

# Neue Preisregulierung im Bank- und Versicherungsrecht

## Vertragsrechtliche Grenzen richterlicher Preiskontrolle

Von Harald Herrmann und Isabel Mattern

---

*Die Finanzkrise und ihre Folgen für die (De-)Regulierung<sup>1</sup> bringen einmal mehr die staatlichen Preiskommissare auf die Barrikaden. Bonusgrenzen, Höchstthonorare und -zinsen, Mindestwerte bei der Prämienrückerstattung und dergleichen geistern durch die Regulierungswelt. Der Beitrag zeigt auf, wo die rechtlichen Grenzen dieser Regulierungswut liegen, wie weit aber auch die Zulässigkeit von Eingriffen in die freie Preisbildung zum Schutz vor inhumanen Wettbewerbsfolgen ausgedehnt worden ist.*

### Übersicht

<b>I. Einführung</b> .....	<b>1</b>
<b>II. Boni, Abfindungen und Poison Pills</b> .....	<b>2</b>
1. Praktiken und Remeduren (2); 2. Sittenwidrigkeit bei extremer Überschreitung von Vergleichsmarktpreisen (3); 3. Zuständigkeitsregeln in der Unternehmensverfassung (4)	
<b>III. Zins- und Prämienklauseln</b> .....	<b>5</b>
1. Zillmerungs-, Wertstellungs- und Vorfälligkeitsklauseln im Vergleich (5); 2. Rechtsprechungsstand zur Transparenz- und Inhaltskontrolle (6); 3. Entgeltcharakter des Mindestrückkaufswertes (9); 4. Zum Wettbewerbsschutz für den Menschen (10)	
<b>IV. Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung</b> .....	<b>15</b>
1. Nochmals: Modellrechnung und Verursachungsorientierung (16); 2. Aktuelle Transparenzprobleme (18); 3. Lösungsvorschläge (19)	
<b>V. Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	<b>21</b>

## I. Einführung

Ogleich in einer dezentralen Wirtschaftsordnung bekanntlich keine direkte Regulierung von Gewinnobergrenzen zugelassen wird, gibt es Preismissbrauchskontrollen und Regeln über maximale oder minimale Entgeltvereinbarungen. Da zur GWB-Preiskontrolle<sup>2</sup> im Bereich der Banken und Versicherungen derzeit keine aktuellen Neuerungen bekannt geworden sind, werden im Folgenden ausschließlich Fragen des allgemeinen Vertragsrechts thematisiert. Die Bonus-Abreden und die Regulierungsvorhaben dazu stehen derart im Mittelpunkt öffentlichen Interesses, dass ein Abtreiben im Entwicklungsstrom des Finanzmarktrechts besonders schwerwiegend droht. Deshalb sind diese Formen wettbewerblicher Preisbildung an erster Stelle aus der Vielzahl der Probleme zu diesem

---

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen sind Ergebnis des Forschungsprojekts des Lehrstuhls für Wirtschaftsprivatrecht und Versicherungsrecht der Universität Erlangen-Nürnberg „Kulturwandel im Finanzmarktrecht“, an dem der Erstverfasser als ehemaliger Leiter und die Zweitverfasserin als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin mitgewirkt haben. Die Projektziele und der allgemeine Forschungszusammenhang sind im Einführungsbeitrag des Herbstheftes 2012 erläutert. Die Lösungsansätze zu III.3/4 und IV.3 sind vorläufige Arbeitshypothesen und fallen vorerst in den alleinigen Verantwortungsbereich des Erstverfassers.

<sup>2</sup> § 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 Abs. 2 Nr. 1 AEUV; zum Kartellrecht s. aber u. zu IV.5.

Themenbereich ausgewählt. Die damit verbundenen Rechtsfragen gehören nicht allein zum Vertragsrecht, sondern greifen z.T. nochmals auf gesellschaftsrechtliche Aspekte über (II). Es folgt eine Untersuchung der AGB-Klauseln in Bank- und Versicherungsverträgen, die entgeltähnliche Abreden betreffen; denn auch hier geht es ganz direkt um Gefahren bei der Vereinbarung von Zinsen und Prämien, Vermittler- und Agentenhonoraren (III). Den Abschluss bilden die sog. Überschussbeteiligungen in der Lebensversicherung, die einerseits schon länger eine geradezu vorbildliche Regulierung i.S. neuen Wirtschaftsrechts für den Menschen gefunden haben, andererseits aber in letzter Zeit besonders heftig umstritten sind (IV).

## **I. Boni und Abfindungen und Poison Pills<sup>3</sup>**

**1. Praktiken und Remeduren.** Die Besoldung von Vorständen, Aufsichtsräten und gehobenen Managern sowie die vielfältigen Zuzahlungsversprechen erregen Anstoß in Politik und Öffentlichkeit, weil sie für maßlos gehalten werden und zudem noch Fehlsteuerungen bewirken. Die Deutsche Bank soll ihren Händlern bis zu 80 Mio. € als Bonus für Verkaufserfolge bewilligt haben; 60 Mio. gab es als Entschädigung bei Ausscheiden des Verwaltungsratspräsidenten beim Schweizer Pharmariesen Novartis und 20 Mio. hätten dem VW-Chef zugestanden, wenn man hier nicht eine maßvollere Regelung im Wege abändernder Vereinbarung gefunden hätte. Die erste Bank in Deutschland soll einen Bonus-Topf für 2012 in Höhe von 3,2 Mrd. € gehabt haben.<sup>4</sup> Die EU-Aufsichtsbehörde EBA plant sogar, ab 2014 eine Obergrenze für Sonderzahlungen einzuführen, die das Grundgehalt nicht überschreiten darf<sup>5</sup>, und die Geltung auf Mitarbeiter unterhalb des Vorstands zu erstrecken, die bis zu 3% der Top-Verdiener ausmachen oder ein höheres Einkommen als das Vorstandsmitglied mit den geringsten Bezügen haben.

Die empfohlenen Remeduren reichen von der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf die Hauptversammlungen über gesetzliche Höchstbegrenzungen in Relation zum Festgehalt bis hin zu außerrechtlich begründeten Rückzahlungsforderungen. Durchweg wird auf Steuerungsfehler abgestellt. Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte aber laufen nicht nur Gefahr, zu hohe Risiken in der Erwartung kurzfristiger Managementenerfolge einzugehen, sondern sie können umgekehrt auch fehlgesteuert werden, wenn ihnen persönliche Nachteile bei Misserfolg drohen. Dem trägt das geltende Haftungsrechts mit der sog. business judgement rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Rechnung; und es wäre deshalb ökonomisch wie rechtssystematisch wenig passend, wenn man haftungsähnliche Steuerungen

---

<sup>3</sup> Zum Folgenden s. auch den knapperen Überblick b. Herrmann, 10 Jahre..., a.a.O. zu IV.2.

<sup>4</sup> Alle Angaben nach M. Inacker/T. Sigmund, HBl. v. 5.3.2013, S. 1.

<sup>5</sup> Doppelung allerdings bei Zustimmung durch die Hauptversammlung, s. HBl. v. 23.5.2013, S. 27.

über Boni-Rückzahlungsrisiken vorsieht, die zu unsachgemäßem Vorsichtsverhalten Anlass geben.<sup>6</sup> Des Weiteren sind Flexibilitätsvorteile vertraglicher Anreizgestaltung zu bedenken. Starre Verbotsregime würden die Flexibilität und Möglichkeiten unternehmensindividueller Feinsteuerung außer Acht lassen.

**2. Sittenwidrigkeit bei extremer Überschreitung von Vergleichsmarktpreisen.** Dennoch bestehen die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit, insbes. das Verbot sittenwidriger Entgeltvereinbarungen, soweit es sich um besonders evident unverhältnismäßige Boni und dergl. handelt. Was außer Verhältnis ist, bestimmt sich dabei für bestehende Verträge nicht nach der überalterten Anstandsformel des RG, dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“, sondern nach dem der einschlägigen Verkehrskreise i.S. gefestigter BGH-Rspr. zu § 138 Abs. 1 BGB.<sup>7</sup> Die verbreitete Forderung nach Obergrenzen im Vergleich durchschnittlicher Sonderzahlungen Vergleichsmarkttests von Boni mit mehr als 100 % Überschreitung marktüblicher Margen mag analog der Fallgruppen sittenwidrig hoher Zinsen für Verbraucherkredite<sup>8</sup> nahe liegen, zumal es dazu auch Entsprechungen im Recht der Billigkeitskontrolle bei Vertragsanpassungsregeln i.S. § 315 Abs. 3 BGB gibt.<sup>9</sup> Aber die Beurteilung ist alles andere als einfach. Das Anstandsgefühl der Verkehrskreise im Wettbewerb differiert nach Kriterien sachlicher und örtlicher Marktabgrenzung und kann zudem stets durch Marktverzerrungen bis hin zu echten Wettbewerbsbeschränkungen verformt sein. Auf internationalen Arbeitsmärkten gibt es für Spitzenmanager sehr hohe Gehaltsmargen, die zudem durch exorbitante Boni flankiert werden. Andererseits sind diese Märkte nicht selten besonders schwer von Verzerrungen durch unterschiedlichste Alumni-Netzwerke, non-tarif barriers und dergl. bedroht. Trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten scheint der marktbezogene Ansatz zur Beurteilung von Vorstandsboni und Abfindungen weit besser geeignet, als populistische Übertriebenheits- und Neidparolen. Selbst die sorgfältigeren Vergleichsanalysen verkennen oft die einfachsten Marktaspekte und übersehen zudem die Probleme vorangehender Besoldung zur Abwehr von Unternehmensübernahmen (sog. poison pills).<sup>10</sup> Durchschnittswerte der Besoldungspraxis von Unternehmen aus Aktienindizes sind jedenfalls ungeeignet für die Zusammenstellung von

<sup>6</sup> Zur Lehrstuhlarbeit auf diesem Gebiet vgl. nur Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, a.a.O., S. 232 ff, 332 ff; K. Leuzinger, Aktienoptionen im Arbeitsverhältnis, 2005, S. 55 ff., passim.

<sup>7</sup> Vgl. nur BGH NJW 2004, 2668, 2670; BAG NZA 2006, 1354; Pal./Ellenberger, § 138, 2 („beteiligte Gruppe“), m.w.Nachw.; zur Ethik des Wirtschaftsrechts im paradigmatischen Wandel vgl. H. Herrmann, AnwBl. 2009, 812.

<sup>8</sup> Z.B. BGHZ 80, 163; 98, 176; BGH NJW 1995, 1019 mit Referenz zum früheren Schwerpunktzins der Bundesbank (jetzt EWU-Zinsstatistik); i. Erg. a.A. bei unter 90 % BGH NJW 1988, 1662; Pal./Ellenberger, a.a.O., Rdn. 26, 29 m.w.Nachw.

