BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 162/03

Verkündet am:
12. Oktober 2005
Heinekamp
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VVG § 172 Abs. 2; BGB § 306 Abs. 2

1. § 172 Abs. 2 VVG ist auch auf die kapitalbildende Lebensversicherung anwendbar.

2. Zur Auslegung von § 172 Abs. 2 VVG und zu den Anforderungen an eine wirksame Klauselersetzung im Treuhänderverfahren.

3. Die im Treuhänderverfahren durchgeführte Ersetzung der durch die Urteile vom 9. Mai 2001 (BGHZ 147, 354 und 373) wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam erklärten Klauseln in Allgemeinen Bedingungen der Lebensversicherung über die Berechnung der beitragsfreien Versicherungssumme und des Rückkaufswerts, den Stornoabzug und die Verrechnung der Abschlusskosten durch inhaltsgleiche Bestimmungen ist unwirksam. Nach den Maßstäben des § 306 Abs. 2 BGB ergibt sich: Der Stornoabzug entfällt. Die beitragsfreie Versicherungssumme und der Rückkaufswert bei Kündigung dürfen einen Mindestbetrag nicht unterschreiten.

BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03 - LG Hannover
AG Hannover

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Seiffert, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Dr. Franke auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 2005

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 12. Juni 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der vom Bund der Versicherten unterstützte Kläger verlangt von der Beklagten, einem Lebensversicherungsunternehmen, im Wege der Stufenklage Auskunft über den Rückkaufswert einer kapitalbildenden Lebensversicherung ohne Verrechnung mit Abschlusskosten und ohne Stornoabzug sowie Zahlung des sich daraus ergebenden Betrages.

2 Dem zum 1. Mai 1997 mit einer Laufzeit von 30 Jahren abgeschlossenen und vom Kläger zum 1. März 2002 gekündigten Vertrag la-

gen Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) zugrunde, die in § 6 für den Fall der Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung und der Kündigung Bestimmungen über die Berechnung der beitragsfreien Versicherungssumme und des Rückkaufswerts sowie über einen Stornoabzug in beiden Fällen enthielten. Diese Klauseln der Beklagten hat der Senat auf Klage des Bundes der Versicherten durch Urteile vom 9. Mai 2001 (BGHZ 147, 373) ebenso wie eine gleichartige Klausel eines anderen Lebensversicherers (BGHZ 147, 354) wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 9 AGBG für unwirksam erklärt. Die dem Vertrag mit dem Kläger zugrunde liegende Regelung in § 15 AVB der Beklagten über die Erhebung und Ausgleichung der Abschlusskosten ist im Verbandsklageverfahren durch rechtskräftig gewordenes Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart (VersR 1999, 832) ebenso wie eine gleichartige Klausel eines anderen Versicherers durch Urteil des Senats vom 9. Mai 2001 (BGHZ 147, 354) wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam erklärt worden. Der Senat hat die im Transparenzmangel liegende unangemessene Benachteiligung der Versicherungsnehmer durch beide Klauseln darin gesehen, dass dem Versicherungsnehmer die mit der Beitragsfreistellung und der Kündigung insbesondere in den ersten Jahren verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Nachteile nicht deutlich gemacht werden. Sie liegen darin, dass wegen der zunächst vollen Verrechnung der Sparanteile der Prämien mit den im Wesentlichen aus der Vermittlungsprovision bestehenden einmaligen Abschlusskosten bis zum Höchstzillmersatz (so genannte Zillmerung, § 25 Abs. 1 Satz 2 RechVersV, § 4 DeckRV) in den ersten Jahren keine oder allenfalls geringe Beträge zur Bildung einer beitragsfreien Versicherungssumme oder eines Rückkaufswertes vorhanden sind.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Die Beklagte hat daraufhin im Wege des Treuhänderverfahrens nach § 172 Abs. 2 VVG die für unwirksam erklärten Klauseln durch inhaltsgleiche, ihrer Meinung nach nunmehr transparent formulierte Bestimmungen ersetzt und die Versicherungsnehmer davon benachrichtigt. Den Zugang der das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart betreffenden Änderungsmitteilung vom Juli 2000 bestreitet der Kläger. Den durch das Senatsurteil vom 9. Mai 2001 und ein Rundschreiben der Aufsichtsbehörde vom 10. Oktober 2001 veranlassten Bedingungsänderungen hat der Kläger mit Schreiben vom 30. Januar 2002 widersprochen. Er hat den Vertrag zum 1. März 2002 gekündigt und die Auszahlung des Rückkaufswertes verlangt. Er hält die Klauselersetzung für unwirksam. Nach seiner Ansicht ist § 172 Abs. 2 VVG nur auf Risikoversicherungen gemäß § 172 Abs. 1 VVG, nicht aber auf die kapitalbildende Lebensversicherung anwendbar, jedenfalls nicht auf gekündigte Verträge. Keinesfalls sei es zulässig, eine wegen Intransparenz für unwirksam erklärte Klausel durch eine inhaltsgleiche zu ersetzen.

4 Die Beklagte hat die Rückvergütung aus der Lebensversicherung einschließlich der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung mit 2.046,70 € errechnet (Rückkaufswert unter Berücksichtigung von Abschlusskosten und Stornoabzug 1.900,80 €, Überschussbeteiligung 145,90 €) und nach Abzug von 46,78 € Kapitalertragsteuer an den Kläger 1.999,92 € ausgezahlt.

5 Das Amtsgericht hat die Beklagte durch Teilurteil vom 12. November 2002 (VersR 2003, 314) verurteilt, dem Kläger in belegter und prüfbarer Form Auskunft darüber zu erteilen, mit welchen Abschlusskosten und mit welchem Abzug sie den Zeitwert (§ 176 Abs. 3 VVG) des Vertra-

ges belastet habe und wie hoch der Auszahlungsbetrag ohne diese Belastungen zum 1. März 2002 gewesen wäre. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2002 hat die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Auskunft erteilt unter anderem über die Höhe der Abschlusskosten und des Stornoabzugs. Der Kläger hält die Auskunft für unzureichend und hat einen Beschluss des Amtsgerichts vom 25./30. April 2003 gemäß § 888 ZPO erwirkt. Durch Urteil vom 12. Juni 2003 hat das Landgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (VersR 2003, 1289). Mit ihrer Revision erstrebt sie die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

