

ALEXANDRA HENKEL

**Inhaltskontrolle von Finanzprodukten
nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates
über mißbräuchliche Klauseln
in Verbraucherverträgen**

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 76



76



TENEA

Der Finanzdienstleistungsbereich ist ein Kernbestandteil der europäischen Wirtschaft, der von allen Wirtschaftsteilnehmern – zunehmend auch von Verbrauchern insb. als Ergänzung der staatlichen Versicherungssysteme – in Anspruch genommen wird. Verbraucher sind als Laien bei der Inanspruchnahme von komplexen Finanzdienstleistungen besonders schutzbedürftig. Es handelt sich um technisch komplexe und komplizierte Rechtsprodukte, die erst durch umfangreiche Klauselwerke selbst Gestalt annehmen und nur mittels textlicher Umschreibung produziert und vermarktet werden können. Selbst wenn es einem Verbraucher entgegen der Regel gelingt, bei Abschluß des Vertrages die wesentlichen Eigenschaften der Finanzprodukte zu erkennen, kann er diese Spezialinformationen aber häufig nicht ausreichend einordnen, um sich bei seiner Marktentscheidung so daran orientieren zu können, dass er das für sich beste Produkt herausfindet. Schließlich sind die wahren Auswirkungen des Finanzproduktes, z. B. der Deckungsumfang einer Versicherung, für den Verbraucher häufig erst in der Zukunft sichtbar, z. B. bei der Versicherung erst wenn der Versicherungsfall bereits eingetreten ist. Die Notwendigkeit und die Harmonisierung des Verbraucherschutzes ist auf europäischer Ebene im Hinblick auf Finanzprodukte anerkannt. Auch die Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG), die den Kernbereich des Zivilrechts elementar betrifft, erfasst als »horizontale Gesetzgebung« Finanzprodukte. Untersucht werden Problemschwerpunkte, die sich bei der Auslegung und Anwendung der Klauselrichtlinie auf Finanzprodukte ergeben. Hierbei wird besonderer Wert auf die rechtsvergleichende Betrachtung gelegt, es wird ausführlich die Umsetzung und Anwendung der Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten allgemein und im besonderen auf Finanzprodukte dargelegt. Einen besonderen Schwerpunkt stellt die Frage des Kontrollumfangs von Versicherungsbedingungen nach Art.4 II iVm 19. Erwägungsgrund, Satz 3, der Richtlinie dar.

Alexandra Henkel, geb. 1972 in Berlin; Studium der Rechtswissenschaften in Berlin; 1996 Erstes Staatsexamen; sechsmonatiges Praktikum in der Rechtsabteilung eines internationalen Wirtschaftsunternehmens in Großbritannien; Arbeit in Rechtsanwaltskanzleien; 1999 Zweites Staatsexamen; Doktorandin und Stipendiatin des Graduiertenkollegs »Rechtsfragen des Europäischen Finanzraums« der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) an der Universität in Bonn; seit 2002 Rechtsanwältin in einer Wirtschaftssozietät.

TENEAE

ISBN 3-86504-091-8

35 €

TENEA

Juristische Reihe TENE A / www.jurawelt.com Bd. 76



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

ALEXANDRA HENKEL

Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie
93/13/EWG des Rates
über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

TENEA



Alexandra Henkel

Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

(Juristische Reihe TENEА/www.jurawelt.com; Bd. 76)

Zugleich Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENEА Verlag für Medien
Berlin 2004

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Polyprint GmbH · 12489 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENEА-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-091-8

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, sowie deren Umsetzung und Anwendung in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Hierbei ist die Arbeit im wesentlichen begrenzt auf bestimmte Problemschwerpunkte, die bei Auslegung und Anwendung der Richtlinie auf Finanzprodukte entstehen, und die auch rechtsvergleichend betrachtet werden.

Natürlich ist die Zeit seit Einreichung der Arbeit im Mai 2003 nicht stehen geblieben. Erwähnenswert ist insbesondere der fortgeschrittene Diskussionsstand zu der Frage des Konkretisierungsmaßstabes und der Konkretisierungsbefugnis bei Generalklauseln in europäischen Richtlinien. Im Rahmen der Klauselrichtlinie werden diese Fragen bei dem Mißbrauchstatbestand in Art.3 I relevant (vgl. *dazu 2.Teil E I 1. und 2.*). Besonders hinzuweisen ist neben der umfangreichen Literatur¹ auf das Urteil des EuGH vom 01.04.2004, Rechtssache C-237/02, mit dem der Gerichtshof von seiner bisherigen Linie² abweicht und es den nationalen Gerichten überläßt, festzustellen, ob eine Vertragsklausel mißbräuchlich im Sinne des Artikel 3 I der Klauselrichtlinie ist. M.E. interpretiert der EuGH hier seine Rolle allzu zurückhaltend, hätte er doch auch in dem der Rechtssache C-237/02 zugrundeliegenden Fall zumindest die allgemeinen Kriterien einer Mißbräuchlichkeitskontrolle festlegen können, sowie generell-abstrakt nach allgemeinen Kriterien und gemeinschaftsweiten Wertungen prüfen können, ob die Vertragsklausel mißbräuchlich ist und etwa unter den Anhang der Klauselrichtlinie zu subsumieren ist. Auf der abstrakt-generellen Prüfungsstufe kann der EuGH auch fallbezogene Vorgaben machen. Es bliebe dann immer noch genug Raum für die konkret-individuelle Prüfung anhand der Einzelfallumstände (Art.4 I).

¹ Z.B. Inke Wolff, Die Verteilung der Konkretisierungskompetenz für Generalklauseln in privatgestaltenden Richtlinien, Diss.Bonn 2002; Bettina Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, Habil.2004; dies., WM 2003, S.509 ff.; Olivier Remien, RabelsZ 2002, S.503 ff.; Norbert Reich, RabelsZ 2002, S.531 ff.

² Insb. weicht der EuGH von seinem Urteil vom 27.06.2000, Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98, ab; dort subsumierte der Gerichtshof eine Gerichtsstandsklausel unter den Anhang der Klauselrichtlinie und erklärte sie nach Art.3 I für mißbräuchlich. Die Begründung für die abweichende Behandlung, die Gerichtsstandsklausel sei unter allen erdenklichen Gesichtspunkten mißbräuchlich gewesen, so dass die Mißbräuchlichkeit ohne individuell-konkrete Prüfung nach Art.4 I der Richtlinie habe festgestellt werden können (EuGH 01.04.2004, C-237/02, Rz.23), erscheint vorgeschoben (es gab in der Vergangenheit immerhin mehrere Entscheidungen, die in eine andere Richtung liefen), widerspricht dem Harmonisierungsgedanken, erhöht die Rechtsunsicherheit (wann liegt ein eindeutiger Fall vor entsprechend der Gerichtsstandsklausel und wann nicht?) und überzeugt nicht. Der EuGH hält das nationale Recht für einen Umstand iSd Art.4 I, was angesichts der Historie, des Wortlautes und auch im Hinblick auf Erwägungsgrund 16 nicht passt – die Folge ist, der EuGH muss sich auf die Angaben des nationalen Gerichts verlassen und nimmt dies als Argument, überhaupt keine Prüfung vorzunehmen.

Für die konstruktive Betreuung der Arbeit sowie für das ausführliche Gutachten möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Peter Reiff, bedanken. Mein Dank gilt darüber hinaus auch Prof. Dr. Wulf-Henning Roth für das Zweitgutachten und für die Aufnahme in das Graduiertenkolleg „Rechtsfragen des Europäischen Finanzraums“ der Universität Bonn. Durch die Seminare und Vorlesungen im Rahmen des Graduiertenkollegs habe ich wertvolle Anregungen für meine Promotion erhalten.

Berlin, September 2004

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XII
Literaturverzeichnis	XV
1. Teil: Allgemeines/Grundlagen	1
A Einleitung	1
I Untersuchungsgegenstand.....	1
II Vorgehensweise und Gang der Untersuchung.....	4
B Klauselrichtlinie als Teil des Verbraucherschutzes in der EU	5
C Bedeutung der rechtsvergleichenden Betrachtung	6
I Im Rahmen der Auslegung von europäischen Richtlinien.....	6
1. Grundsatz: Auslegung nach nationaler Methodik.....	6
2. Anwendung auf europäische Richtlinien als Gemeinschaftsrecht.....	7
a) Wortlaut und Wortsinn.....	7
b) Entstehungsgeschichte.....	8
c) Systematische Auslegung.....	8
d) Teleologische Auslegung.....	9
e) Bedeutung der Erwägungsgründe.....	10
3. Berücksichtigung nationaler Grundsätze einzelner Mitgliedstaaten im Wege der Rechtsvergleichung.....	10
a) Zulässigkeit der Auslegung durch Rechtsvergleichung.....	10
b) Berücksichtigung nationaler Vorbilder im Rahmen der historischen Auslegung?	12
c) Allgemeine Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten.....	14
aa) Allgemeine Rechtsgrundsätze als Auslegungshilfe.....	14
bb) Prinzip der wertenden Rechtsvergleichung.....	14
cc) Übertragbarkeit auf die Generalklausel des Art.3 I der Klauselrichtlinie.....	16
II Richtlinienkonforme Auslegung.....	17

III Vorabentscheidungsverfahren.....	17
IV Berücksichtigungsfähige Grundsätze und Vorgaben.....	18
D Schutzzweck der Klauselrichtlinie.....	19
I Darstellung der zwei unterschiedlichen Grundsysteme der Kontrolle von Vertragsklauseln in Europa.....	20
1. Deutschland und Frankreich als Beispiele.....	20
2. Zuordnung anderer Länder.....	22
II Schutzzweck der Klauselkontrolle nach der Richtlinie.....	23
1. „Mischung“ der beiden Grundsysteme.....	23
2. Beispiel des Art.4 I: Berücksichtigung „aller den Vertragsschluß begleitenden Umstände“	25
3. Ansatzpunkte der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie.....	29
a) Unterlegenheit der Verbraucher.....	29
b) Einseitige Vertragsgestaltung – Fehlen eines Aushandelns.....	31
c) Ausgleich eines Marktversagens.....	33
aa) Grundsatz: Marktversagen aufgrund Informationsdefizits – ökonomische Betrachtung.....	33
bb) Anwendbarkeit des ökonomischen Gedankens auf die Klauselrichtlinie?.....	36
aaa) Bei vorformulierten Einzelverträgen und nicht im einzelnen ausgehandelten Individualklauseln.....	36
bbb) Art.4 II, 5 – Sicherstellung der freien Marktentscheidung durch Herstellung einer Produkt- und Markttransparenz.....	38
d) Ergebnis: kombiniertes Schutz- und Informationsmodell.....	40
2.Teil: Anwendung der Klauselrichtlinie auf Finanzprodukte.....	41
A Anwendungsbereich.....	41
I Persönlicher Anwendungsbereich.....	41
1. Allgemeines zur Unterscheidung Verbraucher-Gewerbetreibender.....	41
2. Verträge außerhalb des typischen Geschäftsbereiches des Gewerbetreibenden.....	44
a) „Non-professionnel“ in Frankreich.....	45
b) Weitere rechtsvergleichende Betrachtung.....	50
c) Klauselrichtlinie.....	51
d) Beschränkung des Verbraucherbegriffs auf natürliche Personen iSd Art.2 b).....	54
3. Verbraucher mit überdurchschnittlichen Kenntnissen und/oder Erfahrung.....	57

4. „Mischfälle“.....	57
a) Gemischte Zweckrichtung.....	57
b) Mehrere Personen (Mehrheit von Schuldern, Verpflichteten oder Gläubigern)...	59
5. Öffentlich-rechtlicher Bereich.....	61
II Sachlicher Anwendungsbereich.....	64
1. Vertragsarten.....	64
a) Finanzdienstleistungen bzw. Geschäfte iSd Nr.2 des Richtlinienanhangs.....	65
aa) Bedeutung der Nr.2 für den Anwendungsbereich.....	65
bb) Begrifflichkeiten.....	65
aaa) Finanzdienstleistungen gemäß Nr.2 a,b.....	66
bbb) Kapitalmarkt- und Devisengeschäfte iSd Nr.2 c.....	67
cc) Problematik: Anwendbarkeit auf Aktienemissionen und sonstige Wertpapierbedingungen (als inhaltliche Ausgestaltung der Kapitalanlage).....	69
b) Bedeutung des 10. Erwägungsgrundes.....	79
c) Verbraucherverträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.....	81
aa) Beteiligungen an Gesellschaften und Kauf von Finanz- und Kapitalmarktpapieren.....	81
bb) Satzungen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG).....	82
d) Arbeitsverträge.....	84
2. Art.3.....	85
3. Art.1 II.....	89
4. Art.4 II ?.....	92

B Gegenstand der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle gemäß Art.4 II..... 93

I Sinn und Zweck sowie Grund der Ausnahme von der Mißbräuchlichkeitskontrolle.....93

II Hauptgegenstand und Preis-Leistungsverhältnis iSd Art.4 II..... 96

III Europäisch-autonome Begriffsbestimmung durch rechtsvergleichende Betrachtung. 97

1. Berücksichtigungsfähige Wertungsprinzipien und Rechtsanwendungsgrundsätze.....	99
a) Grundsätze der verdeckten Inhaltskontrolle durch Einbeziehung und Auslegung?.....	99
b) Wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben bzw. Klauseln, die den Hauptzweck betreffen, als Maßstab des Aushöhlungsargumentes?.....	100
c) Laesio enormis, Wucher, Sittenwidrigkeit, ordre public und staatliche Preisregelungen als Grenzen der Vertragsfreiheit.....	103

2. Umkehrschluß aus den nationalen gesetzlichen Regelungen der offenen Inhaltskontrolle.....	104
3. Länder mit vergleichbarer Abgrenzungsproblematik im Gesetz bereits vor Richtlinienumsetzung.....	104
a) Deutschland: herrschende Meinung zu § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.).....	105
aa) Schranke der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III 1 BGB.....	105
aaa) Formale Abgrenzung: keine Kontrolle bei Fehlen gesetzlicher Maßstäbe?.....	105
bbb) Kontrollfreie Klauseln nach § 307 III 1 BGB.....	106
ccc) Kontrollunterworfenheit als Vorstufe der Inhaltskontrolle.....	110
bb) Keine Änderung des Gesetzeswortlautes nach Umsetzung der Richtlinie.....	111
b) Österreich: kontrollfreie „Hauptleistungen“ iSd § 879 III ABGB....	113
c) Niederlande: „Kernbestimmungen“ iSd Art.6:231 a NBW.....	115
d) Zwischenergebnis.....	117
e) Deutsche Regelung des § 8 AGBG a.F.(=§ 307 III 1 BGB) als Vorbild des Art.4 II?.....	118
4. Weitere Länder mit einer offenen Inhaltskontrolle schon vor Richtlinienumsetzung..	121
a) Frankreich.....	121
aa) Rechtslage vor Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	121
bb) Rechtslage nach Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	124
cc) „Objet principal“ des Art.4 II als wesentlicher Teil der Hauptleistungen?.....	124
b) Skandinavien.....	125
c) Großbritannien.....	127
aa) Rechtslage vor Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	127
aaa) Unterschiede des Common Law zu den kontinentaleuropäischen Zivilrechten.....	127
bbb) kontrollfreier Raum bei der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen	129
bb) Rechtslage nach Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	132
5. Italien als Land ohne Tradition einer allgemeinen offenen Inhaltskontrolle.....	133
IV Ergebnis.....	136
1. Erste Schlüsse aus dem Rechtsvergleich.....	136
2. Abgrenzungskriterium: Regulierung durch den Markt und Wettbewerb.....	137
3. Essentialia negotii als Mindestmaß der Kontrollfreiheit.....	138
4. Außerdem Kontrollfreiheit bei fehlender Kontrollbedürftigkeit.....	140
5. Keine Abgrenzung nach dem Abweichen/Ergänzen von dispositiven Rechtsvorschriften.....	143
V Bedeutung des „sofern“-Nachsatzes des Art.4 II: Transparenzkontrolle (Information) statt Inhaltskontrolle.....	145
VI Art.4 II als Regelung überflüssig?	149

VII Zulässigkeit des Preisarguments ?.....	150
1. Rechtsvergleichende Betrachtung.....	150
2. Preisargument nach der Klauselrichtlinie.....	152

C Kontrollfreier Bereich bei Versicherungsverträgen nach Art.4 II unter besonderer Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 19, Satz 3..... 153

I Besonderheiten von Versicherungen.....	154
1. Versicherung als sog.Rechtsprodukt.....	154
2. Besondere Schutzbedürftigkeit der VN auch bei Leistungsbeschreibungen.....	158

II Rechtsvergleichende Betrachtung zur Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen..... 160

1. Kontrolle außerhalb des Bereiches der unmittelbaren Leistungsbeschreibungen, insbesondere der Risiko-beschreibungen und Obliegenheiten.....	161
2. Länder mit vergleichbarer Abgrenzungsproblematik im Gesetz.....	164
a) Deutschland.....	164
aa) Abgrenzung bezüglich Leistungsbeschreibungen vor Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	164
aaa) Darstellung des Meinungsstandes der Literatur.....	164
bbb) Darstellung der Rechtsprechung.....	167
(1) Abgrenzungsgrundsatz.....	167
(2) Nahezu umfassende Kontrolle von leistungsbeschreibenden Klauseln in AVB.....	168
ccc) Zwischenstellungnahme.....	170
bb) Änderungen aufgrund der Klauselrichtlinie?.....	172
cc) Bestimmung des kontrollfreien Kernbereiches.....	174
dd) Zusammenfassung	179
b) Österreich.....	180
aa) Literatur.....	181
bb) Stellungnahme.....	181
cc) Rechtsprechung.....	182
aaa) Rückschlüsse aus Urteil des OGH bzgl.des Spalttarifs?.....	183
bbb) Rückschlüsse aus Urteilen bzgl.einer inhaltlichen Kontrolle von risikobeschreibenden AVB ?.....	183
dd) Ergebnis.....	185
c) Niederlande.....	186

3. Frankreich.....	188
a) Kontrolle von Versicherungsbedingungen nach dem Code des assurances – außerhalb der allgemeinen Inhaltskontrolle in Art.L 132-1 ff. Code de la Consommation.....	188
aa) Anwendungsbereich – Darstellung der französischen Terminologie.....	189
aaa) Direkte und indirekte Ausschlüsse („exclusions directes“/ „exclusions indirectes“).....	189
bbb) „Exclusions“; „conditions de garantie“; und „définitions de garantie“..	190
ccc) Außerdem: „conditions de paiement“; „déchéances“.....	191
ddd) Beispiele aus der Rechtsprechung.....	192
eee) Literatur.....	195
bb) „En caractère très apparents“ nach Art.L 112 -4, letzter Absatz C.ass.....	196
cc) „Exclusion formelle et limitée“ nach Art.L 113 -1 C.ass.....	197
aaa) Transparenzvoraussetzungen.....	197
bbb) „Limitée“ als Grundlage für das Aushöhlungsargument.....	199
dd) „Clair et précis“.....	200
ee) Ergebnis.....	200
b) Umfang der Kontrolle von Versicherungsbedingungen nach den Art.L 132-1 ff.Code de la Consommation.....	201
aa) Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach Art.L 132-1 ff.C.consom.bei Versicherungsverträgen.....	201
bb) Rückschlüsse aus Rechtsprechung und Literatur.....	203
cc) Rückschlüsse aus den Empfehlungen der Commission des clauses abusives..	207
c) Ergebnis bzgl.des Umfangs der inhaltlichen Kontrolle von Versicherungsverträgen nach dem Code de la Consommation.....	208
4. Großbritannien.....	210
a) Kontrolle von Versicherungsbedingungen und Verbraucherschutz vor Umsetzung der Richtlinie.....	210
b) Unterscheidung verschiedener Arten von Versicherungsbedingungen nach dem Common Law.....	213
c) Rechtslage nach Umsetzung der Richtlinie.....	215
5. Belgien.....	219
a) Spezialregelungen für die Kontrolle von Versicherungsbedingungen.....	219
b) Rechtsprechung.....	220
6. Griechenland.....	223
a) Rechtslage und Rechtsprechung vor Umsetzung der Richtlinie.....	223
aa) Zurückhaltung bei der Inhaltskontrolle von Versicherungsverträgen.....	223
bb) Umfang der Kontrolle von Klauselinhalten.....	225
b) Nach Umsetzung der Richtlinie durch das Verbraucherschutzgesetz Nr.2251/1994.....	225
aa) Mehr Inhaltskontrolle nach dem Gesetz Nr.2251/1994?.....	226
bb) Umfang der inhaltlichen Kontrolle.....	227

7. Italien.....	230
a) Rechtslage nach den Art.1341,1342 Codice civile vor Umsetzung der Klauselrichtlinie.....	230
aa) Ausgangslage.....	230
bb) Haftungsbeschränkungen iSd Art.1341 II Codice civile.....	231
cc) Ergebnis.....	234
b) Rechtsprechung nach Ablauf der Umsetzungsfrist unter Bezug auf die Klauselrichtlinie.....	234
c) Rechtsprechung nach den Umsetzungsregelungen der Art.1469-bis ff.Codice civile.....	235
d) Ergebnis nach Umsetzung der Richtlinie.....	236
8. Luxemburg.....	237
9. Portugal.....	238
10. Skandinavien.....	239
a) Regelungen für eine Kontrolle von Versicherungsbedingungen.....	239
b) Schweden.....	240
c) Finnland.....	241
d) Dänemark.....	243
11. Spanien.....	243
a) Gesetzlicher Hintergrund.....	243
b) Rechtsprechung.....	244
aa) Rechtsgrundlagen der Kontrolle von Versicherungsbedingungen.....	244
bb) Umfang der Kontrolle.....	246
aaa) Überwiegend umfassende Kontrolle.....	246
bbb) Veränderte Tendenzen nach Umsetzung der Klauselrichtlinie?.....	250
c) Ergebnis.....	251
12. Ergebnis des Rechtsvergleichs.....	252
a) Uneinigkeit hinsichtlich des Kontrollumfangs bei leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen	253
b) Parallelen bzgl. der Vermeidung von Inhaltskontrolle durch Gesetzgeber und/oder Rechtsprechung der einzelnen Länder.....	254
c) Abgrenzung des Kontrollbereiches („Abgrenzungsformel“).....	255
aa) Gleiches Ausgangsproblem mit unterschiedlichen Ergebnissen.....	255
bb) Uneinigkeit bei der Abgrenzung im Einzelnen und Stellungnahme zu der Übertragbarkeit auf die Klauselrichtlinie.....	256
d) Bedeutung von Transparenz, Wahlmöglichkeiten, Prämienhöhe bzw. –relevanz..	257
e) Wenig Auswirkungen der Richtlinie auf Literatur und Rechtsprechung.....	258

III Kontrollfreier Bereich bei Versicherungsverträgen nach Art.4 II iVm 19. EG Satz 3 der Klauselrichtlinie	259
1. Grundsätzlich enger kontrollfreier Bereich nach Art.4 II – typische Nebenabreden sind kontrollunterworfen.....	259
2. Gemeinsamer Nenner eines Mindestmasses an Kontrollfreiheit – kontrollfreier Kernbereich der essentialia.....	260
3. Einordnung des Satzes 3 des 19.EG.....	263
4. Weiter kontrollfreier Bereich allein nach dem Wortlaut des Satzes 3, 19.EG.....	266
5. Orientierung an dem Modell: Verbraucherschutz durch Wettbewerb, Information und Vermittlung auf europäischer Ebene?.....	270
a) „Maritimes Modell“ als Vorbild für europäisches Versicherungsaufsichtsrecht... 270	
b) Zusammenhang zwischen Deregulierung, Informationspflichten, Stärkung der Vermittler und dem Kontrollumfang der Klauselrichtlinie?.....	271
aa) Geringere Schutzbedürftigkeit bzgl.inhaltlicher Kontrolle durch „Mehr“ an Wettbewerb und Information nach den versicherungsrechtlichen Richtlinien? – Informationsgegenstände als Konkretisierung des Hauptgegenstandes in Art.4 II?.....	272
bb) Geringere Schutzbedürftigkeit aufgrund von außergesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten der Versicherer?.....	280
cc) Geringere Schutzbedürftigkeit aufgrund von Versicherungsvermittlung?.....	281
dd) Ergebnis.....	283
c) Folge: generell keine Rückschlüsse auf den kontrollfreien Bereich des Art.4 II aus gemeinschaftsrechtlichen Informationspflichten.....	285
6. Unvereinbarkeit der weiten Wortlautlösung (unter 4.) mit Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie und des Art.4 II.....	286
7. Einschränkende Auslegung nach Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie und dem in Art.4 II zum Ausdruck kommenden Gedanken.....	288
a) Möglichkeit der Kontrollfreiheit von risiko- und leistungsbeschreibenden Klauseln außerhalb des Kernbereiches nach Satz 3 des 19.EG.....	288
b) Voraussetzungen des Satzes 3 für die Kontrollfreiheit.....	289
aa) Voraussetzung der Deutlichkeit.....	289
bb) „Sofern“-Nachsatz	290
aaa) „Sofern“-Nachsatz als weitere Voraussetzung?.....	290
bbb) „Berücksichtigung bei der Prämienberechnung“.....	291
ccc) Tarifwahlmöglichkeiten hinsichtlich risiko- und leistungsbeschreibender AVB.....	292
ddd) Sonstige risiko- und leistungsbeschreibende Versicherungs- bedingungen.....	294
eee) Vertragsdauer und Laufzeitklauseln.....	295
fff) Obliegenheiten.....	296

8. Ergebnis hinsichtlich des kontrollfreien Bereiches.....	297
a) Essentialia negotii als Mindestmaß der Kontrollfreiheit.....	297
b) Sonstige dem Klauselwettbewerb unterliegenden risiko- und leistungsbeschreibenden Klauseln.....	298
c) Gesamtschau.....	299
 IV Möglichkeit engerer nationaler Rechtsprechung nach Art.8 der Klauselrichtlinie?.....	300
 D Transparenzgebot gemäß Art.4 II, 5.....	306
 I Überblick.....	306
 II Systematische Einordnung des Transparenzgebotes und Rechtsfolge bei Intransparenz.....	307
1. Einführung	
2. Rechtsvergleichende Betrachtung.....	308
a) Deutschland.....	309
aa) Erscheinungsformen der Transparenz.....	309
bb) Überschneidungen und Abgrenzungen.....	313
cc) Transparenz von im übrigen kontrollfreien Klauseln.....	315
b) Systematische Einordnung der Transparenzanforderungen in anderen Ländern...	316
aa) Transparenzanforderungen bei Einbeziehung und Auslegung.....	316
bb) Transparenzanforderungen im Rahmen der Klauselkontrolle/Generalklausel.....	321
3. Klauselrichtlinie.....	327
a) Systematische Einordnung.....	327
b) Rechtsfolgen bei Intransparenz.....	330
aa) Art.5 Satz 2 – Unklarheitenregel.....	330
bb) Intransparenz als „Auslöser“ für eine Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit.....	332
cc) Unverbindlichkeit nach Art.6 I.....	337
c) Unvereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit dem Transparenzgebot?.....	339
 III Anwendungsbereich des Transparenzgebotes.....	340
1. Art.1 II – nur eingeschränkt anwendbar.....	340
2. Art.4 II – auch bei sonst kontrollfreiem Bereich.....	343
3. Art.5 – schriftlich.....	343

IV Inhalt des Transparenzgebotes.....	345
1. Transparenzgebot und Art.4 I.....	346
a) Verständnishorizont.....	348
b) Sprachenproblematik.....	351
c) Heilung einer objektiv bestehenden Intransparenz durch individuelle Hinweise?.....	353
2. Schranken des Transparenzgebotes.....	356
3. Inhalt im Einzelnen.....	357
a) Formale und inhaltliche Kriterien.....	357
b) Klarheit.....	358
c) Verständlichkeit.....	361
d) Sog. „verhüllte“Obliegenheiten in Versicherungsbedingungen.....	364
e) Kenntnismöglichkeit.....	365
f) Irreführungsverbot?.....	367
g) Transparenzgebot als Ansatz für Hinweis-, Aufklärungs- und Informationspflichten?.....	368
aa) Problemdarstellung.....	368
bb) Rückschlüsse aus Transparenz- und Informationsanforderungen anderer Richtlinien und Empfehlungen?.....	371
aaa) Problemdarstellung und Ausgangslage.....	371
bbb) Erörterung der Problematik.....	373
ccc) Ergebnis.....	381
cc) Vollständigkeitsgebot und weitere Einzelfälle (insb.im Hinblick auf Art.4 I).....	382
dd) Erläuterungs- und Hinweispflichten bezüglich wirtschaftlicher Nachteile?.....	385
Transparenz von Hypothekarkrediten und Kapitallebensversicherungsverträgen.....	385
aaa) Hypothekenzins- und Versicherungsurteil des BGH.....	385
bbb) andere Wertung nach dem Verbraucherleitbild des EuGH?.....	388
ccc) Hinweis- und Erläuterungspflichten aus dem Gedanken der Durchschaubarkeit.....	389
ddd) Konkretisierungskriterien.....	391
eee) Zwischenergebnis.....	396
fff) Anwendung auf die Materien der BGH-Fälle.....	396
ee) Umfang der Preisklarheit.....	401

E Maßstab der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle..... 404

I Allgemeines zur Konkretisierung des europäisch-autonomen Kontrollmaßstabs der Generalklausel in Art.3 I..... 404

- 1. Konkretisierungsbefugnis für die Generalklausel..... 404
 - a) Europäischer Maßstab/ Zuständigkeit des EuGH..... 404
 - b) Intensität und Umfang der Konkretisierungsbefugnis des EuGH..... 406
 - c) Ergebnis..... 411
- 2. Konkretisierung der Generalklausel..... 412
 - a) Wertungen der Klauselrichtlinie..... 412
 - b) Wertungen des übrigen Gemeinschaftsrechts..... 417
 - aa) Primärrecht: „unangemessene Geschäftsbedingungen“ iSd Art.82 II a EG -V 417
 - bb) Sekundärrecht..... 418
 - aaa) Allgemein..... 418
 - bbb) Wirkung der Gruppenfreistellungsverordnung für den Versicherungssektor nach Art.81 III EG-V..... 421
 - c) Rechtsvergleich..... 425

II Besonderheiten für Finanzdienstleistungen und sonstiger Geschäfte nach Nr.2 des Anhanges..... 425

- 1. Bedeutung der Nr.2..... 425
- 2. Grund der Sonderregelung für Finanzdienstleistungen..... 426
- 3. Einzelne Ausnahmeregelungen..... 428
 - a) Ausnahme von Nr.1g: erleichterte Kündigungs- oder sonstige Beendigungsmöglichkeit..... 428
 - aa) Nr.2 a)..... 428
 - bb) Nr.2 c).....429
 - b) Ausnahme von Nr.1j und l: erleichterte Änderungsmöglichkeit..... 430
 - aa) Nr.2 b) I..... 432
 - bb) Nr. 2 b) II..... 435
 - cc) Nr.2 c)..... 436
 - dd) Nr.2 d)..... 437

3.Teil: Zusammenfassung..... 438

Abkürzungen

aA	Anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AR	Arrêté royal
Art.	Artikel
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJIBFL	Butterworth's Journal of International Banking and Financial Law
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour 'appel
C.ass.	Code des assurances
Cass.Civ.	Cour de Cassation, chambre civil
Cass.Com.	Cour de Cassation, chambre commercial
C.c.	Codice Civile (Italien)
C.consom.	Code de la Consommation
civ.	Civile (z.B.Cassazione civile in Italien)
D.	Recueil Dalloz Sirey
D.chr.	Recueil Dalloz Sirey chronique
D., IR	Recueil Dalloz Sirey, informations rapides
D.jur.	Recueil Dalloz Sirey, jurisprudence
D.somm.	Recueil Dalloz Sirey, sommaires
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Erwägungsgrund
EG-V	EG-Vertrag
EP	Europäisches Parlament
ERPL	European Review of Private Law
etc.	Etcetera/und so weiter

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäische Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht
FN	Fußnote
FS	Festschrift
FSA	Financial Services Authority
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gemeinsamer Standpunkt des Rates
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JBl.	Juristische Blätter
JCP	Jurisclasseur périodique
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
LCU	Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios – 26/1984 (Spanien)
LG	Landgericht
LGCG	Ley sobre condiciones generales de la contratación 7/1998 (Spanien)
N°	Numero/Nummer
NBW	Niew Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
OFT	Office of Fair Trading
o.g.	oben genannt
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PfIVersG	Pflichtversicherungsgesetz

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec.	Recommandation
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
Resp.civ.et ass.	Respirateur civil et assurances
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev.trim.dr.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RF	Rechtsfolge
RGAT seit 1997: RGDA	Revue générale des assurances terrestres Revue générale du droit des assurances
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
r+s	Recht und Schaden
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SE	Schadensersatz
Sec.	section
sez.	sezione
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
s.u.	Siehe unten
SZ	Entscheidungssammlung des OGH
u.a.	unter anderem
UCTA	Unfair Contract Terms Act
usw.	und so weiter
UTCC Reg.	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für Versicherungswesen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VN	Versicherungsnehmer
VR	Versicherungsrundschau
VuR	Verbraucher und Recht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift der Europäischen Praxis
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- Abram, Nils* Die Bedingungsanpassungsklausel – Eine Möglichkeit zur Einbeziehung von geänderten Versicherungsbedingungen in laufende Versicherungsverträge?, *NVersZ* 2000, S.249 ff.
- Abram, Nils* Der Vorschlag für eine EU-Versicherungsvermittlungsrichtlinie, *NversZ* 2001, S.49 ff.
- Adams, J.E.* Basis of the Contract Clauses and the Consumer, *The Journal of Business Law* 2000, S.203 ff.
- Adams, Michael* Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, *BB* 1989, S.781 ff.
- Adams, Michael* Revolution im Versicherungsgewerbe, *ZIP* 1997, S.1224 ff.
- Adams, Michael* Die Kapitallebensversicherung als Anlegerschädigung, *ZIP* 1997, S.1857 ff.
- Adel, Michael* Deregulierung der Versicherungswirtschaft durch die Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission – Die Regelung für Prämienempfehlungen und Mustergeschäftsbedingungen, *ZVersWiss* 1994, S.77 ff.
- Alexandridou, Elisa* Neue Entwicklungen in der griechischen Verbraucherschutzgesetzgebung, *VuR* 1995, S.387 ff.
- Alexandridou, Elisa* The Greek Consumer Protection Act of 1994, *GRUR Int.* 1996, S.200 ff.
- Alexandridou, Elisa* Implementation of the EC directive on unfair contract terms in Greece, *ERPL* 1997, S.173 ff.
- Alpa, Guido* The implementation of the EC Directive on unfair contract terms (93/13) in Italy, in *Festschrift Norbert Reich* (Hrsg. Krämer/Micklitz/Tonner), *Law and diffuse Interests in the European legal order*, 1.Aufl. 1997, S.555 ff., (zitiert: Alpa, FS Reich)
- Alpa, Guido* The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Italy, *ERPL* 1997, S.181 ff.
- Alpa, Guido* L'expérience en Italie, in: *The 'Unfair Terms' Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives*, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, *European Communities*, 2000, S.53 ff., (zitiert: Alpa, Konferenzunterlagen)
- Angerer, August* AVB unter Gesichtspunkten der Versicherungsaufsicht, *ZVersWiss* 1975, S.197 ff.
- Armbrüster, Christian* Ein Schuldvertragsrecht für Europa?, *RabelsZ* 60 (1996), S.72 ff.
- Atiyah, P.S.* *An Introduction to the Law of Contract*, 5th edition, Oxford 1995, (zitiert: Atiyah, *Law of Contract*)
- Atiyah, P.S.* *The Sale of Goods*, Bearbeiter: Adams, J.N., 9th edition, 1995, (zitiert: Atiyah, *Sale of Goods*)
- Bach, Peter* Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers nach der VAG-Novelle, in: *Festschrift für Egon Lorenz, Recht und Ökonomie der Versicherung*, Karlsruhe 1994, S.45 ff., (zitiert: Bach, FS Lorenz)
- Balate, Eric* La mise en oeuvre de la directive 93/13 ce concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs en droit belge, *ERPL* 1997, S.143 ff.
- Baran, Peter* Die Umsetzung der EG-Richtlinien in der KfZ-Haftpflichtversicherung, *VR* 1994, S.161 ff.
- Baran, Peter* Die Auswirkungen der EG-Richtlinien auf das Versicherungsaufsichtsrecht, *VR* 1994, S.225 ff.
- Barfuss, Werner* Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag nach französischem Recht, *RIW/AWD* 1975, S.319 ff.
- Basedow, Jürgen* Die Kapitallebensversicherung als partiarisches Rechtsverhältnis – Eine zivilistische Konstruktion der Überschußbeteiligung, *ZVersWiss* 1992, S.419 ff.

- Basedow, Jürgen* Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht, in: Festschrift für Hans Erich Brandner, Köln 1996 (zitiert: Basedow, FS Brandner)
- Basedow, Jürgen* Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, *VersR* 1999, S.1045 ff.
- Basedow, Jürgen* Die Klauselrichtlinie und der Europäische Gerichtshof – eine Geschichte der verpaßten Gelegenheiten, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.277 ff., (zitiert: Basedow in Schulte-Nölke/Schulze)
- Basedow, Jürgen* Risikobeschreibung und Beschränkung der Empfangsvollmacht in der AGB-Kontrolle privater Arbeitslosigkeitsversicherungen, *NversZ* 1999, S.349 ff.
- Basedow, Jürgen/Fock, Till (Hrsg.)* Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Tübingen 2002 (zitiert: Basedow/Fock-Bearbeiter)
- Bauer, Günter* Das AGB-Gesetz und seine Auswirkungen auf das Recht der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), *BB* 1978, S.476 ff.
- Baumann, Horst* Zur Inhaltskontrolle von Produktbestimmungen in Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, *VersR* 1991, S.490 ff.
- Baumann, Horst* Lebensversicherung, stille Reserven und Gesamtrechtsordnung, *JZ* 1995, S.446 ff.
- Baumann, Horst* Versicherungsrecht nach der Deregulierung, *VersR* 1996, S.1 ff.
- Beatson, Jack* The incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law, *ZEuP* 1998, S.957 ff.
- Beckmann, Roland Michael* Auswirkungen des EG-Rechts auf das Versicherungsvertragsrecht, *ZEuP* 1999, S.809 ff.
- Beckmann, Klaus F./Sandrock, Otto* Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Bd.1, Heidelberg 1980, (zitiert: Beckmann/Sandrock)
- Bénabent, Alain* Clauses abusives: le droit français et ses réactions à la directive européenne, *ERPL* 1995, S.211 ff.
- Benkel, Gert A.* Die Verwendung des Überschusses in der Lebensversicherung, *VersR* 1994, S.509 ff.
- Bennemann, J.* Das neue luxemburgische Gesetz über den Rechtsschutz des Verbrauchers vom 25.8.1983, *RIW* 1986, S.594 ff.
- Berg, Daniel F.* Die Pflicht zur Information des Verbrauchers vor Vertragsschluß in neueren Verbraucherschutzgesetzen, *VuR* 1999, S.335 ff.
- Bergeest, Volker-Joachim* Die Vertrauensschadensversicherung in ihren modernen Erscheinungsformen, Karlsruhe 1987, (zitiert: Bergeest)
- Berger-Walliser, Gerlinde* Mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nach Inkrafttreten des Code de la Consommation und Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 in Frankreich, *RIW* 1996, S.459 ff.
- Bergh, Roger van den* Das neue belgische Gesetz über die Handelspraktiken und die Information und den Schutz des Verbrauchers, *GRUR Int.* 1992, S.803 ff.
- Bernitz, Ulf* Der Verbraucherschutz in Schweden – insbesondere Gesetzgebung gegen unlautere Vertriebsmaßnahmen und unlautere Vertragsbedingungen - , *ZHR* 138 (1974), S.336 ff.
- Bernitz, Ulf* Schwedisches Verbraucherschutzrecht, *RabelsZ* 40 (1976), S.593 ff.,
- Bernitz, Ulf* Swedish Standard Contracts Law and the EEC Directive on Contract Terms, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.188 ff., (zitiert: Bernitz in Lonbay)
- Bernitz, Ulf* Swedish standard contracts law and the EEC Directive on contract terms, *ERPL* 1997, S.213 ff.
- Bernstorff, Christoph Graf von* Einführungen in das englische Recht, München 1996,

- (zitiert: von Bernstorff)
- Bernuth, Wolf H. von* Die Bindung des AGB-Verwenders an unwirksame Klauseln- Grund und Grenzen, BB 1999, S.1284 ff.
- Berr, Claude J./Groutel, Hubert (Hrsg.)* Code des assurances, Dalloz 1998,
(zitiert: Berr/Groutel, Code des assurances)
- Besson, André* La nouvelle marge de sécurité imposée an France aux sociétés d' assurances dommages, in Festschrift Hans Möller, Karlsruhe 1972, (zitiert: Besson, FS Möller)
- Beutler/ Bieber/ Piepkorn/ Streil* Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik, 5.Aufl. Baden-Baden 2001, (zitiert: Beutler, u.a.)
- Bigot, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGAT 1991, S.386 f., 387
- Bigot, J.* Anmerkung zu Cour d' appel Colmar, RGAT 1995, S.624 ff., S.632 ff.
- Birds, John* Modern Insurance Law, 3rd edition, London 1993, (zitiert: Birds)
- Bleckmann, Albert* Probleme der Auslegung von EWG-Richtlinien, RIW 1987, S.929 ff.
- Bleckmann, Albert* Europarecht, 6.Aufl.1997 (zitiert: Bleckmann)
- Bonell, M.J.* Die AGB nach italienischem Recht, ZvglRWiss 1979, S.1 ff.
- Borges, Georg* Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, Diss. Berlin/Köln 2000,
(zitiert: Borges)
- Borges, Georg* Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, RIW 2000, S.933 ff.
- Borges, Georg* AGB-Kontrolle durch den EuGH, NJW 2001, S.2061 ff.
- Born, Wolf-Ruthart* AGB und haftungsbeschränkende Klauseln im spanischen Recht, RIW/AWD 1976, S.74 ff.
- Bosse, Andreas* Der Abschluß eines grenzüberschreitenden Versicherungsvertrages mit einem englischen Versicherer, Diss. Münster 1992, (zitiert: Bosse)
- Bourgoignie, Thierry L'* expérience en Belgique– La transposition de la directive 93/13/CEE dans le droit belge: un processus (très) évolutif et (trop) confidentiel, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.79 ff., (zitiert: Bourgoignie, Konferenzunterlagen)
- Bout, R.* Anmerkung zu Cour de Cassation, Ch.com., RGAT 1988, S.542 f., 543 ff.
- Bradgate, Robert* Experience in the United Kingdom, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.35 ff., (zitiert: Bradgate, Konferenzunterlagen)
- Brandner, Hans Erich* Schranken der Inhaltskontrolle – Zur Kontrollfähigkeit der Leistungsbeschreibungen in AGB, Festschrift Fritz Hauß, Karlsruhe 1978, S.1 ff.,
(zitiert: Brandner, FS Hauß)
- Brandner, Hans Erich* Neufassung des EG-Richtlinienvorschlags über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1992, S.1590 ff.
- Brandner, Hans Erich* Auswirkungen der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln auf Versicherungsverträge, in: Basedow, Jürgen/ Schwark, Eberhard/ Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik, 1.Auflage Baden-Baden 1995, S.67 ff.
(zitiert: Brandner in Basedow/Schwark/Schwintowski)
- Brandner, Hans Erich* Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen, MDR 1997, S.312 ff.
- Brandner, Hans Erich* Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen, MDR 1999, S.6 ff.
- Brandner, Hans Erich* Beobachtungen und Lehren bei der Umsetzung von Verbraucherschutzrichtlinien in das deutsche Recht, in Schulze, Reiner (Hrsg.),

- Auslegung europäischen Rechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl.Baden-Baden 1999, S.131 ff., (zitiert: Brandner in Schulze)
- Brandner, Hans Erich/ Ulmer, Peter* EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, BB 1991, S.701 ff.
- Brandner, Hans Erich/ Ulmer, Peter* The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EEC Commission, Common Market Law Review 28 (1991), S.647 ff.
- Bright, Susan/ Bright, Christopher* Unfair terms in land contracts: copy out or cop out?, The Law Quarterly Review 1995, S.655ff.
- Brittan, Sir Leon* Der Europäische Binnenmarkt der Versicherungen: Was noch zu tun bleibt, Versicherungswirtschaft 1990, S.754 ff.
- Brock, Patrick* Der Schutz der Verbraucher vor mißbräuchlichen Klauseln im französischen Privatrecht: Die Bedeutung der EG-Richtlinie 93/13 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.April 1993 für das französische Privatrecht, Diss. Berlin 1997/1998, (zitiert: Brock)
- Brock, Patrick* Das Transparenzgebot im französischen Vertragsrecht, ZvglRWiss 99 (2000), S.29 ff.
- Brownsword, Roger /Howells, Geraint* The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts – some unresolved questions, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff.
- Bruchner, Helmut* AGB-Rechtsprechung aus der Sicht der Kreditwirtschaft, in: Hadding, Walther/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht, AGB-gesetz und Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 1990 der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd.1, Wertpapier-Mitteilungen, Frankfurt a.M. 1991, S.119 ff., (zitiert: Bruchner in Hadding/Hopt)
- Bruck, Ernst/ Möller, Hans/ Wagner, Klaus* Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes, Bd. VI/ 1, 8.Aufl., Berlin/New York 1978, (zitiert: Wagner in Bruck/Möller/Wagner)
- Bruck, Ernst/ Möller, Hans/, Winter, Gerrit* Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes, Bd. V/2, 8.Aufl., Berlin/New York, 1988, (zitiert: Winter in Bruck/Möller/Winter)
- Brulhart, Vincent* La compétence internationale en matière d´ assurances dans l´ espace judiciaire européen, Diss. St.Gallen/Lachen 1997, (zitiert: Brulhart)
- Brunetta d´Usseaux, F.* Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinien in Italien, VuR 1995, S.410 ff.
- Brunner, Alexander* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Privatrecht, Diss. Grünsche 1985, (zitiert: Brunner)
- Buckley, Austin J.* Insurance Law in Ireland, Dublin 1997, (zitiert: Buckley)
- Bülow, Peter* Verbraucherschutz mittels Vertragsübernahme?, WM 1995, S.2089 ff.
- Bülow, Peter* Rechtsnachfolge bei Verbraucherkreditverträgen, ZIP 11997, S.400 ff.
- Bülow, Peter/ Arzt, Markus* Fernabsatzverträge und Strukturen des Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, S.2049 ff.
- Bueso Guillen, Pedro-Jose* Die Kriterien der Mißbräuchlichkeit in der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, VuR 1994, S.109 ff.
- Buhr (Boer), Perdita Regina de* Das Recht der „algemene voorwaarden“ und der „standardregeling“ im Nieuw Burgerlijk Wetboek der Niederlande, Diss. Münster 1994, (zitiert: de Buhr)

- Bultmann, Fritz A.* Änderungen des AGBG aufgrund der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln?, *VuR* 1994, S.137 ff.
- Bungert, Hartwin* Wertpapierbedingungen und Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz, *DZWiR* 1996, S.185 ff.
- Bunte, Hermann-Josef* Gedanken zur Rechtsharmonisierung in der EG auf dem Geboet der mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, *Festschrift Horst Locher*, Düsseldorf 1990, S.325 ff., (zitiert: Bunte, FS Locher)
- Bunte, Hermann-Josef* Eine Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft, *WuW* 1992, S.893 ff.
- Bunte, Hermann-Josef* Tagungsbericht-Expertenseminar des GDV über die Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft, *VersR* 1993, S.543 ff.
- Bunte, Hermann-Josef* Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihrer Umsetzung durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, *DB* 1996, S.1389 ff.
- Bydlinski, Franz* Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz, in *Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Freiheit und Verantwortung im Recht*, Bern 1982, (zitiert: Bydlinski, FS Meier-Hayoz)
- Calais-Auloy, M.J.* *Code de la Consommation, Kommentar*, 2.Aufl. *Dalloz* 2000, (zitiert: Calais-Auloy, *Code de la Consommation*)
- Calia, C.* Bankvertrag und Höchstbetragsbürgschaft im neuen italienischen Transparenzgesetz, *RIW* 1994, S.550 ff.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)* *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, (zitiert: Bearbeiter in *Callies/Ruffert*)
- Campbell, Andrew* Bank Confidentiality and the Consumer in the United Kingdom In *Cartwright, Peter (Hrsg.)*, *Consumer Protection in Financial Services*, The Hague-London-Boston 1999, (zitiert: Campbell in *Cartwright*)
- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht, *JZ* 1987, S.543 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm* Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, *NJW* 1987, S.698 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: *Festschrift für Peter Lerche*, München 1993, S.873 ff. (zitiert: Canaris, FS Lerche)
- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Problematik der AGB-Kontrolle von Postenpreisen für Buchungsvorgänge auf Girokonten, *WM* 1996, S.237 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm* Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?, *EuZW* 1997, S.417
- Carmet, Olivier* Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, *Rev.trim.dr.com.*1982, S.1 ff.
- Carsten, Gebhard* Marktgerichtshof und Verbraucherombudsman, *WuW* 1973, S.667 ff.
- Carsten, Gebhard* Finna Rätt oder Rechtsfindung in Schweden, *ZEuP* 1996, S.541 ff.
- Cartwright, Peter* Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context in *Cartwright, Peter (Hrsg.)*, *Consumer Protection in Financial Services*, The Hague-London-Boston 1999, (zitiert: Cartwright in *Cartwright*)
- Chapuisat, Françoise* La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard des exclusions de garantie, *RGAT* 1983, S.1 ff.
- Choi, Byeong-Gyu* Kontrolle von Leistungsbeschreibungen in allgemeinen Versicherungsbedingungen, *Diss. Frankfurt a. M.* 1994, (zitiert: Choi)
- Christianos, V.* Caractéristique fondamentales de la loi hellénique N° 2251 /94 et droit communautaire de la consommation, in *Festschrift Norbert Reich (Hrsg.*

- Krämer/Micklitz/Tonner), Law and diffuse Interests in the European legal order, 1. Aufl. 1997, (zitiert: Christianos, FS Reich)
- Cian, Giorgio* Europäisches Privatrecht aus italienischer Sicht: Die Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 über Verbraucherverträge in das italienische Recht, Jahrbuch für italienisches Recht, Bd.10, S.55 ff., Heidelberg 1997, (zitiert: Cian, Jahrbuch für italienisches Recht)
- Cian, Giorgio* Auslegung und Transparenzgebot in der Regelung der AGB und der Verbraucherverträge nach italienischem und deutschem Recht, ZEuP 1998, S.587 ff.
- Clarke, Malcolm* The Law of Insurance Contracts, 2nd edition, London 1994 (zitiert: Clarke, The Law of Insurance Contracts)
- Clarke, Malcolm* Policies and Perceptions of Insurance, An Introduction to Insurance Law, Oxford, 1997, (zitiert: Clarke, Policies and Perceptions of Insurance)
- Claussen, Carsten Peter* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 2000, (zitiert: Claussen)
- Coester, Michael* AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, (zitiert: Coester, FS Heinrichs)
- Coester-Waltjen, Dagmar* Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), S. 1 ff.
- Colinvaux's Law of Insurance*, edited by Robert Merkin, 6th edition, London 1990, (zitiert: Colinvaux's)
- Collins, Brian St. J.* Report on the practical implementation of Directive 93/13/EE in the United Kingdom and the Republic of Ireland, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.288 ff., (zitiert: Collins, Konferenzunterlagen)
- Coote, Brian* Exception clauses, London 1964, (zitiert: Coote)
- Courtieu, G.* Clauses abusives: l' épée de Damoclès, Resp.civ.et ass. 1996, chr., S.5 ff.
- Cousy, Herman* The distribution of insurance services: legal aspects, in Stuyck, Jules/Abraham, Filip/ Terryn, Evelyne (Hrsg.), Financial Services and Financial Markets in Europe: Changes and Adjustments, Fortis Bank Chair Lectures 1998-1999, Leuven 2000, (zitiert: Cousy in Stuyck/Abraham/Terryn)
- Cousy, Herman* The Implementation of the Directives in Belgium, in McGee, Andrew / Heusel, Wolfgang (Hrsg.), Rechtsfragen bei Versicherungsleistungen im europäischen Binnenmarkt, Köln: Bundesanzeiger, 1995 (zitiert: Cousy in McGee/Heusel)
- Cremades, Bernardo M.* Business Law in Spain, 2nd edition 1992, (zitiert: Cremades)
- Damm, Reinhard* Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, S.161 ff.
- Damm, Reinhard* Privatautonomie und Verbraucherschutz, VersR 1999, S.129 ff.
- Dannemann, Gerhard* The Drafting of Consumer Credit Legislation, A Structural Comparison Between the EU Directive and the English, Irish and German Acts, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.191 ff., (zitiert: Dannemann in Schulte-Nölke/Schulze)
- Dauses, Manfred A.* Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 2. Auflage München 1995, (zitiert: Dauses)
- Dauses, Manfred A.* Information der Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, RIW 1998, S.750 ff.
- Davo, Hélène* Clauses abusives: bref aperçu de la loi du 1er février 1995 transposant la directive 93/13/CEE, REDC 1995, S.215 ff.
- Davo, Hélène* Clauses abusives: loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français, ERPL 1997, S.157 ff.

- Deflorian, Luisa Antonioli* Consumer Contracts in Italian and Community Law – Patterns of Integration and Disintegration, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.119 ff., (zitiert: Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze)
- Derleder, Peter* Kommentar zu BGH, VersR 2001, S.839 f. u.841 ff., EWiR 2001, S.1025 f.
- Diedrich, Dr. Frank* Verbraucherschutz im neuen englischen Kaufrecht, VuR 1995, S.399 ff.
- Dörner, Heinrich/ Hoffmann, Stefan* Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach § 5 a VVG, NJW 1996, S.153 ff.
- Dreher, Meinrad* Die Versicherung als Rechtsprodukt, Habil. Tübingen 1991, (zitiert: Dreher)
- Dreher, Meinrad* Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts ?, JZ 1997, S.167 ff.
- Drobnig, U.* Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht, ERPL 1993, S.171 ff.
- Drygala, Tim* Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auch auf Gesellschaftsverträge – eine Nebenwirkung der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln?, ZIP 1997, S.968 ff.
- Drygala, Tim* Die Inhaltskontrolle von Kapitalmarktpapieren, Habil. Bonn 1999 (zitiert aus der gebundenen Fassung: Drygala)
- Duffy, Peter* Unfair Contract Terms and the draft E.C.Directive, The Journal of Business Law 1993, S.67 ff.
- Dufwa, Bill W.* Swedish Law, in McGee, Andrew/ Heusel, Wolfgang (Hrsg.), Rechtsfragen bei Versicherungsleistungen im europäischen Binnenmarkt, Köln: Bundesanzeiger, 1995, (zitiert: Dufwa in McGee/Heusel)
- Dumollard, Benoît L'* intégration des Directives Communautaires relatives à la Protection des Consommateurs en Droit Privé Français, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.173 ff., (zitiert. Dumollard in Schulte-Nölke/Schulze)
- Dyer, Peter* Implementation of Directive 93/13/EEC in Sweden, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.261 ff., (zitiert: Dyer, Konferenzunterlagen)
- Dylla-Krebs, Corinna* Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss.Köln/Baden-Baden, 1990, (zitiert: Dylla-Krebs)
- Eckert, Hans-Werner* Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 1993, S.1070 ff.
- Eckert, Hans-Werner* Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 1996, S.1238 ff.
- Ehrenzweig, Albert* Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, Wien 1952, (zitiert: Ehrenzweig)
- Ekkenga, Jens* Werbepapier-Bedingungen als Gegenstand richterlicher AGB-Kontrolle?, ZHR 160 (1996), S.59 ff.
- Elvinger, Marc* La Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 et le droit luxembourgeois, ERPL 1997, S.185 ff.
- Engel, Arno Johannes* Die Kontrolle von Vertragsklauseln unter Berücksichtigung „aller Umstände“ – Anmerkungen aus österreichischer Sicht, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.321 ff., (zitiert: Engel in Schulte-Nölke/Schulze)
- Entzian, Tobias* Zulässigkeit von Bedingungsanpassungsklauseln in Allgemeinen Versicherungsbedingungen, NversZ 1998, S.65 ff.

- Faber, Wolfgang* Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, S.854 ff.
- Fabio, Udo di* Richtlinienkonformität als höchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, S.947 ff.
- Fahr, Ulrich* Die Umsetzung der Versicherungsrichtlinien der dritten Generation in deutsches Recht, VersR 1992, S.1033ff.
- Farny, Dieter* AVB unter dem Gesichtspunkt der „Produktbeschreibung“, ZVersWiss 1975, S.169 ff.
- Fastrich, Lorenz* Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Habil., München 1992, (zitiert: Fastrich)
- Fausten, Thomas* Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, VersR 1999, S.413 ff
- Favre Rochex, A.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1998, S.753 f., S.754 f.
- Favre Rochex, André /Courtieu, Guy* Le droit du contrat d' assurance terrestre, Paris 1998
- Favre Rochex, A.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2000, S.60 f., 61f.
- Favre Rochex, A.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.95 f., 96
- Fenyves, Attila* Angehörigenklausel im Interessenwiderstreit, VR 1976, S.353 ff.
- Fenyves, Attila* Konsumentenschutzgesetz und Versicherungsvertragsrecht, in: Krejci, Heinz, Handbuch des Konsumentenschutzgesetzes, Wien 1981, S.537 ff., (zitiert: Fenyves in Krejci)
- Fenyves, Attila* Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen im Dilemma zwischen Kasuistik und Transparenz, VR 1984, S.79 ff.
- Fenyves, Attila* Die Laufzeit von Versicherungsverträgen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, VR 1999, S.1 ff.
- Ferid, Murad/ Sonnenberger, Hans-Jürgen* Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Erster Teil: Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2.Aufl. 1994, (zitiert: Ferid/Sonnenberger)
- Fialka, Georg* Grundsätzliche Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit AGB aus österreichischer Sicht, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, 14.Tagung in Baden bei Wien vom 9.-11.Mai 1996, DACH, Europäische Anwaltsvereinigung, S.161 ff., Wien 1997, (zitiert: Fialka, DACH)
- Fischer, A.K.* Das neue Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen in Spanien und die Umsetzung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, RIW 1998, S.689 ff.
- Fischer, Klaus-Bernd / Fischer, Ana-Katharina* Spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2.Aufl. 1995, (zitiert: Fischer/Fischer)
- Flick, Günter* Die Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach § 8 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss.Hamburg 1984, (zitiert: Flick)
- Fonlladosa, L.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.1011 f.,1012 f.
- Fontaine, M.* La protection du consommateur en Belgique, RabelsZ 40 (1976), S.614 ff.
- Fontaine, Marcel* Droit des assurances, deuxième édition, Bruxelles 1996, (zitiert: Fontaine)
- Franzen, Martin* Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Habil. Berlin/New York 1999, (zitiert: Franzen)
- Freitag, Robert* Anmerkung zu EuGH vom 27.6.2000, Rs. C-240-244/98 in EWIR 2000, S.783 ff.
- Frenz, Rainer* AGB-Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen, VersR 1979, S.394 ff.
- Frey, Kaspar* Wie ändert sich das AGB-Gesetz?, ZIP 1993, S.572 ff.
- Fricke, Martin* Quo modo pacta sunt servanda?, VersR 2000, S.257 ff.

- Fricke, Martin* Die VAG-Novelle 2000 – Ein kurzer Überblick über die wichtigsten Änderungen, NVersZ 2001, S.97 ff.
- Frie, Birgit* Die Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre rechtlichen Grundlagen zwischen Verbraucherschutz- und Vertragsrecht, Diss. Erlangen-Nürnberg 1997, (zitiert: Frie)
- Fritsch, Michael/ Wein, Thomas/ Ewers, Hans-Jürgen* Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 3.Auflage München 1999, (zitiert: Fritsch/Wein/Ewers)
- Fröhlingsdorf, J.* Das neue spanische Verbraucherschutzgesetz, RIW 1985, S.99 ff.
- Fuchs, Dr. Daniel* Verbraucherschutz in Spanien, 1.Aufl. 1990, Diss. Frankfurt a.M. 1989, (zitiert: Fuchs)
- Fürstenwerth, Frank von* EG-Gruppenfreistellungsverordnungen für die Versicherungswirtschaft, WM 1994, S.365 ff.
- Geiger, Hermann* Der Schutz der Versicherten im Europäischen Binnenmarkt, Diss.Konstanz 1992, (zitiert: Geiger)
- Geiger, Hermann* Dienstleistungsfreiheit und Allgemeininteresse im Versicherungsbinnenmarkt, Versicherungswirtschaft 2000, S.616 ff.
- Gerven, Walter van* The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law, ERPL 1995, S.367 ff.
- Gerven, Walter van* ECJ case-law as a means of unification of private law?, ERPL 1997, S.293 ff.
- Ghestin, Jacques* Traité de droit civil, La formation du contrat, 3e édition par Jacques Ghestin, Paris 1993, (zitiert: Ghestin, formation du contrat)
- Ghestin, Jacques/ Marchessaux, Isabelle* L' application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l' adoption de la loi du 1er février 1995, JCP 1995, doctrine, Nr.3854
- Glauber, Volker* Wandlungen im Recht der geschäftsplanmäßigen Erklärung, VersR 1993, S.12 ff.
- Gouga, A.* Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach dem neuen griechischen Verbraucherschutzgesetz Nr.1961/1991 in der Fassung vom 24.12.1991,GRUR Int.1992, S.822 ff.
- Gozzo, Débora* Das Transparenzprinzip und mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, europäischen und brasilianischen Rechts, Diss. Bremen 1995, (zitiert: Gozzo)
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard* Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Stand 18.Ergänzungslieferung Mai 2001:
Bd.III, Sekundärrecht - darin
A5 Klauselrichtlinie, Stand: Mai 1999,
A3 Fernabsatzrichtlinie, Stand: Januar 2000
Altband II , Art.102 a ff. EGV, Stand 14.Ergänzungslieferung Oktober 1999
(zitiert: Bearbeiter in Grabitz/Hilf)
- Graf, Georg* Die EU-Vorgaben auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, in: Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/I, Allgemeines Zivil- und Handelsrecht, Wien 1997, (zitiert: Graf)
- Graf, Georg* Auswirkungen des Transparenzgebotes, ecolex 1999, S.8 ff.
- Grebner, R.* AGB und „lästige Klauseln“ in Formularverträgen nach italienischem Recht, NJW 1971, S.968 ff.
- Gridel, Jean-Pierre* Remarques de principe sur l' article 35 de la loi n° 7823 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D.1984,chr., S.153 ff.

- Groeben, Hans von der/ Thiesing, Jochen/ Ehlermann, Claus Dieter* Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5.Aufl.1997
Bd.4 Art.137-209 a EGV
Bd.5 Art.210-248 EGV, Art. H-S EUV
(zitiert: Bearbeiter in Groeben/Thiesing/Ehlermann)
- Groutel, H.* Distinction de l' exclusion et de l' absence d' une condition de la garantie“;
Resp.civ.et ass.1997, chr.,S.7 ff.
- Grundmann, Stefan* EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, JZ 1996, S.274 ff.
- Grundmann, Stefan* Methodenpluralismus als Aufgabe, RabelsZ 61 (1997), S.423 ff.
- Grundmann, Stefan* Europäisches Schuldvertragsrecht, Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, ZGR-Sonderheft 15, 1999, (zitiert. Grundmann)
- Grundmann, Stefan* Die Auslegung angeglichenen Kapitalmarktrechts – insbesondere der Sanktionsregeln in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999,
(zitiert: Grundmann in Schulze)
- Grundmann, Stefan* Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, S.529 ff.
- Habersack, Mathias* Genußrechte und sorgfaltswidrige Geschäftsführung. Ein Beitrag zum Schutz der Inhaber von Genußrechten mit Eigenkapitalcharakter, ZHR 155 (1991), S.378 ff.
- Habersack, Mathias/, Kleindiek, Detlef/ Wiedenmann, Kai-Udo* Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz, ZIP 1993, S.1670 ff.
- Hall, Harriet* Workshop 2 – The application of the directive to the public services, Preliminary document, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.109 ff., (zitiert: Hall, Konferenzunterlagen)
- Hansen, Udo* Die Bedeutung der Klauselverbote des AGBG (§§ 10,11) für AVB, VersR 1988, S.1110 ff.
- Hartkamp, A.S.* Einführung in das neue niederländische Schuldrecht, Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge, AcP 191, S.396 ff.
- Hau, Wolfgang* Vorgaben des EuGH zur Klausel-Richtlinie, IPrax 2001, S.96 ff.
- Hebestreit, Christoph* Transparenz im AGB-recht der Bundesrepublik Deutschland? – Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Vertrag, Delikt und Markt – Diss. Mainz 1994, (zitiert: Hebestreit)
- Heinemann, Klaus* Auf dem Weg zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991, S.1193 ff.
- Heinrichs, Helmut* AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft – Ausgewählte Probleme der Inhaltskontrolle -, in: Hadding, Walther/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht, AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 1990 der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd.1, Wertpapier-Mitteilungen, Frankfurt a.M. 1991, S.101 ff., (zitiert: Heinrichs in Hadding/Hopt)
- Heinrichs, Helmut* Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, NJW 1993, S.1817 ff.
- Heinrichs, Helmut* Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995, S.153 ff.
- Heinrichs, Helmut* Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Festschrift Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, S.157 ff., (zitiert: Heinrichs, FS Trinkner)

- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1995, NJW 1996, S.1381 ff.
- Heinrichs, Helmut* Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, NJW 1996, S.2190 ff.
- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996, NJW 1997, S.1407 ff.
- Heinrichs, Helmut* Der Anhang zur EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13 EWG vom 5.4.1993) und seine Bedeutung für das deutsche Recht, in: Festschrift Norbert Reich, (Hrsg. Krämer/Micklitz/Tonner), Law and diffuse Interests in the European legal order, 1.Aufl. 1997, S.527 ff., (zitiert: Heinrichs, FS Reich)
- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1997, NJW 1998, S.1447 ff.
- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1998, NJW 1999, S.1596 ff.
- Heinrichs, Helmut* Anmerkung zu OLG Köln, ZIP 2000, S.1836f.,EWiR 2001, S.49f.
- Hellner, Jan* Rechtlicher Konsumentenschutz in der Privatversicherung, Festschrift Hans Möller, Grundprobleme des Versicherungsrechts, Karlsruhe 1972, S.283 ff., (zitiert: Hellner, FS Möller)
- Hellner, Thorwald* Quo vadis AGB-Recht, Festschrift Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, S.573 ff., (zitiert: Hellner, FS Steindorff)
- Helm, Johann Georg* AGB-Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen, NJW 1978, S.129 ff.
- Hensen, Horst-Diether* Anmerkung zu BGH, ZIP 2001, S.1418 ff., EWiR 2001, S.843 f.
- Herrmann, Harald* Auslegung europäisierten Versicherungsvertragsrechts, ZEuP 1999, S.663 ff.
- Heß, Stefan* Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, Diss. Halle 1999, (zitiert: Heß)
- Hippel, Eike von* Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff.
- Hippel, Eike von* Verbraucherschutz in Europa, RabelsZ 45 (1981), S.353 ff.
- Hippel, Eike von* Verbraucherschutz, 3.Auflage Tübingen 1986, (zitiert: v.Hippel, Verbraucherschutz)
- Hippel, Eike von* Gewinnbeteiligung und Verbraucherschutz in der Lebensversicherung, JZ 1989, S.663 ff.
- Hippel, Eike von* Rechtlose Versicherungsnehmer? – Zur Überschubeteiligung in der Lebensversicherung, NJW 1995, S.566 ff.
- Hird, N.J.* Insurance (editor: Professor John R.Birds), Warranties- better in the future?, Journal of Business Law 1996, S.404 ff.
- Hodgin, Ray* The Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Contracts, in McGee, Andrew / Heusel, Wolfgang (Hrsg.), Rechtsfragen bei Versicherungsleistungen im europäischen Binnenmarkt, Köln: Bundesanzeiger 1995, (zitiert: Hodgin in McGee/Heusel)
- Hodgin, Ray* The Single Market in Insurance: How Important is it to the Consumer?, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.96 ff., (zitiert: Hodgin in Lonbay)
- Hoffmann, Dr. E.* Grundzüge des belgischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, München 1996, (zitiert: E.Hoffmann)
- Hoffmann, Stefan* Verbraucherschutz im deutschen Privatversicherungsrecht nach dem Wegfall der Vorabkontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Diss.Düsseldorf 1998 (zitiert: Hoffmann)
- Hofmann, Edgar* Privatversicherungsrecht, 4.Aufl. München 1998, (zitiert: Edgar Hofmann)

- Hofmann, Edgar* Die neuen KfZ-Versicherungsbedingungen nach der Deregulierung, NZV 1996, S.12 ff.
- Hofmann, Kurt* Probleme österreichischer Richter bei der Auslegung europäischem Privatrechts, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999, (zitiert: Hofmann in Schulze)
- Hofmann, Michael A.* Gesellschaftsrecht in Italien, 1.Aufl. 1992, (zitiert: M.A.Hofmann)
- Hohlfeld, Knut* Wie schützt sich der Versicherungskunde im europäischen Binnenmarkt?, in: Versicherungsforum Heft 12, Symposium AGBG und AVB, Die Entwicklung des Verbraucherschutzes bei Versicherungsverträgen, 24./25.Februar 1993 in Frankfurt a.M., S.47 ff., (zitiert: Hohlfeld, Versicherungsforum 1993)
- Hommelhoff, Peter* Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), S.71 ff.
- Hommelhoff, Peter* Die Auslegung angeglichenen Gemeinschaftsrechts – eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999 (zitiert: Hommelhoff in Schulze)
- Hommelhoff, Peter/ Wiedenmann, Kai-Udo* Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, S.562 ff.
- Hondius, Ewoud* The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States, ERPL 1995, S.241 ff.
- Hondius, Ewoud* Niederländisches Verbraucherrecht – vom Sonderrecht zum integrierten Zivilrecht, VuR 1996, S.295 ff.
- Hondius, Ewoud* Unfair Contract Terms: towards a European Law, Introduction, ERPL 1997, S.121 ff.
- Hondius, Ewoud* Non-implementation of the Directive on Unfair Contract Terms: the Dutch case, ERPL 1997, S.193 ff.
- Honsel, Bernd* Besonderheiten der AGB-Kontrolle bei Versicherungen aus der Sicht des Praktikers, in: Versicherungsforum Heft 12, Symposium AGBG und AVB, Die Entwicklung des Verbraucherschutzes bei Versicherungsverträgen, 24./25.Februar 1993 in Frankfurt a.M., S.115 ff., (zitiert: Honsel, Versicherungsforum 1993)
- Honsell, H. (Hrsg.)* Berliner Kommentar zum VVG, Heidelberg 1999, (zitiert: Bearbeiter in Honsell)
- Hopt, Klaus* Änderungen von Anleihebedingungen – Schuldverschreibungsgesetz, § 796 BGB und AGBG - , Festschrift Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, S.341 ff., (zitiert: Hopt, FS Steindorff)
- Hopt, Klaus J.* AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft – Rechtliche und wirtschaftliche Leitlinien - , in: Hadding, Walther/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht, AGB-gesetz und Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 1990 der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd.1, Wertpapier-Mitteilungen, Frankfurt a.M. 1991, S.73 ff., (zitiert: Hopt in Hadding/Hopt)
- Horn, Norbert* The Bank/Customer Relationship in German and European Law, BJIBFL, Vol.10, No.3, 1995, S.116 ff.
- Horn, Norbert* Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln nach dem AGB-Gesetz am Beispiel der Kreditwirtschaft, WM 1997, Sonderbeilage 1
- Howells, Geraint G.* Interpretation of EC Consumer Law, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999, (zitiert: Howells in Schulze)
- Hoynigen-Huene, Gerrick von* Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Heidelberg 1991 (zitiert: v.Hoynigen-Huene)

- Hoynigen-Huene, Gerrick* von Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei bloßer Intransparenz?, in: Festschrift Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, S.179 ff., (zitiert: v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner)
- Hübner, Ulrich* Allgemeine Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, 5.Aufl. Köln 1997, (zitiert: Hübner)
- Hübner, Ulrich* Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, in: Karlsruher Forum 1997, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (VersR-Schriftenreihe, Heft 3), S.43 ff., (zitiert: Hübner, Karlsruher Forum 1997)
- Hübner, Ulrich/ Matusche-Beckmann, Annemarie* Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Versicherungsrecht, EuZW 1995, S.263 ff.
- Hüffer, Uwe* Die Leistungsfreiheit des Versicherers bei vorsätzlicher Verletzung von Obliegenheiten nach dem Versicherungsfall, VersR 1974, S.617 ff.
- Iversen/ NØrgaard/Wegener/ Ørgaard* Danish Business Law, 1998, (zitiert: Iversen/NØrgaard/Wegener/Ørgaard)
- Jabornegg, Peter* Anmerkung zu OGH, VR 1987, S.51 ff., VR 1987, S.54 ff.
- Jayme, E.* Das portugiesische AGB-Gesetz von 1985 – Sachnormen und internationales Privatrecht, IPrax 1987, S.44 ff.
- Jayme, E./Sacher, Wolfgang* Neuere Entwicklungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Spanien, RIW/AWD 1981, S.597 ff.
- Jess, Digby C.* The Insurance of Commercial Risks: Law and Practice, 2nd edition, London 1993, (zitiert: Jess)
- Joerges, C.* The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Legal Disciplines – an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, ERPL 1995, S.175 ff.
- Joerges, Christian* Die Europäisierung des Privatrechts als Rationalisierungsprozeß und als Streit der Disziplinen. Eine Analyse der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1995, S.181 ff.
- Joost, Detlev* Der Ausschluß der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 1996, S.1685 ff.
- Joussen, Edgar* Die Inhaltskontrolle von Wertpapierbedingungen nach dem AGBG, WM 1995, S.1861 ff.
- Kahlenberg, Harald* Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft, WuW 1994, S.985 ff.
- Kallrath, Jürgen* Die Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen von Wandel- und Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußscheinen, Diss.Köln 1994, (zitiert: Kallrath)
- Kapfer-Dittrich/ Tades* Kommentar ABGB, 2.Bd., 32.Auflage Wien 1985, (zitiert: Kapfer-Dittrich, ABGB)
- Kapnopoulou, Elissavet* Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln, Diss. Tübingen 1997, (zitiert: Kapnopoulou)
- Kappus, Andreas* EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln und notarielle Verträge – steht den deutschen Notaren ihr gemeinschaftsrechtliches Waterloo bevor?, NJW 1994, S.1847 ff.
- Karakostas, I.* Allgemeine Geschäftsbedingungen in „internationalen“ deutsch -griechischen Kauf- und Lieferverträgen, Diss. Regensburg 1973, (zitiert: Karakostas)
- Kastner, Walther/ Doralt, Peter/ Nowotny, Christian* Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5.Aufl. Wien 1990, (zitiert: Kastner/Doralt/Nowotny)
- Kendall, Vieviene* EC Consumer Law, London u.a. 1994, (zitiert: Kendall)

- Kessel, Christian* Probleme des neuen Handelsvertreterrechts in Großbritannien, RIW 1994, S.562 ff.
- Keßler, Prof.Dr.Jürgen* European Consumer Law – zu den dogmatischen und didaktischen Konzepten des europäischen Verbraucherrechts, VuR 1999, S.415 ff.
- Kiendl, Doris* Die Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das österreichische Recht, JBl.1995, S.87 ff.
- Kiendl, Doris* Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen, Wien 1997, (zitiert: Kiendl)
- Kieninger, Eva-Maria* Die Kontrolle von leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen nach der AGB-Richtlinie, Fortschritt oder Rückschritt, ZEuP 1994, S.277 ff.
- Kieninger, Eva-Maria* Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr, ZEuP 1996, S.468 ff.
- Kieninger, Eva-Maria* Inhaltskontrolle der AVB einer Arbeitslosigkeitsversicherung (zugleich Anmerkung zu OLG Hamburg, VersR 1998,627), VersR 1998, S.1071 ff.
- Kieninger, Eva-Maria* Informations-, Aufklärungs-, und Beratungspflichten beim Abschluß von Versicherungsverträgen, AcP 199 (1999), S.190 ff.
- Kieninger, Eva-Maria* Nochmals: Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen – Stellungnahme zu Fausten, VersR 1999, 413 - , VersR 1999, S.951 ff.
- Kilian, Benno* Der Verbraucherbegriff in der Europäischen Union, Diss. Augsburg, 1998, (zitiert: Kilian)
- Klaas, Christoph* Zur EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, „Stellen“ von AGB. Insbesondere Inhaltskontrolle notarieller Kaufverträge?, in: Festschrift Hans Erich Brandner, 1996, S.247 ff., (zitiert: Klaas, FS Brandner)
- Klami, Hannu Tapani* Finnisches Privatrecht: Reaktionen auf Depression und Integration, ZEuP 1996, S.273 ff.
- Klauer, Irene* Die Europäisierung des Privatrechts: der EuGH als Zivilrichter, 1.Aufl. Baden-Baden 1998, (zitiert: Klauer)
- Kleinwächter, Karin* Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung im französischen Recht, RIW 1984, S.690 ff.
- Klima, Peter* Frankreich: Mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, RIW 1992, S.98 ff.
- Koch, Robert* Anm.zu BGH, WM 2001, S.1152, WuB IV C § 8 AGBG, 1.01
- Kochs, Hermann* Probleme deutscher Richter bei der Auslegung europäischen Privatrechts in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999, (zitiert: Kochs in Schulze)
- Köndgen, Johannes* Zur Praxis der sog. nachträglichen Tilgungsverrechnung beim Hypotheken-Kredit, NJW 1987, S.160 ff.
- Köndgen, Johannes* Grund und Grenzen des Transparenzgebotes im AGB-Recht, NJW 1989, S.943 ff
- Köndgen, Johannes* Bankgebühren – Ökonomie und Recht kreditwirtschaftlicher Entgeltgestaltung, ZBB 1997, S.117 ff.
- Köndgen, Johannes/ König, Conrad* Grenzen zulässiger Konditionen Anpassung beim Hypothekenkredit, ZIP 1984, S.129 ff.
- Kötz, Hein* Europäisches Vertragsrecht, Bd.I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalts des Vertrages, Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996 (zitiert: Kötz, Bd I)
- Kolba, Peter* Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Austria, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.230 ff., (zitiert: Kolba, Konferenzunterlagen)
- Koller, Ingo* Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, S.667 ff.,

(zitiert: Koller, FS Steindorff)

- Korinek, Stephan* Das Transparenzgebot des § 6 III KSchG, JBl. 1999, S.149 ff.
- Korkisch, Friedrich* Verbraucherschutz in Schweden, RabelsZ 37 (1973), S.755 ff.
- Kort, Michael* Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, S.132 ff.
- Koziol, Helmut / Welser, Rudolf* Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 11.Aufl. Wien 2000, (zitiert: Koziol/Welser)
- Kramer, E.A.* Vertragsrecht im Umbau, ÖJZ 1980, S.233 ff.
- Kreienbaum, Birgit* Transparenz und AGB-Gesetz – Eine Untersuchung des Inhalts und der Schranken des Transparenzgebotes, Diss.Münster 1998, (zitiert: Kreienbaum)
- Krejci, Heinz* Konsumentenschutzgesetz und ABGB, in: Krejci, Heinz, Handbuch des Konsumentenschutzgesetzes, Wien 1981, S.85 ff., (zitiert: Krejci in Krejci)
- Kretschmar, Christian* Die Richtlinie 93/13 EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Gesetz, Diss. Nürnberg/Erlangen 1997, (zitiert: Kretschmar)
- Krüger-Andersen, Paul* Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz in Dänemark (Das neue dänische Gesetz vom 14.Juli 1974 über Marktverhalten), GRUR Int. 1976, S.322 ff.
- Kümpel, Siegfried* Bank- und Kapitalmarktrecht, 2.Aufl. Köln 2000, (zitiert: Kümpel)
- Kullmann, Jérôme* Clauses abusives et contrat d' assurance, RGAT 1996, S.1 fff.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1997, S.834 f., 835 f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1998, S.769 f., S.770 ff.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1999, S.307f., 308f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1999, S.325 ff., 327 ff.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1999, S.426 ff., 428 ff.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1999, S.463 ff., 465
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2000, S.44 ff., 46 f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2000, S.47 f., 48 f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.293 f., 294 f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.370 f., 371f.
- Kullmann, J.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.944 f., 945f.
- Lambert-Faivre, Yvonne* Droit des assurances, 11e édition 2001, (zitiert: Lambert-Faivre)
- Langheid, Theo* § 8 ABGB im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfähigkeit von Leistungsbeschreibungen durch Intransparenz, NVersZ 2000, S.63 ff.
- Leahy, Deirdre* Consumer Law in Ireland – Recent developments, VuR 1997, S.115 ff.
- Leible, Stefan* Anm. zu EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99, EuZW 2001, S.437f., 438 f.
- Leible, Stefan* Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, S.422 ff.
- Leithoff, Thomas* Transparenz und Verständlichkeit von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Prämien, NVersZ 1999, S.555 ff.
- Leroux, O. / Bourgoignie, Th. / Cambier, V.* Rapport sur l' application pratique de la directive 93/13/CEE en Belgique, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.240 ff.,
(zitiert: Leroux/Bourgoignie/Cambier, Konferenzunterlagen)
- Lete, Javier* The non implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Spain, ERPL 1997, S.205 ff.
- Littbarski, Sigurd* Die kapitalbildende Lebensversicherung im Visier des Verbraucherschutzes, NJW 2001, S.3315 ff.
- Locher, Horst* Begriffsbestimmung und Schutzzweck nach dem AGB-Gesetz, JuS 1997, S.389 ff.

- Locket, Nicholas/Egan, Manus* Unfair Terms in Consumer Agreements, (The New Rules Explains), 1995, (zitiert: Locket/Egan)
- Löber, Burckhardt/ Peuster, Witold* Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, München 1991, (zitiert: Löber/Peuster)
- Löwe, Walter/ Westphalen, Friedrich Graf von/ Trinkner, Reinhold* Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977, (zitiert: Löwe/v.Westphalen/Trinkner)
- Lomnicka, Eva* Unilateral Variation in Banking Contracts: An 'Unfair Term' ? In Cartwright, Peter (Hrsg.), Consumer Protection in Financial Services, The Hague-London-Boston 1999, (zitiert: Lomnicka in Cartwright)
- Loo, Oswald van de* Die Angemessenheitskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach dem AGB-Gesetz, Diss Köln 1987, (zitiert: van de Loo)
- López Sánchez, Vorname/ Bueso Guillén, Vorname* Neuentwicklungen im Spanischen Verbraucherschutzrecht, VuR 1995, S.437 ff.
- Lorenz, Egon* Rechtsfragen zur Überschußbeteiligung in der Kapitallebensversicherung, ZVersWiss 1993, S.283 ff.
- Lorenz, Egon* Zur Kontrolle grenzüberschreitender Versicherungsverträge anhand der „Rechtsvorschriften des Allgemeininteresses“ im freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU, VR 1995, S.8 ff.
- Lorenz, Egon* Anmerkung zu BGH, VersR 2000, S.1090 ff., 1092 f.
- Lowry, John/ Rawlings, Philip* Insurance Law: Doctrines and Principles, Oxford 1999, (zitiert: Lowry/Rawlings)
- Lutter, Marcus* Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S.593 ff.
- Lutter, Marcus* Ergänzende Bemerkungen zur Auslegung im Gesellschaftsrecht und im Kapitalmarktrecht, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999, (zitiert: Lutter in Schulze)
- MacGillivray* On Insurance Law, relating to all risks other than marine, Herausgeber: Legh-Jones, Nicholas; Sir Longmore, Andrew; Birds, John; Owen, David, 9th Edition, London 1997, (zitiert: MacGillivray)
- Maidl, Johannes* Ausländische AGB im deutschen Recht, Diss.Augsburg 1999, (zitiert: Maidl)
- Maleville, M.-H.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2001, S.41 f., 42 ff.
- Malinvaud, Philippe* La protection des consommateurs, D.1981, chr., S.49 ff.
- Mallmann, D.* Die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Portugal, RIW 1987, S.111 ff.
- Markwardt, Karsten* Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, Diss. Heidelberg 1998/99, (zitiert: Markwardt)
- Martin, Anton* Inhaltskontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) nach dem AGBG, VersR 1984, S.1107 ff.
- Martinek, Michael* Derivativer und originärer Verbraucherschutz bei der Vertragsübernahme, JZ 2000, S.551 ff.
- Martis, Rüdiger* Die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes, MDR 1998, S.1189 ff.
- Matusche, Thomas* EU-Verbraucherschutz und deutsches Bankvertragsrecht, Diss.Köln 1998, (zitiert: Matusche)
- Maurice, R.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGAT 1993, S.760 f., 761 f.
- Mayaux, L.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 1999, S.309 ff., 310 ff.
- Mayaux, L.* Anmerkung zu Cour de Cassation, RGDA 2000, S.837f., 838 f.
- McDonald Eggers, Peter/ Foss, Patrick* Good Faith in Insurance Contracts, London/Hongkong 1998, (zitiert: McDonald Eggers/Foss)

- McGee, Andrew* English Law, in McGee, Andrew/ Heusel, Wolfgang (Hrsg.), Rechtsfragen bei Versicherungsleistungen im europäischen Binnenmarkt, Köln: Bundesanzeiger, 1995, (zitiert: McGee in McGee/Heusel)
- Meder, Stephan Die Zulässigkeit einer isolierten Bepreisung des Auslandseinsatzes von Kreditkarten, NJW 1996, S.1849 ff.
- Medicus, Dieter Wer ist ein Verbraucher?, in: Festschrift für Zentauro Kitagawa, Berlin 1992, S.471 ff., (zitiert: Medicus, FS Kitagawa)
- Meihac, Gaëlle Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.291 ff., (zitiert: Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze)
- Meinhardt, Peter Käuferschutz in England, AWD/RIW 1973, S.486 ff.
- Mentis, G.* Das neue griechische Verbraucherschutzgesetz von 1994, Die Anpassung des griechischen rechts an die EG-Verbraucherschutzrichtlinien, in: Festschrift Hilmar Fenge, Hamburg:Kovač, 1997, S.189 ff., (zitiert: Mentis, FS Fenge)
- Menzel, Lucas Verhaltensabhängige Risikoabschlüsse der Versicherungsbedingungen im Lichte des AGB-Gesetzes, Diss.Göttingen 1991
- Mestre, Carole/ Oellers-Frahm, Karin Einführung in die französische Rechtssprache, Bern 1998, (zitiert: Mestre/Oellers-Frahm)
- Meyer, Peter Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, S.455 ff.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RIW 1989, S.347 ff.
- Michalski, Lutz Die Berücksichtigung von vertragsschlußbegleitenden Umständen nach § 24 a Nr. 3 AGB-Gesetz, DB 1999, S.677 ff.
- Micklitz, Hans-W.* AGB-Gesetz und die Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1993, S.522 ff.
- Micklitz, Hans-W.* German Unfair Contract Terms Act and the EC Directive 93/13, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.173 ff., (zitiert: Micklitz in Lonbay)
- Micklitz, Hans-W.* Richtlinie 93/13/EWG – Stand der Umsetzung, VuR 1996, S.75 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Verbandsklage und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln, ZIP 1998, S.937 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Perspektiven eines Europäischen Privatrechts, ZEuP 1998, S.253 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Anmerkung zu EuGH, EuZW 1998, S.252 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Workshop 4 – Obligation of clarity and favourable interpretation to the consumer (Article 5), Preliminary document, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.147 ff., (zitiert: Micklitz, Konferenzunterlagen)
- Micklitz, Hans-W.* Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the Federal Republic of Germany, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.221 ff., (zitiert: Micklitz, Konferenzunterlagen)
- Micklitz, Hans-W. Kommentar zu EuGH, EWS 2001, S.329 f., 486 ff.
- Micklitz, H.-W./ Brunetta d'Usseaux, F.* Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in das italienische Recht, ZEuP 1998, S.104 ff.
- Micklitz, Hans-W./ Reich, Norbert* Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union – Perspektiven für 1993, EuZW 1992, S.593 ff.

- Migsch, Erwin* Versicherungsvertraglicher Konsumentenschutz im Lichte der Deregulierung des EG-Versicherungsmarktes, in: Schuhmacher, Prof.Dr.Wolfgang (Hrsg.), Verbraucherschutz in Österreich und in der EG, Wien 1992, S.179 ff., (zitiert: Migsch in Schuhmacher)
- Miller, C.J./Harvey, Brian W./ Parry, Deborah L.* Consumer and Trading Law (Text Cases and Materials), Oxford 1998, (zitiert: Miller/Harvey/Parry)
- Moor, A.* de Common and Civil Law Conceptions of Contract and European Law of Contract: the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, ERPL 1995, S.257 ff.
- Moré, Francisco José Banzá* Das Recht der spanischen Personengesellschaften, in_ Löber,Burckhardt/Peuster, Witold (Hrsg.), Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, München 1991, S.41 ff., (zitiert: Moré in Löber/Peuster)
- Morin, Anne* Unangemessene Vertragsbestimmungen – Die Besonderheiten der französischen Verfügung im Hinblick auf die neuliche Integration der Richtlinie vom 5.April 1993, VuR 1995, S.381 ff.
- Morte de Rego, Natalia* The Directive 93/13/EEC, 5 April about unfair terms in consumer contracts: The case of Spain, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.245 ff., (zitiert: Morte de Rego, Konferenzunterlagen)
- Müller, Helmut* Versicherungsbinnenmarkt, München 1995, (zitiert: Müller)
- Müller-Graff, Peter-Christian* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, S.13 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian* Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, ZHR 159 (1995), S.34 ff.
- Müller, Holger/ Otto, Hans-Herrmann* Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, Berlin 1994, (zitiert: Müller/Otto)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Bd.1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4.Aufl. München 2001,
Bd.3, §§ 433-606, VerBrKrG, HaustWG, MHG, 3.Aufl.München 1995,
Bd. 5, §§ 705-853 BGB, 3.Aufl.München 1997,
Bd.10, Internationales Privatrecht, Art.1-38 EGBGB, 3.Aufl.München, 1998 (zitiert: MüKo-Bearbeiter)
- Nasall, Wendt* Die Auswirkungen der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf nationale Individualprozesse, WM 1994, S.1645 ff.
- Nasall, Wendt* Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1995, S.689 ff.
- Nebbia, Paolisa* The Implementation Of Directive 93/13 In Italy And In The United Kingdom: A Comparison, in: Schulte-Nölke,Hans / Schulze,Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.309 ff., (zitiert: Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze)
- Negri, Rossella de* Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Italy, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.303 ff., (zitiert: de Negri, Konferenzunterlagen)
- Neumayer, Karl Heinz* Einschränkungen in der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Verbot mißbräuchlicher Vertragsklauseln (Eine rechtsvergleichende Analyse), in: Festschrift Zentauro Kitagawa, Wege zum japanischen Recht, Berlin 1992, S.487 ff., (zitiert: Neumayer, FS Kitagawa)
- Neumayer, Karl* Les contrats d´adhésion dans les pays industrialisés, Genève 1999,

- (zitiert: Neumayer)
- Neumeyer, Fredrik* Der schwedische Verbraucherombudsman und die schwedische Verbraucherschutzgesetzgebung in den letzten Jahren, GRUR Int.1973, S.686 ff.
- Nguyen Thanh-Bourgeois, Denise* Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979, D.1984, chr., S.91 ff.,
- Niebling, Jürgen* Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz, Diss.Tübingen 1988 (zitiert: Niebling)
- Niedenführ, Werner* Informationsgebote des AGB-Gesetzes, Diss. Frankfurt a.M.1986, (zitiert: Niedenführ)
- Nieper, F.* Anmerkung zu Hoge Raad, ZEuP 1999, S.732 ff.
- Nieper, F./Westerdijk, A.S. (Hrsg.)* Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, München 1995, (zitiert: Nieper/Westerdijk)
- Niewenhuis, J.H. / Stolker/ Valk* Kommentar zum Burgerlijk Wetboek, Buch 6, 1994 (zitiert: Niewenhuis/Stolker/Valk)
- Niggemann, Friedrich* Zustandekommen des Kaufvertrags, Einbeziehung und Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Witz, Claude / Bopp, Thomas M., Französisches Vertragsrecht für deutsche Exporteure, Heidelberg 1989, S.20 ff., (zitiert: Niggemann)
- Nova, Giorgio de* Italian Contract Law and the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, ERPL 1995, S.221 ff.
- Odersky, Walter* Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 1994, S.1 ff.
- Office of Fair Trading* Unfair contract terms guidance (Feb.2001), www. oft.gov.uk („comprehensive guide to what the OFT believes to be fair and unfair terms in consumer contracts“), (zitiert: OFT, Unfair terms guidance)
- Oppermann, Thomas* Europarecht, 2.Auflage, München 1999 (zitiert: Oppermann)
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 61.Auflage, München 2002 (zitiert: Palandt-Bearbeiter)
- Paisant, Gilles* Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D.1988, chr., S.253 ff.
- Paisant, Gilles* Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, D.1995 chr., S.99 ff.
- Paschke, Marian/ Iliopoulos, Constantin* Europäisches Privatrecht, 1.Aufl.Hamburg 1998 (zitiert: Paschke/Iliopoulos)
- Patti, Salvatore* Der Schutz des Konsumenten vor mißbräuchlichen Klauseln im italienischen Recht, in: Jahrbuch für italienisches Recht, Bd.10, Heidelberg 1997, S.77 ff., (zitiert: Patti, Jahrbuch für italienisches Recht)
- Peeters, Tom L.* Gesellschaftsrecht in Belgien, 1.Aufl. 1993, (zitiert: Peeters)
- Pfeiffer, Thomas* Ein zweiter Anlauf des deutschen Bürgschaftsrechts zum EuGH, NJW 1996, S.3297 ff.
- Pfeiffer, Thomas* Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, in: Festschrift Rolf A. Schütze, Wege zur Globalisierung des Rechts, München 1999, S.671 ff., (zitiert: Pfeiffer, FS Schütze)
- Pfeiffer, Thomas/ Schinkels, Boris* Schuldrechtsmodernisierung und AGB-Gesetz, in: Micklitz, Hans-W./ Pfeiffer, Thomas /Tonner, Klaus/ Willingmann, Armin (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, 1.Aufl. 2001, (zitiert: Pfeiffer/Schinkels)
- Pinto Monteiro, António* The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law, ERPL 1995, S.231 ff.

- Pinto Monteiro, António* La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal, ERPL 1997, S.197 ff.
- Pinto Monteiro, António* L'expérience au Portugal, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.71 ff., (zitiert: Pinto Monteiro, Konferenzunterlagen)
- Pizzio, Jean-Pierre* Code de la Consommation, 2e édition, Montchrestien 1996, (zitiert: Pizzio, Code de la Consommation)
- Portugal, Maria Cristina* Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE au Portugal, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.313 ff., (zitiert: Portugal, Konferenzunterlagen)
- Posch, Willibald* The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms into Austrian Law, ERPL 1997, S.135 ff.
- Posch, Willibald* Probleme mit der Auslegung von Europäischem Privatrecht in einem neuen Mitgliedstaat – das österreichische Beispiel, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischem Privatrechts und angelegenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999 (zitiert: Posch in Schulze)
- Präve, Peter* Einführung eines versicherungsaufsichtsbehördlichem Klagerechts in das AGB-Gesetz?, NJW 1993, S.970 ff.
- Präve, Peter* Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, München 1998 (Diss. Mannheim), (zitiert:Präve)
- Präve, Peter* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Versicherungswirtschaft, NversZ 1998, S.49 ff.
- Präve, Peter* Anmerkung zu OLG Stuttgart, VersR 1999, S.832 ff., 837 f.
- Präve, Peter* Anmerkung zu BGH, VersR 1999, S.697 ff., 699 f.
- Präve, Peter* Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, VersR 2000, S.138 ff.
- Präve, Peter* Versicherungsbedingungen: Grundsätze zur Reform I und II (Neuere Entwicklungen bei der Kontrolle von VVG und AGBG), Versicherungswirtschaft 2000, S.374 ff.(Teil I), S.450 ff. (Teil II)
- Präve, Peter* Das AGB-Recht auf dem Prüfstand, NversZ 2001, S.5 ff.
- Präve, Peter* Anmerkung zu BGH, VersR 2001, S.841 ff., 846 ff.
- Preis, Ulrich* Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), S.567 ff.
- Preussler, Pierre-Roger* Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im italienischen Recht, mit besonderem Bezug auf die sogenannten „vessatorischen Klauseln“, in: Allge meine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, 14.Tagung in Baden bei Wien vom 9.-11.Mai 1996, DACH, Europäische Anwaltsvereinigung, S.183 ff., Wien 1997, (zitiert: Preussler, DACH)
- Prölss, Erich R./ Martin, Anton* Kommentar zum VVG, 26.Aufl. München 1998, (zitiert: Bearbeiter in Prölss/Martin)
- R., A.F.* Anmerkung zu Cour de Cassation, Gazette du Palais 1997 somm., S.438
- Raber, Fritz* Dictionary – laesio enormis, ERPL 2000, S.523 ff.
- Rabl, Thomas* EuGH: Absolute Nichtigkeit von unfairen Verbraucherverträgen?, ecolex 2000, S.783 f.
- Raiser, Ludwig* Das Recht der AGB, 1935, (zitiert aus wortgleichem Nachdruck 1961: Raiser)
- Randow, Phillip von* Anleihebedingungen und Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes, ZBB 1994, S.23 ff.
- Randow, Phillip von* Rezension zu Pfenninger, Auslegung von Anleihebedingungen, ZBB 1997, S.111 ff.

- Reich, Norbert* Europäisches Verbraucherschutzrecht, Binnenmarkt und Verbraucherinteresse, 2.Auflage 1993, (zitiert: Reich)
- Reich, Norbert* Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechts, ZEuP 1994, S.381 ff.
- Reich, Norbert* Kreditwirtschaft und Transparenz, NJW 1995, S.1857 ff.
- Reich, Norbert* Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 93/13/EWG vom 5.4.1993 in deutsches recht – Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf (RefE) des BMJ, VuR 1995, S. 1 ff.
- Reich, Norbert* European Consumer Law and its Relationship to Private Law, ERPL 1995, S.285 ff.
- Reich, Norbert* Zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der sog.10-Jahres-Verträge für Schadensversicherungen im Massegeschäft, in: Basedow, Jürgen/ Schwark, Eberhard/ Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik, 1.Auflage Baden-Baden 1995, S.91ff.
(zitiert: Reich in Basedow/Schwark/Schwintowski)
- Reich, Norbert* Europäisches Verbraucherrecht, Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 3.Aufl.1996, (zitiert: Reich, Europ.Verbraucherrecht)
- Reich, Norbert* Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, S.581 ff.
- Reich, Norbert* Anmerkung zu EuGH, EuZW 1999, S.464 ff., 467
- Reich, Norbert* The implementation of the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany, ERPL 1997, S.165 ff.
- Reich, Norbert* Workshop 6 – The application of the directive to the financial services and the new technologies, Preliminary document, in: The `Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.193 ff., (zitiert: Reich, Konferenzunterlagen)
- Reich, Norbert* Anmerkung zu EuGH, ZIP 2001, S.1373, in EWiR 2001, S.969 ff.
- Reich, Norbert / Micklitz, Hans* Verbraucherschutz in den EG-Staaten, Eine vergleichende Analyse, 1981, (zitiert: Reich/Micklitz)
- Reichhard, Dieter/ de Vel, Guy* Vereinbarung und Inhalt von Lieferbedingungen in Belgien, AWD/RIW 1973, S.184 ff.
- Reiff, Peter* Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht, VersR 1997, S.267 ff.
- Reiff, Peter* Die neuen berufsrechtlichen Bestimmungen über Haftungsbeschränkungen durch AGB, AnwBl 1997, S.3 ff.
- Reiff, Peter* Anmerkung zu OLG Düsseldorf, ZIP 1997, S.1845 ff. in EWiR 1997, § 9 AGBG 15/97, S.961 f.
- Reiff, Peter* Anmerkung zu BVerwG-BVerwG 1 A 6.96, in EWiR 1998, § 9 AGBG 11/98, S.961 f.
- Reiff, Peter* Anmerkung zu OLG Hamburg, VersR 1998, S.976 f.
- Reiff, Peter* Die Haftung des Versicherers für Versicherungsvermittler, Teil 1, r+s 1998, S.89 ff.
- Reiff, Peter* Wider die unternehmenstragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesellschafterhaftung, ZIP 1999, S.517 ff.
- Reiff, Peter* Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung in er GbR nach der Akzessorietätstheorie, ZIP 1999, S.1329 ff.
- Reiff, Peter* Die Haftungsverfassung der GbR nach dem Urteil des BGH v. 27.9.1999 (II ZR 371/98), NZG 2000, S.281 ff.
- Reiff, Peter* Anmerkung zu BGH, ZIP 2001, S.1058 ff.

- Reiff, Peter* Europäische Richtlinie über Versicherungsvermittlung und VVG-Reform, ZVersWiss 2001, S.451 ff.
- Reiff, Peter* Aspekte einer Neugestaltung des Rechtes der Versicherungsvermittlung, ZVersWiss 2002, S.103, 132 ff.
- Reindl, P.* Rechtsprechung zum österreichischen Konsumentenschutzgesetz, RIW 1986, S.669 ff.
- Reinhard, Frank* Anmerkung zu LG Gießen VersR 1996, S.496 ff., VersR 1996, S.497 ff.
- Reithmann, Christoph/ Martiny, Dieter* Internationales Vertragsrecht, 5.Aufl.Köln 1996, (zitiert: Reithmann/Martiny)
- Remien, Oliver* AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbraucherklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, S.34 ff.
- Remien, Oliver* Das neue Burgerlijk Wetboek der Niederlande und seine Erschließung durch die Rechtsliteratur, ZEuP 1994, S.107 ff.
- Remien, Oliver* Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff.
- Renger, Reinhard* Stand, Inhalt und Probleme des neuen Versicherungsrechts – Bemerkungen zum Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften - , VersR 1994, S.753 ff.
- Renger, Reinhard* Die Lebens- und Krankenversicherung im Spannungsfeld zwischen Versicherungsvertragsrecht und Versicherungsaufsichtsrecht, VersR 1995, S.866 ff.
- Reynolds, F.M.B.* Notes – Unfair Contract Terms, The Law Quarterly Review (110) 1994, S.1 ff.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos* Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, S.1 ff.
- Römer, Wolfgang* Schranken der Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen in der Rechtsprechung nach § 8 AGB-Gesetz, in: Festschrift für Egon Lorenz, Recht und Ökonomie der Versicherung, Karlsruhe 1994, S.449 ff., (zitiert: Römer, FS Lorenz)
- Römer, Wolfgang* Der Prüfungsmaßstab bei der Mißstandsaufsicht nach § 81 VAG und der AVB-Kontrolle nach § 9 AGBG, Karlsruhe, 1996, (zitiert: Römer)
- Römer, Wolfgang* Zu den Informationspflichten der Versicherer und ihrer Vermittler, VersR 1998, S.1313 ff.
- Römer, Wolfgang* Gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach den §§ 8,9 AGBG, NversZ 1999, S.97 ff.
- Römer, Wolfgang/ Langheid, Theo* Kommentar zum VVG, Versicherungsvertragsgesetz mit PfVG und KfzPflVV, München 1997, (zitiert: Römer/Langheid)
- Roppo, Vincenzo* Workshop 3 – The definition of ‘ unfairness ’ : the application of Article 3 (1), 4 (1) – and of the annexes of the directive, Preliminary document, in: The ‘ Unfair Terms’ Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.125 ff., (zitiert: Roppo, Konferenzunterlagen)
- Rosenow, Jörg/ Schaffelhuber, Kai* Neues zur Transparenzkontrolle im AGB-Recht, ZIP 2001, S.2211 ff.
- Roth, Herbert* Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 AGBG, WM 1991, S.2085 ff.
- Roth, Herbert* EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, JZ 1999, S.529 ff. (zitiert: H. Roth)
- Roth, Wulf-Henning* Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, EuR 1986, S.340 ff.
- Roth, Wulf-Henning* Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, RabelsZ 54 (1990), S.63 ff.

- Roth, Wulf-Henning* Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung -, in: Festschrift Ulrich Drobnig, Tübingen 1998, S.135 ff., (zitiert: Roth, FS Drobnig)
- Roth, Wulf-Henning* Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, S.5 ff.
- Roth, Wulf-Henning* Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, (zitiert: Roth, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk)
- Rühl, Christiane* § 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts, RIW 1999, S.321 ff., (zitiert: Rühl, RIW 1999)
- Rummel, Peter (Hrsg.)* Kommentar zum ABGB, 1.Bd. §§ 1-1174, 3.Aufl. Wien 2000, (zitiert: Rummel, ABGB)
- Schaefer, Frithjof* Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz bei Allgemeinen Versicherungsbedingungen?, VersR 1978, S.4 ff.
- Schäfer, Jürgen* Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss.Frankfurt a.M.1992, (zitiert: Schäfer)
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3.Auflage 2000, (zitiert: Schäfer/Ott)
- Schauer, Martin* Das österreichische Versicherungsvertragsrecht (Bd.9), 3.Aufl. Wien 1995, (zitiert: Schauer)
- Schauer, Martin* Die Anpassungsklauseln im Versicherungsvertragsrecht, VR 1999, S.21 ff.
- Scheerer, H.P.* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der AGB der Kreditinstitute, AWD/RIW 1974, S.181 ff.
- Schick, Werner* Das Genußrechtskapital bei Kreditinstituten – Ein neues Instrument der Eigenkapitalbildung, BB 1985, S.2137 ff.
- Schilcher, Bernd* Geschäftsgrundlage und Anpassungsklauseln im Zivilrecht, VR 1999, S.32 ff.
- Schilfgaard, Peter van* System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code, ERPL 1997, S.1 ff.
- Schimikowski, Peter* Das rechtliche Gebot zu transparenter und inhaltlich angemessener Gestaltung von AVB, r + s 1998, S.353 ff.
- Schimikowski, Peter* Versicherungsvertragsrecht, 2.Aufl.München 2001, (zitiert: Schimikowski)
- Schinas, G.M.* Konsumentenschutz in Griechenland, JBl.1992, S.682 ff.
- Schirmer, Helmut* Aktuelle Fragen bei der Anwendung des AGB-Gesetzes auf AVB, in: Versicherungsforum Heft 12, Symposium AGBG und AVB, Die Entwicklung des Verbraucherschutzes bei Versicherungsverträgen, 24./25.Februar 1993 in Frankfurt a.M.,S.61 ff., (zitiert: Schirmer, Versicherungsforum 1993)
- Schirmer, Helmut* Änderungen des VVG nach der Deregulierung mit den Schwerpunkten: Abschluß des Versicherungsvertrages und Einbeziehung von AVB, VersR 1996, S.1045 ff.
- Schirmer, Helmut* Beratungspflichten und Beratungsverschulden der Versicherer und ihrer Agenten, r+s 1999, Teil I S.133 ff., Teil II S.177 ff.
- Schlosser, Peter/ Coester-Waltjen, Dagmar/ Graba, Hans-Ulrich* Kommentar zum Gesetz des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977, (zitiert: Bearbeiter in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba)
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 3.Aufl.Köln, Berlin, Bonn, München 1997 (zitiert: Schmidt, GesR)
- Schmidt, Karsten* Handelsrecht, 5.Aufl.Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (zitiert: Schmidt, Handelsrecht)

- Schmidt, Marek* Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, *RabelsZ* 59 (1995), S.569 ff.
- Schmidt, Reimer* Zur Entwicklung des Verbraucherschutzes im Umgang mit Versicherungsprodukten, in: *Versicherungsforum* Heft 12, Symposium AGBG und AVB, Die Entwicklung des Verbraucherschutzes bei Versicherungsverträgen, 24./25.Februar 1993 in Frankfurt a.M., S.27 ff., (zitiert: Schmidt, *Versicherungsforum* 1993)
- Schmidt-Räntsch, Jürgen* Das neue Schuldrecht – Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, (zitiert: Schmidt-Räntsch)
- Schmidt-Salzer, Joachim* „Versicherung“ als Technik bestimmter fin anzieller Dienstleistungen, „Versicherungsvertrag“ als Grundtypus und einzelne Arten von Versicherungsverträgen, in: *Festschrift für Egon Lorenz, Recht und Ökonomie der Versicherung*, Karlsruhe 1994, S.587 ff., (zitiert: Schmidt-Salzer, *FS Lorenz*)
- Schmidt-Salzer, Joachim* EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Inhaltskontrolle von AVB und Deregulierung der Versicherungsaufsicht, *VersR* 1995, S.1261 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim* Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen, *BB* 1995, S.1493 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim* Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft, in: *Festschrift Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995*, S.361 ff., (zitiert: Schmidt-Salzer, *FS Trinkner*)
- Schmidt-Salzer, Joachim* Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gesetz, *BB* 1995, S.733 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim* Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle, in: *Festschrift Hans Erich Brandner, 1996*, S.259 ff., (zitiert: Schmidt-Salzer, *FS Brandner*)
- Schockweiler, F.* Das luxemburgische Gesetz vom 25.August 1983 betreffend den rechtlichen Schutz des Verbrauchers und das internationale Privatrecht, *Iprax* 1984, S.337 ff.
- Schön, Wolfgang* Ein Allgemeiner Teil der Genußrechte, *JZ* 1993, S.925 ff.
- Schrage, Eltjo* Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches, *JBl* 1994, S.501 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Der Versicherungsvertrag, das unbekannte Wesen – *BGHZ* 128, 54, *JuS* 1995, S.1062 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Überschußbeteiligung und Synallagma in der Kapitallebensversicherung, *BB* 1995, S.417 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Allgemeine Versicherungsbedingungen – „Leistungsbeschreibungen“ oder inhaltskontrollierte Vertragskonditionen?, *VersR* 2000, S.144 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Gesetzliche Ermächtigung zu einseitigen Vertragsänderungen?, *JZ* 2002, S.134 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Anmerkung zu *LG Hamburg, VuR* 2002, S.100 ff., 103 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.* Abschlußkostenklauseln in Kapitallebensversicherungsverträgen, *VuR* 2002, S.85 ff.
- Schulte-Nölke, Hans* Elf Amtssprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachlichkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien, in: *Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999* (zitiert: Schulte-Nölke in *Schulze*)
- Schulze, Reiner* Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts – Einführung in *Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999*, (zitiert: Schulze in *Schulze*)
- Schulze, Reiner (Hrsg.)* Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des

Gemeinschaftsrechts, 1.Aufl.Tübingen 2001

- Schumacher, Dr. Wolfgang* Der Konsumentenschutzgedanke im System eines umfassenden Konsumentenschutzes, in: Krejci, Heinz, Handbuch des Konsumentenschutzgesetzes, Wien 1981, S.1 ff., (zitiert: Schumacher in Krejci)
- Schumm, Konrad* Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft, in: Basedow, Jürgen/ Schwark, Eberhard/ Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik, 1.Auflage Baden-Baden 1995, S.75 ff. (zitiert: Schumm in Basedow/Schwark/Schwintowski)
- Schwarz, E.* Schutzkollisionen im internationalen Verbraucherschutz, Heidelberg 1991 (zitiert: Schwarz)
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)* EU-Kommentar, 1.Auflage, Baden-Baden 2000 (zitiert: Bearbeiter in Schwarze)
- Schwimann, Michael (Hrsg.)* ABGB Praxiskommentar, Bd.5: §§ 859-1089 ABGB und Nebengesetze, 2.Aufl.Wien 1997, (zitiert. Schwimann, ABGB)
- Schwintowski, Hans-Peter* Informationspflichten in der Lebensversicherung, VuR 1996, S.223 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter* Anmerkung zu LG Hamburg, VuR 1997, S.167 ff., 175 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter* Anleger- und objektgerechte Beratung in der Lebensversicherung, VuR 1997, S.83 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter* Transparenz und Verständlichkeit von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Prämien, NVersR 1998, S.97 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter* Schutzlücken durch Koppelung und Intransparenz in der Kapitallebensversicherung, VuR 1998, S.219 ff., 220
- Schwintowski, Hans-Peter* Anmerkung zu LG Düsseldorf, VuR 1998, S.413 f., 414 f.
- Schwintowski, Hans-Peter* Anmerkung zu LG Düsseldorf, VuR 1999, S.165 f., 166 f.
- Schwintowski, Hans-Peter* Anmerkung zu LG Dortmund, VuR 2000, S.177 f., 178
- Siebel, Ulf R.* Buchbespr.Jürgen Kallrath, Die Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen..., WM 1994, S.1781 ff.
- Sieg, Karl* Entstehungsgeschichte der AVB, privatrechtliche Ordnungskriterien, wesentlicher Inhalt und Verhältnis zum Versicherungsvertragsgesetz, ZVersWiss 1975, S.161 ff.
- Sieg, Karl* Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Justiz und Verwaltung im Bereich der Privatversicherung, VersR 1977, S.489 ff.
- Sieg, Karl* Die Bedeutung der EG-Richtlinie über mißbrüchliche Klauseln in Verbraucherverträgen für die AVB, VersR 1993, S.1305 ff.
- Sievers, Josef* Verbraucherschutz gegen unlautere Vertragsbedingungen im französischen Recht, Diss. Berlin, Frankfurt 1993, (zitiert: Sievers)
- Sinay-Lytermann* La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, Rev.trim.dr.civ.1985, S.471 ff.
- Sinde Monteiro, Jorge* Das portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Karlsruher Forum 1997, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (VersR-Schriftenreihe, Heft 3), S.121 ff., (zitiert: Sinde Monteiro, Karlsruher Forum 1997)
- Sobich, Philip* Verfahrensrechtliche Kontrolle „unfairer“ AGB in Großbritannien, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, RIW 1998, S.684 ff.
- Soergel, H.Th.* Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3 (Schuldrecht II), 12.Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Stand: Frühjahr 1991, (zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- Sonnenberger, Hans Jürgen* Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2.Aufl.1991, (zitiert: Sonneberger)

- Stafford, Paul* Banks, security and the new legislation from Europe, *Solicitors Journal*, Vol.139 (19.Mai 1995), S.478 ff.
- Starck, Boris/ Roland, Aturi/ Boyer, Laurent* Droit civil, Les obligations, 2.contrat, 6ème édition, Paris 1998, (zitiert: Starck/Roland/Boyer)
- Staudinger, Ansgar* Das Transparenzgebot im AGB-Gesetz: klar und verständlich? – Zu den Grundsätzen der Richtlinientransformation -, *WM* 1999, S.1546 ff.
- Staudinger, Ansgar* Die Kontrolle grenzüberschreitender Versicherungsverträge anhand des AGBG, *VersR* 1999, S.401 ff., (zitiert: Staudinger, *VersR* 1999)
- Staudinger, Ansgar* Kommentar zu EuGH, EWS 2001, S.329 f., 330 ff.
- Staudinger, J. von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 12.Aufl. Berlin 1983, (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- Staudinger, J. von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13.Aufl.Berlin 1998, (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- Stoffels, Markus* Gesetzliche nicht geregelte Schuldverträge, *Jus Privatum* 59, 2001, (zitiert: Stoffels, *Jus Privatum* 59, 2001)
- Taupitz, Jochen* Macht und Ohnmacht der Verbraucher auf dem dekontrollierten europäischen Versicherungsmarkt, *VersR* 1995, S.1125 ff.
- Tenreiro, Mário* The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, *ERPL* 1995, S.273 ff.
- Tenreiro, Mário* Examen comparatif des Législations nationales transposant la directive 93/13/CEE, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, *European Communities*, 2000, S.11 ff. (zitiert: Tenreiro, Konferenzunterlagen)
- Tenreiro, Mário* Conclusion, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, *European Communities*, 2000, S.215 ff., (zitiert: Tenreiro, Konferenzunterlagen)
- Tenreiro, Mário/ Karsten, Jens* Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive, in: Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Münster 1999, S.223 ff., (zitiert: Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze)
- Terré, François/ Simler, Philippe/ Lequette, Yves* Droit civil, les obligations, 6e édition, 1996, (zitiert: Terré/Simler/Lequette)
- Thiry-Duarte, Marie-Odile* Rapport sur l` application pratique de la directive 93/13/CEE en France, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, *European Communities*, 2000, S.267 ff., (zitiert: Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen)
- Thomas, Richard/ Sabalot, Deborah A.* Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations – The Impact on the Financial Services Industry, *BJIBF*, Vol. 10, No.5, 1995, S.214 ff.
- Treitel, Guenter* The Law of Contract, 10th edition, London 1999, (zitiert: Treitel)
- Trejo/ Vestweber* Das neue spanische Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, *ZvglRWiss* 97 (1998), S.454 ff.
- Triebel, Volker* Das englische Gesetz über unbillige Vertragsklauseln von 1977, *RIW* 1978, S.353 ff.
- Triebel, Dr. Volker/ Hodgson, Stephen/ Kellenter, Dr. Wolfgang/ Müller/ Dr. Georg* Englischtes Handels- und Wirtschaftrecht, 2.Auflage 1995, Heidelberg 1995, (zitiert: Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller)

- Troberg, Peter/ Schwimann, Irmfried* Die Richtlinie vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, in: Blaurock, Uwe (Hrsg.), Das Recht der grenzüberschreitenden Überweisung, 1. Aufl. 2000, S.73 ff., (zitiert: Troberg/Schwimann in Blaurock)
- Trochu, Michel* Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D.1993 chr., S.315 ff.
- Tschaler, Thomas* Zur Statthaftigkeit der Klausel „soweit gesetzlich zulässig“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, S.281 ff.
- Tyler, Colin* The Parliament's View, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.1 ff., (zitiert: Tyler in Lonbay)
- Tzortzopoulos, Nikos* Practical implementation of Directive 93/13/EEC in Greece, in: The Unfair Terms Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.281 ff., (zitiert: Tzortzopoulos, Konferenzunterlagen)
- Uff, Keith* The Incorporation of the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive into English Law, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.163 ff., (zitiert: Uff in Lonbay)
- Ulmer, Peter* Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, S.337 ff.
- Ulmer, Peter* Anmerkung zu BGH, BB 1996, S.1864 f., 1865 ff.
- Ulmer, Peter* Das AGB-Gesetz nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Karlsruher Forum 1997, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (VersR-Schriftenreihe, Heft 3), S.9 ff., (zitiert: Ulmer, Karlsruher Forum 1997)
- Ulmer, Peter* Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme, JZ 1997, S.654 ff.
- Ulmer, Peter/ Brandner, Hans Erich/ Hensen, Horst-Diether* Kommentar zum AGB-Gesetz, 9. Auflage, Köln 2001, (zitiert: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen)
- Ulmer, Peter/ Masuch, Andreas* Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme, JZ 1997, S.654 ff.
- Usher, J.A.* Principles derived from private law and the european court of justice, ERPL 1993, S.109 ff.
- Vernimmen, Gisèle* Die Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft, Versicherungswirtschaft 1993, S.559 ff.
- Volmer, Michael* Zur Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Vertragsübernahme, WM 1999, S.209 ff.
- Vorpeil, Klaus* Code of practice der britischen Banken, RIW 1994, S.559 ff.
- Wagner, Klaus* Zur Bedeutung des AGB-Gesetzes für die Gefahrbeschreibung in den Allgemeinen Unfallversicherungs-Bedingungen, ZVersWiss 1977, S.119 ff.
- Wagner, Claire/ Althen, Rolf* Umsetzung der Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im Vereinigten Königreich, RIW 1995, S.546 ff.
- Wagner-Wieduwilt, Klaus* Das „Transparenzgebot“ als Angemessenheitsvoraussetzung im Sinne des § 9 ABGB, WM 1989, S.37 ff.
- Waldenberger, Arthur* Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, BB 1996, S.2365 ff.
- Wandt, Manfred* Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, 2000, (zitiert: Wandt)
- Weatherill, Stephen* Prospects for the Development of European Private Law Through Europeanisation in the European Court of Justice, ERPL 1995, S.307 ff.
- Weatherill, Stephen* Wichtige Entwicklungen im Verbraucherschutz im Vereinigten Königreich, VuR 1995, S.393 ff.

- Weatherill, Stephen* Consumer Guarantees and the Development of the Internal Market, in: Lonbay, Julian (Editor), Enhancing the Legal Position of the European Consumer, 1996, S.58 ff., (zitiert: Weatherill in Lonbay)
- Weatherill, Stephen* EC Consumer Law and Policy, 1997,(zitiert: Weatherill)
- Weick, Günter* Unfair Contract Terms Act und AGB-Gesetz, ZHR 145 (1981), S.68 ff.
- Welser, Rudolf* Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in: Krejci, Heinz, Handbuch des Konsumentenschutzgesetzes, Wien 1981, S.333 ff., (zitiert: Welser in Krejci)
- Werber, Manfred* Die Bedeutung des ABGB für die Versicherungswirtschaft, VersR 1986, S.1 ff.
- Werber, Manfred* Informations- und Beratungspflichten des Versicherers und des Vermittlers, ZVersWiss 83 (1994), S.321 ff.
- Westermann, Harm Peter* Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?, Festschrift Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, S.817 ff., (zitiert: Westermann, FS Steindorff)
- Westphalen, Friedrich Graf von,* AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz, EWS 1993, S.161 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von,* Die Novelle zum AGB-Gesetz, BB 1996, S.2101 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Loseblattsammlung, Stand Januar 2002, Änderung der AGB-rechtlichen Vorschriften durch die Schuldrechtsreform (Pfeiffer, Thomas, Stand: Januar 2002); Vertragsrecht, darin Transparenzgebot (v.Westphalen, Friedrich, Stand: Juli 2000); Genußrechte (Schäfer, Stefanie, Stand: Mai 1994) (zitiert: Bearbeiter in v.Westphalen, Stichwort)
- Weyers, Hans-Leo* Versicherungsvertragsrecht, 2.Auflage, 1995 (zitiert:Weyers)
- Whincup, Michael* Consumer Contracts and the Common Law, in Festschrift Norbert Reich, Law and diffuse interests in the European legal order, Baden-Baden 1997, S.569 ff., (zitiert: Whincup, FS Reich)
- Wieland, Dr. Max* Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in : Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, 14.Tagung in Baden bei Wien vom 9.-11-Mai 1996, DACH, Europäische Anwaltsvereinigung, S.13 ff., Wien 1997, (zitiert: Wieland, DACH)
- Wilhelm, Georg* Regierungsvorlage einer Novelle zum Konsumentenschutzgesetz, ecolex 1996, S.581 f.
- Wilhelmsson, Thomas* Entwicklung im finnischen Verbraucherrecht, VuR 1995, S.432 ff.
- Wilhelmsson, Thomas* The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland, ERPL 1997, S.151 ff.
- Wilhelmsson, Thomas* A Nordic Perspective – the unfair contract terms directive and the Nordic contract model, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.25 ff., (zitiert: Wilhelmsson, Konferenzunterlagen)
- Wilhelmsson, Thomas* Workshop 1 – The scope of the directive: non-negotiated terms in consumer contracts (Article 1 (1), 3 (1), 4 (2)), preliminary document, in: The ` Unfair Terms` Directive, Five Years On, Evaluation and future perspectives, Materialien der von der Europäischen Kommission initiierten Konferenz vom 1.-3.7.1999 in Brüssel, European Communities, 2000, S.93 ff., (zitiert: Wilhelmsson, Konferenzunterlagen)
- Wille, Hans* Der langjährige Versicherungsvertrag – Eine kritische Bestandsaufnahme -, VersR 1992, S.129 ff.
- Willett, Chris* The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and its implementation in the United Kingdom, ERPL 1997, S.223 ff.

- Willett, Chris / Hird, Norma* Consumer Protection in Insurance Contracts
in Cartwright, Peter (Hrsg.), Consumer Protection in Financial Services, the Hague-
London-Boston 1999, (zitiert: Willett/Hird in Cartwright)
- Witz, Claude/ Wolter, Gerhard* Frankreich: Die Umsetzung der EG-Richtlinie über
mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1995, S.885 ff.
- Witz, Claude/ Wolter, Gerhard* Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der
französischen Gerichte, ZEuP 1996, S.360 ff.
- Wolf, Manfred* Anlegerschutz durch Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen bei
Kapitalmarktstiteln, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner, Bd.I, Köln, Berlin, Bonn,
München 1998, S.651 ff., (zitiert: Wolf, FS Zöllner)
- Wolf, Manfred/ Horn, Norbert/ Lindacher, Walter F.* Kommentar zum AGB-Gesetz und der
Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 4.Aufl. München
1999, (zitiert: Bearbeiter in Wolf/Horn/Lindacher)
- Wolf, Manfred/ Ungeheuer, Christina* Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen –
Teil 2, JZ 1995, S.176 ff., 180
- Woschnagg, Karl* Das neue schwedische Kaufrecht, RIW 1992, S.117 ff.
- Wriede, Paul* Die Wissenschaftsklausel, VersR 1995, S.254 ff.
- Wurst, Stefan* Voraussetzung für die Geltung von AGB aus österreichischer Sicht, in: Allgemeine
Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, 14.Tagung in Baden bei
Wien vom 9.-11.Mai 1996, DACH, Europäische Anwaltsvereinigung, S.143 ff.,
Wien 1997, (zitiert: Wurst, DACH)
- Zöllner, Wolfgang* Werpapierrecht, 14.Aufl.München 1987, (zitiert: Zöllner)
- Zuleeg, Manfred* Die gemeinschaftskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedstaatlichen
Rechts, in Schulze, Reiner (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und
angeglichenen Rechts, 1.Aufl., Baden-Baden 1999, (zitiert: Zuleeg in Schulze)
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des
Privatrechts, 3.Auflage, Tübingen 1996, (zitiert: Zweigert/Kötz, 1996)
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des
Privatrechts
Band I: Grundlagen, Band II: Institutionen, 2.Auflage, Tübingen 1984
(zitiert: Zweigert/Kötz, 1984)

1. Teil: Allgemeines/Grundlagen

A Einleitung

I Untersuchungsgegenstand

Die vorliegende Arbeit zielt darauf ab, die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie)¹ im Hinblick auf Finanzprodukte zu untersuchen. Dabei werden unter "Finanzprodukten" alle Finanzdienstleistungen iSd Nr. 2 des Richtlinienanhangs verstanden². Der Finanzdienstleistungsbereich ist ein Kernbestandteil der europäischen Wirtschaft, der von allen Wirtschaftsteilnehmern (z.B. staatliche Stellen, Industrie- und Handelsunternehmen, private Verbraucher) in Anspruch genommen wird³. In Europa machen Verbraucher vermehrt von komplexen Finanzdienstleistungen Gebrauch. Nicht zuletzt auch deshalb, um die staatlichen Systeme der Alterssicherung und Gesundheitsleistungen durch private Vorsorge zu ergänzen⁴.

Die besondere Bedeutung eines Mindestschutzes gegenüber mißbräuchlichen Vertragsklauseln auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen wurde auch von der Europäischen Kommission erkannt⁵. Von der Kommission in Auftrag gegebene Studien belegen, daß im Bereich der Finanzprodukte, insbesondere im Banken- und Versicherungsbereich, viele Klauseln aufgrund ihres Inhaltes oder ihrer Intransparenz mißbräuchlich sind, wobei die Häufigkeit bestimmter Klauseln von Land zu Land unterschiedlich ist⁶. Der Anteil nationaler Urteile und Verwaltungsentscheidungen, die sich mit der inhaltlichen Kontrolle von Finanzprodukten beschäftigen, ist verglichen mit der Gesamtzahl der Entscheidungen, welche der Kommission von den einzelnen Mitgliedstaaten übermittelt werden ("CLAB-Kartei"⁷), sehr groß⁸. Insbesondere gegenüber klassischen Verbrauchergeschäften wie z.B.

¹ ABl. 1993, Nr. L 95/29.

² Dazu ausführlich unten unter 2. Teil A II 1.a).

³ Grünbuch: "Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen", KOM (96), 209 endg., S.2.

⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999-2001, KOM (1998), 696 endg., S.2/3 mit Zahlen – bei Dienstleistungen besteht allg. aufgrund der Ausgestaltung an individuellen Bedürfnissen weniger Wettbewerb; unionsweit entfallen auf Finanzdienstleistungen im Versicherungs- und Bankbereich 6 % des BIP, vgl. Mitteilung der Kommission, Finanzdienstleistungen: Abstecken eines Aktionsrahmens v.28.10.1998, KOM (1998) 625 endg., S.1.

⁵ Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.31; anlässlich der Konferenz über die RL v. 1.-3.Juli 1999 in Brüssel wurde diesbezgl. eine eigene Arbeitsgruppe eingerichtet, Konferenzunterlagen, S.193 ff.

⁶ Z.B. Studien zu Verträgen über bestimmte Bankdienstleistungen (Studie der Confédération syndicale du cadre de vie aus dem Jahr 1994 zu Vertragsbestimmungen von Girokonten und Verbraucherkreditverträgen zur Kraftfahrzeugfinanzierung) und Versicherungen (Studie des Zentrums für Verbraucherrechte der Universität Montpellier aus dem Jahr 1995 zu Automobil-Haftpflichtversicherungen und Wohngebäudeversicherungen), vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.9, 28, FN 52, 31,44 ff.; ausführlich zu den Ergebnissen der Studie bezüglich der Versicherungsbedingungen, die 23 Arten mißbräuchlicher Klauseln aufdeckte, vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Thema "Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt", ABl.1998, Nr. C 95/72, S.83 f.

⁷ Entscheidungssammlung im Internet, die zwar hauptsächlich Gerichtsurteile, aber auch Verwaltungsentscheidungen, freiwillige Vereinbarungen, gerichtliche Vergleiche und Schiedssprüche umfaßt - als Datenbank unter [http:// www.europa.eu.int/clab](http://www.europa.eu.int/clab).

⁸ Vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.51 ff.: insb. Diagramm 11; hinsichtl. der Arten mißbräuchlicher Klauseln und deren Häufigkeit nach Vertragsarten im Finanzdienstleistungsbereich (Diagramm 12 A

Tourismus, Kfz-Käufe oder Erwerb sonstiger Waren für den privaten Gebrauch ist zu beobachten, daß der Anteil an Urteilen im Finanzsektor, und innerhalb dieses Bereiches besonders bei Versicherungsverträgen, ständig steigt⁹. Dies hat natürlich auch damit zu tun, daß auf diesen Gebieten häufig große Anbieter eine Vielzahl von Verträgen mit den gleichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen. Dadurch ist die Wahrscheinlichkeit größer als bei unterschiedlichen Einzelverträgen, daß sich Verbraucherschutzorganisationen dieser Probleme annehmen und Verbandsklageverfahren einleiten¹⁰.

Nicht nur die Befunde der Studien und der CLAB-Kartei machen deutlich, daß eine Mißbräuchlichkeitskontrolle von Finanzprodukten zum Schutz der Verbraucher unbedingt erforderlich ist. Dies ergibt sich auch aus dem Ansteigen grenzüberschreitender Verträge. Auch wenn die Zahl dieser Verträge im Bereich der Finanzprodukte derzeit aus verschiedenen Gründen noch eher gering ist¹¹, so ist dennoch ein Ansteigen zumindest bei bestimmten Finanzdienstleistungen wie z.B. Kreditkonten zu beobachten¹². Auch die einheitliche Währung und die neuen Vertriebswege durch elektronischen Geschäftsverkehr können zu einem verstärkten grenzüberschreitenden Markt führen. Bei solchen Geschäften besteht das Bedürfnis, daß der Verbraucher auf ein Mindestschutzniveau hinsichtlich der Vertragsbestimmungen vertrauen kann¹³.

Hinzu kommt, daß die durchschnittlichen Verbraucher als Laien bei komplexen Finanzprodukten besonders schutzbedürftig sind¹⁴: Erstens sind die wesentlichen Eigenschaften der Produkte für den Verbraucher vor Abschluß des Vertrages nur schwer zu erkennen. Zweitens handelt es sich um technisch komplexe und komplizierte Produkte und Vertragswerke, da es sich idR um immaterielle Produkte handelt, die erst durch die Klauselwerke Gestalt annehmen. Selbst wenn also der Verbraucher im Besitz der richtigen Informationen ist, kann er diese uU nicht ausreichend verstehen und einordnen, um sich bei seiner Marktentscheidung daran zu orientieren. Die dritte Besonderheit von Finanzprodukten besteht darin, daß die wahren Auswirkungen des Produktes, die häufig von großer finanzieller Bedeutung sind, für den Verbraucher häufig erst in der Zukunft deutlich werden, so z.B. bei Versicherungen, insbesondere der Kapitallebensversicherung. Das besondere Schutzbedürfnis der privaten Verbraucher bei Finanzdienstleistungen aufgrund

und B) und speziell im Versicherungsbereich (Diagramm 13 A und B) - Zusammenfassung einiger als mißbräuchlich erachteter Versicherungsbed. in der Stellungn. des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl.1998, Nr. C 95/72, S.84f. Vgl. für Deutschland, Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 226.

⁹ Tzortzopoulos, Konferenzunterlagen, S.281 ff., 286 (für Griechenland).

¹¹ Grünbuch: 'Finanzdienstleistungen:Wahrung der Verbraucherinteressen', KOM (96), 209 endg., S.8ff.; Mitteilung der Kommission, 'Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken', KOM (97), 309 endg., S.3 f. und Anhang, S.1 f.; Mitteilung der Kommission, Finanzdienstleistungen: Abstecken eines Aktionsrahmens, KOM (98), 625 endg., S.1,3/4, 13 (z.B.keine grenzüberschreitenden Abschlüsse auf dem Lebensversicherungsmarkt), was mehrere Gründe wie z.B. mangelndes Verbrauchervertrauen, unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften im "Allgemeininteresse",Weigerung der Finanzdienstleister, etc., hat. Nach einer Umfrage 2001, Eurobarometre 54: europeans and financial services, summary unter www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments, wurden Informationsdefizit (29%) und Sprachprobleme (25%) als häufigste Ursachen genannt; für den Versicherungsbereich Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 45; McGee in McGee/Heusel, S.79 ff., 86; Entschließung des EP, ABl.1998, Nr. C 341/144 - ein fehlender Finanzbinnenmarkt bedeutet noch starke Preisunterschiede, vgl.Mitteilung der Kommission, KOM (1998), 625 endg., S.13 f., z.B. Kosten für eine Kreditkarte bis zu dreifacher Höhe je nach Mitgliedstaat; 1994 differierten z.B. die Preise für grenzüberschreitende Überweisungen um mehr als 100 %, Mitteilung der Kommission, 'Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken', KOM (97), 309 endg., Anhang, S.1.

¹² Vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.29.

¹³ Erwägungsgründe 5,6,10.

¹⁴ Vgl. Cartwright in Cartwright, S.3 ff.,10.

Schutzbedürfnis der privaten Verbraucher bei Finanzdienstleistungen aufgrund ihrer Schwierigkeiten, die Sicherheit und Leistungsfähigkeit der Finanzprodukte zu beurteilen, wird in Umfragen bestätigt¹⁵ und auf europäischer Ebene auch mehrfach betont¹⁶ - es wird daher versucht, die Verbraucherschutzmaßnahmen auch auf Finanzprodukte zu erstrecken¹⁷. Die Harmonisierung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen soll nicht zuletzt auch das Funktionieren des Binnenmarkts und den Wettbewerb zwischen den Unternehmern sicherstellen.