<sup>9</sup> Umfängl. Nachw. b. H.Herrmann, DZWIR 1993, S. 54 ff.; zu Verallgemeinerungen für die Angemessenheitskontrolle im AGB-Recht auch ders., ebd. 1994, S. 45 ff., 95 ff.

<sup>10</sup> Zum Einstieg s. Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, a.a.O., S. 496 ff.

Arbeitsmarktdaten.<sup>11</sup> Poison pills haben – in Grenzen – eigenständige Legitimation, doch müssen die darin begründeten Überzahlungen aus der Boni-Beurteilung wohl weitestgehend herausgerechnet werden.<sup>12</sup>

Mit dem Vergleichsmarkttest ist es nicht von vornherein unvereinbar, wenn der Gesetzgeber Höchstgrenzen im Verhältnis zu den nicht erfolgsabhängigen Gehaltsbestandteilen festlegt. Auch dabei würde es sich um einen Regulierungsmix handeln, der zudem der Vorgehensweise bei den im folgenden Abschnitt (III.3/4) untersuchten Mindestrückkaufswerten strukturell durchaus ähnelt. Im Rahmen der gebotenen Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots muss allerdings darauf geachtet werden, dass die prinzipielle wettbewerbliche Steuerung der Managementmärkte nicht mehr als funktionsnotwendig außer Kraft gesetzt wird.

**3. Zuständigkeitsregeln in der Unternehmensverfassung.** Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass die derzeit rechtspolitisch erwogene Regelung, die Entscheidung über Managerboni aus der Kompetenz des Aufsichtsrats herauszunehmen und der Zustimmung der Hauptversammlung zu überantworten, wenig zielführend erscheint; denn die unternehmensinterne Steuerung langfristiger Risikotragfähigkeit ist, wie zu II.1 und 2 gezeigt, keineswegs generell besser bei den Aktionären des Basisorgans als den (mitbestimmten) Aufsichtsräten aufgehoben, zumal wenn die Zusammensetzung für Einflüsse spekulativer Interessen mehr als wünschenswert geöffnet ist. Hinzu kommt, dass Hauptversammlungen bekanntlich unter dem Problem der Aktionärsmüdigkeit (Mitgliederapathie) leiden.<sup>13</sup> Denn wer nur über eine Splitterbeteiligung von Aktien verfügt, hat nicht genügend Anreiz, Zeit und Kosten der Anreise zu den Sitzungen des Basisorgans seiner AG aufzuwenden, geschweige denn, sich mit den Beschlussvorschlägen im Vorhinein näher zu befassen, und dafür erforderlichenfalls teuren Rechtsrat einzuholen. Trotz mancher Verbesserungen der Lage durch Vorschriften zur EDV-Kommunikation<sup>14</sup> wird für 2013 im DAX nur noch mit einer Beteiligungsquote von 30-40% gerechnet.<sup>15</sup> Vertreter der Depotbanken beherrschen das Feld, weil diese für größere Kreise von Aktionären gemeinsam anreisen und handeln.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Nötige fachspezifische Kenntnisse der Markteinschätzung sind entweder selbst bei erfahrenen Wirtschaftsjournalisten nicht vorhanden sind oder liegen jenseits der Leserinteressen; vgl. nur Wonneberger, Nürnberger Nachr. V. 12.4.2013, S. 19 betr. Aufsichtsratsbezüge im Durchschnittsvergleich der im S-Dax notierten Börsenunternehmen (zudem unzulässige Vermengung von Vorstandspension und Aufsichtsratsvergütung).

<sup>12</sup> Vgl. nochmals Wonneberger, a.a.O. vorige Fn., der die beim Nürnberger Versicherungskonzern vorausgehende Übernahmeschlacht mit der Bayer. Versicherungskammer eigens erwähnt, dann aber für die Vergleichsmarktanalyse außer Betracht lässt.

<sup>13</sup> Vgl. schon Michels, Das eherne Gesetz der Organisation, 1936.

<sup>14</sup> Dazu vgl. nur . Noack, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2004, 2005, S. 37, 42.

<sup>15</sup> Vgl. D. Fockenbrock, HBl. v. 27.5.2013, S. 26.

<sup>16</sup> Vgl. Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, a.a.O., S. 342 m.w.Nachw.

Andererseits ergeben sich bei Entscheidung im Aufsichtsrat Probleme dadurch, dass die Räte gewöhnlich in Relation zu den Vorstandsvergütungen besoldet werden, die Billigung hier also zur Begünstigung dort führen kann. Dennoch sollte auf keinen Fall an den Aufsichtsräten vorbei entschieden werden können. Die Beschlussfassung hierüber obliegt dem Kontrollgremium, weil es die AG im Verhältnis zu deren Vorstandsmitgliedern nach § 112 AktG auch in allen anderen diesbezüglichen Fragen zu vertreten hat. Auch der innere Zusammenhang mit der Überprüfung der Pflichtangaben des Bilanzanhangs gem. § 285 Abs. 1 Nr. 9a HGB spricht für Beibehaltung der AR-Kompetenz; und last but not least enthält der CG-Kodex dazu wichtige Empfehlungen, die insbes. auch die individualisierende Offenlegung der Boni betreffen.<sup>17</sup> Dahinter darf im Zuge verfeinerter Regulierung nicht zurück gefallen werden.

### III. Zins- und Prämienklauseln

**1. Zins-, Wertstellungs- und Vorfälligkeitsklauseln im Vergleich.** Zinsklauseln betreffen vielfach die Anpassung der Zinshöhe an veränderte Marktbedingungen der Refinanzierung der Banken.<sup>18</sup> Kreditinstitute sichern sich bei Darlehen mit variablem Sollzins gegen Zinsschwankungen ab, indem sie mit ihren Darlehenskunden via AGB vereinbaren, dass der vertragliche Zins sich automatisch erhöht (bzw. ggf. auch sinkt), wenn bestimmte Referenzkriterien, wie haus- oder marktüblicher Zins bei Neukrediten erfüllt werden. Der Kunde begibt sich dadurch v.a. dann in eine missliche Lage, wenn er die maßgeblichen Veränderungen nicht einschätzen kann. Das gilt bei Referenz des Hauszinses besonders, da dieser weitgehend von unternehmensinternen Entscheidungen der Bank abhängt. Anders ist es aber bei Marktbezug der Zinsklausel, weshalb der BGH diese Form variabler Zinsbindung auch im Rahmen der AGB-Kontrolle, wenngleich mit Einschränkungen, gebilligt hat.<sup>19</sup> – Weitere Zinsklauseln betreffen die sog. Vorfälligkeitsentschädigung i.S. §§ 490 Abs. 2, 502 BGB. Danach soll der Kunde eine Entschädigung für entgangenen Gewinn der Bank zu zahlen haben, wenn der Kredit vorzeitig zurückgeführt wird und dadurch Gewinnerwartungen der Kreditgeberin für die in Aussicht genommene Restlaufdauer des Vertrages enttäuscht werden. Das soll bei Verbraucherdarlehen, die keine Immobiliendarlehen i.S. des § 503 BGB sind, auf 0,5% bzw. 1% der Rückzahlung begrenzt werden, bei gewerblichem Kredit aber ohne diese Begrenzung möglich sein. Die (entgangene) Wiederanlagerendite muss nach der Rspr. der Kapitalmarktstatistik der Bundesbank entnommen werden<sup>20</sup>, so dass auch in dieser Beziehung Marktreferenz im Prinzip zulässig ist. – Bei

<sup>17</sup> Näher Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, a.a.O., S. 332 ff.

<sup>18</sup> Vgl. schon früh BGHZ 97, 212, 213; dazu H. Herrmann, DZWIR 1993, 54, 55, passim.

<sup>19</sup> A.a.O., vorige Fn.; anders aber, wenn nur Aufwärtsbewegungen in Bezug genommen werden, s. BGH v. 21.4.2009, Az. XI ZR 55/08.

<sup>20</sup> Vgl. nur BGH NJW 2005, 751 m.w.Nachw.

den Versicherungsprämien und deren Rückzahlung im Falle vorzeitiger Kündigung soll weitgehend anders zu rechnen sein, weil nicht enttäuschte Gewinnerwartungen des Versicherers, sondern nur die Verwaltungskosten auszugleichen seien.<sup>21</sup> Tragen diese Vorschriften dazu bei, überhöhte Entgeltverlangen abzuwenden, wenn dadurch unbillige und unmenschlich harte Nachteile für die Bank- und Versicherungskunden bewirkt werden?

**2. Rechtsprechungsstand zur Transparenz- und Inhaltskontrolle.** Die genannten Entgeltklauseln sind in der Rspr. immer wieder am sog. Transparenzgebot des § 307 BGB gemessen worden. Darauf und auf die allgemeine Bedeutung der AGB-Entgeltkontrolle wurde bereits seit der Gründung des NWiR-Forums großes Gewicht gelegt, da man damals schon annehmen durfte, dass es sich um neues Wirtschaftsrecht handelt. Denn Durchschaubarkeit des Klauselwerks soll v.a. deshalb gewährleistet werden, weil eine sinnvolle Entscheidung über Angebote im Wettbewerb nicht möglich ist, wenn der Kunde nicht versteht und nicht verstehen kann, welche Vor- und Nachteile bei seiner Entscheidung für das Produkt gegeben sind.<sup>22</sup>

Der BGH hat die Wettbewerbsfunktion der Transparenzvorschriften schon in den frühen Transparenzurteilen<sup>23</sup> immer wieder zum Ausdruck gebracht und neuerdings besonders deutlich betont, als er in 2005 zum wiederholten Mal die sog. Zillmerungsklauseln von Lebensversicherungen zu beurteilen hatte. Es gehe bei der undurchsichtigen Gestaltung von Rückkaufsrechten i.S. des heutigen § 169 Abs. 3 VVG um die „Entschließungs- und Auswahlfreiheit“<sup>24</sup> des potentiellen Versicherungsnehmers. Damit wird mehr als deutlich angenommen, dass es auf die qualitätswettbewerbliche Funktion von AGBs ankommt und hierfür durch das Transparenzgebot dafür gesorgt wird, dass der Kunde in eigener Verantwortung die für ihn richtige Entscheidung treffen kann.<sup>25</sup> Bei dieser Sicht soll es wohl im Kern auch bleiben, obgleich der BGH in der soeben zitierten Entscheidung ein Stück weit darüber hinaus gegangen ist und eine Art Mindestrückkaufwert statuiert hat.

