

7. Fall:

### **Immer wieder Streit um die AVB**

1. Fall:

K schloss zum 01. Mai 1997 eine kapitalbildende Lebensversicherung mit jährlicher Beitragszahlung bei der A-Versicherungs-AG ab. Die Laufzeit sollte 30 Jahre betragen. Im März 2000 kündigte K den Vertrag und erhielt eine Rückvergütung umgerechnet von 2.046,70 € (Rückkaufswert unter Berücksichtigung von Abschlusskosten in Höhe von 1.900,80, Überschussbeteiligung 145,90 €).

K verlangt Erstattung der Abschlusskosten.

Zu Recht?

Dem Vertrag lagen folgende Regelungen zugrunde:

#### **§ 4. Wann können Sie die Versicherung kündigen oder beitragsfrei stellen?**

*(3) Nach Kündigung erhalten Sie einen vertraglich festgelegten Rückkaufswert vermindert um eventuell rückständige Beiträge. Der Rückkaufswert entspricht nicht der Summe der von Ihnen eingezahlten Beiträge, sondern dem nach anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik berechneten Deckungskapital zum Kündigungszeitpunkt, vermindert um einen als angemessen angesehenen Abzug.*

*(4) Eine Übersicht über die Garantiewerte (Rückkaufswerte und beitragsfreie Versicherungssummen) ist im Versicherungsschein abgedruckt. Dort werden Sie auch über die Höhe des Rückkaufswertabzugs informiert.*

*(5) Zusätzlich erhalten Sie bei Kündigung die aus der Überschussbeteiligung vorhandenen Werte (s. Tarifbedingungen).*

#### **§ 15. Wie werden die Abschlusskosten erhoben und ausgeglichen?**

*Die mit dem Abschluss Ihrer Versicherung verbundenen und auf sie entfallenden Kosten, etwa die Kosten für Beratung, Anforderung von Gesundheitsauskünften und Ausstellung des Versicherungsscheins, werden Ihnen nicht gesondert in Rechnung gestellt. Den Teil dieser Kosten, der bei der Berechnung des Deckungskapitals angesetzt wird, verrechnen wir nach einem aufsichtsrechtlich geregelten Verfahren mit Ihren ab Versicherungsbeginn eingehenden Beiträgen, soweit diese nicht für Versicherungsleistungen und Verwaltungskosten vorgesehen sind.*

*(Dieser Klausel ist in einer Fußnote der folgende Hinweis zugeordnet: Ein Deckungskapital müssen wir für jeden Versicherungsvertrag bilden, um zu jedem Zeitpunkt den Versicherungsschutz gewährleisten zu können. Dessen Berechnung wird nach § 65 des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG] und §§ 341e, 341f des Handelsgesetzbuchs [HGB] sowie den dazu erlassenen Rechtsverordnungen geregelt.)*

**Fortsetzung:**

Nachdem der BGH die obigen Klauseln für intransparent erklärt hatte, ersetzte A im Rahmen eines Treuhänderverfahrens sie durch inhaltsgleiche aber transparente Klauseln. Die Ersetzung erfolgte ein Jahr nach der Kündigung des Vertrages durch K. A ist der Ansicht, dass daher eine Erstattung der Abschlusskosten nicht mehr in Betracht komme.

Hat K einen Anspruch auf Erstattung der Abschlusskosten?

### **Rechtsprechungshinweise:**

*BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2005 – 1 BvR 80/95 = NJW 2005, 2376 = VersR 2005, 1127*

*BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2005 – 1 BvR 782/94 = NJW 2005, 2363 = VersR 2005, 1109*

*BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03 = NJW 2005, 3559 = VersR 2005, 1565*

*BGH, Urteil vom 09. Mai 2001 – IV ZR 121/00 = NJW 2001, 2014 = VersR 2001, 541*

### **Lösungshinweise zum 1. Fall:**

A könnte einen Anspruch auf Erstattung der Abschlusskosten in Höhe von 1.900,80 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB haben. Das ist der Fall, wenn eine Verrechnung der Prämien mit den Abschlusskosten nicht erfolgen darf, da dann eine Zahlung ohne rechtlichen Grund vorliegt. Zweifelhaft ist, ob eine Verrechnung der Prämienzahlung mit den Abschlusskosten möglich ist.

#### *I. Verrechnungsmöglichkeit in AVB*

Eine solche Möglichkeit der Verrechnung könnte sich aus den Regelungen in den AVB ergeben. Fraglich ist, ob die AVB, die eindeutig AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB darstellen, insoweit wirksam sind.

#### *1. Kontrollfähigkeit*

Die Regelungen müssten überhaupt kontrollfähig sein nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB. Gegen eine Kontrollfähigkeit spricht, dass eine reine Wiederholung des Gesetzeswortlauts vorliegt. Eine solche Wiederholung könnte der Kontrolle entzogen werden, da die Gerichtsbarkeit nach Art. 20 GG an Gesetz und Recht gebunden ist und nicht selbst dieses kontrolliert – mit einigen Ausnahmen. Diese Bindung des Richters spricht gegen eine Kontrolle. Weiterhin würde eine Kontrolle im Ergebnis leer laufen, da bei einer Unwirksamkeit der Klauseln nach § 306 Abs. 2 BGB wiederum die gesetzlichen Vorschriften maßgeblich wären. Es käme zu einem Zirkelschluss.

