

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 366

Der Versicherungsbegriff im VVG und VAG

Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Versicherung

Von

Adam Enes Yalçıntaş



Duncker & Humblot · Berlin

ADAM ENES YALÇINTAŞ

Der Versicherungsbegriff im VVG und VAG

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 366

Der Versicherungsbegriff im VVG und VAG

Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Versicherung

Von

Adam Enes Yalçıntaş



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre
der Universität Mannheim hat diese Arbeit im Jahre 2024
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <https://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-19478-0 (Print)
ISBN 978-3-428-59478-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für meine Frau Rumeysa

Vorwort

Diese Arbeit wurde im September 2022 von der Abteilung Rechtswissenschaft der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 10.09. 2024 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich September 2022 berücksichtigt.

Ich möchte an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank an Herrn Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge) aussprechen. Seine wertvolle Betreuung und Unterstützung während der gesamten Forschungsphase waren von unschätzbarem Wert. Durch seine Expertise und sein Engagement hat er mir nicht nur fachliche Orientierung gegeben, sondern auch meine Motivation und Begeisterung für das Thema stets gefördert. Ohne seine Anleitung wäre diese Dissertation nicht in der vorliegenden Form entstanden.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Mark Makowsky für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Seine konstruktive Kritik hat mir wertvolle Perspektiven eröffnet und zur Verbesserung meiner Arbeit beigetragen. Herrn Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard) danke ich für die Übernahme des Vorsitzes in meinem Rigorosum.

Darüber hinaus möchte ich der Landesgraduiertenförderung des Landes Baden-Württemberg meinen aufrichtigen Dank für die Gewährung des Promotionsstipendiums aussprechen. Diese finanzielle Unterstützung hat es mir ermöglicht, mich voll und ganz auf meine Forschung zu konzentrieren und meine Ziele zu verfolgen.

Ein besonderer Dank gilt meinem langjährigen Freund Emirhan, dessen Diskussionen und Anregungen mir geholfen haben, verschiedene Perspektiven zu entwickeln. Daneben möchte ich meinen Eltern, Esat und Gültén, sowie meinen Brüdern Suat sowie Erkam und seiner Frau Selda meinen tiefsten Dank aussprechen. Ihre bedingungslose Unterstützung und ihr Glaube an mich haben mir stets Kraft gegeben, meine Ziele zu verfolgen.

Mein letzter und wohl wichtigster Dank gebührt meiner Frau Rumeysa. Ihre unermüdliche Unterstützung, ihr Verständnis und ihre Geduld waren während des gesamten Prozesses von unschätzbarem Wert. Sie hat nicht nur meine Arbeit durch ihre sorgfältige Durchsicht und wertvollen Anmerkungen bereichert, sondern mir auch stets den Rückhalt gegeben, den ich brauchte, um Herausforderungen zu meistern. Diese Dissertation ist ihr gewidmet, als Ausdruck meiner tiefen Dankbarkeit für alles, was sie für mich getan hat.

Ich hoffe, dass diese Arbeit nicht nur einen wertvollen Beitrag zum Verständnis des gewählten Themas leistet, sondern auch Inspiration für zukünftige Forschungen bietet.

Ludwigshafen, im Februar 2025

Adam Enes Yalçintaş

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Problemdarstellung	19
B. Gang der Untersuchung	22

Teil 1

Allgemeine Grundlagen	26
------------------------------	----

Kapitel 1

Historische Betrachtung	26
A. Die Entwicklung der Versicherung	26
I. Die Wurzeln der Versicherung	27
1. Genossenschaftliche Zusammenschlüsse	27
a) Antike/Frühzeit	27
b) Mittelalter	29
2. Die erwerbswirtschaftliche Versicherung und staatliche Initiative	30
a) Die Erwerbsversicherung	30
b) Staatliche Initiative	31
II. Übergang in die frühe Neuzeit	32
1. Vom Genossenschaftsgedanken zur öffentlich-rechtlichen Versicherung	32
2. Rationalisierungsbestrebungen im Rahmen der Versicherungstechnik	34
III. Blütezeit des Versicherungswesens im 19. Jahrhundert	35
1. Die geistesgeschichtlichen und wirtschaftlichen Präliminarien	35
2. Entstehung und Grundlagen der Massenversicherungstechnik	35
3. Einfluss der Sozialversicherung	37
IV. Resümee der bisherigen historischen Betrachtung	38
B. Historische Entwicklungslinien des Versicherungsaufsichtsrechts und des Versicherungsvertragsrechts	39
I. Die Wege zum VAG 1901 und VVG 1908	39
1. Das VAG von 1901	39
a) Motive des VAG 1901	40
b) Aufsichtssystem des VAG 1901	42