7 A. Das Berufungsgericht hält die Beklagte für verpflichtet, dem Kläger Auskunft zu erteilen über die Höhe des Rückkaufswertes ohne Berücksichtigung der angefallenen Abschlusskosten und ohne Stornoabzug. Die unwirksamen Klauseln seien nicht nach § 172 Abs. 2 VVG durch wirksame Klauseln ersetzt worden. Unabhängig von der Frage, ob dieses Treuhänderverfahren nicht nur die Risikolebensversicherung, sondern auch die kapitalbildende Lebensversicherung betreffe, scheitere die Anwendung des § 172 Abs. 2 VVG schon daran, dass das Vertragsverhältnis durch Kündigung beendet und die Klauselersetzung demgemäß nicht für die Fortsetzung des Vertrages erforderlich sei. Davon abgesehen könnten Klauseln, die wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam erklärt worden seien, grundsätzlich nicht nach § 172 Abs. 2

VVG ersetzt werden. Die entstandenen Vertragslücken könnten auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch inhaltsgleiche Regelungen geschlossen werden. Es entspreche nicht den Interessen des Versicherungsnehmers, wenn ihn erheblich belastende, für unwirksam erklärte Bestimmungen rückwirkend in transparenter Form als vereinbart gelten sollten, zumal auch andere Regelungen über die Verrechnung von Abschlusskosten denkbar seien.

8 B. Die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Anwendung des § 172 Abs. 2 VVG und seine daraus abgeleiteten Folgen für den Auskunftsanspruch des Klägers halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 I. § 172 Abs. 2 VVG ist auf die kapitalbildende Lebensversicherung anwendbar und nicht nur auf die Risikoversicherungen im Sinne von § 172 Abs. 1 VVG.

10 1. § 172 Abs. 1 VVG betrifft nur Versicherungen, bei denen der Eintritt der Leistungspflicht des Versicherers ungewiss ist. Das sind reine Risikoversicherungen, etwa die Todesfallversicherung mit fester Laufzeit, die Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung, die Unfallzusatzversicherung, die Dread-Disease-Versicherung (Versicherungsfall ist eine schwere Erkrankung) und die Pflegeversicherung (vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin, VVG 27. Aufl. § 172 Rdn. 6, wobei es offenbar versehentlich "gewiß" heißt, richtig 26. Aufl. Rdn. 3 "ungewiß"; BK/Schwintowski, § 172 VVG Rdn. 8). Bei der gemischten, kapitalbildenden Lebensversicherung (Kapitalversicherung, Rentenversicherung, fondsgebundene Lebensver-

sicherung) ist der Eintritt der Leistungspflicht des Versicherers dem Grunde nach gewiss. Entweder ist die Todesfallleistung zu zahlen oder die Ablaufleistung oder Rente. Zweifel an der Gewissheit bestehen allenfalls dann, wenn die für den Todesfall vereinbarte Leistung höher ist als die für den Erlebensfall (vgl. dazu Engeländer, VersR 2000, 274, 278).

11 2. Ob § 172 Abs. 2 VVG auch die kapitalbildende Lebensversicherung erfasst, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

12 a) Der Bund der Versicherten und der Kläger meinen, § 172 Abs. 2 VVG gelte nur für die Risikoversicherungen des Abs. 1 und bei kapitalbildenden Lebensversicherungen jedenfalls nicht für den "Kapitalteil". Diese enge Auslegung wird in der Literatur vertreten von Schünemann (VersR 2005, 323; VersR 2004, 817; VersR 2002, 393; NVersZ 2002, 145; JZ 2002, 460, 462, Entscheidungsanmerkung; JZ 2002, 134; VuR 2002, 100, 103, Entscheidungsanmerkung; VuR 2002, 85), Bäuerle/ Schünemann (Ersetzung unwirksamer Klauseln in der kapitalbildenden Lebensversicherung aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht, Gutachten für den BdV), Römer (Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 172 Rdn. 13 ff.) und Buchholz-Schuster (NVersZ 2000, 207 unter Bezugnahme auf Römer), in diese Richtung tendierend wohl auch Dörner (LM Nr. 47 zu § 8 AGBG, Entscheidungsanmerkung zu den Senatsurteilen vom 9. Mai 2001).

13 b) Überwiegend wird in der Literatur die von den Lebensversicherungsunternehmen bevorzugte Ansicht vertreten, § 172 Abs. 2 VVG erfasse alle Lebensversicherungen (Schwintowski, aaO § 172 VVG Rdn. 23; Kollhosser, aaO § 172 Rdn. 17 ff. und VersR 2003, 807 ff.;

Wandt in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch § 11 mit umfassender Darstellung der gesamten Problematik, zu § 172 VVG Rdn. 18-24, 43-49, 117-144; ders. VersR 2001, 1449; 2002, 1362 f., Entscheidungsanmerkung; ders. Ersetzung unwirksamer AVB der Lebensversicherung im Treuhänderverfahren gemäß § 172 VVG, Gutachten für den Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft - GDV -; ders. Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen Rdn. 286-288, 293-305; Höra/Müller-Stein in Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht § 24 Rdn. 205-208; Präve in Prölss, VAG 12. Aufl. § 11b Rdn. 14, 15; ders. VersR 2001, 839, 841, 846, 848, Anm. zu den Senatsentscheidungen vom 9. Mai 2001; ders. VersR 2000, 1138 f.; ders. Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz Rdn. 475; Armbrüster, EWiR § 3 UWG 2/02, 1109; Lorenz, VersR 2002, 410, auch zum verfassungsrechtlichen Aspekt; ders. VersR 2001, 1146, Anm. zum Urteil des OLG Stuttgart S. 1141; Fricke, NVersZ 2000, 310; Baroch Castellvi, NVersZ 2001, 529, 534; Reiff, ZIP 2001, 1058, 1060 f., Anm. zu einem der Senatsurteile vom 9. Mai 2001, S. 1052; Jaeger, VersR 1999, 26, 29 f.; Langheid/Grote, NVersZ 2002, 49; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, 2211, 2222; Kirscht, VersR 2003, 1072).

14 c) In der Rechtsprechung der mit zahlreichen Verfahren befassten Instanzgerichte werden ebenfalls unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die Oberlandesgerichte folgen, soweit ersichtlich, im Wesentlichen der in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht (Stuttgart VersR 2001, 1141 m. Anm. Lorenz; München VersR 2003, 1024; Braunschweig VersR 2003, 1520; Celle VersR 2005, 535; Nürnberg, Urteil vom 11. Juli 2005 - 8 U 3187/04; anders für bei Wirksamwerden der Änderung gekündigte Verträge Düsseldorf, Urteil vom 13. Mai 2005 - I-4 U 146/04).