Dazu sogleich mehr. Doch zunächst zurück zu den Grundlinien der Rspr. Ist eine AGB-Klausel nicht nur zweideutig, sondern für einen durchschnittlichen Verbraucher unverständlich, so kommt das Transparenzgebot zur Anwendung, das seit der Schuldrechtsreform in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt ist. Schon vor 2002 hat der BGH verlangt, dass der Verwender der AGB bei rechtstechnisch und

<sup>21</sup> Vgl. vorerst nur § 169 Abs. 3 VVG.

<sup>22</sup> Vgl. – grdl. – BGH 12.10.2005, Az. IV ZR 162/03, NJW 2005, 3359, 3365, Tz. 24 betr. Zillmerung

<sup>23</sup> Vgl. nur BGHZ 90, 69, 78 – Tagespreisklausel II; BGHZ 97, 212, 213 – Zinsvorbehalt; näher schon H.Herrmann, DZWiR 1993, 54 ff., 95 ff.

<sup>24</sup> BGH 12.10.2005, Az. IV ZR 162/03, NJW 2005, 3359, 3365, Tz. 24.

<sup>25</sup> Vgl. zuletzt BGH v. 8.5.2013 Az. IV ZR 84/12 zur Effektenklausel i.d. Rechtsschutzversicherung betr. Klagen wegen Investitionen in Lehmann-Produkte; zum Meinungsstreit wettbewerblicher Normzwecke des Transparenzgebots vgl. Buchner/Rehberg, GRUR Int. 2007, 394, 401; I. Mattern, Das Informationsmodell im VVG, 2011, S. 108 ff.

wirtschaftlich komplizierten Sachverhalten Klarstellungen herbeiführt, die die Vergleichbarkeit des Leistungsangebots für den durchschnittlichen Nachfrager in zumutbarer Weise ermöglichen. Dabei wurden bis Ende der 80er Jahre nur solche Klauseln beanstandet, die sowohl inhaltlich unbillig als auch mehr oder weniger unverständlich erschienen. Erstmals allein auf das Transparenzgebot gestützt ist die Entscheidung des BGH im Fall der Tilgungsverrechnungsklausel beim Hypothekarkredit (sog. Annuitätendarlehen). Die Klausel sah vor, dass das Darlehen über die gesamte Laufdauer mit gleichen Ratenzahlungen, aber unterschiedlichem Verhältnis von Zins und Tilgung monatlich zurückgezahlt werden sollte. Eine weitere Vorschrift legte dann fest, dass die Wertstellung jeweils am Jahresende erfolgen sollte. Der Darlehensschuldner zahlte also bis zu einem Jahr auf bereits getilgte Teile des Darlehens Zinsen. Darin sah der BGH eine Undurchschaubarkeit der Gestaltung von AGB, die mit dem Transparenzgebot des heutigen § 307 Abs. 1 S. 2 unvereinbar sei.<sup>26</sup>

In gewisser Weise bahnbrechend daran ist, was in der zitierten Ansicht des BGH zur Entschließungs- und Auswahlfreiheit zum Ausdruck kommt: Verträge sind nicht wettbewerblich legitimiert, wenn eine Seite nicht verstehen kann, was gemeint ist.<sup>27</sup> Die AGB-Kontrolle ist insofern durchaus als marktwirtschaftliches Instrument des Verbraucherschutzes zu verstehen. Das ist zwar in der Literatur nach wie vor höchst umstritten, aber von der Rspr. im Ansatz anerkannt, wie v.a. an der hier zit. Stelle belegt; und man geht wohl auch nicht fehl in der Annahme, dass in dieser Art kontrollierten Wettbewerbs zugleich ein Weg vorgezeichnet ist, wie die AGB-Regulierung bei Klauseln mit Entgeltcharakter in der Zeit nach der Krisen aussehen könnte. Nicht hoheitlicher Zwang zu menschenwürdigem Wohlverhalten, sondern Hilfe zur Selbsthilfe via Transparenz und mehr Informationssymmetrie werden geboten. Kontrolle via AGB-Inhaltskorrekturen treten daneben, sind aber keineswegs vorrangig. Vielmehr lässt sich um ein Grundmodell des Verbraucherschutzes dahingehend ausmachen, dass informationelle Regulierung als weiche Form vor inhaltlichen und marktergebnisbezogenen Eingriffen in den Wettbewerb fungiert und nach Kriterien des Übermaßverbots materieller Verbotsregulierung so lange Vorrang verdient, wie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig.<sup>28</sup>

Weitere Entscheidungen bestätigten diese Ansicht<sup>29</sup>, doch fehlt immer noch ein ganz wesentliches Moment: der Anreiz für beide Seiten, auch wirklich Wettbewerb mit den AGB zu betreiben. Der Meinungsstreit um die wettbewerbliche AGB-Kontrolle geht doch nicht nur um die Verstehbarkeit der Klauselwerke und auch nicht bloß darum, dass der Kunde sich die Mühe macht, den wesentlichen Inhalt der betr. Vertragsmodalität zu reflektieren; sondern auch der Verwender muss motiviert bleiben, die Klauseln mehr oder weniger zu seinem Vorteil oder zum Vorteil des Verwendungsgegners zu

<sup>26</sup> BGHZ 106, 41, 49 f.

<sup>27</sup> S. nochmals o. BGH 12.10.2005, Az. IV ZR 162/03, NJW 2005, 3359, 3365, Tz. 24.

<sup>28</sup> Umfänglich I. Mattern, Das Informationsmodell im VVG, 2011, S. 108 ff., passim.

<sup>29</sup> vgl. nur BGH NJW 1991, BGHZ 112, 115, 120 f.

gestalten. Bezogen auf das Transparenzgebot könnte man den Anreiz dahingehend fassen, dass der Verwender ein Motiv behalten muss, die Klausel so, wie er sie für geeignet hält, dem Kunden und der AGB-Öffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen. Das braucht kein schierer Egoismus zu sein, sondern kann v.a. in synergetischem Bemühen<sup>30</sup> liegen. Aber wo der AGB-Verwender nur noch zur Offenlegung getriezt wird, ohne dass er sich zumindest noch Vorteile aus der Kundenbindung und dem gestärkten Verbrauchervertrauen erhoffen kann, da schlägt der Versuch, AGBs im Wettbewerb zu legitimieren, immer noch fehl. Leider fehlt es für diese Ansicht bislang noch an speziellen AGB-spezifischen Forschungen, so dass es vorläufig sein Bewenden damit haben muss, in der Rspr. nach Anhaltspunkten Ausschau zu halten, worin im konkreten Fall solche Verwender-Anreize gesehen werden könnten. Darauf wird zurück zu kommen sein.

In der Folgezeit hat der BGH wiederholt die sog. Zillmerungsklauseln der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) in der Lebensversicherung wegen des Transparenzgebots für teilnichtig erklärt. Zillmerung ist der Fachausdruck für die Verteilung der Kosten des Abschluss honorars des Versicherungsvermittlers auf die Beiträge des Versicherungsnehmers (VN) während der Gesamtlaufzeit des Versicherungsvertrages, wobei aber in der Anfangszeit ein besonders hoher Anteil in Rechnung gestellt wird. Kündigt der VN nach kurzer Zeit, z.B. weil er wegen Arbeitslosigkeit die Prämien nicht mehr aufbringen kann, so erhält er oft keine Rückzahlung, obgleich § 176 VVG a.F. (jetzt § 169) den sog. Rückkaufwert vorsieht.

Das hat der BGH zunächst in 2001 als Verletzung des Transparenzgebots angesehen, weil den AVB keine Beispielsrechnung beigelegt war, die die asymmetrische Verteilung deutlich gemacht hätte.<sup>31</sup> In 2005 verwarf er dann aber auch AVB mit Beispielsrechnung, die in Folge der früheren Rspr. als Verbandsempfehlung des GDV ausgearbeitet und den streitigen AVB beigelegt worden war.<sup>32</sup> Die Verteilung der Abschlusskosten müsse so erfolgen, dass der VN in jedem Fall mindestens die Hälfte der eingezahlten Prämien zurück erhalte.

Die Entscheidung zeigt deutlich, dass der BGH sich in neuester Zeit nicht mehr auf wettbewerbskonforme Mittel beschränkt, und lediglich die Durchschaubarkeit der AGB/AVB für den Kunden einzufordern. Vielmehr wurde der hier sog. Mindestrückkaufwert nach dem Vorbild des AltZertG und des neuen § 169 Abs. 3 VVG erfordert. Ich habe zwar gegen die genannte Leitentscheidung des BGH und gegen weitere Tendenzen dieser Art in der Vergangenheit wiederholt opponiert, weil der Wettbewerb frei von Preisregulierung bleiben muss, und dies nach der EU-Deregulierung der Versicherungsmärkte auch vom Europarecht zwingend erfordert wird. Sogar das

<sup>30</sup> Vgl. die rechtseth. Analysen zur Empathie im Wettbewerb, o. zu I.2/3.

<sup>31</sup> BGH VersR 2001, 839 und 841=ZIP 2001, 1052.

<sup>32</sup> BGH v. 12.10.2005, VersR 2005, 1565.

BVerfG<sup>33</sup> und der Reformgesetzgeber des neuen § 169 Abs. 3 VVG verstießen mit ihrer Bestätigung des Mindestrückkaufwertes gegen die Deregulierungsrichtlinien und müsse vor dem EuGH in seine Schranken gewiesen werden.<sup>34</sup> Die Kritik hat vielleicht mit dazu beigetragen, dass die noch weitergehenden Forderungen der Zillmerungsgegner<sup>35</sup> und der Befürworter harter Regulierung im nächstgelegenen Bereich der Transparenz von Überschussbeteiligungsklauseln<sup>36</sup> sich nicht durchsetzen konnten.<sup>37</sup> Im Übrigen wird man das Verdikt jeglicher Mindestwerte angesichts der neueren Entwicklungen zur Regulierung wettbewerblicher Freiheitsgrenzen auf den Finanzmärkten nicht mehr in vollem Umfang aufrecht zu erhalten haben. Selbst quantifizierende Grenzwerte sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit schon größtenteils anerkannt, besonders auffällig beim neuen Recht der Vorstandsboni<sup>38</sup>, aber beispielsweise auch in der MaRisk zum Risikomanagement<sup>39</sup>, in § 502 BGB i.d.F. v. 2010<sup>40</sup> zur Vorfälligkeitsentschädigung und sogar schon länger in § 153 Abs. 3 S. 2 VVG zur Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung.<sup>41</sup> Wie weit diese Anerkennung aber genau gehen darf, ist noch unzureichend untersucht.