c) Zweck der Versicherungsaufsicht	43
aa) Allgemeine Relevanz und Ermittlung des Zwecks	43
bb) Die vertretenen Ansichten im historischen Kontext	46
2. Das VVG von 1908	48
a) Erste komplexe Regelungswerke	48
b) Die rechtlichen Grundlagen des Versicherungsvertrages im 19. Jahrhundert	50
c) Die Kodifikation	51
d) Motive zum VVG und sein systematischer Aufbau	52
II. Die Zeitspanne bis zum Ende des Nationalsozialismus	54
III. Die Entwicklung seit dem Ende des 2. Weltkrieges	56
1. Versicherungsaufsichtsrecht	56
2. Versicherungsvertragsrecht	58
IV. Ergebnis der weiteren historischen Untersuchung	60

Kapitel 2

Verfassungs- und europarechtliche Rahmenbedingungen	61
A. Verfassungsrechtliche Eckpfeiler	61
I. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	61
II. Versicherungsaufsichtsrecht vs. Versicherungsvertragsrecht	63
III. Gewährleistung der Rechtssicherheit bei der Definitionsfindung	66
IV. Resümee der verfassungsrechtlichen Betrachtung	67
B. Europarechtliche Leitplanken	68
I. Aufstellung des unionsrechtlichen Koordinatensystems	68
1. Versicherungsbinnenmarkt	68
2. Rechtsquellen des Unionsrechts	70
a) Primärrecht	70
b) Sekundärrecht	71
c) Tertiärrecht	72
d) Bindungswirkung und Auslegung des Unionsrechts	73
II. Solvency II	75
1. Ebene („level“) 1: Die Solvency II-Richtlinie	76
a) Angestrebter Harmonisierungsgrad	76
b) Anwendungsbereich der Solvency II-Richtlinie	77
c) Ziele der Solvency II-Richtlinie	79
d) Rechtsnatur des Versicherungsaufsichtsrechts	81
2. Ebene 2: Die Delegierte Verordnung 2015/35/EU (Solvency II-VO)	83
3. Ebene 2.5: Bindende Technische Standards	83
4. Ebene 3: Die Leitlinien und Empfehlungen der EIOPA	84
a) Die Aufsichtsbehörden	84

b) Leitlinien und Empfehlungen	85
5. Ebene 4: Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene	86
III. Die Versicherungsvertriebsrichtlinie (Insurance Distribution Directive, IDD) ..	86
1. Ziele der IDD	86
2. Anwendungsbereich der IDD	87
IV. Materielles Versicherungsvertragsrecht	88
1. <i>acquis communautaire</i>	88
2. Das Mittel der Wahl: Ein optionales Instrument	89
V. Internationales Versicherungsvertragsrecht	92
VI. Ergebnis der unionsrechtlichen Untersuchung	92