15 3. Für das vom Senat gefundene Auslegungsergebnis sind folgende Erwägungen maßgebend:

16 a) Schon der Wortlaut "der Lebensversicherung" spricht dafür, dass § 172 Abs. 2 VVG alle Lebensversicherungen meint. Wenn das Gesetz von der Lebensversicherung ohne nähere Erläuterung spricht, sind auch sonst alle Lebensversicherungsarten gemeint. Soll eine Regelung nur bestimmte Arten der Lebensversicherung betreffen, wird diese Art der Lebensversicherung ausdrücklich benannt, so z.B. in §§ 165 Abs. 2, 166 Abs. 1 Satz 1, 167 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, 176 Abs. 1 Satz 1 VVG (Kapitalversicherung). In § 172 Abs. 1 VVG werden ebenfalls nur bestimmte Versicherungen bezeichnet, nämlich die mit ungewisser Leistungspflicht des Versicherers. Um zum Ausdruck zu bringen, dass in Abs. 2 nur diese Versicherungen gemeint sind, wäre die gleiche Formulierung zu erwarten wie in § 176 Abs. 2 VVG, nämlich "bei einer Versicherung der in Abs. 1 bezeichneten Art". Demgegenüber lässt sich der Formulierung "der Lebensversicherung" eine solche Beschränkung nicht entnehmen.

17 b) Der Vergleich mit § 178g Abs. 3 VVG spricht ebenfalls dafür, dass § 172 Abs. 2 VVG nicht nur auf die Versicherungen der in Abs. 1 bezeichneten Art anwendbar ist. Beide Bestimmungen geben dem Versicherer das Recht, im Treuhänderverfahren neue Versicherungsbedingungen einzuführen. § 178g Abs. 3 Satz 1 VVG enthält das Recht, die Versicherungsbedingungen und die Tarifbestimmungen bei einer nachhaltigen Veränderung der Verhältnisse des Gesundheitswesens zu ändern, hat also die dauernde Erfüllbarkeit der Verträge im Blick ebenso

wie das Recht zur Prämienanpassung nach Abs. 2 dieser Vorschrift. Die Befugnis in Abs. 3 Satz 2, unwirksame Bedingungen im Treuhänderverfahren zu ersetzen, war im Regierungsentwurf noch nicht enthalten (BT-Drucks. 12/6959 S. 37). Sie ist gemeinsam mit § 172 Abs. 2 VVG erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden. In § 178g Abs. 3 Satz 2 VVG betrifft die Ersetzungsbefugnis eindeutig nur die in Satz 1 genannten Versicherungsverhältnisse. Dieser Zusammenhang wird einmal dadurch hergestellt, dass die Regelung als Satz 2 in denselben Absatz eingefügt wurde. Zum anderen ergibt sich der enge Zusammenhang ersichtlich auch daraus, dass es in Satz 2 nur heißt "Ist in den Versicherungsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, ...". Bei der Lebensversicherung ist der Gesetzgeber anders vorgegangen. Im Regierungsentwurf hatte § 172 VVG nur einen Absatz (BT-Drucks. 12/6959 S. 35). Hätte die Ersetzungsbefugnis nur für die Risikoversicherungen gelten sollen, hätte es nahe gelegen, sie wie bei § 178g Abs. 3 VVG durch Anfügen des vergleichbaren Satzes "Ist in den Versicherungsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, ..." zu regeln. Stattdessen ist die Ersetzungsbefugnis aber in einem eigenen Absatz untergebracht und außerdem hinzugefügt worden "der Lebensversicherung". Das spricht gegen die Ansicht von Römer (aaO § 172 Rdn. 14), § 172 Abs. 2 VVG könne nicht aus dem Zusammenhang mit Abs. 1 gelöst werden. Der Gesetzgeber hat diesen Zusammenhang gelöst, wie der Vergleich mit § 178g Abs. 3 VVG zeigt.

18 c) Die Entstehungsgeschichte ergibt kein klares Bild. Sie spricht aber nicht gegen, sondern eher für einen weiten Anwendungsbereich von § 172 Abs. 2 VVG. Erwähnt wird dieses Problem in den Gesetzesmaterialien nicht. Wie zuvor unter b) ausgeführt, enthielt der Regierungsent-

wurf keine Befugnis der Versicherer, unwirksame Bedingungen in der Lebens- oder Krankenversicherung zu ersetzen. In der Lebensversicherung ging es im Entwurf nur um die Anpassung von Prämien und der Überschussbeteiligung bei den Versicherungen, die jetzt in Abs. 1 genannt sind. Nur bei solchen Versicherungen, nicht aber bei der kapitalbildenden Lebensversicherung ("Sparprodukte"), haben der Gesetzgeber und der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) in der Stellungnahme zum Referentenentwurf vom September 1993 einen Bedarf für eine Prämienanpassungsregelung gesehen. Der GDV hat aber in der Stellungnahme vom September 1993 ebenso wie bei seinen Änderungsvorschlägen vom März 1994 weitergehend gefordert, dass die Lebensversicherer auch das Recht erhalten sollen, nachträglich einzelne Bestimmungen in den Versicherungsbedingungen zu ändern. Dabei ging er ebenso wie der Regierungsentwurf davon aus, dass diese Möglichkeit der Vereinbarung bedarf, also einer vertraglichen Änderungsklausel. Die Vorstellung des GDV ging dahin, dass der Inhalt der Bedingungsänderungsklausel gewissermaßen in das Gesetz aufgenommen wird. Er wollte also eine so geartete, wie es in seiner Stellungnahme vom März 1994 formuliert ist, gesetzliche Bedingungsänderungsmöglichkeit. Diese Vorstellung hat der Gesetzgeber auch umgesetzt, allerdings ohne den Umweg über eine vertragliche Änderungsklausel. (So hat der Senat dies auch in der Entscheidung zur Prämienanpassung in der Krankenversicherung gesehen, Urteil vom 16. Juni 2004 - IV ZR 117/02 - BGHZ 159, 323). Nach dem Willen des Gesetzgebers tragen die §§ 172 Abs. 2, 178g Abs. 3 Satz 2 VVG der geltend gemachten Forderung Rechnung nach einer gesetzlichen Anpassungsmöglichkeit für Lebensversicherungsverträge und Krankenversicherungsverträge, die in der Regel für den Versicherer unkündbar sind und bei denen sich unabweisbarer Anpassungsbedarf

ergibt, wenn etwa durch Rechtsprechung eine leistungsbeschreibende AVB-Klausel für unwirksam erklärt worden ist, weil insoweit zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nicht auf die gesetzliche Regelung verwiesen werden kann (BT-Drucks. 12/7595 S. 112, s.a. S. 103, 105). Dieses Verständnis wird gestützt durch die Anmerkungen von Renger (VersR 1994, 753, 755) zu den Änderungen im Gesetzgebungsverfahren. Danach sei die von der Versicherungswirtschaft erhobene Forderung nach Aufnahme einer generellen gesetzlichen Anpassungsklausel für bestehende Versicherungsverhältnisse bei veränderten Umständen durch §§ 172 Abs. 2 und 178g Abs. 3 Satz 2 VVG in eng umschriebener Weise aufgegriffen worden. In der Literatur habe eine gesetzliche Anpassungsregelung jedenfalls für den Fall Zustimmung gefunden, dass durch höchstrichterliche Rechtsprechung Regelungen in AVB für unwirksam erklärt werden.