**3. Entgeltcharakter des Mindestrückkaufwertes.** Zur genaueren Einschätzung muss man allerdings nach wie vor im Auge behalten, dass die neue Transparenzregel der Rspr. und des § 169 Abs. 3 VVG letztlich Angemessenheitkontrollen für Entgeltregelungen beinhaltet. Die AGB-Kontrolle wird auf vertragliche Prämienabreden erstreckt, indem sie Höchstgrenzen für die Einbehaltung von Versicherungsbeiträgen und deren Erträgen im Falle der Vertragsbeendigung festlegt (sog. Mindestrückkaufwerte). Nachdem die Versicherungs deregulierung mit der VAG-Novelle von 1995 die aufsichtsbehördlichen Ex-ante-Prämienkontrollen abgeschafft hat, sind nur noch nachträgliche AGB-rechtliche Überprüfungen möglich, die bei Preisregeln bekanntlich auf reine Transparenzaspekte beschränkt sind. Inwiefern handelt es sich bei den Rückkaufswertklauseln um Entgeltklauseln?

Der Entgeltcharakter beruht v.a. darauf, dass mit dem Rückkaufswert eine Bezahlung der Kosten für die Versicherungsvermittlung erfolgt. Anders als bei Geschäftsbesorgungsverträgen erhält der

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2006, 1783.

<sup>34</sup> H. Herrmann, VersR 2009, 7 ff.; ders., in Bruck/Möller (Hrsg.), VVG, 9. Aufl. 2008, Einf. B, Rdn. 23 ff.

<sup>35</sup> Insbes. war die ergänzende Vertragsauslegung der fehlgezillmerten Verträge str., bis der BGH die Altverträge dann analog § 169 Abs.3 VVG vorgenommen hat, BGH NJW-RR 2008, 188; vgl. Herrmann, a.a.O., vorige Fn.; a.A. Schünemann, VersR 2009, 442.

<sup>36</sup> Dazu s.u. zu IV.

<sup>37</sup> S. die Fortsetzung der Zillmerungs-Rspr. in BGH NJW-RR 2010, 99, 101; BGH v. 25.7.2012, Az. IV ZR 201 und 202/10; BGH v. 13.11.2012 Az. IV ZR 198/10; OLG Stuttgart v. 18. 8.2011, Az. 2 U 138/10; im Grds. auch BAG ZIP 2009, 2401, 2404 f.; zur Überschussbeteiligung vgl. vorerst nur BGH v. 9.5.2011, Az. IV ZR 121/00 (hinz. transparent); LG Stuttgart v. 25.4.2013, Az. 11 O 231/12 (nicht hinz. transparent, nicht rechtskr.).

<sup>38</sup> Vgl. nur die Regelung, wonach die Boni nicht über dem Betrag des regulären Gehalts liegen dürfen und bei Doppelung der Zustimmung in der Hauptversammlung bedürften, s.o. zu II.1.

<sup>39</sup> Dazu s. den Beitrag Herrmann/Roth, in diesem Heft zu II.

<sup>40</sup> Art. 1 Gesetz v. 24.7.2010, BGBI. I, S. 977.

<sup>41</sup> Näher s.u. zu IV.

Versicherer keinen Aufwendungsersatz, sondern der Kunde bezahlt für die bei und während des Vertrages aufzuwendenden Vertriebskosten durch Begleichung der vertraglichen Gegenleistung. Das geschieht einerseits mit den im Zeitablauf zu leistenden Prämien; andererseits ist aber auch von vornherein festgelegt, dass ein Prämienteil für die Finanzierung der Vertriebskosten gedacht ist und zurückerstattet werden muss, wenn wegen der vorzeitigen Kündigung nicht der gesamte Abschlussaufwand finanziert ist. Bei Geschäftsbesorgungsverträgen ist es anders. Der Auftragnehmer hat einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB, so dass er seine Kosten insoweit nicht auf den Vertragspreis aufschlagen muss, sondern diese getrennt in Rechnung stellen kann. In der ökonomischen Rechtsanalyse ist schon seit langem bekannt, dass dadurch der Aufwand beim Auftragnehmer aus dem Wettbewerb genommen werden soll, um ökonomischen Anreiz dafür zu geben, dass bei Durchführung des Auftrags keine Kosten gescheut werden, und das Geschäft bestmöglich zur Ausführung gebracht wird.<sup>42</sup> Umgekehrt muss man aber dann auch sagen, dass dort, wo es sich nicht um einen Vertrag i.S. § 675 BGB<sup>43</sup>, sondern um einen Versicherungsvertrag sui generis handelt<sup>44</sup>, der Aufwendungsersatz zum Entgelt zu rechnen ist. Hat die Zillmerung aber Entgeltcharakter, so kommt die inhaltliche Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 S.1 in Betracht. Der Staat und das Gericht sollen sich nicht als „Preiskommissare“<sup>45</sup> betätigen, sondern auf Rechtmäßigkeit achten.

**4. Zum Wettbewerbsschutz für den Menschen.** Allerdings ist dieses Verdikt auch bei Entgeltregeln nur insoweit streng, als es sich um echte Preisvereinbarungen und nicht um sog. Preisbildungsregeln oder weitere Modalitäten mit Entgeltcharakter handelt. Das Spektrum der Klauseln mit Entgeltcharakter reicht von der ziffernmäßigen Quantifizierung einer Geldschuld über unzählige Rabattregeln, Wertstellungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln, bis hin zu Preisanspassungsklauseln. Da letztere dem Wettbewerb weitgehend entzogen sind, soll hier die AGB-Inhaltskontrolle in gewissem Umfang Platz greifen.<sup>46</sup> Wie weit das reicht, muss u.E. auf die Frage konzentriert werden, ob dem Verwender noch ein Spielraum verbleibt, der ihn motiviert, mit seinen AGB im Hinblick auf die Preisbildungsklausel Wettbewerb zu betreiben. M.a.W. er muss noch einen

<sup>42</sup> Vgl. – grdl. – Koller, BB 1979, 1725, 1728 f.; Staub/Koller, HGB-Komm. § 396, Rdn. 13;

Heymann/Horn/Herrmann, HGB-Komm., 2. Aufl. 2005, § 396, Rdn. 8.

<sup>43</sup> So allerdings ein Teil der Literatur, insbes. Schünemann, JZ 1995, 430, 432 f.; Schwintowski, JZ 1996, 702, mit Hedging-Elementen.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG VersR 2006, 961; BGHZ 128, 54, 66; auch Gegenschluss zu BGH VersR 2006, 1637 und ZIP 2007, 543 Tz. 17 wo Geschäftsbesorgungsnatur ausdrücklich nur für den Sondertyp der Kautionsversicherung angenommen wird; verallgemeinernd schon Herrmann, in Beckmann u.a. (Hrsg.) Hdb. VersR, 2. Aufl. 20, § 39, 123c, m.w.Nachw.; gegen § 675 auch RegE VVG 2008, Drs. BT 16/3945, S. 51 mit ausdrücklicher Ablehnung der geschäftsbesorgungvertraglichen Folgerung, der Versicherungsschutz müsse vom Sparvorgang abgetrennt werden; vgl. Ortmann, in Schwintowski u.a. (Hrsg.), VVG-Komm., 2. Aufl. 2011, §§ 150bis171, Rdn. 88.

<sup>45</sup> So bes. plastisch H. Kötz, BB 1982, 644.

<sup>46</sup> Näher Horn NJW 1985, 1118 (1120).

Transparenzanreiz haben, d.h. einen Vorteil für sich allein oder für sich und den Vertragspartner zusammen sehen, der Anlass gibt, das Verständnis des Kunden gerade in diesem Punkt der AGB zu unterstützen oder seine Aufmerksamkeit darauf geradezu zu lenken.

**a. Vergleich Mindest-Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung.** Näheres dazu kann man etwa aus der Diskussion um die Mindest-Überschussbeteiligung<sup>47</sup> und die schon erwähnten sog. Wertstellungsklauseln entnehmen. Auf die Regeln zur Beteiligung am Überschuss in der Lebensversicherung wird sogleich näher einzugehen sein. Hier genügt die Feststellung, dass der Gesetzgeber sich in der VVG-Novelle v. 2009<sup>48</sup> veranlasst gesehen hat, die seit einer BVerfG-Entscheidung von 2005<sup>49</sup> geltende Rechtslage zur verursachungsgerechten Überschusszuordnung und hälftigen Mindestzuteilung der Bewertungsreserven der Überschussbeteiligung zu legalisieren. Ähnlich wie beim Mindestrückkaufswert wird kein fester Geldbetrag, wohl aber zweierlei Mindestquoten reguliert: ERSTENS der Prozentsatz der Einzelverträge vom Gesamtbetrag der Guthaben aller beteiligungsberechtigten Verträge<sup>50</sup> und ZWEITENS 50% der Bewertungsreserven bei Vertragsbeendigung. Was als Bewertungsreserve zu errechnen ist, und wie dies zu erfolgen hat, ergibt sich aus dem Handelsrecht stiller Reserven mit erheblichen Bewertungsspielräumen und Bilanzierungswahlrechten (§§ 253 Abs. 2/3, 341a-c HGB)<sup>51</sup> einerseits und aus § 81c VAG i.V. MindestzuführungsVO v. 4.4.2008<sup>52</sup> andererseits. Da die Mindestauszahlung am Vertragsende der lfd. Zuordnung als? going concern folgt, bleibt als Mindestregulierung mit verbindlichem Entgeltcharakter nur die Vorschrift zur Verursachungsorientierung bei der Zurechnung der Überschussanteile zu den Einzelverträgen. Das BVerfG hat hierzu bereits erkannt, dass der Eigentumsschutz des Versicherers nach Art. 14 Abs. 1 GG zwingend verlangt, einen unternehmerischen Gestaltungsspielraum zu belassen, der es gestattet, nicht allein die Beteiligung des Einzelnen zu optimieren, sondern auch im Interesse der Riskogemeinschaft und der eigenen Absatzziele zu entscheiden.<sup>53</sup> Dem zufolge kann etwa ein Glättungsverfahren vorgesehen werden, wie es in der englischen Versicherungspraxis üblich ist<sup>54</sup>, oder es kann eine Zusammenfassung nach Gruppen von Versicherungsnehmern vorgesehen werden.<sup>55</sup>, die sogar auf Zielgruppen des Vertriebs gerichtet sein darf.<sup>56</sup> Zwar ist die AGB-

<sup>47</sup> § 153 Abs. 3 S. 2 VVG, näher s.u. zu IV.

<sup>48</sup> Art. 13 Abs. 20 BilMoG v.25.5.2009, BGBl.I, S. 1102.

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2005, 2376.

<sup>50</sup> Das folgt aus dem Erfordernis der Verursachungsorientierung gem. § 153 Abs. 2 VVG, vgl. Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann, § 153, Rdn. 75a.

<sup>51</sup> Vgl. Ortmann, a.a.O., vorige Fn., Rdn. 69 ff.; Herrmann, NWiR 2010/1 zu III.1.