Die Klauselrichtlinie, deren Bestimmungen von den Gerichten von Amts wegen zu berücksichtigen sind¹⁸, erfaßt auch Finanzprodukte. Allerdings bezieht sie sich als ‘horizontale Gesetzgebung’ grundsätzlich auf alle Vertragsarten. Finanzprodukte sind nur ein Teil dieses allgemeinen Anwendungsbereiches. So sind insbesondere bei den Regelungen der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 3 I, III iVm Nr. 1 des Anhangs keine Besonderheiten für Finanzdienstleistungen zu erkennen. Diese Arbeit macht sich daher nicht zur Aufgabe, die gesamte Richtlinie in allen Einzelheiten zu behandeln und sich mit sämtlichen Auslegungsproblemen auseinanderzusetzen¹⁹. Es werden vielmehr Schwerpunkte gesetzt, die für Finanzprodukte besonders relevant sind, und diese ausführlich dargestellt und erörtert. Zu diesen Schwerpunkten zählen zunächst diejenigen Bestimmungen der Richtlinie, die nicht nur generell auf alle Verbraucherverträge -und damit auch auf für Verbraucherverträge im Finanzbereich- anwendbar sind, sondern ausdrücklich in ihrem Wortlaut auf

¹⁵ Eine repräsentative Umfrage aus dem Jahr 2001, Eurobarometre 54: europeans & financial services, summary unter www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments, dokumentiert das geringe Verbrauchervertrauen im Finanzdienstleistungsbereich, der u.a. auf der Undurchsichtigkeit der Produkte beruht: 60% der Befragten glauben, daß man hinsichtlich des Deckungsumfanges bei Versicherungen nie sicher sein kann, 50% halten Hypothekarkreditangebote für unvergleichbar und sind überzeugt, man würde nie die Kosten eines Verbraucherkredits im voraus kennen; die seit 1997 höchste Zahl der befragten Verbraucher ist überzeugt, nie einen Rechtsstreit gegenüber einer Versicherung oder Bank gewinnen zu können.

¹⁶ Grünbuch: ‘Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen’, v. 22.5.1996, KOM (96) 209 endg.(insb.S.9); dazu die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl., Nr.C 56 v. 24.2.1997; Mitteilung der Kommission v. 26.6.1997: ‘Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken’, KOM (97), 309 endg.; Mitteilung der Kommission, Finanzdienstleistungen: Abstecken eines Aktionsrahmens, v.28.10.1998, KOM (1998) 625 endg., S.12 ff.;Mitteilung der Kommission, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, v.11.5.1999, KOM (1999) 232 endg., S.10 ff.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 30.3.1998 zu dem Thema ‘Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt’, ABl. 1998, Nr.C 95/72; Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999-2001, KOM (1998), 696 endg., S.3 und S.19 ff.; Mitteilung der Kommission, ‘Elektronischer Geschäftsverkehr und Finanzdienstleistungen’, KOM (2001) 66 endg. - auf die ‘spezifische Rechtsnatur’ von Finanzdienstleistungen stellt auch der Entwurf für RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, v. 14.10.1998, KOM (1998) 468 endg., S.6, ab.

¹⁷ Insb. RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen v.23.9.2002, ABl.2002 Nr. L 271/16 (Finanzdienstleistungen waren von Fernabsatz-RL ausgenommen)- z.T.sind jedoch Finanzprodukte von Anwdgsb. ‘allgemeiner’ RL ausgen.: die Handelsvertreter-RL 86/653/EWG gilt nur für warenbezogene Geschäfte. Die Haustürgeschäfte-RL 85/577/EWG gilt nicht für die Versicherungsvertr.u.Vertr. über Wertpapiere (Art. 3 II d,e), obwohl diese eine erheb. prakt. Bed. haben. Grund für letzteres war, daß in diesen Bereichen eigene Reg. geplant waren, was jedoch mit dem jederz. LösungsR bei Investmentfonds (Art. 37 Investmentfonds-RL 85/611/EWG) u. Rücktrittsrecht bei Lebensvers. (Art. 35 Vierte RL Leben 2002/83/EG) nur teilw. erfüllt wurde, vgl.Grundmann, 2.01, Rz.13, Rz.18 (zu verfassungsrechtl. Bedenken bei der Umsetzung in deutsches Recht).

¹⁸ Vgl. EuGH v. 27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA ./ Rocio Murciano Quinero, u.a.), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.29.

¹⁹ Insofern sei auf die umfangreiche Literatur allgemein zu der KlauselRL verwiesen (‘Hunderte von Artikeln und Dutzende von Abhandlungen’, Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.40); z.B. Kommentare von Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Pfeiffer in Grabitz/Hilf; MüKo-Basedow, § 23 AGBG; Bericht der Kommission zur Anwdg. der KlauselRL v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg.; Beiträge der von der EU-Kommission initiierten Konferenz v. 1.-3.Juli 1999 in Brüssel zur Anwdg der KlauselRL (Konferenzunterlagen, u.a. auch im Internet unter www.europa.eu.int erhältlich, hier zitiert nach dem von der EU herausgegebenen gebundenen Bericht); Beiträge bei Schulte-Nölke/Schulze; Beiträge in ERPL 1995 und 1997; Beiträge in Lonbay; Locket/Egan; Kendall; Weatherill; Dissertationen von Kiendl, Kretschmar, Markwardt, Kapnopolou; Borges, Fuchs.

Finanzprodukte zielen. Dazu gehört neben der Nr. 2 des Anhanges der Klauselrichtlinie (in Gliederung 2.Teil unter A und E) die Regelung des Kontrollumfangs bei Versicherungsverträgen gemäß Art. 4 II iVm Erwägungsgrund 19, Satz 3 (Gliederung 2.Teil, B,C). Da die Versicherungswirtschaft eine zunehmend größere Rolle im Finanzdienstleistungssektor spielt²⁰ und die Frage des kontrollunterworfenen Bereiches bei leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen nicht nur in Deutschland sehr umstritten ist, stellt die Auslegung der Klauselrichtlinie diesbezüglich den Hauptschwerpunkt der Arbeit dar. Auch darüber hinaus wird die Klauselrichtlinie hauptsächlich in ihrer Anwendung auf Versicherungsverträge untersucht. Weitere Schwerpunkte, die besonders für Finanzprodukte relevant sind und Probleme aufwerfen, sind der Anwendungsbereich der Richtlinie (Gliederung 2.Teil A), das Transparenzgebot in Art. 4 II iVm Art. 5 (Gliederung 2.Teil D), sowie die Maßstäbe für die Durchführung einer Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 3 unter Berücksichtigung der Nr. 2 des Anhanges (Gliederung 2.Teil E).

II Vorgehensweise und Gang der Untersuchung

Ausgehend von der Ratio, die der Mißbräuchlichkeitskontrolle von Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen nach der Klauselrichtlinie zugrundeliegt, sollen insbesondere aus der rechtsvergleichenden Betrachtung Anhaltspunkte für die Auslegung der o.g. Problemschwerpunkte der Klauselrichtlinie gewonnen werden²¹. Es wird also in einem ersten Teil nach einer kurzen Einordnung der Klauselrichtlinie in das Gesamtgefüge sekundären Gemeinschaftsrechts (1.Teil B) untersucht, welche Bedeutung die Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Anwendung von EU-Richtlinien, sowie bei der Vorlageverpflichtung iSd Art. 234 EG-V, haben kann (1.Teil C). Da eine Vielzahl von Auslegungsproblemen bei der Klauselrichtlinie daraus resultieren, daß die Richtlinie eine ‘Mischung’ aus den beiden vor Erlaß in Europa bestehenden, in ihrem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich entgegengesetzten Grundprinzipien (Vorbilder Deutschland und Frankreich) darstellt, ist als Basis für die Richtlinienauslegung auch zu erörtern, welche Ratio der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie zugrundeliegt (1.Teil D).

Der zweite Teil der Arbeit wird dann den oben genannten Problemschwerpunkten gewidmet. Im Rahmen der rechtsvergleichenden Darstellung wird besonderer Wert auf das deutsche und das französische nationale Recht gelegt, weil diese Rechtsordnungen die wesentlichen Vorbilder der Klauselrichtlinie waren. Da eine genaue Darstellung der einzelnen nationalen Rechte hinsichtlich der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen den Rahmen der Arbeit sprengen würde, werden bei der rechtsvergleichenden Betrachtungen bezüglich der einzelnen Problemschwerpunkte im wesentlichen nur die für das jeweilige Problem relevanten nationalen Bestimmungen ausführlicher dargestellt. Im übrigen sei auf die zahl-

²⁰ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses ‘Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt’, ABl.1998, Nr.C 95/72,unter 1.1 ff.

²¹ Grundmann, Teil 1, Rz.140, 192: Rechtsvergleichung als ‘zentrales Mittel’ der autonomen Richtlinienauslegung.

reichen Überblicke über die nationalen Kontrollregelungen sowie auf die ausführlichen Länderberichte verwiesen²².

B Klauselrichtlinie als Teil des Verbraucherschutzes in der EU

Schutz der Verbraucherinteressen kann im wesentlichen durch drei Alternativen mit verschiedener Intensität angestrebt werden: durch Marktöffnung als ‘negative’ Integration unter Vermeidung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, durch Wettbewerbsintegration unter Vermeidung von Verstößen gegen EU-Wettbewerbsregelungen, oder durch Schutzregelungen als ‘positive’ Integration²³. Die Klauselrichtlinie ist als verbraucher-schützende Rechtsangleichungsmaßnahme der dritten Alternative zuzuordnen²⁴.

Auf der EU-Ebene wird durch Richtlinien, insbesondere auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, mehr und mehr auch das Privatrecht beeinflusst²⁵. Von den Richtlinien mit schuldvertraglichen Bestimmungen, die zu der Entstehung eines Europäischen Privatrechts beitragen²⁶, wird die Klauselrichtlinie als ehrgeizigstes Projekt bezeichnet, da sie mit dem allgemeinen Vertrags- und AGB-Recht nicht nur bestimmte Vertragstypen oder Absatzpraktiken, sondern als ‘horizontale Regelung’ einen zentralen Bereich des Zivilrechts betrifft²⁷. Grundmann prophezeit gar, daß sich die Klauselrichtlinie zum ‘Grundgesetz des materiellen Europäischen Schuldvertragsrechts’ entwickeln werde²⁸. Die Rechtsangleichungswirkung der Klauselrichtlinie ist aber insoweit begrenzt, als sie nicht das materielle Vertragsrecht harmonisiert (vgl. Art. 1 II), sondern nur die Marge der Abweichung durch Vertragsklauseln regelt und angleicht²⁹.

²² Vgl. z.B. rechtsvergleichende Übersichten: MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.22 ff.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.80 ff.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl.Rz.42 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.47 ff.; Neumayer; ders. FS Kitagawa, S.487 ff.; Zweigert/Kötz, 1996; Kötz, Bd.I, Müller/Otto; Beckmann/Sandrock; v. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff.; Reich/Micklitz; Kendall; Kretschmar, S.69 ff.; Beiträge in ERPL 1993; ausführliche Länderberichte in ERPL 1995, ERPL 1997, sowie den Konferenzunterlagen der Brüsseler Konferenz aus dem Jahr 1999 über die Anwendung der KlauselRL; Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis aus der DACH-Schriftenreihe; in Schulte/Nölke/Schulze; Karlsruher Forum 1997; rechtsvergleichende Dissertationen in dt. Sprache: Kiendl (Österreich); Kapnopoulou (Griechenland); Brock und Sievers (Frankreich); Bosse (Großbritannien); de Buhr (Niederlande); Borges und Kretschmar (Deutschland); Fuchs (Spanien)– Überblicke über die nationalen Rechte auch bei Mitteilung der Kommission v.9.2.1984, KOM (1984) 55 endg., S.3 ff.; technische Beilage zu dem Vorschlag für die KlauselRL v.3.9.1990, KOM (90) 322 endg.-SYN 285, S.6 ff.; Bericht der Kommission über die Anwendung der KlauselRL v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., insb.S.7 ff., 42 ff.- weitere Literaturangaben im folgenden Text.

²³ Vgl. Bueso Guillen, VuR 1994, S.309.

²⁴ Daneben kennt sie aber auch die beiden anderen Ziele, vgl. Erwägungsgründe 1,2,5-7.

²⁵ Ausführlich zu dem *acquis communautaire* bezüglich des Vertragsrechts, vgl. Mitteilung der Kommission, ‘Zum Europäischen Vertragsrecht’, v. 11.7.2001, KOM (2001), 398 endg., insb. auch Anhang I und III; und Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht.

²⁶ Z.B. Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S.79 ff., 82; Hondius, ERPL 1997, S.121; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 224; Hommelhoff, AcP 192 (1992), S.71 ff.; Joerges, ERPL 1995, S.175 ff; ders., ZEuP 1995, S.181 ff.; Micklitz, ZEuP 1998, S.253 ff.

²⁷ Vgl. Damm, JZ 1994, S.161; Alpa, FS Reich, S.555: ‘goes to the heart of contract law’; Pinto Monteiro, Konferenzunterlagen, S.71 ff., 73; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 136; Hondius, ERPL 1997, S.121 (‘catalyst character to develop a truly European private law’); Nasall, WM 1994, S.1645 ff., 1653(beginnende ‘Epoche des einheitlichen europäischen Zivilrechts’).

²⁸ Grundmann, 2.10, Rz.2.

²⁹ Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.34.

Die Klauselrichtlinie stützte sich auf den Art. 100 a a.F. EG-V (jetzt Art. 95). Die Frage der Rechtssetzungskompetenz der EU für Rechtsangleichungsmaßnahmen mit überwiegend privatrechtlicher Ausrichtung bzw. Verbraucherschützender Zielsetzung ist umstritten³⁰. Das "Vorhaben" der Klauselrichtlinie geht zurück auf die beiden Verbraucherschutzprogramme aus den Jahren 1975 und 1981, die die Notwendigkeit des Verbraucherschutzes gegenüber mißbräuchlichen Vertragsklauseln besonders betonten³¹. Als Vorbereitung einer Richtlinie wurden im Vergleich zu anderen europäischen Rechtsangleichungsmaßnahmen in größerem Umfang rechtsvergleichende Studien erstellt³². Nach zwei Entwürfen der Kommission aus den Jahren 1990³³ und 1992³⁴, erließ der Rat 1992 den Gemeinsamen Standpunkt³⁵. Bis auf wenige sprachliche Änderungen³⁶ wurde die Fassung des Gemeinsamen Standpunktes inhaltlich unverändert in den endgültigen Richtlinienentwurf übernommen.

C Bedeutung der rechtsvergleichenden Betrachtung

I Im Rahmen der Auslegung von europäischen Richtlinien

1. Grundsatz: Auslegung nach nationaler Methodik

Grundsätzlich besteht bei der Auslegung von europäischen Richtlinien eine weitgehende Übereinstimmung mit den jedenfalls in kontinentaleuropäischen Rechten bekannten und von nationalen Gerichten bei der Auslegung von Verfassung und nationalen Gesetzen angewandten methodischen Grundsätzen (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck)³⁷. Rein völkerrechtliche Auslegungsmethoden, die sich stark an dem Wortlaut und dem subjektiven Willen der Vertragsschließenden orientieren, sind dagegen grundsätzlich nicht beachtlich³⁸, weil es sich bei sekundärem Gemeinschaftsrecht nicht um völkerrechtliche Verträge im eigentlichen Sinn handelt, sondern um Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, die diese aufgrund eigener Kompetenzen erläßt. Auch aus den Urteilen des

³⁰ Allgemein und zu der Frage, ob der Art. 100 a a.F. nur einen "Inhaltsgestaltungsauftrag" oder einen "zusätzlichen Handlungsauftrag" für ein Verbraucherrecht enthält; vgl. z.B. Müller-Graff, NJW 1993, S.13 ff., 17; Heinemann, ZIP 1991, S.1193 ff., 1201 ff., 1202 ff.; der EuGH hat sich nicht festgelegt, vgl. Nachweise bei Grundmann, 1.Teil, Rz.42, FN 106 – zu Art. 153 EG-V (Art. 129 a a.F.), Micklitz/Reich, EuZW 1992, S.593 ff. – ausführlich zu der Frage der Kompetenzen und Rechtmäßigkeit der KlauselRL, Frie (insb. S.37 ff.); Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem.Rz.9 ff.; Markwardt, S.185 ff., 189; Kretschmar, S.62 ff.

³¹ Erstes Programm für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher v. 14.April 1975, ABl. Nr.C 92/1 v. 25.4.1975- im folgenden Text : erstes Verbraucherschutzprogramm; Zweites Programm v. 10.Mai 1981, ABl. Nr.C 133/1 v. 3.6.1981 – im folgenden Text: zweites Verbraucherschutzprogramm – ausführlich auch zur früheren Geschichte der KlauselRL, vgl. Kapnopoulou, S.52 ff.

³² Vgl. v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff.; ders., RabelsZ 45 (1981), S.353 ff.; w.Nachw.Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., FN 9; technische Beilage zu dem ersten Vorschlag der Kommission, KOM (1990) 322 endg.- SYN 285 S.6 ff. – die meisten Länder hatten bereits im zeitlichen Zusammenhang zu ersterem EU-Verbraucherschutzprogramm und der Empfehlung des Europarates v. 16.11.1976, Entschließung Nr. (76)47, Inhaltskontrollregelungen erlassen, die in ihrer Reichweite und Schutzintensität aber unterschiedlich waren.

³³ Vorschlag v. 3.9.1990, KOM (90) 322 endg.- SYN 285 – im folgenden Text: Vorschlag von 1990.

³⁴ Geänderter Vorschlag v. 5.3.1992, KOM (92) 66 endg.-SYN 285, ABl. Nr.C 73/7 v. 24.3.1992 – im folgenden Text: geänderter Vorschlag von 1992.

³⁵ Gemeinsamer Standpunkt v. 22.9.1992, abgedruckt in ZIP 1992, S.1591 ff. – im folgenden Text: GS von 1992.

³⁶ Vgl. Frey, ZIP 1993, S.572, FN 4.

³⁷ Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 598 ff.; ders. in Schulze, S.83; Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.27; Schmidt RabelsZ 59(1995), S.569 ff., 572 ff.; Oppermann, Rz.682 ff; Schulze in Schulze, S.9 ff., 13; Franzen, S.456 ff.; zu den Unterschieden der kontinentaleuropäischen Auslegungstechniken zu dem Common Law, vgl. Zweigert/Kötz, S.306 ff.

³⁸ Schulze in Schulze, S.9 ff., 12; Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 598; Heß, S.52; Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.27.

EuGH ist diese Auslegungsmethodik erkennbar³⁹, wenn auch die Auswahl der Argumente häufig ergebnisorientiert ist⁴⁰.

2. Anwendung auf europäische Richtlinien als Gemeinschaftsrecht

Bei der Anwendung der mit den innerstaatlichen Auslegungsmethoden deckungsgleichen und parallelen Methoden auf europäischer Ebene müssen aber die gemeinschaftsrechtlichen Besonderheiten berücksichtigt werden⁴¹. Europäische Richtlinien sind einheitlich europäisch-autonom auszulegen⁴², und zwar grundsätzlich auch dann, wenn die Richtlinie keine eigene Definition für Begriffe und Formulierungen vorsieht⁴³. Die Besonderheiten des autonomen Gemeinschaftsrechts führen u.a. auch zu anderen Wertigkeiten der Auslegungsmethoden im Hinblick auf das Auslegungsergebnis als die aus dem nationalen Recht bekannten Auslegungsgrundsätze⁴⁴. Die einzelnen Auslegungsgrundsätze sind im Einzelfall schwer voneinander zu trennen und gehen ineinander über⁴⁵.

a) Wortlaut und Wortsinn

Der Wortlaut einer europäischen Richtlinie hat bei der Auslegung eine geringere Bedeutung als bei nationalen Gesetzen⁴⁶. Dies ergibt sich daraus, daß die zum Teil inhaltlich unterschiedlichen⁴⁷ Sprachfassungen der elf Amtssprachen alle gleich verbindlich sind⁴⁸. Bei abweichenden Wortlautversionen bzw. Auslegungsmöglichkeiten muß der Inhalt der Richtlinienbestimmung daher aufgrund der anderen Auslegungskriterien ermittelt werden. Daneben ist zu berücksichtigen, daß bestimmte Begriffe, die mit Formulierungen nationaler Rechte übereinstimmen, im europäischen Gemeinschaftsrecht eine abweichende, autonome Bedeutung (Wortsinn) haben können.

³⁹ Z.B. EuGH v. 6.10.1982, Rs. 283/81 (Srl C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, S.3415 ff., 3430 (Rz.17-20); Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 930; Schulze in Schulze, S.9 ff., 12 ff.; Zuleeg in Schulze, S.163 ff., 164; Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 146 ff. m. Rspr.nachw.

⁴⁰ So Kritik von Hommelhoff in Schulze, S.29 ff., 39 und 45; Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 154.

⁴¹ Schmidt, RabelsZ 59 (1995), S.569 ff., 574 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20; Grundmann, Teil 1, Rz.139; zu den "EG-spezifische Kriterien" des EuGH, z.B. "effet utile" bei Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 598/599; Schulze in Schulze, S.9 ff., 13; Oppermann, Rz.681 ff., insbesondere Rz.686 und 688; aA Heß, S.93 ff.

⁴² Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602; Franzen, S.475ff.; Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.30.

⁴³ Grundmann, Teil 1, Rz.140; ders. Rz.143 zu den vereinzelt Fällen, bei denen der EuGH für die Ausfüllung eines Begriffes auf das jeweilige nationale Recht verwiesen hat; EuGH-Nachweise zu der einheitlichen Anwendung auch im Bereich des Privatrechts, vgl. Mitteilung der Kommission, "Zum Europäischen Vertragsrecht", KOM (2001), 398 endg., S.12, FN 16; aA Lockett/Egan, Rz.3.16; Abgrenzung bei Franzen, S.475 ff.

⁴⁴ Schulze, S.9 ff., 22 und Schulte-Nölke, S.143 ff., 157 ff., jeweils in Schulze; Oppermann, Rz.681; grundsätzlich gleichberechtigte Auslegungskrit. dagegen für ein dt. nat. Gesetz, Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 596; Heß, S.60.

⁴⁵ Oppermann, Rz.685.

⁴⁶ Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 157; Grundmann, Teil 1, Rz.143; der EuGH hält aus teleologischen Gründen auch eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut für zulässig, vgl. EuGH v. 11.7.1985, Rs.107/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, S.2655 ff., Rz.12 ff.; Heß, S.71 ff. mit weiteren Rspr.nachw.; aA wohl Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602: "Neben Wortlaut und Wortsinn sind...die Zwecke und Ziele einer Richtliniennorm besonders wichtig." ; tendenziell auch Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.28.

⁴⁷ Z.B. unterschiedliche Formulierungen für den deutschen Begriff "Betrieb" in der RL 75/129, vgl. EuGH v. 7.12.1995, Rs.C-449/93 (Rockfon), Slg. 1995 Teil I, S.4291 ff., Rz.26 f.; Unterschiede entstehen neben Redaktions- und Übersetzungsfehlern dadurch, daß sich die Sprachfassungen an national bekannten Begrifflichkeiten orientieren, vgl. Posch in Schulze, S.219 ff., 222 ff. mit Bsp.

⁴⁸ EuGH v. 6.10.1982, Rs.283/81 (Srl C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, S.3415 ff., 3430 (Nr.18); Grundmann, Teil 1, Rz.143 m. w. Nachw.

b) Entstehungsgeschichte

Bei der historischen Auslegung sind vor allem die Materialien⁴⁹ und die Erwägungsgründe zu berücksichtigen. Die historische Auslegung spielt aufgrund der besonderen Rechtssetzungspraxis in der Gemeinschaft, die durch das Zusammenwirken von mehreren Gemeinschaftsorganen und politische Kompromisse gekennzeichnet ist, eine geringere Rolle als bei der Auslegung von nationalen Gesetzen⁵⁰. So finden sich teilweise in den verschiedenen Stadien der Entstehung einer Richtlinie größere inhaltliche Sprünge – wie bei der Klauselrichtlinie z.B. durch Aufnahme des Art. 4 II in den Gemeinsamen Standpunkt 1992 –, die auf den jeweiligen Stand der politischen Diskussion unter den Mitgliedstaaten, insbesondere im Rat, zurückzuführen sind. Dazu kommt, daß die Verhandlungsprotokolle des für die Klauselrichtlinie zentralen Gesetzgebungsorganes, des Ministerrates⁵¹, der Öffentlichkeit nicht zugänglich waren. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die dynamische Entwicklung der Tätigkeitsbereiche der Europäische Gemeinschaft auch eine automatische Anpassung von ursprünglich in einem anderen ‘Rechtssetzungsbereich’ erlassenen Richtlinien erfordern kann⁵².

c) Systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung ist zum einen auf die Stellung einer Vorschrift in dem System der Richtlinie abzustellen, aber auch auf die Stellung der Richtlinie im übrigen primären und sekundären Gemeinschaftsrecht, weil davon auszugehen ist, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber eine einheitliche Rechtsordnung schaffen will⁵³. Dabei ist die Richtlinie als sekundäres Gemeinschaftsrecht so auszulegen, daß es an den Zielen des Primärrechts ausgerichtet ist und mit den Bestimmungen des EG-Vertrags als primäres Gemeinschaftsrecht konform geht⁵⁴. Dieser Vorrang des primären Gemeinschaftsrechts wird bei der Klauselrichtlinie durch Art. 8 ausdrücklich anerkannt.

Da es im Bereich des Privatrechts jedoch an primärrechtlichen Vorgaben fehlt, an denen man sich bei der Auslegung orientieren kann⁵⁵, ist verstärkt auf die Systematik des sekundären Gemeinschaftsrechts einzugehen, und ein Vergleich von Parallelproblemen in anderen Bereichen mit ähnlichem Regelungsanliegen (z.B. für die Klauselrichtlinie in anderen verbraucherschützenden Richtlinien oder im internationalen Verbraucherprivatrecht in Art. 5 EVÜ und Art. 13 ff. EuGVÜ⁵⁶, bzw. seit dem 1.3.2002 in Art. 15 ff. Verordnung

⁴⁹ Im einzelnen, Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 599ff.; Heß, S.88 ff.; Grundmann, Teil 1, Rz.144.

⁵⁰ Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 158; Schulze in Schulze, S.9 ff., 22, Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 599; Grundmann, Teil 1, Rz.144; Oppermann, Rz.687; allerdings wird die Entstehungsgeschichte von dem EuGH bei sekundärem Gemeinschaftsrecht stärker berücksichtigt als beim Primärrecht, vgl. Franzen, S.456.

⁵¹ Die KlauselRL beruhte noch auf der Alleinentscheidungskompetenz des Rates; ein Mitbestimmungsverfahren gab es noch nicht, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.5.

⁵² Vgl. Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 158/159; Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.28.

⁵³ Heß, S.81; zw.Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602 - da das Gemeinschaftsrecht anders als nationales Recht keinen Anspruch auf Vollständigkeit hat, stellt der EuGH für eine Analogie nur auf die vergleichbare Interessenlage ab, ohne wie die deutsche Methodenlehre auch eine planwidrige Regelungslücke zu fordern, Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 151, FN 49.

⁵⁴ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.80; Oppermann, Rz.681 und 688; Grundmann, Teil 1, Rz.141 m.Rspr.nachw.; Heß, S.80 f. m.w.Nachw.

⁵⁵ Micklitz/d'Usseaux, ZEuP 1998, S.104 ff., 116.

⁵⁶ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20 und 82 ff.; Grundmann, Teil 1, Rz.146.

Nr.44/2001⁵⁷) anzustellen. Hier ist auch zu prüfen, ob sich aus den sekundärrechtlichen Bestimmungen allgemeine Prinzipien ableiten lassen, die zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklausel der Klauselrichtlinie herangezogen werden können⁵⁸. Ähnlich wie bei der historischen Auslegung ist aber aufgrund der gemeinschaftsspezifischen Rechtssetzungsprozesse und politischen Kompromisse (vgl. oben unter 2.) im Verlauf der Entstehung einer Richtlinie Vorsicht bei Systemargumenten und dem Argument der Vollständigkeit einer Gemeinschaftsnorm geboten, weil aufgrund der Kompromisse eine höhere Wahrscheinlichkeit von Unstimmigkeiten und Unvollständigkeiten in dem System einer Richtlinie gegeben ist⁵⁹.

d) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung nach dem Sinn und Zweck bzw. Ziel der Richtlinie nimmt im Vergleich zu den anderen Auslegungsregeln eine wichtige Stellung ein⁶⁰. Dies ist auch in der Rechtsprechung des EuGH zu erkennen⁶¹, der im Rahmen der Sinnauslegung auch gemeinschaftsrechtliche Besonderheiten wie z.B. "implied powers"-Lehre oder "effet utile" berücksichtigt⁶².

Bei Richtlinien ergibt sich diese wichtige Stellung schon daraus, daß diese nach Art. 249 III EG-V für die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihres Zieles verbindlich sind⁶³. Bei Mindestschutz-Richtlinien wie der Klauselrichtlinie ist der beschränkte Vereinheitlichungszweck, gestützt auf den gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts (*acquis communautaire*) zu berücksichtigen. Abzustellen ist also nicht auf die Intention zum Zeitpunkt des Richtlinienerlasses, sondern dynamisch auf die Zweckrichtung und Zielsetzung des Gemeinschaftsrechts zum Zeitpunkt der Anwendung der Richtlinie⁶⁴. Auch bei der Ermittlung der Zielsetzung bzw. des Zwecks der jeweiligen Richtlinie sind die Erwägungsgründe heranzuziehen⁶⁵. Bei der Klauselrichtlinie müssen im Rahmen der Auslegung neben dem Schutzzweck Schutz des Verbrauchers⁶⁶ bei der Mißbräuchlichkeitskontrolle auch die Interessen des Anbieters bzw. Gewerbetreibenden berücksichtigt werden⁶⁷.

⁵⁷ V. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl.2001, Nr. L 12/1 (gilt m. Ausn. Dänemarks für alle Mitgliedstaaten).

⁵⁸ Vgl. Nasall, JZ 1995, S.689 ff.; Micklitz, ZEuP 1998, S.253 ff., 267 ff.; van Gerven, ERPL 1995, S.367 ff.,374 f. – dazu unten unter 2. Teil E I 2. b) bb).

⁵⁹ Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 158; bei der "inneren Systematik" der RL ist zu beachten, daß eine RL idR nur "punktuelle Fragen" betrifft, vgl. Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 933/934; besonders Richtlinien, die – wie die KlauselRL - nur einen Mindestschutz vorsehen, erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁶⁰ Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 159: "uneingeschränkte(s) Primat der teleologischen Auslegung"; Grundmann, Teil 1, Rz.145 (räumt auch Systematik starke Stellung ein); aA Heß, S.63,77, nach dem die teleologische Auslegung keine Auslegungsmethode, sondern -ziel sei.

⁶¹ Schulze in Schulze, S.9 ff., 13 und 22; Heß, S.74; Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.27f.; zweifelnd noch Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 930.

⁶² Weitere Besonderheiten bei Oppermann, Rz.686; Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602 f.; zum "effet utile" vgl. Schwarze in Schwarze, Art. 220 EGV, Rz.29 und Franzen, S.458 ff.; Grundmann, Teil 1 Rz.147 m.w.Nachw.

⁶³ Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 930.

⁶⁴ Vgl. EuGH v. 6.10.1982, Rs 283/81 (Srl C.I.L.F.I.T), Slg. 1982, S.3415 ff., 3430, Rz.20.

⁶⁵ Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 931: nur subsidiär ist auf den wegen der konkreten Regelungen wahrscheinlichen oder vernünftigen Zweck abzustellen.

⁶⁶ Erwägungsgründe 2, 5, 6.

⁶⁷ Franzen, S.461ff. zu der Gefahr der "Eindimensionalität" in der EuGH -Rechtsprechung.

e) Bedeutung der Erwägungsgründe

Die Erwägungsgründe haben eine besondere Bedeutung für die Auslegung einer Richtlinie, was insbesondere auch in der Auslegungspraxis der Generalanwälte, des EuGH und der Mitgliedstaaten deutlich wird⁶⁸. Aus den Erwägungsgründen können ähnlich der Präambel eines deutschen Gesetzes Schlüsse auf den Wortsinn, Entstehungsgeschichte, Systematik, insbesondere aber auch auf Sinn und Zweck der Richtlinie gezogen werden (s.o.). Trotz dieser Bedeutung für die Auslegung der Richtlinie haben die Erwägungsgründe aber eine untergeordnete Funktion im Vergleich zum Richtlinienentwurf. Sie sind bei der Auslegung zu berücksichtigen, können aber die Auslegung nicht endgültig und zwingend bestimmen. Insbesondere können sie keine von dem eindeutigen Richtlinienentwurf abweichende Regelung beinhalten⁶⁹, bei Verbraucherschützenden Richtlinien wie der Klauselrichtlinie erst Recht nicht zum Nachteil des Verbrauchers.

3. Berücksichtigung nationaler Grundsätze einzelner Mitgliedstaaten im Wege der Rechtsvergleichung

Fraglich ist, inwieweit nationale Grundsätze, Verständnisse, und Vorbilder für die europäisch-autonome Auslegung von Richtlinien eine Rolle spielen können.

a) Zulässigkeit der Auslegung durch Rechtsvergleichung

Zunächst schließt der Grundsatz der europäisch-autonomen Auslegung nicht aus, daß die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten entwickelten Grundsätze und Lösungen im Wege der Rechtsvergleichung zur Auslegung und Ermittlung der gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung von Richtlinienbestimmungen herangezogen werden⁷⁰. Eine solche harmonisierende Auslegung ist bei der Klauselrichtlinie, die ja auf eine Rechtsangleichung zielt⁷¹, und zentrale Begrifflichkeiten des Zivilrechts europäisiert⁷², unbedingt erforderlich⁷³. Der EuGH zieht in seiner Rechtsprechung diese rechtsvergleichenden Elemente noch viel zu wenig mit ein⁷⁴, obwohl er von seiner sachlichen und personellen Ausstattung dazu in der Lage wäre. Anhaltspunkte für Auslegungsmöglichkeiten bieten beispielsweise der Wortlaut des jeweiligen Umsetzungsgesetzes- soweit sich dieser nicht in der wörtlichen Richtli-

⁶⁸ Heß, S.85; Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 600; Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 931; z.B. EuGH v.13.3.1980, Rs.124/79(van Walsum), Slg. 1980, S.813 ff., insb.Rz.9; EuGH v.6.5.1980, Rs.152/79(Lee), Slg. 1980, S.1495 ff., 1507; EuGH v.17.11.1983, Rs.292/82(Merck), Slg.1983, S.3781 ff., insb.Rz.10,15.

⁶⁹ "Keine unmittelbare Normwirkung", v gl. Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418; "enthalten keine bindende Auslegung", vgl. Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 657; i.E. für EG 10 der KlauselRL wohl auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.19; Problematisierung einer möglicherweise weitergehenden Bedeutung aus völkerrechtlicher Sicht bei Duffy, the Journal of Business Law 1993, S.67ff. 71f., der sich aber eher trotz Offenlassens des Ergebnisses gegen eine gleichberechtigte Berücksichtigung neben dem RL-Text ausspricht; dem ist zuzustimmen, weil Richtlinien gerade nicht wie Völkerrecht, sondern wie nationale Gesetze ausgelegt werden sollen, s.o.; für weiterreichende Bedeutung der Erwägungsgründe dagegen Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 970, nach dem es eine rein "technische Frage" ist, ob eine Regelung in den Erwägungsgründen oder im RL-Text auftaucht.

⁷⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20; Heß, S.98 f.; Franzen, S.465 ff.; Herrmann, ZEuP 1999, S.663 f.; Grundmann, Teil 1, Rz. 140, 143, 192 (bezeichnet die rechtsvergleichende Auslegung sogar als eines der "zentralen Mittel" der autonomen Auslegung); ähnlich Roth in Honsell, Berliner Kommentar zum VVG, Europäisches Versicherungsrecht, Rz.78; Betonung der Rechtsvergleichung auch bei Micklitz, ZEuP 1998, S.253 ff., 267 ff.; van Gerven, ERPL 1997, S.293 ff., 305ff.; Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 645 f.

⁷¹ Art. 1 I, Erwägungsgründe 10,12.

⁷² Micklitz/d'Usseaux, ZEuP 1998, S.104 ff.,116; Nasall, JZ 1995, S.689 ff.; Micklitz, ZEuP 1993, S.522 ff., Damm, JZ 1994, S.161 : "Zentralbereich des Privatrechts" betroffen.

⁷³ MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.43; generell für harmonisierende Auslegung, Odgersky, ZEuP 1994, S.1 ff.

⁷⁴ Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 645 f.; vgl. Beispiele bei Franzen, S.467ff.

nienwiedergabe erschöpft⁷⁵-, dessen Anwendung und Auslegung, sowie das Verständnis von den Richtlinienbestimmungen in den einzelnen Mitgliedstaaten⁷⁶.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung bietet sich besonders dann an, wenn in einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit der Regelungsmaterie der Richtlinie insgesamt oder mit einer bestimmten Regelung bereits Erfahrungen gemacht wurden⁷⁷. Die Klauselrichtlinie leitet sich aus den unterschiedlichen nationalen Ansätzen der Klauselkontrolle ab⁷⁸. Die in den Mitgliedstaaten für – mit den Richtlinienbestimmungen vergleichbare – Anwendungs- und Auslegungsprobleme erarbeiteten Lösungen und Wertungen bieten Anhaltspunkte für eine sachgerechte Lösung des Problems auch auf Gemeinschaftsebene⁷⁹. Die autonome Auslegung bleibt gewahrt, weil die nationalen Grundsätze nicht kraft einer Verweisung auf nationales Recht auf Gemeinschaftsebene übernommen werden, sondern die nach nationalem Recht zutreffenden Lösungen aufgrund der sachlich vergleichbaren Problemstellung auf Richtlinienenebene als Auslegungskriterium zu berücksichtigen sind⁸⁰. Voraussetzung ist allerdings, daß das nationale Recht die gleiche Zielsetzung verfolgt wie die Richtlinie. Es gelten also die Grundsätze der wertenden Rechtsvergleichung⁸¹.

Die Sachgemäßheit der Berücksichtigung nationaler Lösungen von vergleichbaren Auslegungsproblemen wird besonders dann deutlich, wenn sich die Richtlinie an konkreten Rechtsinstituten einzelner oder mehrerer Länder orientiert⁸². Oftmals ist der Richtlinieninhalt ein Kompromiß aus verschiedenen nationalen Rechten, die Vorläufer oder Vorbilder für bestimmte Richtlinienbestimmungen sind⁸³, so auch bei der Klauselrichtlinie⁸⁴. Nicht nur bei konkreten Vorbildern, sondern generell können aber die nationalen Lösungen, Anwendungspraxen, und das Verständnis der Richtlinie in den Mitgliedstaaten nicht losgelöst von der jeweiligen Rechtstradition in den einzelnen Ländern berücksichtigt werden⁸⁵. Denn die bisherigen Rechtstraditionen des allgemeinen Zivilrechts und der Klauselkontrol-

⁷⁵ Wie z.B. in Großbritannien üblich, und im wesentlichen auch bezüglich der KlauselRL praktiziert (UTCC Regulations 1999 idF 2001).

⁷⁶ Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 604.

⁷⁷ Franzen, S.465; Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 646; tendenziell auch Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., der im Hinblick auf Art. 4 I der österreichischen Rechtsprechung zu § 879 III ABGB („unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles...“) eine Hinweiskontrolle für Gerichte anderer Mitgliedstaaten und für eine mögliche Revision zuerkennen will.

⁷⁸ MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.43; ausgehend von einem gewissen Bestand an angleichungsfähigen und -bedürftigen nationalen Normen, vgl. Mitteilung der Kommission v.9.2.1984, KOM (84) 55 endg., S.13, Nr.47.

⁷⁹ Van Gerven, ERPL 1997, S.293 ff., 305ff.; Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 645 f.

⁸⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20 (Berücksichtigung der Argumente ‘kraft sachlicher Angemessenheit’) und für Art. 3 I dort Rz.24.

⁸¹ Meyer, Jura 1994, S.455 ff., 457 f.; Grundmann, Teil 1, Rz.140, Heß, S.98 – *dazu auch unten unter c)bb*).

⁸² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20; Meyer, Jura 1994, S.455 ff., 457 m.Rspr.bsp.; Franzen, S.465 f.: Bsp. der Bedeutung des ‘true and fair view’ aus dem engl. Recht für die Auslegung von Art. 3 der RL 78/660/EWG.

⁸³ Rechtsangleichung durch RL entsteht nicht im ‘luftleeren Raum’, vgl. Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 601.

⁸⁴ Grundmann, 2.10, Rz.6; Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.5: “...das Ergebnis heikler Kompromisse zwischen den juristischen Traditionen der verschiedenen Mitgliedstaaten...”; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.32.

⁸⁵ Vgl. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.44; Franzen, S.465 f.; MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.43; ders. in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 285; dagegen geht Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 604 nur von der Berücksichtigung des nationalen Verständnisses bei und nach Umsetzung der RL aus – indem Lutter aber grundsätzlich die Rechtsvergleichung als Auslegungsmittel anerkennt, ist er inkonsequent, da eines seiner Gegenargumente gegen die Berücksichtigung der Herkunft einer RL-Bestimmung bei der Entstehungsgeschichte, die nationalen Regelungen seien meist umstritten, so daß unklar sei, ob auf die Rechtsprechung, die herrschende Lehre oder auf die vermittelnde Ansicht abzustellen sei, genauso auch auf die jeweilige nationale Rechtslage nach Erlaß der RL passt.

le können zu unterschiedlichen Blickwinkeln und Ergebnissen auf sachlich vergleichbare Probleme führen⁸⁶.

Es bestehen damit Wechselwirkungen von Richtlinien und nationalen Rechtstraditionen und –systemen in beiden Richtungen⁸⁷ – bei Auslegung der Richtlinie müssen nationale Traditionen und Wertungen berücksichtigt werden und umgekehrt ist das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Eng verwoben mit der rechtsvergleichenden Berücksichtigung nationaler Wertungen und Lösungen bei paralleler Problemstellung– aber in der Literatur häufig getrennt dargestellt⁸⁸ –, ist also die Frage, ob und inwieweit nationale Vorbilder im Rahmen der historischen Auslegung von Richtlinienbestimmungen herangezogen werden können.

b) Berücksichtigung nationaler Vorbilder im Rahmen der historischen Auslegung?

Einigkeit besteht dahingehend, daß die ‘Herkunft’ einer Richtlinienbestimmung dann zu berücksichtigen ist, wenn sich ausdrücklich aus der Richtlinie, einer veröffentlichten Erklärung oder einem veröffentlichten Protokoll des Rates ergibt, daß eine nationale Regelung übernommen werden sollte⁸⁹. Eine solche veröffentlichte Erklärung ist allerdings sehr selten und im Fall der Klauselrichtlinie auch nicht vorhanden. Abgesehen von einem ausdrücklichen Bezug auf nationales Recht ist eine Berücksichtigung des nationalen Verständnisses wegen des autonomen Charakters des Gemeinschaftsrechts umstritten⁹⁰.

M.E. bleibt auch bei Berücksichtigung nationaler Vorbilder im Rahmen der historischen Auslegung das autonome Verständnis des Gemeinschaftsrechts gewahrt⁹¹. Denn die historische Auslegung als solche spielt generell aufgrund der dynamischen Entwicklung des Gemeinschaftsrechts eine eher untergeordnete Rolle in dem Kanon der Auslegungskriterien bei Richtlinien (s.o.), und kann durch andere Auslegungsmethoden, insbesondere durch die Auslegung nach Ziel und Zweck der Richtlinie, ‘überlagert’ werden. Die Mit-Berücksichtigung des nationalen Vorbildes als historische Auslegung könnte also von vornherein nur zur Unterstützung des durch andere Methoden gewonnenen Auslegungsergebnisses angeführt werden, z.B. um die ursprüngliche ‘Stoßrichtung’ der Richtlinienbestimmungen zu ermitteln⁹², aber nicht eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung widerlegen⁹³.

⁸⁶ Nach Rodríguez Iglesias, NJW 1999, S.1 ff., 8 ist dies allerdings in Bezug auf materiell-rechtliches Richterrecht selten der Fall.

⁸⁷ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 266.

⁸⁸ Vgl. nur Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20; Franzen S.466, FN 136; Grundmann, Teil 1, Rz.140 im Gegensatz zu Rz.144.

⁸⁹ Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602.

⁹⁰ **Pro Berücksichtigung:** Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.20 allgemein und Rz.32 für die KlauselRL; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 154 (‘nicht nur legitim, sondern sogar geboten’); Kiendl, S.200; v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 189; Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 664; Hartwig in Karlsruher Forum 1997, S.113 u.a.; Hommelhoff in Schulze, S.29 ff., 34 mit Beispielen der EuGH-Rechtsprechung zu gesellschaftsrechtlichen RLen, bei der der Gerichtshof eher auf die nationalen Regelungen als Entstehungshintergrund der RLen abstellt als auf die Materialien; ähnlich bezügl.internat. Einheitsrechts, vgl. Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549; aA: Heß, S.82/83; Grundmann, Teil1, Rz.144; Lutter, JZ 1992, S.593 ff.,602 (‘alle nfalls als Ergänzung und Erläuterung’).

⁹¹ Unzulässig wäre aber eine dynamische Verweisung auf den jeweiligen Stand des nationalen Verständnisses, Grundmann, JuS 2001, S.529 ff., 530.

⁹² So Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 155; zust. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2214.

⁹³ Vgl. für die Auslegung internationalen Einheitsrechts, Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549.

Schon aufgrund dieser generellen Erwägungen wird klar, daß das nationale Vorbild bzw. das nationale Verständnis nicht ‘eins zu eins’ auf die Gemeinschaftsebene übertragen werden darf⁹⁴. Denn selbst bei grundsätzlicher Orientierung an einem nationalen Vorbild, kann ein anderes Verständnis der Richtlinie bezweckt sein⁹⁵, was dann insbesondere durch Auslegung nach Sinn und Zweck zu ermitteln ist. Es muß auch gesehen werden, daß die konkrete nationale Vorschrift immer in ihrem ‘nationalen Umfeld’⁹⁶ eingebettet ist. Bei Einhaltung dieser Zurückhaltung hinsichtlich der historischen Betrachtung eines nationalen Vorbildes, wird auch der Grundsatz, daß mit einer Richtlinie einheitliches autonomes Recht gesetzt wird⁹⁷, nicht verletzt⁹⁸.

Gegen die Berücksichtigung nationaler Vorbilder kann daher m.E. nicht eingewandt werden, daß bei Berücksichtigung des nationalen Verständnisses einer nationalen Norm nur bis zum Zeitpunkt des Richtlinienerlasses ein zu ‘statischer und rückwärtsgerichteter Ansatz’ vorliegt⁹⁹. Denn dieser rückwärtsgerichtete und statische Ansatz ist keine Besonderheit von nationalen Vorbildern bei Richtlinienauslegung, sondern ist allgemein kennzeichnend für eine historische Auslegung, und führt gerade allgemein zu der geringeren Wertigkeit der historischen Auslegungsmethode (s.o.). Ein Gegenargument speziell gegen die Berücksichtigung nationaler Vorbilder kann daraus nicht entnommen werden¹⁰⁰. Ein falsches oder überholtes nationales Verständnis wäre genauso wie etwa ein falsches oder überholtes Verständnis der Kommission in den Materialien aufgrund andere Auslegungskriterien nicht mehr beachtlich¹⁰¹.

Betrachtet man die Materialien der Klauselrichtlinie, so fällt auf, daß sich insbesondere die Kommission bei ihren Erwägungen und Begründungen immer wieder stark an den nationalen Rechten orientiert¹⁰². Würde man die nationalen Rechte dann völlig bei der Auslegung

⁹⁴ So aber Choi, S.268; v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff.,189; wohl auch Kiendl, JBl.1995, S.87 ff.,91 ff., 96 f., 100 (später vorsichtiger in Diss., S.201).

⁹⁵ Z.B. erstes Verbraucherschutzprogramm, Einführung, Nr.2: “Die Vielfalt der Erfahrungen in den Ländern...kann zu neuen Vorstellungen im Bereich des Verbraucherschutzes führen”.

⁹⁶ Dazu Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602.

⁹⁷ Durch eine RL soll gewöhnlich nicht einem nationalen Recht zu internationaler Herrschaft verholten werden, vgl. Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602.

⁹⁸ Selbst Grundmann, Teil 1, Rz.144, der gegen eine Berücksichtigung nationaler Vorbilder ist, sieht den Grundsatz der Einheitlichkeit der Auslegung nicht verletzt; auch der Grundsatz, der vom EuGH v.14.1.1982, Rs.64/81(Cormann), Slg. 1982, S.13 ff., Rz.8 aufgestellt wurde (Sinn und Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung darf nicht unter Rückgriff auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmt werden, es sei denn die RL sieht dies ausdrücklich vor), wird nicht verletzt.

⁹⁹ So aber Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 601; Grundmann, JuS 2001, S.529 ff., 530- weiteres Argument bei Lutter, S.602 ist, daß die Durchsetzung einer der nationalen Regelung entsprechenden Richtliniennorm zu sehr vom Zufall abhängt, weil dies von dem Verhandlungsgeschick und personellen Zusammensetzung der Delegationen, Abteilungen und der zuständigen Generaldirektion der Kommission abhängt – dies ist zwar richtig, allerdings als Gegenargument nicht überzeugend, weil dies ein generelles ‘Symptom’ demokratischer Mehrheitsentscheidungen und Kompromisse ist, denn auch auf nationaler Ebene hängt der Inhalt eines Gesetzes letztlich von Mehrheiten und personeller Zusammensetzung von Parlament und Ausschüssen ab.

¹⁰⁰ Hinzukommt, daß ein rückwärtsgerichteter Ansatz auch dann gegeben wäre, wenn in veröffentlichten Erklärungen oder Protokollen ausdrücklich auf nationale Vorbilder Bezug genommen wird; in diesem Fall ist die Berücksichtigung aber anerkannt, so selbst Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602.

¹⁰¹ Ähnlich Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549 für die Auslegung internationalen Einheitsrechts.

¹⁰² In der Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 55 endg., werden auf S.3 ff. und S.13 ff. verschiedene Regelungsmöglichkeiten immer mit Bezug auf die bestehenden nationalen Regelungen und Erfahrungen erwogen (z.B.S.15/Nr.51: ‘Einführung eines Systems dänischer oder britischer Prägung’; S.16/Nr.53: ‘Dies entspräche auf Gemeinschaftsebene den Verfahren, die ...in Dänemark...und im Vereinigten Königreich ...angewandt werden’); vgl.Bezugnahme auf nationale Kontrollsysteme und Gesetze auch in der Begründung des RL-Vorschlags von 1990, sowie in der technischen Beilage (S.6 ff.).

der Richtlinie beiseite lassen, würde man einen Teil der Entstehungsgeschichte nicht berücksichtigen¹⁰³. In der Praxis wird jedoch häufig bei Fehlen einer ausdrücklichen Bezugnahme ein (stillschweigend übernommenes) konkretes nationales Vorbild schwer zu bestimmen sein. Anhaltspunkte können etwa die Erwägungsgründe, gleiche Formulierungen oder gleicher Regelungsinhalt mit einer nationalen Regelung vor Erlass der Richtlinie bieten. Die historische Auslegung führt nicht weiter, wenn mehrere nationale Vorbilder einer Richtlinienbestimmung zugrundeliegen, die unterschiedlich ausgelegt und verstanden werden.

c) Allgemeine Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten

aa) Allgemeine Rechtsgrundsätze als Auslegungshilfe

Da es wenig dispositive Harmonisierungsmaßnahmen¹⁰⁴ oder primärrechtliche Vorgaben im Bereich des privaten Vertragsrechts gibt, an denen man sich orientieren könnte, sind gemeinsame Rechtsgrundsätze und Wertungsprinzipien der Mitgliedstaaten als Auslegungsmethode insbesondere für die Konkretisierung der Generalklausel und unbestimmten Rechtsbegriffe der Klauselrichtlinie von großer Bedeutung¹⁰⁵. Wenn sich in den Mitgliedstaaten Übereinstimmungen finden lassen, kann trotz grundsätzlich autonomer Auslegung des Gemeinschaftsrechts von der Geltung dieser Grundsätze auch auf Gemeinschaftsebene ausgegangen werden, ausgehend von dem Gedanken, daß das geltende nationale Recht der in dem jeweiligen Mitgliedstaat herrschende Rechtsüberzeugung entspricht¹⁰⁶. Beispiel aus der EuGH-Rechtsprechung für die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Wege des Rechtsvergleichs sind die EG-Grundrechte¹⁰⁷, und die Zulässigkeit der Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes¹⁰⁸. Auch die von dem EuGH bei sekundärem Gemeinschaftsrecht angewandte Auslegungsmethodik beruht letztlich auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen¹⁰⁹.

bb) Prinzip der wertenden Rechtsvergleichung

Die Herausbildung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen erfolgt nach dem sog. wertenden Rechtsvergleich¹¹⁰, den der EuGH in ständiger Rechtsprechung auch über den ausdrücklich vorgeschriebenen Bereich (Staatshaftung nach Art. 288 II EG-V¹¹¹) hinaus auch bei der Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts (auch im privatrechtlichen und schuldvertrag-

¹⁰³ Allgemein zu nationalen Vorbildern der RL, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.32; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 142; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff.,232 und insb. S.226, vgl. auch Grundmann, 2.10, Rz.6: "Grundprinzipien anderer Rechtsordnungen...miteingeflossen".

¹⁰⁴ Grundmann, 2.10, Rz.7, 13; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690.

¹⁰⁵ Micklitz/d'Usseaux, ZEuP 1008, S.104 ff., 117; van Gerven, ERPL 1995, S.367 ff., 375 ff.; Tenreiro, ERPL 1995, S.273 ff.,280; Grundmann, Teil 1, Rz.182 ff., 192.

¹⁰⁶ Hommelhoff, AcP 192 (1992), S.71 ff., 98f.m.w.Nachw.(gemeinsame Zivilrechtsprinzipien); generell für allgemeine Rechtsgrundsätze aus den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten, Rodríguez Iglesias, NJW 1999, S.1 ff.,4 ff.; Klauer, Europäisierung des Privatrechts, S.130 f.

¹⁰⁷ Krück in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164, Rz.27 ff. m.w.Nachw.; Grundmann, Teil 1, Rz.183 ff.

¹⁰⁸ EuGH v. 12.7.1957, Rs 7/56 und 3/57 bis 7/57 (Algera u.a.), Slg. 1957, S.83ff., 118 f.

¹⁰⁹ Vgl. Grundmann, Teil 1, Rz.196.

¹¹⁰ Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 599; Gilsdorf/Oliver in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 215, Rz.12; Heß, S.98f. (wertender Rechtsvergleich als "besondere Form der systematischen Auslegung"); genauso Oppermann, Rz.684; Grundmann, 1.Teil, Rz.184; kritisch Pernice in Grabitz/Hilf, Art. 164, Rz.58.

¹¹¹ Nach Art. 288 II EG-V wird die außervertragliche Haftung der Unionsorgane oder von deren Bediensteten im Anwendungsbereich des EGV nach "den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind" begründet.

lichen Bereich¹¹²) und bei Auslegung von Gemeinschaftsrecht anwendet¹¹³. Um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz anzunehmen, müssen danach nicht ausnahmslos in allen Mitgliedstaaten dieselben Regelungen und Überzeugungen vorhanden sein¹¹⁴. Entscheidend ist allein, ob in den Mitgliedstaaten eine gleiche oder vergleichbare Problematik bzw. Tradition wie auch auf Gemeinschaftsebene gegeben ist. Einzelne nationale Rechte können daher z.B. dann unbeachtlich bleiben, wenn in diesen Ländern eine entsprechende Regelung nicht existiert, oder wenn die auszulegende Richtlinie erkennbar einem anderen System folgt¹¹⁵. Es können sich auch nur eine oder wenige Rechtsordnung(en) als die „überlegenste(n)“¹¹⁶ darstellen, wenn sie sich am besten in das Gemeinschaftsrecht einfügen. Welches die „beste“ Lösung ist, wird anhand gemeinschaftsrechtlicher Kriterien bestimmt, d.h. es geht die nationale Rechtsordnung vor, die mit dem System, den Strukturen, und den Vertragszielen am besten in Einklang zu bringen ist. Ziel des wertenden Rechtsvergleichs ist es, moderne und dynamische Lösungen zu finden¹¹⁷. Nur wenn keine überlegene Rechtsordnung festzustellen ist, und in mehreren Mitgliedstaaten unterschiedliche Verständnisse von vergleichbaren Regelungen bestehen, dann führt die rechtsvergleichende Betrachtung zu keinem auf eine bestimmte Lösung hindeutenden Ergebnis¹¹⁸. Liegen umgekehrt größere Übereinstimmungen nationaler Grundsätze und Lösungen vor, muß eine davon abweichende Auslegung des Gemeinschaftsrechts besonders gerechtfertigt werden, da Gemeinsamkeiten nationaler Rechtsordnungen einen besonderen Legitimitätswert in sich tragen¹¹⁹.

Der EuGH bejahte im Wege wertenden Rechtsvergleiches unter Berufung auf überlegene Rechtsordnungen eine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für legislatives Unrecht nach Art. 288 II EG-V, obwohl nicht in allen Mitgliedstaaten eine Amtshaftung für normatives Verhalten bekannt war¹²⁰. Auch der Beitritt von Dänemark, Großbritannien und Irland, von denen insbesondere die beiden letzteren eine abweichende Rechtspraxis kannten, führte unter Berufung auf das Prinzip des wertenden Rechtsvergleichs nicht zu einer Änderung dieses allgemeinen Grundsatzes der Staatshaftung¹²¹. Der EuGH beruft sich im Rahmen rechtsvergleichender Untersuchungen auch auf völkerrechtliche Menschenrechts-

¹¹² So hat der EuGH z.B. das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, das Verbot des Rechtsmißbrauchs (*venire contra factum proprium*), oder die Verwirkung entwickelt, Nachweise bei Grundmann, Teil I, Rz.194 ausführlich zu Rechtsprechung des EuGH zu allgemeinen privatrechtl.Prinzipien. Usher, ERPL 1993, S.109 ff.

¹¹³ Markwardt, S.139 ff.; als Geltungsgrund der allg.Rechtsgrundsätze scheint sich der EuGH – jedenfalls hinsichtlich der Entwicklung der EG-Grundrechte – an den Art. 220 EG-V anzulehnen, vgl. die ähnliche Formulierung „die Beachtung der Grundrechte gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“ z.B. in EuGH v. 11.12.1970, Rs 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, S.1125, Rz.4.

¹¹⁴ Krück in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164, Rz.24 f.; Gilsdorf/Oliver, ebenda, Art. 215, Rz.12; dies ist der Unterschied zum Völkerrecht, vgl. Heß, S.98 – auch die Formulierung „den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam“ des Art. 288 II EG-V läßt sich weit verstehen, weil nicht auf das Recht, sondern nur auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ abgestellt wird, und der Art. 220 EG-V („Wahrung des Rechts“) dem EuGH einen Spielraum läßt, Krück, ebenda, Art. 164, Rz.25.

¹¹⁵ So auch Kapnopoulou, S.17.

¹¹⁶ So Generalanwalt Roemer in Schlußanträgen der verbundenen Rs 63-69/72, Slg. 1973, S.1258; zw. aber nach welchen Maßstäben und Kriterien die „Überlegenheit“ bzw. „Fortschrittlichkeit“ ermittelt wird, Gilsdorf/Oliver in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 215, Rz.12, FN 22; krit. auch Pernice in Grabitz/Hilf, Art. 164, Rz.58.

¹¹⁷ Grundmann, Teil I, Rz.140; Meyer, Jura 1994, S.455 ff., 458 („modernste Lösung“).

¹¹⁸ Offenbleibend bei Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 602; der EuGH scheint sich z.T. für eine Lösung zu entscheiden, vgl. Rodríguez Iglesias, NJW 1999, S.1 ff., 8 m.Bsp. EuGH-Rspr.

¹¹⁹ Gilsdorf/Oliver in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 215, Rz.12; Generalanwalt Roemer in seinen Schlußanträgen der Rs 25/62 (Plaumann/Kommission), Slg. 1963, S.258/259; Markwardt, S.212 mit EuGH-Rsprnachw.

¹²⁰ EuGH v. 2.12.1971, Rs. 5/71 (Schöppenstedt), Slg. 1971, S.975, Rz.11; und Generalanwalt Roemer in seinen Schlußanträgen, S.990 (nicht „das niedrigste gemeinsame Niveau ausschlaggebend“).

¹²¹ Generalanwalt Roemer in seinen Schlußanträgen in den verbundenen Rechtssachen 63-69/72, Slg.1973, S.1258.

kataloge, insb. die Europäische Menschenrechtskonvention, und internationale Abkommen bzw. Empfehlungen¹²².

cc) Übertragbarkeit auf die Generalklausel des Art. 3 I der Klauselrichtlinie

Allgemeine Rechtsgrundsätze der nationalen Vertragsrechte können als Maßstab der Mißbräuchlichkeitskontrolle für die Konkretisierung der Generalklausel der Klauselrichtlinie (Art. 3 I) herangezogen werden. Auch hier gilt in Übereinstimmung mit der Linie des EuGH¹²³ das Prinzip des wertenden Rechtsvergleichs¹²⁴; so daß nicht eine Beschänkung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner vorgegeben ist, bzw. nicht nach Grundsätzen des Privatrechts gesucht werden muß, die allen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein sind¹²⁵. Zwar ist die Klauselrichtlinie auf eine Rechtsangleichung bzw. Mindestharmonisierung beschränkt¹²⁶; den Verbrauchern würde aber bei Abstellen auf lediglich ein gemeinsames niedrigstes Schutzniveau entgegen den Zielen der Richtlinie¹²⁷ ein höherer Schutzstandard entgehen und die allgemeine Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und des Binnenmarktes würde gebremst werden. Zudem wäre eine Normierung lediglich des in den Ländern gemeinsamen Minimalschutzes durch Erlass der Klauselrichtlinie überflüssig gewesen, die Richtlinie stellt vielmehr eine eigene Regelung dar¹²⁸. Orientierungshilfe bieten anerkannte rechtsvergleichende Arbeiten¹²⁹ sowie Klauselkataloge in nationalen Gesetzen, die nicht allein eine wörtliche Übernahme des Anhangs der Klauselrichtlinie sind¹³⁰, und eine auf die Richtlinie und ihre Umsetzungsmaßnahmen gestützte Rechtsprechung in den einzelnen Mitgliedstaaten¹³¹. Das Verbot einer Klausel in mehreren Mitgliedstaaten durch Gesetz oder Rechtsprechung spricht als Indiz für Mißbräuchlichkeit

¹²² Markwardt, S.144 f.m.Rsprnachw.

¹²³ Bereits bei einer vergleichbaren Problematik im Rahmen des EuGVÜ sprach der Gerichtshof von der 'ordnenden Zusammenfassung von in den meisten Mitgliedstaaten bereits anerkannten Lösungen', EuGH v. 30.11.1976, Rs. 21/76 (Bier./Mines de Potasse d'Alsace), Slg. 1979, S.1735 ff., Rz.20/23.

¹²⁴ So auch Markwardt, S.139 ff., 148 ff.; so auch Ansicht einiger Teilnehmer des Workshops 6 anlässlich der Konferenz v. 1.-3.7.1999 in Brüssel über die Anwendung der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.200; tendenziell auch Tenreiro, ERPL 1995, S.273 ff., 280 und van Gerven, ERPL 1997, S.293 ff., 305 ff. – wertender Rechtsvergleich z.B. dann, wenn es eine spezielle vertragsrechtliche Regelung in einem nationalen Recht gar nicht gibt; außerdem "starkes Indiz für Mißbräuchlichkeit", wenn eine Klausel in "verschiedenen europ.Rechtsordnungen" ausdrücklich verboten ist, vgl. Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 61f.

¹²⁵ So aber Franzen, S.556f., 571 ff.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.2; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691, bezieht sich als Begründung fälschlicherweise sowohl auf die Rspr. des EuGH zu den EG-Grundrechten als auch auf den Art. 288 II n.F. EG-V, wo EuGH aber den wertenden Rechtsvergleich anwendet; gleiches gilt für Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.41, 44; Grundmann, 2.10 Rz. 26 (trotzdem er generell die Grundsätze eines wertenden Rechtsvergleichs im Bereich des harmonisierten Schuldvertragsrechts für zulässig hält, Teil 1 Rz.187 ff., 192).

¹²⁶ Vgl. EG 12, Art. 1 I, 8 der KlauselRL.

¹²⁷ Verbraucherschutz, Stärkung des Verbrauchervertrauens in ausländische Waren und Dienstleistungen, und dadurch bezweckte Förderung des Binnenmarktes, EG 5,6.

¹²⁸ "Ein neuer Konsens", vgl. Markwardt, S.148.

¹²⁹ Insbesondere das UN-Kaufrecht, das ein Übereinkommen iSd Art. 1 II ist, aber auch die UNIDROIT-Regeln, oder die Principles of European Contract Law Parts I and II der sog. Lando-Kommission, vgl. Markwardt, S.151 ff., MüKo-Basedow, § 9 AGBG, Rz.6; w.Nachw.bei Kieninger/Leible, EuZW 1999, S.37 ff., 40; 2001 veröffentlicht wurde zudem ein erster Entwurf eines European Contract Code der sog. "Pavia-Gruppe", der ebenfalls auf rechtsvergleichenden Erkenntnissen beruht, vgl. Mitteilung der Kommission, "Zum Europäischen Vertragsrecht", KO M (2001), 398 endg., S.5, FN 1, S.6, FN7; außerdem S.6 FN 9 zu der "Study Group on a European Civil Code", die sich mit bestimmten privatrechtlichen Bereichen beschäftigt (z.B.Kauf, Dienstleistungen, langfristige Verträge), und rechtsvergleichende Untersuchungen durchführt – die Kommission erwägt eine Förderung von Rechtsvergleichung im Bereich des Vertragsrechts, vgl.ebengenannte Mitteilung, S.17.

¹³⁰ Markwardt, S.155.

¹³¹ Vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.41; van Gerven, ERPL 1995, S.367 ff., 376.

auch auf europäischer Ebene¹³². Allerdings bleibt immer zu beachten, daß die Klauselrichtlinie auf deklaratorische Klauseln nach Art. 1 II nicht anwendbar ist.

II Richtlinienkonforme Auslegung

Spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist¹³³ ist bei der inhaltlichen Kontrolle von Verträgen, die nach dem 31.12.1994 abgeschlossen worden sind (Art. 10 I Satz 3) das jeweilige nationale Recht an Wortlaut und Zweck der Klauselrichtlinie auszurichten, also richtlinienkonform auszulegen¹³⁴. Da in einem ersten Schritt - als Grundlage der richtlinienkonformen Auslegung einer nationalen Norm - die Klauselrichtlinie selbst möglichst harmonisierend ausgelegt werden muß, müssen auch die nationalen Gerichte eine rechtsvergleichende Auslegung unter Berücksichtigung der praktischen Anwendung in anderen Mitgliedstaaten durchführen, d.h. es müssen Urteile anderer EU-Staaten und die Lehre, soweit sie Grundlage für künftige Gerichtsentscheidungen bilden kann, berücksichtigt werden¹³⁵. Die nationalen Gerichte sind allerdings nicht an die Wertungen ausländischer Urteile gebunden, weil das Streben nach Rechtsvereinheitlichung nicht dazu führen darf, daß eine Norm nicht mehr in das nationale Gefüge paßt¹³⁶.

III Vorabentscheidungsverfahren

Der einheitlichen Auslegung der Richtlinie und der Einheit der Rechtsordnung¹³⁷ dienen auch Vorabentscheidungsverfahren bei Zweifeln über die Auslegung nach Art. 234 I b EG-V. Die letztinstanzlichen Gerichte sind bei einer entscheidungserheblichen Auslegungsfrage, die noch nicht vom EuGH entschieden wurde¹³⁸, nur dann nicht zur Vorlage verpflichtet, wenn auch ohne Vorabentscheidung eine einheitliche Auslegung gewährleistet ist. Dies ist nach der *acte-clair*-Doktrin nur dann der Fall, wenn die richtige Anwendung des Ge-

¹³² So auch Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 62 ('starkes Indiz für die Mißbräuchlichkeit', aber kein Automatismus);vgl. auch Tenreiro, ERPL 1995, S.273 ff., 280 (nach dem im Rahmen der Inhaltskontrolle immer dann, wenn eine Klausel weder nach nationalen Klauselverboten, noch nach der Generalklausel mißbräuchlich ist, die Rechtsprechung, Klauselverbote und dispositive Rechte anderer Staaten berücksichtigt werden sollten).

¹³³ Absolut hM, vgl. nur Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 10, Rz.2; aA di Fabio, NJW 1990, S.947 ff., 952; dagegen ist str., ob die Pflicht auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist ab Erlass der RL besteht, pro: Kiendl, S.62 ff.; Markwardt, S.35 m.w.Nachw.; contra: Zuleeg in Schulze, S.163 ff., 170; Brandner in Schulze, S.131 ff., 133; nach BGH ist eine richtlinienkonforme Auslegung jedenfalls vor Ablauf der Umsetzungsfrist zulässig, z.B. BGH, NJW 1998, S.2208 ff., 2211; so auch Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 605.

¹³⁴ Zu dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, Schmidt, RabelsZ 59 (1995), S.569 ff., 582 ff. m.Nachw. der EuGH-Rspr.; Lutter, JZ 1992, S.593 ff., 604 ff.; Grundmann, JZ 1996, S.274 ff., 281 ff.; ders.S.63 ff., 72 ff.; Brandner, S.131 ff., 132ff; Hofmann, S.195 ff., 199 ff.; Zuleeg, S.163 ff., alle in Schulze; zu Gerichtspraxisproblemen, Kochs in Schulze, S.211 ff.; Franzen, S.291 ff.

¹³⁵ Schulze in Schulze, S.9 ff., 16 (vergleichende Auslegung); Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549 f.m.w.Nachw. bezüglich allgemeinem internationalen Einheitsrechts; Engel, Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 322; Howells in Schulze, S.115 und S.128 – dies erfordert insbesondere der Charakter als Rechtsangleichungsmaßnahme, vgl.auch MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.43; generell für harmonisierende Auslegungsmethode Odersky, ZEuP 1994, S.1 ff.; van Gerven, ERPL 1997, S.293 ff.,305 f.

¹³⁶ Auch eine Mehrheit von ausländischen Gerichten ist nicht per se ausreichend, vgl. ausführlich zu den Grundsätzen Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549 ff.

¹³⁷ Es soll verhindert werden, "daß sich in einem Mitgliedstaat eine nationale Rspr. herau sbildet, die mit den Normen des Gemeinschaftsrechts nicht im Einklang steht", vgl. EuGH v. 24.5.1977, Rs 107/76 (Hoffmann La Roche./Centrafram), Slg.1977, S.957, Rz.5.

¹³⁸ Der EuGH läß ein Absehen von der Vorlageverpflichtung zu, wenn er bereits in einem gleichgelagerten Fall entschieden hat, oder bei Vorliegen einer gesicherten Rspr., vgl. EuGH v. 6.10.1982, Rs.283/81 (Srl C.I.L.F.I.T.), Slg.1982, S.3415 ff., 3429 (Nr.13 und 14).

meinschaftsrechts so offenkundig ist, daß vernünftigerweise kein Zweifel besteht¹³⁹. Die Zweifelsfreiheit ist u.a. nur dann gegeben, wenn die Gerichte aller Mitgliedstaaten von der gleichen Auslegung ausgehen¹⁴⁰. Auch für diese Frage muß der nationale Richter also die Urteile anderer Mitgliedstaaten berücksichtigen¹⁴¹. Dabei ist nicht auf die theoretische Möglichkeit einer Divergenz, sondern auf tatsächlich vorhandene abweichende Entscheidungen abzustellen¹⁴².

IV Berücksichtigungsfähige Grundsätze und Vorgaben

Soweit das nationale Verständnis Anhaltspunkte für die Auslegung der Richtlinie liefern kann, spricht einiges dafür, weniger auf herrschende Lehre oder vermittelnde Ansichten abzustellen, sondern hauptsächlich die Rechtsanwendung durch Rechtsprechung¹⁴³ (insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen) und durch zuständige Verwaltungsbehörden¹⁴⁴ heranzuziehen, da diese die Rechtspraxis bzw. die Rechtswirklichkeit am meisten beeinflussen¹⁴⁵. Nicht nur die Kommission stellt in ihren rechtsvergleichenden Erwägungen auf diese Anwendungspraxis ab¹⁴⁶, auch der EuGH betont die insbesondere aufgrund von Gerichtsurteilen bestehende Rechtspraxis¹⁴⁷. Hinsichtlich der Klauselrichtlinie wird ein Rechtsvergleich durch die Datenbank der Kommission (im folgenden CLAB-Kartei genannt), an die die Mitgliedstaaten die jeweilige nationale Rechtsanwendung durch gerichtliche oder behördliche Entscheidungen, aber auch Vergleiche, Schiedssprüche, u.a., zu der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln übermitteln, erleichtert¹⁴⁸. Die CLAB-Kartei enthält zwar nicht immer abschließend sämtliche Entscheidungen der einzelnen Mitgliedstaaten¹⁴⁹, sie ist aber jedenfalls geeignet, um zumindest Tendenzen – wenn nicht sogar mehr - der

¹³⁹ Ausf. zur acte-clair-Doktrin, vgl. Markwardt, S.41 ff., 217 ff.; Kretschmar, S.296 ff.

¹⁴⁰ EuGH v. 6.10.1982, Rs. 283/81 (Srl C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, S.3415 ff., 3430 Rz. 16: ‘Das innerstaatliche Gericht darf jedoch nur dann davon ausgehen, daß ein solcher Fall vorliegt, wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde.’; vgl. auch Rz.21.

¹⁴¹ Damit sieht der EuGH auch das von Heß, S.83 gegen die Berücksichtigung nationaler Vorbilder vorgebrachte Argument, daß die Rechtsanwender eines Landes Schwierigkeiten haben, Literatur zu der Regelung und Rspr. des anderen Mitgliedstaates zu bekommen, nicht als Hindernis an – die Befolgung der acte-clair-Doktrin läßt den mitgliedstaatlichen Gerichten nur noch geringen Raum für eigene Auslegung und des droht dadurch eine Überlastung des EuGH, vgl. Kritik von Grundmann in Schulze, S.63 ff., 64f. an der (auch praktisch sanktionslosen) EuGH-Rspr.; Markwardt, S.218 ff., 228 ff.

¹⁴² Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 104.

¹⁴³ So auch Hartwig in Karlsruher Forum 1997, S.113; ähnlich Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.41 (‘Kasuistik’) Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 266; vgl. auch van Gerven, ERPL 1995, S.367 ff., 375 ff.; Tenreiro, ERPL 1995, S.273 ff., 280 (‘case-law’).

¹⁴⁴ In einigen Ländern ist neben der richterlichen Kontrolle auch eine Verwaltungskontrolle von Vertragsklauseln vorgesehen, z.B. Skandinavien, Großbritannien, Irland.

¹⁴⁵ Bei Literaturansichten ist ja noch völlig unklar, ob diese übernommen werden, vgl. Canaris, JZ 1987, S.543 ff., 549; Abstellen auf die ‘praktische Anwendung’ auch MüKo -Basedow, Einl. AGBG, R.43; Markwardt, S.155; zw., was für nationales Verständnis maßgeblich ist, Lutter, JZ 1992, S.593 ff. 602.

¹⁴⁶ So berücksichtigt die Kommission in ihrem Bericht zu der Anwendung der KlauselRL v. 27.4.2000, KOM(2000), 248 endgültig, S.12, für die Datenbank der Generaldirektion 24 (CLAB -Kartei) nur Entscheidungen, die die Rechtsanwendung kennzeichnen: hauptsächlich Gerichtsurteile und Entscheidungen der Verwaltung; auch bei der rechtsvergleichenden Analyse der Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten, stützt sich die Kommission vorwiegend auf Rspr. und Verwaltungsentscheidungen, vgl. S.36 ff.

¹⁴⁷ Z.B. bei der Frage, ob eine Vorlagepflicht nach Art. 234 EG-V wegen Offenkundigkeit entfallen kann, ist entscheidend, ob von den Gerichten der übrigen Mitgliedstaaten abweichende Entscheidungen zu erwarten sind, EuGH v. 6.10.1982, Rs.283/81 (Srl C.I.L.F.T.), Slg.1982, S.3415 ff., 3430/31 (Rz.16 und 21).

¹⁴⁸ Z.Zt. im Internet unter <http://www.europa.eu.int/clab> (Stand 18.6.2001); dazu Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.12 f., 32f., 49 ff.; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 265 f.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses v.20.4.2001, ABl.1001 Nr.C/0117, unter 9.

¹⁴⁹ Der deutsche Teil ist aber z.B. nahezu vollständig, vgl. Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 225.

Rechtsanwendung in den einzelnen EU-Staaten zu erkennen¹⁵⁰. Auch hinsichtlich der unterschiedlichen Rechtstraditionen stellt die Datenbank eine wichtige Hilfe dar, denn sie enthält bereits sehr viele Entscheidungen der einzelnen Mitgliedstaaten aus der Zeit vor dem Erlaß der Klauselrichtlinie.

D Schutzzweck der Klauselrichtlinie

Bevor die Klauselrichtlinie im Hinblick auf Finanzprodukte untersucht werden kann, muß als Grundlage der Schutzzweck der Klauselkontrolle festgestellt werden, welcher insbesondere für die Abgrenzung des kontrollfreien Raumes nach Art. 4 II bedeutsam ist. Der Schutzzweck der Klauselkontrolle ist schwer zu bestimmen, weil die Richtlinie ein Kompromiß zwischen den beiden unterschiedlichen Grundkonzepten der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen darstellt, die vor Erlaß der Richtlinie in Europa bekannt waren¹⁵¹.

Der europäische Gesetzgeber orientierte sich hauptsächlich an den deutschen und französischen Inhaltskontrollregelungen¹⁵². Deutschland und Frankreich waren aber jeweils Vertreter der beiden unterschiedlichen Traditionen. Viele europäische Mitgliedstaaten orientierten sich wiederum mit ihren Kontrollregelungen an diesen beiden Ländern, wobei im Einzelfall auch Abweichungen und Kombinationen zu beobachten sind. Österreich¹⁵³, Niederlande¹⁵⁴, Portugal¹⁵⁵ und zum Teil auch Griechenland¹⁵⁶ folgten dem Vorbild des deutschen Kontrollsystems¹⁵⁷; die Rechtslage in Belgien¹⁵⁸ und Luxemburg¹⁵⁹ entsprach weitestgehend der französischen Rechtslage.

¹⁵⁰ So auch die Kommission in ihrem Bericht v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.13; auf die Bedeutung der CLAB-Kartei für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit weist auch die Arbeitsgruppe anläßlich der Brüsseler Konferenz 1999 über die Anwendung der KlauselRL hin, Konferenzunterlagen, S.200, unter 4.3; so auch Heinrichs, NJW 1999, S.1596 ff., 1604.

¹⁵¹ Zumindest in Zentraleuropa, Tenreiro/Karsten in Schulte/Nölke/Schulze, S.223 ff., 225 ff.: "transaction cost theory" und "abuse theory"; Deflorian, ebenda, S.119 ff., 138 ff., 141/42; Hondius, ERPL 1997, S.121 ff., 132.

¹⁵² Vgl. zu der Zuordnung einzelner RL-Bestimmungen, z.B. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem, Rz.32; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 225 ff.; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 141/42; Zweigert/Kötz, 1996, S.337; Sievers, S.15 m.w.Nachw.; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 14; Reynolds, The Law Quarterly Review 110 (1994), S.1; Beatson, ZEuP 1998, S.257, Brock, S.215 – zu einseitig dagegen Grundmann, 2.10, Rz.5, der das dt. AGBG a.F. als das "wichtigste Modell" bezeichnet.

¹⁵³ Reindl in Karlsruher Forum 1997, S.105 ("abgeschaut und abgeschrieen").

¹⁵⁴ Hondius, VuR 1996, S.295 ff., 298; de Buhr, S.13: "Leitbildfunktion des AGBG".

¹⁵⁵ Pinto Monteiro, Konferenzunterlagen, S.71; Jayme, IPrax 1984, S.44 ff., 45; Schwarz, S.137.

¹⁵⁶ Dt.Vorbild für die ältere, an Treu und Glauben gemessene Kontrolle von AGB nach dem griechischen Zivilgesetzbuch, das sich an dem deutschen BGB orientierte, vgl. Karakostas, S.112 ff., Kapnopolou, S.166 und 177 ff. – auch der Begriff der AGB entstammt dem deutschen Recht, Kanponopolou, S.180.

¹⁵⁷ So auch die spanische RL-Umsetzung, vgl. Cabanas Trejo/Vestweber, ZvglRWiss 97(1998), S.454 ff., 459.

¹⁵⁸ Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.87; v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 260; Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S.79 ff., 83.

¹⁵⁹ v. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 262, obwohl sich Luxemburg auch an dem deutschen AGBG orientierte, vgl. Schockweiler, IPrax 1984, S.337.

I. Darstellung der zwei unterschiedlichen Grundsysteme der Kontrolle von Vertragsklauseln in Europa

1. Deutschland und Frankreich als Beispiele

Beide Länder kannten schon vor Erlass der Klauselrichtlinie gesetzliche Regelungen, die den Kunden vor unbilligen Vertragsklauseln schützen sollten. Die beiden Schutzsysteme verfolgen aber zwei unterschiedliche Ansatzpunkte, die auch in den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der Gesetze deutlich werden. Nach dem einen Modell ist die Inhaltskontrolle – wie in Frankreich in Art. L 132-1 ff. Code de la Consommation- in persönlicher Hinsicht auf Verbraucherverträge beschränkt, umfaßt aber sachlich grundsätzlich alle Klauseln, auch die im einzelnen ausgehandelte Klausel¹⁶⁰.

Geradezu entgegengesetzt ist das andere Modell: wie in Deutschland nach dem AGBG a.F. gilt es, in persönlicher Hinsicht grundsätzlich auch für Unternehmer (so auch die §§ 305 ff. BGB n.F.¹⁶¹, lediglich Einschränkungen durch § 310 I BGB bzw. §24 AGBG a.F.), sachlich war dagegen die Inhaltskontrolle auf Allgemeine Geschäftsbedingungen begrenzt.

Bei der ratio, die nach den jeweils herrschenden Ansichten¹⁶² in beiden Ländern den unterschiedlichen Kontrollkonzepten zugrundeliegt, gibt es zunächst eine Übereinstimmung. In beiden Ländern wird grundsätzlich davon ausgegangen, daß der Vertragsinhalt von den Vertragsparteien in rechtsgeschäftlicher Privatautonomie bestimmt wird, und gesetzliche Regelungen nur ergänzend herangezogen werden¹⁶³. Als Anlaß für ein Eingreifen durch gesetzliche Inhaltskontrollregelungen gilt in beiden Ländern die Überlegung, daß die Vertragsautonomie als grundsätzlicher Garant für ‘gerechte Verträge’ (‘Richtigkeitsgewähr’) gestört ist¹⁶⁴. Diese Störung soll durch gesetzliche Regelungen der Inhaltskontrolle ausgeglichen werden. Die beiden Systeme gehen aber schwerpunktmäßig von anderen Ursachen für die fehlende Richtigkeitsgewähr des Vertrages aus: In Deutschland wird bei der typischerweise von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehenden Gefahr angesetzt¹⁶⁵. Der Verwender von AGB verfolgt im Wesentlichen zwei Interessen: ein Rationalisierungsinteresse durch Verwendung gleichlautender Geschäftsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen unter Vermeidung höherer Transaktionskosten durch Aushandlung jedes einzelnen Vertrages¹⁶⁶, und zum zweiten das Interesse, die rechtlichen Risiken auf den Kunden abzuwälzen¹⁶⁷. Die Gefahr der unbilligen Risikoverlagerung wird bei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten AGB als besonders groß angesehen¹⁶⁸ und besteht unabhängig

¹⁶⁰ Das Aushandeln im einzelnen wurde nur als Umstand im Rahmen der Inhaltskontrolle mitberücksichtigt.

¹⁶¹ Die Vorschriften des AGBG a.F. wurden im wesentlichen unverändert im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, die zum 1.1.2002 in Kraft trat, in §§ 305 ff. BGB und das UKlaG übernommen.

¹⁶² Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 573, FN 10 zählt in Deutschland allein 15 verschiedene Erklärungsansätze hinsichtlich des Schutzzwecks des AGBG; *die m.E. vorzugsw. ökonom. Betrachtung unter 1. Teil D II 3.c*.

¹⁶³ ‘Ordnungsfunktion’ des privatrechtlichen Vertrages in einer marktwirtschaftlich strukturierten Wirtschaft, vgl. Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 704.

¹⁶⁴ Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 ff., 14 ff.; ausführlich Fastrich, S.51 ff.

¹⁶⁵ Locher, JuS 1997, S.389 ff., 390 ff.; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 225 nennen dieses Modell die ‘transaction cost theory’.

¹⁶⁶ Im Ergebnis spart der Kunde Kosten ein, weil der Verwender die sonst entstehenden Mehrkosten über den Preis auf den Kunden abwälzen würde, vgl. Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 225

¹⁶⁷ Zweigert/Kötz, 1996, S.325 z.B. durch Haftungsbeschränkungen, Änderungsklauseln, Vertragsstrafen

¹⁶⁸ Palandt-Heinrichs, Vorbem. zu § 8 AGBG, Rz.1; Canaris in Karlsruher Forum 1997, S.77; die Gefährlichkeit des Überindividuellen der AGB war sowohl dem früher vertretenen Ansatz der Normenähnlichkeit als auch dem von Raiser geprägten Ansatz des Massenvertrages gemein.

davon, ob es sich bei dem Kunden um einen Verbraucher oder Vollkaufmann handelt¹⁶⁹. Nach herrschender Meinung setzt das deutsche AGBG also - grundsätzlich unabhängig von der Stärke der Marktpartner¹⁷⁰ - bei den typischerweise mit der Verwendung von vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundenen Gefahren des Mißbrauchs der einseitigen Vertragsgestaltungsfreiheit ohne Einflußmöglichkeit des Kunden an¹⁷¹. Dabei enthält das AGBG als "Teilmenge" auch Elemente des Verbraucherschutzes¹⁷².

In Frankreich sah der Gesetzgeber dagegen als Hauptgrund für die fehlende bzw. geringere Richtigkeitsgewähr des Vertrages die ungleiche Verhandlungsmacht der Vertragspartner im Moment des Vertragsabschlusses – konsequenterweise auch bei im einzelnen ausgehandelten Klauseln¹⁷³ - an, die eine Gefahr des Machtmißbrauchs durch den Unternehmer beinhaltet¹⁷⁴ (Fremdbestimmung statt Selbstbestimmung). Hauptansatz der kompensierenden Inhaltskontrolle ist nicht die Gefährlichkeit von AGB, sondern der Schutz einer bestimmten Personengruppe. Die Unerfahrenheit und Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer wird aufgrund der typischerweise sozial, wirtschaftlich und technisch schwächeren Stellung des Verbrauchers, der auch weniger Informationen hat, vermutet¹⁷⁵. Bei einem Unternehmer geht das französische Recht dagegen bis auf wenige Ausnahmen¹⁷⁶ davon aus, daß dieser selbst Maßnahmen ergreifen muß und kann, um sich vor Mißbräuchen in der Vertragsgestaltung zu schützen¹⁷⁷. So war der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht ("par un abus de la puissance économique") nach der französischen Generalklausel in Art. L 132-1 C.consom. neben dem "avantage excessif" eine weitere Voraussetzung für die Mißbräuchlichkeit einer Klausel. Da auch das deutsche AGBG den Verbraucherschutzaspekt beinhaltet, ist der persönliche Schutzbereich enger als der des deutschen Modells¹⁷⁸.

Beide Länder gehen letztlich von einer Überlegenheit eines Vertragsteils (mit Mißbrauchsgefahr) aus, wodurch die Willenseinigung ihre Rolle als ausschließlicher Maßstab der Vertragsgerechtigkeit verliert: in Deutschland äußert sich diese Überlegenheit in einseitiger

¹⁶⁹ Bereits vor Erlaß des AGBG war nicht die wirtschaftliche oder intellektuelle Übermacht des Verwenders, sondern die "einseitige Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt der Verträge zu gestalten" entscheidend, BGH, BB 1976, S.1100, den persönlichen Eigenschaften wurde inzident im Rahmen der Inhaltskontrolle Rechnung getragen – die Rspr. war vor Erlaß des AGBG sogar überwiegend mit der Inhaltskontrolle von Verträgen zwischen Kaufleuten befaßt, vgl. Zweigert/Kötz, 1996, S.329.

¹⁷⁰ Ausnahme ist § 310 I BGB (§ 24 AGBGa.F.).

¹⁷¹ Fastrich, S.88; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 573; Ulmer, Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.29, jeweils m.Nachw.

¹⁷² Kretschmar, S.52/52; Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1673; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 341 (Verbraucherschutz kein "aliud", sondern ein "minus"); ders. in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.34 a; Horn, BJIBFL 1995, S.116 ff., 118; a.A. Damm, JZ 1994, S.161 ff., 176 (nur faktischer Regelungsschwerpunkt) – zu der erneuten Diskussion des Verbraucherschutzaspekts bei der Frage, ob das AGBG als Umsetzungsregelung genügt, oder ob ein Sondergesetz erforderlich ist, Micklitz, VuR 1996, S.75; Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, S.562 ff., 571f.; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1071 f.; Heinrichs, NJW 1993, S.1817 ff., 1818; Damm, JZ 1994, S.161 fff., 175 ff.

¹⁷³ Verbraucherschutzes ging also der Vertragsfreiheit vor, obwohl diese in Frankreich einen besonders hohen Stellenwert hatte.

¹⁷⁴ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 226 nennen dieses Modell daher auch "abuse theory"; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 297; Nguyen Thanh Bourgeois, D.1984 chr., S.91 und 96; sog. marktkompensatorisches Verbrauchermodell, vgl. Sievers S.95, 32.

¹⁷⁵ Nguyen Than-Bourgeois, D.chr. 1984, S.96: "faiblesse, inexpérience, irréflexion"; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 297; Starck/Roland/Boyer, Rz.735 und 742 f.

¹⁷⁶ Zwar kann auch der Unternehmer als "non-professionnel" neben "consommateurs" (Art. L 132-1 C.c.) geschützt werden – dies ist in der Praxis aber nur selten möglich, dazu 2.Teil A I 2.a).

¹⁷⁷ "Alles-oder-Nichts-Prinzip"; Brock, S.215 - dagegen abgestufter Schutz in Deutschland.

¹⁷⁸ Brock, S.6.

Gestaltungsmacht, in Frankreich wird die Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher vermutet.

Interessanterweise wurde auch in Deutschland –beeinflusst durch die Thesen von Raiser¹⁷⁹– lange diskutiert, ob nicht die wirtschaftliche und intellektuelle Unterlegenheit des Verbrauchers der ausschlaggebende Zweck der Inhaltskontrolle sei¹⁸⁰. Nach den ersten Gesetzesentwürfen war der persönliche Anwendungsbereich auf Verbraucher beschränkt¹⁸¹ und der Verbraucherschutzgedanke findet sich in den Gesetzesmaterialien des AGBG a.F. in seiner endgültigen Version¹⁸². Umgekehrt sollte in Frankreich nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der sachliche Anwendungsbereich der Kontrollregelungen auf den *contrat d'adhésion*, ein Begriff, der alle vorformulierten Verträge (AGB und Einzelverträge) umfaßt¹⁸³, begrenzt werden¹⁸⁴. Der "*contrat d'adhésion*" wird auch nach geltendem Recht als Hauptanwendungsfall der Inhaltskontrolle gesehen¹⁸⁵. Auch die Rechtsprechung betonte die Gefahr der Vorformulierung, indem sie bei Vorliegen eines "*contrat d'adhésion*" eine Unmöglichkeit zu verhandeln und damit einen Machtmißbrauch ("*abus de la puissance économique*") iSd Generalklausel vermutete¹⁸⁶.

2. Zuordnung anderer Länder

Bei den anderen Ländern läßt sich zum Teil eine Zuordnung oder Nähe zu einem der beiden Grundkonzepte erkennen, zum Teil wird von Schutzkonzepten ausgegangen, die eine Kombination darstellen, oder aber nur einen Teilbereich erfassen. Es gab sachlich auf AGB begrenzte Klauselregelungen, z.T. mit – wie in Deutschland – gestaffeltem Schutz für Unternehmer und Verbraucher¹⁸⁷. Die Mehrzahl der europäischen Länder betonte dagegen bereits vor Erlass der Klauselrichtlinie den Schutz der Personengruppe der Verbraucher: sachlich unbegrenzt¹⁸⁸, und idR auf Verbraucherverträge beschränkte¹⁸⁹ Klauselkontrollen. Ein "Mischfall" ist Belgien mit sachlich unbegrenztem Anwendungsbereich wie bei dem

¹⁷⁹ Nach Raiser sind AGB ein Zeichen der Ausübung einseitiger, wirtschaftlicher Macht, S.17ff., insb.22/23

¹⁸⁰ zusammenfassend: Kilian, S.112 f.; Fastrich, S.90; Kretschmar, S.49f.; ursprünglich wurde die Gefahr eines Machtmißbrauchs u.a. von der älteren Rspr. nur bei Monopolstellungen gesehen, wobei teilweise "Kunstgriffe" erforderlich waren, um eine Monopolstellung zu begründen, vgl. Kretschmar, S.41/42 – zu wirtschaftlicher Überlegenheit auch Zweigert/Kötz, 1996, S.326 und 328; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 138 f.

¹⁸¹ Zweigert/Kötz, 1996, S.329

¹⁸² Vgl. BT-Drucks.: 7/3919 v. 6.8.1975, S.43 zu § 12, - es wird aber hauptsächlich auf die einseitige Gestaltungsmacht abgestellt.

¹⁸³ Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 236

¹⁸⁴ Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1ff., 14/15; ursprünglicher Wortlaut bei Ferid/Sonnenberger, S.583, FN 87

¹⁸⁵ Dies ergibt sich schon aus der Gestaltung des Kontrollgesetzes, vgl. Brock, S.43 f.; Starck/Roland/Boyer, Rz.768; Niggemann, S.20 ff., 26; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 294; Benabent, ERPL 1995, S.211 ff., 214; Ferid/Sonnenberger, S.575, 1 F 801 und S.583, 1 F 822; Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 102.

¹⁸⁶ So die st.Rspr., vgl. Terré/Simler/Lequette, Rz. 307; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1, Nr.3, S.203; die Voraussetzung des Machtmißbrauchs wurde dadurch praktisch überflüssig.– allerdings ist der Gegenbeweis durch den Unternehmer möglich, allein das Vorliegen eines *contrats d'adhésion* genügt aber nicht für die inhaltlich Mißbilligung der Klausel, Cass. Civ.I, v.16.1.2001, RGDA 2001, S.293 f.m.Anm.Kullmann.

¹⁸⁷ So in Portugal (zusätzliche Klauselverbote für Verbraucher) und den Niederlanden (Generalklausel gilt nur für Unternehmer, die keinen Jahresabschluß veröffentlichen oder unter 50 Arbeitnehmer beschäftigen; die Klauselverbote gelten nur für Verbraucher); die Einbeziehungskontrollregelungen in Italien, wo keine allgemeine, offene Inhaltskontrolle bekannt war, galten persönlich unbegrenzt, sachlich nur für AGB, Formular-, und Musterverträge.

¹⁸⁸ Auch in diesen Ländern wird der Standardvertrag aber als Hauptanwendungsfall gesehen, z.B.Schweden, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.384.

¹⁸⁹ Schweden, Finnland, Ausnahmen: die nahezu gleichlautende Generalklauseln jeweils in Art. 36 der Vertragsgesetze in Schweden (Gesetz v.1915/Generalklausel seit 1976), Finnland (1929/1982) und Dänemark (1917/1975) sind persönlich und sachlich unbegrenzt; Luxemburg, mit Ausnahme der persönlich unbeschränkten Einbeziehungsregelungen im Zivilgesetzbuch.

französischen Vorbild, in persönlicher Hinsicht enthalten die Inhaltskontrollregelungen aber ähnlich wie Deutschland, Portugal, und die Niederlande eine abgestufte Kontrolle¹⁹⁰. Außerdem gibt es Kombinationen der beiden ‘Grundmodelle’: der Unfair Contract Terms Act (UCTA) 1977 in Großbritannien¹⁹¹ knüpft zwar hauptsächlich bei dem Schutz des wirtschaftlich unterlegenen Vertragspartners (wegen ‘unequal bargaining power’) an¹⁹², sieht aber z.B. in Sec.3 dann eine strengere Kontrolle vor, wenn die betreffende Klausel entweder in ‘standard terms of business’, oder in einem Verbrauchervertrag vorhanden ist. In Österreich war und ist das ABGB mit der Generalklausel in § 879 III ABGB nur auf AGB und Formularverträge anwendbar¹⁹³, daneben enthält das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) Klauselverbote nur für Verbraucherverträge, aber im wesentlichen sachlich unbegrenzt. Während § 6 I KSchG allgemein absolute Klauselverbote enthält, sind die in § 6 II genannten Klauseln nur dann unwirksam, wenn sie nicht im einzelnen ausgehandelt wurden (Beweilast für das Aushandeln trägt der Unternehmer). Schließlich gab es Länder mit einem besonders engen Anwendungsbereich, sowohl sachlich (AGB), als auch persönlich (Verbraucher) begrenzt¹⁹⁴. Bei allen Ländern mit begrenztem sachlichen Anwendungsbereich, war eine Anpassung im Rahmen der Richtlinienumsetzung erforderlich¹⁹⁵.

II Schutzzweck der Klauselkontrolle nach der Richtlinie

1. ‘Mischung’ der beiden Grundsysteme

Der Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie stellt eine ‘mittlere Linie’ zwischen der vollständigen Kontrolle von Verbraucherverträgen und der Beschränkung auf AGB bzw. Standardverträge dar¹⁹⁶. Entgegen früheren Mitteilungen der Kommission, die hauptsächlich auf die Gefahr von Standardverträgen abstellten¹⁹⁷, folgten die ersten Richtlinienentwürfe dem französischen System¹⁹⁸, indem die Regelungen persönlich auf Verbraucherverträge beschränkt waren und in sachlicher Hinsicht ohne Einschränkungen auch im einzelnen ausgehandelte Klauseln der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfielen¹⁹⁹. Blieb der persönliche Schutzbereich auch in der endgültigen Version auf Verbraucherverträge begrenzt, so scheint der aktuelle sachliche Schutzbereich, der seit dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates von 1992 in den Richtlinien text aufgenommen wurde, ein ‘Kompromiß’ aus dem deutschen und dem französischen Modell zu sein: nach Art. 3 I und II der Richtlinie fallen

¹⁹⁰ Ein Unternehmer kann sich nur auf die Generalklausel, nicht aber auf die besonderen Klauselverbote berufen.

¹⁹¹ Irland entsprach und entspricht hinsichtlich seiner Kontrollregelungen weitestgehend der Situation in Großbritannien, vgl. v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 276 f.; Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 289.

¹⁹² Kilian, S.171; Weick, ZHR 145 (1981), S.68 ff., 78/79.

¹⁹³ ‘Verdünnten Entscheidungsfreiheit’ des Kunden, vgl. statt vieler Bydlinski, FS Meier -Hayoz, S.65 ff., 66.

¹⁹⁴ Spanien, Griechenland

¹⁹⁵ Überblick über verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten (wörtliche Übernahme, Zivilgesetz, Sondergesetz, etc.) bei Hondius, ERPL 1997, S.129 ff., Christianos, FS Reich, S.357 ff., 361.

¹⁹⁶ Damm, JZ 1994, S.161 ff., 162

¹⁹⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.1 ff., Nr.3 ff., die hauptsächlich auf einseitige Gestaltungsmacht abstellt.

¹⁹⁸ Ulmer in Karlsruher Form 1997, S.9 ff., 14; Klima, RIW 1992, S.98 ff., 99.

¹⁹⁹ Auch der RL-Vorschlag von 1992 erfaßte noch alle Klauseln, wobei sich Art. 3 auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln bezog, die u.a. wegen eines erheblichen Mißverhältnisses mißbräuchlich sein können, und Art. 4, der später gestrichen wurde, auf alle Klauseln, die u.a. dann mißbräuchlich sein können, wenn sie dem Verbraucher aufgrund der wirtschaftlichen Macht des Gewerbetreibenden oder wirtschaftlichen oder intellektuellen Schwäche des Verbrauchers auferlegt wurden.

zwar – anders als in Frankreich - im einzelnen ausgehandelte Klauseln aus dem Anwendungsbereich heraus²⁰⁰, es ist aber – anders als in Deutschland - nicht erforderlich, daß die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, so daß neben AGB bzw. Standardverträgen auch für den einmaligen Gebrauch vorformulierte Einzelverträge und nicht im einzelnen ausgehandelte Individualklauseln der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Richtlinie unterfallen²⁰¹. Die ‘Mischung’ der beiden Systeme wird besonders deutlich in der Formulierung des 9.Erwägungsgrundes. Nach dessen Wortlaut wird zwar – wie in Frankreich – auf den Schutz vor einem Machtmißbrauch abgestellt; eine besonders große Gefahr einer mißbräuchlichen Verteilung der Rechte und Pflichten wird aber – als Hinweis auf das ‘deutsche Modell’ - besonders bei einseitig festgelegten Standardverträgen gesehen²⁰².

In Art. 3 II kann dagegen keine Tendenz zu dem ‘französischen Modell’, und damit ein weiteres Beispiel für die ‘Mischung’, gesehen werden. Denn Art. 3 II ist trotz des nicht eindeutigen Wortlautes (‘immer dann’ statt ‘hur dann’) als abschließende Definition der Fälle des fehlenden Aushandelns zu verstehen²⁰³, so daß die Richtlinie nur auf vorformulierte Klauseln, und nicht auch bei sonst fehlender Einflußmöglichkeit²⁰⁴ (z.B. bei überlegener Marktmacht des Gewerbetreibenden, wirtschaftlicher Unterlegenheit des Verbrauchers, etc.) anwendbar sein kann. Nach Art. 4 I iVm Erwägungsgrund 16 (inb.”Kräfteverhältnis in den Verhandlungspositionen der Parteien”) sind solche Einzelfallumstände nicht bei der Prüfungsstufe der Anwendbarkeit, die aus Rechtssicherheitsgründen vorhersehbar und einzelfallunabhängig sein muß²⁰⁵, sondern erst im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle zu berücksichtigen²⁰⁶.

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie entspricht bei dieser Auslegung dem u.a. auch im französischen Recht bekannten Begriff des ‘contrat d’ adhésion’, der alle vorfor-

²⁰⁰ Kompromißsituation, Wilhelmsson, ERPL 1997, S.151 ff., 155; ders., Konferenzunterlagen, S.25 ff., 30- diese wird auch in EG 12 deutlich.

²⁰¹ Entscheidendes Kriterium ist also die Gegenüberstellung von vorformulierten und im einzelnen ausgehandelte Klauseln - damit erledigt sich jedenfalls für Verbraucherverträge die in Deutschland diskutierte und von der Literatur überwiegend positiv beantwortete Frage, ob auch vorformulierte Einzelverträge inhaltlich kontrolliert werden sollen, dazu Fastrich, S.94 ff.; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 162 m.w.Nachw.; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 16 ff. – praktische Relevanz hatte diese Frage vor allem bei durch einen Notar vorformulierten Klauseln.

²⁰² Auch nach Art. 3 II werden ‘insbesondere’ vorformulierte Standardverträge überprüft, aber eben nicht ausschließlich, vgl. statt vieler Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 575; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1 Rz.30, Art. 3, Rz.18 m.w.Nachw.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.4; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 163; aA gegen Geltung für Einzelverträge dagegen wohl noch Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1072 (später anders ZIP 1996, S.1238 ff., 1240).

²⁰³ So auch z.B. Kiendl, S.45; Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1671; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.2 und 39; Ulmer, EuZW 1993, S.337ff., 342; Klaas, FS Brandner, S.247 ff., 253; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.733; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 163; wohl auch Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1306; Grundmann, 2.10, Rz.10, 19; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 235 f. – in diesem Sinne auch der deutsche Gesetzgeber mit § 24 a Nr.2 AGBG a.F. (§ 310 III Nr.2 BGB n.F.).

²⁰⁴ Für Art. 3 II nur als Regelfall aber: Kapnopoulou, S.86; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.22 ff., 26 f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.24,25 ff., jeweils m.w.Bsp.

²⁰⁵ Sonst bestünde ein unnötig kompliziertes System: vorform. und Standardverträge/ ausgehandelten Kl./ nicht ausgehandelten, aber auch nicht vorformulierten Kl., Klaas, FS Brandner, S.247 ff., 253 - dafür sprechen auch die RL-Vorarbeiten, im Rahmen derer nur auf vorformulierte Klauseln (insb.Standardverträge) in Abgrenzung zu im einzelnen ausgehandelten Klauseln abgestellt wurde, sowie die Aufnahme des Art. 3 II auf deutsche Intervention, Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 236/37; dies spricht für eine Orientierung an deutschem Recht, Zweigert/Kötz, 1996, S.338.

²⁰⁶ Allein bei Pfeiffer in Grabitz/Hilf finden sich gleiche und ähnliche Umstände sowohl bei Art. 3, Rz.26 f. als auch bezüglich Art. 4 I iVm EG 19 in Art. 4, Rz.12 ff., z.B. überlegene Marktmacht/Monopol des Gewerbetreibenden oder Unerfahrenheit des Verbrauchers.

mulierten Verträge (Standard- und Einzelverträge) umfaßt²⁰⁷. Das einzige Land, das schon vor Erlaß der Richtlinie Regelungen kannte, deren Anwendungsbereich ähnlich dem der Klauselrichtlinie gestaltet war, ist Österreich mit den Klauselverboten des § 6 II KSchG. Auch diese Klauselverbote gelten für Verbraucherverträge bei vorformulierten Klauseln unabhängig, ob für eine Vielzahl von Verträgen oder für einen Einzelfall vorformuliert²⁰⁸. Mit Umsetzung der Klauselrichtlinie wurde der Verbraucherschutz auch im deutschen AGBG durch Einfügung des § 24 a a.F. (§ 310 III BGB n.F.) zu einem zweiten tragenden Schutzprinzip²⁰⁹, und der sachliche Anwendungsbereich wurde für Verbraucherverträge angeglichen. Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der französischen Kontrollregelungen blieb dagegen unverändert²¹⁰; die Anwendung der Klauselkontrolle auch auf im einzelnen ausgehandelte Klauseln ist jedoch außerhalb des Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie zulässig.

Der Kompromiß der Klauselrichtlinie zwischen den beiden in Europa vorherrschenden Grundsystemen, der ein "Spagat" zwischen den beiden "konträren" Anwendungsbereichen ist, führt zwangsläufig zu "Systemfremdheiten", und damit zu Auslegungsschwierigkeiten²¹¹. Der Klauselrichtlinie wird zu Recht Inkonsequenz vorgeworfen²¹²: wenn schon auf die Unterlegenheit des Verbrauchers abgestellt wird, dann liegt diese auch bei im einzelnen ausgehandelten Klauseln vor, da bei ungleicher Verhandlungsmacht auch das Aushandeln keine Garantie für Vertragsgerechtigkeit sein kann²¹³. Stellt man auf die Mißbrauchsgefahr der einseitigen Gestaltung ab, so sind davon nicht nur Verbraucher, sondern auch Unternehmer betroffen.

2. Beispiel des Art. 4 I : Berücksichtigung "aller den Vertragsschluß begleitenden Umstände"

Ein Beispiel für die Probleme der "Mischung" der beiden Schutzsysteme ist die konkret-individuelle Prüfung nach Art. 4 I im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle bei Individualverfahren²¹⁴. Diese Regelung paßte besser mit den ursprünglichen Vorschlägen zusammen, nach denen auch im einzelnen ausgehandelte Klauseln der Kontrolle unterfallen sollten, und stellte eine bewußte Abgrenzung zu der deutschen abstrakt-generellen Prü-

²⁰⁷ Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 236, Schmidt-Salzer, BB 1995, S.733 f.

²⁰⁸ Für Vorformulierung als Ansatz der Klauselkontrolle Kramer, ÖJZ 190, S.233 ff., 238 - der Versuch der RL, die beiden unterschiedlichen Modelle unter einen Hut zu bringen, ist also nicht unbedingt ein "unique concept", wie Te-neiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 228 meinen.

²⁰⁹ Palandt, Einf.v.AGBG, Rz.6; Kilian, S.112 ;Damm, JZ 1994, S.161 ff., 176; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.6 - auch die Diskussion um die Unterlegenheit der Verbraucher als Grund für die fehlende Richtigkeitsgewähr lebte wieder auf, vgl. Damm, JZ 1994, S.161 ff., 167 ff.

²¹⁰ Trotz Diskussionen, vgl. Witz/Wolter, ZEuP 1995, S.885 ff., 888- in Art. L 132-1 IV C.consom. wird sogar ausdrücklich geregelt, daß alle Klauseln erfaßt werden ("stipulation librement négociées ou non").

²¹¹ Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 143: "the two positions ...are logically irreconcilable", Bericht der Kommission v. 27.4.200, KOM (2000), 248 endg., S.5 : "heikle Kompromisse".

²¹² Vgl. Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 235; ders., Konferenzunterlagen, S.71 ff., 73 f.; Arbeitsgruppe anlässlich der Brüsseler Konferenz 1999 über die Anwendung der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.98.

²¹³ Vgl. v.Hippel, Verbraucherschutz, S.138/139; Zweigert/Kötz, 1996, S.338; Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff.,78/79 für das Parallelproblem in Österreich.

²¹⁴ Vgl. Art. 4 I "unbeschadet des Artikels 7" - im abstrakten Prüfungsverfahren nach Art. 7 II,III gilt ein abstrakt-genereller Prüfungsmaßstab, zumal das Verfahren nach Art. 7 II nur für solche Vertragsklauseln gilt, "die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt wurden..."; vgl. auch Damm, JZ 1994, S.161 ff., 174, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.3.

fung²¹⁵ dar²¹⁶. Denn die nach dem 16. EG nicht abschließend aufgezählten Beispiele für berücksichtigungsfähige Umstände iSd Art. 4 I, wie z.B. das Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien oder besonderes Einwirken auf den Verbraucher, nehmen Bezug auf das Machtgefälle der Parteien bei Vertragsverhandlungen und den Erfahrungsvorsprung des Unternehmers²¹⁷ ("französisches Modell"). Die Nähe zu diesem Grundkonzept zeigt sich auch darin, daß die in EG 16 aufgezählten Umstände fast alle nahezu wörtlich den Kriterien für die "reasonableness"-Prüfung von Freizeichnungsklauseln nach dem englischen UCTA 1977 (Schedule 2 iVm Sec. 11II²¹⁸) entsprechen²¹⁹, der hauptsächlich bei dem Verbraucherschutz bzw. Schutz der unterlegenen Partei ansetzte (s.o.). Der Art. 4 I wurde aber auch dann noch beibehalten, als der sachliche Anwendungsbereich - insbesondere auf deutsches Bestreben - auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln beschränkt wurde.

Die konkret-individuelle Prüfung und insbesondere auch das zweite Kriterium des Art. 4 I ("aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände") gilt nicht nur für vorformulierte Einzelverträge²²⁰, sondern auch bei der inhaltlichen Kontrolle von Standardverträgen bzw. AGB²²¹. Für eine Beschränkung auf Einzelverträge finden sich keine Anhaltspunkte im Richtlinienentwurf. Außerdem zeigt das Beispiel anderer EU-Staaten, daß die Berücksichtigung konkreter Einzelfallumstände auch mit der Inhaltskontrolle von AGB vereinbar ist²²²: neben dem englischen Beispiel²²³, das aufgrund der Vorbildfunktion für den EG 16 bei der Richtlinienauslegung besonders zu beachten ist, werden auch in anderen Ländern bei AGB alle Umstände berücksichtigt (z.B. Österreich, Niederlande²²⁴, Skandinavien, Frankreich²²⁵),

²¹⁵ Vgl. BGHZ 77, S.116 ff., 118 – individuelle Gesichtspunkte wurden nur bei § 4 ABGB relevant, vgl. Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1263.

²¹⁶ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1262; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 143

²¹⁷ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.34 a

²¹⁸ Bezieht sich nach dem Wortlaut nur auf bestimmte Verträge, wird in der Praxis aber generell angewandt, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.365 ff.; Atiyah, S.308 ff. jeweils m.Rspr.nachw.; Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.135 – gleiche Regelung auch in Irland, vgl.Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 292.

²¹⁹ Schedule 2 enthält darüber hinaus noch den Umstand der Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des Vertragspartners von der Existenz und dem Ausmaß der Klausel – umgekehrt enthält EG 16 den Grundsatz des "fair and equitable dealing", der wiederum nicht in der Schedule 2 der UCTA enthalten war; letztlich lassen aber beide nicht abschließenden Listen die gleiche Prüfung zu, vgl. Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 254; Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff.,42f.

²²⁰ So aber Grundmann, 2.10, Rz.23; Michalski, DB. 1999, S.677 ff., 678; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 346.

²²¹ Damm, JZ 1994, S.161 ff., 173; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.4; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 57; Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1673 f.; Markwardt, S.81; schon nach dem RL-Entwurf von 1992 galt die dem Art. 4 I entsprechende Regelung in Art. 4 II a.F. nach Art. 4 I a.F. für alle Vertragsklauseln, "unabhängig davon, ob sie im einzelnen ausgehandelt wurde, oder nicht." - Heinrichs, NJW 1993, S.1817 ff., 1821(schlägt eingeschränkte Umsetzung vor – bei abstrakter Unangemessenheit keine Einzelfallber.).

²²² So auch Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 324 f.

²²³ Nach Sect.3 des UCTA 1977 sind auch bestimmte "standard terms" dem "reasonableness" -Test unterworfen, für den die Schedule 2 iVm Sect. 11 II des UCTA 1977 die Berücksichtigung der Einzelfallumstände vorsieht.

²²⁴ Deren Kontrollregelungen auf AGB beschränkt sind: nach dem österreichischen § 879 III ABGB sind bei der Inhaltskontrolle von AGB "sämtliche Umstände des Falles" zu berücksichtigen, dazu Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 328 ff. – S.329 f.; der § 879 III basiert auf dem von Bydlinski entwickelten Konzept der "Verdünnung der Willensfreiheit" und dem von Wilburg entwickelten "beweglichen System", nach dem ähnlich wie nach dem "französischen" System auf die konkret durch die Unterlegenheit verursachte Willensbeeinträchtigung abgestellt werden sollte, dies wird von der Rspr. jedoch nicht verfolgt, vgl. S.337 f. – in den Niederlanden st.Rspr., vgl.v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 269; de Buhr, S.7, 9.

²²⁵ Hier gelten die Inhaltskontrollregelungen sachl. unbegrenzt - Skandinavien:ausdrückl. in den fast wortgleichen Art. 36 der jeweiligen Vertragsgesetze (engl.Übersetzung der schwed. Version bei Dyer, Konferenzunterlagen, S.261 ff., 262); genauso bei der Verwaltungskontrolle: z.B. in Schweden nach Art. 1 I des Gesetzes über das Verbot unbilliger

in den nordischen Ländern sogar die Umstände nach Abschluß des Vertrages²²⁶. Die jeweilige Rechtspraxis kann also aufgrund der sachlich vergleichbaren Problematik auch zur Richtlinienauslegung herangezogen werden²²⁷. Für Allgemeine Versicherungsbedingungen gelten keine Besonderheiten, so daß auch hier grundsätzlich Individualumstände zu berücksichtigen sind²²⁸. Dies zeigt schon die Tatsache, dass die Richtlinie an anderer Stelle Versicherungsverträge gesondert erwähnt (EG 19 Satz 3), aber keine Einschränkung hinsichtlich Art. 4 I vornimmt.

Die Erwägungsgründe 15 und 16²²⁹ zeigen die Prüfungsreihenfolge auf: in einem ersten Schritt wird eine Klausel durch abstrakt-generelle Betrachtung auf etwaige Mißbräuchlichkeit überprüft, um dann die konkrete Prüfung nach Treu und Glauben ‘als Korrekturmöglichkeit in beide Richtungen²³⁰,’ anzuschließen (Zweistufenprüfung)²³¹. Die berücksichtigungsfähigen Einzelfallumstände bei Vertragsschluß iSd Art. 4 I iVm EG 16 müssen über diejenigen Umstände hinausgehen, die überhaupt erst den Schutz einer Inhaltskontrolle erforderlich machen²³². Der Schwerpunkt liegt dabei – anders als z.B. in Skandinavien²³³ – auf dem ersten Schritt der Prüfungsreihenfolge, also auf der abstrakten Prüfung. Auch der Anhang der Klauselrichtlinie stützt sich grundsätzlich auf eine generalisierende Bewertung unabhängig vom Einzelfall²³⁴, und bis auf das zweite Kriterium des Art. 4 I sind alle Elemente der Art. 3 I, 4 I einer abstrakt-generellen Betrachtungsweise zugänglich²³⁵. Diese Auslegung deckt sich mit dem österreichischen Verständnis, wo nach § 879 III ABGB eine Inhaltskontrolle trotz Umstandsberücksichtigung im wesentlichen aufgrund objektiv-abstrakter Kontrollelemente durchgeführt wird²³⁶. Der Schwerpunkt abstrakt-genereller Prüfung bedeutet, daß die Einzelfallumstände von einigem Gewicht sein müssen, um den

Vertragsbedingungen v. 30.4.1971, dt.Übersetzung bei Carsten, WuW 1973, S.667 ff., 676; Frankreich: Brock, S.183; Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 101; Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 18.

²²⁶ Nach Umsetzung der RL dürfen nachträgliche Umstände nur noch zugunsten des Verbrauchers berücksichtigt werden, vgl. Bernitz, ERPL 1997, S.213 ff., 219.

²²⁷ So für Österreich wohl auch Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 322.

²²⁸ Präve, Rz. 272 und 408; aA Prölss in Prölss/Martin, Vorbem, Rz.66.

²²⁹ EG 15 (“Die Kriterien...müssen generell festgelegt werden”) und 16 (“...muß durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlage der Parteien ergänzt werden...”)

²³⁰ Die Berücksichtigung individuell-konkreter Umstände kann sowohl dazu führen, daß eine an sich nach abstrakt-genereller Prüfung nicht zu beanstandende Klausel mißbräuchlich wird, als auch, daß eine an sich mißbräuchliche Klausel im Einzelfall als nicht mißbräuchlich zu betrachten ist, vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314; Bunte, DB 1996, S.1389 ff., 1390; Heinrichs, NJW 1993, S.1817 ff., 1820; aA Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 325; KlauselRL schreibe wegen ihres Mindestcharakters eine Berücksichtigung von Umständen zu Lasten des Verbrauchers nicht vor; für dt.Recht deshalb ablehnend Michalski, DB 1999, S.677 ff., 678f.; einschr.auch Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1673 f.

²³¹ Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313 f.; Graf, S.13; Kapnopoulou, S.127ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.5; Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 30; Markwardt, S.78; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 320.

²³² Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.68: die fehlende Einflußmöglichkeit aufgrund der Vorformulierung iSd Art. 3 II reicht nicht, notwendig ist z.B. eine ‘besondere Überrumpelungssituation’ oder eine ‘besondere Unterlegenheit’ infolge Unerfahrenheit; w.Bsp. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.12 ff.,19; Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 324 – der Verbraucher trägt die Beweislast für Umstände, die zu einer Mißbräuchlichkeit einer an sich (uU gerade so) nicht zu beanstandenden Klausel führen, Engel, ebenda, S.338.

²³³ Die skandinavische Prüfungspraxis ist mehr von individueller Fairness geprägt, und verfolgt einen anderen Ansatz als die schwerpunktmäßig trotz Art. 4 I abstrakte Kontrolle der RL, Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 33 f. – damit sind die skand.Erfahrungen bei Richtlinienauslegung weniger zu berücksichtigen.

²³⁴ Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2193; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff.,320; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 54 (“Typisierung des Schutzes”); Leible, RIW 2001, S.422 ff., 427; aA für Schwerpunkt bei der konkret -individuellen Prüfung Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, S.562ff., 568f.

²³⁵ Damm, JZ 1994, S.161 ff., 174

²³⁶ Vgl. Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 334, 338; so auch Graf, S.14, nach dem anders als bei Art. 4 I anscheinend nicht die Umstände bei Vertragsschluß bzw. den Vertragsverhandlungen einbezogen werden.

Grundsatz der generell-abstrakten Prüfung nicht überflüssig werden zu lassen²³⁷. Dabei wird die Verstärkung der Mißbräuchlichkeit durch Individualumstände eher in Betracht kommen als die "Heilung" bzw. Anwendbarkeit einer objektiv mißbräuchlichen Klausel²³⁸.

Da bei der Interessenabwägung als Teil der zweistufigen Prüfung auch Anbieterinteressen zu berücksichtigen sind²³⁹, sind die Individualumstände ohnehin bei vorformulierten Standardverträgen/AGB, welche auf einen ganzen Verkehrskreis abzielen, im Rahmen der Mißbräuchlichkeitsprüfung anders und idR geringer zu gewichten als bei Einzelverträgen, die nur gegenüber einer Person verwandt werden²⁴⁰. Denn bei AGB ist das Rationalisierungsinteresse des Anbieters, also das Interesse an einer Transaktionskostensenkung durch einheitliche Verträge, mitzubedenken.

Bei AGB, insbesondere bei solchen Klauselwerken, die schon aus Natur der Sache kollektiv ausgerichtet sind, z.B. AGB von Kapitalanlagegesellschaften, Bausparkassen und Versicherungen²⁴¹, werden Einzelfallumstände nur in wenigen Ausnahmefällen zu einem abweichenden Ergebnis führen können (sofern überhaupt Einzelfallumstände vorhanden sind)²⁴². Dadurch werden gravierende Unterschiede zu der Beurteilung der gleichen Klausel im abstrakten Prüfungsverfahren vermieden, die zu Rechtsunsicherheiten führen könnten²⁴³ - "Restunterschiede" sind hinzunehmen, da sie in der Richtlinie durch Art. 4 I angelegt sind. Bei Versicherungsbedingungen könnte eine nach abstrakt-genereller Prüfung nicht mißbräuchliche Ausschlußklausel - soweit sie überhaupt der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfällt²⁴⁴ - dann nach Berücksichtigung der Einzelfallumstände als mißbräuchlich anzusehen sein, wenn bei den Vertragsverhandlungen ein besonderes Versicherungsbedürfnis offensichtlich war, das aufgrund der Ausschlußklausel nicht erfüllt wird, der VN aber erwarten durfte, daß dieses Bedürfnis berücksichtigt wird²⁴⁵. Berücksichtigungsfähig wäre auch die Tatsache, daß der VN bei Pflichtversicherungen keine Abschlußfreiheit hinsichtlich des "Ob" einer solchen Versicherung hat, hier muß eine besonders strenge Inhaltskontrolle stattfinden. Zwar besteht zum Teil auch für die Versicherer ein Kontrahierungszwang (z.B. § 5 II PflVG); dies fällt aber weniger ins Gewicht, weil die Versicherer mit den AVB zumindest das „Wie“ maßgeblich bestimmen. Verwenden alle Versicherungsunternehmen dieselben Geschäftsbedingungen, ist auch dies zu berücksichtigen.

²³⁷ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.180; Art. 4 I gibt nur die Art der berücksichtigungsfähigen Grundsätze vor, nicht deren Gewichtung, Kreienbaum, S.302.

²³⁸ Wohl auch v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.16 ("gravierende" Einzelfallumst.für Heilung einer obj.mißbr.Klausel); wäre auch rechtspolit. zw., Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1674.

²³⁹ Hinweise auf Berücksichtigung auch der Anbieterseite, vgl.Erwägungsgründe 2, 5,7, Art. 7 I.

²⁴⁰ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. Art. 4, Rz.4; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 57.

²⁴¹ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.400

²⁴² Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.70; einschr.auch Markwardt, S.81 (nur bei Evidenz); Bestätigung durch die österreichische Rspr., wo "die den Vertragsschluß begleitenden Umstände im engeren Sinn" nur in vereinzelt Annahmefällen relevant werden, vgl. Engel in Schulte-Nölke, S.321 ff., 336 f. m.wenigen Rspnachw. - ähnlich MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.59 (aus faktischen Gründen werden individuell-konkrete Prüfungen bei Massenverträgen mit gleichförmigen Vertragsabschlüssen nur selten stattfinden).

²⁴³ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.3

²⁴⁴ Dazu unten unter 2.Teil C

²⁴⁵ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.67, der zu Recht anmerkt, daß es sich hierbei nach deutschem Recht um eine überraschende Klausel iSd § 3 AGBG a.F.(§ 305 c I BGB n.F.) handeln würde - dieser Aspekt ist aber auch Teil der Mißbräuchlichkeitskontrolle, unten unter 2.Teil D IV 3.b).

sichtigen, weil in diesem Fall dem Verbraucher auch keine freien und zumutbare Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Anbieters zur Verfügung stehen²⁴⁶.

Im Ergebnis führt die mit Art. 4 I bezweckte größere Einzelfallgerechtigkeit zu geringerer Rechtssicherheit, da Urteile und Verwaltungsentscheidungen aufgrund der Berücksichtigung von Einzelfallumständen weniger vorhersehbar sind²⁴⁷. Ungeklärt ist im deutschen Recht die dogmatische Einordnung der Einzelfallumstände des Art. 4 I iVm EG 16 und das Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht, z.B. zu Anfechtung, Minderjährigenschutz, cic, § 138 BGB, Rechtsmißbrauch nach §242 BGB, Widerrufsrechten etc²⁴⁸. Denn grundsätzlich können die gleichen vertragsschlußbegleitenden Umstände, die eine dieser Rechtsfolgen (z.B. ex tunc Nichtigkeit bei Anfechtung, o.Schadensersatz bei cic) auslösen könnten, iVm Art. 4 I zu der Mißbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit einer Klausel, uU des Gesamtvertrages führen²⁴⁹.

3. Ansatzpunkte der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie

Problematisch ist die Schutzzweckbestimmung der Klauselrichtlinie, die ebenfalls grundsätzlich von der Vertragsautonomie und der Richtigkeitsgewähr des Vertrages ausgeht²⁵⁰. Nach einer Ansicht folgt die Richtlinie hauptsächlich dem "französischen Modell" des Verbraucherschutzes, ohne jedoch die Überlegungen des anderen Modells der Klauselkontrolle zurückzuweisen²⁵¹. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, daß die Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie nicht allein bei der rollenspezifischen Unterlegenheit der Verbraucher ansetzt (unter a und c), sondern daß zum einen das "situative Zusatzmoment"²⁵² der Vorformulierung der Vertragsbedingungen bzw. des fehlenden Aushandelns im einzelnen eine entscheidende Rolle spielt (b), aber auch dies nach ökonomischer Betrachtung noch nicht für ein Ansetzen der Klauselkontrolle genügt (c).

a) Unterlegenheit der Verbraucher

Auf den ersten Blick geht die Klauselrichtlinie dem Wortlaut nach primär von dem Verbraucherschutz als Hauptzweck aus²⁵³. In diese Richtung gehen auch die Äußerungen des EuGH, der wie das "französischen Modell" davon ausgeht, dass sich der Verbraucher

²⁴⁶ So in Österreich OGH v.26.2.1975, SZ 48/22, S.119; zu fehlenden Wahlmöglichkeiten in der österreichischen Rspr. auch Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 336.

²⁴⁷ Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 53 ff.; kritisch auch Graf, S.14 f.

²⁴⁸ Dazu Damm, JZ 1994, S.161 ff., 173; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 346; Markwardt, S.81- die Klarstellung des RL-Vorschlages von 1992, Art. 4 III a.F., nach dem die nationalen Vorschriften über das gültige Zustandekommen von Verträgen nicht beeinträchtigt werden soll, was auch Irrtum und Täuschung umfassen könnte (Damm, ebenda, FN 168), wurde in die endgültige Fassung nicht übernommen.

²⁴⁹ Michalski, DB 1999, S.677 ff., 679; z.B. besonderes Einwirken auf den Verbraucher, Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1498/99 – hier ist eine Überschneidung u.a. mit § 138 BGB möglich.

²⁵⁰ Mitteilung der Kommission v.9.2.1984, KOM (1984), 55 endg., S.1,3.

²⁵¹ Tenreiro/Karsten in SchulteNölke/Schulze, S.223 ff., 227: "The European approach embraced the concept of abuse of power without rejecting reflections of transaction costs"; in diese Richtung gehen auch folgende Formulierungen: die Unterlegenheit des Verbrauchers werde durch vorformulierte Bedingungen noch verstärkt, vgl. v.Hippel, Verbraucherschutz, S.119; ähnlich Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.3, Nr.14 und Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 228 – aufgrund des Ungleichgewichts bei Verbraucherverträgen seien besonders häufig vorformulierte Vertragsklauseln ohne Aushandeln gegeben, vgl.Tschaler, ÖJZ 1998, S.283.

²⁵² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.25.

²⁵³ EG 6

deshalb eher vorformulierten Klauseln unterwirft²⁵⁴, weil er verglichen mit dem Gewerbetreibenden über geringere Verhandlungsmacht und über weniger Informationen verfügt. Selbst wenn man aber den Ausgleich der ungleichen Verhandlungsstärke aufgrund wirtschaftlicher und informationeller²⁵⁵ Überlegenheit des einen Vertragsteils als Schutzzweck zugrundelegt, ist die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie auf Verbraucher nicht verständlich. Denn zumindest bei Kleingewerbetreibenden oder bei sonst überlegener Marktmacht des einen Vertragspartners besteht das gleiche Gefälle²⁵⁶. Die Ungleichgewichtslage zu Lasten der Verbraucher mag zwar durch empirisch belegbare Tatsachen gestützt werden²⁵⁷. Abgesehen von generellen Bedenken bezüglich eines Anknüpfens an eine vermutete Unterlegenheit des "schwachen" Verbrauchers gegenüber einem "starken" Gewerbetreibenden²⁵⁸ ist bei der Klauselrichtlinie zu bemerken, daß die Beschränkung des Schutzbereiches auf Verbraucher von Anfang an mehr praktische bzw. tatsächliche als rechtliche Gründe hatte.

Es gab bei der Kommission kein allgemeines europäisches "Justizministerium", sondern nur eine Generaldirektion für Verbraucherschutz²⁵⁹, so daß die Klauselrichtlinie auf den Verbraucherschutzprogrammen²⁶⁰ basiert und der Tradition von privatrechtlich Verbraucherschutzregelungen folgte²⁶¹. Außerdem wurde die Richtlinie mangels spezieller Einzelermächtigung für das allgemeine Privatrecht²⁶² auf Art. 100 a a.F. gestützt, der genauso wie der 1993 aufgenommene Art. 129 a a.F. neben dem Globalziel der Binnenmarktförderung ausdrücklich den Verbraucherschutz betonte²⁶³. Aus den Dokumenten bezüglich der Richtlinie wird deutlich, daß die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches entgegen ursprünglichen Plänen²⁶⁴ und den Vorschlägen für einen umfassenden persönlichen

²⁵⁴ Z.B. EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo./Rocío Murciano Quintero u.a.), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.25; vgl. auch Schlußantrag des Generalanwaltes Mischo v.14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99 (Cape Snc./Idealservice Srl., u.a.), Rz.13 ff.

²⁵⁵ Diese Formulierung ist treffender als die häufig verwandte "intellektueller Unterlegenheit", weil jedenfalls nicht mindere geistige oder intellektuelle Fähigkeiten gemeint sein können, vgl. Fastrich, S.83; eine solche Unterlegenheit wäre auch nicht mit dem Verbraucherleitbild des EuGH vereinbar; die Unterlegenheit kann nur auf einem Weniger an Informationen über technische, wirtschaftliche, etc. Zusammenhänge beruhen.

²⁵⁶ Z.B. auch bei Vereinen und Gruppen, vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Bericht der Kommission über die Anwendbarkeit der RL, ABl.2001, Nr.C/0117ff., unter 3.1 ff.; Kapnopolou, S.81; Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 483; Zweigert/Kötz, 1996, S.337; auf das Problem der Absatzketten weist Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 703 hin.

²⁵⁷ Vgl. Damm, JZ 1994, S.161 ff., 169 f., m.w.Nachw. FN 103.

²⁵⁸ Dazu Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.24 m.w.Nachw.; Fastrich, S.82 f.

²⁵⁹ So auch Hondius in Karlsruher Forum 1997, S.99 ff., 100; zu weiteren Ursachen, Damm, JZ 1994, S.161 ff., 169.

²⁶⁰ Deren Erwägungen passen aber genauso zumindest auf Kleingewerbetreibende.

²⁶¹ Vgl. auch Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 482: "nicht gerechtfertigte Gleichmacherei".

²⁶² Vgl. Kretschmar, S.63 m.w.Nachw.

²⁶³ Allerdings hätte wohl auch ein erweiterter persönlicher Anwendungsbereich auf den Art. 100 a a.F. gestützt werden können, vgl. Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 481/482; zw. dagegen Grundmann, 2.10, Rz.18; nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Bericht der Kommission über die Anwendbarkeit der RL, ABl.2001, Nr.C/0117ff, unter 3.1 könne nun aufgrund des neuen Art. 65 EG-Verweitet werden.

²⁶⁴ Vgl. z.B. die Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84) 55 endg., in der der hauptsächlich auf die Gefährlichkeit von Standardverträgen abgestellt wird, S.1, 5: "Standardklauseln spielen nicht nur in Verbraucherverträgen, sondern auch in den zwischen Händlern geschlossenen Verträgen eine wichtige Rolle. Das vorliegende Arbeitsdokument befaßt sich lediglich mit Verbraucherverträgen, doch sollte daran gedacht werden, daß viele Argumente auch für andere Verträge zutreffen, insbesondere für die zwischen Kleinhändlern und ihren Lieferanten geschlossenen Verträge.", in der folgenden Argumentation wird auch hauptsächlich auf die einseitige Gestaltungsmacht abgestellt, erst in Nr.14 wird dann erwähnt, daß Standardverträge die Verhandlungsmacht des Verwenders stärken, der gegenüber dem Verbraucher ohnehin wirtschaftlich stärker sei.

Schutzbereich des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments²⁶⁵ sowie des Wirtschaft- und Sozialausschusses²⁶⁶ nur "vorläufig" sein sollte. Eine Einigung über einen umfassenden persönlichen Geltungsbereich war nicht möglich, und eine Erweiterung zumindest auf kleine oder mittlere Gewerbetreibende hätte die Verabschiedung der Richtlinie verzögern oder sogar gefährden können²⁶⁷. Angesichts der Tatsache, daß die Mehrzahl der Mitgliedstaaten vor dem Richtlinienerlaß nicht auf das Vorliegen von AGB, sondern auf den Verbraucherschutz abstellten, ist die Schwierigkeit der Einigung nicht verwunderlich.

Sowohl bei den Verbraucherschutzprogrammen als auch bei sonstigen Dokumenten hinsichtlich der Klauselrichtlinie ist aber auffällig, daß besonders die Gefahr, die von einseitig festgelegten AGB bzw. Standardverträgen ausgeht, als Anlaß für eine inhaltlichen Kontrolle gesehen wird²⁶⁸ - diese Betonung ist auch in dem endgültigen Text der Richtlinie in EG 9 und Art. 3 II zu finden. Außerdem findet sich in dem geltenden Text der Klauselrichtlinie keine ausdrückliche Erklärung für eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches auf Verbraucherverträge²⁶⁹. Der Verbraucherschutz wird auch insofern nicht konsequent verfolgt, als im einzelnen ausgehandelte Klauseln nicht der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen sind. Geht man aber von der generellen Unterlegenheit des Verbrauchers aus, so besteht diese auch bei dem Aushandeln von Klauseln²⁷⁰.

b) Einseitige Vertragsgestaltung – Fehlen eines Aushandelns

Anders als im "französischen Modell" ist also die rollenspezifische Unterlegenheit der Verbraucher nicht das einzige Schutzprinzip der Richtlinie, sondern – als Hinweis auf das "deutsche" Modell – spielt das Fehlen eines Aushandelns im einzelnen, das wiederum nach Art. 3 II bei Vorformulierung ohne Einflußmöglichkeit des anderen Vertragsteils, insbesondere bei vorformulierten Standardverträgen, vermutet wird, eine entscheidende, wenn nicht sogar die ausschlaggebende Rolle²⁷¹.

