

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 9/2014

„Die Novellierung der Mindestzuführungsverordnung aus juristischer Perspektive“

Astrid Wallrabenstein^{*}

Erscheint in: Brömmelmeyer et al (Hrsg.), Versicherungswissenschaftliche
Studien Band 47

Zusammenfassung: Im Jahr 2005 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die bestehenden Regelungen im Versicherungsvertrags- und Versicherungsaufsichtsgesetz zur Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung den Anforderungen des Grundgesetzes nicht genügen. Denn sie sicherten die Ansprüche der Versicherten nicht angemessen gegen einseitige Gestaltungsmöglichkeiten der Versicherer ab. Nach dem Urteil änderte der Gesetzgeber die einschlägigen Regelungen, insbesondere erließ die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BAFin eine neue Mindestzuführungsverordnung. Der Beitrag untersucht die Rechtslage auf dem Stand von April 2012 daraufhin, ob nun den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genüge getan wird. Er kommt zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist.

^{*} Univ.-Prof. Dr. iur., Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main. Geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges).

Die Novellierung der Mindestzuführungsverordnung aus juristischer Perspektive

1995 erläuterte *Brun-Otto Bryde* auf der 5. Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten, warum die damalige Rechtslage in Bezug auf die Überschussbeteiligung in der kapitalbildenden Lebensversicherung verfassungswidrig war. Als Prozessbevollmächtigter hatte er entsprechende Verfassungsbeschwerden in verschiedenen Verfahren um Überschussbeteiligungen eingereicht. Er resümierte: *„Für den angemessenen Schutz der Versicherten, die in der Kapitallebensversicherung ihr Geld und ihre Zukunftsvorsorge Unternehmen anvertrauen, die sie nur eingeschränkt kontrollieren können, gibt es sehr verschiedene Modelle: Ihre Rechte können materiell-rechtlich gestärkt, die herkömmlichen Instrumente des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes können mobilisiert oder die öffentlich-rechtliche Aufsicht kann verstärkt werden (letzteres im Zuge europarechtlicher Liberalisierung anzustreben, ist allerdings die unwahrscheinlichste Lösung): Was nicht angeht, ist das Fortbestehen einer Situation, in der die Karten einseitig zugunsten der Versicherungsunternehmen und zu Lasten der Versicherten verteilt sind.“*¹

Es dauerte weitere 10 Jahre, bis das Bundesverfassungsgericht im Juli 2005 bestätigte, dass die Regelungen zur Überschussbeteiligung verfassungswidrig waren.² Der verfassungsgerichtlichen Aufforderung, die Rechtslage nachzubessern, kam der Gesetzgeber – nach seinem Bekunden – durch drei Elemente nach: Zum einen wurde 2007 im Rahmen der VVG-Reform im Versicherungsvertragsgesetz³ ein grundsätzlicher Anspruch auf Überschussbeteiligung gesetzlich normiert: § 153 VVG. Zum zweiten änderte der Gesetzgeber im gleichen Jahr in der neunten Novelle des VAG⁴ einerseits Bestimmungen zur Bestandsübertragung und andererseits die gesetzlichen Vorgaben über die Zuführung zur Beitragsrückerstattung. Zum dritten erließ im

¹ *Bryde*, VersWissStud 4, S. 63, 74.

² BVerfGE 114, 1 und 73; vgl. hierzu *Bäuerle*, VuR 2005, 401, insb. 405 f. zu den hier interessierenden Wechselwirkungen zwischen Vertrags- und Aufsichtsrecht sowie ersten Reformvorschlägen als Reaktion auf die Urteile; *Lensing*, VuR 2006, 249, zu den Schutzpflichten: S. 252; zu den Reformoptionen des Gesetzgebers: S. 253 f.

³ BGBl. 2007 I 2631; zu den Gesetzesmaterialien s. Gesetzentwurf BR-Drs. 707/06 und BT-Drs. 16/3945; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 16/7152.

⁴ BGBl. I S. 1102; zu den Gesetzesmaterialien s. Gesetzentwurf BR-Drs. 599/07 und BT-Drs. 16/6518; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 1/5862.

Anschluss hieran 2008 die BAFin eine neue Mindestzuführungsverordnung⁵: MindZV, die bestimmte Quoten für die Mindestzuführung zur Beitragsrückerstattung festlegt.