Teil 2

Versuch einer Neukonzeptionierung	94
--	----

Kapitel 3

Die Begriffsbestimmung der Versicherung	94
A. Rechtswissenschaftlicher Ansatz	94
I. Der Ausgangspunkt	94
II. Versicherungsvertragsrecht	95
1. Legislativer Leitfaden	95
2. Bisheriger wissenschaftlicher Diskurs	96
a) Definitionsbestrebungen in der Literatur	96
aa) Privatrechtlicher Vertrag	97
bb) Absicherung eines Risikos und die Ungewissheit	97
cc) Schätzbarkeit und Gleichartigkeit der Gefahr	97
dd) Entgeltlichkeit	98
ee) Rechtsanspruch	98
ff) Selbstständigkeit	98
gg) Risikokollektiv und die Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl	99
hh) Planmäßigkeit	99
ii) Funktion der Versicherung und das Molekülmodell	99
(1) Bedarfs- und Schadensersatztheorie	100
(2) Plansicherungs- und Vermögensgestaltungstheorie	102
(3) Stellungnahme	103
b) Das Verständnis der Rechtsprechung	105
3. Der Baustein Versicherung im Gerüst des Versicherungsvertrages	108
4. Das Versicherungsverhältnis im Lichte des Versicherungsvereins auf Gegen- seitigkeit	110

III. Versicherungsaufsichtsrecht	111
1. Die Präliminarien	111
2. Die Aufsichtspraxis und die Rechtsprechung	112
3. Die Literatur	113
4. Versicherungsgeschäft, Versicherungsvertrag und Versicherung	113
IV. Conclusio	114
B. Die Versicherung in anderen wissenschaftlichen Disziplinen	115
I. Die Versicherung in der Wirtschaftswissenschaft	115
II. Die Versicherungsmathematik	118
III. Die Versicherungsmedizin	119
IV. Ergebnis	120
C. Rechtsvergleichende Betrachtung	120
I. England	121
II. Schweiz und Österreich	124
III. Resümee	126

Kapitel 4

Dogmatische Systembildung der Versicherung im Versicherungsvertrags- und Versicherungsaufsichtsrecht	127
A. Der Versicherungsvertrag aus der Perspektive des Schuldrechtssystems	128
I. Der Vertragstypus	128
1. Die Genese der Vertragstypen	128
2. Die Typisierung	128
a) Grundsätzliches	128
b) Klassenbegriff vs. Typus	129
c) Typgewinnung am Beispiel des Schuldrechts	132
d) Divergierendes Bild vom Typus in der Rechtstheorie	135
e) Sinnverwandter Ansatz in der juristischen Methodik	136
aa) Das Theorem: Ein bewegliches System	136
bb) Abgrenzung zur Topik und zum Typus	138
cc) Kritische Würdigung	139
II. Qualifikation der Versicherung	141
1. Die Einordnung des Versicherungsvertrages als Typus	141
2. Stellungnahme zum Gegebenem	142
3. Eigener Modellierungsansatz	143
a) Für das deutsche Versicherungsvertragsrecht	143
b) Für die PEICL	145
B. Das Versicherungsgeschäft im VAG	146
I. Der Begriff des Versicherungsgeschäftes als unbestimmter Rechtsbegriff	146

Inhaltsverzeichnis	13
II. Der Begriff des Versicherungsgeschäfes als Klassenbegriff	147
III. Die Rolle des Aufsichtsbedürfnisses bei der Begriffsbestimmung	148
1. Ablehnende Stimmen	148
2. Befürwortende Stimmen	149
3. Stellungnahme	150
4. Unionsrechtliche Stütze	151
5. Abstufbarkeit der Aufsichtsintensität	152
6. Übertragung der ermittelten Erkenntnisse ins Molekülmodell	153
C. Korrelative Beziehung zwischen Versicherungsaufsichts- und Versicherungsvertragsrecht	153
I. Das fundamentale Verhältnis: Öffentliches Recht und Privatrecht	154
II. Normative Beeinflussung	155
1. Normative Verweisung	155
2. Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	156
3. Normative Ausstrahlungswirkung	157
a) Dogmatische Grundlegung	157
b) Ausstrahlungswirkung des Versicherungsaufsichtsrechts auf das Versicherungsvertragsrecht?	157
III. Faktische Beeinflussung	159
IV. Resümee	159
V. Transfer in das Molekülmodell	159
D. Zusammenföhrung	160