Das "Umschwenken" von einem personenbezogenen Ansatz aufgrund der wirtschaftlichen und/oder intellektuellen Unterlegenheit des Verbrauchers hin zu der stärkeren Betonung des situativen Moments eines fehlenden Aushandelns wird auch durch die Entstehungsge-

²⁶⁵ Vgl. Entschließung des EP, ABl. Nr.C 68 v. 24.3.1986, S.195 Nr.4; sowie Hinweis in der technischen Beilage zu dem RL-Entwurf von 1990, S.12/13.

²⁶⁶ Stellungn. zu dem ersten RL-Vorschlag v. 24.April 1991, ABl. Nr.C 159/34 ff. v. 17.6.1991, S.36, unter 2.3.3 und 2.3.4.

²⁶⁷ Vgl.auch erster RL-Vorschlag von 1990, S.13, FN 1: "Bei den extremen Schwierigkeiten einer Einigung über gemeinsame Vorschriften über (buchstäblich) ALLE Verträge, hat die Kommission beschlossen, ihre Arbeit vorläufig auf das Gebiet der Verbraucherverträge zu beschränken."

²⁶⁸ Erstes Verbraucherschutzprogramm, bei v.Hippel, Verbraucherschutz, S.454 ff.,460; zweites Verbraucherschutzprogramm, S.7 Nr.28 1.; Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.1 ff.;Vorschlag von 1990, S.6 ff.; Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000),248 endg., S.14.

²⁶⁹ Die EG 2 und 3 (unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten), 5 (Unkenntnis von den dem Vertrag zugrundeliegenden Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten), 7 (größere Auswahl), 9 (Machtmißbrauch des Verwenders, insb bei Standardverträgen), können genauso gut auf Unternehmer angewandt werden; ebenso sind die Klauseln des Anhangs nicht nur für Verbraucherverträge typisch; allenfalls das ungleiche Kräfteverhältnis in EG 16 wird häufiger bei Verbraucherverträgen vorliegen – ist aber auch bei Kleingewerbetreibenden möglich.

²⁷⁰ Der geänderten RL-Vorschlag 1992, Art. 3 und 4.a.F. sah noch das Ungleichgewicht aufgrund der Verbrauchereigenschaft in erster Linie bei im einzelnen ausgehandelten Klauseln relevant werden.

²⁷¹ So auch Brock, S.49; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.3; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.25,26 und Art. 3, Rz.23 f. ("Legitimationsgrund"); Damm, JZ 1994, S.161 ff., 162; v.Westphalen, BB 1996, S.2101 ff., 2102; aA Alpa, Konferenzunterlagen, S.53 ff., 57.

schichte deutlich²⁷². Die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches auf Verbraucher ist deshalb weniger die Statuierung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher²⁷³ als eine Negativabgrenzung bzw. als Wertung dahingehend, daß Gewerbetreibende nicht schutzbedürftig sind. Da die Klauselrichtlinie - anders als das deutsche AGBG a.F. - nicht auf die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen abgestellt, fühlten sich diejenigen bestärkt, die allein die Vorformulierung als Grund für das Versagen der Richtigkeitsgewähr ansehen²⁷⁴. An dem Ansatz der Vorformulierung ist richtig, daß die Vertragsfreiheit des Kunden bei vorformulierten Verträgen ohne Einflußmöglichkeit auf eine bloße Abschlußfreiheit reduziert ist²⁷⁵. Da eine Vorformulierung aber immer schon dann vorliegt, wenn das Angebot zu einem klassischen Vertrag so vorformuliert ist, daß es nur noch mit 'ja' angenommen werden muß (vgl. § 145 BGB), kann dies dem Verwender nicht angelastet werden²⁷⁶. Das entscheidende Kriterium ist deshalb nicht die Vorformulierung als solche, sondern das fehlende Aushandeln im einzelnen. Das fehlende Aushandeln bzw. die fehlende Einflußmöglichkeit des Kunden auf den Vertragsinhalt als Einschränkung rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit ist damit zwar notwendige Voraussetzung der Kontrollbedürftigkeit von Vertragsklauseln; die Richtigkeitsgewähr versagt aber erst dann, wenn zusätzlich auch der Markt und der Wettbewerb als Garanten für angemessene Vertragsbedingungen versagen²⁷⁷ (dazu sogleich unter c). Denn grundsätzlich bleibt dem Vertragspartner des Verwenders die Wahlmöglichkeit, zu entscheiden, ob und welchen Vertrag er abschließen will. Ein Interessenausgleich ist nicht nur durch eine direkte Einflußnahme auf den Vertragsinhalt im Wege des Verhandeln möglich, sondern auch indirekt durch die Auswahlentscheidung der Marktteilnehmer in Ausübung ihrer Abschlußfreiheit, indem auf die Anbieter Wettbewerbsdruck ausgeübt wird²⁷⁸. Umgekehrt besteht also immer dann kein Bedürfnis für eine inhaltliche Klauselkontrolle, wenn entweder eine individuelle Einflußnahme auf den Vertragsinhalt gegeben ist, oder der Inhalt durch einen funktionierenden Markt und Wettbewerb reguliert wird. Damit bleibt das fehlende Aushandeln zwar "zentrales Einstiegsmerkmal"²⁷⁹, ist aber für sich allein noch nicht ausreichend.

²⁷² Der geänderte Vorschlag von 1992 betonte noch die Unterlegenheit des Verbrauchers in der Generalklausel Art. 4 I, 2. Spiegelstrich a.F., die sich auf alle Vertragsklauseln inklusive der Individualklauseln bezog: "Eine Vertragsklausel ist ...ebenfalls mißbräuchlich, wenn sie...dem Verbraucher aufgrund der wirtschaftlichen Macht des Gewerbetreibenden und/oder seiner eigenen wirtschaftlichen und/oder intellektuellen Schwäche auferlegt wurde." - diese Formulierung wurde im Zuge der Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereiches auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln fallen gelassen; für den Schwerpunktwechsel, vgl. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.12; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1498.

²⁷³ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem, Rz.26; i.E.auch Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 38; zu den Befürchtungen, ein Sonderprivatrecht für Verbraucher gefährde die Einheit des Privatrechts, Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 702; aA Damm, JZ 1994, S.161 ff., 168f. m.w.Nachw.

²⁷⁴ So Kramer, ÖJZ 1980, S.233 ff., 235 f., und 238; Überrumpelungsmöglichkeit; Beeinträchtigung durch den "Sog des vorformulierten Gedankens", Damm JZ 1994, S.161 ff., 165; ders., VersR 1999, S.129 ff., 138; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rz.17; kritisch zu diesem Ansatz dagegen Zweigert/Kötz, 1996, S.338; Fastrich, S.100 ff.; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 20 f.

²⁷⁵ "Take-it-or-leave-it-basis", vgl. Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 138.

²⁷⁶ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.48 - auch nach der RL reicht nach Art. 3 II die Vorformulierung allein nicht aus, sondern es muß deshalb keine Einflußmöglichkeit hinsichtlich des Klauselinhaltes bestehen.

²⁷⁷ Fastrich, S.263 und 271; MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.4; Koller, FS Steindorff, S.667 ff, 668 f.; aA Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl.Rz.29; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.3.

²⁷⁸ Von der einseitigen Vertragsgestaltungsfreiheit bleibt dann nicht viel übrig, vgl. Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 573; der Kunde kann auch vom Vertrag Abstand nehmen, vgl. Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 21; Adams, BB 1989, S.781 ff., 783; "mittelbare Steuerungsfunktion des Marktes und des Wettbewerbs", vgl. Fastrich, S.81.

²⁷⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.23.

c) Ausgleich eines Marktversagens

aa) Grundsatz: Marktversagen aufgrund Informationsdefizits – ökonomische Betrachtung

Die Mißbräuchlichkeitskontrolle setzt da an, wo der Markt nicht mehr durch den Wettbewerb alleine reguliert wird – als Ausgleich für das Marktversagen wird dem Richter bzw. der Verwaltung eine Kontrollmacht übertragen²⁸⁰. Damit dient die Klauselkontrolle nicht nur dem Individualschutz, sondern hat auch eine wirtschaftsrechtliche Funktion²⁸¹. Das Prinzip der freien Marktwirtschaft (vgl. Art. 3 I g, 81 ff. und 98 EG-V), dem auch die Klauselrichtlinie verpflichtet ist ist durch eine Vielzahl von freien, eigenverantwortlichen Vertragsentscheidungen und einem freien Wettbewerb gekennzeichnet.

Eine Kontrolle von Vertragsbedingungen wäre dann nicht erforderlich, wenn die einzelnen Verträge samt ihres Klauseltextes im Wettbewerb stehen würden. Kennen beide Parteien den Vertragsinhalt und können sie in Kenntnis aller Konsequenzen beurteilen, ob dieser günstig ist, so bliebe die Richtigkeitsgewähr des Vertrages auch bei fehlendem Aushandeln gewahrt²⁸², und die Vertragsautonomie wäre auch bei ungleicher Verteilung von Rechten und Pflichten vorrangig²⁸³. Nur in diesem Fall müßte der Verwender vorformulierter Bedingungen damit rechnen, daß die Marktteilnehmer einen Vertrag bei ungünstigen oder unangemessenen Bedingungen nicht abschließen, und sich gegebenenfalls an einen anderen Anbieter mit besseren Bedingungen wenden²⁸⁴. Aufgrund des Wettbewerbsdrucks würde sich der Anbieter veranlaßt sehen, seine Vertragsbedingungen ebenfalls zu verbessern²⁸⁵. Ein solcher (Qualitäts-)Wettbewerb hätte regulierende Funktion und würde eine Inhaltskontrolle der Vertragsbedingungen entbehrlich machen.

Ein funktionierender Klauselwettbewerb erfordert also eine vollständige Information des Kunden über den Klauselinhalt und mögliche Auswirkungen konkurrierender Produkte, damit er dann versuchen könnte, andere Bedingungen aushandeln bzw. Gegenvorschläge zu machen, oder einen günstigeren Anbieter zu suchen. In der Praxis wendet der Kunde aber typischerweise aus ökonomischen Gründen weder Zeit noch Geld für eine Information und fachkundige Beratung über den gesamten Inhalt des abzuschließenden Vertrages und konkurrierender Anbieter auf²⁸⁶. Besonders bei Nebenbedingungen, die bei der Vertragsdurchführung nur selten relevant werden (z.B. Leistungsstörungen²⁸⁷), und die dann eine eher geringe Auswirkung auf die Vermögenslage haben, würde eine genaue und detaillierte Information, sowie der Aufwand bei Verhandlungen oder der Suche nach einem günstigeren Angebot im Vergleich zu dem dadurch erreichbaren Nutzen ökonomisch gese-

²⁸⁰ Adams, BB 1989, S.781 ff.; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946 f.; Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 8 f.; sowie Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 137 ff.

²⁸¹ Auf das Funktionieren der Wirtschaft im ökonomischen Sinn stellt auch die Kommission in ihrem Bericht v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.14, ab.

²⁸² Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 574.

²⁸³ MüKo-Basedow, Einl. AGBG Rz.4.

²⁸⁴ Vgl. Fastrich, S.80.

²⁸⁵ Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 668 (bis hin zu Marktgleichgewicht).

²⁸⁶ Dies würde mit einem 'außerordentlichen Aufwand' verbunden sein, vgl. im einzelnen Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 669 f. (und am Ende bleibt trotz allem eine Unsicherheit hinsichtlich der Prüfungsergebnisse).

²⁸⁷ Beispiele bei MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.5.

hen zu kostenintensiv sein (Transaktionskosten für Informationsbeschaffung und -verarbeitung)²⁸⁸. Die Tatsache, daß der Verbraucher eher Nachteile aus ungelesenen Bedingungen hinnimmt, als die Kosten für Lesen und Verstehen aufzuwenden²⁸⁹, ist keine Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten, sondern eine – ökonomisch gesehene - berechnete Unaufmerksamkeit²⁹⁰. Angesichts der Tatsache, daß im Rechtsverkehr vorformulierte Verträge die Regel sind, der Einzelne aber nur über ein beschränktes Maß an rational einsetzbarer Aufmerksamkeit verfügt, ist dem Marktteilnehmer ein Produktvergleich durch den Vergleich sämtlicher Vertragsbedingungen der unterschiedlichen Anbieter nicht zumutbar²⁹¹.

Der entscheidende Grund für die Tatsache, daß der Kunde den vom Verwender vorformulierten Klauseln typischerweise nicht den Widerstand entgegensetzt, der bei einer Partei bei im einzelnen ausgehandelten Verträgen als selbstverständlich angesehen wird, sondern das Klauselwerk meist ohne Kenntnis widerspruchslos hinnimmt (‘unterwerfen’), liegt also darin, daß sich eine Information über alle Bedingungen aus ökonomischer Sicht vernünftigerweise nicht lohnt. Aufgrund dieses Informationsdefizites entsteht ein Marktversagen: hinsichtlich der meisten Vertragsbedingungen findet keine Qualitätskontrolle durch den potentiellen Vertragspartner vor Abschluß des Vertrages und damit auch kein Wettbewerb statt²⁹². Dies gilt in besonderem Maße für komplexe Finanzprodukte oder auch im grenzüberschreitenden Verkehr²⁹³, wo die Informations- bzw. Transaktionskosten aufgrund der Kompliziertheit der Produkte bzw. aufgrund von Sprachproblemen besonders hoch wären. Die Marktteilnehmer entscheiden in der Regel nur nach dem günstigeren Preis. Das würde ohne ein Eingreifen ‘von Außen’ bedeuten, daß die Anbieter günstigerer (Neben-) Bedingungen bei gleichzeitig höherem Preis aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, sich dem kostenminimierenden Niveau ungünstigerer Bedingungen anzugleichen, um auch ihre Produkte zu einem niedrigeren Preis anbieten zu können und auf dem Markt zu bestehen²⁹⁴. Die Unternehmer werden Risiken auf den Verbraucher abwälzen, die –ökonomisch

²⁸⁸ Dazu gehören auch die Opportunitätskosten der Zeit - ein rationales Wirtschaftssubjekt wird bei anfallenden Such- und Informationskosten nur Informationen bis zu dem Punkt erwerben, wo der Grenzgewinn der besser informierten Entscheidung (Nutzen) die Kosten übersteigt, oder zumindest gerade gleich ist den Grenzkosten der Information, vgl. Darstellung bei Adams, BB 1989, S.781 ff., 783/784:” da einer kontinuierlichen Aufwandssteigerung beim Versuch, zu einem Verständnis der AGB zu gelangen, kein kontinuierlicher Ertrag (Verständnis) gegenübersteht, besteht die kostenminimalste Lösung des Kontrollproblems von AGB für den Kunden im allgemeinen darin, keinerlei Kosten aufzuwenden, um ein Verständnis der AGB erst gar nicht zu versuchen.” – der Anreiz zur Klauselkontrolle vor Abschluß des Vertrages wird zusätzlich durch die Möglichkeit einer richterlichen oder behördlichen ex-post-Kontrolle gemindert, Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947.

²⁸⁹ Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 576

²⁹⁰ Schäfer/Ott, S.479/80: ein Verbraucher, der eine genaue Analyse durch Vergleich unterschiedlicher Produkte inklusive ihrer AGB durchführen würde, wäre ‘eher ein ‘rational fool’ als ein mündiger Verbraucher’² - insb. bei Vorhandensein einer behördlichen/gerichtlichen Inhaltskontrolle; Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 670.

²⁹¹ Fastrich S.84 zugleich mit dem Hinweis, daß angesichts der Vielzahl der Verträge eine Selbstkontrolle auch real nicht möglich ist; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 3 AGBG, Rz.1: ein solcher Vergleich sämtlicher Vertragsbedingungen wäre gerade zu ökonomisch unvernünftig.

²⁹² Die Nebenbestimmungen werden zu Erfahrungsgütern, vgl. Adams, BB 1989, S.781 ff., 784.

²⁹³ Kommission in dem Richtlinienentwurf von 1990, S.2.

²⁹⁴ Sog. ‘Markt für Zitronen’, Schäfer/Ott, S.480; Adams, BB 1989, S.781 ff., 784; Fastrich, S.86: Umkehr der Wettbewerbsfunktion; Kommissionsbericht v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg.,S.14 (‘Wettbewerbsverzerrung zugunsten weniger leistungsfähiger Unternehmen und geringerwertiger Güter und Leistungen’); kein Anreiz für kundenefreundlichere Gestaltung, vgl. v.Hippel, Verbraucherschutz, S.129 (allenfalls bei unabhängigen Konditionenvergleichen, wie z.B. Warentest).

gesehen – weniger gut in der Lage sind, das Risiko zu kontrollieren und sich dagegen zu versichern²⁹⁵.

Als Ausgleich für den fehlenden Klauselwettbewerb und (autonome) Selbstkontrolle durch Information muß deshalb eine Mindestqualität vertraglicher Gerechtigkeit der Vertragsbedingungen durch heteronome Inhalts- bzw. Mißbräuchlichkeitskontrolle der staatlichen Gerichte oder Behörden²⁹⁶ sichergestellt werden²⁹⁷. Weder zusätzlich Information der Verbraucher noch eine Schadensersatzhaftung von Vermittlern und Beratern (z.B. Versicherungsmakler oder Anlageberater) schließt das Bedürfnis nach einer Inhaltskontrolle aus²⁹⁸.

Nach alledem kann die bei einem Verbraucher typischerweise vermutete wirtschaftliche Unterlegenheit zwar zusätzlicher Faktor²⁹⁹, aber nicht der allein entscheidende Ansatzpunkt sein³⁰⁰, da eine Unterlegenheit grundsätzlich – wie gezeigt - durch einen funktionierenden Markt und Wettbewerb ausgeglichen werden kann³⁰¹. Obwohl auch solche Fälle vorkommen, bei denen sich die "schwächere" Vertragspartei gegen die ungünstigen Bedingungen wehren möchte, dies aber aus dem Grunde unterläßt, weil ihr eine Änderung der Bedingungen aufgrund der wirtschaftlichen Übermacht oder einer Monopolstellung des Verwenders aussichtslos erscheint³⁰², ist dies nicht die Regel. Entscheidend für das Marktversagen ist das typischerweise bestehende Informationsdefizit.

Ein informationsbedingtes Marktversagen besteht aber nicht nur bei Verbrauchergeschäften, sondern gleichermaßen bei Geschäften zwischen Unternehmern, so daß die Beschränkung des Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie auf Verbraucher an der Wirklichkeit vorbeigeht³⁰³. Auch wirtschaftlich gleichberechtigte und geschäftskundige Unternehmer

²⁹⁵ Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.14.

²⁹⁶ Inhaltskontrolle als kostengünstigeres und geeigneteres Mittel als der sog. "Goodwill-Mechanismus" bei "Wiederholungskäufen", vgl. Adams, BB 1989 S.781 ff., 785 ff.(goodwill-Mechan.), 787ff. (AGBG).

²⁹⁷ So auch Adams, BB 1989, S.781 ff., 783 f.; Schäfer/Ott, insb.S.478 ff.; MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.5; Fastrich, S.83 ff.; Zweigert/Kötz, 1996, S.326; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946 f.; Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 482; Grundmann, 1.Teil, Rz.103; Franzen, S.565; Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 674; Basedow, NVersZ 1999, S.349; Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 75; auf die KlauselRL bezogen, vgl.Frey, ZIP 1993, S.372 ff., 373; Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 654; ähnlich auch Kommission in ihrer Mitteilung v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.2, Nr.7,9 und in der Begründung des RL-Vorschlages 1990, S.7.

²⁹⁸ Für Information: Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 139; Weatherill, S.76; Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 10 f.; Adams, BB 1989, S.781 ff., 784, nach dem selbst bei Kenntnis einiger Klauseln häufig noch das rechtliche "Systemverständnis" fehle, daher sei auch ein verbreitetes Auftreten von "Informationsvermittlern" (z.B. Verbrauchermagazine) nicht wahrscheinlich, S.787 – bezüglich der Vermittler/Berater: Wolg, FS Zöllner, S.651 ff., 654 – dazu *ausf. unter 2.Teil C III 5*.

²⁹⁹ Besonders im Finanzdienstleistungsbereich stehen sich häufig individuelle Verbraucher und auf der anderen Seite weltweit agierende Unternehmen gegenüber, vgl. Mitteilung der Kommission, "Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken", KOM (97), 309 endg., S.2 ,

³⁰⁰ So auch Fastrich, S.81 ff., es spielen "komplexe Ursachen" eine Rolle, vgl. S.86 – auch auf europäischer Ebene wird der Verbraucher nicht durchgehend als die Vertragspartei angesehen, die aufgrund ihrer rollenspezifischen Unterlegenheit die Vertragsbedingungen nicht aushandeln kann, vgl.z.B.Vorschlag für eine RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen v.14.10.1998, KOM (1998), 468 endg., S.10 ("...kann er sich darum bemühen, mit dem Anbieter neue Bedingungen auszuhandeln") und EG 4 der RL 2002/65/EG über Fernabsatz v. Finan zdienstleistungen.

³⁰¹ Vgl. auch Fastrich, S.82 (Neutralisierungsfunktion); Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 704; Adams, BB 1989, S.781 ff., 783 – zu einem funktionierenden Markt gehört auch, daß keine Monopolstellung besteht

³⁰² In der heutigen Zeit mit zunehmender Zahl von Unternehmenszusammenschlüssen auch im Bereich von Banken und Versicherungen entstehen häufiger zumindest Oligopole, vgl. Fialka, DACH, S.161.

³⁰³ Vgl. Adams, BB 1989, S.781 ff., 783; so auch Beatson, ZEuP 1998, S.957 ff., 958; Grundmann, 1.Teil, Rz.103; selbst Ansicht der Kommission, Bericht v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.36 – zumal auch grenzüberschreitende Geschäfte zwischen Unternehmern häufiger sind als zwischen Unternehmer – Verbraucher.

nehmen vorformulierte Bedingungen widerspruchslos hin, wenn sich die Aufwendung von Transaktionskosten (Zeit und Geld) für Informationsgewinnung, die ein Aushandeln bzw. Gegenvorschläge oder ein Vergleich mit anderen Verträgen auf der Suche nach günstigeren Bedingungen ermöglicht, nicht lohnt³⁰⁴. Die widerspruchslose Hinnahme der vorformulierten Klauseln („Unterwerfen“) besteht folglich aufgrund des Motivationsgefälles und zum großen Teil von dem Kunden bewußt in Kauf genommene Informationsdefizits, unabhängig von einer wie auch immer gearteten Übermacht des Verwenders. Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung müßte auch vorrangig durch Kartellrecht bekämpft werden. Da die Klauselrichtlinie sich aber auf Verbraucher beschränkt, wird in den folgenden Ausführungen auch nur auf Verbraucher Bezug genommen.

Die Verbrauchereigenschaft ist also zumindest bei AGB bzw. Standardverträgen nicht ausschlaggebende Motivation einer Mißbräuchlichkeitskontrolle³⁰⁵, sondern sie kann allenfalls verstärkend wirken, da das wirtschaftliche Interesse an jedem einzelnen Vertrag bei typischen Verbrauchergeschäften zu privaten Zwecken – besonders bei Alltagsgeschäften – von vorneherein eher gering ist³⁰⁶. Selbst wenn man der Ansicht ist, daß die Klauselrichtlinie nicht primär bei dem Ausgleich von Informationssymmetrien ansetzt³⁰⁷, bleibt dies objektiv der entscheidende Gedanke, der auch außerhalb von AGB und Standardverträgen seine Geltung hat, und zudem auch aus mehreren Regelungen der Klauselrichtlinie erkennbar ist (dazu sogleich unter bb).

bb) Anwendbarkeit des ökonomischen Gedankens auf die Klauselrichtlinie?

aaa) Bei vorformulierten Einzelverträgen und nicht im einzelnen ausgehandelte Individualklauseln

Ein Teil der Literatur geht davon aus, daß der ökonomische Gedanke eine Inhaltskontrolle nur bei AGB rechtfertigt, die für eine mehrfache Verwendung vorgesehen sind³⁰⁸. Nach anderen Literaturstimmen wäre die ökonomische Betrachtung auch auf vorformulierte Einzelverträge und nicht im einzelnen ausgehandelte Individualklauseln anwendbar³⁰⁹: diese machen den wirtschaftlich unvernünftigen Aufwand einer vollständigen Information des Kunden allein an der schweren Verständlichkeit und Schwierigkeit des Vergleichs ver-

³⁰⁴ MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.4 ff., Zweigert/Kötz, 1996, S.326 und 337 – die Schutzbedürftigkeit dieser Personengruppe zeigt sich z.B. in Frankreich darin, daß in Versicherungen für Berufsrisiken wesentlich mehr zumindest sehr nachteilige Klauseln vorhanden sind als in typischen Verbraucherverträgen, vgl. Kullmann, Anm.zu Cour de Cassation v.23.2.1999, RGDA1999, S.325 ff., 335.

³⁰⁵ So auch Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 482: „kein typisches und ausschließliches Verbraucherschutznliegen“.

³⁰⁶ Vgl. Fastrich, S.84; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.6 m.w.Nachw.

³⁰⁷ Grundmann, 2.10, Rz.16.

³⁰⁸ Z.T. mit der Begründung, daß bei einem ökonomisch sinnvollen Verhalten seitens des Verwenders ihm die rechtliche Verantwortung für die AGB aufgebürdet werden könne: Fastrich, S.84 und 100/101; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 140; Graf, S.14 f.; Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 482; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 24/25; so wohl auch Grundmann, 1.Teil, Rz.103; Adams, BB 1989, S.781 ff., 787, obwohl dessen Ausführungen S.783 f. hinsichtlich des Informationsdefizites vor Abschluß des Vertrages auch auf vorformulierte Einzelverträge zutreffen können.

³⁰⁹ Z.B. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 3 AGBG, Rz.1; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946 f.; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 575/596; Palandt, Einf. AGBG, Rz.3; davon geht anscheinend die Kommission in ihrem Bericht v.27.4.2000 aus, KOM (2000), 248 endg., S.14 aus; zw. allerdings nur generell zu einer alleinigen oder vorherrschenden Prüfung nach der ökonomischen Analyse (Beherrschungs- und Steuerungsmöglichkeit) bei Art. 3 I Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.45.

schiedener vorformulierter Vertragswerke fest, ohne einen gleichzeitigen wirtschaftlichen Vorteil auf Seiten des Verwenders zu fordern.

Für erstere Ansicht spricht, daß sich die durch Vermeidung des Aushandeln jedes einzelnen Vertrages eingesparten Transaktionskosten erst bei mehrfacher Verwendung von den Standardklauseln zu einem finanziellen Vorteil summieren, der den Zeit- und Kostenaufwand für die Ausarbeitung umfangreicher Klauselwerke rechtfertigt. Die Mißbrauchsgefahr bei AGB liegt darin, daß der Verwender einen wesentlich höheren Zeit- und Kostenaufwand treiben kann, um für ihn günstige Klauseln zu finden, als der Kunde, der den betreffenden Vertrag idR nur einmal abschließt, und für den sich eine genaue Beschäftigung mit dem Vertragsinhalt wirtschaftlich nicht lohnt³¹⁰.

Gegen eine Beschränkung des ökonomischen Gedankens auf AGB spricht aber, daß auf der Kundenseite bei vorformulierten Einzelverträgen ökonomisch gesehen die gleiche Situation gegeben ist wie bei Standardverträgen bzw. AGB. Der Kunde sieht sich in beiden Fällen mit einem vorformulierten Klauselwerk konfrontiert, bei dem sich eine genaue Beschäftigung mit allen (Neben-)Bedingungen für ihn aus ökonomischen Gründen nicht lohnt. Ob Einzelvertrag oder AGB macht für ihn keinen Unterschied – ein Marktversagen aufgrund eines Informationsdefizits ist also genauso denkbar³¹¹. Auch bei vorformulierten Einzelverträgen liegt eine asymmetrische Informationslage vor: der Verwender kann Rechtsrat bei der Ausarbeitung in Anspruch nehmen, während der Kunde bei Vertragsabschluß in der Regel kurzfristig entscheiden muß, ob der den Vertrag in dieser Form abschließen will oder nicht (take-it-or-leave-it)³¹². Zudem spart der Gewerbetreibende auch bei vorformulierten Einzelverträgen Transaktionskosten für eine Aushandeln der Vertragsbedingungen, auch wenn hier das Rationalisierungsinteresse des Verwenders nicht ganz so ausschlaggebend ist, so daß die Gefahr vorformulierter Einzelverträge mit ungleichen Risikoverteilungen in der Praxis geringer ist, weil sie sich ökonomisch für den Verwender eben weniger lohnen³¹³.

Diese Frage muß hier nicht abschließend entschieden werden. Denn zum einen sind die Vertragsbedingungen, insbesondere bei komplexen Finanzdienstleistungsverträgen, regelmäßig nicht als Einzelverträge sondern als AGB für eine mehrfache Verwendung gestaltet³¹⁴; in diesen Fällen gilt das ökonomische Argument. Zum anderen ist jedenfalls bei gleichzeitigem Vorliegen von Vorformulierung und einem Vertrag zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden auch bei Einzelverträgen von einem – die Inhaltskontrolle recht-

³¹⁰ Graf, S.14 f. ("Kostenasymmetrie"); Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 482 – bei vorformulierten Standardverträgen ist auch empirisch belegbar, daß bei diesen regelmäßig kein Aushandeln im einzelnen stattfindet; die KlauselRL folgt dem tatsächl. Erfahrungssatz mit Beweislastregel in Art. 3 II, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.29.

³¹¹ Gegenüber einem Kunden, der über den Inhalt nicht im einzelnen ausgehandelter Individualklauseln bzw. eines vorformulierten Einzelvertrages informiert ist, ließen sich ungünstige Bedingungen nicht verkaufen, so daß der Gewerbetreibende auch hier bei einem funktionierenden Wettbewerb gezwungen wäre, kundenfreundlich zu gestalten, um auf dem Markt einen Käufer zu finden.

³¹² "Überrumpelung", vgl. Kramer, ÖJZ 1980, S.233 ff., 234; selbst Fastrich gibt zu, daß diese "intellektuelle Unterlegenheit" in gewissem Maße grundsätzlich allein aufgrund der Vorformulierung besteht, vgl.S.83.

³¹³ Kommission in ihrer Mitteilung v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.15, bi; daher ist auch ein Aushandeln im einzelnen wahrscheinlicher, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.47.

³¹⁴ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.5: im Versicherungs-, Bank- und Kreditwesen sind zu 100 % AGB's verbreitet.

fertigenden - Informationsgefälle auszugehen. Denn bei privaten Geschäften wird auch nach Art. 2 b eine typischerweise vorliegende geschäftliche Unerfahrenheit des Verbrauchers vermutet, die einen ungleich höheren Aufwand für die Prüfung der Bedingungen bedeutet als seitens des mit dem geschäftlichen Bereich vertrauten Gewerbetreibenden³¹⁵. Aufgrund des vermuteten Erfahrungsvorsprungs des Unternehmers besteht wirtschaftlich gesehen also gerade keine "Waffengleichheit"³¹⁶. Eine – entgegen den typischen Fällen – bestehende besondere Kenntnis des Verbrauchers kann erst im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 4 I zu berücksichtigen sein³¹⁷. Außerdem besteht bei den "normalen Konsumgeschäften" des privaten Bereiches wie bereits oben beschrieben typischerweise ein geringeres wirtschaftliches Interesse an dem einzelnen Vertragsinhalt³¹⁸ und schon aus diesem Grunde kein Interesse an der Aufwendung von Kosten für Information und Klauselvergleiche³¹⁹.

Bei Unternehmern, die in ihrem Geschäftsbereich tätig werden, unterstellt die Richtlinie eine Geschäftserfahrung und eine größere Wahrscheinlichkeit, daß sie die Vertragsbedingungen lesen, verstehen, und deren Gefahren erkennen³²⁰ - Gewerbetreibende fallen aus dem Schutzbereich heraus. Aufgrund der Einbettung des Geschäftes in die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit besteht –ökonomisch gesehen- ein größeres Interesse, die Vertragsrisiken abzuwägen und mit Alternativen zu vergleichen, um das wirtschaftliche Ergebnis zu optimieren³²¹.

bbb) Art. 4 II, 5 – Sicherstellung der freien Marktentscheidung durch Herstellung einer Produkt- und Markttransparenz

Der ökonomische Ansatzpunkt läßt sich neben einigen Andeutungen in den Richtliniendokumenten³²² auch am Richtlinienentext festmachen³²³: Die Mißbräuchlichkeitskontrolle ist nur insoweit als Eingriff in den freien Wettbewerb und der Vertragsautonomie gerechtfertigt, als sie als Ausgleich zu einem bestehenden Informationsdefizit erforderlich ist. Bei solchen Vertragsbedingungen, bei denen bei ökonomisch vernünftig denkenden Verbrauchern davon auszugehen ist, daß diese sich vor ihrer Entscheidung, einen Vertrag mit einem bestimmten Anbieter zu schließen, mit ihnen vertraut machen, mit anderen Produktangeboten vergleichen, und also in ihre Auswahlentscheidung mit einbeziehen, kann eine Inhaltskontrolle dann wegen des funktionierenden Qualitätswettbewerbs entfallen. Hin-

³¹⁵ Der Vorteil, den sich der Verwender durch die Vorformulierung verschafft, wird jedenfalls dann rechtlich erheblich, wenn der andere Vertragsteil ein Verbraucher ist, vgl. allgemein Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 39 ff.; Preis, ZHR 158 (1994), S.567 ff., 593 (typisierte Schutzbedürftigkeit); so z.B. auch die Wertung des deutschen Gesetzgebers, der die Vorformulierung nur bei Verbraucherverträgen nach § 310 III Nr. 2 BGB (§24a Nr.2 AGBG a.F.) ausreichen läßt.

³¹⁶ So aber für den Individualvertrag Fastrich, S.84 und 100/101 (allerdings nicht speziell bezogen auf Verbrauchergeschäfte).

³¹⁷ AA anscheinend Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 140, die schon keine Informationssymmetrie annimmt.

³¹⁸ Besonders deutlich ist dies bei Alltagsgeschäften wie z.B. Brötchen-Kaufen; vgl. auch die Beispiele bei Fastrich, S.84: von einem vernünftig denkenden Kunden ist z.B. nicht zu erwarten, daß er von Werkstatt zu Werkstatt läuft um sich über die jeweiligen Reparaturbedingungen zu informieren und die verschiedenen Preis-Leistungsverhältnisse zu vergleichen; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.6 m.w.Nachw.

³¹⁹ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.22.

³²⁰ Vgl. Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 578.

³²¹ MüKo-Basedow, §24 I AGBG, Rz.22.

³²² Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 555 endg., S.2, Nr.7 und 9; Begründung zum RL-Vorschlag von 1990, S.7.

³²³ Vgl. auch Erwägungen der Kommission in ihrem Bericht v.27.4.2000 aus, KOM (2000), 248 endg., S.14.

sichtlich dieser Klauseln muß aber sichergestellt werden, daß der Kunde sich über diesen Bereich des Vertrages klar und verständlich informieren kann³²⁴. Die Kontrolle beschränkt sich also insoweit auf die Transparenz, um die Wettbewerbskontrolle sicherzustellen.

Dieser Grundgedanke (Transparenzkontrolle statt Inhaltskontrolle) wird besonders in Art. 4 II der Klauselrichtlinie deutlich³²⁵: Anders als z.B. in § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) wird hier der Informationsaspekt eindeutig festgelegt. Wenn der Verbraucher überhaupt etwas prüft, dann ob die Ware oder Dienstleistung seinen Interessen entspricht und ihm den geforderten Preis wert ist (Hauptgegenstand und Preis-Leistungsverhältnis)³²⁶. Hinsichtlich dieses Kernbereiches ist eine Information des Kunden selbst auch wirtschaftlich vernünftig (Zeit-Geld-Faktor) und zumutbar³²⁷. Insoweit wird ein funktionierender Wettbewerb von der Klauselrichtlinie unwiderleglich vermutet³²⁸. Wird der Kunde nun ausreichend klar und verständlich über diese Punkte informiert, so ist von einem ‘kritischen Abwehrverhalten’ auszugehen³²⁹, d.h. der Verbraucher wird sich bei seiner Marktentscheidung für das für ihn günstigste Produkt entscheiden. Art. 4 II enthält also die Abgrenzung, wann nach ökonomischen Gesichtspunkten die transparente Gestaltung als Informationsmöglichkeit des Verbrauchers ausreicht. Bei Sicherstellung der Transparenz hinsichtlich des Hauptgegenstandes und Preis-Leistungsverhältnisses kann nach Art. 4 II von einer freien und eigenverantwortlichen Marktentscheidung der Verbraucher ausgegangen werden. Eine Mißbräuchlichkeitskontrolle ist mangels Informationsdefizit entbehrlich, und der Wettbewerb übt eine regulierende Funktion aus³³⁰.

Der marktorientierte Ansatz der Klauselrichtlinie wird auch durch den über das Detailziel Individualschutz der Verbraucher vor nachteiligen Klauseln hinausgehenden wirtschaftsrechtlichen Aspekt der Klauselrichtlinie deutlich: das Globalziel der Binnenmarktförderung³³¹ (Art. 100 a EG-V a.F., Art. 95 n.F.), d.h. der Förderung grenzüberschreitender Geschäfte, soll durch Anstreben einer Vergleichbarkeit von in- und ausländischen Produkten erreicht werden³³². Sowohl die Verbraucher als auch die Anbieter sollen auf ein Mindestmaß gleicher Kontrollregelungen bzw. Wettbewerbsbedingungen vertrauen können³³³. Die Verbesserung der ökonomischen Effizienz der Märkte (sog. Funktionsschutz) ist zudem auch zentrales Ziel der Gemeinschaftsverfassung³³⁴. Ein weiteres Detailziel ist der Schutz des fairen Anbieters vor unfairen Wettbewerbern. Damit hat die Richtlinie auch eine Wettbewerbsdimension: Wettbewerbsverzerrungen durch ungleiche Rechtsvorschriften sollen

³²⁴ Nach Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 24/25 ist Intransparenz das wesentliche Kriterium des Marktversagens, so auch Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 76 f.

³²⁵ Grundmann, 2.10, Rz.34 (trotzdem nach diesem die RL primär bei dem Verbraucherschutz ansetzt, Rz.16).

³²⁶ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 268, 269.

³²⁷ Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 25.

³²⁸ Treten in dem Bereich des Art. 4 II Störungen auf, so müssen diese mit anderen Mitteln als der Klauselkontrolle bekämpft werden, Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946.

³²⁹ Kiendl, S.126.

³³⁰ Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 280; so auch hinsichtlich des deutschen AGBG Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 76; hinsichtlich des Preises kann ein Marktversagen regelmäßig nur aufgrund unlauteren Wettbewerbs oder Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948.

³³¹ EG 5-7; Grundmann, 2.10, Rz.16; Heß, S.86.

³³² Vgl. auch Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692.

³³³ EG 2,3,5,6,7; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 229; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 228 f.; ‘Binnenmarktrelevanz des Verbraucherschutzes’.

³³⁴ Art. 2-4, vgl. Grundmann, JuS 2001, S.529 ff., 532 f.

vermieden werden³³⁵, und der Wettbewerb soll allgemein dadurch gefördert werden, daß gleiche Rechtsvorschriften die Verkaufstätigkeit im gesamten Binnenmarkt erleichtern³³⁶.

Auch über den Bereich des Art. 4 II hinaus wird aus Art. 5 deutlich, daß mit der Klauselrichtlinie generell eine Verbesserung der Transparenz der Vertragsbedingungen angestrebt wird, um sie für den Kunden leichter durchschaubar zu machen. Auch wenn – wie eben dargestellt – der Durchschnittsverbraucher schon aus Zeit- bzw. Kostengründen idR nicht alle Klauseln liest³³⁷, soll dennoch das Erfassen der Tragweite der Rechte und Pflichten für den interessierten Kunden zur Zeit des Vertragsschlusses ermöglicht werden, um den Konditionenwettbewerb zu ermöglichen und zu verbessern, damit der Verbraucher regulierend auf die Marktmechanismen einwirken kann³³⁸. Die Sicherstellung der Markttransparenz ist damit ein grundsätzliches Prinzip der Klauselrichtlinie, das nicht zuletzt auch als Ausgleich für die idR nicht bestehende Aushandlungsmöglichkeit der Vertragsbedingungen seine Berechtigung hat.

d) Ergebnis: kombiniertes Schutz- und Informationsmodell

Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Klauselrichtlinie primär auf den Verbraucherschutz abstellt, ist neben dem situativen Moment des Fehlen eines Aushandelns der ökonomische Gedanke der eigentlich entscheidende Ansatz für eine heteronome Klauselkontrolle. Die Art. 4 II, 5 machen deutlich, daß in jedem Fall Transparenz als Voraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb um alternative Vertragskonzepte erforderlich ist. Darüberhinaus wird der Verbraucher in den Grenzen des Art. 4 II auch hinsichtlich des Klauselinhaltes geschützt, wenn aus ökonomischen Gründen nicht von einem funktionierenden Wettbewerb auszugehen ist und daher die Sicherstellung der Transparenz als Verbraucherschutz nicht ausreicht. Dieses kombinierte Schutz- und Informationsmodell wird auch in dem Richtlinienanhang deutlich: z.B. nach Nr. 1 j soll der Verbraucher (inhaltlich) vor einseitigen Änderungen ohne triftigen Grund geschützt werden, gleichzeitig ist eine Information durch Angabe des Grundes im Vertrag gefordert.

³³⁵ EG 2 und 3.

³³⁶ EG 7, Art. 7 I, vgl. auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 229.

³³⁷ Transparenz mindert zwar die Transaktionskosten für Information über Produktinhalt und Vergleich mit Konkurrenzprodukten, sie werden aber nicht völlig beseitigt, vgl. auch Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 574.

³³⁸ Vgl. zweites Verbraucherschutzprogramm, unter Anhang I 2.; vgl. auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947: 'Ziel des AGB-Rechts muß es sein,den durch informationsbedingtes Marktversagen darniederliegenden Konditionenwettbewerb zu stimulieren.?'; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.6; für den Zusammenhang von Markttransparenz und Marktregulierung durch Wettbewerb vgl. auch Willet/Hird in Cartwright, S.219 ff., 221; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 148.

2. Teil : Anwendung der Klauselrichtlinie auf Finanzprodukte

A Anwendungsbereich

I Persönlicher Anwendungsbereich

Nach Art. 1 I der Klauselrichtlinie fallen alle Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden (im folgenden: Verbrauchervertrag³³⁹) in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Verträge zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen zwei Gewerbetreibenden werden dagegen nicht erfaßt³⁴⁰. Bei einem Verbrauchervertrag ist es unerheblich, ob der Verbraucher auf der Seite des Anbieters oder als Nachfrager auftritt³⁴¹.

In Deutschland fand der Verbraucherbegriff erst mit Umsetzung der europäischen Richtlinien über Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, etc. vermehrt Eingang in das Zivilrecht³⁴². Dagegen gab es in vielen EU-Ländern³⁴³ eine große Tradition von Verbraucherschutzregelungen, wie z.B. in den skandinavischen Mitgliedstaaten, insbesondere aber auch in Frankreich als Hauptvertreter des zweiten in Europa bestehenden "Grundkonzepts" der Klauselkontrolle. Der beschränkte persönliche Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie geht auf die französischen Inhaltskontrollregelungen zurück³⁴⁴; der Verbraucherschutz war aber auch auf Gemeinschaftsebene bereits fest verankert³⁴⁵. Trotz Orientierung an den französischen Inhaltskontrollregelungen sind die Begriffe "Verbraucher" und "Gewerbetreibender" der Klauselrichtlinie europäisch-autonom auszulegen.

1. Allgemeines zur Unterscheidung Verbraucher-Gewerbetreibender

Art. 2 enthält Legaldefinitionen für den Begriff des Verbrauchers (Art. 2 b), und des Gewerbetreibenden (Art. 2 c). Als Verbraucher iSd Art. 2 b) wird eine Person dann geschützt, wenn es sich 1. um eine natürliche Person handelt, die 2. zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese Definition des Verbrauchers deckt sich nahezu wortgleich mit dem Verbraucherbegriff anderer

³³⁹ "Asymmetrische Vertragsverhältnisse", vgl. MüKo -Basedow, § 24 a AGBG, Rz.21.

³⁴⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.23, 24, und Art. 2, Rz.10; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.10 – anders die dt.AGB-Regelungen bis auf § 310 III BGB (§24 a AGBG a.F.); eine Geltung zwischen Verbrauchern und Kaufleuten (§ 310 I BGB, §24 AGBG a.F.) ist aber außerhalb des Anwendungsbereiches der RL zulässig, auf Art. 8 muß nicht zurückgegriffen werden, so aber Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.24.

³⁴¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.22; Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.8, FN 19. Auch die englische Fassung in Art. 2 c) ("seller or supplier") als Umschreibung für den Vertragspartner des Verbrauchers ist daher weit auszulegen, so daß auch Verträge umfaßt werden können, bei denen der Unternehmer etwas kauft; vgl. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93, in der Arbeitsgruppe anläßlich der Brüsseler Konferenz 1999 war nur ein einziger Teilnehmer anderer Meinung, vgl. S.99; enger dagegen Attiyah, law of contracts, S.313- "seller and supplier war die bereits in UCTA 1977 bekannte Formulierung.

³⁴² Erstmals Verbraucherbegriff in § 29 EGBGB durch Gesetz v.25.7.1989, Medicus, FS Kitagawa, S.471 ff., 478 - die Abgrenzung v. Sonderprivatrechtsnormen, die auf den Verbraucherschutz abzielen, wurde bei dem Kaufmannsbegriff vorgehen. (z.B. § 310 I BGB, § 24 AGBG a.F.); allg.zu dt. Verbraucherbegriff, Kilian, S.81 ff.

³⁴³ Dazu oben unter 1. Teil D I 2.

³⁴⁴ Vgl. oben unter 1. Teil D II 1.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem.Rz.32.

³⁴⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.32 : "Gemeinschaftsverbraucherrecht"; ausf.zu Verbraucherbegriff und dessen "Erscheinen" in vielen europäischen Regelungen des Zivil-, Wirtschafts-, Kollisions- und Prozeßrechts, Kapnopoulou, S.21 ff.; neben Richtlinien z.B. in Art. 3 I t), Art. 95 (110a a.F.), Art. 153 (129 a a.F.) EG-V, Art. 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens v.19.6.1980, Art. 13 des EuGVÜ v.26.5.1989.

Verbraucherschutzrichtlinien, wie z.B. der Verbraucher kredit- und der Haustürwiderruf richtlinie³⁴⁶. Im wesentlichen kann daher auch auf die hinsichtlich dieser Regelungen entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden; jedoch muß den unterschiedlichen Normzwecken, die sich schon in den unterschiedlichen Schutzzumfängen zeigen, im Einzelfall Rechnung getragen werden³⁴⁷. Der Schutz der Klauselrichtlinie ist nämlich umfassend, während die anderen Richtlinien von einer besonderen Schutzbedürftigkeit nur im Hinblick auf bestimmte Vertragstypen (z.B. Verbraucher kredit-RL) oder auf bestimmte Absatzarten bzw. Überrumpelungssituationen (z.B. Haustürgeschäfte-RL) ausgehen.

Schließt eine (natürliche oder juristische) Person Verträge im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit, wird diese Person als Gewerbetreibender iSd Art. 2 c) angesehen. Gewerbe³⁴⁸ und Beruf³⁴⁹ müssen europäisch-autonom ausgelegt werden. Indem nach der Klauselrichtlinie ein "Gewerbetreibender" iSd Art. 2 c) sowohl bei gewerblicher als auch bei beruflicher Tätigkeit vorliegt, ist dieser Begriff weiter zu verstehen als ein Gewerbetreibender im eigentlichen Sinn³⁵⁰; der Begriff geht auch weiter als der deutsche Kaufmannsbegriff³⁵¹. Bei Finanzdienstleistern wird es sich regelmäßig um Gewerbetreibende iSd Klauselrichtlinie handeln.

Im Bereich der versicherungsrechtlichen Richtlinien findet sich ein mit verbraucherschützenden Richtlinien vergleichbarer Ansatz, auch wenn der VN grundsätzlich nicht auch

³⁴⁶ Vgl. Art. 1 II a Verbraucher kreditRL 87/102/EWG; Art. 2 1. Spiegelstrich HaustürgeschäfteRL 85/577/EWG; nahezu wortgleich auch in Art. 2 Nr.2 der FernabsatzRL 97/7/EG; Art. 2 d) RL 2002/65/EG über den Fernabsatz v. Finanzdienstleistungen; Art. 1 II der VerbrauchergüterkaufRL 99/44/EG –zu weiteren z.T. sehr ähnlichen, aber auch abweichenden Verbraucherbegriffen anderer RL, vgl. Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 856 f.

³⁴⁷ Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 859.

³⁴⁸ Selbständige planmäßige Tätigkeit auf gewisse Dauer, die auf Gewinnerzielung oder zumindest auf Kostendeckung gerichtet ist, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.13 - eine Gewinnerzielungsabsicht ist nach zutr. Ansicht nicht notwendig, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.26; Schmidt, Handelsrecht, § 9 IV2.d); Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 a AGBG, Rz.16 iV, § 24 Rz.10; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 869; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.13, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.30.

³⁴⁹ Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist und dem Erwerb der Lebensgrundlagen dient - auch unselbständige berufliche Tätigkeiten können die Verbrauchereigenschaft ausschließen, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.9, 15f.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.7,17f.; aA nur für selbst. Tätigkeiten, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.24,29; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 a AGBG, Rz.16, 23 ff.; Faber, ZEuP 1999, S.854 ff., 871 ff. Zwar besteht aus ökonom. Sicht eher bei selbst. Tätigkeiten ein Anreiz zur Klauselkontrolle im Hinblick auf das Geschäftsergebnis, weil nur ein Selbständiger durch planmäßiges Handeln eine Überlegenheit am Markt entwickeln kann, und eher an wirtschaftlicher Optimierung interessiert ist als ein Angestellter mit festem Lohn. Der Wortlaut des Art. 2 u. EG 10 (Ausschluß von Arbeitsverträgen als Schlußfolgerung aus Satz 2, "daher") spricht aber für die hier vertr. Ansicht. Andere Sprachf. (z.B. "activité professionnelle" oder "profession") sind zwar (anders als "employment") gebräuchlicher für freie Berufe (in F allerdings eher "profession libérale"), werden aber auch allg. für "Beruf" verwandt. Außerdem wird in anderen RL z.B. Art. 5 d) ii) Zweite RL Schaden 88/357/EWG, ABl. 1988, Nr.L 172/1 eine freiberufliche Tätigkeit ausdrückl. genannt. Letztlich besteht i.E. häufig kein Unterschied: aufgrund des Schutzzwecks der KlauselRL kann bei unselbst. Tätigen nur bei unmittelbar die Berufstätigk.betr. Verträgen – d.h. Arbeitsvertrag - die Verbrauchereigenschaft verneint werden; nur insoweit besteht aufgr. arbeitsrechtl. Schutzreg. keine Schutzbedürftigkeit, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.15 f. Bei Verträgen, die nur mittelbar die unselbständige Berufsausübung betreffen, wie z.B. der Kauf von Arbeitskleidung, PKW-Kauf für den Arbeitsweg, oder der Abschluß von Versicherungen im Rahmen von Angestellten-Gruppenversicherungen (Fenyves in Krejci, S.537 f., 549 f.), ist der unselbst. Tätige genauso schutzbedürftig wie ein Verbraucher, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.8,13, zumal diese Geschäfte regelm. nicht mit dem Arbeitgeber, sondern mit Dritten abgeschlossen werden, für die arbeitsrechtl. Schutzbest. nicht gelten. Der Art. 2 ist damit tel. auszulegen, nur mittelbar berufsbezogene Geschäfte fallen bei unselbst. Tätigen in Schutzbereich der RL. Nat. Regelungen, die wie z.B. der dt. § 13 BGB oder der österr. § 1 KSchG (dazu Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 877 f.) nur selbst. Handelnde nicht als Verbraucher ansehen, sind als Regelung außerhalb des Anwdgsb. der RL zulässig, ein Rückgriff auf Art. 8 ist nicht erforderlich, so aber Bülow/Arzt, NJW 2000, S.2049 ff., 2050.

³⁵⁰ Der im dt. Recht verwandte Begriff des "Unternehmers" in §§ 310 I, 14 BGB ist deshalb eindeutiger.

³⁵¹ Anders als nach § 1 II HGB auch technische, handwerkliche und landwirtschaftliche Tätigkeiten erfaßt.

Verbraucher sein muß. Dieser vergleichbare Ansatz liegt in der Unterscheidung zwischen Masse- und Großrisiken, wobei bei letzteren ein verminderter Schutz besteht, z.B. hinsichtlich des Umfangs der Informationspflichten³⁵². Die Definition des Großrisikos ist mit dem Begriff des Gewerbetreibenden iSd Klauselrichtlinie ‘verwandt’: ein Großrisiko liegt u.a. dann vor, wenn ‘der Versicherungsnehmer eine Erwerbstätigkeit im industriellen oder gewerblichen Sektor oder eine freiberufliche Tätigkeit ausübt, und das Risiko damit im Zusammenhang steht’³⁵³.

Nach der Klauselrichtlinie wird eine Person nicht generell aufgrund bestimmter Merkmale statusbezogen als Verbraucher oder Gewerbetreibender eingeordnet³⁵⁴, sondern die Richtlinie unterscheidet funktionsbezogen nach der Art des Handelns einer Person im Marktgeschehen³⁵⁵. Es geht nicht um eine persönliche, sondern um eine situative Unterlegenheit einer Person, je nach dem Zweck des Handelns, in der Rolle eines Verbrauchers³⁵⁶. Damit unterstellt die Klauselrichtlinie einem Verbraucher nicht mindere geistige oder intellektuelle Fähigkeiten³⁵⁷, sondern bei Tätigkeiten zu privaten Zwecken wird eine Unterlegenheit aufgrund geringerer Geschäftserfahrung gegenüber dem branchenerfahrenen Gewerbetreibenden³⁵⁸ vermutet.

Da der Zweck des jeweiligen Handelns entscheiden ist, kann ein und dieselbe Person mal als Gewerbetreibender und mal als Verbraucher handeln. Ein Kaufmann oder Freiberufler, der zu privaten Zwecken handelt (z.B. persönlicher und familiärer Versicherungsschutz³⁵⁹, Bankkredit für den Hausbau) gilt als Verbraucher iSd Richtlinie³⁶⁰. Die Klauselrichtlinie geht davon aus, daß auch ein Kaufmann/Freiberufler bei solchen privaten Geschäften - insbesondere bei Alltagsgeschäften - genauso wie jeder andere Kunde in einem Erfahrungsnachteil ist³⁶¹, und zudem bei ökonomischer Betrachtung ein geringeres wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsinhalt hat³⁶².

Für die persönliche Schutzbedürftigkeit ist in einer ex ante-Beurteilung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses iSv Art. 4 I abzustellen, spätere Änderungen des Vertragszwecks

³⁵² Vgl. Art. 43 II 3 Dritte RL Schaden 92/49/EWG, ABl. 1992, Nr.L 228/1; zu der Bedeutung für das Kollisionsrecht, vgl. Grundmann, 4.30, Rz.23; Hübner/Matusche-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 270.

³⁵³ Art. 5 d) ii) Erste RL Schaden idF der Zweiten RL Schaden 88/357/EWG, ABl.1988, Nr.L 172/1.

³⁵⁴ Statusbezogen z.B. die dt. Ausnahme für den Kaufmann in § 24 a.F. AGBG.

³⁵⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.3; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.10; Art. 2, Rz.15 f.

³⁵⁶ Hier wiederum in Abgrenzung zu ‘vertragsspezifischen Schutzkonzepten’ (z.B. Verbraucherkredit-RL) oder der Anknüpfung an bestimmte Absatzformen (z.B. Haustürgeschäfte-RL), vgl. Kilian, S.78.

³⁵⁷ So aber tendenziell Hommelhoff, AcP 192 (1992), S.71 ff., 93 f. (‘Teilentmündigung’); dies wäre weder mit der differenzierten Wirklichkeit, noch mit der Annahme der Privatautonomie grundsätzlich geschäftsfähiger Vertragspartner, noch mit dem Verbraucherleitbild des EuGH vereinbar.

³⁵⁸ Vgl. auch EuGH v.14.3.1991, Rs. C-361/89 (di Pinto), Slg. 1991, I-1189, 1211, insb.Rz.18 (typischerweise vorliegender Erfahrung im Bereich seines Gewerbebetriebes u. der damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte).

³⁵⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.7; EuGH v.14.3.1991, Rs. C-361/89 (di Pinto), Slg. 1991, I-1189, Rz.16: Befriedigung persönlicher oder familiärer Verhältnisse als Verbrauchergeschäfte.

³⁶⁰ Die Voraussetzung der engl. Verbraucherdef. in Sec.12 I c) UCTA 1977, nach der die Güter nach ihrer Art gewöhnlicherweise für den privaten Ver- oder Gebrauch bestimmt sein müssen (dazu Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.132), gilt nicht auf RL-Ebene, Uff in Lonbay, S.163 ff., 167; gleiches gilt für die fast identische Regelung des Sect. 3 des irischen Sale of Goods and Supply of Services Act von 1980, dazu Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 292 – beide Gesetze gelten neben den Umsetzungsregeln.

³⁶¹ Preis ZHR 158 (1994), S.567 ff., 593 f.; Soergel/Stein, § 9 AGBG, Rz.11 (f.dt.Recht).

³⁶² Vgl.oben unter 1.Teil D II 3.c)bb)aaa.)

haben keinen Einfluß³⁶³. Eine Person, die einen Kredit zunächst für private Zwecke aufnimmt, das Geld dann aber in sein Geschäft steckt, gilt damit zwar weiterhin als Verbraucher iSd Richtlinie, muß sich aber uU den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gefallen lassen³⁶⁴. Nach Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie sind objektiv erkennbare Vorbereitungshandlungen für die spätere Ausübung eines Gewerbes/Berufes, wie z.B. ein Existenzgründungsdarlehen noch als Verbrauchergeschäfte anzusehen³⁶⁵. Denn auf der Ebene der Vorbereitung kann – anders als bei Aufgabe- oder Beendigungshandlungen³⁶⁶ – typischerweise noch nicht von einer Geschäft- oder Branchenerfahrung in dem gewerblichen oder beruflichen Bereich ausgegangen werden. Bei Vorbereitungshandlungen besteht darüber hinaus auch die Gefahr, daß sie nicht zum Erfolg führen³⁶⁷, der Übergang von der Verbraucherebene zu der des Gewerbetreibenden also gerade nicht vollzogen wird. Die Verbrauchereigenschaft ist also – entgegen dem EuGH³⁶⁸ – nur bei bereits ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen. Dies wird aus anderen Sprachfassungen des Art. 2 b), die genauso wie bei Art. 2 c) von Verträgen ‘im Rahmen’ der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit sprechen³⁶⁹, deutlicher als aus dem deutschen Wortlaut (‘zugerechnet’).

2. Verträge außerhalb des typischen Geschäftsbereiches des Gewerbetreibenden

Fraglich ist, ob ein Gewerbetreibender bei Abschluß eines Vertrages, der nicht zu den typischen Geschäften seines Gewerbes gehört, oder ein branchenfremdes Nebengeschäft darstellt, unter den persönlichen Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie fallen kann. Die gleiche Frage stellt sich bei Verträgen, die nur mittelbar der Berufsausübung dienen³⁷⁰. Werden ein Einzelhandelskaufmann oder ein Rechtsanwalt, die eine Hausratsversicherung für ihre Geschäfts- bzw. Büroräume oder sonstige Versicherungen abschließen, einen Kredit aufnehmen, oder Schreibutensilien kaufen, als Gewerbetreibende behandelt, oder fallen sie als Verbraucher unter den Schutz der Richtlinie³⁷¹? Im Folgenden soll zunächst die Rechtslage in Frankreich dargestellt werden, da diese als ‘Vorbild’ für den persönlichen

³⁶³ Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 866; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.6; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2191

³⁶⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.6

³⁶⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.14; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.8 (so auch in Österreich und Frankreich); in Österreich ist dies ausdrücklich in § 1 III Konsumentenschutzgesetz geregelt (dazu Koziol/Welser, S.513 m.w.Nachw.); ähnl. auch der dt. § 8 IV5 VVG und ursprüngl. § 1 VerbrkrG a.F. (‘bereits ausgeübte...’) formuliert – nicht mehr in §§ 13,14 BGB); aA MüKo-Basedow, §24a AGBG, Rz.31; differenzierend Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 890.

³⁶⁶ EuGHv.14.3.1991, Rs. C-361/89 (di Pinto), Slg. 1991 I, S.1189 ff., Rz.15 f.– Verkauf des Gewerbetriebs inklusive des damit zusammenh.Inserats in Zeitung ist kein Verbrauchergeschäft – es komme nicht darauf an, ob der Vertrag im Rahmen des ‘laufenden Geschäftsbetriebes’ geschlossen wird.

³⁶⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.7

³⁶⁸ EuGH lehnt Verbrauchereigenschaft iSd Art. 13,14 EuGVÜ bei Vorbereitungshandlungen ab, Urteil v.3.7.1997, Rs. C-269/95 (Benincasa./Dentalkit), Slg. 1997, I-3767, Rz.17 f. – statt des EuGVÜ gilt seit dem 1.3.2002 für alle Mitgliedst. m. Ausn. Dänemarks die Verordnung (EG) Nr.44/2001 v. 22.12.2000 über die gerichtl. Zust.u. die Anerkennung u.Vollstreckung v. Entscheidungen in Zivil- Handelssachen, ABl.2001, Nr.L 12/1, Art. 15 ff.

³⁶⁹ Franz. (‘dans la cadre’); ital. (‘quadro della sua attività’); ähnlich englische Fassung (Art. 2 b) ‘outside his trade, business or profession’ – Art. 2 c) ‘relating to his trade...’).

³⁷⁰ Diese Frage stellt sich nur bei Selbständigen, weil bei unselbständig Tätigen – unabhängig davon, ob ‘Beruf’ iSd RL auch unselbst. Tätigkeiten erfaßt (str.) – schon nach Sinn und Zweck der RL Geschäfte, die nur mittelbar mit der Tätigkeit in Zusammenhang stehen, unter den Schutzbereich fallen müssen, dazu oben unter 2.Teil A I I.

³⁷¹ Im Ergebnis ist es unwichtig, ob eine Person bei atypischen Geschäften als Verbraucher iSd Art. 2 b) bewertet wird, oder ob es in Wahrheit um eine ausnahmsweise Aufnahme eines Gewerbetreibenden iSd Art. 2 c) in den persönlichen Schutzbereich der RL geht.

Schutzbereich der Klauselrichtlinie diene und dort unter bestimmten Voraussetzungen auch Gewerbetreibende geschützt werden³⁷².

a) “Non-professionnel” in Frankreich

Genauso wie fast alle französischen Verbraucherschutzgesetze galten und gelten die Inhaltskontrollregelungen nach Art. L 132-1 ff. Code de la Consommation in persönlicher Hinsicht für “contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs”. Mangels Legaldefinition mußte die Rechtsprechung die Definition der Begriffe übernehmen³⁷³. Nach der Rechtsprechung ist für die Unterscheidung von Verbrauchern (“consommateurs”) und Unternehmern (“professionnels”) entscheidend, ob ein Vertrag für berufliche oder private Zwecke geschlossen wurde. Unter einem Verbraucher (“consommateur”) wird diejenige Person – unabhängig, ob als natürliche oder juristische Person zu qualifizieren³⁷⁴ – verstanden, die allein private Zwecke verfolgt und die Produkte und Dienstleistungen für seine rein private Verwendung anschafft bzw. in Anspruch nimmt³⁷⁵. Ein Unternehmer (“professionnel”) ist jede natürliche oder juristische Person³⁷⁶, “qui contracte dans l’ exercice de sa profession³⁷⁷”.

Eine Besonderheit des französischen Gesetzes, die auf die Entstehungsgeschichte zurückzuführen ist³⁷⁸, besteht darin, daß nicht nur “consommateur” und “professionnel”, sondern auch noch der Begriff des “non-professionnel” als schützenswerte Person im Wortlaut erscheint. In der französischen Literatur ist dessen Bedeutung heftig umstritten³⁷⁹: die herrschende Ansicht stützt sich auf die Entstehungsgeschichte und hält die Begriffe “non-professionnel” und “consommateur” für inhaltlich identisch³⁸⁰; nach anderer Ansicht umschreibt “non-professionnel” eine weitere Personengruppe, so daß auch Unternehmer in einigen Fällen von dem Schutz der gesetzlichen Inhaltskontrolle erfaßt werden können³⁸¹.

³⁷² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.32; Art. 2, Rz.10

³⁷³ Da Art. L 132-1C.consom. dem früheren Art. 35 I loi n° 87-23 wörtl.entpricht, ist auch die Rspr. aus dieser Zeit mit heranzuziehen, vgl. Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.298.

³⁷⁴ Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze S.291 ff., 301m.w.Rspr.nachw. in FN 28; es gibt allerdings Tendenzen, jurist. Personen nicht mehr in jedem Fall auch als Verbraucher zu behandeln, vgl. Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.276, m.Rspr.bsp.in FN 10.

³⁷⁵ Im Sinne des privaten Endverbrauchers, vgl. Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 7; Brock, S.11.

³⁷⁶ Ferid/Sonnenberger, S.584, 1 F 823; Brock, S.7

³⁷⁷ Carmet Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 5 ff.; auch ör juristische Personen, Sonnenberger, RIW 1990, S.165 ff., 170, ausf.zu Problematik der Kontrolle der öffentl. Hand, vgl. Sievers, S.78 ff., Brock, S.8 f.; Calais-Auloy, Code de la Consommation, S.121 A 1; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1, 2, S.200; Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.271,276; Morin, VuR 1995, S.381 ff., 383, Gridel, D.1984 chr., S.153 ff., 158 ff.

³⁷⁸ Der Begriff des “non-professionnel” war ursprüngl. nicht in den Gesetzesentwürfen für die Inhaltskontrollregeln des loi n° 87-23 vorhanden (später in Art. L 132-1 ff. C. consom. übernommen), sondern wurde später eingefügt, weil sich Senat (favorisierte “consommateur”) u.Nationalversammlung (für “non-professionnel”) nicht auf einen einzigen Begriff einigen konnten –dies spricht dafür, daß ursprüngl. der franz. Gesetzgeber keine Erweiterung des Schutzbereiches wollte, Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 298; Sievers, S.83; Brock S.12; Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 8, FN 40; Davo, REDC 1995, S.215 ff., 216.

³⁷⁹ Überblick über den Streitstand, vgl. Sievers, S.81 ff.; Starck-Roland-Boyer, Rz.772 ff.

³⁸⁰ Der Begriff “non-professionnel” wäre dann als nähere Def. bzw. Hilfe zur Auslegung des “consommateur” zu verst. ehen, Kleinwächter, RIW 1984, S.690 ff., 694; Ferid/Sonnenberger, S.584, 1 F 824; Commission (vgl. Definition bei Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 9, FN 42); Malinvaud, D. 1981 chr., S.49f.(innerhalb der Vertreter des engen Verbraucherbegriffes ist es str., ob z.B. der private Sparer, der sein Geld anlegt, trotz des Bezuges zu einer erwerbswirtschaftlichen Unternehmung noch als Verbraucher anzusehen ist; z.T.wird der Sparer auch als Anwendungsfall des “non-professionnel”)gesehen).

³⁸¹ Niggemann, S.20 ff., 25; Brock, S.37; Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 7 ff. S.7; tendenziell Terré-Simler-Lequette, Rz.306-1.

Die Rechtsprechung³⁸² folgt der zweiten Ansicht: es können danach grundsätzlich auch Unternehmer, die Rechtsgeschäfte für berufliche Zwecke aber außerhalb ihrer Spezialität bzw. typischen Tätigkeit abschließen, als „non-professionnel“ geschützt werden. Bezüglich der Abgrenzung zwischen „professionnel“ und „non-professionnel“ stellte die Rechtsprechung zunächst auf subjektive Elemente ab und unterschied bis 1995 danach, ob der Unternehmer hinsichtlich des konkreten Rechtsgeschäfts seinem Wissensstand nach einem jeden anderen Verbraucher gleichgestellt war oder nicht. So wird z.B. ein Immobilienmakler, der sich eine Alarmanlage für seine Geschäftsräume kaufen will, als non-professionnel behandelt, weil die Tätigkeit eines Immobilienmaklers „étrangère a la technique très spéciale des systèmes d'alarme“ sind und er sich deshalb bezogen auf den Vertragsinhalt „dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur“ befindet³⁸³. Bei dieser ständigen Rechtsprechung einer sehr weiten Auslegung des persönlichen Schutzbereiches³⁸⁴ fielen häufig Unternehmer aufgrund subjektiver Gesichtspunkte unter den Schutzbereich der Inhaltskontrollregelungen³⁸⁵.

Nur vereinzelt deutete sich an, daß die Rechtsprechung nicht nur nach rein subjektiven Gesichtspunkten abgrenzt, sondern daß auch objektive Kriterien eine Rolle spielen könnten: so wurde in einer Entscheidung des Cour de Cassation vom 15.4.1986³⁸⁶ ein Versicherungsmakler, der einen Vertrag mit einer Werbeagentur über Werbung für sein Büro abschloß, nicht als non-professionnel anerkannt. Als Begründung in Abgrenzung zu der o.g. Entscheidung hinsichtlich des Immobilienmaklers gab der Cour de Cassation später in seinem Jahresbericht 1987 neben der besonderen Technologie der Alarmanlage an, daß der Versicherungsmakler den Werbevertrag – anders als der Immobilienmakler die Alarmanlage – im Rahmen der normalen Erfordernisse seiner beruflichen Tätigkeit abgeschlossen habe³⁸⁷. Die Branchenfremdheit eines Geschäftes reicht dem Gericht also nicht aus, um einen Unternehmer hinsichtlich des Wissensstandes als non-professionnel, und damit gleich einem Verbraucher, zu qualifizieren. Zusätzlich wurde anscheinend auf den unmittelbaren Zusammenhang und die Notwendigkeit des konkreten Vertrages für den Geschäftsbetrieb abgestellt, wobei die Werbung als Notwendigkeit eines Versicherungsmaklergeschäftes angesehen wird, die Alarmanlage dagegen nicht. Ist der Vertrag notwendig, dann wird eine Kompetenz des Unternehmers erwartet. Die unterinstanzliche Rechtsprechung hielt diesen einschränkenden Ansatz aber nicht immer durch, sondern entschied häu-

³⁸² Ausführliche Darstellung der Entwicklung bei Brock, S.15 ff.

³⁸³ Cass., Civ. I, v.28.04.1987, D. 1988, jur., S.1ff. m.Anm.Delebecque; auch im Rahmen des Gesetzes n° 72-1137 v. 22.12.1972 über Haustürgeschäfte gab es schon in den 80er Jahren die Rspr., daß Geschäftsleute, die Verträge außerhalb ihrer berufl. Spezialität abschließen, von dem persönl. Anwendungsbereich erfaßt sind, da sie sich in der gleichen Lage wie ein unkundiger Verbraucher befinden, vgl. Sievers, S.140; Brock, S.15 - auch ein Heizungsinstallateur, der eine Rechtsschutzversicherung für Streitigkeiten im Rahmen seiner berufl. Tätigkeit abschließt wird hinsichtl. des HaustürwiderrufsG als Verbraucher behandelt, vgl. Cass.Civ.I, v.20.10.1992, JCP 1993 II Nr.22007 m.Anm. Paisant.

³⁸⁴ Kieninger, ZeuP 1996, S.468 ff., 476; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze S.291ff., 299.

³⁸⁵ Weitere Rspr.nachw.bei Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.299 FN 23; Kieninger, ZeuP 1996, S.468 ff, 476, FN 22; Berger-Walliser, RIW 1996, S.459 ff., 461.

³⁸⁶ Cass.Civ. I,v.15.04.1986, D. 1986,IR, S.393 („...en qualité de professionnel de l'assurance et pour la publicité de son cabinet“).

³⁸⁷ „A agi pour les besoins de son activité professionnelle“, Sievers, S.87.

fig ohne Abgrenzung nach geschäftlichen Nowendigkeiten allein nach den subjektiven Grundsätzen³⁸⁸.

Dieser im wesentlichen subjektive Ansatz der Rechtsprechung erwies sich aber als nicht durchzuhalten, weil es sich selten um Klauseln handelt, bei denen es auf den (technischen) Wissensstand hinsichtlich des Produktes ankommt. Bei Haftungs- und Gewährleistungsausschlüssen wie in dem erwähnten Fall des Immobilienmaklers kommt es in Wahrheit nicht auf den Wissensstand hinsichtlich der Technik von Alarmanlagen an, sondern allenfalls auf juristische Fähigkeiten, um den Sinn der Klauseln zu verstehen³⁸⁹. Nachdem es zunächst nur Tendenzen für eine Hinwendung zu einem engeren Schutzbereich in der Rechtsprechung gab³⁹⁰, stellte der Cour de Cassation mit Urteil vom 24.1.1995 (noch vor Umsetzung der Klauselrichtlinie) dann erstmals nur noch darauf ab, ob der konkrete Vertrag objektiv einen direkten Bezug zu der beruflichen Tätigkeit hat (“...un rapport directe avec l’ activité professionnelle exercée par le contractant”)³⁹¹. Auf das subjektive Kriterium der fachlichen bzw. technischen Kompetenz des Unternehmers kommt es dem Gericht nicht an³⁹². In diesem Urteil ging es um die Versorgung einer Buchdruckerei mit Elektizität; trotzdem es sich um ein Geschäft außerhalb der Spezialität eines Buchdruckers handelt, bejahte der Cour de Cassation eine “utilité directement professionnelle”, so daß der Unternehmer als “professionnel” nicht in den Schutzbereich der Inhaltskontrolle fiel.³⁹³

Auch nach der “neuen” Rechtsprechung kann aber theoretisch ein Unternehmer als “non - professionnel” angesehen werden, wenn er Geschäfte tätigt, die außerhalb seiner typischen Geschäftstätigkeit liegen, und wenn diese nur einen indirekten bzw. mittelbaren Zusammenhang (“rapport indirect avec la profession”) zu seinem Geschäftsbetrieb haben³⁹⁴. In der Praxis besteht daher das Abgrenzungsproblem zwischen direktem und indirektem Bezug zum Geschäftsbetrieb. Vergleicht man dieses Urteil von 1995 mit den Fällen der grundsätzlich subjektiven Abgrenzung, bei denen bereits zusätzlich auf den unmittelbaren

³⁸⁸ Ob sich ein Unternehmer aufgrund der techn. Komplexität des Vertragsgegenstandes in einer mit dem Verbraucher vergleichbaren Situation befand (“dans le même état d’ ignorance”): z.B. wurde ein Gewächshausbetreiber, der einen Stromlieferungsvertrag abschließt, als “non - professionnel” angesehen, CA Angers, 16.12.1987, D. 1988, Annex zu G.Paisant, chronique, S.253ff., 260; w.Rspr.nachw. bei Kieninger, ZeuP 1996, S.468 ff., 477, FN 24 – vergleichb. Fälle eines Stromlieferungsvertrages für das berufl. Fortkommen werden aber auch aufgrund des unmittelbaren Zusammenhanges mit dem Geschäft als außerhalb des Anwdgsbereiches behandelt, vgl. Nachw. bei Brock, S.20, insb. FN 73.

³⁸⁹ So Kritik v.Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 299; nach Brock, S.34 f.ist die subj. Abgrenzung auch nicht mit dem Gedanken des Verbraucherschutzes der französischen Inhaltskontrollregelungen zu vereinbaren.

³⁹⁰ Einem Kaufmann (kein Bankkaufmann), der außerhalb seiner Spezialität einen Vertrag über Inkassoleistungen mit einer Bank schloß, wurde der Schutz des Art. 132-1 C.consom. versagt, allerdings ohne nähere Begr.(“la convention ayant été conclu entre deux professionnels”), Cass.Com., v.10.5.1994, D. 1995, somm, S.89f. AnmMazeaud;w.Nachw.Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 478, FN 27, Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 29, FN 55.

³⁹¹ Cass.Civ. 1°, 24.01.1995, D 1995, jur., S.327 m.Anm. Paisant; Auszüge und Kommentar bei Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff.; seitdem st.Rspr., vgl.Nachw.bei Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 163 - die Formulierung des “rapport direct” ist im französ. Recht nicht völlig neu, schon seit der Reform von 1989 des loi n° 72-1137 v. 22.12.1972 über Haustürgeschäfte fand sich diese Formulierung in dessen Art. 8 I (“rapport direct avec les activités exercées dans le cadre de...une profession”), jetzt Art. 121-22 IV C.consom.

³⁹² Dieses Urteil wird z.T. als ausdrücklich Abkehr von der subjektiven Abrenzung gewertet, vgl.Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1,2, S.201 – z.T. als nähere Konkretisierung des subj. Kriteriums bezeichnet, vgl.Paisant, D 1995 chr., S.99 ff., 102 (bei rapport direct kann keine Inkompetenz angenommen werden).

³⁹³ Cass. Civ.I v.18.7.2000, D.2000,jur.S.374.

³⁹⁴ “Simple rapport”, Kullmann, RGAT 1996, S.11ff., 29; ders. Anm.zu Cass., RGDA 2000, S.44 ff., 46.

Zusammenhang abgestellt wurde, so besteht im Ergebnis kein wesentlicher Unterschied³⁹⁵. Aus der neuen Richtung der Rechtsprechung ist - wohl auch in Annäherung an den engeren Verbraucherbegriff der Klauselrichtlinie³⁹⁶ - zu erkennen, daß sie den persönlichen Schutzbereich restriktiver auffaßt, und von der durch die Gesetzesformulierung des "non-professionnel" eröffneten Möglichkeit, auch Unternehmer außerhalb ihres typischen Geschäftsbereiches zu schützen, nur in Ausnahmefällen Gebrauch machen will, wobei nicht klar ist, was ein solcher Ausnahmefall sein soll³⁹⁷. Trotz der engeren Auslegung des persönlichen Anwendungsbereiches, die allerdings auch noch nicht vollständig gesichert scheint³⁹⁸, bleibt der französische persönliche Anwendungsbereich aber auch nach der neuen Abgrenzung - zumindest theoretisch - weiter als derjenige der Richtlinie³⁹⁹. War die Rechtsprechung zunächst aufgrund der Gesetzesmaterialien der Inhaltskontrollregelungen eher als entgegen dem Willen des Gesetzgebers anzusehen (s.o.), so änderte sich dies mit Umsetzung der Klauselrichtlinie durch Gesetz n° 95-96 vom 1. Februar 1995. Denn der Gesetzgeber beließ es in Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Formulierung "non-professionnels ou consommateurs", und auch der sonstige leicht veränderte Wortlaut des "neuen" Art. L 132-1 C.consom⁴⁰⁰ sowie die Gesetzesbegründung stellen ein Nebeneinander dieser zwei Personengruppen klar⁴⁰¹.

In der Literatur besteht keine Einigkeit darüber, wie genau der rapport direct zu verstehen und abzugrenzen ist⁴⁰². Fraglich ist, ob ein rapport direct bei Versicherungsverträgen gege-

³⁹⁵ So auch Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 30; ähnlich Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 102 - selbst die Formulierung "rapport direct" tauchte bereits in den Begründungen der Urteile auf, die schwerpunktmäßig nach subjektiven Kriterien abgrenzten; die neueren Urteile stellen aber nur noch auf das objektive Kriterium ab.

³⁹⁶ Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.267 ff., 276, Benabent in ERPL 1995, S.211ff, 219; Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 163 und Kieninger, ZeuP 1996, S.468 ff., 478 - ein zeitl. Zusammenhang besteht jedenfalls.

³⁹⁷ Nachw. zu höchstrichterl. Entscheidungen, die einen rapport direct begründet haben, Brock, S.31; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S. 291 ff., 300 FN 26; anders lautenden Entscheidungen unterinstanzlicher Gerichte in FN 27 und bei Brock S.41, FN 145 - das Revisionsgericht nimmt immer einen direkten Bezug zum Beruf an, wenn der Vertrag "à fins professionnels" geschlossen wurde, vgl. Brock, S.25, FN 95, was nahezu bei jedem Vertrag, der in Ausübung des Berufes geschlossen wird, der Fall ist.

³⁹⁸ Vgl. Rspr.bsp. hinsichtl. des HaustürG v. 1989 bei Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 300 FN 27 - die Formulierung des Cour de Cassation v.18.7.2000, D.2000, jur., S.374 ("les personnes concluant un contrat pour un usage étranger à leur activité professionnelle") bezieht sich wohl nur auf den Verbrauchergerichtsstand Art. 13 EuGVÜ, zumal Art. 13 EuGVÜ- anders als Art. L 132-1 C.consom. - nicht die zusätzl. Personengruppe des "non-professionnel" kennt; die Form. "étranger à son activité professionnelle" findet sich z.B.auch in der Verbraucherdefinition des Art. 2 Haustürgeschäfte-RL 85/577/EWG.

³⁹⁹ Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 300/301; Brock, S.39; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1, Nr. 8, S.208.

⁴⁰⁰ Statt a.F. ("apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs...") wurde nun vor beiden Begriffen jeweils der Artikel "du" eingefügt: "ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur...".

⁴⁰¹ Dabei scheint der Gesetzgeber die "alte" Rspr. der subj. Abgrenzung aus dem Jahr 1987 bestätigen zu wollen, denn seine Formulierungen entsprechen dieser Abgrenzung (z.B. "l'appréciation est donc fonction de la technique propre du professionnel..."; Rapport des l'Assemblée Nationale, Doc.AN, 1994-1995, n° 1775, (Charié),S.12, vgl. Meilhac Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 299, FN 24; Kullmann, RGDA 1999, S.334; der engere Verbraucherbegriff der Rspr.seit 1995 wird nicht erwähnt; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1,2, S.199, legt dies als bewußte Entschdg.für die alte Rspr.aus; die Rspr. bleibt aber auch noch nach Umsetzung der KlauselRL bei dem objektiven Kriterium des rapport direct.

⁴⁰² Lit.ist sich nicht einig, vgl. Kullmann RGAT 1996, S.11 ff., 29 f., FN 28; ders., S.29: rapport direct nur bei Verträgen, die charakteristisch oder unverzichtbar für die geschäftl. Tätigkeit sind -bei Versicherungsverträgen tendiert er dazu, nach Groß- und Masserisiken zu unterscheiden, und alle Masserisiken für schützenswert zu halten, vgl.Anm.zu Cass., RGDA 2000, S.44 ff., 47; nach Brock, S.32 ff., soll es darauf ankommen, ob es sich um einen Vertrag über Waren oder Dienstleistungen handelt, die von dem Unternehmer auch als Privatmann benötigt werden können - um solche "nur zufälligerweise" oder "bei Gelegenheit" im Rahmen seines Gewerbes geschlossenen Verträge handelt es sich, wenn der Unternehmer nicht gewinnorientiert o.zu Zweck, seine Marktstellung zu verbessern oder sein berufl. Fortkommen zu fördern, handelt; nach Terré/ Simler/Lequette, Rz.306-1 ist der Unternehmer als "professionnel"

ben wäre, die ein Unternehmer für sein Unternehmen bzw. Gewerbe/Beruf abschließt (Berufshaftpflicht-, Feuer-, Diebstahls-, Betriebsunterbrechungsversicherung); in diesem Fall wäre dann die Inhaltskontrolle nicht anwendbar. Eine subjektive Abgrenzung danach, ob es sich um einen Versicherungs-Laien handelt oder nicht, kann allenfalls Indiz sein⁴⁰³, aber nach der neuen Rechtsprechung nicht alleiniges Kriterium. Versteht man unter "rapport direct" nur die für den Geschäftsbetrieb charakteristischen Tätigkeiten, so wäre dies bei Versicherungen von Unternehmen regelmäßig zu verneinen; charakteristisch sind Versicherungsverträge nur für Versicherungsunternehmen, Versicherungsmakler und –vermittler. Betrachtet man die o.g. Rechtsprechungsfälle des Cour de Cassation, kann dessen Abgrenzung aber nicht so gemeint sein, weil auch der Bezug von Strom/Elektrizität nicht charakteristisch für eine Buchdruckerei ist; charakteristisch ist da nur das Bücher-Drucken und die Verkaufstätigkeit.

Grenzt man danach ab, ob der Vertrag unverzichtbar bzw. tatsächlich notwendig für die Geschäftstätigkeit ist, so wäre dies für einen Buchdrucker, der seine Maschinen nur mit Elektrizität betreiben kann, der Fall. Dagegen ist es tatsächlich möglich - wenn auch unvernünftig und bei Pflichtversicherungen auch gesetzeswidrig - ein Unternehmen zu führen bzw. Gewerbe/Beruf auszuführen, ohne Versicherungen abzuschließen. Dies könnte dafür sprechen, daß insoweit nur ein indirekter Bezug gegeben ist, mit der Rechtsfolge der Inhaltskontrolle des Versicherungsvertrages nach dem Code de la Consommation. Im Hinblick auf den Schutzzweck des Gesetzes wäre es aber widersprüchlich, wenn in dem Beispiel ein Buchdrucker, der einen Versicherungsvertrag (Feuer- oder sonstige Sach- oder Haftpflichtversicherung) für sein Unternehmen abschließt, bei dieser Abgrenzung als "non-professionnel" geschützt wäre, nicht aber bei dem Bezug von Elektrizität. Auch das Beispiel des Werbevertrages für einen Versicherungsmakler (s.o.), bei dem die Rechtsprechung von der Notwendigkeit für den Geschäftsbetrieb ausging, zeigt, daß die Notwendigkeit offenbar nicht im Sinne von einer nicht wegdenkbaren Voraussetzung für die Durchführung des Geschäftsbetriebes gemeint ist. Es muß daher bei dem Abschluß von Versicherungen, die von jedem vernünftigen Geschäftsmann durchgeführt werden, von einem unmittelbaren Zusammenhang ("rapport direct") zu dem Geschäftsbetrieb ausgegangen werden. Versicherungen sind zwar nicht unverzichtbar oder wesensnotwendig für ein Unternehmen, aber doch in der Praxis für ein Unternehmen mit Anlagen, Ausfallsrisiken, Abnahmerisiken, Feuerrisiko, etc. nicht wegzudenken, insbesondere bei Pflichtversicherungen. Die Rechtsprechung ist dann auch ihrer Tendenz zu einer engen Auffassung des persönlichen Schutzbereiches treu geblieben: der Cour de Cassation kontrollierte eine Versicherung "navigation de plaisance", die u.a. den Diebstahl von Segelbooten eines selbständigen Bootsvermieters absicherte, wegen "rapport direct" zu der beruflichen Tätigkeit nicht auf "clauses abusives"⁴⁰⁴. Soweit es dagegen um Personenversicherungen, wie z.B.

anzusehen bei "contrats nécessaire et inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle spécifique ..."; als "non-professionnel" bei "contrats conclus à l'occasion de l'activité professionnelle du contractant, extérieurs à l'objet spécifique de cette activité".

⁴⁰³ Für subj. Elemente, wie Unerfahrenheit, als Indiz auch Brock, S.36 f.; Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 30.

⁴⁰⁴ Cass.Civ.I v.23.2.1999, RGDA 1999, S.325 ff.- krit.Anm.Kullmann, S.327 ff., 334f.: trotz Schutzbedürftigkeit der "professionnels" sei damit ein "rapport indirect" bei Berufsrisiken praktisch ausgeschlossen; das Urteil zu HaustürwiderrufsG (Art. 8 I des loi n° 72-1137a.F., jetzt Art. 121-22 IV C.consom., stellt ausdrückl. auf "rapport direct" ab), in welchem der Cour de Cassation einen Heizungsinstallateur, der eine Rechtsschutzversicherung für Streitigkeiten im Rahmen seiner berufl. Tätigkeit abschließt, als Verbraucher behandelt, Cass. Civ.I, v.20.10.1992, JCP

Berufsunfähigkeitsversicherungen, geht, die in erster Linie auf die Sicherung des persönlichen Standards zielen, ist in Frankreich davon auszugehen, daß der VN hier unter den persönlichen Schutzbereich der Inhaltskontrollregelungen fällt – jedenfalls ist lediglich von einem “rapport indirect” zu der beruflichen Tätigkeit auszugehen⁴⁰⁵.

b) Weitere rechtsvergleichende Betrachtung

In den einzelnen EU-Ländern ist keine Einigkeit hinsichtlich der Einordnung von Gewerbetreibenden, die außerhalb ihrer typischen Aktivitäten Verträge schließen, zu erkennen. Neben Frankreich kann ein Gewerbetreibender auch noch in anderen Ländern bei untypischen Geschäften als Verbraucher geschützt werden, so z.B.⁴⁰⁶ in Großbritannien, Griechenland⁴⁰⁷, oder Luxemburg⁴⁰⁸. In Großbritannien ist dies allerdings nur bei dem sachlich auf Haftungsbeschränkungs- und Freizeichnungsklauseln beschränkten UCTA 1977 unter bestimmten Voraussetzungen möglich⁴⁰⁹. Die Anwendbarkeit dieses Kontrollgesetzes wird aus der Definition in Sec.12 I abgeleitet, nach der eine Person dann als Verbraucher handelt, wenn er nicht “im Verlauf” eines Geschäftes oder Berufes handelt (“...he neither makes a contract in the course of a business⁴¹⁰ nor holds himself out as doing so...”). Der Begriff “in the course of a business” wird von der Rechtsprechung eng ausgelegt⁴¹¹: nur solche Geschäfte, die einen “integral part of the business carried on” darstellen, fallen nicht in den

1993 II Nr.22007 m.Anm. Paisant, ist nicht o.w. übertragbar: zum einen, weil 1992 noch hauptsächl. auf subj. Kriterien abgestellt wurde und die Rspr. dort generell eine Tendenz zu einem weiteren Schutzbereich hat (vgl. Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 300, FN 27); zum anderen stellt die Inhaltskontrolle einen stärkeren Eingriff in den Vertragsinhalt dar als das Widerrufsrecht bei Haustürgesch., so daß dort u.U. ein strengerer Maßstab für den persönl. Schutzbereich gelten muß.

⁴⁰⁵ UU handelt es sich schon um “consommateur” - mit Entschgd v.7.12.1999, RGDA 2000, S.44 ff. kontrollierte der Cour de Cassation zwar Klauseln einer Berufsunfähigkeitsvers. eines selbständigen Fernfahrers inhaltlich, das Gericht war aber nicht direkt mit der Abgrenzungsfrage der Anwendbarkeit befaßt; anders als Kullmann, in Anm. zu diesem Urteil, S.47, kann man m.E.nicht davon ausgehen, daß das Gericht hier eher einen rapport direct bejaht hätte, denn bei Personenvers. besteht eher eine allg. Tendenz zur inhaltl. Kontrolle, vgl. CA de Chambéry v.22.11.1994, unveröff., vgl. Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 101 FN 21 (Invaliditätsversicherung); CA de Lyon v.28.3.1991, RGAT 1991, S.900 f. m.Anm.Kullmann (Berufsunfähigkeit bei Invalidität); Cass. v.16.1.2001, RGDA 2001, S.293 ff.m.Anm.Kullmann (Berufsunfähigkeit); tribunal de Paris v.1.3.1995, CLAB FR 000140 (Arbeitslosigkeitsvers.); ebenso CA de Nimes, v.19.3.1998, CLAB FR 000766 und 000767 und CA Colmar v.16.6.1995, RGDA 1995, S.625 ff.m.Anm.Bigot.

⁴⁰⁶ Tendenzen auch in Spanien: Fischer, RIW 1998, S.689 ff., 694; Lete, ERPL 1997, S.205 ff., 206; Schlußantrag Mischö v.14.6.2001, Rs. 541/99 und 542/99, Rz.19 - anders noch vor RL-Umsetzung, vgl. Fuchs, S.110 ff.; Mentis, S.290 m.w.Nachw. in FN 3.

⁴⁰⁷ Bewußt besonders weit nach dem VerbraucherschutzG 1994, ausf. Kapnopoulou, S.41 ff., 219 ff.; Alexandridou, GRUR Int. 1996, S.400; Mentis, S.290 f. m.w.Nachw. ; Rokas in Karlsruher Forum 1997, S.117 - jede nat. oder jurist. Person kann ohne Rücksicht auf den Verwendungszweck (privater oder geschäftl.Bedarf) als Verbraucher angesehen werden, wenn sie Letztempfänger bzw.-verbraucher einer Ware oder Dienstleistung ist (nach span. Vorbild, aber ohne dessen Beschränkung auf den priv. Verwdgswzweck) – selbst Unternehmer, die zu geschäftl. Zwecken Waren oder Dienstleistungen als Endabnehmer erwerben, können Verbraucher sein, z.B. bei Bankdarlehen, Fluggesellschaft, die neue Flugzeuge bestellt; ausgeschl. sind nur diejenigen, die Produkte oder Dienstleistungen zur Weiterveräußerung oder Weitergabe erwerben.

⁴⁰⁸ Nach hL kann z.B. eine Gesellschaft dann als Verbraucher angesehen werden, wenn sie Waren für ihr eigenes Vermögen erwirbt, ohne eine wirtschaftliche Aktivität durch Weiterlieferung zu entfalten, vgl. Elvinger, ERPL 1997, S.185 ff., 187 m.w.Nachw.

⁴⁰⁹ Dazu Zweigert/Kötz, 1996, S.338; Diedrich, VuR 1995, S.399 ff., 409 – es handelt sich im den nach dem Wortlaut auf Verbraucherverträge beschränkten Sec.3 UCTA.

⁴¹⁰ Zu “business” gehört nach Sec.14 .a. auch “a profession”.

⁴¹¹ Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 229 – indem die Rspr. jedenfalls auch kleinere Unternehmen als Verbraucher behandelt, weicht sie von dem Bericht der Law Commission aus dem Jahr 1975 ab (bei Miller/Harvey/Parry, S.359), der zwar auch vorsah, daß Käufer, die für andere als private Zwecke kaufen, in Einzelfällen wie Verbraucher behandelt werden sollen (Punkt 83), dann aber zwei Alt. vorschlägt (Punkt 84): den Begriff “consumer sale” weit auszulegen, oder solche Käufe eines Unternehmers dem “reasonableness”-test zu unterwerfen. Die Rspr.wählte weiten Verbraucherbegriff, obwohl der UCTA 1977 grdstzl. der 2. Möglichk. folgt, indem z.B. in sec. 6 III, 7 III die gleichen Klauseln, die gegenüber Verbrauchern absolut unwirksam sind, gegenüber einer Person “dealing otherwise than as consumer” dem reasonableness-Test unterworfen werden.

Schutzbereich der Klauselkontrolle. Diese Voraussetzung wurde z.B. bei einem Schiffs- oder Grundstücksmakler abgelehnt, der für geschäftliche Zwecke von einem Händler ein KfZ kauft, so daß dieser als Verbraucher (“as consumer”) geschützt ist⁴¹². Ein wesentlicher Teil des Geschäftes (“integral part of the business”) wird bei dessen gewöhnlichen Handelsaktivitäten angenommen, wobei eine gewisse Regelmäßigkeit erforderlich ist⁴¹³. Nach der Richtlinienumsetzung des UTCC Reg.1999 (idF 2001) wird die Verbrauchereigenschaft aber schon dann ausgeschlossen, wenn eine Person Verträge “relating to his trade, business or profession” schließt. Es ist davon auszugehen, daß dies weiter verstanden wird als “in the course of a business”⁴¹⁴, so daß auch bei untypischen Geschäften die Kontrollregelungen nicht (persönlich) anwendbar sind.

In anderen Mitgliedstaaten wie beispielsweise⁴¹⁵ Deutschland, Österreich⁴¹⁶, Schweden⁴¹⁷ und wohl auch Italien⁴¹⁸ wird dagegen eine strikte Zweiteilung vorgenommen, so daß eine Person nur entweder Verbraucher oder Gewerbetreibender sein kann.

Damit werden auch in Ländern mit jeweils großer Verbraucherrechtstradition wie Frankreich und Schweden unterschiedliche Maßstäbe angesetzt. Aus dem Rechtsvergleich lassen sich folglich weder gemeinsamen Grundsätze erkennen, noch fügt sich eine der hier genannten Rechtsordnungen besonders gut in das Kontrollsystem der Klauselrichtlinie ein, so daß sie als “überlegenste” Rechtsordnung bezeichnet werden könnte. Allenfalls sind die Länder der erstgenannten Tendenz aufgrund des engeren Richtlinienwortlautes weniger zu berücksichtigen. Wie sich gleich zeigen wird (unter c), ist insbesondere auch das französische Verständnis trotz Vorbildfunktion nicht auf die Klauselrichtlinie übertragbar.

c) Klauselrichtlinie

Der Schutz eines Gewerbetreibenden, der ungewöhnliche, branchenfremde Geschäfte tätigt, wäre dann möglich, wenn man die Formulierung “im Rahmen” des Art. 2 c) so eng

⁴¹² R & B Customs Brokers Co Ltd v United Dominions Trust Ltd (1988) 1 All ER 847, Court of Appeal, abgedr. bei Miller/Harvey/Parry, S.357 ff., 358 - die Entscheidung ist ausdrückl. auf den Fall einer private company beschränkt, der letzte Abs. läßt die Anwendung der Grundsätze auch auf eine Einzelperson offen; diese Rspr. wird nur vereinzelt angezweifelt, vgl. Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 41.

⁴¹³ Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 229; und o.g. Urteil, S.358: zwei- bis dreimaliger Autokauf eines Schiffsmaklerunternehmens reiche nicht; auch bei einem einmaligen Geschäft (“one-off-trade venture”) könne ein “integral part” gegeben sein, wenn es selbst ein “trade or business” darstellt; weitere Nachw. mit gleichem Ergebnis bei Miller/Harvey/Parry, S.358.

⁴¹⁴ So Beatson, ZEuP 1998, S.957ff., 962.

⁴¹⁵ Hondius, VuR 1996, S.295 ff., 296 erwartet für die Niederlande eine Abweichung von der franz.Rspr.

⁴¹⁶ Es wird gemäß § 1 II KSchG rein schemat. nach der Zugehörigkeit des Geschäftes zu einem Betrieb unterschieden, keine analoge Anwendung auf Unternehmer, vgl. Kiendl, S.95; Reindl, RIW 1986, S.669; Fenyves in Krejci, S.537 ff., 547f. – trotz Ermächtigung durch die Gesetzesbegr. für unterlegene Unternehmer, Zweigert/Kötz, 1984, S.17 u. Fenyves, ebenda, S.548.

⁴¹⁷ Verbraucher war vor RL-Erlaß nur der private Endverbraucher – Gewerbetreibender galt auch dann nicht als Verbraucher, wenn er außerhalb des Rahmens seiner gewerbsmäß. Tätigkeit als Privatperson handelt, Bernitz, ZHR 138 (1974), S.336 ff., 340 und 358 (keine Ausn. für Kleingewerbetreibende).

⁴¹⁸ Alpa, FS Reich, S.555 ff., 557 – es gab aber auch abw. Tend.: nach Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 166 ließe die Verbraucherdef. in Art. 2 a RahmenG für Verbraucherschutz n° 281 v.30.7. 1998 eine weitgehendere Deutung zu; das ital. Verfassungsgericht wurde mit der Frage befaßt, ob die Schutzbereichsbeschr. auf Verbraucher als Ungleichbehandlung Gewerbetreibender in Unterlegenheitssituationen verfassungswidrig ist – es war aber nicht mit der Frage befaßt, ob ein Gewerbetreibender bei untyp. Geschäften als Verbraucher angesehen werden kann, Alpa, Konferenzunterlagen, S.53 ff., 56 f.

verstehen könnte, daß nur typische bzw. gewöhnliche Geschäfte und unmittelbar die Berufsausübung betreffende Verträge erfaßt werden. Für diese Lösung würde sprechen, daß z.B. ein Einzelhandelskaufmann, der eine Feuer- oder Diebstahlsversicherung für sein Geschäft abschließt, in Bezug auf den konkreten Vertrag - die Versicherung - genauso unerfahren ist wie ein Verbraucher iSd Art. 2 b), bei dem diese Geschäftserfahrung vermutet wird. Die Formulierung "im Rahmen" deutet aber auf ein weiteres Verständnis hin. Auch andere Sprachfassungen⁴¹⁹ gehen in diese Richtung und sprechen insbesondere nicht – wie in Frankreich die oben dargestellte Rechtsprechung- von einem "direkten Bezug" zu der Geschäfts- oder Berufstätigkeit; selbst die französische Textfassung enthält kein "rapport direct", sondern spricht allein von "dans le cadre" (im Rahmen)⁴²⁰. Schon dieser von Anfang an andere Wortlaut der Richtlinie zeigt, daß die französische Abgrenzung nicht für die europäische Ebene herangezogen werden kann⁴²¹, auch wenn sich die Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich an französischen Kontrollregelungen orientierte. Das französische Verständnis des persönlichen Schutzbereichs, das sich außerdem – wie gezeigt – ohnehin an der Klauselrichtlinie orientiert, ist aber auch aus dem Grund nicht übertragbar, weil die Richtlinie anders als die französische Regelung ("consommateur ou non-professionnel") nur zwei und nicht drei Personengruppen kennt. Eine Person kann also im Wege des Entweder-Oder-Prinzips nur einer Gruppe als Verbraucher oder als Gewerbetreibender zugeordnet werden, es gibt aber nicht die Möglichkeit, daß eine Person, welche Verträge zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken abschließt (Gewerbetreibender iSd Art. 2 c), bei bestimmten Geschäften als Verbraucher behandelt wird⁴²². Je nach Personengruppe, die sich nach dem Zweck des Geschäftes richtet, wird dann die Schutzbedürftigkeit bzw. die Geschäftserfahrung vermutet oder nicht⁴²³. Dieses Konzept mag zwar zu kritisieren sein⁴²⁴, ist aber geltendes Richtlinienrecht.

Auch der EuGH, der generell den persönlichen Schutzbereich bei Verbraucherregelungen schutzzweckbezogen und eng auslegt⁴²⁵, hielt bei dem Parallelproblem des Art. 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG den diesbezüglich ebenfalls weiteren französi-

⁴¹⁹ Def.Art. 2 c) für Gewerbetreibenden - ital.: "qualsiasi persona... che...agisce nel quadro (Rahmen) della sua attività professionale..."; span.: "toda persona...que...actúe dentro del marco (Rahmen) de su actividad profesional..." – bes.deutlich wird der weite Bezug in der engl.Version: "any ...person who...is acting for purposes relating to his trade, business or profession..."; die – wie oben erwähnt- auch weit verstanden wird.

⁴²⁰ Franz.für "professionnel": "toute personne...qui...agit dans le cadre de son activité professionnelle...".

⁴²¹ I.E. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.8, für engere Auslegung der RL auch Lambert-Faivre, S.122; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.10.

⁴²² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.15: spiegelbildliche Definitionen; dies wird besonders in den Sprachfassungen deutlich, die sowohl in Art. 2 b) als auch in 2c) "im Rahmen" (franz: "dans le cadre", ital.: "quadro") lauten: ein Geschäft befindet sich also entweder innerhalb oder außerhalb des geschäftl. Rahmens – ähnl. deutlich die engl. Fassung: "outside" (Art. 2 b) oder "relating to his trade" (Art. 2 c).

⁴²³ "Konzept der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz", vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.8 f.; Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969.

⁴²⁴ So selbst die Kommission in ihrem Bericht v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.36 - wie gezeigt, wären an sich Gewerbetreibende nach ökonom. Erwägungen ebenfalls generell schutzbedürftig, *1.Teil D II3.c)aa*); nach Kullman, RGAT 1996, S.11 ff.,32 ff, 37 ff. ist der bes.Schutz von Laien wie ältere franz.Rspr.vorzuziehen; tend.auch Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 483 - Kullmann, Anm.zu Cass. v.7.12.1999, RGDA 2000, S.44 ff., 47 schlägt für franz.Recht eine Abgr. nach Groß- und Masserisiken vor, wobei er letztere unter die Art. 132-1 ff. C.consom. fassen will ; diese Unterscheidung hat zwar insb. auch aus ökonom. Sicht einiges für sich u. ist auch in den versicherungsrechtl. RL enthalten; de lege lata ist sie jedenfalls auf RL-Ebene aber nicht möglich.

⁴²⁵ Z.B.EuGH v.3.7.1997, Rs.C-269/95 (Benincasa./Dentalkit), Slg. 1997, I-3767, Rz.16; Zusammenfassung und zust. Erläuterung bei Schulte-Nölke in Schulte, S.143 ff., 154 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.12.

schen Verbraucherbegriff⁴²⁶ zwar für zulässig; er wies aber eine weite Auslegung der Richtlinie ähnlich der französischen Rechtsprechung zurück, und ging davon aus, daß ein Zusammenhang zu der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit genüge⁴²⁷. Dieser Zusammenhang (‘im Rahmen’ iSd Art. 2 c) ist bei allen Verträgen gegeben, die der Durchführung und Ausübung der eigenen⁴²⁸ gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit dienen oder sonst objektiv einen sachlichen Bezug erkennen lassen⁴²⁹, der auch bei Geschäften mit Ausnahmecharakter bzw. branchenfremden Nebengeschäften gegeben ist. Auf die Erfahrung mit dem konkreten Geschäft bzw. auf konkrete Fachkenntnisse kommt es nicht an⁴³⁰. Bei Gewerbetreibenden ist der Gedanke des deutschen und österreichischen⁴³¹ § 344 HGB als Beweislastregel in Zweifelsfällen heranzuziehen, der zwar nicht kraft Verweisung auf das nationale Recht, aber aufgrund der Sachnähe auch bei autonomer Auslegung der Richtlinie anwendbar ist⁴³².

Obwohl das französische Konzept mit der Möglichkeit des Schutzes eines ‘non-professionnel’ bei ‘rapport indirect’ nicht übertragen werden kann, sind m.E. auch nach der Klauselrichtlinie Selbständige/Gewerbetreibende, die persönliche Risiken durch Personenversicherungen absichern - z.B. Berufsunfähigkeits-, Unfall-, Lebens-, oder Krankenversicherung -, als Verbraucher geschützt. Bei unselbständig tätigen Arbeitnehmern ergibt sich dieser Schluß bei den eben genannten Versicherungen oder auch bei der Arbeitslosenversicherungsversicherung schon daraus, daß nur unmittelbar berufsbezogene Geschäfte von dem Schutzbereich der Klauselrichtlinie ausgenommen sind⁴³³. Bei Selbständigen hat zwar letztlich jede Versicherung (z.B. auch Diebstahlversicherung) neben dem unmittelbaren Zweck, durch Deckung von Geschäfts-/Berufsrisiken vor geschäftlichen Verlusten zu schützen, mittelbar auch den Zweck, die Geldmittel für den Privatbereich aus der selbständigen Tätigkeit zu erhalten. Bei diesen lediglich auf den Privatbereich ‘durchschlagenden’

⁴²⁶ Wie oben erläutert, wird bei den franz. Regelungen hinsichtlich Haustürgeschäften genauso wie bei der Inhaltskontrolle nach dem ‘rapport direct’ unterschieden.

⁴²⁷ EuGH v. 14.3.1991, Rs C-361/89 (di Pinto), Slg. 1991, I-1189, Rz.15 (‘keine Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften des laufenden Geschäftsbetriebs und solchen mit Ausnahmecharakter’), das Gericht bewertet einen Vertrag bzgl. Inserat mit Veräußerungsangebot des Unternehmens als Geschäft mit Ausnahmecharakter, es liege aber ein ‘Rechtsgeschäft der Betriebsführung..zur Befriedigung anderer als seiner familiären oder persönlichen Bedürfnisse’ vor, das ‘im Zusammenhang mit der berufl.oder gewerblichen Tätigkeit (iSd Art. 2) stehe’(Rz.16); ein anderes Verständnis der franz.Gerichte sei aber zulässig (Rz.20 ff.)- Diese Rspr. kann grdstl. für KlauselRL herangezogen werden, weil die Verbraucherbegriffe vergleichbar sind, Kilian, S.66; zw. Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 481. Die dt. Formul. der Verbraucherdef. beider RL ist im wesentl. Identisch. soweit in Formul. Unterschiede bestehen, z.B.in franz. Fassung (Art. 2 Haustürgeschäfte-RL: ‘toute personne physique, qui...agit our un unsage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle’; Art. 2 b) Klausel-RL: ‘toute personne phy sique, qui...agit à des fins qui n’ entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle’), wirken sich diese nicht auf das inhaltl. Verständnis aus. Wenn überhaupt, dann müßte der persönl. Schutzbereich der KlauselRL enger verstanden werden als derjenige der Haustürgeschäfte-RL, weil eine Inhaltskontrolle ein stärkerer Eingriff in den Vertragsinhalt bzw. die Vertragsautonomie darstellt als das Widerrufsrecht.

⁴²⁸ Vgl. Art. 2 c): ‘Ihrer’; französisch: ‘son’; italienisch: ‘sua’; spanisch: ‘su’; englisch: ‘his’; zu dem Problem eines ‘Verbraucher-Strohmanns’; vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.20 – nach der engl. Reg. in UCTA 1977 (Sec. 1 III a,12 I) muß es sich nicht notwendigerweise um das eigene Geschäft handeln.

⁴²⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.8, 14, 16, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.19,21.

⁴³⁰ Vgl. auch EuGH v.14.3.1991, Rs. C-361/89 (di Pinto), Slg. 1991, I-1189, Rz.17 f.

⁴³¹ Reindl, RIW 1986, S.669 ff., 670; Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 548

⁴³² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.8,14; Faber,ZEuP 1998; S.854 ff., 866; ähnl. Regelung kennt z.B. das engl. Recht (Sect. 61 I des Sales of Goods Act 1979) - die daraus folgende Beweislast des Verbrauchers für die Verbrauchereigenschaft ist auch in Art. 1,3 KlauselRL ersichtlich, i.E. Palandt-Heinrichs, § 13 BGB, Rz.3; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 18; aA hinsichtl.Parallelproblem bei Art. 13 EVÜ/Art. 29 EGBGB Reithmann/Martiny, Rz.717: i.Zw.Verbrauchergeschäft; diff.: Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.14,22 (bei obj. Bezug zu Gewerbe und Beruf liegt Beweislast bei der Person, die sich auf Verbrauchereigenschaft beruft; sonst i.Zw.Verbrauchergeschäft).

⁴³³ Oben *unter 2.Teil A I I*.

Versicherungen handelt es sich nach Art. 2 aber nicht um Verbrauchergeschäfte, da vielmehr ein sachlicher Zusammenhang mit der gewerblichen/beruflichen Tätigkeit besteht ("im Rahmen"). Bei einer Berufshaftpflichtversicherung, bei der es sich zumeist um eine Pflichtversicherung handelt, oder einer Rechtsschutzversicherung für Streitigkeiten im Rahmen des Geschäftsbetriebes handelt der VN also ebenfalls als Gewerbetreibender iSd Art. 2 c). Die o.g. Personenversicherungen dienen dagegen nach ihrem unmittelbaren Zweck ausschließlich der Absicherung im Privaten. Bei diesen Versicherungen liegt deshalb ein direkter privater Zweck vor, und sie können nicht gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten zugerechnet werden⁴³⁴.

Im Ergebnis besteht daher - jedenfalls bei Versicherungsverträgen - nahezu kein Unterschied zwischen der französischen Abgrenzung und der Klauselrichtlinie, was ein weiterer Beleg für die Annäherung beider Auslegungen ist. Trotz der engen Auslegung des Verbraucherbegriffes im Rahmen der Klauselrichtlinie, sind nationale Regelungen mit einem weiteren persönlichen Schutzbereich (s.o.) außerhalb des Anwendungsbereiches zulässig; auf Art. 8 muß nicht zurückgegriffen werden⁴³⁵.

d) Beschränkung des Verbraucherbegriffs auf natürliche Personen iSd Art. 2 b)

Bei juristischen Personen, die nach deutschem Recht Formkaufleute iSd § 6 HGB sind, oder bei Personenhandelsgesellschaften ist die Verbrauchereigenschaft nicht nur aufgrund des regelmässig anzunehmenden Handelns für gewerbliche Zwecke ausgeschlossen⁴³⁶. Juristische Personen, wie z.B. GmbH, AG, die eine Versicherung abschließen, fallen generell aus dem persönlichen Schutzbereich der Klauselrichtlinie heraus: Verbraucher können nämlich nach Art. 2 b) - übereinstimmend mit einem Teil der gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzregelungen⁴³⁷ - anders als Gewerbetreibende (Art. 2 c) nur "natürliche Personen" sein. Auf die Zweckrichtung kommt es hier nicht an. Das Konzept des größeren Schutzes natürlicher Personen ist z.B. auch in der Dritten RL- Schaden⁴³⁸ zu erkennen, nach der die Informationspflichten gemäß Art. 31 II nur gegenüber natürlichen Personen gelten⁴³⁹.

Das rein formale Kriterium des Art. 2 b) der Klauselrichtlinie ist z.B. bei eingetragenen Idealvereinen (etwa Sportverein), die bei privaten Zwecken trotz Schutzbedürftigkeit aus

⁴³⁴ Bei ausschließl. privatem Zweck kommt es auf einen "rapport indirect" nicht an.

⁴³⁵ So aber Generalanwalt Mischo in seinem Schlußantrag v. 14.6.2001, Rs. 541/99 und 542/99, Rz. 19

⁴³⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz. 11; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz. 15, Kretschmar, S. 115

⁴³⁷ RL-Nachw. bei Faber, ZEuP 1998, S. 854 ff., 856f., 860 f., z.B. auch in Art. 2 d) RL 2002/65/EG über Fernabsatz v. Finanzdienstl. - kein einheitliches Bild: ohne ausdrückl. Beschr. dagegen die allg. gemeinschaftsrechtl. Verbraucherdef. (Kapnopoulou, S. 80, FN 7), die älteren Art. 13 EuGVÜ und Art. 5 EVÜ sowie der darauf aufbauende Art. 29 EGBGB, außerdem Art. 9 b) Produzentenhaftungs-RL 85/374/EWG ("privater Ge- und Verbrauch"), u. RL 84/450/EWG über irref. Werbung; aber auch in Art. 15 I der seit 1.3.2002 statt des EuGVÜ für alle Mitgliedst. m. Ausn. Dänemarks geltenden VO (EG) Nr. 44/2001 v. 22.12.2000 über die gerichtl. Zust. u. Anerkennung u. Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001, Nr. L 12/1 - im verbraucherpolit. Aktionsplan 1993-1995, KOM (93) 378 endg., EG7, und der Verbraucherschutzcharta des Europarats v. 17.5.1973, abgedr. bei v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 447 werden jurist. Personen ausdrückl. in Verbraucherbegriff einbezogen - jedenf. bei Art. 13 EuGVÜ geht der EuGH aber von dem Verständnis als Einzelperson, als "privatem Endverbraucher" aus, Faber, ZEuP 1998, S. 854 ff., 862, der selbst aA ist.

⁴³⁸ RL 92/49/EWG, ABl. 1992, Nr. L 228/1

⁴³⁹ Hinsichtl. der Informationspflichten der Dritten RL Leben, ABl. 1992, Nr. L 360/1, jetzt Vierte RL Leben, ABl. 2002 Nr. L 345/1, besteht diese Beschränkung nicht, vgl. Bach, FS Lorenz, S. 45 ff., 47.

dem Schutzbereich der Klauselrichtlinie herausfallen, nicht sachgerecht⁴⁴⁰. Viele nationale Regelungen, u.a. auch in Frankreich als ursprüngliches "Vorbild" des Schutzbereiches der Klauselrichtlinie, fassen dann auch juristische Personen unter die Inhaltskontrollregelungen⁴⁴¹; eine Abgrenzung zu Gewerbetreibenden erfolgt dort allein aufgrund des vorzuziehenden funktionellen Kriteriums der Zweckbestimmung. In Frankreich kann daher z.B. auch die mit einer GbR vergleichbare "société civile" bei privater Zweckrichtung geschützt werden, obwohl diese grundsätzlich wie auch Personenhandelsgesellschaften unter den Begriff der "personne morale" fällt⁴⁴².

Auf europäischer Ebene ist die Möglichkeit des Schutzes von Personengesellschaften (GbR, OHG, KG), die z.B. nach deutschem Recht nur (teil-)rechtsfähig, aber nach hM keine juristischen Personen sind⁴⁴³, nach Art. 2 b) weniger klar. Das Verständnis der juristischen Person auf europäischer Ebene ist noch ungeklärt⁴⁴⁴. Entscheidender Gesichtspunkt für die Ausnahme der juristischen Person von dem persönlichen Schutzbereich der Klauselrichtlinie ist, daß ausschließlich die juristischen Personen als solche unter Haftungsfreistellung ihrer Mitglieder haften⁴⁴⁵. Bei Personengesellschaften werden aber nach deutschem Recht neben der Gesellschaft, für deren Schulden das Gesellschaftsvermögen haftet, auch die Gesellschafter persönlich verpflichtet⁴⁴⁶, was gegen eine Behandlung wie "jurist-

⁴⁴⁰ Genauso bzgl. gemeinnützigen Stiftungen; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 864; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 42; Kapnopoulou, S.80 f.- der Wortlaut ist insoweit aber eindeutig, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.23,28; Betonung des eindeutigen Wortlautes auch EuGH v.22.11.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.15, 16; geschützt sind nur die einzelnen Mitglieder, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.4.

⁴⁴¹ So in Belgien: Art. 1 Nr.7 des Gesetzes über Handelspraktiken von 1991; Dänemark: § 38 a II des VertragsG; Frankreich: Art. L.132-1 C.consom., Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 301 m.Rspr.nachw., aber Rspr.tend. für einen engeren Schutzbereich, nach denen jurist.Personen nicht mehr in jedem Fall als Verbraucher anzusehen sind, Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.276; Griechenland: Art. 2 des VerbraucherschutzG v. 1991, auch idF von 1994, Art. 1 IV; jeder Endabnehmer, Kapnopoulou, S.48; Großbritannien: Sec.12 I UCTA 1977, die UTCC Reg. 1999 (2001) übernehmen dagegen in Sec.3 I die Formulierung der KlauselRL; Irland: Sec.3 des Sale of Goods and Supply of Services Act 1980, fast identisch mit UCTA 1977 in Großbritannien, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 292, entspr. RL dagegen in UTCC Reg.1995 and 2000; Luxemburg: Art. 1 des Gesetzes zum rechtl. Schutz des Verbrauchers v.25.8.1983 (idF v.1997 noch "consommateur final privé", umfaßte nach hL auch jurist. Personen, z.B.Vereine ohne Gewinnabsicht, vgl. Elvinger, ERPL 1997, S.185 ff., 187 m.w.Nachw.- mit Memorial A 139 v.27.12.2000 geändert in "un consommateur"); Österreich: Verbraucher iSd § 1 I Ziff.2 KSchG ist jeder, der nicht Unternehmer iSd § 1 II KSchG ist, Gesetzesformulierung läßt auch jurist.Person zu, Graf, S.6/7; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 861; Spanien: Art. 1.2 LCU, Lete, ERPL 1997, S.205 ff., 206; nach RL-Umsetzung, vgl. Cabanas Trejo/Vestweber, ZvglRWiss 97 (1998), S.454 ff., 480 f.; Fischer, RIW 1998, S.689 ff., 694 beschränkt auf natürliche Personen dagegen – Deutschland: §13 BGB; Italien: Art. 1469-bis II Codice Civile, zu ursprüngl. Bestrebungen, vgl. Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 166; Alpa, Konferenzunterlagen, S.53 ff., 56; Niederlande: Art. 6:236 und 6:237 NBW; Schweden: Art. 2 des Gesetzes über Bedingungen in Verträgen mit Verbrauchern von 1994:1512.

⁴⁴² MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.23, 28; Mestre/Oellers-Frahm, S.132; Sonnenberger III 46, S.125 f.

⁴⁴³ Die (Teil-)Rechtsfähigkeit gilt bei der GbR für die praktisch ausschließlich relevante Außengesellschaft, vgl. Palandt-Sprau § 705 BGB, Rz.24,33 und § 714 BGB, Rz.11.

⁴⁴⁴ Entgegen MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.23,28, ist keine Schlußf. aus dem Rechtsvergleich für das franz.Verständnis möglich - die den dt. Personengesellschaften entsprechenden Gesellschaftsformen haben in anderen Ländern nicht "durchweg" die Rechtsfähigkeit, vgl. nur Großbritannien (Triebel/Hodgson/Kellenter/ Müller, Rz.569 ff. iVm Rz.555); Italien (M.A.Hofmann, S.24 f.; z.B.ital.OHG ist keine juristische Person, Schlußantrag Mischo v.14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.16 iVm FN 4); Belgien (Peeters, S.39, E.Hofmann, Rz.253); Österreich (Kastner/Doralt/Nowotny); wie in Frankreich dagegen Spanien (Moré in Löber/Peuster, S.41 ff., 43 und 48); Griechenland (Kapnopoulou, S.41 f.). Zu der Problematik GbR und Verbraucher, ausf. Artz, JZ 2002, S.457 ff.

⁴⁴⁵ MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.19; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 863

⁴⁴⁶ Grundmann, 2.10, Rz.18, FN 43 – §§ 128, 161 II, 171 HGB für OHG und KG; ausgehend von der hM, die die GbR als eigenes Zuordnungsobjekt ansieht und ihr als (praktisch ausschließlich relevante) Außengesellschaft (Teil-)Rechtsfähigkeit zubilligt (vgl. Palandt-Sprau, § 705 BGB, Rz.24 m.Nachw.) wird neben der Haftung des Gesellschaftsvermögens auch eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen angenommen. Überwiegend wird bei einer (teil-)rechtsfähigen Außengesellschaft in Anlehnung an § 128 HGB eine akzessorische Gesellschaftshaftung angenommen, vgl. BGHZ 146, 341; nach aA werden die Gesellschafter einer GbR im Wege der rechtsgeschäftlichen

sche Personen” spricht. Für die Frage, ob Personengesellschaften unter Umständen wie “natürliche Personen” zu schützen sind⁴⁴⁷, muß unterschieden werden: Bei Personenhandels-gesellschaften (OHG und KG), die auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sind, kommt nicht nur ein privater Zweck iSd Art. 2 b) regelmäßig nicht in Frage⁴⁴⁸; es fehlt auch schon generell die typische Schutzbedürftigkeit, so daß sich die Frage der Vergleichbarkeit mit natürlichen Personen gar nicht stellt⁴⁴⁹. Bei anderen Zusammenschlüssen natürlicher Personen (z.B.GbR, nicht rechtsfähiger Verein) spricht m.E. das Schutzbedürfnis aus den gleichen Gründen wie bei natürlichen Personen (Geschäftsunerfahrenheit, ökonomische Erwägungen)⁴⁵⁰ dafür, diese bei privaten bzw. nichtkommerziellen Zwecken wie “natürliche Personen” iSd Art. 2 b) zu behandeln⁴⁵¹. Unternehmenstragende BGB-Gesellschaften unterfallen daher nicht dem Schutzbereich der Klauselrichtlinie.

Der EuGH hat allerdings bisher in Bezug auf den persönlichen Schutzbereich der Klauselrichtlinie unter Berufung auf den eindeutigen Wortlaut des Art. 2 b) im Gegensatz zu Art. 2 c) nur rein formal entschieden, daß ausschließlich natürliche Personen als Verbraucher geschützt werden könnten⁴⁵², worunter er allein private Endverbraucher als Individuen versteht⁴⁵³. Auf die Problematik der italienischen OHG, die nach nationalem Recht keine juristische Person ist, und auf die eigentlich interessanten Vorlagefragen hinsichtlich der Möglichkeit einer Verbrauchereigenschaft bei einem Gewerbetreibenden, der außerhalb seiner typischen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit Verträge schließt, ging das Gericht nicht ein⁴⁵⁴. Auch wenn in dem Fall, den der EuGH zu beurteilen hatte, im Ergebnis

Doppelverpflichtung mitverpflichtet, vgl. Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 862/863 m.w.Nachw. Zu diesem Komplex, vgl.Reiff, ZIP 1999, S.517 ff.; S.1329 ff.; NZG 2000, S.281 ff.

⁴⁴⁷ Für die Zuordnung zu Gewerbetreibenden iSd 2 c) ist dagegen keine Entscheidung für nat. oder jurist. Person erforderlich, da Art. 2 c) nach Sinn und Zweck alle Personen unabh. von der Organisationsform erfassen soll, was insb.auch durch Einbeziehen des ör Bereiches deutlich wird - § 14 BGB stellt in Absatz II ausdrücl. klar, daß auch Personengesellsch. Unternehmer sein können; genauso wird dies in Italien für Verbände ohne juristische Persönlichkeit (z.B. OHG) gesehen, Cian, Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 59/60.

⁴⁴⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.5,11; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.15: “privates Handeln praktisch nicht vorstellbar”; insb. familiäre Zwecke sind undenkbar; Kretschmar, S.115,121 – es gilt die Vermutung des § 344 HGB; ähnl. Schlußantrag des Generalanwaltes Mischo v. 14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.12 ff., 16 für den Fall einer ital. GmbH und OHG, letztere ist nach nat. Recht keine jurist. Person ist.

⁴⁴⁹ So wohl auch Schlußantrag Mischo v.14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.12 ff., 16, 21/22.

⁴⁵⁰ So auch Kapnopoulou, S.80; so auch Ansicht der Arbeitsgruppe anläßlich der Brüsseler Konferenz 1999, Konferenzunterlagen, S.99, die allerdings i.E. nur eine Erweiterung des Anwendungsbereiches vorschlägt.

⁴⁵¹ Auch eine gesamthänderische Bindung in Erben- und Gütergemeinschaften kann keinen Unterschied machen - insgesamt auch hM: z.B.Martis, MDR 1998, S.1189ff., 1190 (jedenfalls, wenn die Person der Gesellschafter im Vordergrund steht, z.B. Ehegatten-Innengesellschaft); Palandt-Heinrichs, § 13 BGB, Rz.2; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.4; Kapnopoulou, S.80 f.; Kretschmar, S.121; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 862/863; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.5; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 17; MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.18, 20 (zwar für BGB-Gesellschaft, Erben- und Gütergemeinschaft, nicht dagegen für den nicht rf Verein); aA für Personenmehrheiten MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.23,28.

⁴⁵² Urteil v. 22.11.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.15ff. – in der Vorlagefrage ging es um das richtlinienkonformeVerständnis des Art. 1469-bis Codice Civile, der dem Art. 2 der KlauselRL entspricht.

⁴⁵³ Unter Berufung auf die Rspr. zu Art. 13 EuGVÜ, vgl.EuGH v.19.1.1993, Rs. C-89/91 (TVB Treuhandgesellschaft.../Shearson Lehmann Hutton Inc.), Slg. 1993, I-139=ZIP 1993, S.826 ff., Rz.22 (“privater Endverbraucher”); Urteil v.3.7.1997, Rs. C-259/95 (Benincasa./Dentalkit), Slg. I-3767, Rz.17 (“Einzelperson zur Deckung ihres Eigenbedarfs beim privaten Verbrauch”); Schlußantrag Mischo v.14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99, Rz.12 ff., 21/22, der Gesellschaften (“sociétés”) nicht als natürliche Personen ansieht, wobei unklar ist, ob dies auch für BGB - Gesellschaften bei privaten Zwecken gelten soll– z.B. in engl. Verbraucherkreditregelung werden trotz “individual” auch Personenvereinigungen ohne Rechtspersönlichkeit geschützt, Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 860, FN 29.

⁴⁵⁴ Die Vorlagefrage bezog sich auf Getränkeautomatenkäufe durch eine GmbH und eine OHG, deren Inhalt ausschließlich zum Verbrauch durch die Angestellten gedacht waren - nur wenig deutlicher Mischo in Schlußantrag v.14.6.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99,Rz.21ff., insb.23 ff.: hinsichtlich der Frage der atypischen Geschäfte: diese Frage stelle sich bei jurist. Personen und Gesellschaften nicht.

richtig ist, daß eine GmbH und eine OHG nicht Verbraucher iSd Art. 2 b) sein können, ist – entgegen der Richtung des EuGH – ein Schutz von BGB-Gesellschaften als solchen und sonstigen Personenmehrheiten nicht völlig abwegig. Insgesamt sollte weniger formal, sondern eher funktional nach dem Vertragszweck und der Schutzbedürftigkeit entschieden werden⁴⁵⁵.

3. Verbraucher mit überdurchschnittlichen Kenntnissen und/oder Erfahrung

Auch bei der zu 2. spiegelbildliche Problematik besonderer Kenntnisse eines Gewerbetreibenden, der private Geschäfte tätigt bzw. generell eines konkreten Verbrauchers - z.B. bei privatem Aktienhandel eines Börsenmaklers, Abschluß einer privaten Haftpflichtversicherung eines Versicherungsexperten, erfahrener Rechtsanwalt, etc. - ist für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie allein auf den Zweck des abzuschliessenden Geschäftes abzustellen. Handelt es sich um einen privaten Zweck, ist die Person aufgrund der typisierten, allein anhand von abstrakt-generellen Merkmalen festzustellenden Schutzbedürftigkeit als Verbraucher iSd Richtlinie zu verstehen⁴⁵⁶; die individuelle Schutzbedürftigkeit (tatsächliche Unerfahrenheit) bei einem konkreten Geschäft ist auch hier zugunsten größerer Rechtssicherheit irrelevant⁴⁵⁷.

4. “Mischfälle”

a) Gemischte Zweckrichtung

Entscheidend für die Zuordnung nach Art. 2 ist der objektiv erkennbare Zweck des Vertrages⁴⁵⁸. Für den Fall eines Vertrags zu gemischten Zwecken (“dual use”-Fälle), also z.B. Kfz-Versicherung für einen privat und geschäftlich genutzten PKW’s oder Aufnahme eines Kredites für private und geschäftliche Zwecke⁴⁵⁹, sieht die Klauselrichtlinie anders als z.B. die Produkthaftungsrichtlinie⁴⁶⁰ keine ausdrückliche Regelung vor. Die negative Formulierung der Verbraucherdefinition in Art. 2 b) (“nicht ...zugerechnet werden kann”) könnte bedeuten, daß nur bei einer ausschließlich privaten Zweckrichtung das konkrete Geschäft als Verbrauchergeschäft einzuordnen ist. Die herrschende Meinung nimmt dagegen – genauso wie bei der Produkthaftungs-RL, Art. 5 EVÜ und Art. 29 EGBGB⁴⁶¹ – die Verbrauchereigenschaft schon bei einem überwiegenen privaten Vertragszweck an⁴⁶².

⁴⁵⁵ Auch bei Grenzfällen wie Gesellschaften im Gründungsstadium (z.B. Vor-GmbH) besteht Streit, ob diese erfaßt sind, was nach dem hier und oben unter 1. Gesagten zu bejahen wäre, weil die Schutzbedürftigkeit bei noch nicht ausgeübter gewerblicher und beruflicher Tätigkeit wie bei natürlichen Einzelpersonen gleich ist, (der Hauptschwerpunkt bei der Beurteilung von Vor-Gesellschaften ist die Zweckbestimmung als funktionelles Kriterium) str., wie hier MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.19, Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 863.

⁴⁵⁶ So z.B. auch in Österreich, wo ein vereinzelter Vorstoß des OGH hinsichtlich der teleologischen Reduktion des § 1 KSchG keine Nachahmer gefunden hat, vgl. Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 83.

⁴⁵⁷ Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 859: überdurchschnittl. Kenntnis oder eine besondere Information u. Aufklärung kann allenfalls im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle als Umstand nach Art. 4 I berücksichtigt werden, dazu, vgl. unten unter 2. Teil D IV 1.a) und b); dies gilt auch für die Voraussetzungen in Großbritannien, bei denen die FSA-Aufsichtsbehörde einen “private investor” ausnahmsweise als “non-private investor” behandeln kann (ausreichende Erfahrung, schriftliche Warnung, etc.) dazu Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 f., 216.

⁴⁵⁸ Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 17; Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 865

⁴⁵⁹ Fall des Cass. Civ.I v.18.7.2000, D.2000, jur., S.374 (in Bezug auf Art. 13 EuGVÜ).

⁴⁶⁰ Art. 9 b ii) RL85/374/EWG, AB1.1985, Nr.L 210/29: ‘hauptsächliche Verwendung zum privaten Ge- und Verbrauch’.

⁴⁶¹ Vgl. Nachweise bei Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 886.

⁴⁶² Horn, Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.23; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 18; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.32; Heinrichs, NJW 1995, S.153 ff., 159; ders., NJW 1996, S.2190, 2191 – strenger Pfeiffer in Gra-

Die nationalen Inhaltskontrollregelungen sind auch bezüglich dieser Problematik nicht einheitlich: die Regelungen reichen von einem Abstellen auf den überwiegenden Vertragszweck⁴⁶³, über Verbrauchereigenschaft nur bei ausschließlich privaten Zwecken⁴⁶⁴, bis zu dem entgegengesetzten Ansatz, nach dem im Zweifel ein Verbrauchergeschäft vorliegt⁴⁶⁵. Stellt man auf die bereichsspezifische Erfahrung ab, die bei Handeln zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken vermutet wird, und aufgrund derer ein geringerer Prüfungsaufwand bezüglich des Vertragsinhalts anzunehmen ist, so kann nur bei Geschäften zu ausschließlich privaten Zwecken die Verbrauchereigenschaft im Sinne der Klauselrichtlinie angenommen werden. Denn bei gemischten Verträgen dient ein Teil gewerblichen oder beruflichen Zwecken, und es wird insoweit nach der Klauselrichtlinie Erfahrung vermutet, welche typischerweise die Schutzbedürftigkeit des Gewerbetreibenden ausschließt. Da es keine Teilsachkunde gibt, muß diese Vermutung dann aber für das ganze Geschäft gelten⁴⁶⁶. Dieses Ergebnis stimmt auch mit der generell restriktiven und schutzzweckbezogenen Rechtsprechung des EuGH zu persönlichen Schutzbereichen von Verbraucherregelungen⁴⁶⁷ überein. Eine andere Lösung ist nach ökonomischen Gesichtspunkten allenfalls bei solchen Geschäften denkbar, bei denen der geschäftliche Zweck so marginal und der private Zweck so wesentlich überwiegend ist, daß – ökonomisch gesehen – wie bei rein privaten Geschäften ein geringeres Interesse an einer wirtschaftlichen Optimierung anzunehmen ist, und damit der Anreiz zur Klauselkontrolle fehlt⁴⁶⁸. Würde man in diesen Fällen eine Verbrauchereigenschaft bejahen, würden in der Praxis aber enorme Abgrenzungsschwierigkeiten auftauchen. Daher ist ein Abstellen auf ausschließlich private Zwecke vorzuziehen. Bei gemischt genutzten KfZ's ist aber ohnehin idR nicht von einem nur marginalen geschäftlichen Zweck auszugehen, so daß in diesen Fällen die KfZ-Versicherung in jedem Fall kein Verbrauchergeschäft iSd Klauselrichtlinie ist.

b) Mehrere Personen (Mehrheit von Schuldern, Verpflichteten oder Gläubigern)

bitz/Hilf, Art. 2, Rz.12: Verbraucher nur, wenn der Vertrag "im wesentlichen außerhalb der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit" liegt (danach i.Zw.kein Verbrauchergeschäft); noch aA v.Westphalen, BB 1996, S.2101: Verbrauchereigenschaft sei nur bei "eindeutig oder ausschließlich" der gewerbl./berufl. Tätigkeit zuzuordnenden Verträgen zu verneinen (d.h.i.Zw.Verbrauchergeschäft); aA Faber ZEuP 1998, S.854 ff., 887/888: Verbraucher nur bei "ausschließlich privater Zweckbestimmung".