19 4. Die Anwendung von § 172 Abs. 2 VVG auf alle Arten der Lebensversicherung ist nicht verfassungswidrig. Die allerdings nicht sehr präzise gefasste Vorschrift ermöglicht eine Auslegung, die die vom Kläger unter Hinweis auf Bäuerle und Schünemann (Ersetzung unwirksamer Klauseln in der kapitalbildenden Lebensversicherung aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht; Schünemann, JZ 2002, 134; ders. VersR 2002, 393) erhobenen, im Ansatz teilweise beachtlichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausräumt.

20 § 172 Abs. 2 VVG schränkt die durch Art. 2 Abs. 1 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, aaO 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 Abs. 2 VAG gebotene Gleichbehandlung aller Versicherungsnehmer gefährden (vgl. Präve in Prölss, VAG 12. Aufl. § 11 Rdn. 9, § 11b Rdn. 14, 15; Lorenz, VersR 2002, 410 ff.; ders. VersR 2001, 1147; Wandt, VersR 2001, 1451; Römer, VersR 1994, 125). Ohne die Ersetzungsmöglichkeit des § 172 Abs. 2 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 Bundesgerichtshof die neue Bestimmung billigen würde, weil dies die Zustimmung des Versicherungsnehmers, wenn sie nötig wäre, nicht ersetzen könnte. Beim Vorgehen nach § 172 Abs. 2 VVG werden die Änderungen dagegen durch die Mitteilung nach § 172 Abs. 3 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, Urteile vom 26. Juli 2005, VersR 2005, 1109, 1117 f. 1124 und VersR 2005, 1127, 1130 f.). 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 Abs. 2 VVG BVerfG VersR 2000, 214 und Senatsurteil vom 16. Juni 2004, BGHZ 159, 323). 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.).

22 Soweit Bäuerle und Schünemann (aaO) verfassungsrechtliche Bedenken auf die umstrittene Geschäftsbesorgungstheorie der Versicherung stützen und daraus folgend den "Kapitalteil" der Lebensversicherung vom "Risikoteil" abspalten, ihn wie andere Kapitalanlagen behandeln und den dafür geltenden Vorschriften unterwerfen wollen, ist darauf nicht näher einzugehen. Dieses Verständnis entspricht nicht dem Gesetz. Die Konzeption des Gesetzes ist die eines einheitlichen Lebensversicherungsvertrages, für den insgesamt das Versicherungsvertragsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz und die besonderen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Rechnungslegung für Versicherungsunternehmen (§§ 341 ff. HGB) und nicht etwa stattdessen teilweise die Vorschriften des Kapitalanlagerechts gelten. Das gesetzliche Modell der kapitalbildenden Lebensversicherung ist durch die Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2005 bestätigt worden.

23 II. Voraussetzung für die rechtmäßige Durchführung des Treuhänderverfahrens nach § 172 Abs. 2 i.V. mit Abs. 1 VVG ist, dass eine Bestimmung in den Versicherungsbedingungen unwirksam ist, zur Fortführung des Vertrages dessen Ergänzung notwendig ist und ein unabhängiger Treuhänder die Voraussetzungen für die Änderung überprüft und deren Angemessenheit bestätigt hat.

24 1. a) Die Unwirksamkeit einer Klausel kann nur durch einen bestandskräftigen Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde oder der Kartellbehörde oder eine höchstrichterliche Entscheidung festgestellt werden (so wohl auch Römer, VersR 1994, 125, 127). Nur solche Entscheidungen schaffen abschließend Rechtsklarheit. Ihnen lassen sich regelmäßig auch die Maßstäbe dafür entnehmen, ob und mit welchem Inhalt eine Ergänzung in Betracht kommt. Rechtskräftige Urteile der Instanzgerichte gewährleisten dies nicht. Wie insbesondere die zahlreichen Verfahren zu § 172 Abs. 2 VVG zeigen, können Entscheidungen der Instanzgerichte im Ergebnis und in der Begründung sehr unterschiedlich ausfallen. Das führt zwar dazu, dass bei schwierigen und komplexen Problemen viele relevante Gesichtspunkte aufgezeigt werden und die wissenschaftliche Diskussion angeregt wird. Für den Versicherer, der unterlegen ist, und andere Versicherer, die gleichartige Klauseln verwenden, bleibt die Rechtslage aber zunächst unklar, insbesondere bei im Ergebnis unterschiedlichen rechtskräftigen Instanzurteilen. So könnte sich ein Treuhänderverfahren als unnötig erweisen, wenn der Bundesgerichtshof in einem anderen Verfahren die beanstandete Klausel für wirksam hält (so im Fall der Beklagten das Treuhänderverfahren zur Ersetzung der vom OLG Stuttgart - VersR 1999, 832, 835 f. - für unwirksam erklärten Bestimmungen zur Überschussbeteiligung in § 17 AVB, die in vergleichbarer Form Gegenstand des Senatsurteils vom 9. Mai 2001 gegen einen anderen Versicherer waren und vom Senat für wirksam gehalten wurden, BGHZ 147, 354, 356, 367 ff.). Andererseits hätten die direkt oder mittelbar von sich widersprechenden Instanzentscheidungen betroffenen Versicherer die Wahl, ob sie die Klausel ersetzen oder nicht. Eine abschließende Klärung der Wirksamkeit kann deshalb nur durch das Revisions-

gericht erfolgen. Einem Versicherer ist auch zuzumuten, das ihm ungünstige Urteil eines Instanzgerichts mit Rechtsmitteln anzugreifen, wenn es um die Wirksamkeit einer Klausel in seinen Versicherungsbedingungen geht und er von der Ersetzungsmöglichkeit Gebrauch machen will.

