

# Legal Update Bank- und Kapitalmarktrecht

## Aktuelles zur Haftung beim Vertrieb von Lebensversicherungsfonds

Dr. Claudia Ditz, Dr. Sven Erdmann, Dr. Sascha Lehmann, Dr. Yorick Ruland  
Köln, 07. Mai 2013

Dem Sog der weltweiten Finanzkrise konnte sich bekanntlich auch die Versicherungsbranche nicht entziehen. Das gesunkene Zinsniveau erschwert es insbesondere Lebensversicherern, die gewohnten Erträge am Kapitalmarkt zu erwirtschaften und ihren Kunden die in Aussicht gestellten Überschussbeteiligungen gutzuschreiben. Eine der Folgen dieser Entwicklung ist, dass es auch auf dem sog. Zweitmarkt für Lebensversicherungen seit 2008 zu erheblichen Verwerfungen gekommen ist. Dies hat auch Auswirkungen auf seit der Jahrtausendwende aufgelegte Publikumsfonds, die in den Zweitmarkt für Lebensversicherungen investiert haben und jetzt die Renditeprognosen verfehlen.

Fast reflexartig versuchen nun viele Anleger dieser Fonds, sich von den Beteiligungen zu lösen, indem sie den vermittelnden Banken Falschberatung vorwerfen. So einfach wie von einer Reihe von - zum Teil aggressiv im Internet werbenden - Anwaltskanzleien suggeriert liegen die Dinge jedoch in der Regel nicht.

### Lebensversicherungsfonds

#### Der Zweitmarkt für Lebensversicherungen

Einen Zweitmarkt für Lebensversicherungen gab es insbesondere in Großbritannien schon im 19. Jahrhundert. Dort und auch in den USA ist der vorzeitige "Verkauf", d.h. die entgeltliche Übertragung von Lebensversicherungsverträgen auf Dritte, seit langem einen weit verbreiteter Weg, sich vorzeitig von einem Versicherungsvertrag zu lösen.

Das Angebot auf dem Zweitmarkt speist sich aus der Möglichkeit des veräußernden Versicherungsnehmers, von dem Erwerber einen höheren Betrag zu erhalten als den von dem Versicherungsunternehmen gebotenen Rückkaufwert. Umgekehrt hat der Erwerber die Möglichkeit, den durch die bisherigen Prämienzahlungen des Veräußerers gebildeten Kapitalstock zu günstigen Konditionen zu übernehmen und so bei der späteren Vereinnahmung der Ablauleistung eine überdurchschnittliche Rendite zu erzielen. Versicherungsaktuariere

und als Zwischenhändler fungierende sog. market maker haben sich auf diesen Handel spezialisiert. Gehandelt werden vor allem Verträge, die mit deutschen Kapitallebensversicherungen vergleichbar sind, d.h. bei denen auch im Erlebensfall eine Versicherungsleistung gezahlt wird. Weniger verbreitet ist der Handel mit reinen Risikolebensversicherungen, bei denen eine Versicherungsleistung nur fließt, wenn der Versicherungsnehmer den Ablauf des Versicherungsvertrags nicht erlebt. Motiv für die Veräußerung eines solchen Vertrags ist in der Regel eine absehbar lebensbedrohliche Erkrankung des Versicherungsnehmers verbunden mit dem Wegfall des Motivs der Hinterbliebenenvorsorge, welches typischerweise Anlass für den Abschluss einer Risikolebensversicherung war. Der Verkäufer des Vertrags erhält vom Käufer vorab einen Teil der im Ablebensfall dann vollständig an den Käufer fließenden Versicherungssumme. Ethischen Bedenken gegen diese teilweise als "Wetten auf den Tod" kritisierten Rechtsgeschäfte steht gegenüber, dass der Erlös aus dem Verkauf insbesondere in den USA eine andernfalls nicht vorhandene soziale Absicherung darstellen kann.