Teil 3

Die Komponenten des Versicherungsbegriffs 161

Kapitel 5

Versicherungsleistung für den Eintritt eines ungewissen Ereignisses	161
A. Funktionale Komponente des Versicherungsbegriffs	161
I. Risikoabsicherung	161
1. Das Risikoverständnis im Versicherungsrecht	161
2. Die Absicherung	165
a) Terminologische Richtigstellung	165
b) Erforderlichkeit einer Mindestrisikoabsicherung?	167
c) Zwischenzusammenfassung	173
d) Gegenstand der Versicherung	173
aa) Grundlegendes	173
bb) Legislatorische Rezeption des versicherten Interesses	175

cc) Legislatorische Konzeption hinsichtlich seiner Bedeutung	176
dd) Versicherbares Interesse	176
ee) Zur Bedeutung des versicherten Interesses nach den gegenwärtigen Ansichten	177
ff) Stellungnahme	181
gg) Versichertes Interesse in den PEICL	190
hh) Zwischenzusammenfassung	192
e) Risikoprävention	192
aa) Digitalisierung, Big Data und Convenience	193
bb) Einsatz von Big Data im Versicherungswesen	193
(1) Ansatz der Telematiktarife	194
(2) Charakterisierung der einzelnen Telematiktarife	195
(3) Aussagewert des § 15 Abs. 1 VAG im Lichte der Telematiktarife	197
(4) Grundsatz der retrospektiven Risikoabsicherung	202
(5) Zwischenzusammenfassung	204
II. Die Ungewissheit	204
1. Sinngehalt im historischen Spiegel	205
2. Quantifizierbarkeit im Rahmen der Ungewissheit	209
3. Die Rückwärtsversicherung im Spiegel der subjektiven Ungewissheit	212
a) Grundlegendes	212
b) Potenzielle Störungen im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer	214
aa) Die Kenntnis einer Partei	215
(1) Ausschließliche Kenntnis des Versicherungsnehmers	215
(2) Ausschließliche Kenntnis des Versicherers	217
bb) Beiderseitige Kenntnis	219
4. Eine ausgewählte Fallgruppe: Die Genomanalyse	221
5. Zwischenzusammenfassung	225
III. Die Selbstständigkeit	225
1. Thesenaufstellung	226
a) Allgemein	226
b) Spezifisch für das Versicherungsaufsichtsrecht und Versicherungsvertragsrecht	228
2. Thesenüberprüfung anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung	231
3. Auswärtiges Recht	234
4. Einordnung des Merkmals der Selbstständigkeit in das Molekülmodell	235
IV. Gesamtzusammenfassung	236

B. Die vermögenswerte Leistung des Versicherers	237
I. Die konkrete Leistung des Versicherers im privatversicherungsrechtlichen System	237
1. Die Problematik um die Leistung	237
a) Der Ursprung: Die Gefahrtragungstheorie und die Geldleistungstheorie	238
b) Weitere Theorien	239
c) Stellungnahme	242
2. Rechtsnatur des Versicherungsvertrages	244
a) Die Versicherung als Geschäftsbesorgung	244
b) Die Versicherung als Hedge-ähnliches Geschäft	246
c) Die Versicherung als Versicherung	246
3. Das Gegenseitigkeitsverhältnis im Versicherungsvertrag	247
II. Inhalt der Leistung des Versicherers	248
1. Absicherung	248
2. Ausgleichsleistung	248
a) Grundsätzliches	248
b) Das Konnektivitätsfordernis	249
c) Beurteilung von Assistance-Leistungen anhand der Cyber-Versicherung	250
aa) Beschreibung, Bedeutung und Bewertung der Cyber-Versicherung	250
bb) Assistance-Leistungen im Spiegel des Versicherungsaufsichtsrechts	252
(1) Beistandsleistungen	252
(2) Einordnung in das Systemgefüge des Versicherungsgeschäfts und des § 15 Abs. 1 VAG	253
cc) Assistance-Leistungen im Spiegel des Versicherungsvertragsrechts	254
III. Rechtliche Konzeption	255
1. Konzeption als Rechtsanspruch	255
2. Inhaltliche Konzeption	258
IV. Betrachtung im Lichte der PEICL	259
V. Einfügung in das Molekülmodell	260
VI. Zusammenfassung	261