<sup>52</sup> VO über die Mindestbeitragsrückerstattung in der LV v. 4.4.2008, BGBl. I, S. 690.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2005, 2376, 2381.

<sup>54</sup> Vgl. M. Ortmann, VersWissStud., Bd. 21, S. 135 f.; ders. a.a.O., vorvorige Fn., Rdn. 63.

<sup>55</sup> Brömmelmeyer, in Beckmann, u.a. (Hrsg.), Hdb. VersR, a.a.O., § 42, Rdn. 290; Engeländer, VersR 2007, 155, 157.

<sup>56</sup> Str., näher s.u. zu IV.

Angemessenheitskontrolle zu diesem Punkt im Gesetz mit den Worten „vergleichbar angemessene“ Methode eigens hervorgehoben (§ 153 Abs. 2 S. 2)<sup>57</sup>. Doch ist dabei nach h.M. stillschweigend vorausgesetzt, dass dies keine Brüche mit den Grundsätzen der Rspr. zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bewirken darf.<sup>58</sup> Hatte das BVerfG noch angeregt, die Angemessenheitskontrolle durch nähere Regulierung im VAG zu konkretisieren<sup>59</sup>, entschied sich der Reformgesetzgeber des VVG gegen einen solchen Eingriff, da die Kontrolle der BaFin gem. § 81c VAG nach der Grundvorschrift des § 81 Abs. 1 S. 3 des Gesetzes im öffentlichen Interesse zu erfolgen habe, und diese mit der Deregulierung eingeführte Struktur auch nicht wieder aufgebrochen werden solle.<sup>60</sup>

Die Verursachungsorientierung hat v.a. bewirkt, dass die Versicherungsnehmer an jeder positiven Ergebnisquelle i.S. der genannten handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften angemessen beteiligt werden, ohne dass eine sog. Querverrechnung zwischen Kostenverlusten, die nicht in der Prämienkalkulation des jeweiligen Vertrages erfasst waren und Zinsüberschüssen zulässig wäre. Das Unternehmen ist gezwungen, etwaige Defizite aus unzugehörigen Ergebnisquellen aus seinen Anteilen an anderen Ergebnisquellen ausgleichen. Sie dürfen nicht zu Lasten der anderweitigen Versicherungsnehmer quer verrechnet werden. Die Querverrechnung war und ist in anderen EU-Ländern nach wie vor üblich und zulässig<sup>61</sup>, in Deutschland aber seit der o.a. BVerfGE-Entscheidung von 2005 verboten. Damit war und ist bereits ein tiefer Einschnitt in die Finanzierungsflexibilität der Unternehmen vorgenommen worden. Diesen nun noch dadurch zu erweitern, dass staatlich bevormundet wird, wie die Zurechnung innerhalb der engeren Versichertengemeinschaft ein und des selben Vertragstyps zu erfolgen hat, sollte nach Ansicht des Reformgesetzgebers nicht sein.

M.a.W. es handelt sich um eine Mindestwertregel, die echtes neues Wirtschaftsrecht für den Menschen statuiert: Der Versicherer ist durch die verursachungsorientierte Berechnungsvorgabe zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Kunden an der Überschussbeteiligung verpflichtet, doch muss er deshalb nicht seine eigenen Absatz- und Gewinninteressen gänzlich in den Hintergrund treten lassen, sondern es kommt zu einer Interessenabwägung, die insbes. der Erzielung von Synergien allerersten Rang dient.<sup>62</sup> Denn mit der Überschussbeteiligung wird selbstverständlich Werbung getrieben, um den Erfolg des betr. Produkts im Markt zu fördern und dadurch sowohl den Erfolg des Versicherers als auch die Anlageerfolge zu verbessern, die den Mitkunden zugute kommen, denen er nach dem Verbot der Querverrechnung zuzumessen ist.

<sup>57</sup> Ausdrücklicher Verweis der Begr. RegE, Drs. BT 16/3945, Abschnitt II.

<sup>58</sup> BVerfG, a.a.O. vorvorige Fn.; Ortmann, a.a.O., ebd. Rdn. 62.

<sup>59</sup> BVerfG NJW 2005, 2376, 2381; dafür auch Engeländer, VersR 2007, 155, 161..

<sup>60</sup> Begr. RegE, Drs. BT 16/3945, Abschnitt II; dazu zust. Brömmelmeyer, WuB F. § 2 ALB 1.06, S. 29, 33; ders. in Beckmann u.a. (Hrsg.), Hdb. VersR, a.a.O., Rdn. 296.

<sup>61</sup> Vgl. Ortmann, VersWissStud., Bd. 21, S. 135 f.

<sup>62</sup> Zur rechtsethischen Grundlage s. Herrmann, 10 Jahre..., a.a.O. zu II.3: Stichwort wettbewerbliche Empathieforschung.

**b. Wertstellungs- und Vorfälligkeitsklauseln.** Weitere Argumente zur Begrenzung der AGB-Kontrolle bei Klauseln mit Entgeltcharakter lassen sich aus dem Vergleich mit dem Recht der Wertstellungsklauseln (Tilgungsverrechnungsklauseln, TVK) gewinnen. Durch TVKs wird geregelt, ab wann zurückgezahlte Darlehensraten bankintern so auf das Schuldkonto des Darlehensnehmers verrechnet werden, dass sie für die weitere Berechnung des der Zinsschuld zugrunde zu liegenden Darlehensrestes maßgeblich werden. Dadurch kann sich die Zeitspanne zwischen Darlehenstilgung und der Zinsverrechnung des Tilgungsbetrages verzögern. Das darf sein, aber nur in transparenter Form<sup>63</sup> und nur in zeitlich so eng begrenzten Grenzen, dass der Bank gerade genug Zeit bleibt, über den vom Kunden zurückgeführten Betrag selbst wieder verfügen zu können, sei es, dass sie anderweitige Darlehen vergibt, Anlagen oder Transaktionen zu sonstigen Zwecken tätigt. Nach dem derzeitigen Stand der EDV-Technik ist deshalb im Überweisungsverkehr taggleich wertzustellen.<sup>64</sup> Früher wurde die Asymmetrie damit gerechtfertigt, durch die bei Differenzen der Wertstellung bei Girokonten auf der Soll- und Habenseite resultierenden Zinsgewinnen könnten sich die Kontoführungsgebühren erübrigen oder doch niedrig gehalten werden. Denn wenn die Bank mit der Wertstellung Überschüsse erwirtschaften dürfe, könne sie diese verwenden, um die Kosten der Kontoführung aufzubringen.<sup>65</sup> Allerdings hat sich der BGH dem schon damals nicht angeschlossen, und der BGB-Gesetzgeber ist dem in § 675t Abs. 1 S. 2 ebenfalls nicht gefolgt, wenn nunmehr taggleiche Wertstellung gefordert ist; und das war auch richtig so, da der Verdacht aufkommt, dass auf dem Wege der asymmetrischen Wertstellung versteckt wird, wie teuer die Kontoführung den Kunden zu stehen kommt. Aber das ist in vorliegendem Zusammenhang gar nicht so wichtig. Vielmehr geht es darum, dass die Zulässigkeit der Kontrolle einer Klausel mit Entgeltcharakter von Anreizen abhängt, die funktionsfähigen Wettbewerb begründen. Kontrolle soll auch bei solchen Klauseln sein, aber nur zu dem Zweck, den Wettbewerb zu fördern, nicht zu beschränken.

Ein weiteres Beispiel dafür – allerdings durch Gegenschluss – ist die Klausel zur sog. Vorfälligkeitsentschädigung. Bei den Vorfälligkeitsansprüchen handelt es sich um eine Entschädigung der Bank, die sie für vertraglich gesicherte Zinserwartungen erleidet, doch soll sie daraus keinen Vorteil ziehen dürfen.<sup>66</sup> Anerkannt ist, dass es sich um eine Entschädigung für entgangenen Gewinn i.S. § 252 BGB handelt, den der Darlehensgeber in Anbetracht der vereinbarten längeren Vertragsdauer erwarten durfte und den er durch Wiederanlage des vorzeitig zurückgezahlten Darlehensrestes nicht mehr erzielen kann (sog. Zinsverschlechterung).<sup>67</sup> Hinzu kommt die Differenz

<sup>63</sup> Vgl. nur BGHZ 116,47; 116, 2 st. Rspr.

<sup>64</sup> § 675t Abs. 1 S. 2 BGB; ebenso aber schon vor der Gesetzesnovellierung BGHZ 97, 2042 und 3168.

<sup>65</sup> Zum Wettbewerb mit Kontoführungsgebühren und Hypothekenzinsen vgl. Herrmann, WM 1987, 1029, 1057.

<sup>66</sup> So insbes. BGH NJW 1997, 2875.

<sup>67</sup> Vgl. OLG Hamm, WM 2005, 1265; Pal.-Weidenkaff, § 490, 8.

zwischen den kündigungsbefristet erhöhten und ersparten Verwaltungsaufwendungen<sup>68</sup>, der im allgemeinen Schuldrecht auch als Frustrierungsschaden bezeichnet, aber nur in Sonderfällen ersetzt wird.<sup>69</sup> Hinweis: Das ist nicht alles, es fließen noch weitere Positionen in die Berechnung mit ein.

Der BGH hat sich auch hier nicht gescheut, über die bloße Transparenzkontrolle hinauszugehen, da lediglich Preisbildungsklauseln vorliegen. Aber die Korrekturen gehen doch nur bei den Vorfälligkeitsregeln in Verbraucherdarlehen (nicht: Immobiliendarlehen, s. § 503 BGB) so weit, dass generell genaue Prozentzahlen als Obergrenze festgelegt werden.<sup>70</sup> Ansonsten muss nur eine gesicherte Basis für die Berechnung gegeben sein<sup>71</sup>, und der Verwender darf die Klausel nicht dazu benutzen, für sich einen Zins zu verlangen, den er anderweitig auf einem wettbewerblichen Markt nicht hätte erzielen können, oder wenn keine Abzinsung erfolgt.<sup>72</sup> Allerdings muss man insofern berücksichtigen, dass das Gericht auf der Grundlage von § 308 Nr. 7 bzw. § 309 Nr. 5 zu urteilen hatte, wonach Schadensersatzpauschalen auf Unbilligkeit von Abweichungen gegenüber dem tatsächlich entstandenen Schaden kontrolliert werden. Doch geht es auch hier um eine Pauschalierungsmarge, die es dem Klauselverwender ermöglichen sollen, seine Kostennachteile bei vorzeitiger Vertragsauflösung angemessen zu bewältigen.