Diese Argumente überzeugen nicht, da durch die gesetzlichen Regelungen dem Versicherer ein Spielraum eröffnet wird. Es wird zwar in den Klauseln und in den entsprechenden gesetzlichen Regelungen auf die anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik verwiesen. Diese enthalten aber Spielräume, die durch geschäftspolitische Entscheidungen ausgefüllt werden

können. Dieser Spielraum findet sich auch in der Klausel wieder, indem auf den vertraglich vereinbarten Rückkaufswert hingewiesen wird. Es handelt sich also nicht um eine reine Wiederholung des Gesetzeswortlauts.

Es könnte sich aber um eine der Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbeschreibung handeln. Eine solche liegt vor, wenn die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festgelegt wird. Ausgenommen ist nur der enge Bereich der Leistungsbeschreibungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (st. Rspr.). Die Regelungen im Falle einer Kündigung des Vertrags modifizieren lediglich das Hauptleistungsversprechen. Daher besteht aus diesem Grund keine Einschränkung der Kontrollfähigkeit.

Darüber hinaus unterliegen alle Klauseln der Inhaltskontrolle im Hinblick auf die Transparenz, wie sich aus der Regelung in §§ 307 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 2 BGB ergibt.

### *2. Verstoß gegen § 307 Abs. 2*

Es könnte bereits in dem Verfahren der Verrechnung der Abschlusskosten mit den ersten Beiträgen gegen § 307 Abs. 2 verstoßen. Bei dem Zillmerverfahren werden die ersten Beiträge zur Tilgung von Abschlusskosten herangezogen. Der zu tilgende Betrag ist dabei auf 4 % der während der Laufzeit des Vertrags zu zahlenden Beiträge beschränkt. Die Folge, dass zum Anfang der Rückkaufswert bei Null liegt könnte unangemessen sein (kurze Darstellung bei Präve VersR 2001, 846). Diese Auffassung überzeugt nicht, da das Zillmerungsverfahren vom Gesetzgeber anerkannt ist, zum Beispiel in § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VAG und § 4 DeckRV. Daher liegt allein in dem Verfahren keine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers.

### *3. Transparenzkontrolle*

Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender von AGB gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Der Versicherungsnehmer muss insbesondere die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.

Hierzu BGH, Urteil vom 09. Mai 2001 – IV ZR 121/00 = VersR 2001, 841:

*„Dem Informationsbedürfnis des Versicherungsnehmers kann es genügen, wenn in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen auf andere Unterlagen, die den Bedingungen beigelegt sind, ausdrücklich verwiesen wird. Dies kann der gewünschten Übersichtlichkeit Allgemeiner Versicherungsbedingungen dienen, die bei zunehmendem Umfang eine Orientierung des Versicherungsnehmers erschweren. Eine Verweisung ohne nähere Angaben in den Allgemeinen*

*Versicherungsbedingungen verbietet sich aber dann, wenn sie einen wirtschaftlichen Nachteil des Versicherungsnehmers von erheblichem Gewicht betrifft. So liegt der Fall hier.*

*Mit § 4 IV ALB verweist die Bekl. auf die im Versicherungsschein abgedruckte Tabelle über die Rückkaufswerte und beitragsfreien Versicherungssummen. Zwar erklärt sie in § 4 III ALB, dass der Rückkaufswert nicht der Summe der vom Versicherungsnehmer eingezahlten Beiträge entspricht. Diese Erläuterung führt dem Versicherungsnehmer aber nicht das volle Ausmaß seiner wirtschaftlichen Nachteile bei einer Kündigung oder Beitragsfreistellung vor Augen. Bei einer Kündigung verliert er nicht nur in den ersten zwei Jahren die eingezahlten Beiträge ganz. Auch in den weiteren Jahren beträgt der garantierte Rückkaufswert nach der Tabelle der Bekl. bis zum neunzehnten Jahr der Laufzeit weniger als die bis dahin eingezahlten Prämien. Über solche wirtschaftlichen Folgen muss der Versicherungsnehmer bei Vertragschluss an der Stelle der Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Grundzügen unterrichtet werden, an der die Regelung der Kündigung und Beitragsfreistellung angesprochen ist. Dass an anderer Stelle, zum Beispiel hier in § 15 ALB, dem Versicherungsnehmer weitere Informationen über die Verrechnung von Abschlusskosten gegeben werden, behebt den Mangel an Transparenz in § 4 ALB nicht. Denn zum einen sind §§ 4 und 15 ALB räumlich zu weit voneinander getrennt und zum anderen regeln diese Bestimmungen, wie auch die Revisionserwiderung erkennt, jeweils unterschiedliche Sachverhalte.“*

Im Ergebnis genügt die Regelung nicht dem Transparenzgebot und ist unwirksam nach § 306 Abs. 1 (früher § 6 AGBG).

## *II. Lücke im Vertrag (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03)*

Fraglich ist, ob eine Lücke im Vertrag besteht und mit welchen Mitteln diese zu schließen ist. Eine Lücke liegt vor, wenn nach dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien eine Regelung insoweit erfolgen sollte. Aus der Unwirksamkeit der Regelung über die Abschlusskosten und damit der Leistungspflicht des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer ergibt sich insoweit eine Vertragslücke.

