhergesagt werden kann¹⁰⁵. Die Abläufe, die der konkreten Preisfindung auf den Kapitalmärkten vorausgehen, sind ihrer Natur nach durchaus bekannt, so spielen volkswirtschaftliche Daten eine Rolle, Konjunkturdaten etc., selbst politische Ereignisse, aber auch betriebswirtschaftliche Daten, Quartalsergebnisse etc. Können diese äußeren Ereignisse schon nicht sicher vorhergesagt werden, wird die dadurch entstehende Ungewissheit noch dadurch verstärkt, dass selbst psychologische Prozesse von Bedeutung sind. So kann nicht prognostiziert werden, welche Bedeutung die Marktteilnehmer bestimmten Faktoren beimessen und welche Handlungen sie deshalb entfalten.

Diese für Garantieprodukte maßgebliche Gefahr muss aber auch einem Schutzobjekt zugeordnet werden, wobei zuerst die Lebensversicherung in den Blick genommen werden kann.

¹⁰¹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 70; so auch Lorenz in Versicherungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 84.

¹⁰² Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 6.

¹⁰³ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 95.

¹⁰⁴ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 6.

¹⁰⁵ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 8.

1. Leben

Da der Todeszeitpunkt unsicher ist, ergeben sich daraus nach allgemeiner Auffassung die beiden biometrischen Risiken des frühzeitigen Todes, der das Vorhaben, einen bestimmten Kapitalbetrag anzusammeln, zu durchkreuzen vermag, und umgekehrt der Langlebigkeit, wenn das vorhandene Kapital nicht ausreicht, den dadurch entstehenden Mehrbedarf zu decken¹⁰⁶. Insbesondere hinsichtlich der Betrachtung des biometrischen Risikos ist es nicht von Bedeutung, aus der Sicht welcher Rechtsdisziplin sie erfolgt¹⁰⁷. Das Kapitalanlagerisiko ist an sich eindeutig nicht biometrischer Natur.

Nicht völlig abwegig ist aber die Frage, ob eine Lebensversicherung nicht auch unabhängig von einem biometrischen Risiko vorliegen kann. Insofern könnte man etwa davon ausgehen, dass eine Lebensversicherung nicht nur biometrische Risiken, sondern das allgemeine Risiko absichert, dass dem Versicherungsnehmer nicht der Kapitalbedarf, den sein konkretes, einzigartiges Leben zu einem bestimmten Zeitpunkt mit sich bringt, zur Verfügung steht. Auch der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, ein Leitbild der Lebensversicherung, das den Anwendungsbereich eingrenzen könnte, zu definieren¹⁰⁸. Stattdessen hat er maßgeblich aber auf die Kapitalsammelfunktion der Lebensversicherung hingewiesen, dass der Versicherungsnehmer im Rahmen dieser Versicherung Beiträge erheblichen Umfangs leistet und der Versicherer eben deshalb auch Summen erheblichen Umfangs am Kapitalmarkt anlegt¹⁰⁹. Das gibt auf den ersten Blick der Annahme Vorschub, dass die Lebensversicherung Vermögensschutz nicht vor bestimmten Gefahren bietet, sondern eine allgemeine Absicherung gegen alle denkbaren Risiken bietet, die nicht von speziellen Regelungen erfasst werden und mit einer Kapitalbildung einhergehen. Systematisch spricht dagegen aber die Aufteilung des VVG in einen allgemeinen und einen besonderen Teil, wobei die besonderen Regelungen zur Lebensversicherung nach §§ 151, 161, 162 VVG eben doch auf biometrische Risiken zugeschnitten sind. Der Gesetzgeber hebt anfänglich auch die Funktion der Angehörigen- und Altersvorsorge hervor¹¹⁰.

2. Mittelbarer Vermögensbezug des Lebens

Fraglich ist aber, ob nicht das Kapitalanlagerisiko unselbstständiger Annex des biometrischen Risikos ist, wenn letzteres innerhalb des Vertrags abgesichert wird. Dafür spricht das zugehörige Schutzobjekt, das unmittelbar das Rechtsgut Leben, mittelbar aber das Vermögen ist. Mindestvoraussetzung für eine solche Annahme muss sein, dass die Kapitalabsicherung sich überhaupt auf die Vorsorge gegen biometrische Risiken auswirkt.

a) Langlebigkeit allgemein

Für die Höhe einer zu zahlenden Rente ist neben dem Rentenfaktor auch die Höhe des bei Rentenbeginn zur Verfügung stehenden Kapitals von maßgeblicher Bedeutung. Insofern wirkt sich eine Kapitalgarantie positiv aus. Rechtlich könnte statt einer Regelung, in deren

¹⁰⁶ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 1 f.; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377; BFH, Urteil vom 09.11.1980, VI R 164/86, BFHE 163, 53.

¹⁰⁷ Winter, VersR 2004, 8, 10.

¹⁰⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 51.

¹⁰⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 50.

¹¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 50.

Rahmen beide Risiken nebeneinander abgesichert werden, ein einheitlicher Lebensversicherungsvertrag vorliegen, bei dem sich der Lebensversicherungscharakter auch auf die Absicherung gegen Kapitalmarktrisiken erstreckt. An dieser Stelle muss auf allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze abgestellt werden. So besteht die Grundannahme darin, dass sich Vertragstypen aus der gesetzlichen Normierung im BGB und anderen Gesetzen ergeben, so dass ihrem Zweck nach einem dieser Typen entsprechende Vereinbarungen eigenständige Verträge bilden¹¹¹. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt ein atypischer Vertrag vor, wenn sich der Vertragsinhalt überhaupt nicht einem normierten Vertragstyp zuordnen lässt, oder ein gemischter Vertrag, wenn mehrere gesetzliche Vertragstypen einschlägig sind¹¹². So könnten die §§ 150 ff. VVG eine spezielle Regelung für kapitalbildende Produkte darstellen. Dennoch wird hier ganz überwiegend davon ausgegangen, dass das Sparelement nicht der Versicherung unterfalle, sondern ein gemischter Vertrag vorliege¹¹³. Weder aus der Nennung in § 169 Abs. 4 VVG noch der in Teil A Nr. 21 Anlage VAG ergibt sich jedoch, dass alle wirtschaftlich als fondsgebundene Lebensversicherung bezeichneten Produkte automatisch als Versicherung einzustufen sind¹¹⁴. Lediglich der BFH ist in einer Entscheidung einmal davon ausgegangen, dass hinsichtlich des Sparanteils kein gemischter Vertrag gegeben sei, sondern ein untypischer Versicherungsvertrag, für den die Regeln des VVG umfassend gelten¹¹⁵. Dafür könnte sprechen, dass mit einer Regelung wie § 169 VVG eine spezielle, über das Lebensversicherungsrecht als solches hinausgehende gesetzliche Regelung geschaffen wurde. Eine solche spezialgesetzliche Regelung vermag einen neuen Vertragstypus aber nur zu begründen, wenn er überhaupt als Einheit normiert ist, wofür ein eigenständiger Zweck verfolgt werden müsste. Dies ist, wie oben ausgeführt, aber nicht der Fall, der Gesetzgeber ist vielmehr nur davon ausgegangen, dass die Absicherung gegen ein biometrisches Risiko in vielfältigen wirtschaftlichen Formen erfolgen kann, hat aber den Kern nicht in Frage gestellt¹¹⁶. Im Gesetzgebungsverfahren ist man ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die Kapitalanlage in der Lebensversicherung nur eine weitere Nebenpflicht darstelle, die mit § 1 VVG durchaus in Einklang stünde¹¹⁷. Die Todesfallabsicherung setzt immer eine Leistung in einer gewissen Höhe voraus, hingegen muss bei einer Rentenzusage nur ein Rentenfaktor versprochen werden, ohne dass klar sein müsste, auf welchen Kapitalbetrag sich dieser bezieht. Die Kapitalabsicherung stellt also auch von ihrem objektiven Zweck her nicht eine bloße Erweiterung der Rentenzusage dar, da beide Absicherungen völlig unabhängig voneinander vorliegen können. Sofern bestimmte Leistungsteile kein biometrisches Risiko betreffen, muss auch nicht eine Lebensversicherung bestehen, systematisch kann ein gemischter Vertrag vorliegen, auf dessen kapitalbildenden Teil spezielle Regelungen Anwendung finden. Das VVG enthält eine Vielzahl von Vertragstypen, wobei sich die einzelnen Versicherungsvertragstypen darin unterscheiden, dass sie unterschiedliche Risiken absichern. Das VVG gilt hinsichtlich seines allgemeinen Teils aber auch für Versicherungen, die keine ausdrückliche Regelung erfahren¹¹⁸. Das hier

¹¹¹ Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 24; Emmerich in MüKo, § 311, Rn. 39 ff. allgemein; speziell Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 380.

¹¹² Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 28.

¹¹³ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 380; Winter, VersR 2004, 8, 12.

¹¹⁴ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381, weiterhin Fn. 18.

¹¹⁵ BFH, Urteil vom 17.11.1970, II 160/64, Rz. 13, BFHE 100, 545.

¹¹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 51.

¹¹⁷ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19.4.2004, S. 8 1.2.2.1.1, herunterladbar unter www.hzv-uhh.de.

¹¹⁸ Beckmann in Bruck/Möller, Einf. A, Rn. 18.

in Frage stehende Kapitalmarktrisiko könnte also einem BGB-Vertragstyp unterfallen, aber auch Versicherungscharakter haben, wobei es dann aber einer Regelung im besonderen Teil fehlen würde. Somit liegt grundsätzlich ein gemischter Vertrag vor, wenn biometrisches Risiko und Kapitalmarktrisiko gleichzeitig abgesichert werden.

Eine Besonderheit stellen aber Rentenversicherungsverträge nach dem AltZertG dar, bei denen § 1 Abs. 1 Nr. 3 AltZertG dem Anbieter vorschreibt, zuzusagen, dass „zumindest die eingezahlten Altersvorsorgebeiträge für die Auszahlungsphase zur Verfügung stehen“. In der Literatur hat dies die Würdigung gefunden, dass wegen der Geltung auch für Banken keine spezielle Regelung für Lebensversicherungen vorliegen könne¹¹⁹. Auch die BaFin geht davon aus, dass hier eine „besondere Form der Rentenversicherung“ vorliege, hält aber aufsichtsrechtlich die Zulassung für die Sparte Leben für ausreichend¹²⁰. Die Auszahlungsphase ist aber, wie sich aus Nr. 4 ergibt, im Wesentlichen eine Rentenphase. Dabei ist aber auch vorgesehen, dass 30% des Kapitals „außerhalb der monatlichen Leistungen“ ausgezahlt werden können, allerdings nur zu Beginn der Auszahlungsphase, nunmehr nach Vollendung des 62. Lebensjahres. Dies entspricht gerade nicht einer privaten Rentenversicherung. Auch Versicherern steht die Möglichkeit offen, an Stelle von Rentenversicherungen Produkte mit Auszahlungsplänen anzubieten, letztlich als Kapitalisierungsgeschäft nach § 1 Abs. 4 S. 2 VAG – auch um Teilkapitalzahlungen zu ermöglichen¹²¹. Teilkapitalzahlungen sind mit Rentenversicherungen nicht vereinbar, wie sich aus der Differenzierung in § 1 S. 1 Nr. 4 a) AltZertG ergibt¹²². Noch deutlicher zeigt die Divergenz zur Lebensversicherung die Förderung selbstgenutzten Immobilienvermögens, die gerade das Langlebigkeitsrisiko nicht passgenau absichert, wenn man von der Möglichkeit ausgeht, dass die Immobilie untergeht oder verfällt, bevor der Versicherungsnehmer stirbt. Das AltZertG soll Grundlage einer privaten Altersvorsorge sein, die teilweise die gesetzliche Rentenversicherung substituiert und deshalb steuerlich gefördert wird¹²³. Es soll sichergestellt werden, dass die Mittel aufgebracht werden können, die nötig sind, um den gewohnten Lebensstandard nach Eintritt in den Altersruhestand annähernd zu halten¹²⁴. Das wiederum stellt nichts völlig Neues dar, so wurde bereits vorher die Unterscheidung von Lebensversicherern und Pensionskassen damit begründet, dass letztere wegfallendes Erwerbseinkommen kompensieren¹²⁵. Letztlich gilt das AltZertG nach § 1 Abs. 2 nicht nur für Versicherungen, sondern unter anderem auch für Einlagengeschäfte von Banken und Fondsgeschäfte von Kapitalanlagegesellschaften. Dies spricht dagegen, in dem AltZertG eine spezielle Regelung für Lebensversicherung zu sehen, ändert aber nichts daran, dass die Regelungen zur Lebensversicherung auch insofern herangezogen werden müssen¹²⁶. Damit besteht eine vergleichbare Konstellation wie beim Geschäftsbesorgungsvertrag, der gerade mal drei, nicht sehr weitreichende Normen auf-, und ansonsten auf andere

¹¹⁹ Baroch Castellvi, FS Wälder, 3, 6, weshalb das AltZertG und das VVG nebeneinander anzuwenden sein.

¹²⁰ BZSt, AltZertG-Kommentar, S. 13, herunterladbar unter www.bzst.de.

¹²¹ Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 23.

¹²² Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 23.

¹²³ Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu den Gesetzentwürfen zum Altersvermögensgesetz, BT-Drs. 14/5150, S. 38.

¹²⁴ So ausdrücklich die Gesetzesmaterialien: Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu den Gesetzentwürfen zum Altersvermögensgesetz, BT-Drs. 14/5150, S. 38; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Eigenheimrentengesetz, BT-Drs. 16/8869, S. 16.

¹²⁵ Dazu Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 47.

¹²⁶ Baroch Castellvi, FS Wälder, 3, 6.

Vertragstypen verweist – dennoch ist er eigenständig¹²⁷. Dem Geschäftsbesorgungsvertrag wird üblicherweise der Zusatz „mit Dienstleistungscharakter“ etc. angehängt.

Insofern könnten sich Garantieprodukte, die dem AltZertG unterfallen, als Altersvorsorgeverträge mit Lebensversicherungscharakter darstellen, die eine einheitliche vertragstypische Leistung umfassen, der eine Garantie immanent und nicht bloß zugefügt ist. Dafür spricht schon der Wortlaut, dass „die eingezahlten Altersvorsorgebeiträge für die Auszahlungsphase zur Verfügung stehen“ müssen. Insbesondere ist eine Beitragserhaltszusage in der Form neu, dass sie auch dann besteht, wenn nicht eine entsprechende Kapitalanlage gewählt wird. Die Zusage gilt weiterhin auch nur für die in Nr. 4 im Einzelnen geregelte, oben dargestellte Altersvorsorgeleistung, gilt also nicht im Fall einer vorzeitigen Kündigung¹²⁸. Kapitalwahlrechte sind auch nicht statthaft. Hier können beide Teile also nicht unabhängig voneinander bestehen, beide sind vielmehr vollständig ineinander verschränkt. Die Garantie nach AltZertG bezweckt, die Sicherheit und Planbarkeit der Altersvorsorge für den Anleger zu gewährleisten¹²⁹. Insofern ist ein Kapitalmarktbezug unschädlich, sofern er dem Altersvorsorgezweck nicht entgegensteht, ihm kommt aber keine eigenständige Bedeutung zu. Dies entspricht auch dem Zweck, allgemein die Grundlage für materiellen Wohlstand im Alter zu legen, was auch durch eine Absicherung gegen Langlebigkeit geschehen kann. Deshalb ist nicht von mehreren Pflichten des Versicherers auszugehen, sondern von einer Pflicht zur Altersvorsorgeleistung, die im Kern eine Rentenleistung ist, die qualitativ erweitert ist. Folglich ist die Kapitalgarantie hier ein unselbstständiger Annex zur biometrischen Absicherung im Rahmen einer Altersvorsorgezusage und weist damit Lebensversicherungscharakter auf.

b) Todesfall

Die Todesfalleistung wird auch bei fondsgebundenen Versicherungen unabhängig vom Wert des Anlagestocks gewährt¹³⁰. Dabei zeigt sich, dass die Todesfalleistung regelmäßig auch bei Garantieprodukten unabhängig von der Kapitalgarantie durch gesonderte Risikobeiträge sichergestellt wird, wie bei jeder normalen gemischten Lebensversicherung auch. Einzig bei Variable Annuities kann aus dem Katalog der modulförmig angebotenen Garantieelementen auch eine Todesfalleistung gewählt werden, die über ein Hedging abgesichert wird. Die Besonderheit gegenüber herkömmlichen Versicherungsprodukten liegt dabei also gerade nicht in der Leistung (IV., V., VI.), sondern ihrer Absicherung (VII.). Hier fallen jedenfalls beide Aspekte des Kapital- und Todesfallschutzes derart zusammen, dass ein einheitliches Lebensversicherungsversprechen vorliegt.

3. Vermögenswert als solcher

Hingegen können Garantien, die sich nicht auf Todesfalleistungen oder Leistungen nach dem AltZertG beziehen, wenn überhaupt, allenfalls Versicherungscharakter eigener Art haben, eine Versicherung gegen Kapitalmarktrisiken darstellen. *Dreher/Schmidt* verneinen den Versicherungscharakter, wenn die Rückzahlung der geleisteten Beiträge garantiert wird: So bestehe keine Gefahr in dem Sinne, dass eine ungewisse Möglichkeit der Durchkreuzung eines Vermögensgestaltungsziels in Betracht zu ziehen sei¹³¹. Insbesondere könne nicht auf

¹²⁷ Martinek in Staudinger, § 675, Rn. A1.

¹²⁸ BZSt, AltZert-Kommentar, S. 10; Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 22.

¹²⁹ Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 21.

¹³⁰ § 1 Abs. 7 „Allgemeine Bedingungen für die fondsgebundene Lebensversicherung“ des GDV.

¹³¹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 379.

den bloßen Ablauf der Vertragszeit abgestellt werden, da dieser nicht ungewiss sei und außerdem auch nicht nachteilig für den Versicherungsnehmer¹³². Dieser Einwand scheint darauf abzuzielen, dass der Versicherungsnehmer Zahlungen an den Versicherer leistet, um im Rahmen desselben Vertragsverhältnisses später mindestens denselben Betrag zurückzuerhalten. Dies kann im Rahmen der Frage relevant sein, ob der wirtschaftliche Risikotransfer versicherungsrechtlicher Natur ist, wenn das Schutzobjekt in Form von Beiträgen an den Versicherer transferiert wird. Da allen fondsgebundenen Produkten gemein ist, dass eine Geldanlage des Versicherungsnehmers am Kapitalmarkt erfolgt, der Wertschwankungen unterliegt, erscheint es aber fernliegend, bereits die Existenz eines Risikos als solches als zweifelhaft anzusehen. Somit ist zweifelslos die Gefahr von Kursverlusten gegeben.

Jedoch muss für jede Versicherung auch eine Bestimmung des maßgeblichen Versicherungsfalles geleistet werden, der die Leistung des Versicherers zur Folge hat. Rechtlich haben Risiko bzw. Gefahr auch insofern Bedeutung, als der Beginn der Verwirklichung derselben den Eintritt des Versicherungsfalles darstellt¹³³. Die Verwirklichung der Gefahr muss insgesamt oder jedenfalls hinsichtlich der Frage ungewiss sein, wann er während der Vertragsdauer eintritt¹³⁴. Nun ergibt sich aber bei Garantieprodukten das Problem, dass Kursschwankungen und auch Kursverluste kein besonderes Ereignis darstellen, sondern den Normalfall. Bei einer Aktienfondsanlage liegt die Volatilität in der Natur der Sache und ist auch nicht ungewiss. Selbst wenn Verluste eintreten, können diese durch spätere Kursgewinne wieder ausgeglichen werden. Deren Ausschaltung ist aber auch nicht Gegenstand der Garantie: Diese bezieht sich vielmehr darauf, dass zum vereinbarten Zeitpunkt der bestimmte Geldbetrag zur Verfügung steht. Dazu ist entschieden worden, dass unter den Versicherungsbegriff nicht bloße Instandhaltungsverträge fallen, da das Erfordernis einer Instandhaltung nicht in dieser oben geschilderten Weise fragwürdig ist, sofern die Häufigkeit oder Höhe von Schäden nicht unklar ist¹³⁵. Die Ungewissheit kann sich also durchaus auch auf die Höhe eines Schadens erstrecken¹³⁶. Ob die Fondsanlage die Höhe dieses Betrags aufweist oder insoweit ein Schaden und wenn ja, in welcher Höhe entstanden ist, ist durchaus unklar. Somit kommt man nicht umhin, für die Festlegung des Versicherungsfalles auf einen bestimmten Zeitpunkt abzustellen. Dies muss nicht unbedingt bedeuten, dass die Garantie nur endfällig gewährt wird. So ist es auch möglich, auf mehrere Zeitpunkte abzustellen, wie etwa bei Variable Annuities durchaus üblich.

Fraglich ist jedoch, was für Produktgestaltungen zu gelten hat, bei denen eine solche Risikoabsicherung erst nach Vertragsschluss, während der Vertragslaufzeit vereinbart wird oder umgekehrt eine solche Risikoabsicherung eingestellt wird. Insofern kann auf die Grundsätze abgestellt werden, die für Renten-, bzw. Kapitalwahlrechte gelten. Regelmäßig steht und fällt der Versicherungscharakter in diesem Zusammenhang damit, dass der Versicherungsnehmer sich für die Rentenzahlung entscheidet. Für Wahlrechte gilt dabei vertragsrechtlich, dass sie ein Ersetzungsrecht darstellen und den Vertragscharakter unter Umständen verändern, aber dies nur ex nunc¹³⁷. Hingegen steht die Vereinbarung von

¹³² Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 379.

¹³³ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 95.

¹³⁴ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn.37; Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 36; Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 20.

¹³⁵ BVerwG, Urteil vom 19.06.1969, I A 3.66, Rz.21, VersR 1969, 819, 820.

¹³⁶ Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 36; Looschelders in Looschelders/Pohlmann, Vorbemerkung A, Rn. 5.

¹³⁷ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 379.

Kapitalwahlrechten dem Vorliegen einer Versicherung im aufsichtsrechtlichen Sinn nicht entgegen, da der Bestand jeden Vertrags grundsätzlich vom Parteiwillen abhängig ist¹³⁸.

IV. Transfer des Schutzobjektes

Indem man der Frage nachgeht, in welcher Weise die Versicherung nun das maßgebliche Risiko „übernimmt“, lässt sich eine Abgrenzung zu anderen Vertragstypen erzielen. Betrachtet man die hier maßgeblichen Produkte, scheint der Versicherungsnehmer dem Versicherer mit den entsprechenden Sparanteilen der Prämie der Versicherung bereits das Schutzobjekt als solches zu transferieren. Darauf scheinen *Dreher/Schmidt* abzielen, wenn sie meinen, es fehle damit entsprechenden fondsgebundenen Produkten an der notwendigen Ungewissheit. Vor allem aber bei konventionellen Lebens-, und Rentenversicherungen wird garantierten Erlebensfalleistungen der Versicherungscharakter abgesprochen, da die Leistung nicht für den Fall eines ungewissen Ereignisses, sondern ohne Weiteres nach Ablauf einer bestimmten Zeit gewährt wird und sich damit als Sparvertragsselement darstellt¹³⁹. So könne die Kapitalanlage unter Zugrundelegung eines Mindestzinses auch von einer Bank versprochen werden könne, weshalb dieses Merkmal nicht typbildend für eine Versicherung sei¹⁴⁰.

Insofern könnte also eine Abgrenzung zum Vertragstyp Spargeschäft möglich sein. Der Begriff des Sparvertrags erweckt dabei den Eindruck, dass insofern gar kein Risiko mehr besteht und es deshalb am Versicherungscharakter fehlt. Dabei wird aber außer Acht gelassen, dass auch für die Garantien bei konventionellen Produkten eine Anlage in Aktien und vor allem Anleihen erfolgt, was mit einem entsprechenden Anlagerisiko verbunden ist. Fehlt es also nicht zwangsläufig an einem Risiko, kann sich eine Abgrenzung zum Sparvertrag nur über Unterschiede in der Zurechnung desselben ergeben. Im Rahmen von Versicherungen ist das Sparelement zeitlich befristet, kann aber durch eine Kündigung zum Wegfall gebracht werden. Verzinsliche Termineinlagen, die auf Zeit fest angelegt sind oder unter Einhaltung einer Frist gekündigt werden müssen, stellen echte Darlehensverträge dar¹⁴¹. Beim Darlehensvertrag liegt das wesentliche Risiko für den Darlehensgeber in der Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers¹⁴², hingegen trägt das Anlagerisiko als auch umgekehrt die damit einhergehende Chance vollständig der Darlehensnehmer¹⁴³. Der Sparer begibt sich also des Kapitals, indem er es mitsamt allen Chancen und Risiken seiner Anlage auf den Versicherer überträgt. Dessen wirtschaftlicher Sphäre ist es nunmehr zugeordnet. Insofern findet also nur ein Vermögenstransfer statt, ein Risiko trägt originär nur der Darlehensnehmer. Mangels Schutzobjekt als Gegenstand des Risikos kann keine Versicherung bestehen. Im Ergebnis kann also zum Zweck der Abgrenzung zum Sparvertrag das Erfordernis aufgestellt werden, dass das Schutzobjekt beim Versicherungsnehmer verbleiben muss. Eine garantierte Renditeleistung begründet nach allgemeiner Ansicht im Rahmen von konventionellen Produkten also eben gerade deshalb keinen Versicherungscharakter, weil das diesbezügliche, nicht zwangsläufig geringere

¹³⁸ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 383.

¹³⁹ BFH, Urteil vom 17.11.1970, II 160/64, Rz. 7, BFHE 100, 545; im Ergebnis auch Schünemann, JZ 1995, 430, 431.

¹⁴⁰ Schwintowski, JZ 1996, 702, 709.

¹⁴¹ Weidenkaff in Palandt, Vor § 488, Rn. 23; Sprau in Palandt, § 700, Rn. 1; Freitag in Staudinger, § 488, Rn. 51; Martinek in Staudinger, § 675, Rn. B 43.

¹⁴² Freitag in Staudinger, § 488, Rn. 33.

¹⁴³ Freitag in Staudinger, § 488, Rn. 35, 70.

Kapitalanlagerisiko den Versicherer, nicht aber den Versicherungsnehmer trifft, für den insofern wegen der Garantie gerade keine Ungewissheit besteht¹⁴⁴.

Weiterhin ist aber zu klären, welche Konsequenzen ein solches Erfordernis für die hier maßgeblichen Produkte hat. Dafür ist eine Zuordnung des Kapitalanlagerisikos maßgeblich, das beim Versicherungsnehmer und nicht beim Versicherer begründet liegen muss.

1. Deckungsstock

Bei statischen Hybridprodukten erfolgt im Hinblick auf die Garantie eine Anlage im Deckungsstock des Versicherers wie bei konventionellen Lebensversicherungen. Der Versicherer legt das Kapital an. Allerdings ergibt sich ein Unterschied zum herkömmlichen Sparvertrag, als der Versicherungsnehmer an den Überschüssen profitiert, dieser also Chancen wahrnimmt, die eigentlich im Rahmen eines Einlagengeschäfts dem Versicherer zustehen müssten. Teilweise wird ein Versicherungsvertrag vor allem deshalb als Geschäftsbesorgungsvertrag verstanden, bei dem die Prämie nur hinsichtlich des Verwaltungskostenanteils die Gegenleistung für die Leistung des Versicherers darstellt, die Gefahrgemeinschaft zu organisieren, indem die individuellen Risiken kollektiviert werden¹⁴⁵. Diese Auffassung ist im vorliegenden Zusammenhang nur deshalb von Interesse, als sie dafür sprechen könnte, dass hinsichtlich der Kapitalanlage eben doch kein Transfer des Gegenstandes erfolgt, da die Kapitalanlage den Versicherungsnehmern in ihrer Verbindung als Gefahrgemeinschaft zuzurechnen ist. Die Annahme einer „Gefahrgemeinschaft“ als solcher lässt sich aber in keiner Weise herleiten, so bildet die Versichertengemeinschaft kein Rechtssubjekt und es liegt auch gegenständlich keine Gemeinschaft nach §§ 741 – 758 BGB vor¹⁴⁶. Allerdings will sich diese Auffassung auch gar nicht so verstanden wissen, dass im Rahmen einer Rechtsgemeinschaft quasi die Risiken auf diese übertragen werden¹⁴⁷. Vielmehr nehme der Versicherer die Interessen der Versichertengemeinschaft hinsichtlich des Vermögensbestandes nur treuhänderisch wahr, was insbesondere auch für die Kapitalanlage gelte, die im Rahmen eines Investmentgeschäfts erfolge¹⁴⁸. Bei der Treuhand sind dem Treuhänder nach außen durchaus Rechte oder Rechtsmacht eingeräumt, deren Ausübung aber der Bindung an den Treugeber über den schuldrechtlichen Treuhandvertrag unterfällt, so dass das rechtliche Können weiter geht als das rechtliche Dürfen¹⁴⁹. Jedenfalls bei der Vollrechtstreuhand ist der Treuhänder also uneingeschränkter Rechtsinhaber¹⁵⁰. Somit ist der Anlagegegenstand also danach formell-rechtlich dem Treuhänder – dem Versicherer –, aus wirtschaftlicher Sicht aber dem Versicherungsnehmer zuzuordnen, der Chancen und Risiken der Anlage trägt. Für die Bestimmung eines Typus sind aber in erster Linie die empirisch beobachtbaren Geschäftsmodelle entscheidend, sofern der Gesetzgeber in Reaktion darauf nicht ausnahmsweise eine abweichende Regelung erlässt¹⁵¹. Somit kann es nur auf die wirtschaftliche Zuordnung ankommen, ein anderes Verständnis lässt sich auch aus § 1 VVG nicht entnehmen. Deshalb wäre das Anlagevermögen hier der Sphäre des Versicherungsnehmers zuzuordnen, was dagegen spricht, der konventionellen Anlage im

¹⁴⁴ Winter, VersR 2004, 8, 12.

¹⁴⁵ Schünemann, JZ 1995, 430, 432.

¹⁴⁶ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 22; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 10.

¹⁴⁷ Schünemann, JZ 1995, 430, 431.

¹⁴⁸ Schünemann, JZ 1995, 430, 431.

¹⁴⁹ Schramm in MüKo, Vor § 164, Rn. 28; Ulmer in MüKo, § 705, Rn. 84.

¹⁵⁰ Schramm in MüKo, Vor § 164, Rn. 33.

¹⁵¹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 15; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S 294.

Rahmen auch von statischen Hybridprodukten an dieser Stelle bereits den Versicherungscharakter abzusprechen.

Diese Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages wird allerdings überwiegend abgelehnt und davon ausgegangen, dass der Versicherungsvertrag einen Vertrag sui generis darstelle¹⁵². Kritik an der Geschäftsbesorgungstheorie setzt vor allem daran an, dass die Art und Weise der Risikoübernahme durch die Versicherung nicht richtig erfasst werde. Gegen die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages spreche, dass sich eine schuldrechtliche Leistungsverpflichtung auf eine konkrete Leistung beziehen müsse¹⁵³. Die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages bedinge dementsprechend als Voraussetzung, dass dafür ein eigenes Geschäft des Geschäftsherrn auf den Geschäftsführer übertragen werden müsse¹⁵⁴. Dabei sei schon fraglich, ob sich die Last, ein Risiko übernehmen zu müssen, überhaupt als Geschäft begreifen lasse¹⁵⁵. Ausschlaggebend sei aber, dass gerade diese Last nicht auf den vermeintlichen Geschäftsherrn übertragen werde, der dafür ein ganz anderes trage, nämlich auf dem Gesetz der großen Zahl kalkulieren zu müssen¹⁵⁶. Hier wird vor allem mit Begrifflichkeiten argumentiert. Da sich die Organisation eines Risikokollektivs begrifflich aber durchaus als fremdes Geschäft begreifen lässt, überzeugt diese Kritik nicht sonderlich¹⁵⁷. Entscheidend kann nur sein, dass der Versicherungsnehmer im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages das wirtschaftliche Risiko tragen müsste, bis hin zu Nachschusspflichten, §§ 670, 675 BGB¹⁵⁸. Der Versicherungsnehmer trägt dieses wegen der Garantieverzinsung aber gerade nicht, kommt aber weitgehend in den Genuss der wirtschaftlichen Chancen. Die Überschussbeteiligung des Versicherungsnehmers spricht demnach für eine Geschäftsbesorgung¹⁵⁹, wird verbreitet aber damit erklärt, dass die Lebensversicherung insofern eine partiarische Versicherung sei¹⁶⁰. Partiarische Rechtsverhältnisse zeichnen sich dadurch aus, dass im Rahmen eines Austauschvertrages keine feste Vergütung vereinbart wird, sondern eine erfolgsbezogene¹⁶¹. Ein partiarisches Darlehen unterscheidet sich dabei von der stillen Gesellschaft wiederum nur durch indizielle Merkmale, zu deren wesentlichen der Ausschluss der Verlustbeteiligung, von Mitverwaltungs-, und Geschäftsführungsrechten und ein Recht zur kurzfristigen Kündigung gehören¹⁶². Diese Merkmale sind allesamt gegeben, so dass die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages entbehrlich ist. Auch der Gesetzgeber ist nicht davon ausgegangen, dass dem Versicherungsvertrag ohne Weiteres

¹⁵² Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 208; Schwintowski, JZ 1996, 702, 703; aus aufsichtsrechtlicher Sicht Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 37

¹⁵³ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 732.

¹⁵⁴ Schwintowski, JZ 1996, 702, 703.

¹⁵⁵ Schwintowski, JZ 1996, 702, 703.

¹⁵⁶ Schwintowski, JZ 1996, 702, 703.

¹⁵⁷ So auch Eppe, VersR 2008, 1316, 1319.

¹⁵⁸ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 208; Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 84.

¹⁵⁹ Schünemann, JZ 1995, 430, 432.

¹⁶⁰ Basedow, ZVersWiss 1992, 419, 438; dagegen Lorenz, ZVersWiss 1993, 283, 297 nur hinsichtlich der daraus gezogenen Schlussfolgerungen, wobei Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 212 die Annahme gerade wegen der weitgehenden Übernahme dieser Schlussfolgerungen durch die Rechtsprechung des BVerfG und den Gesetzgeber bestätigt sieht; zustimmend letztlich auch Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 4.

¹⁶¹ Basedow, ZVersWiss 1992, 419, 437; Ulmer in MüKo, Vor § 705, Rn 107.

¹⁶² Ulmer in MüKo, Vor § 705, Rn 107, 110.

Geschäftsbesorgungscharakter zukomme¹⁶³. Die herkömmliche Anlage bei der Lebensversicherung stellt also keine Geschäftsbesorgung dar.

Selbst wenn der Versicherungsnehmer von einem Misserfolg bei der Kapitalanlage des Versicherers auch betroffen ist, ist dieser nicht aus dem Bereich entsprungen, der ihm wirtschaftlich zuzuordnen ist. Somit fehlt es statischen Hybrid-Produkten am Versicherungscharakter, stattdessen stellen sie Spar-, bzw. Einlagengeschäft dar. Dagegen scheint letztlich nur zu sprechen, dass versicherungsmathematisch gerade keine retrospektive Verzinsung erfolgt, sondern ein zukünftiger bedingter Anspruch auf eine bestimmte Summe besteht, der bei vorzeitiger Kündigung unter prospektiver Berechnung „zurückgekauft“ wird¹⁶⁴. Damit sind aber nur Besonderheiten des Erlebensfallanspruchs im Rahmen der Lebensversicherung angesprochen, die aber an der typologischen Einordnung, die ohnehin keine zwingenden Merkmale oder feste Konturen kennt, nicht entgegenstehen. Dies gilt vor allem deshalb, weil sich prospektive Berechnung und retrospektive Berechnung des Anspruchs von ihren Ergebnissen kaum unterscheiden¹⁶⁵, sich deren Höhe im Wesentlichen nach dem eingezahlten Kapital, dem Garantiezins und der Überschussbeteiligung (als flexibler Verzinsanteil) richtet. Bezeichnenderweise resultieren die großen Konflikte um die Höhe des Rückkaufwertes auch nicht aus der Art und Weise der Berechnung, sondern der Frage, inwieweit die Abschlusskosten angerechnet werden können. Insofern hat der BGH aber gerade typologische Betrachtungen abgestellt, indem er darauf verwiesen hat, dass die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals bei einem Sparprozess nicht ohne Weiteres beschränkt werden könne¹⁶⁶.

2. Investmentfondsanlage

Nunmehr ist zu klären, ob sich aus diesem Aspekt etwas gegen den Versicherungscharakter von Garantien im Rahmen von dynamischen Hybridprodukten oder Variable Annuities herleiten lässt. Beide beinhalten eine Investmentfondsanlage, auf die sich die Garantie erstreckt. An dieser Stelle wird deutlich, dass schon hier der systematische Zusammenhang mit dem Investmentgeschäft zu klären ist, nicht grundsätzlich – dazu unter V. – sondern nur in gegenständlicher Hinsicht, was die wirtschaftliche Zuordnung von Chancen und Risiken angeht. Ein Investmentvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 ff. BGB mit dem Gegenstand einer Dienstleistung¹⁶⁷. Wegen der Besonderheiten des Investmentvertrags wird aber auch davon ausgegangen, dass insofern ein Vertrag sui generis vorliege, jedoch mit einem ausgeprägten Geschäftsbesorgungscharakter¹⁶⁸. Jedenfalls zeichnet sich ein Dienstvertrag – in Abgrenzung zum Werkvertrag – gerade dadurch aus, dass kein Erfolg geschuldet ist und sich nur aufgrund einer Schlechtleistung eine Haftung nach § 280 BGB ergeben kann¹⁶⁹. Folglich trägt weitgehend der Anleger die Risiken der Anlage. Das Sondervermögen steht dem Anleger nach § 30 InvG bzw. nach neuem Recht § 92 KAGB entweder über eine Rechtsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB zu, oder ist dinglich der KAG

¹⁶³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 51.

¹⁶⁴ Engeländer, NVersZ 2002, 436, 437.

¹⁶⁵ Zu diesem Ergebnis kommt auch Engeländer, NVersZ 2002, 438, 439 im Hinblick auf die Bestimmung, die auch jetzt wieder nach § 169 Abs. 3 maßgeblich ist. Entscheidend dafür ist die Identität der verwendeten Rechnungsgrundlagen bei Deckungsrückstellung und Deckungskapital.

¹⁶⁶ So unterstellt selbst Engeländer, NVersZ 2002, 436, dem BGH eine „Analogie zu Sparverträgen“, S. 445.

¹⁶⁷ Baur in Assmann/Schütze, § 20, Rn. 213; Eppe, VersR 2008, 1316, 1320.

¹⁶⁸ Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 115.

¹⁶⁹ Busche in MüKo, § 631, Rn. 9.

zugeordnet, die schuldrechtlich über ein Treuhandverhältnis dazu verpflichtet ist, dem Anleger Erträge und Liquidationserlöse zukommen zu lassen¹⁷⁰. Diese dinglichen Unterschiede haben aber kaum praktische Relevanz, da sich alle Rechtsfolgen aus dem Konstrukt des treuhänderisch verwalteten Sondervermögens ableiten lassen¹⁷¹. Neben den Risiken treffen also auch die Chancen der Anlage einzig den Anleger. Wie bereits dargelegt, kann allein die wirtschaftliche Zuordnung maßgeblich sein, weshalb auch bei einem Treuhandverhältnis das Vermögen dem Treugeber zuzuordnen ist. Die Investmentfondsanlage als solche verbleibt also als potentiell Schutzobjekt einer Versicherung in der wirtschaftlichen Sphäre des Anlegers.

a) Besonderheiten der Investmentfondsanlage im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung

Die Investmentfondsanlage im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung ist aber in einen Versicherungsmantel „eingehüllt“. Die Versicherungsleistung besteht bei einer fondsgebundenen Versicherung in einer Geldleistung in unbestimmter Höhe, je nach dem Wert des Anteils an einem Anlagestock aus Wertpapieren zum Fälligkeitstag¹⁷². So erwirbt der Versicherungsnehmer eben keine Investmentfondsanteile, sondern nur den Anspruch gegen die Versicherung, die ihrerseits entsprechende Anteile erwirbt.

Dies legt den Schluss nahe, dass die fondsgebundene Versicherung der konventionellen gleich nur ein Einlagengeschäft darstellt, das mit einer partiarischen Beteiligung in Höhe einer Fondsbeteiligung verknüpft ist¹⁷³. Bei einer fondsgebundenen Versicherung ist aus Sicht des Anlegers vor allem zu berücksichtigen, dass er mit erheblichen Verlusten rechnen muss. Das partiarische Rechtsverhältnis stellt keinen eigenständigen Vertragstypus dar, sondern ändert beliebige Austauschverträge insofern ab, als statt eines festen Entgelts eine Erfolgsbeteiligung geschuldet ist. Eine Verlustbeteiligung lässt sich damit nicht vereinbaren¹⁷⁴. Dieses Austauschverhältnis kann hier auch nur ein Einlagengeschäft sein. Da der Versicherer an der potentiellen Einlage aber nicht wirtschaftlich partizipiert und folglich überhaupt kein eigenes Interesse hat, wäre die Fondsanlage hier als Austauschverhältnis wirtschaftlich sinnlos. Auch eine Gegenleistung lässt sich nicht immer ausmachen. In dem Fall eines Verlustes würde der Versicherer als vermeintlicher Darlehensnehmer weder einen geschuldeten Zins zahlen noch das Darlehen zurückerstatten, wie in § 488 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen. Die Pflicht zur vollständigen Rückerstattung zählt aber zu den nicht verzichtbaren Merkmalen des Darlehensrechts, so dass eine Verlustbeteiligung damit nicht zu vereinbaren ist¹⁷⁵. Ebenso besteht aufsichtsrechtlich nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG das Erfordernis des Kapitalerhalts, was sich aus dem Begriff der „Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder“ als Gegenstand der Regelung ergibt. Der Rückzahlungsanspruch ist nicht unbedingt, wenn er nicht nur betagt ist oder von einer Kündigung abhängt, sondern von einem ungewissen künftigen Ereignis, weshalb ein Einlagengeschäft nur bei partiarischen Darlehen und bei stillen Gesellschaften, bei denen eine Verlustbeteiligung ausgeschlossen ist, vorliegen

¹⁷⁰ Köndgen/Schmies, in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 119; Baur in Assmann/Schütze, § 20, Rn. 317; Eppe, VersR 2008, 1316, 1320.

¹⁷¹ Köndgen/Schmies, in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 119; Baur in Assmann/Schütze, § 20, Rn. 318.

¹⁷² Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 30.

¹⁷³ Ausdrücklich Basedow, ZVersWiss 1992, 419, 438 f.

¹⁷⁴ So selbst Basedow, ZVersWiss 1992, 419, 438.

¹⁷⁵ Freitag in Staudinger, § 488, Rn. 70 m.w.N.

kann¹⁷⁶. Damit weist die Kapitalanlage im Rahmen einer fondsgebundenen Lebensversicherung nicht den Charakter eines Einlagengeschäfts auf.

Somit kommt nur Geschäftsbesorgungscharakter in Betracht. Dass der Versicherer die Anlagebeträge vereinnahmt, ist insofern unschädlich, als der dingliche Übergang nicht bedeutet, dass der entsprechende Gegenstand auch wirtschaftlich dem Erwerber zugeordnet ist, wie sich am Treuhandverhältnis zeigt¹⁷⁷. Regelmäßig hat der Anleger die Möglichkeit, die Fondsanlage umzuschichten, und nicht zuletzt kann er verlangen, dass er die Fondsanteile statt der entsprechenden Geldleistung erhält¹⁷⁸. Wirtschaftlich wird der Versicherungsnehmer also so gestellt, als hätte er Investmentfondsanteile erworben. Anders als bei der konventionellen Versicherung legt der Versicherer das Geld also nicht selbst an, sondern investiert für Rechnung des Versicherungsnehmers in Investmentfonds. Dabei ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Kapitalanlage in der Lebensversicherung nur eine weitere Nebenpflicht darstelle, die mit § 1 VVG durchaus in Einklang stünde¹⁷⁹. Wie bereits unter C. II. 2. aufgeführt, wurde die Kapitalanlage im Rahmen der konventionellen Lebensversicherung nur als weitere Leistung neben der Versicherung angesehen. Dies muss im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung, bei der die auf die Kapitalanlage bezogene Tätigkeit des Versicherers weit weniger Bedeutung zukommt als bei der konventionellen Lebensversicherung, erst recht gelten. Als solche zusätzliche Nebenleistung wird in diesem Zusammenhang auch auf „Managed-Care“-Produkte hingewiesen¹⁸⁰. Dies bezeichnet allgemein Leistungserweiterungen in der privaten Krankenversicherung, die auf ein umfassendes Gesundheitsmanagement gerichtet sind und sowohl dazu dienen, dem Versicherungsnehmer einen zusätzlichen Service zu bieten, als auch die Effektivität der vom Versicherer finanzierten Leistungen sicherzustellen¹⁸¹. Die Anlage hat auch hier nur den Zweck, Geldanlage und Vorsorge miteinander zu verbinden, nicht weil dies zwingend notwendig wäre, sondern um den Umfang der Vorsorge zu steuern und insbesondere dem Versicherungsnehmer eine Leistung aus einer Hand anzubieten im Sinne eines weiteren Service. Die Versicherung bietet eine zusätzliche Leistung zur Kernleistung, da ihre Auswirkungen auf diese aber lediglich technischer Natur sind, vermag sie diese nicht zu einem aliud zu machen. Erkennt man dies an, lässt sich auf den Grundsatz abstellen, dass sich die Versicherung auf ein Wagnis des Versicherungsnehmers beziehen kann. Dafür spricht auch, dass der Versicherer für den Abschluss von Investmentgeschäften Zahlungen von der Kapitalanlagesellschaft erhält. Dies wäre völlig unproblematisch, wenn der Versicherer diese in seiner Eigenschaft als Vertragspartner erhielte. Ihrem wirtschaftlichen Zweck nach stellen diese Zahlungen aber Provisionen an den Versicherer für seine Vermittlungsleistungen in seiner wirtschaftlichen Eigenschaft als Vertriebskanal dar, und werden dementsprechend auch nur deshalb im Zusammenhang mit der Rückvergütungsproblematik diskutiert¹⁸². Die Fondsanlage durch den Versicherer stellt sich also als bloße Dienstleistung im Rahmen eines Geschäftsbesorgungselements dar, der Versicherer vermittelt und „organisiert“ dem Versicherungsnehmer die Kapitalanlage.

¹⁷⁶ Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 69, Rn. 6b.

¹⁷⁷ So zurecht auch Schönemann, JZ 1995, 430, 431.

¹⁷⁸ Schneider in Prölss/Martin, Vor §150, Rn. 30; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 54 b, Rn. 1; so auch § 1 Abs. 8 „Allgemeine Bedingungen für die Fondsgebundene Lebensversicherung“ des GDV.

¹⁷⁹ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19.4.2004, S 8 1.2.2.1.1, herunterladbar unter www.hzv-uhh.de.

¹⁸⁰ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19.4.2004, S 8 1.2.2.1.1.

¹⁸¹ Höke in Versicherungsrechts-Handbuch, § 19, Rn. 33.

¹⁸² Dazu zuletzt Witter/Weber, VersR 2011, 1103, 1105.

Insofern erbringt der Versicherer also eine Dienstleistung nach § 611 BGB im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags.

b) Auswirkungen der Garantie

Anders als bei der fondsgebundenen Versicherung liegen aber bei Garantieprodukten die Risiken der Anlage nicht mehr beim Anleger, sondern beim Versicherer. Deshalb scheint die Annahme eines Einlagengeschäfts nicht am fehlenden Rückzahlungs-, und Verzinsungsanspruch zu scheitern. Aber auch bei Garantieprodukten sagt der Versicherer eine jährliche Verzinsung gerade nicht zu, sondern verspricht zu bestimmten Zeitpunkten oder bei Endfälligkeit des Vertrages eine bestimmte Leistung, der eine bestimmte jährliche Verzinsung als Rechnungsgrundlage zu Grunde liegt. Nimmt der Anleger also sein vertraglich eingeräumtes Kündigungsrecht wahr, gilt keine Garantiezusage, so dass es wiederum am Darlehens-, bzw. Einlagencharakter fehlt. Ein partiarisches Darlehen liegt also gerade nicht vor. Eine stille Gesellschaft wiederum setzt voraus, dass die Kapitalüberlassung zum Zweck erfolgt, ein Handelsgewerbe zu betreiben, wobei dem stillen Gesellschafter Kontrollrechte nach § 233 HGB zustehen¹⁸³. Aber selbst die gemeinsame Kapitalanlage stellt keine Gewerbetätigkeit im Sinne des HGB dar, auch Kontrollrechte stehen dem Anleger nicht zu.

Stattdessen ist zu berücksichtigen, dass der eben beschriebenen Dienstleistungstätigkeit bei Hinzutreten einer Garantie derselbe Zweck einer Dienstleistung zukommt wie ohne. Dies zeigt sich schon an der theoretischen Möglichkeit, dass der Versicherungsnehmer eine Kapitalanlage selbst tätigt und diese erst nachträglich gegen Verlust sichern lässt. Somit liegen zwei typenverschiedene Leistungspflichten vor, wobei die Garantie eindeutig keine Dienstleistung darstellt. Somit fallen beide Pflichten im Rahmen eines typengemischten Vertrags zusammen. Unter dieser Annahme ist es aber nicht überzeugend und dürfte einen logischen Widerspruch darstellen, einerseits zwischen Vertragsteilen wegen unterschiedlichen Vertragstypen zu differenzieren und andererseits aus einem Leistungsteil Rückschlüsse für den Vertragstyp des anderen Leistungsteils zu ziehen.

Somit ergibt sich jedenfalls an dieser Stelle kein Anlass, den beiden Produkten den Versicherungscharakter abzusprechen.

3. With-profit-Funds

Diese Erwägungen könnten dann auch für eine With-profit-Police gelten, da auch insofern den Anlegern eine Beteiligung an einem Investmentvermögen eingeräumt wird, von dessen Erträgen einzig sie profitieren. Andererseits lässt sich das Vermögen nicht vollständig individuell der Gesamtheit der Anleger zurechnen. Vielmehr entlässt der Anleger die Mittel aus seinem Herrschaftsbereich und überführt sie in den des Versicherers, überlässt sie dessen sehr weitgehendem Ermessen, ohne dass Vorgaben für die Art und Weise der Kapitalanlage bestünden oder für die Zuordnung der Erträge. Insofern stellt sich die With-profit-Police als Mischung aus konventionellen und fondsgebundenen Produkten dar, deren Kapital wirtschaftlich im einen Fall dem Versicherer und im anderen Fall den Versicherungsnehmern zuzuordnen ist. Dies macht hier eine eigenständige Untersuchung der gegenständlichen Zuordnung erforderlich. In einem anderen, die Besteuerung der Versicherer betreffenden Zusammenhang ist die Eigenart dieser Produkte schon untersucht

¹⁸³ Wagner in Assmann/Schütze, § 17, Rn. 13; Freitag in Staudinger, § 488, Rn. 70.

worden. So handele es sich bei dem „Fund“ nicht um ein Sondervermögen nach § 30 InvG bzw. § 92 KAGB, aber auch um ein vom übrigen Vermögen des Versicherers getrennt verwaltetes Vermögen¹⁸⁴. Inhaltlich lasse sich das Vermögen zwar nicht unmittelbar individualvertraglich allen vorhandenen Versicherungsnehmer anteilmäßig zuordnen, da der darauf bezogene Nominalwert von dem der Glättung unterliegenden Gesamtvermögen zu unterscheiden sei, aber auch dieses stehe vollständig der Gesamtheit der Anleger zu¹⁸⁵. Dies spricht dafür, dass kein Einlagengeschäft vorliegen kann. Die Trennung der Vermögensmassen betrifft aber eher bilanzielle Aspekte formeller Art. Beließe man es aber dabei, würde man anerkennen, dass letztlich der wirtschaftlich kaum ins Gewicht fallende Aspekt ausschlaggebend wäre, ob der Versicherer an den Kapitalerträgen selbst beteiligt wird oder sich statt dessen eine gesonderte Verwaltungsgebühr in gleicher Höhe versprechen lässt. Weiterhin kann auch der Umstand, dass die Verzinsungszusage bei With-Profit-Produkten weit niedriger ausfällt als bei konventionellen Lebensversicherungen als rein quantitativer Aspekt keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden. Lohnenswert ist aber eine Betrachtung der Art der Garantieverzinsung¹⁸⁶. Der Garantiezins bezieht sich bei konventionellen Produkten auf das jeweils vorhandene Deckungskapital, dessen Wert sich durch die jährliche Verzinsung laufend erhöht. Dies stellt insofern eine Gegenleistung für die Überlassung der Einlage dar. Bei With-Profit-Produkten hingegen sagt der Versicherer eine jährliche Verzinsung in dieser Weise gerade nicht zu, sondern verspricht bei Endfälligkeit des Vertrages eine bestimmte Leistung, der eine bestimmte jährliche Verzinsung zu Grunde liegt. Diese Zusage spielt aber für die laufenden Wertzuweisungen, die je nach Ertragsergebnis auch bei null liegen können, keine Rolle, sie greift vielmehr erst, wenn auch durch die Summe der Wertzuweisungen letztlich der Garantiebetrug nicht erreicht wurde. Darin liegt für den Anleger der Nachteil, dass die Wertzuweisungen nicht die garantierte Verzinsung erhöhen können. Kündigt der Anleger vorzeitig, gilt keine Garantiezusage, selbst die laufenden Wertzuweisungen – sofern sie überhaupt erfolgt sind – können je nach Vertragsgestaltung wegfallen, falls sie nicht dem realen Wert der Anteile entsprechen. Unter Umständen würde der Anleger, der dem Versicherer einen bestimmten Geldbetrag für eine gewisse Zeit zur Verfügung gestellt hat, weder eine vollständige Rückzahlung noch Zinszahlungen im Sinne des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB und damit keine Gegenleistung erhalten. Dieser Aspekt ist wiederum maßgeblich dafür, dass gerade kein Einlagengeschäft gewollt und vereinbart ist. Für die Zuordnung zu einer wirtschaftlichen Sphäre muss die völlig einseitige Verteilung von Chancen und Risiken genügen. Dass die Verwaltung durch den Versicherer weniger weitgehenden Vorgaben als bei Investment-Forderungen unterliegt, betrifft den Umgang mit dem Risiko, aber nicht das Objekt einer möglichen Versicherung. Im Ergebnis steht das „Funds“-Vermögen wirtschaftlich den Anlegern zu, so dass sich zumindest insofern kein Argument gegen den Versicherungscharakter finden lässt.

V. Transfer des Risikos

Da nun feststeht, dass im Rahmen einer Versicherung das Schutzobjekt beim Versicherungsnehmer verbleibt, könnte die Risikoübernahme in einem Transfer der maßgeblichen Gefahr liegen.

¹⁸⁴ Goverts, VW 2011, 1254.

¹⁸⁵ Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

¹⁸⁶ Vgl. Abschnitt B.V.

Die überwiegende Auffassung geht davon aus, der Versicherer schulde im Rahmen des Versicherungsvertrags eine aufschiebend bedingte Geldleistung¹⁸⁷. Hingegen beruht die teilweise vertretene Gefahrtragungstheorie auf der Annahme, den Versicherer treffe eine unbedingte Leistungspflicht zur Gefahrtragung¹⁸⁸. Mischformen sehen die Leistung in Sicherung und Geldausgleich¹⁸⁹, oder in der Übernahme einer Verpflichtung zur bedingten (Geld)Leistung¹⁹⁰ - also letztlich zu einer Verpflichtung zur Verpflichtung, wobei beide Akte zusammenfallen¹⁹¹. Die Gefahrtragung soll aber auch nur darin bestehen, dass die aufsichtsrechtlichen Vorschriften zur Finanzausstattung eingehalten werden und Planmäßigkeit hinsichtlich des Risikoausgleichs im Kollektiv gegeben ist¹⁹². Außer Streit steht also, dass die konkrete Gefahr des Eintritts des Versicherungsfalls gerade nicht vom Versicherer verhindert werden soll, der Versicherer also nur eine abstrakte Gefahr trägt und sich insofern kein Unterschied zur Geldleistungstheorie ergibt¹⁹³. Die Bezeichnung der Gefahrtragungstheorie ist demnach unzutreffend, da der Versicherer nicht die Gefahr, sondern die Belastung mit Sicherungsleistungen und Ausgleichsleistungen zu tragen hat¹⁹⁴. Eine gewisse Nähe zur Gefahrtragungstheorie hat insofern auch die Geschäftsbesorgungstheorie, nach der der Versicherungsvertrag einen Geschäftsbesorgungsvertrag darstellt. Wie sich in V. gezeigt hat, ist damit aber nicht die Vorstellung einer anderen Art von Risikotransfer verbunden, so dass sich der Streit nur bei Nebenpflichten auswirkt¹⁹⁵. Hingegen ist es – auch aus Sicht des Gesetzgebers – durchaus möglich, dass Versicherung als reine Geschäftsbesorgung betrieben wird¹⁹⁶.

Damit steht fest, dass der Versicherer die Gefahr nicht unmittelbar selbst übernimmt, was als solches schon in sich unmöglich ist, wenn nicht das Schutzobjekt übergeht. Eine andere Frage ist aber, ob dies nicht im Rahmen der Versicherung mittelbar dadurch geschehen kann, dass der Versicherer als Geschäft besorgt, den Eintritt der Gefahr zu verhindern bzw. zumindest einzudämmen und dafür gegebenenfalls sogar haftet. An dieser Stelle ist aber das systematische Erfordernis der Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB von Bedeutung. Eine Geschäftsbesorgung liegt in jeder selbstständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen¹⁹⁷. Das Spezifische des Geschäftsbesorgungsvertrags liegt gerade nicht darin, dass eine Tätigkeit wahrgenommen wird, die der Geschäftsherr bereits vorher selbst ausgeführt hat¹⁹⁸, sondern dass der Gegenstand der Tätigkeit originär wirtschaftlicher Art ist und insofern eine unmittelbare Einflussnahme auf das Vermögen des Geschäftsherrn darstellt¹⁹⁹. Also zumindest wenn sich

¹⁸⁷ Brömmelmeyer in Rüffer/Halbach/Schimikowski, § 1, Rn. 37; Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 92; streitig ist dabei, ob ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, dies verneint etwa Schwintowski, JZ 1996, 702, 703.

¹⁸⁸ Vgl. m.w.N. zu der – in dieser Form nicht mehr vertretenen – Auffassung Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 83.

¹⁸⁹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 30.

¹⁹⁰ Lorenz in Versicherungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 134; Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 42; Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 20.

¹⁹¹ So Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 20.

¹⁹² Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 43.

¹⁹³ Schwintowski, JZ 1996, 702.

¹⁹⁴ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 30.

¹⁹⁵ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150-171, Rn. 4.

¹⁹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 56; dazu Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 23.

¹⁹⁷ BGH, Urteil vom 29.04.2004, III ZR 279/03, NJW-RR 2004, 989, Sprau in Palandt, § 675, Rn. 2; Martinek in Staudinger, § 675, Rn. A9.

¹⁹⁸ Martinek in Staudinger, § 675, Rn. A20.

¹⁹⁹ Martinek in Staudinger, § 657, Rn. A16, A18.

das Vorgehen auf den Schutz des Vermögens des Geschäftsherrn richtet, ist es wirtschaftlicher Natur und dient dazu, Verluste des Geschäftsherrn zu verhindern. Auch eine derartige Vereinbarung stellt eindeutig einen Geschäftsbesorgungsvertrag und gerade keinen Versicherungsvertrag dar. Im Ergebnis verbleibt die Gefahr im Rahmen der Versicherung vollständig und unbeeinflusst beim Versicherungsnehmer²⁰⁰. Dies unterscheidet die Versicherung vom Geschäftsbesorgungsvertrag. Im Folgenden ist diese Unterscheidung auf die Garantieprodukte anzuwenden. Wird eine Tätigkeit entfaltet und eine Garantieerklärung für den Fall des Misslingens ausgesprochen, ist für die rechtliche Prüfung zwischen diesen beiden Teilen zu differenzieren²⁰¹.

1. Kapitalanlagetätigkeit

Die Tätigkeit der Versicherer besteht zum einen in der Kapitalanlage.

Bei der Verwendung von Garantiefonds im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen soll ein Schaden durchaus verhindert werden, aber eben nicht durch die Versicherung, sondern die Kapitalanlagegesellschaft.

Hingegen führt der Versicherer – selbst oder durch Dritte, die seine Pflicht wahrnehmen – bei With-profit-Produkten eine Anlagetätigkeit durch. Diese bezieht sich auf die Organisation einer speziellen Art von Fonds, der einem Kollektiv zusteht. Dies ist vergleichbar mit dem Investmentgeschäft. Ein Investmentvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 ff. BGB mit dem Gegenstand einer Dienstleistung²⁰² dergestalt, dass die KAG das Geld der Anleger treuhänderisch nach dem Prinzip der Risikostreuung anlegt²⁰³. Somit ist diesem also in engen Grenzen durchaus eine „Risikoübernahme“ im Sinne einer Gefahrbewältigung eigen. Die Hauptleistungspflichten der KAG bestehen in der Anlage des Kapitals durch Anschaffung entsprechender Vermögenswerte, der Bewirtschaftung der entsprechenden Vermögenswerte, der Realisierung von Gewinnansprüchen, - eventuell tritt die Pflicht zu periodischen Ausschüttungen hinzu²⁰⁴. An dieser Stelle kann wiederum darauf verwiesen werden, dass aufgrund der Risikozuordnung gerade kein Einlagengeschäft vorliegt, wie bei der konventionellen Lebensversicherung, in dessen Rahmen der Versicherer eigenes Vermögen bewirtschaftet, sondern Verwaltung fremden Vermögens, wie auch beim Investmentgeschäft. Die Art und Weise der Tätigkeit ist grundverschieden – weitgehend kollektive statt individuelle Zurechnung des Vermögens, da eine Glättung erfolgen soll – nicht aber der typische Gehalt der Leistungspflicht. Deshalb liegt insofern eine Geschäftsbesorgung vor.

Bei statischen wie dynamischen Hybrid-Produkten verspricht der Versicherer, entweder statisch durch Aufteilung der Sparanteile der Prämien oder dynamisch durch kontinuierliche Umschichtungen einen Schaden zu verhindern oder zumindest dessen Ausmaß soweit zu begrenzen, dass der Garantiebtrag nicht unterschritten wird. Der Versicherer entfaltet also eine Tätigkeit, die hier nicht auf einen Fonds als Kapitalansammlung einer Gesamtheit von Anlegern, sondern den konkreten, individuellen Anleger ausgerichtet ist. Auch der insofern

²⁰⁰ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 23; Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 8.

²⁰¹ So auch BGH, Urteil vom 29.09.1994, I ZR 172/92, VersR 1995, 344, 345.

²⁰² Eppe, VersR 2008, 1316, 1320; Baur in Assmann/Schütze, § 20, Rn. 213; anders Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 115.

²⁰³ Martinek in Staudinger, § 675, B51; Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 115.

²⁰⁴ Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 120.

damit vergleichbare individuelle Vermögensverwaltungsvertrag stellt sich aber als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter dar²⁰⁵. Insofern wird also nur eine Tätigkeit versprochen, die die Bewältigung des Risikos betrifft, was somit eine Geschäftsbesorgung darstellt.

2. Garantieverklärung

Fraglich ist jedoch, wie der Umstand zu bewerten ist, dass die Versicherung bei Hybridprodukten und With-profit-Produkten nicht nur ein fremdes Geschäft besorgt, sondern eine Erklärung abgibt, dass das dieser Besorgung ausgesetzte Vermögen zu einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Wert aufweist. Ruft man sich die Definition der Versicherung durch das BVerwG in Erinnerung, scheint diese Garantieverklärung prädestiniert dafür zu sein, dass negative Merkmal der Selbstständigkeit beispielhaft zu erläutern. Danach liegt gerade keine Versicherung vor, wenn die Garantie unselbstständige Nebenabrede zu einem dazugehörigen Hauptgeschäft ist. An dieser Stelle kommt aber wiederum der Aspekt zum Tragen, dass je nach dem Zweck der Rechtsdisziplin das Versicherungsgeschäft anders zu bestimmen sein kann. So muss das BVerwG nur entscheiden, ob das Geschäft der Versicherungsaufsicht unterfällt oder eben nicht. Deswegen braucht es in diesem Zusammenhang gerade nicht die Frage zu beantworten, welchem Vertragstyp die unselbstständige Nebenabrede denn zuzuordnen ist – dies spielt wegen ihrer Unselbstständigkeit gerade keine Rolle. Vertragsrechtlich hingegen gelten die Regeln zu typengemischten Verträgen, so dass es etwa sein kann, dass das maßgebliche Hauptgeschäft mit einem unselbstständigen Versicherungsvertragsselement eine Verbindung bildet, auf die regelmäßig, aber nicht zwingend, die Regeln des Typs des Hauptteils anzuwenden sind²⁰⁶. Die Abgrenzung der Typen erfolgt maßgeblich anhand der empirisch vorhandenen Geschäftsmodelle²⁰⁷. Hier lässt sich auch die Situation beobachten, dass der Geschäftsherr zwar von der Besorgung eines bestimmten Wagnisses durch einen Dritten entbunden wird, die Besorgung durch einen Dritten aber für den Geschäftsherrn ihrerseits ein Risiko darstellt. So muss er berücksichtigen, dass dem Dritten Fehler unterlaufen, wobei dies die Verwirklichung eines völlig neuen, selbständigen Risikos darstellen dürfte. Berücksichtigt werden muss aber auch, dass dessen Tätigkeit bestimmte Ereignisse überhaupt nicht verhindern kann, so dass das ursprüngliche Risiko, dessen Bewältigung im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages versprochen wurde, modifiziert wieder auf den Geschäftsherrn zurückfällt. Insofern sind die Vertragstypen einschlägig, denen ein Gewährleistungsrecht immanent ist, wie Kauf-, und Werkverträge. Dieses ist bedingt dadurch, dass nicht nur eine Tätigkeit, sondern ein damit zu erzielender Erfolg als Teil der Leistung versprochen ist. Beim Geschäftsbesorgungsvertrag gilt, dass er keinen völlig eigenständigen Vertragstyp darstellt, sondern eine Dienstleistung oder eben auch Werkleistung beinhaltet, der eine originär wirtschaftliche Tätigkeit mit Vermögensbezug zugrunde liegt. Ein Investmentvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 ff. BGB mit dem Gegenstand einer Dienstleistung²⁰⁸. Anders als beim Werkvertrag ist also kein Erfolg geschuldet²⁰⁹. Allenfalls eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB kann sich dann ergeben, wenn die KAG die in den Vertragsbedingungen niedergelegten Anlagevorschriften

²⁰⁵ Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 111, Rn. 12.

²⁰⁶ So Brömmelmeyer in Rüffer/Halbach/Schimikowski, § 1, Rn. 22.

²⁰⁷ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 15; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 294.

²⁰⁸ Eppe, VersR 2008, 1316, 1320; Baur in Assmann/Schütze, § 20, Rn. 213; anders Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 115.

²⁰⁹ Busche in MüKo, § 631, Rn. 9.

missachtet oder allgemein professionellen Standards widersprechende Fehlinvestitionen tätigt, etwa nicht ausreichend diversifiziert²¹⁰. Somit wird - um auf die eben gemachte Differenzierung zurückzukommen – das Risiko eines Fehlers abgesichert, aber nicht das dazwischentretender, unvermeidbarer Ereignisse.

Das ist aber nicht zwingend, wobei sich aber zeigt, dass die Gerichte wenig Neigung haben, von der allgemeinen Klassifizierung einer bestimmten Fallgruppe als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter in Sonderfällen wieder abzurücken. Die Zusage eines Rechtsanwalts, er werde bei anstehenden Verhandlungen ein bestimmtes Ergebnis erzielen, soll nichts an dem Umstand ändern, dass hier ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter vorliegt, da der Mandant den entsprechenden Aussagen keine andere Bedeutung als die einer Selbstanpreisung habe zumessen dürfen²¹¹. Bei einer definitiven, unmissverständlichen Aussage, ein bestimmtes Ergebnis nicht nur mit großer Wahrscheinlichkeit, sondern sicher herbeiführen zu werden, leuchtet es aber nicht ein, warum dies nur eine Selbstanpreisung sein soll, an der sich der Anwalt nicht festhalten lassen muss. Das OLG wird zu dem Ergebnis wohl deshalb gekommen sein, weil es jedem Mandanten einleuchten müsste, dass der Gegner einen eigenen freien Willen hat und damit eine sichere Voraussage des Ausgangs der Verhandlungen nicht möglich ist. Auch wenn dies im konkreten Fall deshalb zweifelhaft war, weil der Anwalt gerade auf seine Kontakte zur Gegenseite und sein Verhandlungsgeschick verwiesen hat, stellt die Möglichkeit des Erfolgs einen wichtigen Aspekt dar, dem nachgegangen werden muss. Hingegen hat das OLG Bremen angenommen, ein Vermögensverwaltungsvertrag mit einer Kapitalerhaltungszusage führe bei deren Nichteinhaltung dazu, dass der Vermögensverwalter ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB treffe²¹². Dabei wird der auch hier erhobene Einwand, eine derartige Kapitalerhaltung sei bereits technisch nicht möglich, mit der Begründung zurückgewiesen, dass dies bereits mittels Setzung von „Stop-loss“-Marken durchaus erreichbar sei²¹³. Eine „Stop-loss“-Marke stellt aber nichts anderes dar als den Auftrag, bestimmte börsengehandelte Vermögenswerte zu veräußern, falls ein festgelegter Wert erreicht wird. Aber selbst wenn dieser Wert entsprechend hoch gesetzt wird, steht wegen der zeitlichen Verzögerung noch nicht fest, zu welchem Kurs tatsächlich verkauft wird. Bei besonders heftigen Kursstürzen kann es durchaus sein, dass ein viel niedriger Erlös als eigentlich erwartet erzielt wird. Im Ergebnis ist damit eine Kapitalerhaltung zwar möglich, aber nicht sicher, so dass die Entscheidung auf falschen tatsächlichen Annahmen beruht. Dabei erscheint es aber bereits rechtlich nicht einsichtig, warum überhaupt auf einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch abgestellt wird und nicht stattdessen zumindest untersucht wird, ob nicht ohnehin ein Geschäftsbesorgungsvertrag als Werkvertrag vorliegt. Zusammenfassend zeigt sich, dass die Tendenz verbreitet ist, in ungewöhnlichen Konstellationen von der Annahme eines Werkvertrags abzusehen, ohne dass dies durchgängig überzeugend ist.

Deshalb stellt sich zuerst die Frage, ob es bei den hier untersuchten Produkten technisch möglich ist, *in jedem Fall* durch die entfaltete Tätigkeit den Eintritt des Garantiefalles zu verhindern. Ist dies der Fall, liegt immer ein zumindest objektives Verschulden vor, wenn dies nicht geschieht. Bei statischen Produkten fällt die Einschätzung noch recht leicht, da es

²¹⁰ Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 138.

²¹¹ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 14.02.2007, 19 U 175/06, NJW 2007, 1467, 1468.

²¹² OLG Bremen, Urteil vom 26.05.2004, 1 U 5/04, NJW-RR 2005, 128.

²¹³ OLG Bremen, Urteil vom 26.05.2004, 1 U 5/04, NJW-RR 2005, 128.

eine nicht allzu schwierige Rechenaufgabe ist zu ermitteln, welcher Anteil der Prämie unter Annahme des geltenden Garantiezinses konventionell verwendet werden muss, um damit den zugesagten Mindestbetrag zu erreichen. Misslingt dies, beruht dies in jedem Fall auf einem Fehler des Versicherers. Bei dynamischen Hybrid-Produkten wird die Aufteilung der Beiträge und auch des Vermögens laufend vorgenommen, je nach der Summe aus konventionell angelegtem Vermögen und dem von der Kapitalanlagesellschaft für den Garantie-, bzw. Werterhaltungsfonds bis zum nächsten Betrachtungszeitpunkt garantierten Betrages²¹⁴. Auch wenn die Berechnung hier schon schwieriger fällt, wird damit das gesteckte Ziel in jedem Fall erreicht. Allerdings gilt dies nur unter der Prämisse, dass die externe Garantie werthaltig ist. Schon hier zeigt sich also, dass es an der technischen Möglichkeit für jeden erdenklichen Fall fehlt. Noch deutlicher wird dies bei With-profit-Produkten. Hier versucht der Versicherer alle Garantiezusagen dadurch zu erreichen, dass er entsprechende Wertzuweisungen nur sehr vorsichtig ausspricht und darüber hinaus das vorhandene Vermögen (noch) nicht konkret zuordnet, aber auch durch die Anlage in traditionell weniger schwankungsanfällige Anlageklassen wie vor allem Anleihen²¹⁵. Dabei wird sich der Versicherer aber vor allem an Erfahrungswerten der Vergangenheit orientieren, um zu ermitteln, mit welchen Verlusten er im schlimmsten Fall rechnen muss. Werden diese übertroffen, wie dies gerade hinsichtlich der Schwankungsanfälligkeit von Staatsanleihen mehr als offensichtlich geworden ist, betrifft dies auch den Wert des kollektiven Vermögens. Schon deshalb wird gerade keine Vorsorge für jeden erdenklichen Fall betrieben. Unsicherheit besteht aber nicht nur beim sichernden Vermögen, sondern auch bei den zu sichernden Ansprüchen. So hat der Fall²¹⁶ der für ihr solides Wirtschaften bekannten „Equitable Life“ Aufmerksamkeit erlangt, die dazu verurteilt wurde, einer bestimmten Personengruppe unter den Versicherten höhere Ansprüche zuzuordnen, als sie dies getan hatte. Im Ergebnis konnte sie die Ansprüche gar nicht mehr erfüllen. Letztlich wird hier von im Rechtsverkehr zu beobachtenden Typen von Garantieprodukten ausgegangen. Dabei ist aber eine Vielzahl von Produktgestaltungen möglich, die mehr oder weniger risikoanfällig sein können. Im Ergebnis kann nicht davon ausgegangen werden, dass für jeden erdenklichen Fall der Eintritt des Garantiefalles aus der vermögensbezogenen Geschäftsbesorgung als solcher heraus verhindert werden kann.

Daran hat sich als Folgefrage anzuschließen, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben. Auszugehen ist davon, dass die Garantie nicht nur etwas verspricht, was sowie Inhalt eines Schadensersatzanspruches nach § 280 Abs. 1 BGB wäre, der sich daraus ergibt, dass die durchgeführte Dienstleistung nicht den zu stellenden Sorgfaltsanforderungen entsprach. Vielmehr wird ein darüber hinausgehender Erfolg versprochen, was Inhalt einer Versicherung oder Garantie, aber möglicherweise auch einer Geschäftsbesorgung mit Werkstatt Dienstleistungscharakter sein kann. Der versprochene Erfolg liegt dann darin, dass das eingesetzte Kapital erhalten bleibt oder sogar darüber hinaus eine Mindestverzinsung aufweist. Auch wenn sich Werkverträge typischerweise auf Bauwerke richten, ist in keiner Weise eine Beschränkung auf irgendeinen – etwa körperlich-gegenständlichen – Lebensbereich vorgesehen, nur dass dann an die Stelle der Abnahme nach § 640 BGB die Vollendung gem. § 646 BGB tritt²¹⁷. Dabei wirkt aber befremdlich, dass letztlich eine Kapitalansammlung versprochen wird, die notfalls durch eine Kapitalzuführung zu dem Konto des Anlegers bewerkstelligt werden kann und muss, ohne dass insofern ein Mangel

²¹⁴ Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014.

²¹⁵ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150-171, Rn. 28.

²¹⁶ Hierzu Engeländer, VersR 2007, 155, 160 f.

²¹⁷ Busche in MüKo, § 631, Rn. 63.

vorliegen und damit eine Nacherfüllung erforderlich werden könnte. Der Typus des Werkvertrags erfasst aber auch Gestaltungen, in denen die Leistung der Natur ihrer Sache nach keiner Nacherfüllung zugänglich ist, so dass dann oft wiederum § 646 BGB gilt²¹⁸. Beispielsweise wird vertreten, bei einer Bankgarantie bestehe ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter dergestalt, dass sich die Bank gegenüber dem Schuldner verpflichtet, gegenüber dem Vertragspartner eine Zahlungsgarantie zu übernehmen und im Garantiefall die vereinbarte Summe an den Gläubiger zu zahlen²¹⁹. Die zusätzliche Verpflichtung gegenüber dem Dritten ist nur der Dreieckskonstruktion geschuldet, der wirtschaftliche Kern liegt aber auch hier in einem Werkerfolg, der im „Garantiefall“ durch bloße Geldleistung bewerkstelligt werden kann, weshalb das Mängelrecht keine Rolle spielt, ebenso wenig wie eine Unmöglichkeit nach § 275 BGB. Geht man über das Werkvertragsrecht hinaus, stellt sich aber die Frage nach dem Verhältnis von Werkvertrag und Garantie bzw. Versicherung. Die „Garantie“ eines bestimmten Erfolgs besteht beim Werkvertrag in Abgrenzung zum Garantievertrag darin, dass sich dieser Erfolg aus einer Tätigkeit des Garantiegebers ergeben soll²²⁰. Wie in IX. noch dargelegt wird, gilt dies wegen identischer Voraussetzungen auch im Verhältnis zur Versicherung. Dann ist aber zweifelhaft, ob im Rahmen eines Werkvertrag etwas versprochen werden kann, was in bestimmten tatsächlichen Konstellationen gar nicht möglich ist. Daraus, dass § 311 a Abs. 1 BGB vorschreibt, dass es der Wirksamkeit des Vertrags nicht entgegensteht, wenn bei Vertragsschluss sogar sicher feststeht, dass die Leistung des Schuldners gemäß § 275 BGB unmöglich ist, lassen sich keine Schlüsse ziehen, da sich § 275 BGB auf die Leistungspflicht bezieht. Dies ist hier aber nicht relevant, weil eine Leistung, die letztlich auf Geld gerichtet ist, nicht unmöglich werden kann. Vielmehr geht es darum, dass der Eintritt des Werkerfolgs zum wirtschaftlichen Schaden des Werkunternehmers von Risiken beeinflusst wird, die dieser durch seine Tätigkeit im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB nicht auszuschalten vermag. Insofern lässt sich darin die Schnittstelle zur Versicherung vermuten, dass in diesen Fällen im Rahmen einer Versicherung das Risiko des Eintritts eines ungewissen Ereignisses abgesichert wird. Dagegen spricht systematisch aber, dass selbst bei Vertragstypen ohne Gewährleistungsrecht über § 280 BGB eine Haftung für jeden objektiv schuldhaften Sorgfaltspflichtverstoß besteht, das Gewährleistungsrecht also darüber hinaus Bedeutung haben muss. Dabei lohnt sich ein Blick auf die Rechtslage beim Hauptanwendungsfall des Werkvertrags, dem privaten Baurecht. Die strukturelle Gemeinsamkeit liegt darin, dass deren Gegenstand in ähnlicher Weise risikoanfällig ist wie die Kapitalanlage. So besteht etwa das Boden-, bzw. Baugrundrisiko darin, dass bei einer Inanspruchnahme des Bodens, die durchaus nach den Regeln der Technik erfolgt und der eine *bestmögliche* Untersuchung und Beschreibung der Boden- und Wasserverhältnisse vorangegangen ist, unvorhergesehene Erschwernisse eintreten²²¹. Grundsatz ist, dass auch bei Anwendung der VOB/B der Baugrund als „Stoff“ in Anlehnung an § 645 BGB anzusehen ist und somit den Auftraggeber das Bodenrisiko trifft²²². Die formularmäßige Überwälzung des Baugrundrisikos auf den Auftragnehmer ist wegen der gravierenden Risikoabweichung zu § 645 BGB analog mit § 307 BGB unvereinbar und deshalb unwirksam²²³. Andererseits sind die Parteien aber nicht gehindert,

²¹⁸ Sprau in Palandt, § 646, Rn. 1.

²¹⁹ Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 92, Rn. 24.

²²⁰ Sprau in Palandt, Einf. v. § 631, Rn. 14.

²²¹ Kuffer, NZBau 2006, 1, 2.

²²² OLG Brandenburg, Urteil vom 16.07.2008, 4 U 187/07, NZBau 2009, 181, 182; Kuffer, NZBau 2006, 1, 5.