Im Vergleich zu § 502 Abs. 1 Nr. 1 BGB ergibt sich, dass außerhalb des Verbrauchergeschäfts für nicht grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen keine starre %-Grenze gilt, sondern insbesondere die Relation zum anderweitig erzielten Zins maßgebend sein soll. Genau an einer solchen Relation fehlt es aber, wenn für die Rückkaufswertklauseln generell vorgeschrieben wird, dass sie den Margen von § 169 Abs. 3 VVG n.F. zu entsprechen haben. Bei Verbraucher-Versicherungen mag das heutzutage angehen, da die Eingriffsintensität der Finanzmarktregulierung, wie gesagt, größer geworden ist. Aber im Industriegeschäft (besser: Geschäft mit Gewerbekunden) steht der systematische Vergleich mit § 502 Abs. 1 Nr. 1 BGB sowie die Überlegung entgegen, dass es sich um eine Entgeltklausel mit begrenzter Kontrollbefugnis der Gerichte handelt.

**c. Folgerungen.** Es bleibt also immer noch gar nichts anderes übrig, als die EU-Regeln zur De-Regulierung des Prämienwettbewerbs und deren Substitution durch die AGB-Kontrolle heranzuziehen und die hierfür geltende Einschränkung für das Preisrecht und die sonstigen Klauseln zum

---

<sup>68</sup> BGH NJW 2001, 509.

<sup>69</sup> Vgl. nur BGH NJW 1998, 898, betr. vergeblicher Erwerb einer Sache; BGH NJW-RR 2005, 611, betr. Subventionsentgang; Pal.-Grüneberg, vor § 249, 19 f.

<sup>70</sup> S. jetzt § 502 Abs. 1 Nr. 1 BGB: 1% bzw. 0,5 %.

<sup>71</sup> Zur Begrenzung auf Vorgaben der Bundesbank s. BGH NJW 2005, 751.

<sup>72</sup> Z.B. 0,63 %, vgl. BGH NJW 1998, 592; BGH NJW-RR 1999, 842; Pal.-Grüneberg, § 309, Rdn. 28; generell gegen Klauselfähigkeit Mülbart, WM 2002, 465, 476; zust. Pal.-Weidenkaff, § 490, Rdn. 8.

Hauptgegenstand des Vertrages (main subject rule<sup>73</sup>) zu beachten.<sup>74</sup> Im Wege der AVB-Kontrolle darf außerhalb von Verbraucherverträgen kein vom Wettbewerb unabhängiger Mindestrückkaufswert festgelegt werden.<sup>75</sup>

Im Übrigen haben die Zillmerungsvorgaben der Rspr. und des heutigen § 169 Abs.3 VVG den Vorzug, dass sie kein schroffes Verbotssystem begründen, sondern die Zillmermethode nach wie vor zulassen. Die gleichwohl zwingend angeordnete Höchstanzahl der Abschlusskosten mit 50% bei Gleichverteilung auf die fünf Anfangsjahre hat durchaus Kompromisscharakter und scheint sich dadurch im Rahmen des Übermaßverbots zu bewegen, soweit es sich um Verbraucherverträge handelt. Die Zillmerung ist einerseits nicht völlig verboten, sondern bleibt im Wesentlichen zulässig, muss jedoch mit besonderen Rechenbeispielen transparent offen gelegt und vor Vertragsschluss erläutert und dokumentiert werden. Werden diese Voraussetzungen erfüllt, so besteht Grund zu der Annahme, dass hinreichende wettbewerbliche Anreize gegeben sind, die optimale Methode der Kostenfinanzierung zu entwickeln.

Nach alledem scheinen die bisherigen Bedenken gegen den Mindestrückkaufswert des § 169 Abs. 3 VVG heute teilweise, aber nicht gänzlich überholt. Mit der hier vorgeschlagenen Differenzierung zwischen Verbraucherverträgen und gewerblichen Versicherungen würde es sich geradezu um ein mustergültiges Beispiel eines ausgewogenen Regulierungsmixes mit Verbot- und Anzelelementen handeln – ähnlich wie bei Zulassung des Bewertungsspielraumes zur Überschussbeteiligung i.S. § 153 VVG.<sup>76</sup> Man kommt offenbar mit einem gemäßigten Umfang gesetzlich zwingender Anordnungen aus und kann es im Übrigen damit bewenden lassen, Transparenz und Marktinformation zu verlangen, damit die Kräfte neuen Wettbewerbs zur Entfaltung gelangen können. Ein derart regulierter Wettbewerb mit Versicherungsprämien wahrt zugleich die Belange effektiven Güterausbaus und humaner Alterssicherung von Arbeitnehmern und anderen Versicherungsnehmern.

Dem vielfach geforderten Zillmerungsverbot haben Rspr. und Gesetzgebung mit guten Gründen auch im Arbeitsrecht eine Absage erteilt, wie sich inzwischen für die Zillmerung bei Entgeltumwandlung nach dem BetrAVG herauszustellen scheint. Zwar hat das BAG noch 2010 angenommen, gezillmerte Lebensversicherung könnten unter keinen Umständen den Anforderungen der Wertgleichheit i.S. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG genügen.<sup>77</sup> Doch soll das nach neuester Rspr. nicht für Verträge gelten, die unter Wahrung des § 169 Abs. 3 VVG bzw. des insoweit übereinstimmenden AltZertG zustande gekommen sind.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 93/13, NJW 1993, 1838; umgesetzt durch deutsches Bundesgesetz v.19.7.1996, BGBl.I, 1013.

<sup>74</sup> Vgl. nochmals – für das frühere Recht – Herrmann, VersR 2009, 7 ff.; ders., in Bruck/Möller (Hrsg.), VVG, 9. Aufl. 2008, Einf. B, Rdn. 23 ff.

<sup>75</sup> Zu den praktischen Folgen der Nachzahlungspflichten und Verjährung s. H. Herrmann, a.a.O., vor Fn. 1.

<sup>76</sup> S.o. in diesem Abschnitt zu lit. B am Anfang.

<sup>77</sup> BAG ZIP 2009, 2401, 2404 f.; dazu S. Hopfner, in; F Schr. H.Herrmann, 2011, S.36 ff.; ders. NWiR, 2012 in diesem Heft.

<sup>78</sup> BGH v. 7.11.2012, Az. IV ZR 292/10; Hopfner, a.a.O., vorige Fn.

#### IV. Neue Probleme bei der Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung

Die hier erarbeitete Lösung hat zugleich erhebliche praktische Bedeutung für das weitere Transparenzproblem bei den Klauseln zur Beteiligung an den Überschüssen in der Lebensversicherung. Die Klauselwerke sind schon länger umstritten. Nachdem die Rspr. in deutschem Alleingang die sog. Querverrechnung geknackt hat, ist weiterhin die Bevorzugung von Kundengruppen innerhalb derselben Versichertengemeinschaft streitig (1), und man kämpft zugleich auf dem Gebiet der Klauseltransparenz (2).

**1. Nochmals: Modellrechnung und Verursachungsorientierung.** Im Zusammenhang mit den Wertstellungs- und Zillmerungsklauseln wurde bereits erörtern, wie es zur Regulierung von Modellrechnungen bei der Zurechnung von Überschussanteilen innerhalb der Versichertengemeinschaft kam. Nochmals ist die grundlegende Entscheidung des BVerfG von 2005<sup>79</sup> hervorzuheben, die in der VVG-Novelle v. 2009<sup>80</sup> umgesetzt worden ist. Kern der Regulierung war die verursachungsgerechte Überschusszuordnung und hälftigen Mindestzuteilung der Bewertungsreserven der Überschussbeteiligung. Nicht ein fester Geldbetrag, stattdessen aber Mindestquoten wurden festgelegt, nämlich einerseits ein bestimmter Prozentsatz der Einzelverträge vom Gesamtbetrag der Guthaben aller beteiligungsberechtigten Verträge<sup>81</sup> und andererseits die Auszahlung von 50% der Bewertungsreserven bei Beendigung des Vertrages.

Zunächst zur Berechnung der Bewertungsreserven. Schon nach §§ 253 Abs. 2/3, 341a-c HGB ergeben sich stille Reserven mit erheblichen Bewertungsspielräumen und Bilanzierungswahlrechten.<sup>82</sup> § 81c VAG i.V. MindestzuführungsVO v. 4.4.2008<sup>83</sup> ergänzt diese Regelung. Ausgangspunkt der Reservenbildung ist § 341a Abs. 1 i.V. §253 Abs. 1 S. 1 HGB, wonach bei höherem Zeitwert als dem Anschaffungswert eine stille Reserve entsteht. Dafür gilt allerdings nach § 280 Abs. 1 HGB ein Wertaufholungsgebot, das jedoch wiederum mehrfach steuerrechtlich modifiziert wurde. Dadurch wird die Bedeutung stiller Reserven zwar relativiert, aber auch im Bereich der Finanzinstitute nicht beseitigt. Folgende Angaben müssen genügen:

Soll die Wertaufholung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG n. F. vermieden werden, so muss der Bilanzierende darlegen und beweisen, dass ein Teilwert gegeben ist, der den nach S. 1 gebotenen Wertansatz unterschreitet. Handelsrechtlich darf dabei immerhin bei den praktisch

<sup>79</sup> BVerfG NJW 2005, 2376.

<sup>80</sup> Art. 13 Abs. 20 BilMoG v.25.5.2009, BGBl.I, S. 1102.

<sup>81</sup> Das folgt aus dem Erfordernis der Verursachungsorientierung gem. § 153 Abs. 2 VVG, vgl. Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann, § 153, Rdn. 75a.

<sup>82</sup> Vgl. Ortmann, a.a.O., vorige Fn., Rdn. 69 ff.; Herrmann, NWiR 2010/1 zu III.1.