⁴⁶³ So ausdrücklich im Gesetzeswortlaut z.B. in Schweden: Verbraucherdef. Art. 2 des zur RL-Umsetzung best. Gesetzes über Bedingungen in Verträgen mit Verbrauchern 1994:1512, abgedr.bei Miller/Harvey/Parry, S.383: "...any natural person *mainly* acting for purposes outside business activity" (ebenso §1 des VerbraucherkaufG, Korkisch, RabelsZ 37 (1973), S.755 ff., 768); Dänemark Art. 38 a II VertragsG("...qui agit *principalement* à des fins qui n' entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle."), vgl. Iversen/NØrgaard/Wegener/Ørgaard, S.143; wohl auch franz.Rspr., Calais-Auloy, Code de la Cons., Art. L 132-1 C Nr.4 a.E.

⁴⁶⁴ So z.B. in Belgien: Verbraucherdef.Art. 1 Nr.7 des Gesetzes über Handelspraktiken sowie die Aufklärung den Schutz der Verbraucher 1991("toute personne...qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel..."), dt.Übers.E.Hoffmann, S.194; Österreich, vgl. Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 887; ansch.auch Frankreich: Cass. v.18.7.2000, D.2000, jur., S.374 zu Art. 13 EuGVÜ (überwiegender privater Zweck nicht ausreichend für den Verbrauchergerichtsstand).

⁴⁶⁵ Großbritannien: nach Def. Verbrauchergeschäft in Sec. 12 I c) UCTA 1977 ist bei Kauf-u. Lieferverträgen bzgl. Waren – anders als nach KlauselRL u. deren Umsetzung - ein "private use or consumption" erf., was nach Sect.5 II a UCTA 1977 nur bei ausschließl. geschäftl. oder berufl. Zweck ausgeschlossen ist, MacGillivray, Rz.10-12.

⁴⁶⁶ Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 887/888

⁴⁶⁷ Vgl. 2.Teil A I 1. und 2.d); Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.12; z.B.EuGH v.3.7.1997, Rs. C-269/95 (Benincasa./Dentalkit), Slg.1997, I-3767, Rz.16; Zusammenfassung der diesbzgl. EuGH-Rspr.bei Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 154 ff.

⁴⁶⁸ Ähnlich i.E. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.12: Verbrauchergeschäft bei "wesentlich außerhalb" beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit.

Die Klauselrichtlinie stellt gemäß Art. 1 I auf ‘Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern’ ab. Bei Versicherungen kommt es daher für die Verbrauchereigenschaft auf die Person des Vertragspartners des Versicherers, also auf den Versicherungsnehmer (VN) an, nicht aber auf den (Mit-)Versicherten, die Gefahrsperson oder den Bezugsberechtigten⁴⁶⁹. Denn schließlich ist es auch der VN, der die Prämie schuldet, der die Gestaltungsrechte ausüben kann, und der im wesentlichen die Obliegenheiten einhalten muß⁴⁷⁰.

Fraglich ist, wie solche Fälle zu behandeln sind, bei denen auf Versicherungsnehmerseite mehrere Personen auftreten, die zum Teil Verbraucher und zum Teil Gewerbetreibende iSd Art. 2 sind⁴⁷¹. Dieses Problem stellt sich generell bei Teilschuldnern, Gesamtschuldnern oder bei späterem Schuldbeitritt, der zu einer nachträglichen Gesamtschuld führt⁴⁷². Ist im Wege der Einzelbetrachtung getrennt auf jeden Vertragspartner des Versicherers abzustellen oder ist für die Ermittlung des Verbrauchervertrages iSd Klauselrichtlinie im Wege der Gesamtbetrachtung auf die Gesamtheit der Vertragspartner abzustellen, wobei sich dann die Frage stellt, ob generell schon bei einem Gewerbetreibenden kein Verbrauchervertrag mehr vorliegt, oder ob dies erst dann der Fall ist, wenn der Vertrag insgesamt seinem Inhalt nach überwiegend für einen gewerblichen oder beruflichen Zweck (zumindest eines Verpflichteten) gedacht ist⁴⁷³? Sind Teilschuldner noch eher abgrenzbar und eine Einzelbetrachtung naheliegend, so könnte die gesamtschuldnerische Verbundenheit eine Gesamtbetrachtung erforderlich machen. Die Klauselrichtlinie trifft hierzu keine ausdrückliche Regelung, so daß nach dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie zu entscheiden ist⁴⁷⁴.

Zunächst schließt die Formulierung ‘eine’ natürliche Person in Art. 2 b) nicht aus, daß sich gleichzeitig mehrere natürliche Personen verpflichten können. Wenn ein Versicherer die gleichen AVB in mehreren verschiedenen Verträgen jeweils mit Verbrauchern oder mit Gewerbetreibenden verwendet, ist es selbstverständlich, daß es sich im Wege der Einzelbetrachtung bei dem einen Teil der Verträge um Verbraucherverträge iSd Klauselrichtlinie handelt, bei dem anderen Teil dagegen nicht. Bei mehreren VN, die unterschiedlichen Rollen zuzuordnen sind und einen einzigen Vertrag schließen, kann aber im Ergebnis *de lege lata*⁴⁷⁵ auch nur der Verbraucher in den Schutz der Richtlinienbestimmungen gelangen⁴⁷⁶.

⁴⁶⁹ So auch Fenyves in Krejci, S.537 ff., 547, Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 33 – im einzelnen, vgl. Edgar Hofmann, § 5, Rz.46 ff.; z.B. bei einer Versicherung im eigenen Namen ‘für fremde Rechnung’ ist zwar der Versicherte Anspruchsinhaber, verfügungsberechtigt ist aber grdstz. nur der VN, vgl. §§ 75 ff. VVG.

⁴⁷⁰ Vgl. Edgar Hofmann, § 5, Rz.31

⁴⁷¹ Mac-Gillivray, Rz.10-12 zu der Problematik bei einer ‘composite buildings policy’ in Großbritannien, die sowohl den Hausbesitzer als Verbraucher als auch die Bausparkasse als Gewerbetreibenden versichert.

⁴⁷² Palandt-Heinrichs, Überbl v. § 414 BGB, Rz.2, 6 – die Schuld des Beitretenden richtet sich nach Inhalt und Beschaffenheit der Hauptschuld.

⁴⁷³ Diese Lösungsmögl. wurden auch schon für das vergleichbare Problem im Rahmen des dt. VerbrKrG bzw. der VerbraucherkreditRL vertreten, vgl. MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.32 f. m.w.Nachw. – entscheidet man sich bei der Problematik eines gemischten Zwecks (oben a)) für eine Verbrauchereigenschaft nur bei ausschließl. privaten Zwecken, dann müßte man konsequenterweise bei einer Gesamtbetrachtung schon bei einem einzigen Gewerbetreibenden bzw. bei teilw. berufl./gewerbl. Zwecken des Vertrages zumindest bei einem Vertragspartner einen Verbrauchervertrag ablehnen. Folgt man der hM, müßte auch hier erst der überwiegende geschäftl. Zweck des Vertrages bei zumindest einem Verpflichteten einen Verbrauchervertrag ausschließen.

⁴⁷⁴ EuGH v.19.1.1993, Rs. C-89/91 (TVB Treuhandgesellschaft.../Shearson Lehmann Hutton Inc.) Slg.1993, I-139= ZIP 1993, S.826 ff., Rz.13,18f.,22 : maßgeblich ist Schutzzweck der Verbraucherschutzvorschrift.

⁴⁷⁵ Der persönl.Schutzb.ist ausdrückl.auf Verbraucher begrenzt, auch wenn ins. nach ökonom.Gesichtspunkten ein Gewerbetreibender im Einzelfall genauso schutzbedürftig ist, vgl.oben unter 1.Teil D II 3.c) aa).

⁴⁷⁶ Für die gesonderte Behandlung jedes Mitverpflichteten bei Gesamtschuld und Schuldbeitritt, vgl. MüKo-Basedow, § 24a AGBG, Rz.36; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.6.

Nur bei dem Verbraucher-VN wird eine fehlende Geschäftserfahrung vermutet. Insbesondere aus Art. 6 I, nach dem mißbräuchliche Klauseln nur ‘für den Verbraucher unverbindlich’ sein sollen, ist eine gewisse Relativität der Rechtsfolge der Unverbindlichkeit zu erkennen⁴⁷⁷.

Bei Personenversicherungen kann eine Mehrheit von VN z.B. bei der Gruppenversicherung oder Sammelversicherungsverträgen⁴⁷⁸ zustandekommen⁴⁷⁹. Bei Gruppenversicherungen kommt es darauf an, wie diese im Einzelfall ausgestaltet sind:

Es gibt die Möglichkeit, daß die Person (z.B. Arbeitgeber, Sportbund oder Sportverein), die einen Rahmenvertrag mit dem Versicherer für einen abgrenzbaren Personenkreis (Angestellte, Mitglieder) aushandelt, selbst nicht VN ist; VN sind die Angehörigen dieses Personenkreises, wenn sie erklären, daß sie von der günstiger angebotenen Versicherungsmöglichkeit Gebrauch machen wollen⁴⁸⁰. Die günstigeren Prämien ergeben sich aufgrund des für den Versicherer überschaubaren Risikos und den geringeren Verwaltungskosten wegen des Sammelinkassos der Prämien⁴⁸¹. Im Wege der Einzelbetrachtung muß dann auf den jeweiligen VN abgestellt werden. Es handelt sich aber idR um homogene Gruppen, so daß selten Unterschiede bestehen werden. Soweit die einzelnen VN Arbeitnehmer sind, etwa bei einer Direktversicherung zur betrieblichen Altersvorsorge, sind diese insoweit auch als Verbraucher anzusehen, weil bei unselbständigen Tätigkeiten nur die unmittelbar damit zusammenhängenden Verträge – sprich: Arbeitsverträge – von dem Schutzbereich der Klauselrichtlinie ausgenommen sind⁴⁸². Ein etwaiges Aushandeln durch den Arbeitgeber ist unschädlich, da es nach Art. 3 I nicht auf irgendein Aushandeln, sondern auf das Aushandeln des Verbrauchers als Vertragspartner des Gewerbetreibenden ankommt.

Häufig wird die Gruppenversicherung jedoch so gestaltet, daß nicht die vielen Versicherten VN werden, sondern allein die dritte Person, die den Rahmen mit dem Versicherer aushandelt, also z.B. der Arbeitgeber oder der Sportbund⁴⁸³. Der Dritte schließt dann den Gruppenversicherungsvertrag im eigenen Namen für fremde Rechnung (vgl. § 74 II VVG). In Frankreich ist diese Gestaltung anscheinend die einzig übliche Möglichkeit bei einer Gruppenversicherung⁴⁸⁴. In Deutschland ist eine solche Gestaltung neben Gruppenversicherungen von Kreditkartenunternehmen beispielsweise im Rahmen der Direktversicherung zur (zusätzlichen) betrieblichen Altersversorgung in Form einer Lebensversiche-

⁴⁷⁷ Dazu Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6, Rz.5; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 6, Rz.5; Kapnopoulou, S.70 FN 75, 151.

⁴⁷⁸ Edgar Hofmann, § 20, Rz.24

⁴⁷⁹ Edgar Hofmann, § 5 Rz.35

⁴⁸⁰ Schimikowski, Rz.76; Edgar Hofmann, § 5, Rz.35, § 20, Rz.22f. m.Bsp.der Gruppenlebensvers., bei der mehrere Lebensversicherungsverträge von Personen eines best. Personenkreises durch einen Kollektivvertrag mit einem Versicherungsschein zusammengefaßt sind. Die einzelnen VN treten dem Rahmenvertrag samt den AVB bei. – Kapitallebensvers. mit niedrigen Summen (Sterbegeld) oder Rentenvers.

⁴⁸¹ Zu Sammelinkassoversicherungsvertr., Schwintowski in Honsell, Vorbem. §§ 159-178 VVG, Rz.13.

⁴⁸² *Oben 2.Teil A I 2.c) iVm 1.* - so ansch. auch Fenyves in Krejci, S.537 ff., 549, allerd.ist in Österreich nur selbst.berufl.Tätigkeit von Anwendungsbereich ausgeschl.

⁴⁸³ Hohlfeld in Honsell, § 178 i VVG, Rz.10; Edgar Hofmann, § 5, Rz.42, Beispiele: Deckung einer vorübergehenden Gefahr (Sportveranstaltungen, Ausstellungen), Verein zugunsten seiner Mitglieder für Unfall- und Haftpflichtrisiken.

⁴⁸⁴ Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 33 (hM:der einzelne Versicherte steht in keiner vertraglichen Beziehung zu dem Versicherer); Beispiele Cass. v.1.12.1998, RGDA 1999, S.426 f. (Gruppenversicherung einer Sparkasse für Tod/Invalidität der Kreditnehmer); Cass., RGDA 1999, S.427 (Sportverein), jeweils m.Anm.Kullmann.

rung⁴⁸⁵, Kollektiv-Unfallversicherung⁴⁸⁶, oder bei Gruppenkrankenversicherung⁴⁸⁷ durch den Arbeitgeber üblich. Prämienschuldner ist dann der Arbeitgeber als alleiniger VN⁴⁸⁸. In diesem Fall wäre für die Frage, ob ein Verbrauchervertrag iSd Klauselrichtlinie vorliegt, auf die Person des einzelnen Dritten (Arbeitgeber) als Vertragspartner des Versicherers abzustellen⁴⁸⁹. In der Regel sind dies Gewerbetreibende iSd Klauselrichtlinie, so daß es sich nicht um einen Verbrauchervertrag iSd Art. 1 I, 2 handelt, obwohl die einzelnen Versicherten häufig Verbraucher sind⁴⁹⁰. Bei Gruppenversicherungen, die durch eingetragene Sportvereine abgeschlossen werden, wird wiederum das Problem deutlich, daß die Vereine als juristische Personen aus dem Schutzbereich der Klauselrichtlinie herausfallen (s.o.).

Auch bei Bürgschaftserklärungen ist deren Eigenschaft als Verbrauchervertrag trotz der grundsätzlichen Akzessorietät unabhängig von der Hauptverpflichtung zu klären; es muß also auf die Person des Bürgen abgestellt werden⁴⁹¹.

5. Öffentlich-rechtlicher Bereich

Nach Art. 2 c) werden auch Verträge erfaßt, die dem "öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen" sind⁴⁹². Soweit juristische Personen des öffentlichen Rechts privatrechtlich tätig werden und Verträge schließen, unterfallen sie zweifellos der Richtlinie⁴⁹³. Da mit der Richtlinie eine einheitliche Regelung des Anwendungsbereiches geschaffen werden sollte, in den EU-Ländern aber nicht einheitlich zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Betätigung unterschieden wird⁴⁹⁴, können auch öffentlich-rechtliche Verträge

⁴⁸⁵ Kollhoser in Prölss/Martin, Vorbem. § 159 VVG, 28 aA Edgar Hofmann, § 20, Rz.23: "ausnahmsweise" – eine Direktvers. iSd § 1bIII BetrAVG liegt nur vor, wenn der Arbeitgeber VN ist; bei der Direktvers. schließt der Arbeitgeber den Vertrag als VN mit schriftl. Einwilligung des Arbeitnehmers (Gefahrsperson gem. § 159 II VVG) und macht diesen wieder zum Bezugsberechtigten; w. Gestaltungsmögl. iVm sog. Rückdeckungsvers. (z.B. bei Direktzusage oder Unterstützungskassen), bei Edgar Hofmann, ebenda; Kollhoser in Prölss/Martin, vor §§ 159-178, Rz.10 ff.,15.

⁴⁸⁶ Edgar Hofmann, § 5, Rz.42, § 21, Rz.3.

⁴⁸⁷ Hohlfeld in Honsell, § 178 a, Rz.2 – KdgsR des Versicherers unter Vor. des § 178 i VVG, dazu ders., § 178 i, Rz.10.

⁴⁸⁸ Er kann sich jedoch die Prämie von den Versicherten rückerstatten lassen, z.B. durch Entgeltumwandlung.

⁴⁸⁹ So auch Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 33.

⁴⁹⁰ So auch in dem Beispiel eines eingetragenen Sportvereins, der als juristische Person nicht Verbraucher iSd RL sein kann, obwohl er zu privaten, nichtwirtschaftlichen Zwecken tätig wird. – die grundsätzlich anzuerkennende Möglichkeit von Bezugsberechtigten bei einem Gruppenversicherungsvertrag, sich ausnahmsweise auch als "Dritte", die Rechte aus dem Vertrag ableiten, auf die Generalklausel berufen zu können (vgl.für dt.Recht BGH, NJW 1999, S.3358 ff., 3359) kann den Vertrag nicht insgesamt zu einem Verbrauchervertrag machen.

⁴⁹¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2 Rz.6; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 a AGBG, Rz.29;die Entschdg. des EuGH zu der Haustürgeschäfte-RL 85/577, in der dieser die RL bei Bürgschaften nur dann für anwendbar erklärt, wenn auch die Hauptverbindlichkeit aus einem Verbrauchervertrag stammt (Hauptschuldner und Bürge Verbraucher) - Urteil v.17.3.1998, Rs. C-45/96 (Bayr. Hypotheken- und Wechselbank AG ./ Dietzinger, Slg. 1998, I-1199= EuZW 1998, S.252 m.Anm. Micklitz - ist nicht übertragbar, weil die Haustürgeschäfte-RL anders als die KlauselRL auf Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen begrenzt ist, und der EuGH aus diesem Grund auf den Zusammenhang (Akzessorietät) zur Hauptverbindlichkeit abstellen mußte, damit die RL überhaupt auf einige Bürgschaften anwendbar sein kann, so auch MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.37; i.E. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.15 – auch das Urteil des EuGH, NJW 2000, S.1323f., nach dem eine Privatbürgschaft kein Verbraucherkredit iSd Verbraucherkredit-RL ist, betrifft einen anderen Fall, weil auch in dieser RL der sachl. Anwdgsb. beschränkt ist, während die KlauselRL sachl. unbegrenzt für alle Geschäfte gilt.

⁴⁹² Vgl. auch EG 14: "...zumal diese RL auch für gewerbliche Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Rahmen gilt"; EG 16: "...insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungsnehmer kollektive Dienste erbringen..." – zur Bedeutung des kollektiven Interesses im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle, Hall, Konferenzunterlagen, S.109 ff., 110.

⁴⁹³ Micklitz, ZEuP 1993, S.522 ff., 525; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25

⁴⁹⁴ Vgl. MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25- die Rspr. des EuGH differenziert bei Verwaltungshandeln nur danach, ob dieses konsensual (privatrechtlich),oder einseitig durch VA (öffentlich-rechtlich) erfolgt, vgl.Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 a AGBG, Rz.18.

von der Klauselrichtlinie erfaßt werden⁴⁹⁵. In Frankreich als Vorbild des Anwendungsbereiches war dies auch schon vor Erlaß der Richtlinie anerkannt⁴⁹⁶. Durch die Gleichbehandlung aller Verträge soll sichergestellt werden, daß Verbraucher auch bei Verträgen mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge, in den Schutzbereich der Richtlinie fallen⁴⁹⁷. In Großbritannien, wo nach Common-Law nicht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht unterschieden wird⁴⁹⁸, wird nach der englischen Textfassung des Art. 2c) auf die Eigentumsverhältnisse abgestellt⁴⁹⁹. Damit können z.B. öffentlich-rechtliche Versicherer, die in Deutschland als Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts geführt werden - wie die Zusatzversorgungsanstalten für den öffentlichen Dienst zur Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung - und privat-rechtlich tätig werden, als Gewerbetreibende iSd Richtlinie angesehen werden⁵⁰⁰.

Weniger eindeutig ist die Geltung der Klauselrichtlinie für (nach deutschem Recht) öffentlich-rechtliche Satzungen der Versicherer, die keine AGB, sondern Rechtsnormen sind⁵⁰¹. Zunächst sind Monopolanstalten nach Umsetzung der versicherungsrechtlichen Richtlinien⁵⁰² entfallen und regelmäßig in Aktiengesellschaften umgewandelt worden⁵⁰³, für die dann unzweifelhaft die Klauselrichtlinie gilt. Obwohl die Richtlinie nach ihrem Wortlaut nur für "Verträge" gilt (Art. 1 I), sollte sie nach Ansicht der Kommission von Anfang an den gesamten Bereich der staatlichen Leistungen, und damit auch AGB-ersetzende Verordnungen oder Satzungen von öffentlich-rechtlichen Personen umfassen⁵⁰⁴. Diese Prämisse müßte dann auch über den Bereich hinaus gelten, bei dem der öR Versicherer privat-rechtlich tätig wird. Die Richtlinie wäre dann generell nicht auf Vertragskontrolle beschränkt, sondern würde insoweit auch eine Normenkontrolle darstellen. In der Literatur ist dies umstritten⁵⁰⁵. Für eine solche autonome Auslegung spricht, daß der Verbraucher auch bei Satzungen keine Chance zum Aushandeln im einzelnen nach Art. 3 I hat, also die

⁴⁹⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.12; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.11, Art. 2, Rz.23/24; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 575; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25.

⁴⁹⁶ Witz/Wolter, ZEuP 1995, S.885 ff., 889

⁴⁹⁷ Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.16, vgl. auch EG 14; Hall, Konferenzunterlagen, S.109

⁴⁹⁸ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25 m.w.Nachw.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.23.

⁴⁹⁹ Art. 2 c): "...whether publicly owned or privately owned".

⁵⁰⁰ F.dt.Recht Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.450, Präve, Rz.128 jeweils m.dt.Rsprnachw.; BGH wertet "Satzungen" bei privatrechtlichen Verhältnissen zu VN in std Rspr. als AVB und wendet das AGB-Recht an, BGH, NJW 1999, S.3558 m.w.Nachw. – weiteres Beispiel für privatrechtlich ausgestaltete öffentlich-rechtliche Versicherungen sind die öffentlich-rechtlichen Feuerversicherer.

⁵⁰¹ Öffentliche Lebens-, Haftpflicht- oder Unfallversicherungsanstalten, Beispiele bei Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.450;Horn, ebenda, § 23 AGBG, Rz.20 ff. und van de Loo. S.10 f. zu den Diskussionen eine richterlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen und öR Satzungen in Deutschland.

⁵⁰² Art. 3 der Dritten RL-Schaden 92/49/EWG, ABl.1992, Nr, L 228/1.

⁵⁰³ Dörner in Honsell, Einl.Kapitel III, Rz.63; zu den Monopolanstalten auch Honsell, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 122; Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 49.

⁵⁰⁴ Vgl. Protokoll der Kommission zu Art. 2, abgedr.in Konferenzunterlagen, S.111: "the Commission states that the concept 'contract' as referred to in Article 2 also covers transactions by which supplies or services are provided in a regulatory framework (Satzungen und Verordnungen)"; Art. 2 Nr.4 des RL-Vorschlages von 1990: "Gewerbliche Tätigkeit" schließt die Tätigkeit staatlicher ...Lieferanten ein."; Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.16.

⁵⁰⁵ Dafür: Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 44; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25; dagegen Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.24 (offenl. für pr Satzungen, Art. 1, Rz.21); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.12; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 575 (aber offenl.); Reich, Europ. Verbraucherrecht, Rz.156 k.

Schutzwürdigkeit gegeben ist⁵⁰⁶. Handelt es sich um öffentlich-rechtliche Wettbewerbsanstalten, und nicht um Monopolanstalten, muß außerdem die Chancengleichheit der privaten Konkurrenten gewahrt bleiben⁵⁰⁷. Dagegen spricht, daß nach Art. 1 II die Richtlinie nicht auf deklaratorische Klauseln anwendbar ist. Die entsprechenden Rechtsvorschriften, wozu z.B. nach der englischen Fassung auch ‘regulatory provisions’, also Satzungen und Verordnungen gehören, könnten aber von den Staaten genauso wie entsprechende Ermächtigungsgesetze jederzeit erlassen werden. Allerdings trifft den jeweiligen Mitgliedstaat wiederum nach Erwägungsgrund 14, der besonders auch auf die ‘gewerblichen Tätigkeiten im öffentlich-rechtlichen Rahmen’ hinweist, die Pflicht, dafür zu sorgen, daß keine mißbräuchlichen Klauseln in diesen Rechtsvorschriften enthalten sind. Folglich könnte der Konflikt zwischen Art. 1 II und Art. 2 c) (‘öffentlich-rechtlicher Bereich’) dadurch gelöst werden, daß bei offensichtlich mißbräuchlichen Satzungs- oder Verordnungsbestimmungen von öffentlich-rechtlichen Versorgungsunternehmen der Art. 1 II nicht einschlägig ist, damit der effet utile der Richtlinie gewahrt bleibt⁵⁰⁸. Eine zweite Möglichkeit wäre, die Pflicht in Erwägungsgrund 14 als echte implizite Pflicht anzusehen⁵⁰⁹, bei deren Verletzung die Mißbräuchlichkeit in einem Vertragsverletzungsverfahren, das nach Art. 226 EG-V von der Kommission einzuleiten wäre, feststellen zu lassen⁵¹⁰.

Insgesamt bestehen in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten nach nationalem Recht viele Probleme bei der inhaltlichen Kontrolle von Verhältnissen zwischen Verbrauchern und öffentlichen Versorgungsunternehmen, insbesondere von öffentlich-rechtlichen Satzungen und Rechtsverordnungen⁵¹¹, auf die hier aus Platzgründen nicht ausführlich eingegangen werden kann⁵¹². Bei Rechtsverordnungen und öffentlich-rechtlichen Satzungen zeigt das deutsche Beispiel, daß jedenfalls ein entsprechende Anwendung der Richtliniebestimmungen möglich ist.

In Deutschland sind die §§ 305 ff. BGB nach hM zwar nicht unmittelbar auf Rechtsverordnungen oder öffentlich-rechtliche Satzungen anwendbar, es kann aber bei der Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf die Regelungen der §§ 305 ff. BGB zurückgegriffen werden⁵¹³. Die Klauselrichtlinie muß jedenfalls dann auch auf die Satzungen

⁵⁰⁶ Bei ö Benutzungsverhältnissen liegt ähnlich wie bei Verträgen iSd RL auch ein Konsens vor, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.25 – in Frankreich wurden durch VO für zulässig gehaltene ö Verträge kontrolliert, Witz/Wolter, ZEuP 1995, S.885 ff., 889 (besondere Sensibilität in Bezug auf staatliche Machtausübung).

⁵⁰⁷ Vgl.Sieg, VersR 1997, S.489 f.dt.Recht.

⁵⁰⁸ So auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.33; Kommission in ihrem Bericht v. 27.4.2000 KOM (2000) 248 endg., S.16; ansatzweise auch Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 263.

⁵⁰⁹ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.24; Kapnopolou, S.99 f.

⁵¹⁰ Beides Vorschläge der von der Kommission 1997 in Auftrag gegebene Studie über die Anwendung der KlauselRL auf öffentliche Versorgungsunternehmen durch das Institut National de la Consommation (INC) in Frankreich und das National Consumer Council (NCC) in Großbritannien, im Internet unter www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/index_en.html; die Kommission schloß sich der Meinung an, vgl. Konferenzunterlagen, S.112.

⁵¹¹ U.a. wegen der Trennung von Öffentlichem Recht und Privatrecht und den damit zusammenhängenden Zuständigkeiten von Verwaltungs- oder Zivilgerichtsbarkeit; der Normenhierarchie, die eine Kontrolle von Rechtsnormen nur nach Verfassungsrecht (und nicht nach der RL) zuläßt; sowie der Vermutung, daß der nationale Gesetzgeber im öffentlichen Interesse handelt (so ja auch Art. 1 II, EG 13).

⁵¹² Es sei insofern und hinsichtlich der nationalen Lösungsansätze auf die o.g. Studie aus dem Jahr 1997 (INC und NCC) und die Konferenzunterlagen der Brüsseler Konferenz 1999 bezügl. der Anwdg. der KlauselRL verwiesen, Hall, Konferenzunterlagen, S.109 ff. und Bericht der Arbeitsgruppe, S.113 ff. - da diese Studie diverse mißbräuchliche Bestimmungen aufzeigte, ist die Vermutung in EG 13 zumindest zweifelhaft.

⁵¹³ Str., für direkte Anwendung z.B. Edgar Hofmann, § 5 Rz.20; Sieg, VersR 1977, S.489 (bei Wettbewerbsanstalten); für entspr. Anwdg: Präve, Rz.130 m.w.Nachw.; van de Loo, Rz.10 f. (bei Normenkontr.); Brandner in Ul-

von öffentlich-rechtlichen Versicherern anwendbar sein, wenn nach nationalen Regelungen ein Wahlrecht besteht, ob bestimmte Regelungen durch Vertragsbedingungen oder durch Satzung geregelt werden. In Deutschland besteht ein solches Wahlrecht in § 10 II VAG. Der öffentlich-rechtliche Versicherer soll sich nicht durch Wahl der jeweiligen Form der Mißbräuchlichkeitskontrolle entziehen können.

II Sachlicher Anwendungsbereich

1. Vertragsarten

Trotz der Tatsache, daß der Wortlaut der Richtlinie an vielen Stellen nur "Waren" und "Dienstleistungen"⁵¹⁴, oder "Güter"/"Dienstleistungen"⁵¹⁵ erwähnt, oder z.B. in der englischen Fassung in Art. 2 c) von einem "seller or supplier" gesprochen wird, werden nicht nur Kauf- und Dienstverträge, sondern grundsätzlich nach Art. 1 I, 3 I iVm Satz 2 des 10. Erwägungsgrundes umfassend alle Vertragsarten aller Rechtsgebiete von der Richtlinie erfaßt⁵¹⁶. In autonomer Auslegung ist mangels Legaldefinition durch die Klauselrichtlinie wie auch bei Art. 49 ff. EG-V von einem weiten Dienstleistungsbegriff auszugehen⁵¹⁷, der auch sämtliche Finanzdienstleistungen erfaßt, was i.ü. auch durch Nr.2 des Richtlinienanhangs deutlich wird (dazu sogleich unter a). Unter Waren/Güter sind – anders als nach deutschem Verständnis - nicht nur bewegliche Sachen sondern sämtliche vermögenswerten Gegenstände zu fassen⁵¹⁸. Die von der Klauselrichtlinie gewählten Begrifflichkeiten stehen daher als Beispiele für die umfassende Einbeziehung aller Verträge bezüglich körperlicher und unkörperlicher Leistungen⁵¹⁹; und deren häufige Erwähnung ist lediglich als Kennzeichnung des hauptsächlichlichen Anwendungsschwerpunktes zu verstehen⁵²⁰.

Der Richtlinie unterfallen also z.B. auch Leasing, Darlehens-, Geschäftsbesorgungs- und Sicherungsverträge⁵²¹. Da aus der Richtlinie auch keine Begrenzung auf entgeltliche Verträge zu erkennen ist, können auch Bürgschaftsverträge (z.B. zugunsten eines Finanzinstitu-

mer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG, Rz.851; Palandt-Heinrichs, Vorbem vor § 8 AGBG, Rz.4; zw. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.450 .

⁵¹⁴ Anhang, Nr.1 l, m; Erwägungsgründe 1, 2, 5, 6, 7, 9; engl. : "goods or services".

⁵¹⁵ Art. 4; Anhang Nr.1 k ("Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses"); EG 16, 18.

⁵¹⁶ So auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.28 f.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.13, MüKo-Basedow, §24 a AGBG, Rz.11; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93; tend. auch Bright/Bright, The Law Quarterly Review 1995, S.655 ff., 659 ff.; aA Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2191f. unter II 1 c – ursprüngl. Einschr. des ital. Art. 1469-bis C.C. nur für Zession von Gütern und Dienstleistungen wurde fallen gelassen.

⁵¹⁷ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.13; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.4; i.E. Thomas/Sabalot, BJBFL 1995, S.214 – anders als nach BGB fallen darunter auch Werkleistungen sowie sonstiges Tun und Unterlassen.

⁵¹⁸ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.11, Balate, ERPL 1997, S.143 ff., 144; aA Thomas/Sabalot, BJBFL 1995, S.214 ff., 216 – dieser Schluß ist neben Sinn und Zweck der RL als umfassende Klauselkontrollregelung für Verträge (EG 10: "alle") und Förderung des Binnenmarktes (Art. 100 a EG Va.F.) daraus zu ziehen, daß im franz. RL-Text bis auf EG 1 (dort "marchandises" wegen Art. 14II EG-V) der Begriff "biens" auftaucht, der genauso wie der ital. Begriff "beni" nicht auf bewegl. Sachen begrenzt ist, sondern unbewegl. Sachen u. sonstige subjektive Vermögensrechte beinhaltet, MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.11; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.14- auch in anderen RL werden Güter und Dienstleistungen weit verstanden, Bright/Bright, The Law Quarterly Review 1995, S.655 ff., 664 ff. - z.B. das belg. Gesetz über Handelspraktiken von 1991 mußte geändert werden, weil es ursprüngl. nur Kaufverträge über Waren u. Dienstl. erfaßte, Waren in Art. 1 Nr.1 als bewegl. Sachgüter definiert wurden. Nach ÄnderungsG v. 7.12.1998 (Moniteur belge du 23 décembre 1998) umfaßt nun der Verkäuferbegriff und der sachl. Anwendungsbereich in Art. 31 II f. alle Verträge.

⁵¹⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.29; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.11

⁵²⁰ Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 703

⁵²¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.13; ders. NJW 1996, S.3297 ff., 3301;

tes)⁵²² und dingliche Verfügungsverträge⁵²³ der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen werden.

a) Finanzdienstleistungen bzw. Geschäfte iSd Nr.2 des Richtlinienanhanges

aa) Bedeutung der Nr.2 für den Anwendungsbereich

Aus Nr. 2 des Richtlinienanhanges ist ein Rückschluß auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie möglich. Die dort erwähnten Finanzdienstleistungen (Nr. 2 a, b), und insbesondere die Geschäfte mit Wertpapieren, Finanz- und Kapitalmarktpapieren etc. (Nr.2 c, 1.Spiegelstrich), sind als Beispiele der umfassenden Erfassung aller Vertragsarten durch die Klauselrichtlinie zu verstehen; sie unterfallen daher grundsätzlich dem sachlichen Anwendungsbereich⁵²⁴. Gegen einen Rückschluß aus Nr. 2 auf den Anwendungsbereich kann nicht eingewandt werden, daß der gesamte Richtlinienanhang gemäß Art. 3 III lediglich als unverbindlicher Hinweis auf möglicherweise mißbräuchliche Klauseln zu verstehen ist⁵²⁵. Denn zum einen ist die Klauselliste des Richtlinienanhanges nicht völlig unverbindlich, sondern ihr ist eine nicht unerhebliche Indizwirkung im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle zuzusprechen⁵²⁶. Wenn Nr. 2 Ausnahmen für bestimmte Klauseln zuläßt⁵²⁷, so ist daraus zu schließen, daß die genannten Klauseln grundsätzlich inhaltlich kontrolliert werden sollen. Zum anderen beschränkt sich die Hinweisfunktion für den nationalen Rechtsanwender nur auf die Durchführung der Mißbräuchlichkeitskontrolle von einzelnen Klauseln⁵²⁸, nicht aber auf den Anwendungsbereich der Richtlinie. Da aber die Hauptfunktion der Nr.2 des Anhanges nicht in der Definition des Anwendungsbereiches, sondern in Ausnahmeregelungen zu Nr.1 liegt, kann umgekehrt nicht etwa der Schluß gezogen werden, daß nicht ausdrücklich erwähnte Geschäfte bzw. Klauseln von dem sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen sind.

Im Folgenden sollen zunächst die in Nr.2 verwandten Begriffe geklärt werden (bb), bevor die besonders problematische Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie in persönlicher und sachlicher Hinsicht auf Wertpapierbedingungen⁵²⁹ genauer untersucht wird (cc).

bb) Begrifflichkeiten

Die in der Nr.2 verwandten Begriffe werden in der Klauselrichtlinie selbst nicht definiert; sie müssen aber europäisch-autonom ausgelegt werden⁵³⁰.

⁵²² Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1859; Pfeiffer, NJW 1996, S.3297 ff., 3301; ders. in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.15, Art. 2 Rz.6; Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.8, FN 19.

⁵²³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.29; die Einfügung der dt.AGB-Regelungen im Allg. Schuldrecht, §§ 305 ff. BGB, ist daher bedenklich, Pfeiffer in v.Westphalen, Änderung AGB-rechtlicher Vorschriften, Rz.4; Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 155 f.(151f.): zwar regeln auch das niederl. u.ital.Recht die Inhaltskontrolle im Allg.SchuldR, diese Länder kennen aber das Abstraktionsprinzip nicht.

⁵²⁴ So auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.6 und Anh. Nr.2 c, Rz.271; Thomas/Sabalot, BJBFL 1995, S.214 ff., 216 (der diesen Ansatz allerdings bei Wertpapierbedingungen nicht durchhält); nach aA folgt aus der Erwähnung nur, daß eine inhaltliche Kontrolle dieser Verträge möglich ist, ohne daß auf den Anwendungsbereich geschlossen werden könne, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.203.

⁵²⁵ So aber Bungert, DZWiR 1996, S.185 ff., 191.

⁵²⁶ Dazu ausführlich unten *unter 2.Teil, E I 2.a*).

⁵²⁷ Dazu ausführlich unten *unter 2.Teil E II*.

⁵²⁸ Weder ist eine Klausel, die in Nr. 1 auftaucht automatisch mißbräuchlich iSd Art. 3 I, noch ist eine nicht erwähnte Klausel automatisch nicht mißbräuchlich.

⁵²⁹ In Dtl.ist Anwendbarkeit der AGB-Regelungen auf Wertpapierbedingungen str.,ausf. Drygala, S.23 ff.

⁵³⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 a, Rz.237

aaa) Finanzdienstleistungen gemäß Nr.2 a,b

Die Nr. 2 a, b des Richtlinienanhanges sehen für einseitige Beendigungs- und Änderungsklauseln abweichend von Nr. 1 g, j Erleichterungen für ‘Erbringer von Finanzdienstleistungen’ vor. Der Begriff der ‘Finanzdienstleistungen’ ist weit zu verstehen und umfaßt alle Dienstleistungen, die den Verbraucher in dessen Geldangelegenheiten unterstützen, also z.B. auf dem Gebiet der Geld- und Kapitalanlage, Vermögensverwaltung, Abwicklung von Zahlungsvorgängen, Beratung in finanziellen Angelegenheiten⁵³¹. Auf Gemeinschaftsebene werden Finanzdienstleistungen generell umfassend verstanden: so z.B. die Kommission in ihren Äußerungen zu notwendigen Verbraucherschutzmaßnahmen auf diesem Gebiet⁵³², nach der Fernabsatz-RL 97/7/EG, die nach Art. 3 I, 1. Spiegelstrich nicht auf Finanzdienstleistungen anwendbar ist, und auch nach der deshalb erforderlichen RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher⁵³³. Finanzdienstleistungen werden in Art. 2 b) sehr weit als ‘jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung’ definiert⁵³⁴. Auch wenn die Definition primär nur für diese Richtlinie gilt, kann sie dennoch auch als Beispiel, Konkretisierung und ‘Illustration’ für Nr. 2 a,b des Anhanges der Klauselrichtlinie herangezogen werden. Gleiches gilt für die Aufzählung in Art. 6 II und den jeweils nicht erschöpfenden Listen mit Beispielen für Finanzdienstleistungen in den Anhängen der (Fernabsatz-)Richtlinien bzw.-vorschläge⁵³⁵.

Zu den Finanzdienstleistungen iSd Klauselrichtlinie zählen also umfassend alle den Kreditinstituten, Versicherungsunternehmen und Investmentunternehmen zugewiesenen Aufgaben⁵³⁶. Darunter fallen auch Kapitalmarktgeschäfte, also z.B. der Handel mit Wertpapieren, sonstiger Wertpapiergeschäfte einschließlich des Handels mit Terminkontrakten, Optionen, Derivaten, der Erwerb von Beteiligungen, insbesondere Aktien und Anleihen, oder Anlageberatung, sofern es sich um Verbraucherverträge handelt⁵³⁷. Der Einschluß von Kapitalmarktgeschäften ergibt sich zum einen aus Nr.2 c) der Klauselrichtlinie, zum

⁵³¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 a, Rz.170 mit Beispielen; vgl. auch die Aufzählung bei Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Rz.2 a, Rz.237, Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 216 li.Sp. mit Beispielen.

⁵³² Nachweise zu Aktionsrahmen, Mitteilungen, Gröndbuch, etc., oben unter 1. Teil A I.

⁵³³ Geändertes Vorschlag v.23.7.1999, KOM (99) 385 endg.; GS v.19.12.2001, ABl.2002, C 58 E/32 ff.; RL 2002/65/EG v.23.9.2002, ABl. 2002 Nr. L 271/16: es soll jede Art von Finanzdienstleistungen erfaßt werden (die die im Fernabsatz erbracht werden können), vgl. EG 14– geht der Fernabsatz-RL 97/7/EG vor, vgl. deren Art. 13 I.

⁵³⁴ Im geänderten Vorschlag der Kommission zu dieser RL v.23.7.1999, KOM (99) 385 endg., noch ‘jede Bank-, Versicherungs-, Investment- und Zahlungsdienstleistung.’

⁵³⁵ Art. 3 I, 1. Spiegelstr. iVm Anhang II der Fernabsatz-RL 97/7/EG zu Finanzdienstleistungen; Art. 2 b) iVm Anhang II des ersten Vorschlags für RL über den Fernabsatz von Finanzdienstl. v. 14.10.1998, KOM (98) 468 endg. – letztere Liste ist zwar in der endgültigen RL nicht mehr enthalten, kann aber dennoch als Konkretisierung herangez. werden, weil sie nur aus dem Grund entfernt wurde, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, vgl. KOM (99) 385 endg., S.4 unter Art. 2 – die Liste des ersten Vorschlages, ebenda, S.32, nennt z.B. Finanzierungsleasing; Bürgschaften; Annahme, Übermittlung und Ausführung von Aufträgen bzw. Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Emission von Geldmarktinstrumenten, Wertpapieren, OGAW und andere Investmentpapiere, Termin- und Optionsgeschäfte, Wechselkurs- und Zinsinstrumente; Portfolioverwaltung und Anlageberatung im Hinblick auf diese Instrumente; Schadens-, Lebens- und unbefristete Krankenversicherung, Individualpensionssysteme etc.

auch aus anderen RL können Bsp. entnommen werden, auf die i.ü. auch die Anhänge der FernabsatzRL’s verweisen, z.B. Anhang der 2. BankrechtsRL 89/646/EWG, ABl.1989, Nr. L 386/1 (die Aufzählung des dt. § 1 I a KWG stimmt damit wesentlich überein); Wertpapierdienstleistungen iSd Anhanges der RL 93/22/EWG, ABl. 1993, Nr. L 141/27; Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäfte nach den versicherungsrechtl. RL’s.

⁵³⁶ Vgl. Aufzählung bei Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2a, Rz.237.

⁵³⁷ Weitere Aufzählung bei Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 a, Rz.237 – bei der dort ebenfalls aufgeführten Beratung bei Übernahme und Zusammenschlüssen von Unternehmen, handelt es sich zwar um eine Finanzdienstleistung, es dürfte aber kein Verbrauchervertrag iSd Art. 1 I, Art. 2 der RL zustandkommen.

pitalmarktgeschäften ergibt sich zum einen aus Nr.2 c) der Klauselrichtlinie, zum anderen aus den Bestimmungen der Fernabsatzrichtlinien (bzw.-vorschläge)⁵³⁸.

‘Erbringer’ von Finanzdienstleistungen iSv Nr.2 a) und b) können alle Personen sein, die eine Finanzdienstleistung als Gewerbetreibende gemäß Art. 2 c) erbringen, z.B. Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, Investmentgesellschaften, Leasingunternehmen, Inkasobüros, alle Arten von Finanzmaklern (Kredit-, Versicherungs-, Börsen-, Wertpapier-) und Beratern, Allfinanzunternehmen, etc⁵³⁹. Nach Sinn und Zweck der Regelung in Nr.2 bezieht sich die Ausnahme von Nr.1 nur auf einen Vertrag bezüglich Finanzdienstleistungen, nicht aber auf jeden von einem ‘Erbringer von Finanzdienstleistungen’ abgeschlossenen Vertrag⁵⁴⁰.

bbb) Kapitalmarkt- und Devisengeschäfte iSd Nr.2 c)

Nr. 2 c) sieht für Kapitalmarkt- und Devisengeschäfte bei einseitigen Kündigungs- und Änderungsklauseln (inklusive Preisänderungsklauseln) eine Ausnahme von Nr.1 g, j, l vor.

Unter Spiegelstrich 1 werden Wertpapiere, Finanzpapiere und andere Erzeugnisse oder Dienstleistungen genannt⁵⁴¹. Diese Begriffe können und müssen auch nicht randscharf abgegrenzt werden, sondern können sich überschneiden⁵⁴². Besonders durch die Auffangbegriffe ‘andere Erzeugnisse oder Dienstleistungen’ wird nämlich deutlich, daß umfassend alle Kapitalmarkterzeugnisse erfaßt werden. Eine abschließende Aufzählung ist auch nicht möglich, da immer wieder neue Produkte in Erscheinung treten. Entscheidend ist nur, daß es sich um Geschäfte handelt, bei denen der Preis von Notierungsveränderungen⁵⁴³, Börsenindices⁵⁴⁴ oder Kursschwankungen⁵⁴⁵ auf dem Kapitalmarkt⁵⁴⁶ abhängt. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der erleichterten Beendigungs- und Änderungsmöglichkeiten der Nr. 2 c, 1.Spiegelstrich, ist, daß der Anbieter als Gewerbetreibender auf die Veränderungen des Kapitalmarktes keinen Einfluß haben darf. Eine individuelle Beeinflussung kann aber erst dann angenommen werden, wenn der Gewerbetreibende in einer Form den

⁵³⁸ Insb. Anhang II, Nr.7, 8 des ersten Vorsch. für die RL über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (vgl.Aufzählung in obiger FN) und aus Art. 6 II der endgültigen RL 2002/65/EG; Anhang II, Spiegelstrich 1,5,6 der Fernabsatz-RL.

⁵³⁹ Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 a, Rz.237; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2a, Rz.170.

⁵⁴⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2a, Rz.171.

⁵⁴¹ Die Kommissionsvorschläge von 1990 und 1992 sprachen noch von erleichterten Kündigungs- und Änderungsmöglichkeiten für ‘Börsentransaktionen’.

⁵⁴² Dazu im einzelnen Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c), Rz.272, der z.B. Wertpapiere und Finanzpapiere danach unterscheidet, ob diese am Kapitalmarkt gehandelt und von jedermann erworben werden können (Wertpapiere) oder nicht (Finanzpapiere).

⁵⁴³ Notierung: hierzu zählen alle Notierungen an der Börse, ob amtlich oder im Freiverkehr, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c, Rz.273.

⁵⁴⁴ Geben idR die tägliche Preisentwicklung an der Börse (Wertpapier- oder Terminbörse) auf der Basis eines aus allen oder mehreren gehandelten Papieren errechneten Durchschnittspreises wieder, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, ebenda; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.204.

⁵⁴⁵ Kurse werden durch rechnerischen Ausgleich von Angebot und Nachfrage an einem lokal oder international für alle Interessenten zugänglichen Markt gebildet, und sind der allgemein gültige Preis; insbesondere aus der englischen Formulierung (“financial market rate”) ergibt sich, daß auch Kurse, die nicht unmittelbar aus dem Börsenhandel entstehen (wie z.B. Aktienkurse), sondern sich aus einer vertraglich bindenden Bezugnahme auf Leitgrößen des Kapitalmarktes ergeben, erfaßt sind, wie z.B. die Geldmarktzinssätze Libor oder Fibor, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, ebenda; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.204.

⁵⁴⁶ Umfaßt alle mit Geld- und Finanzgeschäften zusammenhängenden Transaktionen, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2c), Rz.272.

Preis steuern kann, die über das normale Marktverhalten durch Kauf und Verkauf hinausgeht⁵⁴⁷.

Eine Abhängigkeit von den Schwankungen des Kapitalmarktes besteht nicht nur bei Papieren, Erzeugnissen und Dienstleistungen⁵⁴⁸, die selbst gehandelt werden und einen Kurs haben, sondern auch bei sonstiger Abhängigkeit. "Dienstleistungen" sind daher z.B. auch Kommissions- oder Maklergeschäfte, deren Provisionen einen prozentualen Teil des Kurswertes der Finanzprodukte ausmachen⁵⁴⁹. Auch der Begriff "Geschäft" iSd Nr. 2 c) ist nicht auf die typischen Kapitalmarktgeschäfte wie Kauf und Verkauf beschränkt⁵⁵⁰. Dies ergibt sich auch bereits aus dem Sinn und Zweck der Nr.2 c). Der Grund für die Ausnahme von dem Erfordernis eines "schwerwiegenden Grundes" bei einer fristlosen Kündigung (Nr.1 g), und für eine erleichterte Änderungsmöglichkeit (Nr.1j,l) liegt darin, daß aufgrund der durch den Gewerbetreibenden nicht beeinflussbaren Kapitalmarktschwankungen ein besonderes Interesse seitens des Gewerbetreibenden besteht, sich den neuen Marktsituationen z.B. durch Preis- und sonstige Klauseländerungen flexibel anzupassen und das Marktrisiko zumindest teilweise auf den Kunden "als den eigentlichen Nutzer" abzuwälzen⁵⁵¹. Dieses besondere Interesse, dem die Nr.2 Rechnung trägt, besteht aber nicht nur bei Kauf und Verkauf von Kapitalmarktpapieren, sondern auch bei sonstiger Abhängigkeit von den schwankenden Marktpreisen.

Die Nr.2 c) erfaßten Wertpapiere können jedenfalls nicht nach der deutschen allgemeinen "wertpapierrechtlichen" Definition⁵⁵² ermittelt werden. Denn danach wären auch Schecks und Wechsel erfaßt, diese Wertpapiere werden aber nicht am Kapitalmarkt gehandelt. Es ist vielmehr auf den engeren Wertpapierbegriff des Emissionsgeschäftes abzustellen⁵⁵³, der nach Sinn und Zweck des Nr.2 c) alle Urkunden und Rechte erfaßt, die am Kapitalmarkt gehandelt werden, und die grundsätzlich von jedem Kapitalanleger erworben werden können⁵⁵⁴. Zu diesem engeren Wertpapierbegriff des Emissionsgeschäftes gehören z.B. Aktien

⁵⁴⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c), Rz.273– als Konkretisierung für Nr. 2 c), für "Finanzdienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat", können die Beispiele in Art. 6 II a) der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen herangezogen werden.

⁵⁴⁸ Sonstige Erzeugnisse und Dienstleistungen: z.B. Optionsrechte (wie Aktienoptionen, Warenterminoptionen, Optionen auf Staatspapiere oder Börsenindizes).

⁵⁴⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c), Rz.200.

⁵⁵⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c), Rz.274 – erfaßt sind auch Auftragserteilungen an Banken oder Börsenmakler als Makler-, Geschäftsbesorgungs- oder Dienstvertrag, dessen Preis bzw. Entgelt zumindest teilweise von den Kapitalmarktschwankungen abhängt.

⁵⁵¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2c, 271; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. N.2 c), Rz.199

⁵⁵² Zöller, § 3 III 4 b: ein Wertpapiere ist eine Urkunde, "die ein Privatrecht in der Weise verbrieft, daß es ohne diese Urkunde nicht geltend gemacht werden kann".

⁵⁵³ Vgl. auch Kümpel, Rz.9.46 ff. – kennzeichnend sind Fungibilität und gesteigerte Umlauffähigkeit, so daß z.B. auch nicht der handelsrechtliche Wertpapierbegriff des § 363 HGB gelten kann (Rz.9.51f.).

⁵⁵⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2 c), Rz.272. Anhaltspunkte können aus der Definition in Art. 1 Nr.4 der Wertpapierdienstleistungs-RL v. 10.5.1993 (93/22/EWG), ABl. EG 1993 Nr.L 141/27, gezogen werden, auch wenn diese direkt nur für die Wertpapierdienstleistungs-RL gilt (vgl. EG 9-12, insb.11). Im Bestreben nach einer EU-weiten Def. wurde diese Definition auch in Art.1 III der RL 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmißbrauch) als Nachfolge der Insider-RL 89/592/EWG übernommen, ABl.2003, Nr.L 96/16. Auch der in Art. 1 Nr.2 a der Insiderhandels-RL v. 13.11.1989 (89/592/EWG), ABl. EG 1989 Nr.L 334/30 enthaltene Begriff war im Kern bereits identisch, wenn auch umfassender - im Ergebnis kann die genaue Begriffsbestimmung der Wertpapiere iSd KlauselRL und die Frage, inwieweit ein EU-weiter Wertpapierbegriff aber dahingestellt bleiben, weil die Nr.2 c) jedenfalls umfassend alle Kapitalmarktgeschäfte ("sonstige Erzeugnisse und Dienstleistungen") erfaßt, i.E.auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2, Rz.201.

und Schuldverschreibungen auf den Inhaber (insb. Anleihen)⁵⁵⁵. Zu den Finanzpapieren ('financial instruments') gehören in dem Versuch einer Abgrenzung zu Wertpapieren⁵⁵⁶ alle individuell vereinbarten Transaktionen über geldwerte Rechte, die nicht in Urkunden verbrieft sind, nicht notwendigerweise am Kapitalmarkt gehandelt werden müssen, und nicht den Zweck haben müssen, von jedermann erworben werden zu können, z.B. Swapgeschäfte, Zinstermingeschäfte und Futures⁵⁵⁷.

Der 2.Spiegelstrich der Nr.2 c) erfaßt alle Devisengeschäfte im weiteren Sinne, Kauf oder Verkauf von Fremdwährungen, Reiseschecks oder internationalen Postanweisungen in Fremdwährungen⁵⁵⁸. Es ist unerheblich, ob es sich um die Währung eines EU-Mitgliedstaates oder eines Drittstaates, ob es sich um Barkauf, Buchgeld, oder Terminkauf/-verkauf handelt⁵⁵⁹. Anders als bei dem ersten Spiegelstrich werden hier die Geschäfte ausdrücklich auf Kauf und Verkauf beschränkt. Daher wird z.B. ein Auftrag zum Kauf nicht von der Ausnahme der Nr.2 c) erfaßt. Auch wenn bei einem Auftrag die Ausnahme zu Nr. 1 des Richtlinienanhangs nicht greift, unterfällt das Vertragsverhältnis aber grundsätzlich der Richtlinie und damit auch der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 3 I – ein Umkehrschluß auf die Unanwendbarkeit der Richtlinie bei nicht im Anhang genannten Geschäften ist – wie bereits erläutert – nicht möglich. Der Grund dafür, daß bei dem zweiten Spiegelstrich anders als beim ersten nicht ausdrücklich die fehlende Beeinflussungsmöglichkeit des Preises genannt wird, ist wohl darin zu sehen, daß dies bei Devisengeschäften immer der Fall ist⁵⁶⁰.

cc) Problematik: Anwendbarkeit auf Aktienemissionen und sonstige Wertpapierbedingungen (als inhaltliche Ausgestaltung der Kapitalanlage)

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie bei Aktienemissionen und sonstigen Wertpapierbedingungen von Kapitalanlagen bestehen mehrere Problemfelder.

Die Verbrauchereigenschaft einer natürlichen Person, die zum Zwecke privater Vermögensanlage und –verwaltung Beteiligungen an einer Gesellschaft (z.B.an einer Publikums-KG oder durch Kauf von Aktien an einer AG), oder sonst Finanz-und Kapitalmarktpapiere erwirbt, wird nicht bereits durch ihre Gewinnerzielungsabsicht bzw. Vermögensmehrungs-

⁵⁵⁵ Eine wertpapiermäßige Verbriefung ist nicht erf., vgl. Kümpel, Rz.9.59 ff.; vgl. auch Def. in § 1 XI Satz 2 KWG u. § 2 I WpHG; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c, Rz.272 faßt unter den Wertpapier-Begriff weiterhin Pfandbriefe, Optionsanleihen, Genußscheine, Optionen, Futures und andere Derivate; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh., Nr.2 c, Rz.200 faßt demgegenüber die derivativen Finanzprodukte wie Optionen und Futures unter 'Finanzpapiere' und andere Erzeugnisse und Dienstleistungen, was wiederum nur die Überschneidung der Begriffe verdeutlicht; im Anhang der Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG sind Futures auch neben Wertpapieren genannt - i.E. ist eine Unterscheidung wg.umf.Geltungsbereich nicht notwendig.

⁵⁵⁶ Bei der Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG und der RL 2003/6/EG zu Insider-Geschäften und Marktmanipulation werden Finanzinstrumente dagegen als Oberbegriff verstanden, worunter auch Wertpapiere fallen (die Aufzählungen der Finanzinstrumente sind nahezu identisch, die RL 2003/6/EG nennt zusätzl. Warenderivate, um neueren Entwicklungen Rechnung zu tragen); die 'alte' Insiderhandels -RL 89/592/EWG verwandte wiederum Wertpapiere als Oberbegriff.

⁵⁵⁷ So die Abgrenzung von Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c, Rz.272.

⁵⁵⁸ Dazu im einzelnen Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2c), Rz.275 f.: z.B. Devisenterminkontrakt, Optionsgeschäfte, da die Ausübung der Option zu einem Kauf oder Verkauf führt.

⁵⁵⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2c, Rz.205.

⁵⁶⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr. 2 c), Rz. 205.

absicht ausgeschlossen⁵⁶¹. Denn vorrangig ist hier der private Zweck der Kapitalanlage; eine gewerbliche Tätigkeit ist erst dann anzunehmen, wenn die auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit für eine gewisse Dauer, selbständig und planmäßig ausgeübt wird, was dann eine berufsmäßige Organisation erfordert (z.B. Auftreten als ständiger Anbieter)⁵⁶². Hierfür kann die gewerbsteuerliche Beurteilung eine Abgrenzungshilfe darstellen⁵⁶³. Der Schutz des privaten Anlegers liegt auf der Linie des kapitalmarktrechtlichen Individualschutzkonzepts, das auch anderen europäischen Rechtsakten zugrundeliegt⁵⁶⁴. Aus der Klauselrichtlinie ist nicht erkennbar, daß der Umfang der Kapitalanlage eine Bedeutung für die Verbrauchereigenschaft des Anlegers hat⁵⁶⁵ - allein aufgrund einer großen Anlage kann nämlich nicht auf die Geschäftserfahrung geschlossen werden. Bei Gesellschaftsbeteiligungen, wie z.B. dem Aktienerwerb, ist die Verbrauchereigenschaft dann ausgeschlossen, wenn eine beruflich-unternehmerische Betätigung in der Handelsgesellschaft bezweckt ist; jedenfalls bei Minderheitsbeteiligungen wie bei Kleinaktionären ist von dem Zweck einer privaten Vermögensanlage auszugehen⁵⁶⁶.

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereiches sind - wie unten unter c)aa) dargestellt - gesellschaftsrechtliche Vertragsgestaltungen (z.B. Aktienerwerb⁵⁶⁷) nicht schon per se von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen, da diese keine vollständige Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht vorsieht. Da es sich bei den Formulierungen "Güter und Dienstleistungen" der Klauselrichtlinie nur um beispielhafte Hinweise auf den umfassenden sachlichen Geltungsbereich bezüglich Verträge aller Art handelt, die weit auszulegen sind⁵⁶⁸, kann nicht argumentiert werden, daß Wertpapiere oder Gesellschaftsbeteiligungen keine "Güter" oder "Dienstleistungen" iSd Richtlinie sind⁵⁶⁹. Zudem erfaßt auch der Begriff "Güter" ("biens", "beni") insbesondere nach französischem und italienischen Verständnis nicht nur bewegliche Sachen, sondern alle vermögenswerten Gegenstände, und damit auch Wertpapiere.

⁵⁶¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.7; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.11,27; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 39; Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969 m.w.Nachw. in FN 16 zu übereinst. Ansichten hinsichtl. Verbrauchercredit-RL u. Haustürgeschäfte-RL sowie deren Umsetzung in dt.Recht; diff. Faber, ZEuP 1998, S.854 ff., 870 - auch der EuGH v. 19.1.1993, Rs. 89/91 (Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft...), ZIP 1993, S.826 ff., Rz.23 geht bei privaten Geldanlagegeschäften konkludent grdstzl. von einem Verbrauchergeschäft aus, so auf die Vorlagefrage des BGH (ZIP 1993, S.994 ff.) hinsichtlich des Verbrauchergerichtsstands nach Art. 13,14 EuGVÜ (aber ohne abschl. Beantwortung der Vorlagefrage).

⁵⁶² MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.30; auch nach dem anglo-amerikanischen Recht ist eine "activity of some continuity for gain" erforderlich, dazu und zu dem hier nicht relevanten Streit, ob eine Gewinnerzielungsabsicht für ein Gewerbe erforderlich ist, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.13 m.w.Nachw.

⁵⁶³ MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.23.

⁵⁶⁴ Grundmann, JZ 1996, S.274 ff., 284.

⁵⁶⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2, Rz.11; in diese Richtung aber Drygala, S.253 ff.; offenl. Kumpel, Rz.9.164.

⁵⁶⁶ Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969 (auch zu Grenze f. untern. Betätigung); MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.23 m.w.Nachw.

⁵⁶⁷ Oder z.B. Genußscheine, wenn diese entgegen der hM nicht als schuldrechtliche Beziehung, sondern als stilles Gesellschaftsverhältnis verstanden werden, so z.B. Schön, JZ 1993, S.925 ff., 928f.; Habersack, ZHR 155 (1991), S.378 ff., 394 ff. - dazu ausführlich m.Nachw. Kallrath, S.27 ff.

⁵⁶⁸ *Oben unter 2. Teil A II 1.*

⁵⁶⁹ So aber Thomas/Sabalot, BJBFL 1995, S.214 ff., 216 für "investments" u. "securities", der nur z.T. Geschäfte bzgl. Wertpapieren als Dienstleistung iSd RL ansieht, z.B. der Vertrag mit dem Broker/Dealer bei dem Sekundärhandel - Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969 bezweifelt bei der Begründung einer Gesellschaftsbeteiligung im Gegensatz zu deren Vermittlung und Finanzierung den Charakter als "Dienstleistung" - aufgr. des umfass. Anwdsb. der KlauselRL muß auch auf die hM hinsichtl. Art. 29 EGBGB nicht eingegangen werden, nach der Verträge über Wertpapiere nicht erfaßt sind, MüKo-Martiny, Art. 29 EGBGB, Rz.9, denn Art. 29 EGBGB erfaßt anders als die KlauselRL nicht alle Vertragsarten, sondern nur Dienstleistungen u. Lieferung bewegl. Sachen.

Im übrigen muß hinsichtlich der Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie zunächst zwischen mitgliedschaftlichen Kapitalmarktpapieren (Aktien als verbrieft Mitgliedsrechte) und schuldrechtlichen Papieren (z.B. Anleihen, Genuß- und Optionsscheine als verbrieft Forderungen), bei denen die Beziehung zum Emittent nicht mitgliedschaftlich bzw. gesellschaftsrechtlich, sondern schuldrechtlich ausgestaltet ist, unterschieden werden⁵⁷⁰. Bei Aktienemissionen ergeben sich die Rechte und Pflichten des Aktionärs aus seiner mitgliedschaftlichen Stellung, die wiederum in den AG-Satzungen geregelt wird. Die AG-Satzung unterliegt aber - anders als die Verkaufsbedingungen im Aktienhandel - nicht der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Richtlinie⁵⁷¹. Aus mehreren Gründen: In der Regel entsprechen die Satzungsbestimmungen bereits zwingendem nationalen Gesellschaftsrecht, z.B. dem in Deutschland umfassend geregelten Aktienrechts⁵⁷², so daß nach Art. 1 II die Richtlinie bereits nicht anwendbar ist. Bei einer Abweichung von zwingendem Recht ist eine Satzungsbestimmung schon deshalb unwirksam, auf eine Mißbräuchlichkeitskontrolle kommt es dann nicht mehr an. Zudem ist zweifelhaft, ob generell Satzungen unter die Richtlinie fallen, weil diese nach dem Wortlaut nur "Verträge" und "Vertragsklauseln" betrifft. Der Unterschied von Satzungen zu Austauschverträgen ist, daß grundsätzlich die Satzungs- bzw. Geschäftsordnungsautonomie beachtet werden muß⁵⁷³. Eine zumindest entsprechende Geltung der Richtlinie wie jedenfalls bei Satzungen öffentlich-rechtlicher Versicherer und bei Satzungen von VVaG ist hier nicht zwingend, weil - anders als in diesen Fällen⁵⁷⁴ - weder eine Wahlmöglichkeit der Gestaltung gegeben ist, noch ein Gleichbehandlungsbedürfnis erkennbar ist oder entsprechende Hinweise in der Entstehungsgeschichte bestehen. Jedenfalls lassen auch die bereichsspezifischen Anforderungen des Aktienrechts keine inhaltliche Kontrolle von Satzungen einer Aktiengesellschaft zu⁵⁷⁵. Des weiteren ist der Aktionär zumindest im deutschen Recht im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsbeteiligungen, wie z.B. bei einer Publikums-KG, durch seine mitgliedschaftliche Stellung (grdstzl. zwingend, § 23 V AktG) und beispielsweise durch das Anfechtungsrecht gem. §§ 241 ff AktG bereits ausreichend geschützt, so daß eine Inhaltskontrolle nicht erforderlich ist⁵⁷⁶. Bei Verkaufsbedingungen im Aktienhandel ergibt sich dagegen bereits aus Nr. 2 c), 1. Spiegelstrich, des Richtlinienanhangs die Anwendbarkeit der Mißbräuchlichkeitskontrolle.

Fraglich ist, ob die Klauselrichtlinie bei sonstigen Wertpapierbedingungen von Kapitalanlagen, wie z.B. den in Deutschland als Inhaberschuldverschreibungen iSd § 793 BGB ver-

⁵⁷⁰ Kümpel, 9.1 ff., 9.121 ff.

⁵⁷¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr. 2 c, Rz. 202; i.E. auch Drygala, ZIP 1997, S. 968 ff., der bereits einen Ausschluss nach EG 10 befürwortet.

⁵⁷² Grundmann, JZ 1996, S. 274 ff., 284; Drygala, ZIP 1997, S. 968 ff., 969; Wolf, FS Zöllner, S. 651; Kümpel, Rz. 9.212; Fastrich, S. 146; § 23 V AktG läßt Abweichungen vom Gesetz durch die Satzung nur bei ausdrücklicher Gestattung zu.

⁵⁷³ Fastrich, S. 148 - der BGH, NJW 1998, S. 454 f., 455, begründete die grdstzl. Aus. von organisationsrechtl. Vereinssatzungen von der Inhaltskontrolle damit, daß die §§ 9 ff AGBG a.F. (§ 307 ff BGB) nicht auf Organisationsstatuten, sondern auf Austauschverträge zugeschnitten sind.

⁵⁷⁴ *Zu Geltung im ör Bereich unter 2. Teil A I 5.; zu Satzungen bei VvaG unten unter 2. Teil A II 1. c) bb).*

⁵⁷⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr. 2 c), Rz. 202 - die Verschiedenheit der nationalen Aktienrechte kann dagegen nicht als Begründung herangezogen werden.

⁵⁷⁶ Drygala, S. 5.21; ders. ZIP 1997, S. 968 ff., 971; für dt. Recht Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 23 AGBG, Rz. 19f. - die gesetzliche Regelung der inneren Ordnung dient nicht nur dem Gläubigerschutz, sondern auch dem Schutz der Aktionäre und entspricht deshalb in der Schutzrichtung der Inhaltskontrolle, Fastrich, S. 146.

standenen Wertpapieren (z.B. Anleihen, Genuß- und Optionsscheine⁵⁷⁷), bei denen die Beziehung zum Emittenten schuldrechtlicher Art ist, anwendbar ist⁵⁷⁸. Die Besonderheit der Wertpapiere liegt darin, daß sie von Anfang an für den allgemeinen Umlauf und für einen Erwerb durch grundsätzlich jedermann bestimmt sind, selbst wenn die Erstaussgabe an einen einzigen oder wenige Ersterwerber mit Börsenerfahrung erfolgt (z.B. emittierende Bank oder Bankenkonsortium)⁵⁷⁹. Anders als bei Satzungen von Aktiengesellschaften gibt es für Wertpapierbedingungen – jedenfalls in Deutschland – nur wenige gesetzliche Regelungen⁵⁸⁰, so daß die Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie nicht schon an Art. 1 II scheitert und Raum für eine rechtsgeschäftliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung besteht. Für eine sachliche Anwendbarkeit auf Emissionsbedingungen könnte die Erwähnung der Geschäfte mit Wertpapieren, deren Preis von den Veränderungen auf dem Kapitalmarkt abhängt, in Nr.2 c, 1. Spiegelstrich, des Richtlinienanhangs sprechen⁵⁸¹. Die einheitliche Regelung in der EU stünde dann den Bedenken entgegen, daß der Finanzplatz Deutschland durch eine Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen einen Wettbewerbsnachteil erleide⁵⁸². Auch diejenigen nationalen Rechte, die vor der Richtlinienumsetzung eine inhaltliche Kontrolle von Anleihebedingungen nicht vorsahen⁵⁸³, müßten ihre Regelungen anpassen.

Beim Handel mit Inhaberschuldverschreibungen muß die rechtliche Situation der Selbstemission von der Fremdemission⁵⁸⁴ sowie der Primärhandel von dem Sekundärhandel, unterschieden werden. Bei einer Selbstemission durch den Emittenten kommt das Vertragsverhältnis (Begebungsvertrag) im Primärhandel unmittelbar mit dem Anleger zustande, so daß sich keine Besonderheiten hinsichtlich der Vertragsbedingungen ergeben⁵⁸⁵: Entscheidend ist, daß es sich um vorformulierte Bedingungen handelt⁵⁸⁶ und daß der erwerbende Anleger ein Verbraucher iSd Art. 2 b) ist. In diesem Fall handelt es sich regelmäßig um einen Verbrauchervertrag iSd Richtlinie⁵⁸⁷, also einen Vertrag zwischen Ver-

⁵⁷⁷ Inhaberschuldverschreibungen iSd § 793 BGB sind auch die in § 221 AktG genannten Wandelschuldverschreibungen, Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen, Genußrechte, vgl. Kümpel, Rz.9.178; Wolf, FS Zöllner, S.651.

⁵⁷⁸ Zu dt. Diskussion, ob das AGB-Recht auf Wertpapierbedingungen anwendbar ist, ausf. Drygala, S.24 ff.

⁵⁷⁹ Ausnahme bei sog. private placement.

⁵⁸⁰ Kümpel, Rz.9.125 ff.: §§ 793 ff BGB für das Verhältnis Emittent-Gläubiger.

⁵⁸¹ So Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 c, Rz.271; ders., FS Zöllner, S.651 ff., insb.656 f.; Drygala, S.129 ff., 185 f., zw. dagegen Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.202 f., nach dem Nr.2 c nur die Mögl. der Anwendbarkeit der RL voraussetzt, der i.E. aber wegen des effet utile der RL auch zu einer Anwendbarkeit gelangt; aA Bungerts, DZWIR 1996, S.185 ff., 190; Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 216.

⁵⁸² Dazu Hopt, FS Steindorff, S.341 ff., 364; aA auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 655.

⁵⁸³ Z.B. Großbritannien UCTA 1977, vgl. auch Siebel, WM 1994, S.1781 ff., 1782: Anwendbarkeit der Inhaltskontrollreg. auf Wertpapierbedingungen sei "typisch deutschen Problem"; z.B. auch in Belgien war Gesetz v.14.7.1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (Art.31 ff. mit Kontrollreg.) gem. Art. 1 II auf best. Wertpapiere oder andere Finanzinstrumente nicht anwendbar.

⁵⁸⁴ Kümpel, Rz.9.13 ff.

⁵⁸⁵ Zu dt. Recht: Schäfer in v. Westphalen, "Genußrechte", Rz.26; Bungert DZWIR 1996, S.185 ff., 188 f. – "Vertrag" ist bei Inhaberschuldverschreibungen (z.B. Anleihen) nach der herrschenden Vertragstheorie der Begebungsvertrag mit dem ersten Nehmer, vgl. Zöllner, § 6 II – aA: die modifizierte Kreationstheorie z.B. MüKo-Hüffner, vor § 793 BGB, Rz.26 geht von einem einseitigen Leistungsversprechen nach § 793 aus.

⁵⁸⁶ Die Tatsache, daß die jeweilige Teilschuldverschreibung Teil einer Serie gleichartiger Papiere ist und daher selbst bei einem entsprechenden Willen des Emittenten nicht abänderbar ist, spricht nicht gegen die inhaltliche Kontrolle (so aber Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 72), sondern eher dafür, weil ja gerade die Situation einer fehlenden Einflußmöglichkeit gegeben ist, auf die Art. 3 II abstellt.

⁵⁸⁷ AA Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 216, der generell alle Fälle des "primary issue" von dem Anwendungsbereich ausnimmt.

Verbraucher und Gewerbetreibenden (idR eine emittierende Bank)⁵⁸⁸. Bei der in der Praxis häufigeren Fremdemission⁵⁸⁹ ergeben sich im Gegensatz zu der Selbstemission aus der Tatsache Probleme, daß keine unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Emittent und Anleger besteht, sondern eine Bank oder ein Bankenkonsortium mit Börsenerfahrung zwischengeschaltet ist, bei der das Wertpapier samt seinen Bedingungen durch Begebungsvertrag entsteht⁵⁹⁰ und die dann den Vertrieb gegenüber dem Publikum übernimmt.

Zunächst fallen nach der Umsetzung der Richtlinie einige vorher in Deutschland hinsichtlich der Anwendbarkeit der AGB-Regelungen bestehende Streitpunkte weg⁵⁹¹. Nach der Klauselrichtlinie ist ein "Stellen" der Bedingungen durch eine Vertragspartei nicht erforderlich⁵⁹², so daß sich die Frage, ob der Emittent oder die Emissionsbank als Verwender anzusehen ist, gar nicht erst stellt. Die Bedingungen müssen nach der Richtlinie auch nicht zur mehrfachen Verwendung bestimmt sein, so daß auch dem teilweise geäußerten Argument, die Wertpapiere werden nur an einen Erwerber (Emissionsbank) veräußert, der "Wind aus den Segeln genommen" ist. Da aber die Wertpapierbedingungen zwischen dem Emittenten und der Bank als erstem Nehmer häufig ausgehandelt werden⁵⁹³, könnte es an der Voraussetzung der Vorformulierung ohne Einflußmöglichkeit des Art. 3 II fehlen; zumal für die fehlende Einflußmöglichkeit der Anleger in diesem Fall nicht die Vorformulierung kausal ist, sondern die Tatsache, daß sie an den Verhandlungen über die Vertragsbedingungen überhaupt nicht beteiligt sind. Nach dem Wortlaut der Klauselrichtlinie ist zudem grundsätzlich nur der (Verbraucher-)Vertragspartner des Gewerbetreibenden geschützt. Bei der Fremdemission würde formal ein solcher Verbrauchervertrag iSv Art. 1 I nicht vorliegen, weil keine Vertragsbeziehung Emittent-Anleger sondern nur zwischen Emittent und Bank besteht (Begebungsvertrag), welche wiederum nicht der Klauselrichtlinie unterfallen kann, da die Bank kein Verbraucher iSd Art. 2 b) ist⁵⁹⁴. Zum Teil wird da-

⁵⁸⁸ Bsp. bei Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 652; der Privatanleger ist auch dann als "Vertragspartner" iSd KlauselRL anzusehen, wenn er seine depotführende Bank als Kommissionär zwischenschaltet, da die wirtschaftl. Nachteile der Bedingungen bestimmungsgemäß nur bei dem Anleger auftreten können, auf dessen Rechnung der Kommissionär handelt.

⁵⁸⁹ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz.9.13 f.; aA Siebel, WM 1994, S.1781 ff., 1782; und differenzierend nach Emissionsvolumen und Zahl Drygala, S.31 f.

⁵⁹⁰ Sowohl bei einer sog. Festübernahme ("underwriting") durch Kauf der Papiere, als auch bei Plazierung auf "best effort-basis", bei der die Bank die Papiere kommissionsweise übernimmt und berechtigt ist, den unverkäuflichen Teil der Emission an den Emittenten zurückzugeben, vgl. Kümpel, Rz.9.20 ff.

⁵⁹¹ Zu dem Meinungsstand in Dtl. ausf. Drygala, S.137 ff.; für Unanwendbar. Des AGBG a.F.u.z.T.für Inhaltskontrolle nach § 242 BGB, vgl. Kallrath., S.37 ff.,63 ff.; Jousen, WM 1995, S.1861 ff., 1865 ff., 1869; Bungerts, DZWIR 1996, S.185 ff., 191; wohl auch Schön, JZ 1993, S.925 ff., 927; Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 69 ff. (sowohl für Selbst- als auch Fremdemission, auch gegen § 242); nach aA sind die §§ 9 ff a.F.(§§ 307 ff BGB) anwendbar, vgl. v.Randow, ZBB 1994, S.23 ff., 27 ff (Arg., daß die Einschaltung der Emissionsbank im Verhältnis zum Anleger eine Umgehung nach § 7 AGBG a.F.sei); so auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 660ff.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 AGBG, Rz.14, 71 ff.(teleolog.Betrachtung); Hopt, FS Steindorff, S.341 ff., 364 ff.; Drygala, S.180, 183 ff.

⁵⁹² Vgl. nur Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.9 ff. m.w.Nachw.

⁵⁹³ Ein Aushandeln im einzelnen ist jedenfalls dann gegeben, wenn mit den Bedingungen Rücksicht auf die Eigenarten des Emittenten und des Wertpapiers genommen wird; aA Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 AGBG, Rz.71:es sei gegenwärtig vorherrschende Praxis, daß am Markt dominierende Emittenten die Geltung eigener Emissionsbedingungen zur Voraussetzung für die Auftragsvergabe an das Bankenconsortium machen, ein Verhandeln sei nur noch bei Emittenten, die erstmalig, oder selten emittieren üblich; anders aber noch Jousen, WM 1995, S.1861 ff., 1865/66 (Stellen der AGB durch Emittent "in der Praxis unüblich").

⁵⁹⁴ Die Bank kann auch nicht als Vertreter/Gehilfe des Emittenten angesehen werden, da sie selbst Partner des Begebungsvertrages ist und eigene Interessen verfolgt, vgl.auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 657.

her vertreten, daß in dem Fall der Fremdemission die Wertpapierbedingungen nicht an Art. 3 I der Klauselrichtlinie zu messen sind⁵⁹⁵.

Dagegen spricht aber der Schutzzweck der Mißbräuchlichkeitskontrolle iVm den Besonderheiten bei Emissionsbedingungen, sowie der Umkehrschluß aus Nr.2 c. Bei der Fremdemission sind zunächst die Besonderheiten von Wertpapierbedingungen zu berücksichtigen. Wertpapierbedingungen zielen inhaltlich auf die Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Emittent und Anlegern. Auch wenn zwischen diesen beiden bei der Fremdemission kein Vertrag zustandekommt, ist schon bei Abschluß des Begebungsvertrages zwischen Emittent und Bank, mit dem die Bedingungen festgelegt werden, von Anfang an klar, daß die Wertpapiere samt unveränderlicher⁵⁹⁶ Bedingungen an Anleger weiterveräußert werden⁵⁹⁷. Der Ersterwerb durch die Bank ist also nur die Vor- bzw. Zwischenstufe für spätere Erwerbsgeschäfte von Kapitalanlegern⁵⁹⁸. Trotz Begebungsvertrages zwischen Emittent und Emissionsbank muß folglich der Schutz des Anlegers im Vordergrund stehen, weil ihn bestimmungsgemäß die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen des gesamten Vertrages treffen⁵⁹⁹. Der jeweilige Anleger muß sich die Emissionsbedingungen z.B. hinsichtlich Fälligkeit, Kündbarkeit, etc. entgegenhalten lassen, so daß er auch gegenüber mißbräuchlichen Klauseln schutzbedürftig ist. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten befindet sich der Anleger auch bei einer Fremdemission hinsichtlich der Wertpapierbedingungen genau in der Lage, in der ihm der Schutz der Klauselrichtlinie zugute kommen soll. Die Richtlinie setzt in Art. 3 I nicht irgendein Aushandeln (durch die Bank), sondern das Aushandeln durch den Verbraucher voraus, welches bei der Fremdemission nicht gegeben ist⁶⁰⁰. Der Anleger hatte weder selbst die Möglichkeit, durch ein Aushandeln auf den Inhalt der Bedingungen Einfluß zu nehmen⁶⁰¹ noch kann die Emissionsbank bei Aushandlung der Wertpapierbedingungen mit dem Emittenten als Interessensvertreter des Anlegers angesehen werden⁶⁰², die zu einer 'Zurechnung' des Aushandelns für den Anleger führen könnte⁶⁰³. Die Voraussetzungen des Art. 3 I, II sind also gegeben.

Außerdem liegt auch bei Fremdemission ein Marktversagen aufgrund eines Informationsdefizites vor, das den Ausgleich durch Inhaltskontrolle erfordert, da der Anleger aufgrund ökonomischer Überlegungen nicht den gesamten Inhalt aller Wertpapierbedingungen zu der Grundlage seiner Entscheidung macht, welche Anlage er auswählt⁶⁰⁴. Kapitalmarktpapiere sind Rechtsprodukte und werden durch z.T. komplizierte Bedingungen ausgestaltet,

⁵⁹⁵ Generell für die Fälle des primary issue, Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 216.; Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 69 ff. (gegen Anwendbarkeit des dt. AGBG a.F., aber wohl auch der RL); diff. Kallrath, S.66 f.

⁵⁹⁶ Eine Änderung ist wertpapierrechtlich unzulässig, vgl. Drygala, S. 212 ff.

⁵⁹⁷ Verkauf der Papiere durch die Bank als Hauptverpfl. aus der Emissionsvereinbarung mit dem Emittenten.

⁵⁹⁸ Wolf, FS Zöllner, S.651

⁵⁹⁹ I.E. Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 660 f.

⁶⁰⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c., Rz.203; aA Kallrath, S.67

⁶⁰¹ Das erste und letzte Merkmal des Art. 3 II sind damit erfüllt, zweifelhaft ist allein die Kausalität, vgl. auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656 f.

⁶⁰² Drygala, S.16f.9, 154 ff.: die Bank verfolgt hauptsächlich eigene Interessen; mit Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 658 f. würde selbst bei Bewertung der Bank als Treuhänder oder Interessenwahrer des Anlegers und möglichen Schadenersatzansprüchen das Bedürfnis für eine inhaltliche Kontrolle nicht entfallen.

⁶⁰³ Die Schutzbedürftigkeit des Anlegers entfällt also gerade nicht, so aber Bungert, DZWiR 1996, S.185 ff., 192; wohl auch Joussen, WM 1995, S.1861 ff., 1866, 1868 (Emissionsbank "...wird neben den eigenen Interessen die Interessen der Abnehmer nicht aus den Augen verlieren" – "Vorkontrolle" durch die Bank).

⁶⁰⁴ AA Bungert, DZWiR 1996, S.185 ff., 189 f., der in Bezug auf die Fremdemission von einem funktionierenden Qualitätswettbewerb der einzelnen Papiere ausgeht, und deshalb eine inhaltliche Kontrolle als Beeinträchtigung des Kapitalmarktes ablehnt – zu dem Marktversagen ausführlich oben unter 1. Teil D II 3.c).

deren Überprüfung in vollem Umfang und im Vergleich mit Konkurrenzprodukten für den Anleger zu kostenintensiv ist⁶⁰⁵. Dies zeigt, daß der Anleger bei einem Erwerb über einen Vertriebsmittler genauso schutzbedürftig ist, wie bei einem Erwerb von dem Emittenten selbst.

Auch aus Sicht des Anlegers stellt sich seine Situation bei einer Fremdemission genauso dar wie bei einer Selbstemission⁶⁰⁶, eine ungleiche Behandlung dieser faktisch gleichen Situation hinsichtlich der Mißbräuchlichkeitskontrolle würde für den Anleger zufällig erscheinen. Die Emissionsart ist zudem nicht aus der Art des Wertpapiers erkennbar, sondern hängt eher davon ab, ob der Emittent zu einer Selbstemission in der Lage ist. Der Absatzweg wird auch noch nicht einmal in dem Emissionsprospekt in den Vordergrund gestellt. Schon aus diesen Gründen wäre also eine Mißbräuchlichkeitskontrolle von Wertpapierbedingungen bzw. Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie auch bei Fremdemission zu bejahen, weil alle Bedingungen, die auf den Verbraucher zielen, der Klauselrichtlinie unterfallen sollen⁶⁰⁷. Schließlich zwingt auch der Umkehrschluß aus Nr.2 c, 1.Spiegelstrich zu diesem Schluß⁶⁰⁸. Denn unter die dort genannten Papiere, deren Preis von einer Notierung oder einem Börsenindex abhängen, lassen sich sowohl selbst- als auch fremdemittierte Papiere subsumieren⁶⁰⁹.

Die hier angeführten Argumente gelten allgemein für den Sekundärhandel, bei dem zwischen Verkäufer und Käufer des Wertpapiers zwar ein Kaufvertrag zustandekommt, aber kein Vertrag, in dem die Wertpapierbedingungen enthalten sind. Wie bereits erläutert, werden die Bedingungen mit der Begebung des Wertpapiers als Rechtsinhalt bzw. Teil des Leistungsversprechens des Emittenten für sämtliche nachfolgenden Erwerber festgelegt, ohne daß diese an dem Inhalt etwas ändern können. Bei Inhaberschuldverschreibungen erwirbt der Käufer die Rechte aus dem Papier durch Übergang des Eigentums an dem Papier.

Ist der Käufer-Anleger ein Verbraucher iSd Art. 2 b) und beruhen die Wertpapierbedingungen nicht auf gesetzlichen Vorgaben (Art. 1 II)⁶¹⁰, so muß die Klauselrichtlinie generell wegen Nr. 2 c auf Emissionsbedingungen unabhängig von der Art des Erwerbs anwendbar sein⁶¹¹. In Nr. 2 c wird nicht zwischen Primär- und Sekundärhandel unterschieden. Die Schutzbedürftigkeit des privaten Anlegers ist wie gesehen bei Ersterwerb und Sekundärhandel gleich zu bewerten zumal er häufig nicht wissen wird, ob er Erstzeichner oder spä-

⁶⁰⁵ Vgl. auch Drygala, S.84 ff.

⁶⁰⁶ Siebel, WM 1994, S.1781 ff., 1782; in vielen Fällen wird der Anleger nicht wissen, ob die Wertpapiere in Selbst- oder Fremdemission auf den Markt gelangt sind, vgl. Joussen, WM 1995, S.1861 ff., 1868.

⁶⁰⁷ EG 9, vgl. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.203.

⁶⁰⁸ I.E. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 c, Rz.203: effet utile der RL; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh Nr.2 c, Rz.271.

⁶⁰⁹ So auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656 f.; Beispiel sind Optionsscheine: die Optionsanleihe nach § 221 AktG ist typischerweise fremdemittiert, während ein Optionsschein in der Form von Covered Warrants in Selbstemission auf den Markt gelangt, vgl. Drygala, S.185.

⁶¹⁰ Z.B. für Genußrechte Mindestregelungen für die Anerkennung als haftendes Eigenkapital nach dem KWG, vgl. Schick, BB 1985, S.2137 ff.

⁶¹¹ So auch Wolf in FS Zöllner, S.651 ff., 656 f.; Drygala, S.132 – selbst wenn bezweifelt werden kann, daß bei Erlaß der RL und Formulierung der Nr. 2 an diese Fragestellungen überhaupt gedacht wurde.

terer Erwerber ist⁶¹². Zwar wird bei dem Sekundärmarkt das Papier nicht nur einmal, sondern permanent durch den Kapitalmarkt bzw. die Börse preislich bewertet; der durchschnittliche Anleger macht aber aus ökonomischen Gründen nur die preisliche Bewertung in Relation zu dem Hauptgegenstand iSd Art. 4 II⁶¹³ zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung, so daß hinsichtlich einer Vielzahl der Emissions(neben)bedingungen ein Marktversagen vorliegt. Aufgrund dieses Marktversagens lassen auch die Publizitätsvorschriften und eine mögliche Haftung von Anlageberatern und –vermittlern nicht das Bedürfnis nach inhaltlicher Kontrolle entfallen⁶¹⁴.

Nr. 2 c) (“Geschäfte mit Wertpapieren”) kann auch nicht so eng verstanden werden, daß nur Kauf- und Tauschverträge, die dem Handel mit den Wertpapieren zwischen Anlegern zugrundeliegen und Vermittlungstätigkeiten erfaßt werden, nicht aber die Ausgestaltung der Papiere selbst⁶¹⁵. Denn die Ausnahmen der Nr.2 c) für Kündigungs- und Änderungsklauseln von den Anforderungen in Nr.1 g,j,l zielen gerade auf die Besonderheit der langfristigen Bindung ab, bei der ein besonderes Bedürfnis des Gewerbetreibenden nach Flexibilität besteht⁶¹⁶. Eine langfristige Bindung liegt aber nur bei den Emissionsbedingungen des Begründungsgeschäftes (Begebungsvertrag) und nicht bei den Kauf- und Tauschverträgen, regelmäßig auch nicht bei Vermittlungsverträgen vor⁶¹⁷. Auch die oben⁶¹⁸ angeführten Veröffentlichungen der Europäischen Kommission, in denen sich die Kommission regelmäßig ohne Unterschiede zu allen Finanzdienstleistungen äußert, und ohne Ausnahme Verbraucherschutzmaßnahmen plant, sprechen generell für eine umfassende Anwendung der Mißbräuchlichkeitskontrolle auf Emissionsbedingungen. Dieses Ergebnis deckt sich zudem wiederum mit der umfassenden Erfassung aller Vertragsarten, die aus Art. 1 I iVm Erwägungsgrund 10 (“alle”) erkennbar ist.

Es muß nach dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie unerheblich sein, ob der jeweilige Verkäufer des Wertpapiers ein Gewerbetreibender oder Verbraucher ist – entscheidend ist, daß der Emittent Gewerbetreibender ist und der Anlager als Verbraucher angesehen werden kann. Dies läßt sich z.B. durch eine wirtschaftlich-reale Betrachtungsweise des Verbrauchervertrages iSd Richtlinie erreichen, indem man darunter auch Rechtsgeschäfte faßt, bei denen der Verbraucher nicht selbst am Vertragsschluß beteiligt ist, wenn diese auf den Absatz von Waren und Dienstleistungen an Verbraucher gerichtet sind und unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Verbrauchers haben – dann wäre bereits der Begebungsvertrag zwischen Emittent und dem Ersterwerber (bei Fremdemission der Bank) als Verbrauchervertrag zu bezeichnen⁶¹⁹. Eine ähnliche, aber m.E.vorzugswürdige Argumentation wäre – jedenfalls für die hier vorliegenden Konstellationen⁶²⁰ – weniger auf den

⁶¹² Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 652 – dies wird dem privaten Anleger auch regelmäßig gleichgültig sein. Bei Ersterwerb und Sekundärhandel beruht die Schutzbedürftigkeit gleichermaßen auf der fehlenden Einflussmöglichkeit bzw. der fehlenden Möglichkeit des Aushandelns, sowie aufgrund des Marktversagens wegen des Informationsdefizits.

⁶¹³ Zu dem kontrollfreien Bereich bei Wertpapierbedingungen ausführlich Drygala, S.328 ff.

⁶¹⁴ Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 653 f.; Drygala, S.90 ff.; so aber Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 62 ff., 74.

⁶¹⁵ So aber Bungerts, DZWIR 1996, S.185 ff., 190.

⁶¹⁶ Zu Nr. 2 ausführlich unten unter 2.Teil E II 2.

⁶¹⁷ So auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656 – außerdem kann generell nicht aus der Nichterwähnung eines Vertrages in Nr.2 nicht auf die Unanwendbarkeit der gesamten RL geschlossen werden, vgl.2.Teil A II 1.a)aa).

⁶¹⁸ Unter 1.Teil A I und 2.Teil A II 1.a)bb)aaa).

⁶¹⁹ So Drygala, S.185 f.; ähnlich wohl auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2 c, Rz.203.

⁶²⁰ Bei denen die Emissionsbedingungen für die Beziehung Emittent-Anleger geschaffen wurden, und ein Sekundärerwerb von grundsätzlich jedermann von Anfang an geplant und absehbar war.

(ursprünglichen) Vertragsabschlußtatbestand als auf das Rechts- bzw. Schuldverhältnis zwischen Emittent und dem jeweiligen Anleger abzustellen⁶²¹. Die Fungibilität der Wertpapiere wäre dann gewahrt, wenn man bei einer mißbräuchlichen Klauselgestaltung von einem Klauselwerk mit von Anfang an (relativ) gegenüber Verbrauchern mißbräuchlichen bzw. unverbindlichen Klauseln ausginge. Außerdem ist zu bedenken, daß ohnehin nur Klauseln außerhalb des Bereiches von Art. 4 II inhaltlich kontrolliert werden; eine Änderung der Hauptgegenstände der unterschiedlichen Kapitalanlagen ist als Folge der inhaltlichen Kontrolle also nicht möglich, so daß auch das Rechtsprodukt im wesentlichen nicht verändert wird.

Jedenfalls bei Wertpapierbedingungen sollte für Art. 2 also nicht auf die Person des Ersterwerbers⁶²², sondern auf den jeweiligen Erwerber/Anleger abgestellt werden⁶²³; obwohl bei Rechtsnachfolge grundsätzlich – jedenfalls nach deutschem Recht⁶²⁴ – ein Vertrag samt seiner Bedingungen unverändert auf den Rechtsnachfolger übergeht. Art. 3 setzt nicht voraus, daß eine vorformulierte Klausel zum ersten Mal gegenüber einem Verbraucher verwandt wird. Ein Abstellen auf den Ersterwerber hätte nämlich zur Folge, daß sich auch ein Gewerbetreibender auf eine etwaige Mißbräuchlichkeit nach der Klauselrichtlinie berufen könnte, wenn er ein Wertpapier von einem Verbraucher-Ersterwerber erwirbt. Obwohl der Gewerbetreibende bei einem Zweiterwerb auch nicht mehr die Möglichkeit eines Aushandelns hat, würde dies gegen die grundsätzliche Wertung der Klauselrichtlinie verstoßen, nach der Gewerbetreibende nicht schutzbedürftig sind⁶²⁵. Der Gewerbetreibende könnte zudem seine vermutete Geschäftserfahrung und sein größeres Interesse an einer wirtschaftlichen Optimierung im Rahmen der Auswahl- und Abschlußfreiheit nutzen, und von ungünstigen Geschäften Abstand nehmen. Ein Abstellen auf den Ersterwerber hätte zudem auch bei einheitlich begebenen Papieren von Anfang an eine Zweiteilung zur Folge, je nachdem, ob der Ersterwerber ein Verbraucher oder Gewerbetreibender ist⁶²⁶; bei der Fremdemission könnte dann nie ein Verbrauchervertrag vorliegen. Zusätzlich zu den oben angeführten Argumenten wäre es nicht mit dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie vereinbar, wenn sich ein Verbraucher-Zweiterwerber nicht auf die Mißbräuchlichkeit berufen könnte. Da der Wechsel der Anleger bzw. die Erwerbsmöglichkeit durch jedermann dem Emittenten von Anfang an klar ist, und ihm auch die Vorteile einer für den Anlegers nachteiligen Klausel zugutekommen, ist es dem Emittenten auch zuzumuten, auf die Anforderungen der Klauselrichtlinie selbst bei einem Gewerbetreibenden als Ersterwerber

⁶²¹ So Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656 f. und 662: "Zwar sind die Anleger bei Zwischenschaltung der Banken nicht seine (des Emittenten) unmittelbaren Vertragsabschlußpartner. Aber sie sind Partner des mit dem Erwerb des Umlaufpapiers auf sie übergegangenen Rechts- und Vertragsverhältnisses aus dem Kapitalmarkttitle."

⁶²² So z.B. die dt.Rspr. OLG Frankfurt/M, ZIP 1994, S.26 ff.; zust. z.B.Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 66; auch im Rahmen des Verbraucherkreditrechts, vgl. BGH, NJW 1995, S.2290 ff., 2291; BGH, NJW 1996, S.2094ff., 2095; BGH, NJW 1999, S.2664 ff., 2666; dagegen Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656.

⁶²³ So für das dt. Recht z.B. auch v.Randow, ZBB 1994, S.23 ff., 29; ders.ZBB 1997, S.111 ff., 114; da z.B. in Dtl. auch Gewerbetreibende grdstzl. in den Schutzbereich der AGB-Regelungen fallen, wird dort diese Problematik im wesentl. bei der Frage, welcher Prüfungsmaßstab der AGB-Regelungen anzulegen ist, auf wen bei der Prüfung der Einbeziehung oder des Transparenzgebotes abzustellen ist, etc., erörtert: es ist str., ob auf den Ersterwerber (so tendenziell die Rspr.), den jeweiligen Erwerber, oder als "einheitliche Betrachtung" insges.auf den "Horizont" von Kaufleute, oder aber von durchschnittl. privaten Anlegern, abzustellen ist, vgl. ausf. Drygala, S.194 ff., der i.E. die letztgenannte Ansicht vertritt, bei der die Unterscheidung in § 310 I, III BGB bei Wertpapierbedingungen leerläuft.

⁶²⁴ Martinek, JZ 2000, S.551 ff.,555 für die Vertragsübernahme.

⁶²⁵ Diese Wertung mag zwar zu kritisieren sein, vgl. *oben unter 1.Teil D II 3.a) und c)*, denn auch ein Gewerbetreibender wird sich aus ökonomischen Gründen regelmäßig nicht mit allen Nebenbestimmungen der Wertpapiere beschränken,; der begrenzte persönliche Schutzbereich ist aber geltendes Recht.

⁶²⁶ Ablehnend zu diesem unterschiedlichen Inhalt deshalb auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 656.

(Bank bei Fremdemission) Rücksicht zu nehmen⁶²⁷; zumal wegen der Ausnahmen der Nr.2 keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Jedenfalls bei den Fällen der Nr. 2 c kann also nach alledem ein Personenwechsel beachtlich sein.

Daneben sprechen der begrenzte persönliche Schutzbereich der Richtlinie und Art. 6 I (Unverbindlichkeit nur für den Verbraucher) dafür, auch in sonstigen Fällen – mit nicht von vorneherein absehbarem Personenwechsel (Abtretung, Vertragsübernahme, etc.⁶²⁸) - das Vorliegen eines Verbrauchervertrages nach dem jeweiligen Vertrags- bzw. Rechtsverhältnis und nicht nach dem ersten Vertragsabschlußtatbestand zu beurteilen⁶²⁹. Eine dahingehende Wertung der Klauselrichtlinie (generell beachtlicher Personenwechsel)⁶³⁰ würde das deutsche Recht überlagern, nach dem bei rechtsgeschäftlichen/vertraglichen Übergang der Vertrag - bzw. je nach Art der “Auswechslung” der Anspruch/Rechtsposition - unverändert samt der Bedingungen von dem “Nachfolger” übernommen wird⁶³¹. Wird ein Verbraucher Nachfolger eines Gewerbetreibenden, so entstünde – vorausgesetzt, auf der “Gegenseite” befände sich ein Gewerbetreibender - eine Schutzlücke, wenn die Richtlinie nicht anwendbar wäre⁶³². Nach Art. 4 I muß nicht zwingend ein Verbraucher an der Vertragsabschlußsituation beteiligt sein⁶³³. Auch im umgekehrten Fall wird man angesichts der Wertung der Klauselrichtlinie (nicht schutzbedürftig) nicht davon ausgehen können, dass sich ein Gewerbetreibender dann auf den Schutz der Klauselrichtlinie berufen kann, wenn er durch Abtretung, Vertragsüber-

⁶²⁷ In vielen Ländern sind die Inhaltskontrollregelungen richtigerweise im Grundsatz auch auf Gewerbetreibende anwendbar, so daß hier ohnehin kein wesentlicher Unterschied besteht, z.B. Deutschland, Portugal, Niederlande, etc., vgl. *oben I. Teil, D I 2*.

⁶²⁸ Z.B. auch Schuldübernahme; im Versicherungsrecht die gesetzlichen Regelungen einer Vertragsübernahme in §§ 177 VVG (Bezugsberechtigter einer Lebensversicherung nimmt sein Eintrittsrecht mit Zustimmung des VN wahr, der dann nur noch Gefährsperson iSd § 159 I VVG ist, vgl. Kolhossler in Prölss/Martin, § 177 VVG, Rz.6, nahezu identische Regelung in § 177 öVVG), § § 151 II, 69 VVG (vgl. Baumann in Honsell, § 151 II VVG, Rz.5, 42; Dörner in Honsell, § 69 VVG, Rz.66).

⁶²⁹ Eine abschließende Erörterung der Frage, inwieweit generell ein Wechsel des Vertragspartners außerhalb der Fälle der Emissionsbedingungen beachtlich ist, würde hier zu weit führen, zumal auch hinsichtlich der einzelnen “Nachfolgerarten” Unterschiede bestehen können; vgl. nur umf. Lit. zu der vergleichbaren Frage bei Verbraucherkreditregelungen (Zusatzproblem dort ist der sachl. begrenzten Anwendungsbereich, und es wird nach den einzelnen Vorschriften unterschieden), vgl. BGH, NJW 1995, S.2290 ff.; NJW 2094 ff.; NJW 1999, S.2664 ff. (Abstellen auf den 1. Vertragspartner-trennen derivativer und originärer Verbraucherrechte); krit. Bülow, WM 1995, S.1089 ff., Martinek, JZ 2000, S.551 ff.; Ulmer/Masuch, JZ 1997, S.654 ff.; Volmer, WM 1999, S.209 ff., 212 f.; umf. zu unterschiedl. Formen der Rechtsnachfolge, Bülow, ZIP 1997, S.400 ff., Bzgl. Schuldübernahme, MüKo-Ulmer, § 1 VerNrKrG, Rz.35 f.

⁶³⁰ So Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.6; ders., FS Zöllner, S.651 ff., 656; aA Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 2 Rz.6; MüKo -Basedow, § 24 a AGBG, Rz.35 – auch hier könnte man sagen, daß Inhalt des übernommen Vertrages schon uU gegenüber Verbrauchern relativ mißbräuchliche und daher unverbindliche Klauseln sind – der Personenwechsel ist von dem Fall der Zweckrichtungsänderung in ein und derselben Person zu trennen, die unbeachtlich ist (oben unter 2. Teil A I 1.), da sie bei Abgabe der Willenserklärung entweder schutzwürdig oder nicht schutzwürdig ist, vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2, Rz.6; Martinek, JZ 2000, S.551 ff., 560.

⁶³¹ Vgl. im Versicherungsrecht § 177 VVG und §§ 151 II, 69 VVG, dazu Kolhossler in Prölss/Martin, § 177 VVG, Rz.6 und § 69 VVG, Rz.23, 25; Schwintowski in Honsell, § 177 VVG, Rz.17; Dörner in Honsell, § 69 VVG, Rz.66 f., 80 ff.; grdstz. auch bei Abtretung (Palandt-Heinrichs, § 398 BGB Rz.18) oder Schuldübernahme, die aber nicht als Rechtsnachfolge iSd §§ 265, 325, 727 ZPO gilt (Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 414 BGB, Rz.1- für Übernahme der Vertragsbed. bei einer Abtretung grdstz. BGH, NJW 1998, S.371f. (Schiedsgerichtsklausel); OLG Köln, VersR 1992, S.1152 f. (Gerichtsstandsklausel).

⁶³² Auch hier hat der Verbraucher nicht die Möglichkeit eines Aushandelns, und es kommt nicht auf ein “Stellen” an. Hier könnte zwar fraglich sein, ob dem Verwender, der – anders als bei Wertpapierbedingungen – grundsätzlich bei Vertragsschluß nicht mit einem Wechsels des Partners und mit der Tatsache, daß sein neuer Partner als Verbraucher stärker geschützt werden könnte, rechnen mußte, eine Berücksichtigung der ursprünglich nicht anwendbaren KlauselRL zuzumuten ist.

⁶³³ Soweit EG 16 auf die Verhandlungssituation mit dem Verbraucher abstellt, ist zum einen die begrenzte Wirkung der EG´s zu berücksichtigen- so Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 657 ;dazu *oben unter I. Teil C I 2.e* - zum Schutz der Verbraucher wäre aber sonst ohnehin bei Personenwechsel eine Ausnahme anzunehmen.

nahme, etc., Nachfolger eines Verbrauchers wird. Gegen ein ‘Nachrücken in die Verbraucherstellung’ spricht die Ähnlichkeit der persönlichen Voraussetzungen der Verbraucherrechte in ihrer Wirkung mit Minderjährigenrechten bzw. höchstpersönlichen Rechten, die ebenfalls nicht übernommen werden können⁶³⁴. Auch der EuGH scheint tendenziell Verbraucherschutzregelungen nur Verbrauchern und nicht deren Rechtsnachfolgern zugutekommen lassen zu wollen, die selbst keine Verbraucher sind. So entschied er hinsichtlich des besonderen Gerichtsstandes in Verbrauchersachen in Art. 13,14 EuGVÜ, daß dieser bei Abtretung der Ansprüche des Verbrauchers an einen Nicht-Verbraucher entfällt⁶³⁵. Dieses Urteil ist zwar nicht ohne weiteres auf die Klauselrichtlinie übertragbar, weil es nach dem Zweck der EuGVÜ-Regelung um die Verbesserung der Lage des Verbrauchers bei der Rechtsdurchsetzung im Prozeß geht, so daß es auf die Rechtsverhältnisse der Prozeßparteien im Zeitpunkt der Klageerhebung ankam. Es kann aber dennoch als Hinweis beachtlich sein, weil der EuGH auch auf allgemeine Verbraucherschutzabwägungen abstellt⁶³⁶ und der Gerichtshof zudem generell den persönlichen Schutzbereich von Verbraucherschutzregelungen eng auslegt⁶³⁷. Letztlich geht es bei der Klauselrichtlinie ebenfalls um die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit einer Klausel in dem Zeitpunkt, in dem gegenüber dem Gewerbetreibenden als Rechtsnachfolger des Verbrauchers Ansprüche aus Klauseln abgeleitet werden, die uU mißbräuchlich und unverbindlich iSd Richtlinie wären.

b) Bedeutung des 10. Erwägungsgrundes

Nach dem Wortlaut des 10. Erwägungsgrundes, Satz 3, für den der § 23 I AGBG a.F. ‘Pate stand’⁶³⁸ sind Arbeitsverträge und Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts⁶³⁹ von der Richtlinie ausgenommen. Da sich diese Formulierung entgegen dem geänderten Richtlinienentwurf von 1992⁶⁴⁰ nicht mehr in dem eigentlichen Richtlinienentwurf befindet, sondern nur noch in einem Erwägungsgrund, kann es sich dabei nur um eine Schlußfolgerung aus dem durch den Richtlinienentwurf festgelegten Anwendungsbereich handeln, nicht aber um eine eigenständige Regelung einer zusätzlichen Einschränkung des nach Art. 1 I bestimmten Anwendungsbereiches (alle Arten von Verbraucherverträgen) als echte Bereichsausnahme der genannten Rechtsgebiete⁶⁴¹.

⁶³⁴ Vgl. Bülow, WM 1995, S.2089 ff., 2090: ein Volljähriger übernimmt nicht etwa ein schwebend unwirksames, sondern ein wirksames Geschäft (Ursache ist auch § 108 III BGB)

⁶³⁵ EuGH v.19.1.1993, Rs. C-89/91 (Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft...), Slg. 1993, I-139= ZIP 1993, S.826 ff., Rz.10 ff., 24.

⁶³⁶ Rz. 18,19 (Verbraucherschutzreg. soll nicht auf Personen anwdb. sein, die dieses Schutzes nicht bedürfen).

⁶³⁷ Z.B.EuGH v.3.7.1997, Rs.C-269/95 (Benincasa./Dentalkit), Slg. 1997, I-3767, Rz.16; Schulte-Nölke in Schulze, S.143 ff., 154 ff.- auch das Urteil zu dem Verbraucherbegriff der KlauselRL v.22.11.2001, Rs.C-541/99 und C-542/99 (Cape SnC./Idealservice Srl, u.a.) geht in diese Richtung, daß nur Verbraucher in den Schutz der RL kommen sollen, vgl.insb.Schlußanträge Mischo v.14.6.2001, Rz.13 ff. zu dem Schutzzweck.

⁶³⁸ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 232: ‘it is a copy’ – nach § 310 IV 2 BGB n.F., sind nunmehr Arbeitsverträge grdstzl. auch inhaltl. zu kontrollieren, wobei aber die arbeitsrechtl. Besonderheiten zu berücks. sind, u.das UklG nach dessen § 15 nicht anwendbar ist – dt.Rspr. hatte aber schon vorher eine Billigkeitskontrolle von Arbeitsverträgen, z.T. auch eine verdeckte Inhaltskontr. durchgeführt, Fastrich, S.159 ff.

⁶³⁹ In anderen Sprachfassungen enger: ‘Verfassung und Satzungen von Gesellschaften’ (franz.: ‘contrats relatif à la constitution et aux statuts des sociétés’; ital.: ‘con tratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società’; span.: ‘los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades’) oder Gründung und Organisation von Gesellschaften und Personengesellschaften (englisch: ‘contracts relating to the incorporation and organisation of companies or partnership agreements’).

⁶⁴⁰ Vgl. dort, S.8, als Art. 1 II vorgesehen; mit dem GS von 1992 erstmals in die Erwägungsgründe gerückt.

⁶⁴¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.28, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1 Rz.17 ff.; Grundmann, 2.10, Rz.20; ders., JZ 1996, S.274 ff., 284; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2191f.; i.E. MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.10; für die generelle Ausnahme der genannten Rechtsgebiete dagegen Drygala, ZIP 1997, 968 ff., 970; Attiyah, Law of

Wegen "Verschieben" des Richtlinien textes in den Erwägungsgrund ist die "Nachahmung" des § 23 AGBG a.F. mit vollständigen Bereichsausnahmen als Reaktion auf die deutsche Kritik zu weitem Anwendungsbereich nicht mehr zwingend⁶⁴². Dieses Verschieben läßt vielmehr darauf schließen, daß sich die Mitgliedstaaten entweder über eine entsprechende Regelung des Anwendungsbereiches der Richtlinie nicht einigen konnten⁶⁴³, oder daß angesichts des in Art. 1 I festgelegten Anwendungsbereiches eine ausdrückliche Regelung im Richtlinien text nicht mehr für erforderlich gehalten wurde⁶⁴⁴ - so der Wortlaut des EG 10 ("daher")⁶⁴⁵. Bei beiden genannten Varianten kann der EG 10 nur als eine Auslegungshilfe, nicht aber als Einschränkung des nach dem Richtlinien text in Art. 1 I umfassenden Anwendungsbereiches zu Lasten des Verbrauchers darstellen⁶⁴⁶.

Wenn argumentiert wird, daß für die Gebiete des Gesellschafts-, Arbeits-, Familien- und Erbrechts eine Kompetenznorm fehle und deshalb diese Rechtsgebiete vollständig von dem Anwendungsbereich ausgenommen seien⁶⁴⁷, so führt dies nicht weiter. Denn dies wäre keine Besonderheit der in EG 10 genannten Rechtsgebiete, da generell auch für das Privatrecht keine spezielle Kompetenznorm besteht. Die maßgebliche Kompetenznorm für das Gebiet des Verbraucherschutzes ist vielmehr Art. 95 EG-V (100 a a.F.), ohne auf den Streit näher eingehen zu wollen, ob der Art. 95 (100a a.F.) EG-V wegen der überwiegend privatrechtlichen bzw.verbraucherschutzrechtlichen Ausrichtung der Klauselrichtlinie eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage war⁶⁴⁸. Mit der Klauselrichtlinie wird zudem gerade nicht materielles Recht wie z.B. Gesellschaftsrecht harmonisiert⁶⁴⁹, nationale Normen sind nach Art. 1 II von der Inhaltskontrolle ausgenommen.

In den meisten Fällen ist die Schlußfolgerung des Erwägungsgrundes 10, Satz 3, aus Art. 1 I iVm Erwägungsgrund 10, Satz 2, zutreffend, da bei den genannten Rechtsgebieten regelmäßig keine Verbraucherverträge iSv Art. 1, 2 vorliegen. Arbeitsverträge und auch Gesellschaftsverträge - soweit es um unternehmerische Tätigkeiten geht - sind regelmäßig bei beiden Vertragsparteien der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zuzuordnen (zwei

Contracts, S.313; Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 13; Sieg, VersR 1993 S.1305 ff., 1308; wohl auch Graf, S.10.

⁶⁴² So aber Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 970.

⁶⁴³ Es ist nicht unüblich, daß in EG´s Regelungen auftauchen, über die sich die Länder nicht einigen konnten, vgl. dazu auch Duffy, the Journal of Business Law 1993, S.67 ff., 72; nach Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 970 ist es dagegen eine rein technische Frage, ob eine Regelung in einem EG oder dem RL-Text getroffen werde.

⁶⁴⁴ Dafür eher Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulte, S.223 ff., 232.

⁶⁴⁵ In Satz 3 als Schlußfolgerung aus der Erfassung aller Verbraucherverträge in Satz 2- franz. Fassung: "...ces règles doivent s'appliquer à tout contrat..., par conséquent..."; span.: "...deben aplicarse a todos los contratos, ...que por consiguiente..."; engl.: "...those rules should apply to all contracts..., whereas as a result..."; ohne diese Verbindung a lerdings der ital. Text: "...applicarsi a qualsiasi contratto...; che sono segnatamente (vornehmlich) esclusi..." - bei diesem Ergebnis werden nicht etwa die Sätze 1 und 2 des 10.EG als unzutreffende Begründung für Satz 3 bewertet - krit.Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 970-sondern umgekehrt ist Satz 3 eine "echte Schlußfolgerung" aus dem auf Verbraucherverträge begrenzten, aber sachl. umfassenden (für alle Vertragsarten und Rechtsgebiete) Anwendungsbereichs der RL.

⁶⁴⁶ Zu der zwar wichtigen aber gegenüber dem RL-Text nachrangigen Bedeutung der Erwägungsgründe, vgl. oben unter I.Teil C I 2.e).

⁶⁴⁷ Argument von Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 970/971.

⁶⁴⁸ Dazu ausführlich Kretschmar, S.63 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem., Rz.9 ff.; Markwardt, S.185 ff.; Frie, Grundmann, JZ 1996, S.274 ff., 276f., Bunte, FS Locher, S.325 ff., 326 ff.

⁶⁴⁹ Die KlauselRL bestimmt nur die zulässige Marge der Abweichung von dispositivem Recht; um eine mittelbare Harmonisierung des Vertragsrechts zu vermeiden, wurde auch der Klauselkatalog für unverbindlich erklärt, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.7.

Gewerbetreibende)⁶⁵⁰. Verträge auf dem Gebiet des Erb- und Familienrechts gehören dagegen für beide unmittelbar beteiligte Parteien nicht zur gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit (zwei Verbraucher)⁶⁵¹. Es sind aber auch Fälle dieser Rechtsgebiete denkbar, bei denen Verbraucherverträge iSd Richtlinienart. 1 (Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern) vorliegen; in diesen Fällen ist die Richtlinie dennoch anwendbar, da Erwägungsgrund 10 keine eigenständige Regelung darstellt⁶⁵². Nationale Umsetzungsregelungen, die eine generelle Ausnahme von dem Anwendungsbereich vorsehen, müßten richtlinienkonform einschränkend ausgelegt werden⁶⁵³.

c) Verbraucherverträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts

aa) Beteiligungen an Gesellschaften und Kauf von Finanz- und Kapitalmarktpapieren

Bei Vorliegen eines Verbrauchers iSd Art. 2 b auf der einen Seite und eines Gewerbetreibenden iSd Art. 2 c auf der anderen Seite sind also auch Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts erfaßt, wie bei Kauf von Gesellschaftsanteilen oder sonst von gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Finanz- und Kapitalmarktpapieren⁶⁵⁴ als private Anlageform, in Deutschland z.B. besonders relevant bei Verträgen zwischen einem privaten Anleger und der PublikumsKG - es sei denn, es wird eine beruflich- unternehmerische Betätigung in der Gesellschaft bezweckt⁶⁵⁵. Die Gewinnerzielungsabsicht allein schließt die Verbrauchereigenschaft des Anlegers bei privater Vermögensanlage und – Verwaltung nicht aus⁶⁵⁶. Bei einer Publikums-KG ist beispielsweise auch ein Schutzbedürfnis des nicht unternehmerisch tätigen Privatanlegers gegeben, weil bei einer im wesentlichen steuerlich motivierten privaten Kapitalanlage von einem Desinteresse aus ökonomischen Gründen an den Rechten aus dem Gesellschaftsvertrag auszugehen ist⁶⁵⁷. Da die Klauselrichtlinie keine mehrfache Verwendung vorformulierter Vertragsklauseln voraussetzt, ist die Mißbräuch-

⁶⁵⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.28; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.18; anscheinend aA aber unklar MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.24, nach dem Arbeitsverträge als Begründung der beruflichen Tätigkeit nicht ‘im Rahmen’ dieser Tätigkeit sei – der aber in Rz.10 ebenfalls sagt, daß Arbeitsverträge die berufliche Tätigkeit betreffen und deshalb außerhalb der RL stehen.

⁶⁵¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.18; eine Rechtsberatung unterfällt dagegen wieder der KlauselRL.

⁶⁵² Kretschmar, S.133 verkennt diese Möglichkeit – kein Anlaß für eine teleolog.Reduktion, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.19.

⁶⁵³ So auch für dt. § 23 I AGBG a.F.(insb.für Gesellschaftsrecht auch noch § 310 IV BGB n.F.): Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2192; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.28; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.18 f.; dagegen, Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 971; jedenf. müßte aber eine den §§ 307 ff.BGB vergleichbare Kontrolle nach § 242 BGB durchgeführt werden – nachdem die brit. UTCC Reg. idF 1994 in Schedule 1a) – d) noch Verträge auf dem Gebiet des Familien-, Erb-, Arbeits- und Gesellschaftsrechts ausdrückl. von dem sachlichen Anwdgsbereich der Regulations ausschloß(zust.Lockett/Egan, Rz.3.4), ist dies seit 1999 nicht mehr vorhanden.

⁶⁵⁴ Insoweit ergibt sich dies bereits aus Nr. 2 c des RL-Anhanges, vgl. oben ausf. unter 2.Teil A II 1.a) cc).

⁶⁵⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.18; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.10 auch für Anlagen in Form von stillen Gesellschaften; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.28; Grundmann, 2.10, Rz.20;ders., JZ 1996, S.274 ff., 284; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 44 (*Verkauf*); Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2192; ders. NJW 1997, S.1407 ff., 1420; aA Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 971 - unternehmerische Position z.B. dann bezweckt, wenn die Beteiligung zu der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG oder KG führt, MüKo-Ulmer, § 1 VerbrKrG, Rz.23.

⁶⁵⁶ Dazu auch oben unter 2.Teil A II 1.a) cc).

⁶⁵⁷ Fastrich, S.128 m.w.Nachw. - in Deutschland wurde das Schutzbedürfnis trotz § 23 I AGBG a.F. durch die Rspr. anerkannt(auch in Österr., Graf, S.10) und inhaltl. nach § 242 BGB kontrolliert, BGHZ 64, S.238 ff., 242ff.; Schmidt, GesR, § 5 III 4.b); dazu und zu der Erweiterung der Grundsätze auf andere Publikums-personengesellschaften, Fastrich, S.124 ff.m.w.Nachw.; Heinrichs, NJW 1997, S.1407 ff., 1420- da nunmehr der § 310 IV BGB aufgrund richtlinienkonformer Auslegung teleologisch reduziert werden muß, sind die §§ 307 ff. BGB direkt anwendbar (bisher Ablehnung hL, Grundmann, JZ 1996, S.274 ff., 284).

lichkeitskontrolle (z.B. von Minderheitsrechten und Regelungen wie die Abfindungsbeschränkung, Hinauskündigungsklauseln⁶⁵⁸ oder Haftungs- und Verjährungsregelungen für den Aufsichtsrat in dem Gesellschaftsvertrag⁶⁵⁹) auch schon bei einem Beitritt weniger Personen durchzuführen⁶⁶⁰. Im Gesellschaftsrecht wird die Klauselrichtlinie allerdings häufig nach Art. 1 II unanwendbar sein, da es sich wegen umfassender zwingender gesetzlicher Regelungen in diesem Bereich oft um deklaratorische Klauseln handelt⁶⁶¹. Bei Gesellschaftsbeteiligungen muß zudem immergeprüft werden, ob nicht ein Aushandeln im einzelnen iSd Art. 3 I gegeben ist.

bb) Satzungen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG)⁶⁶²

Auch Satzungen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, durch die die versicherungsrechtliche Beziehung zwischen dem VVaG und seinen Mitgliedern geregelt werden, sind zunächst trotz gesellschaftsrechtlicher Bezüge⁶⁶³ nicht schon nach dem EG 10 von dem Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie ausgeschlossen. Soweit die Klauselrichtlinie in persönlicher Hinsicht zwischen Verbraucher-Mitgliedern und dem VVaG als Gewerbetreibenden anwendbar ist, bleibt aber das Problem daß der sachliche Anwendungsbereich nach dem Wortlaut auf "Verträge" iSd Art. 1 I bzw. "Vertragsklauseln" iSd Art. 3 I beschränkt ist. Versteht man unter einem Vertrag in autonomer Auslegung⁶⁶⁴ unter Berücksichtigung der Prinzipien in den Mitgliedstaaten eine rechtlich verbindliche Willenseinigung (Vereinbarung) durch Angebot und Annahme zwischen Rechtssubjekten⁶⁶⁵, dann spricht dies dafür, daß Satzungen nicht als Verträge iSd Klauselrichtlinie anzusehen sind⁶⁶⁶. Außerdem unterliegen die privatrechtlichen Satzungen des VVaG grundsätzlich der Organisationsautonomie⁶⁶⁷.

Es muß an dieser Stelle aber bedacht werden, daß ein großer Teil der Satzungsbestimmungen des VVaG nicht die innere Organisation oder die Stellung der Vereinsmitglieder regeln, sondern davon abtrennbar die Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen betreffen⁶⁶⁸. Materiell-rechtlich handelt es sich insoweit um äquivalente Regelungen, die bei anderen

⁶⁵⁸ Beispiele bei Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969 m.w.Nachw.

⁶⁵⁹ Vgl. Fastrich, S.125.

⁶⁶⁰ Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969.

⁶⁶¹ Grundmann, 2.10, Rz.20; ders., JZ 1996, S.274 ff., 284; Drygala, ZIP 1997, S.968 ff., 969; Fastrich, S.146; Wolf, FS Zöllner, S.651; Kümpel, Rz.9.212.

⁶⁶² In Deutschland ein rechtsfähiger Verein gemäß § 15 VAG; z.B. für Belgien, vgl. Fontaine, Rz.103.

⁶⁶³ Vereinsrecht zählt zum Gesellschaftsrecht - das Recht der kleineren VVaG's richtet sich in Dtl. grdstzl. nach Vereinsrecht (§ 53 II VAG), das Recht der größeren VVaG ist im wesentl. dem AktG nachgeformt, Fastrich, S.149; "genossenschaftliche Wurzeln", Schmidt, Versicherungsforum 1993, S.27 ff., 31; ähnl. Baumann, VersR 1996, S.1 - in GB wird regelm. die gesellschaftl. Rechtsform einer "company limited by guarantee" gewählt, bei der neben der Haftung der Einlage die Gesellschafter im Fall der Auflösung auch persönl. in best. Höhe für Gesellschaftsschulden haften, Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.572; für Spanien Fischer/Fischer, S.146 f.

⁶⁶⁴ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.9 m.Hinw. auf dementspr. Urteil des EuGH.

⁶⁶⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.26; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1 Rz.11; Zweigert/Kötz, 1996, S.350 ff. - idS auch einzige RL mit Legaldefinition eines Vertrages, die Pauschalreise-RL 90/314/EWG, Art. 2 V - für das abstrakte Kontrollverfahren in Art. 7 II der KlauselRL muß genügen, daß die Klauseln zur Aufnahme in den Vertrag bestimmt sind, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.31.

⁶⁶⁶ So Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.32; tend. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1 Rz.20 f.; ein nichtwirtschaftl. eingetragener Verein, z.B. Sportverein, ist schon nicht als Gewerbetreibender iSd Art. 2 c) anzusehen, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.21 - das gleiche Problem besteht bei öR Satzungen, *dazu 2. Teil A I 5.*, oder bei Satzungen von Aktiengesellschaften, *2. Teil A II 1.a) cc*).

⁶⁶⁷ Fastrich, S.149.

⁶⁶⁸ Nach der Trennungs- bzw. Kombinationstheorie steht gerade das Versicherungsverhältnis im Vordergrund, Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 48 m.Nachw. zu der aA Einheitstheorie.

Gesellschaftsformen von Versicherern (in Deutschland: Versicherungs-AG und öffentlich-rechtliche Versicherer) in AVB festgelegt werden. In Deutschland besteht nach § 10 II VAG für einen VVaG die Wahlmöglichkeit, Versicherungsbedingungen in AVB oder in die Satzung aufzunehmen. Befinden sich die Versicherungsbedingungen nicht in der Satzung, sondern sind sie Bestandteil eines Versicherungsvertrages, den der VVaG mit Nichtmitgliedern⁶⁶⁹ oder aber auch mit Mitgliedern abschließt, unterliegen diese Bestimmungen ohne Probleme als AGB der Mißbräuchlichkeitskontrolle⁶⁷⁰. Es kann nun aber nicht sein, daß sich ein VVaG durch Wahl der Aufnahme von Versicherungsbedingungen in die Satzung statt einer vertraglichen Regelung gegenüber Verbraucher-Mitgliedern der inhaltlichen Kontrolle entziehen kann.

Der grundsätzlich mögliche Einfluß des Mitglieds eines VVaG auf die Satzung genügt nicht, um angemessene Bedingungen sicherzustellen, insbesondere nicht bei grossen Vereinen⁶⁷¹; zumal ein Durchschnittsverbraucher häufig noch nicht einmal weiß, daß er bei einem VVaG mit Abschluß des Versicherungsvertrages auch Vereinsmitglied wird, geschweidenn seine Mitgliedsrechte kennt. In der Praxis sind die Versicherungsbedingungen der Satzungen verglichen mit den ABV anderer Versicherungsunternehmen auch nicht VN-freundlicher ausgestaltet⁶⁷². Der Verbraucher ist bei Satzungsbestimmungen des VVaG, die ihn als VN und nicht als Vereinsmitglied betreffen, vergleichbar schutzbedürftig wie bei nicht im einzelnen ausgehandelten Verträgen iSd Richtlinie. Für eine Satzungsänderung ist eine Mehrheit erforderlich, so daß die Einflußmöglichkeit des einzelnen Mitglieds nicht mit dem Aushandeln iSv Art. 3 I vergleichbar ist⁶⁷³. Auch das aus ökonomischen Gründen bestehende informationsbedingte Marktversagen liegt bei einem Mitglied bezüglich der Satzung genauso vor, wie bei Nichtmitgliedern oder VN anderer Versicherer in der Gesellschaftsform einer AG gegenüber AVB in Versicherungsverträgen. Schließlich ist auch aus Gründen der Gleichbehandlung ist nicht ersichtlich, warum die Unternehmensform eines Versicherers über die Kontrollunterworfenheit inhaltlich gleicher Versicherungsbedingungen entscheiden sollte⁶⁷⁴.

Zusammenfassend besteht also sowohl bei vertraglichen als auch bei satzungsmäßigen Versicherungsbedingungen dasselbe Bedürfnis an der Sicherstellung einer Mindestqualität durch die Inhaltskontrolle. Aus diesen Gründen ist die Klauselrichtlinie auf Versicherungsbedingungen in Satzungen von VVaG's anzuwenden, bei denen es sich nur um "unechte Satzungsbestandteile...ohne materiellen Satzungscharakter"⁶⁷⁵ handelt⁶⁷⁶. Gleiches

⁶⁶⁹ Größere VVaG's können auch "gemischte" Vereine sein, d.h. neben Mitgliedern können auch Nichtmitglieder gegen feste Entgelte, die sachlich der Prämie entsprechen, versichert werden, soweit die Satzung dies zuläßt, vgl. § 21 II VAG – bei kleineren Vereinen ist dies unzulässig, vgl. § 53 I 2 VAG.

⁶⁷⁰ Vgl. auch BGH, NJW 1998, S.454.

⁶⁷¹ Fastrich, S.150 ff.; hinsichtlich der inneren Organisation ist auch der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen und hat in §§ 15 ff. VAG bis auf die Fälle des § 53 VAG (kleinere Vereine) die Organisationsautonomie eingeschränkt – besteht hinsichtlich der inneren Organisation zu wenig Einfluß des einzelnen Mitgliedes, so kann auch hinsichtlich der Regelung der Leistungsbeziehung nichts anderes gelten.

⁶⁷² Sieg, VersR 1977, S.489

⁶⁷³ Zw.ist dagegen die Arg., daß die RL auf Satzungen nicht anwendbar ist, weil von vorneherein kein Aushandeln iSv Art. 3 möglich ist, so Wolf, Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.32.

⁶⁷⁴ Zumindest die großen Versicherungsunternehmen haben sich, unabhängig ihrer Rechtsform als AG, VVaG oder ör Versicherungseinrichtung, angeglichen, vgl. Schmidt, Versicherungsforum 1993, S.27 ff., 31.

⁶⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 1998, S.454/455.

muß auch für solche Satzungsbestimmungen gelten, die nicht nur das versicherungsrechtliche Austauschverhältnis, sondern zugleich auch das organisationsrechtliche Verhältnis Verein-Mitglied betreffen (vereinsrechtlicher und versicherungsvertraglicher Doppelcharakter)⁶⁷⁷.

d) Arbeitsverträge

Es ist nicht eindeutig, ob unter den Begriff "Arbeitsverträge" iSd Erwägungsgrundes 10 auch die Verträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen wie z.B. im Versicherungsbereich mit selbständigen Versicherungsvertretern für Versicherer als Einfirmenvertreter bzw. Einkonzernvertreter⁶⁷⁸ gemäß § 92, 92 a, 84 I HGB fallen⁶⁷⁹. Geht man bei einem Arbeitsvertrag davon aus, daß der Arbeitnehmer aufgrund der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften weniger schutzbedürftig ist, so ist dies bei einer arbeitnehmerähnlichen Person zweifelhaft, weil – in Deutschland - nur dann Schutzbestimmungen wie bei einem "echten" Arbeitsvertrag anwendbar sind, wenn dies ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist⁶⁸⁰. Für die Klauselrichtlinie kann diese Frage aber dahingestellt bleiben, denn jedenfalls gehört der Vertrag mit dem Versicherer zu der unmittelbaren beruflichen bzw. handelsgewerblichen Tätigkeit des Einfirmenvertreters, so daß dieser kein Verbraucher iSd Art. 2 b) ist und damit die Klauselrichtlinie nicht anwendbar ist⁶⁸¹. Im Verhältnis zu Dritten kommt es je nach Einzelfall darauf an, ob der Einfirmenvertreter zu beruflichen oder privaten Zwecken handelt. Diese Wertung der Richtlinie, daß Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Personen bei Verträgen, die unmittelbar ihrer beruflichen Tätigkeit zuzuordnen sind, von dem Schutzbereich ausgenommen sind, ist aber nicht zu befürworten. Denn beide Personengruppen sind aufgrund ihrer Unterlegenheitssituation im Verhältnis zu dem Arbeitgeber schutzbedürftig, was z.B. in Deutschland auch anerkannt war und ist⁶⁸².

2. Art. 3

⁶⁷⁶ In Deutschland absolut hM hinsichtlich der AGB-Bestimmungen (teilw. durch teleologische Reduktion des § 23 I a.F.), vgl. BGHZ 136, S.394=NJW 1998, S.454ff.m.w.Nachw.; Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 65; Edgar Hofmann, § 5, Rz.14; Präve, Rz.124; Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 47f., jeweils m.w.Nachw.; zu dem Streitstand in Deutschland ausführlich, Fastrich, S.149 ff.

⁶⁷⁷ Vgl. für dt. Recht BGH, NJW 1998, S.454 ff., 455.

⁶⁷⁸ Bei Versicherungsagenten können in Bezug auf den Versicherer auch andere Verhältnisse, wie z.B. Angestelltenverhältnis, gegeben sein, vgl. Edgar Hofmann, § 5, Rz.67 (dann gilt §§ 59 ff.HGB), wobei die Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist.

⁶⁷⁹ Bei § 23 a.F. AGBG war str., ob dies ein "Vertrag auf dem Gebiet des Arbeitsrechts" war, vgl. Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1308 (inzw.gelten die Inhaltskontrollregelungen gem.§ 310 IV 2 BGB grdstzl. auch für Arbeitsverträge, was außerhalb des Anwendungsbereiches der RL zulässig ist); in Österreich sind gem. § 1 IV KSchG ausdrückl. auch Verträge des Arbeitgebers mit arbeitnehmerähnl. Pers. von dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrollregelungen für Verbraucherverträge ausgeschlossen, Fenyves in Krejci, S.537 ff., 549.

⁶⁸⁰ Z.B. Geltung des Arbeitsschutzgesetzes (§ 2 II Nr.3), Bundesurlaubsgesetzes (§2 2 BUrtG), Tarifvertragsgesetzes (§ 12 a TVG), u.U. HAG, Klage vor dem Arbeitsgericht, § 5 I 2 ArbGG, bei selbständigen Einfirmenhandelsvertretern nur unter der Vor. eines best. Verdienstes vgl § 5 III.

⁶⁸¹ AA wohl Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1308; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 579, FN 6, allerdings ausgehend von der These, daß nach der RL die Verbrauchereigenschaft nur bei einer selbständigen beruflichen Tätigkeit ausgeschlossen ist; EG 10 mit Nennung der Arbeitsverträge spricht aber gerade dafür, daß auch bei unselbständigen Tätigkeiten kein Verbraucher iSd Art. 2 b) voliegt, dazu oben unter 2. Teil A I I., 2.c.)

⁶⁸² So auch Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 228 - in Dtl. wurde noch vor Aufnahme des § 310 IV 2 BGB durch die Rspr. eine Billigkeitskontrolle von Arbeitsverträgen durchgeführt, und z.T.auch eine verdeckte Inhaltskontrolle unter anderen Prämissen (Auslegung, Fürsorgepflicht, § 138 BGB, etc.), Fastrich, S.159 ff.

Nach Art. 3 I sind alle im einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln aus dem Anwendungsbereich ausgenommen⁶⁸³. Auf die Probleme, die bei den Voraussetzungen des fehlenden Aushandelns, den einzelnen Merkmalen des Art. 3 II und dessen Verhältnis zu Art. 3 I bestehen, soll hier nicht näher eingegangen werden. Bei Finanzprodukten liegen nämlich regelmäßig AGB nach deutschem Verständnis vor⁶⁸⁴. Bei Versicherungsverträgen ergibt sich dies schon aus der Natur der Sache: zum einen weil die zu einem Versicherungskollektiv gehörenden Risiken als Basis für die Prämienkalkulation im wesentlichen gleich sein müssen⁶⁸⁵, zum anderen, weil der Versicherer zur Gleichbehandlung seiner Mitglieder verpflichtet ist⁶⁸⁶. Vorformulierte Einzelverträge bzw. nicht im einzelnen ausgehandelte Individualklauseln sind jedenfalls in Geschäften direkt mit Verbrauchern in der Praxis nicht zu erwarten⁶⁸⁷. Gleiches gilt für den Bankbereich, da es sich bei Verbraucherverträgen regelmäßig um Massengeschäft mit einem hohen Grad an Standardisierung handelt.⁶⁸⁸ Für Verbraucherkreditverträge besteht etwa bereits aufgrund der Anforderungen der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG⁶⁸⁹ an den Vertragsinhalt ein Bedürfnis nach Standardisierung.