²²³ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 28.01.1998, 23 U 140/97, Rz. 42.

individualvertraglich zu vereinbaren, dass das Risiko nicht bekannter Bodenverhältnisse vom Auftragnehmer zu tragen ist²²⁴. Hier zeigt sich, dass dem Werkvertrag nicht etwa eine pauschale Zuschreibung aller Risiken beim Werkunternehmer eigen, sondern grundsätzlich anzunehmen ist, dass nur insoweit ein Erfolg versprochen wird, wie er durch eine entsprechende Tätigkeit auch ohne Weiteres erzielt werden kann. Dies ergibt sich aber gerade nicht aus einer festen Risikozuordnung als vielmehr daraus, dass im Rahmen einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB anzunehmen ist, dass der Werkunternehmer in für den Vertragspartner erkennbarer Weise nicht mehr versprechen will, als was durch ihn auch beeinflussbar ist. Gerade dies ist im vorliegenden Zusammenhang aber unproblematisch, da der Versicherer das Kapitalanlageisiko eindeutig übernimmt und der durchschnittliche Anleger nicht einmal ansatzweise genug Sachkenntnis aufweist, um an der Bewältigung dieses Risikos zweifeln zu können. Ein Unterschied besteht auch insofern, als § 645 BGB nicht passt, da ein konkretes, von Anfang an bestehendes, dem Besteller zuzurechnendes Risiko etwa in Form einer Mangelhaftigkeit des gelieferten Stoffes im Kapitalanlagebereich nicht denkbar ist. Allerdings spricht teleologisch gegen eine solche weitreichende Risikoübernahme, dass der Werkunternehmer insofern ein Risiko „schultert“, das er mit dem ihm im Rahmen seines Gewerbes zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht sicher beherrschen kann. Dies stellt für beide Vertragsparteien eine Gefährdung dar, wenn sich das Risiko verwirklicht und sich etwa herausstellt, dass es dem Werkunternehmer an Solvenz fehlt, die daraus entstehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Allerdings gilt der Grundsatz der Privatautonomie, dessen Geltung auch zur Folge hat, dass Risiken auf eigene Gefahr frei übernommen werden können und jedem Gläubiger das Risiko der Insolvenz des Vertragspartners zugemutet wird. Eine Einschränkung – und damit Schnittstelle zur Versicherung – ergibt sich schon daraus, dass eine solche Risikoübernahme im Zusammenhang mit der Erstellung bzw. Erbringung eines Werkes erfolgen muss, also typischerweise eine recht weitgehende Beherrschbarkeit gegeben ist.

Allerdings darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass das Geschäft nur im Hinblick auf diesen Erfolg des Kapitalerhalts oder einer regelmäßig geringfügigen Verzinsung vom Anleger nicht gewollt ist, da dieser auf eine – etwa im Rahmen einer konventionellen Lebensversicherung durchaus mögliche – weitergehende Sicherheit in der Erwartung verzichtet, an Wertsteigerungen partizipieren und hohe Gewinne erzielen zu können. Auch wenn insofern gerade kein Erfolg versprochen wird, darf der Anleger erwarten, dass die Tätigkeit der Kapitalanlage nach geltenden Standards erfolgt und auf die Erzielung von üblicherweise erzielbaren Gewinnen ausgerichtet ist. Somit sind Erfolg und Tätigkeit geschuldet. Damit vergleichbar sind Verträge mit Steuerverwaltern, die einerseits eine abschließende steuerliche Beratung, andererseits im Rahmen dieser Tätigkeit auch die Herbeiführung bestimmter Erfolge schulden, wie die Erstellung von Jahresbilanzen oder Steuererklärungen²²⁵. Deshalb wird dabei angenommen, dass ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB vorliegt, der sowohl Werk-, als auch Dienstleistungsvertragscharakter hat²²⁶. Dies ist auch im vorliegenden Kontext der Fall. Somit stellen sich Garantien, die der Versicherer im Zusammenhang mit statischen und dynamischen Hybridprodukten und With-profit-Policen gibt, als Ausdruck eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit Dienstleistungs-, und Werkvertragscharakter dar.

²²⁴ OLG Brandenburg, Urteil vom 16.07.2008, 4 U 187/07, NZBau 2009, 181, 182; Kuffer, NZBau 2006, 1, 5.

²²⁵ Peters/Jacoby in Staudinger, Vorbem zu §§ 631 ff, Rn. 40.

²²⁶ Peters/Jacoby in Staudinger, Vorbem zu §§ 631 ff, Rn. 40.

3. Hedging

Im Rahmen von Variable Annuities letztlich besorgt der Versicherer ein Geschäft, indem er ein Hedging-Programm durchführt, um damit Verluste beim entsprechenden Basiswert, dem Investmentfondsanteil, auszugleichen. Dies ist eindeutig eine wesensgemäß wirtschaftliche Tätigkeit, die Vermögensbezug hat. Außerdem werden bei Garantierprodukten von Banken zwar im Wesentlichen Umschichtungen nach dem CPPI-Verfahren eingesetzt, dabei aber auch auf die Absicherung durch Derivate gesetzt, insbesondere gegen kurzfristige Kursverluste²²⁷. Dies könnte dafür sprechen, Kapitalanlage und Hedging als einheitliche Geschäftsbesorgungsleistung zu sehen, in deren Rahmen ein Schaden für den Anleger bereits vermieden wird. Dabei ist aber zu beachten, dass im Rahmen von Garantiefonds das Hedging gerade mit Mitteln des Fonds erfolgt und dessen Ergebnis dem Anleger unmittelbar zugerechnet wird. So kann das Hedging fehlerhaft sein, indem es also Erträge erzielt, die einerseits über den Betrag hinausgehen, der zum Ausgleich entsprechender Verluste beim Basiswert von Nöten gewesen wären – was im Ergebnis bedeutet, dass überflüssige Aufwendungen für das Hedging betrieben wurden, wenn sich der Basiswert positiv entwickelt -, oder andererseits dahinter zurück bleiben. Insofern trägt der Anleger bei Garantiefonds die Folgen positiver wie negativer Art, nach unten nur begrenzt durch die Garantie. Hingegen zahlt der Versicherungsnehmer nur eine Garantiegebühr, ohne dass das Hedging auch auf seine Rechnung erfolgt. Stattdessen führt es der Versicherer auf eigene Rechnung durch, um seinerseits einen für ihn nachteiligen Schaden des Anlegers auszugleichen. Besonders der Umstand, dass in der Praxis Versicherer sich meistens nicht vollständig eines Hedging bedienen, sondern daneben auch Eigenmittel zurückstellen²²⁸, zeigt sehr plastisch, dass das Hedging hier nur eine Risikomanagementmaßnahme darstellt. Hingegen ist es gerade nicht ein Bestandteil der Leistung gegenüber dem Kunden, wie bei Garantiefonds. Das Hedging stellt also durchaus ein Geschäft im Sinne des § 675 BGB dar, nur dass es eines des Versicherers ist, nicht des Versicherungsnehmers. Damit besteht kein Geschäftsbesorgungscharakter.

VI. Transfer des Schadens – Kompensation

Da das Schutzobjekt ebenso beim Versicherungsnehmer verbleibt wie die Gefahr, kann die Risikoübernahme also nur im Transfer des Schadens bestehen. Risikoabsicherung wird nach Art der Versicherung demnach dann betrieben, wenn nachteilige Vermögensfolgen durch den Eintritt der versicherten Gefahr abgewendet werden²²⁹. Es muss sich also um Leistungen handeln, die darauf gerichtet sind, nicht die Entstehung des Schadens zu verhindern, sondern den bereits eingetretenen Schaden wieder auszugleichen²³⁰. Eine Geldleistung ist dann nicht erforderlich, Naturalleistungen in Gestalt unmittelbarer Schadensbeseitigung stellen ebenfalls eine Versicherungsleistung dar²³¹.

Bei Garantiefonds erfolgt keine Kompensation des Versicherers, sondern der Fondsgesellschaft. Der Versicherer gibt auch keine Garantieerklärung ab, sondern reicht die der KAG nur weiter. Auch insofern ist maßgeblich, dass hier keine Leistungseinheit besteht,

²²⁷ Goecke, VW 2007, 157.

²²⁸ Holler/Klinge, VW 2006, 899, 900.

²²⁹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378.

²³⁰ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 12; auf diesen Aspekt stellen Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 735 auch für den Versicherungscharakter des Kautionsversicherungsvertrag ab.

²³¹ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 39.

sondern der Versicherer die Absicherung nur im technischen Sinne aus einer Hand durchführt, letztlich wirtschaftlich aber doch nur eine bloße Vermittlerfunktion innehat. Die Verwendung von Garantiefonds im Rahmen von fondsgebundenen Versicherungen trägt also als solche, unabhängig von der Absicherung eines biometrischen Risikos, keinen Versicherungscharakter.

Bei Garantieprodukten im Allgemeinen und Variable Annuities im Besonderen, die von diesen einzig noch als Versicherung eingestuft werden könnten, ist in Betracht zu ziehen, dass es an einer versicherungsrechtlichen Schadenskompensation fehlt, weil nur ein bestimmter Fälligkeitszeitpunkt vereinbart ist und insofern sowieso ein Anspruch des Versicherungsnehmers besteht. So oder so erhält der Versicherungsnehmer zumindest den vereinbarten Betrag, so dass sich das Eintreten eines Versicherungsfalles für ihn gar nicht bemerkbar macht. Insofern hilft auch der Vergleich mit der gemischten kapitalbildenden Lebensversicherung nicht weiter, da dort eine gesonderte Todesfallzahlung erfolgt, bzw. umso mehr Rentenzahlungen, je länger der Versicherungsnehmer lebt. Hier ist zum einen problematisch, dass eine *gesonderte Zahlung* nicht erfolgt. Aber auch eine Versicherung mit festem Auszahlungszeitpunkt stellt eine Versicherung dar, obwohl die Leistung so oder so erfolgt, denn sie erfolgt eben auch, wenn die Prämien im Todesfall ausbleiben²³². Hier ist nur die Fälligkeit auf einen bestimmten Zeitpunkt verschoben²³³. Somit lässt sich also auch bei einer als solchen sicher erfolgenden Zahlung danach differenzieren, ob im einen Fall die Prämien vollständig gezahlt wurden bzw. im anderen Fall der Wert der Investmentfondsanlage oberhalb eines bestimmten Wertes liegt. Falls nein, stellt die Leistung insofern die Versicherungsleistung dar. Allerdings liegt im Fall der Versicherung mit festem Auszahlungszeitpunkt ein eindeutiger Versicherungsfall, der Tod des Versicherungsnehmers, vor, mit entsprechenden zumindest abstrakten nachteiligen Vermögensfolgen hinsichtlich der Versorgung des Bezugsberechtigten. Bei Garantieprodukten hingegen macht sich für den Bezugsberechtigten bereits der Eintritt eines Versicherungsfalles nicht in Form eines Schadens bzw. Durchkreuzung eines Vermögensgestaltungsziels bemerkbar. Dies ist mit der Rechtslage beim Kautionsversicherungsvertrag vergleichbar. Der Kautionsversicherer stellt dabei Bürgschaften oder Garantieversprechen für den Fall, dass der Versicherungsnehmer als Inhaber einer Kautionszahlung unfähig wird – während Banken eine identische Leistung in Form eines Avalkredits im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages erbringen²³⁴. Da der Gläubiger so oder so einen Bürgschaftsanspruch gegen den Versicherer hat und damit eine eigentliche „Versicherungsleistung“ nicht erfolgt, lässt sich auch hier anscheinend weder ein Versicherungsfall noch der Eintritt eines Schadens ausmachen. Dagegen, dass die eigentliche Gefahr nur darin liege, dass der Versicherer seinen Regressanspruch nicht durchsetzen könne und es damit am Versicherungsfall fehle, wird vorgebracht, dass der Versicherungsfall in der Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers gesehen werden könne²³⁵. Dabei lasse die Absicherung des Gläubigers durch die Bürgschaft nicht den Schluss zu, dass dieser keinen Schaden erleide, sondern nur, dass dieser kompensiert werden wird wie bei jeder normalen Versicherung auch²³⁶. Bei dieser Betrachtungsweise tritt ein Schaden beim Versicherungsnehmer sehr wohl ein – bei der Kautionsversicherung wird der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig, bei Garantieprodukten ist das Vermögen zum

²³² Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 45.

²³³ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 20.

²³⁴ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731 f.

²³⁵ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 736.

²³⁶ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 735.

Fälligkeitszeitpunkt unterhalb des garantierten Betrags – er realisiert sich aber wirtschaftlich nicht, da die Absicherung bereits durch das Bürgschaftsversprechen erbracht wurde bzw. sich hier eine Versicherungsleistung unmittelbar anschließt. Dafür spricht der Zweck einer Versicherung: Wenn der Versicherer zeitlich unmittelbar nach dem Eintritt der Gefahr einspringt und ausgleicht, bevor sich ein Schaden beim Versicherungsnehmer überhaupt beziffern lässt, spricht dies für eine besonders effektive Versicherung, nicht aber dafür, dass keine Versicherung vorliegt. Weiterhin kann angeführt werden, dass möglich auch eine Produktgestaltung dergestalt ist, dass der Versicherungsnehmer eine Kapitalanlage selbst tätigt und diese erst nachträglich gegen Verlust sichern lässt. Insofern kann die zusätzliche Dienstleistung, Organisationsleistungen hinsichtlich der Kapitalanlage zu übernehmen, keinen Unterschied machen.

Fraglich ist jedoch, in welcher Weise die Schadenskompensation erfolgt. Unterschieden wird dabei zwischen Summen- und Schadensversicherung. Dabei erfolgt bei der Summenversicherung anders als bei der Schadensversicherung nur die Deckung eines abstrakten Bedarfs²³⁷. Bei der Schadensversicherung muss sich der zu ersetzende Schaden nicht bereits mit dem Versicherungsfall verwirklichen, sondern kann diesem auch kausal nachfolgen²³⁸. Bei Garantieprodukten zahlt der Versicherer zwar eine festgelegte Summe aus. Allerdings wurde bereits dargelegt, dass dies nicht immer, sondern nur dann eine Versicherungsleistung darstellt, wenn und soweit das maßgebliche Fondsvermögen unterhalb des Garantiebetrags liegt. Folglich muss man davon ausgehen, dass insofern eine Schadensversicherung vorliegt. Dies liegt schon deshalb nahe, weil keine Absicherung eines höchstpersönlichen Rechtsgutes und damit nur mittelbar des Vermögens gewährt wird, sondern eine unmittelbare Vermögensabsicherung. Nur bei der Schadensversicherung gemäß § 80 VVG, mangels einer entsprechenden Regelung nicht aber bei der Summenversicherung, muss ein versichertes Interesse bestehen²³⁹. Ein Rechtsanspruch besteht dann nicht, wenn man das Bestehen eines versicherten Interesses für erforderlich hält und dieses fehlt, da dann der Unwirksamkeitsgrund des § 762 BGB greift²⁴⁰. Ein solches Interesse liegt aber in dem Ziel, das eigene Vermögen zu erhalten, unzweifelhaft vor.

VII. Transformation

Ist die Art des Risikotransfers nun geklärt, bedarf die daran anknüpfende Transformation einer rechtlichen Einordnung. Transformation ist ein wirtschaftlicher Begriff, der beschreibt, dass sich die versicherten Einzelrisiken im Versicherungsunternehmen zu einem kollektiven Risiko fügen und durch den Einsatz risikopolitischer Maßnahmen bewältigt werden²⁴¹.

1. Anerkannte Risikoabsicherung

Rechtlich, vor allem aufsichtsrechtlich, wird daraus das Erfordernis der Planmäßigkeit abgeleitet. Für die Versicherung ist danach spezifisch, dass sie eine Vielzahl von in derselben Weise gefährdeten Personen zusammenschließt, indem sie aus deren Mitteln Leistungen an die durch das Gefahrereignis Betroffenen erbringt, um damit im Ergebnis

²³⁷ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 57.

²³⁸ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 109.

²³⁹ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 18; Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 1; Lorenz in Versicherungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 123.

²⁴⁰ Winter, VersR 2004, 8, 10.

²⁴¹ Schradin in Langheid/Wandt, VersBWL, Rn. 11.

durch eine Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl einen Risikoausgleich zu erreichen²⁴². Damit wird sich der stochastische Grundsatz zunutze gemacht, dass die Bedeutung von Zufälligkeiten mit zunehmender Masse abnimmt²⁴³. Dieses Merkmal wird aufsichtsrechtlich nur abgeschwächt verwendet, in Form der Planmäßigkeit. Planmäßigkeit liegt in dieser Hinsicht vor, wenn ein Ausgleich der Risiken im Kollektiv und aufgrund des Gesetzes der großen Zahl zumindest bezweckt ist und als Vorhaben nach außen tritt²⁴⁴. Bezweckt sein muss dabei konkret, auf längere Dauer fortlaufend eine unbestimmte Zahl von Verträgen zu schließen²⁴⁵. Ob dies aber konstitutiv ist, ist umstritten, dem wird teilweise auf der Grundlage der Gefahrtragungstheorie selbst für das Vertragsrecht zugestimmt²⁴⁶, verbreitet wird das Kriterium der kollektiven Risikoabsicherung abgelehnt, da insofern eine tatsächliche Bedingung beschrieben werde, unter der die Versicherungsleistung erbracht werde²⁴⁷. Lediglich im Sinne eines technischen Merkmals, das für die Versicherung strukturell sei, könne es im rechtlichen Rahmen von Bedeutung sein²⁴⁸. Teilweise wird angenommen, dass dem Merkmal nur im Aufsichtsrecht zwingende, hingegen im Vertragsrecht typologische Bedeutung zukomme²⁴⁹.

2. Risikoabsicherung bei den Garantieprodukten

Fraglich ist, ob bei den einzelnen Garantieprodukten eine kollektive Risikoabsicherung besteht.

Bei der Verwendung von Garantiefonds im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen haftet die Versicherung nur, wenn sie selbst eine Garantie abgegeben hat. Diese Garantie hat für die Versicherung aber nur dann wirtschaftliche Konsequenzen, wenn die Kapitalanlagegesellschaft als externer Garantiegeber ausfällt. In diesem Fall ist der Schaden für die Versicherung umso größer, je mehr Versicherungen unter Verwendung des betreffenden Fonds sie im Bestand hat. Ein Risikoausgleich nach dem Gesetz der großen Zahl kann also nicht erfolgen, da das Risiko entgegengesetzt ansteigt. Mithin fehlt es an jeder versicherungstechnischen Absicherung.

Bei Hybridprodukten sichert sich der Versicherer ab, indem er einen entsprechenden Teil des Sparanteils in seinem Deckungsstock oder einem externen Garantiefonds anlegt, teilweise aus einer Investmentfondsanlage umschichtet. Letztlich berücksichtigt er also Risikoaspekte bereits bei der Wahl der Kapitalanlage. Insofern wird zu Recht davon ausgegangen, dass es an der kollektiven Absicherung fehle, wenn die Sicherstellung der Garantie nicht durch Absonderung eines entsprechenden Beitragsbestandteils erreicht wird, sondern durch Beschränkungen des Anlegers bei der Anlageauswahl²⁵⁰.

²⁴² Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 12; Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 42.

²⁴³ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 43.

²⁴⁴ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 41.

²⁴⁵ BVerwG, Urteile vom 10.01.1961, I C 46.57, VersR 1961, 361, 362; 19.06.1969, I A 3.66, Rz. 40, VersR 1969, 819, 821.

²⁴⁶ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 22.

²⁴⁷ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378, Fn. 25.

²⁴⁸ Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 36.

²⁴⁹ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 56.

²⁵⁰ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 382.

With-profit-Produkte zeichnen sich dadurch aus, dass sie für die gesamte Versichertengemeinschaft ein Glättungsverfahren ausführen. In diesem Rahmen wirkt nicht die große Zahl der Anleger risikoreduzierend, sondern die große Zahl der Generationen von Anlegern insofern, als ihnen unabhängig von der konkreten Dauer ihrer Beteiligung am Vermögen ein Ertragsprofil zugeschrieben wird, wie es sich über einen langen Zeitraum für das gesamte Vermögen ergibt. Dies betrifft aber keinen stochastischen Effekt, sondern nutzt die empirische Erkenntnis, dass sich die Schwankungen des Kapitalmarktes über einen längeren Zeitraum ausgleichen. Insbesondere bei großen Einzelrisiken kann auch ein Ausgleich in der Zeit erfolgen²⁵¹. Dabei werden zeitliche Ausgleichseffekte bei periodenübergreifender Betrachtung genutzt, auch unter Bildung von Kapitalpuffern²⁵². In einer besonderen Form ist dies auch hier der Fall. Allerdings besteht hier die Besonderheit, dass diese Absicherung nicht intern vom Versicherer, sondern auf Rechnung und mit Mitteln der Anleger durchgeführt wird, denen immerhin, aber eben auch nur geglättete Erträge zugeschrieben werden. Schon deshalb besteht kein Anlass, den vorläufigen Befund, dass insofern ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter vorliegt, wieder in Frage zu stellen. Wohl besteht aber Anlass die Frage zu stellen, ob nicht ausnahmsweise sowohl eine Versicherung als auch ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegt, wie es der Gesetzgeber als Möglichkeit ausdrücklich angesprochen hat, dass alle Risiken und Chancen der Versicherungsnehmer untereinander vergemeinschaftet werden²⁵³. So wurde festgestellt, dass bei With-profit-Produkten der Versicherer dem Anleger die Bewältigung des Kapitalanlagerisikos abnimmt, ihm dieses aber modifiziert dergestalt zurückreicht, die daraus entstehenden Folgen tragen zu müssen. Eine Versicherung könnte sich daraus ergeben, dass durch die Glättung eine Transformation dieses neuen Risikos erfolgt, dies auf Rechnung aller. Dass der Versicherer insofern auch einen Erfolg verspricht, was Werkvertragscharakter begründet, wäre unproblematisch, da dies im Rahmen von § 675 BGB sowieso vorgesehen ist, letztlich eine weitere Absicherung bewirkt für den Fall, dass die versicherungsrechtlich geschuldete Transformation misslingt. Der Gesetzgeber hat seine etwas missverständliche Aussage jedoch durch den Hinweis auf § 1 VVG und den VVaG ergänzt²⁵⁴. Deshalb kann auch bei der Konstruktion eines Versicherungsvertrags als Geschäftsbesorgungsvertrag wegen § 1 VVG nicht darauf verzichtet werden, dass „ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers“ besteht, dessen Verwirklichung bei „Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles“ Kompensationsleistungen aus dem Treuhandvermögen zur Folge hat. Bei With-profit-Produkten aber ist das neu entstandene Risiko kein individuelles mehr, die Transformation geht stattdessen soweit, dass die Risikoprofile völlig nivelliert werden. Dies äußert sich dann darin, dass entstehende Gewinne oder Verluste sich überhaupt nicht konkret zurechnen lassen, was auch nicht bezweckt ist, und somit auch kein Versicherungsfall bestimmt werden kann. Somit liegt eine Geschäftsbesorgung mit Werkvertragscharakter vor, die in dieser Gestalt einer Versicherung durchaus ähnlich, aber auch nur ähnlich ist.

Bei Variable Annuities betreibt die Versicherung ein Hedging, erwirbt also vor allem Finanzinstrumente, die entstehende Verluste des Basiswertes auszugleichen vermögen. Da bei Variable Annuities durch die Verknüpfung der Höhe der Garantiegebühr mit dem

²⁵¹ Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 130.

²⁵² Schradin in Langheid/Wandt, VersBWL, Rn. 14.

²⁵³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 56.

²⁵⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 56.

Fondsguthaben eine Risikosteigerung für den Versicherer mit einer Reduktion des Gebührenaufkommens einhergeht, hängt die Absicherung von einem entsprechenden Hedging ab²⁵⁵. Das Gesetz der großen Zahl greift also nicht. Zwar bedient man sich im laufenden Hedging-Programm stochastischer Berechnungen, diese betreffen aber vertragsindividuelle Simulationen von Kapitalmarktszenarien und dienen nicht bereits der eigentlichen Absicherung²⁵⁶. Auch das Hedging hat also keine derartige stochastische Wirkung. Im Ergebnis ist das Verlustrisiko aus den Garantien völlig unabhängig von der Größe des Vertragsbestandes²⁵⁷. Auch hier fehlt es an diesem Kriterium.

3. Hedging als alternative Form der Risikoabsicherung

Fraglich ist, welche Konsequenzen aus diesem Befund zu ziehen sind. Dieser widerspricht für Variable Annuities dem bei den anderen Merkmalen. Somit ist zu klären, in welcher Weise dieses Kriterium überhaupt anerkannt werden kann. Im Wortlaut des § 1 VAG hat es über das Merkmal des „Betriebs“ nur eine schwache Anknüpfung²⁵⁸. Allerdings rechtfertigt es sich aus dem systematischen Erfordernis, eine Abgrenzung zum Garantievertrag zu leisten, was anders nicht möglich ist, vgl. IX. Dies dürfte aber vertragsrechtlich widerspruchsfrei nur statthaft sein, wenn man sich auf den Boden der Gefahrtragungstheorie stellt. Hedging stellt aber ohnehin wirtschaftlich ebenso eine Risikomanagementmaßnahme zur Einhaltung gegebener Garantien dar wie die Rückversicherung oder die Eigenkapitalunterlegung²⁵⁹.

Daher lautet die Frage nur, ob eine Beschränkung auf hergebrachte Formen des Risikomanagements angenommen werden muss, vor allem auf eine Kalkulation nach der großen Zahl. Die Rückversicherung hingegen wälzt die Verantwortung zur Kalkulation nach der großen Zahl nur auf andere Versicherer ab, weshalb sie keine endgültige Transformation bewirkt. Für die Kalkulation nach der großen Zahl wird konkret angenommen, dass eine Zusammenführung vieler Risiken unter Ausnutzung des Gesetzes der großen Zahl zum Zweck des Risikoausgleichs genügt, dem aber gerade keine versicherungsmathematische Kalkulation zugrunde liegen muss²⁶⁰. In einer derartigen Form bedient sich beispielsweise auch eine Bank des Gesetzes der großen Zahl, die eine Vielzahl von Darlehen vergibt und sich dabei bewusst ist, dass ein bestimmter Anteil der Kredite ausfällt, der dadurch entstehende Verlust aber durch die Erträge aus den anderen ausgeglichen werden wird. Auch ein Ausgleich in der Zeit ist nicht nur einer Versicherung immanent. Wenn es aber schon keine spezifisch versicherungstechnischen Absicherungsmethoden gibt, fehlt jeder Anhalt für eine Beschränkung auf bestimmte Methoden. Eine solche würde auch dem Ziel des VVG-Gesetzgebers widersprechen, ausreichend Spielraum für Produktinnovationen bereit zu stellen²⁶¹. Selbst wenn man mit der Gefahrtragungstheorie bzw. aufsichtsrechtlich eine Risikotransformation für erforderlich hält, steht dem nicht entgegen, hierfür andere Methoden genügen zu lassen.

²⁵⁵ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 265.

²⁵⁶ Holler/Klinge, VW 2006, 898, 900.

²⁵⁷ Graf/Hauser/Zwiesler, DGVFM 2010 (31), 1.

²⁵⁸ Diesen Zusammenhang zwischen „Betrieb“ und Planmäßigkeit sieht Grote in Langheid/Wandt, Band 1, Aufsichtsrecht, Rn. 91.

²⁵⁹ Gatzert/ Huber/ Schmeiser, VW 2009, 1735.

²⁶⁰ BVerwG, Urteile vom 10.01.1961, I C 46.67, VersR 1961, 361, 362; 21.09.1967, I C 31.65, Rz. 31, VersR 1967, 1085; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 11; Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 22.

²⁶¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 56.

Zu klären ist damit, ob ein Hedging als eine solche Methode akzeptiert werden kann. Dabei ist das Verhältnis von Versicherung und Hedging bzw. den dabei verwendeten Finanzinstrumenten durchaus schon diskutiert worden. *Schwintowski* vertritt, dass die Versicherung als mit einem Hedging am Kapitalmarkt vergleichbar sei²⁶². Dagegen, hierin eine strukturelle Verwandtschaft mit einem Versicherungsgeschäft zu erkennen, soll weder die unterschiedliche Fälligkeit – fest vereinbarter Ausübungszeitpunkt gegen vereinbarte Vertragslaufzeit – noch die unterschiedliche Absicherung – Erfordernis, ein Gegengeschäft auf dem Terminmarkt abzuschließen, gegen Versichertengemeinschaft - sprechen²⁶³. Letztlich zeichneten sich beide Geschäfte als zweiseitige, aber nicht gegenseitige Geschäfte dadurch aus, dass nicht sicher sei, ob der Risikofall eintrete und eine Gegenleistung zu erbringen sei²⁶⁴. Dieser Vergleich wird überwiegend abgelehnt. Zwar liege eine Gemeinsamkeit darin, dass eine Absicherung eines bestimmten Risikos stattfinde, die Ausgestaltung der Absicherung sei aber eine völlig andere²⁶⁵. Gegen eine solche Vergleichbarkeit wird vor allem eingewandt, dass solche Geschäfte stärker spekulationsanfällig erscheinen und eine materiale Sicherung fehle²⁶⁶. Teilweise wird aber auch anerkannt, dass sich zwar rechtliche Schlüsse nicht unmittelbar ziehen lassen, aber eine tatsächliche Parallele bestehe²⁶⁷.

Richtig scheint, dass die Unterschiede zwischen Versicherung und Hedging so groß sind, dass sich rechtliche Folgerungen verbieten. In diesem Zusammenhang ist dies aber auch gar nötig. So geht es nicht darum, ob sich beide Geschäftstypen vergleichen lassen, sondern ob die Kalkulation im Rahmen einer Versicherung durch ein Hedging erfolgen darf. Insofern ist die Kritik an der Vergleichbarkeit unergiebig. Dass Derivate ohne zugehörigen Basiswert zur Spekulation genutzt werden können, muss sich nicht der Finanzmarktakteur entgegenhalten lassen, der sich ihrer zur Absicherung der entsprechenden Basiswerte bedient. Dem Hedging eine materiale Sicherung abzusprechen, ist nur bei einer bilanzrechtlichen Sicht möglich, wenn man die entsprechenden Finanzinstrumente nur als immaterielle Vermögenswerte einstuft – was nichts daran ändert, dass ihnen ein wirtschaftlicher Vermögenswert zukommt und sie handelbar sind²⁶⁸. Zwar weisen sie anders als Anleihen kein feststehendes Auszahlungsprofil auf, wohl aber in der Zusammenschau mit dem entsprechenden Basiswert. Da Derivat und Basiswert zusammen unabhängig von Kursschwankungen einen gleichbleibenden Wert aufweisen, sind sie sogar eher noch als weniger risikofähig als andere Formen der Eigenkapitalunterlegung. Geht man aber nun davon aus, dass eine Versicherung nicht rechtlich, aber rein faktisch hedge-ähnlich ist, folgt im – nicht rechtlich-methodischen, sondern denklogischen - Umkehrschluss, dass ein Hedging versicherungsähnlich sein muss, bzw. rückversicherungs-ähnlich.

Vor allem verdient aber Beachtung, dass Versicherer Derivate zur Absicherung bereits einsetzen. Eine Risikotransformation ist auch durch den sog. Alternativen Risikotransfer möglich, bei dem versicherte Risiken über entsprechend ausgestaltete Auszahlungsprofile von originären und derivaten Finanzinstrumenten auf Investoren abgewälzt werden²⁶⁹. Dabei

²⁶² Schwintowski, JZ 1996, 702, 704.

²⁶³ Schwintowski, JZ 1996, 702, 705.

²⁶⁴ Schwintowski, JZ 1996, 702, 705.

²⁶⁵ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 110; Lorenz in Versicherungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 158.

²⁶⁶ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 210.

²⁶⁷ Brömmelmeyer in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 1, Rn. 39.

²⁶⁸ Präve in Prölss, VAG, § 7, Rn. 36.

²⁶⁹ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 15, 23.

werden strukturierte Anleihen – insurance linked bonds, catastrophe bonds -, aber auch unbedingte und bedingte Finanztermingeschäfte genutzt²⁷⁰. Zum einen sind also versicherungstechnische Zinstitel von Bedeutung, vom Versicherer emittierte Wertpapiere, bei denen die Höhe der Zinszahlungen und eventuell die Höhe der Rückzahlung vom Schadensverlauf eines spezifischen Versicherungsbestandes abhängt²⁷¹. Damit gelingt es dem originären Risikoträger, die Auswirkungen der erfassten Schäden auf sein Unternehmensergebnis auszuschalten²⁷². Eine andere Form sind Versicherungsderivate. Hierbei wird sich Derivaten bedient, deren Basiswert ein versicherungstechnischer Index ist²⁷³.

Dass eine solche Absicherung im Rechtsverkehr bereits üblich ist, stellt zwar im Rahmen einer typologischen Betrachtung ein gewichtiges Indiz dar, ist aber rechtlich nicht zwingend. Zumal vertreten wird, dass derartige Finanzmarktinnovationen, wie etwa Katastrophen-Bonds oder Katastrophen-SWAPS, grundsätzlich nicht vom Versicherungsbegriff erfasst würden, da insofern entsprechende Versicherungsrisiken auf die Kapitalmärkte übertragen werden, die eigenen Regeln unterliegen²⁷⁴. Daneben soll es auch an einer planmäßigen Risikoübernahme fehlen, wenn Investoren entsprechende Risiken nur gelegentlich zeichnen²⁷⁵. Allerdings geht es hier wiederum nicht um die Frage, ob im Rahmen des Hedging verwendete Finanzinstrumente Versicherungen sind, sondern ob sie im Rahmen von Versicherungen zur Risikotransformation verwendet werden dürfen. Aber selbst die erstgenannte Frage wäre nach geltendem Recht differenzierter zu beantworten. So ist auch zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 121 e Abs. 1 S. 1 VAG, §§ 154, 157 VAG-E, anerkannt hat, dass solche Finanzinstrumente eine aufsichtspflichtige Rückversicherung darstellen können, wenn ein „hinreichender Risikotransfer“ stattfindet. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3 FinRVV ist dabei ein Risiko für den Rückversicherer nötig, das in der Möglichkeit liegt, dass die Differenz der Zahlungsströme aus der Sicht des Rückversicherers negativ ausfällt. Ganz allgemein gilt damit die Anforderung, dass die Prämie nicht so kalkuliert sein kann, dass sie in jedem Fall das Risiko des Erwerbers des Finanzinstruments deckt²⁷⁶. Stattdessen muss eine Risikodeckung nach versicherungstechnischen Grundsätzen erfolgen, was eine wahrscheinlichkeitmathematische Berechnung nahe legt²⁷⁷. Diese Anforderung erfüllen die im Rahmen eines Hedging verwandten Finanzinstrumente immer. Darüber hinaus bestehen weitergehende quantitative Anforderungen, um das Risiko als „erheblich“ einzustufen. Dabei gilt nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 FinRVV eine Produktregel mit dem Inhalt, dass eine spezielle Verlustwahrscheinlichkeit von 1 % vorliegen muss, wobei diese Wahrscheinlichkeit das Produkt aus der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Verlusthöhe, jeweils in Prozent, darstellt²⁷⁸. Dies betrifft aber nur die hier nicht relevante Frage, ob eine Rückversicherung besteht, die aufsichtsrechtliche Folgen zeitigt. Dies kann bei einem Hedging schon deshalb nicht der Fall sein, als Gegenstand originäre Finanzrisiken und gerade nicht versicherungstechnische Risiken sind. Eine sehr weitgehende Anerkennung als Rückversicherung ist aber nur möglich, wenn man dafür die Eingangsvoraussetzung als

²⁷⁰ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 23.

²⁷¹ Albrecht/Schradin, ZVersWiss 1998, 573, 578.

²⁷² Albrecht/Schradin, ZVersWiss 1998, 573, 580.

²⁷³ Albrecht/Schradin, ZVersWiss 1998, 573, 589.

²⁷⁴ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 46; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 9 .

²⁷⁵ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 46.

²⁷⁶ Dreher/Lange, WM 2009, 193, 196.

²⁷⁷ Dreher/Lange, WM 2009, 193, 196.

²⁷⁸ Dazu Dreher/Lange, WM 2009, 193, 196 f.

gegeben sieht, dass solche Finanzinstrumente überhaupt im Rahmen der Risikotransformation von Erstversicherern verwendet werden dürfen.

Bringt man diese Form der Absicherung, die im Rechtsverkehr üblich und rechtlich zulässig ist, auf den Punkt, geht es letztlich darum, dass versicherte Risiken auf den Finanzmarkt transformiert werden. Versicherungen unterscheiden sich von Finanzinstrumenten in diesem Zusammenhang dadurch, dass sie eine Absicherung für bestimmte, aber nicht einzugrenzende versicherbare Risiken bieten, während Finanzinstrumente dies ebenfalls tun, sich aber ausschließlich auf Finanzrisiken, wie Zins- oder Kursänderungen, beziehen²⁷⁹. Alternativer Risikotransfer bewirkt nun, diese „Spartentrennung“ für versicherbare Risiken aufzuheben²⁸⁰. Somit werden entsprechende Finanzinstrumente geschaffen, um versicherte Risiken aus einer Vielzahl von Lebensbereichen so umzuwandeln, dass sie zum Finanzmarkt kompatibel sind und dessen Gegenstand sein können. Die Besonderheit bei Variable Annuities als Kapitalmarktversicherungen besteht nun darin, dass ein originäres Finanzrisiko versichert ist, so dass eine Umwandlung und damit eine Zwischenschaltung speziell geschaffener Instrumente unnötig ist. Wenn es nun aber gängige und anerkannte Praxis ist, sogar sachfremde Risiken für den Finanzmarkt mit zusätzlichem Aufwand zu übersetzen, dann muss diese Möglichkeit erst recht für Risiken gelten, die bereits aus der Natur der Sache diesem Markt zugehörig sind. Deshalb lässt sich aus dieser Regelung ein *argumentum a maiore ad minus* ableiten.

VIII. Negative Abgrenzung zu Bürgschaft und Garantievertrag

Letztlich steht noch die Abgrenzung der Versicherung von Garantievertrag und Bürgschaft aus. Eine Abgrenzung zur Bürgschaft und zur Garantie ist zum einen über das Merkmal der Planmäßigkeit möglich²⁸¹, wobei dies vertragsrechtlich wohl nur möglich ist, wenn man auf der Grundlage der Gefahrtragungstheorie eine derartige Absicherung überhaupt als Teil der Leistungspflicht ansieht. Lehnt man dieses ab, bleibt nur, den Versicherungsbegriff durch ein negatives Merkmal zu ergänzen und eine Abgrenzung im Einzelfall vorzunehmen²⁸². Dabei leitet man eine Abgrenzung nicht aus den Grundsätzen zur Versicherung ab, sondern geht davon aus, dass Bürgschaft und Garantie speziell geregelte Fälle der Versicherung sind²⁸³. Danach liegt eine Versicherung also gerade dann nicht vor, wenn die Voraussetzungen einer Bürgschaft oder Garantie erfüllt sind. Eine unselbstständige Garantie zeichnet sich dadurch aus, dass sie an einer bereits bestehenden Leistungspflicht ansetzt, etwa beim Werkvertrag an der Zusage der Beschaffenheit des Werkes, und diese verschärft, bis hin zu einer verschuldensunabhängigen Haftung²⁸⁴. Demgegenüber wird bei einer selbstständigen Garantie eine zusätzliche Haftung begründet dergestalt, dass die bereits bestehende Leistungspflicht inhaltlich ausgeweitet wird oder eine neue Leistungspflicht begründet wird – in jedem Fall ist im Garantiefall die Zahlung von Geld geschuldet²⁸⁵. Das

²⁷⁹ Albrecht/Schradin, ZVersWiss 1998, 573, 578.

²⁸⁰ Albrecht/Schradin, ZVersWiss 1998, 573, 578, Fn. 21.

²⁸¹ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 102 f. zumindest als typologische Kriterium; aus Sicht für den Garantievertrag so auch Sprau in Palandt, Einf. v. § 765, Rn. 21.

²⁸² Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 41, 50 f.

²⁸³ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn.6; im Ergebnis auch Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 33 für die Bürgschaft.

²⁸⁴ T. Fischer in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 121, Rn. 2.

²⁸⁵ BGH, Urteil vom 11.07.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941 f.; T. Fischer in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 121, Rn. 3.

Leistungsversprechen ist darauf gerichtet, den Garantienehmer im Fall des Eintritts des Garantiefalles so zu stellen, als wäre der vertragliche maßgebliche Zustand erreicht oder umgekehrt der Schaden nicht eingetreten²⁸⁶. In Abgrenzung zur unselbstständigen Garantie liegt die Leistung des Garantiegebers in der Schadenskompensation, nicht der Schadensverhinderung – zwar kann derselbe Schuldner auch zu beidem verpflichtet sein, dann muss aber die Garantie über die bloße Leistungserbringung hinausgehen²⁸⁷. Der Garantiegeber kann sich letztlich nicht darauf berufen, der Eintritt des Garantiefalles beruhe auf einem atypischen Zufall²⁸⁸. Festzuhalten ist also, dass sich – von der Transformation abgesehen – keine Abgrenzungsmerkmale zur Versicherung feststellen lassen. Insbesondere könnte sich auch die Zusage im Rahmen von Variable Annuities als Garantie in diesem Sinne sehen lassen.

Dies ist vor allem im Verhältnis zu Banken von Bedeutung, da Kapitalanlagegesellschaften bei Garantiefonds, aber auch anderen Garantieprodukten, ein inhaltlich identisches Versprechen abgeben. Garantiezusagen durch Banken sind allgemein nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG zulässig. Der Unterschied der Bankgarantie zur Kreditversicherung wird beispielsweise darin gesehen, dass beim Versicherungsvertrag wegen der Prämienzahlung des Versicherungsnehmers ein gegenseitiger Vertrag vorliege²⁸⁹, und der Versicherungsvertrag anders als die Garantie auf erstes Anfordern eine Vielzahl von Obliegenheiten zulasten des Versicherungsnehmers mit sich bringe²⁹⁰. Solche Obliegenheiten spielen bei der Kapitalanlage aber jedenfalls dann keine Rolle, wenn deren Durchführung und Abwicklung der Versicherer übernimmt. Der Aspekt der Gegenseitigkeit bezieht sich auf den Umstand, dass Bankgarantien anders als Versicherungen typischerweise in einem Dreiecksverhältnis von Bedeutung sind und in diesem Rahmen eine Leistung zu Gunsten Dritter darstellen. Aber selbst insofern wird eine Leistung sowohl von Banken als auch Versicherern angeboten, etwa bei Kautionsversicherungen. Der Kautionsversicherer stellt dabei Bürgschaften oder Garantieversprechen für den Fall, dass der Versicherungsnehmer als Inhaber der Kautionszahlung unfähig wird – während Banken eine identische Leistung in Form eines Avalkredits im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages erbringen²⁹¹. Der Kautionsversicherungsvertrag wird vom BGH als Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen²⁹². Dem wird teilweise zugestimmt mit der Einschränkung, dass auch Geschäftsbesorgungsverträge Versicherungen nach § 1 VVG sein könnten, was hier der Fall sei²⁹³. Verbreitet wird allerdings vertreten, dass die Kautionsversicherung mit einem Avalkredit der Banken wirtschaftlich zwar identisch sei, dieser wirtschaftliche Kern aber bei der Erbringung durch eine Bank ein Geschäftsbesorgungsvertrag und bei der durch ein Versicherungsunternehmen ein Versicherungsvertrag sein könne²⁹⁴. Ganz allgemein wird vor allem aufsichtsrechtlich ebenfalls davon ausgegangen, dass ein Garantiegeschäft, das die Voraussetzungen einer Versicherung erfüllt, als Garantiegeschäft gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG Bankgeschäft

²⁸⁶; BGH, Urteil vom 11.07.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941, 2942; Habersack MüKo, Vor § 765, Rn. 16.

²⁸⁷ Habersack in MüKo, Vor § 765, Rn. 16.

²⁸⁸ BGH, Urteil vom 11.07.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941.

²⁸⁹ T. Fischer in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 121, Rn. 24.

²⁹⁰ T. Fischer in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 121, Rn. 25.

²⁹¹ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731 f.

²⁹² BGH, Urteile vom 06. 07. 2006, IX ZR 121/05, Rz.8, NJW-RR 2007, 50, 51; 18.01.2007, IX ZR 202/05, Rz. 7, VersR 2007, 1367.

²⁹³ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 35.

²⁹⁴ Thomas/Dreher, VersR 2007, 731, 738; dagegen auch Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 209.

sein könne, wenn es nur von einer Bank vorgenommen werde²⁹⁵. Dafür spricht aber aufsichtsrechtlich, dass § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 6 S. 2 KWG die Klarstellung für erforderlich hält, dass Versicherungen nicht als Kreditinstitute gelten, es sei denn, sie betreiben Finanzdienstleistungen als ihnen nicht eigentümliche Geschäfte. Vertragsrechtlich hingegen erscheint dies insofern wenig überzeugend, als eine identische Leistung nicht in ihrem Vertragscharakter davon abhängig sein kann, wer sie erbringt²⁹⁶. So widerspricht eine solche Sichtweise auch den Grundsätzen des Schuldrechts: Die Identität des Rechtssubjekts spielt für die Rechtsnatur des Vertrags keine Rolle, eine Ausnahme gilt nur bei Verbraucherverträgen und ist dort in den §§ 13, 14 BGB ausdrücklich normiert.

Jedenfalls sollte eine solche Beliebigkeit erst dann zum Tragen kommen, wenn sich auch aus noch so schwachen typologischen Merkmalen keine Schlüsse ziehen lassen. Grundlage einer typologischen Betrachtung ist aber der empirische Rechtsverkehr, so dass auch dessen Traditionen eine Bedeutung zukommt²⁹⁷. Beim Garantievertrag spielt die Zuordnung traditionell anerkannter Fallgruppen eine große Rolle, auch in Abgrenzung zur Versicherung²⁹⁸. Ein Garantievertrag zeichnet sich typischerweise dadurch aus, dass der Garantiebergeber für die Erfüllung einer Schuld einsteht, anders als bei der Bürgschaft aber nicht notwendigerweise akzessorisch oder subsidiär, oder auch für die Mangelfreiheit einer Sache oder eines Werkes²⁹⁹. Eigenschaftsgarantien zeichnen sich demnach dadurch aus, dass sie über den kauf- oder werkvertraglich geschuldeten Zustand hinausgehen³⁰⁰. Die Errichtung von Garantiefonds hingegen ist erst Anfang 2007 von der BaFin als zulässig erachtet worden, wobei als Anforderung eine ausreichende Eigenkapitalunterlegung gilt³⁰¹. Die Rechtfertigung dieser Einschränkung wird gerade in der strukturellen Ähnlichkeit mit dem Einlagen- und Versicherungsgeschäft gesehen³⁰². Davor waren Bankgeschäfte in diesem Kontext also entweder Sparvertrag - Geld gelangt in die Risikosphäre der Bank gegen Zusage einer Mindestverzinsung - oder Investmentvertrag - die Bank verwaltet Geld nur im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages als Treuhänder, übernimmt insofern aber gerade keine Garantie. Zudem wird diese neue Entwicklung gerade deshalb kritisch gesehen, weil bei der Zusage rechtsverbindlicher Garantien der Versicherungscharakter als im Vordergrund stehend gesehen wird³⁰³. Dies sei auch vor dem Hintergrund der strengeren Maßstäbe der Versicherungsaufsicht angebracht³⁰⁴. Überzeugend ist dies insoweit, als die Schwankungen des Kapitalmarktes nicht vorhersehbar sind, man sie nicht unterbinden kann, somit das Risiko des Eintritts eines ungewissen Ereignisses nicht geleugnet werden kann. Dagegen ist der Gegenstand zwar bankrechtlich. Dies ändert aber nichts, da eine

²⁹⁵ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, §1, Rn. 35; Grote in Langheid/Wandt, Band 1, Aufsichtsrecht, Rn. 88; ähnlich Lorenz in Versicherungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 149, der allgemein für einen Versicherungsvertrag verlangt, dass er von einem Versicherungsunternehmen geschlossen werden muss.

²⁹⁶ So auch Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 1, Rn. 35 für den Kautionsversicherungsvertrag; mit dieser Begründung im Hinblick auf Kapitalisierungsgeschäfte auch Grote a.a.O, Rn. 96, was die Anwendbarkeit des VVG angeht.

²⁹⁷ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 15; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S 294.

²⁹⁸ Darauf stellt auch Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 34 ab.

²⁹⁹ Habersack in MüKo, Vor § 765, Rn. 23.

³⁰⁰ BGH, Urteil vom 11.07.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941 f.; Habersack in MüKo, Vor § 765, Rn. 38.

³⁰¹ BaFin, Rundschreiben 2/2007 vom 18.01.2007, Mindestzahlungszusagen: Eigenmittelunterlegung und Behandlung nach dem GroMiKV, BA 27-GS-4001-2005/0005.

³⁰² Köndgen/Schmies, in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 71.

³⁰³ Goecke, VW 2007, 157.

³⁰⁴ Goecke, VW 2007, 157, 159.

Versicherung Schutzobjekte aus jedem Lebensbereich erfassen kann. Somit lässt sich nicht begründen, dass *keine* Versicherung vorliegt, ohne zwangsläufig eine gegenläufige Aussage für entsprechende Bankgeschäfte treffen zu müssen. So ist bei der typologischen Betrachtung zu berücksichtigen, dass es keine zwingenden Kriterien gibt, so dass schon der Wechsel eines Kriteriums die Einschätzung ändern kann, wobei dies notfalls auch die Identität des Rechtssubjektes sein könnte. Allerdings ist dies hier nicht notwendig: So liegt gerade keine Versicherung bei unselbstständigen Geschäften vor, gerade wenn Geschäftsbesorger ausnahmsweise einen werkvertraglichen Erfolg zusagen. Dies liegt auch nahe, wenn Banken das Hauptgeschäft, den Investmentvertrag, absichern, was aber nicht vertieft werden soll. Im Ergebnis liegt kein Garantiegeschäft vor.

IX. Selbstständigkeit der Risikoabsicherung

Letztlich ist noch das eben genannte Merkmal der Selbstständigkeit von Bedeutung. Hinsichtlich des Merkmals der Selbstständigkeit ist bereits zweifelhaft, ob es eigenständig ist oder lediglich aussagen soll, dass nicht jedes Garantiegeschäft ein Versicherungsgeschäft darstellt³⁰⁵. Jedenfalls fehlt es daran nur, wenn die Risikoübernahme in einem inneren Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft anderer Art steht und von dort ihr eigentliches Gepräge erhält, so dass sie nur als unselbstständige Nebenabrede zu werten ist³⁰⁶. Keine Bedeutung hat das Kriterium, wenn ein Dritter die Garantie im Rahmen eines eigenständigen Vertrages anbietet³⁰⁷. Diese Bestimmung ist nicht sehr aussagekräftig, da sie dem Rechtsanwender einen großen Spielraum bei der Beurteilung der Frage lässt, wo der Schwerpunkt zu legen ist. Für das Vertragsrecht wird betont, dass anders als im Aufsichtsrecht insofern auch ein gemischter oder atypischer Vertrag vorliegen könne³⁰⁸. Dem stehe bei einer gemischten Versicherung das Kriterium der Selbstständigkeit nicht entgegen, denn dieses zielt nur darauf ab, dass eine Hauptleistung durch eine Garantie abgesichert werde³⁰⁹. Der biometrische Risikoschutz im Rahmen einer gemischten Versicherung beziehe sich aber nicht in diesem Sinn auf den Sparvorgang³¹⁰. Dies ist bei Garantieprodukten, die das Kapitalanlageergebnis absichern, aber gerade anders. Bei Produkten, bei denen der Versicherer eine Anlagetätigkeit für den Anleger entfaltet, wie Hybrid-Produkten oder With-profit-Produkten, liegt aber bereits kein gemischter Vertrag vor, sondern ein einheitlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter. Variable Annuities stellen hingegen einen gemischten Vertrag dar. So wird dem Versicherungsnehmer die Organisation, Durchführung und Abwicklung der Investmentfondsanlage im Rahmen eines Dienstvertragslements abgenommen. Daneben wird für die Anlage eine Kapitalmarktversicherung vereinbart. Ein zusätzlicher biometrischer Schutz kann, muss aber nicht vereinbart werden. Die Dienstleistung stellt sich dabei als eine bloße Serviceleistung dar, denkbar wäre auch, dass der Versicherungsnehmer als Anleger selbst eine Investmentfondsanlage tätigt und der Versicherer diese dann absichert. Damit liegt also nur eine bloße, eher unwesentliche Serviceleistung vor, die gerade nicht die Hauptleistung darstellt. Vor allem formell betrachtet wird diese Dienstleistung nicht durch die

³⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 19.05.1987, 1 A 88/83, Rz. 41, VersR 1987, 701, 702.

³⁰⁶ BVerwG, Urteile vom 19.06.1969, I A 3.66, Rz. 20, VersR 1969, 819, 820; 12.05.1992, 1 A 126/89, Rz. 20, VersR 1992, 1381, 1382; 29.09.1992, 1 A 26/91, VersR 1993, 1217, 1218.

³⁰⁷ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 21.

³⁰⁸ Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 48.

³⁰⁹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381.

³¹⁰ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381.

Garantie abgesichert, sondern der Investmentvertrag mit der Kapitalanlagesellschaft, der aber nicht Bestandteil des gemischten Vertrags mit dem Versicherungsnehmer ist. Deshalb fehlt es bei Variable Annuities nicht an der Selbstständigkeit.

X. Zwischenergebnis

Damit hat sich gezeigt, dass hinsichtlich des Versicherungscharakters von Garantieprodukten mit alternativer Absicherung zu differenzieren ist. Lebensversicherungscharakter kommt solchen Produkten nur zu, wenn sie dem AltZertG unterfallen. Produkte, bei denen der Versicherer die Garantie aus der Kapitalanlage heraus sicherstellt, wie Hybrid-Produkte oder With-Profits-Produkte, stellen sich als Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienst-, und Werkvertragscharakter dar. Hingegen weisen Variable Annuities Versicherungscharakter auf.

D. Aufsichtsrechtliche Zulässigkeit

Kann die Frage, welcher Rechtsnatur eine Vereinbarung ist, noch weitgehend einheitlich für alle Rechtsdisziplinen gestellt und beantwortet werden, ergeben sich aus den Antworten für jede Rechtsdisziplin unterschiedliche Folgen. Diese sollen zuerst für das Aufsichtsrecht ermittelt werden, sofern es um grundsätzliche Einschränkungen geht.

I. Aufsichtszuständigkeit

Für Erstversicherungsunternehmen mit Sitz im EU-/EWR-Ausland, die von den Versicherungs-Richtlinien erfasst werden, besteht nach § 110 a Abs. 3 VAG grundsätzlich eine Aufsicht im Herkunftsstaat und daneben nur eine beschränkte Aufsicht durch die BaFin nach deutschem Recht, die gerade nicht die Finanzaufsicht umfasst³¹¹. Die entsprechenden Regeln der Finanzaufsicht, die §§ 53c – 79 VAG, betreffen im Ergebnis also nicht Unternehmen mit Sitz in EU/EWR-Staaten, die in Deutschland über eine Niederlassung oder einen Dienstleistungsverkehr tätig sind³¹². Diese Regelung lässt sich unverändert in § 57 Abs. 1 VAG-E wiederfinden. Variable Annuities werden bisher wegen Beschränkungen des deutschen Aufsichtsrechts in Deutschland ausschließlich aus Irland und Luxemburg vertrieben³¹³. Ebenso wenig haben Anbieter von With-profit-Produkten ihren Sitz in Deutschland. Warum dies so ist und unter welchen Voraussetzungen dies auch anders sein könnte, ist die für diese Produktgruppe maßgebliche Frage, die es im Folgenden zu beantworten gilt.

II. Vorliegen eines (zulässigen) Versicherungs-, Kapitalisierungsgeschäfts

1. Anwendbarkeit des Versicherungsaufsichtsrechts

Wiederum ist grundlegend für das Wirken des Versicherungsaufsichtsregimes der schon eingehend untersuchte Aspekt, dass ein Versicherungsgeschäft betrieben werden muss, § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG – was auch nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Nr. 1 VAG-E gilt. Für Variable Annuities und Garantien von Versicherungen im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen unter Geltung des AltZertG kann ein Versicherungscharakter ohne Weiteres festgestellt werden. Für alle anderen Varianten kommt darauf an, dass zusätzlich zur kapitalbezogenen Garantie ein biometrisches Risiko abgesichert wird. Sofern dies der Fall ist, ist ergeben sich für die Anwendbarkeit der Versicherungsaufsicht keine weiteren rechtlichen Probleme, da insofern und anders als im Vertragsrecht die versicherungsrechtlichen Regeln umfassend Anwendung finden und sich gerade nicht auf den entsprechenden Teil beschränken können³¹⁴. Fehlt es jedoch am biometrischen Risikoschutz, ist das Eingreifen der Versicherungsaufsicht wiederum fraglich.

Allerdings kann die Versicherungsaufsicht auch dann greifen, wenn ein Kapitalisierungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 4 S. 2 VAG bzw. § 2 Abs. 2 S. 2 VAG-E

³¹¹ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 56; Kollhosser in Prölss, § 110 a, Rn. 10.

³¹² Lipowsky in Prölss, VAG, Vor § 53 c, Rn.4.

³¹³ Benkel/Hirschberg, FLV/FRV 2008, Rn. 6.

³¹⁴ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 16.

vorliegt. Der gesetzliche Wortlaut gibt dafür vor, dass unter Anwendung eines mathematischen Verfahrens die im Voraus festgesetzten einmaligen oder wiederkehrenden Prämien und die übernommenen Verpflichtungen nach Dauer und Höhe festgelegt sein müssen. Die hier zu betrachtenden fondsgebundenen Produkte, bei denen durch die Garantie nur eine Mindestauszahlungssumme bestimmt wird, würden dem allesamt nicht genügen, wenn schon bei Vertragsschluss der genaue Auszahlungsbetrag bekannt sein müsste. Allerdings ist mit dem Wortlaut eine Festlegung dergestalt vereinbar, dass Dauer und Höhe der Leistung nach festgelegten Kriterien bestimmbar, nicht aber der genaue Betrag bestimmt ist³¹⁵. Auch die Entstehungsgeschichte von Art. 1 Nr. 2 b) der Ersten Richtlinie Leben, vom 05.03.1979, 79/267/EWG, spricht nicht dagegen, da auch schon damals Leistungen erfasst werden sollten, die von künftigen bestimmten Ereignissen abhängig waren³¹⁶. Zudem enthält die Regel des VAG anders als diese Richtlinie nicht das Erfordernis, dass die Festlegung „genau“ sein muss³¹⁷. Der Zweck von § 1 Abs. 4 S. 2 VAG letztlich liegt darin, bestimmte Finanzprodukte ohne (hinreichenden) biometrischen Risikoschutz mit Lebensversicherungen gleichzusetzen und damit deren genaue Einordnung entbehrlich zu machen³¹⁸. Da zweifelsfrei Geschäfte mit bei Vertragsschluss beziffertem Anspruch erfasst werden, müssen unbezifferte Ansprüche, die Lebensversicherungen näher stehen, erst recht erfasst sein³¹⁹. Unter dieser Annahme wird der gesetzlichen Definition ihr Nutzen abgesprochen mit dem Argument, Bestimmbarkeit der Leistung sei schon notwendige Bedingung dafür, dass überhaupt ein Vertrag vorliege, darüber hinaus würden selbst Kaufverträge erfasst³²⁰. Ein spezielles Kriterium wird allenfalls noch darin gesehen, dass die Rückzahlung unter Verzinsung wohl konstitutiv sei, wobei es abgesehen davon nicht auf die Vertragskonstruktion ankomme³²¹. Eine Verzinsungszusage im engeren Sinne, nämlich im Sinne eines Spargeschäfts, wird bei den hier untersuchten Kapitalgarantien gerade nicht gegeben. Vielmehr wird nur ein endfälliger Betrag in Aussicht gestellt. Unzweifelhaft steht aber eine Unsicherheit hinsichtlich des konkreten Auszahlungsbetrages, etwa durch die Zusage einer Schwankungen unterworfenen Gewinnbeteiligung, der Annahme eines Kapitalisierungsgeschäfts nicht entgegen³²². Die Festsetzung einer Verpflichtung in ihrer Höhe, wie vom Wortlaut vorgegeben, verlangt damit also irgendeine Form der Kapitalgarantie, beinhaltet aber nicht das Erfordernis einer spargeschäftlichen Zusage und ist letztlich nicht typgebunden. Auch der oben genannte Zweck setzt dies nicht voraus. Somit liegen insofern jedenfalls Kapitalisierungsgeschäfte vor.

2. Verbot versicherungsfremder Geschäfte

Nach § 7 Abs. 2 VAG dürfen Versicherungsunternehmen neben Versicherungsgeschäften nur solche Geschäfte betreiben, die mit diesen im „unmittelbaren Zusammenhang“ stehen. Abermals ist die entsprechende Vorschrift im VAG-E, § 16, damit inhaltlich identisch, abgesehen von dem Umstand, dass Gegenstand der Regelung nicht mehr das gebundene Vermögen, sondern nur noch das Sicherungsvermögen ist. Ob ein unmittelbarer

³¹⁵ Winter, VersR 2004, 8, 14; Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 18.

³¹⁶ Winter, VersR 2004, 8, 14.

³¹⁷ Winter, VersR 2004, 8, 14.

³¹⁸ Winter, VersR 2004, 8, 14; Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 28.

³¹⁹ Winter, VersR 2004, 8, 14.

³²⁰ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 99.

³²¹ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 100.

³²² Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 18.

Zusammenhang nach § 7 Abs. 2 VAG gegeben ist, richtet sich nach der Verkehrsauffassung³²³.

a) Kapitalanlage

Nicht unproblematisch ist dann bereits der Umstand, dass Versicherer Kapitalanlage betreiben. Die Verbindung aus Kapitalanlage und Absicherung eines biometrischen Risikos ist zum einen durch ihre Tradition, darüber hinaus aber auch durch ihre Berücksichtigung im Gesetz, etwa § 169 VVG, als zulässig anzuerkennen. Aber auch ohne Absicherung eines biometrischen Risikos und damit Versicherungscharakter lässt bereits die Neufassung von § 1 Abs. 4 S. 2 VAG nicht mehr die Annahme zu, es fehle am unmittelbaren Zusammenhang, weshalb § 7 Abs. 2 VAG nicht gelten kann³²⁴. Zwar erfolgt die Kapitalanlage bei den alternativen Produkten in völlig anderer Weise als bei herkömmlichen Produkten, allein was die dingliche Zuordnung des Vermögens anbelangt. Zweck der Regelung ist, Versicherer von Risiken fern zu halten, die gerade nicht wesensgemäß mit dem Betrieb von Versicherungsgeschäften verbunden sind³²⁵. Dabei ist aber zu beachten, dass § 7 Abs. 2 VAG gerade nicht als Barriere für wirtschaftliche und soziale Weiterentwicklungen verstanden werden darf³²⁶. Aus diesem Grunde sind auch zusätzliche Leistungen statthaft, so können Krankenversicherer aufsichtsrechtlich die Organisation der Heilbehandlung übernehmen, darüber hinaus sind Assistance-Leistungen allgemein aufsichtsrechtlich nicht angreifbar, sofern sich Einschränkungen nicht aus anderen Gesetzen ergeben, wie dem RDG³²⁷. Im Hinblick auf den oben genannten Zweck ist das damit einhergehende Risiko nicht zwangsläufig größer, im Kern geht es auch hier um den Erwerb und die Umschichtung von Vermögensgegenständen, für deren Erfolg eine Garantie gegeben wird. Wie bereits ausgeführt, zeichnen sich die hier maßgeblichen Produkte anders als altbekannte Kapitalgarantien dadurch aus, dass sie geringere Zinsgarantien beinhalten. Somit ist das Risiko versicherungsfremder Art jedenfalls insofern sogar geringer.

Einzig aus der entsprechenden gegenläufigen bankrechtlichen Regelung, § 54 KWG, kann sich damit noch eine Einschränkung ergeben. Danach können Bankgeschäfte nicht ohne Erlaubnis betrieben werden. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG liegen Bankgeschäfte auch bei der Übernahme von Garantien und sonstigen Gewährleistungen für andere vor³²⁸. Dies bedingt aber gerade keine scharfe Abgrenzung, da unabhängig von Garantieprodukten Versicherungen regelmäßig schon insofern Kreditinstitute sind, als sie Bankgeschäfte im Sinne des KWG in Form von Darlehen betreiben, § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG. Garantiegeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG unterliegen dementsprechend, wenn sie durch Versicherungsunternehmen betrieben werden, der Versicherungs- und nicht der Bankaufsicht, § 2 Abs. 1 Nr. 4 KWG, es sei denn, es handelt sich dabei nicht um ihnen eigentümliche Geschäfte, § 2 Abs. 3 KWG³²⁹. Eine Aufsichtspflicht soll für derartige nicht eigentümliche Geschäfte aber nur bestehen, wenn sie gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben werden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb

³²³ Präve in Prölss, VAG, § 7, Rn. 17.

³²⁴ Winter, VersR 2004, 8, 16; BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002, A.; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381; Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 19.

³²⁵ Winter, VersR 2004, 8, 15; Eilert in Bähr, §5, Rn. 38.

³²⁶ Winter, VersR 2004, 8, 16.

³²⁷ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 19.

³²⁸ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 47.

³²⁹ Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 47.

erfordert³³⁰. Für Versicherer ergibt sich aber schon unabhängig von dieser Einschränkung aus Nr. 23 der Anlage des VAG, § 1 Abs. 4 S. 1 VAG und § 8 Abs. 1 a) VAG, dass insofern eigentümliche Geschäfte vorliegen³³¹. Somit greift bei Kapitalisierungsgeschäften also - eng zusammenhängend mit § 7 Abs. 2 VAG - auch § 54 KWG nicht³³².

Im Ergebnis unterfallen fondsgebundene Produkte unter Verwendung von externen Garantien, Hybrid- und With-profit-Produkte jedenfalls als Kapitalisierungsgeschäfte der Versicherungsaufsicht.

b) Hedging

Letztlich ist aber fraglich, ob auch für Variable Annuities zumindest eine grundsätzliche aufsichtsrechtliche Zulässigkeit nach § 7 Abs. 2 VAG im Hinblick auf die Regelung in S. 2 anzunehmen ist. Dies ist nach dem Vorgenannten unproblematisch hinsichtlich der gegenüber dem Versicherungsnehmer gegebenen Garantie, wofür noch nichtmals der Umweg über die Annahme eines Kapitalisierungsgeschäftes eingeschlagen werden müsste. Zweifelhaft ist hingegen, ob die Transformation dieser externen Garantie durch ein Hedging und damit durch den Einsatz von Derivaten ebenfalls zulässig ist. Zur Zulässigkeit der Verwendung von Derivaten hat das damalige Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen auf der Grundlage der speziellen Regelung des § 7 Abs. 2 S. 2 VAG sehr konkrete Grundsätze aufgestellt. Nach § 7 Abs. 2 S. 2 VAG sind Derivate einsetzbar zu den Zwecken der Absicherung gegen Kurs- und Zinsänderungsrisiken bei vorhandenen Vermögenswerten, dem späteren Erwerb von Wertpapieren und der Erzielung eines zusätzlichen Ertrags aus vorhandenen Wertpapieren. Auf der rechtlichen Grundlage der anderen Alternative der Ertragsvermehrung darf der Versicherer Kaufoptionen veräußern, wenn sich diese auf den vorhandenen Bestand beziehen, umgekehrt ist der Kauf von Kaufoptionen nur zur Erwerbsvorbereitung statthaft³³³. Letztlich kann der Zweck einer Ertragsvermehrung also nicht originär über Derivate selber, sondern nur über die zu entsprechenden Basiswerten akzessorische Verwendung verfolgt werden. Dies spielt im Rahmen eines Hedgings aber eh keine Rolle, da nur die Sicherungsfunktion einschlägig sein kann. Damit dürfen aktivierte Vermögensgegenstände konsequenterweise umfassend gegenüber Kurs- oder Zinsänderungsrisiken abgesichert werden³³⁴. Aus diesem Zweckbezug ergibt sich aber gleichzeitig die Einschränkung, dass die Derivate während ihrer Laufzeit nur gehalten werden dürfen, soweit der entsprechende Basiswert als Vermögensgegenstand vorhanden ist³³⁵. Das Hedging, das der Versicherer bei Variable Annuities betreibt, dient aber durchaus der Sicherung des Anlagestocks, in dem die entsprechenden Basiswerte auch enthalten sind.

Deren Wertentwicklung ist für den Versicherer aber insofern belanglos, als er diese nicht auf eigenes Risiko als eigenes Vermögen hält. Umgekehrt werden die Basiswerte nur treuhänderisch auf Rechnung des Versicherungsnehmers gehalten, während dieser von den Auswirkungen des Hedging nicht betroffen ist. Letztlich haben Basiswert und

³³⁰ Winter, VersR 2004, 8, 16.

³³¹ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002, A.; Winter, VersR 2004, 8, 16; Präve in Prölss, VAG, § 1, Rn. 19.

³³² Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381.

³³³ BAV, R 3/2000, B.II.3.c.

³³⁴ BAV, R 3/2000, B.II.3.a.

³³⁵ BAV, R 3/2000, B.II.3.a.

Sicherungsmittel also einen ausgeprägten wirtschaftlichen Bezug zueinander, sind aber unterschiedlichen wirtschaftlichen Risikosphären zugeordnet. Vielmehr dient das Hedging dazu, im Versicherungsfall den Versicherungsnehmer und Anleger treffende Wertverluste ausgleichen und damit einer dementsprechenden vertraglichen Verpflichtung nachkommen zu können, also einer *zusätzlichen* Deckungsrückstellung im Sinne der Saldotheorie. Bilanztechnisch werden also unterschiedliche Passivposten bedeckt. Damit ist die Absicherungsvariante jedenfalls unmittelbar nicht einschlägig. Eine derivative Absicherung darf aber, anders als es der Wortlaut der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck bringt, nicht nur für die Aktiv-, sondern auch die Passivseite erfolgen, etwa durch den Kauf einer Kaufoption³³⁶. Dies betrifft ausschließlich den Fall, dass Aktiv- und Passivseite einander nicht hinsichtlich der Währung entsprechen. Somit geht es hier eher um eine bilanztechnische Besonderheit der inkongruenten Deckung, die ebenfalls nicht den hier in Zweifel stehenden Sachverhalt betrifft. Allerdings zeigt sich, dass es nicht zwangsläufig darum gehen muss, Vermögenswerte in ihrer Werthaltigkeit abzusichern. Daraus ergibt sich die Zulässigkeit der Absicherung der Fondsanlage des Versicherungsnehmers durch Derivate bei Variable Annuities, ebenso aber, dass Veränderungen bei der Fondsanlage der Versicherungsnehmer entsprechende Veränderungen beim Hedging nach ziehen müssen.

In diesem Zusammenhang nicht außer Acht gelassen werden dürfen aber die Regelungen der § 54 VAG und der AnIV – im Entwurf des neuen VAG ersetzt durch §§ 115, 116 –, die die Eigenschaften von Kapitalanlagen zur Bedeckung einer vorgeschriebenen Deckungsrückstellung betreffen und im Hinblick auf die Investition in Derivate besonders problematisch sind. Vermögensanlagen, die §§ 54 ff. VAG und der AnIV entsprechen, müssen immer als nicht versicherungsfremd angesehen werden³³⁷. Umgekehrt ist aber § 7 Abs. 2 VAG nur auf die Verwendung von Derivaten im Rahmen von Hilfsgeschäften gerichtet, nicht auf die Verwendung als Kapitalanlage selbst³³⁸. Somit stellen sich diese Normen als zusätzliche, entscheidende Hürde für die Verwendung von Derivaten dar.

3. Spartentrennungsgebot

Einschränkungen ergeben sich auch aus dem Spartenbezug der Erlaubnis für das Versicherungsgeschäft, wie er sich aus der Anlage des VAG ergibt.

Wird die Kapitalgarantie im Zusammenhang mit der Absicherung eines biometrischen Risikos gewährt, ist als Sparte Leben nach Nr. 19 – 24 Anlage VAG wie auch VAG-E einschlägig. Sofern insofern nicht-versicherungsrechtliche Zusatzleistungen erbracht werden, kann das Spartentrennungsgebot keine Rolle spielen. Die Kapitalanlage dient mittelbar dem biometrischen Schutz. Dabei ist auch gleichgültig, ob diese in einem Einlagengeschäft besteht oder in einem Geschäftsbesorgungsvertrag. Hingegen stellen Variable Annuities ihrerseits Versicherungen dar. Wie in B. festgestellt, unterfallen Variable Annuities gerade nicht der Lebensversicherung, Nr. 19 – 24, sondern stellen eine eigenständige Schadensversicherung für Kapitalanlagerisiken dar. Einschlägig kann damit nur Nummer 16, „Verschiedene finanzielle Verluste“, mit dem Unterpunkt g), „Wertverluste“ sein. Nichtsdestotrotz soll eine derartige Absicherung aber durch Lebensversicherer erfolgen. Grundsätzlich kann sich eine Erlaubnis nach § 6 Abs. 3 VAG (§ 11 Abs. 2 S. 2 VAG-E) auch auf mehrere Sparten erstrecken, dies gilt nach § 8 Abs. 1 a) S. 1 VAG (§ 9

³³⁶ BAV, R 3/2000, B.II.3.a.

³³⁷ Präve in Prölss, VAG, § 7, Rn. 21.

³³⁸ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 7, Rn. 34.

Abs. 4 S. 2 VAG-E) aber gerade nicht für den Betrieb der Lebensversicherung im Verhältnis zu anderen Versicherungssparten. Allerdings erfasst die Erlaubnis für eine Sparte nach § 6 Abs. 4 S. 1 VAG (§ 11 Abs. 4 VAG-E) auch die Deckung zusätzlicher Risiken anderer Sparten als Zusatzversicherung, wenn diese Risiken im Zusammenhang mit einem Risiko einer betriebenen Versicherungssparte stehen, denselben Gegenstand betreffen und durch denselben Vertrag gedeckt sind. Fraglich ist dabei aber das Verhältnis zur Lebensversicherung. Teilweise wird auch für die Lebensversicherung auf § 6 Abs. 4 S. 1 VAG abgestellt³³⁹. Dem entgegengesetzt wird davon ausgegangen, dass vorrangig in diesem Zusammenhang das Spartenrenzungsgebot insofern gilt, als keine Vermischung mit spartenfremden Risiken erfolgen darf³⁴⁰.

Darauf könnte es aber wegen § 1 Abs. 4 S. 2 VAG bzw. Nr. 23 Anlage VAG, die Regelung zu Kapitalisierungsgeschäften, nicht entscheidend ankommen. Bei bestimmtem Produktgestaltungen könnte im Einzelfall fraglich sein, ob eine so weitgehende Absicherung eines biometrischen Risikos oder Kapitalmarktrisikos impliziert ist, dass von einem Versicherungsgeschäft ausgegangen werden kann. Dem Zweck der Vorschrift, bestimmte Finanzprodukte unabhängig von dem Grad der biometrischen Absicherung im Einzelfall zu erfassen, wird aber nur unter der Annahme entsprochen, dass sich Versicherungen und Kapitalisierungsgeschäfte nicht begrifflich ausschließen, so dass auch Mischformen zwischen Risikogeschäft und Finanzgeschäft erfasst werden³⁴¹. Dies würde dafür sprechen, jedenfalls aufsichtsrechtlich die Einordnung offen zu lassen. Dagegen soll sprechen, dass sich für den genauen Umfang der Aufsicht durchaus Unterschiede ergeben können, etwa für die Bemessung der Solvabilitätsspanne, für die bei Versicherungen § 4 Abs. 2, bei Kapitalisierungsgeschäften hingegen Abs. 1 KapAusstV gilt³⁴². Jedenfalls steht der Lebensversicherungscharakter der Annahme eines Kapitalisierungsgeschäfts nicht entgegen, wenn dessen – nicht gerade weitgehende Voraussetzungen – erfüllt sind. Hintergrund dieser Anordnung ist die weniger dogmatische als pragmatische Erwägung, dass der Umgang des Versicherers mit dem Kapital unabhängig davon der Aufsicht unterfallen soll, was damit im Verhältnis zum Kunden geschehen soll. Bei den hier untersuchten Garantieprodukten ist die Abgrenzung, ob eine Versicherung oder ein Kapitalisierungsgeschäft vorliegt, nicht schwierig, vielmehr ist eindeutig von einer Versicherung auszugehen. Wenn aber bereits Nicht-Versicherungsgeschäfte unabhängig von ihrer dogmatischen Einordnung deshalb dem Recht der Lebensversicherung unterfallen sollen, weil sie typischerweise im Zusammenhang mit der Vorsorge erfolgen, muss dies für Geschäfte, denen „nur“ der Charakter eines Lebensversicherungsgeschäfts fehlt, erst recht gelten. Deshalb greift auch insofern der Zweck des § 1 Abs. 4 S. 2 VAG, gerade solche Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden. Sowohl mit biometrischem Risikoschutz als auch ohne unterfallen Variable Annuities, da jedenfalls Kapitalisierungsgeschäft, nicht dem Spartenrenzungsgebot.

a) Sonderkonstellationen: Trennung von Kapitalanlage und Kapitalgarantie

Letztlich ist der Vollständigkeit halber die praktisch nicht relevante, aber theoretische Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die Kapitalgarantie getrennt von der Kapitalanlage angeboten wird. Diese Möglichkeit besteht aber bei allen Garantien, die aus der

³³⁹ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150, Rn. 42.

³⁴⁰ Präve in Prölss, VAG, § 6, Rn. 7.

³⁴¹ Winter, VersR 2004, 8, 15.

³⁴² Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 381.

Kapitalanlage selbst heraus sichergestellt werden, schon theoretisch nicht. Sie ist also nur bei Variable Annuities in Betracht zu ziehen, da hier eine strikte Trennung möglich wäre. Damit würde bei Lebensversicherern mit der Kapitalanlage das Bindeglied zwischen biometrischem Risikoschutz und Kapitalgarantie wegfallen. Wenn aber die Kapitalgarantie nur auf Todesfall-, oder Rentenleistungen bezogen gewährt wird, fällt die Kapitalgarantie ohnehin mit dem Versicherungsverprechen zusammen. Das Hedging wäre nicht etwa eine zulässige Zusatzleistung, sondern eine versicherungstechnische Transformationsmethode. Hingegen fehlt es ohne biometrische Risikoabsicherung mangels sicherer Leistung des Versicherers an einem Kapitalisierungsgeschäft, mangels Lebensversicherung aber auch an einer akzessorischen Zusatzleistung oder Zusatzversicherung.

b) Sonderkonstellation: Angebot durch Nicht-Lebensversicherer

Da die hier behandelten Garantien keinen Lebensversicherungscharakter aufweisen, ist entgegen allen Traditionen auch die Möglichkeit anzusprechen, dass sie von Nicht-Lebensversicherern angeboten werden. Wiederum ist zu differenzieren. Haben solche Garantien noch nichtmals Versicherungscharakter, fehlt jeder Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Zusatzleistung. Zwar sind sie als solche Kapitalisierungsgeschäfte, aber diese können nur von Lebensversicherern angeboten werden³⁴³. Jedoch könnte die Kapitalgarantie von Variable Annuities auch durch Nicht-Lebensversicherer, nämlich über Nummer 16 Anlage VAG, „Verschiedene finanzielle Verluste“, mit dem Unterpunkt g), „Wertverluste“, angeboten werden. Ein biometrischer Risikoschutz dürfte insofern nicht gewährt werden. Die Kapitalanlage selbst andererseits stellt wiederum eigentlich nur eine Zusatzleistung dar, die von § 7 Abs. 2 VAG, der künftigen Entwicklungen nicht im Wege steht, nicht ausgeschlossen wird. Dann aber ist das Geschäft wiederum als Kapitalisierungsgeschäft einzuschätzen, da, wie dargelegt, Wortlaut und Zweck eine weite Auslegung des Begriffs verlangen. Wiederum stünde das Spartentrennungsgebot einem Betrieb von Kapitalisierungsgeschäften durch Nicht-Lebensversicherer entgegen, § 8 Abs. 1 a VAG.

c) Zwischenergebnis

Somit dürften Lebensversicherungs-Unternehmen Garantieprodukte anbieten, entweder mit biometrischem Risikoschutz oder ohne, nur wenn sie bei Variable Annuities auf das Angebot der Kapitalanlage selbst verzichten, muss dies mit biometrischem Risikoschutz einhergehen. Andere Versicherer können einzig Variable Annuities, dann aber nur ohne biometrischen Risikoschutz und ohne Besorgung der Kapitalanlage, anbieten. Dabei könnte sich die Garantie auf die Kapitalanlage im Rahmen eines Investmentvertrages oder einer fondsgebundenen Lebensversicherung beziehen.

III. Deckungsrückstellung und Eigenmittelausstattung auf der Passivseite

Das Erfordernis zur Deckungsrückstellung ist als solches bilanzrechtlicher Natur. Nach § 341f HGB sind für die Verpflichtungen aus dem Lebensversicherungs- und dem nach Art

³⁴³ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1, Rn. 96; Eilert in Bähr, § 5, Rn. 95.

der Lebensversicherung betriebenen Versicherungsgeschäft in Höhe ihres versicherungsmathematisch errechneten Wertes Deckungsrückstellungen zu bilden. Es bezweckt vor allem die wirtschaftliche Sicherung der zukünftigen Ansprüche der Versicherungsnehmer unter Zugrundelegung der überschüssigen Verpflichtung³⁴⁴. Dabei gilt für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Deckungsrückstellung und der Rückstellung für noch nicht abgewickelte Versicherungsfälle, dass die Deckungsrückstellung für Ansprüche einschlägig ist, bei denen das versicherte Ereignis noch nicht eingetreten ist³⁴⁵. Letztlich ist eine Rückstellung also für alle Ansprüche zu bilden, die als solche bereits entstanden, aber mangels Versicherungsfalls noch nicht fällig sind. § 65 VAG ergänzt die handelsrechtliche Regelung durch die Verordnungsermächtigung für die die Einzelheiten regelnde DeckRV, im neuen VAG gilt dafür § 49 Abs. 2 VAG-E. Die Erstreckung dieser Anordnung auf das nach Art der Lebensversicherung betriebene Versicherungsgeschäft deutet darauf hin, dass eine Rückstellung auch für die eigentlich nicht versicherungsrechtliche Erlebensfalleistung gebildet werden muss, wobei dies dann konsequenterweise auch für Leistungsverpflichtungen aus Kapitalisierungsgeschäften zu gelten hat. Dementsprechend geht auch die BaFin davon aus, dass eine Deckungsrückstellung für Kapitalisierungsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen zu bilden ist, insbesondere unter Berücksichtigung der DeckRV und des damit geltenden Höchstrechnungszinssatzes³⁴⁶. Im vorliegenden Zusammenhang werden also alle Ansprüche auf den garantierten Wert der Kapital- oder Rentenleistungen erfasst. Selbst hinsichtlich des Risikobeitrags für den Todesfallschutz gilt, dass er über die gesamte Vertragslaufzeit konstant bleibt, obwohl das Risiko mit zunehmendem Alter des Versicherungsnehmers ansteigt; deshalb ist die konstante Prämie am Anfang zu hoch und am Ende zu niedrig, weshalb Rückstellungen gebildet werden³⁴⁷. Somit sind auch garantierte Todesfalleistungen, wie bei Variable Annuities, rückstellungsbedürftig.

