

# Abschlusskosten bei transparenten Lebensversicherungen und Betriebsrenten – Vernachlässigtes EU-Recht ?<sup>1</sup>

Prof. Dr. Harald Herrmann

Universität Erlangen-Nürnberg

*Anlässe des folgenden Beitrags sind die Zillmerungsvorschriften des neuen § 169 Abs. 3 und die aktuelle Entscheidung des LAG München zum Zillmerungsverbot von Betriebsrenten. Aber Verf. nimmt dazu nicht primär als Arbeitsrechtler, sondern aus der Sicht des Privatversicherungsrechts Stellung. Im Kern soll einer verbreiteten Fehlinterpretation der BGH-Entscheidungen seit 2005 entgegengetreten werden, wonach sogar bei transparenter Zillmerung ein sog. Mindestrückkaufswert (MRKW) einzuhalten sei. Obgleich eine ähnliche Regulierung jetzt im neuen VVG erfolgt ist, und das BetrAVG sogar der Zillmerung insgesamt entgegenstehen soll, kommen europarechtliche Einwände in Betracht, die aus dem Vorrang informationsrechtlicher Regulierung i.S. der Rspr. des EuGH von Dijon bis Inspire Art in Betracht.*

## **I. Einleitung**

1. Problemstellung
2. Rechtstatsächliche Angaben
  - a. Quantitative und qualitative Einschätzung
  - b. Verkauf über die Grenze

## **II. Stand der Rechtsprechung und Gesetzgebung**

1. BGH/BVerfG: Kein Mindestrückkaufswert bei transparenter Zillmerung
2. Besonderheiten der Mindestrückkaufswerte im VVG 2008
3. Arbeitsgerichtlichen Verfahren

## **III. Europarechtliche Vorgaben**

1. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit
  - a. Internationalität
  - b. Keine „Verkaufsmodalität“ bei Zugangsbehinderung
2. Rechtfertigung nach der *Dijon*-Doktrin
  - a. Die *Dijon* Entscheidung und der Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes
  - b. Vorrang informationeller Regulierung
  - c. Sonstiger Anwendungsbereich des Übermaßverbots und Grenzen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums

## **IV. Folgerungen zum Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB**

1. Übermaß bei transparenter Zillmerungsklausel
  - a. Altfälle gem. § 172 VVG 2007
  - b. Neufälle gem. § 169 Abs. 3 VVG 2008
2. Übermaß bei intransparenter Zillmerungsklausel
  - a. Häufungsgebot des BGH versus gesetzliche Gleichverteilungsklauseln
  - b. Übertriebene Transparenzanforderungen

## **V. Folgerungen zum BetrAVG: Wertgleichheit versus Marktkontrolle**

1. Das sog. Wertgleichheitsgebot
2. Meinungsstand und europarechtliche Aspekte
3. Europarechtskonforme Auslegung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG
4. Fallbeispiele und Überleitungsrecht

## **VI. Zusammenfassung und Résumé**

### **I. Einleitung**

---

<sup>1</sup> Leicht überarbeitete Fassung des Vortrags des Verf. v. 5.6.08 im Praktikerseminar des Instituts für Versicherungswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg.

**1. Problemstellung.** Nachdem der BGH<sup>2</sup> und das BVerfG<sup>3</sup> mit den Fragen der Zillmerung befasst waren, steht nun die Entscheidung des BAG über eine u. U. viel schärfere Einschränkung dieser Finanzierungsmethode bei Betriebsrenten nach Beendigung von Arbeitsverträgen an, die unlängst das LAG München<sup>4</sup> bejaht hat. Dabei scheint sich immer mehr eine Fehleinschätzung der BGH-Ansicht durchzusetzen, wonach das Gericht generell bei Zillmerung verlangt habe, der Rückkaufswert müsse auch in den ersten Jahren der Laufdauer des Versicherungsvertrages mindestens die Hälfte des Deckungskapitals betragen. Obgleich auch das BVerfG dieser Deutung beigetreten zu sein scheint, bedarf sie genauerer Überprüfung durch wissenschaftliche Analyse der beiden in 2005 ergangenen Entscheidungen und des bislang neusten Urteils von 2006. Es wird zu zeigen sein, dass jeweils nur intransparent gezillmerte Verträge zur Beurteilung anstanden, und dass die Rechtslage bei Vorliegen transparenter Verrechnung von Abschluss- und Vertriebskosten grundlegend anders ist.

Allein diese Erkenntnis rechtfertigt eine gesonderte Untersuchung. Aber es kommt noch hinzu, dass jetzt in § 169 Abs. 3 VVG 2008 eine neuartige Berechnung des Mindestrückkaufswertes vorgeschrieben wird. Dazu interessiert nicht nur das Übergangsrecht mit der Frage, ab welchem Zeitpunkt des Vertragsschlusses das neue Recht gelten soll. Sondern es geht auch um den Vergleich der Regelung des BGH mit dem neuen § 169 Abs. 3 VVG unter Aspekten des geringstmöglichen Eingriffes in den Klauselwettbewerb. Dazu zwingt das Europarecht, da die Rspr. zu Art. 49 EGV ein strenges Übermaßverbot entwickelt hat.

Allerdings sind auch die Grundsätze des EuGH zu Verletzungen des Art. 49 EGV und ihrer Rechtfertigung noch nicht allgemein bekannt. Insbesondere sind die Bedeutung informationeller Regulierung und deren Verhältnis zum allgemeinen Übermaßverbot wenig untersucht, so dass hier darüber Klarheit gewonnen werden soll. Erst auf dieser Grundlage können die Rspr. des BGH zur Zillmerung und die Neuregelung des § 169 Abs. 3 VVG 2008 europarechtlich überprüft werden.

Es folgt eine Auseinandersetzung mit der z. Zt. wohl drängendsten Frage der Behandlung gezillmerter Betriebsrenten. Zur Frage zulässiger Zillmerungen kommt hier noch hinzu, dass nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG das sog. Wertgleichheitsgebot gilt, dessen Bedeutung als Kontrollinstrument neben der AGB-Kontrolle streitig ist. Ein Vorschlag zur Lösung der Streitfragen wird ausgearbeitet.

**2. Rechtstatsächliche Angaben.** Zwar handelt es sich in der Praxis nur um einen Teil der seit 2002 abgeschlossenen Neuverträge, bei denen die neuartigen Vorgaben zur Zillmerungstransparenz, die der BGH erst 2001 gemacht hat, beachtet worden sind. Aber der GDV hat bereits 2002 ein neues Konzept zur Transparenzverbesserung bei gezillmerten Lebens- und Rentenversicherungen vorgelegt, so dass jedenfalls seit 2003 sehr viele Neuabschlüsse unter hinreichenden Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen sind.

**a. Quantitative und qualitative Einschätzung.** Im Schaubild wird zunächst der Geschäftsumfang seit 2003 vorgestellt.

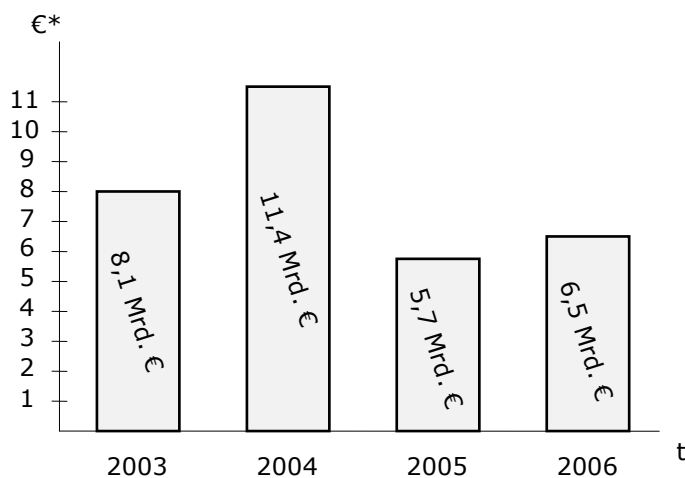
---

<sup>2</sup> BGH VersR 2001, 839 ff.; 2005, 1565 ff.; zuletzt VersR 2007, 1547 ff.

<sup>3</sup> BVerfG VersR 2005, 1127, 1134; 2006, 489.

<sup>4</sup> LAG München, DB 2007, 1143.

## LV-Prämien aus Neugeschäft



\* ohne Einmalprämien

Allein im Rekordjahr 2004 wurden 11,4 Mrd. € - und nach dem Wegfall der Steuerbegünstigung in 2005 immer noch 5,7 Mrd. € - laufende Beiträge aus dem Neugeschäft für Lebensversicherungen errechnet.<sup>5</sup> Nimmt man dies mit den 8,1 Mrd. € von 2003<sup>6</sup> und den 6,5 Mrd. € von 2006<sup>7</sup> zusammen, so könnten bereits bis Ende 2006 insges. 31,7 Mrd. € Neugeschäft auf transparent gezillmerten Verträgen beruhen. Selbst wenn nur 1/10 davon realistisch ist, weil bei den Vertragsabschlüssen nach dem erwähnten GDV-Vorschlag von 2002 zur transparenten Zillmerung vermutlich gleichwohl Vieles beim Alten geblieben ist, bleiben immer noch 3,7 Mrd. korrekt gezillmertes Neugeschäft.

Zur ökonomischen Grundlage gehört des Weiteren die Frage, welchen Umfang Stornierungen ausmachen. Veröffentlichten Angaben zufolge liegen die Stornoquoten zwischen 2,72% (Victoria) und 27,5 % (Hamburg-Mannheimer).<sup>8</sup> Der Branchenführer Allianz liegt mit 16,74 % im Mittelfeld. Diese Daten beziehen sich zwar nur auf knapp die Hälfte der Marktanteile in Deutschland. Doch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass beim Rest der deutschen Anbieter wesentlich andere Verhältnisse herrschen.

In qualitativer Hinsicht ist wichtig, welchem Zweck die Zillmerung dient, und welche marktbezogenen Funktionen damit verbunden sind. Unmittelbar bezweckt dürfte sein, dass der Kunde die Vermittlungskosten mit Zahlung seiner Prämie ratenweise aufbringt, und nicht gezwungen ist, das Honorar für den Vermittler mit einem Einmalbetrag zu entgelten (Finanzierungsfunktion). Der VR zahlt die Mittlervergütung aus, holt sich aber den Betrag durch Anrechnung auf den Rückkaufswert im Zeitablauf vom VN herein. Zwar kommen noch weitere Abschlusskosten, wie etwa Bearbeitungsgebühren, hinzu. Aber diese betragen nach jüngst veröffentlichten Berechnungen nur ca. 1/3 im Durchschnitt der gesamten Abschlusskosten.<sup>9</sup> Allerdings beträgt die Quote bei den

<sup>5</sup> GDV, Geschäftsentwicklung 2005, S. 8 (ohne Einmalbeiträge).

<sup>6</sup> GDV, Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft, 2006, S. 19 (wiederum ohne Einmalbeiträge).

<sup>7</sup> GDV, Geschäftsentwicklung 2006, S. 8 f.

<sup>8</sup> R. Lansch, Handelsblatt v. 6.12.2007, S. 21.

<sup>9</sup> Vgl. Thomas Schmitt, Lebensversicherung: Faustformel für Feilscher, HBl. v. 21.7.2008, S. 28.

beiden Branchenführern, Allianz und AXA, wohl nur etwa 50 %, während Generali ihren Vermittlern nur knapp 7% der gezillmerten Abschlusskosten überlässt, also etwa 93 % für eigenen Kostenaufwand berechnet.

Eine zweite Wirkung der stillen Finanzierung von Abschlusskosten qua Zillmerung besteht in einer Art Treuerabatt. Wer früh aus dem Vertrag ausscheidet, also „untreu“ wird – sei es auch unfreiwillig durch Arbeitslosigkeit gezwungen –, der muss hohe Einbußen in Kauf nehmen, indem sein Rückkaufswert die Höhe der eingezahlten Prämien gar nicht oder wenig übersteigt. Langjährige Vertragspartner bzw. solche, die den Vertrag bis zu Ende führen, erhalten den vollen Zeitwert bzw. das volle Deckungskapital als Rückkaufswert angerechnet. Der Treuerabatt straft früh Kündigende und reizt damit zum Verbleiben in der Versicherung.<sup>10</sup>

Bei gleicher Verteilung der Kosten während der ersten 5 oder 10 Jahre geht man davon aus, dass der Versicherungsvermittler sich in dieser Zeit besonders um seinen Kunden kümmert.<sup>11</sup> Insofern kann man von einer Betreuungsfunktion sprechen.