<sup>83</sup> VO über die Mindestbeitragsrückerstattung in der LV v. 4.4.2008, BGBl. I, S. 690.

wichtigen Finanzanlagen auch eine voraussichtlich nicht dauernde Wertminderung berücksichtigt werden (§ 279 Abs. 1 S. 2). Steuerrechtlich ist dies aber nicht zugelassen, so dass insoweit eine Abweichung vom Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit vorliegt.<sup>84</sup> Da die Beurteilung der Dauerhaftigkeit der Wertminderungsgründe meist wenig objektivierbar ist, kommt der Beweislastumkehr praktisch auch insoweit erhebliches Gewicht zu. Schon bisher war zwar nach § 280 Abs. 1 eigentlich jedes Jahr zu überprüfen, ob die Gründe für die Bewertung unter Anschaffungs- oder Herstellungskosten weiterhin gegeben waren. Aber wegen der steuerlichen Beibehaltungsmöglichkeit eines niedrigeren Teilwertes nach § 6 EStG a. F. konnte die Prüfung entfallen, wenn nicht ein weiteres Absinken des Teilwerts zu begründen war. Die nunmehr geltende Beweislastumkehr bewirkt, dass jährlich sogar zu begründen ist, weshalb etwaige längerfristige Gründe, die im Vorjahr zum niedrigeren Teilwert geführt haben, fortbestehen und nicht etwa durch anderweitige – z. B. auch geldwertbedingte – Wertsteigerungen kompensiert werden.<sup>85</sup>

Fällt der Zeitwert später, kommt es auf die Dauerhaftigkeit der voraussichtlichen Wertentwicklung an. Dafür ist grundlegend § 341b HGB, wonach sog. stille Lasten bei Aktien und anderen Kapitalmarktwerten gebildet werden können.<sup>86</sup> Dazu hat die BAFin Begrenzungsregeln erlassen, die im Folgenden berücksichtigt und mit Anregungen zur Verbesserung kommentiert werden. Nach § 341b Abs. 2 HGB sind Aktienbestände im Versicherungsunternehmen als Anlagevermögen zu bilanzieren, wenn sie „dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen bestimmt“ sind. Soweit die Aktienwerte zum Umlaufvermögen rechnen, ist stets auf den Marktwert (Börsenwert) abzuschreiben, auch wenn ersichtlich nur eine vorübergehende Wertminderung vorliegt (§ 253 Abs. 3 HGB<sup>87</sup>). Kann die Zurechnung zum Anlagevermögen erfolgen, so braucht die Abschreibung nur dann zu erfolgen, wenn eine „voraussichtlich dauernde Wertminderung“ vorliegt (§ 253 III.3 HGB).<sup>88</sup> Dadurch werden sog. stille Lasten begründet, weil zunächst günstigere Werte ausgewiesen werden können, die bei später eintretender Dauerhaftigkeit zu Lasten des Unternehmens nach unten korrigiert werden müssen.

Zur Dauerhaftigkeit hat die BAFin schon 2001 festgelegt, dass es auf den Schwellenwert von 10% für die Mindestdauer eines Jahres ankommt. In 2009 ist diese Grenze auf 20% angehoben worden, um den Spielraum für unterbliebene Abwertungen zu erweitern. Darin liegt kein „Bilanztrick“, wie es die Tagespresse titulierte, sondern ein heilsames Kriseninstrument, das Steuergelder nicht strapaziert. Ein vorsichtiger Erweiterungsvorschlag könnte dahin gehen, die 20%-Regel als bloße Beweiserleichterung zu fassen, so dass bei stärker schwankenden Werten u.U. aus dem zuletzt eingeschlagenen Trend Besonderes gefolgert werden kann. Soll trotz Überschreitung von 20% keine dauernde Wertminderung angenommen werden, so müssen dafür strengere Beweisanforderungen gelten.

<sup>84</sup> Allg. vgl. Heymann/Walz, Einl. vor § 238 Rdn. 73.

<sup>85</sup> S. näher Schön BB 1997, 1333, 1341; zur Angabe im Anhang s. Heymann/Herrmann, a.a.O. Rdn. 10.

<sup>86</sup> Wesentlich unverändert durch das BilMoG v. 25.5.2009, BGBl. I, 1102.

<sup>87</sup> Nach dem BilMoG mit Geltung ab. 29.5.2009 (BGBl. I, 1102).

<sup>88</sup> Das BilMoG (a.a.O.) nimmt nicht mehr § 253 Abs. 3 S. 3 HGB, sondern den ganzen Abs. 3 in Bezug. Auch bleibt § 341b Satz 1, Halbs.2 HGB unverändert, so dass die Anschaffungskosten beibehalten werden können, wenn keine dauernde Wertminderung durch eine negative Börsenentwicklung vorliegt.

Damit zurück zur Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung. Soweit sich Überschüsse aus der Bilanz ergeben, ist Mindestauszahlung am Vertragsende geschuldet. Da dies eigentlich unternehmensspezifisch zu erfolgen hat, war früher die Möglichkeit gegeben, Über- und Unterschüsse der verschiedenen Produkte untereinander auszugleichen. Dieser sog. Querverrechnung hat das BVerfG dann zwar in 2005, wie gesagt, ein Ende gesetzt. Doch hat es zugleich festgestellt, dass Art. 14 Abs. 1 GG es erfordert, dem Versicherer ein unternehmerisches Entscheidungsermessen einzuräumen, entweder die Beteiligung des Einzelnen zu optimieren, oder die Überschusszurechnung zumindest auch im Interesse der Risikogemeinschaft und der eigenen Absatzziele zu gestalten.<sup>89</sup> Insbes. dürfen Verfahren zur Glättung und Pauschalierung eingeführt werden, wie sie international üblich sind.<sup>90</sup> Zudem kann der Versicherer sogar eine Zusammenfassung nach Gruppen von Versicherungsnehmern innerhalb desselben Produkts vornehmen<sup>91</sup> und dabei etwa auch bestimmte Zielgruppen des Vertriebs besonders begünstigen. Dafür muss lediglich eine der Verursachungsbetrachtung „vergleichbar angemessene“ Methode gegeben sein (§ 153 Abs. 2 S. 2)<sup>92</sup>. Das BVerfG war der Ansicht, dass diese Angemessenheitskontrolle vom künftigen Gesetzgeber konkret reguliert werden müsse<sup>93</sup>, doch konnte man sich im Zuge der VVG-Reform nicht dazu durchringen. Zu Recht sah man, dass die Kontrolle der BaFin gem. §§ 81 Abs. 1 S. 3, 81c VAG dem öffentlichen Interesse zu dienen habe und nicht privatrechtliche Ansprüche begründen dürfe. Man wolle diese mit der Deregulierung eingeführte Struktur nicht wieder rückgängig machen<sup>94</sup> - eine wahrhaft richtungsweisende Entscheidung. Darauf wird zurückzukommen sein.

**2. Aktuelle Transparenzprobleme.** Doch zunächst noch ein Blick auf das Transparenzgebot des § 307 BGB. Folgende Hauptschwierigkeiten werden aktuell in puncto Transparenz bemängelt: Die nach § 153 Abs. 1 VVG geschuldete Überschussbeteiligung kann in AVB ausdrücklich ausgeschlossen werden, muss aber bei Nicht-Ausschluss „verursachungsgerecht“ oder „vergleichbar angemessen“ erfolgen (Abs. 2). Für diesen Gestaltungsspielraum ist unstreitig, dass dem Verwender die Möglichkeit gegeben ist, einzelne Gruppen von Versicherungsnehmern zu einem günstigeren Schlüssel zu bedienen als andere, wenn diese nur stärker an der Entstehung des Überschusses beteiligt erscheinen. Zwar gilt ein Gleichbehandlungsgebot nach § 11 Abs. 2 VAG, aber bei sachlicher Begründung der Verursachungsgerechtigkeit ist dies gewahrt. Wie aber ist es, wenn selbst der durchschnittlich

<sup>89</sup> BVerfG NJW 2005, 2376, 2381.

<sup>90</sup> Vgl. M. Ortman, VersWissStud., Bd. 21, S. 135 f.; ders. a.a.O., vorvorige Fn., Rdn. 63.

<sup>91</sup> Brömmelmeyer, in Beckmann, u.a. (Hrsg.), Hdb. VersR, a.a.O., § 42, Rdn. 290; Engeländer, VersR 2007, 155, 157.

<sup>92</sup> Ausdrücklicher Verweis der Begr. RegE, Drs. BT 16/3945, Abschnitt II.

<sup>93</sup> BVerfG NJW 2005, 2376, 2381; dafür auch Engeländer, VersR 2007, 155, 161..

<sup>94</sup> Begr. RegE, Drs. BT 16/3945, Abschnitt II; dazu zust. Brömmelmeyer, WuB F. § 2 ALB 1.06, S. 29, 33; ders. in Beckmann u.a. (Hrsg.), Hdb. VersR, a.a.O., Rdn. 296.

informationsbereite Kunde nicht mehr von sich aus einschätzen kann, zu welcher Gruppe er gehört?<sup>95</sup>

Muss er etwa

- zunächst in einer Vertragsanlage nachschauen, zu welcher „Überschussgruppe“ er gehört, dazu „Untergruppen“ ausfindig machen und sodann
- aus dem jährlichen Geschäftsbericht ersehen, mit welchem Prozentsatz er hinsichtlich des „Grundüberschussanteiles“ und des „Zinsüberschussanteiles“ bedient werden soll, so ist zunächst schon diese Verweisungstechnik umstritten;
- hinzu kommt die komplizierte Kombination von Gruppen-, Untergruppen- und Überschusseinteilung, die u.a. danach erfolgt, ob der Kunde ein Garantiekapital von über oder unter 40.000,- € vereinbart hat;
- u.U. muss noch weiter von Jahr zu Jahr auf Veränderungen geachtet werden, weil ein Vertrag mit variabler Beitragszahlung vereinbart ist;
- nach § 153 Abs. 3 S. 2 VVG sind bei Vertragsbeendigung mindestens 50% der jährlich zu ermittelnden Bewertungsreserven auszuführen; dies aber ist „nach einem verursachungsorientierten Verfahren“ zu ermitteln (Abs. 3, S. 1).

Der BGH hat zunächst in 2001 geurteilt, dass ein Klauselwerk dieser Art nicht unzulässig intransparent sei, wenn der Kunde nicht nur durch diese Untergliederung, sondern auch durch einen davon abgeordneten Hinweis darüber informiert wird, dass die Überschussbeteiligung nicht einheitlich sei. Das müsse der Kunde zwar schon daraus folgern, dass Kapitalerträge und Kosten des Versicherers im Zeitablauf nicht konstant sein können, aber jedenfalls reiche es aus, wenn dieser Umstand in den AVB noch einmal besonders erwähnt werde.<sup>96</sup> Das LG Stuttgart hat den ihm vorgelegten Fall anders entschieden und darauf abgestellt, dass die Tatumstände differierten: der Klauselaufbau sei unübersichtlicher als im BGH-Fall, und der LG-Fall enthalte u.a. noch die zusätzliche Unterscheidung von „75 Prozent des Risikoergebnisses und 50 Prozent des übrigen Ergebnisses“.<sup>97</sup>

**3. Lösungsvorschläge.** Ein eigener Vorschlag geht dahin, ein umfassenderes System der Transparenz- und Publizitätsvorschriften<sup>98</sup>, der Informationsvoraussetzungen für das Zustandekommen von Verträgen und der Beratungsregeln zu entwickeln und dieses auf das Recht der Inhaltskontrolle

<sup>95</sup> Zum Folgenden s. den Sachverhalt des Urteils des LG Stuttgart v. 25.4.2013, Az. 11 O 231/12, S. 8 ff.

<sup>96</sup> BGH, Urteil v. 9.5.2001, Az. IV ZR 121/00, Rdn. 12 ff., 54 ff.