Die Deckungsrückstellung hat auch für die Eigenmittelausstattung, die Solvabilität Bedeutung. Die Solvabilität ist die Relation zwischen den Eigenmitteln und der Solvabilitätsspanne. Der Begriff der Eigenmittel umfasst den des Eigenkapitals gemäß §§ 266 Abs. 3, 272 HGB, geht aber noch darüber hinaus³⁴⁸. Er beschreibt Finanzmittel, die im Fall eines Verlusts zum Ausgleich zur Verfügung stehen, da sie nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten benötigt werden³⁴⁹. Eigenmittel können grundsätzlich auch stille Reserven darstellen, sofern sie nicht bereits als Überschüsse zugeteilt sind. Dies betrifft unrealisierte Gewinne, deren Höhe unvorhersehbaren Schwankungen unterliegt und die dementsprechend bei einem Wertverlust der Aktiva gemindert oder auch aufgezehrt werden können³⁵⁰. Die Solvabilitätsspanne beschreibt dabei nach bisherigem Recht die Anforderungen an die Höhe derartiger Eigenmittel, wobei deren Ermittlung sich nach den Beiträgen bzw. Schadensaufwendungen in der Nichtlebensversicherung und bei der Lebensversicherung nach der Deckungsrückstellung und dem Risikokapital richtet³⁵¹. So setzt die Solvabilitätsspanne nach § 4 Abs. 1 KapAusstV 4 % der Deckungsrückstellung

³⁴⁴ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 7.

³⁴⁵ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn.10.

³⁴⁶ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002, C 1.1.

³⁴⁷ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 36 f.

³⁴⁸ Lipowsky in Prölss, VAG, § 53 c, Rn. 19; Gruschinske, 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, 271, 273.

³⁴⁹ Gruschinske, 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, 271, 273.

³⁵⁰ BaFin, 01.03.2005, R 4/2005 – Solvabilität der Versicherungsunternehmen.

³⁵¹ Lipowsky in Prölss, VAG, § 53 c, Rn. 1.

voraus. Dazu kommen 0,3% des Risikokapitals, das sich als Differenz der hypothetischen Versicherungssumme bei Eintritt des Versicherungsfalles zum Stichtag und der Deckungsrückstellung darstellt. Insofern könnte aber bei den hier relevanten Produkten zwischen einem fonds- bzw. kapitalmarktgebundenen und einem garantierten Teil zu differenzieren sein, wie auch in § 54 b VAG. Allerdings müssen bei Versicherungen mit Garantien nach § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG unabhängig von der genauen Bilanzierung 4 % Eigenmittel vorgehalten werden, § 4 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1 a) KapAusstV³⁵². Wiederum kommt es auf den Lebensversicherungscharakter nicht entscheidend an, vielmehr ist auch bei Kapitalisierungsgeschäften eine Eigenmittelunterlegung in Höhe von 4 % der Deckungsrückstellung notwendig³⁵³. Die Anforderungen nach neuem Recht sind weniger starr, dafür aber auch wesentlich komplexer. Die quantitativen Anforderungen sind aufgrund der konkreten Situation des jeweiligen Unternehmens durch die Anwendung einer Standardformel oder ein Internes Modul zu bestimmen. Dies beinhaltet, dass kein fixer Wert vorgeschrieben wird, sondern auch auf die Art und Weise abgestellt wird, wie mit Risiken umgegangen wird. So ist nach § 88 Abs. 4 VAG-E die Anwendung von Risikominderungstechniken, einschließlich der daraus wiederum resultierenden Risiken, zu berücksichtigen. Unter Anwendung der Standardformel geht es dann maßgeblich darum, das Marktrisiko nach § 95 VAG-E zu bemessen.

Eine weitere Konsequenz der Deckungsrückstellung ist, dass diese gemäß § 66 Abs. 1 a Nr. 2 VAG, § 116 Abs. 2 Nr. 2 VAG-E auf der Aktivseite durch Sicherungsvermögen zu bedecken ist, für das die Grundsätze der §§ 54 ff. VAG und die AnIV bzw. §§ 115 f. VAG-E gelten.

Somit muss man die Deckungsrückstellung bestimmen, um damit die konkreten Anforderungen an die Eigenmittelausstattung und die Kapitalanlage der bedeckenden Vermögenswerte ermitteln zu können

1. Deckungsrückstellung bei einem Anlagestock

Für die bei fondsgebundenen Lebensversicherungen maßgebliche Investmentfondsanlage ist § 54 b VAG entscheidend. Grundlegend sind die entsprechenden Werte in einem Anlagestock als eigener Abteilung des Sicherungsvermögen anzulegen, § 54 b Abs. 1 und 2 VAG, § 116 Abs. 5 VAG-E. Dabei ist der entsprechende Anlagestock auf der Aktivseite mit dem Zeitwert anzusetzen, §§ 14 RechVersV, 341 d HGB, so wie er nach den §§ 55, 56 RechVersV zu bestimmen ist. Da dessen Entwicklung aber immer parallel zu der Entwicklung auf der Passivseite erfolgt, besteht insofern kein Bedürfnis für eine spezielle Absicherung. Die Anlagegrundsätze nach § 54 VAG und der AnIV finden dementsprechend keine Anwendung, § 54 b Abs. 3 S. 1 VAG. Hingegen ergibt sich nach dem Entwurf für das neue VAG gem. § 115 Abs. 2 S. 1, das nur die Bestimmungen gem. § 115 Abs. 1 Nr. 5-8 keine Anwendung finden. Dies soll aber erst unter III. von Bedeutung sein. Das geltende Aufsichtsrecht sieht nämlich vor, dass eine zusätzliche Deckungsrückstellung zu bilden ist, die den herkömmlichen Grundsätzen genügen muss, sofern eine Mindestleistung garantiert wird, § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG³⁵⁴, § 115 Abs. 2 Nr. 3 VAG-E. Für eine fondsgebundene

³⁵² Dazu BaFin, Verlautbarung vom 27.11.2008 zur Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung bei fondsgebundener Lebensversicherung mit garantierter Mindestleistung.

³⁵³ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002.

³⁵⁴ Dazu BaFin, Verlautbarung vom 27.11.2008 zur Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung bei fondsgebundener Lebensversicherung mit garantierter Mindestleistung.

Versicherung, der die Zusage einer Mindestleistung zugrunde liegt, kann eine Deckungsrückstellung auch nach der sog. „Saldierungsmethode“ gestellt werden, so dass neben dem Anlagestock eine zusätzliche Deckungsrückstellung nur dann gebildet werden muss, soweit der Fondswert den Garantiebtrag nicht mehr abdeckt, also in Höhe der Differenz³⁵⁵. Davon unabhängig soll aber immer §§ 4 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1 lit. a KapAusstV mit der Folge gelten, dass 4 % der vollumfänglichen prospektiv berechneten Deckungsrückstellung vorzuhalten sind³⁵⁶. Die Unterscheidung zwischen der Rückstellung gem. Abs. 3 und der zusätzlichen Rückstellung ist aber auch dann zumindest im Hinblick auf die Kapitalanlagevorschriften von Bedeutung. Deshalb kommt es darauf an, was sich unter Geltung dieser Grundsätze für die einzelnen Kapitalgarantien ergibt.

Die Saldierungsmethode stellt vor allem eine Anerkennung von Hybridprodukten dar, bei denen eine Investition ins konventionelle Sicherungsvermögen – unter Einhaltung der entsprechenden Kapitalanlagevorschriften - nur soweit erfolgt, wie die Garantie durch die „normale“ Investmentfonds- bzw. etwas sicherere Garantiefondsanlage nicht (mehr) ausreichend gedeckt ist. Dabei kann entweder statisch der notwendige Garantiebtrag von vornherein über eine konventionelle Anlage im Sicherungsvermögen sichergestellt werden, oder erst im Wege einer dynamischen Umschichtung, wenn dies notwendig wird. So wird gerade durch diese Aufteilung bzw. Umschichtung der obigen Forderung nach der Bildung einer Deckungsrückstellung automatisch nachgekommen. Ein dynamisches Hybridprodukt erfordert dieselbe Eigenmittelunterlegung wie ein statisches, im Ergebnis besteht für diese Garantieprodukte, unabhängig von ihrem Design, das Erfordernis einer Eigenmittelunterlegung von 4 % der prospektiv berechneten Deckungsrückstellung für den Garantiebtrag.

Bei Variable Annuities wird die Garantie nicht aus der Kapitalanlage heraus, sondern unabhängig davon durch Derivate abgesichert. Für Basiswert und zugehöriges Derivat wird bilanztechnisch die Bildung von Bewertungseinheiten in Betracht gezogen³⁵⁷. Die Investmentfondsanlage als Basiswert unterfällt eindeutig § 54 b VAG. Die Derivate hingegen stellen aber weder im Sinne des § 54 b Abs. 1 VAG die Versicherungsleistung dar noch beeinflussen sie die tatsächliche Versicherungsleistung im Sinne des § 54 b Abs. 2 VAG. Deshalb scheidet auch die Möglichkeit aus, Basiswert und Derivat als Einheit zu sehen, die den Anlagestock nach § 54 b VAG bilden, so dass eine zusätzliche Deckungsrückstellung nach § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG immer entbehrlich wäre. Somit ist unter Anwendung der Saldierungsmethode eine zusätzliche Deckungsrückstellung erforderlich, soweit der Wert der Fondsanlage den Garantiebeitrag nicht erreicht.

Was aber With-profit-Produkte angeht, so stellt sich bereits die Frage, ob, und wenn ja wie weit sie § 54 b VAG unterfallen. Entsprechende Anteile bzw. Ansprüche müssten Werte im Sinne der Norm sein. § 54 b Abs. 1 Nr. 1 VAG in der bis Juli geltenden Fassung (a.F.) unterfallende Anteile an einem Sondervermögen, das von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltet wird, können aber eindeutig nur Anteile an einem Vermögen nach InvG sein³⁵⁸. Damit ist § 54 b Abs. 1 Nr. 1 VAG einschlägig für alle Produkte, deren Kapitalgarantie auf eine Investmentfondsanlage bezogen ist – also statische und dynamische Hybridprodukte,

³⁵⁵ BaFin, Verlautbarung vom 27.11.2008 zur Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung bei fondsgebundener Lebensversicherung mit garantierter Mindestleistung.

³⁵⁶ BaFin, Verlautbarung zur Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung bei fondsgebundenen Lebensversicherung mit garantierter Mindestleistung, 27.11.2008.

³⁵⁷ Stuirbrink/Brüggentisch, Versicherungsbilanz-Kommentar, Rn. 174 ff.

³⁵⁸ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54b, Rn. 3.

Produkte mit externer Garantie und dabei vor allem Garantiefonds, aber auch Variable Annuities, inhaltlich nicht anderes gilt nach § 54 b Abs. 1 Nr. 1 VAG n.F, in der nur Veränderungen in der Formulierung vollzogen worden sind. Hingegen betreffen With-Profit-Produkte eindeutig keine Anlage, die dem KAGB bzw. InvG unterfällt. Fraglich ist aber, ob eine Versicherungsleistung „in für das Sondervermögen einer Kapitalanlagegesellschaft zugelassenen Werten, ausgenommen Geld“ erfolgt, § 54 b Abs. 1 Nr. 3 VAG a.F., inhaltlich nichts anderes gilt nach § 54 b Abs. 1 Nr. 2 VAG n.F. Maßgeblich kommt es auf das Wesen als interner Fonds an, der sich dadurch auszeichnet, dass ein Versicherer Vermögenswerte in einem anteilsgebundenen Fonds zusammenfasst, diesen aber an Lebensversicherungsverträge anbindet³⁵⁹. Nr. 3 a.F. bzw. Nr. 2 n.F. dürfte nach seinem Wortlaut aber voraussetzen, dass die eigentliche Leistung auf die Auskehrung der entsprechenden Werte gerichtet ist. Dies ist aber bei Anteilen an einem With-profit-Fund, die nur im Rahmen der Versicherung Verwendung finden, nicht möglich. Allerdings erfasst Nr. 3 nach den Stimmen in der Literatur, die sich mit dieser Frage befasst haben, durchaus auch „interne Fonds“, die von Geld abgesehen die derart zugelassenen Werte enthalten, wobei der fällige Anspruch des Versicherungsnehmers dann auch durch Geldzahlung erfüllt werden kann³⁶⁰. Dabei muss anders als bei Abs. 1 für jede Anlageart eine selbstständige Abteilung, also ein Anlagestock, gebildet werden. Die Anlage muss in den Anteilen, die den Bezugswert darstellen, erfolgen, falls keine Anteile gebildet werden in entsprechenden Vermögenswerten. Nach neuem Recht reicht aber ausweislich § 115 Abs. 2 S.2 Nr.1 VAG-E ohnehin, dass die Versicherungsleistungen einen Bezug zu Vermögenswerten in einem internen Fonds aufweisen, eine Versicherungsleistung „in“ Anteilen oder Werten wird gar nicht mehr verlangt, sondern nur, dass sie daran „gebunden“ ist. Die Rechte des Treuhänders beziehen sich dabei auf den Anlagestock, wobei bei der fondsgebundenen Lebensversicherung der Zu- und Abgang der Anteile, bei internen Fonds aber der Wechsel der im Fonds enthaltenen Vermögenswerte maßgeblich ist³⁶¹. Entscheidend ist nach noch geltendem Recht, dass die Versicherungsleistung „in“ den entsprechenden Werten erfolgen muss. Dass nicht die entsprechenden Werte selbst, sondern deren Wert ausgekehrt wird, mag dabei unschädlich sein. Bei With-profit-Produkten aber sind die entsprechenden Werte zwar auch maßgeblich für die Bestimmung der Versicherungsleistung, diese unterliegt aber bestimmten Modifikationen wie der Marktpreisanpassung. Sowohl die Erträge, die mit den entsprechenden Werten verbunden sind, als auch die Wertsteigerungen sind als solche nicht unmittelbar für die Versicherungsleistung von Bedeutung, sondern unterliegen der Glättung. Das ist mit Wortlaut der Norm, der einen unmittelbaren Wertbezug der Versicherungsleistung voraussetzt, nicht mehr vereinbar.

Demgegenüber erfasst § 54 b Abs. 2 VAG alle Geldleistungen, deren Höhe an die Entwicklung eines Bezugswertes geknüpft ist³⁶². Teilweise wird davon ausgegangen, dass dem Anleger mangels Übertragbarkeit der Fonds-Anteile zwar keine sachleistungsgebundene Leistung gemäß § 54 b Abs. 1 VAG, wohl aber eine im Sinne des § 54 b Abs. 2 VAG indexgebundene nach dem geglätteten Anteilswert zustehe³⁶³. Diese Subsumtion von With-profit-Produkten unter § 54 b VAG ist zwar im Zusammenhang mit der steuerlichen Bilanzierung einer Zweigniederlassung erfolgt, über die derartige Produkte angeboten werden, ist als solche aber auch hier relevant. Danach soll die

³⁵⁹ Brückner, VW 2010, 133, 134.

³⁶⁰ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1555; Lipowsky in Prölss, VAG, § 54b, Rn. 3.

³⁶¹ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

³⁶² Lipowsky in Prölss, VAG, § 54b, Rn. 5.

³⁶³ Goverts, VW 2011, 1254, 1257.

Deckungsrückstellung dem ungeglätteten Anlagewert, also dem tatsächlichen Wert des Vermögens entsprechen³⁶⁴. Gegebene Garantien unterfallen unter dieser Annahme dann § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG nach der Saldierungsmethode, wenn der dem Vertrag anteilmäßig entsprechende Anlagewert nicht dem individualvertraglich zugesicherten Nominalwert entspricht³⁶⁵. Das habe dann zur Folge, dass sie mit entsprechenden Anlagen im Sicherungsvermögen bedeckt werden müsse³⁶⁶. Diese Sichtweise hätte zur Folge, dass die Anlagebeschränkungen des § 54 VAG nicht greifen, solange das tatsächliche Fondsvermögen die notwendige Höhe aufweist. Zur Begründung wird ausgeführt, dass auch für einen With-profit-Funds § 341 d HGB gelte, weshalb die zur Erfüllung der Verpflichtungen erforderlichen Kapitalanlagen nach dem Zeitwert zu bilanzieren sein, wertmäßig entsprechend auch die Deckungsrückstellung auf der Passivseite³⁶⁷. So handele es sich bei dem „Fund“ nicht um ein Sondervermögen nach § 30 InvG – nach neuem Recht § 92 KAGB –, aber auch um ein vom übrigen Vermögens des Versicherers getrennt verwaltetes Vermögen³⁶⁸. Wie bereits oben angedeutet, ist insofern aber einzuwenden, dass der Wert des Fondsvermögens und selbst der festgesetzte Wert der Anteile keine unmittelbare Bedeutung für die Versicherungsleistung hat. Insbesondere dürfte dabei aber ein entsprechender Index, der üblicherweise die Zusammenführung bestimmter Einzelwerte zu einem übergeordneten Wert darstellt, eine objektive Berechenbarkeit voraussetzen. Aufgrund des bei With-profit-Produkten maßgeblichen Ermessens und den Implikationen der Glättung besteht eine solche Berechenbarkeit aber gerade nicht. Allenfalls könnte man das durch Glättung und Marktpreisaneignung gewonnene Ergebnis als Bezugswert im Sinne des Abs. 2 verstehen können. Der letztlich ausschlaggebende Zweck besteht darin, die wirtschaftliche Sicherung der zukünftigen Ansprüche der Versicherungsnehmer unter Zugrundelegung der überschüssigen Verpflichtung zu gewährleisten³⁶⁹. Gegenstand der Regelung des § 54 b Abs. 1 und 2 VAG sind aber alle Produkte, bei der sich die Höhe der Leistungen nach der Wertentwicklung nicht nur von Investmentfondsanteilen – wie es der Begriff suggeriert – sondern allgemein anderer bestimmter Vermögenswerte bestimmt und Verlustrisiko bzw. umgekehrt Gewinnchance der Versicherungsnehmer trägt³⁷⁰. In § 115 Abs. 2 VAG-E wird die Anwendung der Vorschrift sogar ausdrücklich für Lebensversicherungs-Verträge angeordnet, bei denen das Anlagerisiko vom Versicherungsnehmer getragen wird. Insofern kann § 54 b VAG nur der Zweck zugemessen werden, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen zurückzunehmen, soweit der Versicherungsnehmer sowieso die Chancen und Risiken der Anlage trägt. Dies setzt aber individuell zurechenbares Vermögen voraus. Zur Begründung, dass § 54 b Abs. 2 VAG greife, wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass sich das Vermögen zwar nicht unmittelbar individualvertraglich allen vorhandenen Anlegern anteilmäßig zuordnen lasse, da der darauf bezogene Nominalwert von dem der Glättung unterliegenden Gesamtvermögen zu unterscheiden sei, aber auch dieses vollständig der Gesamtheit der Anleger zustehe³⁷¹. Auch wenn sich durch die Erhebung spezieller Risikobeiträge ein Mehrkapital aufbaue, stehe es dem Anleger – also in seiner Gesamtheit - zu³⁷². Dieser

³⁶⁴ Goverts, VW 2011, 1254, 1256.

³⁶⁵ Goverts, VW 2011, 1254, 1260.

³⁶⁶ Goverts, VW 2011, 1254, 1260.

³⁶⁷ Goverts, VW 2011, 1254.

³⁶⁸ Goverts, VW 2011, 1254.

³⁶⁹ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 7.

³⁷⁰ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54b, Rn.1.

³⁷¹ Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

³⁷² Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

Ansatz stellt aber bei der diesbezüglichen Prüfung der abzugrenzenden Risikosphären allein auf das Verhältnis zum Versicherer ab. Zwar ist dieser nicht an dem Fonds-Vermögen beteiligt, anders als bei der herkömmlichen Versicherung, bei der der Versicherer die Leistungen der Versicherungsnehmer in seinen Kapitalanlagebestand überführt und von dessen Erträgen zumindest teilweise auch profitiert. Allerdings werden dem Fonds Gebühren für Kapitalanlage entnommen, die sich als prozentualer Anteil des Gesamtvermögens darstellen. Somit profitiert der Versicherer auch hier von den Chancen der Kapitalanlage. Ohne Geltung der Kapitalanlagevorschriften nach § 54 VAG könnte der Versicherer damit in die Versuchung geraten, durch riskante Geldanlage die Grundlage für die Gebührenerhebung zu erweitern. Es ist aber eh nicht davon auszugehen, dass der Gesetzeszweck auf die Chancen- und Risikotragung nur im Verhältnis zum Versicherer abstellt. Vielmehr liegt die eigentliche Besonderheit der fondsgebundenen Versicherung darin begründet, dass dem Versicherungsnehmer sowohl im Verhältnis zum Versicherer als auch zu den übrigen Versicherungsnehmern Vermögenswerte zustehen, die ihm *individuell* zugerechnet werden, etwa in Form von Anteilen. In diesem Fall ist es für den Versicherungsnehmer transparent, welche Vermögenswerte für seine Versicherungsleistung maßgeblich sein werden, wobei hinsichtlich dieser Vermögenswerte auch keine Konkurrenzsituation mit anderen Beteiligten besteht. Erst dann, so wird man § 54 b VAG verstehen müssen, kann von einer vollständigen Geltung des grundsätzlich vorgesehenen Aufsichtsregimes abgesehen werden. Insofern ist darauf zu verweisen, dass der Versicherer im Rahmen einer konventionellen Versicherung die Sparbeiträge der Versicherungsnehmer im Rahmen eines Einlagen-, also Darlehensgeschäftes in das *eigene* Vermögen überführt. Aus der damit verbundenen Verfügungsbefugnis nach § 903 S. 1 BGB erwächst eine Gefahr für den Versicherungsnehmer, dem eine partiarische Berechtigung zusteht. Nur deshalb kann der Gesetzgeber nach Art. 14 GG gerechtfertigt in die Rechtsstellung des Versicherers eingreifen, indem er ihn zwingt, eine den Vorgaben des § 54 VAG und der AnIV entsprechende Rückstellung zu bilden. Hingegen wird der Versicherer bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung im Rahmen eines Treuhandverhältnisses tätig. Zwar ist er auch dann dinglicher Berechtigter, die damit grundsätzlich einhergehende Verfügungsbefugnis nach § 903 S. 1 BGB spielt aber praktisch keine Rolle, da der Versicherer die Bindungen des Treuhandverhältnisses zu beachten hat, die hier dahin gehen, dass der Versicherer die ihm durch den Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellten Mittel einzig dazu verwenden darf, auf Rechnung des Versicherungsnehmer Investmentfondsanteile zu erwerben. Mangels Spielraum des Versicherers zu eigenständigen Entscheidungen besteht keine Erforderlichkeit für einen aufsichtsrechtlichen Zwang. Daran gemessen zeigt sich, dass die Glättung der Leistungen bei With-profit-Produkten dazu führt, dass der Versicherungsnehmer gerade nicht die Chancen und Risiken der Anlage trägt, sondern nur und immerhin erwarten kann, üblicherweise eine dazwischen liegende, geglättete Leistung erhalten zu werden. Da dem Anleger überhaupt keine konkreten Vermögenswerte individuell zugerechnet werden, fehlt es auch zwingend an jeder vertraglichen Vorgabe, welche Vermögenswerte für die Leistung des konkreten Anlegers entscheidend sind. Vor allem aber rechtfertigt sich die Existenz des § 54 b VAG auch dadurch, dass aus der konkreten Kapitalanlage keine Garantieleistung des Versicherers entspringen muss – entweder weil der Versicherer überhaupt keine Garantie versprochen hat oder diese, wie bei Hybridprodukten oder Variable Annuities, unabhängig davon sicherstellt. Dagegen spricht der Versicherer bei With-profit-Produkten durchaus eine Garantie aus, die aus dem Fonds-Vermögen heraus abgesichert werden soll. Anders als bei allen anderen Kapitalgarantien kann dabei auch nicht klar unterschieden werden, welche

Vermögenswerte für die Garantierzeugung zur Verfügung stehen und welche insofern „frei“ sind. Letztlich ist auch zu beachten, dass die Bildung eines internen Fonds und die Zurechnung über Anteile als solche eher organisatorisch-technischen Charakter hat und dazu dient die Vermögenslage transparenter zu machen³⁷³. Würde man dies bereits für die Anwendung des § 54 b VAG ausreichen lassen, ohne dass von einer Glättung im Kollektiv abgesehen wird, würde man letztlich ermöglichen, die Anwendung der strengeren Aufsichtsvorschriften zu umgehen. Somit greift aus teleologischen Erwägungen die Vorschrift des § 54 b VAG gerade nicht, sondern es gilt § 54 VAG.

2. Bestimmung der Höhe der Deckungsrückstellung

Folgefrage hat zu sein, wie hoch die Deckungsrückstellung nach § 54 VAG bemessen sein muss – wobei § 54 VAG für With-profit-Produkte unmittelbar gilt, bei allen anderen Produkten nach der Saldierungsmethode nur in Höhe der Differenz gem. § 54 Abs. 3 S. 2 VAG, soweit die Fondsanteile nicht den Garantiewert decken. Deckungsrückstellungen sind nach § 341 f HGB nach der prospektiven Methode zu bewerten, was bedeutet, dass maßgeblich der versicherungsmathematische Barwert aller künftigen Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen abzüglich des versicherungsmathematischen Barwertes der künftigen Beiträge ist³⁷⁴. Dabei ist handelsrechtlich von Brutto-Beiträgen auszugehen, so dass die Verpflichtung durch Kosten und Provisionen erhöht wird, umgekehrt aber auch die entsprechenden Beiträge angesetzt werden, während tatsächlich das gezillmerte Netto-Beitragsverfahren durchgeführt wird³⁷⁵. Der Barwert beschreibt den gegenwärtigen Wert künftiger Zahlungen unter der Annahme eines bestimmten Diskontierungszinssatzes als den Zinssatz, mit dem man den Barwert über den gesamten Zeitverlauf anlegen könnte³⁷⁶. Insofern erfolgt unter der Annahme künftiger Zinserträge eine entsprechende Abzinsung, so dass der Barwert geringer ist als die entsprechende Zahlungsverpflichtung³⁷⁷. Letztlich wird also berücksichtigt, dass der Versicherer noch einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung hat, in dem er Kapitalerträge erwirtschaften kann. Somit ist eine Rückstellung nur in Höhe des Betrages notwendig, der zusammen mit dem aus ihm zu erwirtschaftenden Erträgen dem Wert der Schuld entspricht. Außerdem erhält er noch Beiträge, die ebenfalls in Abzug zu bringen sind. Hinsichtlich derer ist dann aber zu berücksichtigen, dass sie nicht einfach von dem eben errechneten Rückstellungsbetrag abgezogen werden können, da damit unterstellt würde, dass sich der Versicherer auch ihrer ab sofort bedienen kann, um Kapitalerträge zu erwirtschaften. Das ist aber nicht der Fall, da sie erst in Zukunft gezahlt werden müssen und die bis dahin hypothetisch entstandenen Erträge dem Versicherungsnehmer zukommen. Abziehen ist deshalb nur der Betrag, den der Versicherungsnehmer seinerseits zurückstellen müsste, um mit ihm und den daraus resultierenden Erträgen zusammen seine Schuld zu begleichen – wiederum also der Barwert. Der Barwert ist dabei umso kleiner, je höher man den Diskontierungszinssatz ansetzt. Von besonderer Bedeutung ist deshalb die Festsetzung eines Höchstzinssatzes nach § 2 DeckRV, der sich zwar nur auf die Berechnung der Deckungsrückstellung bezieht, faktisch aber auch die Zusage gegenüber dem Versicherungsnehmer begrenzt, da die den Höchstzinssatz übersteigende Verpflichtung

³⁷³ Darauf stellt vor allem Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 407 ab, der sich durch die Bildung eines solchen Fonds verspricht, dass die Vermögensentwicklung und die Zahlungsströme nachvollziehbarer werden.

³⁷⁴ Kölschbach in Prölss, Nach § 64, § 341 f HGB, Rn. 6.

³⁷⁵ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 7.

³⁷⁶ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 43.

³⁷⁷ Schradin in Langheid/Wandt, Band 1, VersBWL, Rn. 43.

vorfinanziert werden müsste³⁷⁸. Für alle Garantieprodukte folgt daraus, dass damit der jeweilige Höchstzinssatz Anwendung findet. Da aber allen Garantieprodukten gerade in Abgrenzung zur konventionellen Lebensversicherungen gemein ist, dass die Möglichkeit höherer Rendite mit einem Verzicht auf eine weitreichende Garantie erkaufte wird, ergäben sich für Barwertbetrachtung als solche keine Probleme. In Großbritannien gibt es vergleichbare quantitative Anforderungen an die Bedeckung der Verpflichtungen zu Solvabilitätszwecken. Zur Bemessung der Verpflichtungen werden diese mit einem Zinssatz diskontiert, der der Kapitalanlagenrendite des Versicherers entspricht – wobei bei Aktienanlagen die Dividendenrendite zu Grunde gelegt wird³⁷⁹. Da die Dividendenrendite regelmäßig niedriger ausfällt als die Rendite bei Anleihen, wirkt sich eine zu hohe Aktienquote zu Lasten des Versicherers in Gestalt höherer Solvabilitätsanforderungen aus. Nach der Ermittlung des Barwerts muss man jedenfalls diesen nur noch mit dem tatsächlichen Fondsvermögen vergleichen, um festzustellen, ob eine zusätzliche Deckungsrückstellung nach § 54 VAG nötig ist bzw. die vorhandene ausreicht.

Hingegen ist die Barwertbetrachtung als solche bei Variable Annuities an sich unpassend, da hier keine Absicherung durch Vermögenswerte erfolgt, die ihrerseits Kapitalerträge erzielen. Dies berücksichtigt etwa Art. 77 Abs. 4 Richtlinie 2009/138/EG, wonach keine Barwertbetrachtung erforderlich ist, wenn künftige Zahlungsströme anhand von Finanzinstrumenten verlässlich nachgebildet werden können, für die sich ein verlässlicher Marktwert ermitteln lässt – dann ist dieser maßgeblich. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Rückstellung in der erforderlichen Höhe auch durch ein Hedging-Portfolio geleistet wird. Damit wäre etwa gewährleistet, dass die zusätzliche Deckungsrückstellung gem. § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG durch den Derivatebestand gestellt wird.

Allerdings enthält das aktuelle Recht keine entsprechende Regelung, so dass an der Barwertbetrachtung festzuhalten ist. Allerdings sieht der VAG-Entwurf vor, dass für die Bemessung der versicherungstechnischen Rückstellungen auch an den Marktwert von Derivaten angeknüpft werden kann, § 71 Abs. 2 VAG-E, weiterhin auch die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden kann, dass die Versicherungsnehmer die ihnen eingeräumten Optionen überhaupt ausüben, § 75 Abs. 2 VAG-E. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass das VAG nur an das Richtlinienrecht angepasst wird, was die Solvabilitätsanforderungen betrifft. Diese werden nunmehr unabhängig von der Deckungsrückstellung getroffen, während das Erfordernis einer entsprechenden Deckungsrückstellung, für die strengere Anlagevorschriften gelten, unabhängig davon weiterbesteht. Für diese Deckungsrückstellung ist das VAG aber nicht maßgeblich, sondern allein die Regelungen des HGB und damit weiterhin § 341 f HGB. Im Ergebnis ist hinsichtlich der Bedeckung mit Vermögenswerten zwischen versicherungstechnischen Rückstellungen (§ 115 VAG-E) und der Deckungsrückstellung (Sicherungsvermögen, § 116 VAG-E) zu differenzieren.

Dann bestehen bereits ungeachtet von § 54 VAG und der AnIV bereits Zweifel, ob der Wert der entsprechenden Derivate und die notwendige Rückstellung überhaupt deckungsgleich sein können. So vermag das Hedging nicht ohne Weiteres, zu jedem Zeitpunkt im Vertragsverlauf entsprechende Verluste des Basiswertes durch Kursgewinne des Derivates

³⁷⁸ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 25; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 22.

³⁷⁹ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 94; Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 122, Fn. 620.

ausgleichen zu können³⁸⁰. Vielmehr wird das Ziel verfolgt, Verpflichtung und Anspruch über einen oder mehrere Parameter, die für die Einschätzung der Werthaltigkeit beider relevant sind, in Einklang zu bringen, so dass sich die Werte näherungsweise an- bzw. ausgleichen. Dieser mathematisch-stochastische Gleichlauf muss sich aber nicht zwingend auch bei den börslichen Kursverläufen beider Werte widerspiegeln, da insofern noch ganz andere Aspekte eine Rolle spielen. Entsteht aber dergestalt eine Differenz, dass die zu einem bestimmten Zeitpunkt anzunehmende Last aus den gegebenen Garantien nicht durch den Wert der Derivate gedeckt ist, müsste über den Derivatbestand hinaus noch eine zusätzliche Rückstellung erfolgen.

Eine Erweiterung erfährt dieser Rechenvorgang der Diskontierung dadurch, dass nicht nur die absoluten Beträge künftiger Verpflichtungen, sondern auch Wahrscheinlichkeiten von Verpflichtungen einbezogen werden, - § 72 VAG-E spricht insofern prägnant von dem „wahrscheinlichkeitsgewichteten Durchschnitt künftiger Zahlungsströme“. Für den vorliegenden Zusammenhang ist traditionell die Berücksichtigung der Sterblichkeitswahrscheinlichkeit und die Kapitalabfindungswahrscheinlichkeit von Bedeutung³⁸¹. Bei den hier vorliegenden Kapitalgarantien wird darüber hinaus auch das Storno berücksichtigt, da der Anleger nach den Bedingungen in diesem Fall keinen garantierten Anspruch geltend machen kann. Dabei müssen nach Art. 79 RL 2009/138/EG bei der Bestimmung des Wertes von Finanzgarantien und Optionen die Annahmen zu der Wahrscheinlichkeit, dass Optionen, einschließlich Storno- und Rückkaufsrechte, ausgeübt werden, realistisch gewählt werden. Eine nahezu wortgleiche Formulierung findet sich in § 75 Abs. 2 VAG-E. Damit ist aber auch klargelegt, dass solche Annahmen überhaupt berücksichtigt werden dürfen - bei der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen. Es zeigt sich somit, dass endfällige Garantien positive Auswirkungen auf die Eigenmittelausstattung des Versicherungsunternehmens haben. Aber auch was die deutsche Deckungsrückstellung anbelangt, so gilt selbst ohne ausdrückliche Normierung an sich nichts anderes, auch hier sind ohne jegliche Wertung die mathematischen Wahrscheinlichkeiten von bestimmten Leistungsfällen relevant. Normative Erwägungen erlangen aber mittelbar dadurch Bedeutung, dass es nötig ist, die relevanten Leistungsfälle überhaupt erst einmal zu definieren. Das ist auch gemeint, wenn nach § 25 Abs. 2 RechVersV die Deckungsrückstellung mindestens dem vertraglich oder gesetzlich garantierten Rückkaufswert entsprechen muss. Eine endfällige Garantie hat also nur dann positive Auswirkungen auf die Deckungsrückstellung und die Solvabilitätsanforderungen, wenn sie vertragsrechtlich überhaupt haltbar ist. Dass dies der Fall ist, wird noch dargelegt werden müssen.

IV. Anlagegrundsätze für das Vermögen auf der Aktivseite

Die bedeckenden Kapitalanlagen, die den Anlagevorschriften genügen müssen, werden als gebundenes Vermögen bezeichnet, § 54 Abs. 1 VAG, während das sonstige, freie Vermögen keinen Vorgaben des VAG unterliegt³⁸². Die Kapitalanlagen unterliegen insoweit aufsichtsrechtlichen Vorgaben, als es sich um Aktivwerte handelt, denen auf der Passivseite der Bilanz betragsmäßig versicherungstechnische Rückstellungen und Verbindlichkeiten aus

³⁸⁰ Vgl. zu den entsprechenden Problemen den Abschnitt B.IV.2.

³⁸¹ Kölschbach in Prölss, VAG, Nach § 64, § 341 f HGB, Rn. 8.

³⁸² Lipowsky in Prölss, VAG, Vor § 53 c, Rn. 17.

Versicherungsverhältnissen entsprechen³⁸³. Das gebundene Vermögen besteht dabei aus dem Sicherungsvermögen und dem sonstigen gebundenen Vermögen. Das sonstige gebundene Vermögen nach § 54 Abs. 5 VAG bestimmt sich nach der Höhe der zu bedeckenden Passiva, also der versicherungstechnischen Rückstellungen, Verbindlichkeiten und Rechnungsabgrenzungsposten – maßgeblich sind Nettobeträge, da die Anteile der Rückversicherer außer Betracht bleiben³⁸⁴. Dies gilt aber ohnehin nur, sofern nicht ohnehin Sicherungsvermögen vorliegt. Nach § 115 Abs. 1 VAG-E unterliegt nicht mehr nur das gebundene Vermögen zur Deckung der versicherungstechnischen Rückstellungen, sondern das gesamte Anlageportfolio Anforderungen, ohne dass aber die Vorgabe eines besonderen Sicherungsvermögens aufgegeben worden wäre. Der Begriff des Sicherungsvermögens lässt sich definieren als die Gesamtheit aller aktiven Vermögenswerte, die Bilanzposten im Mindestumfang nach § 66 Abs. 1 a VAG bedecken, unter dessen Nr. 2 auch die Deckungsrückstellung fällt³⁸⁵. Letztlich stellen die §§ 66 ff. VAG besondere Anforderungen an die Aufbewahrung und Verwaltung des Sicherungsvermögens und damit den Anlagen, hinsichtlich denen Versicherungsnehmern und anderen unmittelbar Begünstigten gemäß § 77 a VAG bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens besondere Vorrechte zustehen³⁸⁶. Für die Anlage als solche gelten hingegen § 54 VAG und die AnIV. Die Entwurfsregelung sieht eine davon durchaus abweichende Regelung in §§ 115, 116 VAG-E vor, die AnIV hat insofern keine Bedeutung mehr.

Dabei ist als organisatorische Maßgabe zu berücksichtigen, dass nach § 54 b Abs. 1 und 2 VAG selbstständige Abteilungen des Sicherungsvermögens zu bilden sind, ohne dass es einer Genehmigung nach § 66 Abs. 7 VAG bedarf³⁸⁷. Muss nach § 54 b Abs. 3 S. 2 VAG eine Deckungsrückstellung für garantierte Leistungen erfolgen, so hat auch die dementsprechende Bildung des Sicherungsvermögens in der selbstständigen Abteilung zu erfolgen³⁸⁸. Für Kapitalisierungsgeschäfte, die den Charakter eines Einlagengeschäftes aufweisen, sind ebenfalls nach § 66 Abs. 7 VAG selbstständige Abteilungen im Sicherungsvermögen einzurichten, wenn der Anteil der Kapitalisierungsgeschäfte im Sicherungsvermögen nicht weniger als drei Prozent der Deckungsrückstellung beträgt – wobei für diese Berechnung Geschäfte, die keinen Einlagengeschäftscharakter aufweisen, nicht zu berücksichtigen sind³⁸⁹. Auch bei Kapitalisierungsgeschäften gilt für die Anlagetätigkeit die AnIV, wobei verlangt wird, dass die Anlagestruktur in der gebildeten selbstständigen Abteilung des Sicherungsvermögens der Laufzeitenstruktur auf der Passivseite entspricht³⁹⁰. Als selbstständige Abteilung des Sicherungsvermögens im Sinne des § 66 Abs. 7 VAG wäre auch der Funds bei With-profit-Produkten zu werten.

Auch wenn bei Variable Annuities nicht davon auszugehen ist, dass ein automatischer Gleichlauf zwischen Deckungsrückstellung und Sicherungsvermögen besteht, so könnte der Wert des Hedging-Portfolios doch einen entsprechenden Teil Deckungsrückstellung abbilden können. Hier steht das Verhältnis zu § 7 Abs. 2 S. 2 VAG in Frage, ob damit nur

³⁸³ Lipowsky in Prölss, VAG, Vor § 53 c, Rn. 16

³⁸⁴ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54, Rn. 13.

³⁸⁵ Lipowsky in Prölss, VAG, § 66, Rn. 1.

³⁸⁶ Lipowsky in Prölss, VAG, Vor § 53 c, Rn. 18.

³⁸⁷ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 54 b, Rn. 3 f.

³⁸⁸ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 54 b, Rn. 5.

³⁸⁹ BaFin, Sammelverfügung vom 07.09.2010, Anordnung zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0001, A. 1.

³⁹⁰ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002.

die Sicherung der Werthaltigkeit von aktivierten Vermögensgegenständen vereinbar ist, oder auch die Bedeckung einer zusätzlichen Rückstellung. Soweit nach § 7 Abs. 2 S. 2 VAG Finanzderivate erworben werden dürfen, sind diese nach der weitesten Auffassung nur, aber immerhin dann Kapitalanlagen, wenn sie aktivierbare wirtschaftliche Rechtspositionen sind, dabei ist eine Zuführung zum gebundenen Vermögen aber nur über die Öffnungsklausel nach § 2 Abs. 2 AnIV möglich³⁹¹. In der Literatur hingegen wird überwiegend davon ausgegangen, dass der Weg der Einbeziehung von Derivaten über die Öffnungsklausel versperrt ist³⁹². Derivate dürfen danach bis zur Ausübung der Option nicht zur Bedeckung versicherungstechnischer Rückstellungen herangezogen werden, sondern sind dem freien Vermögen zugeordnet³⁹³.

Grundlegendes zu diesem Aspekt ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 2 S. 2 VAG. Daraus ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber, der die Regelung zu Derivaten in § 7 Abs. 2 VAG eingeführt hat, dies im Bewusstsein getan hat, dass Derivate überwiegend als immaterielle Vermögensgegenstände gesehen werden³⁹⁴. Gleichzeitig hat er aber auch die Öffnungsklausel in § 54 a Nr. 14 VAG a.F. normiert, in der eine Anlage in immateriellen Werten ausgeschlossen ist. Immaterielle Vermögensgegenstände sind also als solche nicht geeignet, Kapitalanlage zur Bildung des Sicherungsvermögens darzustellen, § 54 a Abs. 2 Nr. 14 VAG a.F. bzw. § 2 Abs. 4 Nr. 1 AnIV³⁹⁵. Den daraus zwingend folgenden Schluss, dass Derivate eben nicht zur Anlage verwendet werden dürfen, hat der Gesetzgeber auch selbst erkannt und hingenommen³⁹⁶. Weiterhin soll auch daraus, dass der Gesetzgeber die Regelung über Derivate nicht dem Abschnitt über Kapitalanlagen zugeordnet hat, zu schließen sein, dass er diese gerade nicht als Kapitalanlagen angesehen hat³⁹⁷.

Zu beachten ist weiterhin, dass bei der Anlage u.a. in Investmentfonds gem. § 2 Abs. 1 Nr. 15, 16 AnIV, bei denen derivative Finanzinstrumente Verwendung finden und mehr als das Einfache des Marktrisikopotentials nach § 51 Abs. 2 InvG – nunmehr in § 197 KAGB geregelt - festzustellen ist, eine Anrechnung auf die Mischungsquote nach § 3 Abs. 3 S. 1 AnIV stattzufinden hat, § 3 Abs. 4 AnIV³⁹⁸. Diese Vorgabe gilt, obwohl die Verwendung von Derivaten in § 51 InvG in nicht unerheblicher Intensität geregelt ist, sich das daraus resultierende Marktrisikopotential nach Abs. 2 allenfalls verdoppeln darf. Somit wird also die Verwendung von entsprechenden Investmentfonds, für die bereits die Einschränkungen des InvG gelten, zusätzlichen Einschränkungen unterworfen. Insofern ist das Aufsichtsregime nach der AnIV also deutlich strenger und risikoaverser als nach InvG. Wenn aber schon das Aufsichtsregime des InvG eine Verwendung von Derivaten nur unter strengen Voraussetzungen vorsieht, kann das Schweigen des strengeren und risikoaverseren versicherungsrechtlichen Aufsichtsregimes nur so verstanden werden, dass eine Verwendung gar nicht in Betracht kommt. Jedenfalls wenn nun aber schon der indirekte Einfluss von Derivaten über die Beteiligung an einem Fonds, der seinerseits nicht

³⁹¹ Lipowsky in Prölss, VAG, Nach § 54 a, § 1 AnIV, Rn. 67.

³⁹² Stuirbrink/Brüggentisch, Versicherungsbilanz-Kommentar, § 341 b, Rn. 102; Faber-Graw, 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, Band 1, 295.

³⁹³ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 119.

³⁹⁴ Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Zweites Durchführungsgesetz/EWG zum VAG), BT-Drs. 11/8321, 11.

³⁹⁵ Angermayer/Dietz/Scharpf, VW 1996, 107.

³⁹⁶ „Sie [die gekaufte Option] würde damit als zulässige Anlage ausscheiden.“, BT-Drs. 11/8321, S. 11.

³⁹⁷ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 119.

³⁹⁸ Dazu BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.6.2.

unerheblichen Beschränkungen durch das InvG unterliegt, nur unter strengen weiteren Voraussetzungen zulässig sein soll, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass wesentlich risikoreichere, da unmittelbare Einflüsse durch Derivate nicht mit § 54 VAG bzw. der AnIV in Einklang zu bringen sind.

Der VAG-E enthält mit § 115 Abs. 1 Nr. 5 hingegen eine Sonderregelung, wonach Derivate verwendet werden dürfen „sofern diese zur Verringerung von Risiken oder zur Erleichterung einer effizienten Portfolioverwaltung beitragen“. Systematisch spricht nun gegen die Billigung von Derivaten als Kapitalanlage, dass sich für die Bedeckung von zusätzlichen Deckungsrückstellungen durch Sicherungsvermögen mit § 116 VAG-E eine gesonderte Regelung anschließt, in dessen S. 2 ein Katalog zulässiger Anlagewerte aufgeführt wird. Die Begründung sieht darin neue Anforderungen für die Kapitalanlagen, die dem Sicherungsvermögen zuzuführen sind³⁹⁹. Zu beachten ist auch, dass es bereits einmal einen Anlauf gab, Variable Annuities zu legalisieren. Der entsprechende § 54 b Abs. 3 VAG-E⁴⁰⁰ sah folgenden Wortlaut vor: „Schließen die in den Absätzen 1 und 2 genannten Versicherungsleistungen eine garantierte Mindestleistung ein, so ist eine gesonderte Abteilung des Sicherungsvermögens (Garantieranlagestock) für die Vermögenswerte zu bilden, die zur Bedeckung der für die Mindestleistungen aller unter die Absätze 1 und 2 fallenden Verträge zu bildenden zusätzlichen versicherungstechnischen Rückstellungen erforderlich sind. Hierfür ist es zulässig, *zur Bedeckung der erforderlichen zusätzlichen versicherungstechnischen Rückstellungen auch Finanzderivate zu verwenden, sofern sie zur Verringerung von Risiken und zur Erleichterung einer effizienten Portfolioverwaltung dienen*. Diese Anlagen sind in geeigneter Weise so zu streuen, dass eine übermäßige Abhängigkeit von einem bestimmten Vermögenswert, einem Emittenten, einer bestimmten Unternehmensgruppe oder sonstige übermäßige Risikoballungen im Portfolio insgesamt vermieden werden.“ Da sich eine derartige Klarstellung, die der Gesetzgeber durchaus für erwähnenswert und erläuterungsbedürftig gehalten hat, in dem neuen Entwurf nicht findet, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass Derivate nicht geeignet sind, eine Rückstellung als solche zu bilden. Weiterhin wird in Nr. 5 weiter ausgeführt, dass die Voraussetzung nicht erfüllt ist beim „Aufbau reiner Handelspositionen (Arbitragegeschäfte)“ oder wenn „entsprechende Wertpapierbestände nicht vorhanden sind (Leerverkäufe)“. Diese Beispiele entstammen den Grundsätzen der Aufsichtsbehörde zu § 7 Abs. 2 VAG. Anzeichen dafür, in irgendeiner Hinsicht eine Neuregelung zu schaffen, lassen sich nicht entdecken. So wird in der Begründung ausgeführt, dass die Anforderungen von Nr. 5 auch bisher galten, auch die Beispiele der gefestigten Verwaltungspraxis entsprechen⁴⁰¹. Das neue Recht zeichne sich dadurch aus, dass zwar weniger konkrete, etwa quantitative Vorgaben gemacht werden, daraus aber nicht auf eine Lockerung der Sicherheitsstandards geschlossen werden könne⁴⁰². Wie bereits dargelegt, ist die Absicherung mit Derivaten mit diesen Grundsätzen gerade nicht vereinbar.

Aber selbst wenn man nach aktuellem Recht der weiten Auslegung folgt, können über die Öffnungsklausel in § 2 Abs. 2 AnIV Anlagen dem gebundenen Vermögen zwar zugeführt

³⁹⁹ Entwurf der Bundesregierung zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetz, BR-Drs. 90/112, BT-Drs. 17/9342, S. 298

⁴⁰⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Beteiligungsrichtlinie, BT-Drs. 16/10536, S. 8.

⁴⁰¹ Entwurf der Bundesregierung zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetz, BR-Drs. 90/112, BT-Drs. 17/9342, S. 298

⁴⁰² Entwurf der Bundesregierung zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetz, BR-Drs. 90/112, BT-Drs. 17/9342, S. 297

werden, die im Anlagekatalog nicht genannt sind, dessen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die speziellen Mischungsquoten nach § 3 Abs. 2 – 5 AnIV übersteigen. Dabei gelten aber neben der ausdrücklich erwähnten Vorgabe gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 AnIV für die Mischung auch für diese Anlagen die allgemeinen Anforderungen der Sicherheit, Rentabilität und Liquidität ohne Abstriche⁴⁰³. Weiterhin gelten auch die Begrenzungen der Art. 22 Dritte Richtlinie Schadenversicherung und Art. 24 Richtlinie Lebensversicherung⁴⁰⁴.

1. Sicherheit

Die Anforderung der Sicherheit der Anlage ist auf die Bewahrung des Nominalwertes gerichtet⁴⁰⁵.

Ein Werterhalt ist bei einem Hedging nur in der Zusammenschau mit dem zugrundeliegenden Bezugswert angestrebt⁴⁰⁶. Aufsichtsrechtlich soll das Sicherheitserfordernis aber ohnehin nicht nur für den ganzen Bestand, sondern jede einzelne Anlage gelten⁴⁰⁷. Damit scheidet eine solche Zusammenschau aus. Gegen diese Sichtweise kann aber eingewandt werden, dass sich aus § 54 VAG nicht ergibt, dass jede einzelne Anlage oder bei Fonds jeder darin enthaltene Vermögenswert diesem Gebot entsprechen müsse⁴⁰⁸. Somit spricht nichts dagegen, die Anforderung auf eine ganze Anlageklasse oder gar das gesamte Portfolio zu beziehen⁴⁰⁹. Der Zweck des Sicherheitserfordernisses besteht immerhin darin, die wirtschaftliche Substanz der Vermögensanlagen zu wahren und damit eine Bedrohung der Belange der Versicherten zu verhindern⁴¹⁰. Dieses Problem stellt sich nach neuem Recht nicht mehr, da die Anforderung der Sicherheit nach § 115 Abs. 1 Nr. 2 VAG-E für das „Portfolio als Ganzes“ gilt. Aber selbst bei einer Zusammenschau erscheint die Einhaltung des Sicherheitsgebotes bei Variable Annuities zweifelhaft. So wird für strukturierte Produkte ausgeführt, dass eine sehr geringe oder gar Nullverzinsung nur hingenommen werden könne, wenn der Barwert der Kapitalgarantie mindestens 50% des eingesetzten Kapitals entspricht⁴¹¹. Anders als Derivate sind strukturierte Produkte Verbindlichkeiten, etwa Anleihen, deren Auszahlungsprofil durch ein integriertes Derivat, etwa eine Option beeinflusst sind⁴¹². Im Vergleich dazu weisen Derivate auch in Zusammenschau mit dem Basiswert keine Kapitalgarantie, sondern nur eine stochastisch begründete Aussicht auf einen Kapitalerhalt auf.

Im Rahmen eines With-profit-Funds hingegen wird vor allem in Anleihen und Aktien investiert, wobei Anleihen vor allem dazu dienen, gegebene Garantien erfüllen zu können. Das Erfordernis der Sicherheit ist insofern darauf gerichtet, bestimmte Anforderungen an die Auswahl der einzelnen Titel zu machen, bewirkt aber keine grundsätzlichen Einschränkungen.

⁴⁰³ BaFin, 15.04. 2011, R 4/2011 – Hinweise zur Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen, VA 54-I3200-2010/0008.

⁴⁰⁴ BaFin, 15.04. 2011, R 4/2011 – Hinweise zur Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen, VA 54-I3200-2010/0008.

⁴⁰⁵ BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.3.1.

⁴⁰⁶ Zur Möglichkeit der Bildung von Bewertungseinheiten im Rahmen der Bilanzierung Stuirbrink/Brüggentisch, Versicherungsbilanz-Kommentar, Rn. 174 ff.

⁴⁰⁷ BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.3.1.

⁴⁰⁸ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54, Rn. 3 zu der insofern identischen Vorgängerregelung R 29/2002.

⁴⁰⁹ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54, Rn. 3.

⁴¹⁰ BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.3.1.

⁴¹¹ BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.3.1.

⁴¹² Heitmann in Bähr, § 17, Rn. 133.

2. Rentabilität

Eine rentable Anlage, die wiederum auch in § 115 Abs. 1 Nr. 2 VAG-E vorausgesetzt wird, liegt nach der Auffassung der BaFin dann vor, wenn eine garantierte Rendite in einer bestimmten, nicht nur marginalen Größenordnung erzielt werden kann. Bei Ertragsausfällen muss ein Ausgleich durch andere Anlagen oder passive Reserven erzielt werden können⁴¹³.

Zwar wird bei Variable Annuities ein Ausgleich regelmäßig durch Wertsteigerungen des Bezugswertes erreicht werden können. Allerdings stellt, wie ausgeführt, das Hedging keine so genaue Sicherungsweise dar, als dass man einen solchen Gleichlauf zwingend erwarten kann. Davon abgesehen ist eine über den Werterhalt hinausgehende Rendite nicht zu erzielen, wenn sich der Basiswert negativ entwickelt. Selbst wenn dem Anlagestock noch andere Vermögenswerte zugeführt werden, dürften sie bei einem realistischen zu erwartenden Umfang nicht ausreichen, die für die Rentabilität der gehedgten Investmentfondsanlage bestehende Unsicherheit auszugleichen.

Bei With-profit-Produkten ergeben sich hingegen insofern wiederum keine grundsätzlichen Probleme.

3. Mischung

Die Anforderungen an die Mischung der Kapitalanlagen besagen, dass Aktienanlagen zwar nach § 2 Abs. 1 Nr. 12 AnIV zugelassen sind, aber höchstens 35% des Sicherungsvermögens ausmachen dürfen, § 3 Abs. 3 AnIV – wobei auch diese Quote sogar noch Anteile in anderen Anlageformen angerechnet werden.

With-profit-Produkte enthalten aber einen weitaus größeren Anteil an Aktien-Investments, so dass sie damit nicht den Anforderungen an die deutsche Finanzaufsicht genügen würden.

Das Erfordernis der Mischung stellt sich hinsichtlich Variable Annuities nach §§ 2 Abs. 2; 3 Abs. 2 Nr. 4 AnIV so dar, dass die über Anwendung der Öffnungsklausel zulässigen Anlagen nicht mehr als 5 %, ausnahmsweise bei einer Genehmigung 10 % des Sicherungsvermögens betragen dürfen. Somit dürften Derivate insbesondere im Verhältnis zur Investmentfondsanlage nur einen solchen Umfang erreichen, was insbesondere dann problematisch wird, wenn die Investmentfondsanlage an Wert verliert und die Derivate entgegengesetzt an Wert gewinnen.

Letztlich schreibt Art. 24 Abs. 2 i) der Richtlinie 2002/83/EG vor, eine Mischung dergestalt zu verfolgen, dass „keine übermäßige Abhängigkeit von einer bestimmten Kategorie von Vermögenswerten, von einem bestimmten Kapitalmarkt oder von einer bestimmten Anlage vorliegt.“ Ob man ein Hedging insofern als zulässig erachtet, hängt davon ab, wie strikt man den Begriff des Übermaßes versteht. Bei Derivaten ist zu berücksichtigen, dass sie nur dann einem eigenständigen wirtschaftlichen Zweck dienen, wenn sie zur Spekulation eingesetzt werden. Erfolgt der Einsatz hingegen zum Zweck der Absicherung, stellen sie nicht selbst den Vermögenswert dar, sondern der entsprechende Basiswert. Dies ist hier der jeweilige Investmentfonds, der aber seinerseits eine Vielzahl von Vermögenswerten umfasst und in sich eine hinreichende Mischung aufweist.

⁴¹³ BaFin, Rundschreiben vom 15.04.2011, 4/2011, VA 54-I 3200 – 2010/0008, B.3.2

Der VAG-Entwurf beschränkt sich in § 115 Abs. 1 Nr. 6 darauf, eine „übermäßige Risikokonzentration im Portfolio als Ganzem“ zu untersagen. Insbesondere die quantitativen Vorgaben sind damit entfallen. Damit wären With-profit-Produkte insofern grundsätzlich zulässig.

4. Streuung

Eine Quote von 5 % findet nach § 4 Abs. 1 AnIV auch für alle auf ein und denselben Aussteller entfallenden Anlagen Anwendung. Dies dürfte dann schwierig einzuhalten sein, wenn es hinsichtlich bestimmter Basiswerte nur wenige Anbieter von Derivaten gibt, insbesondere wenn diese nicht-börslicher Natur sind.

Nach Art. 24 Abs. 2 ii) der Richtlinie 2002/83/EG ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass Vermögensarten, die „entweder im Hinblick auf die Art des Vermögenswertes oder die Bonität des Ausstellers oder Schuldners ein hohes Risiko aufweisen“ in ihrer Verwendung „auf ein vorsichtiges Ausmaß zu beschränken“ sind. Als Vermögenswert als solcher sind Derivate spekulativ mit dem Risiko des Totalausfalles, bei einem Hedging dürfte es aber angebracht sein, sie zusammen mit dem Basiswert in die Betrachtung einzubeziehen und insofern nicht von einem hohen Risiko auszugehen. Hinsichtlich der Bonität des Emittenten des Derivates bzw. Vertragspartners kommt auf den Einzelfall an.

Dieser Aspekt wird § 115 Abs. 1 Nr. 6 VAG-E wiederum nur so weit geregelt, dass eine „übermäßige Risikokonzentration im Portfolio als Ganzem“ zu unterbleiben hat.

5. Sicherung durch Rückversicherung

Nach § 121 b S. 2 VAG ist Rückversicherern eine Anlage in derivativen Finanzinstrumenten erlaubt, „sofern sie zur Verringerung von Anlagerisiken oder zur Erleichterung der Portfolioverwaltung beitragen“. Bei der Rückversicherung gilt aber nach §§ 66 Abs. 6 a S. 3, 67 VAG, dass der diesbezügliche Anteil an den Bruttorekstellungen durch Eintragung der Forderung gegen den Rückversicherer dem Sicherungsvermögen zugeführt werden muss, unter Einhaltung der Vorschriften der AnIV⁴¹⁴. Dies geschieht dadurch, dass der Rückversicherer dem Erstversicherer die Mittel zur Bildung einer entsprechenden Rückstellung zur Verfügung stellt, sog. Beitragsdepot,⁴¹⁵. Alternativ kann der Rückversicherer auch ein bereits ausgebildetes Wertpapierdepot stellen und dem Erstversicherer verpfänden oder zur Sicherheit übertragen, § 1 Abs. 1 Nr. 2 AnIV⁴¹⁶. Damit scheidet eine Verwendung von Derivaten auch danach aus. Nichts anderes kann unter Geltung der entsprechenden, inhaltlich unverändert gebliebenen Regelung im Entwurf gelten, §§ 117, 152 VAG-E.

6. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ergibt sich, dass With-profit-Produkten nach neuem Recht keine grundsätzlichen Hindernissen mehr entgegenstünden, während sich an der Unzulässigkeit der Absicherung von Ansprüchen aus Variable Annuities nichts geändert hat.

⁴¹⁴ Dazu Lipowsky in Prölss, VAG, § 66, Rn. 6.

⁴¹⁵ Lipowsky in Prölss, VAG, § 67, Rn. 3

⁴¹⁶ Lipowsky in Prölss, VAG, § 67, Rn. 4.

V. Europarechtliche Rechtmäßigkeit der Vorschriften

Fragwürdig ist die europarechtliche Zulässigkeit dieser Kapitalanlagebeschränkungen, die insbesondere ein Hedging im Rahmen des Sicherungsvermögens vereitelt. Dies ist problematisch im Hinblick auf Dienst-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Die Niederlassungsfreiheit greift nicht erst bei einer Zweigniederlassung oder Agentur, sondern bereits, wenn ein Beauftragter ein Büro führt⁴¹⁷. Damit ist hier der Schutzbereich eröffnet, zumindest der der Dienstleistungsfreiheit. Kapitalverkehr demgegenüber ist jede grenzüberschreitende Übertragung von Geld oder Sachkapital, die primär zu Anlagezwecken erfolgt⁴¹⁸. Deutsche Versicherer erleiden durch die Kapitalanlagevorschriften durchaus eine Einschränkung ihrer Möglichkeit, ihre Produkte im Ausland uneingeschränkt zu vertreiben oder dort uneingeschränkt Kapital anzulegen. Alle Grundfreiheiten sollen nicht nur ein Verbot von Diskriminierungen, sondern auch ein Beschränkungsverbot darstellen⁴¹⁹. In der Keck-Entscheidung hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass nicht-diskriminierende, für alle Wirtschaftsteilnehmer geltende Maßnahmen bereits nicht dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten unterfallen, wenn sie bloße Verkaufsmodalitäten regeln⁴²⁰. Ein Eingriff in die Grundfreiheit nach Art. 49 EGV etwa soll aber nicht nur bei Diskriminierungen, sondern auch bei einfachen Zugangsbeschränkungen gegeben sein da die insofern zur Warenverkehrsfreiheit ergangene Keck-Rechtsprechung nicht anwendbar ist⁴²¹.

Allerdings könnte eine zulässige Inländerdiskriminierung vorliegen. Zu einer Inländerdiskriminierung kommt es, wenn eine nationale Norm Anwendung findet auf rein nationale Sachverhalte. Selbst wenn deutsche Versicherer beim Vertrieb ihrer Produkte im Ausland behindert werden, geschieht diese Behinderung nur mittelbar und begründet keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt, weil der Umstand unterschiedlicher Rechtsordnungen hinzunehmen ist⁴²². Allerdings sollen die Grundfreiheiten analoge Anwendung auf rein interne Sachverhalte finden, damit die Niederlassungsfreiheit auf Kapitalanlagevorschriften, um dem Ziel eines Binnenmarktes gerecht zu werden, wobei ein neuer Rechtfertigungsgrund der berechtigten Interessen der Mitgliedsstaaten die notwendige Beschränkung darstellen soll⁴²³. Dem entgegengesetzt wird vertreten, dass derlei bei der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit nicht gelten könne, hier setze die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaftsebene und Mitgliedsstaaten gerade die Existenz unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen voraus⁴²⁴. Andernfalls würde an die Stelle eines Wettbewerbs um die beste Regelung einer Materie eine Harmonisierung auf niedrigstem Niveau eintreten⁴²⁵. Bei der Kapitalverkehrsfreiheit hingegen soll ausnahmsweise keine Ausnahme für Inländerdiskriminierungen anerkannt werden können, da alle unnötigen Behinderungen eines freien Kapitalverkehrs verhindert werden sollen, wobei Ausfuhren von Kapital üblicherweise gerade durch Inländer erfolgten⁴²⁶.

⁴¹⁷ EuGH, Urteil vom 4.12.1986, Rs. 205/84, Slg. 1986, S. 3755, 3801, NJW 1987, 572; Urteil vom 08.09.2010, C-316, 358, 360, 409, 410/07, Rz. 59.

⁴¹⁸ Bröhmer in Callies/Ruffert, EUV/AEUUV, 4. Auflage 2011, Art. 63, Rn. 8.

⁴¹⁹ Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 180.

⁴²⁰ EuGH, Urteil vom 24.11.1993, Rs C-267/91, NJW 1994, 121.

⁴²¹ Herrmann, VersR 2009, 7, 10 im Hinblick auf die Zillmerungsregeln.

⁴²² Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 193.

⁴²³ Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 242

⁴²⁴ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 297.

⁴²⁵ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 297.

⁴²⁶ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 262.

Ein ebenso uneinheitliches Meinungsbild besteht bei der Frage, ob die Kapitalanlagebeschränkungen denn zumindest gerechtfertigt wären. Eine Rechtfertigung kommt nach der Dijon-Entscheidung des EuGH auch bei Einschränkungen zum Schutz des Allgemeinwohls in Betracht, dabei ist aber im Hinblick auf den schonendsten Mitteleinsatz zu berücksichtigen, dass es ausreichend sein könnte, durch vorgeschriebene Angaben eine angemessene Unterrichtung sicherzustellen⁴²⁷. Fraglich ist die Erforderlichkeit, an der es fehlt, wenn dem Ziel auch mit einem milderen Mittel gedient wäre. Daraus wird in der Literatur ein allgemeiner Vorrang der Transparenz vor der Regulierung abgeleitet⁴²⁸. Allerdings ist auch auf europäischer Ebene anerkannt, dass den nationalen Gesetzgebern eine Einschätzungsprärogative verbleibt. Insofern soll aber eine Überschreitung dieser Befugnis zumindest dann vorliegen, wenn grundrechtswidrige oder offensichtlich oder schwerwiegend unverhältnismäßige Folgen festzustellen sind – was auch bei Nichtbeachtung des Vorrangs informationsrechtlicher Regulierung gelte⁴²⁹. Eine derart vertragsrechtlich bezogene Argumentation greift aber im Aufsichtsrecht nicht, da es hier nur um Regulierung gehen kann. Die Argumentation überzeugt also jedenfalls bei aufsichtsrechtlichen Vorschriften nicht. Was die Kapitalanlagevorschriften betrifft, wird in der Literatur teilweise davon ausgegangen, dass diese geeignet, erforderlich und angemessen sein⁴³⁰. Vertreten wird aber auch, dass die Beschränkung der Anlage in Aktien durch die Mischungsvorschrift des § 2 Abs. 3 S. 1 AnIV gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoße, da die Absicherung des Aktienbestandes durch ein Hedging und das Erfordernis des Nachweises ausreichender Eigenmittel oder die Möglichkeit der Auflösung von Bewertungsreserven für einen Verlustausgleich mildere Mittel seien⁴³¹. Für die Annahme, dass eine Erhöhung der Aktienquote verbunden mit einem Hedging mit Long Puts zu keinem höheren Risiko führe, wird auf den ökonomischen Nachweis durch empirische Studien verwiesen⁴³². Das Hedging als Sicherungsmethode erfährt insofern nur eine mittelbare Behandlung über die Prüfung der Aktienquote. Auf der Grundlage dieser Ansicht müsste aber auch ein Hedging im Rahmen des Sicherungsvermögens konsequenterweise als zulässig anerkannt werden.

Die Vielfältigkeit des Meinungsbildes zu den einzelnen problematischen Aspekten zeigt, dass es entscheidend darauf ankommt, den Maßstab der Kontrolle zu konkretisieren. Die deutsche Grundrechtsdogmatik erkennt eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers an⁴³³. Der Gesetzgeber hat nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen einen Beurteilungs- und Prognosespielraum hinsichtlich der Geeignetheit einer Maßnahme, so kann er auf der Grundlage seiner politischen Vorstellungen und Ziele entscheiden, solange er dabei die Gesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets nicht außer Acht lässt⁴³⁴. Gleiches gilt für die Erforderlichkeit einer Maßnahme, solange nach dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen *nicht* feststellbar ist, dass alternative Regelungen gleich wirksam sind und weniger belasten⁴³⁵. Aus der Formulierung dieses Grundsatzes ergibt sich nach allgemeinen methodischen Grundsätzen, dass dabei nicht der Gesetzgeber in der „Darlegungs- und Beweislast“ ist. So hat das BVerfG selbst in Fällen, in

⁴²⁷ EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs C-120/78, Slg 1979, 649, NJW 1979, 1766.

⁴²⁸ Herrmann, VersR 2009, 7, 10.

⁴²⁹ Herrmann, VersR 2009, 7, 12.

⁴³⁰ Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 252.

⁴³¹ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 273.

⁴³² Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 71 m.w.N.

⁴³³ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 533/77, BVerfGE 50, 290, 350- Mitbestimmungsurteil.

⁴³⁴ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006, 1 BvL 4/00, Rz. 92, NJW 2007, 51, 55.

⁴³⁵ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006, 1 BvL 4/00, Rz. 95, NJW 2007, 51, 55.

denen ausnahmsweise eine Planungsentscheidung für einen Einzelfall durch formelles Gesetz getroffen werden durfte, zum Ausdruck gebracht, dass Ziele, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers nur dann angreifbar sein sollen, wenn die Einschätzungen offensichtlich fehlerhaft oder zumindest eindeutig widerlegbar sind, alternativ den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung widersprechen⁴³⁶. Besonders interessant sind auf europarechtlicher Ebene die Entscheidungen des EuGH zur Zulässigkeit nationaler Beschränkungen des Glücksspiels. Ein Vergleich bietet sich besonders an, weil es auch hier um den Konflikt unterschiedlicher Vorstellungen zum Konflikt zwischen Verbraucherschützender Regulierung und liberaler Deregulierung geht. In einer Entscheidung im Jahre 1987 hat der EuGH recht eindeutig ausgeführt, dass die Nationalstaaten nicht nur ein Ermessen haben, ob nicht-diskriminierende Beschränkungen erforderlich sind, sondern sogar hinsichtlich der Frage, ob diese aufgrund der „soziokulturellen Besonderheiten zum Schutz der Sozialordnung“ angemessen sind⁴³⁷. Dabei soll der Spielraum größer sein, wenn der Zweck der Regulierung nicht wirtschaftlicher Natur ist, sondern die Sozialordnung der Mitgliedsstaaten tangiert⁴³⁸. Insofern darf man sich auch nicht von dem gegenteiligen Ergebnis der Glücksspiel-Entscheidung aus dem Jahr 2010 täuschen lassen, das allein darauf beruht, dass das Gericht in Anbetracht der Kommerzialisierung des staatlich betriebenen Glücksspiels davon ausgegangen ist, dass die Regulierung weniger einem Schutz der Sozialordnung als monetären Erwägungen dient. Bezeichnenderweise führt der EuGH auch in dieser jüngeren Entscheidung noch aus, dass ein Ermessen des nationalen Gesetzgebers besteht, welches Niveau des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung er anstrebt – auch wenn dies zur Folge hat, dass die jeweiligen Vorgaben in den Mitgliedsstaaten differenzieren⁴³⁹. Ob diese Entscheidungen im Hinblick auf das Ausmaß der zugrunde gelegten Zurückhaltung vor dem Hintergrund der zunehmenden europäischen Integration verallgemeinert werden können, ist sicherlich zweifelhaft. Jedenfalls bei Inländerdiskriminierungen muss dieser Einschränkung maßgebliche Bedeutung eingeräumt werden. Sofern man es dem Gesetzgeber nicht ausnahmslos gestattet, Inländer zu diskriminieren, so muss ihm doch die Möglichkeit eingeräumt werden, „soziokulturelle“ Eigenheiten, denen ein Wert zugebilligt wird, zu pflegen. Als solche ist auch die Sicherheit der Kapitalanlage anzusehen, gerade wenn sie im Zusammenhang mit privater Vorsorge erfolgt. Auf dieser Grundlage ist es dem Gesetzgeber nur dann verwehrt, die Verwendung von Derivaten im Rahmen eines Hedgings zu untersagen, wenn eindeutig feststellbar ist, dass damit eine ebenso zuverlässige Absicherung wie bei herkömmlichen Methoden erreicht wird. Derart zwingend sind die angeführten Argumente aber gerade nicht: Für liberalere Anlagevorschriften, etwa des englischen Rechts, soll sprechen, dass es noch keinen Zusammenbruch eines Versicherers gegeben habe⁴⁴⁰. Weiterhin könnte der Vertrieb von Produkten, für die weniger restriktive Anlagevorschriften gelten, im europäischen Binnenmarkt eh nicht verhindert werden⁴⁴¹. Dieses Argument ist jedenfalls de lege lata nicht von Bedeutung, wie der EuGH ausdrücklich festgestellt hat. Für den Einsatz von Derivaten durch Versicherer soll sprechen, dass mit

⁴³⁶ BVerfG, Beschluss vom 23.06.1987, 2 BvF 826/83, NVwZ 19888, 47, 49; Beschluss vom 17.07.1996, 2 BvF 2/93, NJW 1997, 383, 385.

⁴³⁷ EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs C-275/92 (Schindler) – Slg 1994, I-1039 (1096 f.) Rz. 61, NJW 1994, 2013, 2016 - Lotterie.

⁴³⁸ Herrmann, VersR 2009, 7, 12 mit Verweis auf EuGH, 12.03.1987, Rs C 174/84, NJW 1987, 1133.

⁴³⁹ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, C-316, 358, 360, 409, 410/07, Rz. 80 – dass ein derartiges Gefälle entsteht, wird auch in Rz. 106 als hinnehmbar angenommen.

⁴⁴⁰ Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 124.

⁴⁴¹ Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 73.

deren Einsatz zwar zusätzliche Risiken verbunden, der Umgang mit Risiken aber ein Kernbereich der Geschäftstätigkeit von Versicherern sei⁴⁴². Dabei wird die Unterscheidung zwischen Risiko-Transfer und -Transformation außer Acht gelassen – Versicherer sollen fremde Risiken übernehmen, aber bei deren Absicherung gerade keine Risiken eingehen. Unabhängig von der Qualität dieser Argumente im Einzelnen, muss im Rahmen der fachlichen Diskussion die Behauptung der fehlenden Erforderlichkeit aber eben nicht nur vertretbar sein, sondern umgekehrt muss es unvertretbar sein, das Gegenteil zu behaupten, dass keine Gleichwertigkeit besteht. Aber selbst wenn man als fachlicher Laie auch nur oberflächlich in die Thematik einsteigt, fallen einem die kritischen Ausführungen zur Zuverlässigkeit ins Auge. Beispielhaft kann auf eine Studie verwiesen werden, die zu dem Ergebnis gekommen ist, dass in der Realität durchaus Hedging – Praktiken zu beobachten sind, bei denen im hypothetisch schlimmsten Fall nur ein Drittel der aus Garantien entspringenden Verpflichtungen abgedeckt sind⁴⁴³. Auf dieser Grundlage kann man dem Gesetzgeber nicht vorwerfen, er hätte eine zu weitgehende Reglementierung erlassen. Die aufsichtsrechtlichen Einschränkungen mögen rechtspolitisch diskussionswürdig sein, europarechtlich sind sie nicht zu beanstanden.

⁴⁴² Beyer, Kapitalanlagevorschriften, S. 99.

⁴⁴³ Zitiert nach Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 260.

E. Vertragsrechtliche Grundlagen

Was Rechte und Pflichten der Vertragsparteien angeht, so können diese nicht ermittelt werden, ohne vorher einige grundlegende Aspekte herauszustellen.

I. Internationales Vertragsrecht

Auch Versicherer mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der EU/EWR unterliegen hinsichtlich der von ihnen mit Versicherungsnehmer in Deutschland abgeschlossenen Verträgen deutschem Recht, Art. 7 Abs. 3, 6 Rom-I-VO, Art. 1 Abs. 1 lit. g GesamtRL Leben 2002/83/EG⁴⁴⁴.

II. Der Vertragsbegriff bei Vereinbarungen unter Einschluss unterschiedlicher Vertragstypen

Aus der Feststellung, welchem Vertragstypus die jeweiligen Leistungen zuzuordnen sind, lässt sich vertragsrechtlich noch nicht folgern, ob sie im Rahmen eines oder mehrerer Verträge vereinbart sind und welche vertragsrechtlichen Regelungen auf die Vereinbarung Anwendung finden. So können Abreden demselben Vertragstypus entsprechen und doch mehrere, voneinander zu unterscheidende Verträge darstellen. Umgekehrt können Regelungen, die unterschiedlichen Vertragstypen unterfallen, in einem gemischten Vertrag zusammengefasst sein.

1. Charakter als Zusatzversicherung

Für Variable Annuities könnte sich eine Einordnung bereits aus dem Charakter als Zusatzversicherung ergeben. Dieser ist als solcher aufsichtsrechtlicher Natur. Eine Zusatzversicherung kann unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 S. 1 VAG um den Preis einer zusätzlichen Prämie geschlossen werden⁴⁴⁵. Inhalt einer solchen Zusatzversicherung ist regelmäßig die Beitragsbefreiung von der Hauptversicherung, wenn der Versicherungsfall der Zusatzversicherung eintritt, möglich ist aber auch eine zusätzliche Rente⁴⁴⁶. Vertragsrechtlich folgt aus dem Charakter einer Absicherung als Zusatzversicherung nur, dass diese akzessorisch zur Hauptversicherung ist, so dass die Haupt- ohne die Zusatzversicherung, die Zusatzversicherung aber nicht ohne die Hauptversicherung weitergeführt werden kann⁴⁴⁷. Aber selbst dies verhilft noch nicht zu einer unzweifelhaften vertragsrechtlichen Sichtweise. So hat der BGH bei der Verbindung einer Lebensversicherung mit einer Berufsunfähigkeitsversicherung als Zusatzversicherung entschieden, dass ein Vertrag gegeben ist, wenn der Eintritt des zusätzlich versicherten Risikos die Beitragsbefreiung von der Hauptversicherung und Rentenzahlung zur Folge hat⁴⁴⁸, dies gilt umso eher, wenn zusätzliche Folge nach sechsjähriger Berufsunfähigkeit die

⁴⁴⁴ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 45.

⁴⁴⁵ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn.33.

⁴⁴⁶ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 14.

⁴⁴⁷ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 33; Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 13.

⁴⁴⁸ BGH, Urteile vom 20.09.1989, IV a ZR 107/88, VersR 1989, 1249, 1250; 13.10.1982, IV a ZR 67/81, VersR 1983, 25.

Auszahlung der Hauptversicherungsleistung ist⁴⁴⁹. Dagegen wird aber eingewandt, dass beide Verträge völlig unabhängig voneinander geschlossen werden und bestehen können, so dass zwei verschiedene Versicherungsverträge, in einer Police verbrieft, anzunehmen sein⁴⁵⁰. In der Rechtsprechung ist für die Berufsunfähigkeitszusatzversicherung im Verhältnis zur Lebensversicherung davon ausgegangen worden, dass zwei Versicherungen bestehen, die aber eine Einheit nach § 139 BGB bilden – mit der Folge der Gesamtnichtigkeit⁴⁵¹. Diese Entscheidung gibt zumindest einen deutlichen Hinweis, darauf, dass unabhängig von aufsichtsrechtlichen Kategorien nur allgemeine Grundsätze von Bedeutung sein müssen. Für die Frage, ob innerhalb eines Vertragswerkes mehrere Risiken in einem Vertrag erfasst oder mehrere Verträge geschlossen werden, ist danach der Parteiwille unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entscheidend⁴⁵².

2. Formell-rechtliche Betrachtung

Für das Vorliegen eines einheitlichen Vertrages sind vor allem formelle Aspekte maßgeblich. Im Zweifel gilt, dass bei der Ausstellung nur eines Versicherungsscheins auch nur ein einheitlicher Vertrag geschlossen worden ist, so dass umgekehrt bei mehreren Scheinen auch mehrere Verträge vorliegen⁴⁵³. Anhaltspunkte können aber auch die Ausführungen im Antragsvordruck, unterschiedliche AVB und unterschiedliche Laufzeiten sein⁴⁵⁴. Von Bedeutung kann ebenfalls sein, ob die Prämien für verschiedene Risiken getrennt oder als Gesamtpremie ausgewiesen sind⁴⁵⁵. Praktisch folgt daraus, dass es der Versicherer selbst in Hand hat, ob er mehrere Vereinbarungen in einem Vertrag trifft, indem er beide in denselben Unterlagen zusammenfasst und die dieselbe Laufzeit vorsieht – oder eben nicht. Soweit ersichtlich, werden alle auf dem Markt angebotenen Garantiekomponenten zusammen mit der Lebensvereinbarung in einheitlichen Unterlagen, vor allem auch AGB behandelt. Auch eine gesonderte Kündigungsmöglichkeit ist nirgends vorgesehen. Dies spricht eindeutig dafür, dass insofern ein einheitlicher gemischter Vertrag vorliegt, wobei aber im Einzelfall auch etwas anderes gelten kann. Allerdings kann eine formelle Betrachtung allein nicht genügen, gerade wenn zwei Vereinbarungen nur rein äußerlich verbunden sind, ist das Vorliegen eines Vertrages fraglich⁴⁵⁶. Von ausschlaggebender Bedeutung ist damit, ob sich bei einer objektiven Vertragsauslegung ergibt, dass die Parteien beide Vereinbarungen als Bestandteile eines einheitlichen Ganzen gesehen haben⁴⁵⁷.