## **Investition über deutsche Publikumsgesellschaften**

Um die Jahrtausendwende herum haben deutsche Emissionshäuser den Zweitmarkt für Lebensversicherungen als Investitionsobjekt entdeckt. Die Investition erfolgte in der Regel über eine in den USA bzw. in Großbritannien gegründete Gesellschaft, an der die deutsche Fondsgesellschaft sämtliche Anteile hielt. Die Tätigkeit des ausländischen Investitionsvehikels beschränkte sich z.T. auf den Erwerb und das Halten von Lebensversicherungen, z.T. bestand die Investitionsidee aber auch im Erwerb und Weiterverkauf von Policen, d.h. in der Erzielung einer Handelsmarge. Der Erwerb der Versicherungen erfolgte regelmäßig unter Einsatz eines hohen Fremdmittelanteils.

Im Zuge der Finanzkrise haben sich eine Reihe der dem Geschäftsmodell der Lebensversicherungsfonds immanenten Risiken verwirklicht. Die Befürchtung nachhaltig sinkender Überschussbeteiligungen und Schlussboni ließ das Interesse der Teilnehmer am Erwerb von Lebensversicherungspolicen schwinden. Der damit verbundene Preisverfall erforderte vielfach eine Anpassung der Bewertung von Bestandspolicen und führte zu den damit verbundenen Problemen mit den finanzierenden Banken. Bei einer ganzen Reihe von Lebensversicherungsfonds kam es deshalb nicht zu den prognostizierten Ausschüttungen, sondern zu erheblichen Werteinbußen des eingesetzten Kapitals. Ungeachtet des sich zwischenzeitlich wieder aufbauenden Vertrauens in den Kapitalmarkt ist derzeit in vielen Fällen nicht absehbar, ob sich mit den häufig bis über das Jahr 2020 hinaus geschlossenen Beteiligungen überhaupt positive Renditen erzielen lassen.

## **Ausgesuchte Fragen und Probleme bei Lebensversicherungsfonds unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung**

Infolge der Schräglage, in die einige Lebensversicherungsfonds geraten sind, versuchen viele Anleger, sich auf dem Rechtsweg von ihrer Beteiligung zu lösen. Die folgende Darstellung soll einen Überblick über aktuell außergerichtlich und gerichtlich häufig diskutierte Aspekte geben und praxisorientierte Lösungsansätze in Kürze aufbereiten.

### **Beratungsfehler**

Das zur Zeichnung der Beteiligung führende Beratungsgespräch ist der zentrale Angriffspunkt für Kapitalanleger, denen es um die Rückabwicklung ihrer Kapitalanlage geht. Kern des Falschberatungsvorwurfs ist regelmäßig, über die spezifischen Risiken von Lebensversicherungsfonds nicht hinreichend aufgeklärt wor-

den zu sein. Von Bedeutung ist ferner auch im Bereich der Lebensversicherungsfonds das – häufig allerdings vermeintliche – Allheilmittel der sog. Kick-Back-Rechtsprechung, d.h. der Vorwurf der Nichtaufklärung über Provisionszahlungen im Zusammenhang mit der Vermittlung der Beteiligung.

## Risikoauflklärung

Aus Bankensicht verhältnismäßig ungefährlich sind Rügen von Anlegern, die Beteiligungen an Lebensversicherungsfonds seien ihnen als "sichere Kapitalanlage" mit "garantierten" Ausschüttungen beschrieben worden. Diese Behauptungen sind in den meisten Fällen bereits unschlüssig, weil sich aus der Anlagehistorie des Kunden unstreitig ergibt, dass ihm der Zusammenhang zwischen erhöhten Ertragschancen und damit verbundenen erhöhten Risiken bewusst war. Regelmäßig kann die Bank den Nachweis führen, dass der Kunde im Renditeinteresse risikogeneigt war und ihm das Bestehen von Verlustrisiken auch anhand des Beteiligungsprospekts erläutert wurde.