<sup>97</sup> A.a.O., vorvorige Fn., S. 23 f.

<sup>98</sup> Mit dazu gehörig sind auch die Einbeziehungskontrolle, das Überraschungsverbot, die Unklarheitenregel und der Vorrang der Individualabrede.

nach Regeln des Vorrangs mildesten Mitteleinsatzes abzustimmen.<sup>99</sup> Dafür ist von der Legitimation des Vertrages durch informationelle Gleichstellung der Parteien i.S. der modernen Informationsökonomik und des Principal/agent-Konzepts auszugehen. Publizitätsvorschriften und Transparenzregeln ergänzen sich dahingehend, dass die bloße Möglichkeit der Kenntniserlangung durch Repräsentanten der Allgemeinheit oder Fachöffentlichkeit ausreicht, für die nötige informationelle Symmetrie der Vertragsparteien zu sorgen. Was der mündige, d.h. informationsbereite Verbraucher wissen kann und muss, ergibt sich nicht nur unter Berücksichtigung seiner durchschnittlichen natürlichen Fähigkeiten, sondern auch normativ aus dem Zusammenhang der informationellen Risikoordnung des Vertragstypus, der Hilfsaufgaben von Vertretern, Agenten, Maklern und anderen Sachwaltern sowie vertraglich gebundenen Beratern.

Bei vergleichbarer Eignung alternativer Kontrollregeln hat grundsätzlich die informationsrechtliche Eingriffsnorm Vorrang vor der materiellen Inhaltskontrolle. Innerhalb der Informationsrechts rangieren Regeln des Zustandekommens von Verträgen vor solchen des Widerspruchs oder Widerrufs, Rücktritts oder der Kündigung, und erst dann kommt das Haftungsrecht zum Zuge. Im Bereich der Inhaltskontrolle rangiert die Nichtigkeitssanktion<sup>100</sup> vor der ergänzenden Vertragsauslegung und der Fiktion ungünstigen Vertragsinhalts.<sup>101</sup>

Für die Fragen der Überschussbeteiligung ist besonders auf den Umstand hinzuweisen, dass das Verständnis der Berechnungsregeln notwendig komplizierter ist, als es der Durchschnittsverbraucher verstehen kann. Denn es sind Kenntnisse des Rechnungswesens und des Handelsbilanzrechts vorausgesetzt, die allenfalls beim Kaufmann normativ vorausgesetzt werden können, da dieser nach § 238 HGB zur kaufmännischen Rechnungslegung verpflichtet ist. Deshalb ist hier noch mehr als anderswo auf die Informationsfunktionen der Fachöffentlichkeit abzustellen, d.h. eine Berechnungsregel, die nicht einmal der Fachjournalist zutreffend einordnen und verstehen kann, genügt weder der InfoV-VVG i.V. mit § 7 VVG noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1/3 BGB.

Daraus kann man die Folgerung herleiten, dass neben den individuellen Informationen auch überindividuell aufbereitetes Informationsmaterial durch den Versicherer bereitzustellen ist, welches in den Medien und Informationsdiensten zu Zwecken des wettbewerblichen Produktvergleichs ausgewertet werden kann. Die bloße Möglichkeit der Öffentlichkeitsbewertung kann genügen, muss aber andererseits auch verlangt werden, wenn ein hinreichendes Informationsgleichgewicht der Vertragsparteien anders nicht hergestellt werden kann. Leider sind die überindividuellen Informationspflichten in der Literatur bislang noch wenig untersucht.

---

<sup>99</sup> Vgl. I. Mattern, Das Informationsmodell im VVG, 2011.

<sup>100</sup> Vgl. §§ 134, 138.

<sup>101</sup> Vgl. § 306 Abs. 2/3.

Der BGH hat aber immerhin Ähnliches bereits früher zur Zillmerung verlangt, indem er für die AGB-Transparenz Beispielsrechnungen des Versicherers voraussetzt, aus denen sich ergibt, dass der Versicherungsnehmer bei frühzeitiger Vertragsauflösung keinerlei oder nur wenig Prämienrückzahlung fordern kann. Darüber kann man für das Recht der Zillmerung streiten<sup>102</sup>, doch ist der Gesetzgeber dem in § 154 VVG und in § 2 Abs. 3 InfoV-VVG mit den Vorschriften zur Modellrechnung bei der Überschussbeteiligung gefolgt. Dazu ist str. ob mit der „Zugrundelegung der Rechnungsgrundlagen“ nicht nur die Netto-Prämien<sup>103</sup> zu berücksichtigen sind, sondern auch die Kapitalanlagekosten als Kalkulationsgrundlage erfasst werden müssen.<sup>104</sup> Aus Gründen des Erfordernisses überindividueller Produktvergleichbarkeit durch Informationsintermediäre wird man der letzteren Ansicht zuzustimmen haben. Zutreffend ist hier auch der Verweis auf die Effektivinformationen, wie sie auch im Darlehensrecht bei den Pflichten zur Angabe des Effektivzinses gem. § 491a Abs.1 i.V. Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 3 vorgeschrieben sind. V.a. aber fragt man sich, weshalb der Gesetzgeber die Offenlegung nur für den Fall verlangt hat, dass der Versicherer in seiner Werbung mit Zahlen zur Überschussbeteiligung in Erscheinung tritt. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass der Versicherer auch für die Unterscheidung garantierter und nicht garantierter Leistungen an das Transparenzgebot gebunden ist.<sup>105</sup> Damit wird zwar nicht notwendig eine Werbung mit „bezifferten“ Angaben künftiger Entwicklung erfasst, wie sie in § 154 Abs. 1 VVG vorausgesetzt werden, doch kommt die Praxis, soweit ersichtlich, ohne solche Zahlenangaben nicht aus, so dass die aggregierten Effektivkosten eigentlich immer anzugeben sind.

Folgt man dem, so werden dadurch nach hier vertr. Ansicht die Anforderungen zur Überschusstransparenz im Übrigen entspannt. Man kann erwarten, dass dem Interesse des Verbrauchers durch Informationsleistungen der Fachmedien Rechnung getragen wird, wo die individuelle Informationsverarbeitungskapazität nicht ausreicht. Im Rahmen einer modernen Anreizregulierung darf erwartet werden, dass v.a. von den Modellrechnungen mit Effektivangaben Präventiveffekte ausgelöst werden, die einen hinreichenden Schutz des Versicherungsnehmers bewirken. Aus der Sicht neuen Wirtschaftsrechts, der hierzu gehörigen Berücksichtigung wettbewerbsorientierter Empathie-Anreize und des Übermaßverbots preisregulatorischer Eingriffe scheint § 153 f. VVG geeignet. Einer weitergehenden Korrektur aufgrund des § 307 Abs. 1/3 BGB, wie sie das LG-Stuttgart<sup>106</sup> unlängst vorgenommen hat, bedarf es nicht.

<sup>102</sup> Krit. z.B. H. Herrmann, DZWiR 2004, S. 45 ff.

<sup>103</sup> Beiträge nach Abzug der Abschluss- und Verwaltungskosten.

<sup>104</sup> Dafür Brömmelmeyer, in Beckmann u.a. (Hrsg.), Hdb. VersR, a.a.O., § 42, Rdn. 303; i.Erg. übereinstimmend Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann, § 154, Rdn. 10: „Effektivrendite“ mit „Effektivkosten“; a.A. aufgrund erlaubter Geheimhaltung der Kalkulationsgrundlagen Looschelders/Pohlmann/Krause, § 154, Rdn. 11; Ruffer/Halbach/Schimikowski/Brambach, § 154, Rdn. 12.

<sup>105</sup> BAV-Rdschr. R2/2000, VerBAV 2000, 252 zu Nr. I.2b; Brömmelmeyer, ebd., Rdn. 304 F. 945.

<sup>106</sup> Wie oben zu 1.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich hervorheben, dass bei den Versuchen und Plänen der Neuregulierung im Preisrecht von Finanzdienstleistern noch erheblicher Abstimmungsbedarf besteht. Einen Ansatz dafür bietet die hier entwickelte Prinzipienabwägung auf der Grundlage einer ökonomischen Rechtsanalyse für den Menschen.<sup>107</sup> Preisregulierung ist danach auch über die Kontrollnormen zur Sittenwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit hinausgehend zulässig, muss aber eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung durchlaufen. Besondere Bedeutung kommt hierbei dem Umstand zu, dass den Höchstpreisregeln für Management-Boni alternativ Anreizmodelle der corporate governance gegenüberstehen, die mehr Entscheidungskompetenzen für die Hauptversammlung begründen als bisher. Solange hierzu keine Beurteilung vorliegt, die die Geeignetheit der Governance-Regulierung im Sinne des Grundsatzes schonendsten Mitteleinsatzes in Frage stellt, wäre eine Preisobergrenze für Boni unverhältnismäßig (II.3).

Bei Kumulierung von Preisobergrenzen und Governance-Regulierung entsteht eine Doppelwirkung, die ebenfalls im Rahmen des Übermaßverbots begründungsbedürftig ist. Das Problem ist nicht nur rechtspolitisch und rechtsethisch relevant, sondern spielt auch eine Rolle im Rahmen der Prüfung, ob eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts vorliegen würde. Denn bei Eingriffen in Art. 14. Abs. 1 GG ist das Übermaßverbot anerkannt.<sup>108</sup>

Auch im Bereich der AGB-Kontrolle von Zins- und Prämienklauseln scheint die grundsätzliche Zurückhaltung preiskommissarischer Eingriffe in die Vertragsfreiheit zwar aufrechterhalten, aber zu Gunsten ausnahmsweiser Mindest- und Höchstpreisanordnungen modifiziert. Der sog. Mindest-Rückkaufswert bei Lebensversicherungen ist für Verbraucherverträgen verhältnismäßig. Es bestehen aber nach wie vor Einwände gegen die Rspr. und gegen § 169 Abs. 3 VVG, soweit es sich um gewerbliche Versicherungsnehmer handelt (III.4). Mit Recht beschränkt sich die Rspr. zur Überschussbeteiligung im Lebensversicherungsrecht derzeit noch auf Transparenzfragen. Dabei ist auf das Zusammenspiel von Informationsregulierungen der AGB-Kontrolle, der neuen Beratungspflichten und der InfoV-VVG zu achten, um den Versicherern keine übermäßigen Informationslasten aufzuerlegen (IV.3).

---

<sup>107</sup> Dazu s. A. Sen, *Ökonomie für den Menschen*, 2011; näher H. Herrmann, 10 Jahre NWiR, in diesem Heft, zu II.1.

<sup>108</sup> BVerfGE 67, 157, 178; Jarass, in ders./Pieroth, GG-Komm. 11. Aufl. 2011, Art. 20 GG Rdn. 58, 62.