Eine vierte und letzte Auswirkung könnte als Funktion der Wettbewerbsvermeidung zu verstehen sein, weil der Kunde bei Abschluss des Vertrages und während der cooling-off Periode des Widerspruchsrechts gem. § 51 VVG 2007 bzw. des Widerrufsrechts gem. § 8 VVG 2008 nichts von der Belastung mit den Abschlusskosten und von der Entwicklung des Rückkaufswertes bemerkt, sofern er nicht nach der neueren Rspr. des BGH<sup>12</sup> hierauf besonders aufmerksam gemacht wird. Diese Funktion ist vom BGH neuerdings besonders beanstandet und zum Anlass dafür genommen worden, dass in Fällen der Intransparenz der Zillmerungsklauseln ein Mindestrückkaufswert gelten soll. Doch ist die Entwicklung zunächst, wie folgt verlaufen.

## II. Stand der Rspr. und Gesetzgebung

**1. BGH/BVerfG: Kein Mindestrückkaufswert bei transparenter Zillmerung.** Der BGH hat in 2001 strenge Anforderungen zur Transparenz bei der Zillmerung entwickelt. In seinen ersten Zillmerungsurteilen von 9.5.2001 hatte das Gericht noch verlangt, dass der Anbieter gezillmerter Produkte dem Kunden deutlich macht, dass er bei kurzfristiger Kündigung nichts von seinen eingezahlten Prämien als Rückkaufswert ausgezahlt erhält, weil die überproportionale Zurechnung der Abschluss- und Vertriebskosten in der Anfangszeit Nullwerte verursacht.<sup>13</sup> Davon ist in den neueren Urteilen zur AGB-Kontrolle von Zillmerungsklauseln zwar keine Rede mehr, doch scheiterten die Klauseln hier bereits aus anderen, gleich noch näher zu behandelnden Gründen. Deshalb ist ungewiss, ob das Gericht von seinen damals schon überzogenen<sup>14</sup> Transparenzanforderungen abgerückt ist.

Schon vor der Deregulierung hat der BGH entschieden, dass das Transparenzgebot des heutigen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (§ 9 AGBG a. F.) auch auf die Anpassungsklauseln für Versicherungsprämien anwendbar ist.<sup>15</sup> Das sollte sogar dann möglich sein, wenn die Prämien, wie nach altem Recht, der behördlichen Aufsicht unterliegen. Zum Recht nach 1994 wird diese Rspr. immer noch als maßgebend angesehen<sup>16</sup>, zumal die Kontrolle von Preisanpassungsklauseln nicht zur Preiskontrolle gehört, sondern sog.

---

<sup>10</sup> Die Möglichkeit, den LV-Vertrag zu verkaufen, z.B. an die Cash Life GmbH, ist dabei nicht berücksichtigt, da hiervon bislang noch wenig Gebrauch gemacht wird; näher s. den Beitrag im Nürnberger Praktikerseminar 2003, Folienpräsentation, anzufordern beim IVW am Lehrstuhl des Verf.

<sup>11</sup> Vgl. die Begr. Zu § 1 Abs. 1 Nr. 8 AltZertG Drs.-BT 14/5150, S. 40.

<sup>12</sup> BGH 9.5.2001 VersR 2001 841; näher s. u., Text mit folgender Fn.

<sup>13</sup> BGHZ 147, 345 =BGH VersR 2001 841 und BGHZ 147, 373 = VersR 2001, 839.

<sup>14</sup> Dazu *Präve* VW 2002 1836, 1838; *Herrmann* VersR 2003 1333, 1337 f.

<sup>15</sup> BGHZ 119 55, 59; auch OLG Hamm NJW-RR 1993 1501; OLG Celle VersR 1993 1343.

<sup>16</sup> Palandt/*Grünberg* § 309 Rn. 11.

Preisbildungsklauseln betrifft.<sup>17</sup> Aber zugleich wird betont, dass die Anforderungen des Transparenzgebots sowohl konkrete Festlegungen zu Referenzwerten für die Anpassung als auch verlangt, dass sie „inhaltlich angemessen“ sind.<sup>18</sup>

Diese Ansicht steht in einem gewissen Gegensatz zu § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach gem. h. M. keine Preiskontrollen und keine Kontrollen über das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zulässig sind. Wird bei Preisanpassungsklauseln die inhaltliche Angemessenheit mit überprüft, so läuft das auf eine Preiskontrolle hinaus. Anerkannt ist allein, dass bei Intransparenz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Klauselnichtigkeit anzunehmen ist, und dass sodann die ergänzende Vertragsauslegung eingreift, diese aber so weit wie möglich an der Entwicklung der Marktpreise orientiert bleiben muss.<sup>19</sup> Allerdings wird zu § 307 Abs. 3 S. 1 BGB seit einiger Zeit auch wieder die Ansicht vertreten, Äquivalenzkontrollen seien zulässig, da die Vorschrift die Inhaltskontrolle nur dort verbiete, wo ein rechtlich-normativer Referenzrahmen fehle.<sup>20</sup> Dem ist schon nach deutschem Recht entgegenzuhalten, dass die inhaltliche Festlegung der Hauptleistung auch in der neusten Rspr. zur Zillmerung nach zutreffender, wengleich nicht unbestrittener<sup>21</sup> Urteilsanalyse nur für die Fälle erfolgt ist, in denen der betr. Versicherungsvertrag bei Intransparenz der AVB zur Zillmerungsklausel zustande gekommen ist. „Der Eingriff in die Entschließungs- und Auswahlfreiheit (durch die Intransparenz) bliebe (sonst) unbeseitigt und bestünde...fort.“<sup>22</sup>

Für diese Fälle intransparenter Klauselgestaltung hat das Gericht den folgenden vom Bisherigen abweichenden Mindestrückkaufswert entwickelt. Zunächst zum Bisherigen: Der Rückkaufswert war nach § 176 Abs. 3 VVG 2007 als „Zeitwert“ der Versicherung zu berechnen, wobei die „anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik“ zu berücksichtigen waren. Abzüge hiervon waren nach Abs. 4 der Vorschrift zulässig, aber nur dann möglich, wenn sie besonders vereinbart und „angemessen“ waren. Schon in dieser Ausnahmenvorschrift über die Angemessenheitsprüfung zeigt sich, dass eine solche inhaltliche Kontrollkompetenz der Gerichte im Wege gerichtlicher AVB-Kontrolle nicht zugelassen sein sollte.

Aus diesen Angaben lässt sich folgender Graph erstellen, der sich zum Vergleich mit den Neuregelungen des BGH und des § 169 Abs. 3 VVG 2008 eignet:

---

<sup>17</sup> Vgl. nur *Horn* NJW **1985** 1118, 1120.

<sup>18</sup> Palandt/*Grünberg* § 309 Rn. 11.; zur Zweispurigkeit der Rspr. zum Transparenzgebot mit und ohne materielle Wertung s. schon *Wagner-Wieduwilt* WM **1989** 37 ff.

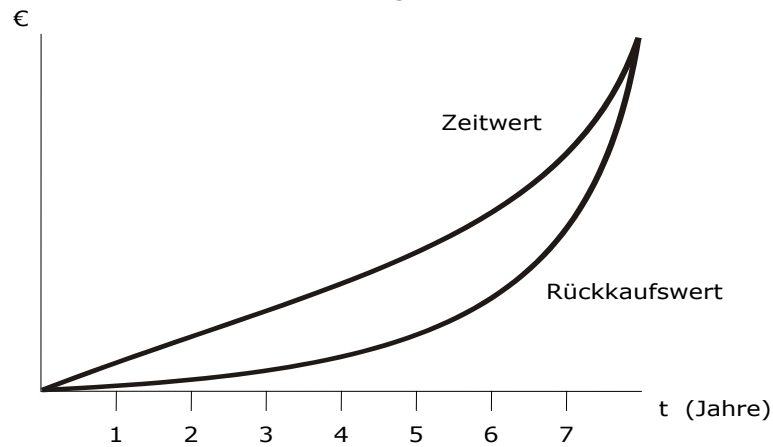
<sup>19</sup> Vgl. nur BGHZ **90** 69, 78 *Tagespreisklausel II*; BGHZ 97, 212, 213 *Zinsvorbehalt*; näher s. u., Rn. 29 ff.; ausführlich *Herrmann* DZWiR **1993** 54 ff., 95 ff.

<sup>20</sup> *Billing* Die Bedeutung von § 307 Abs. 3 Satz 1 im System der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, Diss. München 2006.

<sup>21</sup> Deutlich weitergehende Deutung in BVerfG 15.2.2006 – 1 BvR 1317/96 NJW **2006** 1783; VersR **2006** 489 Ls. 4.

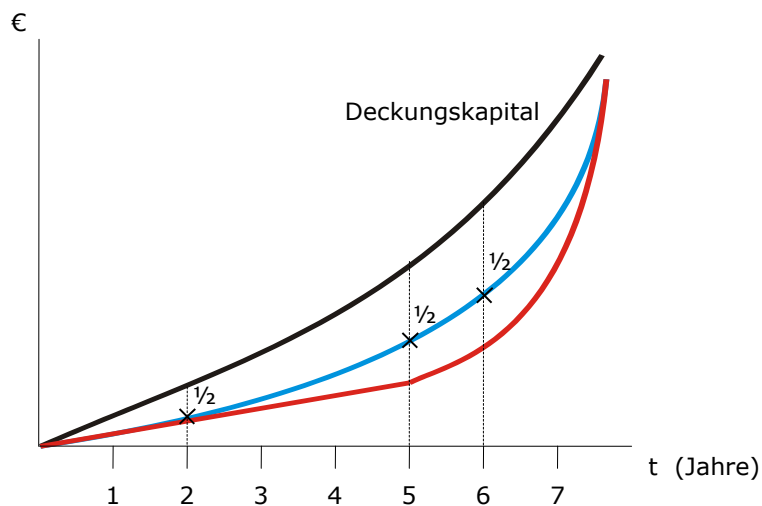
<sup>22</sup> BGH 12.10.2005 – IV ZR 162/03 Rn. 45; insoweit zustimmend *Herrmann* NWiR Herbstausgabe 2008, abrufbar unter <http://www.nwir.de/>.

**I. Zillmerung: Wesen und Funktionen**  
 Rückkaufswert – § 176 III alt



Das Neue besteht in der im Folgenden blau gekennzeichneten Vorschrift (rote Linie als Vergleich zum neuen Recht): Umstellung vom Zeitwert auf das Deckungskapital und hälftige Mindestberechnung:

Rückkaufswert – Rspr., VVG 2008 (s.u. zu II.2)



Wichtig ist aber v. a., dass dieser Mindestwert nicht etwa für transparente Zillmerungsklauseln, sondern nur dann vorgeschrieben wird, wenn der Vertrag unter Bedingungen einer intransparenten und deshalb nicht im Wettbewerb der AVB-Klauseln zustande gekommen ist.

**2. Besonderheiten der Mindestrückkaufswerte im VVG 2008.** § 169 Abs. 3 VVG 2008 hat nun zweierlei Besonderheiten. Erstens wird angeordnet, dass nicht die Hälfte des Deckungskapitals als Mindestwert gilt, sondern dass während der ersten 5 Jahre eine lineare Anrechnung erfolgt (s. rote Linie im Schaubild zum vorherigen Abschnitt II.1).

Darin liegt erkennbar eine Absenkung des Mindestrückkaufwertes. Aber das ändert nichts daran, dass diese Form der Zillmerung nunmehr für alle Verträge gleichermaßen vorgeschrieben werden soll, d.h. es soll nunmehr nicht mehr darauf ankommen, ob ursprünglich eine transparente Zillmerung vorlag oder nicht.

Unterschiede zur zuvor geltenden Rspr. zeigen sich in mindestens zweierlei Hinsicht:

(1.) Die Klauseltransparenz soll irrelevant werden, d.h. der Kunde muss<sup>23</sup> nicht mehr in die Lage versetzt werden, von sich aus zu erkennen, dass bei frühzeitiger Kündigung des Vertrages nichts oder weniger ausgezahlt wird, als an Prämien durch ihn aufgebracht wurde.

(2.) Der Wettbewerb mit Klauseln, die mehr oder weniger Rückkaufwert garantieren, wird kraft Gesetzes ausgeschlossen, oder besser: durch Sockelbildung vereinheitlicht.

Die oben (zu I.2) erläuterte Wettbewerbsvermeidungsfunktion wird also in ähnlicher Weise gebilligt, wie es bei Mindestpreiskartellen der Fall ist. Zwar handelt es sich bei den Rückkaufwerten nicht um echte Preisbestandteile, weil die Prämienhöhe nicht direkt beeinflusst wird. Aber es geht doch, wie bei Preisen, um das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung, weil der VR durch die Zillmerungsklausel befugt wird, die geschuldete Rückzahlung der Prämien und der mit ihnen erwirtschafteten Überschüsse zu reduzieren. Die Wettbewerbsvermeidung betrifft also nicht sonstige Klauselinhalte, sondern unmittelbar das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.