25 Die wohl nur von Kollhosser (in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 172 Rdn. 23) vertretene Ansicht, der Versicherer könne in eigener Verantwortung über die Unwirksamkeit entscheiden, ist abzulehnen (so auch Wandt in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch § 11 Rdn. 127; vgl. auch BGHZ 141, 153, 157). Dies würde die Vertragsfreiheit des Versicherungsnehmers in nicht hinnehmbarer Weise einschränken. Damit würde dem Versicherer ein Mittel in die Hand gegeben, mit dem er beliebig in die Vertragsparität eingreifen könnte, indem er ihm nicht genehme Klauseln für unwirksam erklärt und den Vertrag mit Hilfe des Treuhänders einseitig zu seinem Vorteil ändert (so Langheid/Grote, NVersZ 2002, 49 f.).

26 Die Feststellung der Unwirksamkeit eröffnet nicht nur dem Versicherer das Verfahren nach § 172 Abs. 2 VVG, gegen den die Entscheidung ergangen ist, sondern allen Versicherern, die gleichartige, aus denselben Gründen als unwirksam anzusehende Klauseln verwenden (Präve, aaO § 11b Rdn. 18; Wandt, VersR 2001, 1453; Langheid/Grote, aaO S. 51).

27 b) Die Unwirksamkeit der Bestimmungen über Beitragsfreistellung, Kündigung und Rückkaufswert in § 6 AVB der Beklagten, die durch das Treuhänderverfahren von Ende 2001/Anfang 2002 ersetzt werden soll-

ten, ergibt sich aus dem Senatsurteil vom 9. Mai 2001 (BGHZ 147, 373). Dem am 1. Juli 2000 abgeschlossenen Treuhänderverfahren zur Ersetzung der Klausel über die Abschlusskostenverrechnung in § 15 AVB lag dagegen noch kein Urteil des Senats, sondern nur das rechtskräftige Urteil des OLG Stuttgart (VersR 1999, 832, 834 f.) zugrunde. Allerdings hat der Senat im Verfahren gegen einen anderen Versicherer eine vergleichbare Klausel am 9. Mai 2001 ebenfalls für intransparent erklärt (BGHZ 147, 354, 365 ff.). Ob dadurch, insbesondere im Hinblick auf die damalige unklare Rechtslage, die zunächst fehlende Voraussetzung der Unwirksamkeit im Sinne der jetzt vom Senat aufgestellten Kriterien nachträglich als gegeben angesehen werden kann, braucht nicht entschieden zu werden. Die Klauselersetzung ist jedenfalls aus anderen Gründen insgesamt nicht wirksam (dazu unten B. III.).

28 2. a) aa) Notwendig ist die Ergänzung zur Fortführung des Vertrages, wenn durch die Unwirksamkeit der Bestimmung eine Regelungslücke im Vertrag entsteht (vgl. Lorenz, VersR 2001, 1147). Das wird im Allgemeinen anzunehmen sein, wenn die Unwirksamkeit - wie erforderlich - durch eine höchstrichterliche Entscheidung oder einen bestandskräftigen Verwaltungsakt festgestellt wird. Es gilt jedenfalls dann, wenn dadurch die Leistungspflichten und Ansprüche der Parteien betroffen sind. In einem solchen Fall ist die Ergänzung unverzichtbar. Ob die Unwirksamkeit auf einer inhaltlich unangemessenen Benachteiligung des Kunden oder einem Transparenzmangel beruht, ändert nichts am Vorhandensein der dadurch entstandenen Vertragslücke.

29 Ist die Lücke nach dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien zu schließen, ist der Vertrag zu ergänzen. Nach welchen Maßstäben und

mit welchem Inhalt die Ergänzung zu erfolgen hat, sagt § 172 Abs. 2 VVG nicht. Das ergibt sich vielmehr aus den allgemeinen, den Fall der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel regelnden Vorschriften, nämlich § 306 Abs. 2 BGB, früher § 6 Abs. 2 AGBG (Lorenz, VersR 2001, 1147 f. und VersR 2002, 411 f.). Danach bestimmt sich, wie die Ergänzung vorzunehmen ist, ob durch dispositives Gesetzesrecht im Sinne einer konkreten materiell-rechtlichen Regelung, nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung oder durch ersatzlosen Wegfall der Klausel. Die Streitfrage, ob es sich bei den Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB, in denen die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grundlage hat, um "gesetzliche Vorschriften" im Sinne von § 306 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 2 AGBG handelt (so BGHZ 90, 69, 75) oder um eine - allgemein anerkannte - Methode der Lückenfüllung (so Harry Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 9. Aufl. § 6 Rdn. 26, 34 ff.), ist im Ergebnis ohne Relevanz (Wandt, VersR 2001, 1450 Fn. 14). Unter dem Begriff der Ergänzung im Sinne von § 172 Abs. 2 VVG sind deshalb alle nach § 306 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 2 AGBG in Betracht kommenden Möglichkeiten der Lückenfüllung zu verstehen. Ob der ersatzlose Wegfall, gesetzliche Vorschriften oder nur eine neue Klausel eine sachgerechte Ersatzlösung darstellen, gehört daher nicht schon zu den Voraussetzungen für die Durchführung des Treuhänderverfahrens. Das ist vielmehr erst zu prüfen, wenn es darum geht, ob die vom Versicherer mit Zustimmung des Treuhänders vorgenommene Ergänzung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Wenn sich dabei ergibt, dass der Vertrag durch eine gesetzliche Regelung sachgerecht ergänzt werden kann, ist die Ergänzung durch eine neue (davon abweichende) Klausel nicht wirksam. Würde man die nicht immer einfach und klar zu beantwortende Frage, ob dispositives Gesetzesrecht eine sachgerechte Ersatzlösung bietet (vgl. dazu Staudin-

ger/Schlosser, AGB-Gesetz 13. Bearb. 1998 § 6 Rdn. 10, 12; MünchKomm-BGB/Basedow, 4. Aufl. § 306 Rdn. 23, 26; Harry Schmidt, aaO § 6 Rdn. 29), schon zu den Voraussetzungen des Treuhänderverfahrens rechnen, hinge dessen Zulässigkeit letztlich von der rechtlichen Wirksamkeit seines Ergebnisses ab. Gleiches gilt für die Frage, ob die Ergänzung deshalb zu unterbleiben hat, weil der Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB, § 6 Abs. 3 AGBG insgesamt nichtig ist.

30 Die Trennung zwischen den Voraussetzungen der Vertragsergänzung im Treuhänderverfahren und der Wirksamkeit der Ergänzung bringt für die Versicherungsnehmer keine Nachteile mit sich. Ist der Versicherer oder der Treuhänder der Ansicht, die unwirksame Klausel sei ersatzlos zu streichen oder durch eine gesetzliche Bestimmung zu ersetzen, kann es aufgrund des Transparenzgebots erforderlich sein, den Versicherungsnehmer darüber zu informieren (vgl. Lorenz, VersR 2002, 411; Wandt, VersR 2001, 1452 und Versicherungsrechts-Handbuch § 11 Rdn. 132). Kennt der Versicherungsnehmer die Unwirksamkeit der Klausel nicht, besteht die Gefahr, dass er die ihm dadurch genommenen Rechte im Vertrauen auf die Wirksamkeit nicht wahrnimmt.