Im folgenden Beitrag will ich der Frage nachgehen, ob die Rechtslage seit 2008 den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, die das BVerfG 2005 formuliert hat. Dass ich damit die gleiche Frage von Brun-Otto Bryde nun für die aktuelle Rechtslage neu aufwerfe, ist kein Zufall: Er ist mein akademischer Lehrer und als er 2001 Verfassungsrichter wurde und aus den angesprochenen Verfassungsbeschwerdeverfahren ausschied, habe ich die Prozessführung übernommen und in dieser Rolle an den Entscheidungen 2005 mitgewirkt. Es entbehrt daher nicht einer gewissen Ironie, dass nun, 17 Jahre und damit fast eine Generation später, ich wieder danach frage, ob die Rechtsordnung insgesamt – sei es mit dem einen oder anderen Rechtsinstrument – einen angemessenen Schutz der Versicherten bei Kapitallebensversicherungsverträgen sicherstellt.

I. Bestandsaufnahme: „BVerfGE 114, 1, 73 und nichts dazugelernt?“

Ausgangspunkt heute sind die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2005: „Der Gesetzgeber ist durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verpflichtet, hinreichende rechtliche Vorkehrungen dafür vorzusehen, dass [bei der Überschussbeteiligung] die Vermögenswerte angemessen berücksichtigt werden, die durch Prämienzahlungen im Bereich der kapitalbildenden Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung geschaffen worden sind.“ Dies ist mit einer leichten – im Folgenden noch wichtigen – Abwandlung der Leitsatz des Urteils in der Rechtssache Nold.⁶ In diesem Rechtsstreit ging es um eine zivilgerichtliche Klage auf Zuteilung eines angemessenen Schlussüberschusses an den Versicherten Nold bzw. später seiner Erben. Das wirtschaftliche Kernanliegen Nolds war es, am Ende seines langjährigen Lebensversicherungsvertrages angemessen an den Wertsteigerungen, die das Vermögen des Versicherungsunternehmens während der Vertragslaufzeit seines Lebensversicherungsvertrages

⁵ BGBl. 2008 I 690.

⁶ BVerfGE 114, 73.

verzeichnen konnte, beteiligt zu werden. Denn dieses Vermögen sei maßgeblich durch die „nicht benötigten“ Prämien der Versicherten – also auch seine – aufgebaut worden. Das Rechtsinstrument, das diesen Rücklauf der „nicht benötigten“ Prämien sowie der damit erwirtschafteten Überschüsse an die Versicherten bewerkstelligt, ist die Überschussbeteiligung. In dem Verfahren Nold ging es prozessual um den Schlussüberschuss zum Ende des Vertrages. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht, die der Gesetzgeber umzusetzen hat, bezieht sich aber auf eine angemessene Überschussbeteiligung insgesamt. Ob sie durch den Schlussüberschuss oder etwa durch laufende Überschusszuweisungen hergestellt wird, ist verfassungsrechtlich sekundär.

1. § 153 VVG und die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur angemessenen Überschussbeteiligung: Alles beim Alten

Der Gesetzgeber hat diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aber nur in restriktivem Sinn verstanden. In der Gesetzesbegründung des VVG aus dem Jahr 2006/2007 macht der Gesetzgeber deutlich, dass er die angemessene Überschussverteilung zwischen dem Versicherten auf der einen und dem Versicherungsunternehmen auf der anderen Seite, nur bei der Berechnung des Schlussüberschusses für erforderlich ansieht. § 153 Abs. 3 VVG verlangt daher bei Vertragsende die Zuteilung der Hälfte des Überschusses, der als Bewertungsreserve nicht in den Rohüberschuss und damit nicht in die regelmäßige Überschussbeteiligung eingeflossen ist. Die laufende Überschussbeteiligung hat der Gesetzgeber in § 153 Abs. 2 VVG nur insoweit geregelt, als die Beteiligung nach einem verursachungsorientierten oder anderen angemessenen Verfahren durchzuführen sei. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass damit allein die Zuordnung der Überschüsse zu den unterschiedlichen Versichertenkollektiven und –gruppen gemeint ist, nicht jedoch die Beteiligung des Versichertenkollektivs an den Unternehmensüberschüssen insgesamt.⁷ Dem entspricht wohl auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte.⁸

⁷ BR-Drs. 707/06, S. 240 ff.; BT-Drs. 16/3945, S. 94 ff.