Gleichwohl gibt es insoweit keine Einwände aus § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach nur vom Gesetz abweichende Klauseln kontrollfähig sind, und dem zufolge der Hauptgegenstand des Vertrages, der das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung unmittelbar betrifft, kontrollfrei bleiben muss. Denn die neue gesetzliche Regelung beschränkt sich bewusst nicht auf eine Transparenzkontrolle, sondern will auch bei transparenten Zillmerungsklauseln einen wettbewerbsregulierenden Verbraucherschutz.<sup>24</sup>

**3. Arbeitsgerichtliche Verfahren.** Noch weitergehend wird ein absolutes Zillmerungsverbot aus dem BetrAVG hergeleitet. Es wird nach einem neueren Urteil des LAG München<sup>25</sup> auf § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG gestützt, wonach zum Zwecke der Altersversorgung die Umwandlung von Entgeltansprüchen in „wertgleiche Anwartschaften“ vorgesehen ist. Mit diesem sog. Wertgleichheitsgebot sei es unvereinbar, wenn der Arbeitnehmer durch die Zillmerung bei kurzfristiger Auflösung (oder Übernahme nach § 4 BetrAVG) keinerlei oder einen deutlich niedrigeren Rückkaufwert erhält, als die Summe der eingezahlten Prämien ausmacht.<sup>26</sup> Damit sei eine

---

<sup>23</sup> Sofern nicht mit der hier vertr. Ansicht die Europarechtswidrigkeit festgestellt wird.

<sup>24</sup> Vgl. schon Abschlussbericht Reformkommission 2004, VVW 2004, S.394, zu § 161: der Schutzgrund liege darin, dass der VN „die weiteren Prämien nicht mehr zahlen kann“; der RegE hat sich bewusst an § 1 Abs. 1 Nr.8 AltZertG angelehnt (Drs.-BT 16/3945, 102), wo allerdings eine 10-jährige Gleichverteilung vorgesehen ist. Die Begr. AltZertG stellt v.a. darauf ab, dass der VR zur „Kundenpflege“ während der Gleichverteilungsdauer von 10 Jahren veranlasst werden soll (s. Drs.-BT 14/5150, 40; dazu vgl. Prölss/Präve, VAG-Komm., 12. Aufl. 2005, § 1 Rdn. 25), was nach hier vertr. Ansicht ebenfalls mit zur Wettbewerbsvermeidungsfunktion rechnet (s.o. I.2).

<sup>25</sup> LAG München (4. Kammer) 15.3.2007 VersR 2007 968; **zust. Mauersberger** VersR 2008 169 ff.; auch **Reinicke** DB 2006 555, 562 f.; **Schwintowski** BetrAV 2004 242, 243; **a.A.** LAG München (10. Kammer) 11.7.2007 NZA 2008 362; OLG Celle 13.9.2007 NJOZ 2008 22; ArbG Siegburg 27.2.2008 – 2 Ca 2831/07; implizit auch ArbG Stuttgart 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 BetrAV 2005 692; ArbG Kempten 30.11.2006 – 05 Ca 441/06; **Kollroß/Frank** DB 2007 1146; **Neumann/Schwebe** ZIP 2007 981; **Cisch/Kuip** NZA 2007 786; **Reich/Rutzmoser** DB 2007 2314, 2319; **Hopfner** DB 2007 1810; **Jaeger** VersR 2006 1033; **Diller** FA 2007 193; ders. NZA 2008 338; **Veit** VersR 2008 324; **Herrmann** NWiR Herbstaussgabe 2008, abrufbar unter <http://www.nwir.de/>.

<sup>26</sup> LAG München 15.3.2007 II.1. b) aa) = VersR 2007 968.

Gesetzesverletzung i.S. § 134 BGB gegeben, die zur Nichtigkeit der Vereinbarung führt.<sup>27</sup>

Die Mehrheit der Instanzgerichte ist aber entgegengesetzter Ansicht.<sup>28</sup> Mit einem Teil der Literatur wird v. a. eingewendet, dass die Kontrollmöglichkeit nach dem Wertgleichheits- und Transparenzgebot überzogen ist, sowie die Zillmerung eine „versicherungsmathematische Äquivalenz“ bewirkt, auch wenn die Ergebnisse in den ersten Jahren ungünstig erscheinen.<sup>29</sup> Der mathematische Aspekt kann hier nicht weiter verfolgt werden. Aber auch unabhängig davon ist richtig, dass das LAG München eine Auslegung des Wertgleichheitsgebots des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG vornimmt, die eine vertragsrechtlich problematische Äquivalenzkontrolle darstellt.<sup>30</sup>

Ob sich diese Ansicht durchsetzt, ist vor der Entscheidung des BAG zur (zugelassenen) Revision des erläuterten Urteils des LAG München derzeit noch ungewiss. Jedoch hat sich der Vorsitzende des zuständigen Senats, *Reinicke*, bereits früher wiederholt sehr weitgehend i. S. des LAG München in der Literatur geäußert.<sup>31</sup> Insbes. wird angenommen, dass das Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG mehr als eine bloße Kontrolle darüber eröffnet, dass der Vertrag unter Bedingungen funktionsfähigen Wettbewerbs zustande gekommen sei. Vielmehr soll eine richterliche Überprüfung des materiellen Äquivalenzverhältnisses der Höhe der Entgeltumwandlung und des in der AVB-Klausel vorgesehenen Rückkaufswertes eröffnet sein.

### III. Europarechtliche Vorgaben

**1. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit.** Zur europarechtlichen Überprüfung fragt sich zunächst, ob die Regelungen zum Mindestrückkaufswert und zum Wertgleichheitsgebot i. S. der materiellen Äquivalenzkontrolle einen tatbestandsgemäßen Eingriff in Art. 49 Abs. 1 EGV darstellen.

**a. Internationalität.** Die Vorschrift setzt zunächst voraus, dass grenzübergreifender Geschäftsverkehr innerhalb der EU stattfindet. Sachverhalte mit rein nationalen Auswirkungen werden vom europäischen Recht nicht erfasst. Dabei wird das Zwischenstaatlichkeitskriterium recht weit ausgelegt<sup>32</sup> und lediglich eine Art Bagatellvorbehalt statuiert, der nach der Bekanntmachung 2004/C 101/07<sup>33</sup> schon bei erwartbaren Marktauswirkungen von ca. 5% bzw. 10% überwunden sein soll, soweit es um horizontale oder vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geht.<sup>34</sup> Die Bagatellbekanntmachung will nur im Regelfall und ohne abschließende Wirkung nach oben oder nach unten hin gelten (Ziff. 3). Unterschreitungen der Prozentwerte sind insbesondere möglich, wenn es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung von besonderer Schwere handelt oder die beteiligten Unternehmen trotz geringer Marktanteile große

<sup>27</sup> So schon *Reinecke RdA 2005* 129 f.; *ders.* DB **2006** 555, 562; *Schwintowski VuR 2003* 327.

<sup>28</sup> Vgl. nur LAG München (10. Kammer) 11.7.2007 NZA **2008** 362; OLG Celle 13.9.2007 NJOZ **2008** 22; ArbG Siegburg 27.2.2008 – 2 Ca 2831/07; implizit auch ArbG Stuttgart 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 BetrAV **2005** 692; ArbG Kempten 30.11.2006 – 05 Ca 441/06

<sup>29</sup> Vgl. *Kollroß/Frank DB 2007* 1146.

<sup>30</sup> Vgl. *Hopfner* Der ‚gerechte Preis‘ bei der Entgeltumwandlung, Diss. Erlangen 2002 141 f., passim; *ders.* DB **2007** 1810; für Einschränkungen dazu s. u. zu V.3; *Bruck/Möller/Herrmann*, § 7 VVG, Rn. 26.

<sup>31</sup> *Reinecke RdA 2005* 129 f.; *ders.* DB **2006** 555, 562.

<sup>32</sup> *Adel ZVersWiss 1994* 77, 87; *Beckmann/Matuschke-Beckmann/Präve* § 10 Rn. 39.

<sup>33</sup> Veröffentlicht unter [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:DE:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:DE:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:DE:PDF) zuletzt abgerufen am 22.7.2008, früher ABl. C 29/3; dazu *Dreher* FS Immenga (2004) 98 ff.

<sup>34</sup> Bagatellbekanntmachung ABl. **2001** C 368/13; näher *Dreher* FS Immenga (2004) 98 ff.



Marktbedeutung haben.<sup>35</sup> Angesichts der bereits heute festzustellenden europäischen Verflechtungen der Versicherungswirtschaft<sup>36</sup> dürfte das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit demzufolge auch dann regelmäßig verwirklicht sein, wenn die Vereinbarung unmittelbar etwa nur regional tätige Mitversicherungsgemeinschaften betrifft<sup>37</sup>, so dass die früher oft beklagte Rechtsunsicherheit heute kaum noch besteht.<sup>38</sup>

Der zunehmende internationale Wettbewerb mit LV aus Großbritannien und anderen Mitgliedstaaten der EU lässt sich u. a. mit den Zulassungszahlen von Anbietern aus dem EWR-Ländern belegen. 638 Unternehmen aus dem Dienstleistungsbereich von EWR Ländern außerhalb Deutschlands waren 2003 beim BAV gemeldet.<sup>39</sup> Im Juli 2008 waren es nach Angaben auf der www-Seite der BAFin bereits 892. Noch nicht enthalten sind in diesen Zahlen die Konzerngesellschaften, die angeblich die „Flucht“ aus Deutschland ergriffen haben.<sup>40</sup> Auch solche Wanderbewegungen sind vom Schutz des Europarechts nicht auszunehmen, da das home country principle gilt, das besagt, dass im innereuropäischen Ausland zugelassene Versicherungsgesellschaften in jedem Mitgliedstaat tätig sein dürfen.<sup>41</sup>

Die Entwicklung internationaler Marktzutritte dürfte zumindest mittelfristig auch vor den Toren der Betriebe nicht halt machen<sup>42</sup>. Auf die Erheblichkeit dieses potentiellen Wettbewerbs kommt es an, wenn der EuGH<sup>43</sup> mit einem Streitfall grenzübergreifenden Marktzutritts mit gezillerten Rückkaufswerten, wie etwa denen englischen Rechts (surrender value)<sup>44</sup> befasst wird.

**b. Keine „Verkaufsmodalität“ bei Zugangsbehinderung.** Noch wenig diskutiert<sup>45</sup>, aber nicht minder wichtig ist, ob ein tatbestandlicher Eingriff in Art. 49 EGV vorliegt. Das wird nicht nur bei Diskriminierungen, sondern zudem auch bei Zugangsbeeinträchtigungen<sup>46</sup> aus dem innereuropäischen Ausland bejaht, da die Keck-Rspr.<sup>47</sup> des EuGH betr. die Unerheblichkeit von Verkaufsmodalitäten nur zur Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV ergangen ist und mangels griffiger Abgrenzbarkeit zu Recht nicht zur Übertragung auf die anderen Grundfreiheiten empfohlen wird.<sup>48</sup>

---

<sup>35</sup> Kommission ABl. **1988** L 65/19, 38 – „Eurofix-Bauco/Hilti“.

<sup>36</sup> Überblick bei *Lechner* Der Londoner Markt im Umbruch, Sigma 3/2002, verfügbar unter <http://www.swissre.com/>.

<sup>37</sup> Zu weitgehend daher das Beispiel bei Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Hörst Kommentar zum europäischen und deutschen Kartellrecht (2005) GVO-VersW Rn. 10.

<sup>38</sup> Vgl. Beckmann/Matuschke-Beckmann/Präve § 10 Rn. 39; *Hoffmann* Verbraucherschutz in der Privatversicherung nach dem Wegfall der Vorabkontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Diss. Düsseldorf 1998 79.

<sup>39</sup> Vgl. *Mönnich*, in Hdb. Versicherungsrecht (2004) 65, Fn. 242.

<sup>40</sup> Dazu *Langsch*, Lebensversicherer ergreifen die Flucht, Handelsbl., 6.12.2007 21

<sup>41</sup> Vgl. nur § 110a Abs. 1 VAG, der aufgrund der großen Deregulierung durch die sog. Richtlinien 3. Generation eingeführt worden ist; vgl. Bruck/Möller/Herrmann, Einl.B, Rdn. 4 ff.

<sup>42</sup> Vgl. nur Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/3 (2004) Tz. 218.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH 5.12.2006, Rs. C-94/04 und C-202/04 „Cipolla“ EurR 2007, 82, Rn. 58 f., wo das Gericht wegen der bejahten Zutrittsbehinderung sogar ohne nähere Angaben von der Erheblichkeit ausgeht; zur Erheblichkeit potentiellen Wettbewerbs s. auch Rn. 2.