Kapitel 6

Die Entgeltlichkeit der Leistung	262
A. Rechtliche Präliminarien hinsichtlich der Entgeltlichkeit	263
B. Das Äquivalenzprinzip	264
I. Die Grundaussage	264
II. Folgerungen für den Aufbau der Versicherungsprämie	269
1. Das Problem der Unvollkommenheit	269

2. Zusammenschau der einzelnen Bausteine sowie Bewertung im Lichte des Äquivalenzprinzips	270
3. Der Aspekt der Zeit	271
III. Systemkohärente Gleichbehandlungspflicht	274
1. Punktuelle Ausgestaltung von Gleichbehandlungspflichten	275
a) Gleichbehandlung im Versicherungsaufsichtsrecht	275
aa) § 177 Abs. 1 VAG (§ 21 Abs. 1 VAG a.F.)	275
bb) § 138 Abs. 2 VAG (§ 11 Abs. 2 VAG a.F.)	277
cc) § 48b Abs. 1 VAG	278
b) Gleichbehandlung im Versicherungsvertragsrecht	279
2. Herleitung des Gleichbehandlungsgebots aus der Versicherungskonzeption	280
3. Resümee und Konsequenzen	281
IV. Optimierungspflicht des Versicherers	282
V. Ergebnis	284
C. Modalitätsformen der Entgeltlichkeit	284
I. Historische Bezugspunkte	284
II. Rechtliches (dogmatisches) Begründungsvorgehen	285
1. Gesetzliche Ausgangslage	285
2. Versicherungsvertragsrecht	286
3. Versicherungsaufsichtsrecht	287
III. Naturalleistungen als Entgelt	287
IV. Daten als Entgelt	288
D. Konturierung des Merkmals der Entgeltlichkeit	290
I. Bipolare Ebene	290
II. Tripolare Ebene	292
III. Ergebnis	293
E. Entgeltlichkeit in den PEICL	293
F. Implementierung in das Molekülmodell	294
G. Zusammenfassung	294

Kapitel 7

Der Risikoausgleich des Versicherers	295
A. Die personale und die intentionale Komponente	296
I. Normative Einhegung	296
II. Relevanz der personalen Komponente	296
1. Unternehmen	296
2. Versicherungsaufsichtsrechtliche Kontextualisierung	297
3. Versicherungsvertragsrechtliche Evaluierung	297

III.	Bedeutungsgehalt der intentionalen Komponente	297
1.	Im Spiegel des Versicherungsaufsichtsrechts	297
a)	Planmäßigkeit	297
b)	Betrieb von Versicherungsgeschäften	299
2.	Im Spiegel des Versicherungsvertragsrechts	300
IV.	Resümee	300
B.	Die Risk-Spreading-Komponente	300
I.	Schätzbarkeit sowie Gleichartigkeit der Risiken bzw. Gefahren	301
1.	Merkmal der Schätzbarkeit	301
2.	Merkmal der Gleichartigkeit	304
II.	Risikokollektiv	305
1.	Rechtsnatur und Folgerungen	305
2.	Normative Verankerung und das Wesen der Versicherung	307
III.	Andere Risk-Spreading-Optionsmodelle	308
1.	Unwägbare Risikosituationen und die Freiheit des Versicherers	308
2.	Handhabung von unwägbaren Risikosituationen	309
a)	Kautelarjuristische Risikostreuung	310
b)	Andere Möglichkeiten der Risikostreuung	311
c)	Schlussfolgerung	313
3.	Induktiver Ansatz	313
a)	Historische Präliminarien	313
b)	Abstrahierte Form	314
c)	Abgrenzung zur entgeltlichen Bürgschaft	315
d)	Risikostreuung bei Telematiktarifen	316
C.	Personale, intentionale und Risk-Spreading-Komponente in den PEICL	316
D.	Einordnung in das Molekülmodell	317
E.	Zusammenfassung und Stellungnahme	317

Kapitel 8

Gesamtzusammenführung

319

Schluss	329
A. Thesenförmige Zusammenfassung	329
B. Kleines Vademekum	337

Literaturverzeichnis	339
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	367
-----------------------------------	-----