⁸ In der Tendenz jedenfalls BGH VersR 2010, 656, 658 f.; BGH VersR 2010, 801, 803.

Erfüllt damit § 153 VVG die verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG? Nein. Denn eine Berücksichtigung der stillen Reserven bei der Zuteilung des Schlussüberschusses gibt keine Antwort auf die Frage, ob die Zuteilung von Unternehmensüberschüssen zum Versichertenkollektiv – in Form der Rückstellung für Beitragsrückerstattungen – zu den Überschüssen, die dem Unternehmen zugeordnet werden, in einem angemessenen Verhältnis stehen. Wenn und solange die Überschüsse, die dem Unternehmen zugeordnet werden, vollständig in die Bewertungsreserven einfließen würden, wenn also weder unternehmerische Verluste noch Gewinnausschüttungen an Aktionäre bestehen würden, könnte man annehmen, dass der verfassungsrechtlich geforderten angemessenen Überschussbeteiligung erst, aber dann auch vollständig im Rahmen der Schlussüberschussbeteiligung Rechnung getragen wird. Kurz und vereinfachend: Solange der Vertrag läuft, macht das Versicherungsunternehmen „was es will“, bei Vertragsende wird „fair abgerechnet“. Tatsächlich fallen aber sowohl Verluste als auch Gewinnausschüttungen während der Vertragslaufzeit an. Deshalb ist die Zuordnung der Überschüsse stets eine Frage des angemessenen Interessenausgleichs zwischen Versicherten auf der einen und Versicherungsunternehmen auf der anderen Seite.

Das Versicherungsvertragsrecht gibt auch nach der VVG-Reform nicht an, wie dieser angemessene Interessenausgleich sichergestellt werden soll.⁹ Zutreffend ist es, dass dieses Defizit in der Literatur kritisiert und dem Gesetzgeber vorgeworfen wird, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht umgesetzt zu haben.¹⁰

⁹ Ebenso *Brambach*, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), Handkommentar Versicherungsvertragsgesetz 2011, Rn. 26.

¹⁰ *Heiss*, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), MüKo VVG, 2011, § 153, Rn. 33 ff.; *Brömmelmeyer*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2009, § 42, Rn. 287; *Ortmann*, in: Schwintowski/Brömmelmeier (Hrsg.), Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2010, Rn. 32.

2. MindZV: Umsetzung von BVerfGE 114, 1, 73?

Allerdings verlangt das Bundesverfassungsgericht die Sicherung einer angemessenen Überschussbeteiligung nicht zwingend durch das VVG.¹¹ In dem Urteil 2005 hat das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet, dass das verfassungsrechtliche Schutzdefizit erst dadurch entsteht, dass die notwendigen Schutzvorkehrungen in beiden Teilrechtsordnungen fehlen, die das Versicherungswesen prägen – im Versicherungsvertrags- und im Versicherungsaufsichtsrecht.¹² Positiv gewendet wäre das Defizit im VVG verfassungsrechtlich hinzunehmen, wenn stattdessen das Versicherungsaufsichtsrecht die Schutzlücke ausfüllt.

Deshalb ist es denkbar und Gegenstand der folgenden Überlegungen, ob das VAG, namentlich § 81c VAG sowie die MindZV so ausgelegt werden kann,¹³ dass die vom Bundesverfassungsgericht monierte Schutzlücke nicht besteht. Dies wäre dann der Fall, wenn das Versicherungsaufsichtsrecht eine angemessene Überschussbeteiligung sicherstellen würde und es für die Durchsetzung dieser Aufsichtspflicht auch effektive Rechtsschutzmöglichkeiten individuell Betroffener gäbe.¹⁴

Auch in den Gesetzesmaterialien zur neunten Novelle des VAG im Jahr 2007¹⁵ sowie in der Begründung, die die BAFin zum Erlass der MindZV verlautbart hat,¹⁶ finden sich Hinweise auf die Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen aus 2005 und den Willen, die dortigen Vorgaben umzusetzen. Aber dieser Umsetzungswille betrifft nicht die Sicherung einer angemessenen Überschussbeteiligung. Stattdessen wird der Aussagegehalt des Bundesverfassungsgerichtsurteils darauf reduziert, dass Querverrechnungen zu verhindern seien – dies ist dann der Zweck und Regelungsgegenstand der MindZV. Damit ist zwar ein Aspekt angesprochen, der eine angemessene Überschussbeteiligung bis dahin verhindern konnte. Allein der Ausschluss von

¹¹ Betont etwa vom *Krause*, in: Looschelders/Pohlmann (Hrsg.), VVG-Kommentar, 2011, § 153 Rn. 32.