### *1. Vorrang des Verfahrens nach § 172 Abs. 2 VVG*

Es könnte von einem Vorrang des Treuhänderverfahrens nach § 172 Abs. 2 VVG ausgegangen werden. Die Möglichkeit eines solchen Verfahrens würde andere Wege der Lückenschließung verdrängen (vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin, a. a. O., § 172 Rn. 36). Hierfür spricht, dass für die Zeit bis zur Klauselersetzung durch den Versicherer die Möglichkeit und Gefahr einer Mehrzahl von Individualprozessen mit unterschiedlichen Urteilen besteht. Dadurch würde die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Dieser Auffassung steht aber ein praktisches Argument entgegen. Was soll passieren bei einer unwirksamen Vertragsergänzung? Wenn der Versicherer auch in diesem Fall wiederum die Möglichkeit einer erneuten Ergänzung eingeräumt wird, kann es zu unendlichen Verfahren kommen. Dies würde den Anspruch auf Rechtsgewähr nach Art. 19 Abs. 4 GG zumindest verkürzen. Daher ist eine Lückenschließung durch § 172 Abs. 2 VVG nicht vorrangig.

## 2. Ergänzende Vertragsauslegung

Als Mittel zur Lückenfüllung kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Hierbei handelt es sich entweder um die Anwendung der gesetzlichen Regelungen in §§ 157, 133 nach § 306 Abs. 2 oder um eine allgemein anerkannte Methode der Lückenfüllung.

### a) Vorrang des dispositiven Gesetzesrechts

Vor einer ergänzenden Vertragsauslegung ist zu prüfen, ob eine konkrete gesetzliche Ersatzregelung vorhanden ist. In den §§ 159 ff. VVG findet sich keine Regelung zur Verrechnung der Abschlusskosten.

### b) Ersatzloser Wegfall der Regelung

Fraglich ist, ob ein ersatzloser Wegfall der Abschlusskostenverrechnungsklausel geeignet ist, die Vertragslücke zu schließen.

Hierzu BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03, a. a. O.:

*„Ob und wie entstandene Abschlusskosten zu verrechnen sind, ist in den §§ 159ff. VVG im Gegensatz zum Stornoabzug nicht ausdrücklich geregelt. Dem Schweigen des Gesetzes kann aber nicht entnommen werden, wie der Kl. meint (vgl. auch Schünemann, VersR 2005, 323 [326]), dass diese Kosten allein der Versicherer zu tragen hat. Da die Prämien in der Lebensversicherung nicht nur aus betriebswirtschaftlicher Vernunft, sondern aufsichtsrechtlich nach § 11 VAG zwingend so kalkuliert werden müssen, dass das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen und insbesondere eine ausreichende Deckungsrückstellung bilden kann, dürfte auch den vertragsrechtlichen Vorschriften eher die Vorstellung zu Grunde liegen, dass die Abschlusskosten in die Prämienkalkulation einfließen. Es ist auch nicht so, dass Vermittlungsprovisionen stets durch den Versicherer verursacht werden. Das ist zum Beispiel anders, wenn der Versicherungsnehmer sich durch einen Versicherungsmakler beraten lässt, dessen Provision üblicherweise der Versicherer zahlt. Der vollständige Wegfall der Verrechnung der Abschlusskosten mit den Prämien würde die Versicherungsnehmer davon auch im Ergebnis nicht entlasten. Dies würde die Überschüsse, die (pauschal gesagt) den Versicherungsnehmern zu mindestens 90% zufließen, vermindern und damit im Wesentlichen die Versicherungsnehmer treffen, die den Vertrag bis zum Ende oder jedenfalls für längere Zeit beitragspflichtig aufrechterhalten. Begünstigt würden dadurch nur die Versicherungsnehmer, die den Vertrag nach kurzer Laufzeit kündigen oder beitragsfrei stellen. Eine solche Lösung, die sich vorwiegend am Interesse dieser Versicherungsnehmer an der Optimierung der an sie auszukehrenden Leistungen orientiert, widerspräche dem für das Versicherungsrecht typischen Grundgedanken einer Risikogemeinschaft (vgl. BVerfG, NJW 2005, 2376 = VersR 2005, 1127 [1134]) und ist deshalb nicht sachgerecht.“*

### c) Vertragsergänzung nach den Interessen der Beteiligten

Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist das Regelungsmerk des Vertrages „zu Ende zu denken“. Mit den Worten des BGH sind der hypothetische Wille und die Interessen

der typischerweise an kapitalbildenden Lebensversicherungen beteiligten Verkehrskreise in objektiv-generalisierender Betrachtung zu beachten.