31 bb) Der Auffassung, schon die Möglichkeit einer richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung stehe der Ergänzung nach § 172 Abs. 2 VVG entgegen, ist nicht zu folgen. Sie negiert den Willen des Gesetzgebers und würde dazu führen, dass die Vorschrift leer läuft (Lorenz, VersR 2002, 410; Wandt, VersR 2001, 1451).

32 cc) Ist der Vertrag im Zeitpunkt der Änderungsmitteilung nach § 172 Abs. 3 VVG gekündigt oder beitragsfrei gestellt, steht dies der Ver-

tragsergänzung nach § 172 Abs. 2 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 Abs. 2 VVG i.V. mit § 306 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 2 AGBG durch dispositives Gesetzesrecht oder eine neue wirksame Klausel wirkt ebenfalls auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück (Wandt, Versicherungsrechts-Handbuch § 11 Rdn. 139). Der Vertrag wird deshalb materiell von seinem Beginn bis zur Beendigung durch Zeitablauf oder Kündigung nach diesen Bestimmungen durchgeführt und damit fortgeführt im Sinne von § 172 Abs. 2 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 Abs. 3 Satz 2 VVG, wonach Änderungen nach Abs. 2 zwei Wochen nach Benachrichtigung des Versicherungsnehmers wirksam werden, steht dem nicht entgegen. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er die mit § 172 Abs. 2 VVG beabsichtigte Schließung von anfänglichen Vertragslücken entgegen § 6 Abs. 2 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).

33 b) Die unwirksamen Klauseln in den früheren §§ 6, 15 AVB der Beklagten betreffen ihre Leistungspflicht gegenüber den Versicherungsnehmern und damit verbunden auch die Rechnungslegung. Es ist not-

wendig, die entstandene Vertragslücke im Verfahren nach § 172 Abs. 2 VVG zu schließen.

34 3. Zur Frage, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit des Treuhänders zu stellen sind, sind nähere Ausführungen nicht erforderlich, weil der Kläger insoweit keine konkreten, auf die Person des Treuhänders bezogenen Bedenken erhoben hat. Der Senat weist vorsorglich jedoch auf Folgendes hin:

35 Der Treuhänder in der Lebens- und Krankenversicherung ist Vertreter der Interessen der Gesamtheit der Versicherungsnehmer (Renger, VersR 1994, 1257 ff.; ders. VersR 1995, 866, 874; Schwintowski, aaO § 172 Rdn. 4; Präve, aaO § 11b Rdn. 5, 37 ff. m.w.N.; Buchholz, VersR 2005, 866 ff.). Seine Einschaltung soll einen Ausgleich dafür schaffen, dass das Gesetz dem Versicherer ein einseitiges Vertragsänderungsrecht einräumt und dadurch die Vertragsfreiheit der Versicherungsnehmer einschränkt. Damit dieser vom Gesetz vorgesehene Ausgleich seine Wirkung entfalten kann, ist für die Beurteilung der Unabhängigkeit des vom Versicherer bestellten Treuhänders der Standpunkt der Gesamtheit der Versicherungsnehmer maßgeblich. Der Treuhänder ist danach unabhängig, wenn bei objektiv-generalisierender, verständiger Würdigung das Vertrauen gerechtfertigt ist, er werde die Interessen der Gesamtheit der Versicherungsnehmer angemessen wahrnehmen (vgl. Buchholz, aaO S. 870).

36 III. Die von der Beklagten mit Zustimmung des Treuhänders vorgenommene Vertragsergänzung durch inhaltsgleiche Bestimmungen ist unwirksam.

37 Nach § 306 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 2 AGBG sind vorrangig gesetzliche Vorschriften im Sinne einer konkreten Ersatzregelung in Betracht zu ziehen. Stehen solche nicht zur Verfügung, ist zu fragen, ob ein ersatzloser Wegfall der unwirksamen Klausel eine sachgerechte Lösung darstellt. Scheiden beide Möglichkeiten aus, ist zu prüfen, ob die Ersatzregelung nach den anerkannten Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zulässiger Inhalt einer richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung wäre (Wandt, Versicherungsrechts-Handbuch § 11 Rdn. 135).

38 1. Für die unwirksame Vereinbarung von Abzügen bei Beitragsfreistellung und Kündigung (Stornoabzug) in § 6 Abs. 1a Satz 3 bis 5, Abs. 2b AVB gibt es eine Regelung im Gesetz. Nach §§ 174 Abs. 4, 176 Abs. 4 VVG ist der Versicherer zu einem Abzug nur berechtigt, wenn er vereinbart ist. Ist die Vereinbarung unwirksam, besteht kein Anspruch auf einen Abzug (Wandt, VersR 2001, 1458 f.).

39 Entgegen der Ansicht von Wandt sind diese gesetzlichen Vorschriften nicht nur generell, sondern auch hier zur Lückenfüllung geeignet. Er leitet die Befugnis zur Ersetzung der Stornoklauseln daraus ab, dass der Senat diese nur deshalb für unwirksam erklärt habe, weil sie, obwohl selbst hinreichend transparent und vom Kläger nicht mit nachvollziehbaren Bedenken angegriffen, vom Versicherungsnehmer allein wegen der Bezugnahme auf die unverständlichen Ausgangswerte bei

Rückkauf und Beitragsfreistellung nicht zu verstehen seien (vgl. BGHZ 147, 373, 380). Da die intransparenten Klauseln über Beitragsfreistellung und Kündigung aber, wie Wandt meint, im Treuhänderverfahren wirksam ersetzt worden seien, müsse dies auch für die nur mittelbar intransparenten Stornoklauseln gelten. Dem kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil die neuen Bestimmungen über die beitragsfreie Versicherungssumme und den Rückkaufswert unter Verrechnung der einmaligen Abschlusskosten nach dem Zillmerungsverfahren wiederum unwirksam sind, wie noch auszuführen ist.

40 Im Übrigen kann den kurzen Ausführungen des Senats zur Stornoklausel im Urteil vom 9. Mai 2001 nicht entnommen werden, dass sie umfassend auf ihre Wirksamkeit im Hinblick auf §§ 10 Nr. 7, 11 Nr. 5 AGBG, jetzt §§ 308 Nr. 7, 309 Nr. 5b BGB geprüft worden ist.