Es ist fraglich, ob ein "vorformulierter Standardvertrag" gemäß Art. 3 II entsprechend dem englischen oder französischen Verständnis nur bei einem im Ganzen vorformulierten Druckwerk (Formularverträge) vorliegt⁶⁹⁰, oder ob dieser Begriff weiter interpretiert werden muß und auch AGB erfaßt⁶⁹¹. Für ein so weites Verständnis spricht die Entstehungsgeschichte⁶⁹², das Abstellen auf die einzelne "Vertragsklausel" (Art. 3 I), sowie die Formulierung hinsichtlich des abstrakten Prüfungsverfahrens (Art. 7 II: "die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt wurden"). Außerdem ist allgemein die Terminologie in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich⁶⁹³. Bei Finanzprodukten liegt deshalb regelmäßig ein "vorformulierter Standardvertrag" vor, bei dem nach Art. 3 II das Fehlen eines Aushan-

⁶⁸³ So auch Kretschmar, S.152 – nat. Regelungen mit Kontrolle von Individualklauseln sind außerhalb des Anwendungsbereiches zul., Art. 8 gilt nicht; aA ansch. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 8, Rz.2 und 5; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 8, Rz.5 und 10 - auch Art. 5 gilt nur für vorformulierte Klauseln ohne Einflußmöglichkeit: "unterbreitete Klauseln" ("clauses proposées"; "clausole siano proposte"; "cláusulas propuestas"; "offered to the consumer"); so wohl auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 5, Rz.3; nach Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 5, Rz.3 und Art. 3, Rz.14 gilt der Art. 5 dagegen auch für Individualklauseln.

⁶⁸⁴ Schimikowski, Rz.396; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.5: im Versicherungs-, Bank- und Kreditwesen sind zu 100 % AGB's verbreitet.

⁶⁸⁵ Rationalisierungsfunktion, Dreher, S.162 f.; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.93; auch bei anderen kollektiv ausgerichteten Geschäftssystemen wie Bausparkassen und Kapitalanlagegesellschaften, sind AGB geboten und z.T. auch gesetzlich vorgeschrieben (§ 5 I BspKG; § 15 KAGG) vgl. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.400; BT-Drucks. 7/3919, S.43 zu § 11 III AGBG a.F.

⁶⁸⁶ Präve, Rz.1

⁶⁸⁷ Zwar denkbar, gehören aber eher in das "akademische Kuriositätenkabinett", Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261; Bedingungen, "mit denen im Einzelfall die besonderen Umstände des zu versichernden Risikos abgedeckt werden sollen" (Art. 4 Zweite RL 88/357/EWG Schaden, ABl.1988 Nr.L 172/1) sind wohl allenfalls im Großrisikobereich denkbar, vgl. auch Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1306.

⁶⁸⁸ Matusche, S.110

⁶⁸⁹ ABl. 1987, Nr.L42/48, konsolidierte Fassung als Dokument 38L0102 unter www.europa.eu.int/eur-lex.

⁶⁹⁰ Der Begriff des "Standardvertrages" ("contrats d'adhésion"; "pre-formulated standard contract") wird im Gegensatz zu dem dt. AGB-Recht in England und Frankreich verwandt: dabei wird nicht auf die einzelne, für eine mehrfache Verwendung vorformulierte Klausel abgestellt, sondern das gesamte Druckwerk muß vorformuliert sein, und auf take-it-or-leave-it-Basis angeboten werden, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.16; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.733 ff., 734 (zu weiterem Unterschied, daß AGB generell, unabh.v. Einzelvertrag).

⁶⁹¹ Dafür: Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 342; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.17; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 228; wohl auch Schmidt-Salzer, BB 1995, S.733 ff., 734.

⁶⁹² RL-Vorschlag 1990 stellt grdstl.auf "Standardverträge" ab, es heißt aber S.8: "vor allem" Standardvordrucke und AGB-Verträge; so auch Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (1984) 55 endg. S.2.

⁶⁹³ Vgl.nur zu den unterschiedl. Begrifflichkeiten in Portugal, Pinto Monteiro, Konferenzunterlagen, S.71 ff., 74.

delns vermutet wird⁶⁹⁴. So wird z.B. der Versicherungsvertrag als ‘klassisches Musterbeispiel eines vorformulierten Standardvertrages’ bezeichnet⁶⁹⁵. Ein Standardvertrag liegt auch dann noch vor, wenn in ein Formular nur noch einzelne individuelle Merkmale eingefügt werden⁶⁹⁶. Jedenfalls würden AGB als typischer Anwendungsfall von nicht im einzelnen ausgehandelten Klauseln⁶⁹⁷ ohnehin unter Art. 3 II subsumiert werden können.

Bei Versicherungsverträgen gehören neben den AVB als Bedingungswerk auch die Sonder- und Zusatzbedingungen, die Bestimmungen über Tarife und Regelungen in Antragsformularen, die nach Antragsannahme Vertragsbestandteil werden, zu den ‘Vertragsklauseln’ iSd Art. 3 I⁶⁹⁸.

Nach Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie sind auch bestehende geschäftsplanmäßige Erklärungen, die der Versicherer als Ergänzung des Geschäftsplans gegenüber der Aufsichtsbehörde abgegeben hat, dann der Mißbräuchlichkeitskontrolle zu unterziehen, wenn sie vertragsspezifische Regelungen enthalten und durch Verweisungsklausel in den AVB oder im Antragsformular zum Vertragsinhalt geworden sind⁶⁹⁹. In diesem Fall teilen sie den Rechtscharakter der AVB als AGB. Nach Umsetzung der europäischen versicherungsrechtlichen Richtlinien besteht für ab dem 28.Juli 1994 geschlossene Versicherungsverträge⁷⁰⁰ aufgrund der neuen Formulierung des deutschen § 5 III VAG allerdings kein Raum mehr für geschäftsplanmäßige Erklärungen und eine vertragliche Bezugnahme⁷⁰¹. Zwar können noch entsprechende Erklärungen abgegeben werden, diese haben aber mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung keine bindende Wirkung mehr⁷⁰². Außerdem ist fraglich, diese Erklärungen in den Geschäftsplänen, die regelmäßig durch den VN nicht einsehbar sind, wegen Intransparenz unzulässig sind⁷⁰³. Auch ein Verweis in den AVB auf Geschäftspläne wird mit Wegfall der präventiven Verwaltungskontrolle von AVB nicht mehr relevant sein⁷⁰⁴. Bei Lebensversicherungs-Altverträgen gilt allerdings der genehmigte Geschäftsplan nach § 11 c VAG weiter. Enthalten die AVB von Altverträgen eine Verweisungsklausel auf den Geschäftsplan, so müssen nach Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie - umfassende Kontrolle zur Qualitätssicherung als Ausgleich des

~~fehlenden Wettbewerbs - auch Teile des Geschäftsplanes als Bestandteil der AVB der~~

⁶⁹⁴ Entgegen Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3 Rz.6 handelt es sich wegen Art. 3 II Satz 3 um eine widerlegliche Vermutung, vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.24.

⁶⁹⁵ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Thema ‘Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt’, ABl. 1998, Nr. C 95/72, unter 3.1; i.E.Brandner in Basedow/Schwarck/Schwintowski, S.67.

⁶⁹⁶ Vgl. RL-Vorschlag von 1990, S.8, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.16.

⁶⁹⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz. 16.

⁶⁹⁸ F.dt.Recht Römer, NVersZ 1999, S.97; Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 64 ff.; Dreher, S.157 ff.

⁶⁹⁹ So auch hL in Deutschland: Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 67; Präve, Rz. 101 f.; Basedow, ZVersWiss 1992, S.419 ff., 442; Winter in Bruck/Möller/Winter, Bd. V/2, Anm.A 31; Glauber, VersR 1993, S.12 ff., 13 f.(mit Beispielen)-so wohl auch die Rspr.,BGHZ 105, S.140 ff., 151, die jedenf.auch so verstanden wurde, vgl. Baumann, JZ 1995, S.446 ff., 447; auch BGH, VersR 1996, S.486 ff., 487 deutet bzgl.Auslegung v.AVB an, daß bei entsprechender Verweisung die geschäftsplanmäßigen Erklärungen mitzub berücksichtigen wären – nach BGHZ 128, S.54 ff, 62 ff. ist aber fraglich, ob kumulativ auch die Veröffentlichung in den VerBAV gefordert wird – ein Verweis ist seltener als auf Geschäftspläne, Baumann, JZ 1995, S.446 ff., 447.

⁷⁰⁰ Vgl. Art. 18 des Dritten Durchführungsgesetzes/EWG zum VAG, BGBI. 1994 I, S.1630.

⁷⁰¹ § 5 III VAG als nunmehr abschließende Aufzählung des genehmigungspflichtigen Inhalts, da ‘insbesondere’ gestrichen wurde, und geschäftsplanmäßige Erklärungen nicht mehr Bestandteil des Geschäftsplans sein können, vgl. Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz. 119; Präve, Rz. 35,102; Dörner in Honsell, Kapitel II, Rz. 34.

⁷⁰² Präve, Rz.35 m.w.Nachw.

⁷⁰³ So Römer/Langheid § 1 VVG, Rz.4.

⁷⁰⁴ Präve, Rz.100; Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 232; Renger, VersR 1995, S.866 ff., 869 - Geschäftspläne enthielten vor der Deregulierung anders als nach dem neuen § 5 III noch genehmigte AVB, Rechnungsgrundlagen und Tarife; Ausnahmen nach § 5 V VAG.

auch Teile des Geschäftsplanes als Bestandteil der AVB der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen, soweit sie vertragsrechtliche Punkte betreffen⁷⁰⁵. Dies ist insbesondere hinsichtlich des Rückkaufswertes einer Lebensversicherung und der Überschußermittlung und -verteilung bei Altverträgen der Kapitallebensversicherung von Bedeutung. Die Geschäftspläne entlasten insoweit die AVB, was ebenfalls für eine Gleichbehandlung dieser "Auslagerung" und damit für eine inhaltliche Kontrolle spricht. In Deutschland lehnte der BGH dagegen – nunmehr richtlinienwidrig - anders als die hL im Schrifttum⁷⁰⁶ die inhaltliche Kontrolle der Geschäftsplanbestimmungen ab: der vertragliche Verweis genüge nicht schon zur Begründung eines AGB-Charakters, und die aufsichtsbehördliche Kontrolle des Geschäftsplanes stelle einen ausreichenden Schutz dar⁷⁰⁷. Der BGH kontrollierte nur die Verweisklausel in den AVB entsprechend den AGB-Bestimmungen. Lebensversicherungsverträge, die seit dem 29.7.1994 (nach Umsetzung der versicherungsrechtlichen Richtlinien durch das 3.Durchführungsg/EWG) geschlossen wurden, regeln die Überschußbeteiligung und Rückkaufswerte nunmehr in den AVB, die unstreitig der Inhaltskontrolle unterfallen⁷⁰⁸.

Eine Vorformulierung iSv Art. 3 II liegt auch dann noch vor, wenn der Verbraucher die Wahlmöglichkeit zwischen zwei verschiedenen vorformulierten Klauseln hat⁷⁰⁹, z.B. bei Wahl zwischen verschiedenen Laufzeiten in Versicherungsantragsformularen⁷¹⁰, weil auch in diesem Fall keine Einflußmöglichkeit auf den Klauselinhalt gegeben ist⁷¹¹. Die Wahlmöglichkeit kann allenfalls im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 4 I mitberücksichtigt werden⁷¹² oder für Art. 4 II bedeutsam sein⁷¹³.

Für Art. 3 II ist nur erforderlich, daß die Vertragsbedingungen im voraus abgefaßt werden, es wird aber nicht vorausgesetzt, daß dies der Gewerbetreibende selbst tut und die Klauseln "stellt"⁷¹⁴. Somit werden auch die durch einen Dritten, z.B. Verband, Notar o.ä. vorformulierten und ohne Veranlassung durch eine Vertragspartei eingeführten Bedingungen von

⁷⁰⁵ Nach § 5 III Nr.2 a.F. VAG möglich.

⁷⁰⁶ Für AVB-Eigenschaft bei Verweisklausel: Basedow, ZVersWiss 1992, S.419 ff.,442; Baumann, JZ 1995, S.446 ff., 447 f.; Winter in Bruck/Möller/Winter, Bd. V/2 Anm. G 391; Schönemann, BB 1995, S.417 ff.; ders. JuS 1995, S.1062ff.; v.Hippel, NJW 1995, S.566ff.; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz. 504; Präve, Rz.99; Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 67 f.; so wohl auch Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.117; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.129 f.; wohl auch OLG Hamburg, VersR 1990, S.475 ff., 476; einschr. Sieg, ZVersWiss 75, S.161 ff., 166; aA Lorenz, ZVersWiss 93, S.283 ff., 308 ff.; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.558; Benkel, VersR 1994, S.509 ff., 517.

⁷⁰⁷ BGHZ 128, S.54 ff.,61 ff. =NJW 1995, S.589 ff., 591=VersR 1995, S.77 ff., 79; so auch OLG Düsseldorf, VersR 1993, S.556; der BGH nimmt bei kumulativ Veröffentlichung des Geschäftsplans und Verweisklausel einen bürgerl.rechtl. Anspruch entspr. § 328 II BGB an (BGHZ 105, 140 ff., 151 ff. schien noch alternatives Vorliegen ausreichen zu lassen, vgl.auch Baumann, JZ 1995, S.446 ff., 447; Gerber, VersR 1993, S.12 ff., 14/15); allerdings scheint der BGH weniger grdstzl. eine Inhaltskontrolle abzulehnen als vor einer inhaltl. Mißbilligung eines aufsichtsrechtl.zul.Geschäftsplanes zurückzuschrecken, Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.117).

⁷⁰⁸ MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.131; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.117 (gem. § 308 Nr.7 BGB).

⁷⁰⁹ So auch dt.Rspr.: BGH, NJW 1992, S.503ff.,504; offenlassend dagegen Lockett/Egan, Rz.3.8.

⁷¹⁰ Auch in Dtl.werden diese Konstellationen nicht als Individualvereinbarungen gewertet, vgl.BGH, NJW 1996, S.1208 unter Hinweis auf BGH, NJW 1992, S.503; weitere Bsp. bei Präve, Rz.135 f.

⁷¹¹ I.E.Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.18.

⁷¹² Mitberücksichtigung bedeutet, daß z.B.bei einer Wahl zwischen zwei mißbräuchlichen Varianten die Mißbräuchlichkeit nicht ausgeschlossen wird.

⁷¹³ 2.Teil C III 7.b)bb.

⁷¹⁴ So auch die wohl hM: z.B. Kapnopoulou, S.87f.; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.43,49f.; Locher, JuS 1997, S.389 ff., 391, Reich, Europ. Verbraucherrecht, Rz.156 f.; ders., ZEuP 1994, S.381 ff., 392; ders.VuR 1995, S.1ff., 4f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.23; Grundmann, 2.10, Rz.19; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.9,21; aA Ulmer EuZW 1993, S.334 ff., 342; ders. Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 26 f.; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1073; unklarFrey, ZIP 1993, S.572 ff., 577.

der Mißbräuchlichkeitskontrolle erfaßt, sofern sie noch nicht im einzelnen ausgehandelt werden⁷¹⁵. Ein Beispiel für erfaßte Notar-Verträge ist die Bestellung von Grundschulden zugunsten von Bausparkassen oder Kreditinstituten⁷¹⁶. Zwar spricht Art. 7 I von der Verwendung der Klausel durch den Gewerbetreibenden; aber das entscheidende Moment für den Ansatz der Mißbräuchlichkeitskontrolle, nämlich die fehlende Einflußmöglichkeit/Geschäftsunerfahrenheit und die Gefahr eines informationsbedingten Marktversagens sind auch bei Abfassung der Klauseln durch einen Dritten gegeben⁷¹⁷. Entscheidend ist also weniger der "Machtmißbrauch" des Gewerbetreibenden, als vielmehr das Schutzbedürfnis des Verbrauchers⁷¹⁸. Solange für den Gewerbetreibenden, bei dem die generelle Geschäftserfahrung auch bei von Dritten abgefaßten Bedingungen vermutet wird, die fehlende Einflußmöglichkeit durch den Verbraucher erkennbar ist, ist eine inhaltliche Kontrolle auch verkehrsgerecht⁷¹⁹. Die AGB von Finanzdienstleistern werden regelmäßig von den Dienstleistern oder ihren Verbänden selbst entworfen, so daß insofern sogar ein "Steilen" gegeben ist⁷²⁰.

Die Mißbräuchlichkeitskontrolle ist aber dann ausgeschlossen, wenn eine Klausel durch den Verbraucher selbst oder durch seinen Vertreter vorgeschlagen wird, weil dies als stärkste Form der Einflußnahmemöglichkeit zu sehen ist⁷²¹. So bei Versicherungsbedingungen, die etwa durch einen Versicherungsmakler als "Bundesgenosse" des VN⁷²² oder durch einen britischen Broker im "Lloyd's Room" als Vertreter des VN⁷²³ vorgeschlagen und von dem Versicherer lediglich akzeptiert oder mit diesem im einzelnen ausgehandelt werden⁷²⁴. Werden dagegen Klauselwerke durch Interessenvertretungen beider Seiten ausgehandelt, handelt es sich aufgrund der Kompromissituation nicht automatisch um ausgehandelte Bedingungen iSd Art. 3 I. Bei solchen Vertragswerken kann allenfalls von einem teilweisen, nicht aber von einem vollständigen Interessenausgleich ausgegangen werden, so daß die Klauselrichtlinie anwendbar bleibt⁷²⁵. Denn ein "Aushandeln" iSd Art. 3 I ist nur zwischen den vertragsschließenden Parteien möglich.

⁷¹⁵ So auch Klaas, FS Brandner, S.247 ff.,258 – dies führt nicht zur Schwächung der Notare, Heinrichs, NJW 1993, S.1817 ff., 1819.

⁷¹⁶ Die Belehrungspflicht des Notars führt nicht per se zu einer Individualvereinbarung, sondern dafür wäre ein ernsthaftes Zur-Disposition-Stellen notwendig, vgl. MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.43 (anders bei Einzelverträgen, Rz.50); Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 50; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2192.

⁷¹⁷ Allenfalls eine fakt. größere Einflußnahme – bzw. Änderungsmögl., vgl. Eckert, ZIP 1996, S.1238 ff., 1240.

⁷¹⁸ Grundmann, 2.10, Rz.19 – vgl. auch *oben unter 1.Teil D II 3*.

⁷¹⁹ So Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rz.23, zu der Problematik, wenn der Dritte durch den Verbraucher beauftragt wird, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.19.

⁷²⁰ Matusche, S.110 für die Banken-AGB.

⁷²¹ Bei eigenem Vorschlag nicht schützenswert, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.19; Bunte, DB 1996, S.1389 ff., 1392; nach Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.11, fehlt die Kausalität der Vorformulierung für die fehlende Einflußmöglichkeit nach Art. 3 II.

⁷²² Schimikowski, Rz.141; BGHZ, VersR 1985, S.930ff.,931 "treuhänderischer Sachwalter" des Auftraggebers.

⁷²³ "Agent", vgl. Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.465; ausf. Bosse, S.67 f., 77 ff.; Birds, Chapter 1 und 2; üblicherweise werden die Prämien ausgehandelt und der Broker verwendet häufig eigene Versicherungs-, vgl. Cousy in McGee/Hensel, S.97; ders. in Stuyck/Abraham/Terry, S.91 ff., 93 f.

⁷²⁴ Für Unanwendbarkeit auf Maklerbedingungen auch Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.20; Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1306; Schimikowski, Rz.396; Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 47.

⁷²⁵ Die Mitwirkung der Interessenvertretung kann allenfalls bei Art. 4 I mitberücksichtigt werden – auch dt.Rspr.hält AGB-Regelungen für anwendbar: BGH, NJW 1982, S.1820 f.,1821, (führt eine modifizierte Inhaltskontrolle durch, die nur selten zu einer Unwirksamkeit führt, Präve, Rz.139);BGH, NJW 1999, S.3358 ff., 3359 (für Satzungen v.Zusatzversorgungsanstalten für den öff.Dienst, denen eine tarifvertragl.Einigung zugrundeliegt); Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 AGBG, Rz.59; aA z.B. in Italien, v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 266, nach Bonnell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 10 fehle es auch an der Vorformulierung, was jedoch aufgrund der fehlenden Einfluß-

3. Art. 1 II

Nach Art. 1 II, der in dem ersten Richtlinienvorschlag nicht enthalten war und sich an dem deutschen § 8 AGBG a.F.orientiert⁷²⁶, unterliegen Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder Grundsätzen bestimmter internationaler Übereinkommen beruhen (sog. deklaratorische Klauseln), nicht der Klauselrichtlinie⁷²⁷. In Deutschland werden beispielsweise gemäß § 10 VAG sogar deklaratorische Klauseln vorgeschrieben⁷²⁸, damit der VN seine Rechte und Pflichten vollständig den AVB entnehmen kann. Bei nationalen Rechtsvorschriften geht die Richtlinie pauschal davon aus, daß diese bereits angemessene Lösungen von Interessenskonflikten darstellen und keine iSd Richtlinie mißbräuchlichen Regelungen enthalten⁷²⁹, die Mitgliedstaaten werden insoweit aber auch in die Pflicht genommen⁷³⁰. Unabhängig von der Frage, inwieweit diese Annahme richtig ist⁷³¹, ist der eigentliche Sinn des Art. 1 II darin zu sehen, zu verhindern, daß indirekt die nationalen Rechtsvorschriften einer Kontrolle durch Richter/Behörden unterzogen werden⁷³². Der Art. 1 II ist damit Ausdruck der Bindung des Richters an das Gesetz und soll zudem die Rechtssetzungsautonomie der einzelnen EU-Länder wahren⁷³³.

Der Erwägungsgrund 13 stellt klar, daß der Begriff "bindende Rechtsvorschriften" nicht im Sinne von zwingendem Gesetzesrecht zu verstehen ist⁷³⁴, sondern auch dispositiven Regeln umfaßt⁷³⁵. Auch bei vorhandenen dispositiven Regelungen wäre nämlich eine inhaltliche Kontrolle unsinnig, weil im Fall der Unverbindlichkeit der Klausel ohnehin wieder die gesetzliche dispositive Regelung gelten würde⁷³⁶. "Bindend" ist also so zu verstehen, daß

mögl. des Verbr. auf den Inhalt nicht richtig ist; auch Iversen, *Karlsruher Forum* 1997, S.117 fordert Kontrollfreiheit für dän. zweiseitig zustandekommenen Muster-Versicherungsbed.

⁷²⁶ Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz, Konferenzunterlagen, S.111; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.33; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.25.

⁷²⁷ Kretschmar, S.134. sachlicher Anwendungsbereich.

⁷²⁸ Ausnahme nach § 10 III VAG nur für Großrisiken.

⁷²⁹ EG 13; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 261/262; Konferenzunterlagen, S.111 und 227.

⁷³⁰ EG 14; echte implizite Pflicht, den Standard der RL zu wahren, vgl. Kapnopoulou, S.99f.; zwar gilt Art. 1 II nach dem Wortlaut auch bei mißbr.Kl., Franzen, S.555; Art.1 II kann wegen des effet utile aber dann nicht mehr gelten, wenn nat. Rechtsvorschriften eindeutig und offensichtl. mißbr. iSd KlauselRL sind, so auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.33; Kommission, Konferenzunterlagen, S.112 (erwägt auch ein Vertragsverletzungsverfahren in diesem Fall); allg. Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff.,263.

⁷³¹ Zw., de Nova, ERPL 1995, S.221 ff., 222 m.ital.Bsp.; aA auch Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungn. "Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt", ABl.1998, Nr. C 95/72,3.2. für Vers.vertragsrechte.

⁷³² Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 45 f.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.23.

⁷³³ Grundmann, 2.10, Rz.11f.

⁷³⁴ So eher die engl. Version: "mandatory statutory or regulatory provisions" – die franz. Fassung "disposition s législatives ou réglementaires impérative" eher für Erstreckung auch auf dispos. Vorschr. – bei unterschiedl. Sprachfassungen war Bedeutung von "madatory"/"impératif"/"bindend" str., soweit dieser Begriff nicht für überflüssig gehalten wurde, Hall, Konferenzunterlagen, S.109 ff., 110; vgl. auch Konferenzunterlagen, S.158.

⁷³⁵ H.M. : Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691; Kapnopoulou, S.97; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 45; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1072; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.25; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.34; Markwardt, S.93 f.; aA Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, Rz.156 g – dies ergibt sich neben EG auch aus Sinn und Zweck des Art. 1 II sowie Begr. der Kommission zum überprüften Vorschlag für die RL v. 26.1.1993, KOM (93) 11 endg-SYN 285, S.3: "bindend" beziehe sich nicht auf diese zivil. Unterscheidung, sondern verfolge "anderweitige, allg. gemeinere Ziele" – diese scheinen ähnlich global zu sein wie das Merkmal "zwingend" bei "zwingenden Gründen des Allgemeininteresses" als Rechtfertigungsvor. für einen Eingriff in Grundfreiheiten, das eher eine "psychologische" Wirkung haben soll und lediglich betont, daß eigene Wirtschaftsinteressen nicht ausreichen.

⁷³⁶ In Dtl.:§ 306 II BGB – ein vernünftiger Richter würde es bei einer deklaratorischen Klausel daher immer dahingestellt lassen, ob eine Klausel mißbräuchlich und unwirksam ist, weil jedenfalls die inhaltlich gleiche gesetzliche Regelung gilt, vgl. Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.159 ff., 163.

damit alle Rechtsvorschriften gemeint sind, die verbindlich gelten, wenn eine abweichende vertragliche Regelung fehlt⁷³⁷.

Der ‘Vorrang der nationalen Regelung’ nach Art. 1 II gilt nach dem Sinn und Zweck der Regelung nur bei ‘Rechtsvorschriften’, die eine abschließende Wertung des nationalen Gesetzgebers hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien enthalten. Nur insoweit kann davon ausgegangen werden, daß die gesetzliche Wertung als angemessene Regelung eine Mißbräuchlichkeitskontrolle ersetzt und entbehrlich macht⁷³⁸, und eine indirekte Kontrolle der sonst geltenden nationalen Vorschrift wäre nach Art. 1 II zu verhindern. Folglich sind Klauseln, die mit solchen Rechtsvorschriften übereinstimmen, welche eine vertragliche Regelung zulassen, ohne deren Inhalt zu regeln (z.B. § 315, § 767 I 3 BGB), nicht nach Art. 1 II der Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen⁷³⁹. Auch halbzwingende Regelungen (z.B. im dt. VVG), die nur eine äußerste Grenze des vertraglich Zulässigen enthalten, von dem nicht zu Lasten des VN abgewichen werden kann, die aber die keine abschließende Wertung enthalten (besonders deutlich § 6 VVG)⁷⁴⁰, sind nicht als ‘Rechtsvorschriften’ iSd Art. 1 II anzusehen⁷⁴¹. Klauseln, die sich innerhalb des eröffneten Gestaltungsrahmens halten, sind daher keine deklaratorischen Klauseln, sondern halten nur die gesetzlichen Mindestsschranken ein, jenseits derer eine Benachteiligung des VN in jedem Fall unwirksam ist. Besonders bei Versicherungsverträgen, die für den VN von großer, ja zum Teil von existentieller wirtschaftlicher Bedeutung sind, wie z.B. Kfz-Haftpflicht- oder Feuerversicherung, kann eine Klausel, die sich innerhalb der äußersten Inhaltsschranke des VVG hält, mißbräuchlich bzw. unverbindlich sein.

Ein genereller Vorrang eines gesamten Spezialgesetzes unabhängig davon, ob es den von einer bestimmten Vertragsklausel betroffenen Problembereich regelt, kann dem Art. 1 II nicht entnommen werden⁷⁴². Bei atypischen Verträgen und neuen Vertragsarten wie z.B. Leasing muß immer genau geprüft werden, inwieweit eine vorhandene ‘traditionelle’ Regelung noch als abschließende Interessenbewertung hinsichtlich eines durch eine vertragliche Klausel geregelten Problems anzusehen ist⁷⁴³. Für eine Ausnahme von Klauseln, die

⁷³⁷ So auch Reiff, AnwBl.1997, S.3 ff., 13; Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz der Kommission, Konferenzunterlagen, S.111 .

⁷³⁸ EG 13 .

⁷³⁹ Nach BGH, VersR 1987, S.712 ff., 717=NJW 1987, S.1931 ff., 1937 gilt dies auch für gesetzliche Gestaltungsbefugnisse wie § 652 h I BGB - insb. die englische Version (“contractual terms, which reflect mandatory...provisions...”) könnte auf ein weniger strenges Verständnis hindeuten; wie hier aber Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1 , Rz.25; Arbeitsgruppe bei der Brüsseler Konferenz 1999, Konferenzunterlagen, S.115; aA anscheinend de Nova, ERPL 1995, S.221 ff., 222, 225 ff. für italienische Regelungen .

⁷⁴⁰ Honsell, Einleitung, Kapitel II Rz.65 mit Beispielen; diese Mindestaussage ergibt sich z.T. aus dem Gesetz, z.B. für § 6 I 1 , III 1, § 8 II VVG aus § 15 a VVG (§34 a, 42 VVG) oder aus der Entstehungsgeschichte, z.B. § 38 VVG, vgl. MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.103.

⁷⁴¹ So auch die Rspr.und hL in Deutschland hinsichtlich der Schranken der Inhaltskontrolle nach § 307 III 1 BGB: BGH, NJW 1969, S.1384 ff., 1385; BGH, NJW 1993, S.590 f., 591; Palandt-Heinrichs, § 8 AGBG Rz.8 m.w.Beispielen; Präve, Rz.354 m.Beispielen; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.103 m.w.Nachw., Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.39 f.; Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1111; Hüffer, VersR 1974, S.617ff., 622; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.465 (str. ist nur der Maßstab der Inhaltskontrolle, ob nach § 9 ff, MüKo-Basedow, dito, nach § 9 und § 10, so Hansen, VersR 1988, S.1110 ff., 1111; Prölss in Prölss/Martin Vorbem I, Rz.53, oder nur nach § 9, so Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.39); aA van de Loo, S.41 ff., 79 f., differenzierend Hoffmann, S.280 f. – Ausnahme aber nur bei Regelungen, die als echte Erlaubnisnorm zu werten sind, z.B. § 51 a BRAO, vgl.Reiff, AnwBl.97, S.3 f. 13; zust. Markwardt, S.95.

⁷⁴² Anders aber wohl Fontaine, Rz.63 für das belgische loi du 25 juin 1992 sur le contrat d ´ assurance terrestre, dem er generellen Vorrang vor den allgemeinen Inhaltskontrollregelungen einräumt.

⁷⁴³ Vgl. Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 262 f.

zugunsten des Verbrauchers von dispositiven Rechtsvorschriften abweichen⁷⁴⁴, findet sich in der Richtlinie kein Anhaltspunkt; solche Klauseln werden aber regelmäßig nicht mißbräuchlich sein.

Da Sinn und Zweck der Richtlinie eine möglichst umfassende Mißbräuchlichkeitskontrolle ist und Art. 1 II nur verhindern soll, daß einzelne nationale Gerichte Gesetze von anderen Mitgliedstaaten indirekt kontrollieren, ist der Art. 1 III als Ausnahme von dem Anwendungsbereich eng auszulegen und umfaßt nur die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht auf das Vertragsverhältnis anwendbar ist (*lex causae*)⁷⁴⁵. Unterschiede, die dadurch entstehen, daß die gleiche Klausel je nach anwendbarem Recht in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten mal der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfällt und mal nicht⁷⁴⁶, sind im Rahmen der Klauselrichtlinie als Maßnahme der Rechtsangleichung⁷⁴⁷ hinzunehmen.

Der Begriff der ‘Rechtsvorschriften’ muß aus Rücksicht auf die verschiedenen Rechtsquellen der einzelnen Mitgliedstaaten weit verstanden werden und umfaßt neben Gesetzen im formellen Sinn auch alle Gesetze im materiellen Sinn, also alle hoheitlich erlassenen abstrakt-generellen Regeln, ungeschriebenen Rechtsgrundsätze und Richterrecht (wichtig z.B. für das ‘*case-law*’ in den Common-Law-Ländern)⁷⁴⁸. Allerdings zählen zu den Rechtsvorschriften nur rechtlich verbindliche (‘bindende’) Regelungen, so daß unverbindliche Verhaltensregeln nicht unter Art. 1 II fallen⁷⁴⁹. In Großbritannien ist es beispielsweise u.a. im Finanzbereich häufig der Fall, daß auf gesetzliche Regelungen oder sonstige staatliche Vorgaben mit Blick auf durch die Marktteilnehmer und ihre Verbände selbst gesetzte Verhaltensregeln verzichtet wird⁷⁵⁰. Es ist zweifelhaft, inwieweit die im Rahmen der Selbstregulierung geschaffenen Regeln der Marktteilnehmer als ‘*contractual terms which reflect mandatory statutory or mandatory regulatory provisions*’ iSv Art. 1 II (englische Fassung) aus dem Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie herausfallen⁷⁵¹. Soweit diese Verhaltensregeln keine vom Staat abgeleiteten verbindlichen Regelungen sind, sondern z.B. im Versicherungs- und Bankenbereich lediglich unverbindliche Empfehlungen⁷⁵², ist der Art. 1 II nicht anwendbar⁷⁵³. Nur bei Regelungen, die durch eine staatliche Institution

⁷⁴⁴ So Dylla-Krebs, S.86 f. für deutsches AGBG a.F. (teleologische Reduktion des § 8 a.F. AGBG).

⁷⁴⁵ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.26; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.159 ff., 264; Grundmann, 2.10., Rz.11; Kapnopoulou, S.97 f.; de Nova, ERPL 1995, S.221 ff., 222; Nasall, WM 1994, S.1645 ff., 1651; zu weitgehend dagegen Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.33; wohl auch Franzen, S.555.

⁷⁴⁶ Krit.Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 59 f.

⁷⁴⁷ Art. 1 II, EG 12.

⁷⁴⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.34; Grundmann, 2.10, Rz.11; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.25 (verbindliche vom Staat abgeleitete Regelungen); in Deutschland sind nach § 310 IV 3 BGB nunmehr auch Tarifverträge und Betriebs- und Dienstvereinbarungen den Rechtsvorschriften gleichgestellt – da es sich hierbei nicht um Verbraucherverträge iSd RL handelt, ist dies außerh. des Anwgsb.zulässig.

⁷⁴⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.27.

⁷⁵⁰ Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 16 f.; z.B. im Versicherungsbereich, 2.Teil C II 4.a); weitere Beispiele bei Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 217 (SFA or IMRO rules).

⁷⁵¹ Vgl. Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 217.

⁷⁵² Z.B. Verhaltensregeln, die die Association of British Insurers (ABI) als unverbindliche Empfehlungen an ihre Mitglieder herausgibt, dazu Hodgkin in Lonbay, S.96 ff., 112 ff., und 119 ff.; Willett/Hird in Cartwright, S.219 ff., 229 ff.; Adams, The Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 209 f.; zu dem ‘Code of banking’, vgl. Vorpeil, RIW 1994, S.559 ff., Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 216; auch in Italien gibt es Verhaltenskodizes für Versicherer, vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ‘Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt’, ABl.1998, Nr. C.95/72, S.81, unter 3.5.

⁷⁵³ Vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 1, Rz.27.

für verbindlich erklärt werden, besteht auch eine staatliche Kontrollmöglichkeit, die die Richtlinie fordert⁷⁵⁴.

In einigen Ländern⁷⁵⁵ wurde der Art. 1 II nicht umgesetzt, so daß auch eine Mißbräuchlichkeitskontrolle von deklaratorischen Klauseln stattfindet. Dies ist außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie zulässig, jedenfalls aber eine strengere Kontrolle gemäß Art. 8.

4. Art. 4 II

Nach Art. 4 II werden Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-Leistungsverhältnis ("Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen") beschreiben, von der Mißbräuchlichkeitskontrolle ausgenommen, "sofern sie klar und verständlich sind"⁷⁵⁶.

Richtigerweise konkretisiert diese Regelung nicht – neben Art. 1 I iVm Art. 2, Art. 1 II, Art. 3 II – den sachlichen Anwendungsbereich⁷⁵⁷, sondern bestimmt den Gegenstand der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle⁷⁵⁸. Würde man alle in Art. 4 II genannten Klauseln dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie entziehen, wäre die Klarstellung des "sofern"-Nachsatzes, nach dem auch für Hauptgegenstand und Preis-Leistungsverhältnis das Transparenzgebot als Teil der Richtlinie gilt⁷⁵⁹, unverständlich. Auch die Rechtsfolge des Art. 5 Satz 3 würde bei Intransparenz dieses Bereiches nicht gel-

⁷⁵⁴ Vgl. Erwägungsgründe 13,14 – es muß eine Korrekturmöglichkeit gegeben sein; so z.B. code of practice for traders on price indications in Großbritannien, der zu "statutory form" erklärt wurde, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.511; nach dem Financial Services and Markets Act 2000 kann die FSA nach Sec.64 nunmehr verbindl. "statements of principle" mit erläuternden "codes of conduct" herausgeben, bei Verstoß gegen ein statement liegt "misconduct" vor (Sec. 66); auch das OFT prüft z.Zt. codes of practices insb. für Gebrauchtwagenkauf, Reparatur, Kredit, Beerdingungen, Reise, Makler dahingehend, ob diese best. Vorgaben erfüllen (core criteria), z.B. ob sie UTCC Reg. einhalten – ist dies der Fall, sollen die genehmigten codes für die Mitglieder bindend sein, und im Wettbewerb ein "Gütezeichen" der Anbieter darstellen (Governments' Consumer White Paper); bisher ermunterte u. half das OFT nur nach Sec.124 III Fair Trading Act 1973.

⁷⁵⁵ Belgien, Dänemark, Griechenland, Frankreich, Niederlande, Österreich, Finnland, Schweden, vgl. Tenreiro, Konferenzunterlagen, S.13 ff., 14 – dadurch entstehen Unterschiede in der Praxis: griech. Gerichte sind z.T. bestrebt, mißbr. Klauseln, die wörtl. mit einem Ministerialerlaß übereinstimmen, dennoch mit der Begr. zu kontrollieren, daß insoweit die gesetzgeberische Ermächtigung für den Ministerialerlaß fehle, z.B. Areios Pagos v. 1.1.1988 (327/1988), CLAB GR 000067; Areios Pagos v.16.12.1996, CLAB GR 000142; ähnl. auch in Belgien Cour d' arbitrage v.21.3.1995, CLAB BE 000303 und v.7.7.1998, CLAB BE 000503 für Kl., die mit gesetzl. vorgeschriebenen Standardklauseln ("clauses -types") übereinstimmen; so nach der Rechtslage auch in Frankreich, aber in Lit. str., vgl. unten unter 2. Teil C II 3. b) aa) – in Italien stellt man demgegenüber wie in Deutschland rein formal auf die Gesetzesübereinst. ab: liegt eine solche vor, findet selbst dann keine besondere Einbeziehungskontrolle nach Art. 1341 II Codice Civile statt, wenn die betr. Klausel unter die Liste dieser Vorschrift zu subsumieren wäre, de Nova, ERPL 1995, S.221 ff., 222- in Finnland können deklarator. Klauseln nach der Rspr. nicht als solche unfair sein, sondern nur außergewöhnl. Umstände können zu Unanwendbarkeit im konkreten Fall führen, Korkein Oikens (höchstes Zivilgericht), v.26.8.94, CLAB FI 000052.

⁷⁵⁶ Die kleineren sprachlichen Ungenauigkeiten: "die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit betrifft" sowie die erstmaligen Erwähnung von Klauseln ("diese Klauseln") in dem "sofern" - Nachsatz werden durch EG 19, Satz 1 verständlich – Satz 1 spricht auch von dem Preis-Leistungsverhältnis; vgl. auch Kapnopoulou, S.104.

⁷⁵⁷ So aber überwiegend z.B. EuGH v.21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout); Rz.22; Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, in gleicher Sache, Rz.40; Kommission, Bericht v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.16; Kiendl, S.47; Kapnopoulou, S.79 (obwohl auf S.103 auch unter "Umfang der Inhaltskontrolle"); Paskhe/Iliopoulos, S.136; Tenreiro, Konferenzunterlagen, S.13 und 15; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 95; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 231 und 239; Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 281; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 282; dies. VersR 1999, S.951 ff., 952; Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 101.

⁷⁵⁸ So auch Kretschmar, S.194 f.; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.234; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.23 und 25.

⁷⁵⁹ Art. 4 II ist nur ein Unterfall des Transparenzgebotes in Art. 5; zu der Klarstellungsfunktion des Art. 4 II, unten unter 2. Teil B V.

ten. Nach Sinn und Zweck schließt Art. 4 II aber nur die allgemeine inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle aus. Auch der systematische Zusammenhang zu Art. 4 I, der die Art und Weise der Mißbräuchlichkeitskontrolle betrifft, spricht für die Einordnung des Art. 4 II bei der Prüfungsstufe der Kontrollunterworfenheit⁷⁶⁰. Bei dieser systematischen Einordnung des Art. 4 II müssen abweichende nationale Regelungen der Mitgliedstaaten nicht nur – wie für alle nationalen Regelungen erforderlich – mit sonstigem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, vereinbar sein, sondern auch die weiteren Voraussetzung des Art. 8 (strengere Bestimmung, höheres Schutzniveau zugunsten des Verbrauchers) einhalten⁷⁶¹. Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie, würde Art. 8 dagegen nicht einschlägig sein (“auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet”)⁷⁶².

Insgesamt sind also drei Prüfungsschritte notwendig: zunächst ist die Anwendbarkeit der Richtlinie zu prüfen, also ob eine Vertragsklausel in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt; dann erst logisch nachrangig, ob eine Klausel nach Art. 4 II Gegenstand der inhaltlichen Kontrolle ist, bevor sich schließlich die eigentliche Mißbräuchlichkeitskontrolle anschließt⁷⁶³.

B Gegenstand der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle gemäß Art. 4 II

Um die Frage beantworten zu können, inwieweit die Klauseln eines Versicherungsvertrages nach Art. 4 II iVm Erwägungsgrund 19 Satz 3 inhaltlich kontrolliert werden dürfen, muß zunächst einmal die allgemeine Bestimmung des kontrollfreien Raumes iSv Art. 4 II erläutert werden.

I Sinn und Zweck sowie Grund der Ausnahme von der Mißbräuchlichkeitskontrolle

Der Art. 4 II beruht auf rechtlichen und tatsächlichen Argumenten.

Ziel der Ausnahme der in Art. 4 II bestimmten Klauseln von der Mißbräuchlichkeitskontrolle ist es, die Bestimmung des Hauptgegenstandes, des Preises und des „richti-

⁷⁶⁰ In diesem Sinne auch Schlußantrag Tizzano v.23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.3; Der direkte Zushg wird auch durch Satz 1 und 2 des 19.EG verdeutlicht. Die Klauseln iSd Art. 4 II sind zwar nicht selbst der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen, können aber bei der Kontrolle anderer Klauseln mitberücksichtigt werden, vgl Art. 4 I (“alle anderen Klauseln desselben Vertrages”) iVm Satz 2 des EG 19 – auch die z.Zt. gültigen Umsetzungsnormen in GB fassen die dem Art. 4 II entspr. Regel. in Sec.6 II UTCC Reg.1999 (idF 2001) nicht mehr unter “Terms to which these Regulations apply” (Reg. 4, so noch die Fassung von 1994 in Reg.3 II a.F.), sondern unter Titel “Assessment of unfair terms” (Reg.6 I entspr.Art. 4 I).

⁷⁶¹ Eine Abweichung “nach unten” und ein “aliud” sind unzulässig.

⁷⁶² Vgl. für Parallelvorschrift des Art. 8 in der Haustür-RL 85/577/EWG, EuGH v.14.3.1991, Rs C 361/89 (di Pinto), Slg. 1991 I –1189, Rz.20 ff., 22; Kapnopolou, S.163 – sehr häufig wird aber der Art. 8 auch von denjenigen angeführt, die Art. 4 II als Konkretisierung des sachlichen Anwendungsbereiches ansehen.

⁷⁶³ AA EuGH, der die Mißbräuchlichkeit anscheinend als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der RL prüft, vgl. EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial S.A./Rocío Murciano Quintero), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.21 ff.; EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis SA ./ Jean-Louis Fredout), Rz.23; deutlich auch Schlußanträge Generalanwaltes Saggio v.16.12.1999 in gl. S., Rz.16 ff.; Generalanwalt Tizzano in Schlußanträgen v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis S.A./ Fredout), Rz.39.

gen“ Preis-Leistungs-Verhältnisses, den Parteien und dem Markt bzw. Wettbewerb zu überlassen⁷⁶⁴. Damit sollen für diesen Bereich die Vertragsfreiheit⁷⁶⁵ und die privatautonome Preisgestaltung als wichtige Parameter⁷⁶⁶ einer auf freier Marktwirtschaft und unverfälschten Wettbewerb beruhenden Rechts- und Wirtschaftsordnung (gem. Art. 3 I g, 98 EGV⁷⁶⁷) gewährleistet werden⁷⁶⁸. Der Schutz der Vertragsfreiheit wird neben Art. 4 II auch in der Beschränkung auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln nach Art. 3 I deutlich, auch wenn diese Regelung weniger direktes Ziel als ein Kompromiß zwischen den beiden europäischen Grundsystemen war⁷⁶⁹.

Bezüglich Leistung und Gegenleistung ist ein autonomer Selbstschutz durch Information bzw. ein „kritisches Abwehrverhalten“ typischerweise zu erwarten und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch zuzumuten; eine (heteronome) Mißbräuchlichkeitskontrolle durch staatliche Gerichte oder Behörden ist entbehrlich⁷⁷⁰. Nach dem „sofern“-Nachsatz des Art. 4 II⁷⁷¹ muß insoweit nur die Transparenz sichergestellt sein (Transparenzkontrolle statt Inhaltskontrolle)⁷⁷². Bei einem funktionierenden Wettbewerb ist die richterliche Kontrolle von Preis und Leistung nicht nur überflüssig, sondern wäre auch schädlich. Eine Beurteilung von Leistung und Gegenleistung von „Außen“ durch einen Richter oder eine Verwaltungsbehörde beinhaltet die Gefahr, daß die Parteiinteressen falsch bewertet werden. Hierbei wird von dem wirtschaftsrechtlichen Grundsatz ausgegangen, daß nur die Parteien selbst ihre eigenen Vorlieben und Interessen am besten einschätzen und bestimmen können⁷⁷³. Die Klauselrichtlinie will zudem neben dem Verbraucher auch die Anbieterseite schützen⁷⁷⁴: die Beschränkung auf Transparenzkontrolle als dem gegenüber der inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle geringeren Eingriff in die Vertragsfreiheit dient dem Schutz der Marktorientierung der Anbieter. Dieser soll auch vor Wettbewerbsverzerrung geschützt werden; bei Eingriffen von „Außen“ durch den Richter droht aber eine Wettbewerbsbeeinflussung.

Bei der Ausnahme von Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis von der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle ist daher weniger die Überlegung ausschlaggebend, daß diese Regelungen im Gegensatz zu Nebenbestimmungen von den Parteien im einzelnen

⁷⁶⁴ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.23.

⁷⁶⁵ In allen europäischen Mitgliedstaaten wird bei der Gesetzgebung und Rspr. hinsichtlich einer Inhaltskontrolle von der Vertragsfreiheit der Parteien ausgegangen – vgl. auch Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84) 55 endg., S.1 und technische Beilage zu KOM (90) 322 endg – SYN 285, S.6.

⁷⁶⁶ Preisfreiheit im Rahmen staatlicher Preisregulierung neben Eigentum und freier Preisbildung, vgl. Choi, S.115.

⁷⁶⁷ Kontrollen von Preis und Leistung könnte auf Handelsbeschränkungen hinauslaufen, die mit diesem Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs in Art. 3 I g EG-V nicht vereinbar sind.

⁷⁶⁸ Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 143; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.159 ff., 265; Canaris, FS Lerche, S.873 ff., 888.

⁷⁶⁹ Dazu Wilhelmsson, ERPL 1997, S.151 ff., 155; ders., Konferenzunterlagen, S.25 ff., 30.

⁷⁷⁰ Schumacher in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.1 ff.; 55; Zweigert/Kötz, 1996, S.327 –Ausf. zu Schutzzweck der RL, der den Kontrollumfang u.Abgrenzung nach Art. 4 II bestimmt, unter 1. Teil D II, insb. Nr. 3 c).

⁷⁷¹ dazu ausführlich unten unter 2. Teil B V.

⁷⁷² Auch die Verbraucherschutzprogramme fordern Unterrichtung der Verbraucher über die wesentl. Merkmale der angebotenen Güter und Dienstleistungen, z.B. Art, Qualität, Menge und Preis, damit der Verbraucher eine „sachgerechte“ Wahl treffen kann, erstes Verbraucherschutzprogramm, unter D a) 34; zweites Verbraucherschutzprogramm, unter D 40 und 41.

⁷⁷³ Vgl. Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 143; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rz.10; „subjektive Äquivalenz“ bleibt den Parteien überlassen, Meder, NJW 1996, S.1849 ff., 1850.

⁷⁷⁴ Erwägungsgründe 2,3,7; Art. 7 I.

ausgehandelt werden⁷⁷⁵ und aufgrund der Einflußmöglichkeit des Kunden bzw. Verbrauchers eine Mißbräuchlichkeitskontrolle entfallen kann. Denn bei vielen Produkten, wie z.B. den komplexen Finanzprodukten hat der Verbraucher keinen Einfluß und keine Verhandlungsmöglichkeit bezüglich Leistung und Gegenleistung⁷⁷⁶. Bei einem Versicherungsvertrag oder einem Bankvertrag werden die Leistungen von dem Finanzdienstleister im Massegeschäft in einer bestimmten Gestaltung und zu einem bestimmten Preis am Markt angeboten, nicht aber zur Verhandlung freigestellt⁷⁷⁷. Einem Normalkunden wird es in der Regel im Bereich der Privatversicherungen nicht gelingen, die Versicherungsprämie oder das versicherte Risiko mit einem Versicherungsunternehmen auszuhandeln⁷⁷⁸. Außerdem wäre sonst Art. 4 II hinsichtlich der Ausnahme von der Inhaltskontrolle überflüssig, weil im einzelnen ausgehandelte Klauseln schon gemäß Art. 3 I von dem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Das Fehlen eines Aushandelns rechtfertigt nun aber keine inhaltliche Kontrolle; dies wäre erst dann der Fall, wenn auch der Wettbewerb versagt, was bezüglich Leistung und Gegenleistung regelmäßig nicht gegeben ist⁷⁷⁹.

Zu den rechtlichen Erwägungen, die dem Art. 4 II zugrundeliegen, kommt auch die tatsächliche Überlegung, daß es nicht Aufgabe des Richters sein kann, die Preise auf ihre betriebswirtschaftlichen Rechtfertigung hin zu überprüfen, weil ihm die rechtlichen Kontrollmaßstäbe fehlen⁷⁸⁰. Die Leistungsgegenstände sind idR nicht in Gesetzen vorgeschrieben⁷⁸¹ und bis auf wenige Ausnahmefälle besteht auch kein Kontrahierungszwang⁷⁸². Bei komplexen Finanzprodukten, insbesondere bei Allfinanzstrategien, kommt noch hinzu, daß aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungen/„Pakete“ die Vergleichsgrößen für die Feststellung eines angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnisses fehlen. Auch bei neuen Versicherungstypen, die durch die Deregulierung des Versicherungsmarktes ermöglicht werden sollten⁷⁸³, gibt es gerade keine Vergleichsprodukte anderer Anbieter bzw. einen marktüblichen

⁷⁷⁵ Auch wenn dies z.B. bei dem Preis der Fall sein kann - so aber die Kommission z.B. in ihrer Mitteilung v. 9.2.1984, KOM (84) 55 endg., S.2 Nr.10; techn. Beil. zum RL-Entwurf 1990, S.8; Bericht der Kommission über Anwendung der Klausel IRL v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.15 unter 1 a); vgl. auch Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96 und 99; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 241; wohl auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4 Rz.25; wie hier dagegen Dreher, S.300/301.

⁷⁷⁶ Zu der generellen Tendenz, daß Leistung und Gegenleistung wenig ausgehandelt werden, auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 241.

⁷⁷⁷ Dreher, S.300; keine Individualvereinb. bei Wahl zwischen vom Versicherer vorgegebenen Tarifen, BGH, NJW 1996, S.1208; aA Hoffmann, S.286, nach dem die den Versicherungsvertr. konstituierenden Kl. wegen Aushandlung keine AGB iSd dt. AGBG a.F. sind, ähnl.MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.104 – in Dtl.ist es hM, daß grdstzl. Preis- und Leistungsbest. AGB-Charakter haben können, Dylla-Krebs, S.111 ff.

⁷⁷⁸ Bauer, BB 1978, S.476 ff., 480; Helm, NJW 1978, S.129 ff., 132; aA van de Loo, Rz.54; eine Ausnahme sind Länder, z.B. GB, wo bei Lloyd's die VN durch Broker vertreten werden, die im Namen derVN häufig Prämien und Bedingungen aushandeln, Cousy in McGee/Hensel, S.97; ders. in Stuyck/Abraham/Terryn, S.91 ff., 93 f.

⁷⁷⁹ I. Teil D II 3.b) und c) – Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 676.

⁷⁸⁰ Dylla-Krebs, S.120 ff., 152 ff. (m.w.Nachw. zu dem „Kann-nicht-Motiv“ neben dem „Darf-nicht-Motiv“); Basedow in Schule-Nölke/Schulze, S.277 ff., 280 (der Richter ist nach Vorbildung und Ausgestaltung des Zivilprozesses kein geeigneter Preiskommissar); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.1 (Leistungsbeschr. enthalten rein tatsächl. u. wirtschaftl. Daten, sind deshalb der rechtl. Überpr. nicht zugänglich).

⁷⁸¹ Ausnahme z.B. §§ 116, 149 VVG.

⁷⁸² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.16; bei Mißbräuchlichkeitskontrolle von Leistung und Gegenleistung würde indirekt ein bestimmter Vertragsgegenstand vorgeschrieben und ein Kontrahierungszwang eingeführt, der in den meisten Mitgliedstaaten bis auf Ausnahmefälle verboten ist, vgl. Kapnopoulou, S.106 und 108.

⁷⁸³ Vgl. Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268; Schirmer, VersR 1996, S.1045; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.451 m.w.Nachw. in FN 8; Vorabkontrolle als Hindernis für Innovationen auch bei Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.227 f.; Bsp. f. neuen Versicherungstyp ist Versicherung zur Ergänzung der gesetzl. Arbeitslosenvers. durch die private Versicherung für unfreiwillige Arbeitslosigkeit, Kieninger, VersR 1998, S.1079; BGH, VersR 1999, S.710 ff.; allg. Römer, NVersZ 1999, S.97.

chen Preis, auf den der Richter abstellen könnte⁷⁸⁴. Es bliebe allenfalls die Prüfung ohne Vergleichsmaßstab durch einen Versicherungsmathematiker als Sachverständigen dahingehend übrig, ob Deckung und Prämie einander entsprechen⁷⁸⁵. Auch dies wäre aber fragwürdig angesichts der Faktoren außerhalb der Versicherungsmathematik für die Prämienhöhe⁷⁸⁶ sowie der Tatsache, daß die Preisbildung in einer freien Marktwirtschaft zu den wesentlichen Betriebsgeheimnissen gehört⁷⁸⁷. Zudem wäre der Richter schon deshalb überfordert, weil er z.B. in Deutschland nach § 306 II BGB an die Stelle einer mißbräuchlichen und unverbindlichen Hauptleistungspflicht aufgrund eigener Wertung eine angemessene Regelung setzen müßte, was nahezu unlösbar ist.

II Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis iSd Art. 4 II

Der Art. 4 II wurde von dem Rat erstmals 1992 in den Gemeinsamen Standpunkt aufgenommen. Auch wenn der kontrollfreie Bereich und insbesondere der Begriff des „Hauptgegenstandes“ in der Klauselrichtlinie nicht definiert wird, muß der Art. 4 II als zentrale Regelung der Klauselrichtlinie europäisch-autonom ausgelegt werden und bleibt nicht den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen⁷⁸⁸. Auch die Erläuterungen in Erwägungsgrund 19 sprechen für eine autonome Begriffsbestimmung.

Zunächst lassen sich aus dem übrigen Gemeinschaftsrecht keine Hinweise auf den kontrollfreien Bereich bzw. die Konkretisierung des Begriffes „Hauptgegenstand“ erkennen⁷⁸⁹; insbesondere können die Vertragsinhalte, über die nach vielen Richtlinien und Empfehlungen – auch bezüglich Finanzprodukten – vor und bei Vertragsschluß informiert werden muß, nicht als Konkretisierung herangezogen werden⁷⁹⁰. Der direkte Zusammenhang von dem Begriff „Hauptgegenstand“ zu dem kontrollfreien Preis -Leistungs-Verhältnis in Art. 4 II und EG 19, Satz 1 spricht dafür, daß der Hauptgegenstand die gegenseitigen Hauptleistungspflichten erfaßt⁷⁹¹. Fraglich ist, wie weit genau der kontrollfreie Bereich iSd Art. 4 II zu ziehen ist. Würde man dazu alle Klauseln zählen, die Art, Qualität und Umfang der (Haupt-)Leistungen „betreffen“; so würde dies zu einem sehr weiten kontrollfreien Raum führen und z.B. auch auf Änderungsklauseln, Kündigungs- und Rücktrittsrechte sowie Gewährleistungsregelungen zutreffen⁷⁹².

⁷⁸⁴ Dies verkennt Kapnopoulou, S.111, FN 26; außerdem schließt der Vorbehalt, daß die Festlegung des Preises Angebot und Nachfrage überlassen bleibt, auch einen Vergleich mit der üblichen Vergütung aus, denn auch diese wird selbst durch den Markt bestimmt, Fastrich, S.259.

⁷⁸⁵ Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 281 – der ebenfalls erwähnte Vergleich verschiedener Versicherungsverträge eines Unternehmens ist als Tarifwahlmöglichkeit zulässig, vgl. *unter unter 2. Teil B VII*.

⁷⁸⁶ *Unten unter 2. Teil B VII 2.*

⁷⁸⁷ Grundmann, 2.10, Rz.30.

⁷⁸⁸ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz26; aA wohl Lockett/Egan, Rz.3.16; allg.zu Frage, wann eine autonome Auslegung gegenüber der (unterschiedl.) Auslegung durch die Mitgliedstaaten vorgeht, Franzen, S.475 ff., 490.

⁷⁸⁹ Unklar dagegen Arbeitsgruppe anlässlich der Brüsseler Konferenz 1999, Konferenzunterlagen, S.199.

⁷⁹⁰ Vgl. *unten unter 2. Teil C III 5.c).*

⁷⁹¹ Z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.16 (u. Vertragszweck); Basedow in Schulze, S.277 ff., 285.

⁷⁹² Welche Klausel ist schon nicht preisrelevant?, vgl. Fenyves in Krejci, Handbuch zm KSchG, S.537 ff., 590.

Aus dem Richtlinienwortlaut⁷⁹³, dem Charakter des Art. 4 II als Ausnahmeregelung sowie dem Zweck des Verbraucherschutzes⁷⁹⁴ ergibt sich, daß der kontrollfreie Bereich eng gefaßt werden muß. Im Umkehrschluß aus der Klauselliste im Richtlinienanhang müssen jedenfalls die dort genannten Klauseln der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen, da sie gemäß Art. 3 III für mißbräuchlich erklärt werden können⁷⁹⁵. Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können, müssen generell kontrollunterworfen sein⁷⁹⁶. Somit sind zumindest die im Anhang aufgeführten Klauseln bezüglich eines Haftungsausschlusses, mangelhafter Erfüllung/Nichterfüllung, Kündigungs- und Rücktrittsrechten sowie insbesondere mit Nr. 1 k,l,m auch Klauseln, die den Hauptgegenstand „betreffen“⁷⁹⁷, kontrollunterworfen. Es deutet daher vieles darauf hin, daß nur der enge Bereich der Festlegung bzw. Definition der „Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung“⁷⁹⁸ (Nr.1 k und m) und die Festlegung des Preises zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Nr.1 l) kontrollfrei ist. Die Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 3 hätte dann die Aufgabe, sicherzustellen, daß die vertraglich vereinbarten Hauptleistungen nicht durch andere Vertragsklauseln in mißbräuchlicher Weise wieder eingeschränkt werden⁷⁹⁹. Es bleibt nach dem Richtlinienwortlaut aber offen, wie genau die Abgrenzung vorzunehmen ist.

III Europäisch-autonome Begriffsbestimmung durch rechtsvergleichende Betrachtung

Auch für die europäisch-autonome Begriffsbestimmung und Auslegung des Art. 4 II sind – wie bereits erläutert⁸⁰⁰ – Lösungen der Mitgliedstaaten, in denen eine sachlich vergleichbar Problematik vorhanden war, mitzuberücksichtigen. Dies gilt besonders dann, wenn sich die Richtlinie an konkrete Rechtsinstitute einzelner oder verschiedener Mitgliedstaaten anlehnt. Es wird zu prüfen sein, ob sich in den mitgliedstaatlichen Rechten gemeinsame Rechtsgrundsätze für die Abgrenzung des von der Inhaltskontrolle ausgenommenen Bereiches finden lassen. Außerdem können die nationalen Umsetzungsregelungen sowie deren Verständnis insbesondere durch die Rechtsprechung und/oder Verwaltung, Anhaltspunkte für die Auslegung der Richtlinie darstellen.

⁷⁹³ Wortlautargumente: EG 19 Satz 1 spricht von Klauseln die den Hauptgegenstand und das Preis-Leistungsverhältnis „beschreiben“ u. nicht v. „betreffen“; andere Sprachfassungen sprechen in Art. 4 II von der Definition des Hauptgegenstandes: z.B. die engl. („the definition of the main subject matter“), franz. („définition de l’ objet principal du contrat“), span. („definición del objeto principal del contrato“), portug. („definição do objeto principal do contrato“) und ital. („definizione dell’ oggetto principale del contratto“) Formulierung.

⁷⁹⁴ Vgl. oben unter 1. Teil C II, insb. 3.c) und hier unter I. der Verbraucher hat nur für einen eng begrenzten Bereich der Vertragsklauseln Zeit, sich über deren Inhalt zu informieren.

⁷⁹⁵ Unter den im Anhang genannten Voraussetzungen – die grdstz. Zulässigkeit z.B.v. Änderungsklauseln wird aber nicht in Frage gestellt, Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 261.

⁷⁹⁶ Unabhängig von der Wirkung der Liste des Richtlinienanhangs, vgl. dazu unten unter 2. Teil E I 2.a).

⁷⁹⁷ Änderungskl. Hinsichtl. der Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung in Nr.1 k; Festsetzung oder Erhöhung des Preises zur Zeit der Lieferung in Nr.1 l; einseitiges Bestimmungsrecht des Unternehmers, ob die Ware oder Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht in Nr.1m.

⁷⁹⁸ Als Beispiele für den umfassende Anwendbarkeit auf alle Vertragsarten, vgl. oben unter 2. Teil A II 1.

⁷⁹⁹ So auch Mitteilung der Kommission v.9.2.1984, KOM (84), 55 endg., Nr.14; RL-Vorschlag von 1990, S.4.

⁸⁰⁰ 1. Teil C I 3.

Auffallend ist, daß in den meisten europäischen Ländern im Vergleich zu der deutschen „Flut“ an Gerichtsurteilen zu §§ 305 ff. BGB (AGBG a.F.) vor und nach Richtlinienumsetzung nur sehr wenig Rechtsprechung in Bezug auf eine Klauselkontrolle vorhanden ist⁸⁰¹. Diese geringere Anzahl von Gerichtsurteilen hängt zum Teil mit den anderen Grundkonzepten der jeweiligen Länder zusammen. Viele AGB, insbesondere auch Allgemeine Versicherungs- und Bankbedingungen, werden zweiseitig in Verhandlungen von Verbraucherverbänden und/oder Ombudsmann mit Wirtschaftsverbänden erstellt⁸⁰². Dadurch werden schon im Vorfeld die Verbraucherinteressen vertreten, so daß später in der Anwendungspraxis weniger Streitigkeiten und gerichtliche Inhaltskontrollverfahren entstehen.

Auch durch die in vielen Ländern vorhandene Möglichkeit außergerichtlicher Streitlösung durch Schlichtungsstellen, Verbraucherbeschwerdeausschüsse, Ombudsmänner, etc⁸⁰³ oder dadurch, daß die Unternehmen ihre Vertragsbedingungen freiwillig ändern⁸⁰⁴, wird die Anzahl der Gerichtsverfahren verringert. Auch in Deutschland gibt es zwar Schlichter, Ombudsmänner etc,⁸⁰⁵. Dies hat aber nicht zu einer nennenswerten Verringerung der Gerichtsverfahren geführt, was wiederum auf die – im Vergleich zu anderen Ländern⁸⁰⁶ – große Anzahl von abstrakten Prüfungsverfahren zurückzuführen ist⁸⁰⁷. Die Verbandsklagerechte und abstrakte Prüfungsverfahren waren eher in den westeuropäischen Ländern üblich, während das Ombudsmann-System vornehmlich für die skandinavischen Länder typisch ist⁸⁰⁸. Teilweise prüften die Gerichte eine Vertragsbedingung zudem nur auf Antrag

⁸⁰¹ Niederlande: Hondius in Karlsruher Forum 1997, S.99 ff., 102; vgl. für die meisten EU-Staaten die einzelnen Länderberichte in den Konferenzunterlagen, S.45 f. und S.296 (Großbritannien); S. 234/238 (Österreich, dazu auch Reindl, RIW 1986, S.669 ff., 671); S.282 (Griechenland); S.313 (Portugal, vgl.Pinto Monteiro, S.71.;La jurisprudence ...était...pratiquement inexistante“; ders., ERPL 1995, S.231 ff., 232; ders., ERPL 1997, S.197 ff., 203); S.64 ff. (Italien); S.271 und 276 f. (Frankreich); S.243 f. (Belgien); S.293 (Irland); S.262 (Schweden, auch Bernitz in Lönbay, S.188 ff., 201).

⁸⁰² Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.28; Schweden war 1971 das erste europäische Land, daß das Ombudsmann-System einführte, das in Skandinavien üblich ist (Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 30 ff. ; Carsten, WuW 1973, S.667 ff.; Neumeyer, GRUR Int. 1973, S.686 ff.; Bernitz, RabelsZ 40 (1976), S.593 ff., 598; Niederlande (Hondius in Karlsruher Forum 1997, S.99 ff., 103); Großbritannien (zu den sog. codes of practice, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.377 f.); Italien (z.B.Übereinkommen der Vereinigung für Versicherer, ANIA, mit Verbraucherorganisationen, de Negri, Konferenzunterlagen, S.303 ff., 307) – unüblich in Deutschland (Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 223).

⁸⁰³ Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.27 f.; Überbl.Kendall, S.329 ff.;z.B. Portugal: M.Christina, Konferenzunterlagen, S.313 f.; Italien: de Negri, Konferenzunterlagen, S.303 ff., 307 ff.; Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 167, FN 170; Alpa, Konferenzunterl., S.53 ff., 67ff.; Niederlande: Hondius, VuR 1996, S.295 und 300 f.; Dänemark: Krüger-Andersen, GRUR Int. 1976, S.322 f.; Finnland: Wilhelmsson, VuR 1995, S.342 ff., 343; Schweden: Dyer, Konferenzunterl., S.261 ff., 263; Carsten, WuW 1973, S.667 ff., 672; Österreich: § 28 III KSchG 1996, Kolba, Konferenzunterl., S.230 ff., 231, 238; Reindl, RIW 1996, S.669 ff., 671.

⁸⁰⁴ Vgl. z.B. in Frankreich nach Veröffentlichung der unverbindl.Empfehlungen der Commission des clauses abusives, vgl. Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 303; Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.267 ff., 273; Sievers, S.97 ; Großbritannien: durch Verhandlungen des Director General of Fair Trading, vgl.Bulletin Issue No.1, May 1996 bei Miller/Harvey/Parry, S.379 ff.; Sobich, RIW 1998, S.684 ff., 686; Irland: auf Druck des Director of Consumer Affairs, Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 296/297; Österreich: Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 66 – in Deutschland eher unüblich: Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 223; das abstrakte Prüfungsverf. wird von den Verbraucherschutzorg. zwar als Start für Verhdlg. mit größeren Handelsorg. genutzt, in der Praxis sind Verhdlg. aber selten; häufig ändern die Verwender ihre AGB noch nicht einmal dann freiwillig, wenn gleichlautende Klauseln in abstrakt. Prüfungsverf. für unangem. erklärt wurden –es sind Prozesse gegen jeden einzelnen Anbieter (z.B.Versicherer) erf., die gleiche AGB verwenden.

⁸⁰⁵ Z.B.seit 1992 für private Banken, auch zu weiteren Schlichtungsstellen bei Finanzdienstleistern:FAZ v.24.9.2001, S.38; Versicherungswirtschaft hat erst seit 1.10.2001 einen Ombudsmann, NVersZ 2001, S.399.

⁸⁰⁶ Z.T. waren vor RL-Ums. keine Verbandsklagen mögl., z.B.Italien, Irland, Großbritannien, Sobich, RIW 1998, S.684 ff., 688; in NL gab es z.B. bis 1997 nur 1 abstraktes Verf.,Hondius, Karlsruher Forum 1997, S.99 ff., 102.

⁸⁰⁷ 2/3 aller AGB-Fälle sind Verbandsklageverfahren,Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 222 - der Verbraucherschutzverein, der die Einhaltung der AGB-Regeln und des UWG kontrolliert, wird vom Bund unterstützt.

⁸⁰⁸ Der Art. 7 der KlauselRL orientiert sich also eher an den westeuropäischen Verbandsklagemöglichkeiten.

und nicht von Amts wegen⁸⁰⁹. Diese Praxis ist nach dem Urteil des EuGH vom 27.6.2000⁸¹⁰ nicht mehr richtlinienkonform⁸¹¹. Neben der geringen Anzahl von Urteilen sind in den Ländern, die Vertragsklauseln verstärkt anhand individueller Umstände auf ihre Anwendbarkeit im konkreten Einzelfall überprüfen⁸¹², weniger generelle Fallgruppen oder Grundsätze erkennbar.

Letztlich geht es bei Art. 4 II um die Frage der Wertigkeit von Vertragsfreiheit und Regulierung allein durch Markt und Wettbewerb (Kontrollfreiheit) auf der einen Seite gegenüber dem Schutz des Kunden vor mißbräuchlichen Klauseln mit Hilfe der Inhaltskontrolle durch Gerichte und/oder Verwaltung (Kontrollunterworfenheit) auf der anderen Seite⁸¹³. Im Wege des Rechtsvergleichs soll dargestellt werden, wie die einzelnen EU-Länder, die grundsätzlich alle von dem Prinzip der Vertragsfreiheit ausgehen⁸¹⁴, dieses Verhältnis beurteilen (unter 2.ff.). Dafür ist zunächst zu klären, inwieweit nationale Rechte und Wertungsprinzipien mit der Abgrenzungproblematik des Art. 4 II vergleichbar sind (unter 1.).

1. Berücksichtigungsfähige Wertungsprinzipien und Rechtsanwendungsgrundsätze

a) Grundsätze der verdeckten Inhaltskontrolle durch Einbeziehung und Auslegung?

In vielen Mitgliedstaaten fand oder findet noch im Rahmen der Einbeziehungskontrolle und Auslegung von Vertragsklauseln eine verdeckte Inhaltskontrolle statt, d.h., es werden auch wertende Gesichtspunkte mitberücksichtigt⁸¹⁵. Verdeckte Inhaltskontrolle bedeutet, daß diese Billigkeits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkte dazu führen können, daß bei nachteiligen, ungewöhnlichen, oder überraschenden Klauseln erhöhte Anforderungen an die Einbeziehung in den Vertrag gestellt werden oder eine besonders restriktive Auslegung durchgeführt wird. In Großbritannien gilt beispielsweise⁸¹⁶ die Auslegungsregel, nach der die Wortlaut- und Wortsinn Grenze überschritten werden kann, wenn eine Klausel entsprechend ihres Wortlautes zu absurden und untragbaren Ergebnissen führen würde⁸¹⁷. Grundlage für eine verdeckte Inhaltskontrolle war in den einzelnen Ländern häufig auch die allgemein bekannte⁸¹⁸ Auslegungsregel, daß Unklarheiten zu Lasten des Verwenders gehen (contra proferentem).

⁸⁰⁹ Z.B. in Österreich: Welser in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.333 ff., 369; Kapfer-Dittrich/Tades, ABGB, § 879, Rz. E 9; OGH, VersR 1993, S.1555 f.; OGH, VR 1987, S.51 ff., 53.

⁸¹⁰ Rs. C-240/98 bis 244/98 (Océano Grupo./Rocío Murciano Quintero), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.29:Prüfung vAw.

⁸¹¹ Zw.dagegen Rabl, ecolx 2000, S.783 f.

⁸¹² Vgl. oben *1.Teil D II 2*.

⁸¹³ Zu der „spannungsreichen Beziehung“ von „Normativität und Faktizität der Autonomie rechtsgeschäftlichen Handelns“; vgl. Damm, JZ 1994, S.161 ff., 162.

⁸¹⁴ Mitteilung Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 55 endg., S.1; techn. Beil., KOM (90) 322 endg.-SYN 285, S.6.

⁸¹⁵ Verdeckte Inhaltskontrolle wurde in vielen Ländern durch die ältere Rspr. vor einer gesetzl. Regelung, aber z.T. auch verstärkt noch neben einer gesetzl. geregelten offenen Inhaltskontrolle durchgeführt, dazu *unten unter 2.Teil D II 1.b) aa)u.bb)*; z.B. Frankreich, Sievers, S.57; Luxemburg, Bennemann, RIW 1986, S.594 ff., 596 und v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 262 iVm 258 f.; Belgien, Fontaine, RabelsZ 40 (1976), S.614 ff., 623; Großbritannien: Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 f.; v.Bernstorff, S.69; Zweigert/Kötz, 1996, S.333 f.; zu der älteren Rspr. in Deutschland: Zweigert/Kötz, 1984, S.12 f.; in Italien kannte man bis zur Umsetzung der KlauselRL auch für unfaire Klauseln nur eine Einbeziehungskontrolle (Art. 1341 II und 1342 Codice Civile).

⁸¹⁶ W.Bsp.f.Berücksichtigung inhaltl. Aspekte ist das Abstellen der Rspr. auf die vernünft. Deckungserwartungen des VN bei der Auslegung von Versicherungsbed., Clarke, Law of Insurance, Rz.15-5B, 15-5B2. In Frankreich legt die Rspr. dem Verwender z.T. durch ergänzende Vertragsauslegung („interprétation supplétive“) Nebenpfl. wie Informations-, Beratungs- und Sicherungspflichten auf, Ferid/Sonnenberger, S.581, I F 817.

⁸¹⁷ Bosse, S.99, FN 233 m.Rspr.nachw.

⁸¹⁸ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 5, Rz.45: „gesicherter Bestand des europäischen Vertragsrechts“.

Im Ergebnis führt auch die verdeckte Inhaltskontrolle durch Einbeziehung oder Auslegung zur Unanwendbarkeit einer vertraglichen Regelung gegenüber dem Kunden. Je strenger die Rechtsprechung hier vorgeht, desto stärker greift sie in die Vertragsfreiheit ein. Jedoch stößt die verdeckte Inhaltskontrolle an Grenzen, die bei der allgemeinen offenen Inhaltskontrolle nicht auftreten: Werden alle (besonderen) Einbeziehungserfordernisse eingehalten und damit eine Kenntnisnahme ermöglicht und ist der Wortlaut einer Regelung klar und eindeutig, so ist die Vertragsbedingung wirksam und anwendbar, auch wenn sie inhaltlich noch so mißbräuchlich und unbillig ist. Letztlich hat es also der Verwender in der Hand, eine Klausel wirksam und anwendbar zu gestalten. Ein effektiver Verbraucherschutz ist durch verdeckte Inhaltskontrolle deshalb nicht möglich.

Die Auslegung soll nur Unklarheiten ausräumen, nicht aber unangemessene Ungleichheiten verhindern, es gilt die Grenze des eindeutigen Wortlauts⁸¹⁹. Die Tatsache, daß Auslegungsregeln gerade nicht auf die Herstellung einer objektiven Vertragsgerechtigkeit abzielen, ist z.B. in Frankreich durch die Rechtsprechung des Cour de Cassation zu den „clauses claires et précises“ erkennbar⁸²⁰. In Großbritannien gilt der Grundsatz, daß es nicht die Aufgabe der Gerichte ist, den Parteien einen vernünftigen Vertrag zu gestalten⁸²¹.

Da bei Einbeziehung und Auslegung nur eine Informationsmöglichkeit des Vertragspartners gesichert werden soll, ist die diesbezügliche Abgrenzung des Kontrollgegenstandes nicht mit derjenigen bei der offenen Inhaltskontrolle vergleichbar, welche wesentlich stärker in die Vertragsfreiheit eingreift. Aus den Prinzipien der verdeckten Inhaltskontrolle können also keine Schlüsse für die Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches bei der offenen Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 4 II gezogen werden.

b) Wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben bzw. Klauseln, die den Hauptzweck betreffen, als Maßstab des Aushöhlungsarguments?

Der Grundsatz, daß eine Vertragsklausel unwirksam ist, wenn sie die wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß der Vertragszweck gefährdet oder ausgehöhlt wird (sog. Aushöhlungsargument) ist in den EU-

⁸¹⁹ Z.B. auch in Spanien: Art. 1281 des Zivilgesetzbuches enthält das Prinzip „in literis non fit interpretatio“; vgl. auch Audiencia Provincial de Pontevedra v.18.6.1997, CLAB ES 000533; Tribunal Supremo v.21.12.1992, CLAB ES 000036 – Ausnahme ist z.B. die o.g. Auslegungsregel in Großbritannien.

⁸²⁰ Grdstzl. ist die Auslegung Tatsachenfrage („question de fait“) und der Revision vor dem Cour de Cassation nicht zugänglich – Ausn.: wenn die Gerichte unbillige Vertragskl. unter Deckmantel der Auslegung entgegen ihrem klaren und unzweideutigen Wortlaut auslegen und dadurch eine inhaltl. Veränderung des Vertrages vornehmen („théorie de dénaturation des clauses claires et précises“), Brock, S.108, 113f.; sobald die BilligkeitsrSpr. bei Auslg. in offene Inhaltskontr. umschlägt, werden die Urteile von Cass. aufgehoben, vgl. Sievers, S.61 ff. (allerdings gebe es wissenschaftli. Untersuchungen, nach denen die unteren Instanzen auch mit einer „denaturierenden Auslegung“ durchkommen, wenn diese aufgr. ernsthafter Anhaltspunkte ausreichend begründen, daß der Wortlaut nicht dem gemeins. Parteiwillen iSd Art. 1156 C.Civ. entspr. (Willenstheorie).

⁸²¹ Re George and Goldsmith’s and General Burglary Assurance Association (1899) 1 QB 595, 610 per Collins: „it is not part of our province to make for the parties a reasonable contract“; Clarke, Law of Insurance, Rz.15-4 – auch die sog. „main purpose-rule“ (dazu *unter b*); Whincup, FS Reich, S.569 ff., 582) ist nur bei mehrdeutigen Klauseln anwendbar

Staaten ein verbreiteter Grundsatz⁸²². In Deutschland findet sich dieses Prinzip in § 307 II Nr. 1 BGB (§9 II Nr.2 AGBG a.F.): wesentliche Rechte und Pflichten des Vertrages, insbesondere sog. Kardinalpflichten, dürfen nicht durch AGB ausgehöhlt werden⁸²³. In Frankreich entwickelte die Rechtsprechung das Verbot von Klauseln, die wesentliche Vertragspflichten („obligations principales ou essentielles“) einschränken oder abbedingen (Verbot des „anéantissement de l’ essence du contrat“)⁸²⁴. Der Vertragspartner darf nicht der Realisation des Vertragszweckes beraubt werden⁸²⁵. In Großbritannien handelte es sich um die „fundamental breach doctrine“⁸²⁶, auch „main purpose rule“⁸²⁷, oder „substantive doctrine“⁸²⁸ genannt. Auch hier wurde auf die wesentlichen Pflichten („substance of transaction“) bzw. den Hauptzweck des Vertrages („basic“ oder „main“ purpose“ bzw. „main object and intent“) abgestellt⁸²⁹, der nicht vereitelt oder verändert werden durfte. Eine Vertragspartei, die eine Verletzung wesentlicher vertraglicher Pflichten, einen „fundamental breach of contract“, begangen hat, kann sich trotz Vorhandensein einer Haftungsausschlußklausel nicht auf diese Freizeichnung berufen⁸³⁰. Nach der Rechtsprechung handelt es sich hierbei um eine Auslegungsregel⁸³¹, nach der angenommen wird, daß die Parteien mit einer Klausel nicht von dem Hauptzweck des Vertrages abweichen wollen. Abweichende Klauseln werden durch Auslegung in diesem Sinne eingeschränkt (verdeckte Inhaltskontrolle)⁸³². Ein entsprechendes Prinzip⁸³³ wurde später ausdrücklich in sec.3 II b) ii des UCTA 1977 normiert, nach dem eine Klausel in Verbraucherverträgen oder einseitig auferlegten Standardverträgen dann dem reasonableness-test (offene Inhaltskontrolle) unterzogen wird, wenn sie der einen Vertragspartei (Partner des Verbrauchers) das Recht

⁸²² Z.B. Spanien: Nach Art. 10.1 c LCU Nr.6 sind Klauseln, die die Haftung absolut einschränken oder solche Haftungsbeschränkungen, die sich auf den wesentl. Nutzen oder Zweck des Produktes/Dienstleistung beziehen, verboten, dt. Über.v.LCU 1984 bei v.Hippel, Verbraucherschutz, S.401 ff.; z.B. Tribunal Supremo v.26.5.1989, CLAB ES 000327; Belgien: eine Freizeichnungskl. war dann unzulässig, wenn sie den Vertrag jeder Substanz berauben würde, v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 261; Österreich: Schauer, S.88, Kiendl, S.163.

⁸²³ BGHZ 50, S.200 ff., 206f.; die „Natur des Vertrages“ hat keine selbst.Bedeutung, Römer, FS Lorenz, S.466 – u.a.zu der „Natur“ des Versicherungsvertrages auch rechtsvergleichend Schmidt-Salzer, FS Lorenz, S.587 ff.

⁸²⁴ V.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 259f.; Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 95; Nichtigkeit ist grdstz.auf die Klausel beschränkt, Ansätze bzgl. einer Nichtigkeit des ges. Vertrages wurden nicht übere., Brock, S.121.

⁸²⁵ Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 305 m.Rsprnachw. (spricht von „obligations fondamentales“) – bei Versicherungsverträgen wird das Aushöhlungsargument im Rahmen des Art. 113-1 Code des assurances geprüft, dazu unten unter 2.Teil C II 3.a)cc)bbb).

⁸²⁶ Entwickelt aus dem Rechtsstreit Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis, (1956) 1 ALLER, 866; ausführlich auch zu der Abgrenzungsproblematik von „non-performance“ zu der Bedrohung des Hauptgegenstandes bzw. –interesses („main object and intent“), vgl. Whincup, FS Reich, S.569 ff., 578 ff. m.Rsprnachw.

⁸²⁷ Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 250.

⁸²⁸ Treitel, S.205 (ausf.S.205 ff.).

⁸²⁹ Zweigert/Kötz, 1996, S.334; Whincup, FS Reich, S.569 ff., 578 ff. m.Rspr.beispielen; Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 250; Treitel, S.207.

⁸³⁰ „Breach going to the root of the contract“, „negates the basic purpose of the contract“ – Treitel, S.207: „breach of the fundamental term turns the performance rendered into one which is not merely defective, but essentially different from that promised“, dieser Unterschied sei im Einzelfall schwer zu best., S.208; Photo Production v.Securior Transport Ltd (1980) ALLER 556 (HL), S.557 („fundamental breach ...the failure by one party to perform a primary obligation which has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit“).

⁸³¹ Entschdg. House of Lords, Zweigert/Kötz, 1996, S.334; Whincup, FS Reich, S.569 ff., 581 ff. – str., wurde z.T.auch als ein allg. Grundsatz zu verstanden, der zur Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln führt, die den Hauptzweck des Vertrages vereiteln, vgl. Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 250; von Ansätzen, nach denen eine Auflösung der vertragl. Bindung angenommen wurde (Harbutt´s Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co Ltd. (1970) 1 ALLER 225 (CA) per Lord Denning), wurde wieder abgesehen (Photo Production v. Securicor Transport Ltd, (1980) ALLER 556 (HL) per Lord Wilberforce), vgl.Zweigert/Kötz, 1996, S.334.

⁸³² Anglo-Continental Holidays Ltd v Typaldos Lines (London) Ltd (1967) 2 Lloyd´s Rep 61, Court of Appeal, bei Miller/Harvey/Parry, S.351 ff., 352 – gefragt wurde durch die Rspr., ob die entspr. der einschränkenden Kl. erbrachte Leistung „was...in substance a performance of the contract or was it a serious departure from it?“

⁸³³ Zu der Abgrenzung nach der UCTA wird auch die ältere Rspr. hinsichtlich der Abgrenzung im Rahmen der „main purpose-rule“ herangezogen, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.351.

zuspricht, „to render a contractual performance substantially different from which was reasonably expected from him“; oder die Erfüllung gänzlich auszulassen. Das House of Lords hielt daraufhin die „main purpose-rule“ im Anwendungsbereich des UCTA 1977 für *en-t-behrlich*⁸³⁴.

Auch das Verständnis in den Mitgliedstaaten von den wesentlichen Rechten und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben bzw. den Hauptzweck des Vertrages betreffen, kann trotz Ähnlichkeit zu Art. 4 II⁸³⁵ nicht für die Konkretisierung des „Hauptgegenstand des Vertrages“ iSd Klauselrichtlinie herangezogen werden. Zwar kann generell der Vertragszweck bzw. der Vertragstyp kontrollfrei sein⁸³⁶ und die Bestimmung von Hauptzweck/wesentlichen Bestimmungen/etc. erfolgt ähnlich wie die Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches. Beide Bereiche sind jedoch nicht deckungsgleich⁸³⁷. So werden für die Bestimmung des Vertragszwecks beispielsweise auch Umstände außerhalb der Vertragsbestimmungen herangezogen⁸³⁸. Außerdem wird der Maßstab des Aushöhlungsarguments zum Schutz des Kunden bzw. Verbrauchers generell eher weit ausgelegt⁸³⁹. Je mehr der Kunde im Einzelfall geschützt werden soll, umso weiter werden z.B. die wesentlichen Rechte und Pflichten oder der Hauptzweck ausgelegt, weil dann im Ergebnis mehr Klauseln unwirksam sein können. Ebenfalls zum Schutz des Verbrauchers muß aber der kontrollfreie Bereich der Klauselrichtlinie als Ausnahme zu der grundsätzlich umfassenden Mißbräuchlichkeitskontrolle wiederum eng ausgelegt werden.

Das Ziel eines möglichst weitgehenden Verbraucherschutzes geschieht also auf den beiden unterschiedlichen Prüfungsstufen des Kontrollumfangs nach Art. 4 II (Hauptgegenstand) und der logisch nachrangigen Inhaltskontrolle (wesentliche Rechte und Pflichten/ Hauptzweck als Maßstab des Aushöhlungsarguments) konträr entgegengesetzt. Würde man letzteren Bereich mit dem Hauptgegenstand des Art. 4 II gleichsetzen, würde im Hinblick auf den Verbraucherschutz das Gegenteil von dem erreicht werden, was durch die weite Auslegung der nationalen Maßstäbe des Aushöhlungsargumentes bezweckt wird. Denn diese Klauseln wären dann nach Art. 4 II bereits nicht mehr Gegenstand der inhaltlichen Kon-

⁸³⁴ In Lit. ist dies str.: teilweise wird daraus gefolgert, daß die Regel ganz aufgegeben wurde, vgl. Uff in Lonbay, S.163 ff., 165; so auch Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.160; Zweigert/Kötz, 1996, S.334; andere halten die Common Law-Regel als Auslegungsregel weiterhin für anwendbar, vgl. Whincup, FS Reich, S.569 ff., 583; offenlassend Atiyah, Law of Contracts, S.303.

⁸³⁵ In GB wird auch von „Hauptgegenstand“= „main object“ und z.T. sogar – wie in der engl. Fassung des Art. 4 II – v. „main subject matter“ (Brownword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 250) gespr.

⁸³⁶ Dies ergibt sich schon aus der Natur der Sache bzw. aus Art. 4 I, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.7 – wenn gleich dies als alleiniges Abgrenzungskriterium nicht sinnvoll ist, *dazu unten unter 2. Teil C II 2. a) cc*).

⁸³⁷ Vgl. nur Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 466 f.: Obliegenheiten als Vertragszweckbest., aber kontrollunterworfen, S.468.

⁸³⁸ Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 466 f.: der Vertragszweck ergebe sich nicht allein aus den Hauptleistungspflichten, sondern z.B. auch aus Sicherheitsvorschriften, Nebenpflichten des Versicherers oder Obliegenheiten des VN, oder äußeren Umständen wie z.B. Werbung.

⁸³⁹ So werden in Deutschland zu den wesentlichen Pflichten iSd § 307 II Nr.2 AGBG nicht nur die Hauptpflichten, sondern auch Nebenpflichten gezählt, an denen der Kunde ein besonderes Interesse hat, vgl. Palandt § 9 AGBG, Rz.27; ausf. Dylla-Krebs, S.167 f.; Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 466 f. (auch äußere Umstände wie Werbung spielen für den Vertragszweck eine Rolle); auch in Frankreich werden zu den „obligations principales“ neben den Kardinalpflichten auch sonstige Pflichten gezählt, die für den Verbraucher von besonderer Bedeutung sind, vgl. Brock, S.120; ebenso wird der „main purpose“ in Großbritannien eher weit verstanden, vgl. Brownword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 250: „They have been altogether more willing to find that an exception clause touches and concerns the main subject matter of the contract (and thus comes within the range of the main purpose rule)“; „The most protective of consumer interests the Court wished to be, the more broadly the main purpose was stated“; Bsp. Treitel, S.209 ff.

trolle. Hieraus ist zu folgern, daß der kontrollfreie Bereich des Art. 4 II generell eng und jedenfalls nicht weiter verstanden werden darf als der Maßstab für das Aushöhlungsargument⁸⁴⁰. Auf der nächsten Prüfungsstufe der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 3 I kann das Aushöhlungsargument aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Mitgliedstaaten herangezogen werden.

c) **Laesio enormis, Wucher, Sittenwidrigkeit, ordre public und staatliche Preisregelungen als Grenzen der Vertragsfreiheit**

In den Mitgliedstaaten gibt es Vorschriften, nach denen gerade auch Hauptleistungspflichten kontrolliert werden. Hinsichtlich des Preises gibt es in den einzelnen Ländern neben staatlichen Maßnahmen der Preiskontrolle und Preisregulierung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art⁸⁴¹ den Grundsatz der *laesio enormis*⁸⁴² oder einen Wuchertatbestand⁸⁴³ als äußerste Grenze für Äquivalenzstörungen. Innerhalb dieser Grenzen kann der Preis grundsätzlich durch die Parteien frei festgelegt werden, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß der Preis auch wesentlich durch den Markt bestimmt wird⁸⁴⁴. Als weitere absolute Grenzen der Vertragsfreiheit sind der Verstoß gegen die guten Sitten, zwingende Gesetze oder die öffentliche Ordnung (*ordre public*) anzusehen⁸⁴⁵. Da diese Grundsätze aber nur die absoluten „Außengrenzen“ der Vertragsfreiheit kennzeichnen, sind sie für die Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches nach der Klauselrichtlinie nicht zu berücksichtigen, zumal die Klauselrichtlinie mit ihrem Maßstab des „erheblichen und ungerechtfertigten Mißverhältnisses“ iSv Art. 3 I weitaus niedriger ansetzt. Angesichts dieser in den Mit-

⁸⁴⁰ D.h.nicht alle Klauseln, die Hauptleistungspfl. „betreffen“ sind kontrollfrei, Kapnopoulou, S.107; vgl.*oben unter II*.

⁸⁴¹ Überblick bei Reich/Micklitz, S.15 ff.; Beispiele: Deutschland, Dylla-Krebs, S.154 ff.; Österreich, gesetzl. Mindest- und Höchstgrenzen bei Rummel, ABGB, § 917 a, Rz.4 ff. (Abweichungen sind unwirksam, §917 a ABGB); Frankreich: Ausn. in Art. L113-1 ff.C.consom. von Grdstz. des Art. 113-1 I: „les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence“; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 113-1,2., S.96; Terré/Simler/Lequette, Rz.282; zu wettbewerbsrechtl. Regelungen: RIW 1987, S.473, Sonnenberger, Franz. Handels- und Wirtschaftsrecht, S.62, II 35 f.; Niggemann, S.20 ff., 22, Nachw. in FN 19; Belgien: sehr umf. staatl. Preiskontr., Reich/Micklitz, S.17 ff.; Fontaine, RabelsZ 40 (1976), S.614 ff., 626 f.; Griechenland: ursprüngl.administrative Preiskontr., z.Zt. der RL-Umsetzung bereits aufgegeben Kapnopoulou, S.216 f.

⁸⁴² Im Ggstz. zum Wuchertb ist für die *laesio enormis* eine rein obj. bestehende extreme Ungleichgewichtslage bzw. auffälliges Mißverhältnis ohne zusätzl. Subj. Kriterium ausreichend: z.B. Österreich: § 934 ABGB, dazu Zweigert/Kötz, 1984, S.80/81; Frankreich: Rechtsinstitut der „lésion“, nach Art. 1118 C.civ. aber nur in gesetzl. geregelten Ausnahmen zu beachten, dazu Sievers, S.29, damit ist die lésion anders als in Ö grdstzl. unbeachtl., Paisant, D. 1995, chr., S.99 ff., 101; Italien: „lesione“, Art. 1448 Codice Civile, Zweigert/Kötz, 1984, S.81.

⁸⁴³ Z.B.: Deutschland § 138 II BGB, zur Preiskontrolle nach § 138, insb. bzgl. Sicherheiten für Kredite, Horn, BJIBFL 1995, S.116 ff., 117; Österreich: § 879 II Ziff. 4 ABGB; Großbritannien: sect.137 ff. Consumer Credit Act 1974: „extortionate credit bargains“, dazu v.Hippel, RabelsZ 41 (1977) S.237 ff., 272 m.w.Nachw.; Miller/Harvey/Parry, S.159, 306 ff.; Atiyah, Law of Contract, S.303; außerdem allg. Grundsatz „unconscionability and inequality of bargaining power“, Atiyah, Law of Contract, S.300 ff.; Wille tt, ERPL 1997, S.223 ff., 225; Miller/Harvey/Parry, S.371 ff.; Rsprnachw. bei Zweigert/Kötz, 1996, S.322/323: „...consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired...“, Italien: Art. 1447 f. C.c., dazu Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 310, FN 4; Luxemburg: Art. 1118 des Zivilgesetzbuches, Wortlaut bei Elvinger, ERPL 1997, S.185 ff., 188; gleiches Prinzip der „lésion qualifiée“ auch in Belgien, vgl. Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S.79 ff., 80/81; Le-roux/Bourgoignie/Ambier, Konferenzunterlagen, S.240 ff., 241; Schweden: Art. 31 schwed. VertragsG, Zweigert/Kötz, 1996, S.321.

⁸⁴⁴ Zu der Berücksichtigung der Äquivalenz im Rahmen der Auslegung, vgl. Zweigert/Kötz, 1996, S.320.

⁸⁴⁵ Überbl. bei Zweigert/Kötz, 1984, S.72 ff.; Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM (2001), 531 endg., S.7 (auch Lauterbarkeit des Handelsverkehrs); in Deutschland § 138 I u. § 134 BGB; Österreich: § 879 I ABGB (Gesetzes- und Sittenwidrigkeit); Frankreich: Art. 6 Code Civil., hat aber keine prakt. Bedeutung erlangt, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rz.49/59; Griechenland: Art. 281 Zivilgesetzbuch (Verbot des Rechtsmißbrauchs), Tzortzopoulos, Konferenzunterlagen S.281/282 u. Kapnopoulou, S.179; Art. 3,174, 179 Zivilgesetz (entspr. den dt. §§ 134,138); Spanien: Art. 1255 des Codice Civil, dt.Übers. bei Jayme/Sacher, RIW/AWD 1981, S.597 ff., 598, zu der Kasuistik Born, RIW/AWD 1976, S.74 ff.; Niederlande: de Buhr, S.6; v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 269; Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.109.

gliedstaaten möglichen Äquivalenzkontrollen ist Art. 4 II mit der Abgrenzung eines kontrollfreien Bereiches eine entscheidende Wertung der Klauselrichtlinie⁸⁴⁶.

2. Umkehrschluß aus den nationalen gesetzlichen Regelungen der offenen Inhaltskontrolle

Betrachtet man die gesetzlichen Vorschriften der Inhaltskontrolle (neben den Generalklauseln insbesondere die absoluten und relativen Klauselverbote) der einzelnen Mitgliedstaaten vor und nach Umsetzung der Klauselrichtlinie, so fällt auf, daß der Inhalt der Gesetze ähnlich wie der Anhang der Klauselrichtlinie im Umkehrschluß jedenfalls für einen engen kontrollfreien Bereich bei der Inhaltskontrolle spricht. Die nationalen Klauselkataloge sowie Einzelregelungen in den Zivil-, Handels- oder Spezialgesetzen der einzelnen Länder⁸⁴⁷ lassen – auch soweit sie nicht nur wörtlich den Richtlinienanhang wiederholen – die inhaltliche Kontrolle vieler Klauseln zu, die die Hauptleistungen „betreffen“ und modifizieren, wie z.B. Klauseln, die die Rechte bei Leistungsstörungen betreffen, oder die Erfüllungs- und sonstige Modalitäten der Vertragsdurchführung sowie Rechtsdurchsetzung regeln⁸⁴⁸.

Geht man davon aus, daß die nationalen Gesetze die nationalen Rechtsüberzeugungen repräsentieren, so spricht der Rechtsvergleich dafür, daß auch auf europäischer Ebene jedenfalls diese typischen Nebenabreden kontrollunterworfen sind; der Richtlinienanhang bestätigt dies. Mit Ausnahme der skandinavischen Länder⁸⁴⁹ und einer Tendenz in Griechenland⁸⁵⁰ werden nach dem Gesetzeswortlaut in keiner nationalen Generalklausel und in keinem Klauselkatalog solche Klauseln der Inhaltskontrolle unterzogen, die die eigentliche Festlegung/Definition des Inhalts der (Haupt-)Leistungspflichten selbst inklusive der Preishöhe betreffen.

3. Länder mit vergleichbarer Abgrenzungsproblematik im Gesetz bereits vor Richtlinienumsetzung

Für die Auslegung und Konkretisierung der Begriffe des Art. 4 II sind besonders die Länder zu beachten, die in ihren Gesetzen zur generellen offenen Inhaltskontrolle bereits eine dem Art. 4 II vergleichbare Regelung enthielten. Die zu der mit Art. 4 II vergleichbaren Abgrenzungsproblematik erarbeiteten nationalen Lösungen können aus sachlichen Grün-

⁸⁴⁶ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff, 265 – z.B. in Dtl. gibt es umfangreiche Rspr. zu einem „auffälligen Mißverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung im Rahmen des § 138 BGB.

⁸⁴⁷ Z.B. Deutschland: §§ 308,309 BGB (§§ 10,11 AGBG a.F.); auf eine umfassende Aufzählung der einzelnen gesetzl. Regelungen mit absoluten und relat. Klauselverboten vor und nach RL-Umsetzung soll hier verzichtet werden, vgl. daher die einzelnen Länderübersichten in den Konferenzunterlagen; in ERPL 1995, ERPL 1997; MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.22 ff.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.80 ff.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl.Rz.42 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.47 ff; techn. Beil.des RL-Vorschlag von 1990, KOM (90) 322 endg.-SYN 285, S.6 ff.

⁸⁴⁸ Die nation. Regelungen umfassen Haftungsausschlüsse und –beschränkungen aller Art, Gewährleistungsausschlüsse, Leistungsstörungen (Nicht- und Schlechterfüllung), Ausschl. v. Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechten, Ausschl. von Einreden, einseitige Änderungsrechte (z.B. Preisänderungsklauseln), einseitige Vertragsveränderungen, Kdgs- und Rücktrittsrechte, Wahl eines unpassenden Ortes oder Zeit der Erfüllung, einseitige Leistungsverweigerungsrechte, einseitige Bestimmungsrechte, Begründung von Vorleistungspflichten sowie Erklärungsfiktionen, Beweislastregeln, Rechtswahlklauseln, Klauseln bzgl. der Rechtsdurchsetzung, Ausschußfristen, stillschweigende Verlängerungen/Erneuerungen des Vertrages, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, etc.

⁸⁴⁹ Das „nordische Modell“ sieht eine weitreichende Kontrolle von Vertragsklauseln vor, *dazu unten unter III 4 b.)*

⁸⁵⁰ Vgl. Kapnopoulou, S.216 f. – Nichtumsetzung des Art. 4 II bestätigt Tradition einer umfassenden Kontrolle – auch in anderen EU-Staaten wurde Art. 4 II nicht umgesetzt (Skand., Spanien, Portugal, Lux.), Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.16, ohne daß aber exzessive Kontrollen erkennbar sind.

den auch auf europäischer Ebene hilfreich sein. Eine ausdrückliche Regelung enthielten vor Umsetzung der Richtlinie Deutschland, Österreich und die Niederlande⁸⁵¹. Auch wenn die jeweiligen gesetzlichen Regeln - anders als die Klauselrichtlinie - nur für AGB, aber persönlich unbegrenzt galten, so ist auch diesem Grundkonzept die Verbraucherschützende Zielsetzung der Klauselrichtlinie immanent⁸⁵². Zudem besteht die Abgrenzungproblematik unabhängig von dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle.

a) Deutschland: herrschende Meinung zu § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.)

aa) Schranke der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III 1 BGB

§ 307 III 1 BGB beschränkt die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 I, 308, 309 BGB (§§9-11 AGBG a.F.) auf solche „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.“ Die anderen Regelungen der §§ 305 ff. BGB, insbesondere bezüglich Einbeziehung, Auslegung und Vorrang der Individualabrede sowie nunmehr auch ausdrücklich die Transparenzkontrolle (§ 307 III 2 BGB)⁸⁵³ werden durch § 307 III 1 BGB nicht ausgeschlossen.

aaa) Formale Abgrenzung: keine Kontrolle bei Fehlen gesetzlicher Maßstäbe?

Teilweise wird aus dem Wortlaut des § 307 III 1 BGB formal gefolgert, daß nur diejenigen Bereiche der Inhaltskontrolle unterliegen können, für die überhaupt konkrete gesetzliche Regelungen bestehen, weil nur in diesen Fällen Abweichungen und Ergänzungen iSd § 307 III 1 BGB denkbar seien. Danach wären alle nicht gesetzlich geregelten Vertragstypen mangels gesetzlichen Kontrollmaßstabs kontrollfrei⁸⁵⁴. Das hätte beispielsweise bei Versicherungsverträgen zur Folge, daß nur die im AltZertG, VVG oder in § 4 I PflVG iVM Kfz-Pflichtversicherungsordnung⁸⁵⁵ geregelten Versicherungstypen⁸⁵⁶ kontrollfähig wären, andere Typen wie z.B. Diebstahl- und Raubversicherung, Hausrat-, Sturm-, Betriebsunterbrechungsversicherungen dagegen nicht. Damit wären viele AVB nicht kontrollunterworfen⁸⁵⁷. Gleiches würde auch für die Kreditkarten-⁸⁵⁸ und Leasingverträge als weitere Beispiele für gesetzlich nicht geregelter Vertragstypen gelten.

Diese Meinung ist jedoch abzulehnen⁸⁵⁹. Auch bei Fehlen gesetzlicher Maßstäbe ist es im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht nur möglich, Leitbilder zu schaffen; dies hat

⁸⁵¹ Hondius ERPL 1995, S.241 ff., 247 nennt unvollständig nur Deutschland und die Niederlande - in Ö (§ 879 III ABGB: „Hauptleistungen“) und NL (Art. 6:231 a NBW: „Kernbestimmungen“) im Gesetzeswortlaut, in Dtl.entsprechend den Gesetzesvorarbeiten absolut hL und Rspr.

⁸⁵² Dazu ausführlich oben unter *1. Teil D I 1. und 2.*

⁸⁵³ Dies war bereits vorher hM, vgl. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464, ausführlich *dazu unten unter 2. Teil D II 1.a) insb. cc.*

⁸⁵⁴ Dafür Schaefer, VersR 1978, S.4 ff., 8 ff.; Wagner ZVersWiss. 1977, S.119 ff., 142; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 64; tend. Frenz, VersR 1979, S.394 ff., 395 f.; z.T.auch Instanzgerichte, Nachw. bei Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 452 f.

⁸⁵⁵ Schreibt vor, welche Ausschlußklauseln in der Kfz-Haftpflichtversicherung geregelt werden dürfen.

⁸⁵⁶ Im VVG gibt es in Abschnitt 2-4 Bestimmungen für Schadens- (Feuer-, Hagel-, Tier-, Transport-, Haftpflicht-, Rechtsschutz-), Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung.

⁸⁵⁷ Der Gesetzgeber könnte dies allerdings ändern, Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 64; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 98.

⁸⁵⁸ Dazu Heß, S.125.

⁸⁵⁹ So auch hL: z.B. Schirmer in Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 84; Fastrich, S.252 f.; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.465; Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff.,

die Rechtsprechung z.B. bei Leasing-, Factoring- oder Bankverträgen bereits bewiesen⁸⁶⁰. Vielmehr besteht gerade bei gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen ein besonderes Bedürfnis nach richterlichen Leitbildern für die angemessene Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien⁸⁶¹. Abweichen und Ergänzen von Rechtsvorschriften iSd § 307 III 1 BGB sind als eigenständige Tatbestandsalternativen zu verstehen, weil die Formulierung „ergänzen“ sonst überflüssig wäre. Ein „Ergänzen“ kann aber auch schon bei einem Hinzutreten zu den allgemeinen gesetzlichen Regelungen gegeben sein, ohne daß ein spezielles Gesetz vorhanden sein muß⁸⁶².

Zudem wird ein gesetzlicher Kontrollmaßstab nur von § 307 II Nr. 1 BGB vorausgesetzt, nicht aber von § 307 II Nr.2 BGB, der als Vergleichsmaßstab auf den Vertragszweck und die Vertragsnatur abstellt⁸⁶³. Ein Vertragszweck ist aber auch bei gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen als Maßstab für die Inhaltskontrolle bestimmbar. Andernfalls würde diese Konkretisierung der Generalklausel des § 307 I BGB in § 307 II Nr.2 leerlaufen. Außerdem sind auch außerhalb der Konkretisierung in Absatz II Fälle denkbar, die nur nach § 307 I geprüft werden.⁸⁶⁴ Nicht nur in Bezug auf das VVG ist des weiteren zu berücksichtigen, daß die Auswahl der bereits gesetzlich geregelten Versicherungstypen historisch eher zufällig war⁸⁶⁵; diese Zufälligkeit, ob und wann eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, kann nicht zu einem Unterschied bei der Frage des Gegenstands der Inhaltskontrolle führen⁸⁶⁶. Angesichts der Lückenhaftigkeit des sekundären Gemeinschaftsrechts und der noch andauernden Harmonisierungsbemühungen der Kommission auf dem Gebiet des Vertragsrechts, insbesondere bezüglich des Verbraucherschutzes bei Finanzdienstleistungen, gilt die erst Recht auch auf europäischer Ebene. Somit ist der Rechtsprechung und Lehre zuzustimmen, nach denen „Rechtsvorschriften“ iSd § 307 III 1 BGB nicht nur Gesetze im materiellen Sinn (Gesetz, Verordnung, Satzung) sind, sondern auch allgemeine ungeschriebene Rechtsgrundsätze, berechnete Erwartungen als ergänzende Vertragsauslegung und sonstiges Richterrecht⁸⁶⁷.

bbb) kontrollfreie Klauseln nach § 307 III 1 BGB

Dem Wortlaut des § 307 III 1 BGB ist zu entnehmen, daß **deklaratorische Klauseln**, d.h. solche Klauseln, die nicht von der Gesetzeslage abweichen, sondern lediglich den Inhalt

167; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C a, Rz.45; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.6, Dylla-Krebs, S.120 ff., 123 ff., 159.

⁸⁶⁰ Fastrich, S.252 - es werden auch atypische Verträge wie z.B. Finanzierungsleasing oder Garantievertrag inhaltlich kontrolliert, vgl. BGH, NJW 1988, S.1726 ff.

⁸⁶¹ Vgl. ausführlich zu der Problematik gesetzlich nicht geregelter Schuldverträge, Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001. Diese sollten sich an der allgemeinen Verkehrserwartung orientieren, vgl. Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 167.

⁸⁶² So auch Hoffmann, S.262; anders Schaefer, VersR 1978, S. 4 ff., 8/9 und ff., nach dem „ergänzen“ und abweichen“ nahezu inhaltsgleich sind.

⁸⁶³ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I 6 C a, Rz.45; Fastrich, S.253

⁸⁶⁴ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 102 mit Beispielen

⁸⁶⁵ Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1109; dies räumt sogar Schaefer selbst ein, VersR 1978, S.4 ff., 9,10

⁸⁶⁶ So u.a. auch Baumann, VersR 1991, S.490 ff., 491; Dylla-Krebs, S.123.

⁸⁶⁷ Palandt, § 8 AGBG, Rz.7; Fastrich, S.253; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.5; Joost, ZIP 1996, S.1685 ff. 1690 f. (allerdings gegen berechnete Erwartungen, S.1693); BGH, NJW 1984, S.1182ff., 1183, z.B. Grdstz., daß eine Vertragspartei kein separates Entgelt für solche Hdlg. verlangen kann, zu denen sie gesetzl. verpflichtet ist, BGHZ 124, S.254 ff., 258; Abw. von berechtigten Erwartungen des Vertragspartners, die aufgrund ergänzender Vertragsauslegung festgestellt werden BGHZ93, S.358 ff., 363; und damit die Gesamtheit aller wesentl. Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, BGHZ 137, S.27 ff., 29f.

von Rechtsvorschriften wiederholen, nicht der inhaltlichen Kontrolle unterliegen⁸⁶⁸. Auch wenn dies aus dem Wortlaut nicht eindeutig erkennbar ist⁸⁶⁹, so ist aufgrund der Begründung durch den Gesetzgeber allgemein anerkannt, daß die Funktion des § 307 III 1 BGB vor allem darin besteht, die (Haupt-)Leistungsbeschreibungen mit Ausnahme der Transparenzprüfung von der Inhaltskontrolle auszunehmen⁸⁷⁰. Da die Hauptleistungen häufig nicht gesetzlich festgelegt werden, liegt dann auch nach dem Wortlaut des § 307 III 1 BGB keine „Abweichung“ oder „Ergänzung“ vor⁸⁷¹. Im übrigen gelten die oben unter I genannten Argumente, wie z.B.⁸⁷² Vorrang von Vertragsautonomie vor richterlicher Inhaltskontrolle⁸⁷³ bzw. die Überlassung der Festlegung von Leistung und Gegenleistung (Entgelt) dem Markt und Wettbewerb⁸⁷⁴ oder das Fehlen rechtlicher Kontrollmaßstäbe⁸⁷⁵.

Hinsichtlich der Frage, wie genau der kontrollfreie Bereich der Hauptleistungen nach § 307 III 1 BGB abgegrenzt werden soll, gibt es neben der unter a) erwähnten formalen Methode diverse unterschiedliche Ansätze, die u.a. auf unterschiedlichen Ansichten zu den Motiven der Kontrollfreiheit beruhen⁸⁷⁶. Die Begründung durch den Gesetzgeber hilft nicht viel weiter, weil nicht klar ist, welche Vertragsbestimmungen genau zu dem kontrollfreien Leistungsangebot und Entgelt gehören⁸⁷⁷. Die Rechtsprechung⁸⁷⁸ unterscheidet zwischen unmittelbar und mittelbar leistungsbestimmenden Klauseln⁸⁷⁹ und versteht den kontrollfreien Bereich sehr eng. Danach sind nur diejenigen **Leistungsbeschreibungen** kontrollfrei, die das Ob und den Gegenstand, Art, Umfang und Güte der Hauptleistung⁸⁸⁰ unmittelbar festlegen und bestimmen. Alle Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, modifizieren, oder ausgestalten, unterliegen dagegen der Inhaltskontrolle⁸⁸¹ – sofern es sich nicht um ebenfalls kontrollfreie negative Leistungsbeschreibungen

⁸⁶⁸ BGH, NJW 1991, S.1750 ff., 1754; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.1,4 ff.; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 99- damit ist § 307 III 1 BGB Ausdruck der richterlichen Bindung an das Gesetz; keine deklaratorische Klausel liegt vor, wenn eine Vertragsbedingung auf ein an sich nicht anwendbares Gesetz verwiesen wird, vgl. BGHZ 91, S.55 ff., 57; zu dem Streit bei halbzwingenden Normen, vgl. Hoffmann, S.279 ff.

⁸⁶⁹ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1265; ders., FS Brandner, S.159 ff., 260 spricht daher von § 8 AGBG a.F. als „redaktionelle Fehlleistung erster Ordnung“.

⁸⁷⁰ Regierungsbegr., BT-Drucks. 7 /3919, S.22; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.1; Heinrichs, NJW 1996, S.1381 ff., 1385; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10; aA Hoffmann, S.270 ff., 276.

⁸⁷¹ AA Hoffmann, S.270.

⁸⁷² Zusammenfassung der rechtlichen und tatsächlichen Argumente bei Dylla-Krebs, S.118 ff. („Kann-nicht-, Braucht-nicht- und Darf-nicht-Motive“); Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 266 f.

⁸⁷³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.9; nach Canaris, NJW 1987, S.609 ff., 613, wäre eine inhaltliche Kontrolle von Leistungsinhalten und Preisvereinbarungen auch verfassungsrechtlich nicht zulässig.

⁸⁷⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.1; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.10; Wettbewerbsfreiheit vor Verbraucherschutz, vgl. Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 464 f.

⁸⁷⁵ BGHZ 137, S.27 ff., 30

⁸⁷⁶ Vgl. Zusammenfassung bei Dylla-Krebs, S.158 ff.; Fastrich, S.250 ff.

⁸⁷⁷ Menzel, S.136

⁸⁷⁸ I. Teil C IV.

⁸⁷⁹ Krit. Meder, NJW 1996, S.1849 ff., 1851 – Rspr. im Anschluß an Brandner, z.B. in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.28; ders., FS Hauß, S.1 ff., 2,7 mit Unterscheidg.zw. kontrollunterworfen. Nebenabreden von Hauptkonditionen (=Hauptleistungen=Leistungsbeschreibungen), welche wiederum in kontrollfreie „zentrale Leistungsbestimmungen“ und kontrollfähige „sekundäre Leistungsbestimmungen“ zu teilen sind.

⁸⁸⁰ Str., ob nach Haupt- und Nebenpflichten abzugrenzen: nach Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10 handelt es sich bei den kontrollfreien Leistungsbeschreibungen zwar regelmäßig, nicht aber notwendigerweise um Hauptleistungen; Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 2, setzt dagegen Hauptleistungen mit Leistungsbeschreibungen gleich (hält aber nur zentrale Leistungsbeschr. für kontrollfrei); ders., Art. 4, Rz.16 ff. zu Art. 4 II (Hauptleistungspflichten, Vertragszweck und sonstige essentialia); auch Basedow, in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 285 für kontrollfreie Hauptleistungen; aA Meder, NJW 1996, S.1849 ff., 1850.

⁸⁸¹ Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 2,7; dazu zählen „sekundäre Leistungsbestimmungen“ und „eigentliche Nebenabreden“, wobei er deren Abgrenzung offenläßt.

handelt⁸⁸². Nach wohl herrschender Lehre⁸⁸³ und der Rechtsprechung bleibt deshalb für den kontrollfreien Raum nur der enge Bereich der Leistungsbeschreibungen übrig, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann⁸⁸⁴ (zentrale Leistungsbestimmung⁸⁸⁵). Dieser enge Bereich ist jedenfalls im wesentlichen deckungsgleich mit den *essentialia negotii*⁸⁸⁶. Auch sonstige *essentialia*, wie z.B. die Bestimmung der Person des Vertragspartners, sind unstreitig kontrollfrei⁸⁸⁷. Nicht zu den kontrollfreien zentralen Leistungsbeschreibungen gehören danach Klauseln, die die vertraglich vereinbarten Leistungspflichten ausgestalten, aber über die unmittelbare Festlegung der Leistungspflichten hinausgehen, wie z.B. Änderungsklauseln, Kündigungsregelungen, Ausgestaltung der Haftung und Gewährleistung, Bestimmungen von Leistungsort, -zeit und sonstige Erfüllungsmodalitäten der Inhaltskontrolle. Alle in §§ 308, 309 BGB genannten Klauseln unterfallen im Umkehrschluß der inhaltlichen Kontrolle.

Auch hinsichtlich der **Preisvereinbarungen** geht die Rechtsprechung von einem engen kontrollfreien Bereich aus⁸⁸⁸, soweit keine gesetzlichen Preisregelungen vorhanden sind⁸⁸⁹. Nur die unmittelbare Festlegung von Ob und Höhe des Preises als solche und das Äquivalenzverhältnis sind der Inhaltskontrolle entzogen, nicht aber sog. Preisnebenabreden⁸⁹⁰. Bei der Abgrenzung von Preisabreden zu Preisnebenabreden, die insbesondere bei Banken- und Kreditkartenverträgen schwierig durchzuführen ist⁸⁹¹, weicht die Rechtsprechung häufig von der Abgrenzung nach den *essentialia negotii* ab⁸⁹². So kontrolliert der BGH schon seit den 80er Jahren bei einem Darlehen im Gegensatz zu den Stundungszinsen und den Überziehungszinsen die eigentlichen Darlehenszinsen nicht nach dem AGB-Gesetz⁸⁹³, obwohl es sich hierbei - jedenfalls vor der Schuldrechtsmodernisierung mit Regelung des verzinslichen Darlehens als Regelvertragstyp in §§ 488 ff BGB - nicht um *essentialia negotii* handelt, da es auch zinslose Darlehen gibt. Bei fehlender Vereinbarung der Zinshöhe wäre der Vertrag nicht unbestimmt, sondern es würde der gesetzliche Zinssatz nach §§ 246 BGB, 352 I HGB gelten⁸⁹⁴. Bei der Bestimmung von kontrollunterworfenen

⁸⁸² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10: Ablehnung von Leistungen ist kontrollfrei, soweit nicht ein Kontrollierungszwang besteht.

⁸⁸³ Nachweise bei Dylla-Krebs, S.163 (die selbst andere Ansicht ist, vgl. S.169); und bei Fastrich, S.251, FN 173.

⁸⁸⁴ BGH, NJW 1987, S.1931 ff., 1935; BGH, VersR 1993, S.830 f., 831; BGH, VersR 1993, S.957 ff., 958; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10.

⁸⁸⁵ Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 2,7 in Abgr. zu „sekundären Leistungsbestimmungen“.

⁸⁸⁶ Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 471; in Lit. u. Rspr. wird der kontrollfreie Bereich idR mit *essentialia* gleichgesetzt, so auch BGH, ZIP 1987, S.640 ff., 646; i.w. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10; aA m. Hinw. auf die Unterschiede, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.28, FN 99.

⁸⁸⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz. 10 mit Hinweis auf BGH, NJW 1992, S.688f.,689.

⁸⁸⁸ Heinrichs, NJW 1996, S.1381 ff., 1385; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.13ff.; Rsprnachw. bei Borges, S.134, FN 55.

⁸⁸⁹ Ausnahmsweise kann auch die unmittelbare Festlegung der Höhe der Vergütung der Inhaltskontrolle unterliegen, wenn die vertragliche Regelung von einer gesetzlichen Vergütungsregelung, wie HOAI, GOÄ, BRAO, abweicht, vgl. BGHZ 115, S.391 ff.,395, BGH, NJW 1998, S.1786 ff., 1789; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.16.

⁸⁹⁰ BGHZ 106, S.42ff.,46; 116, S.117ff.,119; BGH, NJW 1999, S.864f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.14.

⁸⁹¹ Brandner, MDR 1999, S.6 m.Rspr.nachw.

⁸⁹² Die Abgr.nach *essentialia* wurde ursprüngl. für die Abgr. von kontrollfreien Leistungsbeschreibungen zu kontrollfähigen Modifizierungen entwickelt, Dylla-Krebs, S.163.

⁸⁹³ Stundungszinsen: BGHZ 95, S.362 ff., 370; Überziehungszinsen: BGH, NJW 1992, S.1751 f. im Gegensatz zu den eigentl. Darlehenszinsen, deren Höhe nur nach § 138 BGB kontrolliert wird, vgl.BGH, NJW 1986, S.2564 ff., 2565; Hypothekenzinsurteil BGH, NJW 1989, S.222 ff. (bei Darlehen ist Nominalzins kontrollfrei).

BGB, 352 I HGB gelten⁸⁹⁴. Bei der Bestimmung von kontrollunterworfenen Preisnebenabreden stellt der BGH in ständiger Rechtsprechung eher darauf ab, ob sich die Vereinbarung nur mittelbar auf den Preis auswirkt und ob an die Stelle einer möglicherweise unwirksamen vertraglichen Regelung das dispositive Gesetzesrecht treten kann, oder Regeln aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder ergänzender Vertragsauslegung abgeleitet werden können⁸⁹⁵. Unter kontrollunterworfenen Preisnebenabreden fallen nach der Rechtsprechung aufgrund dieser Definition z.B.⁸⁹⁶ Preisänderungsklauseln⁸⁹⁷, Preisberechnungsmethoden⁸⁹⁸, oder Klauseln hinsichtlich Zahlungsbedingungen und –modalitäten (Zeit, Ort, Einzugsermächtigung). Die Rechtsprechung tendiert also dazu, den kontrollfreien Bereich der Preisbestimmungen nach § 307 III 1 BGB immer weiter einzuschränken, indem sie den Bereich der kontrollunterworfenen Preisnebenabreden ausdehnt⁸⁹⁹.

Auch bei Klauseln, die Entgelte für Neben- und Zusatzleistungen festsetzen und die nach dem BGH grundsätzlich als Leistungsbestimmung kontrollfrei sind⁹⁰⁰, grenzt das Gericht nicht nach essentialia ab, sondern unterwirft diese Entgeltregelungen immer dann der Inhaltskontrolle, wenn sie von „Rechtsvorschriften“⁹⁰¹ oder von dem sonstigen Inhalt des Vertrages abweichen⁹⁰². Beispielsweise gehören z.B. die Auslandszuschläge von Kreditkartenunternehmen, die der BGH für kontrollfrei erklärte⁹⁰³, wohl nicht zu den essentialia des Vertrages, da es auch Kreditkartenunternehmen ohne entsprechende Zuschläge gibt, bei denen aber dennoch von einem wirksamen Vertrag auszugehen ist⁹⁰⁴.

⁸⁹⁴ Dieses Ergebnis spricht wiederum für die ökonom. Betrachtung, da bei den eigentl. Darlehenszinsen erwartet werden kann, daß der Kunde die Höhe dieser übl. Zinsen selbst beurteilt und in seine Auswahlentscheidung mit einbezieht, während die Stundungs- und Überziehungszinsen nur im Ausnahmefall fällig werden und daher regelm. der berechtigten Unaufmerksamkeit des Kunden unterfallen (die Aufmerksamkeit wird sich nicht auf diese Punkte richten, so auch BGHZ 95, S.362 ff., 370 f.; BGH NJW 1992, S.1751ff., 1752.

⁸⁹⁵ BGHZ 106, S.42 ff., 44 ff., 46; 124, S.254 ff., 256; 137, S.27 ff., 29/30 („wenn rechtliche Maßstäbe iSd § 8 AGBG vorhanden wären, an denen die Entgeltregelung gemessen werden könnte“); Krit. z.B. Dreher, S.304.

⁸⁹⁶ Auch Fälligkeitsklauseln, BGHZ 81, S.229 ff., 242; Vorleistungsklauseln, OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, S.1015; Klauseln über Zusatzboni, BGH, NJW 1994, S.1060 ff., 1064; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.15 auch für Rabatte, aA OLG Koblenz, DB 1988, S.1692.

⁸⁹⁷ BGHZ 93, S.252ff., 255; BGH, NJW 1994, S.1060 ff., 1063.

⁸⁹⁸ Dazu können z.B. neben Preisberechnungsklauseln (BGHZ 93, S.358ff., 362) auch Wertstellungsklauseln bei Girokonten (BGHZ 106, S.259 ff.= NJW 1989, S.582 ff.), Tilgungsverrechnungsmethoden bei Hypothekendarlehen (BGHZ, S.106, S.42ff.= NJW 1989, S.222 ff.) gezählt werden.

⁸⁹⁹ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.68; ders. ausf.zu Rspr., WM 1997, Sonderbeil., S.4 ff., 7; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948; „Kontrollfreiheit formularmäßiger Preisgestaltung...(ist) fast schon die Ausnahme“ – Kritik Joost, ZIP 1996, S.1685 ff., 1687 ff.

⁹⁰⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.15; z.B. BGH, NJW 1992, S.688, 689; BGHZ 137, S.27ff. (Auslandseinsatz einer Kreditkarte); BGH, NJW-RR 1998, S.1661f = VuR 1998, S.337 ff.= BB 1996, S.1864 f. (Ausstellung eines neuen Sparbuchs) m.krit.Anm. Brandner, MDR 1999, S.6 ff. und Ulmer, BB 1998, S.1865 ff. – eine Unterscheidung zw. Preisen f. Haupt- und Nebenleistung wurde von dem BGH aufgegeben, Meder, NJW 1996, S.1849 ff., 1850; zw. aber Horn, WM 1997, Sonderbeil., S.10 f.

⁹⁰¹ In weiter Auslegung: dispositives Gesetzesrecht, allg. Rechtsgrundsätze, ergänzende Vertragsauslegung, Richterrecht.

⁹⁰² Palandt, § 8 AGBG, Rz.5 b f. m. Rspr. nachw.; Nachw. der Kontrolle v. „primären Entgeltbest.“ auch bei Horn, WM 1997, Sonderbeil., S.13 m. Kritik; Arg. sind regelm. Wortlaut und Sinn u. Zweck des § 307 III 1 BGB: z.B. BGH, NJW 1999, S.2276 ff., 2277 (Entgelt für die Bearbeitung und Überweisung v. Pfändungsmaßn. gegen den Kunden); BGHZ 124, S.254ff. (Gebühren für Ein- und Auszahlungen am Bankschalter, wg. Abweichung von § 362 BGB, die Bank sei bereits gesetzl. zur Erfüllung verpflichtet, so daß sie nicht noch ein Entgelt fordern dürfe, krit. Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 134 ff.); gleiches Arg. BGHZ 133, 10f. (Postenpreiskl. bei Girokonten, die auch für Ein- und Auszahlungen am Bankschalter gelten), aA Canaris, WM 1996, S.237 ff., 239 ff.; als Bsp. für die Abw. von sonst. Vertragsinhalt: bei einem vertragl. vereinb. Preis für die Hauptleistung, durch den die Aufmerksamkeit des Kunden von zusätzl. Vergütungen abgelenkt wird, BGH, VuR 1998, S.337 ff., 338.

⁹⁰³ BGH, NJW 1998, S.383f.= BGHZ 137, S.27 ff.; zust. Meder, NJW 1996, S.1849 ff.

⁹⁰⁴ So auch die Kritik von Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 285; zustimmend Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 740 – auch Gebührenklauseln für die Ausstellung eines neuen Sparbuchs (BGH, VuR 1998, S.337 ff.) gehören nicht zu den essentialia.

Die formale - durch den Wortlaut des § 307 III 1 BGB motivierte - Prüfung der Rechtsprechung, ob eine „Rechtsvorschrift“ iSd § 307 III 1 vorhanden ist, von der abgewichen wird, bedeutet ein Abstellen auf die Möglichkeit der Inhaltskontrolle (nur bei einem vorhandenen Kontrollmaßstab einer „Rechtsvorschrift“) bzw. Ersetzbarkeit der möglicherweise unwirksamen Vertragsklausel⁹⁰⁵. Wie gezeigt, wird dies besonders deutlich bei der Abgrenzung von kontrollunterworfenen Preisnebenabreden zu den kontrollfreien unmittelbaren Preisabreden sowie den ebenfalls grundsätzlich kontrollfreien Preisabreden für Neben- oder Sonderleistungen (Nebenpreisabreden⁹⁰⁶). Insbesondere bei Bankentgelten hatte diese formale Abgrenzung eine Reihe „ungleicher“ Entscheidungen zur Folge⁹⁰⁷; aus Sicht des Kunden besteht aber häufig, insbesondere bei ökonomischer Betrachtung, keine Unterschied zwischen den einzelnen Entgeltregelungen.

ccc) Kontrollunterworfenheit als Vorstufe der Inhaltskontrolle

Die Schranke des § 307 III 1 BGB ist als Vorstufe zu der eigentlichen Inhaltskontrolle zu prüfen⁹⁰⁸ und stellt damit quasi einen „Schlüssel“ zu der Inhaltskontrolle dar. War dies nach der Systematik des AGBG a.F. mit dem Standort des § 8 AGBG a.F. vor den §§ 9 ff. AGBG a.F. noch eindeutig, so wird die neue Stellung in § 307 III nach der Generalklausel in Absatz I der Logik und Systematik der Inhaltskontrolle nicht gerecht⁹⁰⁹. Dies zeigt sich auch darin, daß der neue Standort eine Angleichungen des Wortlautes erforderlich machte: auf die Geltung der §§ 308, 309 BGB mußte extra hingewiesen werden.

Betrachtet man die Rechtsprechung zu der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (AGBG a.F.), so fällt auf, daß diese nicht immer klar zwischen den beiden Prüfungsstufen trennt, sondern eine Klausel immer dann für kontrollunterworfen gehalten wird, wenn sie als unangemessen iSd § 307 I,II BGB (§ 9 AGBG a.F.) erachtet wird⁹¹⁰. Ähnlich problematisch ist die Abgrenzung danach, ob eine Klausel den nicht zu gefährdenden Vertragszweck darstellt (kontrollfrei), oder diesen gefährdet, was dann ihre Kontrollfähigkeit voraussetzt⁹¹¹.

⁹⁰⁵ BGH, NJW 1999, S.2276 ff., 2277 m.w.Nachw.; BGH, ZIP 1992, S.751 ff., 752; Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 739, auch zu unterschiedlicher Rspr. hinsichtlich § 632 II BGB – damit stimmt überein, daß häufig von „Kontrollfähigkeit“ gesprochen wird, z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.12, kritisch Canaris, WM 1996, S.237 ff., 239.

⁹⁰⁶ Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 741

⁹⁰⁷ Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 169 f.

⁹⁰⁸ Palandt-Heinrichs, § 8 AGBG, Rz.1; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 98; Löwe in Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 8 AGBG, Rz.1; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG, Rz.851.

⁹⁰⁹ Pfeiffer/Schinkels, in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 144 – allerdings besteht eine größere Ähnlichkeit zu dem syst. ebenfalls als Ausnahmeregel eingeordneten Art. 4 II; auch dessen Standort ist aber zu kritisieren.

⁹¹⁰ Hübner, Rz.498 (und 4.Aufl.1993, Rz.144 ff.); ders. in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 58/59; Hoffmann, S.267; Rspr.bsp. bei Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 451 ff.; z.B. BGH, ZIP 1992, S.751 ff., 752 (kontrollfähig, weil, „...eine solche AGB-Klausel birgt ...gerade diejenigen Gefahren, die das AGB-Gesetz abwenden will“); BGH, ZIP 1987, S.640 ff., 646 (i.E.ähnlich ist Formulierung: schützen vor „unangemessener Verkürzung der vollwertigen Leistung“ u.Hinw. auf Vertragszweck nach § 9 II Nr. 2 a.F.); ähnl.Vermischung bei Horn in Wolf/ Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464 u. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.12: „Die Kontrollfähigkeit solcher Einschränkungen und Veränderungen ergibt sich aus § 9 II Nr.2, der die Kontrollfähigkeit voraussetzt.“

⁹¹¹ Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 468 (stimmt ausdrücklich der Praxis der Instanzgerichte zu, daß § 8 AGBG keine Kontrollschranke bilde, sondern daß alle möglicherweise zu mißbilligenden Klauseln kontrollunterworfen sind, S.471; in diesem Sinn Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.27.

Die Gefahr der Vermischung der unterschiedlichen Prüfungsstufen ist der Abgrenzung der Rechtsprechung (s.o. bbb) immanent⁹¹² – gleiches gilt letztlich auch für den dieser Abgrenzung zugrundeliegenden Wortlaut des § 307 III 1 BGB. Zwar stellt diese in Deutschland herrschende Meinung⁹¹³ anders als die oben unter aaa) dargestellte Ansicht⁹¹⁴ nicht allein auf ein Abweichen von Gesetzen ab; sie ist aber nicht weit davon entfernt, indem ebenfalls formal von dem Wortlaut des § 307 III 1 BGB ausgegangen wird. Kontrollfrei können danach nur solche Klauseln sein, für die jeglicher Maßstab fehlt, wenn also – ausgehend von dem weiten Verständnis des Begriffes „Rechtsvorschrift“ iSd § 307 III 1 – weder gesetzliche Parallelvorschriften, noch allgemeine Rechtsgrundsätze oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelte Grundsätze als Maßstab der inhaltlichen Kontrolle zu finden sind, die im Fall der Unwirksamkeit an deren Stelle treten könnten. Die Abgrenzung nach der Möglichkeit der Inhaltskontrolle (Kontrollfähigkeit) bzw. der Ersetzbarkeit einer Klausel bei deren Nichtigkeit⁹¹⁵ trägt damit die Gefahr in sich, als erstes eine Inhaltskontrolle durchzuführen, um zu prüfen, ob man die Klausel überhaupt inhaltlich kontrollieren kann, bevor die Inhaltskontrolle als solche dann bei Erfolg für zulässig erklärt wird⁹¹⁶. Dadurch wird die Schrankenproblematik auf die Inhaltskontrolle verlagert und die zweistufige Systematik der §§ 305 ff. BGB mißachtet⁹¹⁷. Grundsätzlich sind nämlich auch Klauseln, die in einem ersten Schritt nicht kontrollunterworfen sind, auch dann wirksam, wenn sie auf der zweiten Stufe der Inhaltskontrolle unangemessen wären. Es findet praktisch eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle statt, was mit § 307 III 1 BGB nicht vereinbar ist.

bb) Keine Änderung des Gesetzeswortlautes nach Umsetzung der Richtlinie

Das Gesetz vom 19.7.1996⁹¹⁸, durch das die Klauselrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt wurde, enthielt keine ausdrückliche Umsetzung des Art. 4 II; der § 8 AGBG a.F. wurde unverändert beibehalten⁹¹⁹. Der deutsche Gesetzgeber ging davon aus, daß die herrschende Meinung inklusive der Gerichtspraxis zu § 8 AGBG a.F. eine ausreichende Umsetzung darstellte⁹²⁰. Auch bei Übernahme der AGBG-Vorschriften in §§ 305 ff. BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung mit Wirkung zum 1.1.2002 blieb der Gesetzgeber in § 307 III 1 BGB bei dieser Formulierung. Hinsichtlich der genauen Abgrenzung des kontrollfrei-

⁹¹² Abweichung von dispositivem Recht als Voraussetzung für die Kontrollfreiheit, disp.Recht ist auch gleichzeitig Maßstab der Inhaltskontrolle – es ist daher nicht verwunderlich, daß z.T. der § 8 AGBG a.F. nicht als Voraussetzung der Kontrollfreiheit, sondern als Folge angesehen wird, Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 739; ähnlich Niebling, S.201 f. (§ 8 sei nur deklaratorisch).