3. Materiell-rechtliche Betrachtung

Maßgeblich für derlei eher materielle Aspekte ist vor allem § 139 BGB, wobei aber grundlegend geklärt werden muss, welche Bedeutung dieser Vorschrift im vorliegenden Kontext zukommt. Der Wortlaut der Überschrift „Einheitliches Rechtsgeschäft“ lässt darauf schließen, dass die Frage, ob ein Vertrag vorliegt, vollständig und abschließend geregelt

⁴⁴⁹ BGH, Urteil vom 08.03.1989, IV a ZR 17/88, Rz. 25, VersR 1989, 689, 690.

⁴⁵⁰ Schwintowski in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 29, Rn. 3, 5.

⁴⁵¹ KG, Urteil vom 23.02.1996, 6 U 3719/94, VersR 1997, 94, 95.

⁴⁵² Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 98; Heiss in Bruck/Möller, § 29, Rn. 15.

⁴⁵³ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 98.

⁴⁵⁴ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 98.

⁴⁵⁵ Heiss in Bruck/Möller, § 29, Rn. 15; weiterhin OLG Nürnberg, Urteil vom 13.10.1965, 4 U 14/64, VersR 1966, 532, 533, das daneben auch auf Antrag, Versicherungsschein und Versicherungsbedingungen abstellt.

⁴⁵⁶ Nur indizielle Bedeutung nach BGH LM Nr. 34 zu § 139, dazu Heinrichs in Palandt, § 139, Rn. 5; speziell für die Versicherung Prölss in Prölss/Martin, § 10, Rn. 26..

⁴⁵⁷ OLG Nürnberg, Urteil vom 13.10.1965, 4 U 14/64, VersR 1966, 532, 533.

wird. So kann ein Vertrag wegen der eben angestellten Erwägungen nur vorliegen, wenn neben formellen Voraussetzungen auch materielle Voraussetzungen gegeben sind, für die an § 139 BGB anzuknüpfen ist. Umgekehrt gilt dies aber nicht: Es kann auch bei mehreren Verträgen ein „einheitliches Rechtsgeschäft“ anzunehmen sein, was der Fall ist, wenn formelle Aspekte gegen einen einheitlichen Vertragsabschluss sprechen, beispielsweise beide Abreden nicht zur selben Zeit oder in mehreren Urkunden getroffen worden sind⁴⁵⁸. Folglich ist die Begrifflichkeit des einheitlichen Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB missverständlich, da sie sich nicht mit dem des einheitlichen Vertrags deckt. Liegt ein Vertrag vor, gilt immer § 139 BGB, umgekehrt kann aber auch § 139 BGB gelten, obwohl mehrere Verträge vorliegen.

Mehrere Vereinbarungen – selbst wenn sie voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte darstellen – können eine Einheit nach § 139 BGB, mit der möglichen Folge der Gesamtnichtigkeit, bilden, wenn beide nach dem Parteiwillen miteinander stehen oder fallen sollen, im Sinne einer rechtlichen, nicht nur wirtschaftlichen Verknüpfung⁴⁵⁹. Sofern sich kein expliziter Wille feststellen lässt, ist dieser aus äußeren Umständen abzuleiten⁴⁶⁰. Dabei kann vor allem auf den Inhalt der Vereinbarungen abgestellt werden, der für eine Einheitlichkeit spricht, wenn die Vereinbarungen nur zusammen wirtschaftlich sinnvoll sind⁴⁶¹. Dies kann zum einen bei zusammengesetzten Verträgen der Fall sein, wenn mehrere Vereinbarungen von ihrem Inhalt her aber auch alleine stehen könnten⁴⁶². Hingegen lässt sich ein gemischter Vertrag unabhängig vom Parteiwillen und den konkreten Begleitumständen bereits gedanklich nicht in mehrere Vereinbarungen aufteilen, da er nur so sinnvoll ist⁴⁶³. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die gedankliche Trennbarkeit maßgeblich davon abhängt, wie weit man wirtschaftliche, organisatorische oder sonstige technische Zusammenhänge würdigt, so dass die Abgrenzung zwischen zusammengesetzten und gemischten Verträgen nur eine grobe Orientierung bietet und dabei fließend ist⁴⁶⁴. Ein gemischter Vertrag liegt wohl jedenfalls dann vor, wenn zwei trennbare Produktbestandteile mit unterschiedlichen Leistungsvoraussetzungen vorliegen, die aber hinsichtlich Laufzeit, Kündigung etc. nicht getrennt voneinander behandelt werden können⁴⁶⁵. Hingegen ist anzunehmen, dass mehrere Verträge geschlossen worden sind, wenn Versicherungsschutz gegen zwei Risiken vereinbart worden ist, der auch unabhängig voneinander bestehen kann⁴⁶⁶.

Todesfallgarantien werden in aller Regel unabhängig von der Kapitalgarantie durch das Aufkommen von entsprechenden Risikoprämien abgesichert, so dass insofern allenfalls ein zusammengesetzter Vertrag vorliegen würde. Somit wäre der Parteiwille im Einzelnen relevant. Auch Rentenleistungen lassen sich wegen voneinander unabhängiger Rechnungsgrundlagen wohl auf die Anwendung eines Rentenfaktors hinsichtlich des losgelöst von einer Kapitalgarantie tatsächlich zur Verfügung stehenden Kapitals reduzieren, was für eine jedenfalls gedankliche Trennbarkeit sprechen würde. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der biometrische Risikoschutz zwar nicht unbedingt das garantierte Kapital, in allen Fällen aber das gebildete Kapital miteinbezieht, selbst die Prämienhöhe des

⁴⁵⁸ Roth in Staudinger, § 139, Rn. 41.

⁴⁵⁹ St. Rsp. BGH, etwa zuletzt Urteil vom 24.10.2006, XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395, 396.

⁴⁶⁰ Roth in Staudinger, § 139, Rn. 39.

⁴⁶¹ Roth in Staudinger, § 139, Rn. 45.

⁴⁶² Grüneberg in Palandt, Überbl v § 311, Rn. 16.

⁴⁶³ Grüneberg in Palandt, Überbl v § 311, Rn. 19; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 380.

⁴⁶⁴ Im Ergebnis auch Grüneberg in Palandt, Überbl v § 311, Rn. 19.

⁴⁶⁵ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 380 für die gemischte Lebensversicherung.

⁴⁶⁶ OLG Celle, Urteil vom 05.05.1966, 7 U 24/65, VersR 1966, 964, 965.

Todesschutzes deshalb geringer ausfällt, weil das vorhandene Kapital im Todesfall Teil der auszuzahlenden Summe ist. Ohne Kapitalbildung müsste die Todesfalleistung geringer oder die Risikoprämie höher ausfallen. Eine Trennung verbietet sich dann schon deshalb, weil nicht feststeht, ob der Versicherungsnehmer einen Bedarf für die Risikoleistung im Todesfall auch unabhängig von dem Kapital hat, oder ob ihm der dann maßgebliche Betrag zu niedrig wäre, so dass er entweder gar keine Interesse hat oder er weitergehenden Risikoschutz nachgefragt hätte. Bei der Rentenversicherung würde es mangels Kapitals schon an dem Gegenstand der Verrentung fehlen, so dass der Zusammenhang offensichtlich ist. Somit ist die zugesagte biometrische Risikoabsicherung in dieser Form bereits gedanklich nicht trennbar vom Sparprozess, weshalb ein gemischter Vertrag vorliegt. Noch offensichtlicher ist dies für die Kapitalgarantie, die eines Gegenstandes bedarf. Auch insofern liegt ein gemischter Vertrag vor. Denklogisch können aber zwei Teile, die beide untrennbar mit einem dritten Teil verbunden sind, auch untereinander nicht voneinander getrennt werden. Folglich fungiert das Sparelement als „Verklammerung“ von Lebensversicherungs-, und Kapitalgarantie, so dass auch diese schon deshalb zwangsläufig zusammen fallen. Im Ergebnis liegt letztlich unzweifelhaft ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, unabhängig davon, welchem Vertragstyp die Kapitalgarantie nun unterfällt.

Allenfalls wenn besondere äußere Umstände dafür sprechen, dass die Kapitalbildung gerade nicht „in der Mitte“ zwischen Kapital- und Lebensversicherungsgarantie steht, sondern eindeutig dem einen oder anderen Teil zuzuordnen ist, kann sich etwas anderes ergeben. So könnte eine Kapitalgarantie, die aus der Anlage als solcher heraus sichergestellt wird, erst zeitlich nachträglich durch einen biometrischen Risikoschutz ergänzt werden. Umgekehrt könnte eine fondsgebundene Lebensversicherung erst nachträglich mit einer Garantie nach dem Baukasten-Prinzip der Variable Annuities versehen werden. Dann würde die Situation der bei einer Zusatzversicherung gleichen, dass der Hauptteil, dem der kapitalbildende Teil zuzuordnen ist, ohne den Zusatz, der Zusatz aber nicht ohne den Hauptteil bestehen bleiben kann. Die eigentliche Problematik besteht in dieser Fallgruppe darin, dass nicht beide Teile im Hinblick aufeinander „stehen und fallen“, sondern die Abhängigkeit nur einseitig ist. In diesem Fall spricht für das Vorliegen nur eines Vertrages, dass andernfalls nicht überzeugend begründet werden kann, warum die einen angeblich selbstständigen Vertrag darstellende Zusatzvereinbarung von der Beendigung des Hauptvertrages betroffen sein und dasselbe Schicksal teilen soll. Die umgekehrte Konstellation, dass nur der Zusatzteil in Wegfall gerät, kann gegebenenfalls über § 29 VVG eine angemessene Behandlung finden, oder eben auch über die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 BGB. Somit besteht in aller Regel nur ein Vertrag.

III. Rechtliche Würdigung typengemischter Verträge

Die Rechtsfolgen ergeben sich aus den Grundsätzen zum typengemischtem Vertrag, wenn nicht die vorrangige Regelung des § 139 BGB greift.

§ 139 BGB gilt seinem Wortlaut nach nur für die anfängliche Nichtigkeit, findet aber auch im Fall der Anfechtung Anwendung. 139 BGB greift darüber hinaus auch im Fall des Rücktritts, hat aber insofern keine Bedeutung, als bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft grundsätzlich davon auszugehen ist, dass das Rücktrittsrecht nur einheitlich ausgeübt können werden soll⁴⁶⁷. Somit findet § 139 BGB nur Anwendung, wenn die Möglichkeit des Teilrücktritts

⁴⁶⁷ BGH, Urteil vom 30.04.1976, V ZR 143/7, NJW 1976, 1931, 1932.

vertraglich vorgesehen ist. Hingegen bewirkt eine Kündigung weder eine anfängliche Nichtigkeit oder eine in die Rückabwicklung mündende Unwirksamkeit, sondern nur die zeitliche Beendigung des Vertrages. Deshalb kann § 139 BGB insofern keine Anwendung finden.

Für alle anderen vertragsrechtlichen Aspekte, insbesondere auch den besonders wichtigen der Kündigung, gelten dann die Grundsätze zum typengemischten Vertrag. Anders als im Aufsichtsrecht besteht im Vertragsrecht aber kein Anlass für eine starre Abgrenzung, so dass funktional passende Normen des VVG auch nur teilweise herangezogen werden können⁴⁶⁸. Das gilt auch für die Kündigung⁴⁶⁹. In der Vergangenheit standen sich das Absorptionsprinzip, nach dem immer das Recht der Hauptleistung maßgeblich ist, und das Kombinationsprinzip, nach dem das Recht des jeweils einschlägigen Vertragstypus anzuwenden ist, gegenüber⁴⁷⁰. Mittlerweile ist aber unstrittig, dass je nach konkretem Parteiwillen und Vertragszweck das eine oder andere Prinzip Anwendung finden kann⁴⁷¹. Ist ein Teil eines Vertrags als unbedeutende Nebenabrede zu werten, ist das Recht der Hauptleistung maßgeblich, wenn sich nicht im Einzelfall etwas anderes ergibt⁴⁷². Sind beide Teil gleichwertig, gilt das Kombinationsprinzip, wobei bei Normgegensätzen auf die die nach dem Parteiwillen, insofern vor allem nach dem Vertragszweck am besten passende Abrede abzustellen ist⁴⁷³. Beim Typenverschmelzungsvertrag liegt eine – auch wirtschaftlich untrennbare – Leistung vor, die mehrere Vertragstypen unterfällt⁴⁷⁴. Auch hier greift wieder das Kombinationsprinzip, in Kollisionsfällen greift das Recht, das den wirtschaftlichen und rechtlichen Schwerpunkt bildet⁴⁷⁵. Dementsprechend soll bei gemischten Versicherungen das VVG auch für die Sparkomponente gelten⁴⁷⁶. Werden im Rahmen einer fondsgebundenen Lebensversicherung externe Garantien, etwa durch einen Garantiefonds, verankert, findet dies im Rahmen der unselbstständigen Kapitalanlagekomponente statt. Das ist höchst fraglich, vielmehr ist die Kapitalbildungskomponente ja so entscheidend, dass der Gesetzgeber eigens dafür Regelungen wie § 169 VVG geschaffen hat.

Vielleicht dürfte zu differenzieren sein: Bei Kapitalgarantien, die als solche bereits Lebensversicherungscharakter aufweisen, fehlt es insofern an einem gemischten Vertrag und damit an einem Anlass, über eine Nichtanwendung des Lebensversicherungsrechts nachzudenken. Bei Verträgen nach dem AltZertG ist nur auf dessen Regelungen abzustellen. Dass bei Todesfallgarantien im Rahmen von Variable Annuities einzig auf das Lebensversicherungsrecht abzustellen ist, ergibt sich schon daraus, dass eine Besonderheit hier nur im Hinblick auf die Absicherung der ansonsten herkömmlichen Garantieforn besteht, die nur aufsichtsrechtlich relevant sein kann. Im Übrigen dürfte aber selbst für den Fall, dass eine Kapitalgarantie nur im Hinblick auf Rentenleistungen gewährt wird, ohne dass ein Kapitalwahlrecht besteht, keine wirtschaftliche Untrennbarkeit und damit eine Typenverschmelzung anzunehmen sein, da immer zwischen der Anwendung des zur

⁴⁶⁸ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 16; Brömmelmeyer in Rüffer/Halbach/Schimikowski, § 1, Rn. 21.

⁴⁶⁹ BGH, Urteil vom 21.02.1979, VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288.

⁴⁷⁰ Vgl. Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 33.

⁴⁷¹ Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 36.

⁴⁷² BGH, Urteile vom 10.05.1951, III ZR 102/50, BGHZ 2, 94; 09.12.1974, VII ZR 182/73, BGHZ 63, 306, 312; 21.02.1979, VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288.

⁴⁷³ Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 38.

⁴⁷⁴ Löwisch in Staudinger, § 311, Rn. 45.

⁴⁷⁵ BGH, Urteile vom 15.06.1951, I ZR 121/50, NJW 1951, 705; 29.10.1980, VIII ZR 326/79, NJW 1981, 342.

⁴⁷⁶ BGH, 12.10.2005, IV ZR 162/03, Rz. 22, VersR 2005, 1565, 1568; Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 380.

Verfügung stehenden Kapitals und dem maßgeblichen Rentenfaktor unterschieden werden kann. Stehen Kapitalgarantie und biometrische Garantie nebeneinander, lässt sich kein grundlegender Vorrang ausmachen, somit kommt es auf Parteiwillen und Vertragszweck im Einzelfall an. Bei Variable Annuities gilt der allgemeine Teil des VVG, während für den biometrischen Risikoschutz und die Kapitalsammlung die dafür vorhandenen Regelungen der §§ 150 ff. VVG heranzuziehen sind. Die anderen Garantieprodukte stellen keine Versicherung dar, sind Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienstleistungs-, und Werkvertragscharakter.

Letztlich kann eine Kapitalgarantie auch ohne biometrischen Risikoschutz gewährt werden. Grundsätzlich gilt vertragsrechtlich, dass das VVG nur soweit gilt, wie ein Versicherungsvertrag oder ein zusammengesetzter oder gemischter Vertrag vorliegt⁴⁷⁷. Bei Kapitalisierungsgeschäften, die keinen Versicherungsvertrag darstellen, sollen die verbraucherschützenden Vorschriften des VVG nach einer Auffassung sinngemäß gelten - dies ergebe sich schon aus dem Parteiwillen⁴⁷⁸. Dies wird teilweise aber auch abgelehnt mit der Begründung, dass sich die Anwendbarkeit des VVG nicht schon unabhängig von § 1 VVG aus dem Umstand ergeben könne, dass ein Vertragspartner ein Versicherungsunternehmen sei⁴⁷⁹. Hierbei dürfte es auf den Einzelfall und auf die konkrete Regelung ankommen, wobei – nach den bereits dargelegten Grundsätzen – letztlich der Parteiwille, vor allem der Vertragszweck maßgeblich sein muss.

Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt etwa im Hinblick auf die Beendigung des Vertrages.

⁴⁷⁷ Winter, VersR 2004, 8, 17.

⁴⁷⁸ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150 – 171, Rn. 9.

⁴⁷⁹ Grote in Langheid/Wandt, Band 1, Aufsichtsrecht, Rn. 96.

F. Die Garantierzeugung

Auch vertragsrechtlich ist das Problem zu erfassen, wie die Garantie überhaupt gewährleistet werden kann. Stellt sich aufsichtsrechtlich das Problem, wie eine Garantie abgesichert werden muss, geht es im vertragsrechtlichen Kontext eher darum, die Reichweite der Garantie aus deren Wechselwirkungen mit der maßgeblichen Kapitalanlage zu ermitteln. Derartige Wechselwirkungen ergeben sich in jedem Fall, sowohl wenn die Garantie durch die Kapitalanlage gedeckt wird, als auch wenn ein Hedging vorgenommen wird, das aber ebenfalls eine Anpassung an den jeweiligen Basiswert voraussetzt.

I. Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Garantie

Maßgeblich sind für die Reichweite der Garantie die Ausführungen in den Bedingungen. Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung kann vereinbart werden, dass eine Umschichtung während der Vertragslaufzeit stattfinden kann⁴⁸⁰. „Shiften“ liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer das Recht hat, bereits investierte Kapitalanteile in andere Fonds umzuschichten⁴⁸¹. Hingegen ist von „Switchen“ die Rede, wenn er die Auswahl nur hinsichtlich künftiger Investmentanteile ändert⁴⁸². Derlei ist auch bei Garantieprodukten unter der Einschränkung möglich, als der Versicherer gerade zum Zweck der Kompabilität mit der Garantiezusage die Auswahlmöglichkeiten des Anlegers einschränken kann. Zweifelhaft ist aber, ob in den Bedingungen vorgesehen werden kann, dass der Versicherer seinerseits die Befugnis haben soll, den Fonds auszutauschen bzw. unter bestimmten Bedingungen, etwa außergewöhnlichen Kurzstürzen, das Vermögen sogar in Vermögenswerte ohne Anlagerisiko umzuschichten. Sofern der Versicherer dem Anleger auch eine Kapitalanlagetätigkeit als Dienstleistung schuldet, entspricht es bereits sachgerechter Durchführung, entsprechende Umschichtungen vorzunehmen. Selbst wenn Kapitalanlage und Garantie voneinander getrennt sind und damit eine Versicherung vorliegt, kann auf die versicherungsrechtlichen Grundsätze zur Gefahrerhöhung und Obliegenheiten abgestellt werden, die zeigen, dass dem Versicherer die Möglichkeit offen steht, Vorkehrungen für die Begrenzung des Risikos zu treffen. Da der Versicherer im Rahmen der fondsgebundenen Versicherung die Fondsanteile verwaltet, tritt an die Stelle entsprechender Obliegenheiten die vertraglich eingeräumte Befugnis, selber Zugriff auf die Fondsanteile zu nehmen. Derartige Interventionen sind unabhängig vom konkreten Vertragstyp auch im Interesse des Anlegers, da sein Bestreben darauf gerichtet ist, eine über die garantierte hinausgehende Rendite zu erzielen, was aber die Vermeidung übermäßiger Verluste im Vertragsverlauf voraussetzt. Allerdings muss letztlich auch vorgesehen sein, dass das Kapital nach Beruhigung der Situation an den Kapitalmärkten wieder risikoträchtig investiert wird. Andernfalls hätte es der Versicherer in der Hand, seine vertraglich zugesagte Garantieleistung zu entwerten.

Teilweise ist vorgesehen, dass jederzeitige Entnahmen möglich sind, sich dann aber auch die Garantie verhältnismäßig reduziert. Herkömmlich zeichnet sich eine fondsgebundene

⁴⁸⁰ Prölss/Martin, Vor §§ 150 - 170, Rn. 30.

⁴⁸¹ BMF, Verwaltungsvorschrift vom 01.10.2009, IV C 1-S 2252/07/0001, 2009/0637786, BStBl I 2009, 1172, Rz. 33.

⁴⁸² BMF, Verwaltungsvorschrift vom 01.10.2009, IV C 1-S 2252/07/0001, 2009/0637786, BStBl I 2009, 1172, Rz. 33.

Versicherung dadurch aus, dass das Fondsvermögen bei Eintritt in die Rentenbezugsphase aufgelöst und in das konventionelle Vermögen des Versicherers umgeschichtet wird. Denkbar ist aber auch, dass dem Anleger die Option eingeräumt wird, dass das vorhandene Vermögen im Fonds investiert bleibt. Fraglich ist dann, welche Auswirkungen das auf die Garantiezusage hat. Bei Kapitalisierungsgeschäften ist eine Verlängerungsoption aufsichtsrechtlich nur statthaft, wenn der Versicherer der Verlängerung widersprechen darf⁴⁸³. Bei den hier maßgeblichen Garantieprodukten wird stattdessen zwischen riskanter Anlage und Garantie differenziert und die Garantie auf den vereinbarten Zeitpunkt beschränkt. Sofern in den AGB klargestellt wird, dass eine Leistung in einer gewissen Höhe nicht mehr gewährleistet ist, wenn das Vermögen auch danach noch riskant angelegt ist, ist dies nicht zu beanstanden. Daneben gibt es aber auch Variable Annuities, bei denen sogar vorgesehen ist, dass der Anleger Rentenleistungen oder sonstige Kapitalleistungen erhält, während das Vermögen im Fonds investiert ist. Dann ist die Zusage bestimmter Leistungen von Anfang an ohnehin zeitlich gestreckt und auch aufsichtsrechtlich zu billigen. Die BaFin verlangt letztlich auch noch, dass die Möglichkeit eines Widerspruches gegen Zuzahlungen, eine Begrenzung der Höhe nach und eine Anwendung neuer Rechnungsgrundlagen, die eine niedrigere Leistung zur Folge haben, vorgesehen wird⁴⁸⁴. Davon soll aber abgesehen werden können, wenn das konkrete Geschäft nicht den Charakter eines Einlagengeschäfts aufweist⁴⁸⁵. Somit gelten diese Anforderungen nur bei Hybridprodukten.

Bei der Verwendung von Garantiefonds stellt die Kapitalanlagesellschaft die Garantie. Fraglich ist dann, inwieweit auch der Versicherer dafür bei Ausfall des Garantiegebers haftet. Bei Riester-Verträgen schreibt § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AltZertG dem Anbieter vor, eine Garantiezusage auszusprechen, also dem Versicherer. Bei anderen Produkten besteht eine solche Einschränkung nicht, allerdings ist es erforderlich, dass der Versicherer in den AGB klarstellt, dass er selber keine Garantie übernimmt. Weiterhin sind die Interessen des Anlegers in diesem Fall nur gewahrt, wenn sichergestellt wird, dass der Versicherungsnehmer in den Genuss der Garantieleistung kommt. Eine Abtretung der Rechte bzw. die Ausgestaltung des Investmentvertrages als Vertrag zu Gunsten des Versicherungsnehmers dürften dabei wegen der Besonderheit der fondsgebundenen Versicherung, bei der der Versicherer Vertragspartner der Kapitalanlagesellschaft ist und dabei als Treuhänder des Versicherungsnehmers auftritt, nicht in Betracht kommen. Vielmehr muss sich der Vertragspartner in den Bedingungen verpflichten, den Garantieanspruch im Interesse und auf Rechnung des Versicherungsnehmers geltend zu machen. Geschieht dies nicht, ergibt eine objektive Auslegung der Bedingungen, dass der Versicherer für die Garantie selbst einsteht.

II. Die von Kapitalanlage losgelöste Absicherung

Fraglich ist weiterhin, ob eine Beschreibung in den AGB auch hinsichtlich des Umstands stattzufinden hat, wie die Garantie abgesichert wird. Der Zweck von AGB liegt aber gerade nicht darin, den Vertragspartner über seine Recht und Pflichten aufzuklären, sondern solche

⁴⁸³ BaFin, Sammelverfügung vom 07.09.2010 – Anordnung zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0001; Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002.

⁴⁸⁴ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002, C 1.1.

⁴⁸⁵ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, Hinweise zu Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag und zu Kapitalisierungsgeschäften, VA 21-I 4209-2010/0002, C 1.1.

Rechte und Pflichten überhaupt erst einmal zu begründen: Allgemeine Geschäftsbedingungen dienen dazu, unwesentliche, nicht individuell geregelte Rechte und Pflichten der Parteien festzulegen, Versicherungsbedingungen umfassen auch wesentliche⁴⁸⁶. Die wesentlichen Vertragspunkte des angestrebten Vertragstypus – die sog. *essentialia negotii* – müssen zumindest bestimmbar sein, damit überhaupt ein wirksamer Vertrag angenommen werden kann⁴⁸⁷. Das Erfordernis der Transparenz gilt nur in diesem Rahmen. Bei Garantien, die durch die Kapitalanlage gewährleistet werden, ist eine Beschreibung der Art der Garantierzeugung aber dann zwingend, um dem Anleger zu verdeutlichen, welche Leistung er zu erwarten hat. So muss bei Hybridprodukten die statische Aufteilung bzw. dynamische Umschichtung zwischen sicherer und riskanter Anlage in groben Zügen erläutert werden. Bei With-profit-Produkten muss der Glättungsmechanismus erläutert werden. Vereinbarungen sind schon deshalb erforderlich, um die genaue Form der Überschussbeteiligung bzw. die Folgen für den Rückkaufswert überhaupt zu bestimmen können.

Hingegen ist bei Variable Annuities die Garantie nicht durch die Kapitalanlage, sondern durch Finanzderivate abgesichert. Von dieser Besonderheit der Rückstellungsbildung beim Versicherer ist der Versicherungsnehmer nur betroffen, wenn man mit der Gefahrtragungstheorie und entgegen der Geldleistungstheorie davon ausgeht, dass auch eine Pflicht besteht, die versprochene Leistung in einer gewissen Weise abzusichern. Hat das Hedging nicht den angestrebten Erfolg, muss der Versicherer auf Eigenmittel zurückgreifen. Da ein solcher Misserfolg typischerweise in besonderen Krisensituationen erfolgt, ist es aber zumindest theoretisch denkbar, dass der Versicherer nicht genug Eigenkapital vorhält, um diese Lage zu meistern. Betrachtet man sich die vergangene Finanzmarktkrise, die gerade die Schwächen der Banken in dieser Hinsicht klar aufgezeigt hat, ist es wohl nicht nur eine theoretische Überlegung, dass auch Versicherer insofern – trotz der verstärkten Bemühungen, die Solvabilität zu stärken – in Extremsituationen in Probleme geraten könnten. Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, wenn gerade nicht die großen Konzernmütter die Garantie geben, sondern kleinere Tochtergesellschaften⁴⁸⁸. Insofern liegt aber nur eine abstrakte Gefahr vor, die die Solvenz des Garantiegebers betrifft. Insofern betrifft dies auch auf der Grundlage der Gefahrtragungstheorie nicht die Rechte und Pflichten des Vertrags.

III. Vorgaben für die Höhe der Leistung

Werden Kapitalanlage und Garantie wie bei Variable Annuities getrennt, ergeben sich aus dem Versicherungscharakter der Garantie Anforderungen an die Höhe der Leistung. Auf der einen Seite ist fraglich, ob der Versicherer überhaupt eine Mindestverzinsung als Versicherung versprechen kann. Als versicherbarer Aktivwert – nicht im bilanziellen Sinn, sondern in Abgrenzung zu Passivwerten in Form von Verpflichtungen – kann aber auch ein Gewinn angesehen werden, wenn seine Erzielung möglich ist⁴⁸⁹. Eine derartige Verzinsung erhält der Versicherungsnehmer bei entsprechenden Sparverträgen. Allerdings wird im

⁴⁸⁶ Reiff in Langheid/Wandt, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Rn. 2.

⁴⁸⁷ Busche in MK, § 145, Rn. 6.

⁴⁸⁸ So berichtet Erlenbach in VW 2008, 1389, dass beim Produkt „Invest4Life“ die Allianz SE gerade keine formale Patronatserklärung für ihre irische Tochter ausgesprochen hat, diese 2 Milliarden Euro für fondsgebundenen Verträge verwaltet und daran gemessen eine Kapitalausstattung von 4 % vorzuweisen hat.

⁴⁸⁹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 82.

Rahmen der Sach-, Forderungs-, und Gewinnversicherung angenommen, dass ein Bereicherungsverbot gelte, so dass insofern keine Summenvereinbarungen möglich sei⁴⁹⁰. Bei Zugrundelegung einer Mindestverzinsung wird gerade nicht nur der Bestand gewahrt, sondern ein darüber hinausgehender Vorteil gewährt. Allerdings wird auch angenommen, dass durchaus Neuwerte oder Aufwendungen aufgrund ökologischen oder technologischen Fortschritts berücksichtigt, allgemein höhere Werte angenommen werden dürften, wenn dies ökonomisch zu rechtfertigen sei⁴⁹¹. Insbesondere bei der ökonomischen Barwertbetrachtung wird davon ausgegangen, dass künftige Beträge diskontiert werden und damit in der Gegenwart einen geringeren Wert haben, eine Verzinsung wird also vorausgesetzt. Außerdem wird auch bei sehr sicheren Spargeschäften gerade über eine längere Dauer regelmäßig eine mehr als geringfügige Rendite erzielt, so dass entsprechende Erwartungen des Anlegers bzw. Versicherungsnehmers durchaus berechtigt erscheinen. Deshalb ist eine Mindestverzinsung statthaft.

Umgekehrt ist auch fraglich, ob der Versicherer Kapitalerhalt gewährleisten *muss* oder auch lediglich einen bestimmten Prozentwert des eingesetzten Kapitals garantieren kann. Dafür kann auf die Rechtslage bei Absicherung der biometrischen Risiken abgestellt werden, bei denen sich dieses Problem im Rahmen fondsgebundener Lebensversicherungen ebenfalls stellt. Selbst wenn eine Todesfalleistung garantiert wird, muss diese bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Am konkretesten sind die Anforderungen im Rahmen der steuerlichen Begünstigung nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG ausdifferenziert, wobei früher verlangt wurde, dass die Todesfalleistung 60 % des Gesamtbetrags aller während der Vertragslaufzeit zu zahlenden Prämien ausmachen muss⁴⁹², während aktuell nur noch 50% vorausgesetzt werden, wobei es aber auch reicht, dass die Todesfalleistung der Erlebensfalleistung entspricht⁴⁹³. Allerdings entspringen derartige Vorgaben nicht einer Begriffsbestimmung der Lebensversicherung, sondern dem Normzweck der Rechtsdisziplin. Dieser besteht hier darin, dass ihrem Zweck und ihrer eigentlichen Gestaltung nach als Kapitalanlagen einzuschätzende Produkte nicht in den Genuss von Steuervergünstigungen gelangen sollen, wenn eine noch so geringe Absicherung gegen ein biometrisches Risiko erfolgt. Konkrete quantitative Vorgaben lassen sich für den Versicherungsbegriff nicht willkürlich ableiten⁴⁹⁴.

Bei einer gemischten Versicherung liegt jedenfalls keine Versicherung vor, wenn die Risikoleistung nicht über den Rückkaufswert der Versicherung hinausgeht, da insofern keine Vermögensgestaltung abgesichert wird⁴⁹⁵. Die Garantie greift aber gerade, wenn der Wert des Anlagestocks, der nach § 169 Abs. 4 VVG auch für den Rückkaufswert maßgeblich ist, einen bestimmten Wert unterschreitet, so dass die Auszahlung im Versicherungsfall in jedem Fall höher ist als der ursprüngliche Rückkaufswert. Insofern bestehen also keine Probleme.

⁴⁹⁰ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 90; für die Sachversicherung Looschelders in Langheid/Wandt, § 1, Rn. 29.

⁴⁹¹ Baumann in Bruck/Möller, § 1, Rn. 91.

⁴⁹² BMF, Verwaltungsvorschrift vom 22.08.2002, VV DEU BMF 2002-08-22 IV C 4-S 2221-211/02, BStB I 2002, 827, Rz. 23.

⁴⁹³ BMF, Verwaltungsvorschrift vom 01.10.2009, IV C 1-S 2252/07/0001, 2009/0637786, BStBI I 2009, 1172, Rz. 78b.

⁴⁹⁴ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 383.

⁴⁹⁵ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 379.

Verbreitet wird der Versicherungscharakter auch verneint bei einer Kapitalanlage, bei der lediglich garantiert wird, dass im Todesfall eine Beitragsrückgewähr stattfindet⁴⁹⁶. Auch der BFH hat eine Beitragsrückgewähr einschließlich der Überschussbeteiligung im Todesfall im Bereich der Direktversicherung nach § 40 b EStG wegen der Abgrenzung zu einem Sparvertrag nicht für ausreichend erachtet⁴⁹⁷, dies hat auch im Hinblick auf „verzinsten Sparanteile“ das BMF betont⁴⁹⁸. Allerdings beziehen sich diese Äußerungen auf die Lebensversicherung allgemein und haben daher wohl nur ihre klassische Form im Blick, bei der das Vertragsguthaben in eben dieser Höhe zu jedem Zeitpunkt garantiert ist, von Kosten einmal abgesehen. Damit wird letztlich nur von *Dreher/Schmidt* verlangt, dass eine Todesfallleistung mindestens in Höhe der gezahlten Beiträge zu erfolgen hat⁴⁹⁹. Bei der Todesfallabsicherung müsse während der Vertragslaufzeit zu jeder Zeit eine positive Risikosumme garantiert sein, wobei es aber nicht darauf ankomme, ob dieses Risiko jederzeit relevant ist oder ob es aufgrund einer positiven Kapitalmarktentwicklung nicht vorliegen würde⁵⁰⁰. Auch bei einer Rentenversicherung fehlt es nach dieser Auffassung am Versicherungscharakter im Hinblick auf das Ziel der Kapitalerhaltung bereits dann, wenn keine Garantie einer Rente in einer gewissen Höhe gegeben wird, was bei einer fondsgebundenen Versicherung nur dadurch vermieden werden soll, dass eine Anlage in einem Garantiefonds erfolgt und ein Rentenfaktor zugesagt wird⁵⁰¹. Dabei werde man wohl eine Leistung in Höhe des Nominalwertes anstelle eines inflationsbereinigten Realwertes der Beiträge für ausreichend halten müssen, da der Gesetzgeber darauf auch beim Altersvorsorgevertrag abstellt und eine solche Garantie somit billigt⁵⁰². Abgestellt wird auf die Höhe der Brutto-Beiträge, denn die Gefahr müsse ihren Ursprung beim Versicherungsnehmer bzw. dessen Lebensumfeld haben, weshalb nicht ausreichend bloße Kosten-, Provisions- oder Prämienrisiken im Bereich des Versicherers sind⁵⁰³. Diese Auffassung, dass eine Kapitalerhaltungsgarantie bei fondsgebundenen Produkten notwendig sei, wird aber auch ausdrücklich widersprochen⁵⁰⁴. Insbesondere werden auch die Musterbedingungen des GDV ihr nicht gerecht.

Dies nun hätte allerdings weitreichende Folgen, da damit Produktgestaltungen unstatthaft wären, die nur einen bestimmten Prozentsatz des Kapitals garantieren. Fraglich ist also, ob dieser Auffassung gefolgt werden kann. Begründet wird sie damit, dass nur bei der Zusage eines Kapitalerhalts die Funktion einer Versicherung, ein Vermögensgestaltungsziel zu erreichen, erfüllt werde⁵⁰⁵. Dahinter scheint die Erwägung zu stehen, dass es nicht sein könne, dass der Versicherungsnehmer eine Versicherung abschließt und trotzdem im Versicherungsfall nicht besser steht, als hätte er die Geldbeträge selbst angesammelt und verwahrt. Diese Bewertung lässt aber außer Acht, dass sich die versicherungsrechtlich abgesicherte Gefahr nicht nur aus einem Zustand, sondern auch aus einer Tätigkeit des Versicherungsnehmers, einem entsprechen Wagnis ergeben kann⁵⁰⁶. Dieses Wagnis besteht

⁴⁹⁶ Winter, *VersR* 2004, 8, 13; Präve in *Prölss, VAG*, § 1, Rn. 37.

⁴⁹⁷ BFH, Urteil vom 09.11.1980, VI R 164/86, Rz. 10, *BFHE* 163, 53, 57 f.

⁴⁹⁸ BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 3.

⁴⁹⁹ *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 382 f.

⁵⁰⁰ *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 382.

⁵⁰¹ *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 379.

⁵⁰² *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 382; *Bauer/ Kling/ Ruß*, *DGVFM* 2007 (28), 259, 260.

⁵⁰³ *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 378; BFH, Urteil vom 09.11.1980, VI R 164/86, Rz. 10, *BFHE* 163, 53, 57 f.

⁵⁰⁴ *Heiss/Mönnich* in *Langheid/Wandt*, Vor §§ 150 – 171, Rn. 24, auch Fn. 77.

⁵⁰⁵ *Dreher/Schmidt*, *WM* 2008, 377, 379.

⁵⁰⁶ *Schradin* in *Langheid/Wandt*, Band 1, *VersBWL*, Rn. 6.

bei fondsgebundenen Versicherungen darin, dass sich der Versicherungsnehmer nicht für den sicheren Weg entschieden hat, die entsprechenden Geldbeträge selbst anzusammeln, sondern sie mit der Aussicht auf Gewinn am Kapitalmarkt angelegt hat. Mit den damit verbundenen Gewinnchancen hat er umgekehrt auch das damit einhergehende Risiko bewusst in Kauf genommen. Dieses Risiko zwar nicht vollständig zu eliminieren, aber zumindest einzugrenzen, ist ohne Weiteres ein taugliches Vermögensgestaltungsziel. Dies ergibt sich schon aus der Regelung zur Unterversicherung, § 75 VVG, die unmittelbar auf die Kapitalmarktversicherung als Schadensversicherung anwendbar ist. Ein möglicher Gegeneinwand liegt an dieser Stelle in der Behauptung, dass es ein solches Wagnis des Versicherungsnehmers gar nicht gebe, er keine Investmentfondsanlage getätigt, sondern eine fondsgebundene Versicherung abgeschlossen habe. Damit würde man zum Ausdruck bringen, dass diese risikoreiche Anlage nur Teil der Versicherung selbst sei und deshalb eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen habe. Dieser Aspekt ist aber schon unter B. IV. 2 behandelt und als methodisch unzutreffend erkannt worden, da zwei von ihrem Typus trennbare und voneinander unabhängige Leistungsteile vorliegen, die zwar im Rahmen der konkreten Vereinbarung eine wirtschaftliche Einheit bilden können, aber dabei ihren Charakter wahren.

IV. Informationspflichten

Fraglich ist, aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Aufklärung des Versicherungsnehmers bzw. Anlegers zu erfolgen hat. Lebensversicherer sind keine Kapitalanlagegesellschaften nach § 1 Nr. 2 InvG und bei fondsgebundenen Lebensversicherungen werden auch keine Investmentvermögen nach § 1 Nr. 1 gebildet, so dass der Anwendungsbereich des InvG nicht eröffnet gewesen ist⁵⁰⁷, nichts anderes gilt im Hinblick auf das KAGB. Lebensversicherer sind dementsprechend auch keine Wertpapierhandelsunternehmen, § 2 a Abs. 1 Nr. 4 WpHG und vertreiben auch keine Wertpapiere, so dass §§ 31 ff. WpHG auch nicht für den Vertrieb von Investmentanteilen im Rahmen von fondsgebundenen Versicherungen gelten⁵⁰⁸. § 10 VAG und die verbraucherschützenden Bestimmungen im VVG, also vor allem § 7 VVG mitsamt der zugehörigen Verordnung, gelten hingegen auch für Kapitalisierungsgeschäfte, die nicht vertraglich dem VVG unterfallen, entsprechend⁵⁰⁹.

Gegenstand der Information ist dabei vor allem das Produktinformationsblatt. Produktinformationsblätter für mehrere Produkte sollen nur dann dem Gebot der Verständlichkeit entsprechen, wenn nur begrenzte Kombinationsmöglichkeiten und eine leicht verständliche Abgrenzung vorlägen, wie etwa bei Zusatzversicherungen⁵¹⁰. Kapitalgarantien sind nur verständlich im Zusammenhang mit ihrem Gegenstand, so dass das Gebot der Verständlichkeit ein zusammengefasstes Produktinformationsblatt erfordert.

Die inhaltlich maßgebliche Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 11 VVG-InfoV bezieht sich auf eine fondsgebundene Lebensversicherung, wobei über das allgemeine Kursrisiko, aber auch die Risiken der im Einzelfall verwendeten Fonds zu informieren sein soll⁵¹¹. Hingegen soll die Norm keine Anwendung finden, wenn Risiken und Preisschwankungen aus der

⁵⁰⁷ Metz, VersR 2009, 1573.

⁵⁰⁸ Metz, VersR 2009, 1573.

⁵⁰⁹ BaFin, Rundschreiben 08/2010 (VA) vom 07.09.2010, VA 21-I 4209-2010/0002, C.3.

⁵¹⁰ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 4 VVG-InfoV, Rn. 51.

⁵¹¹ Knappmann in Prölss/Martin, § 1 VVG-InfoV, Rn. 15; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 38.

Geschäftspolitik des Versicherers resultieren, so dass auch das Kapitalanlagerisiko bei der konventionellen Lebensversicherung nicht erfasst sein soll⁵¹². Zweck der Norm ist es, dem Versicherungsnehmer zu verdeutlichen, dass die Höhe der Leistung unbestimmbar und unvorhersehbar ist⁵¹³. Die Regelung § 2 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV bei fondsgebundenen Lebensversicherungen setzt eine Information dergestalt voraus, dass die Anlagegrundsätze, die Zusammensetzung des Fonds sowie dessen typische Risiken verdeutlicht werden müssen⁵¹⁴. Dies soll betreffen: Art des Fonds, Depotbank, Anlagegrundsätze, Zusammensetzung und Entwicklung des Fonds in den vergangenen Jahren, die Separierung der Kapitalanlage als Sondervermögen im Unternehmen, Ausgabeaufschläge, Kosten bei einem möglichen Wechsel der Fondsbeteiligung – darüber hinaus gehende Anforderungen an Informationspflichten für den Fonds selbst sollen zusätzlich gelten⁵¹⁵. Weiterhin sind die maßgeblichen Bestimmungen des InvG – neuerdings KAGB - für Fonds zu benennen, bei garantierten Todes- oder Erlebensfalleistungen ist weiterhin auf die Kapitalanlagevorschriften des § 54 VAG und die Anlageverordnung einzugehen⁵¹⁶. Die Übergabe des § 42 Abs. 2 InvG bzw. § 166 Abs. 2 KAGB entsprechenden vereinfachten Verkaufsprospekt genügt dafür⁵¹⁷. § 31 Abs. 3 WpHG schreibt für Wertpapierhandelsunternehmen inhaltlich entsprechende Pflichten vor, wobei aber nach Abs. 3 a die im Verkaufsprospekt nach InvG bzw. KAGB enthaltenen Informationen ausreichend sein sollen. Nach § 121 Abs. 1 S. 1 InvG bzw. § 297 KAGB ist dem Interessierten vor Vertragsschluss der vereinfachte Verkaufsprospekt der Kapitalanlagegesellschaft unaufgefordert anzubieten.

Diese Grundsätze, die vor allem an das InvG anknüpfen, sind einleuchtend, wenn im Rahmen einer herkömmlichen fondsgebundenen Lebensversicherung dem InvG unterfallende Investmentfonds ohne weitergehende Modifikation eingebettet sind. Erscheinungen wie die Verwendung von Derivaten zur Absicherung bei Variable Annuities und der With-profit-Funds unterfallen aber nicht dem InvG oder KAGB und lassen das Bedürfnis nach der weitgehenden Auslegung der versicherungsvertraglichen Informationspflicht aufkommen. Die Vorgängerregelung, Anlage D I 2 e VAG, basierend auf Anh. III Buchst. a 11 und a 12 Dritte Richtlinie Lebensversicherung 2002/83/EG, bringt keinen Erkenntnisgewinn für die konkreten Anforderungen⁵¹⁸. Nach einer Stellungnahme des BAV zur Vorgängerregelung soll die Regel gewährleisten, dass der Versicherungsnehmer die Chancen und Risiken der Anlage „wie bei einem gewöhnlichen Investmentfonds“ abschätzen kann⁵¹⁹, davon wird auch in der Literatur ausgegangen⁵²⁰. Dies soll grundsätzlich für eine Heranziehung der entsprechenden wertpapierhandels- und investimentrechtlichen Informationspflichten sprechen⁵²¹. Dafür spricht auch, dass das Bundesamt für Kreditwesen bei fondsgebundenen Versicherungen die Versicherungsnehmer als potenzielle Erwerber

⁵¹² Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 37.

⁵¹³ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 37.

⁵¹⁴ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 10.

⁵¹⁵ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 49.

⁵¹⁶ Präve, VersR 2008, 151, 154.

⁵¹⁷ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 7; Metz, VersR 2009, 1573, 1575; Gansel in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 12.

⁵¹⁸ Metz, VersR 2009, 1573, 1574.

⁵¹⁹ BAV, VerBAV 1995, 283; darauf stellen etwa Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 83 und Metz, VersR 2009, 1573, 1574 ab.

⁵²⁰ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 49.

⁵²¹ Metz, VersR 2009, 1573, 1574.

des ehemaligen § 19 KAGG gesehen hat⁵²². Maßgeblich ist danach also, dass die wirtschaftlichen Folgen der Kapitalanlage für den Anleger nicht davon abhängen, ob er direkt in Investmentfonds investiert oder diese in einen Versicherungsmantel eingehüllt sind. Bei alternativen Produkten lässt dies darauf schließen, dass zwar die Möglichkeit der Übergabe eines Verkaufsprospekts ausscheidet, aber an die Inhalte der Information angeknüpft werden kann, wenn eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einem Investmentfonds gegeben ist. Fraglich ist weiterhin die Anknüpfbarkeit bei With-profit-Funds. Für diese findet das InvG bzw. KAGB keine Anwendung, auch nicht vermittelt über die Einbettung in eine (InvG)-fondsgebundene Lebensversicherung. Bei einem internen Fonds des Versicherers sollen die Grundsätze der fondsgebundenen Lebensversicherung entsprechend gelten: So soll der Anleger auch hier durch die Produktinformationen in die Lage versetzt werden, Chancen und Risiken der Anlage einzuschätzen⁵²³. Es müssen auch Hinweise zu Anlagegrundsätzen, Zusammensetzung und Entwicklung des Fonds, der Separierung der Kapitalanlage als Sonderdeckungsvermögen innerhalb der Unternehmens, Kosten etc. erfolgen⁵²⁴. Es müssen § 19 KAGG – nunmehr § 42 InvG bzw. § 165 f. KAGB - vergleichbare Informationen erfolgen, wofür die AVB prädestiniert sind⁵²⁵. Unterschiede bestehen hinsichtlich der sachenrechtlichen Zuordnung, den aufsichtsrechtlichen Anforderungen und den Grundsätzen der handelsrechtlichen Bilanzierung – im Ergebnis also organisatorischen Aspekten. Eine Gemeinsamkeit besteht darin, dass die Mittel einer Vielzahl von Anlegern zusammengeführt werden, um eine Kapitalanlage durchzuführen, die sich durch eine Streuung der Vermögenswerte und eine damit verbundene Risikominderung auszeichnet. In beiden Fällen tragen die Anleger Chancen und Risiken der Kapitalanlage der Anleger. Das wiederum ist im Hinblick auf den Normzweck - dem Anleger zu verdeutlichen, worauf er sich einlässt - der maßgebliche Aspekt, der darauf schließen lässt, dass für den Fonds nichts anderes als für einen Investmentfonds gelten kann. Deshalb ist es angebracht, sich an den maßgeblichen Informationserfordernissen zu orientieren für den Fall, dass für einen Investmentfonds kein Verkaufsprospekt der Kapitalanlagegesellschaft übergeben wird.

Dann gelten die investmentrechtlichen Anforderungen entsprechend, treffen aber den Versicherer, der die Verantwortung trägt⁵²⁶. Dabei bestimmt § 42 InvG bzw. nunmehr § 165 f. KAGB den Inhalt der notwendigen Information: Kurzdarstellung des Sondervermögens hinsichtlich verwaltende Kapitalanlagegesellschaft, Laufzeit, Depotbank, Anteilsklassen, weiterhin bestimmte Informationen über Anlageziele, Anlagestrategie, Informationen über die Besteuerung des Sondervermögens, Kosten, Informationen über Erwerb und Veräußerung der Anteile. Allerdings müssen keine Ausführungen über die Veräußerung der Fondsanteile nach § 42 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a InvG erfolgen, weiterhin dürften Angaben zu Ausgabe- und Rücknahmepreisen und sonstigen Kosten nach § 42 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b) InvG entbehrlich sein⁵²⁷. Dies ist insofern überzeugend, als die Folgen einer Vertragsbeendigung dem Versicherungsnehmer im Zusammenhang mit der Auszahlung des Rückkaufswertes abschließend verdeutlicht werden. Auch die Laufzeit des Fonds spielt keine Rolle.

Im Hinblick auf Variable Annuities ergibt sich ein Anknüpfungspunkt im InvG bzw. KAGB insofern, als § 42 Abs. 3 InvG bzw. § 165 Abs. 4 spezielle Informationspflichten für

⁵²² Schreiben des BAK vom 04.09.1989 (V 1/1), zitiert nach Metz, VersR 2009, 1573, 1574.

⁵²³ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

⁵²⁴ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

⁵²⁵ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

⁵²⁶ Metz, VersR 2009, 1573, 1576.

⁵²⁷ Metz, VersR 2009, 1573, 1576.

Sondervermögen enthält, die in Derivate investierten, früher war auch § 37 d WpHG a.F. zu beachten. Demgemäß erfolgt eine solche Aufklärung selbst bei Garantiefonds, die, wie bereits ausgeführt, auch auf Derivate zurückgreifen, in den wesentlichen Anlegerinformationen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass in diesem Zusammenhang derartige Finanzinstrumente aus dem Anlagevermögen erworben werden und den Anleger insofern betreffen, als dadurch die über die Garantiesumme hinausgehende Performance beeinträchtigt werden könnte. Damit trägt der Anleger bei der Verwendung von Derivaten in Investmentfonds sowohl die damit verbundenen Erwerbskosten als auch die Chancen und – je nach Derivat - Risiken. Besonders deutlich wird dies abgesehen von Garantiefonds etwa bei Fonds, deren Anlagewerte in einer fremden Währung, etwa in Dollar notieren. Sieht das Fondsmanagement dabei eine Absicherung vor, so hat dies für den Anleger zur Folge, dass er von Währungskursschwankungen nicht oder jedenfalls nur in geringem Umfang betroffen ist, was je nach Richtung der Entwicklung für ihn zum Nachteil oder Vorteil sein kann. Deshalb hat der Anleger auch ein maßgebliches Interesse daran, über eine solche Absicherung informiert zu werden, um eine Entscheidung darüber treffen zu können, ob er die damit verbundenen Konsequenzen tragen will. Bei Variable Annuities führt der Versicherer diese Absicherung jedoch auf eigene Rechnung durch, trägt deren Chancen und Risiken allein. Allerdings ist der Versicherungsnehmer davon dann betroffen, wenn die wirtschaftlichen Nachteile dieser Absicherung ein Ausmaß annehmen, dass den Bestand des Versicherungsunternehmens in Frage stellt. Betroffen ist dann aber nicht die Werthaltigkeit der Anlage, sondern die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners. Letztere spielt aber der Verwendung von Investmentfonds keine Rolle, da die Anlagewerte nicht von den Kapitalanlagesellschaft, sondern einer Depotbank verwahrt werden. Methodisch lässt sich also im Hinblick auf Wortlaut, der systematischen Anknüpfung zum InvG bzw. KAGB und dem auf die Fondsanlage ausgerichteten Zweck kein Anknüpfungspunkt für eine Auslegung oder analoge Anwendung finden, die eine Information auch im Hinblick auf dieses Risikopotenzial erforderlich machen würde.

V. Widerspruch zwischen Garantiezusage und deren Sicherstellung

Erforderlich ist also in jedem Fall, dass die Voraussetzungen und der Umfang einer Garantiezusage in den AGB und Informationen dargestellt werden, in einer transparenten Weise und einer damit in Einklang stehenden, dementsprechend widerspruchsfreien Beratung. Gerade dies wurde in der letzten Zeit im Hinblick auf With-profit-Produkte von der Rechtsprechung untersucht und ist übereinstimmend verneint worden, wobei die rechtliche Argumentation aber vielfältig ist. So ist das OLG Stuttgart davon ausgegangen, dass der Berater verdeutlichen muss, dass bereits bei Vertragsschluss zugesagte vorzeitige Teilleistungen nicht ohne Weiteres garantiert seien, sondern auf das Fundsguthaben angerechnet werden und auch die garantierte Ablaufleistung reduzieren – geschehe dies nicht, sei die in den AGB vorgesehene Anrechnung wegen einer vorrangigen Individualabrede nach § 305 b) BGB unwirksam⁵²⁸ bzw. zumindest überraschend im Sinne des § 305 c BGB⁵²⁹. Allerdings ist dabei zusätzlich angeführt worden, dass die Bedingungen auch nicht ausreichend transparent sein⁵³⁰. Das OLG Stuttgart ist in einer späteren Entscheidung darüber hinaus sogar davon ausgegangen, dass sich die Zusage einer Garantie bereits aus der Auslegung des Bedingungswerkes resultiere: Lasse sich aus den

⁵²⁸ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 146 ff; 7 U 144/10, Rz. 123.

⁵²⁹ OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 161.

⁵³⁰ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 185 ff.; 7 U 144/10, Rz. 167 ff.

Vertragsunterlagen nicht schließen, dass vertragliche festgelegte Auszahlungen aus dem Fondsvermögen erfolgen, und enthalten auch die AGB hierzu keine transparente Regelung, ergibt sich als Auslegungsergebnis, dass insofern garantierte Leistungen ohne Anrechnung erfolgen⁵³¹. Dabei soll aber zu Gunsten des insofern mit ungedeckten Ansprüchen belasteten Versicherers eine ergänzende Auslegung in Betracht komme, in deren Folge die bereits erbrachten Garantieleistungen gegebenenfalls auf die Ablaufleistung angerechnet werden⁵³². Wie eine solche Anrechnung vorzunehmen sei, wurde dabei völlig offen gelassen. In einer späteren Entscheidung wurde aber bereits die Möglichkeit einer solchen ergänzenden Auslegung und damit eine Minderung der Ablaufleistung verneint, wenn sich unter Zugrundelegung der bei Vertragsschluss angenommenen Rendite ergibt, dass die Auszahlungen ohne Minderung des Vermögensstammes aus den Erträgen erbracht werden können⁵³³. Im konkreten Fall betrug die Rendite, die für die Auszahlungen zu erwirtschaften war, 5 – 6 % p.a., während in der Musterberechnung von einer zu erzielenden Rendite zwischen 4,5 - 9,5% ausgegangen wurde. Hingegen hat das OLG Dresden einen Erfüllungsanspruch aufgrund einer entsprechenden Auslegung in einer identischen Fallkonstellation – soweit ersichtlich wohl sogar unter Geltung derselben Bedingungen desselben Versicherers – gar nicht erst in Betracht gezogen, sondern ist ohne weitere Erörterung davon ausgegangen, dass sich ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ergebe⁵³⁴.

Schon diese Abweichungen bei der eigentlich sehr jungen Beschäftigung der Rechtsprechung mit dieser Frage zeigt die Notwendigkeit, Differenzierungen vorzunehmen. Die erste besteht in der Unterscheidung, woraus der Anleger seinen vermeintlichen Garantieanspruch herleitet, wenn dieser ungedeckt ist.

Eher selten wird man dafür schon an das Bedingungsmerk oder die überreichten Informationen anknüpfen können. So wird im Verhältnis zu AVB angenommen, dass sich als Ergebnis einer Auslegung ergeben könne, dass ein bestimmter Informationsinhalt als Vertragsinhalt vereinbart worden ist⁵³⁵. Dies soll aber nur gelten, wenn der Information nicht ein eindeutiger Wortlaut entgegenstehe⁵³⁶. Im Ergebnis ist die AGB-Kontrolle auf einen abstrakten Durchschnittskunden ausgerichtet, während die Beratung und eine daraus folgende Schadensersatzverpflichtung individuell auf den konkreten Versicherungsnehmer abzielen⁵³⁷. AGB sind objektiv so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Vorbildung sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss⁵³⁸. Maßgeblich sind dabei die Erwartungen, die ein derartig durchschnittlicher Versicherungsnehmer an seinen Versicherungsschutz billigerweise stellen durfte – Grenze jeder Auslegung ist aber der unmissverständliche Wortlaut der Klausel⁵³⁹. Abgesehen von der Wortlautgrenze – die je nach Formulierung der Bedingungen anders zu ziehen ist – müssen also ein zumindest durchschnittliches

⁵³¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 57 ff.

⁵³² OLG Stuttgart, Urteil vom 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 116.

⁵³³ OLG Stuttgart, Urteil vom 10.11.2011, 7 U 82/11.

⁵³⁴ OLG Dresden, Urteil vom 19.11.2010, 7 U 1358/09, VersR 2011, 910, 911.

⁵³⁵ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 585.

⁵³⁶ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 7 Rn. 152.

⁵³⁷ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 368.

⁵³⁸ BGH, Urteile vom 16.06.1982, IV a ZR 270/80, Rz. 16, VersR 1982, 841, 842; 19.12.2003, IV ZR 318/02, r+s 2003, 194; 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 36; OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.06.2006, 5 U 720/05, Rz. 16., VersR 2007, 235.

⁵³⁹ OLG Saarbrücken, 21.06.2006, 5 U 720/05, Rz. 16, VersR 2007, 235.

Verständnis für Sachzusammenhänge vorhanden sein. Ein Anleger kann billigerweise gerade nicht erwarten, dass ihm Garantien eingeräumt werden, ohne dass diese irgendwie „erwirtschaftet“ werden. Somit gehört die Erwägung, dass die Garantieleistungen immerhin aus der in Aussicht gestellten Rendite hätten erbracht werden können, zwar einen durchaus relevanten Aspekt dar, der aber bereits bei der originären und nicht erst bei der ergänzenden Auslegung herangezogen werden muss. Aber selbst dann wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer in Anbetracht des ausdrücklichen Hinweises auf die Unverbindlichkeit der Renditeprognose erkennen können, dass Garantieleistungen unter Zugrundelegung einer *risikolosen* Rendite von 5 – 6 % damit nicht vereinbar sind, wenn die erreichbaren Zinssätze für Geldeinlagen bei Banken wesentlich niedriger ausfallen, wie das aktuell der Fall ist. Viel eher wird er auch ohne ausdrückliche Erklärung davon ausgehen, dass ihm zwar vorzeitige Leistungen in einer bestimmten Höhe garantiert werden – insofern ist dem Gericht zuzustimmen – aber eben unter Anrechnung auf das Fondsvermögen und damit auch unter Reduzierung der aufgeschobenen Garantiesumme. Selbst wenn eine aufgeschobene Erlebensfalleistung garantiert ist, bei deren Bemessung die vorher erbrachten Leistungen nicht berücksichtigt wurden, so muss der Versicherungsnehmer dies erkennen und billigerweise davon ausgehen, dass diese Darstellung zwar mehr als missverständlich ist, aber nach ihrem erkennbaren Sinn und billigerweise nur gilt, wenn vorher keine vorgezogenen Leistungen in Anspruch genommen worden sind, andernfalls eine Anrechnung erfolgt. Dabei ist aber der Umstand nicht außer Acht lassen, dass die Darstellung in diesem Fällen regelmäßig gegen das Transparenzgebot verstoßen wird. Folge ist nach § 306 Abs. 2 BGB die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften. Nach § 631 Abs. 2 BGB wird versprochen ein „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“. Dies impliziert, wie bereits ausgeführt, mangels abweichender Abrede eine Beschränkung auf einen realistisch *herbeiführbaren* Erfolg. Selbst wenn man stattdessen auf eine ergänzende Vertragsauslegung setzt, so wären die obigen Erwägungen auch in diesem Rahmen zu tätigen und hätten kein anderes Ergebnis zu Folge. Losgelöst vom diesem konkreten Fall ergibt sich damit als allgemeines Ergebnis, dass bei der Auslegung einer Garantiezusage im Hinblick auf ihre Voraussetzungen und ihre Reichweite auch ohne ausdrückliche Erklärung immer die Möglichkeiten ihrer Gewährleistung in den Blick zu nehmen sind, sofern diese für einen durchschnittlichen Laien einsichtig sind. Dem kommt auch der BGH recht nahe, der zwar davon ausgeht, dass sich bei objektiver Auslegung bei der Zusage von festen Zahlbeträgen eine Garantie ergebe, dies aber nicht gelten lassen will, wenn der entsprechende Vorbehalt mündlich erläutert wurde⁵⁴⁰.

Damit ist aber noch geklärt, was gilt, wenn ein beratender Vertreter oder Makler sich mit seinen Ausführungen in Widerspruch zu einem nach den obigen Kriterien objektiven Auslegungsergebnis setzt. Bei Verbraucherverträgen sind nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Ob bei einer Abweichung zuungunsten des Verbrauchers daraus für ihn bereits eine unangemessene Benachteiligung entsteht, hängt insbesondere von der konkreten Situation ab. Für die sich nach § 306 Abs. 2 BGB ergebenden Rechtsfolgen kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Unabhängig davon zieht für die Auslegung von AGB eine Mindermeinung aber die §§ 133, 157 BGB heran⁵⁴¹, so dass auch konkrete Umstände, beim Vertragsschluss etwa, Berücksichtigung für die Bestimmung der unmittelbar geltenden vertraglichen Vereinbarung

⁵⁴⁰ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 29 ff., 46 f.

⁵⁴¹ Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 127.

finden können. Danach ist auch eine Falschankunft für die Auslegung der AGB maßgeblich⁵⁴². Nach der h.M.⁵⁴³ sind AGB hingegen objektiv auszulegen, so dass eine entsprechende Auslegung nur dann vorgenommen und nicht nur ein Schadensersatzanspruch angenommen werden könne, wenn ein Abschlussvertreter nach § 71 VVG aufgetreten und mit diesem eine Individualabrede getroffen worden sei, der nach § 305 b BGB Vorrang zukomme. Für eine ausschließlich objektive Auslegung spricht dabei, dass der einzelne Vertrag in die Versichertengemeinschaft gebündelt wird, da der Versicherer ein Gesamtrisiko trägt⁵⁴⁴. Somit vermögen einzig noch Umstände wie eine vom Versicherer geschaltete Werbung oder verteilte Merkblätter Einfluss auf die Auslegung zu nehmen⁵⁴⁵. Somit kann keine der Beratung entsprechende Auslegung der AGB erfolgen, in der Folge könnten die dieser entgegenstehenden AGB-Regelungen aber überraschend nach § 305 c BGB sein. Denn danach sind auch konkrete Umstände von Bedeutung, wie der Gang und Inhalt der Verhandlungen und der äußere Zuschnitt des Vertrags⁵⁴⁶. Umgekehrt kann es an einer Überraschung fehlen, wenn der Versicherungsnehmer ausdrücklich auf den Inhalt der Klausel hingewiesen wurde⁵⁴⁷. Ist der Versicherungsschutz gegen ein Risiko nicht umfassend, ist es durchaus von Bedeutung, wenn im Verlauf der Vertragsverhandlungen Erwartungen geweckt werden, die sich mit der Klausel nicht vereinbaren lassen⁵⁴⁸. So sind auch individuelle Abreden von Bedeutung⁵⁴⁹. Betrifft der Überrumpelungseffekt die primäre Risikobeschreibung, so kann § 305 c BGB nicht greifen, weil dann wegen Wegfalls der überraschenden Klausel überhaupt kein Versicherungsschutz gewährt werden würde⁵⁵⁰. Bei einem sekundären Risikoausschluss hingegen fällt die entsprechende Regelung nach § 305 c BGB weg, so dass der Versicherungsnehmer vertraglichen Deckungsschutz hat⁵⁵¹. Erstreckt sich die Falschankunft nur auf einen Teil der Klausel, kann es nicht zu einem Wegfall der Klausel kommen, hier hat der Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz⁵⁵². Dies ist auch bei Kapitalgarantien der Fall, deren Reichweite beschränkt ist.

Rechnet man dem Versicherer diese Aussage nach der gewohnheitsrechtlich anerkannten Erfüllungshaftung zu, steht dem Versicherungsnehmer bereits ein vertraglicher Erfüllungsanspruch zu, da der abweichende Versicherungsschein nach § 5 Abs. 3 VVG unbeachtlich ist⁵⁵³. Ansonsten steht dem Versicherungsnehmer nur ein

⁵⁴² Schlosser in Staudinger, § 305 b, Rn. Rn. 1; Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 130.

⁵⁴³ Beckmann in Bruck/Möller, Einf. C, Rn. 167; Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 89; im Ergebnis auch Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 360: kein Veränderung der Vereinbarungen, wenn – wie regelmäßig – bloßer Passivvertreter.

⁵⁴⁴ Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 86.

⁵⁴⁵ Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 87.

⁵⁴⁶ BGH, Urteile vom 21.11.1991, IX ZR 60/91, NJW 1992, 1234, 1235; 16.01.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416, 1417; OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.10.1993, 5 U 197/93, VersR 1994, 720; OLG Hamm, Urteil vom 04.10.1985, 20 W 20/85, VersR 1986, 55; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 49.

⁵⁴⁷ Beckmann in Bruck/Möller, Einf. C, Rn. 106.

⁵⁴⁸; OLG Hamm, Urteil vom 04.10.1985, 20 W 20/85, VersR 1986, 55; OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.10.1993, 5 U 197/93, VersR 1994, 720; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 49.

⁵⁴⁹ Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 24.

⁵⁵⁰ Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 72.

⁵⁵¹ Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 72.

⁵⁵² Reiff in Langheid/Wandt, AVB, Rn. 72.

⁵⁵³ OLG Stuttgart, Urteil vom 09.06.2004, 7 U 211/03, Rz. 23, VersR 2004, 1161, 1162; OLG Koblenz, Urteil vom 27.10.2006, 10 U 161/05, Rz. 12, VersR 2007, 482, 483; OLG Celle, Urteil vom 13.09.2007, 8 U 29/07, Rz. 8, VersR 2008, 60, 62; OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000, 20 U 22/10, NJW-RR 2001, 239, 240 lässt dies offen.

Schadensersatzanspruch aufgrund der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung zu⁵⁵⁴. Teilweise wird aber auch angenommen, dass über die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung in diesen Fällen ein vertraglicher Erfüllungsanspruch begründet werde⁵⁵⁵. Unter Geltung des § 6 VVG ist aber anzunehmen, dass insofern bei jedem Beratungsverschulden die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung verdrängt wird⁵⁵⁶.

Dann bedarf aber der Klärung, wieweit die Beratung auf die eigentliche Kapitalanlageentscheidung gerichtet sein muss. Grundsatz ist das Leitbild des mündigen Verbrauchers, so dass der Versicherungsnehmer selbst beurteilen muss, ob er ein Bedürfnis für das Produkt hat und ob dies seinen finanziellen Fähigkeiten entspricht, und sich insofern gegebenenfalls kundig machen muss⁵⁵⁷. Diese Pflicht setzt demnach als Anlass voraus, dass Umstände erkennbar werden, die eine Beratung objektiv erforderlich erscheinen lassen⁵⁵⁸. Der produktbezogene Beratungsanlass setzt bei der Herausforderung des Versicherungsnehmers an, das Produkt –auch im Vergleich zu anderen– zu beurteilen, wobei bei einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer gewisse Grundkenntnisse vorausgesetzt werden dürfen und sich die Beratung auf besonders komplexe Produkteigenschaften, gerade bei der Lebensversicherung, oder auch nur einzelne Klauseln beschränken darf⁵⁵⁹. Die Beratungspflicht geht aber unabhängig von der Komplexität nicht so weit, dass die AVB in Gänze zu erläutern sind⁵⁶⁰, dagegen spricht auch, dass ein deshalb verbleibendes Informationsdefizit durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ausgeglichen wird⁵⁶¹. Dabei sind nur die nach der Verkehrsanschauung für den Abschluss des Vertrages wesentlichen Umstände beratungspflichtig⁵⁶². Dazu zählen etwa der Zweck, den der Versicherungsnehmer der Versicherung beimisst⁵⁶³. Eine Kapitalanlage im Versicherungsmantel dient letztlich zur Vorsorge vor für Tod und Alter, ist gerade kein originäres Kapitalanlageprodukt. Allerdings darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass die Kapitalanlage mittelbare Bedeutung für die biometrische Absicherung insofern hat, als mit ihr die Substanz für künftige Rentenleistungen vor allem überhaupt erst geschaffen wird. § 6 VVG normiert jedoch nur eine Nebenpflicht zur Beratung, die hinsichtlich der Person des Versicherungsnehmers auf den naheliegenden Gefahrbereich beschränkt, wie er sich im Rahmen des Beratungsgesprächs darstellt – will der Versicherungsnehmer darüber hinaus eine umfassende Beratung, muss er dies zum Ausdruck bringen und damit den Abschluss eines eigenständigen Beratungsvertrags anregen⁵⁶⁴. Damit ist der Aspekt, dass eine Garantie in jedem Fall Nachteile für die Renditeentwicklung zur Folge hat, nicht erfasst. Allerdings ist fraglich, ob dieser Aspekt nicht jedenfalls deshalb einer Erläuterung bedarf, weil der Versicherungsnehmer in die Lage versetzt werden muss, Garantieprodukten untereinander, auch mit konventionellen und fondsgebundenen Lebensversicherungen oder gar Fondsprodukten vergleichen zu können. Der Versicherer ist aber insbesondere nicht gehalten, eine Belehrung über außerhalb des eigenen Vertrags liegende Optionen

⁵⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000, 20 U 22/10, NJW-RR 2001, 239, 240.

⁵⁵⁵ Hilfsweise auch OLG Koblenz, Urteil vom 27.10.2006, 10 U 161/05, VersR 2007, 482, 483, Rz.13.

⁵⁵⁶ Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425, 434.

⁵⁵⁷ OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000, 20 U 22/10, NJW-RR 2001, 239, 240.

⁵⁵⁸ Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 5; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 6, Rn. 88 f.; eine Bedeutung nur für das Vertretenmüssen nimmt etwa Münkel in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 6, Rn. 6, 10, an.

⁵⁵⁹ Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 6 f.

⁵⁶⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 09.06.2004, 7 U 211/03, Rz. 26, VersR 2004, 1161, 1162.

⁵⁶¹ Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 22; Ebers in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 6, Rn. 23.

⁵⁶² OLG Stuttgart, Urteil vom 09.06.2004, 7 U 211/03, Rz. 26, VersR 2004, 1161, 1162.

⁵⁶³ Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425, 428.

⁵⁶⁴ Stöbener, ZVersWiss 2002, 465, 471 f.

vorzunehmen⁵⁶⁵. Der Versicherer muss deshalb nicht auf Angebote anderer, nicht von ihm vertretener Unternehmen hinweisen⁵⁶⁶. Hinsichtlich der eigenen Produktpalette wird verbreitet davon ausgegangen, dass nicht etwa eine Empfehlung für das bestpassende, sondern nur ein passendes, geeignetes Produkt ausgesprochen werden müsse⁵⁶⁷. Dem entgegengesetzt soll der Versicherer nach anderer Ansicht durchaus gehalten sein, dass geeignetste Produkt zu ermitteln und zu empfehlen, hingegen mehrere Alternativen vorzustellen, wenn der Produktvergleich kein eindeutiges objektives Ergebnis herbeiführt⁵⁶⁸. Dabei dürfte eine eindeutige Entscheidung, welche Position vorzugswürdig ist, hier aber nicht in Betracht kommen, da es immer darauf ankommt, was noch Gegenstand der Beratung ist und was nicht mehr – nur insofern, insofern aber dann auch umfassend, muss ein Vergleich geleistet werden. Dies richtet sich, wie oben ausgeführt, nach dem Zweck der Versicherung und den konkreten, naheliegenden Risiken, die es zu kennen gilt. Zwar ist an sich die Vorsorge und nicht die Kapitalanlage bezweckt, aber wiederum gilt, dass die Kapitalanlage mittelbare Bedeutung für die biometrische Absicherung hat, indem mit ihr das Vermögen geschaffen wird, mit der eine Vorsorge überhaupt nur möglich ist. Dann ist nicht zu übersehen, dass sich die hier relevanten Produkte wirtschaftlich dadurch auszeichnen, dass die Sicherheit, die der Versicherungsnehmer erlangt, für ihn den spiegelbildlichen Nachteil hat, dass seine Renditechancen limitiert sind. Somit stellen sich alle Produkte als Kompromiss zwischen sicherer, aber weniger gewinnträchtiger kapitalgedeckter Lebensversicherung und fondsgebundener Lebensversicherung mit umgekehrtem Profil, dar. Somit ist der Versicherer gehalten, zu erfragen, wie die konkrete Risiko-Chance-Neigung des Versicherungsnehmers ist, und ihm dementsprechend das für ihn passende Produkt zu empfehlen, sofern der Versicherer Produkte aus allen drei Gruppen anbietet. Unstreitig aber ist, dass Gegenstand der Beratungspflicht jedenfalls nicht die Erstellung einer Risikoanalyse ist⁵⁶⁹. Auch wenn die Kapitalanlage somit die Grundlage für den Erfolg der Vorsorge ist, ist der Berater also nicht gehalten, einen Vergleich der Renditeaussichten anzustellen und das Risiko-Chance-Profil eines jeden Produkts dabei im Einzelnen zu ermitteln.

Die Beratungspflichten des Versicherers können durch unselbstständige Vertreter, selbstständige Ausschließlichkeitsvertreter oder auch Mehrfachvertreter, wahrgenommen werden, deren Verhalten dem Versicherer zuzurechnen ist⁵⁷⁰. Hingegen erfolgt keine Zurechnung bei Maklern⁵⁷¹. Dabei wird dem Versicherer ein Beratungsverschulden nach § 278 BGB zugerechnet, wenn der Makler die Verhandlungen mit dem Versicherungsnehmer bis zur Unterschriftsreife führt⁵⁷². Nach § 60 Abs. 1 S. 1 VVG ist der Makler verpflichtet, seine Empfehlung auf eine „hinreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen und Versicherern“ zu stützen. Eine eingeschränkte Beratungsgrundlage nach § 60 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 kann nur eine entsprechende Ergänzungs- bzw. Änderungsvereinbarung geschaffen werden⁵⁷³. Eine solche verstößt formularmäßig gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁵⁷⁴. Dagegen ist es der freien

⁵⁶⁵ OLG Köln, Beschluss vom 04.06.2007, 5 U 21/07, Rz. 2, VersR 2007, 1683, 1684.

⁵⁶⁶ OLG Hamm, Urteil vom 25.11.1994, 20 U 120/94, Rz. 14, VersR 1995, 1345.

⁵⁶⁷ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 6, Rn. 111, Münkel in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 6, Rn. 22.

⁵⁶⁸ So Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 2.

⁵⁶⁹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 6, Rn. 111, nicht anders Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 2.

⁵⁷⁰ Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425, 434; Funck, VersR 2008, 163, 165.

⁵⁷¹ Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425, 434; Funck, VersR 2008, 163, 165.

⁵⁷² OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.08.2011, 12 U 173/10, Rz. 61 – so nun auch der BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 51.

⁵⁷³ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 8.

⁵⁷⁴ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 11.

unternehmerischen Entscheidung eines Mehrfachvertreters überlassen, welche Versicherer er berücksichtigen will⁵⁷⁵. Ist in dem Informationsmaterial des Vertreters eine Aufzählung der Versicherer enthalten, mit den Agenturverträge bestehen, kann eine Einschränkung der Beratungsgrundlage entweder generell in dem Infomaterial für bestimmte Sparten erklärt werden oder konkret gegenüber dem Kunden⁵⁷⁶. Insbesondere der Makler wird also einen weitgehenden Produktvergleich zu leisten haben⁵⁷⁷. Der Begriff des Markts umfasst grundsätzlich alle Versicherer, die für das jeweilige Risiko entsprechende Produkte anbieten, ausländische Versicherer hingegen nur, wenn dies nach der Art des Risikos oder dem Erwartungshorizont üblich ist⁵⁷⁸. Sind nur wenige Anbieter vorhanden, müssen diese weitgehend berücksichtigt werden, während dies umso weniger verlangt werden kann, je mehr Anbieter es gibt⁵⁷⁹. Dabei ist fraglich, ob die maßgebliche, vom Makler zu berücksichtigende Produktgruppe nur andere dynamische Hybridprodukte, Variable Annuities etc. erfasst oder darüber hinaus alle Produkte mit Kapitalgarantien in die Betrachtung einzubeziehen sind. Dabei ist jedoch eh zu berücksichtigen, dass Makler nur zu einer Prüfung mit einer größeren Reichweite verpflichtet sind, der Gegenstand der Prüfung sich aber nicht ändert. So ist weiterhin nur Zweck, der mit der Versicherung erzielt werden soll, maßgeblich, daneben nur konkrete Risiken. Insbesondere eine qualitative Betrachtung im Hinblick auf kapitalanlagebezogene Aspekte müssen danach auch Makler nicht leisten. Die konkreten Anforderungen richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, so dass nicht zwangsläufig eine kundenspezifische Untersuchung geschuldet ist, sondern auf Produktvergleichssoftware oder veröffentlichte Rankings abgestellt werden kann⁵⁸⁰. Dass in diesem Rahmen auch weitergehende Aspekte wie der Kapitalanlageerfolg verglichen werden müssen, lässt sich den vorgestellten Grundsätzen jedenfalls dann wohl nur schwerlich begründen, wenn der Zweck der Vorsorge im Vordergrund steht. Allerdings lassen sich noch weitere Ansatzpunkte für schärfere Anforderungen ausmachen.

Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung erfordert die Beratungspflicht gem. §§ 6, 61 VVG somit zwar nicht, dem Versicherungsnehmer eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung abzunehmen, wohl aber, erkennbare Fehleinschätzungen zu verhindern⁵⁸¹. Bei einer fondsgebunden Versicherung können diese etwa darauf gerichtet sein, dass das in der Verbraucherinformation als hochspekulativ bezeichnete Anlagerisiko verharmlost wird, indem erklärt wird, Verluste sein, sofern sie überhaupt eintreten, lediglich vorübergehender Natur⁵⁸². Hingegen muss bei einer entsprechenden Information in den Bedingungen nicht erklärt werden, dass nur der Sparanteil der Prämie angelegt wird, da der Umstand, dass für eine Versicherung eine Gegenleistung erbracht werden muss, dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer geläufig sei⁵⁸³. Weiterhin ist es auch Sache des Versicherungsnehmers, sich die Frage zu beantworten, ob er die langfristige finanzielle Belastung durch die Beiträge tragen kann, selbst wenn er dazu mehrere Beiträge erst addieren muss⁵⁸⁴. Hier bedingt die neue, ungewöhnliche Form der Lebensversicherung, dass

⁵⁷⁵ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 15.

⁵⁷⁶ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 17.

⁵⁷⁷ Dörner in Prölss/Martin, § 61, Rn. 22.

⁵⁷⁸ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 4.

⁵⁷⁹ Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 5.

⁵⁸⁰ Entwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drucksachen 16/1935 S. 23; Dörner in Prölss/Martin, § 60, Rn. 5.

⁵⁸¹ Prölss/Martin, Vor §§ 150 - 171, Rn. 30.

⁵⁸² OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.03.2004, I-4 U 137/03, Rz. 19, VersR 2005, 62, 63.

⁵⁸³ OLG Hamm, Beschluss vom 28.09.2005, 20 U 105/05, NJW-RR 2006, 818, 819.

⁵⁸⁴ OLG Frankfurt, Urteil vom 05.09.2001, 7 U 29/01, VersR 2001, 1542.

genau zu beobachten ist, ob beim Versicherungsnehmer nicht Vorstellungen zu Tage treten, die insbesondere einer klassischen Versicherung entsprechen. So wird bei With-profits-Produkten in der Rechtsprechung verlangt, dass die Abweichungen von der auf dem deutschen Markt üblichen Konzeption einer Lebensversicherung einer gesonderten Aufklärung bedürfen, also durch schriftliche Aufklärung oder Beratung⁵⁸⁵.