<sup>44</sup> Mindestrückkaufswerte (Rn. 29) sind dort nicht vorgesehen, sondern es wird nur auf aktuarisch zutreffende Kostenzurechnung verwiesen vgl. nur *Collinvaux's Law of Insurance*, **1997** § 10.04, S. 218 f. und die Warnung der Association of British Insurers in [www.abi.org.uk](http://www.abi.org.uk), abgerufen am 28.7.2008.

<sup>45</sup> Auch jüngst keine Angaben dazu bei *Mönnich*, in Hdb. Versicherungsrecht (2004) Rn. 7-9; zu eng sogar *Ebers*, Die Reform des VVG vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2004).

<sup>46</sup> Vgl. nochmals EuGH 5.12.2006, Rs. C-94/04 und C-202/04 „Cipolla“ EurR 2007, 82, Rn. 58 f.

<sup>47</sup> EuGH vom 24.11.1993, Rs C-267/91 „Keck“ und C 268/91, NJW 1994, 121 „Hühnermund“.

<sup>48</sup> *Kort*, JZ 1998 132, 136; *Randelzhofer/Forsthoff*, Grabitz/Hilf, Art. 49,50 EGV, Rn. 96.

Eine solche Zugangsbeschränkung könnte darin liegen, dass die Zillmerungsregeln die Honorarfinanzierung für die Versicherungsvermittler betreffen und deshalb schon im nationalen Wettbewerb den Absatzerfolg erheblich beeinflussen.<sup>49</sup> Bei internationalem Marktzutritt gilt das erst recht, zumal hier sehr viel von der Kenntnis des ausländischen Produkts und dem sachkundigen Vergleich abhängt. Drückt ein Zillmerungsverbot oder ein Mindestrückkaufswert auf die Margen für die Prämien und die Mittlerhonorare, so wird der Absatzerfolg des ausländischen Zutrittskandidaten extrem erschwert.

Vergleichend kommt auch die *Cipolla*-Entscheidung von 2006<sup>50</sup> in Betracht, in der der EuGH nicht einmal erwogen hat, seine Ansicht in *Keck* und *Hühnermund* auf Art. 49 EGV anzuwenden. Der klagende Rechtsanwalt *Cipolla* hatte seine Dienste in Oberitalien aus dem nahe gelegenen Ausland erbracht und hierfür eine besondere Attraktivität dadurch zu erreichen versucht, dass er die Mindestgebühren italienischen Rechts systematisch unterschritt. Der EuGH nahm einen tatbestandsgemäßen Eingriff der Gebührenregelung unter Hinweis darauf an, dass ausländischen Rechtsanwälten damit die Möglichkeit genommen werde, sich durch Niedrigpreiswettbewerb Zutritt auf italienischen Anwaltsmärkten zu verschaffen.

**2. Rechtfertigung nach der *Dijon*-Doktrin.** Durch die Tatbestandsmäßigkeit i. S. Art. 49 EGV ist Rechtfertigungsbedarf entstanden, der – soweit ersichtlich – weder vom BGH noch vom VVG-Gesetzgeber näher beachtet worden ist. Der EuGH hat dazu seit der grundlegenden *Dijon*-Entscheidung von 1979 Festlegungen getroffen, die auch für das versicherungsrechtliche Transparenzgebot und die Regelungen für den Mindestrückkaufswert von unmittelbarem Belang sind. Deshalb bedarf die *Dijon*-Entscheidung selbst und die Entwicklung seither genauerer Betrachtung.

**a. Die *Dijon*-Entscheidung und der Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes.** In der *Dijon*-Entscheidung<sup>51</sup> hat der EuGH erstmals anerkannt, dass verbraucherschützende Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit dann gerechtfertigt sein können, wenn es sich um wichtige Schutzzwecke zum Allgemeinwohl handelt und ein strenges Erforderlichkeits- und Übermaßverbot eingehalten ist. Es ging um die Verweigerung einer deutschen Einfuhrgenehmigung für das französische Getränk Cassis de Dijon unter der Bezeichnung als „Likör“. Als Begründung war angeführt, dass in Deutschland zu Zwecken des Verbraucherschutzes gesetzlich geregelt war, dass ein Mindestalkoholgehalt für den Handel unter der Bezeichnung Likör eingehalten werden musste. Diese Marge war bei Cassis de Dijon nicht über-, sondern unterschritten. Die Warnfunktion der Vorschrift werde aber gleichwohl auch durch die Unterschreitung beeinträchtigt.<sup>52</sup>

Der EuGH erkannte allerdings nur dem Grunde nach den Schutz des Verbrauchers vor Alkoholgefahren als wichtiges Allgemeingut und deshalb als Rechtfertigungsgrund für Verletzungen des Art. 49 Abs. 1 EGV an. Jedoch sei vorauszusetzen, dass

- die Beschränkung zur Erreichung des Schutzzwecks geeignet sei (Geeignetheit/Zweckerreichung);
- keine Maßnahme mit geringerer Eingriffsintensität, aber gleicher Schutzwirkung ersichtlich sei (sog. schonendster Mitteleinsatz) und
- Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Abwägung mit dem Schutzzweck gewahrt werde.

---

<sup>49</sup> So auch *Kisch/Kruip*, NZA 2007, 786 zu V.1b/bb.

<sup>50</sup> EuGH v. 5.12.2006, Rs. C-94/04 und C-202/04 „*Cipolla*“, EurR 2007, 82.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. 120/78 *Rewe-Zentrale/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, „*Cassis de Dijon*“, Slg. 1979, 649; NJW 1979, 1766.

<sup>52</sup> Vielleicht ähnlich wie bei einer Verwässerung des Verbotshalts durch zu weite Ausdehnung des Anwendungsbereichs.

Alle drei Voraussetzungen werden üblicher Weise – und auch hier – als Übermaßverbot bezeichnet.<sup>53</sup>

Zum Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes (GsM) stellte sich der EuGH auf den Standpunkt, dass es vollkommen ausreiche, wenn der Alkoholgehalt klar und deutlich auf den einzuführenden Flaschen aufgedruckt werde. Das Argument der Bundesmonopolverwaltung wurde nach eigener Einschätzung des Gerichts zurückgesetzt, weil der durch die %-Angabe bewirkte Transparenzschutz gleiche Schutzwirkung habe und aus Gründen des GsM vorzugswürdig sei.

Leider machte der EuGH weder zur Dogmatik des Zweckerreichungsgrundsatzes und des GsM noch zur letztlich bevorzugten Informationslösung genauere rechtsdogmatische und informationswissenschaftliche Ausführungen. Doch wurde in der kommentierenden Literatur schon sehr früh erkannt, dass hier eine „neue Strategie“<sup>54</sup> des Verbraucherschutzes und anderer Schutzbereiche zum Ausdruck kommt, die mehr auf dezentrale Regulierung setzt, und grundsätzlich freien Warenverkehr zulässt, wenn ein Produkt in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist.

Bereits damals diskutierte man heftig, ob die neue Form der Deregulierung nicht aus Wettbewerbsgründen zu einem sog. race to the bottom, d.h. dazu führt, dass aus Kostengründen immer das niedrigste Schutzniveau angestrebt und dadurch im Wettbewerb der Unternehmen und der Regulierer letztlich jeder Schutz vernachlässigt wird.<sup>55</sup> Doch wurde schon in diesem Zusammenhang – allerdings mehr mit Blick auf die technische Normung – erkannt, dass neben der Standardisierung auch der Stärkung von öffentlichen Informationssystemen, wie dem der EG zur allgemeinzugänglichen Unfallinformation vermehrte Bedeutung zukommt<sup>56</sup>, und dass insofern der adverse Wettbewerb als race to the bottom verhindert werden könne.<sup>57</sup> Es gab sogar erste Stimmen, die auf Verbraucherschutz durch öffentliche Imagepflege und dessen rechtliche Grundlagen hinwiesen und für deren rechtliche Vorzugswürdigkeit im Rahmen des GsM eintraten.<sup>58</sup> Bei all diesen Aspekten ging es zwar in praktischer Hinsicht um die Bewältigung der Aufgaben der Rechtsangleichung bei Wahrung eines hohen Schutzniveaus und geringstmöglichen Eingriffs in das europäische Freiheitsrecht des Art. 28 EGV n.F. (Art. 30 a.F.). Man sah, dass der Grundsatz anzuerkennender nationaler Rechtmäßigkeit des In-Verkehr-Bringens – ggfls. in Verbindung mit bestimmten zusätzlichen Informationspflichten – am besten geeignet war, diesem Normzweck der

---

<sup>53</sup> Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union (Loseblattausg.), Bd. 1, Art. 28 EGV, Rdn. 19 f. m.w.Nachw.

<sup>54</sup> Grabitz/Hilf/Leible, a.a.O. Rdn. 26 m.w.Nachw.; auch sog. neue Konzeption, s. Kommission, Weißbuch von 1985, Rdn. 63, 65; dazu krit. Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der EG, 1988, S. 32, 437 f., passim; z.T. übereinst. Herrmann, ZHR 153 (1989), 596, 599.

<sup>55</sup> Vgl. nur Stuyck, Free Movement of Goods and Consumer Protection, in: Woodroffe (Hrsg.), Consumer Law in the EEC, 1984, 77, 95 f.; Everling, RabelsZ 1986, 193, 220 ff.; Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, a.a.O., vorige Fn. S. 315.

<sup>56</sup> Vgl. nur ABl. EG L 109/23 v. 26.4.1986; dazu, wenngleich distanziert, Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, a.a.O., vorige Fn. S. 289 ff. 442; positiver Herrmann, ZHR 153 (1989), 596, 600.

<sup>57</sup> Zur Diskussion des Regulierungswettbewerbs allgemein s. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 45 ff. m.w.Nachw. Weiter i.S. wettbewerblicher Gegeneffekte ging damals schon die öffentliche Berichtspflicht des § 15 (b) U.S.-amerikanischer Consumer Product Safety Act v. 1972 (Pub. L. No 92-573, 86 Stat. 1207 (1972)), wonach Hersteller und Händler öffentlich über Produktgefahren zu berichten hatten, wenn sie aufgrund von Beschwerden ihrer Kunden Kenntnis hiervor erhielten. Auch die Erfahrungen zu dieser Publizitätspflicht wurden bereits früh mit den Instrumenten des europäischen Verbraucherschutzes und des Schutz der Grundfreiheiten des EGV durch geringstmögliche Eingriffe in Verbindung gebracht; s. die Hinweise bei Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, a.a.O., vorige Fn. S. 202 ff., 231 ff.

<sup>58</sup> Vgl. nur Sack, DAR 1983, 1,3; Herrmann, BB 1985, 1801, 1810 ff.

Warenverkehrsfreiheit zu genügen. Trotz verbreiteter Kritik am Konzept der „neuen Strategie“ hat die Kommission diese aber fortgeführt<sup>59</sup>, und auch der EuGH die *Dijon*-Doktrin in der Folgezeit immer wieder bestätigt.<sup>60</sup> Dabei wurden, wie gezeigt, nicht nur Erkenntnisse defizitären Wettbewerbs verwendet, sondern auch gängige wirtschaftswissenschaftliche Konzepte wettbewerbsadäquater Kompensation aufgegriffen und rechtlich bestätigt.

**b. Vorrang informationeller Regulierung.** Eine weitere Verbindung dieser Lehren mit informationsökonomischen Konzepten dezentraler Steuerung und wirtschaftsrechtlicher governance durch Publizität haben *Grundmann*, *Merkt*, *Fleischer* u. a. gesehen, indem sie die regulatorischen Vorteile des geringst möglichen Eingriffs durch Informationspflichten herausgearbeitet haben. Durch den Vorrang solcher Pflichten zwingt die *Dijon*-Doktrin und deren Verallgemeinerungen die Mitgliedstaaten zur Minimalregulierung (minimum regulation) und vereinfacht dadurch zugleich die Rechtsangleichung, da die prohibitive Regulierung im Wege von Verbotsgesetzen von Staat zu Staat unterschiedliche Ausprägung gefunden habe.<sup>61</sup>

Die Ansichten von *Grundmann*, *Merkt* und *Fleischer*, sind insbes. auf die Urteile zum Erfordernis europaweiter Anerkennung des englischen Rechts der limited liability company (lim.lc) gestützt, welche trotz Fehlens von Regeln zum Mindesteigenkapital nach Art. 43 EGV geboten sei. Zunächst wurde die Ansicht eines dänischen Handelsregisters zurückgewiesen, die lim.lc sei in Dänemark nicht eintragungsfähig, weil sie als Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln nationalen Rechts zu gelten habe. Der EuGH urteilte dazu in *Centros*<sup>62</sup>, innerhalb der EU könne kein Mitgliedstaat das Gesellschaftsrecht eines anderen für prinzipiell unzulänglich halten, den Mindeststandard für Gläubigerschutz zu bezwecken. Ähnlich wie bei den Sicherheitsstandards im Verbraucherschutz wird also eine Art gegenseitige Anerkennung normiert, wenn nur zwingend Vorsorge dafür getroffen ist, dass der fehlende Kapitalaufbringungsschutz in dem für die Gesellschaft vorgesehenen Register publiziert wird.