⁹¹³ „Kann-nicht-Motiv im weiteren Sinne“; vgl. Dylla-Krebs, S.128 ff. m.w.Nachw. auch S.122 f.

⁹¹⁴ Von Dylla-Krebs, S.123 ff. „Kann-nicht-Motiv im engeren Sinne“ genannt.

⁹¹⁵ So auch Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.27 f.(vgl.allerdings Rz.4b); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10 und 12 ff.; Soergel/Stein, § 8 AGBG, Rz.2 und 6; bei Preisregelungen kann dies zu einem sehr weiten kontrollfreien Bereich führen, vgl. Joost, ZIP 1996, S.1685 ff. (*oben bbb*).

⁹¹⁶ Vgl. Dylla-Krebs, S.128; Dreher, S.303 f.; krit.auch Canaris, WM 1996, S.237 ff., 239 zu der BGH-Rspr.in Bezug auf Preisnebenabreden („Unwirksamkeitstest am Maßstab des dispositiven Rechts“).

⁹¹⁷ So auch Dylla-Krebs, S.128 mit weiteren Argumenten im Folgenden; dafür aber Niebling, S.201 f.

⁹¹⁸ BGBl.1996, S.1013

⁹¹⁹ Zustimmend generell zu der Parallelität bzw. syst.Entsprechung mit Art. 4 II, Hübner, Rz.478; Präve, Rz.339; Römer in Karlsruher Forum 1997, S.95; Kieninger, ZEuP 1994, S.276; Choi, S.113; Heinrichs, NJW 1995, S.153 ff., 155 f.; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 260.

⁹²⁰ Vgl. Entwurf des Transformationsgesetzes, BT-Drucksache 13/2713, S.3, 4 f. zust.Präve, Rz.367; v.Westphalen, EWS 1993, S.161 ff., 165; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 340; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.32; Cian, Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 61/62; zw., aber im Ergebnis wohl auch Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314.; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1496 (schlägt aber Änderung vor).

en Bereichs wird - außerhalb der Problematik von Versicherungsverträgen⁹²¹ - überwiegend davon ausgegangen, daß der Art. 4 II der Klauselrichtlinie zu keinem anderen, insbesondere zu keinem weiteren Kontrollbereich führt als die gerichtliche Auslegungspraxis im Rahmen des § 307 III 1 BGB⁹²². In jedem Fall sei eine Anpassung durch richtlinienkonforme Auslegung der deutschen Bestimmung möglich⁹²³.

Angesichts der Rechtsprechung des EuGH⁹²⁴ zu dem Gebot der Rechtssicherheit und Publizität besonders in den Fällen, bei denen es – wie bei der Klauselrichtlinie – um Verbraucherschutzregelungen und um Gewährung von Ansprüchen auch für Angehörige anderer Mitgliedstaaten geht⁹²⁵, ist § 307 III 1 BGB jedoch keine ausreichende Umsetzung des Art. 4 II⁹²⁶. Nach dem EuGH muß die Umsetzung so erfolgen, daß die Rechtslage für den Einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen⁹²⁷. Der Gesetzeswortlaut des § 307 III 1 läßt aber nur eine Umsetzung des Art. 1 II der Klauselrichtlinie erkennen. Der wesentliche Regelungsinhalt, nämlich die Kontrollfreiheit von Leistungsbeschreibungen und Preis, ergibt sich allenfalls mittelbar aus dem Wortlaut, im wesentlichen aber nur aus den Gesetzesmaterialien, dem Normzweck und der herrschenden Meinung inklusive der ständigen Rechtsprechung⁹²⁸. Auch wenn es sich insoweit um eine gesicherte Rechtsprechungspraxis handelt, ist dieser wesentliche Regelungsinhalt für den durchschnittlichen Verbraucher und erst Recht für einen ausländischen Verbraucher, nicht erkennbar. Problematisch ist auch, daß der Wortlaut des § 307 III 1 BGB nach wie vor auf ein Abweichen und Ergänzen von Rechtsvorschriften abstellt, was – wie sich noch zeigen wird – eine andere (rein formale) Abgrenzung nahelegt als die, die durch Art. 4 II der Klauselrichtlinie vorgegeben wird. Die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung und die dadurch hergestellte Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 4 II ist nach dem EuGH keine ausreichende Richtlinienumsetzung⁹²⁹. Eine Änderung des deutschen Wortlautes wäre nicht zuletzt auch aufgrund der Probleme und Streitigkeiten bei den sog. Innominatverträgen (oben unter aaa) und auch bei den Bankentgelten (oben unter bbb) wünschenswert gewesen⁹³⁰.

⁹²¹ Dazu unten unter 2. Teil C II 2. a).

⁹²² Z.B. Palandt-Heinrichs, § 8 AGBG, Rz.1b; Hübner, Rz.481 f.; Präve, Rz.367; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 170; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1496; zw.dagegen Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.4 c.; aA Basedow/Fock-Lemmel, S.344: weiterer Kontrollbereich der Richtlinie.

⁹²³ Z.B. Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 268; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.32; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314

⁹²⁴ So z.B. Urteil des EuGH zur mangelnden Umsetzung des Art. 4 II,5 in niederländisches Recht v. 10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.17 ff.; Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano in gleicher Sache, insb. Rz.15 ff., 26 ff., 34 ff. m.w.Nachw.

⁹²⁵ Erwägungsgründe 3 ff., 6 – hier ist nach EuGH eine ausdrückliche Umsetzungsmaßnahme besonders wichtig.

⁹²⁶ So auch Choi, S.186; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 171; Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 739/740; Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 281 ff.

⁹²⁷ Auch EuGH v.19.9.1996, Rs. C-236/95 (Kommission./Griechenland), Slg. 1996, I-4459, Rz.13 m.w.Nachw.

⁹²⁸ Nach Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 738 „müßte man wegen des Transparenzgebotes um ihre Wirksamkeit bangen, stünde sie in AGB und nicht im AGBG (a.F.).“

⁹²⁹ Die richtlinienkonforme Auslegung kann allenfalls bis zu der ordnungsgemäßen und vollständigen Umsetzung dienlich sein, nicht aber als Rechtfertigung einer fehlenden Umsetzung, vgl. Schlußantrag des Generalanwaltes Tizzano v.23.1.2001 in dieser Rs. C-144/99, Rz.35.

⁹³⁰ So auch Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 169 f., allerdings i.E. mit einem zweifelhaften eigenen Vorschlag.

Bei der deutschen Rechtsprechung ist auffällig, daß idR der Art. 4 II nicht einmal erwähnt, geschweige denn problematisiert wird⁹³¹. In einem Urteil ignorierte der BGH⁹³² sogar die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung⁹³³, indem er zwar den Art. 4 II erwähnte, aber den verfehlten Schluß zog, daß eine Vorlage an den EuGH nicht in Frage komme, weil für die Frage der Kontrollfähigkeit nach § 8 AGBG a.F. allein die deutschen Gerichte zuständig seien⁹³⁴. Die Richtlinie sei nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und der deutsche Gesetzgeber habe keine Veranlassung zur Änderung des § 8 AGBG a.F. gesehen. Der BGH verkennt, daß die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch dessen Organe und damit auch die Rechtsprechung trifft⁹³⁵. Gerade in dem Fall der streitgegenständlichen Gebührenklausel einer Sparkasse für die Ausstellung eines Ersatzsparbuches, die der BGH mit der formalen Begründung für kontrollfrei erklärte, daß sie eine Sonderleistung betreffe, die nicht von dispositiven Rechtsvorschriften abweiche, wäre eine Vorlage zum EuGH nötig gewesen⁹³⁶. Zum einen, um zu klären, ob generell diese formale Abgrenzung mit Art. 4 II vereinbar ist. Zum anderen, um die schwierige Frage klären zu lassen, inwieweit Entgeltklauseln für Neben- und Zusatzleistungen – sofern man bei den Leistungsbündeln der Bankverträge überhaupt die einzelnen Leistungen in Haupt- und Nebenleistungen trennen kann – unter Art. 4 II fallen.

b) Österreich: kontrollfreie „Hauptleistungen“ iSd § 879 III ABGB

Nach der Generalklausel in § 879 III ABGB⁹³⁷ unterfällt eine in AGB und in Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung nur dann der Inhaltskontrolle, wenn sie „nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt“. Damit werden nur vertragliche Nebenabreden, die dem Vertragspartner das wieder entziehen können, was dieser durch die Festlegung der Hauptleistungen erhalten zu haben glaubt, kontrolliert. Die Herstellung einer (subjektiven) Äquivalenz soll der Privatautonomie und damit der Vereinbarung durch die Parteien vorbehalten bleiben⁹³⁸. Wie in Deutschland ist der Gegenstand der Inhaltskontrolle nach dem Wortlaut des § 879 III ABGB als Vorstufe zu der eigentlichen Inhaltskontrolle zu prüfen.

⁹³¹ Vgl. nur die drei Instanzen zu Auslandszuschlägen bei Kreditkartenunternehmen, die vom BGH nach § 8 AGBG a.F. für kontrollfrei erklärt wurden: LG Hamburg, NJW 1996, S.599ff.m.Anm.Meder, NJW 1996, S.1849ff.; OLG Hamburg, NJW 1996, S.1902ff.; BGH, NJW 1998, S.383f.= BGHZ 137, S.27 ff.; Kritik bei Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 284 f. – Ausn.BGH, NJW 1999, S.2276 ff. (aber nur ein Satz).

⁹³² BGH, NJW-RR 1998, S.1661f.= BB, 1998, S.1864 f. = VuR 1998, S.337 ff. zur Gebührenklausel für die Ausstellung eines Sparbuchs.

⁹³³ Zu Recht Kritik von Ulmer, BB 1998, S.1865 f. (aber zw., ob „willkürlich“ und Verletzung des Art. 101 I 2 GG); Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 286 f.; Brandner, MDR 1999, S.6 ff., 7 f.; Kommission in ihrem Bericht v. 27.04.2000, KOM (2000) 248 endg., S.40.

⁹³⁴ BGH, VuR 1998, S.337 ff., 339: „Die Beantwortung der Frage, ob die beanstandete Klausel einer Überprüfung am Maßstab der §§ 9-11 AGBG (a.F.) entzogen ist, ist Sache der deutschen Gerichte, über die der Europäische Gerichtshof nach Art. 177 EG-V (a.F.) nicht zu entscheiden hat.“

⁹³⁵ EuGH, Slg.1990 I 4135 (Marleasing), Rz. 8: alle Träger der öffentlichen Gewalt, „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten“.

⁹³⁶ Brandner, MDR 1999, S.6 ff., 8 – zumal sich die Rspr. bei Annahme der Kontrollfreiheit auch nicht auf Art. 8 berufen kann.

⁹³⁷ § 879 III ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch): „Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.“ – die Regierungsvorlage wich zwar von dem Ministerialentwurf ab, der die inhaltl. Überprüfung von AGB noch auf „alle Bestandteile“ des Vertrages erstreckte; schon zu diesem Zeitpunkt hatte man aber nur die Kontr.v. Nebenabreden im Auge und nicht der vertragl. Best. v. Leistung u. Entgelt, Krejci in Handbuch zum KSchG, S.85 ff., 146 f.; OGH, JBl.1988, S.118 = VR 1988, S.97.

⁹³⁸ Rummel, ABGB, § 879, Rz.90 (keine Kontrolle des gerechten Preises: iustum pretium).

Die generelle Orientierung der österreichischen AGB-Inhaltskontrollregelungen an dem deutschen ABGB a.F.⁹³⁹ ist auch in der Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches nach § 879 III ABGB und dessen Begründung zu erkennen. So werden als Gründe für die Kontrollfreiheit der Hauptleistungen ebenfalls angegeben, daß bei der Prüfung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung die vom Markt gesteuerte Privatautonomie bei der Wahl des preisgünstigsten Angebots noch funktioniere⁹⁴⁰ und daß ein Richter mangels rechtlicher Maßstäbe bei Feststellung des angemessenen Preises überfordert wäre⁹⁴¹. Die Ausnahme von dem Kontrollbereich gemäß § 879 III ABGB wird auch in Österreich eng verstanden⁹⁴². Die enge Auslegung resultiert hier schon aus dem Wortlaut des § 879 III ABGB. Nicht jede Vertragsbestimmung, die mit der Bestimmung der Hauptleistung „zu tun hat“, oder diese „betrifft“, ist ausgenommen, sondern nur eine solche Vertragsbestimmung, die die Hauptleistung überhaupt erst „festlegt“⁹⁴³. Unter dieser „Festlegung der Hauptleistungen“ wird – unabhängig von der Bezeichnung durch die Parteien – das verstanden, was mindestens für einen hinreichend bestimmten Vertrag vereinbart werden muß, also die essentialia negotii als Mindestvoraussetzungen für einen gültigen Vertrag⁹⁴⁴. Kontrollfrei bleibt nur die „individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen“⁹⁴⁵. Zusätzliche Regelungen über die Modalitäten, etwa über Zeit und Ort der Leistung oder über eine einem Vertragspartner vorbehaltene Leistungsänderung, unterliegen dagegen der Inhaltskontrolle.

Nur der Preis als zahlenmäßige Festlegung ist von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen, nicht aber Regelungen hinsichtlich der Preisberechnung⁹⁴⁶ und z.B. sog. Preisgleitklauseln. Letzteres läßt sich aus dem Katalog der Klauselverbote in § 6 KSchG ersehen, der als Konkretisierung der Generalklausel des § 879 III ABGB heranzuziehen ist⁹⁴⁷. Zwar gilt die Einschränkung des § 879 III ABGB nicht direkt für den auf Verbraucherverträge beschränkten, aber z.T.auch für im einzelnen ausgehandelte Klauseln geltenden § 6 KSchG. Die dort aufgezählten Klauseln sind aber nach dem Gesetzeswortlaut „im Sinne des § 879 ABGB nicht verbindlich“. Es ist also davon auszugehen, daß in § 6 KSchG nur solche Klauseln enthalten sind, die nicht zu den Hauptleistungen iSv § 879 III ABGB zählen. Zu den kontrollunterworfenen Klauseln gehören daher die in § 6 genannten kurzfristigen und sonstigen nachträglichen Preiserhöhungen⁹⁴⁸ sowie z.B. einseitige Gestaltungsmöglichkeiten oder Änderungsrechte des Unternehmers, Haftungsausschlüsse und –einschränkungen

⁹³⁹ Vgl. Reindl in Karlsruhe Forum 1997, S.105; Kramer, ÖJZ 1980, S.233 ff., 239.

⁹⁴⁰ Regierungsbegründung, EB RV 744 BlgNR 14. GP 47 bei Kiendl, S.125, FN 192, S.125; krit. Krejci in Handbuch zum KSchG, S.85 ff., 148.

⁹⁴¹ Kritisch aber Krejci in Handbuch zum KSchG, S.85 ff., 148, nach dem auch bei der richterlichen Überprüfung von Nebenbestimmungen mitunter die Maßstäbe fehlen.

⁹⁴² Rummel, ABGB, § 879, Rz.238; Schwimann, ABGB, § 879, Rz.31; in Lit. und Rspr. wird auch vielfach auf das dt. Verständnis des Umfangs der Inhaltskontrolle iSd § 307 III 1 BGB Bezug genommen, z.B. Krejci in Handbuch zum KSchG, S.85 ff., 147; OGH v.30.7.1987, JBl.1988, S.118– der OGH hat die Parteiautonomie ohnehin nicht so hoch gehalten wie der BGH, Reindl in Karlsruhe Forum, S. 105; dies zeigt sich auch darin, daß sich das KSchG in Ö bei Verbraucherverträge auch auf Individualvereinbarungen erstreckt.

⁹⁴³ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 590.

⁹⁴⁴ Reindl in Karlsruhe Forum 1997, S.106; Kolba, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 234; Rummel, ABGB, § 879, Rz.238; §§ 869, 885 ABGB zum Bestimmtheitserfordernis.

⁹⁴⁵ Schwimann, ABGB, § 879, Rz.31.

⁹⁴⁶ Rummel, ABGB, § 879, Rz.238.

⁹⁴⁷ Kapfer-Dittrich/Tades, ABGB, § 879, Rz.E 364c; Kramer, ÖJZ 1980, S.233 ff., 238; Abdruck des gesamten Klauselkataloges bei Fialka, DACH, S.161 ff., 173 ff.

⁹⁴⁸ §§ 6 I Ziffer 5, 6 II Ziffer 4; zu den späteren Änderungen durch die Novelle von 1996, Kiendl, S.213 ff.

etc., die im Umkehrschluß einen engen kontrollfreien Bereich erkennen lassen⁹⁴⁹. Zwar wurde der „sofern“-Nachsatz des Art. 4 II in Österreich nicht ausdrücklich umgesetzt, jedoch wird seit 1996 mit § 6 III KSchG für Verbraucherverträge geregelt, daß unklare und/oder unwirksame Klauseln unwirksam sind. Diese Regel gilt für Haupt- und Nebenleistungen, ebenso wie vor Richtlinienumsetzung die Einbeziehungstransparenz⁹⁵⁰. § 6 III ist aber auf AGB und Vertragsformblätter beschränkt⁹⁵¹.

c) **Niederlande: „Kernbestimmungen“ iSd Art. 6: 231 a NBW⁹⁵²**

Auch die niederländischen Inhaltskontrollregelungen von AGB orientieren sich an dem deutschen ABGB a.F.⁹⁵³, so daß im folgenden zu prüfen ist, ob auch das Verständnis des kontrollfreien Bereiches vergleichbar ist. In Art. 6:231 a NBW wurden Allgemeine Geschäftsbedingungen wie folgt definiert: „In dieser Abteilung versteht man unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen: eine oder mehrere schriftliche Bedingungen, die erstellt worden sind, um in mehreren Verträgen aufgenommen zu werden, mit Ausnahme der Bestimmungen, die den Kern der Leistungen bezeichnen“⁹⁵⁴ (im niederländischen Original: „met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven“⁹⁵⁵) – sog. „Kernbestimmungen“. Vielfach wird in deutschen Übersetzungen auch die Formulierungen gewählt, daß die Bestimmungen über die „Hauptleistungen“⁹⁵⁶ oder die „Bestimmungen, in denen die eigentlichen Leistungen bezeichnet sind“⁹⁵⁷ von der Anwendung der Art. 6:231 ff. NBW ausgenommen sind.

Unabhängig von der Formulierung findet sich - anders als in Österreich und Deutschland – die Abgrenzungsproblematik nicht bei der Prüfungsstufe des Gegenstands der Inhaltskontrolle. Vielmehr liegen bei „Kernbestimmungen“ schon definitionsmäßig keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSd NBW vor⁹⁵⁸. Damit fallen sie bereits aus dem Anwendungsbereich der gesetzlichen Inhaltskontrolle heraus, mit der Folge, daß sämtliche Vorschriften des Abschnitts nicht gelten; vor ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung (dazu

⁹⁴⁹ Zu den Änderungen durch RL-Umsetzung, Kiendl, S.205 ff.; außerdem: Bindungsfristen, Erklärungs- und Zugangsfiktionen, Formvereinb., Verbot des Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts, Ausrechnungsausschlüsse, Beweislaständerungen, unang. Verfallsfristen (alle in § 6 I); Ermächtigung des Unternehmers, einseitig zu entscheiden, ob seine Leistung der vertraglich vereinbarten entspricht, § 6 I Ziff.10 – die Vereinbarung der Leistung selbst wird nicht kontrolliert, z.B.„seine Leistung nicht vertragsgemäß erbringt“ in § 6 I Nr.5, „ob die...erbrachten Leistungen der Vereinbarung entsprechen“ in § 6 I Nr.10; keine Änderung durch 1996 eingef. Ziff.13-15 des § 6 I, die sich u.a. auf die Angem.V. Verzugszinsen, o.Anforderungen für die Zul.v. Inkassokosten beziehen, aber nicht mit den Hauptleistungspfl. befassen, dazu Kiendl, S.215 ff.

⁹⁵⁰ §§ 869, 864 a ABGB (vergleichbar mit dt.§ 305 c I BGB), Kolba, Konferenzunterlagen, 230 ff., 233.

⁹⁵¹ Krit. Graf, S.32 – für den ebenso beschr. Anwdgsbereich des § 879 III ABGB wird aber vertreten, daß diese Begrifflichkeiten mangels Legaldef. für weiten Klauselbegriff der RL offen sei, Kiendl, S.99 ff., 104, 210 (ist für analoge Anwdg bei im einzelnen ausgeh. Kl., S.136); Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.71; aA Graf S.7 f.

⁹⁵² Buch VI des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (NBW) behandelt Schuldrecht AT; vor der gesetzl. Kod. wurden Vertragsklauseln durch die Rspr. nur nach den guten Sitten, dem ordre public-Vorbehalt und nach Treu und Glauben kontrolliert – keine allg.Grundsätze, da jeweils nur der konkrete Vertrag gepr.wurde.

⁹⁵³ Hondius, VuR 1996, S.295 ff., 298; de Buhr, S.13 – i.ü.Orientierung es Zivilgesetzes an roman. Traditionen bzw. dem franz. Recht, Schrage, JBl. 1994, S.501 ff., 502, Zweigert/Kötz, 1984, S.117.

⁹⁵⁴ Dt. Übers. bei Nieper, ZEuP 1999, S.732; unwesentlich anders bei de Buhr, Anlage A.

⁹⁵⁵ Nieper/Westerdijk, S.105

⁹⁵⁶ Ulmer/Brandner/Hensen, ABGB, Einl., Rz.95; Kretschmar, S.92; EuGH v. 10.5.2001, Rs C-144/99, Nr.9; Hartkamp AcP 191 (1991), S.396 ff.,403; auch bei Holländer Hondius, VuR 1996, S.295 ff., 298 sowie dt.Übers. v.Nieper/Westerdijk, S.105: „...mit Ausnahme von Bestimmungen, die die Hauptleistungen bezeichnen“.

⁹⁵⁷ KOM (90) 322 endg. – SYN 285, techn. Beilage, S.28.

⁹⁵⁸ Auch in Deutschland war der Wortlaut des § 8 ABGB a.F. ursprüngl. für die Def. von AGB in § 1 ABGB a.F.vorgesehen, vgl. Staudinger/Schlosser, § 8 ABGB, Rz.1.

sogleich) galten deshalb für „Kernbestimmungen“ auch nicht die Voraussetzungen für die Einbeziehung und die Anforderungen an die Transparenz⁹⁵⁹. In Deutschland und Österreich galt dagegen das Transparenzgebot bzw. die Transparenzaspekte der Einbeziehungskontrolle bereits vor Richtlinienumsetzung auch für den inhaltlich kontrollfreien Bereich⁹⁶⁰.

Der Begriff „Kernbestimmung“ wird als Ausnahmetatbestand zum Anwendungsbereich restriktiv ausgelegt, damit möglichst viele Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen. Ein enger kontrollfreier Bereich folgt auch wiederum im Umkehrschluß aus den Klauselverböten in Art. 6:236 und Art. 6:237⁹⁶¹. Auch in den Niederlanden ist Zweck des Ausnahmetatbestandes in Art. 6:231 a NBW die Ablehnung der *iustum pretium*-Lehre, d.h. die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses soll nicht gerichtlich überprüft werden⁹⁶². Auch in den Niederlanden wurden unter „Kernbestimmungen“ – unabhängig von der Bezeichnung durch die Vertragsparteien⁹⁶³ – schon vor Richtlinienerlaß die *essentialia negotii* des jeweiligen Vertrages⁹⁶⁴ und der Preis⁹⁶⁵ verstanden.

Trotz des grundsätzlich engen Verständnisses des kontrollfreien Bereiches gibt es Anhaltspunkte dafür, daß dieser in den Niederlanden etwas weiter gedacht war, als z.B. in Deutschland⁹⁶⁶. Ein Beleg dafür ist die Tatsache, daß nach der parlamentarischen Geschichte auch Klauseln, welche den Preis offenhalten und solche Klauseln, die regeln, daß der Preis erst im Zeitpunkt der Erbringung der Leistung bestimmt werden soll oder freibleibend sein soll, als Kernbedingungen iSd Art. 6 :231 und damit kontrollfrei angesehen werden⁹⁶⁷ – solche Klauseln sind aber z.B.in Deutschland kontrollunterworfen⁹⁶⁸. Allerdings ist fraglich, ob diese Tendenz auch noch nach dem Urteil des Hoge Raad als höchstes niederländisches Gericht aus dem Jahr 1997 aufrechterhalten wird. Der Hoge Raad sprach aus, daß der „Hauptgegenstand“ Art. 4 II („het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst“ nach dem niederländischen Text der Klauselrichtlinie) möglichst eng als *essentialia negotii* ausgelegt werden müsse. Dieses enge Verständnis wandte das Gericht im Wege richtlinienkonformer Auslegung auch auf die „Kernbestimmungen“ des im Wortlaut zunächst unverändert gebliebenen⁹⁶⁹ Art. 6:231 a NBW an⁹⁷⁰.

⁹⁵⁹ Kritik an diesem System bei de Buhr, S.35 f. m.w. Nachw.

⁹⁶⁰ Vgl. 2. Teil B III 3. a) und b); insgesamt zu Transparenzgebot unten unter 2. Teil D II 1.a) und b).

⁹⁶¹ Zweisprachig abgedruckt bei Nieper/Westdijk, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6; zu alledem de Buhr, S.30/31 m.w.Nachw.

⁹⁶² Nieper, ZEuP 1999, S.732 ff., 736.

⁹⁶³ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Kommentar zum NBW, Art. 6:231 a.

⁹⁶⁴ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Kommentar zum NBW, Art. 6:231 a: *essentialia*, ohne die ein Vertrag nicht zustande kommt, Art. 227: „Die Verbindlichkeiten, die die Parteien auf sich nehmen, müssen bestimmbar sein.“

⁹⁶⁵ Der Preis wird gesondert erwähnt, weil es auch Verträge gibt, wie z.B. der Werkvertrag, wo eine Preisvereinb. nicht für dessen Wirksamkeit erf. ist; kontrollfrei sind auch die Abreden über den Preisnachlaß sowie Preisbestandt. für Haupt- und Nebenleistungen, aus denen ein Gesamtpreis gebildet wird, de Buhr, S.34.

⁹⁶⁶ De Buhr, S.33 – auf der anderen Seite unterliegen aber in den Niederlanden anders als nach dem deutschen § 307 III 1 BGB deklaratorische Klauseln der Inhaltskontrolle gemäß Art. 6:231 ff. NBW, vgl. de Buhr, S.37.

⁹⁶⁷ De Buhr, S.35.

⁹⁶⁸ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.22; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr.1 AGBG, Rz.4, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr.1, Rz.7, jeweils m.Rspr.nachw.

⁹⁶⁹ Der niederländ. Gesetzgeber sah in der Novellierung des Bürgerlichen Gesetzbuches 1992 eine vorweggenommene Umsetzung der KlauselRL und hielt keine Änderungen für nötig, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl. Rz.60; krit. Hondius in Karlsruhe Forum 1997, S.99; ders. ERPL 1997, S.193 ff.

⁹⁷⁰ Hoge Raad v. 19. September 1997, ZEuP 1999, S.732 ff. m.Anm. Nieper, nach dem das Gericht nur das wiedergibt, was in den Gesetzesmaterialien steht und was ganz allg. Meinung entspricht, S.737 – vgl. auch Anm.Nieper, ZEuP

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Niederlande wurde durch den EuGH festgestellt, daß der „Sofern“-Nachsatz des Art. 4 II nicht ordnungsgemäß in einer der Rechtssicherheit und Publizität genügenden Weise umgesetzt wurde, da die Hauptleistungen nach dem Wortlaut des NBW nicht der Transparenzkontrolle unterworfen sind und die bloße Vereinbarkeit mit der Richtlinie aufgrund richtlinienkonformer Auslegung nicht ausreicht⁹⁷¹. In dem Vertragsverletzungsverfahren wurde allerdings das Gesetz vom 28.10.1999 nicht mehr berücksichtigt, das den „Sofern“-Nachsatz zu der Definition in Art. 6: 231 a hinzugefügt hatte⁹⁷², da es erst nach der Stellungnahmefrist erlassen wurde.

d) Zwischenergebnis

In allen drei Ländern bestehen vergleichbare Abgrenzungen, wobei in Österreich und Niederlande der kontrollfreie Bereich – wie auch in Art. 4 II - negativ als Ausnahmetatbestand formuliert ist, während in Deutschland der § 307 III 1 BGB positiv formuliert ist. Anders als in Deutschland lassen die österreichischen und niederländischen Regelungen die Kontrollfreiheit von „Hauptleistungen“ bzw. „Kernbestimmungen“ ausdrücklich im Gesetzeswortlaut erkennen, der insbesondere auch keine Abweichung von dispositiven Rechtsvorschriften fordert. In allen drei Ländern finden sich übereinstimmende Erwägungen als Grund für die Ausnahme der Hauptleistungen von der Inhaltskontrolle und es wird jeweils von einem sehr engen kontrollfreien Bereich ausgegangen. Kontrollfrei ist nur die unmittelbare Definition und Festlegung der Hauptleistungspflichten, zu denen nach herrschender Meinung nur die essentialia negotii des Vertrages gezählt werden. Damit ist also nur ein wesentlicher Teil bzw. ein Kernbereich der (Haupt-)Leistungsbeschreibungen der Inhaltskontrolle entzogen.

Es zeigt sich aber, daß im Einzelfall die Abgrenzung, was zu den essentialia eines Vertrages gehört, nicht einfach ist⁹⁷³ und zum Teil zu unterschiedlichen Ergebnissen führt⁹⁷⁴. Zudem wird insbesondere in Deutschland – motiviert durch den Gesetzeswortlaut des § 307 III 1 BGB – häufig die Abgrenzung nach essentialia nicht durchgehalten, sondern formal auf die Möglichkeit der Inhaltskontrolle bzw. Vorhandensein einer „Rechtsvorschrift“, von der abgewichen wird, abgestellt⁹⁷⁵. In Deutschland und Österreich waren – anders als in den Niederlanden – bereits vor Umsetzung der Klauselrichtlinie auch die grundsätzlich kontrollfreien Klauseln den unterschiedlichen Transparenzanforderungen unterworfen.

1999, S.731 ff., 737: Generalanwalt und 1.Instanz hatten die streitgegenständl. Klausel noch als essentiell und für kontrollfrei erklärt.

⁹⁷¹ EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission ./ Niederlande), Rz.17 ff.; vgl. auch Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano v. 23.Januar 2001, insb. Rz.26 ff., 35 ff.; schon Beanstandung im Bericht der Kommission v. 27.04.2000, KOM (2000) 248 endgültig, S.8 – vgl. zu dem Urteil auch *oben unter 2.Teil B III 3. a) bb*).

⁹⁷² Zusatz im wesentl. Wörtl. dem Art. 4 II entsprechend: „...voor zover dese laastgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.“ – es ist nicht zu erkennen, daß dieses Gesetz zu keiner Wortlautänderung des NBW geführt haben soll, so aber Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano v. 23.1.2001, Rz.13,21.

⁹⁷³ In den Niederlanden steht es hinsichtlich des streitgegenständlichen Klausel in Lotto-Bedingungen bei dem Urteil des Hoge Raad v. 19.September 1997 nach der Prozeßgeschichte 2:2 unentschieden hinsichtlich der Frage, ob es sich um eine essentielle und damit kontrollfreie Regelung handelte, vgl. ZEuP 1999, S.732 ff., 736.

⁹⁷⁴ Z.B. hinsichtlich Preisklauseln in den Niederlanden iGstz zu Deutschland.

⁹⁷⁵ Besonders bei Preisabreden/-nebenabreden/Nebenpreisabreden, z.B.Urteil des BGH zu Gebührenklausel für Auslandseinsatz von Kreditkarten - dies kann uU zu einem weiteren kontrollfreien Raum führen als lediglich die unmittelbare Festlegung der Preis- und Leistungsbestimmungen, vgl. Brandner in Schulze, S.131 ff., 139 – in NL wird der Preis gesondert genannt, allg.besteht Tendenz zu mehr Kontrollfreiheit.

e) Deutsche Regelung in § 8 AGBG a.F. (= § 307 III 1 BGB) als Vorbild des Art. 4 II ?

In der Literatur (nicht nur der deutschen) wird häufig kommentarlos erklärt, daß das deutsche Verständnis des § 8 AGBG a.F. Vorbild für die Regelungen in Art. 1 II und 4 II der Klauselrichtlinie gewesen sei⁹⁷⁶. Dafür spricht, daß vor Erlass der Klauselrichtlinie die Abgrenzungsproblematik nur in Deutschland sowie Österreich und Niederlande in den gesetzlichen Regelungen vorhanden war, wobei sich die österreichischen und niederländischen AGB-Kontrollregelungen sehr stark an dem deutschen AGBG a.F. orientierten. Außerdem spricht auch die Geschichte des Art. 4 II für ein deutsches Vorbild⁹⁷⁷. Nachdem nach dem Wortlaut des Richtlinienvorschlages 1990 (und auch noch des geänderten Richtlinienvorschlages von 1992) alle Klauseln in Verbraucherverträgen ohne jegliche sachliche Einschränkung der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfallen konnten, erhob sich heftige Kritik vor allem in der deutschen Literatur⁹⁷⁸. Es wurde im Hinblick auf die in allen Mitgliedstaaten anerkannte Privatautonomie und deren Funktion in einer freien Marktwirtschaft u.a. ausdrücklich der zu weite objektive Anwendungsbereich kritisiert, zum einen weil neben Standardverträgen auch Individualklauseln erfaßt waren⁹⁷⁹, zum anderen, weil „eine Inhaltskontrolle auch hinsichtlich der Vereinbarungen über die jeweiligen Hauptleistungen“ möglich war⁹⁸⁰. Die Kontrolle auch der „Leistungsbeschreibungen, namentlich des Preis-Leistungs-Verhältnisses“ würde ein an den Marktmechanismen ausgerichtetes planmäßiges Marktverhalten der Anbieter verhindern. Marktgesetze würden partiell außer Kraft gesetzt, weil der Verbraucher sich nicht unbedingt nach dem günstigsten Angebot orientieren müsse, sondern er könne im Hinblick auf eine spätere Angemessenheitskontrolle durch die Gerichte jeden Preis akzeptieren⁹⁸¹. Statt der „sachlich ungeeigneten Inhaltskontrolle“ wurde eine „marktkonforme Verbesserung der Transparenz beim Angebot von Waren und sonstigen Leistungen“ empfohlen⁹⁸². In dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates 1992 wurde dann erstmals der Art. 4 II zusammen mit der Begrenzung des Anwendungsbereiches in Art. 1 II und der Einschränkung auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln in Art. 3 eingefügt und später in den Richtlinien text übernommen. Diese drei Regelungen und insbesondere der Wortlaut des Art. 4 II scheinen genau die deutschen Forderungen umzusetzen⁹⁸³. Die gleichzeitige Aufnahme von Art. 1 II und Art. 4 II, die beide dem § 8 AGBG a.F. ähnlich sind, spricht für die Orientierung an dem deutschen Verständnis.

Auch wenn also das deutsche Verständnis im Rahmen des § 8 AGBG a.F. bzw. § 307 III 1 BGB wegen des Vorbildcharakters eine besonders wichtige Rolle bei Auslegung des Art. 4 II spielt, kann es jedoch nicht automatisch „eins zu eins“ auf die Richtlinienbestimmung

⁹⁷⁶ Z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4 Rz.2 und Rz.15; Choi, S.185; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 233 und 239.

⁹⁷⁷ So auch Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314.

⁹⁷⁸ Z.B. Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 703 ff.; dies., Common Market Law Review 28 (1991), S.647 ff.; Bunte, FS Locher 1991, S.325 ff., 330 ff., insb.334; Canaris, FS Lerche, S.873 ff., 887 ff.; Stellungnahme des BR, BR-Drucks. 611/1/90, S.2: „nicht annehmbar“; Hommelhoff AcP 192 (1992), S.71 ff., 90 ff.

⁹⁷⁹ Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 703 f.; Bunte, FS Locher, S.325 ff., 331.

⁹⁸⁰ Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 – Kritik S.704 f.

⁹⁸¹ Ob dieses Arg. zutrifft, ist zw., vgl. Kapnopoulou, S.108 f.; das skand. Bsp., wo eine richterl. Preiskontrolle mögl. ist (unten unter 4.b), zeigt jedenf., daß dies ohne eine exzessive Kontrolle durch die Gerichte erfolgen kann.

⁹⁸² Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 705.

⁹⁸³ Damm, JZ 1994, S.161 ff., 162 spricht von einer weitgehenden „Annäherung an die deutsche Grundkonzeption“; diese Änderung wurde von dem deutschen Schrifttum auch begrüßt, vgl. Brandner, ZIP 1992, S.1590: „angenehme Überraschung“; Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, S.562 ff., 563.

übertragen werden⁹⁸⁴; insbesondere kann bei Art. 4 II eine andere Abrenzung und eine andere Bedeutung des Begriffes „Hauptgegenstand“ gewollt sein. Zum einen trennt die Richtlinie –anders als § 8 AGBG a.F. – die Abweichung von einer Rechtsvorschrift in Art. 1 II als Frage der Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie von der Frage der Kontrollunterworfenheit nach Art. 4 II. Zum anderen regelt der Art. 4 II anders als § 8 AGBG a.F./§ 307 III 1 BGB den kontrollfreien Bereich ausdrücklich und als negativ formulierte Ausnahmeregelung⁹⁸⁵, ohne auf eine Abweichung von Rechtsvorschriften abzustellen. Allerdings muß auch berücksichtigt werden, daß diese Unterschiede zu der deutschen Regelung auch bei den österreichischen und niederländischen Gesetzen vorhanden sind, deren Verständnis des kontrollfreien Bereiches entspricht aber dennoch im Wesentlichen der deutschen herrschenden Meinung.

Zwar kann aus den drei Ländern mit der vergleichbaren Abgrenzungsproblematik im Gesetz ein enger kontrollfreier Raum und die Kontrollfreiheit der Festlegung der (Haupt-)Leistungspflichten im Gegensatz zu typischen Nebenbestimmungen wie Leistungsmodalitäten, Leistungsstörungen etc. abgeleitet werden, da dies mit der Klauselrichtlinie übereinstimmt⁹⁸⁶. Ob auch die Begrenzung des kontrollfreien Bereiches auf die *essentialia negotii* als Kernbereich der Hauptleistungen im Rahmen des Art. 4 II der Richtlinie seine Geltung haben kann, so wie dies der niederländische Hoge Raad meint⁹⁸⁷, oder ob zumindest die Kontrollfreiheit der *essentialia* jedenfalls als Mindestmaß auch bei Art. 4 II gilt, wird letztlich anhand des Schutzzwecks der Klauselrichtlinie zu überprüfen sein⁹⁸⁸. Zunächst ist aber auch auf weiter Länder einzugehen, da schon die Begrifflichkeiten des Art. 4 II an einer den drei Ländern entsprechenden Auslegung auf Richtlinienenebene trotz eines Vorbildcharakters zweifeln lassen.

Die Richtlinie verwendet nämlich in Art. 4 II eine andere Terminologie als in Deutschland, Österreich und den Niederlanden: Art. 4 II spricht gerade nicht von „Hauptleistungen“; „Hauptpflichten“; „Leistungsbeschreibungen“; „Kernbestimmungen“; oder gar von „essentialia“; sondern von dem „Hauptgegenstand des Vertrages“⁹⁸⁹. Der Begriff Gegenstand des Vertrages stammt aus dem romanischen Rechtskreis und findet sich in den französischen, belgischen („*objet du contrat*“) und italienischen („*oggetto*“) Zivilrechten⁹⁹⁰. Der wirksame

⁹⁸⁴ *Ooben 1. Teil C I 3.b*); so aber v. Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 189 („Daher ist Art. 4 II RiLi entsprechend § 8 AGBG auszulegen“).

⁹⁸⁵ Der Richtlinienentwurf übertrifft daher den Text des deutschen § 307 III 1 BGB an Klarheit und Verständlichkeit, vgl. Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 340; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076.

⁹⁸⁶ Vgl. *oben unter B II*.

⁹⁸⁷ Hoge Raad v. 19. September 1997, ZEuP 1999, S.732 ff., m.Anm. Nieper; so anscheinend auch die Kommission in Avis Motive v.4.5.1999 an Frankreich, KOM (1999), 1044 endg., S.2 („*clauses essentielles*“).

⁹⁸⁸ *Unten unter B IV 2. ff.*

⁹⁸⁹ Franz. Fassung („*l'objet principal du contrat*“), ital. („*definizione dell'oggetto principale del contratto*“), span. („*definición del objeto principal del contrato*“), ähnl. engl. Fassung („*definition of the main subject matter of the contract*“); vgl. auch Kapnopoulou, S.107 – in Lit. wird aber häufig die dt. Terminologie „Hauptleistungen“ oder „Leistungsbeschreibungen“ mit „Hauptgegenstand“ gleichgesetzt, z.B. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.23 und 26; Brandner in Schulze, S.131 ff., 139; Kieninger, ZEuP 1994, S.276; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 268; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 170; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10.

⁹⁹⁰ Der Begriff „Hauptgegenstand“ taucht in einer span. Auslegungsregel wohl auch iSv Hauptpflichten auf: Art. 1289 *Código Civil* (dt. Übersetzung bei Jayme/Sacher, RIW/AWD 1981, S.597 ff., 598): „...so sind sie (Zweifel), wenn sie sich auf Nebenumstände des Vertrages beziehen... zugunsten der geringsten Übertragung von Rechten oder Interessen zu lösen... Wenn sich die Zweifel... auf den Hauptgegenstand des Vertrages beziehen, ..., ist der Vertrag nichtig.“; das Verständnis dieses Begriffes kann jedoch – wie bereits erläutert – nicht für die Konkretisierung des Art. 4 II herangezogen werden.

Vertragsschluß setzt z.B. nach Art. 1108 des französischen Code civil neben Geschäftsfähigkeit („capacité“), Einigung („consentement“) und Rechtsgrund („cause“) einen Gegenstand („objet“) des Vertrages voraus⁹⁹¹. Der Begriff „objet“ wird zumindest bei schuldrechtlichen Verträgen als eine Leistung verstanden⁹⁹². In Frankreich wird zwischen den Hauptleistungspflichten („prestations“), die den Gegenstand des Vertrages bzw. der Verpflichtung ausmachen und den Nebenabreden („stipulations“) unterschieden⁹⁹³. Wenn also nach französischer Dogmatik bei schuldrechtlichen Verträgen bereits unter „Gegenstand“ („objet“) die Hauptleistungen subsumiert werden⁹⁹⁴, die französische Fassung des Art. 4 II aber nicht nur von einem „objet“, sondern von einem „objet principal“ („Hauptgegenstand“)⁹⁹⁵ spricht, so könnte dies für eine engere Auslegung des kontrollfreien Bereiches sprechen – etwa in der Form, daß ähnlich der essentialia in Deutschland, Österreich und Niederlanden nur der wesentliche Teil der Hauptleistungspflichten kontrollfrei ist⁹⁹⁶.

Die folgende Untersuchung (unter 4.a) und 5) wird zeigen, ob der Art. 4 II und auch die jeweiligen nationalen Umsetzungsregeln in Frankreich und Italien in diesem eingeschränkten Sinn verstanden werden. Außerdem bleiben auch die Lösungen in den sonstigen EU-Staaten, die generell eine Tradition der offenen Inhaltskontrolle haben, interessant, da in diesen Ländern zwar nicht ausdrücklich gefordert, aber materiell-rechtlich ebenso die Notwendigkeit der Abgrenzung des Gegenstands der Inhaltskontrolle bestand.

Eine abschließende Darstellung aller Mitgliedstaaten mit einer offenen Inhaltskontrolle würde den Rahmen der Arbeit sprengen, so daß neben Frankreich (aus dem eben genannten Grund und als Vorbild des einen europäischen Grundkonzepts der Inhaltskontrolle⁹⁹⁷) noch Skandinavien als Demonstration des „nordischen Modells“⁹⁹⁸ sowie Großbritannien als Common-Law-Vertreter⁹⁹⁹ genauer erläutert werden sollen. Aus den übrigen Ländern ergeben sich neben dem oben unter 2. erläuterten Umkehrschluß keine wesentlich anderen

⁹⁹¹ „Objet certain, qui forme la matière de l’engagement“; vgl. Terré/Simler/Lequette, Rz.257; auch bei eins.RG, Ferid/Sonnenberger, S.422, 1F 108, S.524 f.zu Anf.an objet: ähnl. in Italien nach Art. 1325 C.c.: accordo, causa, oggetto, forma, vgl. Zweigert/Kötz, 1984, S.8- Der Code civil spricht sowohl v. Gegenstand des Vertrages (Art. 1126 Code Civil: „Tout contrat a pour objet une chose“) als auch v. Gegenstand der Verpflichtung (Art. 1129 Code Civil: „Il faut que l’obligation ait pour objet une chose au moins déterminée à son espèce.La quantité de la chose peut être incertaine, pourvue qu’elle puisse être déterminée.“).Nach franz. Dogmatik können aber nur letztere einen Gegenstand haben, Starck/Roland/Boyer, Rz.571. Beide Form.werden daher gleich verst.Terré/Simler/Lequette, Rz.257; Starck/Roland/Boyer, Rz.572 („objet“=Vertragsinhalt).

⁹⁹² Nach Art. 1126 C.c.hat jeder schuldrechtl.Vertrag als Gegenstand eine Sache (chose), die ein Vertragspartner zu geben, zu machen oder nicht zu machen hat; „Sache“ („chose“) wird nicht eng als körperl.Gegenst., sondern als Leistung verstanden, Ferid/Sonnenberger, S.519, 1F 603 – nach Def. in Art. 1126 hat dann ein gegenseitiger Vertrag mind. zwei objects (Leistungen); S.520, 1F 604 zu Rechtsgesch., die keine auf Leistung gerichtete Verpfl. zum Gegenstand haben, oder wo eine Leistungsverpflichtung nicht im Vordergrund steht (z.B. Vertrag über die Errichtung einer juristischen Person).

⁹⁹³ Terré/Simler/Lequette, Rz.257

⁹⁹⁴ So auch Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 285 m.w.Nachw., nach dem gleiches für die Auslegung des Begriffes „oggetto“ in Italien gilt.

⁹⁹⁵ Italienisch: „oggetto principale“.

⁹⁹⁶ MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.5; ders. in Schulte/Nölke/Schulze, S.277 ff., 285. Die Formulierung des Art. 4 II („objet principal“/„oggetto principale“) gab es allerdings vor RL -Ums.weder in F noch in I.

⁹⁹⁷ *I.Teil D I I.*; die Kontrollregelungen B und Lux. orientierten sich an der franz. Situation, so daß die Rechtslage vergleichbar war, Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.87; v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 262.

⁹⁹⁸ Dazu ausführlich Wilhelmsson, VuR 1995, S.432 ff.; ders., Konferenzunterlagen, S.25 ff., 30 ff.; Bernitz, RabelsZ 40 (1976), S.593 ff., 611 ff.

⁹⁹⁹ Die Situation nach den UTCC Reg.1995 and 2000 in Irland, dazu Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., ist mit der britischen Rechtslage vergleichbar.

Gesichtspunkte. Unter 5. wird dann Italien als Land ohne Tradition einer offenen Inhaltskontrolle und aus dem hier genannten Grund dargestellt.

4. Weitere Länder mit einer offenen Inhaltskontrolle schon vor Richtlinienumsetzung

a) Frankreich

aa) Rechtslage vor Umsetzung der Klauselrichtlinie

Der Grundsatz der vertraglichen Privatautonomie und der Unantastbarkeit der Verträge, von dem auch der Code Civil ausgeht¹⁰⁰⁰, ist in Frankreich besonders hoch angesehen¹⁰⁰¹. Mit Hinweis auf die Privatautonomie lehnte es die Rechtsprechung – anders als z.B. die deutsche Rechtsprechung – ursprünglich auch ab, eigene Grundsätze für eine generelle offene Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln nach Treu und Glauben gemäß Art. 1134 Code Civil zu entwickeln; sie erklärte nur bestimmte Freizeichnungsklauseln für unzulässig¹⁰⁰² und kontrollierte damit nicht die vertragliche Festlegung der Leistungspflichten.

Auch nach den gesetzlichen Inhaltskontrollregelungen des Gesetzes n° 78-23¹⁰⁰³, dessen Vorschriften 1993 unverändert in Art. L 132-1 ff. Code de la Consommation übernommen wurden, unterlagen trotz des Anknüpfens an eine faktische Ungleichheit bei Verbraucherverträgen sowie der Kontrollunterworfenheit sogar von Individualvereinbarungen nicht alle Klauselarten der Inhaltskontrolle. Der französische Gesetzgeber regelte positiv, welche Klauseln und Vertragselemente, bei denen von der Gefahr eines Ungleichgewichts ausgegangen wird, inhaltlich überprüft werden können¹⁰⁰⁴. Anders als z.B. in Deutschland, Österreich und den Niederlanden handelt es sich also nicht um eine allgemeine Billigkeitskontrolle von grundsätzlich jeder Klausel, so daß sich das Abgrenzungsproblem des kontrollfreien Bereiches nicht in gleichem Maße wie oben unter 3. stellt. Ansatzpunkt ist daher – anders als in den unter 3. dargestellten Ländern – nicht das Vorliegen von AGB sondern die einzelne mißbräuchliche Klausel selbst.

Zu der abschließenden¹⁰⁰⁵ Liste von Klauseltypen, die nach der Generalklausel in Art. L-132-1 C.consom. (Art. 35 a.F.) – vorbehaltlich der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen – als mißbräuchlich beurteilt werden können, gehören nur Klauseln, die sich auf die Bestimmtheit/Bestimmbarkeit des Preises sowie seiner Zahlung/Zahlungsbedingungen, auf

¹⁰⁰⁰ Diesem liberalen Sozialmodell entspricht z.B. Art. 1134 I Code civil, nach dem alle gesetzm.zustandegek. Verträge zwischen den Parteien wie Gesetze wirken, ohne daß Rücksicht auf eventuell unterschiedl. Wirtschaftl. oder intellektuelle Fähigkeiten der Parteien genommen wird- nur ausnahmsw. sollen Regelungen die materielle Gerechtigkeit herstellen: z.B. Mögl. der Herabsetzung der Vertragsstrafe nach Art. 1152 Code civil; Art. 1643 bzgl. der Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen für Sachmängel.

¹⁰⁰¹ Sonnenberger, RIW 1990, S.165 ff., 174; Sievers, S.20 ff.; dies zeigt sich z.B. daran, daß die franz.Rspr. die dem dt. Wegfall der Geschäftsgrundlage vergleichb. „théorie de l’ imprévision“ m.Hinweis auf die Unantastbarkeit der Verträge zurückwies, vgl. Sievers, S.30 ff.

¹⁰⁰² Ausf.Brock, S.122; Calais-Auloy, Code de la Consommation, S.122, E 6; Kleinwächter, RIW 1984, S.690 ff., 691 ff.; Klima, RIW 1992, S.98 ff., 102; Zweigert/Kötz, 1984, S.18; ders., 1996, S.331

¹⁰⁰³ „Sur la protection et l’ information des consommateurs des produits et des services“, in dessen Abschn. IV (de la protection des consommateurs contre les clauses abusives), Art. 35-38, abgedr.bei Sievers, S.149 f.

¹⁰⁰⁴ Carnet, Rev.trim.dr.com. 1982, S.1 ff., 11 zu dem ursprünglich anders lautenden Gesetzesvorhaben.

¹⁰⁰⁵ Conseil d’ État, v.3.12.1980, D. 1981, jur., S.228ff.; Starck/Roland/Boyer, Rz.753; CalaisAuloy, Code de la Consommation, S.121, D 5.; Ferid/Sonnenberger, S.583, 1 F 822; krit. Davo, REDC 1995, S.215 ff., 217.

die Beschaffenheit/Umfang der Sache¹⁰⁰⁶ oder ihrer Lieferung, auf die Gefahrtragung, auf das Ausmaß der Haftung und Gewährleistung oder auf die Bedingungen der Erfüllung, Kündigung, Aufhebung oder Verlängerung der Verträge beziehen¹⁰⁰⁷. Kontrollfrei bleiben danach z.B. solche Klauseln, die sich auf den Vertragsschluß (wie Kenntnisfiktionsklauseln), die Beweislast oder die Rechtsmittel beziehen. Die Literatur spricht allerdings trotzdem davon, daß die Klauseltypen des Art. 132-1 C.consom. praktisch den größten Teil der mißbräuchlichen Klauseln umfassen¹⁰⁰⁸.

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Inhaltskontrolle nach Art. 132-1 C.consom. gibt es äußerst wenig Rechtsprechung, weil erst seit 1991 allgemein anerkannt war, daß den Gerichten in Individualverfahren eine eigenständige Prüfungskompetenz von Vertragsklauseln über die Nichtigkeitserklärung von per Dekret verbotenen Klauseln hinaus zukommt¹⁰⁰⁹ (in Verbandsverfahren bestand diese Möglichkeit bereits nach loi n° 88-14). Auch die Dekrete des Conseil d'États, mit denen bestimmte Klauseln verboten werden konnten¹⁰¹⁰, tragen wenig zu der Ermittlung der französischen Auslegungspraxis bei. Denn es gab überhaupt nur ein Dekret¹⁰¹¹ mit zwei Klauselverboten aufgrund des loi n° 78-23: Dekret n° 78-464 vom 24.3.1978¹⁰¹² untersagt in Art. 2 Freizeichnungsklauseln in Kaufverträgen und in Art. 3 einseitige Änderungsklauseln. Die Festlegung der geschuldeten Leistung wird auch hier nicht berührt¹⁰¹³. Aus den Empfehlungen der Commission des clauses abusives können trotz deren Bedeutung für die Wertungen der Rechtsprechung¹⁰¹⁴ keine Rückschlüsse für die Auslegung von Art. L 132-1 abgeleitet werden¹⁰¹⁵. Denn die Commission kann nur unverbindliche Empfehlungen abgeben; eine Abweichung durch die Rechtsprechung stellt per se keinen Revisionsgrund dar¹⁰¹⁶.

¹⁰⁰⁶ Sache („chose“) bed. nicht nur Waren, sondern auch Dienstleistungen, so schon Titel des loi n° 78 -23 („loi de protection des consommateurs de produits et de service“); Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.267: alle Vertragsarten werden erfaßt; aA Carmet, Rev.trim.dr.com. 1982, S.1 ff., 12, insb.FN 54: fakt. werden nicht alle Vertragsarten gleich stark kontrolliert, weil best. Klauseltypen nur bei best. Verträgen auftreten (m.Bsp.).

¹⁰⁰⁷ Art. 132-1 C.consom. a.F.: „...peuvent être interdites, limitées ou réglementées, ...les clauses relative (à)...: caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu' à son versement, la consistance de la chose ou à sa livraison, la charge des risques, l' étendue des responsabilités et garanties, conditions d' exécution, de résiliation, de résolution ou reconduction des conventions...“

¹⁰⁰⁸ Brock, S.46; Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1, 2, S.201.

¹⁰⁰⁹ Cass. Civ. v.14.5.1991, D.1991, jur., S.449 m.Anm.Ghestin (Auszüge und Komm.bei Witz/Wolter, ZEuP 1993, S.2360 ff.) – zu dem lange währenden Streit und Rspentwicklung, Sievers, S.107 ff., Brock. S.147 ff.; Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.167 ff., 271; Gridel, D.1984, chr., S.153 ff., 154 ff.; Ferid/Sonnenberger, S.586 ff.; Berger-Walliser, RIW 1996, S.459 f.; Starck/Roland/Boyer, Rz.761 ff., Pizzio,Code de la Consomm.,Art. 132-1, Nr.5;Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 160.

¹⁰¹⁰ Verwaltungskontrolle: Verbote haben Wirkung zwingenden Rechts, entgegengesetzte Klauseln gelten als nicht geschrieben, vgl. Art. L 137-1 II C.consom. („Les clauses abusives...sont réputées nonécrites“).

¹⁰¹¹ Trotz zahlreicher Empfehlungen der Commission des clauses abusives bzgl.Klauselverbote und Infopfli. per Dekret (vgl.Liste bei Klima, RIW 1992, S.98 ff., 100 f.; Sievers, S.151 ff.), wurde nur eine verschwindend geringe Anzahl von Dekreten erlassen (die hier nicht erwähnten Dekrete betr. Verbraucherinfo, abgedr. bei Sievers, S.156 ff.), die Dekretelösung ohne richterl. Inhaltskontr.erwies sich als ungenügend, vgl.Meilhac in Schulte-Nölke/Schulte, S.291 ff., 302; Benabent, ERPL 1995, S.211 ff., 213: „la loi est restée lettre -morte“:

¹⁰¹² Abgedruckt bei Calais-Auloy, Code de la Consommation, S.196.

¹⁰¹³ Dekrete befassen sich mit der Aus- und Durchführung vertragl. Vereinbarungen, Sonnenberger I/1, 1 F 826.

¹⁰¹⁴ Gerichte berufen sich z.T.auf Empfehlungen, z.B. CA de Nimes, 22 ch.INC n° 3453 v.14.3.1998, CLAB FR 000766 u. 000767, w.Nachw.bei Brock, S.168; Einfluß der Comm. insb.aufgr. Art. 4 des Dekretes n° 93-314 v. 10.3.1993, aufgrund dessen der Richter im Einzelfall die Commission um ihre Einschätzung der zu überprüfenden Klauseln bitten kann (in Praxis eher selten, Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S.267 ff., 275). Auch hier bleibt der Richter letztlich aber inhaltlich nicht an die Entscheidung der Commisison gebunden, Brock S.177 (Indizwirkung).

¹⁰¹⁵ Selbst die Kommission kontrolliert aber nicht die Festlegung der Leistungspfl., sondern nur z.B. die Bestimmtheit des Preises und Preisänderungsklausel sowie einseitige Änderungsrechte, Haftungsbeschränkungs- und Haftungsausschlußklauseln, etc. vgl. Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 305, FN 29; sowie z.B. Rec.n° 91-02, abgedr. bei Calais-Auloy, Code de la Consommation, S.125 f.

Rechtsprechung stellt per se keinen Revisionsgrund dar¹⁰¹⁶. Außerdem legt die Commission ihre Rolle in der Praxis extensiv aus und beschränkt sich nicht auf die gesetzlich zugewiesenen Zuständigkeiten. Sie erklärt auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. L 132-1 C.consom. andere Klauseltypen für mißbräuchlich, kontrolliert bereits die Vorhaben von Vertragsbedingungen vor deren Aufnahme in Verträge, spricht Empfehlungen für die Aufnahme bestimmter Klauseln aus¹⁰¹⁷ oder gibt Hinweise zu Form und Gestaltung.

Der enge gegenständliche Anwendungsbereich des Art. 132-1 C.consom.¹⁰¹⁸ ist als Fortführung der besonderen Betonung der Vertragsfreiheit und der ursprünglich sehr zurückhaltenden Rechtsprechung anzusehen. Art-132-1 C.consom. umfaßt nur bestimmte Nebenabreden¹⁰¹⁹, die die Modalitäten der Lieferung, der Erfüllung und Vertragsabwicklung betreffen. Dagegen bleibt die Festlegung der Hauptleistungen (Sache bzw. Dienstleistung und Preisvereinbarung) kontrollfrei¹⁰²⁰. Indem nur die Bestimmtheit und die Bestimmbarkeit des Preises und seine Zahlungsmodalitäten erwähnt werden, wird deutlich, daß nur auf die Preisklarheit (Transparenz) Wert gelegt wird¹⁰²¹, die Festlegung der Höhe des Preises als solche und dessen Angemessenheit (Preis- Leistungs-Verhältnis) aber gerade nicht der inhaltlichen Kontrolle unterliegen. Der französische Gesetzgeber wollte durch die Inhaltskontrolle gerade keine Äquivalenzkontrolle einführen¹⁰²². Auch die Prüfung eines „avant age excessif“ der Generalklausel des Art. L-132-1 C.consom als Voraussetzung der Mißbräuchlichkeit bezog sich nicht auf das Verhältnis der gegenseitigen Hauptleistungen des Vertrages, sondern auf andere Fragen, hauptsächlich hinsichtlich der Vertragsdurchführung¹⁰²³, wobei als Maßstab auf die Abweichung von dispositivem Gesetzesrecht abgestellt wird. Der Grundsatz der Unzulässigkeit der Äquivalenzkontrolle ergibt sich auch schon aus der Regel, daß die „lésion“ nach Art. 1118 Code civil nur in gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen anwendbar ist¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁶ Cour de Cassation v.1.2.2000, RGDA 2000, S.48 f.m.Anm.Kullmann.

¹⁰¹⁷ Sinay-Lytermann, Rev.trim.dr.civ. 1985, S.471 ff., 519, Rz.87; Brock, S.130; Carmet, rev.trim.dr.com. 1982, S.1 ff., 13 m.Bsp.v. Empf. zu Klauseln außerhalb des Katalogs des späteren Art. 132-1 C.consom., insb.FN 57.

¹⁰¹⁸ Dazu auch Sievers, S.91.

¹⁰¹⁹ Insb. kann auch unter Klauseln die „die Beschaffenheit der Sache“ („Ja consistance de la chose“) betreffen, nicht die Festlg. U.Konkret. der Sache oder Dienstleistung verstanden werden; damit können nur andere Nebenbest. gemeint sein, die sich auf die Beschaffenheit der Sache beziehen, wie z.B. Änderungsklauseln- dies zeigt auch schon der direkte Zushg. zu den kontrollf.Lieferbed. („Ja consistance de la chose ou à sa livraison“).

¹⁰²⁰ Witz-Wolter, ZeuP 1995, S.885 ff., 889; Sievers, S.94; Ghestin, Formation du contrat, S.799, Rz.797: „il ne concerne que les clauses accessoires et non la valeur des prestations principales“; Terré/Simler/Lequette, Rz.257, 505 unterscheiden zw.kontrollfr. Hauptleistungen („prestations“) u. kontrollunterw. Nebenabreden („stipulations“), „au moyen desquelles elles (les parties du contrat) organisent leurs rapports en fixant leurs droits et leurs obligations accessoires (Nebenpflichten)“.

¹⁰²¹ Auch durch Art. 28 der Ordonnance, jetzt Art. 113-3 C.consom.: Verbraucher ist über den Preis sowie über mögliche Haftungsbeschränkungen zu informieren - jedenfalls seit Bestätigung der Zulässigkeit der richterlichen Inhaltskontr. überflüssig und ohne Anwdgsbereich, Pizzio, Code de la Consommation, Art. 113-3, 4., S.101.

¹⁰²² Brock, S.46; mißverständlich dagegen Choi, S.197; Preisfreiheit als Konkurrenzfaktor ein Grundprinzip des franz. Rechts, vgl. Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 305; die Bestimmtheit des Preises spielt in F vor allem bei Kaufverträgen eine Rolle, Ferid/Sonnenberger, S.525, 1 F 618 u. Niggemann, S.20.

¹⁰²³ Ferid/Sonnenberger, S.585, 1 F 826; Sonnenberger, Franz. Handels-u.Wirtschaftsrecht, S.57, II 24; Brock, S.173; dafür spricht u.a., daß die ursprüngl.gepl.Formulierung „déséquilibre...des droits et des obligations des parties“ nicht aufgenommen wurde, Terré/Simler/Lequette, Rz.307; nach Carmet, Rev.trim.dr.com. 1982, S.1 ff., 17 sei damit eine Entscheidung gegen „lésion“ gefallen.

¹⁰²⁴ Brock, S.173; ausf. zur „lésion“, Terré/Simler/Lequette, Rz.288 ff.; Ausnahme der Rspr. von dem Grundsatz der Unantastbarkeit der Verträge z.B. bei übermäß. Honorarforderungen in Geschäftsbesorgungsverträgen (Anwälte, Ärzte, etc.) gegenüber geschäftl. Unerf. Vertragspartnern - in seltenen Einzelfällen setzten die Gerichte hier eine unangemessen hohe Vergütung herab (Theorie der „réduction des honoraires“), wobei sie sich an Zeitaufwand und Schwierigkeit der Arbeit orientierten; dazu Ghestin, Formation du contrat, S.796, Rz.794; Terré/Simler/Lequette,

bb) Rechtslage nach der Umsetzung der Klauselrichtlinie

Mit dem Umsetzungsgesetz n° 95-96 vom 1.2.1995 wurde die Regelung, daß nur bestimmte Vertragselemente der Mißbräuchlichkeitsprüfung unterliegen, abgeschafft¹⁰²⁵. Nach dieser Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches besteht nunmehr grundsätzlich ein umfassender Schutz vor mißbräuchlichen Klauseln und damit eine der Klauselrichtlinie vergleichbare Abgrenzungsproblematik. Der Art. 4 II wurde in Art. L-132-1 VII C.consom. umgesetzt, der „sofern“-Nachsatz des Art. 4 II erst mit ordonnance n° 2001-741 v.23.8.2001 (Art. 16) hinzugefügt¹⁰²⁶. Die Formulierung „Definition des Hauptgegenstandes“ („définition de l' objet principal“) des französischen Gesetzes, die der französischen Sprachfassung des Art. 4 II entspricht, spricht für eine enge Auslegung des kontrollfreien Bereiches. Darunter wird die Hauptleistung („prestation principale“) verstanden¹⁰²⁷, teilweise auch nur diejenige des Unternehmers¹⁰²⁸.

Die Einschränkung des Kontrollbereiches durch die Umsetzung des Art. 4 II war als „Ausgleich“ für die nunmehr mögliche inhaltliche Überprüfung von grundsätzlich allen Klauseln eines Vertrages notwendig, damit auch weiterhin das Äquivalenzverhältnis (Preisabreden und Leistungsabreden) kontrollfrei¹⁰²⁹ und die Vertragsfreiheit gewährleistet bleibt¹⁰³⁰. So wird auch als Grund für die Umsetzung des Art. 4 II angegeben, daß nicht über den Umweg der Inhaltskontrolle der vereinbarte Preis („le prix convenu“) und der Inhalt der Hauptleistungspflichten („déterminant le contenu de la prestation principale“) in Abrede gestellt werden darf¹⁰³¹. Preisänderungsklauseln, Klauseln bezüglich der Preisbestimmung („détermination“) und bezüglich der Zahlungsmodalitäten unterliegen aber nach wie vor der Kontrolle. Die Beanstandung des Hauptgegenstandes könne nur eine Frage der Auslegung sein, was die Parteien vereinbaren wollten, aber kein Fall der Inhaltskontrolle¹⁰³². Im Ergebnis - nach Erweiterung und gleichzeitiger Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereiches durch das Umsetzungsgesetz - bleibt die Kontrollfreiheit der Hauptleistungen und des Preis-Leistungs-Verhältnisses also gleich¹⁰³³.

cc) „Objet principal“ des Art. 4 II als wesentlicher Teil der Hauptleistungen?

Im Hinblick auf die oben unter 3.e) aufgeworfene Frage ist nicht zu erkennen, daß unter der - bisher in der französischen Dogmatik nicht bekannten - Formulierung „objet princ-

Rz.297; Brock, S.144 f.; diese Rspr.praxis wurde von der Literatur als ein ungesetzl. U. damit unzulässiger Fall der „lésion“ kritisiert, vgl. Sievers, S.35.

¹⁰²⁵ Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 159; Berger-Walliser, RIW 1996, S.459 ff., 462.

¹⁰²⁶ Art. 132-1 VII C.consom.: „L' appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l' objet principal du contrat ni sur l' adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, pou autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible“.

¹⁰²⁷ Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1,2, S.201.

¹⁰²⁸ Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 101

¹⁰²⁹ Die „lésion“ sollte auch weiterhin grundsätzlich unzulässig bleiben, vgl. Starck/Roland/Boyer, R z.748.

¹⁰³⁰ Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 305

¹⁰³¹ Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 101; der Art. 132.1 VII „...sert seulement à empêcher, que la législation sur les clauses abusives ne soit utilisée par les consommateurs se plaignant d' avoir payé trop cher un bien ou une prestation de service déterminée.“; die Mißbräuchlichkeitskontrolle des Preises würde einen ungesetzlichen und damit unzulässigen Fall der lésion darstellen; so auch Terré/Simler/Lequette, Rz.307.

¹⁰³² Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1,2, S.201/202; Paisant, D. chr. 1995, S.99 ff., 101.

¹⁰³³ Keine Auswirkung der RL-Umsetzung in der Praxis, Witz/Wolter, ZEuP 1995, S.885 ff., 889; Berger-Walliser, RIW 1996, S.459 ff., 462; Lambert-Faivre, S.124, Rz.153 scheint fälschlicherweise davon auszugehen, daß der Art. 132-1 VII C.Consom nur die Unzulässigkeit des Preisarguments statuiert, indem sie den Abs.VII in direktem Zushg. zu Abs. V (Umsetzung 4 I) sieht – hinsichtl. der Zul. des Preisarguments unten unter B VII.

pal“ nur der wesentliche Kernbereich der Hauptleistungen verstanden wird. Sowohl vor als auch nach Umsetzung der Richtlinie werden die Hauptleistungspflichten für kontrollfrei gehalten¹⁰³⁴. Der Begriff „Hauptgegenstand“ in Art. 4 II spricht somit nicht zwangsläufig dafür, daß nur die essentialia, also die „hauptsächliche“ Leistung¹⁰³⁵, kontrollfrei sein können. Die Formulierung könnte aus einer Mischung der Begriffe „Hauptleistungen“ und dem römischen „Gegenstand des Vertrages“ entstanden sein. Dafür sprechen auch die Äußerungen der Kommission, die von der Kontrollfreiheit der „Vertragsgegenstände Preis und Warenangaben“ (und nicht des Hauptgegenstandes des Vertrages) spricht¹⁰³⁶. Auch aus dem Begriffspaar „Gegenstand des Vertrages“ in Art. 4 I und „Hauptgegenstand“ in Art. 4 II muß daher nicht notwendigerweise auf einen Kernbereich geschlossen werden, zumal nicht alle Sprachfassungen dieses Begriffspaar enthalten¹⁰³⁷. Außerdem sind „Art der Güter und Dienstleistungen“, die den Vertragsgegenstand ausmachen (Art. 4 I), ohnehin weit auszulegen¹⁰³⁸, der Art. 4 II aber zum Schutz des Verbrauchers eng. Kann dem Art. 4 I noch entnommen werden, daß der Vertragszweck bzw. Vertragstyp als solcher kontrollfrei ist, muß Art. 4 I im übrigen – ähnlich wie die nationalen, dem deutschen § 307 II Nr.2 BGB¹⁰³⁹ vergleichbaren „Aushöhlungsmaßstäbe“ – von der Frage der Kontrollunterworfenheit getrennt werden¹⁰⁴⁰.

b) Skandinavien

In den nordischen Ländern (Finnland, Schweden, Dänemark) war eine dem Art. 4 II entsprechende ausdrückliche Regelung im Gesetz nicht vorhanden und wurde auch im Rahmen der Richtlienumsetzung nicht eingeführt¹⁰⁴¹. In Skandinavien ging man ebenfalls grundsätzlich von dem Gedanken der Vertragsfreiheit aus und von der Annahme, daß beide Vertragsparteien sozial und wirtschaftlich gleichgestellt sind¹⁰⁴². Als wesentliche Kontrollvorschrift gilt in allen drei Ländern für alle Verträge – ohne sachliche oder persönliche Einschränkung – die im wesentlichen wortgleiche Generalklausel Art. 36¹⁰⁴³ des jeweiligen

¹⁰³⁴ Sowohl „prestation“ als auch „prestation principal“ werden synonym für die Beschreibung von Hauptleistungspflichten verwandt, vgl. für den kontrollfreien Bereich vor Umsetzung der RL: Ghestin, Formation du contrat, S.799, Rz.797 spricht von „prestations principales“; Terré/Si mler/Lequette, Rz.257 u. Rz.505 von „prestations“.

¹⁰³⁵ So aber Kieninger, VersR 1998, S.1971 ff., 1974; Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 285 („wesentlicher Teil der Hauptleistungspflichten“).

¹⁰³⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84), 55 endg., S.2 Nr.10; auch in dem Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.17 wird im Zushg. m. Art. 4 II von der Kontrollfreiheit der „Definition des Vertragsgegenstandes“ gesprochen; S.14: „Produkteigenschaften“.

¹⁰³⁷ Art. 4 I: franz. („en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l’ objet du contrat...“); ital. („tenendo conto della natura die beni o servizi oggetto del contratto“); span. („se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato“) – im Gegensatz zu engl. („taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded“).

¹⁰³⁸ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.7

¹⁰³⁹ Dessen „Natur des Vertrages“ ähnelt wiederum vielen anderen Sprachfassungen des Art. 4 I, s.o.

¹⁰⁴⁰ Vgl. oben unter 2. Teil B III 1.b).

¹⁰⁴¹ Bericht der Kommission v. 27.04.2000, KOM (2000), 248 endgültig, S.16.

¹⁰⁴² V.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 277; Dyer, Konferenzunterlagen, S.261 ff., 262.

¹⁰⁴³ **Schwedische Fassung** in engl. Übersetzung, bei Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 194, FN 9:

„A contract term may be adjusted or held unenforceable if the term is unreasonable with respect to the contracts contents, circumstances at the formation of the contract, subsequent events or other circumstances. If the term is of such significance that it shall otherwise be enforceable in accordance with its original terms, the contract may also be adjusted in other respects or held unenforceable in its entirety.

With respect to the application of the first paragraph, special consideration shall be given to the need for protection of consumers and others who assume an inferior position in the contract relationship.

The first and second paragraphs shall be given similiar applications to terms in other legal relationships than that of a contract.“

Vertragsgesetzes¹⁰⁴⁴. Auch das Verständnis und die Auslegung der Generalklauseln ist hinsichtlich der Rechtsfolge bei Unbilligkeit einer Vertragsklausel in allen skandinavischen Ländern gleich¹⁰⁴⁵. Es gibt danach zwei mögliche Rechtsfolgen: Nichtberücksichtigung bzw. Unverbindlichkeit oder Anpassung der Klausel sowie des restlichen Vertrages¹⁰⁴⁶. Selbst Einzelfallumstände nach Vertragsschluß können gemäß Art. 36 zu einer Unbilligkeit führen¹⁰⁴⁷. Daraus ergibt sich eine große Freiheit für den Richter, die von den Gerichten oft in der Weise genutzt wurde, daß sie Klauseln und Vertragswerke solange veränderten und anpaßten, bis sie fair waren¹⁰⁴⁸. Dieser große Spielraum für den Richter wurde als ein wichtiges Prinzip des Vertragsrechts angesehen¹⁰⁴⁹.

Die Kontrolle nach der Generalklausel des Vertragsgesetzes ist nicht auf Nebenabreden beschränkt, sondern es werden auch die Hauptleistungen der Parteien kontrolliert, insbesondere sind auch Preiskontrollmechanismen zulässig. Es ist daher möglich, die Zahlungspflichten soweit anzupassen und zu verändern, bis ein fairer und verhältnismäßiger Standard erreicht ist¹⁰⁵⁰, wobei die Rechtsprechungspraxis nicht willkürlich ist¹⁰⁵¹. Dieses Konzept basiert auf dem skandinavischen Verständnis eines Vertrages als Mittel zur vernünftigen und fairen Umverteilung von Vermögen in der Gesellschaft¹⁰⁵². Die Herbeiführung der Fairneß im Einzelfall wird als Rechtfertigung für den starken Eingriff in die Vertragsfreiheit angesehen¹⁰⁵³. Gerade bei den zentralen Regelungen des Vertrages (Preis/Leistungsverhältnis der Hauptleistungen) müsse das Fairness-Prinzip auch angewandt werden¹⁰⁵⁴. So sehen auch die Generalklauseln für die Verwaltungskontrolle durch den Ombudsmann¹⁰⁵⁵ ausdrücklich die Berücksichtigung des Preis-Leistungs-Verhältnisse (also Zulässigkeit des Preisarguments)¹⁰⁵⁶, oder die Kontrolle und Anpassung des Preises

dänische Fassung in engl. Übersetzung bei Iversen/NØrgaard/Wegener/Ørgaard, S.140; **finnische Fassung** in CLAB FI 000034 – aufgrund des Zwecks Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt der eigentliche Anwendungsbereich bei Verbraucherverträgen.

¹⁰⁴⁴ In Schweden Vertragsgesetz von 1915/Generalklausel seit 1976; Finnland: 1929/1982; Dänemark: 1917/1975.

¹⁰⁴⁵ Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 26.

¹⁰⁴⁶ Restvertragsanpassung z.B. auch nach finn. Veraltungskontr. gem. Kap 4 Art. 1 des KonsumentenschutzG 1978.

¹⁰⁴⁷ Klami, ZEuP 1996, S.172 ff., 278; Zusammenhang bei Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 32

¹⁰⁴⁸ Für Schweden, vgl. Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 198- Anpassungen auch zuungunsten des Verbrauchers, wenn dadurch ein faires Gleichgewicht erreichbar war, vgl. Iversen in Karlsruher Forum 1997, S.116 – insb.nach dem schwedischen Art. 36 sind aber Verbraucherinteressen besonders zu berücksichtigen, so daß hier die Anpassungsschwelle besonders niedrig war.

¹⁰⁴⁹ Bernitz, ERPL 1997, S.213 ff., 218; ders. in Lonbay, S.188 ff., 198

¹⁰⁵⁰ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 239; Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 194; Wilhelmsson, ERPL 1997, S.151; z.B. auch nach dem dän. VerbraucherkreditG, Art. 22 (engl. Übers. bei Iversen/NØrgaard/Wegener/Ørgaard, S.241).

¹⁰⁵¹ Anpassung nur, wenn das Äquivalenzverhältnis im Vergleich zu der generellen Praxis in diesem Bereich außerordentlich nachteilig für die schwächere Partei ist, Wilhelmsson, ERPL 1997, S.151 ff., 156; ders., Konferenzunterlagen, S.25 ff., 31; typischer Fall z.B. wenn Teenager ihr erstes Auto aus Unwissenheit und Ungeduld für einen exzessiven Preis kaufen. Dem entspricht die Forderung, in Übereinstimmung mit der RL (Art. 3: erhebliches Mißverhältnis) die Preisanpassung nur bei einem erheblichen Ungleichgewicht durchzuführen, Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 194.

¹⁰⁵² Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 239

¹⁰⁵³ Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 26

¹⁰⁵⁴ Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 32

¹⁰⁵⁵ Schweden: Gesetz über das Verbot unbilliger Vertragsbedingungen von 1971, Art. 1 I; Finnland: KonsumentenschutzG 1978, Kap.3 Art. 1(engl. Übers.CLAB FI 000024), Kap.4 Art. 1 (engl. Übers.CLAB FI196).

¹⁰⁵⁶ In Kap. 4 Art. 1 des finn. KonsumentenschutzG wird das Äquivalenzverhältnis zwischen Produktqualität u. dem üblichen Preislevel („considering the quality of the article or service and the general price level...“) herangezogen, um zu bestimmen, ob der konkret geforderte Preis „unreasonable“ ist – auch Kap.3 Art. 1 nennt ausdrücklich das Preis-Leistungsverhältnis als Prüfungspunkt für die Unfairneß; gleiche Situation in Schweden nach Art. 1 I des Gesetzes von 1971 (dt. Übers. bei Carsten, WuW 1973, S.667 ff., 676).

selbst vor¹⁰⁵⁷. Der Verbraucherschutz in den nordischen Ländern geht also mit dem extrem weiten Kontrollumfang bei der Inhaltskontrolle über den Schutzstandard der Richtlinie hinaus und greift zugunsten eines „sozialen Vertragsrechts“¹⁰⁵⁸ weit in die Vertragsautonomie ein. Die Regelung des Art. 4 II der Richtlinie ist dagegen marktorientierter¹⁰⁵⁹.

Nach Umsetzung der Richtlinie schraubten die nordischen Länder ihren Standard leicht zurück, um dem weniger flexiblen und schwerpunktmäßig bei der abstrakten Kontrolle ansetzenden System der Klauselrichtlinie¹⁰⁶⁰ Rechnung zu tragen¹⁰⁶¹. Bei der nach wie vor möglichen Rechtsfolge des „Anpassens“ der einzelnen Klausel und des Restvertrages (mit Einverständnis des Verbrauchers) ist aber m.E. die Vereinbarkeit mit der weniger flexiblen Rechtsfolge der Unverbindlichkeit (Art. 6 I)¹⁰⁶², dem Transparenzgebot und der danach unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion¹⁰⁶³ immer noch fraglich. Aufgrund der Tatsache, daß in Skandinavien ein anderes Kontrollsystem verfolgt wird als von der Klauselrichtlinie (Art. 4 II, 6 I), ist das Verständnis einer umfassenden Inhaltskontrolle bei der Auslegung des Art. 4 II nicht heranzuziehen. Denn in den skandinavischen Ländern stellt sich die Problematik der Abgrenzung eines kontrollfreien Bereiches gar nicht.

c) Großbritannien

aa) Rechtslage vor Umsetzung der Klauselrichtlinie

aaa) Unterschiede des Common Law zu den kontinentaleuropäischen Zivilrechten

Bis auf Skandinavien geht es in den bisher genannten Ländern bezüglich der Abgrenzung des Kontrollgegenstands im wesentlichen darum, zu bestimmen, welcher Teil der Hauptleistungen der inhaltlichen Kontrolle entzogen ist (s.o., insb. Österreich). Bei der Untersuchung, ob es in Großbritannien ein insoweit – und dem Art. 4 II - vergleichbares Abgrenzungsproblem gibt, muß man sich an dieser Stelle zunächst einige wesentliche Unterschiede im Vertragsrecht zwischen kontinentaleuropäischen Zivilrechten und dem Common Law vergegenwärtigen¹⁰⁶⁴: Die Unterscheidung zwischen Hauptleistungspflichten und Nebenpflichten¹⁰⁶⁵/ sonstigen Vertragsklauseln ist im kontinentalen Zivilrecht verankert, wo das Gesetz für verschiedene Vertragstypen, die durch Vereinbarung der Hauptpflichten bestimmt werden, unterschiedliche Rechte und Pflichten regelt. Die Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten ist für die Rechtsfolge bei Pflichtverletzung entscheidend: bei

¹⁰⁵⁷ Ausdrücklich in Finnland, Art. 36 III Vertragsgesetz und Kap.4 Art. 1 Konsumentenschutzgesetz von 1978 (engl. Übers. bei CLAB FI 000196): „If...the price of a contract is unreasonable, it may be adjusted“ – aber auch in den anderen nordischen Ländern anerkannt, vgl. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 31 f.

¹⁰⁵⁸ Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 26

¹⁰⁵⁹ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 239

¹⁰⁶⁰ Vgl. oben I. Teil D II 2.

¹⁰⁶¹ Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 32 ff.; ders., ERPL 1997, S.151 ff., 154; Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 198; ders. ERPL 1997, S.213 ff., 218 f. – die Anpassung des Restvertrages ist bei Verbraucherverträgen im Fall einer angepaßten oder unwirksamen Klausel (die nicht im einzelnen ausgehandelt ist), nur noch dann möglich, wenn nicht der Verbraucher die unveränderte Aufrechterhaltung des Restvertrages fordert (z.B. Art. 11 III des schwed. Gesetzes 1994:1512; Art. 38 c I des dän. VertragsG); Umstände nach Vertragsschluß dürfen bei Verbrauchervertr. nicht mehr zum Nachteil des Verbrauchers berücksichtigt werden (z.B. Art. 11 II Gesetz 1994:1512; Art. 38 c II dän. VertragsG; Kap.4 Art. 2 III finn. KonsumentenschutzG 1978).

¹⁰⁶² So an sich auch Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 198; ders. ERPL 1995, S.213 ff., 218.

¹⁰⁶³ Unten unter 2. Teil D II 2. c).

¹⁰⁶⁴ Vgl. dazu de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., insb. S.265 ff.

¹⁰⁶⁵ Folgen aus Parteivereinbarungen, Gesetz, Treu und Glauben, oder ergänzender Vertragsauslegung.

Hauptleistungspflichten kann der Vertragspartner Erfüllung verlangen, bei Verletzung einer Nebenpflicht idR nur Schadensersatz¹⁰⁶⁶.

Im Common Law läßt der Vertrag als Austausch von Versprechen („exchange of promises“) keine Leistungsverpflichtungen der Parteien („obligations“) entstehen, deren Erfüllung verlangt werden kann; sondern der Versprechensempfänger ist bei Nichteinhaltung oder Schlechterfüllung eines Versprechens grundsätzlich nur zu Schadensersatz wegen Vertragsbruchs („breach of promise bzw. breach of contract“) berechtigt¹⁰⁶⁷. Verbindlichkeiten - „liabilities“ im Unterschied zu den „obligations“ im Kontinentalrecht - entstehen also erst bei Nichteinhaltung eines Versprechens und dann besteht die Verbindlichkeit auch nur in einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung¹⁰⁶⁸. Dabei wird grundsätzlich - insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolge - zwischen den einzelnen „promises“ kein Unterschied gemacht. Eine Abgrenzung von Haupt- und Nebenpflichten („principal und subsidiary liabilities“) ist dem englischen Recht grundsätzlich fremd¹⁰⁶⁹. Eine Unterscheidung nach verschiedenen Vertragstypen, die jeweils bestimmte Standard- bzw. Hauptpflichten implizieren, findet grundsätzlich nicht statt¹⁰⁷⁰.

Nur teilweise vergleichbar mit der Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenpflichten ist im Common Law die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen vertraglichen Pflichten, zwischen „conditions“ und „warranties“¹⁰⁷¹. Als „warranties“ werden alle vertraglichen Zusagen bzw. Vertragsgarantien bezeichnet, bei deren Verletzung nur ein Schadensersatzanspruch entsteht¹⁰⁷². „Conditions“ sind dagegen die für die Durchführung des Vertrages wesentliche Bestimmungen, von deren Einhaltung das Bestehen oder Fortbestehen des Vertrages abhängt und bei deren Verletzung der vertragstreue Partner wählen kann, ob er über einen Schadensersatz hinaus auch die Vertragsauflösung verlangen will¹⁰⁷³. Etwaige Ähnlichkeiten zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen nach „altem“ deutschem Recht bei Schuldnerverzug¹⁰⁷⁴ bestanden nur hinsichtlich der Unterscheidung Schadensersatz/Abstandnahme von dem Vertrag bei Nichteinhalten einer Pflicht¹⁰⁷⁵ - die Frage der Kontrollunterworfenheit oder eine dem kontinentalen Recht entsprechende Unterscheidung

¹⁰⁶⁶ Ausf. zu Erfüllungsansprüchen im deutschen und romanischen Rechtskreis, Zweigert/Kötz, 1996, S.469 ff.

¹⁰⁶⁷ Zweigert/Kötz, 1996, S.477ff.; Klageart: „assumpsit“ vgl. de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 265 – Ausnahmen nach Equity-Grundsätzen; ein Vertragsbruch (breach of contract) umfaßt Ansprüche wegen Nichterfüllung, Schlechterfüllung und Mängelhaftung, vgl. von Bernstorff, S.54 ff.; Zweigert/Kötz, 1984, S.222 f.

¹⁰⁶⁸ Vertrag als Garantieverprechen, v. Bernstorff, S.55; Zweigert/Kötz, 1984, S.222,227ff.; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.138ff.

¹⁰⁶⁹ De Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 267/68; es wird nur zwischen vertraglichen Regelungen und außervertraglichen Nebenabreden unterschieden, vgl. von Bernstorff, S.41.

¹⁰⁷⁰ Von Bernstorff, S.58; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.104 ff. („doctrine of implied terms“ wird selten angew.).

¹⁰⁷¹ Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.158: „Diese...Zweiteilung entspricht oft, wenn auch nicht notwendigerweise, der von Haupt- und Nebenpflicht nachdeutschem Recht.“

¹⁰⁷² „Contractual term, which is secondary to the main purpose of the contract“; Pons, Fachwörterbuch Recht, S.336.

¹⁰⁷³ Bosse, S.80; von Bernstorff, S.55/56; Zweigert/Kötz 1984, S.223; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.157.

¹⁰⁷⁴ Vor der Schuldrechtsreform konnten Anspr. aus § 326 BGB nur bei Hauptpfl. geltend gemacht werden; bei Nebenpfl. war eine Lösung vom Vertrag nach PVV nur möglich, wenn das Verhalten eine solche Vertragsverl. darstellte, die den Vertragszweck derart gefährdete, daß dem Gläubiger Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar war, Zweigert/Kötz, 1984, S.224 - die engl. Form. ist ähnl., nach der dann eine condition gegeben ist, wenn, „the particular stipulation goes to the root of the matter, so that failure to perform it would render the performance of the rest of the contract (for one party) a thing different in substance from what the (other party) has stipulated for“ (ähnl. Wortlaut der sec. 3 para 2 b ii) UCTA 1977) – nunmehr ist ein RücktrittsR nach § 323 BGB n.F. ohne Beschränkung auf synallagmat. Hauptleistungspflichten bei allen Verzugsfällen möglich.

¹⁰⁷⁵ Zweigert/Kötz, 1984, S.230/231 (auch in Frankreich ähnlicher Gedanke); auch seit 1964 durch die Haager Staatenkonferenz in das „Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen“ übernommen.

derung zwischen Haupt- und Nebenleistungen ist aber nicht betroffen¹⁰⁷⁶. Schlußfolgerungen für Art. 4 II sind auch deshalb problematisch, weil die Parteien letztlich selbst durch eindeutige Vertragsausgestaltung die Qualifizierung als warranty/condition und damit die gewollte Rechtsfolge selbst bestimmen können, während die Frage der Kontrollunterworfenheit von dem Parteiwillen unabhängig ist.

Trotz des Grundsatzes, dass zwischen Haupt- und Nebenleistungen nicht unterschieden wird, und dass bei Nichtleistung des Vertragspartners kein Anspruch auf Erfüllung besteht, gibt es auch im Common Law eine Regel, der zumindest der Gedanke zugrundeliegt, dass ein Mindestmaß bzw. wesentlichen Pflichten des Vertrages erfüllt werden müssen. Dieser Gedanke liegt der „fundamental breach doctrine“ bzw. „main purpose -rule“ zugrunde, die – wie oben gezeigt – mit dem Grundsatz des kontinentalen Zivilrechts vergleichbar ist, nach dem die Erfüllung wesentlicher vertraglicher Pflichten¹⁰⁷⁷ nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann und eine Haftungsausschlußklausel keine Wirkung haben kann (sog. Aushöhlungsargument)¹⁰⁷⁸. Hier wird auch im Common Law ansatzweise von einer verschiedenen Wertigkeit der vertraglich vereinbarten Pflichten ausgegangen, da die Regel nur für „fundamental term“ gilt, die teilweise enger verstanden werden als „conditions“¹⁰⁷⁹; die genaue Abgrenzung ist in Literatur und Rechtsprechung aber nicht klar. Ein ähnlicher Gedanke findet sich seit 1977 in Sect. 3 II b)¹⁰⁸⁰ der UCTA¹⁰⁸¹, nach dem sich eine Vertragspartei auf Klauseln, die ihm ermöglichen, noch nicht einmal ein Mindestmaß der gegebenen Versprechen bzw. der Standardverpflichtungen einzuhalten, nicht berufen darf; auch wenn grundsätzlich die Bezeichnung des Vertragstyps keine automatischen Pflichten hervorruft. Diese vorhandenen Regelungen zeigen, daß trotz des grundsätzlich anderen Rechtssystems¹⁰⁸² auch in den Common Law-Staaten unterschiedliche Wertigkeiten von Vertragspflichten vorhanden sind (dazu auch unter bbb). Das Verständnis des Hauptzwecks („main purpose“) oder der Substanz der Vertrages („substantially different“) ist allerdings nicht deckungsgleich mit dem von Art. 4 II anvisierten Bereich¹⁰⁸³.

bbb) Kontrollfreier Raum bei der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen

In dem englischen Vertragsrecht wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit besonders betont; Vertragsfreiheit war einstmals dem Recht auf Eigentum gleichgestellt¹⁰⁸⁴. Es war deshalb auch im Common Law der Grundsatz anerkannt, daß die Äquivalenz zwischen dem Versprechen und der dafür gegebenen Gegenleistung den Parteien überlassen bleibt¹⁰⁸⁵. Bis

¹⁰⁷⁶ Dies zeigen die bei Zweigert/Kötz, 1984, S.224 aufgeführten Beispiele aus der englischen Rspr.

¹⁰⁷⁷ „Of the essence of the contract“; Zweigert/Kötz 1984, S.225.

¹⁰⁷⁸ Zu der main purpose-rule und den vergleichbaren kontinentaleuropäischen Grundsätzen, vgl. *oben B III 1 b*).

¹⁰⁷⁹ Treitel, S.207.

¹⁰⁸⁰ Sect.3 II: „As against that party, the other cannot by reference to any contract Term-

..(b) claim to be entitled: (i) to render a contractual performance substantially different from what was reasonably expected of him, or (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation to render no performance at all, except...the contract term satisfies the requirement of reasonableness“ – vgl. *auch B III 1.b*).

¹⁰⁸¹ Standardpflichten in sec. 2 und sec. 6 /7 (Pflichten „implied by law“) sind dagegen gesetzlich auferlegte Pflichten, aus denen sich keine weiteren Schlüsse ziehen lassen, de Moor ERPL 1995, S.257 ff., 268.

¹⁰⁸² Im folgenden Text werde ich auch für Großbritannien als Common Law-Vertreter zum besseren Verständnis die Begrifflichkeiten der zentraleuropäischen Zivilrechte verwenden.

¹⁰⁸³ Vgl. *oben unter B III 1 b*), trotz bestehender Ähnlichkeiten, dazu Treitel, S.249 iVm S.208.

¹⁰⁸⁴ Hartwig in Karlsruher Forum 1997, S.113; Zweigert/Kötz, 1984, S.21.

¹⁰⁸⁵ Uff in Lonbay, S.163 ff., 167; Treitel, S.248749.

auf wenige Ausnahmen¹⁰⁸⁶, wie z.B. der absoluten Grenze des Wucherpreises¹⁰⁸⁷, findet keine richterliche Kontrolle eines überhöhten Preises zugunsten eines „justum pretium“ statt¹⁰⁸⁸. Die Rechtsprechung war generell unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit lange Zeit sehr zurückhaltend, was eine inhaltliche Kontrolle angeht¹⁰⁸⁹. Auch später kontrollierte die Rechtsprechung im wesentlichen nur Haftungsfreizeichnungs- und -beschränkungsklauseln, die sich auf die Verantwortlichkeit und Haftung des Unternehmers („seller or supplier“) beziehen¹⁰⁹⁰. Ebenfalls auf die Kontrolle von Freizeichnungsklauseln beschränkt waren die gesetzlichen Inhaltskontrollregelungen des Unfair Contract Terms Act 1977; eine Generalklausel für eine allgemeine offene Inhaltskontrolle war nicht enthalten.

In Großbritannien mußte also zwischen solchen Klauseln unterschieden werden, die zulässigerweise den Inhalt der Leistungspflichten – auch einschränkend - definieren („obligation defining“) und solchen Klauseln, die die Haftung beschränken oder ausschließen („exemption or exclusion clauses“) und damit der richterrechtlichen Kontrolle bzw. später der Kontrolle nach dem UCTA 1977 unterliegen¹⁰⁹¹. Bei Leistungsdefinitionen ist nur die Kenntnisnahmemöglichkeit erforderlich. In der Rechtsprechung ist bei dieser Abgrenzung anerkannt, daß im Einzelfall auch Vertragsbedingungen, die als Haftungsausschluß- oder Haftungsbeschränkungsklauseln formuliert sind, inhaltlich eine (eingeschränkte) Definition der Leistungspflicht darstellen können¹⁰⁹². Zum Schutz des Vertragspartners legt aber die Rechtsprechung den kontrollfreien Bereich der Definition eng aus¹⁰⁹³, damit möglichst

¹⁰⁸⁶ Bestimmung eines vernünftigen („reasonable“) Preises durch den Richter bei fehlender Vereinbarung, Sect.8 des Sales of Goods Act 1979 (dazu Atiyah, Sale of Goods, S.28 ff.) und Sect.15 I des Supply of Goods and Services Act 1982 (dazu Miller/Harvey/Parry, S.159); in der Praxis wenig bedeutsam, weil diese „implied terms“ leicht auszuschließen sind, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 298.

¹⁰⁸⁷ Z.B. sect.137 ff. Consumer Credit Act 1974: der Richter eine Kreditvereinbarung korrigieren, wenn sie „extortionate“ ist, d.h. stark überhöht („grossly exorbitant“), oder der Vertrag sonst besonders unlauter ist („otherwise grossly contravenes principles of fair dealing“), v.Hippel, RabelsZ 41 (1977) S.237 ff., 272 m.w.Nachw.; Miller/Harvey/Parry, S.159, 306 ff.; Atiyah, Law of Contract, S.303 - daneben gab es einen mit dem dt. § 138 II vergleichbaren Rspr.-Grundsatz: bei extremer Unausgeglichenheit des Vertrages unter Ausnutzung der ungleichen Verhandlungsmacht kann eine Vertragsklausel wegen „unconscionability and inequality of bargaining power“ unauswendbar sein, vgl. Atiyah, Law of Contract, S.300 ff.; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 225; Miller/Harvey/Parry, S.371 ff.

¹⁰⁸⁸ Nach sec. 1 des Sale and Supply of Goods Act 1994 ist zwar die zufriedenstellende Qualität der Waren aus Sicht einer vernünftigen Person unter Berücksichtigung auch des Preises zu bemessen; um aber keine indirekte Preiskontrolle durchzuführen, wird der Kaufpreis nur mit Einschr. als Maßstab verwandt, vgl. Diedrich, VuR 1995, S.399 ff., 408.

¹⁰⁸⁹ Whincup, FS Reich, S.569 ff., 571 „philosophy of laissez-faire“; Collins, Konferenzunterlagen, S.317 ff., 318 – Ausnahmen: „fundamental breach-doctrine“ sowie der dem deutschen § 138 II vergleichbaren „unconscionability and inequality of bargaining power“ – vgl. oben unter 2. Teil B III 1.b) und c).

¹⁰⁹⁰ Dieser enge Kontrollbereich hängt mit dem o.g. VertragsR des Common Law zusammen: da die Nichteinhaltung eines vertragl. Versprechens zu einer SE-Haftung wegen Vertragsbruchs („liability for breach of contract“) führte, galten haupts.l.Klauseln die diese Haftung ausschließen („exemption or exclusion clauses“) als „Nachteil“ für den Versprechensempfänger, de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 266; Uff in Lonbay, S.163 ff., 165.

¹⁰⁹¹ Miller/Harvey/Parry, S.350 ; vgl auch Bericht der Law Commission von 1975, der dem UCTA 1977 zugrundeliegt, bei Miller/Harvey/Parry, S.351-z.B. ein Maler, der einwilligt, die Holzfassade eines Hauses mit Ausn. der Garagentür zu streichen, definiere so zulässigerweise seine eingeschränkte Leistungspflicht, sofern die Klausel „is brought to the promisee’s attention“: Die Formulierung als Definition oder Ausschlußklausel sei irrelevant: gleichzubehandeln sei deshalb eine Klausel, die den Begriff „outside woodwork“ so definiert, daß darunter keine Garagentüren fallen; w.Bsp.:Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 248; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.131; ders. Law of Insurance, Rz.19-5.

¹⁰⁹² Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 298; z.B. Jackson v Union Marine Insurance Co. (1874) LR 10 CP 125 - so auch Lit., siehe vorherige FN.

¹⁰⁹³ Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 249 f.- das Argument, es handele sich um eine bloße Definition, wurde oft als Versuch der Umgehung der Inhaltskontrolle bezeichnet und nicht anerkannt.

viele Klauseln der inhaltlichen Kontrolle unterliegen. Dem gleichen Zweck dient auch die weite Auslegung des Begriffs der Freizeichnungsklauseln iSd UCTA¹⁰⁹⁴; darunter fallen z.B. auch Rücktritts- und Änderungsvorbehalte, Ausschlußfristen, Beweislastumkehr u.ä.

In der Literatur und Rechtsprechung werden alle Klauseln, die Abweichungen von zwingenden Normen oder implied terms¹⁰⁹⁵ vorsehen oder die davon abweichen, was ein vernünftiger Vertragspartner erwarten oder verstehen durfte, eher als kontrollfähige Haftungsbeschränkungs- oder Haftungsausschlußklauseln angesehen¹⁰⁹⁶. Dies ähnelt der formalen Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches der deutschen herrschenden Meinung¹⁰⁹⁷ - beinhaltet aber auch genauso die Gefahr der Vermischung der unterschiedlichen Prüfungsstufen von Kontrollunterworfenheit und der eigentlichen Inhaltskontrolle. Gleiches gilt auch für die Abgrenzung im Rahmen des –bereits oben unter aaa) erwähnten- sec.3 II b) des UCTA 1977. Die englische Rechtsprechung unterscheidet hier zwischen solchen Klauseln, die zulässigerweise die (eingeschränkte) Leistung definieren („contractual obligation“) und solchen Klauseln, die unter Sec.3 II b fallen und dem Versprechenden einen erheblichen Spielraum einräumen, in welcher Art und Weise er die Leistung erbringt¹⁰⁹⁸, wobei nach dem Wortlaut der Sec.3 II b UCTA 1977 der Grad der Abweichung von der vernünftigerweise zu erwartenden Leistung ausschlaggebend ist¹⁰⁹⁹.

Auch wenn das englische Recht eine mit Art. 4 II vergleichbare Regelung nicht kannte, wird im Ergebnis nicht die eigentliche Festlegung der (Haupt-)Leistungspflicht kontrolliert, sondern nur Freizeichnungsklauseln und nach Sec.3 II b UCTA 1977 erhebliche Abweichungen („substantially different“) von der vereinbarten bzw. vernünftigerweise zu erwartenden Erfüllungshandlung oder ein völliges Ausbleiben der Erfüllung¹¹⁰⁰. Genauso wie in Frankreich muß aber bei der Abgrenzung von „definition“ und „exemption clauses“ im Hinblick auf mögliche Auslegungsanhaltspunkte für Art. 4 II berücksichtigt werden, daß die englische Abgrenzungspraxis von einer anderen Prämisse ausgeht. Anders als nach der Klauselrichtlinie, nach der grundsätzlich alle Arten von Klauseln kontrollunterworfen sind (Ausnahme: Art. 4 II), unterlagen eben nur die Freizeichnungsklauseln einer Inhaltskontrolle. Trotz der nicht deckungsgleichen Abgrenzungproblematik kann jedoch der englischen Rechtsanwendungspraxis in jedem Fall die allgemeine Wertung entnommen wer-

¹⁰⁹⁴ Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, Einl., Rz.52.

¹⁰⁹⁵ Implied terms sind Regelungen, die aufgrund von Gesetz, Verkehrssitte, oder mutmaßlichem Parteiwillen als stillschweigend vereinbart gelten (diese Regelungen sind damit Vertragsbestandteil).

¹⁰⁹⁶ Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 249; Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 298 „es fehlte aber an klaren Abgrenzungskriterien : „Unfortunately, no clear criteria have been established for determining into which category excluding terms should fall and each such term will therefore have to be dealt with on an individual basis“.

¹⁰⁹⁷ *Insb. 2.Teil B III 3.a)aa)*- auch berechnete Erwartungen werden im Wege ergänzender Vertragsauslegung unter „Recht svorschriften“ iSd § 307 III 1 BGB subsumiert.

¹⁰⁹⁸ Zu dem Problem allgemein auch Coote, S.1 ff., 104 ff.; Lord Wilberforce and Lord Diplock in Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd (1980) 1 All ER 556 (HL) – hier wird auch die ältere Rspr. hinsichtlich der Abgrenzung im Rahmen der „main purpose-rule“ herangezogen, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.351.

¹⁰⁹⁹ Nach neueren Tendenzen in Lit. und Rspr. wird Sec.3 des UCTA weit ausgelegt und erfaßt z.B. auch solche Klauseln, die den supplier ermächtigen, einseitig das Lieferdatum oder die Art und Weise der Leistungserbringung zu verändern, vgl. Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 37 m.Rspr.nachw.

¹¹⁰⁰ AA möglicherweise Willett; ERPL 1997, S.223 ff., 230: „UCTA ...covers...main subject matter terms“.

den, daß der kontrollfreie Bereich einer Definition eher eng zu ziehen ist und daß die Art der Formulierung einer Klausel (als Definition oder Ausschluß) nicht entscheidend ist¹¹⁰¹.

bb) Rechtslage nach Umsetzung der Klauselrichtlinie

Aufgrund der Tatsache, daß dem Common Law die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten fremd war (s.o.), brachte die Umsetzung des Art 4 II der Klauselrichtlinie ein neues Element in das englische Recht¹¹⁰². Der Art. 4 II wurde in den UTCC Regulations 1999 idF 2001 nahezu wörtlich durch Reg.6 II¹¹⁰³ umgesetzt: danach werden die als „core provisions“¹¹⁰⁴ bezeichneten Klauseln nicht dem Fairnesstest unterzogen, soweit sie transparent sind („plain, intelligible language“). Das Office of Fair Trading (OFT) - die Behörde, die für die Verwaltungskontrolle von Vertragsklauseln zuständig ist - scheint keine größeren Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu sehen und zählt alle zentralen Bestimmungen des Geschäftes zu den „core terms“¹¹⁰⁵. Bei diesen Klauseln gehe die Vertragsfreiheit vor, vorausgesetzt, daß die Transparenz dem Verbraucher eine Berücksichtigung vor Vertragsabschluß ermögliche¹¹⁰⁶.

Hinsichtlich der Frage, welche Klauseln genau zu den kontrollfreien „core terms“ gehören, gibt es in Großbritannien Tendenzen, die auf einen eher weiten kontrollfreien Bereich hindeuten¹¹⁰⁷. So wird z.B. erwogen, ob sog. „entire agreement clauses“¹¹⁰⁸, nach denen Abweichungen von dem Standardvertrag oder mündlichen Abreden für (schrift)formbedürftig und zum Teil für unwirksam erklärt werden, als „core terms“ iSd Reg. 6 II zu verstehen sind¹¹⁰⁹. Nach dem OFT sind Preisklausen oder Vertragsgegenstandsdefinitionen – unter Hinweis auf die Formulierung der Einleitung des Richtlinienanhangs – dann nicht als „core terms“ zu behandeln, wenn sie die gleiche Wirkung oder Folge wie sonst unfaire Klauseln haben. Dies gelte z.B. für die Erhebung von Beendigungskosten, die den gleichen Zweck haben wie unfaire Kündigungsstrafen¹¹¹⁰. Letztlich wird es grundsätzlich auf die

¹¹⁰¹ So auch Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S.243 ff., 251 für die vergleichbare Problematik bei Reg.3 II (a.F.) der Regulations von 1994.

¹¹⁰² De Moor, *ERPL* 1995, S.257 ff., 267 - Auch Art. 4 I setzt bei dem Vertragsgegenstand bzw. Besonderheiten des jeweiligen Vertragstyps an, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.7.

¹¹⁰³ Reg.6 II: „In so far as it is plain intelligible language, the assessment of the fairness of any term shall not relate a) to the definition of the main subject-matter of the contract, or b) to the adequacy of the price or remuneration, as against goods or services supplied in exchange.“ – die Fassung der UTCC Reg. aus dem Jahr 1994 in Reg.3 II a.F. war nur unwesentlich anders formuliert.

¹¹⁰⁴ Locket/Egan, 5.10; Adams, *JBL* 2000, S.203 ff., 211.

¹¹⁰⁵ „...central to how consumers perceived the bargain“; vgl. Bulletin, Issue No.2, September 1996, S.13 (auch bei Willett/Hird in Cartwright, S.227, FN 24); „...terms that are genuinely central to the bargain between consumer and supplier“; *Unfair terms guidance*, Rz.19.13; Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 298.

¹¹⁰⁶ OFT, *Unfair terms guidance*, Rz.19.12. und 19.13: „...such terms being expressed and presented in such a way as to ensure that they are, or at least are capable of being, at the forefront of the consumer’s mind in deciding whether to enter the contract“.

¹¹⁰⁷ Vgl. Collins, Konferenzunterlagen, 288 ff., 298 mit Hinweisen, daß das Office of Fair Trading erstaunlich viele Klauseln als „core terms“ erklärt und sich deshalb nicht für zuständig hält; Beatson, *ZEuP* 1998, S.957 ff., 965 nimmt zu Unrecht eine Ausschlußklausel, die iSv Sec.3 II b) des UCTA 1977 eine Erfüllung „(renders) substantially different from that which was reasonably expected“ von dem Fairneßtest nach den UTCC Reg. aus.

¹¹⁰⁸ Bsp. bei Miller/Harvey/Parry; S.363; auch z.B. Ausschluß jeglicher Haftung des Verwenders für mündliche Zusagen (auch durch Angestellte u.Vertreter); nach Ansicht des Office of Fair Trading, Issue No 1, May 1996, bei Miller/Harvey/Parry, S.362 ff. kann eine solche Klausel wegen Schedule 3 I n) a.F. - entspricht Anhang Nr.1 n) der RL - nach Abwägung aller Umstände unfair sein.

¹¹⁰⁹ Dies wird von den Unternehmen vertreten, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.363 – dies wird aber zu Recht abgelehnt, Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S.243 ff., 251.

¹¹¹⁰ OFT, *Unfair terms guidance*, Rz.19.14 („termination charges“) iVm 5.8 („a penalty cannot be made fair by transforming it into provision requiring payment of a fee for exercising a contractual option“).

alte Frage der Abgrenzung von Definition („obligation defining“) gegenüber Haftungsausschlüssen bzw. –einschränkungen („exemption or exclusion clauses“) hinauslaufen (Oben unter aa)¹¹¹¹. Nur vereinzelt wird darauf hingewiesen, daß der Richtlinien text des Art. 4 II und die Umsetzungsregel nicht allgemein von Leistungsdefinitionen sprechen, sondern von der Definition des Hauptgegenstandes des Vertrages („definition of the main subject matter of the contract“) und daher die alte Abgrenzung nur als Ausgangsbasis genommen werden könne¹¹¹². Bisher ist aber – insb. angesichts der eben genannten Tendenzen - nicht zu erkennen, daß sich eine solche Ansicht nur für einen kontrollfreien „Kern“ der Leistungsdefinition durchsetzt¹¹¹³.

5. Italien als Land ohne Tradition einer allgemeinen offenen Inhaltskontrolle

Das italienische Rechts ist ebenfalls von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt¹¹¹⁴. Bis zur Umsetzung der Klauselrichtlinie gab es in Italien keine allgemeine offene Inhaltskontrolle. Die Rechtsprechung entwickelte keine eigenen Grundsätze¹¹¹⁵; sie wandte selbst die verdeckte Inhaltskontrolle durch Einbeziehungs kontrolle und Auslegung nur sehr zurückhaltend an¹¹¹⁶. Es gab auch kein Gesetz, das eine offene Inhaltskontrolle vorsah. Der Codice Civile (C.c.) enthielt neben den äußersten Grenzen für Leistungsbestimmungen¹¹¹⁷ nur wenige Ausnahmeregelungen mit einer inhaltlichen Wertung, die aber nicht die Festlegung der beiderseitigen Hauptpflichten betrafen¹¹¹⁸. Der Codice Civile (C.c.) von 1942 verfolgte vielmehr ein anderes Kontrollsystem als die Klauselrichtlinie. Selbst nachteilige AGB-Klauseln werden nicht inhaltlich kontrolliert, sondern müssen nach Art. 1341 II C.c.¹¹¹⁹ nur besondere Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllen, um wirksam zu sein¹¹²⁰. Auch im Rahmen des Art. 1341 II wird aber zwischen kontrollunterworfenen und kontrollfreien Klauseln unterschieden, wenn auch nur hinsichtlich der besonderen Einbeziehungs-

¹¹¹¹ Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 298.

¹¹¹² Vgl. auch Brownword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 248 ff., 251 – allenfalls vergleichbar wäre wohl nach dem Wortlaut die „main-purpose-rule“ bzw. der „main purpose“; der aber im Rahmen der Auslegung des Art. 4 II gerade nur bedingt beachtlich ist, vgl. oben unter I 1 b).

¹¹¹³ Auch hier gibt es also keinen zwingenden Hinweis auf eine Auslegung des „Hauptgegenstandes“ als ledigl. wesentl. i-cher Teil der Hauptpflichten, vgl. oben unter 2. Teil B III 4.a) cc) – insbesondere nicht, wenn man sich die hM zu weitem kontrollfr. Bereich bei Versicherungsverträgen ansieht, dazu 2. Teil C II 4.c).

¹¹¹⁴ Kretschmar, S.80; Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 310.

¹¹¹⁵ Obwohl der C.c. Regelungen enthielt, die den dt.§§ 242,315 BGB vergleichbar sind, Zweigert/Kötz, 1984, S.21; Cian, Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 56; Preussler, DACH, S.183 ff., 187 - einige Versuche der Rspr., auch Haftungsbeschr. inhaltl. zu kontrollieren, wurden nicht aufrechterhalten, Preussler, DACH, S.183 ff., 206; zu Tendenzen insbesondere bei atyp. Verträgen auch eine Inhaltskontrolle unter Rückgriff auf Art. 1322 II (Treu und Glauben) C.c. durchzuführen, Schwarz, S.141, FN 102; Kieninger, ZEuP 1996, S.468 ff., 475 – Kritik an passive Rspr.: Bonell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 11m.w.Nachw., Patti, Jahrbuch für italienisches Recht, S.77 ff., 80; Alpa, Konferenzunterlagen, S.53 ff., 54.

¹¹¹⁶ V.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 266; Bonell, ZvglRWiss 1ff., 10.

¹¹¹⁷ Art. 1447 (Wucher), Art. 1448 (Laesio enormis); Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 310 Fußn.4.

¹¹¹⁸ Art. 1229 (Haftungsfreizeichnungen), 1462 C.c. (Ausschl. best.Einreden), Art. 2968 (Verbot der Beweislaständ in best. Fällen); Art. 2965 (Verbot von Verfallklauseln) – auch in vielen Spezialvorschriften wurden Haftungsfreizeichnungskl. ausgeschlossen (z.B. Kauf-, Mietrecht, Hotel-, Bank- und Transportwesen).

¹¹¹⁹ Klauseln müssen gesondert schriftlich aufgeführt u. unterschrieben werden, Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.99 - Ausn: keine gesonderte schriftl.Bestätigung 1. bei von Interessenvertretungen gemeinschaftlich ausformulierte Musterbedingungen, vgl. v. Hippel RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., S.266; Bonell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 10; dagegen reicht der Handelsbrauch, Branchenüblichkeit oder eine Übung in den Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien nicht aus, vgl Urteil des Kassationsgerichts, Corte di cassazione (Civ.II) v. 23.Mai 1994 bei Kieninger, ZeuP 1996, S.468 ff., 469,474 ff.; 2. wenn die Klauseln im Beisein eines Notars in eine öffentliche Urkunde aufgenommen werden oder die Klauseln selbst Resultat von verhergehenden Verhandlungen der Vertragsparteien gewesen sind, vgl. Preussler, DACH, S.183 ff., 201/202.

¹¹²⁰ Sehr geringer Schutzstandard, Hondius, ERPL 1995, S.241 ff., 242.

voraussetzungen. Hinsichtlich der in Art. 1341 II abschließend¹¹²¹ aufgelisteten Klauseln¹¹²², die auch „gefährliche“ Klauseln („*clause vessatorie*“) genannt werden, wurde von dem Gesetzgeber die Wertung getroffen, daß die Gefahr der inhaltlichen Unausgewogenheit aufgrund der Überlegenheit und Stärke eines Vertragspartners besonders groß ist¹¹²³. Damit geht Italien wie z.B. auch Frankreich und Großbritannien, wo ebenfalls nur bestimmte Klauseln der Kontrolle unterworfen sind, von der Unbilligkeit der einzelnen Klausel aus¹¹²⁴. Die in Art. 1341 II aufgezählten Klauseln werden von der Rechtsprechung aber extensiv ausgelegt, so daß trotz der abgeschlossenen Aufzählung ein großer Teil kritischer Klauseln erfaßt wird¹¹²⁵.

Neben der Gefahr der Unausgewogenheit wird die besondere Gefährlichkeit der in Art. 1341 II aufgezählten Klauseln darin gesehen, daß diese Klauseln üblicherweise vor Vertragsschluß nicht gelesen und nicht beachtet werden. Mit der besonderen Voraussetzung einer gesonderten schriftlichen Bestätigung („*doppia firma*“) soll deshalb der Vertragspartner durch zwei Unterschriften gezwungen werden, sich mit diesen gesondert zu unterschreibenden Klauseln auch zu beschäftigen¹¹²⁶. Allerdings ist für eine wirksame Einbeziehung nicht erforderlich, daß der Kunde diese Klauseln auch tatsächlich gelesen und verstanden hat¹¹²⁷. Daher ist der bezweckte Warneffekt sehr zweifelhaft¹¹²⁸.

Nach dem Klauselkatalog des Art. 1341 II werden auch in Italien nicht die Festlegung der Hauptleistungen, sondern nur sonstige Vertragsmodalitäten kontrolliert. In Lehre und Rechtsprechung wird ausdrücklich zwischen in dem Katalog genannten Haftungsbeschränkungsklauseln, die die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllen müssen und solchen Klauseln, die lediglich den Vertragsgegenstand umschreiben und nicht Art. 1341 II unterfallen, unterschieden¹¹²⁹. Damit gab es in Italien eine mit Großbritannien vergleichbare Abgrenzungproblematik zwischen Haftungsbeschränkungen und kontrollfreien Leistungsdefinitionen¹¹³⁰. Die („alte“) italienische Abgrenzungspraxis im Hinblick auf den Kontrollbereich des Art. 1341 II kann nur bedingt als Anhaltspunkt für die Auslegung des

¹¹²¹ Str., ob nicht analogiefähig, vgl. Grebner, NJW 1971, S.968 ff., 969; Preussler, DACH, S.183 ff., 197 f.; Bonell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 8; Calia, RIW 1994, S.550 ff., 551, FN 3 m.w. Nachw.

¹¹²² Art. 1341 II enthält Klauseln zugunsten des Verwenders: Haftungsbeschränkungen, Rücktrittsbefugnis, Befugnis zur Aussetzung der Durchführung des Vertrages (Leistungsverweigerungsrecht); und zu Lasten der Vertragspartners: Verwirkung von Rechten (Verfallsfristen), Beschränkung der Befugnis zur Erhebung von Einwendungen und Einreden, Einschränkungen der Vertragsfreiheit mit Dritten, stillschw. Verlängerung/Erneuerung des Vertrages, Schiedsklauseln, Gerichtsstandsklauseln, ital.Text u.dt.Übers.v. Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.94, FN 170.

¹¹²³ Von den Gerichten wird teilweise als Vorprüfung für die Anwendbarkeit des Art. 1341 II geprüft, ob eine unfaire Klausel vorliegt, vgl. Cassazione Civile, sezione III v. 15.1.1997, CLAB IT 000385.

¹¹²⁴ Kritisch Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1 ff., 17/18.

¹¹²⁵ Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.97, S.304; Scheerer, AWD/RIW 1974, S.181 ff., 184; Überblick über die Rspr. bei v.Hippel, RabelsZ 41 (1977), S.237 ff., 265.

¹¹²⁶ Schwarz, S.141; Scheerer, AWD/RIW 1974, S.181 ff., 183; „Warnfunktion“, Bonell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 9; „effektive Kenntnis des Kunden von den Klauseln“ sicherstellen.

¹¹²⁷ Ausf. zu Vor.des Art. 1341 II, Preussler, DACH, S.183 ff., 199 ff.; Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.99 ff.; Grebner, NJW 1971, S.968 ff., 969; Cassazione civile, sezione I (3479/97) v. 22.4.1997, CLAB IT 000430; Cassazione civile, sezione III v.17.3.1998, CLAB IT 000359.

¹¹²⁸ Zweigert/Kötz, 1996, S.333; Kritik an ital. System auch Calia, RIW 1994, S.550 ff., 551; positivere Bewertung aufgrund der negativen Werbung bei einer gesonderten Unterschrift, Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 578.

¹¹²⁹ Abgrenzung im Einzelfall sehr schwierig, vgl. Preussler, DACH, S.183 ff. 205 f. mit Beispielen.

¹¹³⁰ In Großbritannien allerdings bei der Inhaltskontrolle; gleiches Abgrenzungsproblem für besondere Einbeziehungsregeln besteht auch in Luxemburg, wo nach Art. 1135-1 II Zivigesetzbuch besonders beeinträchtigende Klauseln, darunter auch Haftungsbeschränkungen, der besonderen schriftlichen Zustimmung bedürfen, Wortlaut bei Elvinger, ERPL 1997, S.185 ff., 190/191.

Art. 4 II herangezogen werden. Zwar handelt es sich hierbei um ein Art. 4 II ähnliches Abgrenzungsproblem, dem auch der gleiche Gedanke des Informationsdefizits bezüglich vertraglicher Nebenbestimmungen des Vertrages zugrundeliegt; die Reichweite und Auswirkungen der italienischen Abgrenzung sind aber nicht mit der Problemlage der Klauselrichtlinie vergleichbar. Denn der italienische Gesetzgeber wählte gerade einen anderen Weg als die Klauselrichtlinie, nämlich den der Abschlußkontrolle¹¹³¹ bzw. Informationsmöglichkeit statt der Inhaltskontrolle. Die Abschlußkontrolle stellt einen wesentlich geringeren Eingriff in die Vertragsautonomie dar, so daß der Abgrenzungsproblematik insoweit nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie bei Art. 4 II, wo es um den Gegenstand der inhaltlichen Kontrolle geht. Zudem gelten die oben angeführten Argumente zu den Unterschieden von Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle¹¹³².

Der Art. 4 II wurde in Art. 1469-ter II C.c. umgesetzt¹¹³³. Mit Umsetzung der Klauselrichtlinie wird in Italien erstmals von dem Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien durch gesetzliche Regeln abgewichen und der Schutz des Verbrauchers als der schwächeren Partei etabliert¹¹³⁴. Genausowenig wie in Frankreich gibt es in Italien, wo der Begriff des Vertragsgegenstandes („oggetto“) bereits im Vertragsrecht bekannt war, keine Anzeichen dafür, daß die Formulierung „oggetto principale del contratto“ des Art. 4 II einschränkend als wesentlicher Teil der Hauptpflichten oder essentialia verstanden wird¹¹³⁵. Vielmehr findet sich in der italienischen Umsetzungsregel des Art. 1469-ter II gerade nicht die Formulierung „oggetto principale del contratto“, sondern nur „determinazione dell’ oggetto del contratto“, also „Bestimmung des Vertragsgegenstandes“¹¹³⁶. Dies zeigt, daß „Hauptgegenstand des Vertrages“ mit „Vertragsgegenstand“ gleichgesetzt wird. Der kontrollfreie Raum wird „wie von der EG-Richtlinie vorgeschrieben“ als „Hauptleistung des Unternehmers und Angemessenheit des vom Verbraucher zu zahlenden Entgelts“ verstanden¹¹³⁷. Die Formulierung „Bestimmung bzw. Festlegung des Vertragsgegenstandes“ („determinazione dell’ oggetto del contratto“) sowie der altbekannte Umkehrschluß aus den Klauselkatalogen in Art. 1469-bis III und Art. 1469-quinquies II¹¹³⁸ sprechen insgesamt für einen engen kontrollfreien Bereich und dafür, daß jedenfalls Klauseln hinsichtlich Leistungsstörungen, Vertragsdurchführung etc. kontrollunterworfen sind.

¹¹³¹ Patti, Jahrbuch für italienisches Recht, S.77 ff., 79.

¹¹³² 2.Teil B III 1.a).

¹¹³³ „La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alle determinazioni dell’ oggetto del contratto, nè all’ adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.“; dt. Übers. bei Cian, Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 73; die Formulierung „vessatorio“, wie aus dem bisherigen Einbeziehungsrecht bekannt, statt „abusivo“ wie in Art. 4 II oder für Formular- und Standardvertragsklauseln in Art. 1469-sexies hat in der Literatur zu Diskussionen geführt, bisher ist aber nicht zu erkennen, daß Unterschiede aufgrund der verschiedenen Begriffe bestehen, Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 145; Micklitz/ Useaux, ZEuP 1998, S.104 ff., 110/111; nach Cian, S. 61/62 war ausdrückl. Ums. deshalb erforderlich, weil im italienischen Recht nach der Umsetzung mehr Wert auf den Maßstab des Gleichgewichts der gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen gelegt werde.

¹¹³⁴ Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 313 – die „alten“ Einbeziehungsregeln nur für AGB bleiben bestehen, so daß ein zweigleisiges Kontrollsystem des Code civil mit unterschiedlichen ratios besteht, dies.S.314.

¹¹³⁵ Dies zeigt sich auch in der unveränd. Rspr. zu Versicherungsbed., vgl. unten unter 2.Teil C II 7.c).

¹¹³⁶ Vgl.dt. Übers. bei Cian, Jahrbuch für italienisches Rechts, S.55 ff., 73; „Festlegung des Vertragsgegenstandes“ bei Patti, Jahrbuch für italienisches Recht, S.77 ff. 82.

¹¹³⁷ Vgl.Cian ZEuP 1998, S.586 ff., 589.

¹¹³⁸ Klauselkataloge in deutscher Übersetzung bei Cian, Jahrbuch des italienischen Rechts, S.55 ff., 71 ff.

IV Ergebnis

Dem Ergebnis des kontrollfreien Bereiches iSd Art. 4 II ist zunächst voranzustellen, daß die Auslegung der zu überprüfenden Vertragsklauseln (insb. auch Art. 5 Satz 2) vorrangig vor einer Prüfung der Schranken der Mißbräuchlichkeitskontrolle ist, weil dadurch erst der Prüfungsgegenstand festgelegt wird¹¹³⁹.

1. Erste Schlüsse aus dem Rechtsvergleich

Festzuhalten bleibt, daß die beiden Prüfungsstufen der Kontrollunterworfenheit (Gegenstand der Mißbräuchlichkeitskontrolle) und der logische nachrangigen eigentlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle nicht immer sauber getrennt werden. Die Formulierungen der Richtlinie wie „Beurteilung der Mißbräuchlichkeit“ in Art. 4 II und „nicht als mißbräuchlich beurteilt werden“ in Satz 1 des 19. EG tragen nicht gerade zu einer Klärung bei, da sie auf den ersten Blick auch der Prüfungsstufe der Mißbräuchlichkeitskontrolle zugeordnet werden könnten, zumal auch der Art. 4 I und EG 18, die eindeutig dieser Prüfungsstufe zuzuordnen sind, von „Beurteilung der Mißbräuchlichkeit“ sprechen.

Neben dem Wortlaut der Klauselrichtlinie (oben II) spricht auch der Ländervergleich dafür, daß der kontrollfreie Bereich des Art. 4 II in Abwägung von Vertragsfreiheit und Schutzbedürfnis die vertragliche Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten sowie deren Äquivalenzverhältnis umfaßt, da dies in nahezu allen Ländern der EU¹¹⁴⁰ zu erkennen ist. In den meisten Ländern ist nämlich eine Preis- und Leistungskontrolle durch die Gerichte außerhalb der äußerten Grenzen – z.B. laesio enormis, Wucher, Schikane oder Ausnutzung einer Monopolstellung – grundsätzlich unzulässig¹¹⁴¹. Es ist daher davon auszugehen, daß dies auch auf Gemeinschaftsebene im Sinne der Mehrzahl der Mitgliedstaaten so festgelegt werden sollte und zu verstehen ist¹¹⁴².

Aus dem Rechtsvergleich – wie auch aus der Richtlinie selbst (unter II) – ist zu erkennen, daß der kontrollfreie Bereich des Art. 4 II nicht sämtliche Klauseln, die die Hauptleistung „betreffen“¹¹⁴³, umfaßt, sondern eng verstanden werden muß¹¹⁴⁴. Im Umkehrschluß aus vorhandenen Kontrollregelungen ergibt sich, daß jedenfalls typische Nebenabreden wie Regelungen der Leistungsstörungen, der Leistungsmodalitäten, der Vertragsdurchführung und -abwicklung, Rechtsdurchsetzung etc. der Inhaltskontrolle unterworfen sind. Auch die Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie soll verhindern, daß ein einmal verein-

¹¹³⁹ So z.B. auch die dt. Rspr., vgl. BGH, VersR 1994, S. 549 ff., 550.

¹¹⁴⁰ Bis z.B. auf Skandinavien und z.T. in Griechenland (Kapnopoulou, S. 216 f.).

¹¹⁴¹ In Spanien würden Preis- und Leistungskontrollen uU gegen den in Art. 38 der Verfassung enthaltenen Grdsatz des freien Unternehmertums im Rahmen der freien Marktordnung verstoßen, so Cabanes Trejo/Vestweber, ZvglRWiss 97 (1998), S. 454 ff., 480 f.; so für Deutschland i.E. auch Dylla-Krebs, S. 151 ff., 185 ff., deren Ansatz allerdings zu weitgehend ist – Ausn. der Preiskontrollen außerhalb der äußersten Grenzen, z.B. in Frankreich und Großbritannien (siehe oben unter B III 4.a) und c).

¹¹⁴² Zumal die skand. Länder von anderen Schutzsystem als die KlauselRL ausgehen, vgl. 2. Teil B III 4.b); z.B. in Dtl. als Land mit einer dem Art. 4 II vergleichb. Abgrenzungsproblematik ist eine Vertragsanpassung (wie in Skand.) nur bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, nicht aber aufgrund inhaltl. Unangemessenheit zulässig.

¹¹⁴³ Dies würden nahezu alle Klauseln sein, denn welche Klausel ist schon nicht preisrelevant?, vgl. auch Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S. 537 ff., 590.

¹¹⁴⁴ Statt vieler Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S. 223 ff., 240, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz. 25.

barter Leistungsrahmen durch einzelne Klauseln wieder eingeschränkt wird¹¹⁴⁵. Dies zeigt sich auch aus dem Verhältnis der Absätze I und II des Art. 4¹¹⁴⁶. Für ein enges Verständnis des kontrollfreien Bereichs spricht auch, daß sonst das zum Schutz des Kunden weite Verständnis von den dem § 307 II Nr.2 BGB entsprechenden Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten¹¹⁴⁷ konterkariert werden würde. Eine Kontrolle der Hauptleistung, also der Entscheidung des Unternehmers, ein bestimmtes Produkt bzw. Ware anzubieten, würde auf einen Kontrahierungszwang hinauslaufen, der in den Mitgliedstaaten nur in Ausnahmefällen vorgeschrieben ist¹¹⁴⁸.

2. Abgrenzungskriterium: Regulierung durch Markt und Wettbewerb

Für die Frage, nach welchen Kriterien der kontrollfreie Bereich (Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis) im Einzelfall zu bestimmen ist bzw. welcher Teil der Hauptleistungsbeschreibung kontrollfrei ist, ist der Schutzzweck der Klauselkontrolle und der Ausnahme in Art. 4 II ausschlaggebend. In den Fällen, bei denen keine Schutzbedürftigkeit besteht, ist eine Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 4 II entbehrlich. Nachdem als ratio der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Ausgleich des informationsbedingten Marktversagens festgestellt wurde, kennzeichnet Art. 4 II den Bereich, der dem Markt und Wettbewerb überlassen bleiben soll; eine Begründung der Kontrollfreiheit damit, daß die in Art. 4 II genannten Bereiche im einzelnen ausgehandelt werden, geht dagegen an der Rechtswirksamkeit vorbei¹¹⁴⁹.

Bei Abgrenzung des inhaltlich kontrollfreien Bereiches iSv Art. 4 II ist deshalb nicht darauf abzustellen, inwieweit die Vertragsbedingungen im einzelnen ausgehandelt wurden, was z.B. bei Versicherungen uU zu einer umfassenden Kontrolle der Leistungsbeschreibungen führen könnte¹¹⁵⁰. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Verbraucher die Vertragsbedingungen in seine Auswahlentscheidung miteinbezieht, weil er sich über sie informiert. Insoweit kann mit den Abschlußentscheidungen Wettbewerbsdruck erzeugt werden („kritisches Abwehrverhalten“)¹¹⁵¹. Das werden typischerweise nur die vertraglichen Regelungen sein, bei denen der Aufwand der Information (z.B. Lesen der Klauseln und Rechtsrat) als Voraussetzung für Gegenvorschläge oder eines Vergleichs mit konkurrierenden Anbietern nicht außer Verhältnis zu dem damit erzielbaren Nutzen steht. Für diese wettbewerbsrelevanten Vertragsbedingungen, sofern sie klar und verständlich sind, entfällt die Kontrollbedürftigkeit hinsichtlich ihres Inhalts, weil die Regulierung durch Markt und Wettbewerb ausreichenden Schutz bietet. Hinsichtlich der meisten Klauseln findet aus ökonomischen Gründen kein Konditionenwettbewerb statt, der zu einer angemessenen Gestaltung der

¹¹⁴⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4 II, Rz.18 - Die RL trennt also in Art. 4 II den kontrollfreien Gegenstand des Vertr. von dessen kontrollunterworfenen Ausgestaltung, Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 269.

¹¹⁴⁶ Nach Absatz I (iVm Satz 2 des 19.EG) sind auch die Klauseln iSd Art. 4 II (iVm Satz 1 des 19.EG) bei der Beurteilung von klauselförmigen Abänderungsversuchen zu berücksichtigen.

¹¹⁴⁷ Dazu oben unter B III 1.b).

¹¹⁴⁸ Kapnopoulou, S.106

¹¹⁴⁹ Vgl. zu alledem 1. Teil D II 3., insb. b) und c); hier unter 2. Teil B I.

¹¹⁵⁰ So Argumentation von Bauer, BB 1978, S.476 ff., 480; Helm, S.129 ff., 132 (Kunde wird auch bei Leistungsbeschreibungen „überfahren“) - soweit ersichtlich wird so auch nicht in den Mitgliedstaaten abgegrenzt, jedenfalls nicht in den „wichtigen“ drei Ländern Deutschland, Österreich und den Niederlanden.

¹¹⁵¹ Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 676

Vertragsbedingungen führen könnte; hier ist eine Mißbräuchlichkeitskontrolle als Ausgleich des informationsbedingten Marktversagens erforderlich¹¹⁵².

Abzugrenzen ist folglich anhand des potentiellen Klauselwettbewerbs¹¹⁵³. Dabei ist zu beachten, daß sich der Bereich des Art. 4 II nicht nur danach bestimmt, welche Klauseln der Kunde kennt und in seine Auswahlentscheidung miteinbezieht oder inwieweit Klauseln (tatsächlich) typischerweise dem Klauselwettbewerb unterliegen. Es ist zudem in wertender Betrachtung festzustellen, hinsichtlich welcher vertraglichen Regelungen ihm aus ökonomischen Gründen eine Selbstkontrolle durch Information zuzumuten ist¹¹⁵⁴ – die Klauselrichtlinie schützt nur die berechnete Unaufmerksamkeit eines Verbrauchers.