Zunehmend setzt sich aber die Ansicht durch, dass sich der Aufklärungsmaßstab an den Pflichten der Kapitalanlageberatung zu orientieren hat⁵⁸⁶. Dann muss bei einer Versicherung, die der Kapitalanlage dient, die Beratung darauf gerichtet sein, den Versicherungsnehmer in seiner Eigenschaft als Anleger „anleger- und objektgerecht“ über alle Umstände zu informieren, die für die Anlageentscheidung von entscheidender Bedeutung sind⁵⁸⁷. Auch bei einem With-profit-Produkt wurde zulasten des Versicherers die entsprechende bankrechtliche Rechtsprechung herangezogen⁵⁸⁸. Auf der anderen Seite lässt sich auch beobachten, dass ausdrücklich darauf abgestellt wird, dass den Versicherer gerade keine Pflicht zur Anlageberatung treffe⁵⁸⁹. Der BGH hat dazu Stellung genommen und bejaht die Anwendung der anlagerechtlichen Grundsätze dann – aber wohl auch nur dann –, wenn sich das konkrete Versicherungsgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtung als Anlagegeschäft darstellt, wofür etwa auf das Verhältnis von Renditeerwartung und der Absicherung eines biometrischen Risikos abgestellt werden kann – dann gilt für eine Gestaltung, bei der die Todesfallabsicherung nur in Höhe von 101 % des Rücknahmewertes gewährt wird, dass die Grundsätze unzweifelhaft Anwendung finden⁵⁹⁰. Aber selbst wenn die biometrische Absicherung im Mittelpunkt steht, hat das Kapital immer mittelbare Bedeutung als Gegenstand der Vorsorge für dessen Erfolg. Darüber hinaus kommt dem Kapitalanlageaspekt in der Praxis ein stärkeres Gewicht zu, weil mit der Lebensversicherung bestimmte steuerliche Vergünstigungen verbunden sind. Daher spricht viel dafür, dass der Versicherungsnehmer erwarten darf, auch als Anleger beraten zu werden. Systematisch wurde aber dargelegt, dass sich das althergebrachte, durch vor allem aufsichtsrechtliche Vorgaben geprägte Bild einer einheitlichen kapitalbildenden Lebensversicherung nicht aufrechterhalten lässt. Vielmehr handelt es sich dabei um einen gemischten Vertrag, für den hinsichtlich der Kapitalbildung nach dem Parteiwillen das maßgebliche Recht zu bestimmen ist. Genau darauf stellt im Ergebnis auch der BGH in zutreffender Weise ab – nur wenn die Vorsorge nicht den maßgeblichen Vertragszweck darstellt, können die entsprechenden Grundsätze Anwendung finden.

Ein Anlageberatungsvertrag zwischen einer Bank und ihrem Kunden kommt stillschweigend zustande, wenn – gleichgültig ob auf Initiative des Kunden oder aber der Bank – im Zusammenhang mit einer Anlageentscheidung tatsächlich eine Beratung stattfindet⁵⁹¹. Dies wird auch im Verkehr mit Versicherern regelmäßig der Fall sein. Der Anlageberater schuldet dem Anleger dann nicht nur die Vermittlung einer bestimmten Kapitalanlage, sondern eine

⁵⁸⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 17.11.2011, 7 U 100/11, VersR 2012, 890.

⁵⁸⁶ OLG Stuttgart, Urteile vom 31.3.2011, 3 U 148/10, Rz. 59; 17.11.2011, 7 U 100/11, VersR 2012, 890, 891; Ortman, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 411; so auch wohl Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 586, der eine anleger- und objektgerechte Entscheidung als Ziel einer Information nach § 7 sieht.

⁵⁸⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.03.2004, I-4 U 137/03, Rz. 19, VersR 2005, 62, 63.

⁵⁸⁸ OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.08.2011, 12 U 173/10, Rz. 58.

⁵⁸⁹ OLG Köln, Urteil vom 04.06.2007, 5 U 21/07, Rz. 2, VersR 2007, 1683, 1684, zu einer steuerrechtlichen Frage.

⁵⁹⁰ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 53.

⁵⁹¹ BGH, Urteile vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433; 13.01.2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868, 1869.

umfassende anleger - und objektgerechte Beratung⁵⁹². Dazu gehören auch die richtige und vollständige Information über die tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind⁵⁹³. Maßgeblich kommt es insbesondere darauf an, das Anlageziel und das einschlägige Fachwissen, die Erfahrung des Kunden zu ermitteln⁵⁹⁴. Auf dieser Grundlage sind Gegenstand der Beratung die Eigenschaften und Risiken, die wesentliche Bedeutung haben oder haben können: dabei geht zum einen um allgemeine Risiken, wie die Konjunkturlage, die Entwicklung des Börsenmarktes, aber auch spezielle Risiken des Anlageobjekts, wie etwa dessen Kurs-, Zins-, oder Währungsrisiko⁵⁹⁵. Die in diesem Zusammenhang angestellten Bewertungen und dem Kunden unterbreiteten Empfehlungen müssen vollständig und korrekt sein, wobei für diese Beurteilung der damalige Zeitpunkt maßgeblich ist, so dass nachteilige Entwicklungen, die nicht aus Ex-ante-Sicht vorhersehbar waren, in den Risikobereich des Kunden fallen⁵⁹⁶. Für die Risikoaufklärung ist nach ständiger Rechtsprechung sogar die bloße Übergabe schriftlicher Informationen, wie eines Prospekts ausreichend. Dies setzt aber voraus, dass der Berater berechtigterweise davon ausgehen kann, dass der Kunde den Prospekt gelesen und verstanden hat, gegebenenfalls von sich aus Nachfragen stellt⁵⁹⁷. Grundsätzlich dient die persönliche Beratung also nur der Ergänzung, insbesondere der Prüfung, ob die Anlage mit den Bedürfnissen des Kunden in Einklang steht⁵⁹⁸, weiterhin soll zumindest eine Vermittlung der Risiken in groben Zügen geleistet werden müssen⁵⁹⁹. Dabei darf es dann aber nicht dazu kommen, dass sich der Berater mit seinen Ausführungen in Widerspruch zu Prospektangaben setzt⁶⁰⁰.

Zur Anlageberatung gehört, die Chancen und Risiken einer Investition zu verdeutlichen und das Anlagekonzept zumindest einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen, insbesondere auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit hin⁶⁰¹. Eine derartige Risikobeurteilung kann insbesondere auch erforderlich machen, die Bonität ins Auge zu fassen⁶⁰². Dieses Risiko muss durch den Berater dann verdeutlicht werden, wenn ein konkretes Risiko erkennbar geworden ist oder erkennbar geworden ist, dass die Empfehlung nicht anleger- oder objektgerecht ist⁶⁰³. Ein solches konkretes Risiko wird man dann annehmen können, wenn Vertragspartner eine ausländische Gesellschaft ist, deren Eigenmittelausstattung unzureichend ist. Allerdings wird dieser Aspekt dann keine Rolle spielen, wenn der einheimische, finanzstarke Mutterkonzern für die Auslandstochter eine rechtsverbindliche Einstandsverpflichtung abgegeben hat. Unabhängig von diesen faktischen Gegebenheiten wird eine Beratung dann erforderlich sein, wenn sich aus dem Verhalten des Anlegers Hinweise darauf ableiten lassen, dass für diesen

⁵⁹² BGH, Urteil vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433.

⁵⁹³ BGH, Urteile vom 12.07.2007, III ZR 145/06, NJW-RR 2007, 1692; 19.10.2006, III ZR 122/05, NJW-RR 2007, 348, 349; 22.03.2007, III ZR 218/06, NJW-RR 2007, 925; weiterhin auch 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 44

⁵⁹⁴ BGH, Urteil vom 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43,44; OLG Köln, Urteil vom 29.01.2008, 9 U 71/07, VersR 2008, 1345.

⁵⁹⁵ BGH, Urteile vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433; 09.05.2000, XI ZR 159/99, NJW-RR 2000, 1497, 1498; 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 44.

⁵⁹⁶ BGH, Urteile vom 07.10.2008, XI ZR 89/07, NJW 2008, 3700; 27.10.2009, XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, 2305; 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 44.

⁵⁹⁷ BGH, Urteil vom 18.01.2007, III ZR 44/06, NJW-RR 2007, 621, 622.

⁵⁹⁸ Köndgen/Schmies in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 113, Rn. 91.

⁵⁹⁹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.11.2006, 7 U 247/05.

⁶⁰⁰ OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.11.2006, 7 U 247/05.

⁶⁰¹ BGH, Urteil vom 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43,44 – „Lehmann-Zertifikate“; OLG Stuttgart, Urteil vom 31.3.2011, 3 U 148/10, Rz. 60 f.

⁶⁰² BGH, Urteil vom 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 44.

⁶⁰³ BGH, Urteil vom 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 44.

der Absicherungsaspekt auch insofern von Bedeutung ist, als diesem daran gelegen ist, sein Kapital nur einem besonders finanzstarken Finanzakteur zu überlassen, der möglicherweise noch einem Sicherungsfonds angeschlossen ist. Allerdings soll eine Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko bereits dann erfolgen müssen, wenn gerade kein Sondervermögen gebildet wird, da dies dem durchschnittlichen Anleger gerade nicht bewusst sein wird⁶⁰⁴. Bezieht man diese eigentlich sachgebietfremde Rechtsprechung auf Versicherer, so wird man einen logischen Erst-recht-Schluss dergestalt ziehen müssen, dass dieses Erfordernis gerade auch bei Versicherern gelten muss, denen in besonderem Maße seriös-konservatives Agieren und Anlegen zugeschrieben wird. Das betrifft nicht With-profit-Produkte, wohl aber Variable Annuities. Allerdings ist für die diesbezügliche Risikoaufklärung ein entsprechender Hinweis in den schriftlichen Unterlagen ausreichend. Erst wenn sich zeigt, dass der konkrete Anlageinteressent diesem Aspekt besondere Beachtung schenkt und damit möglicherweise dem Irrtum unterliegt, dass die Garantie aus der Anlage heraus abgesichert wird, ist eine gesonderte Beratung erforderlich.

Rechtsfolge des Beratungspflichtverstoßes ist ein Schadensersatzanspruch, für dessen Bemessung auch ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers mildernd berücksichtigt werden muss⁶⁰⁵. Es ist allerdings streitig, ob der Versicherungsnehmer eine Obliegenheit hat, die AVB zu lesen, der BGH ist in einer Entscheidung einmal davon ausgegangen⁶⁰⁶. Unter dieser Annahme soll auch eine Rolle spielen, dass der Versicherungsnehmer die AGB nicht selbst gelesen hat, und ein Mitverschulden begründen⁶⁰⁷. Auch im Rahmen der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung wurde dann von erheblichem Eigenverschulden des Versicherungsnehmers ausgegangen, wenn die verwendeten Versicherungsbedingungen den maßgeblichen Aspekt eindeutig beschrieben⁶⁰⁸. Allerdings liegt der Zweck von AGB darin, den Vertragsschluss zu rationalisieren, so dass man eine Kenntnisnahme wohl nicht verlangen können wird⁶⁰⁹. Gerade in Abgrenzung dazu soll eine solche Obliegenheit nur beim Produktinformationsblatt angenommen werden können⁶¹⁰. Das enthält aber, wenn es ordnungsgemäß ist, einen entsprechenden Hinweis. Teilweise wird auch davon ausgegangen, dass dem Versicherungsnehmer überhaupt keine Bemühungen treffen, sich selbst zu informieren, weil dies schon eine Pflicht des Versicherers ist und nicht davon ausgegangen werden kann, dass insofern ein Doppelaufwand betrieben werden soll⁶¹¹. Die Informationspflichten nach § 7 VVG sind, anders als die Pflichten nach § 6 VVG, ihrem Zweck entsprechend generell und einheitlich und nicht auf den individuellen Versicherungsnehmer zugeschnitten⁶¹². Angenommen wird aber, dass eine Information als Teil einer Beratung im Sinne des § 6 VVG gewürdigt werden könne, wenn der Zweck der Beratung darin gesehen wird, dem Versicherungsnehmer dabei zu helfen, die Informationen auf „seinen“ Einzelfall zu übertragen⁶¹³. Wenn aber der Regelungszweck identisch ist, liegt die Annahme bestimmter Wechselwirkungen durchaus nahe. Um deren genauen Inhalt zu bestimmen, helfen auch hier die Grundsätze der Kapitalanlageberatung weiter. So vermag

⁶⁰⁴ BGH, Urteil vom 27.09.2011, XI ZR 178/10, NJW-RR 2012, 43, 45.

⁶⁰⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 27.10.2006, 10 U 161/05, Rz.19, VersR 2007, 482, 484.

⁶⁰⁶ Bejahend BGH, Urteil vom 20.06.1963, II ZR 199/61, NJW 1963, 1978, 1980.

⁶⁰⁷ OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000, 20 U 22/10, NJW-RR 2001, 239, 241.

⁶⁰⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 09.06.2004, 7 U 211/03, Rz. 23, VersR 2004, 1161, 1162; OLG Koblenz, Urteil vom 27.10.2006, 10 U 161/05, Rz.13, VersR 2007, 482, 483.

⁶⁰⁹ Stöbener, ZVersWiss 2002, 465, 470.

⁶¹⁰ Stöbener, ZVersWiss 2002, 465, 470.

⁶¹¹ Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. Rn. 64.

⁶¹² Armbrüster in Langheid/Wandt, § 7, Rn. 1.

⁶¹³ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 585.

die Übergabe schriftlicher Informationen durchaus die persönliche Beratung zu ersetzen, allerdings nicht hinsichtlich der wesentlichen Produkteigenschaften, weiterhin auch nicht, sofern ersichtlich Missverständnisse oder Verständnislücken zu Tage treten. Danach dürfte viel dafür sprechen, dass weder die Annahme eines Mitverschuldens noch die völlige Freistellung des Versicherungsnehmers der richtige Weg ist, sondern zu differenzieren ist: In einem Kernbereich muss der Berater die Aufklärung vollständig leisten; darüber hinaus ist der Interessent selbst verantwortlich und darauf verwiesen, auf der Grundlage der schriftlichen Informationen nach weitergehender Beratung nachzusuchen.

Steht ein zu vertretender Beratungsverstoß fest, wird man über die für diesen Anspruch geltende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens regelmäßig zum Ergebnis kommen, dass Ersatz für das positive Interesse geschuldet ist, wenn eine mögliche weitergehende Absicherung unterblieben ist⁶¹⁴. Im Ergebnis ist der Versicherungsnehmer dann so zu stellen, als hätte er einen konventionellen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen.

VI. Modellrechnung

Eine Modellrechnung ist nach Abs. 1 S. 2 nicht den Anforderungen des § 154 VVG unterworfen, wenn ein Vertrag Leistungen nach § 54 b Abs. 1 und 2 VAG vorsieht. Diese Anordnung soll darin begründet liegen, dass bei fondsgebundenen Versicherungen zwar auch eine Überschussbeteiligung gewährt werde, diese aber keine große wirtschaftliche Bedeutung habe⁶¹⁵.

Fraglich ist dann aber, was bei Versicherungen gilt, die nach § 54 Abs. 3 S. 2 VAG nur teilweise den Abs. 1 und 2 unterfallen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass eine Garantiezusage nichts daran ändere, dass fondsgebundene Versicherungen nicht dem Anwendungsbereich des § 154 VVG unterfallen, somit insbesondere auch Variable Annuities nicht⁶¹⁶. Nur wenn ein Deckungskapital im klassischen Sinne gebildet werde, dass für die Produktgestaltung prägend sei, greife die Norm – was nur bei statischen Hybridprodukten anzunehmen sei, so dass hier eine Teil-Modellrechnung zu übermitteln sei⁶¹⁷. Bei dynamischen Hybridprodukten sei es jedenfalls sinnvoll, dass sowohl eine Angabe für den Fall erfolge, dass der gesamte Anlagebetrag fondsgebunden sei, als auch eine Angabe für den Fall, dass ausschließlich ein klassisches Deckungskapital gebildet werde⁶¹⁸. In diesem Zusammenhang wird dem entgegengesetzt aber auch davon ausgegangen, dass § 154 VVG immer dann gelte, wenn der Überschussbeteiligung erhebliche wirtschaftliche Bedeutung im Verhältnis zur Gesamtleistung zukomme⁶¹⁹. Bei With-profit-Produkten hat sich gezeigt, dass keine Überschussbeteiligung im herkömmlichen Sinne erfolgt, bei Variable Annuities spielt sie sogar gar keine Bedeutung.

Die Gesetzesbegründung begründet den Ausschluss gem. § 154 Abs. 1 S. 2 VVG damit, dass eine Modellrechnung nach Abs. 1 nur in Betracht komme, wenn ein Anspruch auf Überschussbeteiligung gewährt werde, der erhebliches wirtschaftliches Gewicht

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 66 unter Anwendung der Grundsätze der Kapitalanlageberatung; OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000, 20 U 22/10, NJW-RR 2001, 239, 241; Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425, 434.

⁶¹⁵ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 154, Rn. 3.

⁶¹⁶ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1051.

⁶¹⁷ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1051.

⁶¹⁸ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1051.

⁶¹⁹ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 154, Rn. 3.

zukomme⁶²⁰. Dies ist von Produkt zu Produkt unterschiedlich, während die Überschussbeteiligung bei With-profit-Produkten für den Anlageerfolg maßgeblich ist, spielt sie bei allen anderen Produkten, die eine Investmentfondsanlage beinhalten, eine schwächere Rolle. Allerdings scheint es fragwürdig, die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm von einem so schwammigen Begriff des „wirtschaftlichen Gewichts“ abhängig zu machen. Der allgemeine Zweck der Regelung liegt darin, mit solchen Berechnungen einhergehenden Missbrauchsgefahren entgegenzuwirken⁶²¹. § 154 VVG greift dementsprechend nur, wenn der Versicherer – freiwillig – die Höhe von möglichen Leistungen, die über die garantierten Leistungen hinausgehen, beziffert⁶²². Ein Missbrauch ist in dieser Hinsicht nur gegeben, wenn in unrealistischer Höhe Überschüsse prognostiziert werden⁶²³. Die Pflicht zur Abgabe einer Modellrechnung ergibt sich mit allen Einzelheiten bereits aus § 154 VVG, daran knüpft aber § 2 Abs. 3 VVG-InfoV an, dessen Bedeutung dann darin liegt, dass bestimmte Zinssätze zur Verwendung vorgeschrieben werden, um die Vergleichbarkeit zu ermöglichen⁶²⁴. Der Versicherer muss der Rechnung die Rechnungsgrundlagen für die Prämienkalkulation zugrunde legen, darf also für die Verzinsung nur die Teile der Prämie berücksichtigen, die Überschüsse erzielen können, also nicht den der Risiko-, Abschluss- und Verwaltungskosten entsprechenden Teil⁶²⁵. Eine Vergleichbarkeit für den Versicherungsnehmer ergibt sich also daraus, dass er ablesen kann, wie kostengünstig ein Versicherer arbeitet – das erfährt er aber bereits durch einen Vergleich der versprochenen Garantieleistung. Die vorgeschriebenen Zinssätze sollen aber nicht nur einheitlich sein, sondern auch eine vertretbare Berechnung ermöglichen⁶²⁶. Die angegebenen Werte werden auf der Grundlage des gelten Höchstrechnungszinssatzes berechnet, Mittelwert ist der Höchstrechnungszinssatz multipliziert mit dem Faktor 1,67. Daran zeigt sich, dass damit auf konventionelle Produkte abgezielt wird, für die eine prospektiv gebildete Deckungsrückstellung erfolgt durch Aufbau eines Sicherungsvermögens des Versicherers, an dessen Erträgen der Versicherungsnehmer durch eine Überschussbeteiligung partizipiert. Letztlich stellt die Regelung also wiederum eine Regelung für ein Spar- bzw. Einlagengeschäft dar.

Dann ist im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung, dass die auf den Höchstrechnungszinssatz abstellenden Zinssätze für eine Fondsanlage, sei es in Investmentfonds oder einem internen Fonds, untauglich erscheinen, da sie die Spanne der möglichen Ergebnisse nur unzureichend wiedergeben. Von daher wäre eine inhaltlich richtige, den Anforderungen der Modellrechnung entsprechende Darstellung ohne nennenswerten Erkenntnisgewinn und würde wohl vor allem Missverständnissen Vorschub leisten. Somit gilt § 154 VVG nicht bei Variable Annuities, die abgesehen von der als Wert fixen Garantie eine fondsgebundene Versicherung darstellen. Bei With-profit-Produkten existiert zwar auch ein Vermögen, das aber keines des Versicherers ist, für das ein Höchstzinssatz gelten würde. Die erzielten Renditen sind auch in der Regel höher als bei konventionellen Produkten, können aber auch niedrigerer ausfallen.

⁶²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 97.

⁶²¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 97.

⁶²² Reiff in Prölss/Martin, § 154, Rn. 5; Römer, r+s 2008, 405,409.

⁶²³ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 154, Rn. 1.

⁶²⁴ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 16.

⁶²⁵ Reiff in Prölss/Martin, § 154, Rn. 11; Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 154, Rn. 12.

⁶²⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 52.

Bei Hybridprodukten ist der Typ des Einlagengeschäfts einschlägig, aber im Rahmen eines gemischten Vertrages. Es gilt wiederum der Grundsatz, dass bestimmte Regeln für den jeweiligen Teil des Vertrages gelten, sofern sich aus dem Vertragszweck nichts anderes ergibt. Bei dynamischen Hybridprodukten ist aber nicht einmal ansatzweise sicher, ob, wie viel, zu welchem Zeitpunkt konventionell angelegt werden wird. Auch der Umstand, dass eine dem Höchstrechnungszinssatz unterfallende Anlage erfolgt, ändert nichts daran, dass der Versicherungsnehmer im schlechtesten Fall nur den garantierten Betrag, also meist den Bruttobeitrag, hingegen im besten Fall einen Betrag erhält, der dem einer reinen fondsgebundenen Versicherung mehr oder weniger nahekommt. Wegen der individuellen Betrachtung und der laufenden Beitragszahlung kann das Monetarisierungsrisiko vermindert werden⁶²⁷. Selbst wenn aufgrund heftiger Kursverluste bereits kurze Zeit nach Vertragsbeginn eine konventionelle Anlage erforderlich werden sollte, betrifft dies nicht die noch ausstehenden Prämien. Insofern wären also umfangreiche Erläuterungen nötig. Dabei ist nicht nur die Richtigkeit von Bedeutung. Zusätzlich zu den in §§ 154 VVG, 2 Abs. 3 VVG-InfoV genannten Berechnungsbeispiele sollen beispielsweise weitere nur aufgeführt werden können, wenn diese zusätzlichen Informationen nicht aufgrund ihrer Darstellung von der Modellrechnung ablenken oder die Darstellung insgesamt intransparent oder überfrachtet wirken lassen⁶²⁸. Für § 154 VVG ist also auch maßgeblich, ob die Darstellung unter Wahrung der Übersichtlichkeit die Verständlichkeit des Produkts fördert. Bei dynamischen Produkten scheint es aber unmöglich, eine richtige, verständliche und übersichtliche Darstellung unter Verwendung der Vorgaben des § 154 VVG zu leisten. Bei statischen Hybridprodukten ergäbe sich hingegen zumindest nicht das Problem, dass sich beide Teile nicht eindeutig voneinander unterscheiden ließen. So wäre es möglich, eine Modellrechnung nur für den konventionellen Teil aufzustellen, der der Sicherstellung der Garantie dient. Darüber hinaus können sich aber Komplikationen ergeben, wenn nicht nur die für die Garantie nicht benötigten Beitragsteile in Investmentfonds investiert werden, sondern dafür auch erwirtschaftete Überschussanteile herangezogen werden⁶²⁹. Insofern ist in Betracht zu ziehen, dass entsprechende Überschüsse zwar erzielt und dem Versicherungsnehmer gutgeschrieben gehen, der entsprechende Wert aber durch Kursverluste im Rahmen der Fondsanlage wieder verloren geht. Eine durch Überschüsse zustande gekommene Ablaufleistung, wie in § 154 VVG vorausgesetzt, gibt es also nicht. Auch dann kann § 154 VVG nicht gelten.

Dann stellt sich aber die Frage, wie der gesetzgeberische Zweck verfolgt werden soll. In diesem Fall kann sich aber bereits eine Schadensersatzverpflichtung ergeben, wenn eine unzutreffende Überschussbeteiligung prognostiziert wird⁶³⁰. Selbst wenn im Rahmen einer Modellrechnung keine Prognose abgegeben wird, dürfte sich ein Pflichtverstoß bereits daraus ergeben, dass sich der zu erwartende Wert nicht auch ungefähr der Mittelwert aller Angaben ist. Werden dem Anleger unzutreffende Angaben gemacht, sei es in den Produktunterlagen oder im Rahmen des Beratungsgesprächs, ergibt sich bereits dadurch ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB. Sofern Vergangenheitsrenditen präsentiert werden, muss in diesem Zusammenhang auch dargestellt werden, dass die

⁶²⁷ Holler, VW 2008, 1344, 1348.

⁶²⁸ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 66.

⁶²⁹ Dreher/Schmidt, WM 2008, 377, 378.

⁶³⁰ Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150; Rn. 68.

aktuellen Renditen der letzten Jahre geringer ausgefallen sind⁶³¹. Im Zusammenhang mit einem With-profit-Produkt wurde ein Beratungsverstoß auch aus dem Grunde angenommen, weil in dem Beratungsgespräch und der Modellrechnung mit Renditen geworben wurde, die zwar in der Vergangenheit erreicht, deren Eintreffen aber für die Zukunft der Versicherten laut eines Hinweises in der Modellrechnung selbst für unrealistisch gehalten hat⁶³². Selbst wenn ein Makler eingeschaltet wird, ergibt sich eine Haftung jedenfalls bei Erkennbarkeit der Falschberatung, wenn nicht sogar über eine Zurechnung nach § 278 BGB⁶³³. Die Interessen des Versicherungsnehmers lassen sich besser im Rahmen der Anwendung allgemeiner Grundsätze, wie etwa § 280 Abs. 1 BGB, berücksichtigen. § 154 gilt also insofern nicht.

Dabei muss letztlich ein Hinweis auf die Unverbindlichkeit nach § 154 Abs. 2 VVG erfolgen, der klar und verständlich, also transparent im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist, wobei es empfehlenswert ist, wenn der Hinweis in Fettdruck unmittelbar oberhalb der Modellrechnung angebracht wird⁶³⁴. Der Versicherer ist verpflichtet, den Versicherungsnehmer auf die Unverbindlichkeit der dargestellten Szenarien hinzuweisen, - tut er dies nicht, kann dies als vertragliches Leistungsversprechen gewertet werden, ohne dass sich der Versicherer auf einen Änderungsvorbehalt wegen veränderter Umstände berufen kann⁶³⁵. Dagegen wird allerdings eingewandt, dass nur eine Spanne von möglichen Ablaufleistungen in Aussicht gestellt werde⁶³⁶. Dieser Einwand steht aber jedenfalls der Annahme nicht entgegen, dass der niedrigste angegebene Wert zugesagt ist⁶³⁷. Diese Grundsätze können auch für eine Modellrechnung, für die § 154 VVG nicht gilt, über § 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt übernommen werden.

Bei Verträgen nach dem AltZertG gilt § 154 VVG nach § 7 Abs. 5 S. 2 AltZertG nicht, da insofern nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AltZertG die zu zahlenden Beiträge und die Guthaben für einen Zeitraum von 10 Jahren dargestellt werden müssen, unter Annahme von Zinssätzen von 2, 4 und 6%. Insofern bewirkt der Vorrang der spezielleren Vorschrift, dass nicht zwei unterschiedliche Modellrechnungen nebeneinander stehen⁶³⁸. Eine Besonderheit besteht weiterhin darin, dass gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AltZertG auch das Guthaben auszuweisen ist, dass bei einer Übertragung auf ein anderes (Riester-)Produkt zur Verfügung stünde. Sofern eine „bestimmte Verzinsung“ vertraglich vereinbart ist, soll nach Nr. 2 S. 2 der danach maßgebliche Zinssatz an die Stelle der oben genannten drei treten. Eine bestimmte Verzinsung in diesem Sinne ist nur der Garantiezins⁶³⁹. Bei Hybridprodukten dementsprechend hat die Modellrechnung nur hinsichtlich der Fondsanteile von dem gesetzlich vorgesehenen Zinsszenario und im Übrigen vom Garantiezins auszugehen, wenn die Überschüsse der konventionellen Versicherung in die Fondsanlage fließen⁶⁴⁰. Ansonsten

⁶³¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.08.2011, 12 U 173/10, Rz. 74; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30.11.2011, 7 U 125/10, Rz. 54; OLG Celle, Urteil vom 12.01.2012, 8 U 151/11, Rz. 58 – zuletzt auch der BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 54.

⁶³² OLG Karlsruhe, 02.08.2011, 12 U 173/10, Rz. 71.

⁶³³ So OLG Frankfurt, Urteil vom 30.11.2011, 7 U 125/10; von einer Zurechnung gehen aus: OLG Dresden, Urteil vom 19.11.2010, 7 U 1358/09, VersR 2011, 910; OLG Celle, Urteil vom 12.01.2012, 8 U 151/11; OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.08.2011, 12 U 173/10.

⁶³⁴ Reiff in Prölss/Martin, § 154, Rn. 14.

⁶³⁵ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 154, Rn. 15.

⁶³⁶ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 154, Rn. 15.

⁶³⁷ Heiss in Langheid/Wandt, § 154, Rn. 25.

⁶³⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Eigenheimrentengesetz, BT-Drs.16/8869, S. 35.

⁶³⁹ BZSt, Kommentar zum AltZertG, § 7, Rn. 7.

⁶⁴⁰ BZSt, Kommentar zum AltZertG, § 7, Rn. 7.

liegt ein Garantiezins in diesem Sinne nur im Rahmen eines Spar- bzw. Einlagengeschäfts vor, nicht hingegen bei einer endfälligen Garantie. Somit gilt für andere Garantieprodukte die allgemeine Vorgabe.

G. Fälligkeit der Garantieleistung

Auf der Grundlage der allgemeinen Erwägungen zum Zusammenhang von Garantie und Garantieabsicherung können nun spezielle Probleme behandelt werden. Dies betrifft vor allem die Frage, wann und wofür die Garantie gilt. Die Garantie wird bei Variable Annuities und With-profit-Produkten nur zu bestimmten Zeitpunkten gewährt, regelmäßig zum Ablauf der vereinbarten Aufschubzeit hinsichtlich der vereinbarten Erlebensfall- oder Rentenleistungen – was mit dem Begriff der endfälligen Garantie schlagwortartig umschrieben wird. Fraglich ist dabei aber auch, ob die Garantie auf bestimmte Leistungen beschränkt werden darf, verbreitet etwa vor allem Rentenleistungen. Zweifelhaft erscheint dies jedenfalls vor dem Hintergrund, dass der Anleger schon während der gesamten Aufschubzeit Garantiegebühren erbracht hat.

I. Der Anspruch auf den Rückkaufswert

Sofern die Garantie nur endfällig gewährt wird, gilt sie gerade nicht auch für den Anspruch auf Zahlung des Rückkaufwertes nach § 169 VVG.

1. Allgemeines

Damit ein Rückkaufswert überhaupt in Betracht kommt, muss nach § 169 Abs. 1 VVG Versicherungsschutz für ein Risiko bestehen, bei dem der Eintritt der Verpflichtung gewiss ist. Selbstverständlich kann diese Regelung nicht dadurch umgangen werden, dass keine Leistung für den Fall des Stornos vorgesehen wird, um damit eine Zwangsläufigkeit der Verpflichtung zu verhindern⁶⁴¹. Die Regelung ist nichtmals so zu verstehen, dass sich auf jeden Fall ein versichertes Risiko verwirklichen muss, das in einem aufsichtsrechtlichen Risikokatalog genannt ist, vielmehr genügt der Eintritt eines tatsächlichen Ereignisses, das eine Verpflichtung nach sich zieht⁶⁴². Der Eintritt einer Pflicht ist demgemäß auch dann gewiss, wenn bei einer gemischten kapitalbildenden Lebensversicherung entweder die Todesfallleistung oder die Ablaufleistung bzw. Rente zu zahlen ist⁶⁴³. Damit gilt § 169 VVG auch für Kapitalgarantien, die keinen Versicherungs-, sondern Werkvertragscharakter haben.

Variable Annuities umfassen die versicherungsrechtliche Absicherung gegen mehrere Risiken. Sind mehrere Risiken versichert, soll der Gewissheit nichtmals entgegenstehen, dass beide Teile in der Gestalt von Haupt- und Zusatzversicherung voneinander trennbar sind⁶⁴⁴. Teilweise wird für maßgeblich gehalten, ob ein einheitlicher Vertrag vorliege, deshalb sei bei Haupt- und Zusatzversicherung, die nur zusammen kündbar sein, eine Bewertungseinheit anzunehmen⁶⁴⁵. Bei Variable Annuities ist die Kapitalgarantie grundsätzlich in einen einheitlichen Vertrag eingebunden, so dass insofern die Kapitalgarantie genauso behandelt werden muss wie eine herkömmliche

⁶⁴¹ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1299.

⁶⁴² Engeländer, VersR 2007, 1297, 1299.

⁶⁴³ Für den entsprechenden Begriff im Rahmen des § 172 VVG a.F. BGH, Urteil vom 12.10.2005, IV ZR 162/03, Rz. 10, VersR 2005, 1565, 1566.

⁶⁴⁴ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 9; Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1133; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 36.

⁶⁴⁵ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 8.

Erlebensfalleistung. § 169 VVG ist also unabhängig von der Art der Absicherung anwendbar.

Stellt man aber auch die Garantieleistung ab, ergeben sich weitergehende Zweifel. Nach der ganz überwiegenden Auffassung können Rentenversicherungen nur dann § 169 VVG unterfallen, wenn gleichzeitig auch eine Todesfalleistung vereinbart wird⁶⁴⁶. Dies ist eine auch unabhängig von Kapitalgarantien relevante Frage, die aber bei Kapitalgarantien, die sich nur auf Rentenleistungen beziehen, eine besondere Brisanz erhält, wenn der Versicherungsnehmer immerhin sogar eine gesonderte Gebühr für den Kapitalerhalt aufbringt. Wirtschaftlich gesehen tritt das Angebot des Kapitalschutzes auch in Konkurrenz zu dem des Todesfallschutzes mit der Folge, dass sich der Versicherungsnehmer dazu entscheiden kann, auf einen allzu weitgehenden Todesfallschutz zu verzichten. Dann lässt einen das Ergebnis stutzen, ob die Rechtsfolge einer Kündigung während der Aufschubzeit tatsächlich davon abhängen soll, ob der Versicherungsnehmer, dem es in der heutigen Zeit regelmäßig primär um die Altersvorsorge geht, einen Todesfallschutz „hinzugebucht“ hat oder darauf verzichtet hat, um Kosten zu sparen.

Geht man vom Wortlaut aus, so spricht dieser eindeutig dafür, bei Rentenversicherungen gerade keine Gewissheit anzunehmen. Allerdings wird in der Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit § 168 Abs. 2 VVG ohne weitere Beschränkung - allerdings auch ohne weitere inhaltliche Auseinandersetzung – zum Ausdruck gebracht, dass eine Gewissheit auch bei Rentenversicherungen anzunehmen sei⁶⁴⁷.

Allerdings geht der Zweck des § 169 VVG dahin, dass der Versicherer keine unberechtigten Vorteile aus der Kündigung ziehen soll⁶⁴⁸. Dann erscheint die Rechtslage, wie sie vom Wortlaut vorgegeben wird, zweifelhaft. Dies liegt darin, dass die Rentenversicherung eine besondere Versicherung ist, bei der der Versicherer gerade nicht zahlt, wenn das unvorhergesehene Ereignis – hier der Tod - eintritt, sondern wenn es nicht eintritt. Stellt man nicht auf das dogmatisch bzw. versicherungstechnisch so definierte Risiko der „Langlebigkeit“, sondern das empirische Risiko aus Sicht des Versicherungsnehmers, das unvorhergesehene Ereignis aus seiner Lebenssphäre, ab, so ist die Risikotragung spiegelverkehrt. Diesen Umstand muss man bei der Bestimmung der Leistungsprofile, wie sie vom Typus vorgegeben wird, berücksichtigen. Beim Typ der regulären Versicherung zahlt der Versicherungsnehmer laufende Beträge, damit der Versicherer eine Gefahr trägt und eine Geldleistung erbringt, wenn sich das Risiko verwirklicht. Bei der Rentenversicherung zahlt der Versicherer laufende Beträge, damit der Versicherungsnehmer die Gefahr trägt und auf das eingesetzte Kapital verzichtet, wenn sich das Risiko des Todes verwirklicht. Das empirische Risiko trägt also bei der Rentenversicherung der Versicherungsnehmer, der das eingesetzte Kapital verliert, wenn er stirbt und damit das Risiko eintritt. Der Versicherer hingegen zahlt faktisch eine „Prämie“ an den Versicherungsnehmer, für die er keinen entsprechenden Gegenwert erhalten hat, wenn das Risiko *nicht* früh genug eintritt. Hinsichtlich der Belastung mit dem faktischen Risiko sind die Rollen also vertauscht. Ist aber

⁶⁴⁶ Ortman in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 12; Mönlich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 41; zweifelnd Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1131, Fn. 233 unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 165.

⁶⁴⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 101.

⁶⁴⁸ Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103: maßgeblich ist der „echte“ Wert.

eine Aufschiebzeit vereinbart, die der Kapitalanlage dient, erbringt der Versicherer keine „Prämie“, folglich spricht viel dafür, dass der Versicherungsnehmer während dieser Zeit auch nicht mit dem Risiko des Kapitalverlusts belastet werden darf.

Dabei ist auch § 169 Abs. 2 VVG zu beachten, der etwa greift, wenn das Deckungskapital für eine vereinbarte Rente höher ist als die vereinbarte Prämienrückzahlung im Todesfall vor Beginn der Rentenzahlung⁶⁴⁹. Somit ergibt sich aus § 169 Abs. 2 VVG eindeutig, dass der Versicherungsnehmer nur in der Höhe des Todesfallschutzes einen Rückkaufswert erhält, der restliche Betrag verrentet wird. Dieser systematische Zusammenhang erzwingt dann methodisch auch, dass der Versicherungsnehmer vollständig auf künftige Rentenleistungen verwiesen wird, wenn gar kein Todesfallschutz vereinbart wurde. Es liegt eh an den Parteien, das versicherte Risiko zu definieren, wie sich an der Regelung für die Wartezeit in der Krankenversicherung zeigt, § 197 VVG. Eine Wartezeit beschreibt den Zeitraum, in dem der Versicherungsnehmer bereits die Prämie schuldet, ohne bereits Versicherungsschutz zu genießen – und damit das Auseinanderfallen von technischem und materiellem Versicherungsbeginn⁶⁵⁰. Versicherungsvertraglich ist zu differenzieren zwischen dem technischen Versicherungsbeginn, ab dem der Versicherer zur Prämienhebung berechtigt ist, und dem materiellen Versicherungsbeginn, ab dem der Versicherungsnehmer in den Genuss von Versicherungsschutz kommt⁶⁵¹. Diese Benachteiligung des Versicherungsnehmers findet ihren Grund darin, dass durch Ausschluss von bei Vertragsschluss bereits objektiv gegebenen oder gar subjektiv bereits erkannten Leiden eine verlässlichere Prämienkalkulation ermöglicht werden soll⁶⁵².

Somit bleibt dem Versicherungsnehmer während der laufenden Beitragszahlung nichts anderes übrig, als die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung nach § 165 VVG zu verlangen. Lässt sich an diesem Ergebnis für die Rentenversicherung nichts rütteln, stehen doch die Auswirkungen auf die Kapitalgarantie in Frage. Ist nun aber die Rentenversicherung mit einer Kapitalgarantie verbunden, die keinen Versicherungscharakter aufweist, so ändert dies doch nichts daran, dass beide Teile in ein und derselben Leistung zusammenfallen im Rahmen eines gemischten Vertrages. Erlangt der Versicherungsnehmer für die Kapitalanlage keinen Rückkaufswert, so kann nichts anderes hinsichtlich ihres garantierten Teils gelten.

Gelangt der Vertrag in die Rentenbezugsphase, ist aber einschränkend zu berücksichtigen, dass das Kündigungsrecht nur bis zum Rentenbeginn besteht, da danach die Leistungspflicht beginnt⁶⁵³. Allenfalls durch vertragliche Vereinbarung kann dem Versicherungsnehmer bei Variable Annuities die Möglichkeit eingeräumt werden, auch noch nach Rentenbeginn zu kündigen, um damit das noch vorhandene Fondsguthaben ausbezahlt zu bekommen⁶⁵⁴. Allerdings ist durchaus eine Kündigung und ein Anspruch auf Zahlung eines Rückkaufswertes anzuerkennen, wenn das Vertragsverhältnis in die Rentenbezugsphase gemündet und die weitere Leistungspflicht gewiss ist, da eine

⁶⁴⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 101.

⁶⁵⁰ Hütt in Langheid/Wandt, § 197, Rn. 1; Voit in Prölss/Martin, § 197, Rn. 12.

⁶⁵¹ Johannsen in Versicherungsrechts-Handbuch, § 8, Rn. 33; Muschner in Langheid/Wandt, § 2, Rn. 4.

⁶⁵² Hütt in Langheid/Wandt, § 197, Rn. 2; Rogler in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 197, Rn. 1.

⁶⁵³ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 982.

⁶⁵⁴ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 982.

Rentengarantiezeit vereinbart wurde⁶⁵⁵. In diesem Fall kommt es ebenfalls zur Anwendung des § 169 Abs. 2 VVG, so dass ein Rückkaufswert nur hinsichtlich des garantierten Betrags in Betracht kommt. Satz 2 kann unmittelbar deshalb nicht angewendet werden, weil eine prämienfreie Versicherung nach § 165 VVG mangels laufender Beitragszahlung nicht in Betracht kommt. Vielmehr ist die vorgesehene garantierte Rente anteilmäßig gekürzt weiter zu zahlen.

2. Beschränkte Kapitalgarantie

Fraglich ist, was gilt, wenn die Kapitalgarantie nur beschränkt gewährt wird. In jedem Fall wird sie der Höhe nach beschränkt sein. Es ist unstrittig, dass die Zwangsläufigkeit der Verpflichtung nicht dadurch als eingeschränkt betrachtet werden kann, dass je nach Wertschwankungen die Höhe der Leistung eine andere ist⁶⁵⁶. Unstrittig ist demnach davon auszugehen, dass selbst fondsgebundene Rentenversicherungen erfasst werden⁶⁵⁷. Zur Vermeidung absurder Folgen - kein Rückkauf bei der fondsgebundenen Versicherung – liegt das auf der Hand, auch wenn sich dies nicht zwingend aus dem Wortlaut ergibt. Dann gilt aber nichts anderes auch für beschränkte Kapitalgarantien.

Fraglich ist aber, was gilt, wenn bestimmte Teile nicht im Alternativverhältnis zueinander stehen. Dies betrifft Garantien, die sich etwa nur auf Rentenleistungen erstrecken und damit nicht bei Ausübung eines Kapitalwahlrechts greifen. Darüber hinaus wird aber davon ausgegangen, dass eine Berufsunfähigkeitszusatzversicherung, bei der der Eintritt des Versicherungsfalles offen ist, trotz § 176 VVG keine Berücksichtigung finden soll⁶⁵⁸. Auch bei einer Kapitalanlageversicherung ist der Versicherungsfall offen, wie bereits dargelegt, darf der Umstand, dass es in jedem Fall zu einer Kapitalauszahlung kommt, nicht mit dem Eintritt des Versicherungsfalles verwechselt werden, da sich das versicherte Risiko nur verwirklicht, wenn der Anlagewert zu festgesetzten Zeitpunkt unter den Garantiebetrug gesunken ist und vor allem auch die jeweils abgesicherte Leistung gewählt wurde.

Eine andere Frage ist die, was gilt, wenn die Garantie nur für einige Leistungen gewährt wird, regelmäßig nur für eine Rentenleistung. Bei Verträgen, die verschiedene Leistungen in unterschiedlicher Höhe vorsehen und bei denen damit nur in Höhe der niedrigsten Leistungspflicht der Eintritt der Verpflichtung gewiss ist, ist umstritten, ob der übersteigende Teil nicht unter § 169 VVG fällt⁶⁵⁹ oder § 169 VVG für den gesamten Vertrag gilt⁶⁶⁰. Dass § 169 VVG für den übersteigenden Teil keine Anwendung finden kann, wird damit begründet, dass statt des Begriffs des „Vertrages“ der der „Versicherung“ verwendet werde⁶⁶¹. Diese Unterscheidung wird aber nicht für zwingend erachtet, da der Gesetzgeber beide Begriffe

⁶⁵⁵ Mönlich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 40.

⁶⁵⁶ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1299.

⁶⁵⁷ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 12.

⁶⁵⁸ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 11 stellt darauf ab, dass eine Leistungspflicht nicht gewiss ist, Mönlich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 42 auf die sachliche Nähe zur Krankenversicherung.

⁶⁵⁹ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1299, mit der Meinung, dass die Kündigung insofern nur die Wirkung habe, dass keine Beiträge mehr gezahlt werden.

⁶⁶⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 26; Brömmelmeyer, Versicherungsrechts-Handbuch, §42, Rn. 155; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 13, Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 11.

⁶⁶¹ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1299.

synonym verwende, gegen eine Differenzierung anhand der Leistungshöhe spreche außerdem Abs. 2, der eine Regelung genau für diese Konstellation darstelle⁶⁶².

Richtigerweise hat auch in diesem Zusammenhang zu gelten, dass sich die Gewissheit nicht auf die Höhe der Leistungen beziehen muss, wie dies auch bei der fondsgebundenen Versicherung angenommen wird. Dies muss schon deshalb gelten, weil sich die Ungewissheit über die Höhe der Leistung auch nur auf einzelne Leistungspflichten beschränken kann, während andere betragsmäßig festgelegt sind. Gerade bei alternativen Garantien bestehen vielfältige Kombinationsmöglichkeiten, etwa dass eine Garantie nur für Rentenzahlungen gewährt wird, während im Todesfall das vorhandene Fondsvermögen ausgezahlt wird. Dann würde § 169 Abs. 2 VVG greifen, wenn das Deckungskapital für eine vereinbarte Rente höher ist als die vereinbarte Prämienrückzahlung im Todesfall vor Beginn der Rentenzahlung⁶⁶³ oder umgekehrt eine höhere Todesfall- statt Erlebensfallleistung vereinbart ist⁶⁶⁴. Es wird also ein Rückkaufswert mindestens in Höhe des Fondvermögens bezahlt, während ein darüber hinausgehender Garantieteil weiterhin dem Garantiezweck dient, wenn insofern überhaupt ein Deckungskapital besteht, was noch zu prüfen sein wird.

II. Sonderregelung für fondsgebundene Versicherungen

Der Rückkaufswert bestimmt sich nach Abs. 4 – in Abgrenzung zu § 169 Abs. 3 VVG – bei Versicherungen, die Leistungen im Sinne des § 54 b VAG vorsehen. Gegenstand der Regelung des § 54 b VAG sind Produkte, bei der sich die Höhe der Leistungen nach der Wertentwicklung bestimmter Vermögenswerte gemäß Abs. 1 und 2 bestimmt und Verlustrisiko bzw. umgekehrt Gewinnchance der Versicherungsnehmer trägt⁶⁶⁵. Bei fondsgebundenen Versicherungen etwa ist dann nach § 169 Abs. 4 VVG der Zeitwert und damit der ermittelte Marktpreis zugrunde zu legen⁶⁶⁶. Der Hinweis in § 169 Abs. 4 S. 1 Hs. 3 VVG, dass „im Übrigen“ Abs. 3 gilt, bedeutet insofern nur, dass bei einer Kündigung der Rückkaufswert so zu bemessen ist, als wären die Abschluss- und Vertriebskosten in maximaler Höhe von 4% aller Prämien gleichmäßig auf die ersten fünf Vertragsjahre verteilt worden⁶⁶⁷. Alle alternativen Garantien beziehen sich auf eine Kapitalanlage, deren Risiko und Chancen der Anleger trägt, ergänzen diese aber und entbinden den Anleger entsprechend ihrer Reichweite von der Risikotragung.

Soweit der Versicherer eine „bestimmte Leistung garantiert“, gilt die Berechnung nach dem Zeitwert gem. § 169 Abs. 4 S. 1 Hs. 1 a.E. VVG gerade nicht. Diskutiert wird dabei schon, was eine Garantie in diesem Sinne überhaupt ist. Insofern könnte eine Garantie ihrem Wortsinn nach vorliegen, wenn überhaupt eine bestimmte Leistung zugesagt wird – wogegen aber spricht, dass der Verweis dann immer greifen würde, da immer zumindest die Auskehrung des vorhandenen Fondsguthaben zugesagt wird⁶⁶⁸. Vielmehr, so wird dazu vertreten, solle eine Garantie erst dann greifen, wenn ein zusätzliches Handeln für den Fall des Eintrittes eines gewissen Ereignisses zugesagt werde, dafür spreche auch, dass dieses

⁶⁶² Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 13.

⁶⁶³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 101.

⁶⁶⁴ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 29; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 25.

⁶⁶⁵ Lipowsky in Prölss, VAG, § 54b, Rn.1.

⁶⁶⁶ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 54; Ortmann in Schimikowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 84.

⁶⁶⁷ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 56.

⁶⁶⁸ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1141.

Verständnis für eine Garantie nach dem BGB maßgeblich sei. Dies habe dann zur Folge, dass die vertragstypischen Pflichten *nicht* von dem Verweis erfasst würden, also die Erlebensfall- und Todesfalleistung bei einer Kapitalversicherung und lebenslange Rentenleistungen bei einer Rentenversicherung⁶⁶⁹. Todesfalleistungen sollen auch darüber hinaus, etwa als Nebenleistung einer Rentenversicherung, nicht erfasst sein, da sie weder unter den Wortlaut fallen noch in der Gesetzesbegründung erwähnt werden⁶⁷⁰. Für die Beantwortung der dann naheliegenden Frage, wann überhaupt eine Garantie in diesem Sinne vorliege, sei maßgeblich, dass der Referentenentwurf des Gesetzes noch keine Sonderregelung für eine Garantie enthalten habe⁶⁷¹. Vielmehr ergebe sich aus den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren, dass diese Regelung aufgenommen worden sei, um Hybridprodukte zu erfassen⁶⁷². Dagegen wird dem entgegengesetzt aber auch davon ausgegangen, dass eine Todesfalleistung erfasst werde⁶⁷³.

Ausgehend vom Wortlaut könnte man durchaus davon ausgehen, dass der Begriff der „bestimmten Leistung“ in dem Sinne zu verstehen ist, dass nur bestimmte Arten von Leistungen erfasst werden. Allerdings existiert kein Anhaltspunkt dafür, welche Leistungen dann nicht erfasst sein sollen, vor allem weil in § 169 Absatz 2 VVG bei der Bestimmung der Rechtsfolge des Anspruchs davon ausgegangen wird, dass verschiedene Arten von Leistungen nebeneinander vereinbart werden. Vielmehr dürfte maßgeblich sein, dass die Besonderheit von § 169 Abs. 4 VVG darauf beruht, dass der Versicherungsnehmer die Risiken und Chancen der Anlage trägt, ihm also nur eine ihrer Höhe nach unbestimmte Leistung versprochen wird. Zu dem Begriff der Garantie wird in der Rechtsprechung vertreten, dass dieser, leitet man ihn aus dem Charakter der Garantie bei einer Todesfalleistung ab, als ein Mindestversprechen zu begreifen sei, das sich auf eine ihrer Höhe nach nicht endgültig bestimmte Leistungsverpflichtung beziehe⁶⁷⁴. Folglich werden Mindestzahlungszusagen jeglicher Art erfasst, bezogen auf irgendeine „bestimmte Leistung“, deren Höhe bzw. quantitatives Ausmaß festgelegt ist, ohne dass eine weitergehende Differenzierung anzustellen wäre. Fraglich ist dann aber, ob mit dem Begriff der „bestimmten Leistung“ die Vertragsleistung oder die Rückkaufsleistung nach § 169 VVG gemeint ist. Ist die Vertragsleistung gemeint, berechnet sich der Rückkaufswert auch dann nach § 169 Abs. 3 VVG, wenn vertraglich eine endfällige Leistung vereinbart ist. Ist hingegen die Rückkaufsleistung gemeint, berechnet sich der Rückkaufswert nur dann nach § 169 Abs. 3 VVG, wenn der Versicherer Rückkaufsleistungen bestimmten Ausmaßes verspricht, was bei einer endfälligen Leistung gerade nicht der Fall ist. Der Wortsinn der „bestimmten Leistung“ ist, wie bereits ausgeführt, so offen, dass sich keine Beschränkungen aus ihm ableiten lassen. Somit muss der methodische Blickwinkel erweitert und mit § 169 Abs. 3 VVG die Rechtsfolgenseite in die Betrachtung mit aufgenommen werden. Dort könnte sich ergeben, dass die Berechnung des Rückkaufwertes im vorgeschriebenen Sinn mit der Vereinbarung einer endfälligen Garantie vereinbar ist.

⁶⁶⁹ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1144.

⁶⁷⁰ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1146.

⁶⁷¹ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1146.

⁶⁷² Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1148.

⁶⁷³ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 112.

⁶⁷⁴ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 153; 7 U 144/10, Rz. 130.

III. Rückkaufswert bei der Garantie einer „bestimmten Leistung“

Wird „eine bestimmte Leistung“ garantiert, gilt § 169 Abs. 4 VVG gerade nicht, so dass Abs. 3 Anwendung findet. Die Berechnung des Deckungskapitals erfolgt gemäß § 169 Abs. 3 VVG nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik unter Verwendung der Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation. Dabei lässt sich eine Rechnungsgrundlage beschreiben als aktuarielle Kalkulation – etwa einer Prämie –, die auf gewissen Annahmen für zukünftige, unbekannte und auch nicht bestimmbar Einnahmen und Ausgaben eines Versicherungsvertrags beruht⁶⁷⁵. Maßgeblich sind also sämtliche Parameter, die in eine versicherungsmathematische Formel eingesetzt werden können, also etwa Ausscheideordnungen wie Sterbetafeln, Kostensätze und Diskontierungszinssatz⁶⁷⁶. Nach verbreiteter Ansicht entspricht das Deckungskapital nach § 169 Abs. 3 VVG der Deckungsrückstellung für den Vertrag, da deren Rechnungsgrundlagen heranzuziehen seien⁶⁷⁷. Teilweise wird aber auch davon ausgegangen, dass nicht zwangsläufig ein Gleichlauf mit der Deckungsrückstellung bestehe, sondern allein die Rechtsgrundlagen der Prämienkalkulation maßgeblich sein, sofern sich diese von denen der Deckungsrückstellung unterscheiden, etwa ein höherer Rechnungszins verwendet werde⁶⁷⁸. Das Deckungskapital entspricht dann aber jedenfalls bei deutschen Versicherern der Deckungsrückstellung für den einzelnen Vertrag nach § 11 Abs. 1 S. 1 VAG in Gestalt der bilanziellen Deckungsrückstellung nach § 341 f HGB, § 65 VAG – so nach § 25 Abs. 2 RechVersV, § 4 Abs. 3 DeckRV⁶⁷⁹. Wendet man eine reine prospektive Zeitwertbestimmung an, spielen nicht die vergangenen, in der Vertragslaufzeit erzielten Kapitalerträge eine Rolle, sondern nur die Annahme für künftige Kapitalerträge, mit der Folge, dass der Zeitwert umso niedriger ausfällt, je höher der Zinssatz für die noch zu erwirtschaftenden Kapitalerträge angesetzt wird. Die Bestimmung des Rückkaufswertes nach Abs. 3 unterscheidet sich von einer solchen Zeitwertbestimmung zu Gunsten der Versicherungsnehmer aber dadurch, dass das Vorsichtsprinzip des § 11 VAG angewandt wird, das der Annahme künftiger Kapitalerträge eine Grenze setzt⁶⁸⁰. Im Rahmen der prospektiven Betrachtung berechnet der Versicherer den Barwert der künftigen Leistung damit auf der Grundlage des Höchstzinssatzes für die Deckungsrückstellung, der üblicherweise auch der versprochene Garantiezins gegenüber dem Versicherungsnehmer ist. Faktisch sind aber die Rechnungsgrundlagen identisch, da eine übersteigende Verpflichtung vorfinanziert werden müsste⁶⁸¹. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den Rechnungsgrundlagen wird darin gesehen, dass ausländische Versicherer unterschiedlichen Rechnungsgrundlagen verwenden könnten⁶⁸². Spielt die Wahl der Rechnungsgrundlage keine sonderliche große Rolle, muss auch die Bedeutung der prospektiven Betrachtung relativiert werden: Über den Garantiezinssatz hinausgehende Erträge werden den Versicherungsnehmer im Rahmen der Überschussbeteiligung gutgeschrieben, deren Wert im Rahmen der Rückkaufswertbetrachtung Berücksichtigung findet, § 169 Abs. 7 VVG. Die versicherungsmathematische Besonderheit, dass nicht nur auf

⁶⁷⁵ Engeländer, NVersZ 2001, 289.

⁶⁷⁶ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 32; Engeländer, VersR 2007, 1297, 1302.

⁶⁷⁷ Gatschke, VuR 2007, 447, 448; Schick/Franz VW 2007, 764; Kleinlein, VuR 2008, 13; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 27; Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1160.

⁶⁷⁸ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 79; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 20; Engeländer, VersR 2007, 1297, 1303.

⁶⁷⁹ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 31.

⁶⁸⁰ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 22.

⁶⁸¹ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 25; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 22.

⁶⁸² Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 80.

die Erlebensfalleistung, sondern auch auf das Verhältnis zur Todesfalleistung abgestellt wird, insofern als beide gewichtet nach ihrer Wahrscheinlichkeit in die Bewertung eingehen, fällt nicht übermäßig ins Gewicht. Letztlich trägt das Deckungskapital damit sehr deutlichen Sparvertragscharakter. Vereinzelt wird sogar noch darüber hinaus ausgegangen, dass retrospektiv, nach den aufgezinnten Einnahmen und Ausgaben⁶⁸³, auf die Summe der verzinslich angesammelten Sparanteile eines konkreten Vertrages abzustellen sei⁶⁸⁴.

Fraglich ist aber, ob von der anerkannten, üblichen Bestimmung des Rückkaufswertes zu Gunsten anderer Produktgestaltungen abgewichen werden kann. Abhilfe könnte zumindest die Anwendung von § 169 Abs. 3 S. 3 VVG verschaffen, nach dem Versicherer mit Sitz in einem EU/EWR-Staat „anstelle des Deckungskapitals den in diesem Staat vergleichbaren anderen Bezugswert zu Grunde legen können“. Dies hängt davon ab, wie man den Begriff der Rechnungsgrundlagen bestimmt, um dann auch beurteilen zu können, ob Vergleichbarkeit gegeben ist. So wird vertreten, dass auch analytische oder stochastische Berechnungsverfahren für die Prämie als Rechnungsgrundlagen nach Abs. 3 anerkannt werden können⁶⁸⁵. Ein vergleichbarer Bezugswert gem. § 169 Abs. 3 VVG wäre bei With-profit-Produkten der geglättete Anlagewert⁶⁸⁶. Der geglättete Anlagewert soll dabei der geglättete, den Anteilen zuzuordnende Wert der Kapitalanlagen sein⁶⁸⁷. Bei Variable Annuities sind stochastische Berechnungsverfahren für die Bemessung des Hedging-Bestandes und mittelbar auch für die Kalkulation der Garantiegebühr maßgeblich. Legt man diese Auffassung zu Grunde, ergibt sich für die Kapitalgarantien, dass sie zwar endfällig gewährt werden können, die im Rahmen der alternativen Absicherung gebildeten Rückstellungen aber auch maßgeblich für die Bemessung der Höhe des Rückkaufswertes sind. Dagegen wird aber auch davon ausgegangen, dass nur die Rechnungsgrundlagen der traditionellen Versicherungsmathematik gemeint sein⁶⁸⁸. Mit dem Deckungskapital vergleichbare ausländische Bezugsgrößen sollen dann ebenfalls nur solche sein, bei denen ein Sparprozess erfolge und die Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation Anwendung finden⁶⁸⁹. Als eine andere Rechnungsgrundlage in diesem Sinne wird etwa genannt, dass die Beiträge nach dem Marktzins, die Rückstellung aber nach dem Garantiezins berechnet wird⁶⁹⁰ - dies betrifft den bereits angesprochenen Fall der Vorfinanzierung. Sofern jedoch eine Mindestgarantie gegeben wird, die nicht, wie bei Hybrid-Produkten, zusätzlich und damit unabhängig vom Fondswert gegeben wird, sondern sich auf diesen bezieht, sind Rechnungsgrundlagen der Beitragskalkulation demnach gerade nicht vorhanden⁶⁹¹. Bei Variable Annuities fehle es sowohl an einer Berechnung anhand der Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation als auch einem Sparprozess⁶⁹². Auch bei With-profit-Produkten sei eine prospektive Berechnung nicht möglich, da der Barwert als Differenz zwischen Erlebensfalleistung und künftigen Beiträgen nicht berechnet werden könne, da das Leistungsversprechen an das Kollektiv gerichtet sei mit dem Inhalt, das ganze Vermögen

⁶⁸³ Kölschbach in Prölss, VAG, § 65, Rn. 9, der gerade betont, dass nur dann keine Unterschiede bestehen, wenn die Beiträge ohne Gewinnzuschlag kalkuliert werden und bei der Ermittlung der Deckungsrückstellung die gleichen Annahmen zugrunde gelegt werden wie bei der Beitragskalkulation

⁶⁸⁴ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 160; offen gelassen von Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 31.

⁶⁸⁵ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 86.

⁶⁸⁶ Goverts, VW 2011, 1254, 1258.

⁶⁸⁷ Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

⁶⁸⁸ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1302 f.

⁶⁸⁹ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1158 und Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 21.

⁶⁹⁰ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 30.

⁶⁹¹ Engeländer, VersR 2007, 1297, 1311.

⁶⁹² Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1160.

auszukehren⁶⁹³. Entscheidend ist danach also, dass die aus den Beiträgen gebildeten Vermögenswerte nicht individuell zugerechnet werden, damit auch die Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation keine Anwendung finden. Folgt man dieser Auffassung, so entsteht als Folgeproblem die Frage nach dem „alles oder nichts“, nämlich ob die mangelnde Vereinbarkeit mit § 169 Abs. 3 VVG zur Folge hat, dass Abs. 3 nicht gilt, oder die entsprechenden Vertragsgestaltungen unwirksam sind.

Problematisch an der Verwendung des Begriffs der Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation im Rahmen von Regelungen wie § 169 Abs. 3 VVG ist, dass sich solche Rechnungsgrundlagen nicht objektiv eindeutig, etwa abgeleitet aus anderen gesetzlichen Vorgaben, bestimmen lassen⁶⁹⁴. Seit der Deregulierung und dem damit verbundenen Wegfall des Erfordernisses eines Geschäftsplanes ergeben sich auch insofern keine sicheren Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs mehr, vor allem besteht keine Pflicht, eine Rechnungsgrundlage zu dokumentieren⁶⁹⁵. Gerade im Ausland lässt sich auch beobachten, dass konkrete Rechnungsgrundlagen nicht definiert werden, sondern den Verträgen einfach marktübliche Beiträge zugrunde gelegt werden⁶⁹⁶. In der Folge wird davon ausgegangen, dass eine Anknüpfung an die Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation, die es objektiv nicht gebe, vertraglich ausgefüllt werden solle⁶⁹⁷. Dieser Umstand hat auch Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Diese greift nur, wenn von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Ein solcher Spielraum im Sinne des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB besteht auch hinsichtlich der Bestimmung des Rückkaufwertes „nach anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik“⁶⁹⁸. Ist nun aber die vertragliche Regelung für die Bestimmung der anzuwendenden Rechnungsgrundlagen maßgeblich, spricht viel dafür, dass sich der Begriff nicht nur auf die traditionelle, in der Vergangenheit im Geschäftsplan genehmigten und heute noch verbreitete Ausgestaltung beschränkt. Abgestellt werden kann auch auf die Ausführungen zu der zu bejahenden Frage, ob ein Hedging eine versicherungstechnische Transformation darstellen kann. Aber auch wenn damit die Regeln der Versicherungsmathematik eine gewisse Bandbreite aufweisen, ist doch fraglich, ob auch Berechnungen völlig anderer, etwa stochastischer Art derart anerkannte Regelungen der Versicherungsmathematik darstellen. Ein wissenschaftstheoretischer Diskurs im Bereich der Versicherungsmathematik ist an dieser Stelle aber entbehrlich, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass der Rückkaufwert maßgeblich mit der Deckungsrückstellung zusammenhängt. Selbst wenn man insofern keinen vollständigen Gleichlauf mit der deutschen Deckungsrückstellung anerkennt, ist es doch wirtschaftlicher Notwendigkeit geschuldet, dass Rückstellungen für den Fall des Rückkaufs vorhanden sind, der Zusammenhang von Anspruch und Absicherung also offensichtlich. Wie bereits gesehen, hat der deutsche Gesetzgeber aber insbesondere ein Hedging, das auf die maßgeblichen Ansprüche eben vor allem durch stochastische Betrachtungen zugeschnitten und passend gemacht wird, durch entsprechend strikte Regelungen verhindert. Neuerungen sind normativ jedenfalls solange nicht als anerkannt ansehbar, solange das Gesetz als Inbegriff des Normativen an anderer Stelle darauf ausgelegt ist, sie zu verhindern. Für eine einschränkende Auslegung bei Abs. 3 spricht im Kontext der Rechtsordnung zudem, dass der Begriff des Deckungskapitals in anderen

⁶⁹³ Goverts, VW 2011, 1254, 1258.

⁶⁹⁴ Engeländer, NVersZ 2001, 289, 296.

⁶⁹⁵ Engeländer, NVersZ 2001, 289 f.

⁶⁹⁶ Engeländer, NVersZ 2001, 289, 290.

⁶⁹⁷ Engeländer, NVersZ 2001, 289, 294; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 30.

⁶⁹⁸ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 306.

systematischen Zusammenhängen wie der betrieblichen Altersvorsorge nach §§ 2, 10 BetrAVG, Regelungen zu Unterstützungskassen nach § 4 d EStG und dem familienrechtlichen Versorgungsausgleich immer mit einer Sparleistung und einer Kapitalansammlung in Verbindung gebracht wird⁶⁹⁹. Als Ergebnis ergibt sich damit, dass ein Rückkaufswert nach § 169 Abs. 3 VVG nur ein solcher ist, der mit den herkömmlichen Rechnungsgrundlagen bemessen wird, die letztlich Ausdruck eines modifizierten Spargeschäfts sind.

Insofern ergibt sich aber an dieser Stelle als Folge, wiederum aus dem Zusammenhang von Garantie und deren Absicherung: Bei einer garantierten Mindestleistung kann die verlangte Berechnung des Deckungskapitals nach herkömmlichen Rechnungsgrundlagen wirtschaftlich vertretbar nur erfolgen, wenn für die garantierte Mindestleistung auch tatsächlich eine prospektive Deckungsrückstellung erfolgt ist⁷⁰⁰. Produkte mit alternativen Absicherungsformen, wie Hedging oder auch kollektiv-geglättete Rückstellungen wie bei With-profit-Produkten, könnten damit in Deutschland auch aus dem EU/EWR-Raum heraus nicht angeboten werden. Aus diesem Zwischenergebnis werden unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen.

IV. Streitstand in der Literatur

Überwiegend wird die Zulässigkeit einer endfälligen Garantie angenommen⁷⁰¹. Zumeist wird dieser Widerspruch zu § 169 Abs. 3 VVG dadurch behoben, dass Abs. 3 schlichtweg für nicht anwendbar gehalten wird - fehle es an einem Deckungskapital gem. Abs. 3, etwa weil reale Sicherungselemente erworben wurden, verbleibe nur, den Rückkaufswert für die garantierte Leistung auch als Zeitwert zu berechnen⁷⁰². Dies wird ausdrücklich auch für Variable Annuities angenommen⁷⁰³. Oft wird dafür auch auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung verwiesen⁷⁰⁴. Teilweise wird aber angenommen, dass der Versicherer verpflichtet sei, zu jedem Zeitpunkt im Vertragsablauf einen Rückkaufswert im Sinne des § 169 Abs. 3 VVG auszuzahlen⁷⁰⁵. Selbst wenn entsprechende vergleichbare Bezugswerte nach § 169 Abs. 3 S. 3 VVG fehlen, sei für ausländische Anbieter vertraglich ein nach deutschem Aufsichtsrecht berechnetes Deckungskapital maßgeblich⁷⁰⁶. Das läuft also auf eine Produktbeschränkung hinaus.

Die Auslegung, dass § 169 Abs. 3 VVG nicht gelte, findet im Wortlaut von Abs. 3 S. 1 keine Grundlage⁷⁰⁷. Dementsprechend wird auch der Wortlaut von § 169 Abs. 3 S. 3 so verstanden, dass ein Bezugswert „vergleichbar“ sein müsse und einer endfälligen Garantie

⁶⁹⁹ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1159.

⁷⁰⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 55.

⁷⁰¹ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 43; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 37; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 100.

⁷⁰² Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 55; Engeländer, VersR 2007, 1297, 1311; Schick/Franz, VW 2007, 764, 765.

⁷⁰³ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34.

⁷⁰⁴ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34; so auch Engeländer, VersR 2009, 1308, 1317.

⁷⁰⁵ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 21; Gatschke, VuR 2007, 447, 449; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 44; letztlich auch Präve, VersR 2008, 151, 154, der darin aber einen europarechtlichen Verstoß erblickt.

⁷⁰⁶ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 21.

⁷⁰⁷ Präve, VersR 2008, 151, 154; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 31, der aber im Ergebnis eine andere Auffassung vertritt.

entgegenstehe⁷⁰⁸. Für die Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 169 Abs. 3 VVG wird der Wortlaut von Abs. 3 S. 2 herangezogen, nach dem Rückkaufswerte gerade nicht garantiert sein müssen, weiterhin auch die VVG-InfoV, die von Rückkaufswerten ausgeht, die „Null“ betragen⁷⁰⁹. Gegen die Argumentation mit den VVG-InfoV-Regeln wird angeführt, dass insofern zwischen einem gesetzlichen Anspruch und einem vertraglichen zu differenzieren sei, das „Ausmaß“ der Garantie nach § 2 Abs. 1 Nr. 4, 6 VVG-InfoV nur relevant sein könne, wenn damit der vertragliche Anspruch gemeint sei⁷¹⁰. Gesetzlich sei der Anspruch nach § 169 Abs. 3 VVG nicht deshalb, weil er im Gesetz normiert sei, sondern weil er keine entsprechende Abrede voraussetze und sich auch nicht als „hypothetischer, typisierter Parteiwille“ einschätzen lasse⁷¹¹. Es handele sich um einen Anspruch bereicherungsrechtlicher Art, der als speziellere Regelung die allgemeineren §§ 812 ff. BGB verdränge⁷¹². Die Berechnung des gesetzlichen Anspruchs ergebe sich unter Anwendung der angegebenen Berechnung, wobei für die dabei relevanten Faktoren nicht der Zeitpunkt des Vertragsschluss maßgeblich sei⁷¹³. Gesetzlicher und vertraglicher Anspruch stünden in kumulativer Konkurrenz, so dass der Versicherungsnehmer letztlich die höhere Leistung verlangen könne⁷¹⁴. Gegen die Annahme eines solchen gesetzlichen Anspruchs auf Zahlung eines Mindestrückkaufswertes wird aber angeführt, dass sich gerade die Grundsätze der Rechtsprechung nicht als Definition eines Zeitwertes verstehen lassen, sondern lediglich Folgen für einen Transparenzverstoß bestimmten⁷¹⁵. Dieses Argument zumindest ist aber durch § 169 VVG hinfällig geworden.

Weiterhin wird von den Befürwortern nicht garantierter Rückkaufswerte auf die Gesetzgebungsgeschichte verwiesen. So war noch in der Begründung des Regierungsentwurfes vorgesehen nach § 169 Abs. 3 S. 2 VVG-E, dass die Rückkaufswerte für jedes Jahr angegeben und insofern auch garantiert sein müssen⁷¹⁶. Hieran habe sich vor allem europarechtlich motivierte Kritik entfaltet, der der Gesetzgeber mit der Änderung von S. 2 entgegenkommen wollte⁷¹⁷. Damit in Einklang wird in der Gesetzesbegründung angeführt, die eingefügte Regelung entspreche wörtlich Anhang III A, a.9 RL 2002/83/EG⁷¹⁸ bzw. Art. 185 Abs. 3 f RL 2009/138/EG⁷¹⁹.

Im europarechtlichen Kontext problematisch ist eine jederzeit geltende Garantie bei Produkten von Versicherern mit Sitz in EU-EWR-Staaten, deren Produkte nicht darauf ausgelegt sind. So bezweckte die Deregulierung und damit einhergehende Herstellung eines europäischen Binnenmarktes gerade, Vertragspartnern die Möglichkeit zu geben, die Vertragsleistungen frei zu bestimmen, was sich aus Erwägungsgrund Nr. 46 und 52 von RL

⁷⁰⁸ Brambach in Rüffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 21.

⁷⁰⁹ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 44.

⁷¹⁰ Schönemann, VersR 2009, 442, 445, 447.

⁷¹¹ Schönemann, VersR 2009, 442, 443.

⁷¹² Schönemann, VersR 2009, 442, 444.

⁷¹³ Schönemann, VersR 2009, 442, 446.

⁷¹⁴ Schönemann, VersR 2009, 442, 444.

⁷¹⁵ Schwintowski, VersR 2008, 1425, 1429.

⁷¹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 103.

⁷¹⁷ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 36 m.w.N; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 43.

⁷¹⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des VVG, BT-Drs. 16/5862, S. 100.

⁷¹⁹ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 100.

2002/83/EG ergebe.⁷²⁰ Eine Hinderung von Versicherern, ihre Produkte zu vertreiben, kommt nach Art. 33 RL 2002/83/EG nur in Betracht, wenn dafür Vorschriften des Allgemeininteresses in dem Mitgliedsstaat der Verpflichtung sprechen⁷²¹. Die Einschränkung solcher Garantie liege aber, so wird vorgebracht, nicht im Allgemeininteresse, da insofern die Angebotsvielfalt erhöht werde, endfällige Garantien auch etwa bei fest verzinslichen Wertpapieren üblich sein⁷²². Die Gegenauffassung führe weiterhin auch dazu, dass jederzeit Rücklagen zu bilden seien, was zur Folge habe, dass die Anlagefreiheit des Versicherers beschränkt werde⁷²³. Insofern würde eine Garantie mit diesem Verständnis die Anbieter in ihren Grundfreiheiten, in dem Recht auf Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und dem Recht auf Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV verletzen⁷²⁴. Angesichts des Interessenkonflikts zwischen vorzeitig ausscheidenden Versicherungsnehmern und den anderen sei es bereits fraglich, ob die Regelung überhaupt zum Verbraucherschutz geeignet sei⁷²⁵. Außerdem reiche es vollkommen aus, statt eine Produktregulierung erhöhte Informationspflichten vorzusehen⁷²⁶. Dagegen wird aber auch angenommen, dass hier vorrangig der Zweck des Schutzes des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen sei und die Regelung in Abs. 3 rechtfertige⁷²⁷. Auch die Regelung des § 169 Abs. 3 S. 3 VVG gelte nicht allgemein für alle ausländischen Versicherer, sondern nur für solche aus dem EU/EWR-Ausland, so dass darin nur eine beschränkte Begünstigung normiert sei⁷²⁸. Maßgeblich soll nach anderer Ansicht aber der Zweck des Mindestrückkaufwertes von § 169 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 VVG nur darin liegen, eine gerechte Kostenverteilung sicherzustellen, nicht aber auch die Absicherung von Kapitalanlageschwankungen⁷²⁹. Im Ergebnis werde dadurch auch nur erreicht, dass Lebensversicherungen mit endfälligen Garantien zulässig werden, die zwischen herkömmlichen Produkten und reinen fondsgebundenen Versicherungen einzuordnen seien⁷³⁰.

V. Würdigung anhand AGB-rechtlicher und typologischer Aspekte

Wie von der entsprechenden Auffassung auch dargelegt, spricht der Wortlaut der Regelung in § 169 Abs. 3 S. 1 VVG dagegen, dass die Möglichkeit besteht, keinen Mindestrückkaufwert vorzusehen⁷³¹. Einen Bruch bedeutet insofern der systematische Zusammenhang mit Satz 2. Die Unterscheidung zwischen dem Rückkaufwert und dessen garantiertem Teil spricht eindeutig dafür, dass auch im Rahmen von klassischen Verträgen eine Vertragsgestaltung möglich ist, bei der eine Garantie nicht oder nur endfällig gewährt wird. Im Raum steht dann aber das Argument, die Regeln der VVG-InfoV gelten insofern nur für den gesetzlichen Anspruch. Für eine solche Unterscheidung lässt sich versicherungstechnisch sicherlich anführen, dass die vertraglich vereinbarten Werte im

⁷²⁰ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 28.

⁷²¹ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34, weiterhin Bürkle, VersR 2006, 1042, 1045.

⁷²² Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 104.

⁷²³ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34.

⁷²⁴ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 43; Präve, VersR 2008, 151, 154; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 104.

⁷²⁵ Bürkle, VersR 2006, 1042, 1047 f.

⁷²⁶ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, 34; Bürkle, VersR 2006, 1042, 1048; im anderen Kontext auch EFTA-Gerichtsentscheidung vom 25.11.2005 gegen Norwegen, E-1/05.

⁷²⁷ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 44.

⁷²⁸ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 21.

⁷²⁹ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 44.

⁷³⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 44.

⁷³¹ Grote in Marlow/Spuhl, Rn. 1142 f.

Vertragstext aufgeführt sind bzw. sich zumindest aus diesen ableiten lassen, während sich der gesetzliche relevante Wert erst bei Kündigung unter Anwendung der maßgeblichen Rechnungsgrundlagen bemessen lässt⁷³². Ein Anspruch ist aber nach anerkannter Dogmatik bereits vertraglicher Natur, wenn er sich aus einem vertraglichen Schuldverhältnis ergibt, obwohl er selbst als Rechtsfolgenanordnung nur gesetzlich normiert ist⁷³³. Insofern wird davon ausgegangen, dass der Nacherfüllungsanspruch dogmatisch aus dem Erfüllungsanspruch folgt⁷³⁴. Selbst ein Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ist vertraglicher Natur, wenn er aus einer vertraglichen Pflichtverletzung resultiert⁷³⁵. Mit gesetzlichen Ansprüchen sind in Abgrenzung dazu konsequenterweise Ansprüche gemeint, die aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis resultieren, wie §§ 812, 823 BGB. Systematisch ergibt sich ein sicherer Schluss für die Einordnung von Ansprüchen schon aus ihrem Kontext, - §169 ist im Kapitel 5, „Lebensversicherung“, des Versicherungsvertragsgesetzes geregelt. Dem wird die Behauptung entgegengesetzt, § 169 VVG stelle eine bereicherungsrechtliche Regelung dar⁷³⁶. Dies ist schon deshalb nicht überzeugend, weil Abwicklungsvorschriften im Fall der Kündigung ein üblicher Bestandteil vertragsrechtlicher Regelung sind, etwa § 649 BGB beim Werkvertrag oder § 628 BGB beim Dienstvertrag. Bereicherungsrecht hingegen greift erst, wenn keine vertragliche Vereinbarung vorliegt, hier also gerade nicht. Dagegen wird nun eingewandt, dass § 169 VVG keine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraussetze und sich auch nicht als „hypothetischer, typisierter Parteiwille“ begreifen lasse⁷³⁷. Ein Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht ist aber unstreitig vertragsrechtlicher Natur, obwohl er regelmäßig nicht in die oftmals knappe Vertragsvereinbarung Eingang findet, wie auch allgemein Abwicklungsregelungen sogar überwiegend nicht getroffen werden, weil man die Möglichkeit einer Abwicklung überhaupt nicht in Betracht zieht. Deren Geltung liegt dann tatsächlich in dem „typisierten Parteiwillen“ begründet, dass die Parteien indem sie ein bestimmte Geschäft tätigen, alle damit typischerweise verbundenen Regelungen miteinbeziehen, ohne dass sie alle damit verbundenen Rechtsfolgen konkret auch nur bedenken, geschweige denn billigen würden. Warum dies bei einem Anspruch auf den Rückkaufswert nicht so sein soll, warum insofern kein derartiger Parteiwille vorliegen soll, ist nicht einsichtig. Vielmehr entspricht es dem Typus Spargeschäft, dass der Sparer sein eingesetztes Kapital zurückerhält – davon wird er sogar noch eher ausgehen als der Käufer davon, dass die Kaufsache möglicherweise beschädigt ist. Insofern wird einzig darauf verwiesen, dass keine Prämienrückgewähr erfolgt⁷³⁸. Das scheint ein Hinweis darauf zu sein, dass sich der Versicherungsnehmer keine Vorstellung davon machen kann, was er hier vereinbart. Das liegt aber in der Natur der Sache, nämlich eines komplizierten, finanziell-abstrakt bleibenden Rechtsgeschäfts. Eine typologische Betrachtung setzt voraus, dass man sich damit abfindet, dass ein solcher Typus keine festen Konturen hat, sondern sich entsprechende Konkretisierungen erst aus gesetzlicher Anordnung oder vertraglicher Vereinbarung ergeben. Auch beim Kaufvertrag werden die Parteien regelmäßig keine Vorstellung davon haben, in welcher Weise, wo, auf wessen Kosten eine Nacherfüllung zu erfolgen hat. Der typisierte Parteiwille geht dann aber dahin, sich darauf zu verlassen, dass im Bedarfsfall eine ausgewogene gesetzliche Regelung zur Verfügung steht. Letztlich wird

⁷³² So Engeländer, NVersZ 2002, 436, 441 noch zum alten Recht, nach dem der Zeitwert maßgeblich war.