Hierzu die Worte des BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03, a. a. O.:

„[55] aa) Die Versicherungsnehmer, die den Vertrag bis zum Ende durchführen, haben ein Interesse daran, die Belastung durch die am Anfang entstehenden Abschlusskosten möglichst gering zu halten. Auf eine möglichst hohe Versicherungsleistung schon in den ersten Jahren kommt es ihnen beim Abschluss des Vertrags nicht an. Deshalb ist für sie die Verrechnung nach dem Zillmerungsverfahren am günstigsten, weil dadurch die Abschlusskosten am schnellsten getilgt und bei längerfristiger Tilgung entstehende höhere Finanzierungskosten erspart werden (vgl. Engeländer, NVersZ 2002, 436 [438, 444]; ders., VersR 1999, 1325; Bergmann, VersR 2004, 549; Heinen, ZVersWiss 2002, 155; Jaeger, VersR 2002, 133 [140]).

[56] bb) Die Interessen der Versicherungsnehmer, die die Beitragszahlung vorzeitig beenden, sind im Gegensatz dazu darauf gerichtet, in diesem Zeitpunkt eine Versicherungsleistung zu erhalten, die möglichst wenig mit Abschlusskosten belastet ist. Nach diesem Zeitpunkt zu verrechnende Abschlusskosten, auch in Gestalt höherer Finanzierungskosten, sind für sie bedeutungslos, weil sie keine Prämien mehr zahlen und, wie ausgeführt, ein Stornoabzug nicht wirksam vereinbart ist. Diesem Anliegen entspräche eine Verteilung der Abschlusskosten auf die gesamte Laufzeit.

[57] cc) Das Interesse der Versicherungsunternehmen geht dahin, die Abschlusskosten so zu verrechnen, dass möglichst wenig Finanzierungsaufwand entsteht und so höhere Überschüsse erzielt werden. Es stimmt insoweit mit dem Interesse der Versicherungsnehmer überein, die den Vertrag bis zum Ende durchführen.

[58] dd) Die Interessen aller Beteiligten sind auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zusammenzuführen. Dabei ist als Besonderheit der Lebensversicherung zu berücksichtigen, dass hier nicht der sonst im Wirtschaftsleben übliche Interessengegensatz der Marktteilnehmer vorliegt. Den Versicherungsunternehmen wird durch die Prämienzahlungen Vermögen anvertraut, das in ihr Eigentum übergeht und über dessen Nutzung sie in eigener unternehmerischer Verantwortung zu entscheiden haben, dessen Erträge aber größtenteils zur Absicherung der wirtschaftlichen Existenz der Versicherten gedacht sind (BVerfG, NJW 2005, 2363 = VersR 2005, 1109 [1118]). Die erzielten Überschüsse stehen zum größten Teil den Versicherungsnehmern zu, die Überschüsse aus Kapitalerträgen zu mindestens 90% (§ 1 I und II Verordnung über die Mindestbeitragsrückerstattung in der Lebensversicherung [ZRQuotenV]). In der Praxis war eine Quote von 97% des Rohüberschusses üblich (BVerfG, NJW 2005, 2363 = VersR 2005, 1109 [1121]). Die Interessen der Versicherungsunternehmen sind mit den Interessen der Gesamtheit der Versicherungsnehmer daher weitgehend gleichgerichtet.

[59] Bei der Bewertung der typischen Interessenlage der Gesamtheit der Versicherungsnehmer kann aber nicht außer Acht gelassen werden, dass ein ganz erheblicher Teil der Verträge vorzeitig beendet wird, wobei nach dem Eindruck verschiedener Veröffentlichungen eine geschätzte Quote von etwa 50% realistisch sein könnte (VW 2004, 1884; VW 2005, 419 [988]; FAZ v. 25. 11. 2004, S. 15). Daraus folgt, dass in etwa jeder zweite Versicherungsnehmer durch die Verrechnung der Abschlusskosten nach dem Zillmerungsverfahren einen - je nach Stornozeitpunkt mehr oder weniger großen - wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Selbst wenn am Anfang beabsichtigt sein mag, den Vertrag nicht vorzeitig zu stornieren, wird diese Absicht etwa von jedem zweiten Versicherungsnehmer aus unterschiedlichen, sich erst später ergebenden und in der Regel nicht vorhergesehenen Gründen nicht verwirklicht. Damit besteht statistisch betrachtet in der Person jedes Versicherungsnehmers bei Abschluss des Vertrags eine ihm unbewusste gespaltene Interessenlage. Bildlich gesprochen kommt es der einen Hälfte des Versicherungsnehmers auf eine möglichst hohe Ablaufleistung an, der anderen auf

*eine möglichst hohe Leistung bei vorzeitiger Beendigung. Da ihm nicht offen gelegt worden ist, dass die Interessen dieser anderen Hälfte im Vertrag so nicht berücksichtigt werden, ist für den rückwirkend nicht mehr behebbaren Transparenzmangel ein angemessener Ausgleich zu schaffen.*