Auch zur Niederlassungsfreiheit dürfen demzufolge mehr oder weniger strenge Schutzregeln der Mitgliedstaaten nebeneinander bestehen, wobei Einhaltung von stark vereinheitlichten Publizitätsregeln für die Gründung und Eintragung im gesamten Binnenmarkt ausreicht. Es gilt eine dem sog. Herkunftslandprinzip<sup>63</sup> ähnliche Konzeption dezentraler Regulierung, bei der die Anforderungen zur Publizität wegen geringerer

---

<sup>59</sup> Vgl. nochmals Kommission, Weißbuch 1985, Rdn. 63, 65; dazu Grabitz/Hilf/Leible, a.a.O. Art. 28, Rdn. 26 m.w.Nachw.

<sup>60</sup> Vgl. nur die Entscheidungspraxis zu den Reinheitsgeboten für Bier, EuGH, Rs. 178/84 v. 12.3.1987, NJW 1987, 1133 ff.; aber auch schon EuGH, Rs. 120/78 v. 26.6.1980, Slg. 1980, 2071 (2078) – *Gilli&Andres*; Rs. 27/80 v. 16.12.1980, Slg. 1980, 3839 (3854) – *Fijetie*; Rs. 261/81 v. 10.11.1982, Slg. 1982, 3961 (3973) – *Rau-De Smedt*.

<sup>61</sup> Vgl. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht – Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, 1998, S. 41; *Merkt*, ECFR 2004, 1, 17; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2000, 497 ff., passim; *ders.*, ZEuP 2000, 773, 784 ff.

<sup>62</sup> Rs. 212/97, Slg. 1999 I, 1459 – *Centros*; dazu *Merkt*, 3 Int. Comp.Corp.L.J. 119 (2001); *ders.*, ECFR 2004, 1, 19.

<sup>63</sup> Danach benötigen z.B. – im Unterschied zum früheren Gastlandsprinzip (host country principle) – die international tätige Bank- und Versicherungsunternehmen nicht in jedem EU-Land eine nach dortigem Recht erteilte Erlaubnis. Sondern eine einzige genügt, wenn diese nur nach dem Recht des Herkunftslandes rechtmäßig erteilt wurde (s. Richtlinie Schaden 92/49 EWG v. 18.6.1992, ABL.EG L 228; und 3. Richtlinie Leben 92/96 EWG v. 10.11.1992, ABL.EG L 360/1; näher Prölls/*Kollhossner*, VAG, Kommentar, 12. Aufl., 2005, vor § 110, Rdn. 2). Auch dahinter steht der Gedanke, dass in keinem Mitgliedstaat davon ausgegangen werden darf, das Rechtssystem eines anderen Landes der Gemeinschaft sei generell unzureichend für die Belange des Verbraucherschutzes, die hier wie dort mit unterschiedlichen Mitteln angestrebt werden.

Freiheitsbeschränkung einer Rechtfertigung von prohibitiven<sup>64</sup> Maßnahmen nach Art. 43 Abs. 1 EGV vorgehen. Nach der 11. Gesellschaftsrechtsrichtlinie, in Deutschland umgesetzt durch § 13 HGB, sind die Gesellschaften verpflichtet, mit dem Namen zusammen eine klare Identifikation der Nationalität, des zuständigen Registers und der Registernummer auf allen Briefen und Geschäftsdokumenten zu veröffentlichen, so dass (potentielle) Gläubiger und andere Geschäftspartner jederzeit in der Lage sind, den Umfang gesetzlich erforderter und tatsächlich erfolgter Kapitalaufbringung festzustellen.<sup>65</sup>

Die Entscheidung wurde inzwischen mehrfach bestätigt<sup>66</sup>, so dass das vor dem Verbotsprinzip des Gastlandes vorrangige Publizitätsprinzip inzwischen als gefestigte Rspr. angesehen werden kann. Im Fall *Inspire Art*<sup>67</sup> hatte das Gericht zu prüfen, ob das angegriffene niederländische Gesetz verlangen durfte, dass die Gesellschaft sich sozusagen warnend als solche ausländischen Rechts bezeichnen musste. Dies wurde unter Hinweis darauf abgelehnt, dass sich dieser Umstand aus den erwähnten Pflichtangaben gem. der zuvor erwähnten 11. Gesellschaftsrechtsrichtlinie hinreichend deutlich ergebe, und ein darüber hinausgehender Schutz wegen des Maximalgehalts der Richtlinie nicht verlangt werden dürfe.<sup>68</sup> Wichtig ist aber vor allem, dass das wirtschaftsrechtliche Steuerungskonzept der Publizität vom EuGH direkt aus Art. 43 EGV i.V. mit der *Dijon*-Doktrin hergeleitet wird, und dass dadurch zugleich ermöglicht wird, dass unterschiedliche Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten europaweite Anerkennung erlangen.

**c. Sonstiger Anwendungsbereich des Übermaßverbots und Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.** Trotz des Vorrangs informationsrechtlicher Regulierung ist der allgemeine GsM nicht etwa überholt. Vielmehr hat er, wie schon mit der Vorrangigkeit impliziert ist, überall dort Bedeutung behalten, wo keine Regulierungsalternative informationeller Art in Betracht kommt. Allerdings muss man in dieser Hinsicht mehr als sonst fragen, ob dem nationalen Gesetzgeber eine Prärogative überlassen bleibt und, wenn ja, wo dessen Grenzen liegen.

Deutsches Recht sieht einen solchen „Spielraum“ des Gesetzgebers im Hinblick auf die Verletzung von Grundrechten vor, weil die verfassungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz zu beachten ist, und diese in Abwägung zu etwa verletzten Grundrechten ins Gewicht fällt.<sup>69</sup> Auch auf europarechtlicher Ebene hat dieser Aspekt inzwischen Anerkennung gefunden<sup>70</sup>, obgleich der EuGH dazu noch keine systematisch abgestimmte Rspr. entwickelt hat. Doch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Bandbreite zulässiger Entscheidungen um so größer ist, je mehr die regulatorischen Normzwecke

---

<sup>64</sup> Merkt spricht insofern von “openly ‘paternalistic’ measures”, ECFR 2004, 1, 19; ebenso speziell zur Gebührenunterschreitung Monopolkommission, 15. Hauptgutachten „Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungsverkehr“, 2004/5, Rdn. 1044.

<sup>65</sup> *Rasmussen&Ottmosen*, Lawyers’ Europe (Frühjahr 1999), S. 5, 6; Merkt, ECFR 2004, 1, 20.

<sup>66</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. 208/00, Slg. 2002 I, 09919 Rdn. 92 ff. – *Überseering*; Rs. 167/01, NJW 2003, 3331 Rdn. 101, 135 ff. – *Inspire Art*; EuGH v. 1.6.2006 – Rs. C-453/04, Tz. 32 ff. *innovewntif Limited*.

<sup>67</sup> A.a.O., vorige Fn.

<sup>68</sup> Dazu s. auch die gesellschaftsrechtl. Entscheidung des EuGH, Slg. 1992 I, 4897, 4912; zust. *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2684; zu den Auswirkungen des Verbraucherschutzes im Versicherungsrecht s. nur *Langheid*, NJW 2003, 399; *Herrmann*, VersR 2003, 1333, 1336 ff.

<sup>69</sup> Vgl. – grdl. – BVerfGE BVerfGE 50, 290, 350 Mitbestimmungsurteil

<sup>70</sup> Vgl. nur EuGH Rs. C-275/92 „Schindler“, Slg. 1994, I-1039, 1096 f., Rn. 59-61; w. Nachw. b. *Randelzhofer/Forsthofer*, Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 172.

nicht wirtschaftlicher Natur sind, sondern die Sozialordnung der Mitgliedstaaten berühren.<sup>71</sup> Dazu gehört auch der Verbraucherschutz auf den Versicherungsmärkten.

Außerdem überlässt es der EuGH den nationalen Gerichten festzustellen, ob bestimmten Erfordernissen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i. S. des erörterten Übermaßverbots bereits dadurch erfüllt sind, dass das Recht eines Mitgliedstaates hinreichend Vorsorge dafür trifft, dass Ziele der Dienstleistungsfreiheit anderweitig erreicht werden.<sup>72</sup> Auch damit wird eine gewisse Bandbreite der Regulierung in die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers delegiert. Denn wenn nunmehr auf das nationale Recht verwiesen wird, ist zwingend auch der Gestaltungsspielraum des betr. mitgliedstaatlichen Rechts impliziert.

Vorsorglich ist allerdings festzuhalten, dass die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers jedenfalls immer dann keine hinreichende Rechtfertigung mehr bietet, wenn grundrechtswidrige oder offensichtlich oder schwerwiegend unverhältnismäßige Folgen festzustellen sind.<sup>73</sup> Zu den schwerwiegenden Einschätzungsmängeln dürfte es sicher rechnen, wenn der Vorrang informationsrechtlicher Regulierung als solcher verkannt wird.<sup>74</sup> Aber Modifikationen des Mindestrückkaufwertes, wie die des § 169 Abs. 3 VVG 2008 und des Häufelungsgebots<sup>75</sup> könnten durchaus in die Bandbreite zulässigen Einschätzungsspielraums fallen.<sup>76</sup>

#### IV. Folgerungen zum Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

**1. Übermaß bei transparenter Zillmerungsklausel.** Der zum Europarecht herausgearbeitete GS und der Vorrang informationeller Regulierung haben erhebliche Bedeutung für die über das Transparenzgebot hinausgehenden Festlegungen von Mindestrückkaufwerten. Das gilt zunächst für die Rspr. des BGH zu § 172 VVG a.F.

**a. Altfälle gem. § 172 VVG 2007.** Oben (zu II.1) wurde herausgearbeitet, dass der BGH seit 2005 keine absoluten Mindestwerte vorgeschrieben, sondern das Häufelungsgebot nur dann angeordnet hat, wenn der Vertrag ursprünglich mit intransparenter Zillmerungsklausel zustande gekommen war. Obgleich hierzu nicht Bezug genommen wird auf den europarechtlichen Vorrang informationeller Regulierung, ergibt sich eine treffsichere Übereinstimmung. Bei anfänglich transparent gezillmerten Verträgen bedarf es keiner weitergehenden Korrektur, da die informationelle Regulierung im Rahmen des GsM Vorrang hat.

Andererseits scheint das BVerfG<sup>77</sup> der Ansicht zu sein, dass das Häufelungsgebot des BGH weiter geht und auch transparent gezillmerte Verträge erfasst. Eine solche Regulierung soll keine Verletzung des Eigentumsgrundrechts des Art. 14 Abs. 1 GG darstellen, da die hierzu gebotene Güterabwägung mit berechtigten Interessen des Verbraucherschutzes angemessen sein soll und keine Verletzung des auch insoweit geltenden Übermaßverbots gegeben sei. Dazu kann hier aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht Stellung genommen werden.

---

<sup>71</sup> Vgl. nur EuGH Rs. C-275/92 „Schindler“, Slg. 1994, I-1039, 1096 f., Rn. 59-61; *Randelzhofer/Forsthoff*, Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 172 m.w.Nachw.; a.A. *Schroeder*, EuGRZ 1994, 373, 379.

<sup>72</sup> Vgl. nur EuGH Rs. C-309/99, *Wouters*, Savelbergh/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Adocaten, Slg. 2002 I, 1577; NJW 2002, 877; C-94/04 und C-202/04 EurR 2007, 82 „*Cipolla*“.

<sup>73</sup> BVerfGE 50, 290, 369; 63, 88, 115; NVwZ 2000, 336 f.; - grdl. – *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 107 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 9 GG Rdn. 31, 69.

<sup>74</sup> S.u. zu IV.1a..

<sup>75</sup> S.o. II.1 und 2.

<sup>76</sup> S. u. zu IV. 2b

<sup>77</sup> BVerfG VersR 2005, 1127, 1134; 2006, 489.

Doch muss dieser Ansicht aus europarechtlicher Perspektive entgegen getreten werden. Denn der Vorrang informationsrechtlicher Regulierung bedeutet, dass weitergehende Eingriffe nur dann zulässig sind, wenn besondere Nachweise dafür vorliegen würden, dass den Transparenzanforderungen die Eignung fehlt, einen hinreichenden Verbraucherschutz zu bewirken. Dazu gibt es erheblichen Meinungsstreit in der deutschen Literatur, doch hat sich Verf. andernorts mehrfach der Ansicht wirksamen Wettbewerbs mit preisnahen AVB-Klauseln angeschlossen. Legt man dies zugrunde, so kommt der europarechtliche Vorrang der informationellen Regulierung durch das Transparenzgebot zur Anwendung.