⁷³³ Dazu etwa Büsken in Langheid/Wandt, Band 2, Allgemeine Haftpflichtversicherung, Rn. 52.

⁷³⁴ So etwa H.P. Westermann in MK, § 437, Rn. 1, 6. Auflage 2012.

⁷³⁵ Büsken in Langheid/Wandt, Band 2, Allgemeine Haftpflichtversicherung, Rn. 52.

⁷³⁶ Schünemann, VersR 2009, 442, 444.

⁷³⁷ Schünemann, VersR 2009, 442, 443.

⁷³⁸ Schünemann, VersR 2009, 442, 443.

zur Begründung noch vorgebracht, dass die gesetzliche Regelung zu den notwendigen Informationen einzig den vertraglichen Anspruch betreffen⁷³⁹. Konsequenterweise müsste dies dann bedeuten, dass sie für den angeblichen gesetzlichen Anspruch gerade nicht gelten. Das wäre aber im Hinblick auf den Schutz des Versicherungsnehmers absurd, da dessen Interesse darauf gerichtet ist, gerade auch über einen gesetzlichen Anspruch informiert zu werden. Somit stellt § 169 VVG lediglich eine Regelung zur Bestimmung der Mindesthöhe der vertraglich geschuldeten Leistung dar. Dass § 169 VVG nach § 171 VVG zwingend ist, spricht nicht für einen gesetzlichen Anspruch, sondern bringt nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen zum Ausdruck, dass insofern zwingendes Recht vorliegt und die Parteien keine abweichende Vereinbarung treffen können.

Die scheinbar so klare Anordnung nach § 169 Abs. 3 S. 1 VVG wird also direkt im Anschluss relativiert. Eine Lösung dieses Widerspruchs könnte dann darin zu sehen sein, dass man die Begrifflichkeit „bestimmte Leistung garantiert“, wie in § 169 Abs. 4 VVG verwendet, einschränkend dahin auslegt, dass eine bestimmte *Rückkaufsleistung* garantiert sein muss, so dass regelmäßig sowieso eine prospektive Deckungsrückstellung erfolgt. Dafür spricht, dass kurz davor eh vom Anspruch auf die Leistung des Rückkaufswertes bemessen nach dem „Zeitwert der Versicherung“ die Rede ist. Die Zusage endfälliger Leistungen wäre dann gar keine Garantie in diesem Sinne, weil die diesbezügliche Leistung eben nicht die Rückkaufsleistung ist. Schon eine Auslegung nach dem Wortlaut im systematischen Kontext spricht also für die Zulässigkeit endfälliger Garantien.

Die Regelung, die Versicherern erlaubt, einen anderen Bezugswert zugrunde zu legen, soll nach Auffassung des Gesetzgebers insofern unproblematisch sein, als Art. 20 GesamtRL die allgemeine Verpflichtung ausspricht, versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden⁷⁴⁰. Für die Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen gelten die Art. 76 – 86 RL 2009/138/EG. Die Interessen des Versicherungsnehmers sein im Hinblick auf mögliche Vorteile bei herkömmlichen Produkten bereits dadurch gewahrt, dass er nach Satz 2 über die Höhe des jeweiligen Rückkaufswertes für jedes Vertragsjahr bereits bei Vertragsbeginn unterrichtet werde, weiterhin eine Information nach § 7 Abs. 2 VVG erhalte⁷⁴¹. Gegen diesen Grundsatz des Gleichlaufs von Rückstellung und Rückkaufswert spricht jedoch, dass versicherungstechnische Rückstellungen erst dann zu bilden sind, wenn entsprechende Vereinbarungen mit dem Versicherungsnehmer vorliegen, also eine Absicherung erforderlich ist⁷⁴². So muss nach § 25 Abs. 2 RechVersV die Deckungsrückstellung mindestens dem vertraglich oder gesetzlich garantierten Rückkaufswert entsprechen. Unabhängig von diesem logischen Zirkelschluss wird man den Gesetzgeber jedenfalls so zu verstehen haben, dass Rückstellungen für eine Leistung an den Versicherungsnehmer verwendet werden sollen, aber diese Leistung gerade keine bestimmte Höhe aufweisen muss. Die Regelung, dass es im Übrigen bei der Anwendung des § 169 Abs. 3 VVG bleibe, soll insofern nämlich auch bedeuten, dass bei fondsgebundenen Lebensversicherungen, die eine Mindestleistung vorsehen, „für die eine prospektive Deckungsrückstellung gebildet wird“, sich der Rückkaufswert nach Abs. 3 bestimmt⁷⁴³. Auch wenn dies nicht zwingend ist, dürfte diese

⁷³⁹ Schünemann, VersR 2009, 442, 445, 447.

⁷⁴⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 103.

⁷⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 103.

⁷⁴² Schwintowski, VersR 2008, 1425, 1426.

⁷⁴³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 103.

Formulierung darauf deuten, dass Abs. 3 gilt, wenn eine dementsprechende Rückstellung gebildet wird, nicht aber, dass dazu eine normative Verpflichtung besteht. Weiterhin hat der Gesetzgeber selbst die Höchstzillmersätze, deren Nichteinhaltung dem Versicherungsnehmer massive Nachteile bringt, nur für anwendbar gehalten, wenn auch das deutsche Aufsichtsrecht Anwendung findet⁷⁴⁴. Damit in Einklang steht auch die bereits dargelegte Gesetzgebungshistorie zu § 169 Abs. 3 S. 2 VVG, so dass sich der Eindruck verfestigt, dass es dem Gesetzgeber nicht darum ging, die Einhaltung aufsichtsrechtlicher Vorgaben auch vertragsrechtlich durchzusetzen.

Das Bestreben, das der Gesetzgeber wiederum seinerzeit mit § 176 VVG a.F., der Vorgängerregelung von § 169 VVG n.F. verband, ging dahin, dem Versicherungsnehmer den zum Zeitpunkt seines Ausscheidens „echten Wert“ seines Vertrags zukommen zu lassen⁷⁴⁵. Zwar unterschied sich die alte Regelung von der neuen dadurch, dass auf den Zeitwert abgestellt wurde. Dieser sollte aber ebenfalls prospektiv durch eine Ermittlung des Barwertes der Verpflichtung anhand versicherungsmathematischer Grundsätze ermittelt werden⁷⁴⁶. Dementsprechend wird die Neuregelung in § 169 Abs. 3 VVG nicht mit einem Bedürfnis nach einer Änderung in der Sache, sondern mit den technischen Erwägungen gerechtfertigt, dass die Abzinsungsfaktoren (gem. § 11 VAG) eingegrenzt und die Berechnung nachvollziehbarer werden soll⁷⁴⁷. Wenn danach auch heute noch der „echte Wert“ des konkreten Vertrages maßgeblich ist, kann es aber keinen allgemeingültigen garantierten Wert geben. Der Zweck des § 169 VVG besteht außerdem nicht nur darin, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des einen Versicherungsnehmers, der den Vertrag nicht mehr fortführen möchte, und dem Versicherer zu gewährleisten, sondern auch die anderen Versicherungsnehmer, die ihre Verträge fortführen möchten, in einen Interessenausgleich einzubeziehen⁷⁴⁸. Deren Interessen widerspräche ein garantierter Wert. Vielmehr besteht das übergeordnete Ziel des Gesetzgebers in einer verallgemeinerungsfähigen Form nur darin, auszuschließen, dass der Versicherer aus der Kündigung ungerechtfertigte Vorteile zieht, sich andererseits aber auch nicht gefallen lassen müssen soll, Nachteile hinzunehmen⁷⁴⁹. Dem entspricht, dass sogar eine Vertragsgestaltung nach § 169 Abs. 4 VVG, bei der dem Versicherungsnehmer überhaupt kein garantierter Rückkaufswert versprochen wird, für zulässig erachtet wird. Dann muss Gleiches aber erst recht für Produkte gelten, bei denen die Garantie nur eingeschränkt gewährt wird, jedenfalls im Grundsatz. Insofern kann es den Vertragsparteien nicht verwehrt sein, im Rahmen ihrer Privatautonomie entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Sofern Garantien gegeben werden, bedingt dies aus Sicht des Versicherers niedrige Ausfallwahrscheinlichkeiten der maßgeblichen Kapitalanlagen, die dann aber auch zwangsläufig mit einer geringeren Rendite einhergehen⁷⁵⁰. Sofern umgekehrt eine hohe Rendite angestrebt wird, muss auch auf regelmäßige und gleichmäßig hohe Überschussbeteiligungen zu Gunsten einer hohen,

⁷⁴⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des VVG, BT-Drs. 16/5862, S. 100.

⁷⁴⁵ Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 23.

⁷⁴⁶ Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103.

⁷⁴⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 102.

⁷⁴⁸ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 1.

⁷⁴⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 1052, 102.

⁷⁵⁰ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 155.

aber schwankenden Schlussüberschussbeteiligung verzichtet werden⁷⁵¹. Bestehen nun aber mehrere Produkte mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen, ohne dass eines objektiv vorzugswürdig ist, lassen sowohl die Grundrechte des GG als auch die europarechtlichen Grundfreiheiten auch nur einen Schutz der Versicherungsnehmer durch transparente AGB, Beratung und Information zu. Reglementierungen sind entweder nicht erforderlich oder nicht angemessen.

Somit gibt es keinen allgemeinen Grundsatz des Inhalts, dass eine jederzeitige Garantie gewährt werden muss.

Entgegen dem Eindruck, den die herrschende Ansicht erweckt, folgt daraus aber nicht zwingend, dass eine endfällige Garantie in jedem Fall, und insbesondere ohne Weiteres auch bei AGB-rechtlicher Vereinbarung zulässig ist. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist im Versicherungsrecht so anzuwenden, dass bloße Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, wohl aber Regelungen, die diese wieder einschränken verändern, ausgestalten oder modifizieren⁷⁵². Die insofern notwendige Abgrenzung zwischen Leistungsbeschreibungen und deren Einschränkungen soll dergestalt erfolgen, dass Leistungsbeschreibungen nur vorliegen, wenn ohne die Regel mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts gar kein wirksamer Vertrag mehr vorliegen würde⁷⁵³. Dies betrifft damit nur das eigentliche Versprechen, für ein abstrakt beschriebenes Ereignis wie Krankheit, Unfall etc. Versicherungsschutz zu gewähren, ohne eine konkrete Ausgestaltung⁷⁵⁴. Eine Regelung über die Laufzeit des Versicherungsvertrags stellt keine Leistungsbeschreibung im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB dar, sondern gestaltet lediglich den wesentlichen Vertragsinhalt weiter aus⁷⁵⁵. Entsprechendes gilt dann auch für die Fälligkeit einer Garantiezusage, unabhängig vom konkreten Typ.

Eine überraschende Klausel gem. § 305 c Abs. 1 BGB liegt vor, wenn zwischen vernünftigerweise gehegten Erwartungen des Versicherungsnehmers und dem Inhalt der Klausel eine Diskrepanz besteht⁷⁵⁶. Ob eine konkrete Erwartung des Versicherungsnehmers in diesem Sinne vernünftig ist, bestimmt sich nach verschiedenen Faktoren, abstrakten, wie dem Grad der Abweichung von dispositiven Recht und den für den Geschäftskreis üblichen Gestaltung⁷⁵⁷. Bisher konnten im Rechtsverkehr nur Garantien beobachtet werden, die jederzeit galten. § 305 c Abs. 1 BGB ist aber nicht schon deshalb verwirklicht, weil ein Bestandteil eines Bedingungswerkes neuartig ist, auch eines ausdrücklichen Hinweises soll es nicht bedürfen⁷⁵⁸. Eine Klausel ist nicht schon deshalb überraschend, weil ein

⁷⁵¹ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 155.

⁷⁵² BGH, Urteile vom 13.07.1994, IV ZR 107/93, Rz. 15, VersR 1994, 1049, 1050; Rz. 20, NJW 2001, 1132, 1133; 28.03.2001, IV ZR 19/00, Rz. 17, NJW 2001, 1934, 1935; dazu Terno, r+s 2004, 45, 47.

⁷⁵³ BGH, Urteile vom 22.11.2000, IV ZR 235/99, Rz. 20, NJW 2001, 1132, 1133; 28.03.2001, IV ZR 19/00, Rz. 17, NJW 2001, 1934, 1935; dazu Terno, r+s 2004, 45, 47.

⁷⁵⁴ BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 137/98, Rz. 21, VersR 1999, 745, 746.

⁷⁵⁵ BGH, Urteil vom 13.07.1994, IV ZR 107/93, Rz. 16, VersR 1994, 1049, 1050.

⁷⁵⁶ BGH, Urteil vom 21.11.1991, IX ZR 60/91, NJW 1992, 1234, 1235; Urteil vom 16.01.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416; OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.10.1993, 5 U 197/93, VersR 1994, 720; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 49.

⁷⁵⁷ BGH, Urteil vom 21.11.1991, IX ZR 60/91, NJW 1992, 1234, 1235; Urteil vom 16.01.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416, 1417; OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.10.1993, 5 U 197/93, VersR 1994, 720; OLG Hamm, Urteil vom 04.10.1985, 20 W 20/85, VersR 1986, 55; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 49.

⁷⁵⁸ Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 17.

unprofessioneller Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen brauchte⁷⁵⁹. Allerdings geht in vorliegendem Zusammenhang nicht um eine einfache Klauselumstellung, sondern ein völlig andere Vertragsgestaltung. Der Maßstab für die Ungewöhnlichkeit ergibt sich jedoch nicht aus den Grundsätzen zum abstrakt einschlägigen Vertragstyp, sondern nach dem Vertragsgegenstand konkret einschlägigen Vertragstyp⁷⁶⁰. Wie bereits untersucht, geht es hier um ganz andere Typen, so dass die Ungewöhnlichkeit schon gar nicht aus einem Vergleich mit der klassischen Form abgeleitet werden kann. Eine überraschende Klausel liegt nicht schon deshalb vor, weil der Versicherer nicht die ganze Bandbreite der im Hinblick auf das abgesicherte Risiko in Betracht kommenden Gefahren versichert⁷⁶¹. Überraschend ist es danach nicht, wenn das Kündigungsrecht einer Rentenversicherung mit Einmalzahlung und sofortigem Rentenbeginn ausgeschlossen wird⁷⁶². Insbesondere Variable Annuities dürfen also den Schutz gegen Kapitalanlagerisiken beschränken.

Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Klausel mit den wesentlichen Grundgedanken einer abweichenden Regelung nicht zu vereinbaren ist. Das ist dann der Fall, wenn sie gegen Rechtssätze verstößt, die von Rechtsprechung und Lehre durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung hergeleitet worden sind⁷⁶³. Hier müssen solche Grundsätze aber überhaupt erst gewonnen werden, so dass diese Vorgabe nicht weiter hilft. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber auch dann vor, wenn wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. § 307 Nr. 2 BGB stellt dabei keinen Bezug auf naturrechtliche Grundsätze dar, so dass sich ein Zirkelschluss nur vermeiden lässt, indem man nicht nur auf die Erscheinungen privatautonomen Handelns, sondern vor allem die Grundsätze und Wertungen des objektiven Rechts abstellt⁷⁶⁴. Somit ist also nicht ein Häufigkeitstypus, sondern ein normativer Typus maßgeblich, nicht die tatsächliche Üblichkeit, sondern die nach der Verkehrsanschauung berechtigten Erwartungen⁷⁶⁵. In der Zusammenschau von § 307 Abs. 3 S. 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB ergeben sich auch die Grenzen der materiellen Inhaltskontrolle, die es gerade nicht vermag, ohne eine Vertragszweckgefährdung eine transparente Benachteiligung zum Wegfall zu bringen⁷⁶⁶. Die Grenzen einer Inhaltskontrolle, die einer Produktbeschränkung gleichkommt, ergeben sich also gerade aus dem vorliegenden Typus.

Was der „echte Wert“ eines Vertrages ist, kann sich aber nur herausstellen, wenn man die konkrete Vertragsgestaltung mit den Grundsätzen, die für den jeweiligen Vertragstyp Anwendung finden, misst. Die Abweichung bei der fondsgebundenen Lebensversicherung, dass hier auf den Zeitwert abgestellt wird, begründet der Gesetzgeber schließlich auch damit, dass der Versicherungsnehmer unmittelbar die Chancen und Risiken der Anlage am Kapitalmarkt trage⁷⁶⁷.

⁷⁵⁹ Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 7.

⁷⁶⁰ BGH, Urteil vom 04.10.2000, XII ZR 44/98, NJW-RR 2001, 439, 440; Schlosser in Staudinger, § 305 c, Rn. 8.

⁷⁶¹ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 49.

⁷⁶² OLG Koblenz, Beschluss vom 27.10.2006, 10 U 161/05, VersR 2007, 1640.

⁷⁶³ BGH, Urteil vom 21.04.1993, IV ZR 33/92, Rz. 16, VersR 1993, 830, 831; Terno, r+s 2004, 45, 50.

⁷⁶⁴ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 268.

⁷⁶⁵ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 327.

⁷⁶⁶ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 327.

⁷⁶⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 102.

Bei gemischten Verträgen, bei denen die typverschiedenen Teile gleichwertig sind, ist auf die Regel für den einschlägigen Typ abzustellen, ggf. auch auf die nach Parteiwillen, also vor allem dem Vertragszweck passendste Regelung. Gemeint ist bei einer Garantie nach § 169 Abs. 4 VVG nicht das Garantiegeschäft als Typ, sondern im allgemeinen Sinne die Zusage der Höhe einer Leistung, letztlich also der Eintritt einer materiellen Begünstigung in einem gewissen Ausmaß. Damit kommt es auf die konkret vereinbarte Leistung an. Bezieht man den Begriff der Garantie auf den im Rahmen des § 169 Abs. 4 VVG maßgeblichen Aspekt der Belastung mit einem Risiko, lässt sich an die Erkenntnisse zum Versicherungsbegriff und der Abgrenzung zu anderen Typen anknüpfen. Die Garantie stellt insofern das Versprechen dar, dem Vertragspartner eine materielle Begünstigung zu verschaffen, die durch den Eintritt eines Risikos vereitelt zu werden droht. Wird dabei bereits der Gegenstand übernommen, mit dem das Risiko verbunden ist, handelt es sich um eine Miete oder ein Darlehen bzw. Spargeschäft, das auch mit dem Versprechen einer prospektiven Beteiligung verbunden sein kann. Der Darlehensnehmer schuldet neben der Rückzahlung des Darlehens auch einen Darlehenszins, der sich nach der Dauer der Überlassung des Kapital richtet. Grundsätzlich – die Probleme der Möglichkeit einer Kündigung und einer Vorfälligkeitsschädigung außen vor gelassen – ist damit die Garantie verbunden, dass der Darlehensgeber zu keinem Zeitpunkt einen Kapitalverlust befürchten muss, sondern umgekehrt mit der Erhöhung durch den Zinsertrag rechnen kann. Weiterhin bleibt die Kapitalgarantie auch unberührt von der Entscheidung über die anschließende Verwendung, also ob sich der Sparer sein Kapital auszahlen oder verrenten lässt. Andererseits kann der Garantiegeber auch versprechen, durch Entfaltung einer Tätigkeit einen Schaden abzuwenden, etwa durch eine entsprechende Dienstleistung. Auch dann gilt die Garantie jederzeit und wiederum unabhängig von der Form der Leistung, wie bei Hybridprodukten. Verspricht der Garantiegeber jedoch nur, durch seine Tätigkeit einen Erfolg zu erzielen, steht eine endfällige Garantie im Raum. So verspricht der Bauunternehmer beispielsweise die Fertigstellung eines Wohnhauses mit einer vereinbarten Wohnfläche zu einem bestimmten Zeitpunkt. Endet der Vertrag – aus welchen Gründen auch immer – nach der Hälfte der vorgegebenen Zeit, muss er sich gerade nicht entgegenhalten lassen, er hätte dementsprechend die Hälfte der vorgesehenen Wohnfläche bezugsfertig herstellen müssen. Sagt der Garantiegeber letztlich nur zu, im Schadensfall zur Beseitigung des Schadens beizutragen, wie bei einer Versicherung, ist offensichtlich, dass der Versicherer seinem Vertragspartner erst dann eine materielle Begünstigung zukommen lässt, wenn er im Schadensfall zu einer „bestimmten Leistung“ verpflichtet ist. Dass das Kapital einzig im Fall einer Verrentung geschützt ist, wie bei Variable Annuities zu beobachten, kann als zusätzliches bestimmendes Merkmal des Versicherungsfalles vereinbart sein.

Was im konkreten Fall aber letztlich gilt, kann nur nach dem jeweiligen übergeordneten Vertragszweck im Rahmen eines gemischten Vertrages bestimmt werden. Vertragszweck ist regelmäßig die Vorsorge, was dafür spricht, auf den übergeordneten Lebensversicherungscharakter abzustellen. Unproblematisch ist insofern eine Regelung, dass eine Garantie nur für Rentenleistungen, nicht aber Kapitalabfindungen gewährt wird. Dass weiterhin auch Vorsorgeleistungen ihrem Wesen nach nur auf einen bestimmten Zeitpunkt ausgerichtet, also endfällig sind, deutet auf eine Zulässigkeit. Es ist auch nicht nach dem Gebot von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 1 BGB unangemessen, den Beginn des materiellen Versicherungsschutzes nicht mit dem Beginn der Prämienzahlungsfrist gleichlaufen, sondern später eintreten zu lassen, da es dem Versicherer offen bleibt, wie er

die Deckung seiner Leistung durch die Prämien kalkuliert⁷⁶⁸. Dabei ergibt sich ein Vorteil für den Versicherungsnehmer schon daraus, dass er für einen zeitlich früher einsetzenden Versicherungsschutz auch eine höhere Prämie zahlen müsste⁷⁶⁹.

Weiterhin bietet es sich gerade bei Garantien, die sich auf eine Rentenleistung beziehen, an, das AltZertG in den Blick zu nehmen. Zwar wird vertreten, dass aus dem AltZertG keine Folgerungen für Probleme der kapitalbildenden Lebensversicherung gezogen werden könnten, da insofern die Ausgestaltung der Anforderungen für die Gewährung staatlicher Förderungen im Vordergrund stünde⁷⁷⁰. Dagegen spricht aber, dass selbst die öffentlich-rechtlichen Fördervoraussetzungen dadurch, dass sie im Vertrag auch vereinbart werden müssen, als mittelbares Vertragsrecht anzusehen sind⁷⁷¹. Außerdem enthält das AltZertG etwa in § 7 auch unmittelbar originäres Zivilrecht⁷⁷². Für eine Orientierung am AltZertG spricht, dass sich auch der Gesetzgeber bei der Regelung der Frühstorno-Fälle in § 169 VVG auf dieses berufen und sich daran angelehnt hat⁷⁷³. Ausschlaggebend dürfte sein, dass sich die Vertragszwecke oft decken werden, so dass ein Vergleich statthaft sein dürfte. Bei den üblichen Versicherungsverträgen nach dem AltZertG haben endfällige Garantien keine Bedeutung, da es sich um klassische Verträge handelt, oder auch Hybridprodukte bei denen die Garantie jederzeit gewährt werden kann. Bei den Anbietern von Fondssparplänen lässt sich aber beobachten, dass die Anbieter zwar die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung einräumen, den Anleger aber auf eine Auszahlung nach den aktuellen Kursen verweisen. Bei Verträgen nach dem AltZertG ist die Garantie nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 AltZertG auf den Beginn der Auszahlungsphase beschränkt. Dabei wird der Zweck verfolgt, dass die Mittel aufgebracht werden können, die nötig sind, um einen gleichwertigen Lebensstandard auch nach Eintritt in den Altersruhestand zu halten⁷⁷⁴. Dann ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass die jederzeitige Sicherstellung einer Garantie zu verminderten Renditeaussichten führt. Von daher ist eine jederzeitige Garantie im Hinblick auf das Altersvorsorgeziel sogar kontraproduktiv. Damit ist eine endfällige Garantie zulässig.

Bei für die Altersvorsorge bestimmten Versicherungsverträgen nach § 168 Abs. 3 VVG besteht nichtmals ein Anspruch auf eine nicht garantierte Rückkaufs-Leistung. Diese Einschränkung findet ihren Grund darin, dass der Zweck der Altersvorsorge maßgeblich ist, unabhängig davon, ob der Versicherungsnehmer im Einzelfall nicht doch eine vorzeitigen Zugriff auf das Kapital – auch unter Inkaufnahme des Wegfalls der steuerlichen Förderung – bevorzugt hätte. Wenn aber dem Versicherungsnehmer eine jederzeitige Garantie bereits bei einem in besonderem Maße durch gesetzliche Vorgaben geprägten Vertragstyp verwehrt werden kann, muss erst recht eine Produktgruppe zulässig sein, bei dem aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer von dieser Möglichkeit abgesehen wird, um ein bestimmtes Anlageziel erreichen zu können. Es ist nicht einsichtig, warum eine bestimmte Rechtsfolge durch staatliche Vorgabe, aber nicht durch vertragliche Vereinbarung wirksam werden können soll.

⁷⁶⁸ BGH, Urteil vom 24.03.1999, IV ZR 98/90, Rz. 41, VersR 1999, 710, 712.

⁷⁶⁹ BGH, Urteil vom 24.03.1999, IV ZR 98/90, Rz. 43, VersR 1999, 710, 712.

⁷⁷⁰ Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 772; Bürkle, VersR 2006, 1042, 1043.

⁷⁷¹ Baroch Castellvi, FS Wälder, S.3.

⁷⁷² Baroch Castellvi, FS Wälder, S.3.

⁷⁷³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 102.

⁷⁷⁴ So ausdrücklich Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu den Gesetzentwürfen zum Altersvermögensgesetz, BT-Drs. 14/5150, S. 38; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Eigenheimrentengesetz, BT-Drs., 16/8869, S. 16.

Auch unabhängig von der Vorsorge kann das konkrete Anlageziel auf einen bestimmten Zeitpunkt aufgeschoben sein, wovon schon dann auszugehen ist, wenn die diesbezügliche Notwendigkeit dem Anleger im Rahmen der Bedingungen, Informationen und Beratung ordnungsgemäß vermittelt wurde.

Bei With-profit-Produkten letztlich lässt stutzen, dass diese nicht unter die Regelung in § 54 b VAG, wohl aber unter § 169 Abs. 4 VVG fallen sollen, was als Widerspruch erscheint. So greift § 169 Abs. 4 VVG nur bei „fondsgebundenen Versicherungen und anderen Versicherungen, die Leistungen der in § 54 b des Versicherungsaufsichtsgesetzes bezeichneten Art vorsehen“. Eine Leistung nach § 54 b VAG wird gerade nicht gewährt. Hingegen ist eine fondsgebundene Versicherung nach verbreitetem Verständnis zwar nur eine, die die Anlage in Fonds nach dem InvG/KAGB beinhaltet, der Begriff der Fondsbindung als solcher lässt es aber unproblematisch zu, darunter auch die Verknüpfung mit internen Fonds zu fassen. Das stärkste Argument hierfür besteht darin, dass § 169 Abs. 4 von „anderen“ Versicherungen neben fondsgebundenen Versicherungen spricht, die § 54 b VAG unterfallen. Dann ist der Wortlaut der Regelung mit der Annahme zumindest vereinbar, dass in den Anwendungsbereich von § 169 Abs. 4 VVG fondsgebundene Versicherungen fallen, die von § 54 b VAG gerade nicht erfasst werden. Allerdings dürfte der Gesetzgeber den Begriff der fondsgebundenen Versicherung wohl nur als Beispiel für eine Versicherung nach § 54 b VAG angeführt haben. Allerdings ist eine erweiternde Auslegung bzw. auch Analogie nur immer dann nicht möglich, wenn ihr der Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Wie bereits ausgeführt, stellt sich die Gesetzgebungsgeschichte so dar, dass der Gesetzgeber nur die Typen der konventionellen und der fondsgebundenen Lebensversicherung im Blick hatte, daneben nur noch Hybridprodukte. Mit anderen Produkten hat eine Auseinandersetzung wohl nur noch insoweit stattgefunden, als eine endfällige Garantie zugelassen werden sollte. Somit lässt sich ein entgegenstehender Wille nicht festmachen, so dass gegen eine erweiternde Auslegung, die sich noch im Rahmen des Wortlauts bewegt, nichts spricht. Umgekehrt spricht für sie gerade, dass ein „Zwitterwesen“ wie ein With-profit-Produkt, das zwischen herkömmlicher und fondsgebundener Versicherung steht, eine differenzierende Auslegung geradezu herausfordert. Dass überhaupt auf den Zeitwert abgestellt wird, wird damit begründet, dass der Versicherungsnehmer unmittelbar die Chancen und Risiken der Anlage am Kapitalmarkt trage⁷⁷⁵. Dies ist bei einem With-profit-Produkt, bei dem die Risiken zwischen dem einzelnen Anleger, der Anlegergemeinschaft und dem Versicherer verteilt sind, nur eingeschränkt der Fall. Ein Glättungsverfahren mit einem derart differenzierten Verteilungsmechanismus wie bei With-profit-Produkten, der gerade keine individuelle Zurechnung von Erträgen ermöglicht, lässt sich aber noch schwerer mit dem eindeutig auf Einlagengeschäfte zielenden Wortlaut des § 169 Abs. 3 VVG in Einklang bringen. Somit ergibt sich, dass With-profit-Produkte als „fondsgebundene Versicherung“ im Sinne des § 169 VVG anzusehen sind.

Allerdings ergibt sich aus den Darlegungen der entsprechenden Auffassung ohne Ausnahme nicht, in welcher Weise denn der Zeitwert für eine endfällige Kapitalgarantie zu bestimmen ist. Aus diesem Schweigen wird man wohl den Schluss ziehen müssen, dass einzig die der Garantie zugrunde liegende Kapitalanlage für rückkaufswertfähig gehalten wird, während die zugehörige Garantie mangels Fälligkeit außer Betracht bleiben soll. Das bedarf der Prüfung anhand einer typologischen Bewertung im Rahmen der Bestimmung des Zeitwertes, die aber erst erfolgen kann, wenn die Überschussbeteiligung untersucht worden ist.

⁷⁷⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 102.

VI. Information, Beratung und AGB

1. AGB-Kontrolle

Die nach § 169 Abs. 4 S. 2 VVG zu erfolgende Angabe im Vertrag hat durch eine vertragliche Vereinbarung, also etwa eine entsprechende Regelung in den AVB zu erfolgen⁷⁷⁶. Sofern endfällige Garantien für zulässig erachtet werden, wird teilweise aber die Frage in den Raum gestellt, in welcher Weise dieser Umstand in den AVB beschrieben werden muss und wie transparent die Regelung auszufallen hat⁷⁷⁷. Dabei bietet es sich an, auf die Rechtsprechung zu den Auswirkungen der Zillmerung auf die Rückkaufswerte abzustellen, da es auch insofern um die Werthaltigkeit des Anspruchs gem. § 169 VVG geht. Regelungen zum Rückkaufswert bzw. der Höhe der Versicherungssumme bei Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung genügen danach nicht, wenn sie nur die gesetzliche Bestimmung wiedergeben und auf Tarifbestimmungen oder Tabellen verweisen, ohne im Kontext mit der Kündigung oder der Umwandlung deren wirtschaftlichen Folgen zumindest in Grundzügen zu erläutern⁷⁷⁸. Dabei ist eine Tabelle, die dem Versicherungsnehmer die Höhe der Rückkaufswerte nach der jeweiligen Versicherungsdauer verdeutlichen soll, nicht hinreichend transparent, wenn dabei nicht klar wird, dass in den ersten Jahren aufgrund der Verrechnung mit den Abschlusskosten nur mit sehr geringen Rückkaufswerten zu rechnen ist⁷⁷⁹. Dies soll auch bei fondsgebundenen Lebensversicherungen gelten⁷⁸⁰. Legt man dies zugrunde, ist es gerade nicht ausreichend, nur positiv darzustellen, dass eine Garantie zu einem bestimmten Zeitpunkt gewährt wird. Vielmehr ist in die Regelung zur Kündigung zwingend der Hinweis aufzunehmen, dass ein Rückkaufswert in einer bestimmten Höhe nicht garantiert sein kann, da die Garantie insofern noch nicht zu wirken vermag. Da letztlich über die gesamte Aufschiebzeit gar keine Garantie abgegeben wird, bietet sich eine Darstellung in Tabellenform hingegen schon gar nicht an.

2. Information

Allerdings schiebt die Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV Angaben zu den in Betracht kommenden Rückkaufswerten vor. Dabei gilt, dass die bloße Angabe der Berechnungsmethode bei den Überschüssen, nicht aber beim Rückkaufswert reicht, vielmehr hat eine Bezifferung nach § 2 Abs. 2 VVG-InfoV in Euro-Beträgen zu erfolgen⁷⁸¹. Eine zusätzliche Angabe der zugrundeliegenden Berechnungsmethode ist dann aber nicht mehr geschuldet⁷⁸². Zwar nicht zwingend, aber naheliegend ist eine Information in Tabellenform⁷⁸³. Die Begründung des Regierungsentwurfes geht im Zusammenhang mit § 169 Abs. 3 S. 2 VVG von einer Angabe der Rückkaufswerte für jedes Jahr aus⁷⁸⁴. Dem

⁷⁷⁶ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 54; Grote in Marlow/Spuhl, S. 237.

⁷⁷⁷ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 53.

⁷⁷⁸ BGH, Urteil vom 09.05.2001, IV ZR 138/99, Rz. 31, NVersZ 2001, 313, 315; dazu m.w.N. Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn 108.

⁷⁷⁹ BGH, Urteil vom 09.05.2001, IV ZR 138/99, Rz.30, NVersZ 2001, 313, 315,.

⁷⁸⁰ BGH, Urteil vom 26.09.2007, IV ZR 321/05, VersR 2007, 1547; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rn. 108 m.w.N.

⁷⁸¹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 40.

⁷⁸² Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 40; Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 25.

⁷⁸³ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 40.

⁷⁸⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S.103.

wird teilweise gefolgt⁷⁸⁵, teilweise nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV nur eine Auswahl von Angaben für erforderlich gehalten, bei der die Werte für die ersten Jahre vollständig und danach in weitergehenden Abständen angegeben werden⁷⁸⁶. Dies hat dann auch für Hybridprodukte zu gelten. Bei den anderen Garantieprodukten können aber mangels feststehenden Garantiewerten diese Grundsätze keine Anwendung finden, statt dessen bietet es sich an, auf die Grundsätze zur fondsgebundenen Lebensversicherung abzustellen. Bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – und anderen Versicherungen gem. § 54 b VAG – genügt die Information, dass der maßgebliche Wert des Fondsguthabens nicht vorhersehbar ist, so dass ein bestimmter Rückkaufswert nicht garantiert werden kann⁷⁸⁷. Aber auch hier, wenn die §§ 54 b VAG, 169 Abs. 4 VVG einschlägig sind, ist die Höhe der garantierten Beträge nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 VVG-InfoV in Euro zu verdeutlichen, nämlich durch die ausdrückliche Angabe „0 €“⁷⁸⁸. Dem entgegengesetzt wird angenommen, § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV gelte bei der fondsgebundenen Versicherung nicht, da der insofern maßgebliche § 169 Abs. 3 VVG in S. 1 Hs. 1 nur an den Rückkaufswert und nicht den Zeitwert anknüpfe; stattdessen seien gem. § 169 Abs. 4 die Grundsätze der Berechnung anzugeben⁷⁸⁹. Diese sprachliche Unterscheidung ist aber nicht überzeugend, vielmehr ist davon auszugehen, dass der Zeitwert nur maßgeblich für die Bestimmung des Rückkaufswertes ist⁷⁹⁰, letzterer also den Oberbegriff darstellt. Dagegen spricht zudem, dass auch die Begründung zur VVG-InfoV davon ausgeht, dass wegen § 2 Abs. 2 S. 2 VVG-InfoV hinsichtlich garantierter Leistungen eine Angabe von „0 Euro“ zu erfolgen hat, wenn keine Garantie übernommen wird⁷⁹¹. Bei Hybridprodukten hat demnach, fügt man beide Anforderungen zusammen, sowohl eine Angabe der garantierten Rückkaufswerte als auch Hinweis darauf zu erfolgen, dass der Rückkaufswert für den fondsgebundenen Teil von der nicht vorhersehbaren Entwicklung des Zeitwertes abhängt⁷⁹². In dem Produktinformationsblatt müssen aber keine abschreckenden Hinweise auf anfänglich besonders niedrige Rückkaufswerte erfolgen, da die Anforderungen abschließend normiert sein⁷⁹³.

Allerdings sind die eben genannten Informationen nicht auch für das Produktinformationsblatt nach § 4 VVG-InfoV vorgegeben, dass dem Versicherungsnehmer den einfachsten Zugang zu den relevanten Informationen ermöglicht. Betrachtet man § 4 VVG-InfoV, so hat nach dessen Nr. 2 eine Beschreibung der versicherten Risiken und der ausgeschlossenen Risiken zu erfolgen. Eine Beschreibung im Sinne der § 4 Abs. 2 Nr. 2 VVG-InfoV hat auch typische Risiken zu nennen, die möglicherweise entgegen den Erwartungen des Versicherungsnehmers gerade nicht versichert sind⁷⁹⁴. Selbst wenn die

⁷⁸⁵ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 41, insofern mit einer „Empfehlung“ Begründung VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 188, in der für die erste Zeit sogar unterjährige Angaben angeregt werden.

⁷⁸⁶ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 8; Präve, VersR 2008, 151, 154; Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 25.

⁷⁸⁷ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 43; Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 10.

⁷⁸⁸ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 43.

⁷⁸⁹ Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 2 VVG-InfoV, Rn. 28.

⁷⁹⁰ So etwa der Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103 zum alten Recht.

⁷⁹¹ Begründung zur VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 189.

⁷⁹² Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 InfoV, Rn. 43.

⁷⁹³ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 55.

⁷⁹⁴ Begründung zur VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 190.

Garantie nicht versicherungsrechtlich sind, so sind sie doch mittelbar für Versicherungsleistungen von Bedeutung, wenn sie sich auf Vorsorgeleistungen beziehen. Aber auch eine garantierte Erlebensfalleistung wird regelmäßig aufgeführt, so dass auch eine darauf bezogene Garantie erläuterungsbedürftig ist. Zusätzlich ist, sofern dies zur Information des Versicherungsnehmers geboten erscheint, auch vorauszusetzen, dass der Deckungsumfang in zeitlicher Hinsicht beschrieben wird⁷⁹⁵. Angaben über Beginn und Ende des Versicherungsschutzes sind auch nach § 4 Abs. 2 Nr. 8 VVG-InfoV gerade dann von Bedeutung, wenn der Vertragsbeginn nicht dem Versicherungsschutzbeginn entspricht⁷⁹⁶. Im vorliegenden Zusammenhang kann der Versicherungsnehmer den Nutzen und die Grenzen der ihm angebotenen Garantie nur angemessen beurteilen, wenn ihm verdeutlicht wird, dass die Garantie nur zu einem bestimmten Zeitpunkt gewährt wird, insofern der Deckungsumfang also eingeschränkt ist.

3. Beratung

Letztlich sind die Anforderungen an die Beratung zu klären. Dabei hat sich im Rahmen der bisherigen Prüfung ergeben, dass der Gegenstand der Beratung nur der konkrete Zweck der Versicherung ist, wobei Risiken des Produkts nur dann eine Rolle spielen, wenn sie konkret werden. Stellt man auf die Grundsätze der Kapitalanlageberatung ab, so ist an sich eine weitergehende Risikoanalyse zu leisten. Unterschiede werden sich dabei aber deshalb oft nicht ergeben, weil auch im Rahmen der Kapitalanlageberatung abstrakte Risiken nicht im Beratungsgespräch behandelt werden müssen, sofern entsprechende Hinweise in schriftlichen Unterlagen erfolgen können. In diese Struktur der Beratungspflichten muss auch der Umstand eingeordnet werden, dass die Garantie nur endfällig ist, also nicht greift, wenn der Vertrag vorzeitig beendet wird. Insofern könnte ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer den bloßen Begriff der Garantie in diesem Zusammenhang mit der – allerdings unrealistischen – Vorstellung verbinden, dass das Produkt so konzipiert ist, dass Verluste erst gar nicht und allenfalls darüber hinausgehende Gewinne auflaufen. Gibt es Anzeichen für eine solche Fehlvorstellung, ist dem Versicherungsnehmer zu verdeutlichen, dass die Garantie nicht schon in der Anlage selbst angelegt ist, sondern bei allen Produkten durch Gegenmaßnahmen erzeugt wird, die mit erträglichem Aufwand nur mit Wirkung zu einem bestimmten Zeitpunkt geleistet werden können. Unterbleibt dies, wird sich der Anleger mit Erfolg darauf berufen können, dass die Garantie zu jedem Zeitpunkt greift. Fehlen derartige Anzeichen, so hat abermals zu gelten, dass grundlegend für die Beratung der Zweck einer Lebensversicherung ist, eine Absicherung gegen biometrische Risiken zu bewirken. Das aus der Endfälligkeit der Garantie resultierende Risiko spielt bei den Kapitalgarantien nur dann eine Rolle, wenn es zu einem Rückkauf kommt, insofern besteht die Gefahr erheblicher Wertverluste, spiegelbildlich dazu kommt es jedenfalls dazu, dass der Einsatz der Garantieggebühren vergebens war. Bei Werteinbußen durch Zillmerungsnachteile wird davon ausgegangen, dass der Versicherungsnehmer nicht von dem Erwerb des Produkts abgeschreckt werden müsse, so dass eine Beratung – anders als die AGB - entsprechende Warnhinweise nur enthalten müsse, wenn sich besondere Risiken der Vertragsfortführung abzeichneten⁷⁹⁷. Diese könnten etwa darin liegen, dass der Versicherungsnehmer kein geregelttes Einkommen hat oder ein besonderes Arbeitslosigkeitsrisiko besteht⁷⁹⁸. In ähnlicher Weise wird eine Aufklärung über die

⁷⁹⁵ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 4 VVG-InfoV, Rn. 12.

⁷⁹⁶ Begründung zur VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 190; Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 51.

⁷⁹⁷ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 57.

⁷⁹⁸ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 57.

Rückkaufswerte neben einer entsprechenden Information nur für erforderlich gehalten, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls zusätzlicher Beratungsbedarf besteht⁷⁹⁹. Geht man davon aus, muss auf die Gefahr von Wertverlusten und der Vergeblichkeit der Garantieforderungen ebenfalls nur hingewiesen werden, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass der Anleger nicht „durchhält“, also ein konkretes Risiko besteht. Das abstrakte Risiko kündigungsbedingter Verluste hingegen kann selbst nach den Grundsätzen der Anlageberatung durch eine Darstellung in den schriftlichen Unterlagen erfolgen, die in den Bedingungen sowieso erfolgen muss.

⁷⁹⁹ OLG Köln, Beschluss vom 29.10.2010, 20 U 100/10, VersR 2011, 248.

H. Prämie

Einer Untersuchung bedarf auch die für die Garantie erbrachte Gegenleistung. Versicherungsrechtlich ist die Prämie die vom Versicherungsnehmer geschuldete Gegenleistung für den vom Versicherer geschuldeten Versicherungsschutz, § 1 Abs. 1 S. 2 VVG⁸⁰⁰.

I. Kostenausweis

Fraglich ist, wie die Garantiekosten auszuweisen sind.

1. Einzelausweis

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV sind neben den Abschlusskosten als Gesamtbetrag auch die „übrigen einkalkulierten Kosten“ nach Zeiträumen anzugeben. Regelmäßig werden Abschluss-, Verwaltungs- und Risikokosten einkalkuliert in der Lebensversicherung⁸⁰¹. Im Rahmen der Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV ist umstritten, ob davon auch die Verwaltungskosten⁸⁰² oder wegen § 7 VVG nur die Abschluss- und Vertriebskosten erfasst werden⁸⁰³. Der Streit um die zutreffende Auslegung setzt sich im Rahmen des § 4 VVG-InfoV fort. So enthält § 4 nicht den in § 2 verwendeten Begriff der übrigen einkalkulierten Kosten, was so verstanden wird, dass das Produktinformationsblatt dazu keine Angaben enthalten müsse⁸⁰⁴. Dem entgegengesetzt wird davon ausgegangen, dass aus Transparenzgründen die Kostenangaben in Produktinformationsblatt und sonstigen Informationen gleich laufen müssten, so dass auch die Verwaltungskosten anzugeben sein⁸⁰⁵. Als Gegenleistung für jede einzelne ausgewählte Garantie werden bei Variable Annuities dem Fondsvermögen Gebühren in vereinbarter Höhe entnommen⁸⁰⁶. Was die hier relevante Garantie betrifft: dabei wird regelmäßig jährlich ein Bruchteil des Fondsguthabens verlangt⁸⁰⁷. Die Kosten sind abhängig von der jeweiligen Fondswahl, bleiben aber konstant, sofern keine Veränderungen in der Zusammenstellung vorgenommen werden⁸⁰⁸. With-profit – Produkte können die für die Garantie anfallenden Kosten explizit als Gebühr ausweisen, um mit einer derart gebildeten Reserve die Eigenmittel der Versicherers zu entlasten⁸⁰⁹. Die hier relevanten Kosten werden aber allesamt prozentual bemessen aus dem Kapitalanlagevermögen entnommen und sind somit nicht einkalkuliert. Um eine rechtliche Einordnung vorzunehmen, müssen diese Kosten überhaupt einmal einer bestimmten Kategorie zugeordnet werden. Kapitalanlagekosten sind bei herkömmlichen Kapitallebensversicherungen Transaktionskosten, Depotgebühren,

⁸⁰⁰ Knappmann in Prölss/Martin, § 33, Rn. 4.

⁸⁰¹ Baroch Castellvi, r+s 2009, 1, 3.

⁸⁰² So Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn.2; Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 589; Schwintowski in Versicherungsrechts-Handbuch, § 18, Rn. 111 ff; Gansel in Schimikowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 3.

⁸⁰³ Präve, VersR 2008, 151, 155; Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 31; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 16; offen gelassen von Baroch Castellvi, r+s 2009, 1, 3.

⁸⁰⁴ Baroch Castellvi, r+s 2009, 1, 2, 6. Knappmann in Prölss/Martin, § 4 VVG-InfoV, Rn. 11; Präve, VersR 2008, 151, 155; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 4 VVG-InfoV, Rn. 25.

⁸⁰⁵ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 592; Schneider in Prölss/Martin, Vor § 150, Rn. 71.

⁸⁰⁶ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109.

⁸⁰⁷ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 260

⁸⁰⁸ Holler/Klinge, VW 2006, 792, 793.

⁸⁰⁹ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310.

Personal- und Sachkosten und mindern die Überschussbeteiligung⁸¹⁰. Dies gilt auch für Managementgebühren bei der fondsgebundenen Lebensversicherung⁸¹¹. Auch bei internen Fonds ist es dem Versicherer zu gestatten, dem Fonds eine Gebühr für den Managementaufwand zu entnehmen⁸¹², somit entstehen auch bei With-profit-Funds Kosten für die Geldanlage⁸¹³. Erfasst werden auch Kosten, die durch die Anlage nach einer vom Versicherungsnehmer nach Belieben gewählten Anlagestrategie entstehen⁸¹⁴. Letztlich stellt sich das Problem auch bei gesondert erhobenen Kosten für die Garantien⁸¹⁵. Somit liegen insofern also Kapitalanlagekosten vor. Das vorgeschriebene Produktinformationsblatt zeichnet sich durch eine weitgehende Standardisierung aus, so ist die Reihenfolge von Abs. 2 zwingend, die aufzunehmenden Informationen abschließend genannt und nicht erweiterbar⁸¹⁶. Dementsprechend wird auch vertreten, dass § 4 Abs. 5 S. 2 einen Knappheitsgrundsatz aufstelle, gegen den bei der Verwendung ausschweifender Informationen verstoßen werde⁸¹⁷. Insbesondere zusätzliche Daten sein nicht möglich, etwa prozentuale Angaben neben der Darstellung des einheitlichen Gesamtbetrags⁸¹⁸. Kapitalanlagekosten werden also von der InfoV nicht erfasst⁸¹⁹.

Fraglich ist aber, ob nicht doch eine erweiternde Auslegung oder Analogie statthaft ist. Dafür spricht der Zweck der Informationsregeln, die Werthaltigkeit des in Aussicht genommenen Vertragsschluss im Vergleich mit anderen Angeboten auch hinsichtlich der Gesamtkostenbelastung zu ermitteln⁸²⁰. Dies ist deshalb von Interesse, da die Überschussbeteiligung desto niedriger ausfällt, je höher die Kostenlast ist⁸²¹. Aus Art. 14, 2 Abs. 1 GG soll sich auch eine staatliche Schutzpflicht ergeben, nach der eine Offenlegung der Kosten auch bei Kick-back-Zahlungen geschuldet sei⁸²². Dies könnte Anlass genug zu einer erweiterten Auslegung oder – in Anbetracht des klaren Wortlauts wohl näher liegend – analogen Anwendung sein.

Bei einem Vergleich mit dem AltZertG zeigt sich, dass nach diesem gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 eine Information des Vertragspartners über die „Kosten für die Verwaltung des gebildeten Kapitals“ erforderlich ist. Dabei ist der Wortlaut insofern nicht zu genau zu nehmen, als offensichtlich statt eines bereits gebildeten das noch zu bildende Kapital gemeint ist⁸²³. Da in die Prämie bereits einkalkulierte Kosten bereits durch § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AltZertG erfasst werden, muss der Anwendungsbereich von Nr. 2 darüber hinaus gehen und insbesondere prozentual auf das Vermögen erhobene Verwaltungsgebühren bei Fonds erfassen. Davon wird eindeutig auch in der Gesetzesbegründung ausgegangen, da dort klargestellt wird, dass die Vorgabe der Kosten-Angabe in Euro nach § 7 Abs. 5 AltZertG nicht

⁸¹⁰ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732.

⁸¹¹ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732.

⁸¹² Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

⁸¹³ Ortmann, VW 2007, 824, 826.

⁸¹⁴ Ortmann, VW 2007, 824, 826.

⁸¹⁵ Ortmann, VW 2007, 824, 826 verweist ausdrücklich auf Variable-Annuities-Produkte.

⁸¹⁶ Knappmann in Prölss/Martin, § 4 VVG-InfoV, Rn. 1.

⁸¹⁷ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 730.

⁸¹⁸ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 730.

⁸¹⁹ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732; Ortmann, VuR 2008, 256, 260; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 14.

⁸²⁰ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 2; Gansel in Schimikowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 3.

⁸²¹ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 589.

⁸²² Ortmann, VuR 2008, 256, 257 mit Hinweis auf BVerfG NJW 2006, 1783, Rn. 55 und BGH NJW 2007, 1876, 1878, Rn. 23.

⁸²³ Baroch Castellvi, FS Wälder, 3, 13.

gelten könne, wenn Kosten prozentual erhoben würden – dann sei beispielhaft anzugeben, wie viel Euro etwa auf 100 € Anlagekapital als Kosten anfielen⁸²⁴. Werden aber originäre Verwaltungsgebühren bei Fonds erfasst, so spricht jedenfalls bei Produkten, bei denen die Garantie aus der Kapitalanlage heraus erzeugt wird, viel dafür, dass auch die entsprechenden Garantiegebühren für die „Verwaltung“ des Kapitals anfallen. Diese Besonderheit des AltZertG ist deshalb von praktischer Bedeutung, weil der Kostenausweis nach dem AltZertG auch für das Produktinformationsblatt maßgeblich sein muss⁸²⁵. Für die Kosten bei Investmentfonds ist nicht etwa ein Informationsblatt nach § 31 Abs. 3 a WpHG zu erstellen, vielmehr ist die wesentliche Anlegerinformation nach § 42 Abs. 2 InvG, § 166 Abs. 2 KAGB maßgeblich. Darin hat nach § 42 Abs. 2 Nr. 4 InvG, § 166 Abs. 2 Nr. 4 KAGB auch eine Angabe zu „Kosten und Gebühren“ zu erfolgen, die sich nach VO(EU) 583/2010 richtet. Weiterhin hat nach § 41 Abs. 2 InvG bzw. § 166 Abs. 5 KAGB – wiederum auch in der wesentlichen Anlegerinformation – die Angabe einer Gesamtkostenquote zu erfolgen. Es zeigt sich also, dass der Kostenausweis nach der VVG-InfoV qualitativ hinter vergleichbaren Anforderungen zurückbleibt. Weiterhin hat der Gesetzgeber auch die Versicherung gegen Einmalbetrag nicht erfasst, die im VVG grundsätzlich geregelt ist, so dass sich aus der Systematik der Umkehrschluss ergeben müsste, dass sie in diesem Zusammenhang gerade nicht erfasst werden soll. Allerdings wird man dem gesetzgeberischen Willen, der diese Konstellation wohl nur aus Nachlässigkeit nicht geregelt hat, nur dadurch gerecht, dass auch insofern Angaben – entweder als Gesamtbetrag oder Angaben zur Berechnungsweise – geschuldet sind⁸²⁶.

In Abgrenzung dazu beruht der Ausschluss der Angabe von Kapitalanlagekosten allerdings auf einer ausdrücklich aufgenommenen Einschränkung. Als sonstige Kosten im Sinne des § 7 VVG sollen nach der Gesetzesbegründung „alle anderen in der Prämie einkalkulierten Kosten“ zu sehen sein, die dann „als Anteil der Jahresprämie auszuweisen“ seien⁸²⁷. Auch in der Begründung zu § 7 Abs. 1 AltZertG wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Angleichung an § 2 VVG-InfoV erfolgen solle und alle vom Kunden zu tragenden und mit den Einzahlungen verrechneten Kosten erfasst werden sollen⁸²⁸. Von einer gesetzgeberischen Nachlässigkeit kann also in Betracht der Formulierungen wohl keine Rede sein. Im Übrigen zeigt sich auch an anderer Stelle, dass der Gesetzgeber kein geschlossenes System größtmöglicher Kostentransparenz hat: Die gängige Modellrechnung vermag es etwa nicht, implizite Garantiekosten, zu verdeutlichen, so wird dem Versicherungsnehmer nicht deutlich, dass auf der Ebene des Wertsicherungsfonds Garantiekosten anfallen, auch in Form von Renditeeinbußen⁸²⁹. Dies hat zur Folge, dass in solchen Rechnungen Produkte ohne Garantie gleiche Ablaufleistungen vorweisen wie solche mit Garantie. Dies betrifft gerade auch Hybridprodukte, bei denen keine Garantiegebühren anfallen. Damit kann der Hinweis, zum Zweck der Transparenz wäre es sinnvoll, wenn Kapitalanlagekosten nicht direkt mit den Kapitalerträgen verrechnet, sondern als Verwaltungskosten bei der Prämienberechnung einkalkuliert würden⁸³⁰, Bedeutung de lege ferenda haben. Abgesehen davon müssen Risikokosten, also Beträge für den Versicherungsschutz, laut amtlicher Begründung

⁸²⁴ Bericht des Finanzausschusses zu den Entwürfen zum Eigenheimrentengesetz, BT-Drs. 16/9670, 10.

⁸²⁵ Baroch Castellvi, FS Wälder, 3, 15.

⁸²⁶ Baroch Castellvi, r+s 2009, 1, 5.

⁸²⁷ Begründung zur VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 188.

⁸²⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Eigenheimrentengesetz, BT-Drs. 16/8869, 35.

⁸²⁹ Altenähr/Altenähr, VW 2011, 1014 f.

⁸³⁰ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 236.

jedenfalls nicht angegeben werden⁸³¹. Dies betrifft Variable Annuities. Dagegen, die entsprechenden Garantiegebühren als Risikokosten einzustufen, könnte allerdings sprechen, dass diese auch Kapitalanlagekosten sind. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass dieser Begriff kein rechtlicher, sondern ökonomischer Begriff ist, der als solcher nicht Konkurrenz zu dem Begriff der Risikokosten steht.

Hinsichtlich der „möglichen sonstigen Kosten“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV wird angenommen, dass es um Positionen gehe, die erst durch ein besonderes Verhalten des Versicherungsnehmers entstünden⁸³², somit auch nicht in die Prämie einkalkuliert sind⁸³³. Erfasst werden bei der fondsgebundenen Versicherung etwa auch die Kosten für einen Fondswechsel bei künftigen Beiträgen oder die Umschichtung des bestehenden Fondsguthabens. Diese Regelung gilt gerade nicht für Beiträge für den Versicherungsschutz oder Stornokosten⁸³⁴. Letztlich unterfallen auch Garantiekosten, die ohne Weiteres im Rahmen der Vertragsabwicklung anfallen, nicht dieser Regelung. Im Übrigen ist aber selbst bei den möglichen sonstigen Kosten nur eine prozentuale Angabe geschuldet, wenn die Kosten wie etwa bei denen für eine Umwandlung nach § 167 Abs. 2 nicht als fester Betrag angegeben werden können⁸³⁵.

2. Ausweis der Gesamtpremie

Der Gesamtpreis, der nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV anzugeben ist, umfasst die Bruttoprämien und Kosten, wie etwa Ratenzahlungsaufschläge oder Ausgabeaufschläge bei Fonds, nicht für die gesamte Vertragslaufzeit, sondern für einen vom Versicherer bezeichneten Zeitraum⁸³⁶. Eine Aufteilung in Risiko-, Kapital- und Kostenanteile ist nicht erforderlich⁸³⁷. Bei mehreren selbstständigen Verträgen sind die Preise gesondert anzugeben, nicht aber bei verbundenen Verträgen, bei denen unterschiedliche Risiken zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst werden⁸³⁸. Ein Ausweis der einzelnen Prämien ist demnach bei einer gemischten Lebensversicherung als Mischung aus Risiko- und Sparvertrag gerade nicht erforderlich⁸³⁹. Bei allen hier untersuchten Kapitalgarantien ist davon auszugehen, dass sie mit der Kapitalansammlung und gegebenenfalls dem biometrischen Risikoschutz im Rahmen eines einheitlichen, gemischten Vertrages zusammenfallen. Deshalb hat auch immer eine einheitliche Preisangabe zu erfolgen. Teilweise wird angenommen, dass es für die Annahme von selbstständigen Versicherungsverträgen bereits ausreichen sollte, dass die Absicherung eines Risikos auch durch ein selbstständiges Produkt gewährleistet werden könnte⁸⁴⁰. Dies ist nur bei Variable Annuities der Fall, da hier die Kapitalgarantie losgelöst von der Kapitalanlage kreiert wird. Für diese Ansicht soll Nr. a.10 Anhang III der Lebensversicherungsrichtlinie sprechen, nach der eine Angabe zur Prämie für jede Leistung, sei es Haupt- oder Nebenleistung, zu erfolgen

⁸³¹ Begründung zur VVG-InfoV, VersR 2008, 183, 188; Baroch Castellvi in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 2 VVG-InfoV, Rn. 14.

⁸³² Ortmann, VuR 2008, 256, 257 f.

⁸³³ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 32.

⁸³⁴ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 20.

⁸³⁵ Baroch Castellvi, r+s 2009, 1, 6.

⁸³⁶ Knappmann in Prölss/Martin, § 1 VVG-InfoV, Rn. 9; . Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 23, 31.

⁸³⁷ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 25.

⁸³⁸ Knappmann in Prölss/Martin, § 1 VVG-InfoV, Rn. 9.

⁸³⁹ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 76.

⁸⁴⁰ Dafür Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 23; dagegen Knappmann in Prölss/Martin, § 1 VVG-InfoV, Rn. 9.

habe⁸⁴¹. Gegen eine solche Beachtlichkeit der Möglichkeit einer gesonderten Absicherung spricht aber einiges. So sind schon bei der Frage, ob überhaupt ein verbundener Vertrag oder eine Vertragsbündelung, bei der die einzelnen Bestandteile rechtlich selbstständig bleiben⁸⁴², entsprechende Erwägungen von Bedeutung. Dies kann aber offen bleiben: eine Angabe als Euro-Betrag ist nicht erforderlich, wenn dies unmöglich ist oder aus bestimmten Gründen intransparent wäre, wobei dann aber eine Angabe von verständlichen, die Preisprüfung zulassenden Berechnungsgrundlagen erforderlich ist⁸⁴³. Sofern das Entgelt für die Garantie aber als prozentualer Anteil am Fondsguthaben bestimmt wird, ist eine Euroangabe ohnehin nicht möglich.

Dementsprechend muss für die Folgen eines Zahlungsverzugs der Erstprämie hinsichtlich Anforderung und Belehrung nach § 37 VVG nur bei mehreren Versicherungsverträgen, selbst wenn sie in einem Versicherungsschein zusammengefasst sind, zwischen unterschiedlichen Preisbestandteilen unterscheiden werden⁸⁴⁴. Auch bei der Folgeprämie sind die Beträge nur dann getrennt auszuweisen, wenn mehrere Versicherungsverträge bestehen, so auch § 38 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 VVG⁸⁴⁵. Davon ist bei den hier relevanten Garantieprodukten aber gerade nicht auszugehen.

Fraglich ist aber, ob nicht auch ein Einzelausweis der anfallenden Garantiekosten erforderlich ist.

3. Transparenzgebot

Kapitalanlagekosten sollen aber, obwohl sie von der InfoV nicht erfasst werden, aufgrund des Transparenzgebotes anzugeben sein⁸⁴⁶. Andernfalls würden hohe Managementgebühren in ihrer Wirkung nicht erkannt, insbesondere da die Modellrechnung die Ablaufleistungen unter Annahme bestimmter Renditesätze ohne Berücksichtigung dieser Gebühren darstelle⁸⁴⁷. Art. 36 Abs.3 der Richtlinie 2002/83/EG bewirke insofern kein Hindernis, da die Angabe zum Verständnis notwendig sei und Anhang III. A insofern Mindestangaben vorschreibe⁸⁴⁸. Diese Positionierung bezieht sich in ihrer Auseinandersetzung mit möglichen Gegeneinwänden wohl auf Kapitalanlagekosten wie Transaktionskosten, Depotgebühren, Personal- und Sachkosten bei der herkömmlichen Anlage im Vermögen des Versicherers, oder auch Managementgebühren bei der fondsgebundenen Lebensversicherung. Die genannten Kostenposten bei konventioneller Versicherung werden im Rahmen der prospektiven Beteiligung an den Überschüssen schon als solche zu Lasten des Versicherungsnehmers berücksichtigt, da sie eben das Überschussergebnis mindern. Dieser Umstand, der in der Natur der Sache begründet liegt, bedarf damit keiner eigenständigen vertraglichen Regelung, sofern man den Versicherer nicht vertraglich verpflichten will, Kosten allenfalls nur in einer bestimmten Höhe anfallen zu lassen. Das wäre aber nicht sachgerecht und wird auch nicht vertreten. Auch einer Informationspflicht unterfällt dieser Umstand nicht, so dass man gegen die obige Auffassung

⁸⁴¹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 1 VVG-InfoV, Rn. 24.

⁸⁴² Auf diese Unterscheidung stellt auch Gansel in Schimikowski/Brömmelmeyer, § 1 VVG-InfoV, Rn. 25 ausdrücklich ab.

⁸⁴³ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 20.

⁸⁴⁴ Knappmann in Prölss/Martin, § 37, Rn. 29.

⁸⁴⁵ Knappmann in Prölss/Martin, § 38, Rn. 22.

⁸⁴⁶ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732; Ortmann, VuR 2008, 256, 260.

⁸⁴⁷ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732.

⁸⁴⁸ Schwintowski/Ortmann, VersR 2009, 728, 732.

anführen muss, dass das Transparenzgebot mangels Gegenstand nicht gelten kann. So bewirkt das Transparenzgebot Anforderungen hinsichtlich des „Wie“ einer Darstellung, trägt aber nichts zu der Beantwortung der Frage bei, „ob“ eine Darstellung überhaupt erforderlich ist. Gleiches gilt für die Managementgebühren bei einer fondsgebundenen Versicherung, die im Vertragsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer keine Rolle spielen und deshalb keiner vertraglichen Regelung bedürfen. Dafür unterfallen sie aber einer Informationspflicht, die aber bereits dadurch erfüllt wird, dass dem Versicherungsnehmer der Verkaufsprospekt übergeben wurde. Auch insofern besteht kein Bedürfnis nach einer transparenten Darstellung. Geht es hingegen um Garantiegebühren, so bedürfen diese in ihrer Eigenschaft als vertragliche synallagmatische Leistung durchaus einer vertraglichen Regelung, sei es individuell oder formulargemäß. Nach der Rechtsprechung können AGB auch in Regelungen zu sehen sein, die in dem Antragsformular enthalten sind, da auch diese vorformuliert und für Abschluss einer Vielzahl von Verträgen bestimmt sind⁸⁴⁹. Das Postulat, dass insofern die AGB-rechtlichen Grundsätze und damit auch das Transparenzgebot gilt, ist dann aber ohnehin selbstverständlich und nicht problematisch. Gerade deshalb wird Garantieprodukten wie Variable Annuities auch ein Transparenzvorteil im Vergleich zu herkömmlichen Produkten zugeschrieben, weil durch die klare Trennung von Kapitalanlage und deren Sicherung die Kosten letzterer klar bestimmbar sind⁸⁵⁰.

II. Erhöhung der Prämie

Bei allen Garantieprodukten ist es denkbar, dass sich herausstellt, dass die Garantiekosten zu niedrig bemessen sind. Vor allem die Kosten für ein Hedging bei Variable Annuities können sich bei Turbulenzen auf den Finanzmärkten so erhöhen, dass nach den obigen Grundsätzen eigentlich eine Erhöhung der Prämie angebracht wäre. Zu klären ist aber, ob dies überhaupt zulässig ist. Das Recht zur Neufestsetzung der Prämie gemäß § 163 VVG steht jedenfalls weitergehenden vertraglichen Anpassungsklauseln nicht grundsätzlich entgegen⁸⁵¹. Die Regelung muss sowohl transparent als auch hinreichend bestimmt im Hinblick auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen sein⁸⁵². Dabei gilt für Anpassungsrechte in AGB, dass diese so begrenzt sein müssen, dass der Versicherungsnehmer nicht der eigenmächtigen Beurteilung des Versicherers über die Richtigkeit und Notwendigkeit einer Anpassung „ausgeliefert“ ist, sondern bereits bei Vertragsschluss beurteilen kann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ihn weitere Belastungen treffen werden⁸⁵³. Neben der Angabe der möglichen Änderungsgründe sind einseitige Leistungsänderungsrechte aber auch nur wirksam, wenn ihnen eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners zugrunde liegt⁸⁵⁴. Eine Anpassungsklausel hält einer solchen Interessenabwägung nur dann stand, wenn das Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen in erheblichem Ausmaß gestört wurde und für diesen Fall auch eine gesetzliche Regelung fehlt⁸⁵⁵. Das vertragliche Äquivalenzprinzip

⁸⁴⁹ BGH, Urteil vom 13.07.1994, IV ZR 107/93, Rz. 11, VersR 1994, 1049, 1050; OLG Hamm, Urteil vom 12.07.1985, 20 U 205/85, , Rz. 30, VersR 1986, 82, 83.

⁸⁵⁰ Dreher/Lange, VersR 2010, 1109, 1111.

⁸⁵¹ BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, NJW 1999, 1865; Schneider in Prölss/Martin, § 163, Rn. 2.

⁸⁵² Knappmann in Prölss/Martin, § 40, Rn. 6 f.

⁸⁵³ BGH, Urteil vom 08.10.1997, IV ZR 220/96, Rz. 35; NJW 1998, 454; Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, Rz. 27, NJW 1999, 1865, 1866.

⁸⁵⁴ BGH, Urteil vom 12.01.1994, VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1063.

⁸⁵⁵ BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, Rz. 18, 23, NJW 1999, 1865, 1866.

beschreibt die Vorstellung beider Parteien von der Gleichwertigkeit der von ihnen zu erbringenden Leistungen, wobei eine Anpassung vertraglicher Bestimmungen diese dann wahren muss⁸⁵⁶. Damit kommt eine Anpassung nur bei erheblichen Störungen des zum Vertragsschluss vorhandenen Äquivalenzverhältnisses durch unvorhersehbare Änderungen in Betracht, wenn der Versicherer diese nicht veranlasst und auf sie keinen Einfluss hat⁸⁵⁷. § 308 Nr. 4 BGB stellt eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes dar, die auch für Dauerschuldverhältnisse gilt⁸⁵⁸. Aus § 308 Nr. 4 BGB ergibt sich eine Vermutung der Unwirksamkeit einer Anpassungsklausel, gerade wenn sich diese nicht auf Nebenpflichten oder Umstände der Leistungserbringung beschränkt, sondern Hauptpflichten betrifft⁸⁵⁹. Die Anpassung ist nur dann zumutbar, wenn die Interessen des Verwenders die für das jeweilige Geschäft typischen Interessen des anderen Vertragsteils überwiegen oder diesen zumindest gleichwertig sind⁸⁶⁰. Im Ergebnis geht es also unabhängig vom rechtlichen Ansatzpunkt um die Wahrung des Interessengleichgewichts, das aber seinerseits einer konkreten Beschreibung bedarf. Eine Anpassung eines Entgelts darf nur zum Ausgleich für steigende Kosten erfolgen, nicht zur Gewinnsteigerung, wobei eine Angabe zur Gewichtung von Kostenelementen zu erfolgen hat, um eine Einschätzung zu ermöglichen⁸⁶¹. Es darf dabei aber nicht möglich sein, dass die Gewinnspanne des Vertragspartners ohne Angabe von Gründen beliebig verringert wird, ohne dass diesem dann ein Ausgleich gewährt wird⁸⁶². Eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt demnach vor, wenn die Verdienstmöglichkeiten der Gegenseite so eingeschränkt werden können, dass die Erreichung des von dieser verfolgten Vertragszwecks vereitelt wird⁸⁶³.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass sich eine Kapitalmarktversicherung durch die Besonderheit auszeichnet, dass typübergreifend dieselben Erwägungen hinsichtlich Sicherheit und Ertrag der Kapitalanlage maßgeblich sind, wie bei reinen Spar- bzw. Investmentverträgen. Eine Äquivalenzstörung kann durchaus auch eine Zinsänderung bei einem Spargeschäft ermöglichen⁸⁶⁴. Dabei ist aber wiederum typbedingt zu beachten, dass die Änderung die bereits erfolgte Leistung zu Gunsten des Anlegers, die Verzinsung für die Vergangenheit, unberührt lässt. Hingegen verspricht der Versicherer eine Leistung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt und nimmt dem Versicherungsnehmer das Risiko ab, dass sein Ertrag durch die Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt über ein bestimmtes Maß hinaus gemindert wird. Allerdings bleibt die Zusage einer Mindestleistung auch bei Kostensteigerungen unberührt. Eine Versicherungsleistung beinhaltet aber nicht nur die Zusage einer Mindestleistung, sondern auch die Zusage der Absicherung eines bestimmten Wagnisses, hier einer vertraglich definierten Ertragschance. Diese Ertragschance darf der Versicherer dann aber nicht seinerseits unabhängig von den maßgeblichen Kursentwicklungen verschlechtern und damit seine Leistung für die Zukunft entwerten. Hat sich also der Anleger entschieden, in welchem Maße er zu Gunsten der Sicherheit auf Ertrag verzichten will, hat er dadurch den für beide Parteien nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB maßgeblichen Vertragszweck festgelegt. Eine weitergehende Verschlechterung der Ertragsaussichten durch eine Prämienerrhöhung muss demnach unzulässig sein. Auch wenn

⁸⁵⁶ BGH, Urteil vom 07.10.1981, VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331, 332.

⁸⁵⁷ BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, Rz. 18, NJW 1999, 1865.

⁸⁵⁸ Schmitz in Berger/Steck/Lübbeshausen, § 43, Rn. 39.

⁸⁵⁹ BGH, Urteil vom 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360, 362.

⁸⁶⁰ BGH, Urteil vom 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360, 362.

⁸⁶¹ BGH, Urteil vom 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360, 361.

⁸⁶² BGH, Urteil vom 12.01.1994, VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1063.

⁸⁶³ BGH, Urteil vom 12.01.1994, VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1063.

⁸⁶⁴ BGH, Urteil vom 17.02.2004, XI ZR 140/03, NJW 2004, 1588, 1589.

keine Versicherung vorliegt, dürfte eine Kostenanpassung bei einer endfälligen Garantie nur unter sehr begrenzten Voraussetzungen statthaft sein. So ist der Summierungseffekt zu beachten, dass für sich zulässige Klauseln in ihrem Zusammenwirken unangemessen sind⁸⁶⁵. Wird dem Anleger nur eine endfällige Garantie gegeben, vermag eine Anpassung der zu erbringenden Gegenleistung die Kalkulation des Anlegers, auf dessen Grundlage er seine Entscheidung für das Produkt getroffen hat, hinfällig werden lassen, so dass seine Aufwendungen aus seiner Sicht entwertet werden. Somit kann eine Anpassung nur zulässig sein, wenn bei allen genannten Anlässen einer Anpassung deren Ausmaß zumindest begrenzt wird.

⁸⁶⁵ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 139.

I. Überschussbeteiligung

Fraglich ist, ob und in welcher Weise eine Beteiligung an Überschüssen im Sinne des § 153 VVG bei Garantieprodukten erfolgt. In Folge der vorsichtigen Festlegung der Kalkulationsgrundlagen ergibt sich im Rahmen des Jahresabschlusses regelmäßig, dass hinsichtlich der Risikokosten (Sterblichkeitsverlauf), Kapitalertrag und Verwaltungskosten Mehrerträge erwirtschaftet worden sind⁸⁶⁶.

I. Ausschluss der Überschussbeteiligung

Allerdings scheint vor allem bei With-profit-Produkten und Variable Annuities der Regelung keine praktische Regelung zuzukommen, da der Anspruch nach § 153 VVG durch ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen werden kann und dies in den maßgeblichen AGB auch regelmäßig geschieht. Dabei bestehen aber gewisse Einschränkungen dieser Möglichkeit. Teilweise wird schon grundsätzlich davon ausgegangen, dass ein Ausschluss nach § 307 BGB unwirksam ist und aufsichtsrechtlich einen Missstand nach § 81 VAG darstelle, sofern dem Versicherungsnehmer nicht ein entsprechender wirtschaftlicher Ausgleich für die Beteiligung an den Überschüssen gewährt werde⁸⁶⁷. Insofern besteht also eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Der teilweise Ausschluss der Überschussbeteiligung ist jedenfalls unzulässig, ebenfalls eine Regel, nach der Versicherungsnehmer nur an den Überschüssen der Kapitalanlagen und nicht auch am Risiko- und Kostenergebnis beteiligt wird⁸⁶⁸. Allenfalls könne es im Rahmen der verursachungsorientierten Verteilung dazu kommen, dass bestimmte Versicherungsverträge nicht an einzelnen Überschussteilen beteiligt werden⁸⁶⁹. Dagegen wird davon ausgegangen, dass nur der Anspruch auf eine Beteiligung an den Bewertungsreserven zwar nicht ausgeschlossen werden könne, wohl aber am Risiko- und Kostenergebnis⁸⁷⁰. Somit ist es dem Versicherer zumindest verwehrt, den Versicherungsnehmer nur von der Beteiligung an den Kapitalerträgen auszuschließen. Die Versicherer haben also nur die Möglichkeit, die gesamte Überschussbeteiligung vertraglich auszuschließen, aber auch an diesen Ausschluss sind im Hinblick auf die Transparenz hohe Anforderungen zu stellen⁸⁷¹. Maßgeblich ist hier die Aussage des Gesetzgebers, dass der Versicherungsnehmer insbesondere dann auf den Ausschluss aufmerksam gemacht werden muss, wenn sich der Ausschluss auf einen Vertragstyp bezieht, bei dem sonst allgemein eine Überschussbeteiligung gewährt würde⁸⁷². Vor allem aber ist bei With-profit-Produkten zu beobachten, dass das Funds-Vermögen tatsächlich Überschüsse erwirtschaftet und die Anleger an diesen auch beteiligt werden. Dann ist aber fraglich, ob ein Ausschluss überhaupt möglich ist oder § 153 VVG nicht jedenfalls teilweise

⁸⁶⁶ Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 748; Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 11.

⁸⁶⁷ Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 7; auf §§ 307, 138 BGB verweist Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 278.

⁸⁶⁸ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 13; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 153, Rn. 33; Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 153, Rn. 36; nach Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 49 aber Ausschluss der Beteiligung nur am Risiko- und Kostenergebnis möglich.

⁸⁶⁹ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 153, Rn. 46.

⁸⁷⁰ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 49.

⁸⁷¹ Römer, r+s 2008, 405, 406.

⁸⁷² Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 96.

im Hinblick darauf zu berücksichtigen sein muss, wie die Art und Weise der Beteiligung zu erfolgen hat.

II. Anwendbarkeit der Regelung des Anspruchs auf Überschussbeteiligung bei Kapitalgarantien

Bei den hier maßgeblichen Garantieprodukten erscheint aber schon fraglich, ob überhaupt der Anwendungsbereich des § 153 VVG eröffnet ist. Allen Kapitalgarantien fehlt es am Lebensversicherungscharakter. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dieser Umstand nicht zwingend, da sich im Rahmen eines gemischten Vertrages der Anwendungsbereich der Norm auch auf den nicht-lebensversicherungsrechtlichen Teil erstrecken könnte, je nach Parteiwille und Vertragszweck. Die Regelungssystematik sieht explizit eine Beteiligung auch an dem an sich nicht lebensversicherungsrechtlichen, aber wirtschaftlich besonders wichtigen Kapitalanlageergebnis vor, so dass dies nach dem Parteiwillen für eine weite Anwendbarkeit spricht. § 153 VVG gilt entsprechend für Kapitalisierungsgeschäfte nach § 1 Abs. 4 VAG⁸⁷³.

Fraglich ist dann aber, ob Überschüsse nur im Rahmen der Kapitalanlage anfallen oder auch bei der Erzeugung der Garantie. Für die Ermittlung des Überschusses lässt sich sicher nur sagen, dass die handelsrechtlichen Grundsätze maßgeblich sind⁸⁷⁴. Darauf kann es aber bei ausländischen Versicherern, die nicht an die Vorgaben des HGB gebunden sind, nicht maßgeblich ankommen, vielmehr ist der Zweck der Regelung ausschlaggebend. Die Überschussbeteiligung findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Versicherer ihre Prämien nach § 11 VAG vorsichtig und damit im Zweifel zu hoch kalkulieren müssen⁸⁷⁵. Deshalb weisen Risiko- und Kostenbeiträge Zuschläge auf, während für die Verzinsung des Sparanteils von einem niedrigeren Zinssatz ausgegangen wird⁸⁷⁶. Der Regelung zur Überschussbeteiligung kommt vor dem Hintergrund dieser Regelung die Bedeutung zu, dass hinsichtlich der Prämien, die als solche vollständig ins Eigentum des Versicherers übergehen⁸⁷⁷, eine partiarische Beteiligung der Versicherungsnehmer begründet wird⁸⁷⁸. Somit ist § 11 VAG mittelbar auch für die Auslegung des § 153 VVG maßgeblich.

Streitig ist, ob sich die Anforderung des § 11 VAG darin erschöpft, dass die Gesamtprämie eine Mindesthöhe aufweisen muss⁸⁷⁹, oder die Kalkulation der Prämie auf Grundlage im Einzelnen angemessener versicherungsmathematischer Annahmen beziehen muss⁸⁸⁰. Bei allen Kapitalgarantien spielen die herkömmlichen versicherungsmathematischen Annahmen aber ohnehin keine Rolle. Bei der Anwendung von § 11 VAG ist davon auszugehen, dass der Begriff der versicherungsmathematischen Annahmen nicht nur auf das Risiko bezogene Sterbetafeln, sondern auch die Zinserwartungen für die Deckungsrückstellung nach § 341 f

⁸⁷³ BaFin, Auslegungshinweis vom 28.05.2008, Az. VA 21-A-2008/0033, Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn.7; zustimmend Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 9.

⁸⁷⁴ Entwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drs. 16/1935, S. 96; Römer, r+s 2008, 405, 406.

⁸⁷⁵ Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 7.

⁸⁷⁶ Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 16.

⁸⁷⁷ Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 7.

⁸⁷⁸ Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 1.

⁸⁷⁹ Engeländer, NVersZ 2001, 289, 291.

⁸⁸⁰ So Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 4.

Abs. 1 HGB erfasst⁸⁸¹. Dies wird insofern für angreifbar gehalten, als diese allgemeine kaufmännische Erwägungen darstellten und gerade nicht versicherungsspezifisch sein⁸⁸². Nicht weniger zweifelhaft ist dies dann für die anlagetechnischen bzw. finanzmarktbezogenen Erwägungen, die für die Kapitalgarantien maßgeblich sind. Jedoch ist der Zweck von § 11 VAG allgemein darauf gerichtet, dass gegebene Kapitalzusagen nicht durch zu gewagte Ertragsprognosen in Gefahr geraten⁸⁸³. Somit erfolgt die Abgrenzung zwischen den Produkten, bei denen § 11 VAG greift, und allen anderen, bei denen, im Einklang mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, die Höhe der Leistung nach der Vereinbarung der Parteien bestimmt wird, nicht nach Vertragstypen. Vielmehr reicht allein der Umstand, dass überhaupt durch einen Versicherer eine Kapitalleistung versprochen wird, dafür, dass § 11 VAG greift, damit auch für § 153 VVG.