*[60] Dieser besteht darin, dass den bei Vertragsabschluss nicht berücksichtigten Interessen vertragsergänzend durch eine Mindestleistung bei vorzeitiger Beendigung der Beitragszahlung Rechnung getragen wird, die sich vor allem beim Frühstorno auswirkt. Diesen Interessen kommt im Vergleich mit den Interessen derjenigen Versicherungsnehmer, die den Vertrag bis zum Ende durchführen (meist 20 oder 30 Jahre lang bis zum Erreichen des Rentenalters), ein jedenfalls geringeres Gewicht zu. Lebensversicherungen zielen auf die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz und in diesem Rahmen schwerpunktmäßig auf die Alterssicherung (BVerfG, NJW 2005, 2363 = VersR 2005, 1109 [1118]). Eine Begünstigung derjenigen Versicherungsnehmer, die die Beitragszahlung vorzeitig beenden, dadurch, dass ihnen ein Betrag gutgebracht wird, der über den hinausgeht, der bei Verrechnung der geleisteten einmaligen Abschlusskosten nach dem Zillmerungsverfahren verbleibt, muss sich notwendig zugleich auf die Höhe des Überschusses auswirken, der den Versicherungsnehmern zugute kommt, die den Vertrag beitragspflichtig bis zum Ende durchführen. Ähnlich wie bei der Überschussbeteiligung ist es daher nicht sachgerecht, die Höhe der beitragsfreien Versicherungssumme oder des Rückkaufswerts vorrangig oder nur am Interesse der die Beitragszahlung vorzeitig beendenden Versicherungsnehmer an einer Optimierung der an sie zu erbringenden Leistungen auszurichten. Das widerspräche dem für das Versicherungsrecht - und auch für die Lebensversicherung - typischen Gedanken einer Risikogemeinschaft und des Ausgleichs der unterschiedlichen Interessen der Versicherungsnehmer (vgl. BVerfG, NJW 2005, 2376 = VersR 2005, 1127 [1134]).*

*[61] ee) Zur Höhe der Mindestleistung bei Einstellung der Beitragszahlung hat der Senat den Vorschlag der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts übernommen (Abschlussbericht Nr. 1.3.2.1.4 und Begründung zu §§ 158, 161 des Entwurfs). Der Senat hat andere Möglichkeiten für die Festlegung eines Mindestrückkaufswerts erwogen (dazu Claus, VerBAV 1986, 239 [253, 283ff.]) und auch die Verteilung der Abschlusskosten auf einen längeren Zeitraum wie bei der „Riester-Rente“ in seine Überlegungen einbezogen (nach § 1 I 1 Nr. 8 Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz [AltZertG] früher mindestens zehn Jahre, ab 1. 1. 2005 mindestens fünf Jahre; so LG Hildesheim, VersR 2003, 1290; vgl. dazu Wandt, VersR 2001, 1460). Er hält den Vorschlag der Reformkommission jedoch aus mehreren Gründen für vorzugswürdig. Der Vorschlag stammt von einem sachkundigen Gremium, dem Vertreter der Verbraucher, der Versicherungswirtschaft und der Wissenschaft angehörten, beruht auf aktuellen Erkenntnissen und erscheint ohne größere Schwierigkeiten durchführbar. Danach soll der Rückkaufswert abweichend von § 176 III 1 VVG nicht mehr der Zeitwert der Versicherung, sondern das nach anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation zum Schluss der laufenden Versicherungsperiode berechnete Deckungskapital der Versicherung sein, bei einer Kündigung mindestens jedoch die Hälfte des ungezillmerten Deckungskapitals. Entsprechendes soll für die Ermittlung der prämienfreien Versicherungsleistung gelten, für die schon bisher nach § 174 II VVG die Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation maßgebend sind. Dies führt auch nach Ansicht des Senats zu einer klaren und möglichst einfachen Berechnung des Rückkaufswerts nach bewährten versicherungsmathematischen Regeln. Der danach berechnete Mindestrückkaufswert führt allerdings dazu, dass für die Verträge, die davon betroffen sein können, eine erhöhte Deckungsrückstellung zu bilden ist (vgl. Engeländer, VersR 2005, 1031 [1036]; Schroer, Der Verantwortliche Aktuar in der Lebensversicherung, S. 104). Dieser Eingriff in die Rechnungsgrundlagen erscheint hinnehmbar, weil die Verrechnung der einmaligen Abschlusskosten im Wege der Zillmerung als solche bestehen bleiben kann.“*



Im Ergebnis ergibt die ergänzende Vertragsauslegung den Vorschlag der VVG-Kommission, nämlich die Möglichkeit der Verrechnung der Abschlusskosten, wobei der Zahlbetrag bei einer Kündigung mindestens die Hälfte des ungezillmerten Deckungskapitals betragen muss.

[Zur Erklärung:

**Deckungskapital:** Das Deckungskapital bei einer Kapitallebensversicherung ist die Ansammlung der Sparanteile des Lebensversicherungsbeitrags zuzüglich Zinsen. Hieraus wird die vereinbarte Versicherungsleistung erbracht.

**Zillmerung:** Abschlussprovisionen oder Courtagen für Lebensversicherungen werden typischerweise einmalig zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fällig. Das Versicherungsunternehmen muss die Abschlusskosten bevorschussen und auf die gesamte Laufzeit des Versicherungsvertrages verteilen, damit der Versicherte einen gleichmäßigen Beitrag zahlen kann. Ein entsprechendes Verfahren zur Verteilung hat der Mathematiker Zillmer entwickelt. Dabei wird das Deckungskapital der Lebensversicherung um den Barwert der noch ausstehenden Abschlusskosten gemindert, sodass in der Anfangslaufzeit eines Vertrages ein negatives Deckungskapital entsteht. Erst zum Ende des Vertrages erreicht das gezillmerte Deckungskapital die gleiche Höhe wie ein ungezillmertes Deckungskapital. Dadurch ist auch in der ersten Vertragslaufzeit kein Rückkaufswert vorhanden, falls der Versicherte den Vertrag vorzeitig auflösen möchte.]