41 2. a) Für die unwirksamen Bestimmungen in § 6 Abs. 1a Satz 2, Abs. 2a AVB über die Umwandlung in eine beitragfreie Versicherung und die Kündigung und Auszahlung des Rückkaufswerts sowie die Bestimmung in § 15 AVB über die Verrechnung der Abschlusskosten stehen keine gesetzlichen Vorschriften zur Verfügung, die die Lücken sachgerecht schließen (Wandt, VersR 2001, 1456 ff.). Der Senat hat in den Urteilen vom 9. Mai 2001 ausgeführt, dass die §§ 174 Abs. 2, 176 Abs. 3 VVG über die Berechnung der beitragsfreien Versicherungsleistung und den Rückkaufswert nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik nur einen Rahmen darstellen, innerhalb dessen sich die Berechnung halten muss, und die gesetzliche Regelung deshalb der Ergänzung und Ausfüllung bedarf. Ob und wie entstandene Abschlusskosten zu verrechnen sind, ist in den §§ 159 ff. VVG im Gegensatz zum Storno-

abzug nicht ausdrücklich geregelt. Dem Schweigen des Gesetzes kann aber nicht entnommen werden, wie der Kläger 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 zugrunde liegen, dass die Abschlusskosten in die Prämienkalkulation einfließen. Es ist auch nicht so, dass Vermittlungsprovisionen stets durch den Versicherer verursacht werden. Das ist z.B. 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 VersR 2005, 1127, 1134) und ist deshalb nicht sachgerecht.

42 Daraus folgt, dass auch ein ersatzloser Wegfall der Abschlusskostenverrechnungsklausel ungeeignet ist, die Vertragslücke zu schließen.

43 b) Die inhaltsgleiche Ersetzung der unwirksamen Klauseln unterläuft die gesetzliche Sanktion der Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 AGBG, jetzt § 307 Abs. 1 BGB und ist schon deshalb mit den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu vereinbaren. Es ist nicht angängig, 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). Das nationale Recht stellt damit in Übereinstimmung mit der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 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, BGB § 306 Rdn. 2; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz 4. Aufl. RiLi Art. 6 Rdn. 4; EuGH NJW 2003, 275 f. und NJW 2000, 2571 f.).

44 Dies gilt auch, wenn die Unwirksamkeit auf einem Verstoß gegen das Transparenzgebot beruht. Darin liegen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne von § 9 AGBG, jetzt ausdrücklich § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ein Verstoß gegen Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG (vgl. BGHZ 140, 25, 31; 106, 42, 49; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band III Stand Januar 2001, A 5 Art. 3 Rdn. 54, 58, Art. 4 Rdn. 39, Art. 5 Rdn. 22, 23, 26, Art. 6 Rdn. 3). Das hat der Senat auch in den Urteilen vom 9. Mai 2001 mit Blick auf die darin festgestellten Verstöße gegen das Transparenzgebot ausgespro-

chen. 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) - 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 Vertrages in voller Kenntnis des Inhalts des Vertrages, 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 f.) 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 im Sinne 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 Transpa-

renzmangel unter Verdeckung dieses Nachteils zustande 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.

46 IV. Das Scheitern der Vertragsergänzung nach § 172 Abs. 2 VVG bedeutet nicht, dass die Klage abzuweisen ist, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, erneut ein solches Verfahren durchzuführen. Vielmehr ist im Wege der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung zu entscheiden, ob und auf welche Art die einmaligen Abschlusskosten mit den Beiträgen zu verrechnen sind (Wandt, Versicherungsrechts-Handbuch § 11 Rdn. 141; anders, jedenfalls unklar Kollhosser, aaO § 172 Rdn. 36).

47 1. a) Bei unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die ergänzende Vertragsauslegung ebenso wie die Auslegung und Inhaltskontrolle solcher Bestimmungen nach einem objektiv-generalisierenden Maßstab zu erfolgen, der am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise (und nicht nur der konkret be-

teiligten Parteien) ausgerichtet sein muss (BGH, Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 56/04 - NJW-RR 2005, 1040 unter II 3; BGHZ 107, 273, 276 f. m.w.N.; Harry Schmidt, aaO § 6 Rdn. 32; Hubert Schmidt, aaO § 306 Rdn. 12, 13; Erman/Roloff, BGB 11. Aufl. § 306 Rdn. 13). Die Vertragsergänzung muss deshalb für den betroffenen Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen sein (Harry Schmidt, aaO). Sie scheitert, anders als bei Verträgen zwischen einzelnen Personen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. Februar 2002 - V ZR 26/01 - WM 2002, 2337 unter II 3), nicht daran, dass mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der Regelungslücke in Betracht kommen, wie schon die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Tagespreisklausel belegt (BGHZ 90, 69, 78 ff.). Vielmehr ist insbesondere bei Massenverträgen die Ergänzung auf einer höheren Abstraktionsebene und damit ohne Rücksicht auf Anhaltspunkte für eine bestimmte Lösungsvariante vorzunehmen (Hubert Schmidt, aaO Rdn. 13; vgl. auch Schlosser, aaO § 6 Rdn. 13a).

48 b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung und Bewertung des mutmaßlichen typisierten Parteiwillens und der Interessenlage ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, da die ergänzende Vertragsauslegung eine anfängliche Regelungslücke rückwirkend schließt.

49 c) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist auch vorzunehmen, wenn eine Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist. § 306 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 2 AGBG unterscheiden nicht nach dem Grund der Unwirksamkeit. Diese Vorschriften regeln auch die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit. Das durch den Transparenzmangel verursachte Informationsdefizit des Versicherungsnehmers bei der Pro-

duktwahl führt deshalb nicht dazu, die Vertragsergänzung durch ein Widerspruchsrecht in entsprechender Anwendung von § 5a VVG auszuschalten (so aber Schünemann, JZ 2002, 137; zutreffend: Römer in Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 5a Rdn. 41; OLG München VersR 2003, 1024, 1026; OLG Celle VersR 2003, 1113 f.; Wandt, VersR 2001, 1455 f.; Werber, VersR 2003, 148, 150 ff.). Einem Widerspruchsrecht, das den Vertrag insgesamt beträfe, stehen § 306 Abs. 1 BGB, § 6 Abs. 1 AGBG entgegen. Nach diesen Bestimmungen bleibt der Vertrag bei Unwirksamkeit einer Klausel im Übrigen wirksam.

50 d) Europarechtliche Bedenken gegen die ergänzende Vertragsauslegung bestehen nicht. Wie eine unverbindliche Klausel ersetzt wird, regelt die Richtlinie 93/13/EWG nicht, dies ist dem nationalen Recht überlassen (Hubert Schmidt, aaO Rdn. 2; Roloff, aaO Rdn. 3; Wolf, aaO RiLi Art. 6 Rdn. 4, 7; Pfeiffer, aaO Art. 6 Rdn. 8, 13).