Die Kalkulation muss dabei so erfolgen, dass der Versicherer allen seinen Verpflichtungen nachkommen kann, weshalb sich die Anforderungen nach der einzelnen Verpflichtung richten.

1. Variable Annuities

Auszugehen ist von dem Versicherungscharakter dieser Produkte und damit vom Risikoergebnis. Bei herkömmlichen Versicherungen bedeutet dies in erster Linie, dass die Risikoprämien so hoch sein müssen, dass nach dem Gesetz der großen Zahl genug Kapital angesammelt wird, um daraus die Versicherungsleistungen zu erbringen. Eine Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl erfolgt aber bei dieser Variante der Kapitalgarantie gar nicht. Im Fall der Sicherstellung durch ein Hedging kann dieses durch zusätzliche Mittel auch nicht weiter optimiert werden, da es nur darum geht, den Derivatbestand durch stochastische Berechnungen zu bestimmen. Falls ein Hedging-Fehler vorliegt, kann sich als Ergebnis durchaus ergeben, dass zwar Mittel in einer beachtlichen Höhe eingesetzt wurden, die damit über entsprechende Finanzinstrumente erworbenen Ansprüche aber nicht zur Deckung ausreichen. Damit ergibt die Forderung des § 11 VAG, dass die Prämien so hoch sein müssen, dass mit einiger Gewissheit allen Verpflichtungen nachgekommen werden kann, in diesem Rahmen wenig Sinn. Allerdings kann über ein Hedging keine vollständige Absicherung der Garantie bewerkstelligt werden, sondern deren Risiko so weit eingegrenzt werden, dass das restliche Risiko durch die Eigenkapitalausstattung aufgefangen werden kann⁸⁸⁴. Insbesondere die Hedging-Kosten hängen davon ab, wie sich die Versicherer bei der Fondsauswahl oder Entnahmen aus ihrem Guthaben von Marktbewegungen beeinflussen lassen, wie viel Risiko sie also noch selber tragen wollen⁸⁸⁵. Dabei ist der Zusammenhang mit Satz 1 a.E. zu berücksichtigen, in denen auf das Erfordernis der Bildung einer ausreichenden Deckungsrückstellung hingewiesen wird. Danach soll § 11 VAG auch gewährleisten, dass für die einzelnen Verträge ausreichend Deckungsrückstellungen gebildet werden. Deckungsrückstellungen sind aber nicht nur für vereinbarte Erlebensfalleistungen relevant, sondern können auch bei Risikoversicherungen von Bedeutung sein, etwa auch bei der Risiko-Lebensversicherung. Hier widerspricht die gleichbleibende Prämie über die gesamte Vertragslaufzeit den Kalkulationsgrundlagen insofern, als in Anbetracht des mit zunehmender Dauer ansteigenden Risikos der Beitrag

⁸⁸¹ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 11, Rn. 5.

⁸⁸² Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 11, Rn. 5.

⁸⁸³ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 11, Rn. 5.

⁸⁸⁴ Holler/Klinge, VW 2006, 899, 900.

⁸⁸⁵ Ziewer, VW 2009, 90, 92.

anfänglich zu hoch und später zu niedrig kalkuliert wird⁸⁸⁶. Deshalb wird eine Deckungsrückstellung gebildet, die später aufgebraucht wird⁸⁸⁷. Überschüsse bei den Risikokosten, die also weder für Versicherungsleistungen noch für Deckungsrückstellungen benötigt werden, können zu einer Beitragsverrechnung führen⁸⁸⁸. Hingegen soll jedenfalls bei reinen Risikolebensversicherungen wegen Geringfügigkeit keine Beteiligung an den Kapitalerträgen erforderlich sein, so dass sich die Überschussbeteiligung im Ergebnis auf Risiko- und sonstiges Ergebnis beschränkt⁸⁸⁹. Selbst wenn man dies anerkennt, spielt dieser Einwand hier keine Rolle, weil mangels Risikoausgleich nach dem Gesetz der großen Zahl Rückstellungen in erheblicher Höhe zu bilden sind. Allerdings resultieren aus dem Derivat-Bestand keine laufenden Erträge im Sinne von Überschüssen. Dabei kann § 11 VAG schon deshalb nicht gelten, weil eine Deckungsrückstellung durch ein Hedging unter Geltung deutschen Aufsichtsrechts unzulässig ist. An dieser Stelle zeigt sich wiederum, dass Variable Annuities als Produkte, bei denen keine Absicherung durch eine prospektiv berechnete Deckungsrückstellung erfolgt, nicht mit deutschem Aufsichtsrecht in Einklang zu bringen sind. Sofern Variable Annuities aus dem EU/EWR-Ausland angeboten werden, findet § 11 VAG nach § 110 a Abs. 4 Nr. 2 VAG keine Anwendung. Wenn aber § 11 VAG keine Anwendung findet, besteht auch kein Bedürfnis für ein partiarisches Rechtsverhältnis, in dessen Rahmen dem Versicherungsnehmer Erträge zustünden. Insofern würde eine Produktvorgabe auch eine Verletzung von Art. 33 RL 2002/83/EG darstellen⁸⁹⁰. Jedenfalls deshalb kann § 153 VVG keine Anwendung finden.

2. With-profit-Produkte

Hingegen kann bei Garantien, die aus der Kapitalanlage heraus erzeugt werden, auf die dafür erforderliche Deckungsrückstellung und die aus dem diese bedeckenden Sicherungsvermögen resultierenden Kapitalerträge angeknüpft werden. Eine Überschussbeteiligung kommt auch ohne einen Ausschluss derselben bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nur hinsichtlich der Risiko- und Kostenüberschüsse in Betracht, während die Kapitalanlage bereits keine Überschüsse des Versicherers abwirft⁸⁹¹. Dies ist bei der Verwendung von Garantiefonds ebenfalls nicht der Fall, auch nicht bei Variable Annuities, bei der die Garantie nicht aus der Kapitalanlage heraus abgesichert wird. Bei Hybridprodukten lässt sich eindeutig zwischen dem fondsgebundenen und dem nicht fondsgebundenen Teil differenzieren. Einzig bei With-profit-Produkten fallen tatsächlich Kapitalerträge an, deren Zu- und Verteilung Gegenstand von § 153 VVG sein könnte.

An die Besonderheit der fondsgebundenen Versicherung wird aber teilweise auch bei With-profit-Produkten angeknüpft und davon ausgegangen, dass überhaupt keine Überschüsse erzielt würden, da das Vermögen des Pools vom Versicherer nur treuhänderisch verwaltet werde⁸⁹². Andererseits wird davon ausgegangen, dass die Verteilung der Erträge im Rahmen von nicht anteilsgebundenen With-profits-Produkten nach deutschem Recht nicht dem vom BVerfG zum Schutz des Eigentumsrechts des Versicherungsnehmers aufgestellten Grundsätzen entspreche⁸⁹³. Unter dieser Prämisse dürfte für anteilsgebundene Produkte

⁸⁸⁶ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, §153, Rn. 53.

⁸⁸⁷ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, §153, Rn. 53.

⁸⁸⁸ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 9.

⁸⁸⁹ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, §153, Rn. 53.

⁸⁹⁰ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 65.

⁸⁹¹ Gebert/Schnepp in Veith/Gräfe, § 10, Rn. 28.

⁸⁹² Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

⁸⁹³ Geib/ Engeländer, VW 2006, 541, 545.

nicht anderes gelten. Teilweise wird auch für diese ausdrücklich davon ausgegangen, dass eine Überschussbeteiligung erfolgt⁸⁹⁴.

Die eine Auffassung führt dabei an, dass Fondsvermögen und das Vermögen des Versicherers voneinander zu trennen sein, Mittel des Anlegers gerade nicht in das Vermögen des Versicherers transferiert werden⁸⁹⁵. Sofern es dabei sein Bewenden hätte, wäre es allerdings angebracht, davon auszugehen, dass keine Überschüsse anfallen, weil das gesamte Vermögen anteilmäßig aufgeteilt den Anlegern zusteht. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die Erträge geglättet, und damit nicht individuell zugeteilt, sondern kollektiviert verwendet werden. Selbst wenn die Erträge im Rahmen des Fonds und damit einem Treuhandvermögen erwirtschaftet werden, so ist für deren Verteilung ein sehr weitgehendes Ermessen des Versicherers maßgeblich. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Verteilungsmechanismus bei With-profit-Produkten eine gewisse Ähnlichkeit mit dem einer Versicherung hat, da er auch einen kollektiven Ausgleich vorsieht, nicht nach Verwirklichung eines individuellen Risikos, wie bei einer Versicherung, sondern vorgeschaltet zur Kollektivierung bereits des Risikos selber. Im Ergebnis wird auch hier eine Risikoübernahme bewirkt. Dies spricht dafür, dass wenn auch Zinssätze § 11 VAG unterfallen, dies auch hier gelten müsste. Auch insofern wäre der Verteilungsmechanismus der With-profit-Produkte eine versicherungsmathematische Annahme, wie bei einem Sparvertrag der Zinssatz. Allerdings sind die anerkannten Formen versicherungsmathematischer Annahmen wie Sterbetafeln entweder allgemein festgelegt oder zumindest durch die allgemeinen Verhältnisse, etwa das aktuelle Zinsniveau wie bei Zinssätzen, beeinflusst. Der Verteilungsmechanismus bei With-profit-Produkten hingegen richtet sich nach unternehmensindividuellen Umständen wie den ausstehenden Garantien. Die verwendeten Rechnungsgrundlagen müssen aber auch nur geeignet sein, was aber auch bei aussagekräftigen unternehmensindividuellen Statistiken der Fall sein soll⁸⁹⁶.

Verneint man in diesem Zusammenhang aufgrund organisatorischer bzw. bilanzieller Aspekte, dass Überschüsse anfallen, würde man die Möglichkeit eröffnen, herkömmliche Kapitalanlagen aus dem Sicherungsvermögen in ein Sondervermögen zu überführen, dessen Ertragsprofil nach Abzug einer Vermögensverwaltungsvergütung – die die bisherige Beteiligung des Versicherers an den Erträgen ersetzt - man als Index im Sinne des § 54 b VAG deklariert. Damit könnte § 153 VVG umgangen werden, ohne dass das materielle Problem der Verteilung entfallen wäre. Eine Indexierung nach § 54 b Abs. 2 VAG ist dabei nicht anzuerkennen, dabei aber doch zu berücksichtigen, dass die Kapitalanlage nicht im Vermögen des Versicherers, sondern in einem treuhänderisch verwalteten Vermögen erfolgt. Streitig ist bei der Zweckbestimmung des § 153 VVG aber eh, ob sich der vertragsrechtliche Anspruch überhaupt auf eine rechtmäßige Verteilung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer erstreckt, unstreitig ist aber, dass er vor allem die Verteilung zwischen den einzelnen Versicherungsverträgen regeln soll⁸⁹⁷. Gerade letztere ist bei With-profit-Produkten besonders problematisch. Beide Aspekte sind bei dem treuhänderischen Vermögen zu untersuchen.

Auch hier, wo abermals ausländische Anbieter tätig sind, kann § 11 VAG keine Anwendung finden. Dies würde aufgrund des Teleos des § 153 VVG nahelegen, auch auf die

⁸⁹⁴ So OLG Frankfurt, Urteil vom 30.11.2011, 7 U 125/10, Rz. 54, nach dem die entsprechenden Informationspflichten Anwendung finden.

⁸⁹⁵ Goverts, VW 2011, 1254, 1258.

⁸⁹⁶ Präve in Prölss, VAG, § 11, Rn. 6.

⁸⁹⁷ Weiter Anspruch: Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 287.

Anwendung des § 153 VVG zu verzichten. Allerdings lässt sich doch beobachten, dass die Versicherer in die Prämie Sicherheitszuschläge einkalkulieren, die im Funds als Puffer zur Verfügung stehen, um gegebene Garantien auch dann erfüllen zu können, wenn der geglättete Anlagewert nicht ausreicht, gegebene Versprechen zu erfüllen⁸⁹⁸. Verbreitet dient bereits die Garantiegebühr als Reserve für die Deckung, damit nicht auf Eigenmittel zurückgegriffen werden muss⁸⁹⁹. Vor allem auch das Glättungsverfahren ist darauf ausgelegt, individuelle Wertzuweisungen nur vorsichtig zuzulassen und stattdessen verstärkt Reserven aufzubauen. Auch wenn § 11 VAG also als Vorschrift nicht gilt, lässt sich doch ein Sachverhalt beobachten, der § 11 VAG entspricht – was, da § 11 VAG eh nur mittelbar im Rahmen des Teleos von § 153 VVG von Bedeutung ist, genügt.

III. Verteilung der Erträge zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer

Problematisch ist zum einen das Rechtsverhältnis zwischen Versicherungsnehmern bzw. Anlegern und Versicherer. Der Überschuss wird im Rahmen einer internen Rechnungslegung nach § 55 a VAG nach einzelnen Ergebnisquellen auseinanderdividiert, § 10 Nr. 4 VersicherungsberichterstattungsVO. Dabei sind die Versicherungsnehmer an mindestens 90% der Kapitalerträge des gesamten Vermögens des Versicherers, 75% des Risikoergebnisses und 50% des übrigen Ergebnisses zu beteiligen, § 81 c Abs. 1 VAG, § 4 Abs. 3-5 MindestzuführungsVO, § 1 Abs. 1, 2 ZQuotenV. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 MindestzuführungsVO ist eine Querverrechnung zwischen einzelnen Quellen nicht möglich, so dass insbesondere nicht das regelmäßig negative Abschlusskostenergebnis den Überschuss absenkt⁹⁰⁰. Angemerkt sei, dass streitig ist, ob sich der vertragsrechtliche Anspruch auf eine rechtmäßige Verteilung auch hierauf erstreckt oder auf die Verteilung zwischen den einzelnen Versicherungsverträgen beschränkt ist⁹⁰¹.

Bei With-profit-Produkten fällt über die sonstigen Kosten hinaus üblicherweise der gesamte Kapitalertrag dem Pool der Versicherungsnehmer zu, es kann aber auch vereinbart werden, dass ein gewisser Anteil vom Versicherungsunternehmen einbehalten wird, etwa 10 Prozent⁹⁰². Ein With-profit-Funds ist insofern unproblematisch, als die Erträge vollständig der Anlegergemeinschaft oder allenfalls in geringfügigem Umfang dem Versicherer zustehen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Anleger, anders als nach den deutschen Regelungen, nicht an den Erträgen des Vermögens des Versicherers beteiligt werden, so dass ein Vergleich nur schwerlich möglich ist. Weiterhin kann durch Sicherheitszuschläge in den Prämien die Bildung eines „Puffers“ hervorgerufen werden. Solche Reserven dienen dem Versicherer dann aber faktisch als zusätzliches Eigenkapital. Außerdem erhöht sich durch solche Mittel der Vermögenswert des Funds und damit mittelbar auch die Einnahmen, die der Versicherer aus den Gebühren für die Garantie erlangt. Aber selbst dann dürfte, würde man entsprechende Berechnungen anstellen, die Verteilung im vorgegebenen Rahmen liegen.

⁸⁹⁸ Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

⁸⁹⁹ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 309.

⁹⁰⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 17.

⁹⁰¹ Weiter Anspruch: Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 287.

⁹⁰² Goverts, VW 2011, 1254, weist etwa auf das „90/10“-Modell im Gegensatz zum „100/00“-Modell hin.

IV. Verteilung zwischen den Versicherungsnehmern nach einem verursachungsorientiertem Verfahren

Das Hauptaugenmerk liegt aber auf dem Verhältnis der Versicherungsnehmer untereinander. Ein verursachungsgerechtes Verfahren müsste so aussehen, dass die Verträge nach ihrem Spar-Volumen, der vergangenen Laufzeit beteiligt werden und die Beteiligung exakt zum Zeitpunkt der jeweiligen Einzahlungen erfolgt⁹⁰³. Für die verursachungsorientierte Verteilung nach § 153 Abs. 2 Alt. 1 VVG ist der Begriff der „Verursachungsorientierung“ so zu verstehen, dass er weniger voraussetzt als der der „Verursachungsgerechtigkeit“⁹⁰⁴. Der Begriff der Verursachungsorientierung bei der Überschussbeteiligung bringt zum Ausdruck, dass es insofern um einen kollektiven Prozess geht, in dessen Rahmen die wirtschaftlichen Ergebnisse risikoausgleichend allen betroffenen Versicherungsnehmergenerationen zugeordnet werden⁹⁰⁵. Dem Versicherer ist es somit zumindest gestattet, alle Verträge gewissen Gruppen zuzuordnen und den Überschussbetrag anhand des Maßstabes der Überschussverursachung den Gruppen zuzuweisen, wovon der einzelne Versicherungsnehmer entsprechend seines rechnerischen Anteils im Verhältnis zur Gruppe profitiert⁹⁰⁶. Um With-profit-Produkte an diesen nicht sonderlich konkreten Vorgaben messen zu können, soll im Folgenden auch dargestellt werden, welche Konkretisierung dieser Vorgabe bei herkömmlichen, durch deutsches Aufsichts- und Bilanzrecht geprägten Produkten zu beobachten ist. Denn auch wenn eine Regelung wie § 56 a VAG an sich keine Anwendung findet, dürfte die Regelung als Konkretisierung eines verursachungsorientierten Verteilungsverfahrens zu sehen sein. Ohnehin sollen bei ausländischen Versicherungsunternehmen, bei denen entsprechende verursachungsorientierte aufsichtsrechtliche Vorgaben fehlen, da die Verteilung der Überschüsse vollständig in das Ermessen der Unternehmen gestellt ist, nach einer Auffassung in der Literatur einzelvertragliche Ansprüche unter Maßgabe der Grundsätze des BVerfG anzunehmen sein⁹⁰⁷.

Bei With-profit-Produkten lässt sich beobachten, dass der Versicherungsnehmer nicht an Risiko-, und Kostenüberschüssen beteiligt wird, weiterhin, dass der Kapitalertrag nicht direkt dem einzelnen Vertrag zugeschrieben wird, sondern im Pool verbleibt⁹⁰⁸. Es erfolgt also gerade keine Beteiligung des Versicherungsnehmers am Kapitalanlageergebnis durch Überschussbeteiligungen, vielmehr besteht außerhalb der gegebenen Garantien insofern ein Ermessen des Versicherers⁹⁰⁹. Diesem ist es nicht verwehrt, den jährlichen Bonus auf 0 % festzusetzen⁹¹⁰. Hingegen kann nach § 56 a Abs. 2 VAG der Versicherer nur wählen, ob er die Beträge den Versicherten direkt gutschreibt oder in Rückstellung für die Beitragsrückerstattung einstellt (RfB). Die RfB hat den Zweck, Ergebnisschwankungen im Zeitablauf zu glätten und damit den dem Versicherungsrecht immanenten Grundsatz der Risikogemeinschaft zur Durchsetzung zu verhelfen, nämlich in diesem Fall der Angleichung

⁹⁰³ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 15.

⁹⁰⁴ Römer, r+s 2008, 405, 406.

⁹⁰⁵ Engeländer, VersR 2007, 155, 157.

⁹⁰⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 96, Fn. 10; Römer, r+s 2008, 405, 406; Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 15.

⁹⁰⁷ Engeländer, VersR 2007, 155, 158.

⁹⁰⁸ Goverts, VW 2011, 1254, 1255.

⁹⁰⁹ Geib/Engeländer, VW 2006, 541, 544.

⁹¹⁰ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 309.

der individuell erzielbaren Rendite je Zeiteinheit⁹¹¹. Darüber hinaus findet auch bei konventionellen Produkten eine dem Einfluss der Versicherungsnehmer entzogene, intransparente Glättung statt, wenn die Versicherer Kapitalanlagen mit Bewertungsreserven solange nicht realisieren, bis dies wegen einer schlechten Überschussituation notwendig ist, um eine gleichmäßige Überschussbeteiligung zu erreichen⁹¹². Somit ist also eine Glättung wie sie im Rahmen des Funds erfolgt, dem deutschen Recht durchaus nicht fremd. Dass dies bilanztechnisch anders, insbesondere nicht im Rahmen einer Rückstellung für die Beitragsrückerstattung geschieht, ist unschädlich, da das deutsche Bilanzrecht für ausländische Versicherungsunternehmen nach § 341 Abs. 2 HGB nicht gilt – anders als § 153 VVG.

Jedoch ist dabei zu berücksichtigen, dass dem Anleger in Aussicht gestellt ist, dass ihm Überschüsse, einen positiven Kapitalanlageverlauf vorausgesetzt, durch einen Schlussbonus am Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit gutgeschrieben werden. Praktisch ist allerdings zu berücksichtigen, dass bei der RfB bereits die steuerrechtliche Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 KStG dafür sorgt, dass spätestens im dritten Jahr nach der Zuführung eine Ausschüttung erfolgt⁹¹³. Aber auch das deutsche Recht kennt Schlussüberschussbeteiligungen. Allerdings wird dabei von einem kontinuierlichen Aufbau eines entsprechenden Anspruchs ausgegangen, so erfolgt eine Deklaration wie bei den Überschussbeteiligungssätzen, § 28 Abs. 8 Nr. 2, 3 RechVersV. Eine entsprechende Rückstellung hat nach § 28 Abs. 6 S. 1, Abs. 7 RechVersV innerhalb der RfB zu erfolgen⁹¹⁴. Nicht ganz klar ist jedoch beim deutschen Recht, ob der einmal eingeräumte Anspruch auf eine Schlussüberschussbeteiligung auch zur Folge hat, dass die Beteiligung auch ihrer Höhe nach garantiert ist. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass eine schwankende Beteiligung möglich ist, die Regelung des § 56 a VAG etwa diene nur dazu, die entsprechenden Werte endgültig dem Zugriff des Versicherers zu entziehen, nicht aber aus der Kapitalanlage resultierende Schwankungen zu verhindern⁹¹⁵. Im Einzelfall sei aber entscheidend, ob die jährlichen Mitteilungen einen entsprechenden Hinweis enthalten oder aber entgegengesetzt dem Versicherungsnehmer den Eindruck stetig steigender Rückkaufswerte vermitteln⁹¹⁶. Was § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 KStG angeht, so dürfte auch diese Norm nach ihrem Zweck, einen Missbrauch entsprechender Zurückhaltungsmöglichkeiten durch den Versicherer zu verhindern, einer schwankenden Schlussüberschussbeteiligung nicht entgegen stehen⁹¹⁷. Ein Unterschied besteht aber insofern, als bei With-profit-Produkten nicht mal ein entsprechender Anteil zugerechnet wird, sondern erst im Rahmen des Schlussüberschusses.

Dabei dient das Glättungsverfahren dazu, durch den Einbehalt von Erträgen Ergebnisse zu glätten, was sich vor allem beim Schlussüberschussatz auswirkt, wobei das Ausmaß der Glättung einer Bestimmung bedarf, aber auch die Frage, wie schnell eine Anpassung bei Marktveränderungen erfolgt⁹¹⁸. Umso mehr Überschüsse der Versicherer nicht zurechnet – auch nicht im Rahmen des Schlussbonus-, sondern als Reserven anhäuft, um einen Puffer für den Verlustausgleich zur Verfügung zu haben, desto mehr entzieht er dem

⁹¹¹ Reiff/Schneider in Prölss/Martin, § 2 ALB 2008, Rn. 5; Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn.20.

⁹¹² Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 234.

⁹¹³ Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, § 56 a, Rn. 7.

⁹¹⁴ Dazu Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 171.

⁹¹⁵ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 176, 178.

⁹¹⁶ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 176.

⁹¹⁷ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 211.

⁹¹⁸ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 135.

Versicherungsnehmer die mit seinem Kapital gewonnenen Erträge, um damit seine Solvabilitätsspanne zu verbessern⁹¹⁹. Ist hingegen einmal eine Einstellung in die RfB erfolgt, dürfen die Mittel nach § 56 a Abs. 3 S. 1 VAG nur noch für die Überschussbeteiligung der einzelnen Verträge verwendet werden, anerkannte Ausnahme ist nach S. 2, dass die Mittel im Interesse des Versicherten zur Abwendung eines Notstandes herangezogen werden müssen. Nach S. 3 ist ein Ausgleich statthaft, um unvorhersehbare Verluste aus überschussberechtigten Verträgen aufgrund allgemeiner Änderungen der Verhältnisse auszugleichen, oder um die Deckungsrückstellung zu erhöhen, wenn die Rechnungsgrundlagen wegen unvorhersehbarer und nicht nur vorübergehender Änderung der Verhältnisse angepasst werden müssen. Der Funds-Anleger muss beachten, dass seine Aussicht auf eine Ausschüttung der entstandenen Überschüsse maßgeblich davon abhängt, wie sich die Kapitalanlagen in Zukunft entwickeln und in welchem Ausmaß der Versicherer Mittel für die Erfüllung gegebener Garantiezusagen aufwenden muss. Diese Aspekte sind in ihren Auswirkungen gerade nicht vorherzusagen, aber als Umstände als solche gewiss. Damit wären sie aber nicht geeignet, die geschilderten Ausnahmetatbestände zur Anwendung zu bringen. § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 KStG dürfte seinem Zweck nach, einen Missbrauch entsprechender Zurückbehaltungsmöglichkeiten durch den Versicherer zu verhindern, der Bildung entsprechender Puffer im Rahmen der Glättung entgegenstehen⁹²⁰. Somit werden die entsprechenden Vorgaben gerade nicht eingehalten.

V. Verteilung nach anderen vergleichbaren Verteilungsgrundsätze

Allerdings könnten insofern auch vergleichbare angemessene Verteilungsgrundsätze im Sinne des § 153 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VVG vorliegen. Aus dem Zusammenhang mit Hs. 1 folgt, dass sich die ausnahmsweise zugelassenen Verteilungsgrundsätze gerade nicht dadurch auszeichnen, verursachungsgerecht oder auch nur verursachungsorientiert zu sein. Wenn die Verursachung aber nichtmals im Sinne einer Orientierung zumindest teilweise relevant sein muss, können insofern nur Produkte gemeint sein, bei denen Ertragsprofile nicht mehr individuell zugerechnet, sondern kollektiviert werden. Danach sollen vielmehr Produkte zulässig sein, bei denen die Erträge in Anbetracht der nur im Allgemeinen absehbaren Volatilität auf den Kapitalmärkten einer Glättung unterworfen werden⁹²¹. Dies erfasst dann gerade auch With-profit-Produkte. Die Gesetzesbegründung enthält als Vorgaben einzig, dass sich die Angemessenheit nach § 307 BGB richte, weiterhin eine ausdrückliche Vereinbarung, eine Information und eine transparente Gestaltung der AGB notwendig sein⁹²².

1. Angemessenheit der Verteilungsgrundsätze

Dabei liegt eine unangemessene Behandlung allgemein vor, wenn der Klauselverwender bei der Vertragsgestaltung versucht, entgegen den Geboten von Treu und Glauben einseitig seine Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen, ohne auch dessen

⁹¹⁹ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S 206.

⁹²⁰ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 211.

⁹²¹ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 291; Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 63.

⁹²² Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 96.

Belange hinreichend zu berücksichtigen⁹²³. Wie bereits dargelegt, ist für die Inhaltskontrolle bei Vertragsgestaltungen, für die keine Vorgaben durch eindeutige gesetzliche Regelungen bestehen, gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf den Vertragszweck nach dem jeweiligen Typus abzustellen. Bei der Untersuchung, welchem Typus ein With-Profit-Produkt entspricht, hat sich ergeben, dass im Verhältnis zum Versicherer ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegt, im Verhältnis zu den Anlegern jedoch aufgrund der Kollektivierung der Erträge, die der Bildung einer Risikogemeinschaft ähnelt, ein versicherungsähnlicher Zusammenschluss. § 153 betrifft in erster Linie die Verteilung der Erträge unter den Versicherungsnehmern, gerade dies ist auch der bei With-profit-Produkten problematische Aspekt. Dabei kommt es für einen Anleger, hält er den Vertrag durch, selbst auf die konkrete Wertentwicklung während seiner Beteiligung nicht an, da Gewinne und Verluste darüber hinaus durch die Glättung kollektiviert werden⁹²⁴. Eine Besonderheit der englischen Lebensversicherung liegt also gerade darin, dass zwar auch dort bestimmte Versichertengruppen gebildet werden, dabei aber nicht gewährleistet ist, dass der durch die Beiträge einer Gruppe erzielte Gewinn auch dieser Gruppe zugutekommt, ebenso wenig wie die zur Glättung gebildeten Reserven⁹²⁵. Umgekehrt werden bei Verlusten gegebene Garantien gegenüber bestimmten Anlegern aus den Einlagen der anderen Anleger finanziert⁹²⁶. Sofern hier Versicherungsähnlichkeit festgestellt wird, muss ein Verstoß gegen versicherungsrechtliche Wertungen gerade ausscheiden. So ist es einer Versicherung wesensimmanent, dass manche Versicherungsnehmer, bei denen der Versicherungsfall nicht eintritt, durch den Vertrag im Hinblick auf den tatsächlichen Leistungsaustausch einen Nachteil erleiden, während die anderen einen Vorteil erzielen. Dem einzelnen Anleger muss bei Beginn seiner Beteiligung klar sein, dass sich diese Glättung in nicht vorhersehbarer Weise sowohl zu seinen Gunsten als auch zu seinem Nachteil auswirken kann. Damit in Zusammenhang steht, dass ein schwankender Schlussüberschuss gewährt wird, der insbesondere durch die Notwendigkeit von Garantieleistungen an andere Anleger eine Minderung erfahren kann. Insofern ist das Verhältnis zum Versicherer angesprochen, dass aber unproblematisch ist, da dieser an der Überschussverteilung überhaupt nicht partizipiert⁹²⁷. Auf der Grundlage der Ausführungen in IV. ist der einzige Aspekt, der die inhaltliche Angemessenheit in Frage stellt, die Vorenthaltung von Erträgen selbst noch bei Bemessung des Schlussbonus, um einen Puffer für den Verlustausgleich zur Verfügung zu haben und letztlich die Solvabilitätsspanne des Versicherers zu verbessern⁹²⁸. Insofern könnte die Regelung für stille Reserven nach § 169 Abs. 3 VVG von Bedeutung sein. Stille Reserven ergeben sich aus der Anwendung der handelsrechtlichen Bewertungsregeln und entsprechen der Differenz zwischen Buch- und Zeitwert, wenn der Zeitwert höher als der Buchwert ist⁹²⁹. Nach § 54 RechVersV sind im Anhang des Jahresabschluss für alle Kapitalanlagen die nach den §§ 55 f. RechVersV ermittelten Zeitwerte anzugeben, aufgeschlüsselt nach den einzelnen Kapitalanlagearten. Bei With-profit-Produkten erfolgt die Bilanzierung gerade nicht nach HGB, so dass die Kapitalanlagen immer zum Zeitwert bilanziert werden und stille Reserven als unrealisierte Gewinne beim Ansatz von Buchwerten gar nicht entstehen⁹³⁰. Vielmehr sind die

⁹²³ BGH, Urteile vom 24.03.1999, IV ZR 98/90, Rz. 43, VersR 1999, 710, 712; 04.11.1992, VIII ZR 235/91, BGHZ 120, 108, 118; Terno, r+s 2004, 45, 50.

⁹²⁴ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308.

⁹²⁵ LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835.

⁹²⁶ LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835.

⁹²⁷ Ähnlich Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 63.

⁹²⁸ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S 206.

⁹²⁹ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 11; . Heiss in Langheid/Wandt, § 153, Rn. 25.

⁹³⁰ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 308, Fn. 6.

entsprechenden Werte bereits im tatsächlichen Vermögen enthalten, dass mit den festgesetzten Anteilswerten verglichen wird. Dabei ist aber auch der Teleos in den Blick zu nehmen, der in der Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben liegt. Nach BVerfG erfordern es Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, dass sichergestellt wird, dass stille Reserven als durch Prämienzahlungen geschaffene Vermögenswerte in die vertraglichen Leistungen einbezogen werden⁹³¹. Stille Reserven brauchen nur dann im Rahmen einer Schlussüberschussbeteiligung nicht berücksichtigt zu werden, wenn ein Verbrauch der durch die Prämien gebildeten Vermögenswerte durch vertragsgemäße Dispositionen stattgefunden hat, etwa durch die Verrechnung von Abschlusskosten, laufende Verwaltungskosten oder Versicherungsleistungen⁹³². Stille Reserven sind also nur eine besondere Erscheinungsform von durch Prämienzahlungen geschaffenen Vermögenswerten. Da im vorliegenden Zusammenhang für die Bildung von Puffern sowohl Kapitalerträge im Rahmen des Funds, der einzig den Anlegern zusteht, als auch ggf. Anteile der Garantiegebühren herangezogen werden, gilt die verfassungsrechtliche Vorgabe auch hier. § 153 VVG ist analog anzuwenden. Nach § 153 Abs. 3 S. 1 VVG sind die Bewertungsreserven nach einem verursachungsorientierten Verfahren rechnerisch zuzuordnen. Das Erfordernis einer nur rechnerischen Zuordnung bringt zum Ausdruck, dass der entsprechende Teil nicht unwiderruflich gutgeschrieben ist, sofern der Vertrag nicht beendet wird⁹³³. Nur so können die Bewertungsreserven weiterhin ihre Aufgabe als Risikopuffer erfüllen, so dass durch die Minderung der tatsächlich bestehenden Volatilität eine weitergehende Berechenbarkeit der Überschussbeteiligung erreicht wird⁹³⁴. Deshalb muss der Versicherer auch eindeutig – etwa in den Mitteilungen nach § 155 VVG – klarstellen, dass insofern kein verbindlicher Anspruch besteht⁹³⁵. Vorgeschrieben ist in § 153 Abs. 3 S. 2 VVG, dass bei Beendigung des Vertrages die zu diesem Zeitpunkt ermittelten Bewertungsreserven zur Hälfte zugeteilt und ausgezahlt werden müssen. Eine Beendigung des Vertrages liegt nicht nur bei Rückkauf – dazu unter J. – sondern auch bei Vertragsablauf bzw. Rentenbeginn vor⁹³⁶. Die Umsetzung dieser Vorgabe bereitet durchaus Schwierigkeiten. So werden nur Bewertungsreserven erfasst, also vor allem Kursgewinne, während laufende Zins- oder Dividendenzahlungen bei herkömmlichen Produkten schon unabhängig davon im Rahmen der Überschussbeteiligung voll zugeordnet werden. Im Grunde geht es aber um alle noch nicht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmern verteilten Gewinne. Auch insofern ist die Regelung analog anzuwenden. Dies spricht bei With-profit-Produkten dafür, dass ein Schlussbonus mindestens in Höhe der Hälfte des nicht vertraglich zugeordneten Vermögenswerts des Funds gezahlt werden muss. Den anderen Verträge zugeordnet und damit einem Schlussbonus entzogen sind die laufenden Wertzuweisungen, aber auch der diskontierte Wert von Kapitalgarantien. Diese Anforderung dürfte bei einem regulären Ausscheiden keine große Rolle spielen, da dann sowieso ein Schlussbonus gezahlt werden dürfte, der höher ist. Von Bedeutung ist die Vorgabe aber, wenn der Schlussbonus vertraglich auf bestimmte Leistungen beschränkt wird, oder aber im Fall der Kündigung – letztlich also bei Konstellationen, die in den Kapiteln G. und J. behandelt wurden oder noch behandelt werden.

⁹³¹ BVerfG, Urteil vom 26.07.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2377.

⁹³² BVerfG, Urteil vom 26.07.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2378.

⁹³³ Römer, r+s 2008, 405, 407.

⁹³⁴ Römer, r+s 2008, 405, 407.

⁹³⁵ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 23; Grote in Marlow/Spuhl, S. 205.

⁹³⁶ Reiff in Prölss/Martin, § 153, Rn. 24.

Die Einhaltung des Angemessenheitserfordernisses wird aber vor allem auch hinsichtlich des Verhältnisses der Überschussbeteiligung zur Kapitalgarantie auf die Probe gestellt. Die BaFin hat bei Rentenversicherungen zum Ausdruck gebracht, dass es dem Versicherer verwehrt ist, bei einer garantierten Mindestrente bereits individuell zugewiesene Überschüsse zur Finanzierung der Mindestrente zu verwenden, außer bei Riester-Produkten, wenn andernfalls die Finanzierung des Beitragserhalts gefährdet wäre⁹³⁷. Auch der BGH hat sich damit beschäftigt, wie die Zusagen einer Garantierente und einer aus Überschüssen während der Aufschubzeit gebildeten Zusatzrente zueinander im Verhältnis stehen. Im Ergebnis soll es nicht zulässig sein, Überschüsse nicht für die Bildung einer Zusatzrente heranzuziehen, wenn sich wegen einer Falschkalkulation aufgrund einer falschen Sterbetafel das Erfordernis ergibt, für die Garantie höhere Rückstellungen zu bilden⁹³⁸. Bei With-profit-Produkten schließt die zu Vertragsbeginn ausgesprochene Garantiezusage alle zukünftig erfolgenden Wertzuweisungen ein, greift also nur, wenn die Summe der Zuweisungen nicht ausreicht, um den Garantiebtrag zu erzielen. Genau dagegen richtet sich die Intervention der BaFin, wobei sich aber die Frage stellt, ob deren Vorgabe auch im vorliegenden Zusammenhang gilt. Das kann vor dem Hintergrund von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB methodisch überzeugend nur in Einklang mit den für jeweiligen Vertragstypus geltenden Grundsätzen beurteilt werden. Bei einer klassischen Lebensversicherung übernimmt der Versicherer im Rahmen eines Spar- bzw. Einlagengeschäftes vollständig das Risiko, die von ihm gegebene Zinszusage zu erwirtschaften. Das dieses Spargeschäft ergänzende partiarische Rechtsverhältnis findet seinen Grund darin, dass der Versicherungsnehmer aus ordnungspolitischen Erwägungen eine im Verhältnis zur Zinszusage unangemessen hohe Gegenleistung erbringen muss, im Gegenzug eine wirtschaftliche Beteiligung an den vor allem auch dadurch entstehenden Überschüssen eingeräumt bekommt. Wenn der Versicherer die Überschüsse dafür heranzieht, die gegebene Zinszusage zu finanzieren, erfüllt er zwar seine Beteiligungsverpflichtung aus dem partiarischen Rechtsverhältnis, nimmt aber gleichzeitig eine Verrechnung mit den Ansprüchen aus der Zinszusage vor. Damit wälzt er das von ihm übernommene Kapitalanlagerisiko auf den Versicherungsnehmer ab, der dann letztlich auch an entstehenden Verlusten beteiligt wird. Wie bereits ausgeführt, ist dies aber mit den insofern einschlägigen Grundsätzen des Darlehensrechts nicht zu vereinbaren. Im Ergebnis ist damit die Einschätzung der BaFin zutreffend. Mit der Differenzierung für Riester-Produkte bestätigt die BaFin die bereits vorgenommene Einschätzung, dass insofern ein eigenständiger Vertragstyp gegeben ist. With-profit-Produkte letztlich sind Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienstleistungs- und Werkvertragscharakter. Die versprochene Dienstleistungstätigkeit besteht in der Vermögensverwaltung, der versprochene Werkerfolg in der Zusage eines endfälligen Garantiebtrages. Überschüsse entstehen im Rahmen dieses Geschäfts, wenn die entfaltete Dienstleistungstätigkeit Erfolge zeitigt und Erträge zu verzeichnen sind. Dogmatisch zeichnet sich ein Werkvertrag, gerade auch in Abgrenzung zum Garantiegeschäft, dadurch aus, dass die Tätigkeits- und die Erfolgszusage nicht unabhängig voneinander bestehen, sondern miteinander verknüpft sind. So soll der Erfolg gerade aus der Durchführung der Tätigkeit resultieren⁹³⁹. Diese typologische Eigenart bedingt es dann auch, dass der Versicherer im Idealfall nur die

⁹³⁷ BaFin, Auslegungsentscheidung vom 10.11.2006, Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) und in diesem Zusammenhang auftretende Probleme bei der Überschussbeteiligung in der Rentenversicherung.

⁹³⁸ BGH, Urteil vom 8.7.2009, IV ZR 102/06, NJW-RR 2009, 1476, 1478 unter Verweis auf VerBAV 2000, 252.

⁹³⁹ Sprau in Palandt, Einf. v. § 631, Rn. 14.

Tätigkeit erbringt und damit den zugesagten Betrag erwirtschaftet, Überschüsse jedenfalls im Garantiebtrag aufgehen.

2. Festlegung der Verteilungsgrundsätze

Weiterhin muss aber eine ausdrückliche Vereinbarung gegeben sein. Schon um die vertragliche Leistung bestimmen zu können, muss eine Angabe erfolgen, welche Werte in welcher Weise maßgeblich sind. Dies ist mit dem Hinweis zu verbinden, dass sich die Garantie, dass sich der laufend bestimmte Anteilswert nicht mehr verringern kann, nur auf den Wertzuwachs bezieht⁹⁴⁰. Aber auch davon abgesehen besteht ein erheblicher Spielraum bei der Überschussbeteiligung, was die Verteilung der Erträge auf laufende und Schlussüberschussbeteiligung, die Einbehaltung von Erträgen zur Bildung eines Puffers, und die Frage betrifft, auf welchen Zeitraum die Glättung ausgerichtet ist. Mit dem Erfordernis einer ausdrücklichen Vereinbarung kann insofern eine Darlegung gemeint sein, dass überhaupt eine Glättung erfolgt, aber auch eine in Einzelne gehende Darlegung der geltenden Grundsätze der Berechnung.

Bereits für eine verursachungsorientierte Überschussbeteiligung nach § 153 Abs. 2 VVG ist es nach der Gesetzesbegründung ausreichend, wenn ein Verteilungssystem widerspruchsfrei praktiziert wird, ohne dass insofern eine vertragliche Vereinbarung seiner Ausgestaltung erforderlich wäre⁹⁴¹. Gerade das wird in der Rechtsprechung aber bei With-profit-Produkten nicht für ausreichend gehalten. Bemängelt wird, dass Angaben zur Reichweite der Marktpreisanpassung und deren Höhe fehlen, wobei hier eine Bestimmung nach § 315 BGB vorliege, die eine Angabe von Anlass, Richtlinien und Grenzen der Ausübung erfordere, wenigstens eine Konkretisierung durch bilanzrechtliche oder versicherungsmathematische Grundsätze⁹⁴². Dieser Kritik hat sich selbst der BGH angeschlossen, dabei als Kriterium für die Konkretisierung nur angegeben, dass eine Beschreibung „möglichst konkret“ auszufallen habe⁹⁴³. Die Beschränkung auf die Marktpreisanpassung als ein Element der Überschussverteilung erklärt sich wohl dadurch, dass man sich auf einen exemplarischen Aspekt konzentriert – letztlich geht es aber um die ganz allgemeine Frage, wie viel Ermessen sich der Versicherer bei der Überschussverteilung vorbehalten darf. Dabei ist nach anderer Auffassung nicht erforderlich, dass der Versicherer die genaue Vorgehensweise bei der Glättung spezifiziert, die Angabe von Formeln sei etwa nicht erforderlich. Dagegen spreche auch, dass durch die Angabe von Formeln Anleger in die Lage versetzt würden, gegen die Anlegergemeinschaft zu spekulieren, indem sie den günstigsten Zeitpunkt für ein Ausscheiden ermitteln⁹⁴⁴.

Wird eine § 315 BGB entsprechende Klausel in AGB normiert, so hängen die daran zu stellenden Anforderungen im Hinblick auf § 307 BGB nach der Rechtsprechung des BGH⁹⁴⁵ vom jeweils einschlägigen Vertragstyp, von den typischen Interessen und den begleitenden Regelungen ab. Grundsätzlich muss die Klausel festlegen, aufgrund welcher Anlässe und

⁹⁴⁰ LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835.

⁹⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 96.

⁹⁴² OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 193; 7 U 144/10, Rz. 176; 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 111.

⁹⁴³ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 61 f.

⁹⁴⁴ Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 64.

⁹⁴⁵ BGH, Urteil vom 06.03.1986, III ZR 195/84, NJW 1986, 1803, 1804 – Zinsanpassungsklausel in Kreditverträgen; im Hinblick auf eine Preisanpassung auch BGH, Urteil vom 16.01.1985, VIII ZR, 153/08, NJW 1985, 853, 854.

unter welchen Voraussetzungen eine Änderung in Betracht kommt, dies gilt gerade bei Kauf- und Werkverträgen⁹⁴⁶. Hingegen ergibt sich bei Kreditverträgen, dass eine Änderung ohnehin nur in dem Maße durchgesetzt werden kann, wie ein marktkonformer Zinssatz die Folge ist – so dass eine genauere Festlegung gerade nicht erforderlich ist. In diesem Zusammenhang soll auch zu berücksichtigen sein, dass eine Festlegung erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und deshalb so allgemein gehalten werden müsste, dass sie dem Vertragspartner keine zusätzlichen Erkenntnisse bringt⁹⁴⁷. Dem Kunde, der einen Kreditvertrag unter Geltung eines variablen Zinssatzes schließt, sei ohnehin klar, dass er damit die Chancen und Risiken einer Anpassung trägt⁹⁴⁸. Was § 308 Nr. 4 BGB angeht, so unterfällt dieser Regelung nicht eine Leistungsbestimmung, mit der der Inhalt der Leistungspflicht im Sinne des § 315 BGB erstmals festgelegt wird, sondern nur eine Abänderung derselben, etwa wenn in den Vertragsunterlagen bereits der aktuell geltende Zinssatz eingetragen ist⁹⁴⁹. Scheinbar im Widerspruch dazu steht eine Entscheidung, nach der eine Zinsänderungsklausel im Hinblick auf § 308 Nr. 4 BGB zu verwerfen ist, da insofern auch eine Abkehr von dem eingetragenen Zinssatz erfasst werde und eine Zumutbarkeit für den Vertragspartner des Verwenders nur bestehe, wenn dieser die Möglichkeit von Änderungen kalkulieren könne⁹⁵⁰. Die Angaben zu Anlass, Richtlinien und Grenzen einer einseitigen Bestimmung müssen möglichst genau sein, um dem Transparenzerfordernis zu genügen⁹⁵¹.

Um zu bestimmen, was hier gilt, lohnt ein Blick auf die Grundsätze bei Investmentfonds, denen ebenfalls Geschäftsbesorgungsverträge zu Grunde liegen⁹⁵². Dort darf sich die Investmentgesellschaft nach § 43 Abs. 4 Nr. 6 InvG - § 162 Abs. 2 Nr. 6 KAGB - kein Ermessen vorbehalten, wie mit Erträgen verfahren wird, ob Ausschüttungen erfolgen oder nicht⁹⁵³. Bei diesen Fonds ist die Verteilung der Erträge aber eh unproblematisch, da die im Fonds enthaltenen Werte anhand der Anteile leicht abgrenzbar individuell zugeordnet sind. Davon abgesehen ist aber auch der Investmentvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter, für den sich die Frage stellt, inwieweit die Durchführung der Geschäftsbesorgungstätigkeit, die Kapitalanlage, Bindungen unterliegt. Nach § 42 Abs. 1 S. 3 Nr. 14 InvG, § 165 Abs. 2 Nr. 2 KAGB sind Anlageziele und Anlagepolitik zu beschreiben. Vorgaben, wie genau dies zu geschehen hat, ergeben sich auch daraus nicht. Bei sich ändernden wirtschaftlichen Umständen ist eine Anpassung aber nur möglich, wenn der Prospekt dementsprechend weit gefasst ist⁹⁵⁴. Dieser Grundsatz hat in der Praxis zur Folge, dass auch die Bedingungen sehr weit gefasst sind⁹⁵⁵. Grundlegend für die Art und Weise dieser Überschussbeteiligung bei entsprechenden With-profit-Produkten in England ist ein Vertrauen des Anlegers in den Versicherer, der aber im Hinblick auf „Policyholder Reasonable Expectations“, die beim Versicherungsnehmer geweckten Erwartungen,

⁹⁴⁶ BGH, Urteil vom 11.06.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519.

⁹⁴⁷ BGH, Urteil vom 06.03.1986, III ZR 195/84, NJW 1986, 1803, 1804 f – auch in der BGH-Entscheidung von 1980 wird die Aufführung bereits unter den Vorbehalt der Möglichkeit gestellt.

⁹⁴⁸ BGH, Urteil vom 06.03.1986, III ZR 195/84, NJW 1986, 1803, 1805.

⁹⁴⁹ BGH, Urteil vom 17.02.2004, XI ZR 140/03, NJW 2004, 1588, 1589; so auch Coester-Waltjen in Staudinger, § 308, Rn. 5.

⁹⁵⁰ BGH, Urteil vom 17.02.2004, XI ZR 140/03, NJW 2004, 1588.

⁹⁵¹ BGH, Urteil vom 19.10.1999, XI ZR 8/99, NJW 2000, 651, 652.

⁹⁵² Schmitz in Berger/Steck/Lübbeshausen, § 43, Rn. 6.

⁹⁵³ Schmitz in Berger/Steck/Lübbeshausen, § 43, Rn. 57.

⁹⁵⁴ Schmitz in Berger/Steck/Lübbeshausen, § 42, Rn. 17.

⁹⁵⁵ Schmitz in Berger/Steck/Lübbeshausen, § 42, Rn. 42.

gebunden ist und insofern auch in Haftung genommen werden kann⁹⁵⁶. Je transparenter der Versicherer die Überschussbeteiligung darstellt, umso weiter reicht diese PRE und desto kleiner ist der Spielraum, auf neue Erkenntnisse oder veränderte Umstände zu reagieren⁹⁵⁷. Die grundsätzliche Problematik des § 153 VVG liegt ebenfalls darin, dass der einzelne Versicherungsnehmer die Möglichkeit hat, seine Überschussbeteiligung nachträglich gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dass es dem Versicherer möglich wäre, gegebenenfalls bereits zugesprochene Überschussbeteiligung zugunsten anderer Versicherungsnehmer zu korrigieren⁹⁵⁸. Dieses allgemeine Problem gewinnt bei With-profit-Produkten noch eine spezielle Brisanz, weil der Versicherer sich nicht an althergebrachten, teilweise sogar gesetzlich festgelegten Maßstäben orientieren kann. Damit fehlt es ihm an Anhaltspunkten, wie das mit einem Streit befasste Gericht den Begriff der Angemessenheit auslegen wird.

Deshalb ist eine genaue Festlegung nicht erforderlich, einen Handeln nach Ermessen kann vorbehalten sein. Diesem Auslegungsergebnis steht auch nicht die bereits genannte Entscheidung des BGH entgegen, nach der eine Beschreibung „möglichst konkret“ zu fassen sei⁹⁵⁹. Eine sonderlich weitgehende Festlegung ist hier aber typbedingt gerade nicht möglich.

3. Darstellung der Verteilungsgrundsätze

Fraglich ist dann aber, inwieweit klargelegt werden muss, dass Ermessen besteht, bzw. ob und in welcher Weise über die aktuell verfolgte Vorgehensweise informiert werden muss. Nach der Rechtsprechung nicht zu fordern ist eine genaue Angabe der Ermittlung der Überschüsse bei einer Klausel, die zum Ausdruck brachte, dass sich die Überschussbeteiligung nach § 81 c VAG, der zugehörigen Rechtsverordnung richtet, da einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer diese komplexe Materie nicht weiter in dem Rahmen erklärt werden kann, der für die Erläuterung in den Versicherungsbedingungen zur Verfügung steht⁹⁶⁰. Insofern wird also nicht angenommen, dass die entsprechenden Ausführungen nach den eigentlich geltenden Anforderungen hinreichend transparent sein, sondern das Bestehen einer nicht abzuhelfenden, dem Versicherungsprodukt immanenten Intransparenz akzeptiert⁹⁶¹. Diese Rechtsprechung hinsichtlich der Festlegung der Verteilungsgrundsätze wird verbreitet kritisiert und angenommen, dass entweder zumindest ein Hinweis darauf, dass Spielräume des Versicherers bestehen, erfolgen müsse, oder alle relevanten Quellen wie stille Reserven, die Möglichkeit des Querverrechnens und der Mittelaustausch im Deckungsstock benannt werden müssten⁹⁶².

Nunmehr wird dieser Streit im Hinblick auf die Regelung in der VVG-InfoV geführt. Eine Information zur Überschussermittlung und –beteiligung hat nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV zu erfolgen. Grundlegend muss eine Information darüber erfolgen, ob der Vertrag überhaupt überschussberechtigt ist, bei einem Ausschluss muss dies ausdrücklich angegeben

⁹⁵⁶ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 136.

⁹⁵⁷ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 137.

⁹⁵⁸ Engeländer, VersR 2007, 155, 160.

⁹⁵⁹ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 62.

⁹⁶⁰ BGH, Urteil vom 09.05.2001, IV ZR 121/00, Rz. 59, NJW 2001, 2014, 2019; Terno, r+s 2004, 45, 52.

⁹⁶¹ Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 756.

⁹⁶² Streitstand bei Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 757.

werden⁹⁶³. Eine weitergehende Erläuterung ist in diesem Fall gerade nicht geschuldet⁹⁶⁴. Für die Überschussermittlung sind die maßgeblichen handelsrechtlichen Grundsätze aufzuzeigen⁹⁶⁵. Inhaltlich ist weiterhin zumindest darauf hinzuweisen, welche Überschussquellen es gibt und welche Merkmale sie aufweisen⁹⁶⁶. Für die Überschussbeteiligung ist weiterhin auf die Maßstäbe des § 81 c VAG und der MindVZ hinzuweisen⁹⁶⁷. Im Übrigen ist auch die Möglichkeit, dass der Überschuss unter bestimmten Umständen zur Verlustabdeckung und zur Erhöhung der Deckungsrückstellung herangezogen werden kann, darzustellen⁹⁶⁸. Des Weiteren müssen Angaben zur Form und Verfahren der Beteiligung erfolgen, dies erfasst eine Aussage zur Frage, ob die Überschussbeteiligung durch Direktgutschrift oder Entnahme aus der Rückstellung für Beitragsrückerstattung erfolgt, weiterhin zum Zeitpunkt, zu Wartezeiten, zu einer eventuellen Schlussüberschussbeteiligung und letztlich zur Beteiligung an den Bewertungsreserven⁹⁶⁹. Ausdrücklich muss darauf hingewiesen werden, dass die Überschussbeteiligung nicht garantiert ist⁹⁷⁰. Die Verteilung nach einem verursachungsorientierten Verfahren ist jedenfalls hinsichtlich des abstrakten Sachverhalts erläuterungsbedürftig, dass Gewinngruppen gebildet werden und eine Beteiligung nach dem Maßstab erfolgt, inwieweit diese Gruppen zum Gewinn beigetragen haben⁹⁷¹. Über die Darlegung der Grundsätze der Überschussbeteiligung hinaus müssen Spielräume, die bei der Überschussermittlung- und Beteiligung für unternehmerische Entscheidungen verbleiben, nach einer Auffassung nicht ausdrücklich dargelegt werden⁹⁷². Dagegen wird aber auch vertreten, dass das angewendete verursachungsorientierte Verfahren nicht im Hinblick auf konkrete Sachverhalte, aber seinem Prinzip nach erläutert werden müsse⁹⁷³. Dabei wird davon ausgegangen, dass Spielräume der Beteiligung dargestellt werden müssen, etwa das Ermessen hinsichtlich einer Beteiligung über die Mindestbeteiligung gem. § 4 f. MindVZ hinaus, allgemein sei das praktizierte Beteiligungsverfahren zu umschreiben, soweit dies verlangt werden könne⁹⁷⁴.

Gegen die erweiterten Anforderungen soll sprechen, dass sich auch das Produktinformationsblatt nach § 4 Abs. 3 VVG-InfoV darauf beschränken darf, auf die Modellrechnung hinzuweisen⁹⁷⁵. Diesem Einwand wird aber entgegengesetzt, dass in diesem Zusammenhang zum Zweck der Übersichtlichkeit Unvollständigkeiten hingenommen würden, so dass daraus keine Schlüsse gezogen werden könnten⁹⁷⁶. Aus dem unauflösbaren Konflikt zwischen vollständiger Information und der damit verbundenen Folge der Unübersichtlichkeit bzw. Überfrachtung wird aber auch geschlussfolgert, dass dem AGB – Verwender ein Ermessensspielraum dergestalt einzuräumen sei, dass er dem Versicherungsnehmer eine ungefähre Vorstellung von der gegenständlichen Materie zu vermitteln habe, auf der dieser ggf. vertiefende Erkundigungen einziehen könne⁹⁷⁷. Die

⁹⁶³ Präve, VersR 2008, 151, 153; Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 23.

⁹⁶⁴ Gansel in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 8.

⁹⁶⁵ Präve, VersR 2008, 151, 153; Gansel in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 8.

⁹⁶⁶ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 33.

⁹⁶⁷ Präve, VersR 2008, 151, 153; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 36.

⁹⁶⁸ Präve, VersR 2008, 151, 153.

⁹⁶⁹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 35; Präve, VersR 2008, 151, 153.

⁹⁷⁰ Präve, VersR 2008, 151, 153; Gansel in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 2 VVG-InfoV, Rn. 8.

⁹⁷¹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 35.

⁹⁷² Präve, VersR 2008, 151, 153; Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 33.

⁹⁷³ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 591.

⁹⁷⁴ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 591.

⁹⁷⁵ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 24.

⁹⁷⁶ Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 591.

⁹⁷⁷ Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 768.

betroffenen Themen würden einer Unübersichtlichkeit Vorschub leisten, ihnen würde auch besser gerecht, wenn sie nur im Rahmen einer Beratung nach §§ 6, 61 VVG dargelegt würden⁹⁷⁸. Ein Hinweis auf Bilanzierungsspielräume sei nicht hilfreich, da diese Spielräume auch bei anderen Anbietern bestünden⁹⁷⁹. Hingegen wird aus diesem Befund andererseits teilweise auch nicht die Schlussfolgerung gezogen, dass derlei Verwirrung nur vermieden werden könne, indem überhaupt keine weitergehende Information erfolge. Vielmehr sei der Versicherer gehalten gewesen, die Funktion der einzelnen Vertragsmechanismen beispielsweise mit Schaubildern zu verdeutlichen⁹⁸⁰.

Bei With-profit-Produkten ist in der Rechtsprechung im Übrigen zum Ausdruck gebracht worden, dass bei der Auslegung eines solchen Bedingungswerkes auf einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer abzustellen sei, dem nicht abverlangt werden könne, eine komplexe Schilderung unterschiedlicher Bewertungen von Anteilswerten, der Überlagerung des wirtschaftlichen Ertrags durch ein Glättungsverfahren und die Beeinflussung von Boni bzw. umgekehrt Marktanpassungen zu durchdringen, die dazu noch unverständlich und verwirrend verfasst ist⁹⁸¹. Zu beanstanden sei dabei schon, dass die sich für einen Sachverhalt maßgeblichen Regelungen über das Bedingungswerk verstreut befinden, wobei bestimmte Begriffe vorab definiert werden⁹⁸². Weiterhin könne nicht von einem „garantierten Wertzuwachs“ die Rede sein, wenn eine Erhöhung nur für ein Kalenderjahr nach freiem Ermessen des Versicherers erfolge⁹⁸³. Diese Rechtsprechung beschränkt sich damit auf eine Überprüfung der Verständlichkeit, nicht aber den Umfang der Darstellung.

Der BGH hat in einer Entscheidung zur Aufklärung bei With-profit-Produkten ausgeführt, dass Funktionsweise und Bedeutung der Glättung zu erläutern sein⁹⁸⁴. Dazu gehört für ihn, dass zu verdeutlichen ist, dass keine hohen Renditen zu erwarten sind, da nur ein Teil der Erträge für laufende Wertzuwächse verwendet wird. Weiterhin sei darzustellen, dass die Reservenbildung dem Ermessen des Versicherers obliegt, und letztlich, dass eine Quersubventionierung von Verträgen erfolgt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen dienen dazu, unwesentliche, nicht individuell geregelte Rechte und Pflichten der Parteien festzulegen, Versicherungsbedingungen umfassen auch wesentliche⁹⁸⁵. Insofern besteht also ein Gleichlauf zwischen der Feststellung und der Darstellung der Verteilungsgrundsätze: was nicht vertraglich als bindend vereinbart ist, braucht auch nicht dargestellt zu werden, sofern die vertraglichen Vereinbarungen als solche transparent sind. Insofern ist es nicht einsichtig, warum Bilanzierungsregeln, die gesetzlich vorgegeben sind und gerade nicht gesondert vereinbart werden, darzustellen sein sollen. Der Zweck der Informationspflichten besteht hingegen darin, dass der Versicherungsnehmer auf der Grundlage von aussagekräftigen Informationen zu Rechten und Pflichten, insbesondere auch den Kosten, eine rationale, seinen Bedürfnissen entsprechende

⁹⁷⁸ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 24.

⁹⁷⁹ Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 771.

⁹⁸⁰ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 193, 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 112 unter Verweis auf BGHZ 147, 373 ff.

⁹⁸¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 168 ff.

⁹⁸² OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 190; OLG Stuttgart, 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 107.

⁹⁸³ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 192; 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 109.

⁹⁸⁴ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 55 ff.

⁹⁸⁵ Reiff in Langheid/Wandt, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Rn. 2.

Entscheidung treffen kann⁹⁸⁶. Dies ist bei Lebensversicherungen gerade deshalb von besonderer Wichtigkeit, als die Verträge eine lange Laufzeit aufweisen⁹⁸⁷. Für das Verständnis relevante Rechtsbegriffe müssen erläutert werden⁹⁸⁸. Aus § 7 Abs. 1 S. 2 VVG ergibt sich ein Transparenzgebot mit dem Inhalt, dass die Informationen klar und verständlich aufbereitet sein müssen, wobei sich eine Konkretisierung dieses Gebots in dem Produktinformationsblatt gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 VVG, § 4 VVG-InfoV finden lässt⁹⁸⁹. Streitig ist, ob an die Transparenz AVB-bezogener Informationen ein strengerer Maßstab zu stellen ist als an die AVB⁹⁹⁰, dies wird mit dem Hinweis abgelehnt, dass dies der Maximalwirkung des europäischen Verbraucherschutzrechts widerspreche⁹⁹¹. Maßgeblich sind dann die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertreters des angesprochenen Personenkreises⁹⁹². Ansatz für eine Lösung kann das weniger rechtliche als tatsächliche Problem des Transparenzgebotes von AGB sein, dass diese sehr verbreitet nicht „studiert“ bzw. auch nur gelesen werden, da dabei zu hohe Transaktionskosten entstehen⁹⁹³. Dieser Umstand spricht nicht gegen das Transparenzgebot als solches, da die gegenständlichen Informationen überhaupt nur bei Transparenz geeignet sind, eine Rolle im Wettbewerb zu spielen⁹⁹⁴. Weiterhin erfüllen die Transparenzanforderungen jedenfalls insofern einen wichtigen Zweck, als sie besonders vom Durchschnittskunden abweichenden, besonders sorgfältigen Kunden die Möglichkeit geben, eben doch die Bedingungen zu lesen⁹⁹⁵. Letztlich wäre die Vermittlung der maßgeblichen Informationen auch zu aufwendig, um sie nur durch Beratung zu vermitteln⁹⁹⁶. Zu berücksichtigen ist zwar, dass der Gegenstand der Transparenz bei Informationen weiter sein kann als bei AGB, die eben nur, aber auf jeden Fall die vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten darstellen. Aber auch hier kann es in Anbetracht der Transaktionskosten nicht darum gehen, so viel wie möglich darzustellen, da damit das Risiko steigt, dass die Information zu überfrachtet wird, um noch zur Aufklärung zu dienen und das Ziel der Transparenz verfehlt wird, weil die vielleicht sogar an sich verständliche Darstellung keine inhaltlichen Schwerpunkte erkennen lässt.

Der BGH dürfte ähnliche Erwägungen bei seiner Entscheidung angestellt haben, dass die Einzelheiten der Überschussbeteiligung gar nicht erläutert werden müssen, weil sie in verständlicher, übersichtlicher Form nicht dargestellt werden können⁹⁹⁷. Insbesondere hat er es auch nicht für erforderlich gehalten, eine Darstellung soweit wie möglich zu leisten. Dies aber muss für With-profit-Produkte ebenso gelten. Maßgeblich sind der Verständnis-, aber auch der Erwartungshorizont des Durchschnittskunden⁹⁹⁸. Grundlegend für die Bestimmung

⁹⁸⁶ Schimikowski in Rüffer/Halbach/Schimikowski, § 7, Rn. 1; Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 7, Rn. 4 – auf diese Unterscheidung stellt auch ab der BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 33.

⁹⁸⁷ Erwägungsgrund Nr. 52 zu RL 2002/83/EG.

⁹⁸⁸ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 7, Rn. 97.

⁹⁸⁹ Prölss in Prölss/Martin, § 7, Rn. 33.

⁹⁹⁰ Prölss in Prölss/Martin, § 7, Rn. 34, von einem Gleichlauf geht Brömmelmeyer, VersR 2009, 584, 586 aus.

⁹⁹¹ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 10; im Ergebnis auch Armbrüster in Langheid/Wandt, § 7, Rn. 90.

⁹⁹² Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, § 7, Rn. 23.

⁹⁹³ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 351, Fn. 8; ähnlich: Armbrüster, ZVersWiss, 92, 745, 748, nach dem die AGB erst im Rahmen der Abwicklung eine maßgebliche Rolle für den Versicherungsnehmer spielen.

⁹⁹⁴ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 351, Fn. 8.

⁹⁹⁵ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 351, Fn. 8.

⁹⁹⁶ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 351, Fn. 8.

⁹⁹⁷ BGH, Urteil vom 09.05.2011, IV ZR 121/00, Rz. 57, NJW 2001, 2014, 2019.

⁹⁹⁸ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 184.

der Anforderungen an die Transparenz ist die Feststellung, dass einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht abverlangt werden kann, über das bloße Lesen hinaus sich für ihn nachteilige Regelungen durch intensive Beschäftigung zu erschließen, oder sich statt dessen der Hilfe eines Dritten zu bedienen⁹⁹⁹. Auch die systemwidrige „Unterbringung“ einer Norm im Gesamtgefüge oder eine irreführende Überschrift stehen der Transparenz entgegen¹⁰⁰⁰. Deshalb liegt Intransparenz vor, wenn dem Versicherungsnehmer ein Regelungsgefüge vorgelegt wird, bei dem bestimmte Einschränkungen des Versicherungsschutzes erst deutlich werden, wenn man mehrere Regelungen in der Zusammenschau betrachtet und dabei nicht offensichtliche Differenzierungen nachvollzieht¹⁰⁰¹. Dies kann auch bei komplexen Zusammenhängen vermieden werden, indem die Zielrichtung der Einschränkung beispielhaft erläutert wird¹⁰⁰².

Der maßgebliche Vertragstyp ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag. In diesem Rahmen ist der Geschäftsherr frei, wie weit er seinen Auftrag fasst und welchen Spielraum er dem Geschäftsführer lässt. Grundsätzlich ist es auch möglich, diesem ein unbegrenztes Mandat zu erteilen und damit völlig freie Hand zu lassen. Insofern kann es auch dem Markt, also dem Wettbewerb um die Gunst der Anleger überlassen werden, ob sich der Versicherer bei der Überschussverteilung und wenn ja, an welche Grundsätze richten muss. Diese Grundsätze gelten auch bei der Verwendung von AGB. Allerdings muss dem Geschäftsherrn auch dann klar sein, worauf er sich einlässt. Anders als bei konventionellen Produkten ist der Versicherer nicht an handels- bzw. aufsichtsrechtliche Vorgaben gehalten, die ihm einen Spielraum einzig noch bei der technischen Umsetzung lassen, die der durchschnittliche Versicherungsnehmer schwerlich versteht. Dieses freie Mandat ist zulässig, dann muss aber auch darauf hingewiesen werden, dass die Überschussverteilung in das Ermessen des Versicherers gestellt ist. Dabei muss betont werden, dass Erträge zurückgehalten werden können. Grundlegend ist dabei dem naheliegenden Missverständnis vorzubeugen, dass wie bei der herkömmlichen fondsgebundenen Lebensversicherung jeder Anleger die wirtschaftlichen Chancen und Risiken der Wertentwicklung selbst trägt. Weiterhin muss ein Hinweis erfolgen, dass der Anleger im Vergleich zu einer vollständigen individuellen Zurechnung sowohl besser als auch schlechter kann, ohne dass dies abgeschätzt werden könnte. Genau dies verlangt auch der BGH¹⁰⁰³. Weitere Einzelheiten wird der Durchschnittskunde nicht mehr einordnen können. Die in der Rechtsprechung vorgeschlagene Lösung¹⁰⁰⁴, dass Schaubilder in AGB enthalten sein sollen, findet keine Anknüpfungspunkt in der einschlägigen BGH-Rechtsprechung, die insofern als Beleg angeführte BGH-Entscheidung befürwortet nur die numerische Darstellung in Tabellenform. Gegen solche Schaubilder spricht auch – anders als gegen Tabellen –, dass diese die Verwendung griffiger, verkürzter Begriffe voraussetzt (etwa Marktpreisanpassung), gegen die das Gericht an anderer Stelle zurecht Einwände erhebt und verlangt, dass eine Erläuterung erfolgt. Diese kann aber, soll sie nicht Missverständnissen Vorschub leisten, nur in Textform erfolgen. Praktisch spielen Einzelheiten des Glättungsverfahrens auch schon deshalb keine besondere Rolle, weil für die Produktentscheidung entscheidend sein dürfte, „was dabei rauskommt“, also vor allem Vergangenheitsrenditen.

⁹⁹⁹ BGH, Urteil vom 24.11.1988, III ZR 188/87, Rz. 27, BGHZ 106, 42, 50.

¹⁰⁰⁰ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 191.

¹⁰⁰¹ BGH, Urteile vom 24.11.1988, III ZR 188/87Z, Rz.29, BGHZ 106, 42, 50; 24.03.1999, IV ZR 98/90, Rz. 32, VersR 1999, 710, 711; 09.05.2011, IV ZR 121/00, Rz. 25, NJW 2001, 1132, 1133.

¹⁰⁰² BGH, Urteil vom 09.05.2011, IV ZR 121/00, Rz. 25, NJW 2001, 1132, 1134.

¹⁰⁰³ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 55 f.

¹⁰⁰⁴ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 193, 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 112 unter Verweis auf BGHZ 147, 373 ff.

Dann steht aber in Frage, was gilt, wenn eine derartige Aufklärung nicht erfolgt. Die Beurteilung, ob die AGB hinreichend transparent sind, richtet sich ebenfalls auch nach den Umständen bei Abschluss des Vertrages, weshalb in diesem Zusammenhang auch das Produktinformationsblatt und die Beratung nach § 6 VVG von Bedeutung sind¹⁰⁰⁵. Eine unwirksame Klausel, der es an der nötigen Transparenz fehlt, kann schon wegen ihrer Abstraktheit und aus Gründen der Rechtssicherheit aber nicht dadurch als geheilt angesehen werden, dass sie im Rahmen der Beratung richtigstellend erläutert worden ist¹⁰⁰⁶. Eine Individualaufklärung soll eine Intransparenz der AGB nur dann ausgleichen können, wenn es um eine Frage geht, die ausschließlich bei der Abschlussentscheidung und nicht erst bei der Vertragsabwicklung von Bedeutung ist¹⁰⁰⁷. Maßgeblich soll ohnehin für § 305 c Abs. 1 BGB auch die Gestaltung der AGB sein, so dass von einer überraschenden Klausel auch ausgegangen wurde, wenn eine zentrale Regelung für den Versicherungsnehmer wegen einer verschachtelten Darstellungsweise nicht deutlich hervortritt und der Versicherungsnehmer auch nicht in anderer Weise bei Vertragsschluss auf die Regelung hingewiesen wurde¹⁰⁰⁸. Eine Überraschung in diesem Sinn entsteht dann vor allem dadurch, dass eine Klausel falsch eingeordnet und damit versteckt ist¹⁰⁰⁹. Dies kann dadurch vermieden werden, dass die Darlegung des Versicherungsschutzes und dessen Einschränkungen zumindest durch Verweisungen in engem Zusammenhang miteinander stehen¹⁰¹⁰. Dabei ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines typischen Durchschnittsversicherungsnehmers abzustellen¹⁰¹¹. Sind die AGB intransparent, soll ein Anspruch nach § 153 Abs. 1 VVG gelten¹⁰¹². Nach § 306 BGB müsste dann tatsächlich § 153 VVG gelten, dessen Anwendungsbereich auch eröffnet ist, wenn § 11 VAG gilt oder tatsächlich Überschüsse anfallen, die nicht unmittelbar individuell den Anlegern zugerechnet werden. Dann würden aber im vorliegenden Zusammenhang wiederum vergleichbare angemessene Verteilungsgrundsätze Anwendung finden müssen, die hier aber nicht wirksam vereinbart sind. Somit hat wiederum zu gelten – wie auch bei den Ausführungen zur Garantierzeugung dargestellt – dass ein Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers anzunehmen ist, der regelmäßig auf das negative Interesse gerichtet ist.

Zum Abschluss muss noch betont werden, dass Einzelheiten des Glättungsverfahrens durchaus in bestimmten Kontexten doch von Bedeutung sein können. Das BVerfG hat wohl zum Ausdruck gebracht, dass die Möglichkeit eines effektiven Zivilrechtsschutzes gegeben sein muss, dem auch nicht ein Geheimhaltungsinteresse des Versicherers entgegengehalten werden dürfe¹⁰¹³. Somit dürfte der Versicherer gehalten, seine Kalkulationsgrundlagen zumindest dem gerichtlichen Sachverständigen zu offenbaren¹⁰¹⁴. Einer Überprüfung der Überschussbeteiligung steht nicht ein Geheimhaltungsinteresse des Versicherers entgegen, da Möglichkeiten wie der Ausschluss der Öffentlichkeit oder die Strafandrohung des § 353 d

¹⁰⁰⁵ Herrmann in Bruck/Möller, § 7, Rn. 54.

¹⁰⁰⁶ Heyers, ZVersWiss (2010) 99, 349, 363 f.

¹⁰⁰⁷ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 203.

¹⁰⁰⁸ OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.10.1993, 5 U 197/93, VersR 1994, 720, 721; OLG Hamm, Urteil vom 04.10.1985, 20 W 20/85, VersR 1986, 55.

¹⁰⁰⁹ OLG München, Urteil vom 08.08.2008, 25 U 5188/07, Rz. 32, NJW-RR 2008, 1560, 1561.

¹⁰¹⁰ LG München, Urteil vom 29.06.1988, 14 S 1876/88, VersR 1988, 1171, 1172.

¹⁰¹¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 04.06.2007, 10 W 368/07, VersR 2007, 1640, Rz.17; OLG Hamm, Urteil vom 04.10.1985, 20 W 20/85, VersR 1986, 55.

¹⁰¹² Ortman in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 102.

¹⁰¹³ BVerfG, Urteil vom 26.07.2005, 1 BvR 80/95, Rz. 85 ff., VersR 2005, 1127.

¹⁰¹⁴ Ortman in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 153, Rn. 101.

Nr. 2 StGB zu berücksichtigen sind¹⁰¹⁵. Im Übrigen stellt sich immer die Frage, ob die jetzige Regelung de lege ferenda sinnvoll ist. Eine gesetzliche Regulierung ist zum Schutz bestimmter von Grundrechten umfasster Rechte nach dem BVerfG nur entbehrlich, wenn ausreichende Transparenz aufgrund eines funktionierenden Wettbewerbs herrscht¹⁰¹⁶. In Großbritannien sind Versicherungsunternehmen aufsichtsrechtlich verpflichtet, den Anlegern die „Principles and Practices of Financial Management“ (PPFM) zur Verfügung zu stellen, in denen die Art und Weise der Glättung eine transparente Beschreibung erfahren soll¹⁰¹⁷.

4. Beratung

Im Rahmen der Beratung sind ohne konkreten Anlass nur die wesentlichen Produkteigenschaften zu verdeutlichen. Dazu gehört sicherlich auch die Art und Weise der Überschussbeteiligung. Die Beratung unterliegt aber dem Verständlichkeits- und Klarheitsgebot nach § 6 Abs. 2 S.1 VVG, woraus sich aber auch ergibt, dass es nicht darum geht, komplizierte Detail zu erläutern, sondern das Wesentliche verständlich darzustellen¹⁰¹⁸. Die Beratung geht bei With-profit-Produkten auch dann fehl, wenn dem Versicherungsnehmer vermittelt wird, durch die Bildung sog. „Quartalpools“ aufgrund des geringen Kursniveaus zum Einstiegszeitpunkt besonders von künftigen Kurssteigerungen zu profitieren, und damit nicht – wie tatsächlich der Fall – die vorangegangenen Verluste zulasten der Versichertengemeinschaft auszugleichen¹⁰¹⁹. Dies war im konkreten Fall schon deshalb eindeutig, weil derartige „Quartalpools“ im Rahmen der Zurechnung der Erträge nicht existierten und somit eine Falschinformation verbreitet wurde. Davon abgesehen ist damit ein nahe liegendes Missverständnis angesprochen, dem risikogeneigte Versicherungsnehmer leicht erlegen könne, gerade wenn „With-profit“ herausgestellt damit beworben werden, dass man Fondsanteile erwirbt. Diese können dann nämlich die Vorstellung hegen, wie bei der fondsgebundenen Versicherung weitgehend individualisiert von Kurssteigerungen zu profitieren, ohne zu berücksichtigen, dass aufgrund von Entnahmen zugunsten der Garantien anderer Versicherungsnehmer aus dem Fondsvermögen ein sehr weitgehender Ausgleich innerhalb der Anlegergemeinschaft erfolgt. Insofern gilt der allgemeine Grundsatz für alle Garantieprodukte, dass diese nicht alles „Alleskönner“, sondern als Kompromisslösung zwischen den Gegenpolen Sicherheit und Rendite zu beschreiben sind. Weiterhin muss im Rahmen der Beratung bei Bedarf verdeutlicht werden, dass die laufende Überschussbeteiligung zugunsten eines Schlussbonus für die „Übriggebliebenen“ niedriger ausfällt. Dass sie niedriger ausfällt als bei der klassischen Lebensversicherung, stellt dabei einen sehr relevanten Umstand dar.

Ein den Schadensersatzanspruch minderndes Mitverschulden, weil der Versicherungsnehmer Unterlagen nicht gelesen hat, ist nicht anzunehmen, wenn diese Unterlagen ihrerseits insofern nicht klar und eindeutig sind¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁵ Ortman, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 150 f.

¹⁰¹⁶ BVerfG, Urteil vom 26.07.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2379.

¹⁰¹⁷ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310.

¹⁰¹⁸ Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rn. 27.

¹⁰¹⁹ LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835.

¹⁰²⁰ OLG Celle, Urteil vom 13.09.2007, 8 U 29/07, Rz. 22, VersR 2008, 60, 63.

VI. Laufende Unterrichtung über die Überschussbeteiligung

Ob der Versicherer bei der fondsgebundenen Lebensversicherung, bei der die Überschussbeteiligung kein erhebliches wirtschaftliches Gewicht hat, auch zur jährlichen Unterrichtung verpflichtet ist, ist umstritten. § 155 VVG soll bei fondsgebundenen Versicherungen nicht gelten, da die Norm mangels wirtschaftlicher Bedeutung der Überschussbeteiligung teleologisch zu reduzieren sei¹⁰²¹. Dagegen wird aber eingewandt, dass es an einem ausdrücklichen Ausschluss, wie er etwa in § 154 Abs. 1 S. 2 VVG normiert ist, fehle, wobei sich auch aus der Gesetzesbegründung kein Anhaltspunkt dafür finden lasse, dass eine Beschränkung angestrebt worden sei¹⁰²². Eine teleologische Reduktion setzt voraus, dass der Zweck der Norm in einer bestimmten Sachverhaltsvariante, die von dem Wortlaut der Norm erfasst wird, nicht greift. Der Zweck der Regelung liegt darin, dass der Versicherungsnehmer Klarheit über die Entwicklung seiner Ansprüche erlangen soll, was vor allem über die ursprünglich zugesagte hinausgehende garantierte Zahlungen und Abweichungen betrifft¹⁰²³. Hier kann aber nur davon ausgegangen werden, dass die Anwendung der Norm dem Zweck auch bei fondsgebundenen Versicherungen dient, allerdings in quantitativ geringerem Maße. Eine solche Einschränkung vermag aber keine teleologische Reduktion zu rechtfertigen. Zumindest bei With-profit-Produkten besteht aber ohnehin Bedarf für die Anwendung der Norm.

Nach herrschender Auffassung kann sich der Versicherer auf die Ansprüche im Erlebens- und Todesfall beschränken und muss nicht auch die Rückkaufswerte mit einbeziehen¹⁰²⁴. Demgegenüber wird davon ausgegangen, dass § 155 VVG die Entwicklung der gesamten Ansprüche des Versicherungsnehmers betrifft, somit auch den auf einen Rückkaufswert¹⁰²⁵. Die weitest gehende Auffassung verlangt, dass das zu Beginn des Jahres vorhandene Deckungskapital, die Prämien, Kosten und Überschussanteile für das jeweilige Jahr und im Ergebnis das nunmehr vorhandene Deckungskapital darzustellen sein¹⁰²⁶. Setzt man am Wortlaut der Norm an, so geht es darum, dem Versicherungsnehmer die Entwicklung „seiner Ansprüche“ zu verdeutlichen. Einen Anspruch auf Auszahlung des Rückkaufwertes hat der Versicherungsnehmer aber durchaus, dieser ist im Vertrag angelegt. Der Zweck, Klarheit über die Entwicklung seiner Ansprüche zu erlangen, greift ebenfalls. Vor dieser Zielsetzung ist es nicht überzeugend, dass der Versicherungsnehmer durch die möglicherweise aus seiner Sicht enttäuschende Wertentwicklung in die Versuchung einer Kündigung gerät, ohne gleichzeitig einen entsprechenden Wert für die dann fällig werdende Leistung zu haben. Hingegen lassen sich die Angaben nach der weitest gehenden Auffassung nicht mehr methodisch herleiten.