3. Ergebnis: Die Fallfrage kann nicht beantwortet werden, da die Höhe des Deckungskapitals für den Versicherungsvertrag nicht bekannt ist. K muss insoweit im Rahmen einer Stufenklage auf Auskunft klagen und später auf die entsprechende Leistung.

### **Lösungshinweise zur Fortsetzung:**

Ein Anspruch des K gegen A auf Ersatz der Abschlusskosten ist ausgeschlossen, wenn eine wirksame Regelung über die Verrechnung Vertragsbestandteil ist.

Die ursprüngliche Regelung war intransparent. Fraglich ist, ob durch das Treuhänderverfahren nach § 172 Abs. 2 VVG eine wirksame neue Regelung in den Vertrag eingeführt wurde.

#### *I. Anwendbarkeit von § 172 Abs. 2 VVG*

Zweifelhaft ist, ob § 172 Abs. 2 VVG überhaupt auf die kapitalbildende Lebensversicherung anzuwenden ist. In einer engen Auslegung könnte aus der systematischen Stellung von § 172 Abs. 2 VVG geschlussfolgert werden, dass nur eine Ersetzung im Bereich der Risikolebens- oder BU-versicherung möglich ist. Gegen eine solche Auslegung spricht schon der Wortlaut von § 172 Abs. 2 VVG – „der Lebensversicherung“. Weiterhin zeigt ein Vergleich mit § 178 g Abs. 3 VVG, dass § 172 Abs. 2 VVG weiter auszulegen ist, da sich das Treuhänderverfahren im Rahmen des § 172 Abs. 2 VVG in einem eigenen Absatz befindet. Daher ist eine Anwendung auch im Rahmen der kapitalbildenden Lebensversicherung möglich.

#### *II. Verfassungsmäßigkeit*

Das Klauselersetzungsverfahren nach § 172 Abs. 2 VVG könnte gegen die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen und verfassungswidrig sein (vgl. ausführlich Schönemann, JZ 2002, 134).

Die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit wird eingeschränkt: nämlich die Freiheit des Abschlusses oder des Nichtabschlusses sowie zur Gestaltung privatrechtlicher Verträge (Abschluss- und Gestaltungsfreiheit). Art. 2 Abs. 1 GG schützt in dieser Ausprägung umfassend die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben und gewährleistet das Prinzip einer staatsfreien Regelung der rechtlichen Innenbeziehungen in der Gesellschaft.

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

Hierzu BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03, a. a. O.,

*„[20] § 172 II VVG schränkt die durch Art. 2 I GG gewährleistete Privatautonomie der Versicherungsnehmer ein, weil sie dem Versicherer ein einseitiges Recht zur Vertragsergänzung einräumt. Diese Einschränkung ist sachlich gerechtfertigt, weil von der Unwirksamkeit einer Klausel regelmäßig eine sehr hohe Zahl von Verträgen (laut Bäuerle, S. 19: zwischen 10 und 15 Millionen) betroffen ist. Eine Vertragsergänzung mit Zustimmung aller Versicherungsnehmer ist praktisch nicht durchführbar und würde deshalb die Rechtssicherheit und die nach § 11 II VAG gebotene Gleichbehandlung aller Versicherungsnehmer gefährden (vgl. Präve, in: Prölss, § 11 Rdnr. 9, § 11b Rdnrn. 14, 15; Lorenz, VersR 2002, 410; ders., VersR 2001, 1147; Wandt, VersR 2001, 1451; Römer, VersR 1994, 125). Ohne die Ersetzungsmöglichkeit des § 172 II VVG blieben alle Verträge lückenhaft, bei denen die Versicherungsnehmer der Ergänzung nicht zugestimmt haben. Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn im*

*Individualprozess eines Versicherungsnehmers der BGH die neue Bestimmung billigen würde, weil dies die Zustimmung des Versicherungsnehmers, wenn sie nötig wäre, nicht ersetzen könnte. Beim Vorgehen nach § 172 II VVG werden die Änderungen dagegen durch die Mitteilung nach § 172 III VVG Vertragsinhalt. Sie unterliegen allerdings wie jede andere AGB-Klausel der richterlichen Inhaltskontrolle.*

*[21] Die Rechtsordnung muss dafür sorgen, dass die verfassungsrechtlich geschützten Interessen derjenigen, die von der gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit betroffen sind, hinreichend gewahrt werden (vgl. BVerfG, NJW 2005, 2363 = VersR 2005, 1109 [1117, 1124], und NJW 2005, 2376 = VersR 2005, 1127 [1130]). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist dies dadurch gewährleistet, dass die neuen Klauseln nach inzwischen einhelliger, vom Senat geteilter Ansicht sowohl im Individualprozess als auch im Verbandsprozess nach dem Unterlassungsklagengesetz der uneingeschränkten richterlichen Inhaltskontrolle unterliegen (vgl. zur Prämienanpassung im Treuhänderverfahren bei der Krankenversicherung nach § 178g II VVG BVerfG, NVersZ 2000, 132 = NJW 2000, 2733 L = VersR 2000, 214, und Senat, BGHZ 159, 323 = NJW 2004, 2679). Materiell trägt der Senat dem Schutzbedürfnis der Versicherungsnehmer durch eine die Voraussetzungen und Wirkungen der Vorschrift präzisierende und einschränkende Auslegung Rechnung (dazu nachfolgend unter II und III).“*