¹² BVerfGE 114, 73, 97.

¹³ Zur verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts – vorrangig zu dem Verdikt ihrer Verfassungswidrigkeit vgl. bereits die Argumentation von *Bryde*, in: *VersWissStud.* 4, S. 63, 68 ff.

¹⁴ Vgl. *Heiss*, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), *MüKo VVG*, 2011, § 153, Rn. 35.

¹⁵ BR-Drs. 559/07, S. 33 f.; BT-Drs. 16/6518, S. 18.

¹⁶ Im Internet inzwischen nicht mehr abrufbar.

Querverrechnung ist aber noch nicht hinreichend, um das positive Ziel der Angemessenheit zu erreichen.

3. Fazit: Immer noch keine Regulierung angemessener Überschussbeteiligung

Damit besteht das Grundproblem immer noch: Es fehlt das gesetzliche Regelungsregime, das eine angemessene Überschussbeteiligung der Versicherten sicherstellt.

Wie bereits das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat¹⁷, ist es einerseits denkbar, die Sicherung einer angemessenen Überschussbeteiligung der privatautONOMEN Gestaltung der Vertragspartner zu überlassen. Dies hat aus der Regulierungsperspektive den Vorteil, dass nicht der Gesetzgeber festlegen muss, wie eine angemessene Überschussbeteiligung auszusehen hat. Allerdings muss er bei diesem Regulierungsansatz die effektive Wahrnehmung von Privatautonomie sicherstellen. Das bedeutet, dass zivilrechtliche Möglichkeiten bestehen müssen, eine angemessene Überschussbeteiligung durchzusetzen. Wenn und soweit dies nicht durch schlichtes Verbraucherverhalten – konkret: Anbieterwechsel – möglich ist, müssen vertragsimmanente Rechte zur Geltendmachung einer angemessenen Überschussbeteiligung vorhanden sein. Wie dargestellt, fehlt es daran aber – zumindest nach Ansicht der Zivilgerichte.

Andererseits kann – ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigt – das Versicherungsaufsichtsrecht der Ort sein, an dem die Schutzpflicht eingelöst wird. Im Wortlaut: *„Wenn die Rechtsordnung daran festhält, dass der Versicherte auf die in die Überschussbildung eingehenden Faktoren und die darauf aufbauende Errechnung der Überschussbeteiligung keinen Einfluss nehmen und deren Rechtmäßigkeit nicht gerichtlich überprüfen lassen kann, verlangt es die grundrechtliche Schutzpflicht, dass der Gesetzgeber Schutz auf andere Weise gewährt. Will er insofern weiterhin auf die Versicherungsaufsicht vertrauen, muss er diese Maßstäbe zur Verfügung stellen, an denen die Rechtmäßigkeit der Überschussberechnung auch unter Berücksichtigung der*

¹⁷ S.o.: BVerfGE 114, 73, 97.

individuellen Belange der Versicherten aufsichtsbehördlich überprüft werden kann. Dabei fordert das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit vollzugsfähige normative Vorgaben, die dem Umstand Rechnung tragen, dass die Versicherungsnehmer an den sie betreffenden Maßnahmen nicht beteiligt sind, so dass sie ihre Interessen nicht selbst verfolgen können.“¹⁸

Daran fehlt es. Es ist daher dringend geboten, dies einzufordern, nämlich eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch erhebt, eine angemessene Überschussbeteiligung sicherzustellen.

II. Rechtmäßigkeit der MindZV?

Dieser Beitrag soll aber an dieser Stelle noch nicht beendet sein. Vielmehr soll im Weiteren der Frage nachgegangen werden, ob das fortbestehende Schutzdefizit noch weitere Konsequenzen nach sich zieht als den Appell an den Gesetzgeber.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinen Urteilen 2005 davon abgesehen, die angegriffenen Urteile aufzuheben. Es sah die Verfahren als faktische Musterprozesse an, deren Rechtsschutzziel damit hinreichend berücksichtigt sei, dass für die Zukunft der Gesetzgeber zur Nachbesserung aufgefordert werde.¹⁹ Nun, nach Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht eingeräumten Frist, stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, dass das verfassungsrechtliche Schutzdefizit weiter besteht.