Fraglich ist aber, worüber bei With-profit-Produkten, bei denen verschiedene Werte für die Leistungen des Anlegers maßgeblich sind, informiert werden muss. Zum einen ist dies sicherlich der Nominalwert der Anteile unter Berücksichtigung der laufenden Wertzuweisungen. Bei fondsgebundenen Versicherungen stellt die tägliche Veröffentlichung

¹⁰²¹ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 155, Rn. 2; im Ergebnis auch Reiff in Prölss/Martin, § 155, Rn. 2.

¹⁰²² Heiss in Langheid/Wandt, § 155, Rn. 7; weiterhin auch Krause in Looschelders/Pohlmann, § 155, Rn. 3.

¹⁰²³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 97.

¹⁰²⁴ Reiff in Prölss/Martin, § 155, Rn. 3; Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 155, Rn. 3.

¹⁰²⁵ Heiss in Langheid/Wandt, § 155, Rn. 7.

¹⁰²⁶ Ortman in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 155, Rn. 3.

der Rücknahmepreise eine gleichwertige Alternative zur jährlichen Mitteilung dar, auch bei internen Fonds sollte aber jedenfalls ein jährlicher Report erfolgen, darüber hinaus sollte eine taggenaue Angabe jedenfalls auf Nachfrage erfolgen können¹⁰²⁷. Was die Einbeziehung der Überschussbeteiligung angeht, so ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV auch mitzuteilen, in wie weit diese garantiert ist, wobei § 154 Abs. 2 VVG auch hier gilt¹⁰²⁸. Dementsprechend muss ein Hinweis erfolgen, dass der aufgeführte Wert im Fall der vorzeitigen Kündigung unter Umständen unterschritten wird. Umgekehrt hat der Anleger aber die Aussicht, zum vereinbarten Zeitpunkt einen hohen Schlussüberschussanteil zu erhalten. Schlussüberschussanteile sollen nicht erfasst werden, selbst wenn sie bereits finanziert sind, da sie noch entfallen könnten¹⁰²⁹. Also muss hinsichtlich der Schlussüberschussbeteiligung keine Mitteilung erfolgen.

Ansonsten muss die Unterrichtung so gestaltet sein, dass sie einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer befähigt, die Mitteilung sachlich zutreffend zu verstehen¹⁰³⁰. Die Pflicht zum Hinweis auf Abweichungen nach S. 2 geht nicht so weit, dass eine neue Modellrechnung übermittelt oder der genannte, überholte Wert erneut genannt werden muss¹⁰³¹.

¹⁰²⁷ Hasse/Jeck, VW 2001, 1554, 1557.

¹⁰²⁸ Reiff in Prölss/Martin, § 155, Rn. 3 f.

¹⁰²⁹ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 6 VVG-InfoV, Rn. 12.

¹⁰³⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 155, Rn. 4; Römer, r+s 2008, 405, 410.

¹⁰³¹ Reiff in Prölss/Martin, § 155, Rn. 5; Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 155, Rn. 9.

J. Kündigung und Rückkauf

I. Voraussetzungen einer Kündigung

Bei Lebensversicherungen richten sich die Voraussetzungen einer Kündigung durch den Versicherungsnehmer nach § 168 VVG, wobei aber erst einmal dessen Reichweite zu klären ist. Allgemein gelten für die Ermittlung, nach welchem Recht sich die Kündigung richtet, die Grundsätze zum typengemischten Vertrag. Die Kündigung richtet sich beim Geschäftsbesorgungsvertrag nach dem jeweils einschlägigen Vertragstyp, somit ist eigentlich also entweder Dienstleistungs- oder Werkvertragsrecht anzuwenden¹⁰³². Dies ist hier aber wegen der Einbindung in einen gemischten Vertrag, der vorrangig der Vorsorge dient, zweifelhaft und praktisch nicht relevant, wenn die AGB eine – sich regelmäßig am Versicherungsrecht orientierende – Kündigungsregelung vorhält.

Im vorliegenden Zusammenhang ist fraglich, ob die Kapitalgarantie isoliert gekündigt werden kann, um damit Kosten zu sparen. Bei Vorliegen mehrerer Verträge ist eine isolierte Beendigung möglich¹⁰³³. Allenfalls in Ausnahmefällen kann trotz Annahme mehrerer Verträge durch eine sog. Abhängigkeitsvereinbarung eine Gleichbehandlung hinsichtlich einzelner Aspekte vereinbart sein oder sich durch ergänzende Vertragsauslegung ergeben¹⁰³⁴. Eine Teilkündigung ist hingegen bei einem einheitlichen Vertrag grundsätzlich unzulässig, sofern sich aus einer vertraglichen Vereinbarung oder einer gesetzlichen Anordnung nichts anderes ergibt¹⁰³⁵.

§ 9 Abs. 2 ALB 2008 wie § 10 Abs. 2 FLV 2008 sehen über § 168 VVG hinaus auch die Vereinbarung einer Teilkündigung vor, sofern die vereinbarte Mindestversicherungssumme erreicht wird¹⁰³⁶. Ohne eine solche Vereinbarung besteht ein solches Recht aber auch nach § 168 Abs. 3 VVG. Relevant dafür sind Versicherungen, bei denen das Kündigungsrecht ausgeschlossen wird, um eine Anrechnung auf Sozialleistungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 SGB II zu verhindern bzw. den Pfändungsschutz nach § 851 c ZPO zu erlangen¹⁰³⁷. Dies betrifft aber auch sog. „Rürup-Versicherungen“, hier ist es wegen der steuerrechtlichen Anforderungen statthaft, das Kündigungsrecht auszuschließen bzw. nur eine Beitragsfreistellung vorzusehen¹⁰³⁸. Bei Riester – Versicherungen hingegen ist es nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AltZertG nicht erforderlich, dass das Kündigungsrecht ausgeschlossen wird¹⁰³⁹. Bezüglich der über die genannten Höchstbeträge hinausgehenden Ansprüche muss eine Teilkündigung bei den erfassten, für die Altersvorsorge bestimmten Versicherungen mit Verwertungsausschluss möglich sein¹⁰⁴⁰. Anders als bei § 29 VVG bezieht sich im vorliegenden Zusammenhang die Kündigung aber nicht auf einen Teil in

¹⁰³² Sprau in Palandt, § 675, Rn. 8.

¹⁰³³ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 101.

¹⁰³⁴ Prölss in Prölss/Martin, § 1, Rn. 99.

¹⁰³⁵ Johannsen in Bruck/Möller, § 11, Rn. 30; weiterhin: BGH, Urteil vom 05.11.1992, IX ZR 200/91, NJW 1993, 1320, 1322.

¹⁰³⁶ Dazu Reiff/Schneider in Prölss/Martin, § 9 ALB 2008, Rn. 4.

¹⁰³⁷ Mönnich in Langheid/Wandt, § 168, Rn. 8 f.

¹⁰³⁸ BGH, Beschluss vom 20.09.2011, IV ZR 255/10, r+s 2012, 249; OLG Köln, Urteil vom 01.10.2010, 20 U 126/09, VersR 2011, 101.

¹⁰³⁹ Mönnich in Langheid/Wandt, § 168, Rn. 11.

¹⁰⁴⁰ Reiff in Prölss/Martin, § 168, Rn. 20; Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 168, Rn. 10.

vertragstypologischer Hinsicht, sondern quantitativer Hinsicht zum Zweck der Reduzierung der Versicherungssumme.

Ist keine ausdrückliche Regelung getroffen worden, dass eine Teilkündigung zulässig ist, kann eine konkludente vertragliche Vereinbarung ausnahmsweise im Rahmen einer Auslegung aus Gründen des Bestandsschutzes in Erwägung zu ziehen sein, in der Regel ist aber einheitliche Behandlung anzunehmen¹⁰⁴¹. Der Fall, in dem ein solcher Bestandsschutz angenommen worden war, betraf einen Vertrag über einen Hausbau, bei dem sich die Kündigung nur auf den werkvertraglichen, nicht den kaufvertraglichen Teil erstrecken sollte, damit die Vormerkung als Sicherung für die gezahlten Raten unberührt bleiben konnte. Eine solche Evidenz einer drohenden Benachteiligung lässt sich aber bei den hier vorliegenden Produkten, die im Rahmen von Massengeschäften angeboten werden, und damit nur bei einer einheitlichen Ausgestaltung praktikabel sind, nicht ausmachen. Ein isolierter Wegfall der Garantie ist schon praktisch nur denkbar, wenn Garantie und Kapitalanlage voneinander trennbar sind, also bei Variable Annuities. Da die Garantieggebühr vom Fondsguthaben abhängt und deshalb besonders hoch wird, wenn eine positive Entwicklung zu verzeichnen ist und ein Garantiefall ohnehin unwahrscheinlich erscheinen wird, dürften viele Kunden verleitet sein, die Option finanzrational zu stornieren¹⁰⁴². Das ist aber vor dem Hintergrund, dass insofern eine Versicherung vorliegt, dem Versicherer und der Versichertengemeinschaft nicht zuzumuten. Eine Umdeutung gemäß § 140 BGB in einen Antrag auf Vertragsänderung ist aber möglich¹⁰⁴³.

Was die gesetzliche Anordnung von Teilkündigungen angeht, ist hier einzig § 29 VVG relevant. Diese Regelung betrifft allerdings nicht Kündigungen des Versicherungsnehmers nach § 168 VVG, sondern des Versicherers, vor allem wegen einer Obliegenheitsverletzung nach § 28 VVG. Solche Obliegenheiten spielen für Kapitalgarantien keine Rolle, sind aber auch für diese von Relevanz, wenn innerhalb eines einzigen Vertrags Kapital-, Lebensversicherungs- und Berufsunfähigkeitsschutz gewährt wird. § 29 VVG gilt nur, wenn sich ein Vertrag auf mehrere Gegenstände oder Personen bezieht, nicht aber, wenn mehrere Verträge vorliegen¹⁰⁴⁴. Dabei erstreckt sich durch § 29 VVG die Wirkung einer Kündigung oder eines Rücktritts auch nicht dann auf mehrere Verträge, wenn für diese § 139 BGB gilt, weil sie einheitlich geschlossen worden sind¹⁰⁴⁵. Allerdings soll § 29 VVG nach der Rechtsprechung und der Literatur auch dann analoge Anwendung finden, wenn innerhalb eines Vertrags Versicherungsschutz gegen mehrere Risiken gewährt wird¹⁰⁴⁶, wobei dies in dieser Allgemeinheit aber auch bestritten und nur akzeptiert wird, wenn die jeweilige Obliegenheitsverletzung keine Bedeutung für die andere versicherte Gefahr hat – ist dies doch der Fall, komme eine Teilkündigung zu Lasten des Versicherers nicht in Betracht¹⁰⁴⁷. Aber selbst nach diesen strengeren Grundsätzen würde zwar wohl neben dem Berufsunfähigkeits- auch der Lebensversicherungsschutz wegfallen, hingegen könnte der Kapitalschutz erhalten bleiben. Daraus ergibt sich sogar, dass bei Variable Annuities die

¹⁰⁴¹ BGH, Urteil vom 21.11.1985, VII 366/83, BGHZ 96, 275, 280 – wonach die Vormerkung als Sicherung für die gezahlten Raten unberührt bleibt, der kaufrechtliche Vertragsteil bleibt erhalten, der werkvertragliche entfällt nur.

¹⁰⁴² Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 287.

¹⁰⁴³ Prölss in Prölss/Martin, § 10, Rn. 26.

¹⁰⁴⁴ Heiss in Bruck/Möller, § 29, Rn. 12.

¹⁰⁴⁵ Heiss in Bruck/Möller, § 29, Rn. 13.

¹⁰⁴⁶ BGH, Urteil vom 20.09.1989, IV ZR a 107/88, VersR 1989, 1249, 1250; Klenk in Looschelders/Pohlmann, § 29, Rn. 15.

¹⁰⁴⁷ So Wandt in Langheid/Wandt, § 29, Rn. 17; Muschner in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 29, Rn. 6 hält § 29 VVG jedenfalls im Bereich der Sachversicherung nicht für anwendbar.

Kapitalanlage und -garantie unter Umständen aufrechterhalten bleiben können, obwohl die damit verbundene Berufsunfähigkeitszusatz- bzw. Lebensversicherung in Wegfall geraten. Allerdings dürfte der Versicherungsnehmer dann in Anbetracht des Wegfalls der steuerlichen Begünstigung geneigt sein, den Restvertrag seinerseits nach § 29 Abs. 2 VVG zu kündigen. Bei anderen Garantieprodukten besteht diese Möglichkeit der Aufrechterhaltung eines Vertragsteils mangels Versicherungscharakter und damit Anwendbarkeit von § 29 VVG schon nicht, hier erfasst die Wirkung des Gestaltungsrechts den gesamten Vertrag.

II. Zeitwert

Der Rückkaufswert bestimmt sich nach § 169 Abs. 4 VVG nach dem Zeitwert hinsichtlich des angelegten Kapitals, ist also anders als nach Abs. 3 nicht garantiert. Bei Hybridprodukten gilt dementsprechend Abs. 3 nur für den Teil des klassischen Sicherungsvermögens, während ansonsten der Zeitwert der Fondsanlage gemäß Abs. 4 maßgeblich ist¹⁰⁴⁸. Auch wenn das Fondsguthaben höher als das Deckungskapital für die garantierten Leistungen ist, kommt nur das Fondsguthaben zur Auszahlung¹⁰⁴⁹. Fraglich ist aber, wie der Zeitwert ansonsten zu bestimmen ist, ob er insbesondere auch das Derivate-Portfolio bei Variable Annuities oder die nicht konkret zugeordneten Vermögenswerte eines With-profit-Funds erfasst.

1. Autonome Auslegung des Zeitwertbegriffs

Die hier maßgeblichen Kapitalgarantien lassen sich nur auf der Grundlage der allgemeinen Grundsätze der Bemessung des Zeitwertes angemessen würdigen. Bereits für die Verwendung des Begriffs im alten Recht galt, dass sich kein zweifelsfreies Verfahren zu Bestimmung des Zeitwertes ableiten ließ¹⁰⁵⁰.

Zum einen kommt in Betracht, den Zeitwert nach dem Markt- bzw. Verkehrswert zu bestimmen, und damit den zu erzielenden Verkaufserlös zugrundzulegen¹⁰⁵¹. Der Zeitwert von Kapitalanlagen ist nach § 56 Abs. 1 RechVersV der Freiverkehrswert, was bei Börsennotierung der Börsenkurswert am Abschlusstichtag, § 56 Abs. 2 RechVersV, ist. Fehlt es daran, ist der Durchschnittswert der gehandelten Wert am Abschlusstichtag heranzuziehen, § 56 Abs. 3 RechVersV, wenn sich ein Markt ausmachen lässt. Darauf könnte auch bei den oben genannten Werten abgestellt werden. Allerdings geht in diesem Zusammenhang nicht um eine neutrale bilanzielle Bewertung von Vermögenswerten, sondern ausdrücklich um den „Zeitwert der Versicherung“. Bei der klassischen Lebensversicherung dient die Kapitalanlage zwar wirtschaftlich vor allem dazu, die Garantiezinszusagen gegenüber den Versicherungsnehmer einhalten zu können, ist aber sowohl dinglich als auch im Hinblick auf Chancen und Risiken – von der partiarischen Beteiligung abgesehen – dem Versicherer zugeordnet. Vielmehr wäre auf den erzielbaren Verkaufspreis bei einer Veräußerung des Versicherungsanspruchs auf dem – wenn es ihn gäbe – Zweitmarkt abzustellen, aber selbst wenn es einen solchen gäbe, spräche dagegen, dass der Zeitwert immer höher sein müsste als dieser Preis, da ein solcher Markt sonst nicht existieren könnte¹⁰⁵². Der Zeitwert der Versicherung kann aber durchaus mit dem der Kapitalanlage identisch sein, wenn dies dem Geschäftstyp entspricht. Bei der

¹⁰⁴⁸ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 169, Rn. 20.

¹⁰⁴⁹ Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 112.

¹⁰⁵⁰ Schwintowski, VersR 2008, 1425, 1428.

¹⁰⁵¹ Jaeger, VersR 2002, 133.

¹⁰⁵² Ortman, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 217.

fondsgebundenen Versicherung erwirbt zwar der Versicherer und nicht der Versicherungsnehmer die Fondsanteile, dies geschieht aber auf Rechnung des Versicherungsnehmers. Auch bei einem With-profit-Funds wird der Versicherer als Treuhänder tätig, dies allerdings für die Gesamtheit der Anleger, so dass keine sicheren Rückschlüsse für den Wert des einzelnen Vertrages möglich sind. Das Hedging bei Variable Annuities hingegen führt der Versicherer im eigenen Interesse durch.

Retrospektiv kann auch auf den Substanzwert abgestellt werden, also auf alle geleisteten, verzinsten Einzahlungen abzüglich der Verwaltungs- Abschluss- und Risikokosten¹⁰⁵³. Gerade bei Gütern, die Wertschwankungen unterworfen sind, ergibt sich daraus aber entgegen der vertraglichen Intention eine Netto-Beitragserhaltungsgarantie für jeden Zeitpunkt. Dies entspricht einem Spargeschäft, das die hier maßgeblichen Produkte aber gerade nicht darstellen. Wie bereits festgestellt, ist eine jederzeit geltende Garantie auch nicht erforderlich.

Hingegen ist für das Ertragswertverfahren prospektiv auf den Barwert der ausstehenden Erträge abzustellen¹⁰⁵⁴. Dazu hat dann eine Gewichtung der Zahlungsströme ihrer Wahrscheinlichkeit nach zu erfolgen, die dann zu diskontieren sind¹⁰⁵⁵. Dazu müsste man aber auf eine bestimmte Ablaufleistung abstellen, die sich dann aus der Differenz zwischen dem Garantiebetrag und aktuellen Wert des Fondsguthabens ergibt, vermindert um alle künftig fällig werdenden Beiträge. Da eine prospektive Barwertbetrachtung sich nach geltendem Recht, also unter Geltung des Höchstrechnungszinssatzes und einer laufenden Überschussbeteiligung, nicht wesentlich von einem Spargeschäft mit retrospektiver Betrachtung unterscheidet, gilt das eben Ausgeführte auch hier – wiederum würde eine jederzeit geltende Garantie vorausgesetzt.

Somit ist der Versuch, den Begriff des Zeitwertes nach § 169 Abs. 4 VVG autonom, also aus sich selbst heraus auszulegen und ihm eine Bedeutung beizumessen, gescheitert. Nunmehr soll untersucht werden, ob man den Zeitwert als unbestimmten Rechtsbegriff je nach einschlägigem Vertragstypus anhand der für diesen geltenden Grundsätze eine andere Bedeutung beimessen kann. Das Bestreben, das der Gesetzgeber wiederum mit § 176 VVG a.F. verband, ging dahin, dass der Versicherungsnehmer zum Zeitpunkt seines Ausscheidens den „echten Wert“ seines Vertrags erhält¹⁰⁵⁶. Wenn der „echte Wert“ des konkreten Vertrages maßgeblich ist, kann es aber keinen allgemeingültigen garantierten Wert geben. Der Zweck des § 169 VVG besteht außerdem nicht nur darin, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des einen Versicherungsnehmers, der den Vertrag nicht mehr fortführen möchte, und dem Versicherer zu gewährleisten, sondern auch die anderen Versicherungsnehmer, die ihre Verträge fortführen möchten, in einen Interessenausgleich einzubeziehen¹⁰⁵⁷. Dies bedingt durchaus Differenzierungen.

¹⁰⁵³ Jaeger, VersR 2002, 133, 134.

¹⁰⁵⁴ Jaeger, VersR 2002, 133, 134, mit diesem Verständnis auch Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103 zum alten Recht, nach dem der Rückkaufswert immer der Zeitwert war.

¹⁰⁵⁵ So Engeländer, NVersZ 2002, 436, 442 noch zum alten Recht.

¹⁰⁵⁶ Entwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 103; Mönnich in Langheid/Wandt, § 169, Rn. 23.

¹⁰⁵⁷ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 1.

2. AGB-rechtlicher und typologischer Ansatz

Nach § 308 Nr. 7 BGB kann bei einer Kündigung weder eine unangemessen hohe Vergütung für die erbrachten Leistungen noch ein unangemessen hoher Aufwendungsersatz verlangt werden. Damit scheint die Regelung an sich nicht einschlägig zu sein, da der Versicherer gerade keine Forderung an den Versicherungsnehmer richtet, sondern umgekehrt. § 308 Nr. 7 BGB kann aber auch greifen, wenn sich eine unangemessene Abwicklungsvergütung hinter Erstattungskürzungen verbirgt¹⁰⁵⁸. Bei Werkverträgen ist im Rahmen von § 308 Nr. 7 BGB auf § 649 S. 2 BGB und damit auf den Grundsatz der Vorteilsausgleichung abzustellen¹⁰⁵⁹. Auch allgemein, wenn es nicht um Vergütungen für „Leistungen“ geht, so hat der Gesetzgeber als Hintergrund für die Regelung § 649 BGB genannt¹⁰⁶⁰. Dies findet seinen Grund darin, dass § 649 BGB keine werkvertragspezifische Regelung darstellt, sondern immer gilt, wenn ein Verzicht auf eine Leistung unter Wahrung des berechtigten Interesses des Leistungserbringers an einer Vergütung möglich sein soll¹⁰⁶¹. Dies muss bei den Garantien im Rahmen von With-profit-Produkten umso mehr gelten, als insofern tatsächlich ein Werkvertragscharakter vorliegt. Zweck des § 649 S. 2 BGB ist es, dass der Werkunternehmer eine Leistung erhält, die ihn so stellt, als wenn der Vertrag durchgeführt worden wäre, die also einen Ausgleich für die gesamten Nachteile der Kündigung bewirkt, ohne aber zu einer Besserstellung zu führen¹⁰⁶². Maßgeblich sind danach die Grundsätze der Vorteilsausgleichung, das bedeutet zu Gunsten des Werkunternehmers aber insbesondere auch, dass ihm die gesamten Vorteile des Vertrages, in deren Genuss er nach der vereinbarten Durchführung gekommen wäre, verbleiben¹⁰⁶³. Dem genau entsprechend besteht das übergeordnete Ziel des VVG-Gesetzgebers in einer verallgemeinerungsfähigen Form nur darin, auszuschließen, dass der Versicherer aus der Kündigung ungerechtfertigte Vorteile zieht, sich andererseits aber auch nicht gefallen lassen müssen soll, Nachteile hinzunehmen¹⁰⁶⁴ - das stellt nichts anderes als eine Bezugnahme auf die Grundsätze der Vorteilsausgleichung dar, hier schließt sich also der Kreis.

Gegen diesen Ansatz einer Bestimmung des Zeitwertes scheint aber die zu § 169 VVG ergangene Rechtsprechung zu sprechen. Diese betrafen die vollständige Belastung des ausscheidenden Versicherungsnehmers mit den Abschlusskosten, die infolge seiner Werbung erfolgt sind. Nach den eben dargestellten Grundsätzen wäre dies unproblematisch, da die Abschlusskosten auch dann nicht zu Lasten des Versicherungsnehmers oder zu Lasten der Versichertengemeinschaft gefallen wären, wenn er den Vertrag nicht aufgegeben hätte. Trotzdem sind solche Lasten der kündigenden Versicherungsnehmer ausweichlich der dazu ergangenen Urteile des BGH¹⁰⁶⁵ nicht zu tolerieren im Fall einer gemischten Lebensversicherung, wenn dies nicht transparent dargestellt wird, obwohl dies dem beim Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten Willen der Beteiligten entspricht. Darüber hinaus geht das BVerfG aufgrund von Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG davon aus, dass in jedem Fall ein

¹⁰⁵⁸ Reiff in Langheid/Wandt, § 308 BGB, Rn. 8.

¹⁰⁵⁹ BGH, Urteil vom 25.10.1984, VII ZR 11/84, NJW 1985, 633.

¹⁰⁶⁰ Coester in Staudinger, § 308, Rn. 7.

¹⁰⁶¹ Peters/Jacoby in Staudinger, § 649, Rn. 70.

¹⁰⁶² BGH, Urteile vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; 10.10.1996, VII ZR 250/94, NJW 1997, 259, 260.

¹⁰⁶³ BGH, Urteile vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; 10.10.1996, VII ZR 250/94, NJW 1997, 259, 260.

¹⁰⁶⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, BT-Drs. 16/3945, S. 1052, 102.

¹⁰⁶⁵ BGH, Urteil vom 09.05.2001, IV ZR 138/99, NVersZ 2001, 313, 314; klarstellend BGH, Urteil vom 12.10.2005, IV ZR 162/03, VersR 2005, 1565, 1570.

Mindestrückkaufswert gezahlt werden muss, deren Wert in einem angemessenen Verhältnis zu den entrichteten Prämien stehen soll¹⁰⁶⁶. Eine einfache „Vorher-nachher“-Betrachtung ohne normative Komponente kann also nicht gewählt werden. Den vorgestellten Ansatz betrifft diese Rechtsprechung aber nicht, da AGB-rechtliche Grundsätze immer nur einen ersten Ansatz bieten, der nach den Besonderheiten des einschlägigen Vertragstypus zu messen und gegebenenfalls auch abzuändern ist. So lässt sich beim BGH beobachten, dass er einmal aufgestellte AGB-rechtliche Grundsätze nicht durchgängig anwendet, sondern sie unangewendet lässt, wenn sie aufgrund des Geschäftstypus nicht passen¹⁰⁶⁷. Auf einer typologischen Sichtweise beruht zumindest ansatzweise auch die Entscheidung des BVerfG. Dass sich eine Versicherung dadurch auszeichnet, dass eine Leistung erst bei Eintritt des Risikos bzw. bei Ablauf der vereinbarten Zeit gewährt wird, wird nämlich durchaus gesehen. Dies soll jedoch keinen Einwand begründen können, da der Vertrag nicht nur auf die Abdeckung von Risiken, sondern auch die Bildung von Vermögenswerten gerichtet sei¹⁰⁶⁸. Diese Sichtweise ist aber von einem typologischen Standpunkt naheliegend, da es sich bei einer gemischten Versicherung im Kern um ein Spargeschäft handelt, bei dem der Rückzahlungsanspruch essentiell ist und nicht vollständig dem entgegenstehenden Anspruch auf Ausgleich der Abschlusskosten untergeordnet werden soll. Letztlich spricht für einen typologischen Ansatz auch, dass sich dieses Problem, das scheinbar nur § 169 VVG betrifft, in allgemeiner Form auch bei anderen Anwendungsfällen des Typus Darlehen/Spargeschäft stellt. Wird etwa eine längerfristig angelegte Spareinlage vorzeitig gekündigt, stellt sich das Problem ebenfalls, hier soll der Kunde zwar damit rechnen müssen, dass die Höhe der Vorfälligkeitszinsen die der Guthabenzinsen übersteigt, hingegen bedarf die darüber hinausgehende Minderung des Sparkapitals für eine transparente Regelung der unmissverständlichen Verdeutlichung¹⁰⁶⁹. Die Parallelen, bedingt durch die Identität des Typus, liegen auf der Hand.

3. With-profit-Produkte

Fraglich ist dann, ob bei With-profit-Produkten die Marktpreisanpassung statthaft ist. Danach erhält der Anleger bei Kündigung eine Leistung auf der Grundlage entweder des laufend festgesetzten Anteilswertes oder des entsprechenden tatsächlichen Wertes, maßgeblich ist jeweils der niedrigere Wert. Angewendet auf With-profit-Produkte zeigt sich die Notwendigkeit einer Differenzierung, da neben dem Versicherer auch noch die Versichertengemeinschaft zu berücksichtigen ist. Deren Interessen sind aber darauf gerichtet, dass dem Fonds so wenig Vermögensmasse wie möglich für Rückkäufe entnommen wird wie möglich, damit höhere Ablaufleistungen bzw. Managementgebühren entnommen werden können. Ziel bei der Bemessung des Rückkaufswertes ist es also, dass diese durch den Rückkauf weder Vorteil noch Nachteil erlangen. Grundlage der Berechnung sind die Aufwendungen nach den Vertragsgrundlagen unter Berücksichtigung der Kalkulation bei Vertragsschluss¹⁰⁷⁰. Dies bedingt jedenfalls eine durch hypothetische Betrachtungen geprägte, einer besonderen Vorsicht verpflichtete Kalkulation. Zum einen kann der durch Wertzuweisungen festgesetzte Anteilswert größer als der entsprechende tatsächliche

¹⁰⁶⁶ BVerfG, 1. Kammer, Beschluss vom 15.02.2006, 1 BvR 1317/96, NJW 2006, 1783, 1784 f.

¹⁰⁶⁷ So etwa BGH, Urteil vom 06.03.1986, III ZR 195/84, NJW 1986, 1803, 1804: Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkverträgen auf der einen und Spargeschäften auf der anderen Seite.

¹⁰⁶⁸ BVerfG, 1. Kammer, Beschluss vom 15.02.2006, 1 BvR 1317/96, Rz. 65, NJW 2006, 1783, 1785.

¹⁰⁶⁹ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 196.

¹⁰⁷⁰ BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; Peters/Jacoby in Staudinger, § 649, Rn. 36.

Anteilswert sein. Wäre der Versicherer verpflichtet, dem ausscheidenden Versicherungsnehmer den geglätteten Wert zugutekommen zu lassen, der nicht durch den tatsächlichen Wert gedeckt ist, würde der Rückkauf auf Kosten der weiterhin Investierenden erfolgen¹⁰⁷¹. Fraglich ist das Verhältnis zum Stornoabzug nach § 169 Abs. 5 VVG. Die Anforderung gem. Abs. 5 an einen vereinbarten Stornoabzug, dass dieser „beziffert“ sein muss, bedeutet nach überwiegender Auffassung nicht, dass absolute Eurobeträge angegeben werden müssen, sondern prozentuale Angaben in den AVB ausreichen¹⁰⁷². Eine Reduktion des Anspruchs auf den tatsächlichen ist damit nicht identisch, darin liegt also gerade kein Stornoabzug. § 169 Abs. 5 VVG gilt also nicht.

Hingegen soll bei der umgekehrten Konstellation, so wird in der Literatur vertreten, eine Beteiligung am Schlussbonus auch bei Rückkauf erfolgen¹⁰⁷³. Dazu soll der Anteil nach den relevanten Erfahrungswerten der Vergangenheit bemessen werden, um dann mit abgezinst zu werden, wobei dieser Zinswert für die Diskontierung nach der Renditeprognose und aus Vorsichtsgründen verhältnismäßig hoch bemessen sein soll¹⁰⁷⁴. Eine der Höhe nach feste Verpflichtung soll damit aber nicht einhergehen, so dass der Versicherer alle Freiheiten in der Kapitalanlage behält, wobei der dementsprechend schwankende Wert des Schlussbonus, der auf der Aktivseite mit freiem Vermögen bedeckt ist, auch keinen garantierten Rückkaufswert nach § 25 Abs. 2 RechVersV darstellen soll, für den eine Deckungsrückstellung zu bilden wäre¹⁰⁷⁵. Dagegen könnte aber sprechen, dass damit den Anlegern die Möglichkeit eingeräumt würde, gegen die Versichertengemeinschaft zu spekulieren. Dabei ist aber zu beachten, dass durchaus bereits ein Stornoabzug nach § 169 Abs. 5 VVG möglich ist. Die Angemessenheit des Stornoabzuges als solchem ergibt sich eben auch aus Gründen der Antiselektion, weiterhin zusätzlichen Verwaltungskosten, hingegen ist die Begründung mit einem Ausgleich für „kollektiv gestelltes Risikokapital“ zweifelhaft¹⁰⁷⁶. Damit spielt bereits in diesem Zusammenhang eine Rolle, dass der Anleger nicht Vorteile daraus ziehen können soll, dass er sich der Gemeinschaft vorzeitig entzieht. Allerdings gibt es bei konventionellen Versicherungen, auf die sich § 169 VVG bezieht, abgesehen von der Besonderheit der stillen Reserven keinen systematischen Glättungsprozess, so dass durchaus ein Bedarf nach einem darüber hinausgehenden Korrektiv anzuerkennen ist. Um jegliche Bevorteilung vollständig auszuschließen, könnte dann auf jedwede Beteiligung verzichtet werden.

Der BGH hat sich in diesem Zusammenhang darauf beschränkt, vorzuschreiben, dass eine Obergrenze für eine Marktpreisangabe festzusetzen ist¹⁰⁷⁷. Dies folgt aus der Rechtsprechung des BVerfG zum Schutz des Kündigungsnachlasses unzweifelhaft. Allerdings zeichnet sich die gesamte Rechtsprechung zu diesem Komplex dadurch aus, dass einzig Darstellungsfragen und nicht materielle Anforderungen behandelt wurden, weil sich die geltend gemachten Ansprüche bereits damit begründen ließen. Dann ist aber auch die Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der in Folge von Vorgaben des BVerfG bei

¹⁰⁷¹ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310.

¹⁰⁷² Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 58; Schick/Franz, VW 2007, 746, 766; Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 175; Krause in Looschelders/Pohlmann, § 169, Rn. 46, a.A.: Gatschke, VuR 2007, 447, 450.

¹⁰⁷³ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 206.

¹⁰⁷⁴ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 219.

¹⁰⁷⁵ Ortmann, Kapitalanlage deutscher und britischer Lebensversicherer, S. 220.

¹⁰⁷⁶ Reiff in Prölss/Martin, § 169, Rn. 59; kritisch Ortmann in Schwintowski/Brömmelmeyer, § 169, Rn. 92; Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 178.

¹⁰⁷⁷ BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164/11, Rz. 62.

(noch) nicht zugerechneten Kapitalerträgen oder – gewinnen in Form stiller Reserven eine Beteiligung von 50% für angebracht hält. Insofern kann auf die Ausführungen zur Überschussbeteiligung verwiesen werden, die zum Ergebnis haben, dass § 153 Abs. 3 VVG analog anzuwenden ist und einen Schlussbonus bedingt, dessen Bemessungsgrundlage die Hälfte des vertraglich nicht zugeordneten Vermögens ist. Davon abgesehen, steht § 308 Nr. 7 BGB auch unter Anwendung von § 649 BGB pauschalen Abwicklungsregelungen nicht entgegen¹⁰⁷⁸. In diesem Zusammenhang ist etwa zu beachten, dass gerade bei Bemessungsschwierigkeiten Pauschalabzüge, die auf den Durchschnittsfall abstellen, zwar zulässig sind, diese aber gerade bei umfangreicheren Werken gestaffelt sein und zwischen Kündigungen unmittelbar nach Vertragsschluss bzw. umgekehrt unmittelbar vor Vertragsende differenzieren sollten¹⁰⁷⁹. In Großbritannien wird beispielsweise verbreitet eine gestaffelte Wertangleichung vorgesehen, die umso schwächer ausfällt, je weniger Zeit für die Erfüllung der Garantievoraussetzungen noch verbleibt¹⁰⁸⁰. Dies wäre auch nach deutschem Recht zulässig, sofern der in jedem Fall der verfassungsrechtlich gebotene Mindestwert erreicht wird.

Letztlich geklärt werden muss noch das Problem der Nachweisbarkeit. Die Darlegungs- und Beweislast trifft den Besteller, der Unternehmer hat nur eine sekundäre Darlegungslast für die Angabe, welche Ersparnis sich für ihn daraus ergibt, dass der Vertrag nach der Kündigung nicht mehr weiter zur Ausführung gelangt¹⁰⁸¹. Somit trifft die Belastung, dass unklar bleibt, ob sich die Richtigkeit der vom Versicherer im eigenen Interesse und dem der Anlegergemeinschaft vorgebrachten Kalkulation als richtig erweist, den ausscheidenden Anleger. Im Fall einer klauselmäßigen Festlegung muss auch bei Anwendbarkeit von § 308 Nr. 7 BGB ein Nachweis im Sinne des § 309 Nr. 5 b) BGB möglich sein, dass ein niedrigerer Schaden entstanden ist – ergibt sich auch nur konkludent, dass die Möglichkeit ausgeschlossen ist, ist die Klausel unwirksam¹⁰⁸².

4. Variable Annuities

Bei Variable Annuities existiert ein Derivate-Portfolio, das Grundlage für einen erhöhten Rückkaufswert sein könnte. Teilweise kalkulieren Versicherer wohl so, dass sie erhöhte Leistungen oberhalb des risikolosen Zinses anbieten unter der Annahme, dass dies durch Garantiekosten für Verträge ausgeglichen werden kann, bei denen der Versicherungsnehmer stirbt oder storniert¹⁰⁸³, oder nehmen an, dass ein gewisser Teil der Versicherungsnehmer sich nicht finanzrational verhält und die Option für eine garantierte Rentenleistung nicht ausübt und sich für eine (nicht garantierte) Kapitalleistung entscheidet¹⁰⁸⁴. Diese Annahmen sind aber durchaus problematisch. Sofern eine Verpflichtung des Versicherers anzunehmen ist, einen über das Fondsguthaben hinausgehenden Rückkaufswert zu zahlen, ist es diesem nicht mehr möglich, die Stornierungswahrscheinlichkeit zu einer Reduktion der Gebühren einzukalkulieren¹⁰⁸⁵. Damit existieren also keine Vorteile, die der Versicherer dem Rechtsgedanken von § 649 BGB gemäß herauszugeben hätte.

¹⁰⁷⁸ BGH, Urteil vom 25.10.1984, VII ZR 11/84, NJW 1985, 633.

¹⁰⁷⁹ Coester in Staudinger, § 308, Rn. 7.

¹⁰⁸⁰ Radovic/Bolger/Burke, VW 2006, 307, 310.

¹⁰⁸¹ BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282.

¹⁰⁸² BGH, Urteil vom 25.10.1984, VII ZR 11/84, NJW 1985, 633, 634.

¹⁰⁸³ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266.

¹⁰⁸⁴ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 266, 283 f.

¹⁰⁸⁵ Bauer/ Kling/ Ruß, DGVFM 2007 (28), 259, 288.

Was § 308 Nr. 7 a) BGB betrifft, so sind besondere Aufwendungen für den konkreten Vertrag etwa im Rahmen von § 628 BGB nur dann vollständig und nicht nur anteilig auf den Anspruch des Kündigenden anrechenbar, wenn sie nicht für andere Verträge anwendbar sind¹⁰⁸⁶. Somit müsste der Gegenwert des Teils der Absicherung, der auf den ausscheidenden Versicherungsnehmer entfällt und etwa für einen Neukunden verwendet werden kann, zur Auszahlung gebracht werden. Allerdings ist die Kalkulation bei Variable Annuities – wie oben ausgeführt – eh darauf ausgerichtet, dass nur Sicherungsmittel vorgehalten werden, wie sie auch tatsächlich benötigt werden. Folglich hat der Bestand an Sicherungsmitteln unberührt zu bleiben vom Ausscheiden einzelner Versicherungsnehmer, da dies bereits einkalkuliert ist. Dementsprechend sind die Kosten für die Absicherung also weniger besondere Aufwendungen, als vielmehr Fixkosten, die unabhängig vom Verhalten der einzelnen Versicherungsnehmer anfallen. Der BGH hat in einer Entscheidung zum Ausdruck gebracht, dass neben den laufenden Kosten auch die für den Anlauf des angebotenen Dienstes nötigen Aufwendungen, die also zur Einrichtung des Dienstes nötig sind, nur, aber immerhin pro rata temporis berücksichtigt werden¹⁰⁸⁷. Dies entspricht genau den gezahlten Garantiegebühren, so dass deren Nichtberücksichtigung bei der Bemessung des Rückkaufwertes in Einklang stehen kann mit § 308 Nr. 7 BGB.

Allerdings stellt sich dann die Frage, ob nicht bereits die vorgeschaltete Kalkulation, mit der eine antezipierte Belastung bestimmter Teile der Anleger verbunden ist, unzulässig ist. Dagegen spricht, dass andernfalls höhere Gebührensätze erhoben werden müssten. Diesem sog. „Preisargument“ kann aber dogmatisch entgegengesetzt werden, dass die Bewertung des Äquivalenzverhältnis – wirtschaftlich also das Preis-Leistungsverhältnis – der Inhaltskontrolle entzogen ist, umgekehrt aber auch nicht zur Rechtfertigung einer inhaltlich unangemessenen Regelung taugen kann¹⁰⁸⁸. Im Hinblick auf § 307 BGB vermag aber eine Benachteiligung, die eine Klausel auslöst, durch einen anderweitigen Vorteil nur dann kompensiert zu werden, wenn beide sachlich miteinander zusammenhängen und der Vorteil gleich gewichtig ist – dies betrifft das sogenannte „Preisargument“¹⁰⁸⁹. Dabei wird aber gerade auch davon ausgegangen, dass untypische Risiken gerade nicht übernommen und preiserhöhend berücksichtigt werden müssen¹⁰⁹⁰. Allerdings ist dabei dann zu beachten, dass auch unabhängig von einem bestimmten Typus das BVerfG davon ausgegangen ist, dass die Kündigenden nicht über Maßen benachteiligt werden dürfen. Sichergestellt sein muss im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG auch, dass der Versicherungsnehmer eine wirtschaftlich sinnvolle Option hat, den Vertrag zu kündigen¹⁰⁹¹. Aber wie bereits ausgeführt, betraf dies Beiträge im Rahmen eines partiarischen, insofern gesellschaftsähnlichen Beteiligungsverhältnisses, deren Erträge den Anlegern vorenthalten wurden – so dass auch hier typologische Erwägungen im Hintergrund stehen. Richtungsweisend ist insofern die Regelungslage bei steuerlichen geförderten Rentenversicherungen, bei denen es dem Versicherer auch losgelöst von den steuerrechtlichen Konsequenzen möglich ist, den

¹⁰⁸⁶ BGH Urteil vom 29.05.1991, IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763 – Partnervermittlungsdienst.

¹⁰⁸⁷ BGH Urteil vom 29.05.1991, IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763; Coester in Staudinger, § 308, Rn. 7.

¹⁰⁸⁸ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 131.

¹⁰⁸⁹ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 125.

¹⁰⁹⁰ Coester in Staudinger, § 307, Rn. 137.

¹⁰⁹¹ BVerfG, Urteil vom 26.07.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2379 zur Berücksichtigung von stillen Reserven.

Versicherungsnehmer bei einer Kündigung auf eine Beitragsfreistellung nach § 165 VVG zu verweisen¹⁰⁹².

Wiederum ist also anhand typologischer Gesichtspunkt zu entscheiden, hier, ob das Storno überhaupt als Kriterium der Risikokalkulation verwendet werden darf. Variable Annuities stellen eine Versicherung dar. Unproblematisch ist dann eine Benachteiligung, wenn sie daraus resultiert, dass sich das Risiko nicht verwirklicht. Es stellt auch eine typische Eigenart einer Versicherung dar, dass der Versicherungsnehmer des Risikobeitrages ohne Eintritt des Versicherungsfalles ohne materiellen Gegenwert verlustig geht. Zwar erlangt ein Versicherer aus der Mehrzahl der Verträge materielle Leistungen, denen damit keine materielle Geldleistung entspricht, dieser Vorteil entspricht aber dem Typus und ist nicht ungerechtfertigt. Bei herkömmlichen Versicherungen findet diese Eigenart ihre Rechtfertigung darin, dass der Versicherer über den einzelnen Vertrag hinaus einen Risikoausgleich im Kollektiv besorgen muss. Ein Risikoausgleich im Kollektiv bedeutet aber immer zwingend, dass die Mehrzahl der Teilnehmer benachteiligt wird, wenn man nur auf die materiellen Leistungen abstellt. So kann der Versicherungsnehmer nach § 39 VVG nur den Betrag zurückverlangen, der dem Zeitraum entspricht, für den kein Versicherungsschutz mehr besteht.

Gerade im Hinblick auf die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung erscheint aber problematisch, dass der Versicherungsnehmer anders als bei einer herkömmlichen Versicherung gar nicht damit rechnen kann, jederzeit in den Genuss einer Versicherungsleistung zu gelangen. Dies beruht aber auf einer Vereinbarung, die sich im Rechtsverkehr häufig finden lässt. Bei der Krankenversicherung kann § 197 VVG eine Wartezeit vorgesehen werden, so dass technischer und materieller Versicherungsschutz auseinanderfallen, da der Versicherungsnehmer bereits die Prämie schuldet, ohne bereits in den Genuss des Versicherungsschutzes zu kommen¹⁰⁹³. Weiterhin wurde auch festgestellt, dass es statthaft ist, dass der Versicherungsnehmer bei Rentenversicherungen in der Aufschubzeit Leistungen erbringt, ohne auch zwangsläufig eine Todesfalleistung oder einen Rückkaufswert zu erhalten. Dies alles ist nur Ausdruck des versicherungsvertraglichen Grundsatzes, dass technischer Versicherungsbeginn, ab dem der Versicherer zur Prämienhebung berechtigt ist, und materieller Versicherungsbeginn, ab dem der Versicherungsnehmer in den Genuss von Versicherungsschutz kommt, nicht zusammenfallen müssen¹⁰⁹⁴. Allerdings bedürfen diese Divergenzen einer inneren Rechtfertigung. Bei der Krankenversicherung liegt die Benachteiligung des Versicherungsnehmers darin begründet, dass durch Ausschluss von bei Vertragsschluss bereits objektiv gegebenen oder gar subjektiv bereits erkannten Leiden eine verlässlichere Prämienkalkulation ermöglicht werden soll¹⁰⁹⁵. Bei einer Rentenversicherung wird der Versicherungsnehmer neben den Überschüssen aus der Kapitalanlage auch von den Überschüssen profitieren, die daraus resultieren, dass andere Versicherungsnehmer versterben. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass die Zurverfügungstellung eines bestimmten, vereinbarten Betrages in der möglicherweise fernen Zukunft einen langfristigen Kapitalaufbau voraussetzt, um damit entsprechende Renditen erzielen zu

¹⁰⁹² BGH, Beschluss vom 20.09.2011, IV ZR 255/10, r+s 2012, 249; OLG Köln, Urteil vom 01.10.2010, 20 U 126/09, VersR 2011, 101.

¹⁰⁹³ Hütt in Langheid/Wandt, § 197, Rn. 1; Voit in Prölss/Martin, § 197, Rn. 12.

¹⁰⁹⁴ Johannsen in Versicherungsrechts-Handbuch, § 8, Rn. 33; Muschner in Langheid/Wandt, § 2, Rn.

4.

¹⁰⁹⁵ Hütt in Langheid/Wandt, § 197, Rn. 2; Rogler in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 197, Rn. 1.

können. Solche Renditen lassen sich aber nur erzielen, wenn man im Gegenzug die entsprechenden Kapitalanlagerisiken in Kauf nimmt. Je höher die implizite Volatilität ist, desto teurer sind auch entsprechenden Finanzoptionen¹⁰⁹⁶. Dann muss der Versicherer die Schwankungen der dazu verwendeten Kapitalanlage vom ersten Moment an meistern, gerade auch, weil sich entsprechende Absicherungsinstrumente gerade nicht mehr mit vertretbarem Aufwand erwerben lassen, wenn Kursverluste bereits eingetreten sind. Damit trägt er auch diesem Zeitpunkt bereits das Kapitalanlagerisiko, somit genießt der Versicherer zwar keinen Versicherungsschutz, erhält aber eine gleichwertige Leistung.

Dann erscheint aber fraglich, ob eine Benachteiligung auch statthaft ist, wenn sich das Risiko gar nicht mehr verwirklichen kann, weil der Versicherungsnehmer Anlage und Versicherung aufgibt. Auf das Gesetz der großen Zahl und damit den Versicherungstypus kann insofern gerade nicht verwiesen werden. Allerdings kann auf die Vereinbarung einer sogenannten „Tontine“ abgestellt werden, die sich dadurch auszeichnet, dass die Teilnehmer Kapital zur Verfügung stellen, dass der Veranstalter verzinslich anlegt und in bestimmten Zeitabständen als Rente an die jeweils noch lebenden Teilnehmer auszahlt¹⁰⁹⁷. Eine Versicherung liegt darin nicht begründet, da der Veranstalter gerade kein Risiko übernimmt, vielmehr die Überlebenden vom Tod der anderen in Form steigender Rentenleistungen profitieren¹⁰⁹⁸. Daran zeigt sich, dass ein Produktmerkmal dergestalt, dass eine Bereicherung eines Teil der Versicherungsnehmers auf Kosten der anderen erfolgt, auch außerhalb einer versicherungstechnischen Kalkulation zulässig ist. An dieser Stelle ließe sich einwenden, dass sich aber die Teilnehmer der Tontine untereinander eine Versicherung gegen die Langlebigkeit organisieren. Dagegen spricht aber, dass weder lebenslange Leistungen garantiert noch Leistungen in einer bestimmten Höhe gewährleistet sind, wenn sich das Risiko Langlebigkeit bei allen Teilnehmer in besonderem Maße verwirklicht. Somit ist auch im Grenzbereich zwischen Versicherung und Anlage eine Gestaltung möglich, bei der nur die Chancen auf Leistungen äquivalent sind, nicht aber die Leistungen selber. Diese – für die Versichertengemeinschaft günstige – Vorgehensweise ist nur aber möglich, wenn insofern eben kein Rückkaufswert gezahlt werden muss.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass europarechtliche Vorgaben für die Absicherung versicherungsrechtlicher Leistungen gemacht werden. So müssen nach Art. 79 RL 2009/138/EG bei der Bestimmung des Wertes von Finanzgarantien und Optionen die Annahmen zu der Wahrscheinlichkeit, dass Optionen, einschließlich Storno- und Rückkaufsrechte, ausgeübt werden, realistisch gewählt werden. Es zeigt sich somit, dass endfällige Garantien positive Auswirkungen auf die Eigenmittelsituation des Versicherungsunternehmens haben. Damit ist aber auch klargestellt, dass solche Annahmen überhaupt berücksichtigt werden dürfen bei der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen. Letztlich entspricht es also auch europarechtskonformer Auslegung, die zur Rückstellung verwendeten Derivate nicht bei der Bemessung des Zeitwertes zu berücksichtigen.

¹⁰⁹⁶ Ziewer, VW 2009, 90.

¹⁰⁹⁷ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150-171, Rn. 17.

¹⁰⁹⁸ Heiss/Mönnich in Langheid/Wandt, Vor §§ 150-171, Rn. 17.

III. Beitragsfreistellung

Anstelle der Kündigung kann der Versicherungsnehmer nach § 165 VVG auch die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie Versicherung verlangen. Das Umwandlungsverlangen muss klar geäußert werden, bestehen insofern Zweifel, muss der Versicherer über die mit der Umwandlung verbundenen Nachteile aufklären¹⁰⁹⁹. Bei fondsgebundenen Versicherungen ist es wegen der Unklarheit der künftigen Fondsentwicklung nicht möglich, auf eine Mindestversicherungsleistung abzustellen, - hier ist vielmehr auch statthaft, einen Mindestwert des aktuellen Fondsvermögens oder eine Mindestsumme gezahlter Beiträge festzusetzen¹¹⁰⁰. Weitgehende Anforderungen gelten nach dem AltZertG. So ist es dem Versicherer nicht gestattet, den Vertrag bei Ruhenlassen durch den Versicherungsnehmer oder bei einem Verzug mit Zahlung der Folgeprämie in eine beitragsfreie Versicherung umzuwandeln, ohne dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, den Vertrag weiterzuführen¹¹⁰¹. Weiterhin muss auch eine Kündigung zum Zweck der Kapitalübertragung in ein anderes Produkt nach diesem Gesetz möglich sein, § 10 Abs. 1 Nr. 10 lit. b AltZertG, ohne dass dabei bereits eine Garantie greifen würde¹¹⁰².

Es wird vertreten, dass § 165 Abs. 2 VVG im Sinne des § 169 Abs. 3 so zu verstehen ist, dass bei endfälligen Garantien keine beitragsfreie Leistung für jedes Jahr festzulegen ist¹¹⁰³. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber Art. 36 Abs. 1, Anhang III a.9 der RL Leben (2002/83/EG) gerecht werden wollte, wo auch die Beitragsfreistellung erwähnt wird, weiterhin auch § 2 Abs. 1 Nr. 5, 6 VVG-InfoV¹¹⁰⁴.

Fraglich ist aber, wie überhaupt der Wert der beitragsfreien Leistung zu bestimmen ist. Nach einer Auffassung ist wiederum im Gleichlauf mit § 169 VVG Voraussetzung, dass überhaupt ein Deckungskapital im Sinne des § 169 VVG gebildet wird, der Eintritt der Leistungspflicht also gewiss ist¹¹⁰⁵. Für eine Anknüpfung an § 169 VVG spricht, dass es für die Berechnung der prämienfreien Leistung an einer Berechnungsgrundlage bedarf, außerdem auch auf § 169 VVG verwiesen wird¹¹⁰⁶. Demgegenüber wird aber überwiegend vertreten, dass die Norm bei allen Lebens- und Rentenversicherungsverträgen auch ohne derartige Gewissheit Anwendung finden, wobei auch hier vorausgesetzt wird, dass überhaupt ein Deckungskapital gebildet wird – damit würden auch Risikolebensversicherung erfasst, bei denen ein Deckungskapital existiert, wenn gleichbleibende Beiträge vereinbart sind¹¹⁰⁷. Bei allen Garantieprodukten ist der Eintritt der Leistungspflicht gewiss, allerdings wird bei Variable Annuities gerade kein Deckungskapital gebildet, was die Sicherstellung der Garantie angeht. Dies betrifft aber gerade nicht den Lebensversicherungsteil, sondern einen hinsichtlich des einschlägigen Typus davon zu differenzierenden Vertragsteil. Insofern ist die

¹⁰⁹⁹ Mönlich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 11.

¹¹⁰⁰ Mönlich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 17.

¹¹⁰¹ Prahl, NVersZ 2002, 541, 542 f.

¹¹⁰² Prahl, NVersZ 2002, 541, 543.

¹¹⁰³ Mönlich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 32; im Ergebnis auch Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-InfoV, Rn. 48, der von einem Gleichlauf von § 165 und § 169 ausgeht.

¹¹⁰⁴ Mönlich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 32

¹¹⁰⁵ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 165, Rn. 1.

¹¹⁰⁶ Brambach in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 165, Rn. 1.

¹¹⁰⁷ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 165, Rn. 2; Mönlich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 3 - ohne ausdrückliche Einschränkung, aber auch ohne inhaltliche Auseinandersetzung Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 185; Reiff in Prölls/Martin, § 165, Rn. 2.

Garantiesicherung nicht mit einer Risikolebensversicherung, sondern einer Berufsunfähigkeitsversicherung als Zusatzversicherung vergleichbar.

Eine Berufsunfähigkeitszusatzversicherung soll nach einer Auffassung nur dann erlöschen, wenn sie nur auf die Befreiung von der Beitragspflicht in der Lebensversicherung und nicht auch auf eine darüber hinausgehende Berufsunfähigkeitsrente gerichtet sei¹¹⁰⁸. Dann soll die Leistung entweder aus dem gesondert gebildeten Deckungskapital für die BUZ oder aus dem vorhandenen Gesamtbetrag für beide Vertragsteile gebildet werden¹¹⁰⁹. Demgegenüber wird auch davon ausgegangen, dass der Versicherungsschutz aus Zusatzversicherungen erlischt, wenn vertraglich nicht anderes vereinbart ist¹¹¹⁰. Eigentlich hat für eine Risikoversicherung zu gelten, dass sie mangels Deckungskapital nicht weitergeführt wird, vielmehr der Risikoschutz erlischt, gerade auch weil keine Verweisung wie § 176 VVG greift. Allerdings ist bei einem gemischten Vertrag, bei dem die entsprechenden Teile – wie hier kapitalbildene Lebensversicherung und Kapitalversicherung – gleichwertig sind, Parteiwille und Vertragszweck maßgeblich. Vertragszweck ist aber bei einer Kapitalversicherung der Erhalt des im Rahmen der Lebensversicherung gebildeten Kapitals. Betrachtet man die Rechtsfolgenseite, so wäre der Versicherungsnehmer bei einer Aufrechterhaltung einer Teilgarantie jedenfalls insofern im Vorteil, als ihm das endfällige Leistungsversprechen erhalten bliebe. Das muss dann auch im Rahmen des § 165 VVG gelten, da der Versicherungsnehmer, für den Versicherer erkennbar, auf den jedenfalls langfristigen Kapitalerhalt besonderen Wert gelegt hat. Danach muss dem Versicherungsnehmer ermöglicht werden, eine anteilige Garantie aufrechtzuerhalten. Regelt der Versicherer in den Bedingungen, wie tatsächlich der Fall, dass der Versicherungsnehmer im Fall der Beitragsfreistellung so gestellt wird, als hätte er letztlich eine fondsgebundene Lebensversicherung abgeschlossen, stellt dies eine unangemessene Regelung dar, die keinen Bestand haben kann.

IV. Darstellung in AGB und Information, Beratung

In der Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit With-profit-Produkten die Begrifflichkeit der „Marktpreisaneignung“ als intransparent verworfen worden, da sie nicht hinreichend deutlich mache, dass darunter ein Abzug zu verstehen sei, insbesondere wenn vor dem Hintergrund des Ermessens des Versicherers der Begriff „kann“ verwendet wird¹¹¹¹. Zwar wird man nicht davon ausgehen können, dass der Begriff falsch ist, da es tatsächlich darum geht, festgesetzte Anteilswerte zu korrigieren, wenn sie mit dem tatsächlichen, insofern Marktwert der entsprechenden Vermögenswerte nicht übereinstimmen. Allerdings ist Maßstab der Verständnishorizont eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers, dem wirtschaftliche Belastungen klar vor Augen geführt werden müssen. Diesem wird aber schon wegen der Ähnlichkeit mit Rückgabepreisen von Investmentfondsanteilen bereits nicht hinreichend klar sein, dass die festgesetzten Werte nicht auch den tatsächlichen Wert wiedergeben. Vor diesem Hintergrund ist die Begrifflichkeit wenn nicht irreführend, so doch unnötig verkompliziert.

¹¹⁰⁸ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 165, Rn. 11.

¹¹⁰⁹ Krause in Looschelders/Pohlmann, § 165, Rn. 2.

¹¹¹⁰ Mönnich in Langheid/Wandt, § 165, Rn. 5, 23.

¹¹¹¹ OLG Stuttgart, Urteile vom 12.05.2011, 7 U 133/10, Rz. 191; 27.10.2011, 7 U 169/10, Rz. 108; auch BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 164, 11.

Damit in engem Zusammenhang steht der Aspekt, dass der Vertrag in den Genuss der erzielten Erträge in verhältnismäßig hohem Umfang erst am Ende durch Zuteilung des Schlussbonus gelangt. Ein Pflichtverstoß ergibt sich auch daraus, dass nur eine Gesamtrendite angegeben wird, und nicht erwähnt wird, dass diese sich aus Wertzuwachs und einem Schlussfälligkeitsbonus zusammensetzt, der bei vorzeitigen Auszahlungen gerade nicht gewährt wird¹¹¹². Dies ist auch deshalb von Bedeutung, weil der Fälligkeitsbonus aufgrund seiner Marktbezogenheit schwankungsanfälliger ist als der geglättete laufende Wertzuwachs¹¹¹³. Erfolgen solche Angaben nicht, stellt sich die Frage, ob die Beratung auf diese Eigenheit besonders hinweisen muss. Sicherlich muss darauf hingewiesen werden, dass zwischen jährlichen Wertzuweisungen und dem Schlussbonus zu unterscheiden ist. Da die Beratung nicht alle möglichen Konstellationen erfassen muss, ist ein Hinweis, dass eine kurzfristige Anlage in das Produkt nicht renditeträchtig ist, aber jedenfalls bei einem Vertrag zum Zweck der Altersvorsorge nicht erforderlich - insofern gelten dieselben Grundsätze wie bei der Beratung zum Rückkaufswert. Insofern gilt dann aber gleichzeitig wiederum, dass die persönlichen Umstände, die auf vorzeitige Beendigung des Vertrages deuten, zu berücksichtigen sind.

¹¹¹² OLG Celle, Urteil vom 12.01.2012, 8 U 151/11, Rz. 85; LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835

¹¹¹³ LG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2010, 8 O 518/09, BeckRS 2011, 04835

K. Steuerrechtliche Behandlung

I. Besteuerung bei Kapitallebensversicherungen

Eine besondere steuerrechtliche Privilegierung für Lebensversicherungen hält § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG bereit. Besteuert wird nur die Hälfte des Ertrages, wenn der Versicherungsvertrag zwölf Jahre bestanden hat und die Versicherungsleistung erst nach Vollendung des 60. Lebensjahr des Steuerpflichtigen zur Auszahlung kommt¹¹¹⁴. Dabei ist der Ertrag der Unterschiedsbetrag zwischen der Versicherungssumme und der Beitragssumme.

1. Versicherung in diesem Sinne

Fraglich ist aber, ob die hier relevanten Produkte in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Die Besteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG erfolgt bei Kapitallebensversicherungen und auch bei Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht, sofern nicht die Rentenzahlung gewählt wird¹¹¹⁵. Umschrieben wird dies durch die Begrifflichkeit der „Kapitalversicherungen mit Sparanteil“. Eine herkömmliche kapitalbildenden Lebensversicherung stellt, zerlegt in ihre rechtlichen Einzelteile, einen gemischten Vertrag dar, der aus einem Risiko-Lebensversicherungs- und Sparvertragsteil besteht. Bei den hier untersuchten Produkten handelt es sich um eine gemischten Verträge, die aber gerade keinen Sparanteil enthalten. Zumindest werden nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 4 EStG auch Erträge aus fondsgebundenen Versicherungen erfasst. Deshalb unterfallen Produkte mit Garantiefonds und Hybridprodukte eindeutig der Besteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, wobei es nur auf die letztlichen Erträge ankommt, so dass es keine Rolle spielt, ob diese in der Ansparphase durch eine statische oder dynamische Anlage gewonnen wurden. Vom unmittelbaren Wortlaut gerade nicht erfasst werden aber Variable Annuities und With-profit-Produkte. Bei Variable Annuities stellt die Garantieleistung eine versicherungsrechtliche Leistung dar, bei With-profit-Produkten greift weder die Klassifikation als Produkt mit „Sparanteil“ im Sinne eines Einlagengeschäfts noch als fondsgebunden im Sinne des InvG/KAGB. Allerdings kommt auch in Betracht, wie auch in der Literatur vertreten, die Begrifflichkeit nicht vertragsrechtlich zu deuten, sondern jede Finanzierungsleistung für die Erlebensfalleistung ausreichen zu lassen¹¹¹⁶. Dafür spricht systematisch auch § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 4 EStG. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG „Kapitalforderungen jeder Art“ erfasst werden, wenn die „Rückzahlung des Kapitalvermögens“ zugesagt ist, selbst wenn „die Höhe der Rückzahlung [...] von einem ungewissen Ereignis abhängt“. Das erfasst von seinem Wortlaut jedenfalls auch Forderungen aus With-profit-Produkten. Von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG unterscheidet sich die Variante Nr. 6 insofern, als bei Kapitalversicherungen neben einem Sparprozess, der auch Nr. 7 unterfallen könnte, auch eine Todesfallabsicherung erfolgt, bzw. bei Rentenversicherungen unabhängig von der Art der Kapitalbildung oder Kapitalanlage eine Absicherung gegen das Langlebigkeitsrisiko¹¹¹⁷. Der Zweck der Regelung liegt auch gerade darin, für solche Produkte eine steuerrechtliche Privilegierung – unter den Voraussetzungen von § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 2, 5, 6 EStG – zu gewähren. Insofern kann es

¹¹¹⁴ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42 Rn. 314.

¹¹¹⁵ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42 Rn. 314.

¹¹¹⁶ So aber von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 100.

¹¹¹⁷ von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 99.

aber auf die Art und Weise nicht entscheidend ankommen. Dies lässt sich bei dem weiten Begriff der Rentenversicherung ohnehin ohne Weiteres berücksichtigen, während bei Kapitallebensversicherungen der Begriff des „Sparanteil“ unabhängig von der vertragsrechtlichen Einschätzung so weit auszulegen ist, dass er jegliche Kapitalbildung erfasst. Da das „Wie“ der Kapitalbildung keine Rolle spielt, werden auch die hier untersuchten Garantieprodukte von der Regelung erfasst, sofern sie nur den notwendigen Vorsorgecharakter aufweisen.

2. Besteuerung der Garantieleistung

Der Besteuerung unterliegen aber nur die Erlebensfall- und die Rückkaufsfalleistung, während die Leistung bei Eintritt des charakteristischen Versicherungsfalls steuerfrei ist¹¹¹⁸. Damit bleibt also die Todesfalleistung einschließlich eventuell enthaltener Zinsen steuerfrei, dies gilt auch für Leistungen aus Zusatzversicherungen¹¹¹⁹. Nach der Steuerverwaltung liegt eine Zusatzversicherung vor, wenn neben dem der Versicherung zugrunde liegenden maßgeblichen charakteristischen Hauptrisiko weitere Nebenrisiken abgesichert werden, wobei dies statt in Form einer Zusatzversicherung auch in einer einheitlichen Versicherung geschehen kann¹¹²⁰. Als Leistung aus einer Zusatzversicherung könnte man aber auch die Garantieleistung bei Variable Annuities ansehen. Sobald andere als Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits-, Unfalltod-, Pflege-, oder Dread-Disease-Risiken versichert würden und der Eintritt des Risikos zu erwarten oder durch die versicherte Person herbeiführbar sei, so dass es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung um eine Fälligkeitsregelung handle, habe eine Versteuerung nach § 20 Abs. Nr. 6 EStG zu erfolgen¹¹²¹. Bei Variable Annuities ist der Eintritt des Risikos, die vertragsgemäße Minderung des Anlagevermögens in einem festgelegten Umfang zu einem vereinbarten Zeitpunkt, nicht zu erwarten und unterliegt auch nicht einem Einfluss des Versicherungsnehmers. Somit handelt es sich nicht um eine Fälligkeitsregelung in diesem Sinne. Allerdings unterfallen Erlebensfalleistungen im Rahmen einer herkömmlichen Kapitallebensversicherung auch insofern unproblematisch der Besteuerung, sofern sie garantiert sind. Ein Unterschied zu den hier untersuchten Kapitalgarantien besteht nur insofern, als der Garantiebetrug bei einer herkömmlichen Lebensversicherung im Rahmen der Kapitalanlage als solcher erzeugt wird – wegen der damit notwendigen Beschränkung auf sichere Anlagen um den Preis von Renditeneinbußen. Bei Variable Annuities geschieht dies unabhängig von der Kapitalanlage um den Preis einer gesonderten Gebühr. Damit bestehen Unterschiede in der Art und Weise der Kapitalanlage bzw. Garantieerzeugung, die aufsichts- und vertragsrechtlich relevant sind. Das Steuerrecht verfolgt hingegen einen selbstständigen Zweck und erfordert deshalb eine eigenständige Auslegung. In diesem Zusammenhang stellt es auf die Besteuerung von Erträgen im Erlebensfalls oder Rückkaufsfall ab, also das wirtschaftliche Ergebnis. Das aber unterscheidet sich als solches aber bei Variable Annuities nicht von dem bei einer herkömmlichen Lebensversicherung. Von daher unterliegt auch dieses der Besteuerung.

3. Garantiekosten

Fraglich ist dann aber, wie die Teile der Beiträge, die bei Garantieprodukten für die Erzeugung der Garantie erhoben werden, steuerrechtlich zu berücksichtigen sind. Bei

¹¹¹⁸ Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 314.

¹¹¹⁹ Stuhmann in Blümich, 110. Auflage, § 20 EStG, Rz. 265.

¹¹²⁰ BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 36.

¹¹²¹ BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 36.

Kapitallebensversicherungen ist nunmehr kein Sonderausgabenabzug mehr möglich, insofern gilt der Grundsatz der vorgelagerten Besteuerung¹¹²². Im Rahmen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG ist es streitig, ob Vertriebsprovisionen nur den Differenzbetrag mindern, oder auch als Werbungskosten zu berücksichtigen sind¹¹²³. Ab VZ 2009 ist ein Werbungskostenabzug aber schon nach § 20 Abs. 9 S. 1 EStG ausgeschlossen. Somit kommt einzig in Betracht, sie als für die Bestimmung der „Summe der auf sie [die Versicherungsleistung] entrichteten Beiträge“ mit zu erfassen. Dies wirkt, da Gegenstand der Besteuerung der Unterschiedsbetrag zwischen der Versicherungssumme und der Beitragssumme ist, steuermindernd. Beitragsanteile für die Absicherung des charakteristischen Hauptrisikos, also des Todesfallrisikos, mindern den Ertrag, hingegen sollen Beiträge für Zusatzversicherungen nicht ertragsmindernd berücksichtigt werden dürfen¹¹²⁴. Versicherte Risiken, die wirtschaftlich wie oben betrachtet eine Fälligkeitsregelung ausmachen, sind hinsichtlich ihrer Beiträge auch nicht bei der Ermittlung des Unterschiedsbetrages ertragsmindernd zu berücksichtigen¹¹²⁵. Eine solche Fälligkeitsregelung liegt aber nicht vor. Wie bereits dargelegt, zeichnen sich sowohl herkömmliche Lebensversicherungen wie auch alternative Produkte durch die Eigenschaft aus, dass in einem gewissen Umfang auf die Erzielung von Erträgen, als Differenz zwischen Versicherungsleistung und Beiträgen, verzichtet wird – sei es durch die Inkaufnahme von Renditeeinbußen oder eine Erhöhung des Beitrages – um damit zu gewährleisten, dass die Versicherungsleistung in jedem Fall eine gewisse Höhe erreicht. Somit muss auch an dieser Stelle eine Gleichbehandlung erfolgen, so dass auch die Garantiegebühren Teil der Beiträge für die Versicherungsleistung sind, unabhängig von ihrer typologischen Einordnung.

Von der steuerrechtlichen Privilegierung aber ausgenommen sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 5 EStG vermögensverwaltende Versicherungsverträge. Zweck der Regelung ist, Produktgestaltungen keine Vorteile zu gewähren, bei denen der Vorsorgecharakter hinter dem Kapitalanlagecharakter zurücktritt¹¹²⁶. Vorausgesetzt wird aber die Möglichkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren Dispositionsmöglichkeit des wirtschaftlich Berechtigten. Aber selbst eine mittelbare Möglichkeit liegt nur vor, wenn Dispositionen zwar nicht vom Versicherungsnehmer, aber einem von diesem beauftragten oder ausgewählten Vermögensverwalter getroffen werden¹¹²⁷. Bei allen Garantieprodukten liegt aber diese Befugnis allein beim Versicherer bzw. von diesen für die Kapitalanlage beauftragten Dritten. Weiterhin sind die Kapitalanlagen nur dann speziell für diesen Vertrag zusammengestellt, wenn Versicherer und Anleger konkrete Absprachen für die Auswahl getroffen haben¹¹²⁸. Die hier maßgeblichen Garantieprodukte sind zwar recht spezielle, aber dabei trotzdem allgemein einheitlich angebotene Standardprodukte. Insofern ist es auch unschädlich, wenn die Anleger wenn zwischen bestimmten Produktgestaltungen eine Auswahl treffen

¹¹²² Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 313.

¹¹²³ Dafür Stuhmann in Blümich, EStG, 110. Auflage, § 20, Rn. 282, a.A. Steuerverwaltung: BMF v. 22. 12. 05, BStBl I 06, 92.

¹¹²⁴ So von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 102 mit Verweis auf den Bericht des Finanzausschusses zu den Entwürfen eines Alterseinküftgesetzes, BT-Drs. 15/3004, 19; BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 58.

¹¹²⁵ BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 58.

¹¹²⁶ Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 2009, BT-Drs. 16/10494, 6; Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf des Jahressteuergesetz 2009, 16/11108, 18.

¹¹²⁷ von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 105.

¹¹²⁸ von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 105.

können¹¹²⁹. Allerdings hat das BMF ausgeführt, dass versicherungsinterne Fonds nur dann öffentlich vertriebenen Investmentfondsanteilen gleichzustellen sein, wenn diese die Anlage in einem oder mehreren Investmentfonds „widerspiegeln“¹¹³⁰. Das kann man aber nur so verstehen, dass ein versicherungsinterner Fonds nicht Investmentfondsanteile enthalten muss, sondern es genügt, wenn er in Werte investiert, die auch im Rahmen eines Fonds gehalten werden könnten¹¹³¹.

Vorausgesetzt wird nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 6 EStG weiterhin, dass bei laufender Beitragszahlung die Leistung bei Eintritt des Versicherungsfalls mindestens 50% der Beitragssumme ausmacht. Alternativ genügt es auch, dass diese Leistung das Deckungskapital bzw. den Zeitwert spätestens fünf Jahre nach Vertragsschluss um mindestens 10% übersteigt, wobei dieser Prozentsatz bis zum Ende der Vertragslaufzeit in jährlich gleichen Schritten auf null sinken darf.

II. Besteuerung bei Rentenversicherungen

Der Besteuerung von Rentenleistungen nach § 22 Nr. 1 S. 3 a) bb) EStG unterliegt der Auszahlung nur hinsichtlich des Ertragsanteils aus der Auszahlungsphase, nicht hinsichtlich der Ansparphase. Somit erfolgt die Besteuerung technisch anders als bei Kapitalversicherungen, ohne dass damit eine grundsätzlich andere Zwecksetzung verbunden wäre, vielmehr geht es auch hier darum, den vom Versicherungsnehmer eingebrachten Kapitalwert, in der Form von Beiträgen oder Einmalzahlungen, von der Besteuerung auszunehmen. Als Teil dieses Kapitalwertes sind, aus denselben Erwägungen wie im Rahmen von § 20 EStG, auch die für die Garantie erbrachten Leistungen zu berücksichtigen. Somit ist auch hier einheitlich von dem tatsächlich ausgezahlten Beträgen auszugehen, unabhängig davon, welchem Vertragstypus diese entspricht.

III. Altersvorsorgeverträge

Bei „Riester-Verträgen“ nach dem AltZertG erfolgt anders als bei herkömmlichen Rentenversicherungen keine vor-, sondern eine nachgelagerte Besteuerung nach § 22 Nr. 5 EStG¹¹³². Somit erfolgt die Privilegierung auch nicht im Rahmen der eigentlichen Versicherungsleistung, sondern gemäß § 82 Abs. 1 S. 1 EStG durch eine staatliche Förderung der aufgewendeten Beiträge in Gestalt von Zulagen nach §§ 83 ff. EStG, die einen Mindesteigenbetrag nach § 86 voraussetzen, bzw. eines Sonderabgabenabzugs nach § 10 a Abs. 2 EStG für Beiträge bis zu 2100 €. Der Umstand, dass ein Altersvorsorgevertrag nach dem AltZertG einen eigenständigen Typus darstellt, ist steuerrechtlich ohne Bedeutung, aber auch hier gelten die obigen Grundsätze: Da die gesamte Rentenleistung unabhängig von ihrer typologischen Einordnung der Besteuerung nach § 22 Nr. 5 EStG unterliegt, ist auch die gesamte Beitragsleistung einschließlich der Teile für die Garantie für die Mindesteigenleistung bzw. für den Sonderausgabenabzug von Bedeutung.

¹¹²⁹ von Beckerath in Kirchhof, EStG, § 20, Rn. 105

¹¹³⁰ BMF, Schreiben vom 01.10.2009, Rz. 34 e.

¹¹³¹ Brückner, VW 2010, 133, 134.

¹¹³² Dazu Brömmelmeyer in Versicherungsrechts-Handbuch, § 42, Rn. 317.

IV. Steuerliche Informationen

Die steuerlichen Informationen nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 VVG-InfoV müssen Einkommens-, Abgeltungs-, Erbschafts-, und Versicherungssteuer ansprechen, je nach der jeweiligen Versicherungsart, erfasst werden auch die Regelungen für Riester- bzw. AltZertG-Verträge und Rürup-Verträge nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 b) EStG¹¹³³. Erforderlich sind allgemeine Angaben und nicht eine detaillierte Darstellung¹¹³⁴. Maßgeblich sein können dann die Absetzbarkeit der Prämien und die dafür geltenden Anforderungen etwa im Hinblick auf Mindestlaufzeiten¹¹³⁵.

¹¹³³ Knappmann in Prölss/Martin, § 2 VVG-InfoV, Rn. 14.

¹¹³⁴ Präve, VersR 2008, 151, 154.

¹¹³⁵ Armbrüster in Langheid/Wandt, § 2 VVG-Info, Rn. 50.

L. Fazit

Zieht man ein Fazit, so zeigt sich, dass sich die zur Überprüfung gestellte These, dass man mit Hilfe einer typologischen Betrachtung alle rechtlichen Auslegungsprobleme lösen kann, nur teilweise bestätigt hat: Im Vertragsrecht trifft sie weitgehend zu, hier ist es möglich, vermittelt über die AGB-rechtlichen Grundsätze typologische Erwägungen anzustellen und damit eine ausgewogene Lösung für alle Konflikte zur Verfügung zu stellen. Wesentliche Ergebnisse hierbei sind, dass endfällige Garantien gewährt werden können, da eine Garantie als solche bei den meisten Typen auf einen bestimmten Zeitpunkt beschränkt ist und nur bei Spar- bzw. Einlagengeschäften jederzeit gilt. Wenn aber kein Einlagengeschäft vereinbart wurde, besteht kein Anknüpfungspunkt für das angebliche Erfordernis einer umfassenden Garantie – die Tradition des Lebensversicherungsgeschäfts wird insofern in ihrer Bedeutung überschätzt. Im Gegenzug ist es dann aber insbesondere zur Wahrung der Vertragsäquivalenz unmöglich - oder zumindest unter strengeren Anforderungen möglich als praktiziert - für dafür erbrachte Gebühren eine Erhöhung im Vertragsablauf vorzusehen. Insofern kommt die Besonderheit bei Anlageprodukten zu tragen, dass schon mäßige Kostensteigerungen das Rendite-Risiko-Profil verändern und für den Anleger unattraktiv machen können. Was die verbreitet anzutreffende Kalkulation zu Lasten kündigender Anleger betrifft, so ist zu differenzieren. Bei Variable Annuities steht der Versicherungscharakter im Vordergrund, wobei es in der Natur des Typus liegt, dass Versicherungsnehmer benachteiligt werden, was die materiellen Zahlungsflüsse angeht. Diese Eigenheit ermöglicht – auch gemessen an der Rechtsprechung des BVerfG - eine solche Kalkulation. Bei With-profit-Produkten hingegen geht die Benachteiligung der „untreuen“ Kunden nicht im Grundsatz, aber in ihrem Ausmaß zu weit, da sie auch durch den legitimen Vertragszweck, eine Glättung der Erträge zu ermöglichen, nicht mehr zu rechtfertigen ist. Ausnahmsweise stellt hier aber das VVG mit der Regelung zu den Bewertungsreserven einen tauglichen Maßstab zur Verfügung, der wohl modifiziert werden darf, aber im Kern nicht antastbar ist. Hingegen ist das Aufsichtsrecht autonom und erfasst insbesondere über die Kategorie des Kapitalisierungsgeschäfts bei richtigem Verständnis jegliche Form der Kapitalgarantie unabhängig von ihren Eigenheiten. Ähnliches gilt im Steuerrecht. Im Aufsichtsrecht zeigt sich in recht krassem Kontrast zu der grundsätzlichen Offenheit des Vertragsrechts eine recht weitgehende Beschränkung der Kapitalbildung bei Lebensversicherung auf das Einlagengeschäft. Dass der deutsche Gesetzgeber damit typische Eigenarten heimischer Produkte vor Veränderungen bewahrt, gleichzeitig aber eine Diversifikation des Angebot aufgrund des Auftretens ausländischer Anbieter stattfindet, wird dabei sehr kritisch gesehen. Allerdings spricht für diese Konstellation, dass sie wegen ihrer schlagwortartigen Etikettierung – „deutsche Lebensversicherung“ gegen „britische Lebensversicherung“, „sicher“ gegen „renditeträchtig“ – eine Reduktion von Komplexität bewirkt, die durchaus verbraucherschützende Wirkungen haben kann, da sie eine leichte Einordnung ermöglicht. Ob die Regulierung jedoch in der Sache als solche noch zeitgemäß ist – oder vielleicht sogar aufgrund der jüngsten Turbulenzen erst recht wieder geworden ist – ist eine Frage, die sich nicht de lege lata, wohl aber de lege ferenda stellt und sich nicht an Juristen richtet. Aber eines ist dabei auch dem Juristen klar: ob sich die einzelnen hier vorgestellten Garantieprodukte im Wettbewerb bewähren, muss sich erst noch zeigen. Dass entsprechende Produkte als solche aber eine Existenzberechtigung haben, liegt auf der Hand, da die Implikation von beschränkten Garantien – begrenzt auf einen bestimmten Zeitpunkt oder eine bestimmte Leistung – ideal ist, um mit relativ geringem Aufwand bestimmte Vorsorgeziele zu erreichen, etwa für das Alter vorzusorgen.