Weniger eindeutig können demgegenüber Fälle liegen, in denen der Kunde einerseits einräumt, ihm sei das Bestehen von Risiken bewusst gewesen, andererseits jedoch behauptet, einzelne Zusammenhänge seien nicht zutreffend, nicht vollständig oder auch verharmlosend dargestellt worden. Ansatzpunkt der Kritik sind hier häufig nationale versicherungsvertragliche und versicherungsaufsichtsrechtliche Eigenheiten in Großbritannien bzw. in den USA. Zu nennen sind insoweit insbesondere die Funktionsweise bestimmter Sicherungseinrichtungen, aufsichtsrechtliche Vorgaben für die Anlage des Kapitals oder auch das sog. Smoothing, d.h. die Möglichkeit zur Glättung von Überschusszuweisungen und der Bildung von Schwankungsreserven. Hier verlagert sich die Auseinandersetzung regelmäßig auf die Frage, ob diese Aspekte im Beteili-

gungsprospekt zutreffend dargestellt sind und ob der Bank in diesem Zusammenhang Pflichtverstöße angelastet werden können.

## Aufklärung über Rückvergütungen / Vertriebsprovisionen

Parallel zum Vorwurf der mangelnden Aufklärung über die allgemeinen Risiken unternehmerischer Beteiligungen und die spezifischen Risiken von Lebensversicherungsfonds gerät häufig auch die sog. Kick-Back-Rechtsprechung des BGH – als vermeintliches "Allheilmittel" - ins Visier der Anleger und ihrer Anwälte.

Erfolgt die Beratung durch einen bankgebundenen Berater, so hat dieser den Kunden unter bestimmten Voraussetzungen über umsatzabhängige Rückvergütungen aufzuklären, die der Bank von Seiten der kapitalsuchenden Unternehmen, hier der Lebensversicherungsfondsgesellschaft, gewährt werden (BGH, Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, NJW 2007, 1876; BGH, Urt. v. 3.3.2011 – III ZR 170/10, NJW-RR 2011, 913). Ob diese Aufklärung erfolgt ist, ist eine Frage des Einzelfalls und insbesondere anhand des verwendeten Verkaufsprospekts zu prüfen. Gerade Verkaufsprospekte aus dem Zeitraum vor und um die Jahrtausendwende lassen hinreichend klare Angaben zum Teil vermissen.

## Verteidigungsmöglichkeiten und Prozessuales

Das Vorliegen eines Beratungsfehlers bedeutet nicht automatisch eine Haftung der Bank. Insbesondere unter nachstehenden Gesichtspunkten kann eine Rechtsverteidigung gegen den typischerweise verfolgten Anspruch erfolgreich sein, dem Anleger den eingesetzten Betrag zuzüglich entgangenen Gewinn Zug um Zug gegen Rückübertragung der Beteiligung zu ersetzen.

## - Kausalität

Zwar streitet für den Kunden im Ausgangspunkt die sog. „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“. Danach wird angenommen, dass der Anleger die streitgegenständliche Anlage nicht gezeichnet hätte, wenn der Aufklärungspflichtige ordnungsgemäß beraten hätte. Mit Urteil vom 8.5.2012 (XI ZR 262/10) hat der BGH klar gestellt, dass die Beweislastumkehr bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung eingreift. Die beklagte Bank ist daher in einem Rechtsstreit als diejenige, die vertragliche Pflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Anleger die Anlage auch gezeichnet hätte, wenn die Bank pflichtgemäß aufgeklärt hätte. Der XI. Zivilsenat hat in dem vorgenannten Urteil jedoch auch einige wesentliche Indizien herausgearbeitet, deren Vorliegen die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegen können. Eine dies berücksichtigende Rechtsverteidigung setzt eine umfassende Würdigung des Einzelfalls voraus:

So soll vor allem das Anlageverhalten des Anlegers betrachtet werden. Insbesondere die frühere Zeichnung vergleichbarer Anlagen in Kenntnis von der Bank zufließenden Provisionen oder Rückvergütungen kann nach Auffassung des XI. Zivilsenats ein Indiz dafür sein, dass der Anleger auch die streitgegenständliche Kapitalanlage bei Kenntnis der Rückvergütungen gezeichnet hätte. Gleiches kann gelten, wenn der Anleger in Bezug auf vergleichbare frühere oder spätere Anlagegeschäfte nachträglich von Provisionen oder Rückvergütungen erfährt, dies jedoch nicht zum Anlass nimmt, auch diese Beteiligungen rückabwickeln zu wollen.