1. Verfassungsrechtliche Handlungspflicht der Versicherungsaufsicht

Diese Frage richtet sich in erster Linie an die Versicherungsaufsicht. Als staatliches Exekutivorgan ist die BAFin auf die Beachtung der gesamten Rechtsordnung, insbesondere auch des Grundgesetzes verpflichtet. Die konstatierte Schutzpflichtverletzung muss daher bei der Aufsichtstätigkeit Berücksichtigung finden.

Bereits für die aufsichtsrechtliche Bewertung von Bestandsübertragungen hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass es ein Verfassungsverstoß

¹⁸ BVerfGE 114, 73, 102.

¹⁹ BVerfGE 114, 1, 71 f.

und daher rechtswidrig ist, wenn die Versicherungsaufsicht in Kenntnis der zivilrechtlichen „Machtlosigkeit“ der Versicherten, ihren Interessen nicht hinreichend Rechnung trägt.²⁰ Seit diesen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts ist der Verfassungsverstoß selbst nicht zweifelhaft. Da sich die zivilrechtlichen Möglichkeiten der Versicherten auch nach Inkrafttreten des neuen VVG nicht verbessert haben, ist das Schutzdefizit sogar offensichtlich.

Daher ist nun die Versicherungsaufsicht aus verfassungsrechtlichen Gründen gehalten, eine angemessene Überschussbeteiligung sicherzustellen.

2. Handlungsermächtigung des § 81c VAG i.V.m. MindZV

Es ist naheliegend, dass sich die BAFin bei Konfrontation mit dieser Forderung darauf zurückziehen dürfte, dass die MindZV ihren – der BAFin – Handlungsspielraum begrenzt: Nach § 81c VAG dürfe sie nur dann von einem Missstand ausgehen, wenn die Zuführungsquoten der MindZV unterschritten würden. Wie tragfähig ist diese Position?

Es lassen sich zwei Interpretationsmöglichkeiten für den Handlungsspielraum der BAFin ausmachen. Beide – dies sei vorweggenommen – verhindern aber das Verdikt der Schutzpflichtverletzung und damit der Rechtswidrigkeit nicht.

a) MindZV als Konkretisierung des Missstands bei nicht angemessener Zuführung zur RfB (Abs. 1 S. 1)

Zum einen lässt sich die MindZV als umfassende Konkretisierung des Handlungsspielraums der BAFin verstehen. Dann bestimmt die MindZV abschließend die Fälle, in denen die BAFin zur Korrektur von Überschussbeteiligungen tätig werden kann.²¹ Dies entspricht dem Normverständnis der Aufsichtspraxis: Werden die Quoten der MindZV eingehalten, liegt kein Missstand i.S.d. § 81c VAG vor, die Aufsicht kann und

²⁰ BVerfGE 114, 1, 71 f: Die Aufhebung des angegriffenen BVerwG-Urteils scheidet erst daran, dass das Interesse der Beschwerdeführer hinter den Interessen am Fortbestand der Bestandsübertragung zurücktreten.

²¹ In diesem Sinne wohl auch z.B. *Brambach*, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), Handkommentar Versicherungsvertragsgesetz, 2011, § 153 Rn. 21.

darf nicht tätig werden. In dieser Auslegung wäre die MindZV nicht nur Konkretisierung des § 81c Abs. 1 S. 2 VAG, sondern auch des gesamten § 81c Abs. 1 VAG.

Dessen Wortlaut ist: *„In der Lebensversicherung liegt ein die Belange der Versicherten gefährdender Missstand auch vor, wenn bei überschussberechtigten Versicherungen keine angemessene Zuführung zur Rückstellung für Beitragsrückerstattung erfolgt. Das ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Zuführung zur Rückstellung für Beitragsrückerstattung eines Lebensversicherungsunternehmens unter Berücksichtigung der Direktgutschrift und der rechnungsmäßigen Zinsen nicht der gemäß Absatz 3 durch Rechtsverordnung festgelegten Mindestzuführung entspricht.“* § 81c Abs. 1 VAG geht also davon aus, dass die Zuführung zur RfB angemessen sein muss. Andernfalls liegt ein Missstand vor, der die Versicherungsaufsicht zum Einschreiten berechtigt. Mangels anderer Möglichkeiten, eine angemessene Überschussbeteiligung geltend zu machen, kann dies nur bedeuten, dass die Zuführung zur RfB der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für eine angemessene Überschussbeteiligung Rechnung tragen muss.