Noch einmal seien die wichtigsten Argumente zusammengestellt:

Die Gegner leugnen effektiven Klauselwettbewerb, weil der Kunde die Klauseln nicht zur Kenntnis nehme, dies auch ökonomisch sinnvoll sei, und zudem keine hinreichend Verstehensmöglichkeit bestehe.<sup>78</sup> Speziell zum Versicherungsrecht scheint immer noch die Meinung vorherrschend, es sei für den VN besonders schwer, den Klauselinhalt zu verstehen, da es sich um ein Rechtsprodukte handle.<sup>79</sup> Auch bei Zugrundelegung des sog. Leitbildes mündiger und informationsberechtigter Verbraucher<sup>80</sup> sei es unrealistisch anzunehmen, der durchschnittliche VN lese kreditvertragliche ABG oder AVB (mit Zillmerungsklauseln) und verstehe sie.<sup>81</sup> Ein Zusammenhang mit den alten und neuen Beratungs- und Warnpflichten wird, soweit ersichtlich, nicht gesehen.

Z.T. entgegengesetzt ist die Ansicht, die weniger auf die tatsächliche Informationsverarbeitung, sondern auf Normzwecke abstellt. Insbes. wird die auf die „wirtschaftliche Selbstbestimmung“ des Verbrauchers als Regelungszweck angesehen<sup>82</sup>, so dass u. a. das Zusammenspiel der Einbeziehungskontrolle des § 305 Abs. 2 BGB mit der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB zu beachten sei.<sup>83</sup> Ähnliche normative Systembezüge sind zum Kartellrecht<sup>84</sup> und dort insbes. zum Konditionenwettbewerb bekannt und werden im Folgenden<sup>85</sup> zwischen dem Transparenzgebot und den neuen Vorschriften zur Beratungspflicht von Versicherungsvermittlern untersucht.

Für tatsächliche wettbewerbliche Effizienz von preisnahen und besonders wichtigen anderen AVB spricht zudem schon seit Langem, dass die Veröffentlichungspflicht nicht bloß durch Aushänge gem. § 305 Abs. 2 BGB zu veröffentlichen sind<sup>86</sup>, sondern sogar in Form der Verbraucherinformation bei Vertragsschluss an den VN übermittelt werden müssen, um zu vermeiden, dass das Widerspruchsrecht des § 5a Abs. 3 VVG a. F. bis zu 1 Jahr nach Zahlung der ersten Prämie andauert.<sup>87</sup> Nach neuem Recht sind die Präventivwirkungen dieser Art sogar noch verstärkt, da das Widerrufsrecht nach §§ 7, 8 Abs. 2 VVG 2008 zeitlich unbegrenzt geregelt ist. Nimmt man dies mit dem

---

<sup>78</sup> Vgl. nur *Kötz*, Gutachten DJT 1974, S. A34 f.; *MünchKomm/ders.* Einl. AGBG Rdn. 4.; *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981, S. 242; für Unterschiede aus der Sicht der Informationsökonomik bei wesentlich gleichem Ergebnis s. *Adams*, BB 1989, 781, 784; dagegen im Ansatz richtig *Grunsky*, BB 1971, 1113 f.; *Köndgen*, NJW 1989, 943, 949; zust. *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 360 f.

<sup>79</sup> Vgl. *Schmelzl/Klute*, ZIP 1989, 1509, 1517; trotz anderen Ansatzes auch *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluss, 1989, 27.

<sup>80</sup> Vgl. – grdl. – EuGH v. 6.7.1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, 1944 “Mars”.

<sup>81</sup> Vgl. *Reifner*, VuR 1989, 63; *ders.*, VuR 1990, 185, 186; zu entsprechenden Umfrageergebnissen s. die Nachw. b. *Drexler*, a.a.O., S. 486..

<sup>82</sup> *Drexler*, a.a.O., S. 202 f., 486 passim; .

<sup>83</sup> Ebd. S. 490 f.

<sup>84</sup> Vgl. im Ansatz schon *Grunsky*, BB 1971, 1113 f.; *J. Baur*, Vertragliche Anpassungsregeln, 1983, S. 100 ff., passim; *H. Herrmann*, DZWIR, 1993, 54, 1994, 45 ff., 96 ff.; *J. Nitschke*, Maßstäbe für die Transparenz AVB, 2001, S. 18 f., 30.

<sup>85</sup> S. auch *Bruck/Möller/Herrmann*, Einl. B Rdn. 21 ff., 29 ff.

<sup>86</sup> Zu dieser sog. Aushangspublizität vgl. *Herrmann*, Grundlehren BGB/HGB, 2006, S. 153 ff.

<sup>87</sup> Zur darin liegenden Präventivwirkung vgl. *Drexler*, a.a.O., S. 486.

europarechtlichen Leitbild des mündigen und informationsbereiten Verbrauchers zusammen, so verlieren die zahlreichen empirischen Untersuchungen<sup>88</sup> zu Informationsmängeln beim Verbraucher an Gewicht. Hinzu kommen jetzt – auch in tatsächlicher Hinsicht – die Beratungs- und Warnpflichten nach §§ 42a-d VVG 2007, §§ 6, 60 ff. VVG 2008 sowie das Produktinformationsblatt gem. § 4 VVG-InfoV. Dadurch wird bewirkt, dass der VN zumindest auf wichtige Risiken der AVB aufmerksam gemacht wird, und v. a. dass die Versicherungsmittler davon Kenntnis nehmen und tendenziell von der Vermittlung problematischer Produkte Abstand nehmen.<sup>89</sup> Es kommt also gar nicht so sehr darauf an, dass der Verbraucher selbst die AVB nicht liest und nicht versteht, sondern darauf, ob er zutreffend beraten wird, und ob die (potentielle) Kenntnis der Verbraucherinformation bei den Fachleuten<sup>90</sup> bereits antizipative Wirkungen auf die Gestaltung der AVB entfaltet.

Mehr spricht nach alledem dafür, die Geeignetheit des Transparenzgebots zu befürworten, vor unbilligen Zillmerungsklauseln durch Klauselwettbewerb zu schützen. Ist dies aber der Fall, so kommt der informationellen Regulierung nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB Vorrang zu, und jegliche Anordnung von Mindestrückkaufswerten gerät bei grenzübergreifenden Geschäften in unüberwindlichen Konflikt mit Art. 49 EGV. Anders ist dies zwar bei rein nationalen Absatzvorgängen zu beurteilen, weil insoweit das Europarecht gar nicht anwendbar ist. Jedoch ist kaum vorstellbar, dass das Häufelungsgebot des BGH bei transparenten nationalen Verträgen aufrecht erhalten wird, wenn dessen Europarechtswidrigkeit im grenzübergreifenden Wettbewerb festgestellt würde.

Das Verdikt des Art. 49 EGV trifft allerdings nicht die Bestimmung des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 AltZertG. Danach ist unabhängig von der Transparenz ein Mindestrückkaufswert in der Weise vorgesehen, dass Abschluss und Vertriebskosten auf einen Mindestzeitraum von 5 Jahren gleichmäßig zu verteilen sind. Aber dadurch wird der Vertrieb andersartig gezillmerter Produkte nicht verboten, sondern ihnen kommt nur nicht die steuerliche Vergünstigung zugute, die für zertifizierte Verträge mit dem AltZertG eröffnet ist. Außerdem wollte der Gesetzgeber die Kundenbetreuung innerhalb des 5-jährigen Zeitraums fördern.<sup>91</sup> Steuerliche Sonderregelungen, die sich auf abweichende Produkte aus dem In- und Ausland negativ auswirken, sind mit Art. 49 EGV jedenfalls insofern vereinbar, als sinnvolle Normzwecke verfolgt werden. Die Förderung langfristiger Kundenbetreuung kommt als ein solcher steuerlicher Zweck in Betracht.

Keine Bedeutung hat der europarechtliche Vorrang informationsrechtlicher Regulierung auch für §§ 163 Abs. 1 Nr. 2, 164 Abs. 1 S. 2 VVG a. F., wonach Prämien- und Bedingungsänderungen nur zulässig sind, wenn sie „angemessen sind“. Zwar handelt es sich insofern um eine gerichtliche Überprüfung von überhöhten Preisen und von inhaltlich unangemessenen AVB, die auch Zillmerungsklauseln betreffen können. Aber diese Angemessenheitsprüfung betrifft einseitige Vertragsanpassungen sowie unvorhersehbar Leistungsbedarfe i. S. § 163 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F. Darin liegt eine Übereinstimmung mit den vom BGH beanstandeten intransparent zustande gekommenen gezillmerten LV-Verträgen, die sodann nach § 172 VVG a. F. angepasst werden sollten. Für bloß einseitige Abänderungen kommt kein wirksamer Wettbewerb in Betracht, so

---

<sup>88</sup> Dazu s. nochmals *Drexl*, a.a.O., S. 486.

<sup>89</sup> Zum Zusammenhang der Beratungspflichten und des Transparenzgebots s. auch *Bruck/Möller/Herrmann*, § 7 VVG, Rdn. 26.

<sup>90</sup> Auch Banken rechnen dazu, soweit sie mit Kreditsicherungen durch LV befasst werden. Bei niedrigen Rückkaufswerten ist die Sicherungseignung in den ersten Jahren einer LV gering.

<sup>91</sup> Amtl. Begründung in Drs.-BT 14/5150, S. 40; dazu *Prölss/Präve*, VAG 12. Aufl. 2005, § 11a VAG, Rdn. 25f.



dass insoweit auch nicht der europarechtliche Vorrang informationeller Regulierung eingreifen kann.

**b. Neufälle gem. § 169 Abs. 3 VVG 2008.** Angelehnt an § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 AltZertG hat der Reformgesetzgeber des VVG nun eine generelle Gleichverteilung der Abschluss- und Vertriebskosten auf 5 Jahre vorgesehen. Dadurch werden aber wegen der halbzwingenden Wirkung des § 171 VVG n.F. alle benachteiligend abweichende AVBs nicht nur steuerlich benachteiligt – wie bei der Regelung des AltZertG (oben zu a) –, sondern vollends verboten. Das verletzt nach hier vertr. Ansicht den Vorrang informationeller Regulierung i. S. der europäischen Rspr. zu Artt. 28, 43, 49 EGV.<sup>92</sup>

Prüft man in diesem Zusammenhang, ob es noch innerhalb der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative<sup>93</sup> liegt, so spielt es sicherlich eine Rolle, dass erhebliche Meinungsunterschiede bestehen, ob Wettbewerb mit Zillmerungsklauseln tatsächlich möglich und rechtlich gewollt ist.<sup>94</sup> Aber dabei handelt es sich um eine derart grundlegende Frage, dass kaum anzunehmen ist, gem. Art. 49 EGV könne diese der Einschätzung der nationalen Gesetzgeber überlassen geblieben sein. Der Vorrang informationsrechtlicher Regulierung als solcher ist als solcher sicher zwingender europarechtlicher Natur. Er wäre allzu leicht mit dem Argument zu umgehen, informationelle Regulierung können keine wettbewerblichen Wirkungen entfalten. § 169 Abs. 3 VVG n. F. liegt deshalb außerhalb der Einschätzungsprärogative, soweit der Mindestrückkaufswert auch für transparente Zillmerungsklauseln vorgeschrieben wird.

Dennoch handelt es sich natürlich derzeit um geltendes Recht, so dass abzuwarten bleibt, ob § 169 Abs. 3 VVG 2008 dem EuGH nach den behandelten Maßstäben zur Überprüfung vorgelegt wird.<sup>95</sup> Für eine europarechtskonforme Auslegung besteht zwar trotz entgegenstehendem klarem Wortlaut Anlass, da die Vorschrift durch die Einengung nicht praktisch aufgehoben würde und eine sinnvolle teleologische Restriktion möglich ist<sup>96</sup>; aber eine dahin gehende Pflicht besteht nicht.<sup>97</sup> Jedoch könnte der BGH nach Art. 234 Abs. 2 EGV zur Vorlage verpflichtet sein, wenn entweder eine Vorinstanz zu einem Vertrag nach altem Recht die verbreitete, wenngleich fehlerhafte Ansicht vertritt, ein Mindestrückkaufswert sei auch bei transparenter Zillmerung geboten<sup>98</sup>; oder wenn es sich um einen Vertragsschluss nach dem 1.1.2008 handelt, bei dem § 169 Abs. 3 VVG 2008 nicht eingehalten wird, aber eine transparente Zillmerung vorliegt.