Für die fehlende Kausalität des Beratungsfehlers für die Zeichnung der Beteiligung ist der Aufklärungspflichtige darlegungs- und beweisbelastet. Aus Sicht der Bank gilt es hier vor allem, zu den bereits dargestellten Indizien, die gegen eine Kausalität sprechen, vorzutragen. Ergibt

sich aus diesen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Fehlen der Kausalität, kommt – wenn von der Bank beantragt - auch eine Beweisaufnahme durch Vernehmung des klagenden Anlegers in Betracht. Erfahrungswerte zeigen, dass die gesonderte Belehrung über die Wahrheitspflicht sowie über die Möglichkeit der Vereidigung zur Wahrheitsfindung beitragen und sich der klägerische, oft aus Standardtextbausteinen zusammengesetzte Prozessvortrag bei der Vernehmung des Anlegers als Partei durchaus häufig nicht bestätigt.

## - Umfang des Schadensersatzes

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH stellt bereits der Erwerb der Kapitalanlage, die aufgrund einer fehlerhaften Empfehlung gezeichnet wurde, einen Schaden des Anlegers dar (BGH, Urt. v. 8. 3. 2005 - XI ZR 170/04, NJW 2005, 1579). Zwar ist auch anerkannt, dass daneben auch die entgangenen Anlagezinsen einen ersatzfähigen Schaden i.S.v. § 252 S.1 BGB darstellen (BGH, Urt. v. 24.4.2012 – XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266). Regelmäßig verlangen klagende Anleger insoweit neben dem Schadensersatzanspruch in Höhe des angelegten Kapitals auch eine pauschale Verzinsung von 4% p.a. als entgangenen Gewinn. Hierzu hat der BGH in dessen entschieden, dass ein pauschaler Schadensersatz von 4 % p.a. nicht ohne Weiteres zuzusprechen ist. Wenn der Anleger eine Schätzung des entgangenen Gewinns nach § 287 ZPO durch das Gericht wünsche, müsse er vortragen, „für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte“ (BGH, a.a.O.). Ebenso sah es das OLG Stuttgart (Urt. v. 30.11.2010 – 6 U 2/10, BKR 2011, 78). Es könne ohne entsprechenden konkreten Sachvortrag nicht davon ausgegangen werden, dass ein Zeichner einer Gesellschaftsbeteiligung, der pauschal entgangenen Gewinn von 4 % p.a. fordere, sich im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung statt für die Gesellschaftsbe-

teilung für eine festverzinsliche Anlage entschieden hätte.

Bei den regelmäßig vom Anleger auch eingeklagten außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten als Verzugsschaden i.S.d. § 286 BGB ist zu beachten, dass die für die außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts angefallene Geschäftsgebühr nach VV 2300 RVG nicht in voller Höhe erstattungsfähig ist. Diese ist vielmehr nach VV 2300 RVG bis VV 2303 RVG auf die Verfahrensgebühr nach VV 3100 RVG des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen, und zwar zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz in Höhe von 0,75. Das OLG München hat zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten mit Urteil vom 26. November 2012 (19 U 2901/12) entschieden, dass der Schädiger nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen hat. Es müssen gem. § 254 BGB nur solche Schäden ersetzt werden, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. Das ist bei einer rein vorgerichtlichen Beauftragung eines Rechtsanwalts dann nicht der Fall, wenn der Schuldner erkennbar zahlungsunwillig war und Aussicht auf einen außergerichtlichen Vergleich nicht bestand.

## - Verjährung

Gute Verteidigungsaussichten bestehen häufig auch unter dem Gesichtspunkt der Verjährung. Besondere Aufmerksamkeit ist insoweit der Herausarbeitung des Zeitpunkts zu widmen, in dem der Anleger die Umstände, aus dem sich seine Schadensersatzansprüche ergeben, kannte. Die regelmäßige Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Pflichtverletzung bei Anlageberatung beträgt drei Jahre, § 195 BGB, und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruchsteller diese Kenntnis hatte.