Wenn dieser Missstand durch die MindZV konkretisiert werden soll, dann muss sie vorgeben, wie eine angemessene Überschussbeteiligungen sichergestellt werden soll.

Diesen Anforderungen genügt die MindZV aber offensichtlich nicht. Schon ihr Titel macht deutlich, dass sie nur *Mindestzuführungsquoten* aber keine angemessene Zuführung regelt. Auch scheint es zweifelhaft, dass eine angemessene Zuführung zur RfB durch starre Quoten überhaupt realisierbar ist. Vielmehr dürfte sich die Angemessenheit aus einer Vielzahl von Faktoren ergeben, so dass vielleicht ein Quotenkorridor aber keine Quotengrenze die Angemessenheit beschreiben kann. Weitere Faktoren müssten auch in der Verordnung vorgegeben sein, wenn sie den Anspruch erheben würde, den Missstandsfall nicht angemessener Zuführung zur RfB zu umschreiben.

Es lässt sich festhalten, dass eine Rechtsverordnung, die den Missstand i.S.d. § 81c Abs. 1 VAG – in seiner verfassungskonformen Auslegung – insgesamt erfassen würde, anders aussehen müsste, als die MindZV.

Daher kann sie nicht als umfassende Konkretisierung der Handlungsermächtigung des § 81c Abs. 1 VAG verstanden werden.

b) MindZV als Konkretisierung nur des Missstands bei Unterschreiten von Mindestzuführungsquoten (Abs. 1 S. 2)

Richtigerweise konkretisiert sie nur den Missstand, den § 81c Abs. 1 S. 2 VAG als einen Unterfall des S. 1 hervorhebt. Das Unterschreiten von Mindestzuführungsquoten ist nach § 81c Abs. 1 VAG ein Unterfall unangemessener RfB-Zuführung. Stellt man sich für eine angemessene RfB-Zuführung einen Quotenkorridor vor, markiert § 81c Abs. 1 S. 2 VAG den unteren Rand dieses Korridors. Hierzu passt Normstruktur und Normgehalt der MindZV.

Rechtssystematisch schöpft damit der Verordnungsgeber den Spielraum, den ihm der Gesetzgeber mit § 81c Abs. 3 VAG zuweist, nicht aus. Anstatt in einer Rechtsverordnung die Missstände, bei denen eingeschritten werden kann oder auch einzuschreiten ist, umfassend zu regeln, beschränkt sich der Verordnungsgeber auf eine Teilregelung.

Ein solches Vorgehen ist nicht per se unzulässig. Delegiert der Gesetzgeber durch eine Ermächtigung zur Rechtsverordnung Normsetzung auf die Exekutive, besteht nicht automatisch die Pflicht des Delegatars, tatsächlich eine Rechtsverordnung zu erlassen.²² Ein verfassungsrechtliches Problem entsteht erst, wenn durch das Fehlen einer konkretisierenden Rechtsverordnung die gesetzliche Norm selbst zu unbestimmt wird. Denn das verfassungsrechtliche Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit verlangt zwar grundsätzlich, dass alle wesentlichen – hier: für die Grundrechtsverwirklichung, also Schließung der Schutzlücke, notwendigen – Gesichtspunkte im Gesetz selbst geregelt sind. Allerdings dürfen damit an den Gesetzgeber keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Er darf dann, wenn dies der Verwirklichung des Grundrechtsschutzes dient, auch solche wesentlichen Gesichtspunkte der Ausgestaltung der Exekutive, konkret hier: des Verordnungsgebers, überlassen.²³

²² *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2012, Art. 80, Rdnr. 21; Ossenbühl, HdbStR V, § 103, Rdnr. 50.

²³ So entwickelt für das Atomrecht: BVerfGE 49, 89; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 80, Rdnr. 38.

Daraus folgt für die Rechtsverordnung zu § 81c VAG: Soweit wesentliche Gesichtspunkte für die Sicherung einer angemessenen Überschussbeteiligung dem Verordnungsgeber überlassen werden, muss diese Delegation gerade der Grundrechtsverwirklichung – etwa aufgrund größerer Sachkompetenz und höherer Flexibilität – dienen. Man kann sich fragen, ob dies bei § 81c VAG und der MindZV der Fall ist: ob die Ausgestaltung durch die Verordnung - anstelle des Gesetzgebers - grundrechtsdienlich ist. Dies will ich hier nicht abstrakt beantworten.