**2. Übermaß bei intransparenter Zillmerungsklausel.** Ist die Konstellation wie im Fall des BGH von 2005, so kommt der Vorrang informationsrechtlicher Regulierung nicht in Betracht. Zu Recht stellt der BGH darauf ab, dass der Vertrag mangels transparenter Zillmerungsklausel ohne wirksamen Wettbewerb zustande gekommen war, und deshalb eine inhaltliche Kontrolle geboten sei.

**a. Häufelungsgebot des BGH vs. gesetzliche Gleichverteilungsklauseln.** Dennoch fragt sich, ob das erörterte Häufelungsgebot im Vergleich zur neuen Regelung des § 169 Abs. 3 VVG 2008 übermäßig ist, da die 5-jährige statische Anrechnung der Abschluss- und Vertriebskosten weniger schwerwiegend in die Dienstleistungsfreiheit eingreift als

---

<sup>92</sup> S.o. zu III. 2b.

<sup>93</sup> Dazu schon o. zu III.2c.

<sup>94</sup> S. die Nachw. o. zu III.2b.

<sup>95</sup> S. Art. 234 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 EGV.

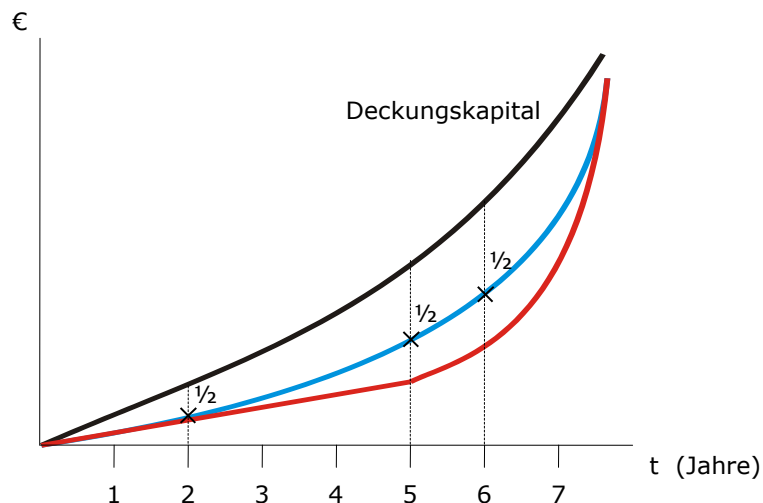
<sup>96</sup> BGH NJW 2002 1881 „Heininger“.

<sup>97</sup> EuGH 4.7.2006 NJW 2006 2465; vgl. Palandt//Heinrichs Einl vor § 1 Rn. 43.

<sup>98</sup> Obgleich diese Auffassung wohl auch vom BVerfG geteilt wird s.o. Rn. 30.

das Häufelungsgebot. Nochmals sei dafür das Schaubild der verschiedenen Regelungen eingefügt:

Rückkaufswert – Rspr., VVG 2008 (s.u. zu II.2)



Für die Europafestigkeit spricht allerdings, dass dem Gesetzgeber nach auch hier vertr. Ansicht ein gewisser Entscheidungsspielraum verbleibt.<sup>99</sup> Zwar kann dadurch, wie ausgeführt, niemals eine gleichheitswidrige Regulierung erfolgen, weil in solchen Fällen stets eine schwerwiegende Überschreitung des GsM vorliegt. Das könnte deshalb gegeben sein, weil § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 AltZertG einen Mindestrückkaufswert durch 5-jährige statische Anrechnung vorschreibt, und diese Regelung bereits im Zeitpunkt der BGH-Entscheidung über das Häufelungsgebot galt. Aber das AltZertG betrifft, wie gesagt, nur Voraussetzungen für die Zubilligung von Steuervorteilen. Steuerlich neutrale Klauseln bleiben auch ohne 5-jährige Gleichverteilung der Kosten zulässig. Deshalb liegt insofern keine Überschreitung des gesetzgeberischen Gestaltungsraumes vor.

Es war also nicht zu weitgehend, dem VR einen hälftigen Mindestrückkaufswert vorzuschreiben. Vorausgesetzt ist nur, dass die Verträge nur bei intransparenter Zillmerung korrigiert werden. Daran hat sich der BGH bisher gehalten. Es liegt lediglich eine weitergehende Analyse seiner Rspr. seitens des BVerfG und in der Literatur vor. Allein gegen diese richtet sich die hier vertr. europarechtliche Ansicht.

**b. Übertriebene Transparenzanforderungen.** Schließlich bedarf es noch einer Stellungnahme zu den Anforderungen an die Transparenz, die der BGH in seinen Entscheidungen von 2001<sup>100</sup> gestellt und seit der neuen Rspr. in 2005<sup>101</sup> nicht modifiziert hat. Verf. hat sich mit anderen dafür ausgesprochen, das Anforderungsniveau abzusenken, da es auch sonst im Verbraucherschutzrecht nirgends Vorschriften gibt, die es dem Anbieter auferlegen, von seinem Produkt oder seiner Dienstleistung geradezu abzuraten.<sup>102</sup> Die VVG-InfoV enthält keine besondere Regelung darüber. Doch wird

<sup>99</sup> S.o. zu III.2c.

<sup>100</sup> Vgl. BGH 9.5.2001 BGHZ 147 354 = VersR 2001 841; BGH 9.5.2001 BGHZ 147 373, z.T. krit. Herrmann FS Blomeyer (2004) 354, 367 ff.; ders. DZWIR 2004 45, 50 ff.

<sup>101</sup> BGH 12.10.2005 BGHZ 164 297 = NJW 2005 2559 Rn. 45.

<sup>102</sup> Präve VW 2002 1836, 1838; Herrmann VersR 2003 1333, 1337 f.

diese Auslegung nicht nur durch die Beratungsvorschriften der §§ 6, 61, sondern auch deshalb nahe gelegt, weil § 169 Abs. 3 jetzt von vornherein einen – wenngleich etwas abgeschwächten – Mindestrückkaufswert vorschreibt.<sup>103</sup>

## V. Folgerungen zum BetrAVG: Wertgleichheit versus Marktkontrolle

**1. Das sog. Wertgleichheitsgebot.** § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG ermöglicht die Einbehaltung von Arbeitsentgelt zum Zwecke der Alterssicherung. Soweit dies geschieht, ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, eine der Höhe des einbehaltenen Entgeltes entsprechende Sicherung für den Arbeitnehmer zu vereinbaren. Dieses sog. Wertgleichheitsgebot ist vom Gesetzgeber nach Auskunft der Motive erst in einem späten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens und ohne nähere Begründung eingeführt worden, so dass die Bedeutung und Reichweite unklar und in Rspr. und Literatur heftig umstritten ist.<sup>104</sup>

**2. Meinungsstand und europarechtliche Aspekte.** Nach einem neueren Urteil des LAG München<sup>105</sup> wird eine Art absolutes Zillmerungsverbot aus dem Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG hergeleitet. Damit sei es unvereinbar, wenn der Arbeitnehmer durch die Zillmerung bei kurzfristiger Auflösung (oder Übernahme nach § 4 BetrAVG) keinerlei oder einen deutlich niedrigeren Rückkaufwert erhält, als die Summe der eingezahlten Prämien ausmacht.<sup>106</sup>

Gegen diese Ansicht wird in der Literatur u. a. eingewendet, dass die Kontrollmöglichkeit nach dem Wertgleichheits- und Transparenzgebot überzogen ist, sowie die Zillmerung eine „versicherungsmathematische Äquivalenz“ bewirkt, auch wenn die Ergebnisse in den ersten Jahren ungünstig erscheinen.<sup>107</sup> Der mathematische Aspekt soll hier nicht weiter kommentiert werden. Aber juristisch wiegt der Einwand schwer, es gebe keinen „gerechten Preis“ bei der Entgeltumwandlung, den ein Gericht als Preiskommissar zu kontrollieren hätte. Auch das Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG habe diesen Sinn nach den Motiven des Gesetzgebers nicht haben sollen. Insbesondere fehle es an der sonst für das Arbeitsrecht typischen Unterlegenheit des Arbeitnehmers, da bei der Entscheidung für die Entgeltumwandlung die Einstellung als solche unberührt bleibt.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Vgl. nochmals die **Kritik** an der Rspr. zu § 176 VVG 2007 bei *Präve VW 2002* 1836, 1838; *Herrmann VersR 2003* 1333,1337 f.

<sup>104</sup> Vgl. einerseits LAG München (4. Kammer) 15.3.2007 *VersR 2007* 968; **zust.** *Mauersberger VersR 2008* 169 ff.; auch *Reinicke DB 2006* 555, 562 f.; *Schwintowski BetrAV 2004* 242, 243; andererseits LAG München (10. Kammer) 11.7.2007 *NZA 2008* 362; OLG Celle 13.9.2007 *NJOZ 2008* 22; ArbG Siegburg 27.2.2008 – 2 Ca 2831/07; implizit auch ArbG Stuttgart 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 *BetrAV 2005* 692; ArbG Kempten 30.11.2006 – 05 Ca 441/06; *Kollroß/Frank DB 2007* 1146; *Neumann/Schwebe ZIP 2007* 981; *Cisch/Kuip NZA 2007 786*; *Reich/Rutzmoser DB 2007* 2314, 2319; *Hopfner DB 2007* 1810; *Jaeger VersR 2006* 1033; *Diller FA 2007* 193; ders. *NZA 2008* 338; *Veit VersR 2008* 324; *Herrmann NWiR Herbstausgabe 2008*, abrufbar unter <http://www.nwir.de/>.

<sup>105</sup> LAG München (4. Kammer) 15.3.2007 *VersR 2007* 968; **zust.** *Mauersberger VersR 2008* 169 ff.; auch *Reinicke DB 2006* 555, 562 f.; *Schwintowski BetrAV 2004* 242, 243; **a.A.** LAG München (10. Kammer) 11.7.2007 *NZA 2008* 362; OLG Celle 13.9.2007 *NJOZ 2008* 22; ArbG Siegburg 27.2.2008 – 2 Ca 2831/07; implizit auch ArbG Stuttgart 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 *BetrAV 2005* 692; ArbG Kempten 30.11.2006 – 05 Ca 441/06; *Kollroß/Frank DB 2007* 1146; *Neumann/Schwebe ZIP 2007* 981; *Cisch/Kuip NZA 2007 786*; *Reich/Rutzmoser DB 2007* 2314, 2319; *Hopfner DB 2007* 1810; *Jaeger VersR 2006* 1033; *Diller FA 2007* 193; ders. *NZA 2008* 338; *Veit VersR 2008* 324; *Herrmann NWiR Herbstausgabe 2008*, abrufbar unter <http://www.nwir.de/>.

<sup>106</sup> LAG München 15.3.2007 II.1. b) aa) = *VersR 2007* 968.

<sup>107</sup> Vgl. *Kollroß/Frank DB 2007* 1146.

<sup>108</sup> S. nochmals *Hopfner aaO* (vorige Fn.) 101 f.; zusätzliche tarifvertragsrechtliche Gründe s. ebd. S. 113 ff.

Hinzu kommt der hier herausgearbeitete Vorrang informationsrechtlicher Regulierung gem. Art. 49 EGV. Ein Zillmerungsverbot, wie es das LAG München annimmt, würde unabhängig davon gelten, ob transparente Zillmerungsklauseln vorliegen oder nicht. Auch wenn es sich auf § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG und ein darin enthaltenes Wertgleichheitsgebot stützen ließe, wäre es europarechtswidrig, wenn am Arbeitsplatz hinreichender Wettbewerb möglich wäre, der bei Klauseltransparenz zu genügendem Verbraucherschutz führen könnte.

Die genannten markt- und wettbewerbsorientierten Ansichten<sup>109</sup> weisen darauf hin, dass es dem Arbeitnehmer im Rahmen der Entgeltumwandlung rechtlich frei gestellt ist, mit wem und zu welchen Bedingungen er die Alterssicherung vereinbart. Die Befürworter des Zillmerungsverbots<sup>110</sup> sehen dagegen den Zusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers und lehnen deshalb die Maßgeblichkeit wettbewerblicher Legitimation für gezillmerte LV-Verträge ab.