Erleichterung verspricht insoweit insbesondere ein neueres BGH-Urteil, nach dem es für den Beginn der Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen nicht hinreichender Aufklärung über Rückvergütungen nicht erforderlich ist, dass der Anleger die exakte Höhe der verschwiegenen Rückvergütung kennt. Ausreichend ist vielmehr sein Wissen, dass es überhaupt Rückvergütungen gegeben hat. Denn von dem anspruchsbegründenden Umstand der unterlassenen Mitteilung über die Höhe der Rückvergütung habe ein Anleger denknötwendig bereits dann positive Kenntnis, wenn er wisse, dass die ihn beratende Bank überhaupt Provisionen für das von ihm getätigte Anlagegeschäft erhalten hat, deren Höhe ihm nicht mitgeteilt wurde (BGH, Urt. v. 26.02.2013 – XI ZR 498/11, WM 2013, 609).

Auch rügen Anleger häufig, der Lebensversicherungsfonds sei als „sichere Anlage mit Lebensversicherungscharakter und garantierten regelmäßigen Ausschüttungen“ vermittelt worden. Gleichzeitig wurde das Ausbleiben der angeblich als sicher versprochenen Ausschüttungen jedoch häufig über mehrere Jahre hinweg geduldet. In diesen Fällen kann die Bank mit guten Erfolgsaussichten die Einrede der Verjährung erheben. Die Kenntnis von den ausbleibenden Ausschüttungen steht dann der Kenntnis von der Fehlberatung über die Sicherheit der versprochenen Ausschüttungen und damit der Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände gleich, so dass die Verjährung gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem die erste prognostizierte Ausschüttung ausgeblieben ist.

## Auskunfts- und Herausgabeklagen betreffend Provisionen

Zunehmend häufig klagen Anleger von Lebensversicherungsfonds auch gegen die vermittelnde Bank auf Auskunft zu Details der von der Bank für die Vermittlung erhaltenen Provisionen, insbesondere auf Auskunft zu deren exakter Höhe. Ergibt sich aus der vorgerichtlichen

Korrespondenz, dass eigentliches Rechtsschutzziel des Anlegers die Rückabwicklung seiner Beteiligung ist, kann eine isolierte Klage auf Auskunft über die Höhe von Rückvergütungen bereits mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig sein. Denn regelmäßig kann der Anleger auch ohne Kenntnis der konkreten Höhe Umstände darlegen, aus denen sich eine Pflichtverletzung der Bank ergibt. Er ist dann gehalten, sein Rechtsschutzziel Schadensersatz auf dem direkten Weg, d.h. ohne Vorschaltung einer Auskunftsklage zu verfolgen (LG Köln, Urt. v. 27.11.2012 – 21 O 90/12). Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Auskunftsklage besteht auch nicht etwa deshalb, weil der Anleger nur mit dieser Information eine Klage auf Herausgabe der Provisionen beziffern könnte. Denn Ansprüche des Anlegers auf Herausgabe der von den Banken für die Vermittlung geschlossener Beteiligungen vereinnahmten Provisionen bestehen nach zutreffender Ansicht nicht (LG Köln, a.a.O.).

Zu beachten ist ferner, dass etwaigen Auskunftsansprüchen regelmäßig bereits drei Jahre nach dem Schluss des Jahres der Zeichnung der Beteiligung der Einwand der Verjährung entgegensteht. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung beginnt die Verjährung der aus § 666 BGB abzuleitenden Auskunftsansprüche ungeachtet deren Qualifizierung als verhaltene Ansprüche regelmäßig bereits drei Jahre nach dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem infolge der Anlageberatung das Anlagegeschäft ausgeführt wurde. Denn bereits dann kennt der Anleger sowohl die anspruchsbegründenden Umstände (Abschluss eines Beratungs- oder Geschäftsbesorgungsvertrags) als auch die Person des rechenschaftspflichtigen Schuldners (OLG Köln, Urt. v. 23.11.2011 – 13 U 157/10, OLG Köln, Beschl. v. 2.5.2013 – 13 U 262/12).

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG oder Herrn Dr. Yorick Ruland unter +49 221 33660-444 oder [yruland@goerg.de](mailto:yruland@goerg.de) an. Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

**GÖRG** Partnerschaft von Rechtsanwälten

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin  
Tel +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen  
Tel +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main  
Tel +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90