51 2. Nach diesen Grundsätzen ist die Regelungslücke in der Weise zu schließen, dass es grundsätzlich bei der Verrechnung der geleisteten, einmaligen Abschlusskosten nach dem Zillmerungsverfahren bleibt. Für den Fall der vorzeitigen Beendigung der Beitragszahlung bleibt jedenfalls die versprochene Leistung geschuldet; der vereinbarte Betrag der beitragsfreien Versicherungssumme und des Rückkaufswerts darf aber einen Mindestbetrag nicht unterschreiten. Dieser Mindestbetrag wird bestimmt durch die Hälfte des mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation berechneten ungezillmerten Deckungskapitals. Bereits erworbene Ansprüche aus einer vereinbarten Überschussbeteiligung werden dadurch nicht erhöht.

52 a) Die Verrechnung entstandener Abschlusskosten mit den Prämien entspricht grundsätzlich den Interessen aller am Vertrag Beteiligten. Der Senat hat dies in den Urteilen vom 9. Mai 2001 auch nicht in Frage gestellt, sondern nur die nachteiligen Folgen der Verrechnung nach dem Zillmerungsverfahren bei Kündigung oder Beitragsfreistellung als nicht transparent vereinbart beanstandet. Unter B. III. 2. a) ist bereits dargelegt worden, dass die Verrechnung der Abschlusskosten mit den Prämien objektiv unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten sachgerecht und aufsichtsrechtlich geboten und im Übrigen nach den Vorschriften über die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen vorgeschrieben ist (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RechVersV). Die Verrechnung mit den Prämien entspricht ferner dem bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten Willen der Beteiligten. § 15 AVB bestimmte, dass die Abschlusskosten mit den ab Beginn der Versicherung eingehenden Beiträgen verrechnet werden, soweit diese nicht für Versicherungsleistungen und Verwaltungskosten vorgesehen sind. Lediglich die Art und die Folgen der Verrechnung "nach einem aufsichtsrechtlich geregelten Verfahren" waren für den Versicherungsnehmer nicht durchschaubar.

53 Gegen die grundsätzliche Verrechnung von in der Vergangenheit entstandenen Abschlusskosten (um die es hier allein geht) mit den Prämien lässt sich, anders als der Kläger meint, nicht mit Erfolg einwenden, die Vermittlungsprovision hätte nicht oder nicht in vollem Umfang gleich am Anfang oder nicht in dieser Höhe entstehen müssen. Gegen das in der Lebensversicherung abweichend von § 92 Abs. 4 HGB (ratierliche Zahlung der Provision entsprechend der Prämienzahlung) übliche System der Einmalprovision (vgl. dazu Küstner in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts Bd. 1, 3. Aufl. Rdn. 956 ff., 1099 ff.)

werden von Verbraucherseite und in der Literatur (Schünemann, VersR 2005, 323, 326) zwar Bedenken erhoben, die nicht ganz von der Hand zu weisen sind (vgl. auch Abschlussbericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004 Ziff. 1.3.2.1.4.3; Rundschreiben des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen R 5/95 vom 31. Oktober 1995 VerBAV 1995, 366). Dieses System kann den Vermittler dazu verleiten, zur Erzielung einer möglichst hohen Provision Verträge zustande zu bringen, die dem Bedarf oder den finanziellen Möglichkeiten des Kunden nicht entsprechen. Dies mag Anlass sein, über eine Änderung des Provisionssystems nachzudenken, trägt aber zur Lösung des Problems der schon entstandenen Abschlusskosten nichts bei.

54 b) Der hypothetische Wille und die Interessen der typischerweise an kapitalbildenden Lebensversicherungen beteiligten Verkehrskreise stellen sich bei objektiv-generalisierender Betrachtung wie folgt dar:

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 Vertrages 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 ff.; Bergmann, VersR 2004, 549 ff.; Heinen, ZVersWiss 2002, 155 ff.; 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 VersR 2005, 1109, 1118). Die erzielten Überschüsse stehen zum größten Teil den Versicherungsnehmern zu, die Überschüsse aus Kapitalerträgen zu min-

destens 90% (§ 1 Abs. 1 und 2 ZRQuotenV). In der Praxis war eine Quote von 97% des Rohüberschusses üblich (BVerfG aaO S. 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; 2005, 419, 988; FAZ 25. November 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 Vertrages 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 aaO S. 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 Rückkaufswertes 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 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 aaO

Ziff. 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, 283 ff.) und auch die Verteilung der Abschlusskosten auf einen längeren Zeitraum wie bei der "Riester-Rente" in seine Überlegungen einbezogen (nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 AltZertG früher mindestens zehn Jahre, ab 1. Januar 2005 mindestens fünf Jahre; so LG Hildesheim VersR 2003, 1290 f.; 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 Abs. 3 Satz 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 Abs. 2 VVG die Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation maßgebend sind. Dies führt auch nach Ansicht des Senats zu einer klaren und möglichst einfachen Berechnung des Rückkaufswertes 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 Rech-

nungsgrundlagen erscheint hinnehmbar, weil die Verrechnung der einmaligen Abschlusskosten im Wege der Zillmerung als solche bestehen bleiben kann.

62 Demgegenüber ist auch zehn Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelung noch nicht allgemein anerkannt, wie der Zeitwert nach § 176 Abs. 3 Satz 1 VVG zu berechnen ist (vgl. Jaeger, VersR 2002, 133 ff.: "ungelöstes Rätsel"; Engeländer, NVersZ 2002, 436, 442 f.). Nach Ansicht von Versicherungsmathematikern liegt er unter den vereinbarten und nach den herkömmlichen Verfahren berechneten Rückkaufswerten (Engeländer, aaO S. 441, 446; Jaeger, aaO S. 144). Der Zeitwert bietet schon deshalb keine Grundlage für einen Ausgleich der durch den Transparenzmangel verursachten nachteiligen Folgen bei vorzeitiger Beendigung der Beitragszahlung.

63 C. Die Sache wird zurückverwiesen, damit die Parteien ergänzend vortragen können und der Kläger seine Anträge anpassen kann.

Terno Dr. Schlichting Seiffert

Dr. Kessal-Wulf Dr. Franke

Vorinstanzen:
AG Hannover, Entscheidung vom 12.11.2002 - 525 C 5344/02 -
LG Hannover, Entscheidung vom 12.06.2003 - 19 S 108/02 -