Einleitung

A. Problemdarstellung

Was hält die (Privat-)Versicherung im Innersten zusammen? Die Gretchenfrage des Privatversicherungsrechts zu beantworten, ist bis dato das Anliegen unzähliger Abhandlungen gewesen.¹ Denn die Versicherung zu verstehen und zu durchdringen, bedeutet, den Kern des Privatversicherungsrechts zu begreifen. Alle Wissenschaften, die sich mit der Versicherung beschäftigen, müssen a priori an dem Begriff der Versicherung ansetzen. Daher muss das Bild der Versicherung hinreichend klar sein. Das gilt insbesondere für die Rechtswissenschaft. Der Begriff der Versicherung definiert in gewisser Hinsicht den Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzeswerkes.

Wenn die Versicherung in mehreren wissenschaftlichen Disziplinen eine zentrale Rolle spielt, ist es nur konsequent, die Frage, ob möglicherweise ein einheitlicher Versicherungsbegriff gebildet werden kann, in den Raum zu stellen. Allerdings wird sich zeigen, dass diese Herangehensweise in dieser Form große Schwierigkeiten bereitet. In Anbetracht dessen wird die Arbeit keinen derartigen Versuch unternehmen, sondern sich auf die Abgrenzung und die rechtswissenschaftliche Definitionsfindung fokussieren. Dabei wird der Blick lediglich auf den Versicherungsbegriff des VVG und den des VAG gerichtet.

Der Begriff der Versicherung taucht im VVG sowie im VAG in besonderer Gestalt auf: Im Lichte des VVG trägt er das Gewand des ‚Versicherungsvertrages‘; im Lichte des VAG das des ‚Versicherungsgeschäfts‘. In welcher Relation sie (Versicherung, Versicherungsvertrag und Versicherungsgeschäft, aber auch das Versicherungsverhältnis) zueinanderstehen, ergibt sich nicht ohne Weiteres. Hinzu kommt, dass diese Gemengelage im Hinblick auf das VAG durch den vollharmonisierenden Charakter der Solvency II-Richtlinie verkompliziert wird. Aufgrund dessen und der über 100 Jahre hinausgehenden Beschäftigung mit dieser Thematik könnte vermutet werden, dass der nebulöse Schleier um den Versicherungsbegriff und seinen Beziehungen endgültig gelüftet worden sein muss. Das stellt sich bei näherer Betrachtung indes als verfehlt heraus. Die Rechtspraxis begnügt sich mit der merkmalsbezogenen Versicherungsdefinition des Bundesverwaltungsgerichts und des

¹ Das heute wohl populärste Werk: *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt; grundlegende ältere Werke: *Bruck*, Privatversicherungsrecht, S. 49 ff.; *Ehrenberg*, Versicherungsrecht, S. 53 ff.; *Ehrenzweig*, Versicherungsvertragsrecht, S. 1 ff. u. insb. 56 ff.; *Hagen*, Versicherungsrecht, in: *Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 8, S. 9 ff.; *Ritter*, Recht der Seever sicherung, Bd. 1, S. 13 ff.

Bundesgerichtshofs, die in ständiger Rechtsprechung herangezogen wird. Danach setzt die Versicherung folgende Merkmale voraus: Übernahme von bestimmten Leistungen für den Fall eines ungewissen Ereignisses, Entgeltlichkeit, Rechtsanspruch, Risikokollektiv (Bedrohung durch gleiche Gefahr), Risikoausgleich nach dem Gesetz der großen Zahl – wobei die Planmäßigkeit ausreicht – und Selbstständigkeit.² Die gefestigte Rechtsprechung, die sich über mehrere Dekaden erstreckt, sollte aber nicht den Eindruck erwecken, dass bezüglich der Kernelemente der Versicherung ein weitgehender Konsens besteht. In Wahrheit ist nahezu jeder genannte bzw. auch nicht genannte Baustein der Versicherung in seiner Geltung als konstitutiver Bestandteil und/oder in seinem Verständnis heftig umstritten.³ Das gilt beispielsweise für das Merkmal der Gleichtartigkeit.⁴ In der Gesamtschau ergibt sich ein diffuses Bild der Versicherung.