Bei Finanzprodukten mit komplexen Vertragswerken ist außerdem zu berücksichtigen, daß hier die Transaktionskosten für die Einholung von Information und für den Versuch, die Bedingungen zu verstehen und mit anderen Vertragsbedingungen zu vergleichen, wesentlich höher sind, als bei einfachen Materien mit einfachen Vertragsgestaltungen¹¹⁵⁵. Der kontrollfreie Bereich kann deshalb i.E. nur eng sein, weil sich der Kunde nur über einen kleinen Teil informieren wird¹¹⁵⁶ bzw. ihm wirtschaftlich gesehen nur wenig Information und Selbstkontrolle zuzumuten ist.

Canaris geht im Rahmen des deutschen AGBG a.F. insbesondere hinsichtlich Entgeltregelungen nur dann von der Kontrollfreiheit aufgrund eines wirksamen Markts und Wettbewerbs aus, wenn es sich um unmittelbar preisbestimmende Regelungen handelt, deren Vorhandensein „marktkonform oder zumindest nicht marktirregulär“ ist¹¹⁵⁷. Dem ist nicht zu folgen. Neben der nicht eindeutigen Differenzierung zwischen unmittelbar und mittelbar preisbestimmenden Regelungen¹¹⁵⁸ ist auch die Frage der Marktirregularität, die Canaris letztlich nach der Marktüblichkeit einer Regelung bestimmt, kein taugliches Abgrenzungskriterium¹¹⁵⁹. Denn auch bei einer marktüblichen Klausel, die die Verbraucher nach ökonomischen Erwägungen nicht zur Grundlage ihrer Auswahlentscheidung machen und gemacht haben, kann das Marktversagen bereits eingetreten sein¹¹⁶⁰.

3. *Essentialia negotii* als Mindestmaß der Kontrollfreiheit

Hinsichtlich der Abgrenzungsproblematik im Einzelfall kann zunächst auf die Lösungen zurückgegriffen werden, die in Mitgliedstaaten erarbeitet wurden, welche ein – dem Art. 4 II sachlich vergleichbares – Anwendungs- und Abgrenzungsproblem bereits kannten und

¹¹⁵² MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.7

¹¹⁵³ So auch Drygala, S.320 ff. für dt.Recht.

¹¹⁵⁴ Drygala, S.316, 323; i.E. Fastrich, S.264; Gesichtspunkt der Zumutbarkeit auch bei Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S.1ff., 25 – dies verkennt Dylla-Krebs, S.131 ff., 135/136.

¹¹⁵⁵ Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 10; Vertragsklausel bei einfachem Sachverhalt ist z.B. Garantie im Autohandel, vgl. Zweigert/Kötz, 1996, S.327.

¹¹⁵⁶ Nach Atiyah, Law of Contract, S.309 folgt aus umfangr.inhaltl.Kontrolle, daß auf lange Sicht der Preis für das Produkt steigt, weil Verwender immer weniger für ihn vorteilh.u.unbillige Klauseln in dem Vertrag belassen.

¹¹⁵⁷ Canaris, NJW 1987, S.609 ff., 613; ähnl.Meder, NJW 1996, S.1849 ff., insb.1852 f. („Branchenüblichkeit“).

¹¹⁵⁸ Beispiel Tilgungsverrechnungsklausel bei einem Darlehen: Canaris, NJW 1987, S.609 ff., 614 geht von unmittelbar preisbestimmender Wirkung für den Nominalzins aus („echte Preisbestandteile“), während der BGH, BGHZ 106, S.42 ff., 46 von einer nur mittelbaren Wirkung für den Effektivzins ausgeht; gegen Canaris auch Drygala, S.318 f. m.w.Nachw.; zust. zu diesem Kriterium dagegen Dylla-Krebs, S.177 f.

¹¹⁵⁹ Vgl. Drygala, S.317 ff.; am Beispiel der Gewährleistungsausschlüsse Fastrich, S.265.

¹¹⁶⁰ Drygala, S.317/318

von denen das deutsche Recht eine Vorbildrolle innehatte (oben unter III 3.). Diese nationalen Grundsätze der Kontrollfreiheit von essentialia negotii können zwar nicht aufgrund einfacher Verweisung, aber aufgrund der sachlich gleichen Problematik der Klauselrichtlinie auch auf europäischer Ebene berücksichtigt werden¹¹⁶¹, zumal diese nationalen Regelungen vergleichbare Ziele wie die Klauselrichtlinie verfolgen¹¹⁶².

Auch wenn man nach dem potentiellen Klauselwettbewerb bzw. danach abgrenzt, welche Klauseln dem „kritischen Abwehrverhalten“ des durchschnittlichen Verbrauchers unterfallen (müssen), kommt man zu der Kontrollfreiheit von essentialia negotii als Kern des Angebotes, soweit diese nicht ohnehin schon dem Bereich der Individualvereinbarungen unterfallen. Der Kunde wird (und muß!) sich über Art, Umfang und Qualität der Hauptleistungen und sonstiger essentialia (z.B. Festlegung der Vertragsparteien) informieren, die deshalb nach Art. 4 II kontrollfrei sind. Dies gilt nicht für typische Nebenbestimmungen, wie z.B. Regelungen bei Leistungsstörungen, der Erfüllungsmodalitäten, der Vertragsdurchführung und -abwicklung (z.B. Änderungs- und Kündigungsrechte), Rechtsdurchsetzung (z.B. Beweislastregeln, Gerichtsstandsklauseln, Schiedsklauseln), etc¹¹⁶³. Die meisten Klauseln, die in von der Kommission durchgeführten Untersuchungen zu Finanzdienstleistungen zu kritisieren waren¹¹⁶⁴, müssen daher kontrollunterworfen sein. Hinsichtlich des Preises kann nur die Festlegung der Preishöhe kontrollfrei bleiben¹¹⁶⁵, nicht aber typische Preisnebenabreden wie z.B. Preisänderungsklauseln und die nähere Preisberechnung¹¹⁶⁶.

Bei diesen typischen Nebenabreden, die der durchschnittliche Verbraucher typischerweise gar nicht erst nicht liest oder die ihm zu unwichtig erscheinen, ist nach ökonomischer Betrachtung eine Selbstkontrolle des Verbrauchers durch Information nicht zumutbar (berechtigte Unaufmerksamkeit). Denn solche typischen Nebenbestimmungen legen nicht unmittelbar den Umfang der Hauptleistungen fest¹¹⁶⁷ - sie gelangen bei planmäßiger, störungsfreier Durchführung des Vertrages regelmäßig nicht zur Anwendung und/oder haben keine Auswirkung auf die wirtschaftliche Gesamtbelastung der Parteien¹¹⁶⁸. Bei diesen

¹¹⁶¹ 1. Teil C 3.a); auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 3, Rz.24 für Merkmal des fehlenden Aushandelns in Art. 3 I.

¹¹⁶² Vgl. oben unter 1. Teil D I 1. und 2. (Verbraucherschutz als „Minus“).

¹¹⁶³ So i.E. z.T. auch bei Abgr. nach essentialia, statt vieler: Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4 Rz.16,17; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.23 und 27f.; Paschke/Iliopoulos, S.136; zw. hinsichtl. essentialia, Kapnopolou, S.106 ff.; z.T. wird auch Vertragszweck für kontrollfrei erklärt, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.16 u. Pfeiffer Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.29, folgt hauptsächlich aus dt. Sicht der Wechselwirkung v. §§ 307 III 1 u. 307 I, 308 f.BGB.

¹¹⁶⁴ Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.44 f.:z.B. einseitige Kündigungsklauseln, Kündigungsfristen, Einschränkungen der Rechtsbehelfe, Vertragsstrafeklauseln.

¹¹⁶⁵ Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948 (aufgr. Wettbewerbs nur „bezahlte Preisfestsetzung“ kontrollfrei) – zu Aufspalt. in Teilentgelte für Hauptl. (bei Transparenz kontrollfrei), Horn, WM 1997, Sonderbeil., S.9ff.

¹¹⁶⁶ So z.B. i.E. auch Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.17; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 95; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.20; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240; Kapnopolou, S.109; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.159 ff., 270; Weatherill, S.82; zw. hinsichtl. Preisnebenabreden aber Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.4; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 314; für Kontrollfreiheit von Preisanpassungsklauseln: v. Westphalen, EWS 1993, S.161 ff., 165; aA ansch. auch Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.40, der nicht nur den Kreditzinssatz (insoweit richtig) unter Art. 4 II faßt, sondern auch die Vereinb. von Verzugszinsen und Vertragsstrafen für den Fall der Nichtzahlung; offenlassend dagegen EuGH v.21.11.2002 in gl. Sache, Rz.22 („nicht offensichtlich“) – entgegen Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1674 unterfallen also auch transp. Preisnebenabr. der allg. Mißbräuchlichkeitskontrolle.

¹¹⁶⁷ Nebenbedingungen in Abgr. zu Hauptkonditionen=Hauptleistungen=Leistungsbeschreibungen, Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 2 ff.

¹¹⁶⁸ Abgrenzungskriterium von Dylla-Krebs, S.185ff., 187, die allerdings zu weit geht, indem sie den kontrollunterworfenen Bereich allein nach diesem Kriterium auf die typischen Nebenbest. begrenzt; daher ist Drygala, S.321 f. zuzustimmen, der dieses Kriterium nur als 1. Schritt verwendet – ausnahmsw. können die hier genannten Klauseln (z.B. Kündigungsklauseln) aber der Auswahlentscheidung zugrundeliegen, etwa, wenn die Kündigungsmögl. bereits aus der Produktbezeichnung zu erkennen ist – hier hat die Klausel dann unmittelbaren Leistungsbezug und unterfällt

Klauseln, die auch als „echte AGB“ (im dt.Recht)¹¹⁶⁹, „reine Nebenbestimmungen“¹¹⁷⁰ oder als „eigentliche Konditionen“¹¹⁷¹ bezeichnet werden, ist mangels Konditionenwettbewerb eine Qualitätssicherung durch Mißbräuchlichkeitskontrolle erforderlich. Es fällt auf, daß es sich bei den – bei Abgrenzung nach dem potentiellen Klauselwettbewerb - kontrollunterworfenen typischen Nebenabreden um diejenigen vertraglichen Regelungen handelt, die auch nach dem Richtlinienanhang sowie nahezu übereinstimmend in den EU-Ländern (inklusive der drei „Vorbildländer“) jedenfalls der inhaltlichen Kontrolle unterliegen (unter a) erwähnt). Nach alledem führt also die Abgrenzung nach den essentialia und nach dem potentiellen Klauselwettbewerb in den meisten Fällen zu dem gleichen Ergebnis¹¹⁷².

Der Begriff der essentialia wird vielfach gleichbedeutend mit den vertragstypischen Hauptleistungen verstanden¹¹⁷³. Die Abgrenzung von vertragstypischen Haupt- zu Nebenpflichten ist in jedem Fall dem Verständnis der kontinentaleuropäischen Zivilrechtsdogmatiken zu entnehmen. Auch das EVÜ knüpft in Art. 4 an die kontinentaleuropäische Vertragstypenlehre an¹¹⁷⁴. Das Entgelt zählt regelmäßig zu den essentialia negotii eines Vertrages. Die Kontrollfreiheit der Preishöhe ergibt sich jedenfalls zudem bereits aus der Formulierung des Art. 4 II („...noch die Angemessenheit...“) iVm dem 19.E G, nach dessen Satz 1 das Preis-Leistungs-Verhältnis nicht der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegt¹¹⁷⁵. Damit bleibt für den „Hauptgegenstand“ des Vertrages idR nur die Hauptleistung des anderen Vertragsteils übrig, die den Vertragstyp bestimmt¹¹⁷⁶. Da es in der Regel der Verbraucher ist, der den Preis oder das Entgelt zu entrichten hat, beschreibt der „Hauptgegenstand“ also in den meisten Fällen die Hauptleistung des Unternehmers. So ist bei einer Versicherung die Hauptleistung des Versicherers die vertragstypbestimmende Leistung¹¹⁷⁷.

4. Außerdem Kontrollfreiheit bei fehlender Kontrollbedürftigkeit

Die Richtlinie ist aber mit Art. 4 II nicht zwingend auf das Mindestmaß der Kontrollfreiheit von essentialia negotii beschränkt¹¹⁷⁸, sondern erfaßt darüber hinaus auch weitere

dem Klauselwettbewerb, z.B. bei Anleihen mit Kündigungsmögl., sog. callable bonds, bei denen der Gebrauch des jederzeitigen KündigungsR durch den Emittenten keine Vertragsstörung ist, sondern im Regelungsplan liegt, vgl. Drygala, S.333; dem durchschnittl. Privatanleger ist daher die Einbeziehung dieser Regelung in seine Entscheidung, welche Anlageform er wählt, zuzumuten.

¹¹⁶⁹ Dreher, S.247 und 266

¹¹⁷⁰ Drygala, S.321

¹¹⁷¹ Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 2 (als traditioneller Regelungstatbestand der AGB).

¹¹⁷² So auch Fastrich, S.264.

¹¹⁷³ Fastrich, S.256; Hopt, FS Steindorff, S.341 ff., 370; Soergel/Stein, § 8 AGBG, Rz.5; van de Loo, S.38; im wesentl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.10; aA Staudinger/Schlosser, § 8 AGBG, Rz.2 (kontrollfr.Raum weiter als essentialia), Graba in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 8 AGBG, Rz.15 f.

¹¹⁷⁴ Reithmann/Martiny, Rz.110 ff., die „charakteristische Leistung“ iSd Art. 4 II ist diejenige, die dem Rechtsgeschäft ihr Gepräge gibt, vgl. dazu Grundmann, 1.01, Rz.22 m.w.Nachw.; anders als im Rahmen von Art. 4 EVÜ können nach der KlauselRL bei komplexen Kombinationsverträgen aber auch mehrere vertragstypische Leistungen bzw. Hauptgegenstände vorhanden sein, Pfeiffer in Grabitz/Hilf Art. 4, Rz.27.

¹¹⁷⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.23,27, 31; die Art der Gegenleistung (Geld oder andere Leistungen) unterfällt wieder dem „Hauptgegenstand“, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.19.

¹¹⁷⁶ Von Art. 4 II beispielhaft als „Dienstleistungen“ bzw. „Güter“ umschrieben - die KlauselRL gilt für alle Vertragsarten, vgl. Teil A II I.

¹¹⁷⁷ Dreher, S.259.

¹¹⁷⁸ So aber statt vieler Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1, Rz.30; Art. 4, Rz.16,17 (nur noch Vertragszweck).

leistungsbeschreibende Vertragsbestimmungen¹¹⁷⁹, deren Kenntnis und Selbstkontrolle seitens des Kunden nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu erwarten und zuzumuten ist und bei denen daher aufgrund des funktionierenden Wettbewerbs die Transparenzkontrolle statt der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle ausreicht¹¹⁸⁰. Aus dem Wortlaut des Art. 4 II der Klauselrichtlinie und dem Begriff „Hauptgegenstand des Vertrages“ ergibt sich – wie gezeigt – keine zwingende Beschränkung des kontrollfreien Raumes auf die essentialia negotii¹¹⁸¹. Zudem spricht Satz 3 des 19. Erwägungsgrundes für die hier vertretene, nicht notwendigerweise auf essentialia negotii begrenzte Abgrenzung¹¹⁸². Die im wesentlichen übereinstimmenden Lösungen des sachlich vergleichbaren Abgrenzungsproblems in Deutschland, Österreich und Niederlande mit der Beschränkung des kontrollfreien Bereiches auf essentialia sind trotz deren Vorbildfunktion nicht als Grenze auch auf Richtlinienenebene zu übernehmen. Denn dieser sehr enge kontrollfreie Bereich basiert auf einem anderen Schutzzweck. Die AGB-Kontrollgesetze gelten als Ausgleich der einseitigen Gestaltungsmacht und –freiheit des Verwenders¹¹⁸³. Bei diesem Schutzzweck ist der Kunde konsequenterweise über die Nebenbestimmungen hinaus besonders auch bei Leistungsbeschreibungen schützenswert¹¹⁸⁴, weil diese bei fehlender Einflußmöglichkeit noch schwerwiegender zu Lasten der Interessen des Kunden gestaltet werden können¹¹⁸⁵. Außerdem hat sich insbesondere bei der Abgrenzung Preisabreden-Preisnebenabreden gezeigt, daß die alleinige Abgrenzung nach den essentialia nicht immer ausreichend ist, von der Rechtsprechung nicht immer durchgehalten wird und im Ergebnis auch nicht immer eindeutig ist¹¹⁸⁶.

Die Regulierungswirkung des Marktes darf aber nicht überschätzt werden. So geht die Feststellung der Kontrollfreiheit von Preis- Leistungsbeschreibungen in allen Fällen, bei denen diese die effektive Gesamtbelastung des jeweiligen Vertragspartners bei planmäßiger, störungsfreier Durchführung des betreffenden Vertrages beeinflussen¹¹⁸⁷, zu weit¹¹⁸⁸. Denn es ist aus ökonomischen Gründen nicht zu erwarten und damit auch nicht zumutbar, daß die Verbraucher einen so umfangreichen Bereich der Vertragsbedingungen zu der Grundlage ihrer Auswahlentscheidung machen und sich über sämtliche Leistungsbeschreibungen informieren. Insbesondere bei komplexen Rechtsprodukten wie Versicherungsbedingungen wäre eine so umfassende Selbstkontrolle wirtschaftlich nicht zu vertreten¹¹⁸⁹.

¹¹⁷⁹ Klauseln, die die effektive Gesamtbelastung der Parteien beeinflussen und/oder auch bei störungsfreier Vertragsdurchführung eingreifen – daran fehlt es bei den unter a) und c) erwähnten typischen Nebenabreden, bei denen bereits der unmittelbare Leistungsbezug nicht gegeben ist.

¹¹⁸⁰ Vgl. auch Fastrich, S.263 ff.; Drygala, S.320 ff., 323.

¹¹⁸¹ S.o. 2. Teil B III 4.a)cc) und 5.

¹¹⁸² Unten unter 2. Teil C, insb. III 7.b)bb) und 8.

¹¹⁸³ 1. Teil D I 1. und 2.

¹¹⁸⁴ In Ö gilt das KSchG bei Verbraucherverträgen auch für Individualvereinb. (Ausn.: § 6 II KSchG gilt nur für nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln); dies unterstreicht den tendenziell weiten Kontrollbereich.

¹¹⁸⁵ So z.B. Argumentation bezüglich leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen von Bauer, BB 1978, S.476 ff., 480, Helm, NJW 1978, S.129 ff., 132 (wird auch bei Leistungsbeschreibungen „überfahren“).

¹¹⁸⁶ Vgl. nur die dargestellten Fälle in D u. NL, oben unter B III 3.a)aa) bbb) u. ccc) und III 3.c); generell gegen die Abgrenzung nach essentialia, Dylla-Krebs, S.163 ff.

¹¹⁸⁷ Kriterium v. Dylla-Krebs, S.185 ff., 187 – allerdings zu dt. AGBG vor Erlaß der KlauselRL.

¹¹⁸⁸ Fastrich, S.252; Drygala, S.315 ff.; i.E. Brandner in Brandner/Ulmer/Hensen, § 8 AGBG, Rz.11- da Dylla-Krebs, S.150 f., auch davon ausgeht, daß das Transparenzgebot ebenfalls aus verfassungsrechtl. Gründen nicht auf die so ermittelten Hauptl. anwendbar ist, ist diese Ansicht durch den Art. 4 II der KlauselRL überholt.

¹¹⁸⁹ So auch Drygala, S.323 für das vergleichbare Problem der Wertpapierbedingungen, die ebenfalls Rechtsprodukte sind.

Insoweit hat dann auch die Formulierung „Hauptgegenstand“ im Gegensatz zu „Gegenstand des Vertrages“ in Art. 4 I seine Bedeutung¹¹⁹⁰.

Die Bestimmung des kontrollfreien Bereiches nach Art. 4 II ist daher bei leistungsnahen Klauseln in zwei Schritten durchzuführen. Zuerst sind als Mindestmaß der Kontrollfreiheit die essentialia negotii (und gegebenenfalls zusätzlich die Preishöhe) zu bestimmen; in einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, ob über diesen wesentlichen Teil der Hauptleistungen hinaus weitere leistungsbeschreibende Klauseln aufgrund eines funktionierenden Wettbewerbs nicht kontrollbedürftig sind. Legt man den potentiellen Klauselwettbewerb als Kriterium zugrunde, so sind jedenfalls die typischen Nebenbestimmungen ohne unmittelbaren Leistungsbezug grundsätzlich der inhaltlichen Kontrolle unterworfen. Eine fehlende Kontrollbedürftigkeit ist im wesentlichen bei solchen Klauseln anzunehmen, die einen bestimmten Vertragstyp ausmachen und diesen von anderen Verträgen abgrenzen. Außerdem bei solchen Inhalten, die nach der Verkehrsanschauung mit einem bestimmten Vertragstyp und dessen schlagwortartiger Produktbezeichnung verbunden sind und daher „von jedem verständigen Marktteilnehmer“ in die Auswahlentscheidung einbezogen werden. Auch bei neuartigen oder ungewöhnlichen Produkten, bei denen sich noch keine Typologie entwickelt hat, können sich bereits aus der – uU von herkömmlichen Produkten abweichenden – Produktbezeichnungen typusbildende Merkmale ergeben¹¹⁹¹.

Beispiel einer fehlenden Kontrollbedürftigkeit über den Bereich der essentialia hinaus sind Darlehenszinsen bei Krediten, bei denen im Gegensatz zu Stundungs- und Überziehungszinsen eine Selbstkontrolle zu erwarten ist und die auch vom BGH für kontrollfrei erklärt wurden¹¹⁹². Auch Laufzeitklauseln bei Wertpapierbedingungen sind zwar keine essentialia negotii, es ist aber empirisch belegbar, daß eine längere Laufzeit der Wertpapiere zu höheren Renditen führt. Diese Preiswirksamkeit der typusbestimmenden Laufzeitklauseln ist für einen durchschnittlichen Verbraucher auch erkennbar, so daß insoweit von einem „kritischen Abwehrverhalten“ bzw. einer zumutbaren Selbstkontrolle auszugehen ist. Eine inhaltliche Kontrolle ist daher insoweit entbehrlich¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ Vgl. oben unter 2. Teil B III 4. a) cc).

¹¹⁹¹ Vgl. im Einzelnen Drygala, S.324 ff.; auf vertragstypkonstituierende Klauseln stellt im Versicherungsrecht auch Dreher, S.164ff, ab; in Teilbereichen ähnliche Abgrenzung nach der Verkehrsauffassung auch bei Choi, S.152 ff. – zu der Abgrenzung bei Versicherungsbedingungen unten unter 2. Teil C III 8.

¹¹⁹² BGH, NJW 1989, S.222 ff. (bei Darlehen ist Nominalzins kontrollfrei), vgl. auch 2. Teil B III 3. a) aa) bbb); ähnl. Arg. wie hier v. BGHZ 95, S.362 ff., 370 f.; BGH, NJW 1992, S.1751 ff., 1752 zu Stundungs- u. Überziehungszinsen- auch Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.40 ordnet den Zinssatz eines Kredits dem Art. 4 II zu; allerdings faßt er darüber hinaus auch die vertragl. Regelung der Verzugszinsen und Vertragsstrafe bei Nichtzahlung der gesch. Beträge unter Art. 4 II, was m.E. nicht korrekt ist. Denn diese Regelungen treten erst bei Nichterfüllung ein und nicht bei störungsfreier Vertragsdurchführung was daher nicht von dem „kritischen Abwehrverhalten“ der Verbraucher bei Vertragsschluß umfaßt ist, vielmehr sind dies typ. Nebenbest., die der Mißbräuchlichkeitskontr. unterfallen. Der EuGH v.21.11.2002 in gl. Sache ließ die Entscheidung offen, Rz.22 („nicht offensichtlich“).

¹¹⁹³ Drygala, S.309, 324, 331 f.; i.E. für Kontrollfreiheit auch Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 654, der diese Bestimmung aber anscheinend als essentiell versteht - bei fehlender Laufzeitvereinbarung wäre der Vertrag aber dennoch wirksam, es würden § 271 oder § 488 III BGB gelten – allg. zu dem kontrollfr. Bereich bei Emissionsbed. von Schuldverschreibungen, vgl. Wolf, FS Zöllner, S.651 ff., 654; Drygala, S.328 ff.

5. Keine Abgrenzung nach dem Abweichen/Ergänzen von dispositiven Rechtsvorschriften¹¹⁹⁴

Bei Art. 4 II muß beachtet werden, daß diese Bestimmung – anders als der deutsche § 307 III 1 BGB, aber ähnlich wie die österreichische und niederländische Regelung – nicht auf eine Abweichung von Rechtsvorschriften abstellt. Die Abweichung von Rechtsvorschriften wird nach der Richtlinie nur bei Art. 1 II bedeutsam, der aber – anders als § 307 III 1 BGB- in keinem Zusammenhang zu der Abgrenzungsfrage der Kontrollunterworfenheit nach Art. 4 II steht. Art. 1 II soll die Souveränität der nationalen Gesetzgeber sichern¹¹⁹⁵. Eine formale Abgrenzung des Kontrollbereiches allein nach dem Vorhandensein von bzw. dem Abweichen/Ergänzen von „Rechtsvorschriften“¹¹⁹⁶, wie sie z.B.in Deutschland unter Berufung auf den Wortlaut des § 307 III 1 BGB insbesondere bei Preisklauseln vertreten wird¹¹⁹⁷, ist daher auf europäischer Ebene schon aufgrund des anderen Wortlautes des Art. 4 II nicht anzuwenden¹¹⁹⁸. Gegen die Ansicht, die – als engere Teilmenge der formalen Abgrenzung – auf ein Vorhandensein gesetzlicher Parallelvorschriften abstellt, spricht zudem die Zufälligkeit dieser Abgrenzung¹¹⁹⁹. Die Frage des kontrollfreien Bereiches muß sich aus der Richtlinie, also aus Art. 4 II selbst ergeben, da das sekundäre Gemeinschaftsrecht aufgrund seiner Lückenhaftigkeit als Abgrenzung nicht in Frage kommt. Ein Abstellen auf nationale gesetzliche Regeln würde unterschiedliche Kontrollumfänge zur Folge haben, was weder mit der autonomen Auslegung, noch mit dem Vereinheitlichungszweck der Richtlinie vereinbar wäre¹²⁰⁰.

Auch bei dem in Deutschland herrschenden weiten Verständnis von „Rechtsvorschriften“ ist der formale Ansatz nicht zu befürworten¹²⁰¹. Diese Abgrenzungsmethode ist schon deshalb abzulehnen, weil sie zu einer Vermischung der Kontrollunterworfenheit, des Kontrollmaßstabs und des Kontrollergebnisses führen kann und in der Rechtsanwendungspraxis auch führt¹²⁰². Zudem ist dieser formale Ansatz innovationsfeindlich, weil neue Produkte eher von „etablierten“ Grundsätzen und Gesetzen abweichen. Außerdem hängt die Kontrollfähigkeit nach dieser Abgrenzung z.T.allein von der dogmatischen Einordnung

¹¹⁹⁴ Bzw.Möglichkeit der Inhaltskontrolle bei Vorhandensein von Bewertungsmaßstäben bzw. Ersetzbarkeit einer Klausel bei deren Nichtigkeit.

¹¹⁹⁵ Vgl. auch Erwägungsgründe 13,14.

¹¹⁹⁶ Dazu zählt auch das Abst. auf Abweichungen von durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelten berechtigten Erwartungen, Fastrich, S.253; iÜ.s.o.bei *Deutschland 2.Teil B III 3.1)aa)aaa*).

¹¹⁹⁷ Vgl.2.Teil B III 3.a)aa) aaa) bis ccc)- ähnliche Erwägungen gab es z.B. auch in GB, *unter III 4.c)aa)bbb.)*

¹¹⁹⁸ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.34; tend.auch Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.4 b.

¹¹⁹⁹ *Gegenarg.unter 2.Teil B III3.a)aa) aaa)*; gegen „Kann-nicht-Motiv im engeren Sinn“auch Dylla-Krebs, S.120 ff., 123 ff.,202.

¹²⁰⁰ Nasall, WM 1994, S.1645 ff., 1650; vgl.Art. 1 II, EG 12 – Grundmann, 2.10, Rz.1, 12 spricht von „Zusammenspiel von harmonisierter Marge und unharmonisiertem Referenzpunkt“; jedenfalls solange eine Klausel bei einem nationalen Leitbild unwirksam ist, ist nationaler Referenzpunkt nach Art. 8 immer zulässig; auch deklaratorische Klauseln können wegen Art. 1 II zu ungleichen Ergebnissen führen; im Einzelnen zu der Problematik der Konkretisierung von sekundärrechtlichen Generalklauseln *unter 2.Teil E I I.-* Bei dieser formalen Abgrenzung wären auch entgegen dem Wortlaut des Art. 4 II („Angemessenheit zwischen ...“) iVm EG 19 Satz 1 („Preis -Leistungsverhältnis“) und dessen Sinn und Zweck Preiskontrollen möglich, soweit entspr. disp. Rechtsvorschr. vorhanden sind, Soergel-Stein, § 8 AGBG, Rz.8; Gefahr insb.bei der in D vertr. Ansicht, daß Entgeltvereinbarungen an §§ 612, 632, 653 BGB gemessen werden, vgl. Fastrich, S.259 – Gegenarg. S.260, i.E. für teleolog. Reduktion des § 8 AGBG a.F.; Ausn.sieht er bei gesetzl. Entgeltregelungen wie BRAGO, HOAI, GoÄ (kontrollunterworfen) als Wertung des Gesetzgebers, diese Klauseln für den Regelfall dem Wettbewerb zu entziehen; aA Dylla-Krebs, S.210 ff., 217.

¹²⁰¹ *Unter 2.Teil B III 3.a)aa)bbb) und ccc)*; Dreher, S.304 ff.; Dylla-Krebs, S.128 ff. m.w. Arg. gegen „Kann-nicht-Motiv im weiteren Sinn“; v gl.Fastrich, S.251:Problem verlagere sich nur auf Rechtsfortbildung.

¹²⁰² Vgl. nur oben *unter 2.Teil B III 3.a) aa) ccc)*.

eines Geschäftes ab¹²⁰³. Soweit die formale Abgrenzung zu einem sehr weiten kontrollfreien Raum führt¹²⁰⁴, ist sie deshalb mit Art. 4 II der Klauselrichtlinie nicht vereinbar. Auf europäischer Ebene ist bei Art. 4 II allein der Klauselinhalt ausschlaggebend¹²⁰⁵. Zweck der Richtlinie ist nicht, die Abweichungen von Rechtsvorschriften zu sanktionieren, sondern allgemein mißbräuchliche Vertragsgestaltungen zu verhindern. Der insoweit „irreführende“ Wortlaut des deutschen § 307 III 1 BGB ist daher mit der Klauselrichtlinie nicht vereinbar. Die Grenzen durch zwingende Normen werden genauso wie die Grenze der Sittenwidrigkeit, des *ordre public* etc, unabhängig von der Inhaltskontrolle gesetzt.

Zweifelhaft ist nach alledem auch die Rechtsprechung des BGH, nach der Bankentgelte für „Neben- und Zusatzleistungen“ grundsätzlich kontrollfrei sind, es sei denn sie weichen von „Rechtsvorschriften“ oder dem sonstigen Vertragsinhalt ab¹²⁰⁶. Denn viele dieser Gebührenklauseln wird der durchschnittliche Kunde bei Abschluß eines Giro-, Spar-, Kreditkartenvertrages etc, nicht kennen und nach ökonomischen Erwägungen die Klauselwerke auch nicht danach untersuchen¹²⁰⁷. Diese Klauseln müßten dann der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen werden, auch wenn sie grundsätzlich Einfluß auf das Preis-Leistungs-Verhältnis haben¹²⁰⁸. Selbst wenn man die Kontrollfreiheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses generell als eigenständige Alternative des Art. 4 II versteht, ohne danach abzugrenzen, ob es sich um den Preis für eine Haupt- oder Nebenleistung handelt¹²⁰⁹ – was bei den Leistungsbündeln der Bankverträge ohnehin schwer möglich ist – , können nach Sinn und Zweck des Art. 4 II nicht alle Entgeltklauseln kontrollfrei sein. Auch Preisklauseln, die die Wirkung einer Klausel des Richtlinienanhangs haben oder darauf abzielen, können nicht unter Art. 4 II fallen¹²¹⁰.

¹²⁰³ Vgl. Barabhebung von Geld am Bankschalter als Teilleistung im Rahmen eines Girovertrages (OLG Frankfurt, WM 1993, S. 742), oder als Rückforderung bei unregelmäßiger Verwahrung (BGHZ 124, S. 254 ff., 258 f.).

¹²⁰⁴ Z.B. bei Joost, ZIP 1996, S. 1685 ff., insb. auch für Gebühren bei Finanzdienstleistungen, z.B. für den Auslandseinsatz von Kreditkarten, 1691 ff., die er mangels entspr. dispos. Rechtsvorschr. für kontrollfrei hält.

¹²⁰⁵ So auch Brandner in Schulze, S. 131 ff., 139.

¹²⁰⁶ Bsp. oben unter 2. Teil B III 3.a)aa)bbb); krit. zu st. Verst. der Kontrollfreiheit von Gebührenaufschlägen der Kreditinstitute für „bestimmte kleine Dienstleistungen“ wie Erstellung einer Kreditkarte oder Sparbuchs Kommission, Bericht v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S. 39; aA Brandner, MDR 1997, S. 312 ff., 314 (für weiteren kontrollfreien Bereich nach Art. 4 II) – allg. zu Bankentgelten, Horn, WM 1997, Sonderbeil.

¹²⁰⁷ Vgl. Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S. 133 ff., 168; Brandner, MDR 1999, S. 6 ff., 7 bzgl. Gebührenkl. für Erstellung eines Ersatzsparbuches, die der BGH, VuR 1998, S. 337, für kontrollfrei erklärt hatte (weil echte Sonderleistung und keine Abweichung v. disp. Recht). Auch bei den Gebühren bei Girokonto für Barauszahlung, Kontoauszüge, Überweisungen, Daueraufträge, Benutzung der Geldautomaten, etc. – dt. Postbank kommt auf 42 Gebührentatbestände – ist angesichts der insg. nur geringen Kostenbelastung des „Gesamtbudgets“ des Kunden sehr fraglich, ob dieser die einzelnen Posten im Rahmen einer Ermittlung der Gesamtbelastung der Kontoführung unter Einbez. der Wahrscheinlichkeit u. Häufigkeit der Inanspruchnahme jeder einzelnen Leistung bei der Abschlußentscheidung mitberücksichtigt und mit anderen Anbietern vergleicht – nachgewiesen ist bisher nur ein besonderes Interesse an Kosten für Kontoführung und Giroverkehr, vgl. Köndgen, ZBB 1997, S. 117 ff., 125 f. (der S. 127 f. aber gegen richterl. Angemessenheitskontr. ist, u. für Transparenzkontrolle). Auch bei Kreditkartenverträgen wird sich der Kunde idR nur mit der Jahresgrundgebühr beschäftigen, nicht aber mit den Entgelten für eher selten genutzte Zusatzleistungen, wie z.B. Gebühr für den Auslandseinsatz von Kreditkarten, tendenziell auch Markwardt, S. 239 (3/4 aller Kunden benutzen Karte nur im Inland, Meder, NJW 1996, S. 1849 ff., 1852). Bei Aufspaltung des Preises in mehrere Preisbestandteile, die so räuml. mit Preis für die Hauptl. verbunden sind, daß sie als Teil des Gesamtpreises erscheinen, geht Fastrich, S. 267 f. von Kontrollfreiheit aus; ähnl. Köndgen, NJW 1989, S. 943 ff., 948 – kein Verstoß gegen Art. 6 EGV v. Auslandskl. in Kreditkartenvertr., Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz. 40; aA Hasselbach, DZW 1999, S. 110.

¹²⁰⁸ Ähnlich BGHZ 95, S. 362 ff., 370 und BGH, NJW 1992, S. 1751 f.

¹²⁰⁹ Nieper, ZEuP 1999, S. 732 ff., 743; so für dt. Recht auch Meder, NJW 1996, S. 1849 ff., 1850.

¹²¹⁰ OFT, Unfair terms guidance, Rz. 19.13, z.B. „unfair cancellation penalties“ ; zu Maßstäben für Kontrolle von Entgeltklauseln, Horn, WM 1997, Sonderbeil., S. 18.

V Bedeutung des „sofern“-Nachsatzes des Art. 4 II:

Transparenzkontrolle (Informationsmöglichkeit) statt Inhaltskontrolle

Fraglich ist, wie der „sofern“-Nachsatz des Art. 4 II zu verstehen ist. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß die Einhaltung der Transparenzanforderungen („klar und verständlich“) Voraussetzung für die Ausnahme des Hauptgegenstandes und des Preis-Leistungs-Verhältnisses von der inhaltlichen Kontrolle ist und daß im Umkehrschluß diese Bereiche bei Intransparenz der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen sind¹²¹¹. Die inhaltliche Kontrollunterworfenheit ist danach Sanktion für fehlende Transparenz. Diese Möglichkeit von direkten Preiskontrollen würde eine Annäherung an das „nordische Modell“¹²¹² darstellen. Von anderen wird der „sofern“-Nachsatz nur als Klarstellung verstanden, daß das Transparenzgebot auch für die im übrigen kontrollfreien Klauseln iSd Art. 4 II gilt¹²¹³. Eine (allgemeine) inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle findet danach in keinem Fall statt, sondern nur eine Transparenzkontrolle¹²¹⁴. In diese Richtung gehen im Ergebnis auch diejenigen, die zwar ähnlich wie die hL auch die Transparenz als Voraussetzung der Kontrollfreiheit verstehen und im Umkehrschluß für unklare oder unverständliche Hauptleistungsbestimmungen eine Inhaltskontrolle befürworten, diese Inhaltskontrolle aber auf die Transparenzkontrolle beschränken wollen¹²¹⁵.

Der hL, wonach ein Umkehrschluß auf eine allgemeine inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle von Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis (Preiskontrolle) im Fall ihrer Intransparenz zu ziehen sei, ist nicht zu folgen. Gegen eine solche Annäherung an das „nordische Modell“ sprechen neben den oben aufgeführten Erwägungen¹²¹⁶, wie des Vorrangs der Vertragsautonomie und des Wettbewerbs vor richterlicher und gesetzlicher bzw. staatlicher Kontrolle, des Mangels an Kontrollmaßstäben für eine inhaltlichen Kontrolle etc., auch die Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck sowie Schlußfolgerungen

¹²¹¹ U.a. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 95; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.159 ff., 164; Reich, Konferenzunterlagen, S.193; ders. VuR 1995, S.1 ff., 5; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1494; Kretschmar, S.201 ff., 204; Kapnopoulou, S.103, 112, 137 f.; Kiendl, S.52; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.98; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692; Gozzo, S.148 f.; Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 155; Hübner, Rz.480; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Paschke/Iliopoulos, S.137; Grundmann, 2.10, Rz.34; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 239; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; ders. in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 282f.; Basedow/Fock, S.39; Basedow/Fock-Lemmel, S.344; Kommission, Bericht v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg, S.8, FN 16; wohl auch Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.40; nach Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.37 ff. wird Mißbräuchlichkeitskontr. der Hauptl. im Umkehrschluß nur bei mdl.Kl., u. damit „praktisch selten relevant“ (Rz.38), weil bei schriftl. Intransp. Kl. bereits eine Unwirksamk. nach Art. 5 gegeben sei.

¹²¹² Oben unter 2. Teil B III 4.b).

¹²¹³ Borges, S.135; Franzen, S.567; Choi, S.180; wohl auch Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S.243 ff., 247; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.234; Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 589 für die ital. Umsetzung in Art. 1469-ter; ders., Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 58; so auch der dt.Gesetzgeber in § 307 III 2 iVm I 2 BGB; auch in Ö wurde in § 6 III KSchG ein für alle Klauseln gelten des Transparenzgebot umgesetzt, ohne „sofern“-Nachsatz; wohl auch Ansicht der ital. Vereinigung der Versicherer (ANIA) in ihrem Rundschreiben v. 3.11.1994, vgl. CLAB IT 000457.

¹²¹⁴ Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311 f. spricht anschaulich von der formellen Mißbräuchlichkeitsprüfung auf Transparenz und der materiellen Mißbräuchlichkeitsprüfung nach Art. 3 I.

¹²¹⁵ So Choi, S.268; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.21: „Die Inhaltskontrolle betrifft jedoch nur die Transparenz und nicht den Gegenstand der Hauptleistungen oder das Äquivalenzverhältnis als solches.“ (mißverst.Rz.2); Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.74: „...nur die ´klassische´ Angemessenheitskontrolle ausschließt, nicht aber die auf Verständlichkeit und Transparenz der Vereinbarungen bezogene Inhaltskontrolle“; Damm, JZ 1994, S.161 ff., 171 unterscheidet die mittelbar transparenzbezogene Inhaltskontrolle der Leistungs- und Preisbestimmungen von der unmittelbaren Äquivalenzkontrolle nach § 138; wohl auch Brandner in Schulze, S.131 ff., 137 und Präve, Rz.358.

¹²¹⁶ Unter 2. Teil B I und IV 2.

aus der rechtsvergleichenden Betrachtung. Die Entstehungsgeschichte spricht dafür, daß nur Nebenbestimmungen und nicht Hauptleistungen inhaltlich überprüft werden sollten. Die Richtlinienvorschläge der Kommission von 1990 und 1992 waren zwar noch nicht ganz eindeutig. Sie enthielten keine dem Art. 4 II entsprechende Regelung und die bereits in der alten Generalklausel in Art. 2 I a.F. vorhandene Formulierung („erhebliches Mißverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten der Vertragspartner“) führte zu der Unklarheit, ob auch die Hauptleistungspflichten und das Preis-Leistungs-Verhältnis der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfallen sollen bzw. dürfen¹²¹⁷. Zwar wäre eine Äquivalenzkontrolle nach dem Wortlaut der Entwürfe möglich gewesen, die Dokumente hinsichtlich der Entstehung der Klauselrichtlinie¹²¹⁸ sprechen jedoch dafür, daß eine Angemessenheitskontrolle von Leistung und Gegenleistung (Preis) von Anfang an nicht bezweckt war¹²¹⁹. Gleiches gilt für die zugrunde liegenden Verbraucherschutzprogramme¹²²⁰ und deren Vorarbeiten¹²²¹. Es finden sich keinerlei Anzeichen für eine Kontrolle des Äquivalenzverhältnisses; hinsichtlich des Preises wird beispielsweise nur Wert auf die Transparenz und Information gelegt und die inhaltliche Kontrolle zielte von Anfang an auf die typischen Nebenabreden als „Standardklauseln“ ab, was sich insbesondere in den Klauselkatalogen der Entwürfe und auch der heute geltenden Fassung zeigte. Spätestens der GS von 1992, dem der geltende Richtlinienentwurf entspricht, hat sich mit Aufnahme des Art. 4 II eindeutig gegen eine andere und weitergehende Interpretation der Richtlinie ausgesprochen¹²²². Die Kontrollfreiheit von Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis ist seitdem ein wichtiges Prinzip der Klauselrichtlinie. Außerdem enthält die Klauselrichtlinie keinen Maßstab oder Kriterien für die Kontrolle der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung.

¹²¹⁷ RL nicht eindeutig: auch Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 705; Canaris, FS Lerche, S.873 ff., 887 ff.; weniger diff. M. Kritik an Kontrollfähigkeit der Hauptleistungspfll.: Bunte FS Locher, S.325 ff., 330 ff.,334; Hommelhoff, AcP 192 (1992), S.71 ff., 90 f.; Stellungn. des Bundesrates, BR-Drucks.611/1/90, S.2.

¹²¹⁸ Schon nach Mitteilung der Kommission v. 9.2.1984, KOM (84) 55 endg., S.2 Nr.10 ist Sonderstellung von „Vertragsgegenständen wie Preis und Warenangaben“ erkennbar: es wird festgestellt, daß diese „möglicherweise ausgehandelt werden“ – damit wären dann keine Standardkl. gegeben, die als besondere Motivation für die Klauselkontrolle genannt werden (Nr.3 ff.), die in Nr.14, Seite 3, gen.Bsp.betr.nur Nebenabreden: Zahlungsmod. oder Klauseln, die die vertraglichen Pflichten des Verwenders beschränken (aber nicht die Festlegung der vertragl. Pflichten selbst); auch die Bsp.u.Ziele des RL-Vorschlages 1990, S.4, EG 9 u.Liste im Anhang beziehen sich nicht auf Festlegung der Hauptleistungen; gleiches gilt für Stellungn. Des Wirtschafts- u. Sozialausschusses, ABl. Nr.C 159/34, 2.5.4. und 2.8.5 – in 2.2.2. wird außerdem angemerkt, daß RL in den Mitgliedst. „keine größeren Änderungen“ mit sich bringen wird, eine Kontrolle des Preis-Leistungsverhältnisses wäre aber in den meisten Staaten eine größere Änderung gewesen; auch w. Dok. wie Stellungn. des EP, ABl. Nr.C 326/108 ff. v. 16.12.1991 (dort Änderung Nr.16 und 54, 61,57), geänderte RL-Vorschlag 1992 (Anhang) und überprüfte Vorschlag der Kommission v. 26.1.1993, KOM (93) 11 endg. – SYN 285 (Begr., S.2 Abs.5, Anhang) zielen nicht auf eine Angemessenheitskontrolle von Leistung und Gegenleistung ab.

¹²¹⁹ I.E. auch Choi, S.180.

¹²²⁰ Beide Verbraucherschutzprogramme aus den Jahren 1975 und 1981 setzen bei Preis-Leistungsverhältnis den Schwerpunkt bei der Information und Transparenz, damit Verbraucher zu gleichberechtigten Partnern werden (1.Programm: IA 8.,sowie II D b) 35 und v) 40; 2.Programm: B 34.) sowie D 42., 43.) ;Preiskontr.,- festsetzg. U.sonst. Einfluß auf angemessenen Preis sind dagegen nur in best. Ausnahmefällen, z.B. Agrar- o. Wettbewerbspolitik vorgesehen (1.Programm: I B 11.; 2.Programm: I 3.1.Spiegelstrich und 9.1); die Formul. „günstigeres Verhältnis zwischen Qualität und Preis bei Gütern und Dienstleistungen“ (1.Programm, II B b) 30.vi,1 Spiegelstrich) wird nicht direkt mit der Kontrolle mißbr. Vertragskl. in Verbindung gebracht.

¹²²¹ Keine Anhaltspunkte in EntschlieÙung des EP, ABl. Nr.C291/39 v. 10.11.1980, oder in EntschlieÙung des EP, ABl. Nr.C 241/23 v. 10.10.1977.

¹²²² Vgl. die Begründung des Rates v. 14.10.1992 zu GS v.22.9., 8406/1/92 REV 1 ADD 1 RESTREINT CONCOM 52 PRO-COOP 57, S.5 zu Art. 4.

Gegen die hL spricht auch die Orientierung des gesamten Art. 4 II an dem deutschen Vorbild¹²²³. Besonders in der deutschen Literatur wurde u.a. der zu weite sachliche Anwendungsbereich der Entwürfe kritisiert und statt der „sachlich ungeeigneten Inhaltskontrollen“ der Hauptleistungen eine „marktkonforme Verbesserung der Transparenz“ empfohlen¹²²⁴. Die Formulierung des Art. 4 II der Klauselrichtlinie spricht trotz des mißverständlichen „sofern“-Nachsatzes dafür, daß damit diese Anregung (Transparenzkontrolle statt inhaltlicher Kontrolle) umgesetzt werden sollte¹²²⁵. Zudem muß selbst bei der ursprünglichen Orientierung des weiten sachlichen Anwendungsbereichs an den französischen Kontrollregelungen¹²²⁶ berücksichtigt werden, daß dort ebenfalls die Festlegung der Hauptleistungen mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit nicht inhaltlich kontrolliert wurden¹²²⁷. Das skandinavische Konzept der umfassenden Kontrolle sollte mit der Richtlinie erkennbar gerade nicht übernommen werden¹²²⁸. Es kann auch nicht als Argument für eine Preiskontrolle die Tatsache gelten, daß eine *laesio enormis* bzw. eine dem deutschen § 138 II BGB entsprechende Regelung nicht in allen europäischen Privatrechten bekannt war¹²²⁹. Mit Art. 4 II kann keine europaweite Regelung dieser Grundsätze gemeint sein, weil der Maßstab des „erheblichen Mißverhältnisses“ gemäß Art. 3 I unterhalb der Grenze der *laesio enormis* und des Wuchers ansetzt¹²³⁰.

Selbst wenn man mit der herrschenden Ansicht argumentiert, daß das marktliberale Prinzip der Kontrollfreiheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses seine Legitimation in dem Moment verliert, in dem der Unternehmer die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes durch intransparente Gestaltung gefährdet¹²³¹, bleiben begründete Zweifel, ob die Richtlinie auch so aufzufassen ist¹²³². Denn abgesehen von der Frage, wie den eine unklare und/oder unverständlich Hauptleistung überhaupt inhaltlich kontrolliert werden kann¹²³³, fehlen einem Richter regelmäßig bei Leistung und Preis die rechtlichen Maßstäbe. Dies gilt besonders für komplexe Finanzprodukte und Allfinanzstrategien oder z.B. auch für nach der Deregulierung entstandene neue Versicherungstypen¹²³⁴, weil hier den Gerichten die Vergleichspreise fehlen¹²³⁵. Es ist auch fraglich, ob ein so weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit noch von der Kompetenznorm des Art. 100 a a.F. EG-V gedeckt wäre¹²³⁶.

¹²²³ Brandner, ZIP 1992, S.1590 f., 1591 unter 6.; in Dtl.war hM, daß das Transparenzgebot auch bei sonst kontrollfreien Klauseln iSd § 8 AGBG a.F. (§307 III 1 BGB) gilt, vgl.unten bei 2.Teil D II 1.a) cc).

¹²²⁴ Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 705.

¹²²⁵ So auch Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 14: auf deutsches Bestreben.

¹²²⁶ Vgl. Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 14.

¹²²⁷ Oben 2.Teil B III 4.a) aa).

¹²²⁸ Dazu oben unter 2.Teil B III 4.b) und IV 1.; insb.die RF des Anpassens ist weder mit der RF des Art. 6 I noch mit dem T-Gebot vereinbar; ein Anpassen war v.A.an nicht gewollt, vgl.RL-Vorschlag von 1990, EG 12 iVm Art. 3 (RF:Unwirksamkeit); zudem enthält die RL ja gerade Art. 4 II - gegen eine Tendenz zu der skand. Reg. spricht auch, daß zur Zeit des RL-Erlasses im Jahre 1993 Schweden und Finnland noch nicht Mitglied der EU waren, die „skandinavische Stimme“ war im Rat also eher im Hintergrund.

¹²²⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.68; Bsp. zu Ländern mit solchen Regelungen oben unter 2.Teil B III 1 c).

¹²³⁰ So wohl auch Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 705.

¹²³¹ Z.B. Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65.

¹²³² Zumal dieses Arg. auch nicht notwendigerweise für eine Inhaltskontr. als Sanktion der Intransparenz spricht – denn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs kann auch durch eine Transparenzkontr. gewährleistet werden.

¹²³³ Sofern nicht nur eine Intransparenz für einen Laien gegeben u.keine Auslg. iSd Art. 5 Satz 2 möglich ist.

¹²³⁴ Vgl. Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 281.

¹²³⁵ 2.Teil B I; z.B.in Skandinavien wird im Rahmen der Preiskontrolle auf den Durchschnittspreis für vergleichbare Produkte abgestellt.

¹²³⁶ Die Kompetenz war ohnehin umstritten, vgl. Kretschmar, S.64.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der maßgebliche Grund für die Ausnahme der in Art. 4 II genannten Klauseln von der (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle das „kritische Abwehrverhalten“ der Verbraucher hinsichtlich dieser Vertragsregelungen¹²³⁷. Diesem Grundsatz entspricht der „Sofern“-Nachsatz“ nur dann, wenn er lediglich eine Klarstellung der Geltung der Transparenzanforderungen als Voraussetzung für eine freie Marktentscheidung bezüglich dieses Bereichs beinhaltet. Dies entspricht letztlich auch dem europäischen Verbraucherleitbild des mündigen Verbrauchers sowie der allgemeinen Linie des EuGH (Informationsmodell vor Verbotmodell)¹²³⁸. Soweit also die Transparenz Voraussetzungen erfüllt sind, wird nach der Klauselrichtlinie auch ein unangemessenes Preis-Leistungs-Verhältnisse hingenommen, da der Verbraucher hier den Vertrag „sehenden Auges“ abschließt.

Zusammenfassend darf also auch bei Intransparenz keine „allgemeine inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle“ hinsichtlich des Inhaltes der in Art. 4 II genannten Klauseln stattfinden¹²³⁹. Trotz des mißverständlichen Wortlautes des Art. 4 II¹²⁴⁰, der in allen Sprachfassungen¹²⁴¹ eine Zweistufenprüfung nahelegt (kontrollfrei nur, wenn klar und verständlich)¹²⁴², wird man also von einer reinen Klarstellung ausgehen müssen (zwar grundsätzlich kontrollfrei, aber Transparenzgebot gilt)¹²⁴³. Andernfalls würden die Prüfungsstufen von Kontrollgegenstand und Inhaltskontrolle vermischt¹²⁴⁴. Auch der EG 19, der in Satz 1 dem Art. 4 II entspricht, die Einschränkung des „sofern“-Nachsatzes aber nicht enthält, spricht für eine unbedingte Ausnahme des Hauptgegenstandes und des Äquivalenzverhältnisses von der (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle. Zwischen der Frage der Kontrollunterworfenheit und dem in EG 20 erwähnten Transparenzgebot wird keine Verbindung hergestellt und EG 20 gilt insoweit ohne Einschränkung für alle Klauseln.

VI Art. 4 II als Regelung überflüssig?

¹²³⁷ Dazu ausführlich oben unter 1. Teil D II 3.c) und unter 2. Teil B I, IV 2.

¹²³⁸ Verbraucherleitbild: z.B. EuGH v.16.7.1998, Rs. C-210/96 (Gut Springenheide u. Tusky./Oberkreisdirektor Steinfurt), Rz.30 f.m.w.Nachw.; Vorrang Informationsmodell seit EuGH v.20.2.1979, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, S.649 ff., 664.

¹²³⁹ Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311 ff, 312.

¹²⁴⁰ Franzen, S.566: „ein Beispiel für gesetzgeberische Intransparenz“.

¹²⁴¹ Z.B.: spanisch („jimmer wenn“ – „siempre que“); französisch („soweit“ – „pour autant que“); italienisch („wenn“ – „purché“), englisch („soweit“ – „in so far as“).

¹²⁴² Dafür dann auch Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1073/1074; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; ders. in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 282 f.; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 239; wohl Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 417; tend. OLG München, NVersZ 2000, S.74 ff., 76; z.B. in GB sieht OFT Transparenz als Vor. für Kontrollfreiheit von „core terms“, Unfair terms guidance, Rz.19.12f.; Bulletin Issue No.2, Sept. 1996, S.13 (auch bei Willett/Hird in Cartwright, S.227, FN 24).

¹²⁴³ So wohl Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450; entgegen Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048 hat der BGH in seiner Entscheidung zu der Arbeitslosigkeitsversicherung, NVersZ 1999, S.360 ff., 361 nicht ausgesprochen, daß Hauptpflichten der Inhaltskontrolle unterliegen, sofern sie nicht klar und verständlich sind - das Gericht betont unter Punkt 3. lediglich, daß es bei Risikoausschlüssen im Rahmen der Inhaltskontrolle besonders auf die Einhaltung der Transparenz ankomme; die Frage der Kontrollfähigkeit wurde bereits in Nr.2 bejaht; im Eingangssatz, S.360, hält der BGH dem Berufungsgericht lediglich unter Hinweis auf Art. 4 II vor, daß es auch nach § 8 kontrollfreie Leistungsbeschreibungen einer Transparenzkontrolle hätte unterziehen müssen.

¹²⁴⁴ In den Ländern, die eine Transparenzprüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle kennen (z.B. Deutschland) entstünde die fragwürdige Situation, daß die Transparenz als Teil der Inhaltskontrolle zugleich bei der eigentlich vorrangigen Frage der Kontrollunterworfenheit zu prüfen wäre.

In dem Kommissionsbericht vom 27.4.2000 zur Anwendung der Klauselrichtlinie wird eine Abschaffung des Art. 4 II vorgeschlagen¹²⁴⁵. Dieser Vorschlag geht zurück auf eine Arbeitsgruppe anlässlich der Brüsseler Konferenz 1999, die angesichts der Tatsache, daß die Richtlinie schon in Art. 3 I im einzelnen ausgehandelte Klauseln von dem sachlichen Anwendungsbereich ausnimmt, die Regelung des Art. 4 II jedenfalls hinsichtlich des Hauptgegenstandes für überflüssig hält¹²⁴⁶. Wie oben unter I dargestellt, ist Art. 4 II aber keineswegs überflüssig; insbesondere sind Leistung und Gegenleistung nicht aufgrund des Aushandelns im einzelnen von der Mißbräuchlichkeitskontrolle ausgenommen¹²⁴⁷. Eine Streichung des Art. 4 II aus dem Richtlinienentwurf würde die mit einer marktwirtschaftlich verfassten Rechts- bzw. Wirtschaftsordnung (Art. 3 I g, 98 EGV) nicht zu vereinbarende Schlußfolgerung nahelegen, daß auch Preis und Leistung der inhaltlichen Kontrolle unterworfen sind¹²⁴⁸. Die Gerichte würden zu Preisfestsetzungsbehörden „denaturieren“¹²⁴⁹. Auch ein Weglassen allein des „Hauptgegenstands“ ist ausgeschlossen, weil es dem Anbieter in einer liberalen Marktwirtschaft überlassen bleiben muß, neben dem Preis auch den Umfang seines Leistungsangebotes zu bestimmen.

Die rechtsvergleichende Betrachtung hat deutlich gemacht, daß sowohl die Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches nach Art. 4 II als Wertung für die Vertragsfreiheit in den äußersten Grenzen der Sittenwidrigkeit etc., erforderlich ist¹²⁵⁰, als auch die Klarstellung bezüglich der Geltung des Transparenzgebotes für den im übrigen kontrollfreien Bereich¹²⁵¹. Aufgrund der Wichtigkeit des Art. 4 II ist es bedenklich, daß der Art. 4 II in Skandinavien, Spanien, Griechenland, Portugal und Luxemburg, die bereits vor der Richtlinie keine mit Art. 4 II vergleichbare oder zumindest ähnliche Regelung kannten, nicht umgesetzt wurde¹²⁵².

¹²⁴⁵ KOM (2000), 248 endg., S.16 f.; Kritik von Präve, NVersZ 2001, S.5 ff., 6 f.

¹²⁴⁶ Schlußbericht der Arbeitsgruppe, Konferenzunterlagen, S.97 ff., 98/99 („a kind of overkill“); das von der Kommission in ihrem Bericht v. 27.4.2000 zusätzlich angeführte Argument (KOM 2000, 248 endg.S.17) von Auslegungsproblemen insbesondere bei Versicherungsverträgen kann allenfalls ein Klarstellung im Text der KlauselRL, nicht aber eine völlige Streichung der Regelung rechtfertigen.

¹²⁴⁷ Dies geht an der Rechtswirklichkeit vorbei, Konferenzunterlagen 98 (allerdings mit dem fehlgehenden Schluß, daß der Art. 4 II deshalb der Philosophie der RL nicht entspreche) – hält man Preiskontrolle für notwendig, so muß dies auf andere Weise als durch Klauselkontrolle geschehen, vgl. auch Konferenzunterlagen ebenda.

¹²⁴⁸ Präve, NVersZ 2001, S.5 ff., 6 f.; bezüglich der Diskussion einer ersatzlosen Streichung des § 8 AGBG a.F. Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 164, 176 f.; es gelten die Argumente oben unter I, die auch schon gegen den ursprünglich zu weiten Kontrollumfang der KlauselRL vorgebracht wurden, vgl. nur Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff.; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1072.

¹²⁴⁹ Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 176 f.

¹²⁵⁰ Besonders wichtig für Länder mit umfassender Kontrolle (Skandinavien), Länder mit Inhaltskontrolle nur bei bestimmten Klauseln (z.B. Frankreich; Großbritannien, UCTA 1977), oder ohne offene Inhaltskontrolle (Italien), um zu zeigen, daß die RL trotz grundsätzlich umfassender Kontrolle aller nicht im einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln eine Grenze für die Mißbräuchlichkeitskontrolle kennt.

¹²⁵¹ Neben den oben genannten Staaten insb. für die Länder, in denen wie in den Niederlanden die Transparenzvoraussetzungen nicht auf die „Kernbestimmungen“ anwendbar waren; auch in Deutschland nützlich, weil dies trotz hM noch str.war und noch nicht vom BGH ausdrücklich bestätigt, der regelmäßig die Schranke des § 8 AGBG a.F. auch bei der Transparenzkontrolle prüfte.

¹²⁵² Bericht der Kommission v. 27.04.2000, KOM (2000), 248 endgültig, S.16; in Spanien war zwar in dem Gesetzesentwurf zur Umsetzung eine entsprechende Formulierung vorhanden, die aber nicht in der endgültigen Gesetzesversion auftauchte, vgl. Cabanas Trejo/ Vestweber, ZvglRWiss 97 (1998), S.454 ff., 480 f. (vermutet einen Abstimmungsirrtum); Alexandridou, ERPL 1997, S.173 ff., 176, lobt diese Haltung des griechischen Gesetzgebers zugunsten der Verbraucher.

VII Zulässigkeit des Preisargumentes ?

Art. 4 II iVm EG 19 Satz 1 erklärt zwar Klauseln, die den Hauptgegenstand und das Preis-Leistungs-Verhältnis beschreiben, für nicht kontrollunterworfen. Art. 4 I („alle anderen Klauseln desselben Vertrages“) iVm EG 19 Satz 2 stellt aber klar, daß der Hauptgegenstand und das Preis-Leistungs-Verhältnis bei der Mißbräuchlichkeitsprüfung anderer Klauseln desselben Vertrages berücksichtigt werden können. Dies könnte bedeuten, daß bei der Mißbräuchlichkeitskontrolle das Preisargument zulässig ist¹²⁵³. Unter Preisargument ist die Zulässigkeit einer Rechtfertigung eines Mißverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner durch einen besonders günstigen Preis zu verstehen.

1. Rechtsvergleichende Betrachtung

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Preisargumentes bestand in den europäischen Staaten keine Einigkeit. Das Preisargument war in Deutschland bei der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff BGB (§§ 9 ff.AGBG a.F.) grundsätzlich unzulässig¹²⁵⁴. Allerdings kannte die herrschende Meinung Ausnahmen. Der Preis kann danach in besonders offenkundigen Fällen berücksichtigt werden, bei denen der Zusammenhang zum Preis offensichtlich ist. Dies wird z.B. bei Wahlmöglichkeiten zwischen zwei Tarifen bei jeweils unterschiedlich vorteilhaftem Inhalt der AGB angenommen¹²⁵⁵. Beispiel für eine Berücksichtigung ist im Versicherungsvertrag die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Tarifen bei jeweils unterschiedlichem Deckungsumfang. Teilweise wird bei Versicherungsverträgen eine Berücksichtigung des Preises auch in den Fällen für zulässig gehalten, bei denen der Preis von vorneherein bestimmte Risiken nicht abdecken kann¹²⁵⁶. In bestimmten Fällen kann aber auch die Wahlmöglichkeit eine nachteilige Klausel nicht rechtfertigen¹²⁵⁷.

Auch in Österreich, wo nach § 879 III ABGB bei der inhaltlichen Kontrolle „alle Umstände des Falles“ bei Vertragsschluß¹²⁵⁸ berücksichtigt werden müssen, war das Preisargument bis auf für den Kunden transparente Ausnahmefälle¹²⁵⁹, wie z.B. Tarifwahlmöglichkeiten¹²⁶⁰, nach herrschender Meinung nicht zulässig¹²⁶¹. Selbst bei einer Wahlmöglichkeit

¹²⁵³ Dafür: Roppo, Konferenzunterlagen, S.125 ff., 134, Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 95; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.159 ff., 164 f. (ders., ZEuP 1993, S.522 ff., 526 noch offenlassend); Arbeitsgruppe anlässlich der brüsseler Konferenz 1999, Konferenzunterlagen, S.134; tendenziell auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.8,20; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 578; Kieninger, ZEuP 1994, S.278 ff., 281; offenlassend: Grundmann, RabelsZ 61 (1997), S.423 ff., 437.

¹²⁵⁴ Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG, Rz.13 m.Rspr.nachw., Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGB, Rz.855 b und § 9 AGBG, Rz.109 f.; BGH, VersR 1982, S.482; Ausnahme bei Elektrizitätsverorgung, vgl. BGH, NJW 1998, S.1640 ff., 1644.

¹²⁵⁵ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh.§§9-11 AGBG, Rz.855b und § 9 AGBG, Rz.112; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.138.

¹²⁵⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.138; Präve, Rz.419.

¹²⁵⁷ Z.B.Präve, Rz.419; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1266.

¹²⁵⁸ Rummel, ABGB, § 879, Rz.240; Kapfer-Dittrich/Tades, ABGB, § 879, Rz.E 365.

¹²⁵⁹ Vgl. Rummel, ABGB, § 879, Rz.241.

¹²⁶⁰ Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 322; Kiendl, S.130; Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 589 (m.w.Ausnahmen); auch die Gesetzesbegründung erklärte das Preisargument grundsätzlich für unzulässig, sah aber die Tarifwahl als Ausnahme an und nannte als Beispiel für eine zulässige Tarifwahl den sog. Spalttarif bei der KfZ-Haftpflichtversicherung, vgl. bei Krejci in Handbuch des KSchG, S.85 ff., 161 f./Fenyves, ebenda, S.538, Fußnote 5; so erklärte auch der OGH den Spalttarif für zulässig, vgl.OGH v.26.2.1975, SZ 48/22 (Kritik bei Kiendl, S.129 m.w.Nachw.in FN 210); gegen jede Form des Preisargumentes dagegen Krejci, ebenda, S.162 f.; ders. in Rummel, ABGB, § 879 III, Rz.241; offenlassend Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 74.

¹²⁶¹ Reindl in Karlsruher Forum 1997, S.106 f. (u.a. auch für die Rspr.); Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 332; die Gesetzesformulierung ist allerdings nicht eindeutig, vgl. Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 74.

wird eine nachteilige Klausel aber dann nicht mehr als zulässig angesehen, wenn wesentliche Leistungen des Verwenders ausgeschlossen werden sollen und als Ausgleich nur ein geringer Preisnachlaß angeboten wird, der Vertrag ausgehöhlt wird, oder die äußerste Grenze der Sittenwidrigkeit verletzt wird¹²⁶². Da in Österreich eine dem Art. 4 I der Klauselrichtlinie vergleichbare Regelung vorhanden war, ist dieses Verständnis, daß zwar grundsätzlich ein Nachteil durch eine ungünstige Klausel im Wege der „Interessenbilanz“ durch eine andere vorteilhafte Klausel wieder ausgeglichen werden kann¹²⁶³, aber bis auf wenige Ausnahmen eine gröblich benachteiligende Nebenbestimmung nicht durch besonders günstigen Hauptleistungen (z.B. maßgeblicher Preisnachlaß) ausgeglichen werden kann, bei Auslegung der Klauselrichtlinie besonders zu berücksichtigen.

Besonders wichtig ist das Verständnis im Rahmen der „guidelines“ für den „reasonableness“-Test in Schedule 2 des UCTA 1977 in Großbritannien, da diese Vorbild für die nähere Erläuterung der berücksichtigungsfähigen Umstände des Art. 4 I in EG 16 waren¹²⁶⁴. Auch in Großbritannien wird die Wahlmöglichkeit zwischen einem hohen Preis ohne Freizeichnungsklausel und einem niedrigen Preis mit Freizeichnungsklausel als berücksichtigungsfähiger Umstand angesehen, wenn diese Wahlmöglichkeit für den Kunden klar erkennbar und verständlich war¹²⁶⁵.

Dagegen wurde das Preisargument in Frankreich für zulässig gehalten und von der Rechtsprechung häufig im Rahmen der Inhaltskontrolle herangezogen¹²⁶⁶, auch wenn die direkte Kontrolle der gegenseitigen Hauptleistungen und des Äquivalenzverhältnisses nach wie vor abgelehnt wird. Gleiches gilt für Italien¹²⁶⁷.

Da in Skandinavien auch die Hauptleistungen und damit auch der Preis, kontrolliert und solange angepaßt werden konnten, bis eine faire Gleichgewichte der Rechte und Pflichten vorlag, war dort auch das Preisargument zulässig, teilweise sogar ausdrücklich im Gesetzeswortlaut vorgeschrieben¹²⁶⁸. Auch in Skandinavien gibt es allerdings so unbillige Klau-

a.A.: für eine generellere Berücksichtigung des Preisargument im Falle der Transparenz i.E. wohl Kiendl, S.134.

¹²⁶² Kiendl, S.129f. und 164; Ehrenzweig, S.161; Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 597.

¹²⁶³ Schauer, S.87; dagegen sind die nach § 6 KSchG verbotenen Klauseln in jedem Fall unwirksam.

¹²⁶⁴ Vgl. oben unter *I. Teil D II 2.*; gleiche Regelung auch in Irland, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff, 292.

¹²⁶⁵ Str. ist allein, unter welchen in den guidelines der Schedule 2 genannten Umstände die Wahlmöglichkeit zu subsumieren ist: nach Atiyah, Law of Contracts, S.306 ist b) „whether the customer received some inducement to agree to a term“ (Anreiz, eine Klausel zu akzeptieren) einschlägig, mit Beispiel: Wahl zwischen „goods carried at owner’s risk at a lower charge“ und „goods carried at carrier’s risk at a higher charge“. Rspr. bsp. auch bei Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 292, FN 25; Weick, ZHR 145 (1981), S.68 ff., 77, Fußnote 49 ordnet diese Wahlmöglichkeit dagegen bei a) „...taking into account...alternative means by which the customer’s requirements could have been met“ (Berücksichtigung von Alternativen) ein; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234/235 bezieht sich auf a) und b); laut Atiyah, Law of Contracts, S.311 sind solche Wahlmöglichkeiten in englischen Verträgen häufiger geworden. – die Formulierung aus b) war auch zunächst in Schedule 2 der RL-Umsetzung in UTCC Reg.1994 enthalten; seit der Fassung v. 1999 wird auf ausdrückliche guidelines verzichtet.

¹²⁶⁶ Vgl. Carmet, Rev.trim.dr.com.1982, S.1 ff., 18; MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.61 m.w.Nachw.; CA de Colmar v.16.6.1995, RGAT 1995, S.624ff., m.Anm.Bigot; zust. Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 22/23 – auch nach RL-Umsetzung unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 3 I, 4 I, EG 19 Satz 2 der RL, vgl. Terré/Simler/Lequette, Rz.307; offenlassend Starck/Roland/Boyer, Rz.749; aA Lambert-Faivre, Rz.153.

¹²⁶⁷ MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.61 m.w.Nachw.

¹²⁶⁸ Z.B. in Finnland ist nach Kap.4 I des Konsumentenschutzgesetzes von 1978 das Verhältnis von Produktqualität und dem üblichen Preislevel heranzuziehen, um zu bestimmen, ob der konkret geforderte Preis unbillig ist („...considering the quality of the article or service and the general price level...“; engl. Übersetzung bei CLAB FI 000196); auch bei Kap. 3 I wird ausdrücklich das Preis-Leistungsverhältnis als Prüfungspunkt für die Unfairness genannt, vgl. engl. Übersetzung bei CLAB FI 000024; gleiche Situation in Schweden, vgl. Carsten, WuW 1973, S.667 ff., 676.

seln, die auch nicht mehr durch eine andere Klauseln oder einen niedrigen Preis gerechtfertigt werden können¹²⁶⁹.

2. Preisargument nach der Klauselrichtlinie

Neben den im Rahmen des wertenden Rechtsvergleichs besonders wichtigen nationalen Auslegungen in Deutschland (Vorbild für Art. 4 II), Österreich (vergleichbare Regelung wie Art. 4 I¹²⁷⁰) und Großbritannien (Vorbild für Erwägungsgrund 16) spricht gegen die Zulässigkeit des Preisargumentes auf Richtlinienebene, daß damit eine mittelbare Preiskontrolle durchgeführt und die Grundregel des Art. 4 II umgangen werden würde, nach der die Prüfung der Angemessenheit der Preishöhe unzulässig ist. Da Art. 4 II vorrangig vor der eigentlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle deren Gegenstand festlegt, kann auch die Formulierung des Art. 3 I („Mißverhältnis“) nicht zu einem anderen Ergebnis führen¹²⁷¹. Mit Art. 4 II ist nicht nur die Möglichkeit, eine Preisklausel direkt aufgrund eines zu hohen Preises für mißbräuchlich und unwirksam zu erklären, nicht zu vereinbaren¹²⁷², sondern auch die Prüfung, ob eine oder mehrere nachteilige Klauseln angemessen in der Preishöhe berücksichtigt wurden¹²⁷³. Ein stark eingeschränkter Deckungsumfang in einem Versicherungsvertrag kann also nicht mit einer verhältnismäßig geringen Prämie gerechtfertigt werden¹²⁷⁴. Insbesondere bei komplexen Finanzprodukten ist ein angemessener Preis zudem häufig gar nicht feststellbar¹²⁷⁵. Zudem läßt sich idR weder der tatsächliche Zusammenhang zwischen einer konkreten Klausel und der Preishöhe nachweisen, noch in welcher Höhe sich die Klausel ausgewirkt hat. Beispielsweise bei Versicherungsverträgen kann eine - im Vergleich zu Konkurrenzprodukten anderer Anbieter - relativ niedrige Prämie auch aufgrund eines marktunterdurchschnittlichen Kostenansatzes oder aufgrund der Wettbewerbsstrategie zustande kommen, ein niedriger Deckungsumfang ist nicht notwendigerweise ausschlaggebend¹²⁷⁶. Daher ist die Prämienhöhe, insb. auch bei nach der Deregulierung entstandenen neuen Versicherungstypen, nicht direkt aussagefähig; ein Vergleich mit Produkten anderer Versicherungsunternehmen derselben Sparte führt daher nicht weiter.

Der 2.Satz des 19.Erwägungsgrundes ist daher eng auszulegen und darf nur in Ausnahmefällen angewandt werden. Auch unter Zugrundelegung der Ergebnisse des Rechtsverglei-

¹²⁶⁹ Vgl. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 33, insb.Fußnote 31.

¹²⁷⁰ Auch Frankreich und die skandinavischen Länder kannten beispielsweise zwar eine Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles (in Skandinavien sogar Umstände nach Vertragsschluß), jedoch kontrollieren die „nordischen Länder“ anders als Art. 4 II alle Klauseln (anderes Kontrollsystem) und in Frankreich kann man keine ausdrückliche Regelung wie Art. 4 II und tendierte generell zu einer sachlich umfassenderen Kontrolle, da – anders als nach der RL – auch im einzelnen ausgehandelte Klauseln der inhaltlichen Kontrolle unterfallen.

¹²⁷¹ So aber Terré/Simler/Lequette, Rz.307 bezüglich des franz.Wortlauts „déséquilibre...des droits et obligations des parties“; unter Berufung auf die Tatsache, daß ebendiese Formulierung ursprünglich auch für die Generalklausel des Gesetzes n° 78-23 vorgesehen war, aber wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer lésion bzw. Äquivalenzkontrolle nicht in den endgültigen Text übernommen wurde.

¹²⁷² Konferenzunterlagen, S.134.

¹²⁷³ So aber Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240, FN 60, nach denen eine Preiserhöhungsklausel mit der Begründung für mißbräuchlich gehalten werden kann, daß der vorherige Preis zu hoch war; für die Zulässigkeit des Preisargumentes auch Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 317.

¹²⁷⁴ Die Prüfung, ob sich Prämie und Deckung versicherungsmathematisch entsprechen, ist nicht mit Art.4 II vereinbar, vgl.auch Kieninger, ZEuP1994, S.276 ff., 281.

¹²⁷⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.9.

¹²⁷⁶ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 274; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 281.

ches ist der Preis ist nur ausnahmsweise zu berücksichtigen¹²⁷⁷, z.B. bei klar erkennbarer und verständlicher Wahlmöglichkeit zwischen nachteiligeren Bedingungen zu einem geringeren Preis oder günstigeren Bedingungen zu einem höheren Preis¹²⁷⁸. Die Transparenz der Wahlmöglichkeit und die Erkennbarkeit, daß sich mit Wahl des Preisnachlasses die vertraglichen Rechte verringern, sind wichtige Voraussetzungen; interne Kalkulationsgrundlagen genügen daher nicht. Bei diesen unterschiedlichen Varianten wird der Preis auch von den Parteien in die Überlegungen einbezogen und ist Bestandteil des Vertragswillens¹²⁷⁹. Da eine Wahlmöglichkeit nur ein nach Art. 4 I zu berücksichtigender Umstand (unter vielen) im Rahmen der Interessenabwägung ist, kann diese in extremen Fällen eine nachteilige Klausel nicht rechtfertigen. Etwa darf durch die Klausel der Vertrag weder „ausgehöhlt“¹²⁸⁰ noch sittenwidrig werden¹²⁸¹. Allerdings genügt abgesehen von diesen Fällen m.E. ein geringer Preisunterschied auch bei einem größeren Leistungsunterschied, soweit nicht sonstige Umstände wie z.B. Zwang, Monopolstellung etc. hinzukommen, als berücksichtigungsfähige Wahlmöglichkeit¹²⁸².

C Kontrollfreier Bereich bei Versicherungsverträgen nach Art. 4 II unter besonderer Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 19 Satz 3

Die Frage der Reichweite der Mißbräuchlichkeitsprüfung bei Versicherungsbedingungen hat mit Wegfall der Vorabkontrolle und Genehmigungspflicht von AVB und Tarifen durch nationale Versicherungsaufsichtsbehörden¹²⁸³ im Zuge der Liberalisierung und Deregulie-

¹²⁷⁷ Für restriktive Auslegung auch Markwardt, S.77; nach Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze ist wegen Art. 4 II offenbar jegliches Preisargument ausgeschlossen.

¹²⁷⁸ Beispiel ist die Wahlmöglichkeit bei Standby-Flügen (billiger und geringerer Leistungsumfang), vgl. Kapnopoulou, S.138; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz.8 und 20 will das Preisargument auch in sonstigen offenkundigen Fällen berücksichtigen, z.B. bei Verkehrsüblichkeit; zust. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.9 (widersprüchlich mit Rz.8); MüKo-Basedow, § 24 a AGBG, Rz.62 – dies ist aber m.E. schon aufgrund der Abgrenzungsprobleme, wann für einen durchschnittlichen Verbraucher eine bestimmte Vertragsgestaltung offenkundig nicht von einem bestimmten Preis erfasst sein kann, zumindest zweifelhaft; der Verwender hätte die Möglichkeit, eine Beurteilung einer Klausel als mißbräuchlich durch einen niedrigen Preis zu vermeiden; außerdem schließt der Vorbehalt, daß die Festlegung des Preises Angebot und Nachfrage überlassen bleibt, auch einen Vergleich mit der üblichen Vergütung aus, denn auch diese wird selbst durch den Markt bestimmt, Fastrich, S.259.

¹²⁷⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.9; Kapnopoulou will nur dann den Preis berücksichtigen, wenn er Bestandteil des Vertragswillens der Parteien ist oder zumindest dessen Bildung als gemeinsames Motiv zugrundeliegt, Seite 137.

¹²⁸⁰ Z.B. wenn das Risiko eines Eintritts solcher Umstände, die den Verlust der Ansprüche gegen den Unternehmer zur Folge haben, besonders hoch ist.

¹²⁸¹ Der höhere Preis darf keinen Abschreckungseffekt haben, vgl. Präve; er darf nicht so hoch sein, daß eine echte Wahlmöglichkeit nicht besteht.

¹²⁸² AA Kiendl, S.164.

¹²⁸³ Eine solche Kontrolle war neben Deutschland z.B. in Belgien (Fontaine, Rz.61), Italien, Spanien, Frankreich und Österreich vorgesehen; in Deutschland bedurften die privaten Versicherungsunternehmen der Erlaubnis der Versicherungsaufsichtsbehörde für die Aufnahme des Geschäftsbetriebes. Grundlage der Erlaubnis stellte der einzureichende Geschäftsplan dar, der nach § 5 III Nr. 2 a.F. VAG die aufgestellten AVB und Tarife enthalten mußte; diese präventive Kontrolle ist in Umsetzung der Dritten versicherungsrechtlichen EG-Richtlinien durch Art. 1 des 3. Durchführungsgesetzes/EWG v. 21.4.1994 (BGBl. I S.1630) mit Wirkung zum 29.7.1994 entfallen; Tarife und Versicherungsbedingungen sind grundsätzlich nicht mehr Teil des genehmigungsbedürftigen Geschäftsplans (Ausnahmen in § 5 III Nr.2 VAG, u. ausnahmsweise noch Pflicht der Einreichung von AVB nach § 5 V Nr.1 (§ 13 d) Nr. 7 VAG, vgl. Präve, Rz.34 ff.) – zur Reichweite des europarechtlichen Verbots einer systematischen Vorabkontrolle, vgl. EuGH Rs.C-296/98, Slg.2001, I-3025 – die nachträgliche, auf den Einzelfall bezogene Mißstandsaufsicht bleibt zulässig, in Deutschland § 81 VAG.

nung des Versicherungsmarktes in der EU¹²⁸⁴ besondere Bedeutung erlangt¹²⁸⁵. Es ist zu erwarten, daß die Häufigkeit gerichtlicher Klauselkontrollen – sei es im Rahmen einer individuellen Deckungsstreitigkeit, oder im Rahmen von Verbandsverfahren – zunehmen wird. Mangels eines einheitlichen Europäischen Versicherungsvertragsrechts stellt die Klauselrichtlinie im Versicherungsbereich - neben vereinzelten vertragsrechtlichen Regelungen der Versicherungsrichtlinien¹²⁸⁶ und den „Musterklauseln“ der Gruppenfreistellungsverordnung gem. Art. 81 III EG-V für Vereinbarungen der Versicherungswirtschaft¹²⁸⁷ - die hauptsächliche Rechtsangleichungsmaßnahme hinsichtlich der Vertragsbedingungen dar¹²⁸⁸.

Erwägungsgrund 19, dessen Satz 1 dem Art. 4 II entspricht, erwähnt in Satz 3 als einzigen Vertragstyp ausdrücklich die Versicherungsverträge. Im folgenden wird zu prüfen sein, ob und inwieweit hieraus Schlüsse für den kontrollfreien Bereich bei Versicherungsverträgen möglich sind – insbesondere, ob daraus eine Konkretisierung des „Hauptgegenstandes“ von Versicherungsverträgen abgeleitet werden kann. Dazu werden zunächst die Besonderheiten von Versicherungsverträgen dargestellt (I), bevor untersucht wird, ob sich aus der rechtsvergleichenden Betrachtung Anhaltspunkte für die europäisch-autonome Auslegung der Richtlinie ergeben (II). Danach wird die Abgrenzung anhand der Richtlinie vorgenommen (III) und schließlich geprüft, ob abweichende nationale Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind (IV).

I Besonderheiten von Versicherungen

1. Versicherung als sog. Rechtsprodukt

Bei der Konkretisierung des kontrollfreien Bereiches ist die besondere Natur von Versicherungsverträgen zu berücksichtigen, die nach herrschender Meinung sog. Rechtsprodukte sind¹²⁸⁹. Anders als bei sonstigen Verträgen, bei denen der Vertragsgegenstand körperlich faßbar ist und in den AGB zum großen Teil nur Nebenpunkte, wie z.B. Leistungsstörungen

¹²⁸⁴ Art. 8 III der Ersten RL-Leben 97/267/EWG idF des Art. 5 (29,39 II) iVm EG 21 der Dritten RL-Leben 92/96/EWG, jetzt Art.34 Vierte RL Leben 02/83/EG; Art. 8 III der Ersten RL-Schaden 73/239/EWG idF des Art. 6 (29,39 II) iVm EG 20,23 Dritte RL-Schaden 92/49/EWG; ausf. Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 810 ff.

¹²⁸⁵ Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 814; Reiff, EWiR 1997, S.961; Lorenz, S.1 ff., 5; Hübner, S.43 ff., 45/46, jeweils Karlsruher Forum 1997; Schönemann, VuR 2002, S.103

¹²⁸⁶ Überblick bei Grundmann, § 7 Einl., Rz.28 ff., 4.30, Rz.15 ff., 4.31, Rz.13 ff., 37 ff.; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 826 f.; Müller, S.39 f.

¹²⁸⁷ Seit dem 01.04.2003 gilt die Verordnung (EG) Nr. 358/2003 v. 27.Februar 2003 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. Nr.L 53/8. Für Vereinbarungen, die bereits am 31.03.2003 in Kraft waren, gilt noch die alte Gruppenfreistellungsverordnung v. 21.Dezember 1992, 3932/92/EWG, ABl. 1992, Nr.L 398/7.

¹²⁸⁸ Grundmann, 2.10, Rz.29.

¹²⁸⁹ Vgl.statt vieler Dreher, S.159 ff., 173 ff.; aA Schönemann, VersR 2000, S.146 ff. – Abzulehnen ist eine neuere Ansicht, die den Versicherungsvertrag nicht als synallagmatischen Vertrag sui generis, sondern als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Treuhandcharakter qualifiziert, bei dem die AVB nicht den Charakter von Leistungsbeschreibungen hätten z.B.Schönemann, VersR 2000, S.144 ff.; ders., VuR 2002, S.103 ff., 104 (w.Nachw. zu ähnlichen Ansichten bei Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.374): die Leistung des Versicherers vor Eintritt des Versicherungsfalles bestehe lediglich in der Organisation der Gefahrgemeinschaft der VN (Schönemann, S.146); die Auszahlung der Versicherungsleistung stellt eine Umverteilung der dem Versicherer zu treuen Händen überlassenen Gelder dar – diese Ansicht ist weder mit § 1 I VVG zu vereinbaren, der von dem konkreten Versicherungsvertrag ausgeht, noch ist hinzunehmen, daß nach dieser Ansicht der Versicherer wohl dann nicht mehr leisten müßte, wenn die von der Gefahrgemeinschaft eingebrachten Gelder nicht ausreichen, weitere Gegenargumente bei Prölss in Prölss/Martin, § 1 VVG, Rz.23.

oder die Vertragsabwicklung geregelt werden (z.B. Kaufverträge), ist eine Versicherung eine „ungreifbare Ware“¹²⁹⁰, ein „unsichtbares Produkt“¹²⁹¹, weil das versicherte Risiko unkörperlich ist. Da ein Gesetz nicht regeln kann, was Vertragsgegenstand des konkreten Vertrages sein soll¹²⁹², sind die AVB als Leistungsbeschreibung bzw. Beschreibung des Produktes „Versicherung“ erforderlich. Das bedeutet, daß ein Großteil der AVB nicht nur – wie üblicherweise - Nebenbestimmungen enthalten („Wie“), sondern darüber hinaus die Funktion haben, den Umfang des Versicherungsschutzes, insb. des versicherten Risikos, festzulegen und so den Vertragsgegenstand zu gestalten und zu konstituieren („Was“ und „Wie“) ¹²⁹³. Folge dieser gleichzeitigen Produktgestaltungs- und Rationalisierungsfunktion der Versicherungsbedingungen¹²⁹⁴ ist, daß bei Versicherungsverträgen Gegenstand des Vertrages und inhaltliche Ausgestaltung nicht klar zu trennen sind¹²⁹⁵, so daß die Grenzziehung zwischen kontrollfreier Definition der Hauptleistung bzw. des Vertragsgegenstandes und den der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfenen Klauseln sehr schwer ist.

Hinsichtlich des Inhalts der Versicherungsleistung besteht ein alter Streit, der allerdings wenig praktische Auswirkungen hat¹²⁹⁶. Nach der Gefahrtragungstheorie ist Gegenstand der Hauptleistung des Versicherers bereits vor Eintritt des Versicherungsfalles die Gefahrtragung bzw. Übernahme eines bestimmten Risikos¹²⁹⁷; diese synallagmatische Pflicht zur Risikotragung wandelt sich im Versicherungsfall, also bei Risikoverwirklichung, in eine Pflicht zur Deckung bzw. Geldleistung um¹²⁹⁸. Nach der Geldleistungstheorie besteht die Hauptleistungspflicht des Versicherers dagegen nur in der durch den Eintritt des Versicherungsfalles aufschiebend bedingten Geldleistung¹²⁹⁹.

Zwar hat die Gefahrtragungstheorie den Vorteil, daß sie mit den synallagmatischen unbedingten Leistungspflichten der Prämienzahlung und der Risikoübernahme eine mit anderen Austauschverträgen vergleichbare Situation begründet. Da sie zu der Leistungspflicht des

¹²⁹⁰ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.16; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.35.

¹²⁹¹ Schirmer in Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 85.

¹²⁹² In den Versicherungsvertragsgesetzen in Deutschland und Österreich sind zudem nur für bestimmte Versicherungszweige Regelungen bezüglich des versicherten Risikos enthalten.

¹²⁹³ Dreher, S.174; Schauer, S.9 und 81; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.37: zum Leistungsgegenstand gehören „nicht nur die Regelungen über die versicherten Ereignisse, Sachen und Personen und die Art und den Umfang der Versicherungsleistung, sondern namentlich auch die Bestimmungen über die positiven und negativen Voraussetzungen der dem Versicherer obliegenden Zahlungsverpflichtung, weil sie die Gefahr abgrenzen, die er aufgrund des Vertrages trägt.“; Farny, ZversWiss 75, S.169 ff., 171 ff., 182 f.: neben der Versicherungsfalldefinition, für dessen Eintritt der Versicherer Leistungen verspricht, müssen zur Schadensberechnung Bewertungsregeln und zur Ermittlung der Versicherungsleistungen im engeren Sinn Transformationsregeln aufgestellt werden-dies paßt aber nicht ganz für eine Summenversicherung, Dreher,S.251.

¹²⁹⁴ Weitere Funktionen sind die allgemeine Ordnungsfunktion als rechtliche Rahmenordnung und die Informationsfunktion für den VN, vgl. Dreher, S.162.

¹²⁹⁵ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1262; ders, FS Brandner, S.259 ff., 271– z.T. bestehen Parallelprobleme bei den AGB der Bausparkassen und der Kapitalanlagegesellschaften, vgl. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 D, insb. Rz.400 sowie bei Wertpapierbedingungen, weil diese auch als Rechtsprodukte zu qualifizieren sind; einschränkend Dreher, S.175 ff. für den Girovertrag.

¹²⁹⁶ Nachweise bei Prölss in Prölss/Martin, § 1 Rz.21 ff. - eine europäische Legaldefinition von Versicherung ist nicht vorhanden – die unterschiedlichen Ansichten in den einzelnen europäischen Ländern sollen hier außer Betracht bleiben, dazu Schmidt-Salzer, FS Lorenz, S.587 ff.,608 ff.; Brulhart, S.96 ff.

¹²⁹⁷ Schauer, S.77 (Nebenpfl.S.145); dazu Dörner in Honsell, Einleitung, Kapitel II, Rz.50 f. m.w.Nachw.

¹²⁹⁸ Schauer, S.145: Ersatz der Nachteile, die sich aus der Verwirklichung der versicherten Gefahr ergeben.

¹²⁹⁹ Dreher, S.89 ff.; Dörner in Honsell, Einleitung, Kapitel II, Rz.52 m.w.Nachw.; tendenziell auch Prölss in Prölss/Martin, § 1 Rz.22.(zusätzliche Optimierungspflicht des Versicherers); – organisatorische Maßnahmen des Versicherers, um in der Lage zu sein, das finanzielle Risiko zu übernehmen, sind danach – im Gegensatz zu der Gefahrtragungstheorie - lediglich Vorbereitungsmaßnahmen, nicht aber auch Leistungsgegenstand.

Versicherers auch organisatorische Maßnahmen für den Versicherungsfall zählt, müßte der VN aber konsequenterweise auch ein Recht auf Beeinflussung der Geschäftsleitung des Versicherungsunternehmens haben, was schwer nachzuvollziehen ist. Dieser Theorienstreit, bei dem es auch noch vermittelnde Ansichten gibt¹³⁰⁰, muß hier jedoch nicht entschieden werden, da die unterschiedlichen Ansätze für die Frage der Abgrenzung kontrollfreier Leistungsbeschreibungen nicht weiterhelfen¹³⁰¹. Denn unabhängig davon, ob die Hauptleistung des Versicherers in der bedingten Geldleistung oder in der Gefahrtragung liegt, wird die Leistung im wesentlichen durch den Umfang der versicherten Gefahr - als Grundlage der Gefahrtragungspflicht oder nur als Bedingung für die Geldleistung -, der Schadensberechnung und Höhe des Ersatzes bzw. bei Summenversicherungen der Versicherungssumme etc., bestimmt¹³⁰². Der Bereich der Leistungs- bzw. Deckungspflicht bei Eintritt des Versicherungsfalles (=Realisation des eingegrenzten Risikos)¹³⁰³ wird auch regelmäßig in den Versicherungsbedingungen geregelt. Auch der deutsche § 1 VVG knüpft an diesen Bereich an, was wiederum ein Argument für die Geldleistungstheorie ist.

Indem die AVB den Umfang und die Kriterien des Versicherungsschutzes im Hinblick auf die versicherten Gefahren, Sachen und Personen sowie den Deckungsumfang festlegen, legen sie die Hauptleistungspflicht des Versicherers fest¹³⁰⁴. Diese Vereinheitlichung der Leistungsbeschreibung ist aus betriebs- und finanzwirtschaftlicher Sicht erforderlich, um eine Schätzung der in Zukunft fällig werdenden Versicherungsleistungen zu ermöglichen, welche wiederum Voraussetzung für eine rationale Prämienkalkulation ist¹³⁰⁵. Die Schätzungen basieren auf statistischen Werten wie z.B. Häufigkeit und Intensität der zu ersetzenden Schäden in der Sachversicherung¹³⁰⁶ für die möglichst gleichartige Risiken bzw. Risikogruppen des Versicherungskollektivs erforderlich sind.

Dabei enthalten Versicherungsbedingungen typischerweise ein komplexes System¹³⁰⁷ von Leistungsbeschreibungen mit Ein- und Ausschlüssen, Obliegenheiten etc., die in Allgemeinen und Sonder- oder Zusatzversicherungsbedingungen verteilt sein können. In der Regel enthält die Produktbeschreibung zunächst positiv formulierte Umschreibungen des Inhaltes des Versicherungsschutzes, also des versicherten Risikos und gedeckten Schadens (primäre Risikobeschreibungen bzw. -abgrenzungen¹³⁰⁸). Daneben gibt es Klauseln, die

¹³⁰⁰ Dazu Dörner in Honsell, Einleitung, Kapitel II, Rz.53.

¹³⁰¹ So auch Schaefer, VersR 1978, S.4 ff., 8.

¹³⁰² Dylla-Krebs, S.229; Risikobegrenzung als „zentrale Funktion“ der AVB, Dreher, S.248 und ff. bezügl.Inhalt der AVB.

¹³⁰³ Auch nach der Gefahrtragungstheorie wird eine Geldleistung erst nach Eintritt des Versicherungsfalles geschuldet. Bei der Summenversicherung, z.B.Lebensversicherung, ist die (abstrakte) Versicherungssumme die im Versicherungsfall zu erbringende Leistung. Bei einer Schadensversicherung, z.B.Feuerversicherung, wird Schadensersatz in Geld zur Deckung eines konkreten Vermögensschadens geleistet, die Versicherungsleistung ist nach §§ 50,55 VVG durch die Höhe der festgelegten Versicherungssumme und den Umfang des tatsächlich entstandenen Schadens begrenzt.

¹³⁰⁴ OGH, eolex 1995, S.494= VR 1994, S.399 f., 400; van de Loo, S.66; Brandner, FS Hauß, S.1,11; Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1112.

¹³⁰⁵ Van de Loo, S.39 f.

¹³⁰⁶ Ausführlich Lambert-Faivre, Rz.433 ff.

¹³⁰⁷ Schaefer, VersR 1978, S.4 f.

¹³⁰⁸ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 584 zählt zu den primären Risikobeschreibungen den versicherten Gegenstand, die versicherte Gefahr, die versicherte Person bzw. das versicherte Interesse, die Versicherungsdauer und den Versicherungsort; Kolhossler in Prölss/Martin, § 49 VVG, Rz.3 ergänzt dies um sonstige Zustände, in denen sich versicherte Sachen/Personen bei Eintritt des Schadens befinden müssen- die Begrenzung bzw. der Ausschuß

aus diesem Bereich bestimmte Faktoren ausschließen (sekundäre Risikobeschreibungen)¹³⁰⁹, wobei diese Risikobeschränkungen und -ausschlußklauseln objektiv oder subjektiv¹³¹⁰ sein können. Weitere Klauseln sehen erneut Ausnahmen zu den Risikoausschlüssen vor und nehmen bestimmte Risiken wieder in die Deckung hinein (tertiäre Risikobeschreibungen)¹³¹¹. Rein „deklaratorische Klarstellungen“ sind der gleichen Stufe zuzurechnen wie die klargestellte Regelung, während „konstitutive Klarstellungen“ der nächsten Stufe entsprechen¹³¹². Häufig sind primäre, sekundäre und tertiäre Risikobeschreibungen nicht klar von einander zu trennen und ihre Abgrenzung ist auch umstritten¹³¹³.

Daneben gibt es Obliegenheiten, d.h. Verhaltenspflichten, bei deren Nichteinhaltung der Versicherer (in Deutschland unter den Voraussetzungen des § 6 VVG) von seiner Pflicht zur Entschädigung frei wird, was die Zuordnung dieser Klauseln zu den Leistungsbeschreibungen begründet¹³¹⁴. Jedenfalls die risikobezogenen Obliegenheiten, die das Verhalten des VN im Hinblick auf die Voraussetzungen und Verwirklichung des versicherten Risikos betreffen, haben damit die gleiche Funktion wie sekundäre Risikobeschreibungen bzw. -ausschlüsse¹³¹⁵. Vorvertragliche Obliegenheiten (z.B. Anzeigepflicht §§ 16, 17 dt. VVG) und Obliegenheiten nach Eintritt des Schadensfalles (z.B. Anzeigepflicht des Versicherungsfalles) mögen zwar nicht die Funktion von Risikobeschreibungen haben, sie beinhalten aber wegen der Rechtsfolge bei Nichteinhaltung ebenso Leistungsbeschreibungen¹³¹⁶. Dieses Beispiel der nicht risikobezogenen Obliegenheiten zeigt, daß abgesehen von risikobeschreibenden Klauseln auch andere vertragliche Regelungen die Funktion von Leistungsbeschreibungen haben, die wiederum untrennbar mit dem Produkt Versicherung verbunden sind¹³¹⁷. Die Bestimmung und Eingrenzung des versicherten Risikos bzw. der versicherten Gefahr ist

anderer bestimmter Risiken ergibt sich aus dem Umkehrschluß: eine Brandversicherung umfaßt keinen Versicherungsschutz bei Diebstählen.

¹³⁰⁹ Vgl. auch Ehrenzweig, S.170; auch als „sekundäre Risikobegrenzungen“ bezeichnet, vgl. Fenyves in Krejci, Handbuch zu KSchG, S.537 ff., 584 – z.T. gibt es auch gesetzliche Risikoausschlüsse.

¹³¹⁰ Objektiv: unabhängig von einem Verhalten oder Verschulden des VN, bei Erfüllung eines bestimmten Sachverhalts, z.B. Ausschluß für Krieg, Erdbeben etc., Ausschluß für bestimmte Unfallursachen – subjektiv: anknüpfen an Gefahrenumstände, die ihre Ursache in der Person des VN haben, z.B. vorsätzlich oder grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 61 dt. VVG, nach richtiger hM ist es keine Schadensverhütungspflicht) bzw. auf Vorsatz beschränkt (§§ 152, 1781 dt. VVG), Selbstmord bei einer Lebensversicherung (§ 169 dt. VVG), oder Unfreiwilligkeit bei der Unfallversicherung, vgl. zu alledem Schimikowski, Rz.257 ff. – leicht unterschiedlich die Abgrenzung von Dreher, S.167 ff., zwischen objektiven und subjektiven Risikobeschreibungen, danach ist objektiv: an objektiven Merkmalen wie Gefahrenumstände, versicherte Orte und Gegenstände, anknüpfend; subjektiv: knüpft an Verhalten des Versicherten an (Obliegenheiten und subjektive Gefahrenumstände).

¹³¹¹ „Ausnahme der Ausnahme“, auch „tertiäre Risikoeinschlüsse“ (Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 584) oder „sekundäre Risikoeinschlüsse“ (Schauer, S.147) genannt.

¹³¹² Kollhoser in Prölss/Martin, § 49 VVG, Rz.3.

¹³¹³ Vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.36, FN 127; Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG S.537 ff., 584, FN 154; Beispiele bei Schauer, S.147; tertiäre Risikobeschreibungen werden oftmals den primären zugeordnet, da der VV für beide Stufen die Beweislast trägt.

¹³¹⁴ Dreher, S.170; aA unterscheidet Leistungs- und Verhaltensbestimmungen, Sieg, ZversWiss.1975, S.161 ff., 165; ders. VersR 1977, S.489 ff., 491 („Produktbeschreibungen als Essentialia“, Obliegenheiten: „Akzidentalia“); wohl auch Geiger, S.111 ff. („Produktbeschreibung“ und „Obliegenheiten“).

¹³¹⁵ Schünemann, VersR 2000, S.144 ff., 145 (bzgl. risikobez. Obl.); Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.38, Kollhoser in Prölss/Martin, § 49 VVG, Rz.3Anm.1 B c und van de Loo, S.40 anscheinend bzgl. aller Obliegenheiten; Dreher, S.169 ff. zählt risikobezogene Obliegenheiten genauso wie subjektive Gefahrenumstände (§ 61 VVG) zu „subjektiven Risikobeschreibungen“- Unterschied Obliegenheiten/sekundäre Risikobeschreibungen: bei ersteren entfällt die bestehende Leistungspflicht des Versicherers (unter den Voraussetzungen des § 6 VVG), während bei letzteren die Leistungspflicht gar nicht erst entsteht, Dreher, ebenda.

¹³¹⁶ Dreher, S.170; Dylla-Krebs, S.236.

¹³¹⁷ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz. 35 m.w.Nachw. in FN 125; Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 58; Löwe in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, § 8 AGBG, Rz.7; Farny, ZVersWiss 1975, S.169 ff., 172 ; weitere Reg., die den Deckungsumfang unmittelbar mit-

versicherten Gefahr ist aber die zentrale Funktion der AVB¹³¹⁸. Wenn produkt- bzw. leistungsbeschreibende AVB häufig synonym als „Risikobeschreibungen“ oder „Risikobegrenzungen“ bezeichnet werden¹³¹⁹, ist dies daher nur in Bezug auf den Hauptteil der Leistungsbeschreibungen zutreffend. Diese Systematik der Regel-Ausnahme-Gegenausnahme und Obliegenheiten hat vor allem Bedeutung für die Verteilung der Beweislast¹³²⁰.

Die Bedeutung der Abgrenzung des Gegenstands der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art. 4 II wird z.B. bei dem Schulbeispiel der Sturmversicherung deutlich: hier kann sich je nach Definition des „Sturmes“ durch unterschiedliche Windstärken ein unterschiedlicher Umfang des Versicherungsschutzes bzw. ein unterschiedliches Produkt ergeben. Diese Definition kann bis zur Aushöhlung des Versicherungsschutzes und damit zu einer „Mogelpackung“ führen, wenn solche Sturmstärken in dem betreffenden Gebiet nie oder extrem selten vorkommen¹³²¹. Es ist also zu entscheiden, ob und inwieweit solche Einschränkungen der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen oder ob die Abgrenzung der versicherten Gefahr als privatautonome Entscheidung des Versicherers der Inhaltskontrolle entzogen ist und damit alle produkt- und risikobeschreibenden Klauseln einschließlich Ausschlüssen und Obliegenheiten als Festlegung und Abgrenzung der (Haupt-)Leistung kontrollfrei sind.

Bei der Anwendung des Art. 4 II auf Versicherungsverträge besteht die Schwierigkeit, daß dieser grundsätzlich von der Trennbarkeit von Gegenstand und Nebenabrede bzw. Ausgestaltung ausgeht und diese Grenze – wie erläutert – bei Versicherungsverträgen nicht klar zu ziehen ist. Es wird daher wesentlich auf den Erwägungsgrund 19 Satz 3 ankommen.

2. Besondere Schutzbedürftigkeit der VN auch bei Leistungsbeschreibungen

Zu den bestimmenden Merkmalen von Versicherungsverträgen, die eine besondere Schutzbedürftigkeit der VN auslösen¹³²², gehört, daß es sich überwiegend um Dauer-schuldverhältnisse handelt und die Gefahrtragung durch den Versicherer in erheblichem Umfang Vorgänge des persönlichen Lebensbereiches betrifft. Eine nicht ausreichende Versicherung kann existenzgefährdende Folgen bei Eintritt des Versicherungsfalles haben. Bei komplexen Finanzprodukten sind die wirtschaftlichen und juristischen Zusammenhänge für den Laien schwer zu verstehen und zu durchschauen, was durch die Eigenschaft des Rechtsproduktes als unsichtbare Leistung noch verstärkt wird. Bei der Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsverträgen muß deshalb berücksichtigt werden, daß eine Versicherung kein bloßes Inspektions- oder Suchgut ist, sondern ein Erfahrungs-

bestimmen, sind z.B. Selbstbehalte, Entschädigungsberechnungen und Unterversicherungsvorbehalte, vgl. Honsel in Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 124; weitere bei Kieninger, VersR 1998, S.1071.

¹³¹⁸ Dreher, S.248

¹³¹⁹ Z.B.Palandt-Heinrichs, § 8 AGBG, Rz.3;van de Loo, S.40; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C b, Rz.45,62; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11AGBG, Rz.851; Staudinger/Schlosser, § 9 AGBG, Rz.176.

¹³²⁰ Schaefer, VersR 1978, S.4 ff., 5 – Versicherer trägt die Beweislast für sekundäre Risikobeschreibungen und im wesentlichen für Obliegenheiten, der VN für primäre und tertiäre Risikobeschreibungen; Schauer, S.148.

¹³²¹ Bsp. bei Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 470 (Sturmversicherung erst ab Windstärke 11).

¹³²² Dazu Schmidt in Versicherungsforum 1993, S.27 ff.,30 – bei Pflichtversicherungen kommt hinzu, daß hier die freie Entscheidung eines „Ob“ nicht mehr gegeben ist, so daß hier eine größere Schutzbedürftigkeit besteht (Umstand iSd Art. 4 I) als bei Versicherungen, bei denen eine Abschluß- und Auswahlfreiheit besteht.

gut mit Vertrauenseigenschaften¹³²³. Dies bedeutet, daß der VN den Vertragsgegenstand nicht durch Inspektion bewerten kann, um sich einen Eindruck von dem Preis-Leistungs-Verhältnis zu verschaffen, wie z.B. bei einem Kaufgegenstand oder einer Mietsache, deren Quantität und Qualität regelmäßig durch Beobachtung und Besichtigung ohne Kenntnis der Vertragsbedingungen feststellbar ist.

Bei Versicherungsprodukten als „unsichtbarer Ware“ ist es für den Kunden ungleich schwieriger, das Produkt als solches, also den Umfang des Versicherungsschutzes, zu erkennen. Der VN ist vielmehr auf Erfahrungen im Versicherungsfall angewiesen, die bei Vertragsabschluß für ihn nicht zu überblicken sind. Die Einordnung der Versicherung als Vertrauensgut bedeutet, daß das Produkt Versicherung für einen Laien selbst bei mehrmaligem Gebrauch schwer zu durchschauen ist und die Qualitätsmerkmale wie Risikoprognose und -bewertung, Konditionen, Überschußbeteiligung, Beratung und Betreuung etc.¹³²⁴ unter Umständen nie vollständig zu beurteilen sind. Dazu kommt, daß das Wissen der finanzwirtschaftlich ungeübten Durchschnittsverbraucher in Bezug auf Versicherungsprodukte wesentlich geringer ist als bei anderen Produkten wie beispielsweise einem Auto oder einer Wohnung¹³²⁵, so daß schon die Basis für eine Qualitätsbeurteilung fehlt. Auch zwischen verschiedenen Versicherungsarten bestehen Unterschiede: eine Hausratsversicherung ist bekannter und einfacher zu verstehen als eine Kapitallebensversicherung. Aufgrund der berufsbedingten Erfahrung des Versicherers als Vertragspartner, besteht bei Versicherungsverträgen also von vorneherein eine Informationsasymmetrie bezüglich des Produktes; es droht ein Marktversagen, das zu einer sinkenden Produktqualität führen kann (Adverse Selection)¹³²⁶.

Besonders die Komplexität der Versicherungsbedingungen mit ihren stufenweisen Ein- und Ausschlüssen erschwert eine Information der Kunden über das versicherte Risiko, das im wesentlichen die Hauptleistung des Versicherers bestimmt. Aufgrund dieser umfangreichen Leistungsbeschreibungen besteht die Gefahr, daß der VN z.B. viele Risikoausschlüsse und Obliegenheiten erst nach Eintritt des Schadensfalles wahrnimmt, nämlich dann, wenn sich der Versicherer unter Berufung auf diese Ausschlüsse weigert, die Deckung zu übernehmen¹³²⁷. Bei Versicherungsverträgen entstehen die typischen AGB-Gefahren damit schon im Bereich der Produktbeschreibung, weil diese den Großteil der AVB ausmachen, während normalerweise nur die typischen Nebenabreden in den Hintergrund treten. Auch auf europäischer Ebene ist die besondere Schutzbedürftigkeit des „Versicherungsverbrauchers“ erkannt worden, indem im Rahmen der versicherungsrechtlichen Richtlinien zwischen Masse- und Großrisiken unterschieden wird und bei ersteren, unter die regelmäßig

¹³²³ Vgl. Choi, S.5 m.w.Nachw.; Geiger, S.168 ff.; Taupitz, VersR 1995, S.1125, 1127 (Versicherungsschutz als Vertrauensgut); aA Grundmann, 4.30, Rz.40, nach dem sich Vers. aufgrund des Konditionenwettbewerbs nach der Deregulierung zumindest für die Versicherungsvermittler zunehmend zu Erfahrungsgütern entwickeln; zu den unterschiedl. Gütern Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 139, FN 78; Schäfer/Ott, S.465 f.

¹³²⁴ Taupitz, VersR 1995, S.1125.

¹³²⁵ Fenyves, VR 1984, S.79 ff., 83.

¹³²⁶ Geiger, S.33 ff.,168 ff.; Fritsch/Wein/Ewers, S.262 ff.; Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1127 („Selektion der schlechtesten Produkte, der ‘lemmons’ *öben unter I.Teil D II 3.c*).

¹³²⁷ Präve, NVersZ 1999, S.97 ff., 107.

die Privatkunden fallen (Großrisiken sind dagegen im Industriegeschäft angesiedelt¹³²⁸), größerer Schutz besteht, z.B. hinsichtlich des Umfangs der Informationspflichten¹³²⁹.

II Rechtsvergleichende Betrachtung zur Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen

Im folgenden soll geprüft werden¹³³⁰, ob sich aus der rechtsvergleichenden Betrachtung bei der Bestimmung des kontrollfähigen Bereiches von Versicherungsverträgen gemeinsame Grundsätze erkennen lassen, so daß sich daraus uU ein europäisch-autonomer Begriff des „Hauptgegenstands“ bei Versicherungsverträgen entwickeln läßt¹³³¹. Es wird untersucht, welche Klauseln in den einzelnen Ländern der inhaltlichen Kontrolle unterfallen und nach welchen Kriterien der kontrollfreie Bereich abgegrenzt wird. Da bei dem Rechtsvergleich besonderer Wert auf die Rechtsanwendung durch Gerichte und Behörden zu legen ist¹³³², wird die Auswertung der in der CLAB-Kartei z.T. sehr umfangreich¹³³³ enthaltenen Gerichts- und Behördenentscheidungen einen großen Teil dieses Abschnitts ausmachen. Besonders interessant sind wiederum die Länder, die bereits die mit Art. 4 II vergleichbare Abgrenzungsproblematik eines kontrollfreien Bereiches in ihren gesetzlichen Regelungen kannten (Deutschland, Österreich, Niederlande – unter 2.). Daneben werden noch Frankreich als Vorreiter des zweiten europäischen Grundkonzepts der Klauselkontrolle (3.) und Großbritannien als Vertreter des Common Law-Systems (4.) genauer geprüft. Bei den übrigen Ländern (5.ff. in alphabetischer Reihenfolge) nimmt die Auswertung der CLAB-Kartei den Hauptteil der Analyse ein. Die rechtliche Situation in Irland wird hier nicht erörtert, da die CLAB-Kartei keine Eintragungen für Versicherungsverträge enthält und die gesetzliche Situation im wesentlichen der Situation in Großbritannien entspricht - bis auf die Tatsache, daß der Sales of Goods and Supply of Services Act von 1980 anders als der UCTA 1977 auch vor Richtlinienumsetzung für Versicherungsverträge galt¹³³⁴. Die generell sehr geringe Zahl von Gerichtsurteilen im Versicherungsbereich ist u.a. darauf zurückzuführen, daß in allen irischen Versicherungsverträgen Schiedsgerichtsklauseln enthalten sind¹³³⁵. Zunächst wird aber der Bereich von Klauseln in den Versicherungsbedingungen vorweggenommen, bei dem in den EU-Staaten weitgehend Einigkeit besteht, daß dieser Bereich der Kontrolle unterfällt (1.).

¹³²⁸ Die Definition des Großrisikos ist mit der Definition des Gewerbetreibenden in der KlauselRL verwandt, vgl. *oben unter 2. Teil A I I*.

¹³²⁹ Vgl. Art. 43 II 3 Dritte RL Schaden 92/49/EWG, ABl. 1992, Nr.L 228/1; ausserdem Bedeutung für das Kollisionsrecht, Grundmann, 4.30, Rz.23; Hübner/Matuschke-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 270.

¹³³⁰ Die Ausführungen von 2. Teil B sind hier zugrundezulegen.

¹³³¹ Zu europ.-autonomen Begriff aus Rechtsvergleichung Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz.40; ähnlich EuGH v.8.12.1987 für den autonomen Begriff der Rechtshängigkeit, Rs. 144/86 (Gubisch./Palumbo), Slg.1987, S.4861, Rz.10 (grundsätzliche Möglichkeit). Ausführlich zum Versicherungsrecht der einzelnen Länder, vgl. Basedow/Fock.

¹³³² Vgl. *oben unter 1. Teil C IV*.

¹³³³ Die CLAB-Kartei enthält bezügl. Versicherungen z.B. für Italien 136 kontrollierte Klauseln; Spanien 194; oder Griechenland 156; die deutschen Entscheidungen sind nahezu vollständig in der CLAB-Kartei enthalten.

¹³³⁴ Schiedsklauseln werden nach Sect.40 des Act kontrolliert, vgl. McCarthy v. Joe Walsh Tours bei Leahy, VuR 1997, S.115 ff., 117 – in Großbritannien galt dagegen der UCTA 1977 nicht für Versicherungsverträge.

¹³³⁵ Buckley, S.118.

1. Kontrolle außerhalb des Bereiches der unmittelbaren Leistungsbeschreibungen, insbesondere der Risikobeschreibungen und Obliegenheiten

Bis auf vereinzelte Ausnahmen besteht in den Mitgliedstaaten Einigkeit dahingehend, Nebenabreden ohne direkten Hauptleistungsbezug¹³³⁶ in Versicherungsbedingungen zu kontrollieren, unabhängig davon, ob es sich in dem jeweiligen Land um eine besondere Einbeziehungskontrolle oder um eine Inhaltskontrolle handelt. Auffällig ist, daß in den einzelnen Ländern eine unterschiedliche Häufigkeit bestimmter Klauseln vorhanden ist, die beanstandet werden¹³³⁷.

Hinsichtlich der Leistung des VN, also der Preisvereinbarung, ergeben sich keine Besonderheit bei Versicherungsverträgen im Vergleich zu den allgemeinen Ausführungen bezüglich Art. 4 II. Kontrollfrei ist nur die Festlegung der Prämienhöhe¹³³⁸. Preisnebenabreden¹³³⁹ (z.B. Prämienanpassungsklauseln¹³⁴⁰, Nebengebühren und -kosten¹³⁴¹ sowie sonstige Klauseln hinsichtlich Zahlungspflicht des VN¹³⁴²) werden dagegen kontrolliert. In Belgien gab es eine auffallend umfassende Rechtsprechung zu Klauseln, nach denen der Versicherungsvertrag bei nicht vollständiger und rechtzeitiger Zahlung der Prämie (teilweise rückwirkend) suspendiert wird, der Versicherer aber die Prämie für die Versicherungsperiode (als Entschädigung) behalten kann¹³⁴³. In den Niederlanden gibt es dagegen ein Urteil, das die oben dargestellten Tendenzen zu einem weiteren kontrollfreien Bereich, insb. hinsichtlich der Preisregelungen¹³⁴⁴ bestätigen könnte. Obwohl nicht eindeutig, gehen die Ausführungen des Gerichts dahin, daß eine Klausel, nach der die Versicherung bei nicht rechtzeitiger und vollständiger Zahlung ab dem ersten Tag der nicht bezahlten Versicherungsperiode suspendiert wird, als „Kernbestimmung“ iSd Art. 6:231 a NBW nicht der inhaltlichen Kontrolle unterfällt¹³⁴⁵. Dieses Urteil ist möglicherweise durch die Rechtspre-

¹³³⁶ Vgl. Präve, Rz.396 ff., Dreher, S.172 f., 260 f., 285 „Vertragsmodalitäten“.

¹³³⁷ So auch die Beobachtung der Universität Montpellier in einer von der Kommission in Auftrag gegebenen Studie aus dem Jahr 1995 bezüglich KfZ- und Wohnungsgebäudeversicherungen, vgl. Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.44 f.

¹³³⁸ Inkl. Risiko- und abschlüge, soweit nicht gesetzlich ausgeschlossen (z.B. § 178 d I 1 VVG), Präve, Rz.357.

¹³³⁹ Z.B. in Spanien: Klausel, in einer mit einem Hypothekarkreditvertrag verbundenen Lebensversicherung, nach der der Versicherer auch dann die Prämie behalten kann, wenn der VN den Kredit vorzeitig zurückzahlt, vgl. Audiencia Provincial de la Rioja v. 17.5.1999, CLAB ES 000702.

¹³⁴⁰ Z.B. Deutschland: BGH, NVersZ 2001, S.284 ff.; BGH, VersR 1992, S.1211 f., 1212; Belgien: Présidente du tribunal de commerce de Bruxelles v. 8.3.1996, CLAB BE 000301; Italien: Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza, v. 5.10.2000, CLAB IT 000728 – unklar obiter dictum CA de Colmarv.16.6.1995, RGAT 1995, S.624 ff., 631, zust. Bigot, S.634 (nur Prämienhöhe, oder auch Änderungsklausel selbst kontrollfrei).

¹³⁴¹ Z.B. in Deutschland Hebe- und Ausfertigungsgebühren unter best. Vor., vgl. Präve, Rz.401, 497 f.; Dreher, S.270 – auch nach der hier vertretenen Abgrenzung unterfallen solche Klauseln der inhaltlichen Kontrolle, weil sich der VN nur über die Prämienhöhe, nicht aber über solche Nebenkosten informiert.

¹³⁴² Z.B. Efeteio Athinon v. 1.1.1995, CLAB GR 000252 und 000253.

¹³⁴³ Fontaine, Rz.60, 258 ff.; von älterer Rspr. als unzulässige Vertragsstufenregelung angesehen (Verstoß gegen „ordre public“ in Art 6, „bonne foi“ in Art. 1134 III, Rechtsmißbrauch, gegen Art. 1152 Code Civil), vgl. Tribunal civil de Liège v. 30.11.1978, CLAB BE 000188; Juge de Paix de Grâce-Hollogne v. 22.3.1977, CLAB BE 000190; später: Klausel selbst ist wirksam, geprüft wird nur noch deren Anwendbarkeit im konkreten Fall, was häufig zu einer Begrenzung des Anspruchs auf die Prämie als Entschädigung trotz Suspendierung auf zwei Jahre führte (seit dem 25.6.1992 ist dies auch so in dem loi sur le contrat d’assurance terrestre geregelt) vgl. z.B. Tribunal civil de Nauchâteau v. 1.4.1992, CLAB BE 000184; Tribunal civil de Liège v. 1.10.1986, CLAB BE 000195; CA de Liège v. 17.6.1994, CLAB BE 000176.

¹³⁴⁴ Unter 2. Teil B III 3.c).

¹³⁴⁵ So auch Berichterstatter zu Urteil v. 21.12.1992, CLAB NL 000063– Gericht: die RF einer Nichtzahlung der Prämie die Basis des Versicherungsvertrages aus („the consequence of non-payment of premiums forms the basis of the insurance contract. After all, an insurer has to meet his obligations in case the premium has been paid and the insurer is relieved of his obligations if the insured does not meet his obligations.“).

chung des Hoge Raad, der den kontrollfreien Bereich mit essentialia negotii gleichsetzt, überholt¹³⁴⁶.

Im übrigen werden folgende Klauseln nahezu einheitlich der inhaltlichen Kontrolle unterworfen: Klauseln Leistungsmodalitäten, wie die Bestimmung des Leistungs- und Erfüllungsortes¹³⁴⁷; einseitige Änderungsvorbehalte für den Versicherer¹³⁴⁸; einseitige Kündigungsrechte für den Versicherer¹³⁴⁹; Kündigungsrecht für beide Parteien in befristeten Versicherungen¹³⁵⁰; Frist und Rechtsfolgen bei einer Kündigung des VN¹³⁵¹; (automatische) Verlängerungsklauseln¹³⁵²; Referenzklauseln („clauses de renvoi“) ¹³⁵³; Beweislastregeln¹³⁵⁴; Verfallsklauseln¹³⁵⁵; Schiedsklauseln¹³⁵⁶; Gerichtsstandsklauseln¹³⁵⁷; Klausel, nach der der Versicherungsfall oder die Schadensursache mit einer speziellen Urkunde bewiesen werden muß¹³⁵⁸ oder der Schaden durch einen Techniker des Versicherers kontrolliert werden muß¹³⁵⁹; Klauseln bezüglich der Berechnungsweise der Entschädigung¹³⁶⁰ etc¹³⁶¹.

¹³⁴⁶ Hoge Raad (höchstes niederländisches Gericht), Urteil v. 19.9.1997, ZEuP 1999, S.732 ff.

¹³⁴⁷ Deutschland:BGH, NJW 1971, S.380 ff.

¹³⁴⁸ Z.B.Niederlande: Schiedsgericht v. 13.12.1993, CLAB NL 000048; Hof Arnhem (Berufungsgericht) v. 8.3.1994; Frankreich: CA de Colmar v.16.6.1995, RGAT 1995, S.624 ff.m.Anm. Bigot; tribunal de grande instance de Lyon v.23.5.1996, 4e chambre, INC n° 3211, CLAB FR 000324; Griechenland: Aeropag v.1.1.1999 (1401/1999), CLAB GR 000273; Efeteio Athinon v. 1.1.1999 (7950/1999), CLAB GR 000278; Finnland: Marktgerichtshof v. 4.10.1991, CLAB FI 000024; Deutschland: Nachw.bei Präve, Rz.451 ff.

¹³⁴⁹ Z.B.Niederlande:Schiedsgericht v. 5.6.1989, CLAB NL 000019; Italien: Tribunale civ. di Roma, sez. VI, proc.n.20703/98 v. 27.7.1998, CLAB IT 000680; Tribunale di Roma, sez. 13 a civ., sentenza, v. 5.10.2000, CLAB IT 000730; Portugal: 13 ° Juizo Civil da Comarca de Lisboa v. 13.11.1997, CLAB PT 000087 u. 000088; Finnland: Verbraucherombudsman v. 18.8.1987, CLAB 000152 Deutschland:BGH, VersR 1991, S.580ff.(ungleiche Kdgsrechte); BGH, VersR 1990, S.1115f. (Kdgsbeschr. für Erwerber der versicherten Sache).

¹³⁵⁰ Z.B.Italien: Giudice di pace di Milano v. 22.10.1997, CLAB IT 000364; Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza, v. 5.10.2000, CLAB IT 000732 unwirksam mangels vergleichbaren Kündigungsinteresses des VN bei Unfall- und Krankenversicherungen.

¹³⁵¹ Z.B.Italien: Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza v. 5.10.2000, CLAB IT 000733; Portugal: 5° Juizo Civel da Comarca de Lisboa v. 16.1.1998, CLAB PT 000099 und 000100.

¹³⁵² Z.B.Deutschland: BGH, NJW 1987, S.379 ff.; Griechenland: Areios Pagos v. 19.1.1996, CLAB GR 000151.

¹³⁵³ Unter Hinweis auf AVB wird die Kenntnisnahme und Billigung des VN als gegeben festgelegt, obwohl dieser im Einzelfall z.T. keine Kenntnisnahmemöglichkeit hat, Brock, S.87 ff. -Cass. Civ.I, v.10.4.1996, CLAB FR 000127= JCP ed. G. 1996 II S.369 m.Anm. Paisant (wirks., wenn die Referenzklausel selbst ausreichend zur Kenntnis gebracht wurde); dazu Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 20/21; auch der Conseil d'État geht von der Wirksamkeit der Klauseln aus, indem er das ursprgl. in Art. 1 des Dekretes v. 24.3.1978, n° 78-464 enth. Verbot der Referenzklauseln am 3.12.1980, D. 1981, S.228, wieder aufhob – nunmehr gilt Nr. 1i) der Klausel-RL.

¹³⁵⁴ Z.B.Frankreich:CA Paris v. 3.4.1995, CLAB FR 000094; Cass. Civ.I, v. 7.7.1998, JCP ed.G. 1998, V, 3034 (wirksam; aAKullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 27); Commision des clauses abusives, Rec. n° 85-04 v. 20.9.1985, Erw. in Abs. 32); Griechenland: Areios Pagos v. 1.1.1999, CLAB GR 000269; Schweden: Verbraucherbeschwerdeausschuß v. 8.2.1994, CLAB SE 000223.

¹³⁵⁵ Z.B.Niederlande: Hoge Raad v. 12.1.1996, CLAB NL 000080; Belgien: CA de Bruxelles v. 21.10.1986, CLAB BE 000179 (Klausel wirksam); nunmehr unwirksam nach Art. 34 des Gesetzes sur le contrat d'assurance terrestre v. 25.6.1992, der eine zwingende 3-Jahresfrist vorsieht.

¹³⁵⁶ Z.B.Frankreich: Tribunal d'instance d'Auray, v.12.11.1998, CLAB FR 000144; Griechenland: Areios Pagos v. 1.1.1995, CLAB GR 000157; in Italien: bes.Einbeziehungsvor. iSd Art. 1341 II nur bei unregelmäßigen u. normalen S. im GgStz zu freiwilligen S., Giudice di pace di Roma v. 28.4.1998, CLAB IT 000621;Tribunale civ. di Genova v. 15.2.1999, CLAB IT 000673 – nach Umsetzung:z.B. Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza v. 5.10.2000, grenzt zwischen zwingenden Schiedsklauseln (CLAB IT 000735-unwirksam nach Art. 1469-bis III Nr.18) und freiwilligen Schiedsklauseln (CLAB IT 000736-wirksam) ab.

¹³⁵⁷ Z.B.Griechenland: Polymeles Protodikeio Pireos v. 1.1.1992 (1527/1992), CLAB GR 000115; Italien:Cassazione civ., sez. I v. 22.4.1997, CLAB IT 000430; Tribunale civ. di Roma v. 24.12.1997, CLAB IT 000632 (unwirksam nach Art. 1469-bis III Nr.19 C.c.).

¹³⁵⁸ Z.B.Griechenland: Areios Pagos v. 1.1.1986 (620/1986), CLAB GR 000055.

¹³⁵⁹ Z.B. Italien: Cassazione civ., sez. I v. 10.1.1980, CLAB IT 000013.

¹³⁶⁰ Z.B. Italien: Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza, v. 5.10.2000, CLAB IT 000721 und 000729.

¹³⁶¹ Beispiel für den sehr weiten kontrollfreien Bereich in Italien: eine Klausel, nach der das Recht des Versicherten auf Entschädigung nicht auf seine Erben übergeht, ist nicht kontrollfähig, vgl.Cassazione civ. sez. I v. 29.4.1988, CLAB IT 000111a.F.

Bei den überwiegend kontrollierten Klauseln handelt es sich um Klauseln, die nach allgemeinen Grundsätzen im Rahmen des Art. 4 II nicht unmittelbar zur Festlegung der gegenseitigen (Haupt-)Leistungspflichten dienen¹³⁶². Sie sind weder als essentialia negotii zu verstehen, noch kann eine Regulierung durch den Markt erwartet werden. Vielmehr handelt es sich hauptsächlich um typische Nebenabreden¹³⁶³, die bei störungsfreier Vertragsdurchführung nicht zum Einsatz kommen (z.B. Verfalls-, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln) und/oder keine Auswirkung auf die wirtschaftliche Gesamtbelastung der Parteien haben (z.B. Leistungs- und Erfüllungsort).

Auch Kündigungsklauseln stellen trotz ihrer Bedeutung für die Kalkulierbarkeit grundsätzlich nur kontrollunterworfenen Vertragsmodalitäten dar¹³⁶⁴. Allerdings ist hier zu differenzieren¹³⁶⁵: Ein außerordentliches Kündigungsrecht¹³⁶⁶ liegt bei Vertragsabschluß nicht in dem Regelungsplan einer störungsfreien Vertragsdurchführung und wird von dem VN daher nicht zur Grundlage der Auswahlentscheidung gemacht und ist damit kontrollunterworfen. Dies ist möglicherweise bei dem „Ob“ regelmäßiger Kündigungsrechte zu bestimmten Terminen¹³⁶⁷ anders, weil es sich bei solchen Kündigungen nicht um Vertragsstörungen handelt. Ob solche Klauseln als Bestimmung des Leistungsumfanges des Versicherers angesehen werden können¹³⁶⁸, ist aber fraglich¹³⁶⁹. Selbst bei Einordnung als Leistungsbeschreibung wäre nicht von einem fehlenden Kontrollbedürfnis auszugehen, da diese Klauseln nicht vertragstypkonstituierend sind und auch nicht aus der schlagwortartigen Produktbezeichnung zu erkennen sind. Jedenfalls ist aber hinsichtlich Regelungen der Kündigungsfrist, -form und -rechtsfolgen von einer berechtigten Unaufmerksamkeit des VN auszugehen, so daß diese Elemente der inhaltlichen Kontrolle unterfallen¹³⁷⁰. Schon wegen Nr. 1 f und g sowie Nr.2 a des Richtlinienanhangs müssen z.B. „asymmetrische“ Kündigungsrechte nur für den Versicherer kontrollunterworfen sein.

Der „sensible Bereich“ der (Haupt)Leistungs- und Produktbeschreibungen bezüglich der Schranken der Inhaltskontrolle ist hauptsächlich bei Risiko- und Deckungsbeschränkun-

¹³⁶² Nur „mittelbarer Leistungsbezug“ von Modalitäten, Dreher, S.174; Klauseln wie z.B. Nebenkostenregelungen haben zwar auch Leistungsbezug, sie wären aber nach den oben unter 2. Teil B festgestellten Grundsätzen weder zu den essentialia zu zählen, noch unterfallen sie dem potentiellen Klauselwettbewerb; gleiches gilt für sonstige Klauseln, die die Leistungspflicht des Versicherers „betreffen“; wie z.B. automatische Verlängerungsklauseln und die o.g. Bestimmungen bezüglich des Schadensfeststellungsverfahrens (zu fehlender Eigenschaft als essentialia für alle Klauseln vgl. Dreher, S.278 und 283 f.; letztere faßt auch Dreher, S.172, zu den Vertragsmodalitäten) – außerdem spricht generell die übereinstimmende Wertung für die Kontrollunterworfenheit dieser Klauseln in den Mitgliedstaaten für eine Kontrolle auch auf Richtlinienebene.

¹³⁶³ Vgl. 2. Teil B IV 1 und 3.

¹³⁶⁴ Vgl. Dreher, S.172 f., 285 (Begriff der Vertragsmodalitäten ist weiter zu verstehen als Leistungsmodalitäten); in Großbritannien wird dagegen von der Literatur vertreten, daß sämtliche Kündigungsklauseln in den Versicherungsbedingungen kontrollfrei sind, vgl. McDonald/Eggers/Foss, Rz.6.42; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.234.

¹³⁶⁵ Regelungen bezüglich der Erwerberkündigung nach §§ 69,70 II VVG müssen schon deshalb kontrollunterworfen sein, weil der Erwerbwer keinerlei Möglichkeit hatte, von seiner Abschluß- und Auswahlfreiheit Gebrauch zu machen und sich gegen den Versicherungsvertrag zu entscheiden.

¹³⁶⁶ Grundsätzlich ist bei befristeten Verträgen eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, Ausn: § 8 III VVG, vgl. Pölss in Prölss/Martin, § 8 VVG, Rz.33,36.

¹³⁶⁷ Z.B. Regelungen wie § 8 I, II VVG.

¹³⁶⁸ So teilweise in der Literatur in Großbritannien vertreten, vgl. unten unter 2. Teil C II 4.c); Pfeiffer /Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 179, allgemein für Kündigungsrechte jedenfalls bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen, was auch für dauernde Versicherungen gelten würde.

¹³⁶⁹ Generell dagegen bei Kündigungsregelung, Dylla-Krebs, S.236.

¹³⁷⁰ I.E. auch Dreher, S.285 „Vertragsmodalitäten“.

gen¹³⁷¹ (direkter und indirekter Art) sowie bei Obliegenheiten, die wesentlich den Umfang des Versicherungsschutzes bestimmen und damit Bedingung für die Geldleistungspflicht im Versicherungsfall sind, anzusiedeln¹³⁷². In Bezug auf diesen wesentlichen Teil der unmittelbaren Leistungsbeschreibungen besteht – anders als bei den Nebenabreden – keine Einigkeit in der Rechtsanwendung der einzelnen Länder. Gleiches gilt für die zeitliche Abgrenzung des Versicherungsschutzes. Daher beschränkt sich der folgende Rechtsvergleich hauptsächlich auf diesen Bereich.

2. Länder mit vergleichbarere Abgrenzungsproblematik im Gesetz¹³⁷³

a) Deutschland

AVB sind nach den §§ 307 ff. BGB inhaltlich zu kontrollieren¹³⁷⁴; die vor Erlass des AGBG a.F. erhobene Forderung der Versicherungswirtschaft nach einer Bereichsausnahme für Versicherungsverträge¹³⁷⁵ hat sich nicht durchgesetzt. Auch die bis 1994 nötige Vorabgenehmigung durch das Bundesaufsichtsamt schloß eine zusätzliche gerichtliche Kontrolle nicht aus¹³⁷⁶. Nach der Schranke des § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) sind sog. Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen mit Ausnahme der Transparenzkontrolle nicht der Inhaltskontrolle unterworfen.

aa) Abgrenzung bzgl. Leistungsbeschreibungen vor Umsetzung der Klauselrichtlinie

Problematisch und sehr umstritten ist in Deutschland, welche Klauseln bei Versicherungsverträgen zu den kontrollfreien Leistungsbeschreibungen iSd § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) zählen¹³⁷⁷.

aaa) Darstellung des Meinungsstandes der Literatur

In der sehr umfangreichen Literatur wird praktisch alles vertreten – von einer völligen Kontrollfreiheit leistungsbeschreibender AVB bis zu einer nahezu umfassenden Kontrolle. Dabei wird idR an die Systematik primärer, sekundärer und tertiärer Risikobeschreibungen angeknüpft, obwohl diese Begriffe im Gesetz nicht auftauchen.