### *III. Voraussetzung des § 172 Abs. 2 VVG*

Für die Klauselersetzung im Wege des Treuhänderverfahrens nach § 172 Abs. 2 VVG muss eine Bestimmung in den Versicherungsbedingungen unwirksam sein, zur Fortführung des Vertrages dessen Ergänzung notwendig ist und ein unabhängiger Treuhänder die Voraussetzungen für die Änderung überprüft und deren Angemessenheit bestätigt hat.

#### *1. Unwirksamkeit einer Klausel*

Fraglich ist, wann die Unwirksamkeit einer Klausel vorliegt. Nach einer Ansicht kann der Versicherer in eigener Verantwortung über die Unwirksamkeit der Klausel entscheiden (vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin, a. a. O., § 172 Rn. 23). Hierfür spricht, dass so möglichst rasch Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden wieder hergestellt werden kann.

Der BGH ist der Ansicht, dass nur durch bestandskräftigen Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde oder Kartellbehörde oder eine höchstrichterlich Entscheidung die Unwirksamkeit festgestellt werden kann. Nur solche Entscheidungen schaffen die Rechtsklarheit, die einen Eingriff in den Vertrag rechtfertigen kann. Insbesondere Entscheidungen der Instanzgerichte können sehr unterschiedlich ausfallen und zu einer unklaren Rechtslage führen. Daher können in einer verfassungskonformen Auslegung nur die obigen Entscheidungen die Unwirksamkeit im Sinne von § 172 Abs. 2 VVG begründen. Eine Entscheidung des BGH liegt vor.

#### *2. Notwendigkeit der Ergänzung*

Die Ergänzung ist notwendig zur Fortführung des Vertrages, wenn eine Regelungslücke im Vertrag durch die Unwirksamkeit entsteht. Eine Regelungslücke liegt zumindest dann vor, wenn die Leistungspflichten der Parteien betroffen sind. Das hinsichtlich der Höhe der Zahlung des Versicherers bei Kündigung der Fall.

Hiergegen könnte sprechen, dass die Möglichkeit einer richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung der Notwendigkeit einer Ergänzung im Rahmen des § 172 Abs. 2 VVG entgegensteht. Eine solche Auslegung beließe dem Verfahren nach § 172 Abs. 2 VVG keinen Anwendungsbereich und ist daher abzulehnen.

Weiterhin könnte die Kündigung des Vertrages der Anwendung entgegenstehen. Hierzu BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03, a. a. O.:

*„Ist der Vertrag im Zeitpunkt der Änderungsmitteilung nach § 172 III VVG gekündigt oder beitragsfrei gestellt, steht dies der Vertragsergänzung nach § 172 II VVG nicht entgegen. Die Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel entfaltet Rückwirkung und führt dazu, dass der Vertrag von Anfang an lückenhaft war. Die Ergänzung nach § 172 II VVG i.V. mit § 306 II BGB, § 6 II AGBG durch dispositives Gesetzesrecht oder eine neue wirksame Klausel wirkt ebenfalls auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück (Wandt, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, § 11 Rdnr. 139). Der Vertrag wird deshalb materiell von seinem Beginn bis zur Beendigung durch Zeitablauf oder Kündigung nach diesen Bestimmungen durchgeführt und damit fortgeführt i.S. von § 172 II VVG. Für die bei Beendigung gegebenen Ansprüche ist deshalb die Ersatzregelung maßgebend. Dies ist auch bei der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung nicht anders, wenn eine anfängliche Regelungslücke dadurch geschlossen wird. § 172 III 2 VVG, wonach Änderungen nach Absatz 2 zwei Wochen nach Benachrichtigung des Versicherungsnehmers wirksam werden, steht dem nicht entgegen. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er die mit § 172 II VVG beabsichtigte Schließung von anfänglichen Vertragslücken entgegen § 6 II AGBG nur teilweise für die Zeit nach Zugang der Änderungsmitteilung ermöglichen wollte. Eine solche Beschränkung beträfe nicht nur gekündigte oder beitragsfrei gestellte (Letztere werden auch künftig noch fortgeführt), sondern alle Verträge. Die für die Vergangenheit nicht geschlossene Lücke könnte und müsste dann im Wege der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden (Wandt, VersR 2002, 1364).“*

### *3. Unabhängigkeit des Treuhänders*

Hinweise über die Person des Treuhänders sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Nach BGH ist der Treuhänder unabhängig, wenn bei objektiv-generalisierender, verständiger Würdigung das Vertrauen gerechtfertigt ist, er werde die Interessen der Gesamtheit der Versicherungsnehmer angemessen wahrnehmen.

### *IV. Wirksame Klauselersetzung*

Sehr zweifelhaft ist, ob die Ersetzung mit einer inhaltsgleichen aber transparenten Klausel wirksam war.