Ich will vielmehr vom konkreten Rechtsbestand aus fragen: Wenn die konkrete Ausgestaltung der MindZV der Grundrechtsverwirklichung dient, indem sie eine angemessene Überschussbeteiligung sicherstellt, dann ist es immerhin möglich, die Delegation als sinnvoll oder gar notwendig für die Grundrechtsverwirklichung anzunehmen. Wenn aber die MindZV hinter diesem geforderten Ergebnis zurückbleibt, also eine angemessene Überschussbeteiligung *nicht* sicherstellt, dann sind zumindest erhebliche Zweifel angebracht, ob § 81c Abs. 1 VAG zur Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflicht für die Versichertenbelange hinreichend bestimmt ist.

Dies wäre grundrechtlich nur noch dann hinnehmbar, wenn § 81c Abs. 1 VAG für das Verwaltungshandeln im Einzelfall – also für die eigentliche Aufsichtstätigkeit – hinreichend bestimmte Maßstäbe vorgibt, die es der BAFin erlauben, durch ihre Aufsichtsmaßnahmen eine angemessene Überschussbeteiligung sicherzustellen. Anders ausgedrückt gibt es wieder zwei Möglichkeiten: Entweder die Auffassung, die der Aufsichtspraxis zugrunde liegt, hat Recht, und § 81c Abs. 1 VAG ermöglicht nur ein Einschreiten bei Unterschreiten der Mindestquoten. Dann wäre § 81c VAG verfassungswidrig. Oder § 81c Abs. 1 VAG ist – insbesondere angesichts der verfassungsgerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung bestimmt genug, um der BAFin ausreichend Gesichtspunkte an die Hand zu geben, mit denen sie beurteilen kann, was eine angemessene Überschussbeteiligung ist. In diesem Fall wäre nicht das Gesetz zu unbestimmt, sondern die defizitäre Aufsichtspraxis verfassungswidrig.

Zusammengefasst: § 81c Abs. 1 VAG spricht vom Erfordernis einer angemessenen Überschussbeteiligung. Der Verordnungsgeber wird ermächtigt,

dies zu konkretisieren. Da er dies nicht tut, ist nun die Verwaltung berufen, auch ohne entsprechende Vorstrukturierung durch Rechtsverordnung das Gesetz, also § 81c Abs. 1 VAG, umzusetzen. Aber auch dies findet nicht statt. Im Ergebnis bleibt es beim Grundrechtsschutzdefizit. Dies könnte man dem Gesetzgeber anlasten.

Allerdings sehe ich hier vorrangig nicht den Gesetzgeber, sondern die BAFin in der Pflicht. Denn sie ist sowohl Ordnungsgeber als auch ausführende Behörde. Das Schutzdefizit hat sie damit selbst produziert, indem sie einerseits die Verordnungsermächtigung nur in reduzierter Form nutzt und sich andererseits bei ihrer Aufsichtstätigkeit gerade nur auf den Bereich beschränkt, den sie als Ordnungsgeber geregelt hat, anstatt die Ordnungslücke dann als Aufsichtstätigkeit auszufüllen. Sie hätte also zwei Möglichkeiten eine angemessene Überschussbeteiligung i.S.d. § 81c Abs. 1 VAG sicherzustellen. Indem sie beide „verweigert“, liegt der Verfassungsverstoß bei ihr.

Daraus folgt, dass man im konkreten Einzelfall von der BAFin die Sicherstellung einer angemessenen Überschussbeteiligung einfordern sollte, um so die grundrechtliche Schutzlücke deutlich zu machen.

Brun-Otto Bryde sagte in seinem Vortrag auf der 5. WiTa des BdV 1995, er wage die Prognose, dass die Kapitallebensversicherung das Bundesverfassungsgericht nicht so verlassen wird, wie sie es betreten hat.²⁴ Heute ließe sich anfügen: Und wenn das Bundesverfassungsgericht es doch nicht geschafft hat, die Kapitallebensversicherung so zu verändern, wie es für eine angemessene Überschussbeteiligung notwendig ist, dann muss sie halt noch ein zweites Mal hinein.

²⁴ *Bryde*, *VersWissStud* 4, S. 63, 67.