Wie es noch zu zeigen sein wird, ist der Ansatz der Rechtsprechung lückenhaft und nicht tauglich. Das betrifft auch die dogmatische Grundlage. Nach dem bisherigen Definitionsansatz setzt der Versicherungsbegriff unter anderem ein Risikokollektiv (Vielzahl von durch die gleiche Gefahr bedrohte Personen) und einen

² BVerwGE 3, 220 (221); 32, 196 (197); VersR 1961, 109 (110); VersR 1963, 53 (54); VersR 1967, 1085 (1085); VersR 1969, 819 (820); VersR 1987, 297 (298); VersR 1992, 1381 (1392); VersR 1993, 1217 (1217–1218); BGH, NJW 1995, 324 (325); NJW 2017, 393 (394); VersR 1962, 974 (976); VersR 1964, 497 (498); VersR 1968, 138 (138). Beispiel für eine eben angeklungene Vermengung BVerwG, VersR 1961, 361 (361); vgl. auch VersR 1956, 362 (362).

³ Vgl. Brömmelmeyer, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, § 1 Rn. 4 ff.; Pohlmann, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, § 1 Rn. 5 ff.; Baumann/Koch, in: Bruck/Möller, VVG, § 1 Rn. 7 ff.; Dörner, in: Honsell, BerlinerKo-VVG, Einl. Rn. 39 ff.; Armbräster, in: Prölss/Martin, VVG, § 1 Rn. 1 ff.; ders., Privatversicherungsrecht, Rn. 218 ff., 264 ff., 333 ff., 448 ff., 465 ff., 683 ff. u. 1403 ff.; ders., VersR 2015, 1453 (1454 ff.); Looschelders, in: MüKo-VVG, § 1 Rn. 8 ff.; Lorenz, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 1 Rn. 111 ff.; Brand, in: Brand/Baroch Castellvi, VAG, § 1 Rn. 4 ff.; Präve, in: Prölss/Dreher, VAG, § 1 Rn. 24 ff.; Pohlmann, in: Kaulbach/Bähr/Pohlmann, VAG, § 7 Rn. 70 ff.; Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 33 ff.; v. Gierke, Versicherungsrecht, Erste Hälfte, S. 80 ff.; Schmidt-Rimpler, VersR 1963, 493 (493 ff.); Thönissen, Bonitätsrisiken, S. 129 ff.; Thomas/Dreher, VersR 2007, 731 (732 ff.); Rapp, Äquivalenzprinzip, S. 134 ff.; Scherpe, Gefahrengemeinschaft, S. 46 ff.; Bruns, Privatversicherungsrecht, § 1 Rn. 1 ff. u. § 6 Rn. 1 ff.; Sieg, ZVersWiss 1969, 495 (496 ff.); ders., VersR 1972, 135 (136); Saria, VersR 2019, 519 (519 ff.); ders., VersR 2021, 273 (273 ff.); Sieg, Versicherungsvertragsrecht, S. 21 ff.; Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, Rn. 1 ff.; Möller, Versicherungsvertragsrecht, S. 15 ff.; Eichler, Versicherungsrecht, S. 1 ff. u. 17 ff.; Groepper, NVersZ 1998, 103 (104–105); Hofmann, Privatversicherungsrecht, § 2 Rn. 1 ff.; Winter, Versicherungsaufsichtsrecht, S. 98 ff.; ders., VersR 2004, 8 (9 ff.); Wälder, Wesen der Versicherung, S. 22 ff.; Becker, Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen, S. 47 ff.; Rixecker, in: Langheid/Rixecker, VVG, § 1 Rn. 2; Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 22 ff.; Grote, in: MüKo-VVG, Bd. 3, § 100 Rn. 155 ff.; Friedrich, Rechtsbegriff der Versicherung, S. 5 ff.; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 697 ff.; Meixner/Steinbeck, Versicherungsvertragsrecht, § 1 Rn. 6 ff.; Bähr/Pütgen, in: Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, § 3 Rn. 4 ff.; van Bühren, in: van Bühren, Handbuch – Versicherungsrecht, § 1 Rn. 2 ff.; Möller, in: Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., § 1 Anm. 3 ff.