Hierzu BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 – IV ZR 162/03, a. a. O.:

„[43] b) Die inhaltsgleiche Ersetzung der unwirksamen Klauseln unterläuft die gesetzliche Sanktion der Unwirksamkeit nach § 9 I AGBG, jetzt § 307 I BGB, und ist schon deshalb mit den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu vereinbaren. Es ist nicht anständig, an die Stelle der unwirksamen, weil den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligenden Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine inhaltsgleiche Bestimmung zu setzen (BGHZ 90, 69 [78] = NJW 1984, 1177). Das nationale Recht stellt damit in Übereinstimmung mit der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im Sinne eines wirkungsvollen Verbraucherschutzes sicher, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind (Hubert Schmidt, in: Bamberger/Roth, § 306 Rdnr. 2; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., Art. 6 der RL 93/13/EWG Rdnr. 4; EuGH, NJW 2003, 275; NJW 2000, 2571).

[44] Dies gilt auch, wenn die Unwirksamkeit auf einem Verstoß gegen das Transparenzgebot beruht. Darin liegen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i.S. von § 9 AGBG, jetzt ausdrücklich § 307 I 2 BGB, und ein Verstoß gegen Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG (vgl. BGHZ 140, 25 [31] = NJW 1999, 635; BGHZ 106, 42 [49] = NJW 1989, 222; Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, Stand: Jan. 2001, A 5 Art. 3 Rdnrn. 54, 58, Art. 4 Rdnr. 39, Art. 5 Rdnrn. 22, 23, 26, Art. 6 Rdnr. 3). Das hat der Senat auch in den Urteilen vom 9. 5. 2001 (BGHZ 147, 373 = NJW 2001, 2012 = NVersZ 2001, 313; BGHZ 147, 354 = NJW 2001, 2014 = NVersZ 2001, 308) mit Blick auf die darin festgestellten Verstöße gegen das Transparenzgebot ausgesprochen. Wenn Allgemeine Versicherungsbedingungen Rechte und Pflichten des Vertragspartners- des Versicherungsnehmers - nicht klar und durchschaubar darstellen, insbesondere die wirtschaftlichen Nachteile nicht so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann, wird er unangemessen benachteiligt. Dass dies gerade dann gilt, wenn durch die Intransparenz ein - wie der Senat ausgeführt hat (BGHZ 147, 354 [364] = NJW 2001, 2014 = NVersZ 2001, 308) - wirtschaftlicher Nachteil des Versicherungsnehmers von erheblichem Gewicht verdeckt wird, versteht sich von selbst. Der Versicherungsnehmer wird durch die fehlende Transparenz gehindert, seine Entschließungsfreiheit bei Eingehung des Vertrags in voller Kenntnis des Inhalts des Vertrags, insbesondere der wirtschaftlichen Nachteile, auszuüben; er wird gehindert, schon die Produktwahl auf der Grundlage der wirklichen, mit dem Versicherungsvertrag bei frühzeitiger Beendigung verbundenen Nachteile zu treffen. Diese Folgen des Transparenzmangels lassen sich nicht rückwirkend damit beseitigen, dass die unwirksame intransparente Klausel durch eine materiell inhaltsgleiche transparente Klausel ersetzt wird (so im Ansatz auch Wandt, VersR 2001, 1455). Soweit Letzterer (ebenso Kirscht, VersR 2003, 1075) dennoch die inhaltsgleiche Ersetzung damit rechtfertigt, die Klauseln seien lediglich wegen formeller Intransparenz für unwirksam erklärt worden, inhaltlich aber angemessen, greift das zu kurz. Der Senat hat die in Rede stehende Verrechnung der einmaligen Abschlusskosten nach dem Verfahren der Zillmerung zwar nicht i.S. von § 9 AGBG, § 307 BGB als materiell unangemessene Benachteiligung der Versicherungsnehmer angesehen, er hat aber betont, sie schaffe bei Kündigung und Beitragsfreistellung einen wirtschaftlichen Nachteil des Versicherungsnehmers von erheblichem Gewicht. Bei der inhaltsgleichen Ersetzung der Klausel hätte dieser Nachteil Bestand, obwohl der Vertrag durch den Transparenzmangel unter Verdeckung dieses Nachteils zu Stande gekommen ist. Der Eingriff in die Entschließungs- und Auswahlfreiheit bliebe unbeseitigt und bestünde - bei Einstellung der Prämienzahlung - in seinen Auswirkungen fort. Das führte im Ergebnis dazu, dass die wegen Intransparenz unwirksame Klausel mit den verdeckten Nachteilen für den Versicherungsnehmer letztlich doch verbindlich bliebe. Ein solches Ergebnis liefe § 9 AGBG, § 307 BGB zuwider und kann deshalb auch nicht Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung sein.

*[45] c) Die Verrechnung der Abschlusskosten im Wege der Zillmerung ist hinsichtlich der Versicherungsnehmer, die den Vertrag bis zum Ende beitragspflichtig führen, zwar unbedenklich. Da die Klauseln aber nicht teilbar sind, ist die Vertragsergänzung insgesamt unwirksam.“*

Die Klauselersetzung war daher unwirksam und es verbleibt bei dem Ergebnis der oben dargestellten ergänzenden Vertragsauslegung.