Hier soll in Anlehnung an § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB der letztgenannten Meinung beigetreten werden. Die Vorschrift lässt erkennen, dass der Wettbewerb am „Arbeitsplatz“ mit voller Wirksamkeit anerkannt wird, wenn eine Widerrufsmöglichkeit mit Gelegenheit außerbetrieblicher Informationsverarbeitung besteht.<sup>111</sup> Zwar wird bei Versicherungsverträgen am Arbeitsplatz nicht wie bei Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht eingeräumt (Abs. 3 vor Nr. 1). Aber das beruht nur darauf, dass §§ 8, 152 VVG 2008 ohnehin ein Widerrufsrecht begründen, das dem bei Haustürgeschäften sehr ähnlich ist.<sup>112</sup>

**3. Europarechtskonforme Auslegung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG.** Nach alledem besteht Grund zu einer Auslegung des Wertgleichheitsgebots gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG, die mit dem Europarecht harmoniert.<sup>113</sup> Der Ansicht des LAG München ist einzuräumen, dass der Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG weit gefasst ist. Doch wäre ein volles Zillmerungsverbot mit dem europarechtlichen Grundsatz des Vorrangs informationeller Regulierung unvereinbar. Hinreichend gezillmerte Verträge müssen wegen des Vorrangs informationsrechtlicher Regulierung i.S. der Rspr. zu Art. 43, 49 EGV zulässig sein, weil Wettbewerb auch bei Geschäftsabschlüssen am Arbeitsplatz wirksam ist, wenn eine Widerspruchsfrist wie in §§ 312, 351 BGB eingeräumt ist (s. §§ 8, 152 VVG 2008). Mit der hier sog. wettbewerbskonformen Ansicht ist das Wertgleichheitsgebot dem entsprechend eng auszulegen.

Liegt aber eine Wettbewerbsstörung durch intransparente Zillmerungsklauseln vor, so liegt es in der Beurteilungsprärogative des Gesetzgebers<sup>114</sup>, entweder Mindestrückkaufswerte vorzuschreiben, wie dies im allgemeinen LV-Recht teils durch das Häufelungsgebot, teils durch die Anordnung gleich verteilter Anrechnung geschehen ist. Oder es scheint für das Arbeitsrecht sogar u.U. ein volles Zillmerungsverbot bei

---

<sup>109</sup> Vgl. nochmals *Kollroß/Frank* DB 2007 1146; *Neumann/Schwebe* ZIP 2007 981; *Cisch/Kuip* NZA 2007 786; *Reich/Rutzmoser* DB 2007 2314, 2319; *Hopfner* DB 2007 1810; *Jaeger* VersR 2006 1033; *Diller* FA 2007 193; ders. NZA 2008 338; *Veit* VersR 2008 324.

<sup>110</sup> Vgl. nochmals *Mauersberger* VersR 2008 169 ff.; auch *Reinicke* DB 2006 555, 562 f.; *Schwintowski* BetrAV 2004 242, 243.

<sup>111</sup> Zur normativen Lehre wettbewerblicher Selbstbestimmung vgl. nochmals *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 202 f., 486 passim; und schon o. zu IV.1a..

<sup>112</sup> Vgl. *Palandt/Grüneberg*, § 312 BGB, Rdn. 29.

<sup>113</sup> Vgl. *Bruck/Möller/Herrmann*, Einl B Rdn. 27 f.; nicht ausreichend ist es dagegen, wenn man bei § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG lediglich die verbotsgesetzliche Rechtsnatur bestreitet und damit die Nichtigkeitsfolge gem. § 134 BGB leugnet (vgl. *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit* Entgeltumwandlung 2. Aufl. (2006) Rn. 138, 141, *dies.* VersR 2008 324 zu II.1). Denn immer noch bliebe die einschränkungslose Klauselnichtigkeit nach § 306 Abs. 1 BGB. Auch § 138 BGB hilft nicht wirklich weiter (s. aber *Veit* VersR 2008 324 zu III. 2.), weil die Beweisforderungen dafür zu hoch sind.

<sup>114</sup> Näher s.o. zu III.2c.

Intransparenz nicht ausgeschlossen, wenngleich dafür besondere Voraussetzungen vorliegen müssen, die über die „bloße“ Intransparenz der Zillmerung hinausgehen.

Im Einzelnen kann an die Parallelen bei der Billigkeitskontrolle von Leistungsbestimmungsrechten i.S. § 315 Abs. 3 BGB angeknüpft werden. Denn die Zillmerung hat auffällige Ähnlichkeit mit einer Leistungsbestimmung, weil sie bei Intransparenz bloß einseitig vom VR beeinflusst ist. Die deshalb nach § 315 Abs. 3 BGB angeordnete Angemessenheitskontrolle erscheint demnach sachgerecht. Sie wird von der Rspr. bei intransparenten Preisanpassungsklauseln dahin gehend ausgeübt, dass eine Als-ob-Betrachtung angestellt wird, die im Rahmen der Lehre der ergänzenden Vertragsauslegung dem hypothetischen Parteiwillen gem. der allgemeinen Marktpreisentwicklung folgt.<sup>115</sup>

Hierzu wird man auch im Rahmen des Wertgleichheitsgebotes auf das Häufelungsgebot der Rspr. bzw. auf die Neuregelung in § 169 Abs. 3 VVG 2008 verwiesen. Denn dahin geht die Zillmerungspraxis auf den Märkten außerhalb der Entgeltumwandlung. Es handelt es sich insoweit zwar nicht um eine unregulierte Marktentwicklung, doch wird die im Markt übliche Zillmerung nicht verboten, sondern nur i. S. eines Mindestrückkaufswertes reguliert.

Nur wenn für eine solche Markthypothese keine Grundlage gegeben ist, muss die richterliche Angemessenheitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB noch stärker objektiv wertend eingreifen so dass nunmehr auch ein volles Zillmerungsverbot möglich erscheint. Das ist lediglich in Fällen gegeben, in denen es an einer Vergleichbarkeit mit am Markt vorhandenen Zillmerungsklauseln evidentermaßen fehlt.

**4. Fallbeispiele und Überleitungsrecht.** Konkret kann man daraus etwa herleiten, dass die Zillmerung nicht zur Finanzierung von Vermittlungskosten herangezogen werden darf, die ersichtlich gar nicht oder nicht in gleichem Umfang wie bei Vertragsabschlüssen auf nicht von Entgeltumwandlungen bestimmten Märkten entstanden sind.<sup>116</sup> Dem Sachverhalt im Fall des LAG München lässt sich immerhin entnehmen, dass für die Vermittlung der gezillmerten Produkte ein Büro im Betrieb des Arbeitgebers eingerichtet worden war, und demzufolge vergütbarer Vermittlungsaufwand entstanden sein könnte.

Bloßes Durchreichen von Anträgen, die beim Arbeitgeber gesammelt und für den mit dem Unternehmen zusammenarbeitenden VR bestimmt sind, genügt dagegen nicht. Es muss ein zumindest potentielles individuelles Eingehen auf die Wünsche und Bedürfnisse des betr. Arbeitnehmers feststellbar sein, ein Umstand, der durch regelmäßige Sprechstunden in einem besonders eingerichteten Büro eines Versicherungsvermittlers nahe gelegt, aber nicht sicher gegeben ist. Ob im Fall des LAG München dazu hinreichend Beweise zusammen getragen wurden, ist nicht bekannt. Notfalls muss das BAG, folgt es der hier begründeten Ansicht, die Sache zurück verweisen.

In der Literatur wird des Weiteren der Fall erörtert, dass der für das Unternehmen tätige VR Zillmerungsklauseln verwendet, die von denen im Markt zu Lasten des VN erheblich abweichen. Insofern kommt es nach der Vertretbarkeitslehre darauf an, ob die Nachteiligkeit der Abweichung offenbar oder gröblich ist. Denn wiederum ist der funktionsfähige Klauselwettbewerb zu bedenken, der Abweichungen von konkurrierenden Angeboten geradezu notwendig zur Folge hat. Aber es wäre schon merkwürdig, wenn gerade bei Entgeltumwandlungen nachteiligere Zillmerungsklauseln verwendet würden als im freien Markt. Deshalb wäre eine dahin gehende Marktanalyse u.U. prozessentscheidend. Dafür wird man dem betroffenen Arbeitnehmer nicht einmal die volle Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen haben. Vielmehr könnte es

---

<sup>115</sup> Vgl. nur BGHZ 90, 69, 78 ff. „Daimler“; 97, 212, 213 „Hypothekenzins“.

<sup>116</sup> Vgl. Schwintowski VuR 2004 282; **zust. Herrmann** aaO (vorige Fn.).

ausreichen, wenn der VN ein oder zwei Abweichungen von Zillmerungen bei Entgeltumwandlung und bei anderen Verträgen nachweist.

Auf Altverträge finden auch nach dem 1.1.2009 die Transparenzbestimmungen des BGH von 2001<sup>117</sup> unverändert Anwendung, da Art. 4 Abs. 2 EGVVG n.F. auch den § 176 VVG a.F. für anwendbar erklärt. Sie gelten auch für Neuverträge ab dem 1.1.2008 weiter, obgleich das neue VVG für Neuabschlüsse im Gegenschluss zu Art. 1 Abs. 1 EGVVG 2008 ab diesem Zeitpunkt eingreift.<sup>118</sup> Doch sollten mit den Neuregelungen zum Mindestrückkaufswert in § 169 Abs. 3 VVG 2008 nicht etwa die von der Rspr. entwickelten Regeln zur Information des Verbrauchers aufgehoben oder abgeschwächt werden, sondern es ging um weitere Verbesserungen des (informationellen) Verbraucherschutzes.<sup>119</sup> – Auch greift für die zahlreichen Fälle der bei Vertragsschluss unterbliebenen Warnung des VN vor den Nachteilen der Zillmerung nicht analog Art. 1 Abs. 3 EGVVG die neuartige Anpassungsregel; denn der Sachverhalt liegt hier nicht anders als bei der Anpassung gem. § 172 Abs. 1 VVG a.F. nach Bekanntwerden der o.a. Urteile des BGH von 2001: durch die anfänglichen Informationsdefizite war die wettbewerbliche Entscheidungsfähigkeit des VN eingeschränkt, so dass nunmehr keine einseitige Anpassung weiter hilft, die eine mündige Entscheidung des Verbrauchers nicht zur Voraussetzung hat.<sup>120</sup>

**VI. Zusammenfassung und Résumé.** Die Ergebnisse der europarechtlichen Untersuchung weichen von den herrschenden Einschätzungen zum alten und neuen Zillmerungsrecht erheblich und wie folgt ab:

1. Der BGH hat bislang – entgegen verbreiteter Ansicht – keinen Mindestrückkaufswert für Verträge mit transparenter Zillmerungsklausel verlangt.
2. Die Gegenansicht ist europarechtlich zu beanstanden, weil wegen der Rspr. des EuGH zu Artt. 28, 43, 49 EGV ein Vorrang informationsrechtlicher Regulierung gilt.
3. Dennoch bleibt § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 AltZertG unbeanstandet, weil eine steuerrechtliche Regelung vorliegt, die abweichende Klauselgestaltungen ohne steuerliche Privilegierung unberührt lassen darf.
4. Aber die Ansicht des BVerfG, das Häufelungsgebot des BGH sei generell rechtmäßig, kann weder entscheidungsanalytisch noch aus der Sicht des Europarechts gebilligt werden. Verfassungsrechtliche Zweifel zum Übermaßverbot wurden nicht untersucht.
6. § 169 Abs. 3 VVG 2008 ist mit Art. 49 EGV unvereinbar, da der Vorrang informationsrechtlicher Regulierung unbeachtet geblieben ist.
7. Auch das Häufelungsgebot zur Zillmerung alten Rechts ist europarechtswidrig, weil eine evidente Verletzung des europarechtlichen Übermaßverbots vorliegt.
8. Zum Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG ist eine teleologische Reduktion geboten, die dazu führt, dass Zillmerungen beispielsweise dann verboten sind, wenn keine erheblichen Vermittlungsbemühungen feststellbar sind. Auch systematische Abweichungen von Zillmerungsklauseln bei Entgeltumwandlung und bei nicht arbeitsrechtlich bedingten Verträgen dürften regelmäßig gegen das Wertgleichheitsgebot verstoßen.

Résumérend scheint das Europarecht auch nach dieser Untersuchung weit mehr relevant, als in der Rspr. zum VVG a.F. und im neuen VVG berücksichtigt. Es wird eine nationale Gestaltungsbefugnis in Anspruch genommen, die über das hinausgeht, was der

<sup>117</sup> aaO (vorvorige Fn.) mit den dort genannten Vorbehalten.

<sup>118</sup> Zum Überleitungsrecht des EGVVG 2008 s. *Marlow/Spuhl* 301, 258.

<sup>119</sup> Vgl. nur RegE BT Drs. 16/3945 S. 47 f. zu A. I. und A. II.1.

<sup>120</sup> S. nochmals die Entscheidung des BGH 12.10.2005 BGHZ 164 297 = NJW 2005 2559 Rn. 45.

EGV insbes. mit den Grundfreiheiten zulässt. Bei entsprechenden Vorlageentscheidungen könnte der EuGH wichtige Regelungen der Rspr. und des VVG 2008 außer Kraft setzen. Vielleicht noch wichtiger sind die Bedeutung des Vorranges informationsrechtlicher Regulierung für das Versicherungsrecht sowie die Einsicht, dass mehr Wettbewerb zu wagen ist, indem diesem Vorrang auch auf nationaler Ebene Geltung verschafft wird.