⁴ Vgl. dazu unten Teil 2 Kap. 3 A. II. 2. a) cc) u. Teil 3 Kap. 7 B. I. 2.

Risikoausgleich nach dem Gesetz der großen Zahl voraus. Dadurch werden aber in unverhältnismäßiger Weise Singularversicherungen wie die Kunstversicherung, bei denen regelmäßig Unikate den Anknüpfungspunkt bilden, ausgeschlossen. Dass daneben das Merkmal der Gleichartigkeit zum konstitutiven Bestandteil erhoben wird, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Bereits Dreher zeigte die Schwächen des Definitionsansatzes der Rechtsprechung auf.⁵ Die immer lauter werdende Kritik vermochte bis heute keine diesbezügliche Änderung zu erreichen. Das ist auf den ersten Blick sehr verblüffend. Obgleich die Versicherung ein rechtliches und historisches Produkt⁶ ist, die tatsächlichen Rahmenbedingungen vor allem im Zuge der Technologisierung sowie Digitalisierung sich gravierend verändert haben bzw. immer noch verändern sowie daran anknüpfend die Produktricke einen zuvor nicht vorstellbaren Umfang angenommen hat („Cyberversicherung“, „Telematiktarife“, „Greensurance“), hat sich die merkmalsbezogene Begriffsbestimmung der Rechtsprechung nicht geändert. Das ist auch deshalb problematisch, weil ein solcher Ansatz in Konflikt mit dem gesetzgeberischen Willen steht. So hat der Gesetzgeber des VVG 2008 trotz konsolidierter Rechtsprechung auf eine Legaldefinition der Versicherung verzichtet. Expressis verbis wurde unter anderem für diese Entscheidung angeführt, dass befürchtet wird, durch eine definitorische Festlegung die notwendige Flexibilität zu torpedieren.⁷ Das ist keine singuläre Erscheinung. Beträgt man die Solvency II-Richtlinie näher, wird ersichtlich, dass es dort ebenfalls an einer Begriffsbestimmung der Versicherung mangelt. Das ist dem Umstand geschuldet, dass die Versicherung eine komplexe, interferierende Struktur innehat. Sie macht es beinahe unmöglich, eine Schablone mit festen, konstitutiven Merkmalen zu kreieren. Denn die Flexibilität der Versicherung erfordert die Flexibilität ihres Erklärungsansatzes. Vor diesem Hintergrund erscheint der lückenhafte Ansatz der Rechtsprechung im besseren Licht. Außerdem muss in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass in der Rechtsprechung die Mentalität vorherrschend ist, dass sich die verwendete merkmalsbezogene Definition mit Blick auf die Praxis bewährt hat, sodass kein Bedarf an einer Anpassung besteht. Die dogmatische Grundlegung ist danach eher nebensächlicher Natur. Auf diese Weise sollte in der Rechtswissenschaft jedoch nicht gearbeitet werden. Deswegen soll diese Arbeit zugleich einen Beitrag zur Dogmatik der Versicherung darstellen. Es handelt sich unterdies nicht um ein reines Glasperlenspiel.

Zwar wird der Definitionsansatz der Rechtsprechung seitens des Schrifttums zum Teil als untauglich befunden. Das darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Literatur gleichermaßen kein adäquater, gänzlich zutreffender sowie schlüssiger Erklärungsansatz betreffend die Versicherung gegeben wird. Eine Vielzahl von

⁵ Vgl. Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, S. 34 ff.

⁶ Vgl. auch Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt, passim; Riege, ZVersWiss 1990, 403 (410); Schirmer, ZVersWiss 1986, 509 (passim); Jank, Produktstandardisierung für Versicherungen, S. 26; Bürkle, in: Bürkle, Compliance, § 1 Rn. 9; gegen den Produktbegriff: Schünemann, VersR 2000, 144 (148); offenlassend Römer, in: FS Lorenz, S. 449 (463).

⁷ Vgl. Begr. RegE, BT-Druck. 16/3945, S. 56.