¹³⁷¹ Im folgenden werden „Risikobeschreibungen und -beschränkungen“ alle Klauseln genannt, die sich auf die versicherte Gefahr beziehen und damit die Voraussetzungen des Versicherungsfalles kennzeichnen; „Deckungsbeschränkungen“ betreffen den Deckungsumfang, also Einschränkungen der Entschädigungshöhe bei Realisierung des versicherten Risikos (z.B. Versicherungssumme, Selbstbehaltsbeträge, Entschädigungsbegrenzungen, etc.).

¹³⁷² Diese Bestimmungen greifen im Eintritt des Versicherungsfalles planmäßig ein und betreffen die Gesamtbelastung des Versicherers, Dylla-Krebs, S.236.

¹³⁷³ Vgl. auch oben unter 2. Teil B III 3.a) –c).

¹³⁷⁴ Einzig § 309 Nr.9 BGB gilt nicht (entspr.§11 Nr. 12 iVm § 23 II Nr.6 AGBG a.F.). Die Erwähnung von Versicherungsverträgen ist hier aber rein deklaratorisch, vgl. Palandt-Heinrichs, § 309, Rz.83. Laufzeitklauseln können nach der Generalklausel überprüft werden, vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz.851,860; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.111 ff.; § 23 III AGBG a.F. wurde gestrichen, obwohl diese Regelung nach wie vor für die wenigen Ausnahmefälle einschlägig wäre, auch wenn sie nach der Deregulierung an Bedeutung verloren hat, Präve, NVersZ 2001, S.5.

¹³⁷⁵ Vgl. Angerer, ZVersWiss 1975, S.197; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 f. m.w.Nachw.

¹³⁷⁶ Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 43

¹³⁷⁷ Angesichts der umfangreichen Lit. und Rspr. zu den Schranken der Inhaltskontrolle bei AVB kann hier nur ein Überblick gegeben werden, vgl. Nachweise bei Prölss/Martin, Vorbem.I, Rz.45 ff.; Bruck/Möller/Winter, Bd V/2 Anm. A 66 ff.; Dissertationen von Flick, Choi, Menzel und van de Loo; Dylla-Krebs, S.228 ff.; Dreher, S.298 ff.; Palandt-Heinrichs, § 8 AGBG, Rz.3 und § 9 AGBG, Rz.138; Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 451 ff.

Nach einer Ansicht, deren Vertreter z.T.auch ursprünglich eine Bereichsausnahme von dem AGBG a.F. forderten¹³⁷⁸, sind sämtliche Leistungsbeschreibungen in AVB kontrollfrei¹³⁷⁹, unabhängig davon, ob es sich um primäre, sekundäre, oder tertiäre Risikobeschreibungen handelt. Die Vertreter dieser Richtung orientieren sich an dem Gesetzeszweck des § 8 AGBG a.F.¹³⁸⁰, Leistungsbeschreibungen von der Inhaltskontrolle auszunehmen, und zählen dazu konsequenterweise sämtliche Risikobeschreibungen quantitativer, qualitativer, zeitlicher und örtlicher Art, weil nur aufgrund dieser Gesamtheit das Versicherungsprodukt definiert sei und diese als Grundlage für die Prämienkalkulation diene¹³⁸¹. Die Auslegung nach § 5 AGBG a.F. (§ 305 c II BGB) und die Kontrolle nach § 3 AGBG a.F. (§ 305c I BGB) für besondere Mißbrauchsfälle sei ausreichend¹³⁸². Innerhalb dieser Richtung bestehen aber unterschiedliche Ansichten, inwieweit Obliegenheitsklauseln der Inhaltskontrolle unterliegen¹³⁸³.

Eine zweite Mindermeinung unterscheidet formal zwischen positiv formulierten kontrollfreien primären Risikobeschreibungen und negativ formulierten kontrollfähigen sekundären Risikoausschlüssen bzw.-begrenzungen¹³⁸⁴. Letztere unterlägen der Kontrolle, weil sie die durch die primären Beschreibungen hervorgerufenen berechtigten Erwartungen enttäuschen könnten. Eine dritte Meinung bevorzugt eine (engere) formale Abgrenzung. Sie unterscheiden danach, ob eine AVB-Klausel von einer vorhandenen gesetzlichen Regelung abweicht oder nicht¹³⁸⁵.

Eine vierte Richtung vertritt, daß der gesamte Bereich der Produktbeschreibung des Rechtsproduktes Versicherung in den AVB der Inhaltskontrolle unterliegt¹³⁸⁶. Der Schutzzweck erfordere eine vollständige Kontrolle, weil Preis und Wirtschaftsgut in der Privatwirtschaft nicht frei aushandelbar sei und die einseitige Gestaltungsmacht bei Hauptleistungspflichten besonders relevant werde.

¹³⁷⁸ Z.B. Sieg, VersR 1977, S.489 ff., 491; Wagner, ZversWiss 1977, S.119.

¹³⁷⁹ Sieg, VersR 1977, S.489 ff., 491 (primäre Risikobeschreibungen und „...einen großen Teil der sekundären Risikobegrenzungen“ als „Essentialia“); Frenz, VersR 1979, S.394 f f., 395 f.; Wagner in Bruck/Möller/Wagner, Bd.VI 1, Anm. A 66f.; Löwe in Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 8 AGBG, Rz.7; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 64; MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.7; Staudinger/Schlosser, § 9 AGBG, Rz.176; i.E.auch Dylla-Krebs, S.235 ff., 240 mit dem Argument der freien Marktwirtschaft als verfassungsrechtliches Prinzip (nur Regelung, wie z.B. Ort, Zeit, Fälligkeit der Leistung, Verzugs-, oder Kündigungsvoraussetzungen seien kontrollfähig).

¹³⁸⁰ Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde anhand der Diebstahlsversicherung angedacht, daß das gesamte Leistungsangebot kontrollfrei sein solle, vgl. dazu Dylla-Krebs, S.230 m.Nachw.

¹³⁸¹ Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 64 – Kritik: zwar konsequent, aber nicht mit dem Zweck des AGBG vereinbar (Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1072; Dreher, S.298; Choi, S.238).

¹³⁸² Dylla-Krebs, S.237 m.w.Nachw.; Sieg, VersR 1977, S.489 ff., 491 (§ 3 AGBGa.F.); aA Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1072 – nach Staudinger/Schlosser § 9 AGBG, Rz.177 iVm § 3 Rz. 8,22 ist auch § 3 AGBG a.F.häufig nicht einschlägig.

¹³⁸³ Für Kontrollfreiheit: Dylla-Krebs, S.236, 240; für Kontrollunterworfenheit: MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.7; Staudinger/Schlosser, § 9 AGBG, Rz.176,180; Sieg, VersR 1977, S.489 ff., 491 („Akzidentalia“); differenzierend: Wagner in Bruck/Möller/Wagner, Bd. VI/1, Anm.A 67 (kontrollfrei nur Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles); Löwe in Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 8 AGBG, Rz.7 (nur die Rechtsfolge, nicht der Tatbestand unterliege als Ergänzung des § 6 VVG der Inhaltskontrolle).

¹³⁸⁴ So Fenyves, VR 1976, S.353 ff., 364 f.; Graba in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 8 AGBG, Rz.16 und 20.

¹³⁸⁵ Schaefer, VersR 1978, S.4 ff., 7ff.

¹³⁸⁶ Helm, NJW 1978, S.129 ff., 132; Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1112ff; Bauer, BB 1978, S.476 ff., 480 (Ausn.nur für RF vertraglicher Obliegenheiten=kontrollfrei und unter Betonung, daß Risikobeschreibungen regelmäßig wirksam sind); Hoffmann, S.270 ff., 279 (ausgehend von der These, daß der § 8 AGBG a.F.nur die Inhaltskontrolle von deklaratorischen Klauseln, nicht aber von Leistungsbeschreibungen ausschließe); Schünemann, VersR 2000, S.144 ff. 147 f. (allerdings bei Qualifizierung als Geschäftsbesorgungsvertrag, bei dem das versicherte Risiko außerhalb der Leistungsbeschreibungen liegt).

Die wohl herrschende Lehre¹³⁸⁷ geht zwar von dem der Eigenschaft der AVB als Beschreibungen der Leistung „Versicherungsschutz“ aus, zählt aber nur einen engen Teil dieser Leistungsbeschreibungen zu dem nach § 307 III a BGB kontrollfreien Bereich¹³⁸⁸. Diese Ansicht vertritt eine nahezu umfassende Kontrolle der leistungsbeschreibenden AVB; grundsätzlich werden auch primäre Risikobeschreibungen nicht per se der Inhaltskontrolle entzogen, sondern diese Bestimmungen sollen nur in einem engen Bereich kontrollfrei bleiben. Bei der Frage, wie dieser enge Bereich zu verstehen und abzugrenzen ist, bestehen jedoch unterschiedliche „Abgrenzungsformeln“ und leichte Unterschiede im Kontrollumfang. Prölss¹³⁸⁹ meint, daß nur die „allgemeinste Beschreibung des versicherten Objekts und der versicherten Gefahr, die das Bedürfnis nach Versicherungsschutz, das den VN zum Abschluß des Vertrages bewogen hat, definiert“ der Inhaltskontrolle entzogen sind¹³⁹⁰. Entscheidend sei, inwieweit die AVB den Maßstab definieren, anhand dessen die Angemessenheitskontrolle stattfindet (Trennung von Maßstab und Gegenstand der Kontrolle). In die gleiche Richtung geht die Abgrenzung von Römer, der von einem „logischen Minimum“ an kontrollfreiem Raum spricht, der sich aus einer Wechselwirkung von §§ 8 und 9 AGBG a.F. ergebe. Nur der nicht zu gefährdende Vertragszweck sei als Maßstab der Kontrolle nach § 9 II Nr. 2 AGBG a.F. kontrollfrei¹³⁹¹. Bergeest hält nur den den VN lediglich begünstigenden Kernbereich iS eines „gewährten Positivums“ für kontrollfrei¹³⁹². Auch nach Dreher¹³⁹³ ist nur ein „Leistungskern“ als essentialia negotii kontrollfrei, worunter er nur die Klauseln faßt, die den jeweiligen Versicherungsvertragstyp konstituieren; nähere Leistungskonkretisierungen sind der Kontrolle unterworfen¹³⁹⁴. Auch Brandner will nur die

¹³⁸⁷ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C a, Rz.45 f.; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; Fastrich, S.257; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.12; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 277; dies., VersR 1998, S.1071ff., 1072; Brander in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.26 ff., Rz.37; Präve, NVersZ 1998, S.49 ff., 50; ders., Versicherungswirtschaft 2000, S.450; Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 468f.; Hansen, VersR 1988, S.1110; Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1496 f.; Dreher, S.298 ff., 305 iVm 265 ff.; Menzel, S.135 ff.; Staudinger-Coester, § 9 AGBG, Rz.565; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.104; Basedow/Fock-Lemmel, S.344; weitere Bsp. bei Dylla-Krebs, S.233 f.; sehr weitgehend Flick, S.187 ff. und van de Loo, S.56 ff., 66 f.

¹³⁸⁸ Vorwurf der Inkonsequenz von Schünemann, VersR 2000, S.144 ff., 145.

¹³⁸⁹ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C a, Rz.46 f. - grundsätzlich faßt er die Umschreibung in § 1 der AVB darunter; ausnahmsweise sei aber mehr kontrollfrei, wenn die pauschale Umschreibung nicht dem vernünftigen Bedürfnis einer Vielzahl von Versicherungsinteressenten entspricht (Rz.48).

¹³⁹⁰ Ähnlich Werber, VersR 1986, S.1 ff., 4, nach dem nur die allgemeinste Fixierung des Schutzzwecks nach Gefahr (z.B. Feuer- oder Unfallversicherungsschutz) und Objekt kontrollfrei bleiben (als Individualabreden).

¹³⁹¹ Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 465f., 468 f.; ders., NVersZ 1999, S.97 ff., 98 zust. Kieninger, VersR 1998, S.1971 ff., 1072: kontrollfreier Raum sei „identisch mit der Vertragszweckbestimmung iSv § 9 II Nr. 2 AGBG“ - ähnlich van de Loo, S.56 ff., 66f. (Schranken seien lediglich „logischer Natur“; S.57); kontrollfrei seien neben reinen Preisvereinbarungen u. deklarator. Klauseln nur individuelle Parteivereinbarungen wiederholende Klauseln als „Minimum dessen, was vorhanden sein muß, damit überhaupt eine Einigung zustandekommt“ und was nötig ist „um einen Angemessenheitsmaßstab zu ermitteln“ (schlagwortartig versichertes Interesse, d.h. in Überschrift bezeichnete Versicherungsparte aus Anlage des VAG, z.B. Feuerversicherung, S.45; Best. der Vertragsparteien, Versicherten, Bezugsberechtigten, Gefahrsperson, versichertes Objekt, Versicherungssumme, Vertragsbeginn, sofern Datum eingesetzt).

¹³⁹² Bergeest, S.62f.; zust. Winter in Bruck/Möller/Winter, Bd.V/2, Anm.A 80 (enger als primäre Leistungsbeschreibung: lediglich begünstigende Feststellung der Versicherungsart durch positive Beschreibung des versicherten Interesses, der versicherten Gefahr und des versicherten Schadens); und Menzel, S.135 ff., 137 („ausgenommen ist nur der den Versicherungsnehmer begünstigende Bereich, in dem der Produktgedanke des Versicherers festgelegt ist“) – Begr.: im Falle des unwirksamen Positivums verbliebe nur ein Nullum.

¹³⁹³ Dreher, S.298 ff., 305 iVm 265 ff.u.165 ff.; für „typenmäßige Festlegung des versicherten Risikos“ auch Fastrich, S.257; dagegen Hoffmann, S.269, nach dem es sich hierbei schon um den Bereich der Individualabrede und um keine AGB handele, da diese Bestimmungen regelmäßig zwischen Vermittler und Kunden besprochen werden; ähnlich auch MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.104.

¹³⁹⁴ Ähnlich Flick, S.104, 108, 151, 187 f.: kontrollfrei sei neben der Prämienhöhe nur einen kleinen Teil der Leistungsbeschreibungen: die Beschreibung des versicherten Interesses und des versicherten Schadens in individuell-konkreter Form, die Festlegung der Versicherungssumme und die Bestimmung des jeweiligen Versicherungsvertragstypus (zentrale Leistungsbeschreibung). Auch Schmidt-Salzer zählt zu dem kontrollfreien Hauptleistungsversprechen die

unmittelbare Bestimmung der Hauptleistung und des Preis der Inhaltskontrolle entziehen. Dazu zählt er den „engen Bereich der vertraglichen Leistungsspezifikation, ohne deren Vorliegen wegen Fehlens der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertragsschluß nicht mehr angenommen werden kann“¹³⁹⁵. Alle leistungsbestimmenden Klauseln, die die „zentrale Leistungsbestimmung“ näher ausgestalten, modifizieren oder einschränken, sind nach § 307 III 1 BGB kontrollfähig. Römer hält den nach seiner Abgrenzung kontrollfreien Raum mit dem Brandners „im wesentlichen (für) deckungsgleich“¹³⁹⁶. Choi¹³⁹⁷ will verstärkt die Abweichung von der Verkehrsauffassung als ausschlaggebendes Kriterium der Kontrollfähigkeit heranziehen. Baumann stimmt der herrschenden Lehre für Versicherungen im Privatbereich und für Kleingewerbe zu, hält aber transparente primäre und sekundäre Risikobeschreibungen bei „Großrisiken“ gegenüber „Großkaufleuten“ für kontrollfrei, da bei diesem Bereich von der Funktionsfähigkeit marktwirtschaftlicher Prinzipien auszugehen sei¹³⁹⁸.

bbb) Darstellung der Rechtsprechung¹³⁹⁹

(1) Abgrenzungsgrundsatz

Der BGH hat sich zu der Abgrenzung nach § 8 AGBG a.F. bei leistungsbeschreibenden Klauseln in Versicherungsverträgen lange nicht geäußert; teilweise wurde bei Leistungsbeschreibungen ohne Erörterung der Problematik festgestellt, daß der § 8 a.F. nicht anwendbar ist¹⁴⁰⁰, teilweise die Lösung dieses Problems ausdrücklich offengelassen¹⁴⁰¹. Es gab auch Urteile, bei denen die Schrankenproblematik völlig ignoriert und der § 8 AGBG a.F. noch nicht einmal erwähnt wurde¹⁴⁰². Die Rspr. führte stattdessen bei Vertragszweckgefährdung häufig eine verdeckte Inhaltskontrolle u.a. auch von risikobeschreibenden Klauseln im Rahmen der Auslegung und Einbeziehung gemäß § 3 AGBG a.F. (§ 305 c I BGB) durch¹⁴⁰³.

Seit der Grundsatzentscheidung des IV. Zivilsenats aus dem Jahr 1993¹⁴⁰⁴ hat sich aber noch vor der Richtlinienumsetzung durch Gesetz vom 19.7.1996 eine ständige Ausle-

AVB, die den jeweiligen Vertragstypus bestimmen, wozu neben der Prämie insbesondere die Definition des Versicherungsfalles zähle, BB 1995, S.1493 ff., 1497; ders. VersR 1995, S.1261 ff., 1266.

¹³⁹⁵ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.28, 37 („Leistungsversprechen des Versicherers in seiner allgemeinsten, noch dem Bestimmtheitserfordernis genügenden Form“) sowie Anh.§§9-11, Rz.854; ders. FS Hauß, S.1 ff., 8,12; ders. FS Hauß, S.1 ff., 8,12 (Abgr. zentraler Leistungsbest. als Festlegung eines best. Hauptleistungsgegenstandes von sekundären Leistungsbest.); so auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rz.8,10; Basedow-Fock-Lemmel, S.345.

¹³⁹⁶ Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 471

¹³⁹⁷ Choi, S.152 ff.,157, 283 f., 290 f. – neben dem kontrollfreien „Knochengestützte“ können auch Klauseln kontrollfrei sein, die zwar eine Konkretisierung der unmittelbaren Vertragsgegenstände darstellen, aber mit der Verkehrsauffassung übereinstimmen („Knorpel“), S.218 ff., 238 ff., 285 ff. (Beispiele, S.255 ff.).

¹³⁹⁸ Baumann, VersR 1991, S.490 ff.,496 f.; ähnlich auch Honsell in Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 141.

¹³⁹⁹ Zu Rspr. 1992/1993 (Instanzgerichte und BGH), Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 451 ff., 458 ff.

¹⁴⁰⁰ BGH, VersR 1991, S.175 f., 176 (zu der risikobegrenzenden Serienschadenklausel unter Hinweis auf eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung).

¹⁴⁰¹ Z.B. BGH, VersR 1983, S.821 ff., 822; w.Nachw. bei van de Loo, S.55.

¹⁴⁰² Z.B. BGH, NJW-RR 1987, S.605 ff. (unklar, ob kontrollfrei oder wirksam); bei BGH, VersR 1990, S.970 f. BGH, VersR 1991 S.911 ff. und BGH, VersR 1991, S.289 wird die Klausel jedenfalls inhaltlich kontrolliert.

¹⁴⁰³ Vgl. z.B. OLG Hamm, VersR 1985, S.257 ff.; BGH, VersR 1985, S.129 ff.; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG, Rz.852 und 853 m.Rsprnachweisen – dies war allerdings nur im Individualverfahren möglich; w.Nachw. unterinstanzl.Gerichte bei Dylla.Krebs, S.237/238; in neuerer Rspr. spielt der § 305 c I BGB „keine entscheidende Rolle“; vgl.Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139.

¹⁴⁰⁴ BGH, VersR 1993, S.830 f., 831= NJW-RR 1993, S.1049 f.

ungspraxis zu § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) bei AVB gebildet¹⁴⁰⁵, die sich der Richtung der hL von einem sehr engen kontrollfreien Bereiches anschließt. Kontrollfrei bleibt nach dem BGH im Anschluß an Brandner (s.o.) nur ein eng begrenzter „Kern der Leistungsbeschreibung“¹⁴⁰⁶, teilweise auch als „bloße Leistungsbeschreibung“¹⁴⁰⁷ oder „unmittelbarer Gegenstand der Hauptleistung“¹⁴⁰⁸ bezeichnet. Der BGH wandte dabei den bereits auf andere Dienstleistungen angewandten¹⁴⁰⁹ Auslegungsgrundsatz¹⁴¹⁰ auch auf Versicherungsverträge an, so daß nur die essentialia negotii bzw. die Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Versicherungsvertrag nicht mehr angenommen werden kann, der inhaltlichen Kontrolle entzogen sind. Der BGH macht also keinen Unterschied zwischen Rechtsprodukten und anderen Gütern und Dienstleistungen¹⁴¹¹.

Die Rechtsprechung vermeidet bis auf wenige Ausnahmen¹⁴¹² eine Abgrenzung nach positiven, primären und negativen, sekundären Risikobeschreibungen bzw. – begrenzungen.

(2) Nahezu umfassende Kontrolle von leistungsbeschreibenden Klauseln in AVB

Aufgrund der Abgrenzung des BGH werden auch leistungsbeschreibende (insbesondere auch risikobeschreibende) Klauseln in AVB nahezu umfassend inhaltlich kontrolliert. Die Grenze des Kontrollumfangs wird nur durch den wesentlichen Vertragsinhalt („Kernbereich“) gesetzt. Dabei ist nicht zu erkennen, daß die Grundsatzentscheidung von 1993¹⁴¹³ in einem Zusammenhang mit dem Wegfall der behördlichen Genehmigungspflicht steht¹⁴¹⁴. Denn auch vor 1993 kontrollierte die Rechtsprechung leistungs- und risikobeschreibende AVB nahezu umfassend nach den §§ 9 ff. AGBG a.F., in der Regel ohne den § 8 AGBG a.F. überhaupt zu erwähnen.

Sowohl die unterinstanzlichen Gerichte (überwiegend)¹⁴¹⁵ als auch der BGH unterwarfen Risiko- und Deckungsbeschränkungen der Inhaltskontrolle nach §§ 9 ff. AGBG, darunter z.B.¹⁴¹⁶: die Wissenschaftlichkeitsklausel¹⁴¹⁷; die sog. Serienschadenklausel in der Berufs-

¹⁴⁰⁵ Z.B. BGH, VersR 1993, S.957 f., 958; BGH, VersR 1994, S.549f., 550; BGH, VersR 1995, S.77 ff., 78.

¹⁴⁰⁶ BGH, NJW 1999, S.3358 ff., 3359.

¹⁴⁰⁷ Z.B. BGH, NJW 1994, S.2693 ff., 2694.

¹⁴⁰⁸ BGH, NVersZ 2001, S.121 ff., 122.

¹⁴⁰⁹ Für den Reisevertrag, vgl. BGH, NJW 1987, S.1931 ff.= VersR 1987, S.712 ff.=BGHZ 100, 157 ff.; neben Reisevertrag ist z.B. auch der Unterrichtsvertrag „entmaterialisiert“; Dylla -Krebs, S.229, krit. Dreher, S.174 ff.

¹⁴¹⁰ 2. Teil B III 3.a) aa) bbb)

¹⁴¹¹ Der IV. Zivilsenat versuchte, seine Rspr. in die der übrigen Senate einzufügen, vgl. Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 461.

¹⁴¹² Z.B. LG Düsseldorf, VuR 1998, S.413 f., 414; OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080 ff., 1081: bezeichnet die Wissenschaftlichkeitsklausel in der Krankenversicherung als „sekundäre Risikobegrenzung“ und verweist auf deren negative Formulierung als Ausschluß – Einordnung nur als Hilfserwägung: BGH, VersR 1994, S.549 ff., 551 (unter Verweis auf Überschr. „Einschränkung der Leistungspflicht“ wird Klausel als „echter sekundärer Risikoausschluß“ bezeichnet); ähnl. BGH, NVersZ 2001, S.266 ff., 267 u. BGH, NVersZ 2001, S.121 ff., 123.

¹⁴¹³ BGH, VersR 1993, S.830 f., 831.

¹⁴¹⁴ So aber Hübner, Rz.513.

¹⁴¹⁵ Überwiegend: z.B. OLG Köln, VersR 1990, S.369f.; OLG Celle, VersR 1982, S.457f.; OLG Hamm, VersR 1989, S.696f. (sog. Benzinklausel); LG Frankfurt a.M., VersR 1977, S.351 ff., 353 (Risikobegrenzung in Skidiebstahlversicherung); OLG Saarbrücken, VersR 1982, S.643f.; LG Berlin, VersR 1989, S.281f.; w.Nachw. bei Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 451 ff. – nur vereinzelte Ausn. für Kontrollfreiheit: OLG Schleswig, VersR 1983, S.1183; Nachweise bei Kieninger, VersR 1998, S.1071, FN 6.

¹⁴¹⁶ BGH, VersR 1991, S.176 ff., 179 (Ausschluß für Haftpflichtansprüche wegen Schadensverursachung durch wissentl. Pflichtverletzung); entgegen Vorinstanz und ohne Erwähnung des § 8 AGBG a.F., BGH, VersR 1990, S.970ff. (Klausel in einer Tierlebensversicherung, nach deren Definition der Nottötung der Versicherungsschutz bei Nottötung aus tierschützenden Erwägungen ausgeschlossen ist); BGH, VersR 1993, S.830 ff., 831 (Klauseln in einer Hausrats-

haftpflichtversicherung für Architekten und Bauingenieure¹⁴¹⁸; eine Klausel in einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung, nach der eine durch vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen des Versicherten verursachte Berufsunfähigkeit nicht versichert ist¹⁴¹⁹; eine Klausel in der Krankenversicherung, nach der Versicherungsschutz für eine Psychotherapie nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird¹⁴²⁰ und eine Klausel in einer Reisekrankenversicherung, nach der der Versicherungsschutz für solche Krankheiten und Unfallfolgen ausgeschlossen ist, die bereits vor Reiseantritt „akut behandlungsbedürftig“ waren¹⁴²¹. Da die Rechtsprechung alle Risikoausschlüsse trotz ihrer Eigenschaft als Leistungsbeschreibungen kontrollierte, ist es nicht überraschend, daß auch Klauseln, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Obliegenheiten regeln und i.E. häufig die gleich Funktion haben wie Risikobeschränkungen, kontrolliert wurden¹⁴²².

Dem BGH reichte eine Prämienrelevanz leistungsbeschreibender Klauseln nicht aus, um sie nach § 8 AGBG a.F. der Kontrolle zu entziehen. So kontrollierte der BGH mit Laufzeitklauseln¹⁴²³ - genauso wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen¹⁴²⁴ - die Regelung der Vertragsdauer¹⁴²⁵. Der BGH führte aus, daß es sich bei Laufzeitklauseln nicht um den Kernbereich des Versicherungsvertrages handele, weil auch ohne die Laufzeitbegrenzung der wesentliche Vertragsinhalt, d.h. die Prämie für einen bestimmten Versicherungsschutz, zu bestimmen sei. Die Laufzeitregelung sei vielmehr eine kontrollunterworfenere nähere Ausgestaltung des Hauptleistungsversprechens. Der Einfluß auf die Prämienkalkulation mache die Vertragsdauerregelung nicht zu einer „bloßen Leistungsbeschreibung“¹⁴²⁶. Das Interesse des Versicherers, die Verträge aus Wettbewerbsgründen so zu gestalten, daß er günstige Prämien anbieten kann und das Interesse der Versichertengemeinschaft an einer kostengünstigen Kalkulation werden bei der Abwägung im Rahmen des § 9 I AGBG berücksichtigt¹⁴²⁷. Auch Klauseln bezüglich des genauen Beginns und Endes des materiellen Versicherungsschutzes werden kontrolliert¹⁴²⁸. Ebenfalls nicht zum kontrollfreien Kernbereich der AVB zählt der BGH eine Klausel in der kapitalbildenden Lebensversicherung,

versicherung, nach denen der Versicherungsschutz bei von best. Personen (Hausgenossen) vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigef. Schäden ausgeschlossen ist – von Präve, Rz.382 als Obliegenheit eingeordnet); w. Bsp.Präve, Rz.368 ff.; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C b), Rz.72 ff.

¹⁴¹⁷ BGH, NJW 1993, S.2369 ff.= VersR 1993, S.957 ff.

¹⁴¹⁸ BGH, VersR 1991, S.175f.,176 – noch ohne Erörterung der Problematik bei einer „Risikobegrenzung“.

¹⁴¹⁹ BGH, VersR 1991, S.289 ff., 291- ohne Erwähnung des § 8 AGBG.

¹⁴²⁰ BGH, VersR 1991, S.911 f., 912- ohne Erwähnung des § 8 AGBG.

¹⁴²¹ BGH, VersR 1994, S.549ff., 550.

¹⁴²² Z.B.BGH, VersR 90, S.896f. (Klausel in Hauratversicherung, nach der der VN, solange sich niemand in der Wohnung aufhält, u.a. Türen und Fenster ordnungsgemäß zu verschließen hat); BGH, VersR 1984, S.830ff.; BGH, VersR 1989, S.1250 f., 1251(Abschluß einer weiteren Versicherung nur mit Einw. des Versicherers); BGH, VersR 1993, S.223 ff. (Leistungsfreiheit des Versicherers in einer Warenkreditversicherung, wenn der VN auch ohne Verschulden die Salden nicht rechtzeitig oder ordnungsgemäß meldet).

¹⁴²³ BGH, VersR 1994, S.1049ff.= NJW 1994, S.2693 ff.,2694 (unwirks. Laufzeit von 10 Jahren); so auch BGH, VersR 1995, S.459 f., 460 und BGH, NJW 1996, S.1208 f., 1209; bezügl zeitlicher Umfang einer Kreditversicherung, BGH, NJW-RR 1987, S.605 ff., zust.Fastrich, S.258.

¹⁴²⁴ BGH, NJW 1993, S.1133 ff. – allerdings ohne Erwähnung des § 8 AGBG a.F.

¹⁴²⁵ Zust. Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1073: „...daß sie nicht zu Leistungsbeschreibungen gehören, ist indes offensichtlich“; aA Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464, der auch die Vertragsdauer zu dem kontrollfreien Kernbereich zählt.

¹⁴²⁶ BGH, NJW 1994, S.2693 ff., 2694 - die Vorinstanz hatte die Klausel noch als unmittelbaren Gegenstand bzw. als unentbehrlichen Bestandteil der vertragscharakteristischen Hauptleistung von der Inhaltskontrolle ausgenommen und auf den unmittelbaren Zusammenhang mit der Höhe der Prämie hingewiesen.

¹⁴²⁷ BGH, NJW 1994, S.2693 ff., 2695.

¹⁴²⁸ Beginn: BGHZ 84, S.268 ff.; Wartezeitklauseln: OLG HH VersR 1998, S.627 ff.,628; Vertragsbeendigung: vgl. Nachweise bei Präve, Rz.399 f.

die hinsichtlich der Grundsätze für die Überschußbeteiligung auf den Geschäftsplan verweist¹⁴²⁹. Der BGH hält auch Klauseln hinsichtlich des Rückkaufswertes bei Kündigung oder Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung für kontrollfähig; bezüglich Regelungen der Überschüßermittlung und -beteiligung hat der BGH dagegen eine Entscheidung offengelassen¹⁴³⁰. Der Streit, ob diese Regelungen auch in Geschäftsplänen, auf die in den AVB verwiesen wird, als AGB der Inhaltskontrolle unterfallen, ist für Lebensversicherungen, die seit dem 29.7.1994 (Umsetzung der Deregulierung) geschlossen werden, weggefallen¹⁴³¹, weil diese Bestimmungen sich nunmehr in den AVB befinden. Kontrollfrei sind bei Lebensversicherungen dagegen die monatlichen Beiträge und die Versicherungssumme¹⁴³².

Bei der Inhaltskontrolle selbst wird in Deutschland das berechtigte Interesse des Versicherers, seine Haftung einzugrenzen, um die Kosten kalkulierbar zu halten, gegen das Interesse des VN daran, daß nicht von seinen berechtigten Erwartungen eines Deckungsumfanges abgewichen wird, abgewogen¹⁴³³. Dabei sind Einschränkungen des Versicherungsumfanges grundsätzlich der freien unternehmerischen Entscheidung zu überlassen¹⁴³⁴, sofern der Versicherer „mit der Beschreibung der Hauptleistung beim VN nicht falsche Vorstellungen erweckt“¹⁴³⁵, oder der Versicherungsschutz ausgehöhlt wird.

ccc) Zwischenstellungnahme

An dieser Stelle kann und soll noch keine abschließende Stellungnahme dazu erfolgen, wie der Kontrollbereich bei Versicherungsbedingungen richtigerweise abzugrenzen ist, weil dies letztlich erst das Ergebnis dieser Arbeit sein wird. Viele Abgrenzungsmöglichkeiten werden daher im Verlauf der Arbeit behandelt. Zu den Literaturansichten und der sich der herrschenden Lehre von einem engen kontrollfreien Bereich anschließenden Rechtsprechung vor Umsetzung der Klauselrichtlinie ist aber schon jetzt folgendes zu bemerken:

Die beiden Ansichten, die formal abgrenzen (zweite und dritte Mindermeinung), sind abzulehnen. Eine Abgrenzung formal danach, ob eine Klausel positiv oder negativ formuliert ist, führt nicht weiter¹⁴³⁶, insofern verfolgt die Rechtsprechung die richtige Linie wenn sie bis auf wenige Ausnahmen (s.o.) eine Abgrenzung nach positiven, primären und negativen, sekundären Risikobeschreibungen bzw. – begrenzungen vermeidet. Denn zum einen weil ist diese Abgrenzung im Einzelfall schwer zu treffen und ist auch strittig¹⁴³⁷. Zum anderen führt sie dazu, daß sich der Verwender uU durch die Art und Weise der Formulierung einer Klausel der inhaltlichen Kontrolle entziehen kann. Denn nahezu jeder Risikoausschluß

¹⁴²⁹ BGH, VersR 1995, S.77 f., 78.

¹⁴³⁰ BGH, VersR 2001, S.841 ff.m.Anm. Präve= NVersZ 2001, S.308 ff.,310, 312; zust.Anm.Reiff, ZIP 2001, S.1058; genauso BGH, VersR 2001, S.839 f.= NVersZ 2001, S.313 ff.

¹⁴³¹ MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.131; zu Anwendbarkeit der RL *oben unter 2.Teil A II 2*.

¹⁴³² BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311; nicht aber Klausel bezügl. Verminderung, BGH, VersR 1985, S.129.

¹⁴³³ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; z.B. BGH, VersR 1993, S.957 ff., 959.

¹⁴³⁴ Vorinstanz zu BGH, VersR 1990, S.970 ff., 971: „Der Tierversicherer sei grundsätzlich frei zu bestimmen, für welche Risikofälle er unter Zugrundelegung einer kaufmännischen Prämienkalkulation haften wolle.“

¹⁴³⁵ BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 361.

¹⁴³⁶ So auch Hoffmann, S.268; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C a, Rz.49; Präve, z.367; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff. 100; Kieninger, VersR 1999, S.951 ff., 952; Schünemann, VersR 2000, S.144 ff. 145; Dylla-Krebs, S.259; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.105.

¹⁴³⁷ Vgl. Beispiele bei MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.105; Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1112 f.

bzw. jede sekundäre Leistungsbeschreibung (direkter Ausschluß) kann auch als positiv formulierte begrenzte Definition (indirekter Ausschluß) konstruiert werden. Dies zeigt das Beispiel der Wissenschaftlichkeitsklausel¹⁴³⁸, die zunächst – als Leistungseinschränkung negativ formuliert (direkter Ausschluß)– von dem BGH für kontrollfähig und unzulässig erklärt wurde¹⁴³⁹. Die Klausel wurde dann in eine positive, aber einschränkende Formulierung (indirekter Ausschluß) geändert (Schulmediziniklausel)¹⁴⁴⁰. Inhaltlich handelt es sich aber in beiden Fällen um eine Leistungsbegrenzung, so daß sich unter Zugrundelegung der ständigen Rechtsprechung zutreffenderweise entgegen der Hoffnung der Versicherungsunternehmen an dem Ergebnis der Kontrollunterworfenheit nichts änderte¹⁴⁴¹. Die Abgrenzung von primären, sekundären und tertiären Risikobeschreibungen ist danach lediglich eine technisch-systematische Einteilung und nur für das Beweisrecht von Bedeutung; als Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches aber ungeeignet¹⁴⁴². Der Bereich der essentialia negotii eines Versicherungsvertrages kann enger sein als die primäre Risikobeschreibung¹⁴⁴³.

Auch die formale Abgrenzung danach, ob eine AVB-Klausel von einer gesetzlichen Regelung abweicht (dritte Meinung, s.o.), ist nicht überzeugend. Denn dieses Abgrenzungsmerkmal hat zur Folge, daß z.B. Obliegenheiten und sekundäre Risikoausschlüsse nicht kontrolliert werden, wenn eine gesetzliche Parallelvorschrift fehlt. Umgekehrt müßten auch sämtliche primäre Risikobeschreibungen kontrolliert werden, wenn eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, z.B. bei einer Feuerversicherung wegen §§ 82 VVG. Gegen letzteres sprechen zum einen die Motive des VVG, die von einer privatautONOMEN Entscheidung des Versicherers und von der Dispositivität der §§ 82 ff. VVG ausgehen¹⁴⁴⁴, zum anderen wurde die Abgrenzung nach dem Vorhandensein gesetzlicher Regelungen schon oben abgelehnt¹⁴⁴⁵.

Auch die vierte Ansicht, nach der der gesamte Bereich der Produktbeschreibung der Inhaltskontrolle unterliegen soll, ist abzulehnen. Denn allein aus der Funktion der vorformulierten, im Privatbereich regelmäßig nicht aushandelbaren, produktgestaltenden AVB kann noch nicht auf ein Marktversagen bezüglich der gesamten AVB geschlossen werden, das eine inhaltliche Kontrolle erforderlich machen würde¹⁴⁴⁶; diese Gestaltung ist vielmehr

¹⁴³⁸ BGH, NJW 1993, S.2369 ff.= VersR 1993, S.957 ff.

¹⁴³⁹ BGH, VersR 1993, S.957ff.,958; so auch OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080 ff., 1081: als kontrollfähige „Preis ebenabrede“; kritisch Wriede, VersR 1995, S.254ff.

¹⁴⁴⁰ Dazu Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 100/101; Lorenz in Karlsruher Forum 1997, S.1 ff., 6.

¹⁴⁴¹ Auch die „neue“ Klausel wird von der Rspr. kontrolliert, allerdings mit unterschiedlichem Ergebnis: unwirksam nach LG München, NVersZ 1999, S.74 ff. und OLG Hamburg, VersR 2001, S.849 ff.; wirksam nach OLG Frankfurt, VersR 2001, S.848 f. (erwähnt den § 8 AGBG nicht) und OLG Köln, VersR 2001, S.851 ff. (läßt die Entscheidung über die Kontrollfähigkeit offen, aber sagt deutlich, daß die Formulierung als primäre Leistungsbeschreibung keinen Unterschied macht).

¹⁴⁴² Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 100 – so z.T.auch diejenigen die grdstzl. nach primären/sekundären Risikobeschr. abgrenzen wollen, aber noch auf ergänzende Kriterien wie z.B. Abweichung von berechtigten Deckungserwartungen zurückgreifen, z.B. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.37.

¹⁴⁴³ Dreher, S.168 am Beispiel der Kfz-Haftpflichtversicherung.

¹⁴⁴⁴ Dreher, S.305

¹⁴⁴⁵ Vgl. oben unter 2.Teil B III 3.aa) aaa) und ccc) -auch die Rspr. kontrolliert nicht nur nach Abweichung von Gesetzen, muß aber aufgrund der Tatsache, daß das VVG wenige inhaltliche Vorschriften enthält, mangels dispositiver Bestimmungen, die an die Stelle einer unwirksamen Klausel treten können, häufig zu ergänzender Vertragsauslegung greifen, vgl. BGH, VersR 1984, S.830 ff., 831.

¹⁴⁴⁶ Oben unter 2.Teil B I und IV 2.

gerade Voraussetzung für das Entstehen eines Marktes¹⁴⁴⁷. Von dieser Meinung wird auch nicht ausreichend bedacht, dass es sich bei den AVB um Leistungsbeschreibungen handelt, die ja nach der Gesetzesbegründung zum AGBG gerade kontrollfrei sein sollten. Es muss daher einen kontrollfreien Bereich geben.

Die herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ist trotz der Einigkeit bezüglich des Ausgangspunktes, dass nur ein enger Teil der Leistungsbeschreibungen kontrollfrei sein kann, durch unzählige Abgrenzungstheorien mit Abweichungen im Ergebnis gekennzeichnet. Die Bestimmung des kontrollfreien Kernbereiches wird durch die Rechtsprechung dann auch möglichst vermieden (siehe unten unter cc). Auch bei vielen Literaturmeinungen bleibt unklar, was genau zu dem kontrollfreien Bereich gehören soll. Beispielsweise bei der Ansicht von Römer, nach dem nur der Vertragszweck als Kontrollmaßstab kontrollfrei ist, ist nicht ganz klar, was genau dazu zu zählen ist¹⁴⁴⁸. Auch bei der Definition von Bergeest, nach dem alle Klauseln, die „mittels eines Negativums etwas (von dem gewährten Positivum) abstreichen“, der Inhaltskontrolle unterliegen, ist nicht eindeutig, ob nur anhand der Formulierung unterschieden werden soll, was bereits oben abgelehnt wurde, oder ob ein materielles Kriterium gemeint ist¹⁴⁴⁹. Es besteht daher auch in Deutschland ein Bedürfnis, die durch die Klauselrichtlinie bestimmte Abgrenzung im Wege richtlinienkonformer Auslegung auf deutsches AGB-Recht zu übertragen. Zu Baumanns Theorie ist unabhängig davon, ob dessen Unterscheidung gerechtfertigt ist, zu bemerken, dass die Klauselrichtlinie auf Versicherungen von Großrisiken mit Großkaufleuten mangels Verbrauchervertrages ja schon nicht anwendbar ist.

Ein Vorteil der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung, die nahezu einhellig sowohl Obliegenheiten als auch Risikobegrenzungen der inhaltlichen Kontrolle unterwerfen, ist, dass es für die Frage des Kontrollgegenstandes nicht auf die oft schwierige und streitige Abgrenzung von Risikoausschluss, bzw. –begrenzung zu (verhüllter) Obliegenheit ankommt¹⁴⁵⁰.

bb) Änderungen aufgrund der Klauselrichtlinie?

Nachdem das Umsetzungsgesetz vom 19.7.1996 den § 8 AGBG a.F. unverändert ließ und dieser wiederum unverändert in § 307 III 1 BGB übernommen wurde, wird in der Literatur kontrovers diskutiert, ob Art. 4 II iVm Satz 3 des 19. EG der Klauselrichtlinie einen weite-

¹⁴⁴⁷ Dreher, S.301 – fehlendes Aushandeln allein führt nicht zu Marktversagen, vgl. *I. Teil D II 3.b) und c)*.

¹⁴⁴⁸ Zum einen führt Römer an, der Vertragszweck sei im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen und ergebe sich nicht allein aus den Hauptleistungspflichten, sondern z.B. auch aus Sicherheitsvorschriften, Nebenpflichten des Versicherers oder Obliegenheiten des VN, oder äußeren Umständen wie z.B. Werbung (FS Lorenz, S.466f.), sagt dann aber auf S.468, daß Obliegenheiten ohne Zweifel zu kontrollieren sind.

¹⁴⁴⁹ Dreher, S.306 f. mit Kritik

¹⁴⁵⁰ Dazu Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.478; Rspr.nachw. bei Präve, Rz.383 – z.B.: Klausel in der Reisegepäckversicherung, nach der Versicherungsschutz bei unbeaufsichtigt abgestellten KfZ nur dann vorliegt, wenn sich die Sachen in einem fest umschlossenen und gesicherten Innen- oder Kofferraum befinden, oder die sog. Nachtzeitklausel werden von unterinstanzlichen Gerichten als Risikoausschlüsse kontrolliert, vgl. LG München, NJW 1983, S.1685 (sog. Nachtzeitklausel); LG Paderborn, VersR 1986, S.481 ff., 482; von Lit. und BGH werden die Klauseln dagegen zu Recht als ebenfalls kontrollunterworfenen Obliegenheiten behandelt (Bedeutung für § 6 VVG), BGH, VersR 1979, S.343 ff., 344, weil ein best. Verhalten des VN gefordert wird, von dessen Einhaltung die Leistungspflicht des Versicherers abhängt, Präve, Rz.383.

ren kontrollfreien Bereich bei leistungsbeschreibenden AVB vorgibt¹⁴⁵¹ und ob in diesem Fall eine Änderung der deutschen Rechtspraxis erforderlich ist¹⁴⁵². In der Rechtsprechung ist nach Umsetzung der Klauselrichtlinie in deutsches Recht keine Änderung hinsichtlich des Kontrollumfangs bei Versicherungsbedingungen zu erkennen¹⁴⁵³. So wurden weiterhin im Bestreben einer möglichst umfassenden Kontrolle z.B. folgende Risiko- und Deckungsbeschränkungen auf unangemessene Benachteiligung iSd §§ 307 ff. BGB untersucht: die sog. Schulmedizin Klausel (indirekter Ausschluß, als abgeänderte negative Wissenschaftlichkeitsklausel)¹⁴⁵⁴; eine Deckungsbeschränkung für psychotherapeutische Behandlungen¹⁴⁵⁵ und die Verwandtenklausel¹⁴⁵⁶ in der Krankenversicherung; Klauseln einer Auslandsreise - Krankenversicherung, die das Ausland definieren und die Leistungspflicht für Untersuchung und Behandlung zur Schwangerschaftsüberwachung etc. ausschließen¹⁴⁵⁷ sowie nach wie vor auch Laufzeitregelungen¹⁴⁵⁸. Erstmals mußten die Gerichte nach Deregulierung der Versicherungsaufsicht auch über die Wirksamkeit von AVB einer neuen Versicherungsart, für Verdienstaustausch als Folge unfreiwilliger Arbeitslosigkeit, entscheiden: eine Klausel, die den Begriff der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit einschränkend definierte (indirekter Ausschluss), wurde der inhaltlichen Kontrolle unterworfen¹⁴⁵⁹.

Bei der Rechtsprechung im Versicherungsbereich ist – wie allgemein¹⁴⁶⁰ – zu beobachten, daß eine Auseinandersetzung mit der Klauselrichtlinie, insbesondere mit dem Art. 4 II iVm Satz 3 des 19. EG, vermieden wird¹⁴⁶¹. Dabei hätte die Rechtsprechung bereits nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 31. Dezember 1994 – also noch eineinhalb Jahre vor Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes vom 19.7.1996 am 25.7.1996 – für alle Verträge, die ab dem 1.1.1995 abgeschlossen wurden¹⁴⁶², die Bestimmungen der Klauselrichtlinie im Wege richtlinienkonformer Auslegung des AGBG a.F. berücksichtigen müssen. In vielen Entscheidungen wird der Art. 4 II der Klauselrichtlinie überhaupt nicht erwähnt¹⁴⁶³. Aber auch wenn eine Bezugnahme auf die Richtlinie vorhanden ist, setzen sich der BGH und unterinstanzliche Gerichte nicht im Einzelnen mit deren Bestimmungen und den Auswirkungen

¹⁴⁵¹ So z.B. Schmidt-Salzer, *VersR* 1995, S.1261 ff., 1266 („sensationale Positionsverbesserung“ der Versicherungswirtschaft*); Fausten, *VersR* 1999, S.413 ff., Langheid, *NVersZ* 2000, S.63 ff.; Hoffmann, S.278; aA z.B. Sieg, *VersR* 1993, S.1305 ff., 1308; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.46 f. – weitere Nachw. und ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten, vgl. unter 2. Teil C III

¹⁴⁵² Dazu ausf. unten unter 2. Teil C IV m. Nachw.

¹⁴⁵³ BGH, *NVersZ* 1999, S.360 ff.; BGH, *NVersZ* 2001, S.308 ff., 310; BGH, *NVersZ* 2001, S.121 ff. u. S.266 ff.

¹⁴⁵⁴ OLG Frankfurt, *VersR* 2001, S.848 f.; OLG Hamburg, *VersR* 2001, S.849 ff.; OLG Köln, *VersR* 2001, S.851 f.

¹⁴⁵⁵ BGH, *VersR* 1999, S.745 ff. (entgegen Vorinstanz); LG München, *NVersZ* 2001, S.267 ff., 268.

¹⁴⁵⁶ BGH, *NVersZ* 2001, S.266.

¹⁴⁵⁷ BGH, *NVersZ* 2001, S.121 ff.122; z.T. entgegen OLG München, *NVersZ* 2000, S.74 ff., 76.

¹⁴⁵⁸ BGH, *NJW* 1997, S.1849, wiederum unter Verweis auf BGH, *NJW* 1994, S.2693 ff.: entgegen der Vorinstanz wird eine Laufzeit von 5 Jahren in einer Rechtsschutzversicherung für wirksam gehalten.

¹⁴⁵⁹ BGH, *VersR* 1999, S.710 ff. = *NVersZ* 1999, S.360 ff.; zust. Basedow, *NVersZ* 1999, S.349 ff.; Kieninger, *VersR* 1998, S.1071 ff., 1073 f.; dies. *VersR* 1999, S.951; so auch die I. Instanz, LG Hamburg, *VuR* 1997, S.167 ff.; zust. Schwintowski, *VuR* 1997, S.175; das OLG Hamburg, *VersR* 1998, S.627 ff., 628 hatte die Definition des unbestimmten Begriffes „unfreiwillige Arbeitslosigkeit“ dagegen als bloße Leistungsbeschreibung nach § 8 AGBG a.F. für kontrollfrei erklärt, mit dem Hinweis, daß die Klausel lediglich den Kern des Vertrages, d.h. das Hauptleistungsversprechen konstituiert; zust. Fausten, *VersR* 1999, S.413 ff., 416; aA Kieninger, *VersR* 1998, S.1071 ff., 1973 und Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 282 f.; weitere Kritik, allerdings bezügl. einer anderen, die Vertretungsmacht nach § 43 VVG einschränkende Klausel vgl. Reiff, *VersR* 1998, S.976 f.

¹⁴⁶⁰ 2. Teil B III 3.a)bb).

¹⁴⁶¹ Ausn. z.B. BGH, *VersR* 1998, S.877 ff. (zu Art. III, T-Gebot aus Art. 4 II und Art. 5 sowie Art. 7).

¹⁴⁶² Art. 10 I Satz 3 Klauselrichtlinie

¹⁴⁶³ Z.B. OLG Hamburg, *VersR* 1998, S.627 f.; OLG Nürnberg, *VersR* 2000, S.713 ff.; OLG München, *NVersZ* 2000, S.74 ff.; OLG Frankfurt, *VersR* 2001, S.848 f.; OLG Hamburg, *VersR* 2001, S.849 ff.; OLG Köln, *VersR* 2001, S.851 f.; BGH, *NVersZ* 2001, S.266 ff.; BGH, *NVersZ* 2001, S.308 ff. und S.313 ff.

auf deutsches Recht auseinander¹⁴⁶⁴. Teilweise wird lediglich knapp und kommentarlos ein Schluß aus einer Richtlinienbestimmung gezogen¹⁴⁶⁵; teilweise wird festgestellt, daß es auf die Auslegung des Art. 4 II im Streitfall nicht ankomme¹⁴⁶⁶.

cc) Bestimmung des kontrollfreien Kernbereiches

Ausgehend von der BGH-Abgrenzung nach *essentialia negotii* ist strittig, was genau – neben unstreitiger Preishöhe und Bestimmung der Vertragsparteien – dazu zu zählen ist. Teilweise werden nur die schlagwortartigen Produktbezeichnungen des Versicherungstyps, wie sie in der Anlage des dt.VAG enthalten sind, als *essentialia* bezeichnet¹⁴⁶⁷. Teilweise wird der Bereich des Leistungskerns weiter gefaßt¹⁴⁶⁸, bis hin zu der Ansicht, nach der primäre „und ein großer Teil der sekundären“ Risikobeschreibungen als *Essentialia* zu zählen sind¹⁴⁶⁹. Abgesehen von der abstrakten Definition des kontrollfreien Bereiches gibt es kaum Anhaltspunkte in der Rechtsprechung, welche Klauseln in Versicherungsbedingungen kontrollfrei sind¹⁴⁷⁰. Seit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1993¹⁴⁷¹ hat der BGH keine streitgegenständliche AVB-Klausel nach § 8 AGBG a.F. für kontrollfrei erklärt. Die „Suche nach dem kontrollfreien Bereich“ wird auch dadurch erschwert, daß insbesondere vor der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1993 die Tendenz der Rechtsprechung zu beobachten war, nicht sauber zwischen den beiden Stufen der Kontrollunterworfenheit gemäß § 8 AGBG a.F. und der eigentlichen Inhaltskontrolle nach § 9 ff. AGBG a.F. zu unterscheiden¹⁴⁷². Es wurde im Ergebnis das kontrolliert, was für unangemessen iSd § 9 gehalten wurde¹⁴⁷³; teilweise, ohne den § 8 AGBG a.F. zu problematisieren oder überhaupt zu erwähnen¹⁴⁷⁴.

aaa) Schon vor der Grundsatzentscheidung 1993 deutete der BGH aber an, daß es grundsätzlich auch einen kontrollfreien Bereich und damit Schranken der Inhaltskontrolle gibt. Deutlich wird dies beispielsweise in einer Entscheidung¹⁴⁷⁵, die sich im wesentlichen mit

¹⁴⁶⁴ Kritisch zu dieser Praxis Basedow, NVersZ 1999, S.349; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65.

¹⁴⁶⁵ Z.B. OLG München, NVersZ 2000, S.74 ff., 76 (Art. 4 II: Transparenz Voraussetzung der Kontrollfreiheit); BGH, NVersZ 2001, S.121 ff., 122 (bzgl. Art. 4 II sei jedenfalls die dt. Auslegung nach Art. 8 RL zulässig), S.123 (auf die Einhaltung des T-gebotes nach Art. 4 II komme es nicht an, weil schon kein Hauptgegenstand gegeben sei); OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 367 (u.a. T-Gebot nach Art. 1 II auf deklar. Klauseln unanwendbar).

¹⁴⁶⁶ BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 361 (hält dem Berufungsgericht nur vor, daß wg. Art. 4 II auch Leistungsbeschreibungen iSd § 8 AGBG das Transparenzgebot zu prüfen sind, S.360); zust. Kieninger, VersR 1999, S.951.

¹⁴⁶⁷ Flick, S.104, 108

¹⁴⁶⁸ Vgl. Dreher, S.156, 164 ff., 265, 305.

¹⁴⁶⁹ Sieg, VersR 1977, S.489 ff., 491 (Obliegenheiten als kontrollunterworfen Akzidentalia)

¹⁴⁷⁰ Wohl auch aus diesem Grund gibt es viele divergierende Entscheidungen, vgl. Choi, S.87 ff.

¹⁴⁷¹ BGH, VersR 1993, S.830 f., 831. = NJW-RR 1993, S.1049.

¹⁴⁷² Dazu ausf. oben unter 2. Teil B III 3.a) aa) ccc) m. Nachw.; so z.B. in der Formulierung des OLG Bremen, VersR 1985, S.257: „Die Beschränkung der Leistungsdauer bei psychischen Erkrankungen stellt keine unangemessene Benachteiligung iSd § 9 AGBG dar. Eine solche Beschränkung weicht weder von einer gesetzlichen Regelung ab, noch ergänzt sie eine solche. Es handelt sich vielmehr um eine Leistungsbegrenzung, die noch zur Abgrenzung des versicherten Risikos dient und damit wesentlicher Bestandteil der Leistungsbeschreibung ist.“ – hier wird nur auf § 9 AGBG Bezug genommen, aber inhaltlich der § 8 erörtert; unklar z.B. auch BGH, NJW-RR 1987, S.605 ff., 607; BGH, VersR 1990, S.970 ff.

¹⁴⁷³ Vgl. Hübner, Rz.498; ders. in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 58/59; ähnlich Schirmer in Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 85; Kritik auch bei Dreher, S.302 ff. – die Rspr. stellt darauf ab, ob die fragliche Klausel für den Kunden gerade diejenigen Gefahren birgt, die das AGBG abwenden will, z.B. BGHZ 63, S.51 ff., 60; OLG Karlsruhe VersR 1997, S.1001 ff.; OLG Frankfurt, VersR 1980, S.1165 f.

¹⁴⁷⁴ Vgl. Untersuchung von Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 451 ff. und S.458 ff. m. Rspr. nachw.; in BGH, VersR 1991, S.175 ff., 176 (Kontrollfähigkeit schon wegen Abweichung von einer Rechtsvorschrift bejaht, ohne auf die Problematik der Leistungsbeschreibungen einzugehen), so auch BGH, NVersZ 2001, S.308 ff.

¹⁴⁷⁵ BGH, VersR 1993, S.297 ff. = NJW-RR 1993, S.407 f.

der Auslegung von Klauseln einer Krankentagegeldversicherung „gegen Verdienstaussfall als Folge von Krankheiten und Unfällen, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird“ (§ 1 I der MBKT 78), befaßte. Hier führte daß Gericht an, daß die Entscheidung für eine Beschränkung des Versicherungsschutzes auf vollständige, uneingeschränkte Arbeitsunfähigkeit statt auf vorübergehende Einschränkung in den Fähigkeiten, den bisherigen Beruf auszuüben, zu den grundsätzlich kontrollfreien Leistungsbeschreibungen nach § 8 AGBG a.F. gehöre¹⁴⁷⁶. Es ist aber nicht zweifelsfrei zu entnehmen, was genau zu der kontrollfreien Leistungsbeschreibung gehört, ob nur die allgemeinste Umschreibung des Versicherungsfalles bzw. des versicherten Risikos in § 1 I MBKT oder auch die nähere Definition des Begriffes „Arbeitsunfähigkeit“ in § 1 III MBKT¹⁴⁷⁷. Da sich der betreffende Absatz der Urteilsbegründung nur mit der Beschränkung des Versicherungsfalles auf Arbeitsunfähigkeit statt Einschränkung der Arbeitsfähigkeit befaßt, ist erstere Bedeutung naheliegender, die auch mit der sonstigen Rechtsprechungspraxis einer umfassenden Kontrolle von Risikoausschlüssen übereinstimmen würde.

Dies verkennt das OLG Hamburg, wenn es sich hinsichtlich seiner Entscheidung, daß die einschränkende Definition der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit in § 3 der Arbeitslosigkeitsversicherung¹⁴⁷⁸ als „Legaldefinition des zuvor allgemein verwandten Begriffes“ kontrollfrei sei, auf die o.g. BGH-Entscheidung beruft¹⁴⁷⁹. Gegen die Berufung auf die BGH-Entscheidung sprach außerdem, daß der BGH nur von „grundsätzlich“ kontrollfreien Leistungsbeschreibungen sprach. Zudem wäre auch eine Entscheidung mit Bezug auf § 1 III MBKT durch die spätere Grundsatzentscheidung mit der Abgrenzung nach essentialia negotii auch bei Versicherungsbedingungen überholt¹⁴⁸⁰. Spätestens mit dem Revisionsurteil bezüglich der Arbeitslosigkeitsversicherung¹⁴⁸¹ hat der BGH dann auch klargemacht, daß zum einen positiv formulierte Klauseln eine kontrollfähige Leistungseinschränkung (indirekter Ausschluß) bedeuten können¹⁴⁸² und zum anderen, daß auch die Definitionen von unbestimmten Begriffen (unfreiwillige Arbeitslosigkeit) der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos bzw. des Versicherungsfalles (Versicherung wegen Verdienstaussfall bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit) in § 1 der AVB zu Beginn der Versicherungsbedingungen Gegenstand der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG a.F. sind¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁶ BGH, VersR 1993, S.297 ff., 298: „Daß die Versicherer mit den MBKT 78 nicht auch Versicherungsschutz aussprechen gegen Verdienstaussfall, der als Folge bloßer Einschränkungen vorübergehender Natur in der Fähigkeit eintritt, den bisherigen Beruf auszuüben, muß hingenommen werden, da ihr Leistungsversprechen grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle unterliegt (§ 8 AGBG):“

¹⁴⁷⁷ Dafür MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.137.

¹⁴⁷⁸ § 3 Nr.1PVA 96: „Unfreiwillige Arbeitslosigkeit im Sinne dieser Bedingungen liegt vor, wenn der Arbeitgeber das bestehende Arbeitsverhältnis aus Gründen, die nicht in der Person des Versicherungsnehmers liegen, wirksam gekündigt hat.“

¹⁴⁷⁹ VersR 1998, S.627 ff.,628; zust.Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 416; aA Kieninger, VersR 1998, S.1071ff., 1973; Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 282 f – indem das Gericht sagt, daß die Definition der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit sowohl hinsichtlich ihrer Wirkung als auch hinsichtlich der systematischen Stellung dem BGH-Fall vergleichbar sei, geht es offenbar davon aus, daß der BGH auch die nähere Definition der Arbeitsunfähigkeit für kontrollfrei hält (bezieht sich auch selbst auf § 1 III der MBTK).

¹⁴⁸⁰ So auch die Kritik von Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1073.

¹⁴⁸¹ BGH, NVersZ 1999, S.360 ff.=VersR 1999, S.710 ff.; zust. Basedow, NVersZ 1999, S.349 ff.

¹⁴⁸² Zust. Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1073 f.; dies. VersR 1999, S.951.

¹⁴⁸³ Die Definition des Begriffes der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit gehe jedenfalls über den wesentlichen Vertragsinhalt hinaus, der bereits durch die allgemeinste Umschreibung in § 1 der AVB gegeben sei, BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 361 unter Punkt 2 b); iE.auch 1.Instanz LG Hamburg, VuR 1997, S.167 ff.; zust.Schwintowski, VuR 1997, S.175 - aA OLG München, NVersZ 2000, S.74 ff., 75 und 76 für die Definition des Versicherungsfalles einer Auslands-Krankenversicherung.

Nur selten äußert sich der BGH im Hinblick auf den kontrollfreien Bereich¹⁴⁸⁴. Aus der Begründung eines Urteils zu einer kapitalbildenden Lebensversicherung ist z.B. zu entnehmen, daß die jeweilige Versicherungssumme neben dem monatlichen Beitrag des VN zu den kontrollfreien Hauptleistungen gezählt wird¹⁴⁸⁵. Bezüglich der Krankheitskostenversicherung sprach der BGH im Hinblick auf § 1 I a MBKK von dem „gegebenen Hauptleistungsversprechen“¹⁴⁸⁶. Ähnliche Tendenzen sind auch in einem weiteren Urteil bezüglich der sog. Verwandtenklausel erkennbar. Das Gericht spricht von dem „in § 1 MB/KK 76 enthaltenen Hauptleistungsversprechen“, das durch die streitgegenständliche Klausel eingeschränkt werde,¹⁴⁸⁷. Bei beiden Entscheidungen ist nicht ganz eindeutig, ob sich der BGH insoweit auf einen kontrollfreien Bereich der allgemeinsten Umschreibung des Versicherungsfalles festlegen wollte oder nur die streitgegenständlichen Klauseln als kontrollunterschied abgrenzen wollte.

Meist wird die Frage, welche Bestimmungen genau kontrollfrei sind, vom BGH entweder gar nicht erwähnt¹⁴⁸⁸ oder ausdrücklich mit der Begründung offengelassen, daß jedenfalls die streitgegenständliche Klausel Gegenstand der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG a.F. sei¹⁴⁸⁹. Damit läßt sich der BGH eine Hintertür offen, selbst aus der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos als Teil der allgemeinsten Beschreibung der Leistung des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles (Geldleistung für den Fall einer Risikoverwirklichung)¹⁴⁹⁰ noch Bereiche für kontrollfähig zu erklären. So bleibt z.B. in Bezug auf die allgemeinste Umschreibung in §1 der Arbeitslosenversicherung¹⁴⁹¹ ungeklärt, ob nur die monatliche Leistung oder auch andere Merkmale wie z.B. die Unfreiwilligkeit kontrollfrei sind¹⁴⁹².

bbb) Aus alledem läßt sich schließen, daß nach dem BGH allenfalls die schlagwortartige Bezeichnung der Versicherungsart und die allgemeinste Umschreibung der versicherten

¹⁴⁸⁴ Z.B. BGH, NJW 1999, S.3358 ff., 3359 (bestimmt den kontrollfreien „Kern der Leistungsbeschreibungen“ mit § 37 I a iVm 40 II a der Satzung der Zusatzversorgungsanstalt des Bundes und der Länder).

¹⁴⁸⁵ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310

¹⁴⁸⁶ „Bereits damit hat der Beklagte das Hauptleistungsversprechen in der Krankheitskostenversicherung so beschrieben, daß der wesentliche Vertragsinhalt bestimmt werden kann.“ BGH, VersR 1999, S.745 ff., 747 – § 1 a MBKK: Ersatz für Aufwendungen für Heilbehandlung bei Krankheit, Unfall, u.a. im Vertrag gen. Ereignisse.

¹⁴⁸⁷ BGH, NVersZ 2001, S.266 f., unter 2.b) (bzgl. Auslegung): „In der privaten Krankheitskostenversicherung ist Gegenstand der Leistungspflicht der Ersatz von Aufwendungen für die medizinisch notwendige Heilbehandlung (§ 1 I 2 lit. a, II 1 MB/KK 76).“

¹⁴⁸⁸ BGH, VersR 1993, S.830 f.; BGH, VersR 1993, S.957 ff.

¹⁴⁸⁹ Z.B. BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 361; BGH, NVersZ 2001, S.121 ff. ; BGH, VersR 1994, S.549 ff., 550 sagt nur, daß „jedenfalls“ der Kernbereich des § 1 der AVB der Reisekrankenversicherung kontrollfrei sei, ohne klarzustellen, was zu dem Kernbereich gehört – das Gericht prüft zwar, ob die betr. Klausel (Ausschluß des Versicherungsschutzes für Krankheiten und Unfallfolgen, die bereits vor Beginn des Versicherungsschutzes akut behandlungsbedürftig waren), eine Konkretisierung des Leistungsversprechens sei. Der BGH sagt, daß dann die Kontrollfreiheit „geprüft werden müßte“; legt sich hinsichtlich der Kontrollfreiheit aber nicht fest, weil die Klausel jdf. nicht als eine solche Konkretisierung, sondern als Einschr. der Leistungspflicht zu sehen sei.

¹⁴⁹⁰ Dreher, S.164, der zwar Anhänger der vorzugswürdigen Geldleistungstheorie ist, S.89 ff., auch bei der Gefahrtragungstheorie bestehe die Geldleistungspfl. des Versicherers erst nach Eintritt des Versicherungsfalles

¹⁴⁹¹ § 1 PVA 96 Gegenstand der Versicherung: „Die V-AG bietet dem VN während der Wirksamkeit des Vertrages Versicherungsschutz bei Verdienstaustausch als Folge von unfreiwilliger Arbeitslosigkeit. Sie gewährt im Leistungsfall eine zusätzliche monatliche Leistung zum Arbeitslosengeld....“

¹⁴⁹² Offenlassend BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 362 (jedenfalls der streitgegenständliche § 3 Nr.1 sei nicht mehr wesentlicher Vertragsinhalt); nach Schwintowski, VuR 1997, S.175 ist der gesamte §1 der kontrollfreie „Leistungskern“; nach Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1072 ist nur die Entscheidung des Versicherers, eine private Arbeitslosenversicherung als betragsmäßige Ergänzung zum staatlichen Arbeitslosengeld und nicht als Ersatz anzubieten als Vertragszweckbestimmung kontrollfrei.

Gefahr bzw. des Versicherungsfalles - regelmäßig (zumindest als Teil) in § 1 der AVB festgelegt - als essentialia negotii kontrollfrei sein können. Die unterinstanzlichen Gerichte werden bezüglich des kontrollfreien Bereiches häufig deutlicher und erklären teilweise ausdrücklich diese allgemeinste Umschreibung des Versicherungsfalles (idR § 1 der AVB) für kontrollfrei¹⁴⁹³. Soweit die unteren Instanzen den kontrollfreien Bereich weiter empfunden haben als die allgemeinste Umschreibung des Versicherungsfalles, wurden die Urteile durch den BGH im Revisionsverfahren wieder aufgehoben¹⁴⁹⁴. Bezüglich der Krankenversicherung wird – ähnlich wie bei den o.g.Tendenzen des BGH - der § 1 Nr.1 und 2 der AVB zu dem Hauptleistungsversprechen gezählt: nach § 1 Nr.1 bietet der Versicherer „Versicherungsschutz für Krankheiten, Unfälle und andere im Vertrag genannte Ereignisse“ und gewährt im Versicherungsfall Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung; nach Nr.2 wird der Versicherungsfall als medizinisch notwendige Heilbehandlung der versicherten Person wegen Krankheit und Unfallfolgen definiert. Nur teilweise wird hinsichtlich der Regelung in Nr.2 „ein Hintertürchen offengelassen“; diesen Bereich als kontrollfähig zu bezeichnen¹⁴⁹⁵. Nach der Rechtsprechung des BGH müssten in dem Beispiel der Krankenversicherung jedenfalls die Definitionen der unbestimmten Begriffe der allgemeinsten Umschreibung, nämlich die Definition von Krankheit Unfall und Heilbehandlung, wieder der Inhaltskontrolle unterfallen¹⁴⁹⁶.

Als Festigung der o.g.Richtung läßt sich anführen, daß sich jedenfalls bisher in der deutschen Rechtsprechung kein Fall findet, bei dem die schlagwortartige Produktbezeichnung (z.B.Arbeitslosigkeitsversicherung, Krankentagegeldversicherung; Krankheitskostenversicherung) oder die allgemeinste Beschreibung der Leistungspflicht des Versicherers im Versicherungsfall idR zu Beginn der AVB, d.h. die allgemeinste Umschreibung des versicherten Gegenstandes/der versicherten Person, der Art der Geldleistung und der versicherten Gefahr bzw. des versicherten Risikos (z.B.monatliche Leistung für Verdienstausfall infolge unfreiwilliger Arbeitslosigkeit; Krankentagegeld bei Verdienstausfall bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall; Kostenübernahme bzw. Aufwendungsersatz für notwendige Heilbehandlung wegen Krankheiten und Unfall) kontrolliert wird. Trotz der

¹⁴⁹³ Z.B. OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080 ff., 1081 bezogen auf § 1 MBKK 76: „Als solche (kontrollfreie Beschreibung der Hauptleistung) kann man nur die in § 1 Nr.2 AVB aufgeführten sogenannten Versicherungsfälle ansehen“; ebenfalls für Krankenversicherung LG München, NVersZ 2001, S.267 ff., 268: „Im vorliegenden Fall besteht das Hauptleistungsversprechen...im Leistungsversprechen gem. § 1 ...“ der AVB; und OLG Hamburg, VersR 2001, S.849 (Hauptleistungsversprechen in § 1 Nr.1 und 2).

¹⁴⁹⁴ Abgesehen von dem Bsp. der Definition der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit: Vorinstanz zu BGH, VersR 1990, S.970 ff. (hinsichtlich der Definition des Begriffes der Nottötung in der Tierlebensversicherung, die eine Tier gegen die Risiken von Tod und Nottötung infolge Krankheit und Unfalls versicherte); OLG München, NVersZ 2000, S.74 ff., 76 (erklärte § 5 I g in einer Krankenversicherung, nach der unter der Überschrift „Einschränkung der Leistungspflicht“ die Untersuchung und Behandlung zur Schwangerschaftsüberwachung etc., keine Leistungspflicht besteht, als Klarstellung der grundsätzlichen Leistungsbeschreibung in § 1 II für kontrollfrei, weil eine Schwangerschaft schon nach der Definition des Versicherungsfalles keine Krankheit sei)- aA BGH, NVersZ 2001, S.121 ff. (stelle sich für den durchschnittlichen VN als Einschränkung der Leistungspflicht dar).

¹⁴⁹⁵ Nach OLG München, NVersZ 2000, S.74 ff., 75 werde der wesentliche Vertragsinhalt der Auslands-Krankenversicherung durch § 1 II der AVB, „allenfalls zusätzlich“ durch § 1 III beschrieben - § 1 II: „Der Versicherer bietet Versicherungsschutz für Krankheiten, Unfälle und andere im Vertrag genannten Ereignisse. Bei einem im Ausland unvorhergesehen eintretenden Versicherungsfall ersetzt er dort entstehende Aufwendungen für Heilbehandlung und erbringt sonst vereinbarte Leistungen; III Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen...“.

¹⁴⁹⁶ Unklar bleibt, ob auch schon „medizinisch notwendige“ (Heilbehandlung) kontrollfrei ist; BGH, VersR 1999, S.745 ff., 747 (wenn überhaupt eher dafür); BGH, NVersZ 2001, S.266 f., unter 2.b) eher dagegen; offenl. OLG, NVersZ 2000, S.74 ff., 75; jedenfalls wird die einschränkende Definition der ersatzfähigen Psychotherapie in § 1 II Nr.2 b) der MBKK 76 (u.a.nur wenn medizinisch notwendig wegen Krankheit) kontrolliert, BGH, VersR 1991, S.911 f.912, allerdings ohne den § 8 zu erwähnen, oder die Kontrollfähigkeit zu problematisieren.

Tatsache, daß sich der BGH noch nicht festgelegt hat, kann daher davon ausgegangen werden, daß es sich hierbei um den kontrollfreien Bereich der essentialia handelt. Ein so enger kontrollfreier Bereich entspricht auch der Tendenz der hL¹⁴⁹⁷.

ccc) Soweit allerdings die Abgrenzung ausschließlich auf die Formel reduziert wird, daß alles, was als Schutzzweck Maßstab der Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB ist, nicht auch selbst Gegenstand der Inhaltskontrolle sein kann und daher kontrollfrei ist, besteht trotz der richtigen Kernaussage¹⁴⁹⁸ die Gefahr, daß zwischen den beiden unterschiedlichen Prüfungsstufen § 307 III 1 und 307 I,II, 308 f.BGB keine klare Trennung mehr vorgenommen wird. Da für die Inhaltskontrolle von Risikobeschreibungen und Obliegenheiten nur wenige gesetzliche Vorschriften als Kontrollmaßstab iSd § 307 II Nr.2 BGB vorhanden sind¹⁴⁹⁹, ist Maßstab der Inhaltskontrolle idR nach § 307 II Nr.2 BGB der Vertragszweck¹⁵⁰⁰, der nicht durch Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten gefährdet werden darf („Aushöhlungsverbot“)¹⁵⁰¹. Bei der Prüfung, ob eine Vertragszweckgefährdung vorliegt, wird auf Abweichungen von den nach Treu und Glauben berechtigten Deckungserwartungen des VN abgestellt¹⁵⁰², die sich wiederum neben der Werbung und gesetzlichen Leitbildern (soweit vorhanden)¹⁵⁰³ u.a. auch auf die schlagwortartigen Bezeichnung des Versicherungstyps begründen¹⁵⁰⁴. In der Rechtsprechungspraxis ist die allgemeinste Umschreibung des Versicherungsfalles in den AVB daher häufig gleichzeitig der kontrollfreie Bereich nach § 307 III 1 BGB (§8 AGBG a.F.) und als Vertragszweckbestimmung Maßstab der Inhaltskontrolle¹⁵⁰⁵. Da die Abweichung von Rechtsvorschriften (einschließlich berechtigter Erwartungen¹⁵⁰⁶) bereits Voraussetzung für §307 III 1 BGB ist, wird für eine Unwirksamkeit nach § 307 I,II BGB eine gewisse Erheblichkeit, d.h. eine den VN besonders belastende und nicht zu rechtfertigende Abweichung gefordert¹⁵⁰⁷.

Die Vermischungsgefahr ist der Formulierung des § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) und der darauf beruhenden formalen Abgrenzung nach einer Abweichung von einer Rechtsvorschrift schon immanent. Gleiches gilt aber für eine Abgrenzung nach Abweichung von der

¹⁴⁹⁷ Zu den Formulierungen *oben unter C II 2.a) aa) aaa* ; insb. Dreher, S.271ff. (Ausn.S.168) mit Bsp. der Unfallversicherungs-AVB (versicherte Gefahr in § 1 inklusive leistungsbegründender Unfallfolgen); für die Kontrollfreiheit des § 1 AUB auch Schimikowski, Rz.402; auch Choi, S.204 m.w.Bsp. formuliert für kontrollfreie Klauseln: kontrollfrei ist die Frage, „was wogegen versichert ist“, ähnlich Schwintowski, VuR 1997, S.167 ff., 175; kontrollfrei ist nur die vertragliche Regelung der Frage, „ob überhaupt etwas versichert ist“ (§ 1 der Arbeitslosenversicherung falle als „Leistungskern“ darunter); Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 416.

¹⁴⁹⁸ Richtig ist z.B., daß der Vertragstyp und -zweck als privatautonome Entscheidung nicht inhaltlich kontrolliert werden können, sondern Prüfungsmaßstab sind.

¹⁴⁹⁹ Hübner, Rz.531; Hoffmann, S.293, Schirmer in Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 93 und 98 ff.

¹⁵⁰⁰ Häufig wird auch eine Inhaltskontrolle nach § 9 I AGBG a.F. durchgeführt, vgl. Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 102; z.B. BGH, NJW 1994, S.2693 ff., 2694f.; BGH, NJW 1997, S.1849 ff., 1850 f.

¹⁵⁰¹ Z.B. BGH, VersR 1991, S.175 ff., 176; OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080 ff., 1082; BGH, VersR 1994, S.549 ff., 551; BGH, NVersZ 2001, S.266 f., 267

¹⁵⁰² Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz. 465; Soegel/Stein, § 8 AGBG, Rz.6ff.; z.B. BGH, VersR 1993, S.957ff.959.; OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080ff., 1082.

¹⁵⁰³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG, Rz.855; z.B. OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080ff., 1082 bemüht die „Leitbildfunktion“ des Standards der gesetzlichen Krankenversicherung.

¹⁵⁰⁴ Martin, VersR 1984, S.1107 ff., 1110 f.

¹⁵⁰⁵ Z.B. bei OLG Stuttgart, VersR 1992, S.1080 ff., S.1081 (Kontrollfähigkeit) und S.1082 (Maßstab); BGH, VersR 1993, S.957 ff., 958 (Kontrollfähigkeit) und 959 (§ 1 der AVB als Vertragszweck); OLG Hamburg, VersR 2001, S.849 (Kontrollfähigkeit) und S.850 (§ 1 als Vertragszweck)

¹⁵⁰⁶ Dazu bereits oben *unter 2. Teil B III 3.a) aa) aaa) -ccc*).

¹⁵⁰⁷ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 102; BGH, NVersZ 2001, S.266 ff., 267

vertraglichen Bestimmung des Versicherungsfalles (regelmäßig in § 1 der AVB)¹⁵⁰⁸. Wie schnell diese Wechselwirkung von § 307 III 1 BGB und §§ 307 I, 308, 309 BGB (§ 8 und § 9 ff AGBG a.F.)¹⁵⁰⁹ zu einer Überschneidung der Prüfungsstufen führen kann, zeigen schon die o.g. Beispiele der Rechtsprechung sowie zahlreiche Formulierungen in der Literatur, nach denen die Vertragszweckgefährdung einer Klausel bzw. die Abweichung von den nach Treu und Glauben berechtigten Deckungserwartungen des VN das entscheidende oder einzige Kriterium der Kontrollfähigkeit sind oder der kontrollfreie Bereich mit dem Vertragszweck gleichgesetzt wird¹⁵¹⁰. Neben der Problematik, daß der Maßstab des Aushöhlungsargumentes in § 307 II Nr. 2 BGB zum Schutz des Kunden gerade weit ausgelegt wird¹⁵¹¹, werden dadurch die Grenzen der Prüfungsstufen der Kontrollunterworfenheit, des Kontrollmaßstabes und des Kontrollergebnisses verwischt¹⁵¹², denn insbesondere Treu und Glauben ist gerade ein Tatbestandsmerkmal des § 307 I BGB. Die Vertragszweckgefährdung bzw. die berechtigten Deckungserwartungen als Maßstab der Inhaltskontrolle iSd § 307 II Nr. 2 BGB muß vielmehr von der vorrangigen Frage der Kontrollfähigkeit nach § 307 III 1 BGB getrennt werden¹⁵¹³. Die berechtigten Deckungserwartungen werden auch zu sehr von dem bestehenden gesetzlichen Leitbild abhängig gemacht¹⁵¹⁴, wo durch Produktinnovationen gehemmt werden können, weil die gesetzlichen Leitbilder zu statisch sind. Produktinnovationen und verstärkter Wettbewerb sollen aber gerade durch die Deregulierung gefördert werden, so daß eine solche Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches kontraproduktiv wäre. Dies gilt auch für ein Abstellen auf Abweichung von bestehenden standardisierten AVB¹⁵¹⁵, zumal diese AVB bereits mißbräuchlich sein können.

dd) Zusammenfassung

Für den kontrollfreien „Kernbereich“ bzw. die kontrollfreie „bloße Leistungsbeschreibung“ als essentialia bleibt nach der Rechtsprechung nur die allgemeinste Festlegung der

¹⁵⁰⁸ So z.B. BGH, NVersZ 2001, S.266; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.37: „Der Schutzzweck. ..und .§ 8 (a.F.) gebieten es, den kontrollierbaren Bereich auf alle risikoabgrenzenden Regelungen zu erstrecken, die eine sonst aus einer besonderen Gesetzesvorschrift oder – bei deren Fehlen – aus Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entnehmende Modifizierung des Leistungsversprechens des Versicherers in seiner allgemeinsten, noch dem Bestimmtheiterfordernis genügenden Form enthalten.“; vgl.auch Rz.27 („Verkürzung oder Modifikation der vollwertigen Leistung“) – die vollwertige Leistung ist bei der Bestimmung des Kontrollbereiches gerade streitig

¹⁵⁰⁹ Vgl. zu der „Wechselwirkung“ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 98; ders. FS Lorenz, S.449 ff., 465, 468 f.

¹⁵¹⁰ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.37: Kontrollfähigkeit, wenn sie „Risiken ausscheiden, die nach Gesetz oder Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in den Deckungsumfang der Versicherung fallen können und die vollwertige Leistung, die der VN nach Gegenstand und Zweck des Vertrages zu erwarten berechtigt ist, modifizieren oder einschränken.“; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I 6 C a, Rz.46 („Bestimmungen, die einer Angemessenheitskontrolle zugänglich sind, unterliegen dieser Kontrolle“) und Rz. 47; auch Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 465,468 prüft im Ergebnis alle Klauseln, die unwirksam sein könnten, weil sie den Vertragszweck gefährden, vgl.Bsp. S.470 (stimmt ausdrücklich der Praxis der Instanzgerichte zu, die eine Klausel nur dann prüfen, wenn es möglich scheint, daß diese zu mißbilligen ist, S.471); ähnliche Form. bei Brandner, FS Hauß, S.1 ff., 8; nach Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1072 ist der kontrollfreie Raum „identisch mit der Vertragszweckbestimmung nach § 9 II Nr.2 AGBG“; Präve, Rz.352 und Rz.367; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.11 und Rz.12; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464 f.

¹⁵¹¹ Vgl.oben unter 2.Teil B III 1b)

¹⁵¹² So auch Schönemann, VersR 2000, S.144 ff., 145; Dreher, S.303 f.; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C b), Rz.62: „Will man die ‚Sollbeschaffenheit‘ nicht schon mit dem kontrollfreien Kernbereich identifizieren,“.

¹⁵¹³ So sogar Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.37, der selbst die Kontrollfähigkeit danach abgrenzt, ob die Klauseln die nach Gegenstand und Zweck zu erwartende Deckung modifizieren und einschränken – ähnlich auch bei Anh. §§ 9-11, Rz.855.

¹⁵¹⁴ Auch Choi stellt für die Feststellung der Verkehrsauffassung auf Gesetz ab (außerdem Werbemaßnahmen, Vertragsbezeichnungen, Standardisierung der AVB, oder historische Entwicklung der Versicherungsarten), S.161 ff., 219 ff., 259f. - wobei fingiert wird, daß der durchschnittliche Verbraucher diese Regelungen kennt.

¹⁵¹⁵ So Choi, S.172 ff., 283 f. (Muster-AVB der Verbände), vgl.auch S.255 (frühere AVB)

Hauptleistung des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles (Geldleistung für den Fall der Risikoverwirklichung) übrig – also der versicherte Gegenstand/versicherte Person, bei der Schadensversicherung das versicherte Interesse und der Versicherungswert (in der Aktivenversicherung), die allgemeinste Bestimmung der Geldleistung (bei Summenversicherungen, z.B. Lebensversicherungen, auch die Festlegung der Versicherungssumme¹⁵¹⁶), die schlagwortartige Bezeichnung des Versicherungstyps und die allgemeinste Umschreibung der versicherten Gefahr bzw. des versicherten Risikos zu Beginn des Vertrages sowie die Prämienhöhe¹⁵¹⁷. Schon die konkretisierenden Definitionen von unbestimmten Begriffen der allgemeinsten Umschreibung des Versicherungsfalles¹⁵¹⁸ sind demgegenüber kontrolluntersworfen. Der „sensible Bereich“ der Produktbeschreibung, nämlich Obliegenheiten, Risiko- und Deckungsbeschränkungen (direkter und indirekter Art), unterliegt also der inhaltlichen Kontrolle. Dasselbe gilt für die Vertragsdauer, also für Laufzeitregelungen¹⁵¹⁹. Anders als Teile der Literatur sieht der BGH in der Klauselrichtlinie keinen Anlaß zur Änderung seiner Rechtsprechung. Die Gerichte setzen sich aber auch gar nicht erst ausführlich mit der Auslegung von Art. 4 II auseinander.

b) Österreich

Versicherungsverträge unterliegen der allgemeinen Inhaltskontrolle gemäß § 879 III ABGB und nach dem KSchG. Da sich die Inhaltskontrolle danach nicht auf „Hauptleistungen“ des Vertrages erstreckt, stellt sich auch in Österreich die Frage, inwieweit leistungsbeschreibende Klauseln, insbesondere solche, die das versicherte Risiko betreffen, der inhaltlichen Kontrolle unterliegen¹⁵²⁰. Die österreichische Diskussion ist bei diesem Abgrenzungsproblem sehr stark von der deutschen Diskussion beeinflusst worden¹⁵²¹. Auch in Österreich wird in formeller Hinsicht¹⁵²² zwischen primären, sekundären und tertiären Risikobegrenzungen unterschieden, was besonders für die Frage der Beweislast erheblich ist¹⁵²³. Bei der Analyse, welches Verständnis in Österreich hinsichtlich eines kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsverträgen bestand, sind zunächst keine Rückschlüsse aus der Rechtsprechung¹⁵²⁴ zu Versicherungsverträgen im Rahmen der Einbeziehungskontrolle nach § 864a ABGB (vergleichbar mit § 305 c I BGB)¹⁵²⁵ möglich. Zwar können nach § 864a nur „nachteilige“ ungewöhnliche Klauseln unwirksam sein, so daß auch inhaltliche Aspekte geprüft werden. Jedoch ist generell eine Einbeziehungskontrolle, selbst als verdeckte Inhaltskontrolle, nicht mit der allgemeinen, offenen Inhaltskontrolle vergleich-

¹⁵¹⁶ Zust. Präve, NVersZ 2001, S.5 ff., 7, soweit nicht konkrete gesetzliche Vorgaben bestehen, wie z.B. bei der Kfz-Haftpflichtvers. (§ 4 II PflVG)– uU Individualvereinbarung, Dreher, S.272, Flick, S.101; van de Loo, S.46

¹⁵¹⁷ Basedow, NVersZ 1999, S.349; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 ABGB, Rz.464; Hoffmann, S.269- uU Individualvereinbarung, wobei diese nicht schon bei vorgegebenen Tarifwahlmöglichkeiten gegeben sind, vgl. nur BGH, NJW 1996, S.1208

¹⁵¹⁸ Nach Dreher, S.272, kann dagegen uU auch eine solche Definition zu dem kontrollfreien Leistungskern zählen, wenn diese nicht über die „begriffsnotwendige Festlegung“ hinausgeht.

¹⁵¹⁹ St.Rspr. s.o.; aA Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 ABGB, Rz.464; Wille, VersR 1992, S.129 ff., 134 ff.

¹⁵²⁰ Krejci in Handbuch zum KSchG, S.85 ff., 151 „heikle Frage“

¹⁵²¹ Vgl. Diskussion und Nachweise bei Fenyves in Krejci, Handbuch des KSchG, S.537 ff., 583 ff.

¹⁵²² Eine Zusammenfassung der verschiedenen Möglichkeiten der Risikoabgrenzung in materieller Hinsicht bei Schauer, S.149 ff. und zu den einzelnen Versicherungstypen, vgl. S.338ff.

¹⁵²³ Vgl. Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 584 m.w.Nachw.; Schauer, S.148; OGH v.22.3.1995, SZ 68/56, S.331= VR 1996, S.14 ff.

¹⁵²⁴ Dazu Schauer, S.86; z.B. OGH v.7.6.1990, VR 1991, S.77 ff.; OGH v.15.11.1990, VR 1991, S.103 ff.

¹⁵²⁵ „Überrumpelungs- oder Übertöpelungseffekt“ bei der sog. Kofferraumklausel einer Reisegepäckversicherung, OGH v.19.4.1984, VersR 1985, S.651 f.=CLAB AT 000332, dazu Kiendl, S.113 und Schauer, S.86; im einzelnen: OGH v.15.11.1990, SZ 63/203, S.386; OGH v.7.6.1990, VersR 1992, S.83 f., 84.

bar¹⁵²⁶ und die Prüfung bei § 864a ist – anders als § 879 III – gerade nicht auf Nebenbestimmungen begrenzt¹⁵²⁷, so daß sich das Abgrenzungsproblem nicht stellt.

aa) Literatur

Auch bei Versicherungsbedingungen wird in der Literatur trotz leicht unterschiedlicher Begründungsansätze der kontrollfreie Bereich der Klauseln, die gemäß § 879 III ABGB die „beiderseitigen Hauptleistungen festlegen“, eng verstanden. Kontrollfrei ist nur der engste Kern der Risikoumschreibungen¹⁵²⁸. Unterschiede bestehen lediglich in der Frage, wie dieser engste Kern objektiv zu bestimmen ist. Nach dem überwiegenden Teil der Literatur unterliegen sekundäre Leistungsbeschreibungen bzw. Risikoausschlüsse der Inhaltskontrolle, kontrollfrei sind nur primäre Risikoumschreibungen¹⁵²⁹. Teilweise wird vorgeschlagen, daß die Schranken der Inhaltskontrolle bei Risikobeschreibungen durch die berechtigten Deckungserwartungen des VN zu bestimmen sind¹⁵³⁰. Soweit die – u.a.auch auf Informationsmaterial und Werbung gestützten¹⁵³¹ – Erwartungen des VN beeinträchtigt werden, können zwar grundsätzlich alle Klauseln des Vertrages der Inhaltskontrolle unterliegen. Im Ergebnis wird aber häufig kein Unterschied zu der ersten Ansicht bestehen: Denn eine Beeinträchtigung der Deckungserwartung des VN wird idR bei sekundären Risikobegrenzungen angenommen¹⁵³² und die Deckungserwartungen des VN begründen sich hauptsächlich auf den primären Risikobeschreibungen¹⁵³³; oft genügt für das Hervorrufen von Erwartungen bereits die schlagwortartige Bezeichnung der Versicherung als Feuer-, Hagel- oder Diebstahlversicherung.

bb) Stellungnahme

Da ebenso wie in Deutschland im einzelnen strittig ist, was zu den Bereichen der primären Risikoumschreibungen und sekundären Risikoausschlüssen gehört¹⁵³⁴, ist diese Abgrenzung schon aus diesem Grunde nicht tauglich¹⁵³⁵. Genauso wie in Deutschland ist auch die Abgrenzung je nach Beeinträchtigung der Deckungserwartung des VN trotz richtiger Kernaussage wegen der Gefahr einer Vermengung der Prüfungsstufen der Kontrollunterworfenheit mit der eigentlichen Inhaltskontrolle nicht zu befürworten¹⁵³⁶. Die nach Treu und Glauben berechtigten Deckungserwartungen werden nämlich auch in Österreich als

¹⁵²⁶ Oben unter 2. Teil B III 1. a)

¹⁵²⁷ Kolba, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 233

¹⁵²⁸ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 593 ff.; Schauer S88.; Reindl in Karlsruher Forum, S.106; - zu den älteren Literaturansichten, vgl. Fenyves, VR 1976, S.353 ff.,362 ff.

¹⁵²⁹ Migsch in Schuhmacher, S.179 ff., 181 m.Nachw., S.205; Reindl in Karlsruher Forum, S.106 („unbestritten“)

¹⁵³⁰ Fenyves in Krejci, Handbuch des KSchG,S.537 ff.,593 ff., der als dogmatische Begründung eine Parallele zu dem Grundgedanken des Gewährleistungsrechts zieht, wo auch das Vertrauen des Vertragspartners in das Vorliegen bestimmter Eigenschaften geschützt wird ; ders., VR 1976, S.353 ff.,364 f.; so auch Jabornegg, Anm. zu OGH v.4.7.1985, VR 1987, S.51 ff., 54 ff., 56; Schauer, S.88 .

¹⁵³¹ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 597; Schauer, S.88; nach Jabornegg, Anm. zum Urteil des OGH v.4.7.1985, VR 1987, S.51 ff., 54 ff., 56 ist auf den konkreten VN des konkreten Vertrages abzustellen.

¹⁵³² Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 597 „Hauptanwendungsbereich“.

¹⁵³³ Rummel, ABGB, § 879 Rz.124 k; so auch OGH v. 22.3.1995, SZ 68/56, S.329: „...Deckungserwartung, die der VN aufgrund der primären Risikobeschreibung hat“; Fenyves, VR 1976, S.353 ff., 365: „Wahrsche inlich...ist der Versicherer auch frei bei der sog. primären Umschreibung eines Risikos...“

¹⁵³⁴ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG S.537 ff., 584, FN 154; weiter z.B. für primäre Risikobeschreibungen , vgl.Schauer, S.147 f. (Beispiele für Unfallversicherung); Beispiele aus Rspr.: OGH v.22.3.1995, SZ 68/56= VR 1996, S.14 ff.; OHG v.23.3.1994, ecolex 1995, S.474= VR 1994, S.399 f.

¹⁵³⁵ Ausf.oben unter 2. Teil C II 2. a) ccc)

¹⁵³⁶ 2. Teil C II 2. a) cc)

Maßstab der Inhaltskontrolle behandelt¹⁵³⁷ und es muß grundsätzlich nach dem Wortlaut des § 879 III ABGB zwischen beiden Prüfungsstufen unterschieden werden¹⁵³⁸. Als Beispiel für die Gefahr der Vermischung der beiden unterschiedlichen Prüfungsstufen sei auf die Unklarheiten in der Zuordnung der berechtigten Deckungserwartungen bei Fenyves als Hauptvertreter dieser Ansicht verwiesen¹⁵³⁹; auch sonst sind Literatur¹⁵⁴⁰ und Rechtsprechung¹⁵⁴¹ zum Teil unklar, u.a. hinsichtlich der Frage, wie Fenyves zu verstehen ist.

cc) Rechtsprechung

Im Gegensatz z.B. zu der Rechtsprechung zum Leasingvertrag, die eine sehr weitgehende Kontrolle der Vertragsbedingungen praktiziert, ist im Versicherungsrecht eine extreme Zurückhaltung zu beobachten. Es gab nur wenig Urteile, die sich überhaupt mit Versicherungsbedingungen befaßten¹⁵⁴². Nur ein geringer Teil dieser Urteile betraf über Einbeziehung, Auslegung, usw., hinaus die eigentliche inhaltliche Kontrolle (zunächst auf Sittenwidrigkeit gemäß § 879 I ABGB, dann ab 1979 auch zunehmend nach der Generalklausel des § 879 III ABGB)¹⁵⁴³. In der Regel wurde es vermieden, eine inhaltliche Kontrolle unter Abwägung aller Interessen durchzuführen¹⁵⁴⁴ und äußerst selten endeten die Verfahren mit einem positiven Ausgang für den VN¹⁵⁴⁵. Die geringe Zahl der Urteile hängt sicherlich auch damit zusammen, daß in Österreich eine richterliche Kontrolle iSd § 879 ABGB erst auf Einwendung einer Partei und nicht von Amts wegen stattfand¹⁵⁴⁶, was nach der EuGH-Rechtsprechung nicht mehr mit der Klauselrichtlinie vereinbar ist¹⁵⁴⁷. Bislang gibt es kein Urteil des OGH, in dem er die Grenzen der Inhaltskontrolle nach § 879 III ABGB ausdrücklich für AVB definiert¹⁵⁴⁸. Häufig werden Versicherungsbedingungen inhaltlich kontrolliert, ohne daß der OGH auf die Frage der Kontrollunterworfenheit eingeht.

aaa) Rückschlüsse aus Urteil des OGH bzgl. des Spaltpariffs ?

¹⁵³⁷ Vgl. Rummel, ABGB, § 879 Rz.246 k; z.B.OGHv 23.3.1994, ecolex 1995, S.474=VR 1994, S.399; OGH v.22.3.1995, SZ 68/56

¹⁵³⁸ Vgl.oben unter 2.Teil B III 3.b)

¹⁵³⁹ Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff.: zunächst führt er seine Abgrenzungsmethode als Alternative zu der Abgr. nach prim./sek. Risikobegr. ein (S.593), dann folgen aber unklare Formulierungen, die eher auf die Prüfungsstufe der Inhaltskontrolle hindeuten, z.B. S.597: „Alle Klauseln der Risikoumschreibung, die diese Erwartungen beeinträchtigen, müssen der Inhaltskontrolle zum Opfer fallen,...“, „...der Inhalt skontrolle anheim fällt...“, auch S. 598 unklar.

¹⁵⁴⁰ Schauer, S.88 versteht die Argumentation von Fenyves als Inhaltskontrolle - Kiendl, S.163 ordnet die Abgrenzung wohl eher bei der Frage der Kontrollfähigkeit ein, im folgenden vermischt auch sie jedoch die Prüfungsstufen, insbesondere erkennbar durch den Hinweis auf Schauer.

¹⁵⁴¹ Nach OGH v.4.7.1985, VR 1987, S.51 ff., 53 ist die Auffassung von Fenyves so zu verstehen, daß auch die Leistungsbeschreibungen des Versicherers der Inhaltskontrolle unterfallen, die berechtigten Deckungserwartungen seien dann Maßstab der Inhaltskontrolle.

¹⁵⁴² Im Zeitraum 1945-1997 nur 40 Urteile.

¹⁵⁴³ Migsch in Schuhmacher, S.179 ff., 182 und Schauer, S.88, FN 74, jeweils m.Rspr.nachw.; Abschlußkontr.nur in Ansätzen, eine regelm. Gerichtspraxis der Inhaltskontr.nicht vorhanden, Migsch in Karlsruher Forum, S.110.

¹⁵⁴⁴ Eine der wenigen Ausnahmen ist OGH v.25.4.1990, SZ 63/64.

¹⁵⁴⁵ Vgl. Beispiele bei Migsch in Karlsruher Forum, S.110: positives Ergebnis nie aufgrund der eigentlichen Inhaltskontrolle, sondern bei Einbeziehungskontrolle, Auslegung, etc; vgl. auch die bei Schauer, S.88 in FN 74 aufgezählten Urteile, bei denen u.a. risikobeschreibende Klausel alle für wirksam erklärt werden.

¹⁵⁴⁶ Welser in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.333 ff., 369; Kapfer-Dittrich/Tades, ABGB, § 879, Rz. E 9

¹⁵⁴⁷ EuGH v.27.6.2000, Rs.C-240/98 bis 244/98 (Océano Grupo./Murciano Quintero), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.29

¹⁵⁴⁸ Ohne Anhaltspunkte für den kontrollfreien Bereich bei Versicherungsbedingungen ist OGH v.30.7.1987, JBl.1988, S.118 ff.= VR 1988, S.97 ff. (hier wird nur eine Klausel eines Vergleiches z.w Vers. und VN als Hauptleistung iSd § 879 III ABGB deklariert); zu dieser Klausel auch OGH v.10.7.1997, CLAB AT 000701.

Ein Beispiel für die ausnahmsweise Zulässigkeit des Preisarguments¹⁵⁴⁹ ist das Urteil des OGH bezüglich des 1973 eingeführten sog. „Spalttarifs“ in Kfz - Haftpflichtversicherungen¹⁵⁵⁰. Bei dem „Spalttarif“ handelt es sich um die Wahlmöglichkeit zwischen vollem Versicherungsschutz bei höherer Prämie und einem geringeren Preis bei gleichzeitigem – auch gegenüber Dritten wirksamen - Ausschluß bzw. Einforderungsverzicht auf Ersatz von Mietwagen- und Taxikosten, die bis zur Behebung des Schadens am Fahrzeug auflaufen. Diese Klausel wurde von dem OGH mit Hinweis auf die erkennbare Tarifwahlmöglichkeit des VN für zulässig erklärt¹⁵⁵¹. Auch wenn das Gericht hier eine Deckungsbeschränkung inhaltlich kontrolliert, sind aus diesem Urteil keine Rückschlüsse auf die Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsverträgen iSd § 879 III ABGB möglich. Denn das Urteil stammt aus dem Jahr 1975, also noch vor Einfügung des § 897 III in das ABGB im Jahr 1979. Die Richter prüften deshalb nur, ob der Spalttarif sittenwidrig iSd § 879 I ABGB sei. Der Prüfung nach § 879 I ABGB sind aber gerade alle Klauseln des Vertrages unterworfen; sie ist – anders als die nach § 879 III – nicht auf Nebenbestimmungen beschränkt, so daß sich die Richter nicht mit der Abgrenzungsproblematik auseinandersetzen mußten. Allerdings wird der Spalttarif¹⁵⁵² bzw. die entsprechende nachteilige Klausel auch von dem aktuellen Schrifttum konkludent für kontrollunterworfen gehalten, indem sie im Hinblick auf § 879 III ABGB für unbedenklich erklärt wird¹⁵⁵³.

bbb) Rückschlüsse aus Urteilen bzgl. einer inhaltlichen Kontrolle von risikobeschreibenden AVB ?

In einem Urteil aus dem Jahr 1985¹⁵⁵⁴ bezüglich der Version der sog. Allmählichkeitsklausel in den Allgemeinen Haftpflichtversicherungsbedingungen 1978¹⁵⁵⁵ zweifelt der OGH zwar die Möglichkeit der Inhaltskontrolle gemäß § 879 III an¹⁵⁵⁶, läßt die Frage der Kontrollunterworfenheit und die Auseinandersetzung mit der Literaturansicht jedoch dahingestellt, weil die Klausel selbst unter Zugrundelegung der Literaturansicht von Fenyves jedenfalls nicht nichtig iSd § 879 III ABGB sei¹⁵⁵⁷. Es bestehe in der Regel keine berechtigte Deckungserwartung des VN einer Haftpflichtversicherung dahingehend, daß alle Schäden gedeckt werden. Der Versicherer müsse die versicherte Gefahr abgrenzen können, „weil das vom Versicherer zu tragende Risiko kalkulierbar sein muß und für die Höhe der Prämie mitbestimmend ist.“ Der Vertragszweck sei nicht vereitelt worden¹⁵⁵⁸. Auch die Ver-

¹⁵⁴⁹ Dazu ausführlich oben unter 2. Teil B VII.

¹⁵⁵⁰ OGH v. 26.2.1975 SZ 48/22

¹⁵⁵¹ Dem VN bleibe trotz der wirtschaftlichen Übermacht des Versicherungsunternehmens durch die beiden Tarifvarianten eine individuelle Dispositionsfreiheit, so daß die freie Willensbildung nicht übermäßig beeinflusst sei. Der VN erhalte für seinen Verzicht auf vollen Ersatz ein Entgelt in Form einer Prämienreduktion – krit. Teil der Lehre, vgl. Nachw. bei Kiendl S.129, FN 210 und bei Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 322, FN 46.

¹⁵⁵² Besteht im Kraftfahrzeug – HaftpflichtversG von 1994 fort, dort § 21 I, Baran, VR 1994, S.161 ff., 170.

¹⁵⁵³ Kiendl, S.130 m.w.Nachw.

¹⁵⁵⁴ OGH v.4.7.1985, VersR 1987, S.293= VR 1987, S.51 ff. m.Anm. Jabornegg=CLAB AT 000349 -trotz Berufshaftpflichtversicherung zwischen zwei Unternehmern sind die Argumente verallgemeinerungsfähig.

¹⁵⁵⁵ Risikoausschluß, nach dem sich der Versicherungsschutz nicht auf Schadensersatzverpflichtungen wegen Schäden an Sachen erstreckt, die durch allmähliche Einwirkung von Flüssigkeiten und Feuchtigkeit o. anderer Umstände entstehen.

¹⁵⁵⁶ VR 1987, S.51 ff., 53 - daher kann aus diesem Urteil kein besonderes Signal für eine umfassende Inhaltskontrolle von Risikobeschreibungen abgeleitet werden, so aber Jabornegg, VR 1987, S.54 ff., 56.

¹⁵⁵⁷ Gleiches Ergebnis (offenlassen, aber i.E.jedenfalls keine gröbliche Benachteiligung) bezgl.einer Risikobeschränkung in Krankenversicherung, OGH v.16.6.1988, VR 1989, S.57 ff., 58 = CLAB AT 000309.

¹⁵⁵⁸ Kritik von Jabornegg, VR 1987, S.54 ff., 56: die „gröbliche Benachteiligung“ des § 879 III setzte unterhalb der Vertragszweckvereitelung an.

sion der Allmählichkeitsklausel der AHVB von 1986 wurde von dem OGH nur in Hilferwägungen jedenfalls nicht für gröblich benachteiligend iSd § 879 III ABGB gehalten¹⁵⁵⁹ – diesmal ohne die Frage der Kontrollunterworfenheit dieser Klausel überhaupt zu erwähnen. Die Versicherung werde durch die Klausel nicht inhaltsleer. Innerhalb dieser Grenze stehe es dem Versicherer frei, bestimmte Risiken vom Versicherungsschutz auszunehmen, vorausgesetzt, dies sei für den VN klar erkennbar¹⁵⁶⁰. In diesen Hilferwägungen deutet sich an, daß Risikobeschränkungen und –ausschlüsse idR für wirksam gehalten werden, sofern sie transparent sind.

Ein weiteres Urteil betraf eine Ausschlußklausel in einer Berufshaftpflichtversicherung¹⁵⁶¹, nach der Versicherungsschutz dann ausgeschlossen ist, wenn die Geltendmachung des Anspruchs des Dritten nach Ablauf von einem Jahr nach Beendigung des Versicherungsvertrages erfolgt. Auch diese Risikoausschlußklausel wurde inhaltlich kontrolliert und ist nach Auffassung des Gerichts nicht nichtig iSd § 879 III ABGB¹⁵⁶². Zur Frage der Kontrollunterworfenheit wird nicht ausdrücklich Stellung genommen. Der OGH führt nur an, daß der Versicherer grundsätzlich nicht völlig frei bei der Umschreibung des versicherten Risikos sei, sondern auf die berechtigten Deckungserwartungen des VN Rücksicht nehmen müsse. Dabei nimmt er Bezug auf die Darstellung von Fenyves¹⁵⁶³ und konstatiert, daß danach grundsätzlich primäre und sekundäre Risikoausschlüsse der Inhaltskontrolle iSd § 879 III ABGB unterliegen können, um dann sofort in die inhaltliche Prüfung der Klausel einzusteigen, ohne diese vorher als primäre oder sekundären Risikobeschreibung zu qualifizieren oder sonst zu der Kontrollunterworfenheit als Vorfrage ausdrücklich Stellung zu nehmen. Es wird vielmehr auch in dieser Entscheidung deutlich, daß die Rechtsprechung nicht strikt zwischen den beiden Prüfungsstufen der Kontrollfähigkeit und der eigentlichen Inhaltskontrolle unterscheidet. So bleibt bei dieser Entscheidung unklar, ob die Abweichungen von berechtigten Deckungserwartungen nur bei der Inhaltskontrolle nach § 879 III ABGB oder auch schon bei der Vorfrage der Kontrollunterworfenheit eine Rolle spielen sollen.

Gleiches gilt für die Formulierung in einem weiteren Urteil¹⁵⁶⁴ bezüglich einer Ausschlußklausel in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen einer Rechtsschutzversicherung¹⁵⁶⁵. Auch für die Frage des Kontrollumfangs sind nur wenig Anhaltspunkte zu entnehmen: Einerseits qualifiziert der OGH die Klausel als „einen sekundären Risikoausschluß, womit der durch die primäre Risikoabgrenzung gewährte Versicherungsschutz

¹⁵⁵⁹ OGH v. 3.9.1992, VersR 1993, S.1555f.=CLAB AT 000444: mangels Einwendung der Nichtigkeit iSd § 879 III ABGB durch eine Partei sei eine Inhaltskontrolle durch das Gericht nicht erforderlich.

¹⁵⁶⁰ VersR 1993, S.1555 f., 1556.

¹⁵⁶¹ OGH v.25.4.1990, SZ 63/64= VersR 1991, S.486 f.; auch hier sind die Grdstze verallgemeinerungsfähig.

¹⁵⁶² SZ 63/64,S. 328.

¹⁵⁶³ In Krejci, Handbuch zum KSchG, S.597, s.o.

¹⁵⁶⁴ Vgl.Formulierung des OGH v.23.3.1994, ecolx 1995, S.474 = VR 1994, S.399 f., 400:„Alle Klauseln der Risikoumschreibung, die diese Erwartungen beeinträchtigen, müßten der Inhaltskontrolle zum Opfer fallen, unabhängig davon, ob sie sich innerhalb der primären oder der sekundären Risikoumschreibung befinden; allerdings werde der Hauptanwendungsbereich der Inhaltskontrolle bei den sekundären Risikoausschlüssen liegen.“ – damit übernimmt der OGH die unklaren Formulierungen von Fenyves, s.o.

¹⁵⁶⁵ Es besteht kein Versicherungsschutz im allgemeinen Vertragsrecht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen im Betriebsbereich, wenn die tatsächlichen oder behaupteten Gesamtansprüche des VN oder seines Gegners aufgrund desselben Versicherungsfalles die vereinbarte Streitwertgrenze überschreiten.

eingeschränkt wird.“ Andererseits äußert der OGH Zweifel, ob Risikoumschreibungen in den AVB überhaupt der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB unterliegen, da sie die Hauptleistungspflicht des Versicherers festlegen, so daß der Wortlaut des § 879 III eigentlich gegen eine Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle spreche. Nach Zitieren der Literaturansicht läßt das Gericht die Frage der Kontrollunterworfenheit und den Schranken der Inhaltskontrolle bei AVB ausdrücklich dahingestellt, mangels ausreichendem Vortrag des VN sei jedenfalls keine gröbliche Benachteiligung festzustellen¹⁵⁶⁶.

dd) Ergebnis

Trotz Unklarheiten bezüglich der Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches ist in Österreich sowohl aus der Literatur als auch aus der Rechtsprechung erkennbar, daß auch leistungs- bzw. risikobeschreibende Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen können. Auffällig ist, daß nachteilige Klauseln in der Regel für wirksam gehalten werden¹⁵⁶⁷. Insbesondere bei Risikoausschlüssen fällt auf, daß der OGH diese – sofern sie klar und eindeutig für den VN erkennbar sind – für wirksam erklärt, da der VN nicht erwarten könne, daß alle Risiken gedeckt seien. Hier wird also eher auf die Transparenz des Ausschlusses Wert gelegt. Es wird – genauso wie in Deutschland¹⁵⁶⁸ – auch auf die Prämienrelevanz der Risikobeschreibungen hingewiesen¹⁵⁶⁹. In der Regel stellt der OGH bei der inhaltlichen Kontrolle auf die Abweichung von berechtigten Deckungserwartungen des VN über den Umfang des Versicherungsschutzes ab, die er aufgrund der primären Risikobeschreibung hat¹⁵⁷⁰. In einigen Urteilen ist keine klare Trennung zwischen den Schranken der Inhaltskontrolle und der eigentlichen Inhaltskontrolle erkennbar oder aber die Kontrollunterworfenheit wird überhaupt nicht erwähnt.

Eine eigene Definition des kontrollfreien und des kontrollfähigen Bereiches bei Versicherungsbedingungen ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu finden. In mehreren Urteilen hat der OGH lediglich Reserven gegenüber der hL angemeldet¹⁵⁷¹, die Entscheidung der Frage aber ausdrücklich dahingestellt gelassen. Jedenfalls werden von dem OGH auch Risikoausschlüsse inhaltlich kontrolliert¹⁵⁷². Für die Kontrollfähigkeit von Risikoausschlüssen spricht zudem eine Formulierung in einem obiter dictum eines Urteils, das

¹⁵⁶⁶ Zu Beginn stellt der OGH wiederum klar, daß der Versicherer im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes frei sei, bestimmte Risiken v. Versicherungsschutz auszunehmen, sofern dies – wie bei der vorliegenden Klausel – für den VN klar und erkennbar sei.

¹⁵⁶⁷ Beispiele: OGH v. 4.7.1985, VersR 1987, S.293= VR 1987, S.51 ff. m.Anm. Jabornegg = CLAB AT 000349; OGH v. 3.9.1993, VersR 1993, S.1555 f.= CLAB AT 000444; OGH v. 15.11.1990, SZ 63/203; OGH v. 26.2.1975, SZ 48/22; OGH v.25.4.1990, SZ 63/64 = VersR 1991, S.486 f.; OGH v. 23.3.1994, ecolex 1995, S.474= VR 1994, S.399 f.; OGH v.16.6.1988, VR 1989, S.57 ff.=CLAB AT 000309; Ausnahme: OGH, 7 Ob 26/90, zitiert bei OGH v.23.3.1994, VR 1994, S.399 f., 400 wegen Aushöhlung des Versicherungsschutzes.

¹⁵⁶⁸ *Oben unter 2. Teil C II 2.a) aa).*

¹⁵⁶⁹ Der Versicherer muß das Risiko kalkulieren können und deshalb grundsätzlich auch die versicherte Gefahr abgrenzen dürfen, OGH v.4.7.1985, VR 1987, S.51 ff., 53.

¹⁵⁷⁰ Vgl. OGH v.22.3.1995, SZ 68/56, S.329= VR 1996, S.14 ff.; OGH v.23.3.1994, ecolex 1995= VR 1994, S.399 f.; OGH v. 4.7.1985, VersR 1987, S.293= VR 1987, S.51 ff.= CLAB AT 000349.

¹⁵⁷¹ Z.B. OGH v.4.7.1985, VersR 1987, S.293= VR 1987, S.51 ff.=CLAB 000349.; OGH v. 23.3.1994, ecolex 1995, S.474 = VR 1994, S.399 f.; VersR 1995, 243.

¹⁵⁷² Z.B. OGH v. 25.4.1990, SZ 63/64= VersR 1991, S.486 f.; OGH, 7 O 26/90, zitiert bei OGH v.23.3.1994, VR 1994, S.399 f., 400. IdR wurde die Frage ausdrückl. offengelassen, OGH v.4.7.1985, VersR 1987, S.293= CLAB AT 000349; OGH v.16.6.1988, VR 1989, S.57 ff., 58= CLAB AT 000309; OGH v.23.3.1994, ecolex 1995, S.474= VR 1994, S.399 f. Oder der § 879 III ABGB wurde mangels Einwdg des VN nicht geprüft, OGH v.3.9.1992, VersR 1993, S.1555 f.= CLAB AT 000444.

sich mit der Einbeziehungskontrolle beschäftigte¹⁵⁷³. In keinem einzigen Urteil wird die Klauselrichtlinie erwähnt oder berücksichtigt.

c) Niederlande

In den Niederlanden ist ausschlaggebend, was bei Versicherungsverträgen unter „Kernbestimmung“ iSd Art. 6:231 a NBW zu verstehen ist. Wie schon allgemein bei der Abgrenzung des kontrollfreien Bereiches der Kernbestimmungen¹⁵⁷⁴, ist auch bezüglich Versicherungsbedingungen ansatzweise ein weiterer kontrollfreier Raum als in Deutschland und Österreich zu erkennen. Im Rahmen der parlamentarischen Geschichte der Neukodifikation des Zivilgesetzbuches 1992 wurde hinsichtlich des Versicherungsvertrags erwähnt, daß sämtliche Vertragsbedingungen, welche die Deckung umschreiben, also den Leistungsgegenstand beschreiben und gestalten, als Kernbestimmung von dem Anwendungsbereich des Abschnitts 6.5.3. NBW ausgenommen sein sollen – danach wären z.B. Ausschlußklauseln kontrollfrei¹⁵⁷⁵.

Die ältere Rechtsprechung wandte zwar den Treu und Glauben-Grundsatz nach Art. 1374 III (a.F.) des Bürgerlichen Gesetzbuches Maßstab an¹⁵⁷⁶, bei vielen in der CLAB-Kartei aufgeführten Klauseln¹⁵⁷⁷ wurde jedoch nicht deren Wirksamkeit überprüft, sondern nur, ob die Anwendung der Klausel in dem konkreten Fall gegen Treu und Glauben verstößt¹⁵⁷⁸. Aus diesen Urteilen, die sich u.a. auch auf Leistungsbeschreibungen¹⁵⁷⁹ beziehen, können keine Schlußfolgerungen auf den Kontrollumfang bei Versicherungsbedingungen gezogen werden, weil sich das Abgrenzungsproblem nur bei der inhaltlichen Kontrolle der Klausel selbst stellt. In den meisten Fällen beschränkten sich die Gerichte auch darauf, die AVB nach allgemeinen Regeln auszulegen, wobei auch von der Unklarheitenregel Gebrauch gemacht wurde¹⁵⁸⁰. Auch direkte und indirekte Risikobeschränkungen und –ausschlüsse¹⁵⁸¹ sowie nach dt.Recht als Obliegenheiten einzustufende Klauseln¹⁵⁸² wurden

¹⁵⁷³ OGH v.22.3.1995, Sz 68/56 = VR 1996, S.14/15: „...Risikoausschlüsse, die schon bei Vertragsschluß nach § 879 III ABGB nichtig sind, weil sie der Deckungserwartung, die der VN aufgrund der primären Risikobeschreibung hat, erheblich widersprechen,....“ – mit dieser Formulierung geht das Gericht davon aus, daß Risikoausschlüsse in Versicherungsverträgen nach § 879 III ABGB kontrollierbar sind.

¹⁵⁷⁴ Dazu oben unter 2. Teil B III 3.c).

¹⁵⁷⁵ Vgl. de Buhr, S.33.

¹⁵⁷⁶ Art. 1374 III (a.F.), engl. Übers. bei CLAB NL 000018: „All agreements have to be executed in good faith“.

¹⁵⁷⁷ Für die Niederlande befinden sich 24 Entscheidungen zu Versicherungsbedingungen in der CLAB-Kartei.

¹⁵⁷⁸ Z.B. Schiedsgericht v. 3.7.1988, CLAB NL 000018; Hoge Raad v. 20.4.1990, CLAB NL 000025.

¹⁵⁷⁹ Hof Den Haag (Berufungsgericht) v. 29.6.1972, CLAB NL 000083 (Berufung des Versicherers auf eine Klausel, nach der der VN seine Entschädigungsrecht verliert, wenn die elektrischen Leitungen defekt und nicht feuchtigkeit-sundurchlässig sind, verstößt gegen Treu und Glauben, weil in dem konkreten Fall die fehlerhaften Leitungen nicht kausal für den Schaden waren).

¹⁵⁸⁰ Engl. Übers. bei CLAB NL 000009 von Art. 1385 (a.F.); z.B. Kantongerecht Rotterdam v. 16.7.1985, CLAB NL 000009; Gerechtshof s Gravenhage, CLAB NL 000032; Hof Amsterdam v. 11.5.1989, CLAB NL 000039.

¹⁵⁸¹ Direkte A.: Rechtsbank Amsterdam v. 12.6.1991, CLAB NL 000064 (Klausel einer Rechtsversicherung, nach der der VN bei best. Rechtsgeschäften kein Recht auf rechtlichen Bestand hat); indirekte A.: Hoge Raad v. 10.8.1988, CLAB NL 000086 (Klausel einer Hausratsversicherung, nach der Versicherungsschutz nur für Wohnungen besteht, die „only serving as living accomodation“); Hof Den Haag v. 25.11.1987, CLAB NL 000038 (einschränkende Definition für „Einrichtung“).

¹⁵⁸² Gerechtshof Amsterdam v. 1.6.1989, CLAB NL 000020 (Klauseln einer Reiseversicherung, nach denen der Versicherungsschutz ausgeschlossen ist, wenn die gebotene Sorgfalt nicht eingehalten wird, z.B. wenn Wertgegenstände, Gepäck, Geld außerhalb getrennt abschließbarer Fächer/Kofferräume, oder länger als 24 Stunden im Auto gelassen werden); Hoge Raad v. 17.5.1991, CLAB NL 000066 (Klausel einer Reiseversicherung, nach der der Versicherer nicht leisten muß, wenn der VN „has not taken generally accepted precautions against theft, loss or damaging of the insured objects“) – hier wird ein bestimmtes vorbeugendes Verhalten der VN gefordert, von dessen Einhalten der

ausgelegt, wobei die Auslegung in der Regel zugunsten des VN zu dem Ergebnis führte, daß der Schaden von der Versicherung gedeckt war. Damit vermieden die Gerichte die offene inhaltliche Kontrolle von Risikobeschränkungen, wenn auch teilweise die Formulierung in der Urteilsbegründung eine verdeckte Inhaltskontrolle beinhaltet¹⁵⁸³.

Auch nach Aufnahme von Inhaltskontrollregelungen für AGB in Art. 6:231 ff. Zivilgesetzbuch bezieht sich die überwiegende Zahl der Urteile nach wie vor nicht auf die inhaltliche Kontrolle, sondern auf die Auslegung von AVB, u.a. auch von direkten/indirekten Risikobeschränkungen und -ausschlüssen¹⁵⁸⁴, der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos und Definitionen für deren unbestimmte Begriffe¹⁵⁸⁵. Aus den wenigen Urteilen bezüglich einer Inhaltskontrolle von Risiko- und Deckungsbeschränkungen sind nur schwer Rückschlüsse auf den Kontrollbereich bei Versicherungsverträgen zu ziehen. So wies das Schiedsgericht¹⁵⁸⁶ zwar einen Antrag des VN, der sich hinsichtlich einer Deckungsbeschränkungsklausel auf die Klauselverbote der Art. 6:236a und Art. 6:237b (Vermutung) berufen hatte, zurück, aus der CLAB-Kartei wird allerdings nicht ausreichend deutlich, ob diese Klausel tatsächlich als nicht als kontrollfähige AGB iSd Art. 6:231 a NBW angesehen wurde.

Ein weiterer Fall vor dem erstinstanzlichen Gericht „President Rechtbank Den Haag“¹⁵⁸⁷ betraf eine (örtliche) Risikobeschränkungsklausel in einer Krankenversicherung, nach der medizinische Behandlungen im Ausland nicht dem Versicherungsschutz unterliegen. Das Gericht überprüfte antragsgemäß nur, ob die Einwendung der Ausschlußklausel durch den Versicherer in dem konkreten Fall gegen das allgemeine Prinzip von Treu und Glauben verstößt, was im Ergebnis bejaht wurde. Die Tatsache, daß keine inhaltliche Kontrolle der Klausel nach den Spezialregelungen bezüglich AGB der Art. 6:231 ff. NBW durchgeführt wurde, kann nur bedeuten, daß die Ausschlußklausel als eine nicht kontrollfähige Kernbestimmung iSd Art. 6:231a angesehen wurde¹⁵⁸⁸. Dies wäre dann ein weiterer Beleg dafür, daß in den Niederlanden, wie die Gesetzesbegründung andeutete, der kontrollfreie Bereich weiter gefaßt wird und auch Risiko- und Deckungsbeschränkungsklauseln nicht der inhaltlichen Kontrolle nach Art. 6:231 a unterliegen.

Versicherungsschutz abhängt, vgl.allg.Präve, Rz.383; in der CLAB-Kartei werden diese Klauseln als Ausschlußklauseln bezeichnet.

¹⁵⁸³ Z.B. Gerechtshof Amsterdam v.16.10.1986, CLAB NL 000013 – es ging um eine Krankenvers.-Klausel, nach der die Behinderung iSd Vertrages durch medizin.Faktoren bewiesen sein muß; das Gericht führte aus, daß das Ausmaß einer Behinderung nicht festgestellt werden kann, ohne auch nicht-medizinische Faktoren, wie die bisherige Beschäftigung, Alter, u.soziale Stellung der Person, miteinzubeziehen. Die streitige Klausel wurde so ausgelegt, daß der VN in dem vorliegenden Fall einen Anspruch auf Versicherungsleistung hatte. Indem das Gericht neben den durch die Klausel bestimmten medizinischen Faktoren auch andere Faktoren heranzieht, bewertet es indirekt die bestehende Klausel in den Versicherungsbedingungen als ungenügend.

¹⁵⁸⁴ Hoge Raad v. 9.9.1994, CLAB NL 000047; Hoge Raad v. 12.1.1996, CLAB NL 000079 und NL 000080.

¹⁵⁸⁵ Kantongerecht Tilburg v. 21.8.1997, CLAB NL 000129 (Klausel in Art. 2, nach der Schäden am Kfz ersetzt werden, die ...u.a. durch eine Kollision mit Tieren verursacht wird, aber nur dann, wenn es sich umdirekt durch die Kollision verursachte Schäden handelt); Hoge Raad v. 1.7.1993, CLAB NL 000057 (Klausel in Art. 1 des Unfallversicherungsvertrages, nach der eine dauerhafte Behinderung bei ganz oder teilweise Verlust oder bei Gebrauchsverlust eines Teils oder Organs des Körpers vorliegt); Hoge Raad v. 24.9.1993, CLAB NL 000056 (Klausel in Art. 1, nach der der Vers. die Schäden im Falle des unfreiwilligen Arbeitsplatzverlustes übernimmt).

¹⁵⁸⁶ Entscheidung v. 31.12.1997, CLAB NL 000122 – die Entscheidungen des Schiedsgerichts (Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf) sind bindend.

¹⁵⁸⁷ Urteil v. 31.8.1994, CLAB NL 000049.

¹⁵⁸⁸ So auch der Berichterstatter für die CLAB-Kartei, CLAB NL 000049.

Festzuhalten bleibt, daß es in der Rechtsprechung Tendenzen gibt, die auf einen weiteren kontrollfreien Bereich als in Deutschland und Österreich hindeuten. Da aber in keinem einzigen in der CLAB-Kartei befindlichen Urteil ausdrücklich auf den Art. 6:231a oder auf Bestimmungen der Klauselrichtlinie eingegangen wird, ist eine solche Schlußfolgerung nicht mit Bestimmtheit möglich. Zudem ist fraglich, ob diese Rechtsprechung nach dem Urteil des Hoge Raad¹⁵⁸⁹, der von der Kontrollfreiheit nur des engen Bereiches der *essentia negotii* ausgeht, weiter fortgeführt wird. Da die niederländischen Gerichte Versicherungsbedingungen hauptsächlich auslegen oder deren Anwendbarkeit im konkreten Fall prüfen, können sie die berechtigten Deckungserwartungen des VN je nach Einzelfall berücksichtigen.

3. Frankreich

Nach der Definition des Versicherungsvertrages¹⁵⁹⁰ kommt es im wesentlichen auf die Elemente versichertes Risiko, Prämie und Leistungspflicht im Versicherungsfall an¹⁵⁹¹. Der Umfang des Risikos bestimmt die Prämienkalkulation¹⁵⁹² und ist als zentrales Element des Versicherungsvertrages auch dessen Gegenstand¹⁵⁹³. Als synallagmatische Pflichten eines Versicherungsvertrages werden seitens des VN die Prämienzahlung sowie Aufklärungs- und Anzeigeobligationen und seitens des Versicherers die Deckung des vertraglich vorgesehenen Risikos, bedingt durch den Eintritt des Versicherungsfalls, angesehen¹⁵⁹⁴.

In Frankreich war eine inhaltliche Kontrolle von Versicherungsbedingungen in gewissem Umfang bereits vor Einführung der allgemeinen Kontrollvorschriften durch das Gesetz n° 78-23 (später in Art. 132-1 ff. Code de la Consommation, dazu unter b und c) nach dem Code des assurances möglich (unter a).

a) Kontrolle von Versicherungsbedingungen nach dem Code des assurances - außerhalb der allgemeinen Inhaltskontrolle in Art. L 132-1 ff. Code de la Consommation

Bevor der Code des assurances (C. ass.) von 1930 Wirksamkeitserfordernisse für Versicherungsbedingungen aufstellte, führten die Gerichte eine Einbeziehungskontrolle durch¹⁵⁹⁵ und legten mehrdeutige oder unklare Klauseln nach Art. 1162 Code Civil im Zweifel zu Lasten des Versicherers als Verwender aus¹⁵⁹⁶. Nach dem C. ass. sind für einige Versicherungsverträge nur bestimmte, in abschließenden Listen aufgezählte Risikoausschlußklauseln zulässig¹⁵⁹⁷. Außerdem stellt der C. ass. diverse Transparenzvorausset-

¹⁵⁸⁹ Urteil v. 19.9.1997, ZEuP 1999, S.732 ff.m.Anm.Nieper.

¹⁵⁹⁰ Lambert-Faivre, Rz. 306.

¹⁵⁹¹ Die Einigung der Vertragsparteien muß den Gegenstand der Garantie und den Preis umfassen, Lambert-Faivre, Rz. 217: „sur l’ objet de la garantie et son prix”.

¹⁵⁹² Lambert-Faivre, Rz. 307.

¹⁵⁹³ Lambert-Faivre, Rz. 310 f. :“le risque est l’ élément fondamental du contrat d’ assurance, car il est l’ objet même de ce contrat”; Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-157“le risque est l’ élément essentiel de l’ opération d’ assurance”.

¹⁵⁹⁴ Lambert-Faivre, Rz. 210 (damit folgt sie der sog. Geldleistungstheorie, vgl. oben unter 2. Teil C I I). – RF bei Nichteinhaltung der Pflichten durch den VN: bzgl. Risikoaufklärung->Nichtigkeit des Vertrages oder verringerte Entschädigung möglich; bei Verletzung der Anzeigepflicht des Versicherungsfalles -> Verfall des Anspruchs („déchéance”); bei Nichtzahlung der Prämie-> Suspendierung der Garantie oder Vertragsbeendigung („suspension de la garantie et résiliation”).

¹⁵⁹⁵ Kaum lesbaren Klauseln (z. B. Verfallsklauseln) wurde die Einbeziehung in den Vertrag versagt - wegen Mangels an Zustimmung („vice de consentement”) des VN.

¹⁵⁹⁶ Lambert-Faivre, Rz. 214.

¹⁵⁹⁷ Einzelheiten bei Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff. , 8.

zungen auf, insbesondere für Risikoausschlüsse¹⁵⁹⁸: Nach Art. L 112-4, letzter Absatz C. ass.¹⁵⁹⁹. müssen Klauseln bezüglich Nichtigkeit und Verfall¹⁶⁰⁰ sowie Ausschlußklauseln in der Police in sehr deutlich sichtbaren Buchstaben gedruckt sein (unten unter bb). Gemäß Art. 113-1 I C. ass.¹⁶⁰¹ sind Ausschlußklauseln nur dann wirksam, wenn sie ausdrücklich in der Police enthalten und auf das Wesentliche begrenzt sind (unter cc). Im Rahmen dieser Vorschrift prüft die Rechtsprechung auch, ob der Vertragszweck ausgehöhlt wird. Außerdem müssen alle Versicherungsbedingungen klar und eindeutig sein (unten unter dd). Hinsichtlich der Wirksamkeitskontrolle von Risikoausschlüssen nach dem C. ass. - insbesondere bezüglich Art. L113-1 - existiert eine sehr umfangreiche Rechtsprechung¹⁶⁰².

aa) Anwendungsbereich – Darstellung der französischen Terminologie

Zu einem der schwierigsten Probleme im französischen Versicherungsrecht gehört die Bestimmung des Anwendungsbereiches der besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen des C. ass., insbesondere die Bestimmung und Abgrenzung der Ausschlußklauseln („exclusions“) iSd Art. L 112-4 und Art. L 113-1 C. ass, auch „exclusions de risque“ oder „exclusions de garantie“ genannt¹⁶⁰³. In Literatur und Rechtsprechung finden sich Unterschiede sowohl hinsichtlich der Zahl der „Klauseltypen“ als auch bezüglich der Zuordnung der einzelnen Versicherungsbedingungen. Die folgende Darstellung ist erforderlich, um später die Ansichten bezüglich des Kontrollumfangs nach der Richtlinie und deren Umsetzung zu verstehen.

aaa) Direkte und indirekte Ausschlüsse („exclusions directes“/ „exclusions indirectes“)

Zunächst wird zwischen negativ formulierten „echten“ Ausschlußklauseln - den „exclusions directes“- und denjenigen Ausschlüssen aller Risiken, die konkludent aus dem Umkehrschluß einer begrenzten Definition bzw. einer Aufzählung von versicherten Risiken folgen - den „exclusions indirectes“- unterschieden¹⁶⁰⁴. Zu letzteren werden grundsätzlich auch die Umkehrschlüsse aus der allgemeinen Bezeichnung und Definition am Anfang des Klauseltextes, gezählt¹⁶⁰⁵. Während die graphischen Anforderungen („caractères très appa-

¹⁵⁹⁸ Z. B. Art. 112-2 C. ass. : Versicherer muss dem VN vor Vertragsabschluß ein Informationsblatt übergeben, auf dem die garantierten Ausschlüsse und Verpflichtungen des VN enthalten sind („qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l' assuré.“); weiterunter 2. Teil D II 1. b)aa).

¹⁵⁹⁹ Art. L 112-4 II: „Les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents.“ (als Kodifizierung der Rsprgrdstz., Brock, S. 119, seit 1981 auch für Risikoausschlüsse) - gleiches gilt nach Art. L113-15 C. ass. für Vertragsdauerregel.

¹⁶⁰⁰ Vgl. oben in FN zu *synallagmatischen Pflichten* - Nichtigkeit und Verfall können RF bei Nichteinhaltung einer Obliegenheit sein, wobei „déchéances“ ieS die Sanktionen für Pflichtverletzungen des VN nach Eintritt des Versicherungsfalles sind, Lambert-Faivre, Rz. 339.

¹⁶⁰¹ Art. L113-1 I: „Les pertes et les dommages occasionnées par des cas fortuits ou causés par la faute de l' assuré sont à la charge de l' assureur sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.“ (ursprünglich Art. 12 des Gesetzes über Versicherungsverträge v. 13. 7. 1930).

¹⁶⁰² Favre Rochex/Courtiou, S. 73, Rz. 1-152; Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 6 („Ja méfiance des tribunaux à l' égard des exclusions. . .“).

¹⁶⁰³ Lambert-Faivre, Rz. 310.

¹⁶⁰⁴ Chapuisat, RGAT 1983, S. 5ff., 6; Lambert-Faivre, Rz. 421 ff.; Favre Rochex/Courtiou, S. 85, Rz. 1-172, z. B. Definition des Unfalls oder Beschränkung der Garantie auf Fahrer mit Fahrerlaubnis schließen alle anderen Fälle aus; Diebstahlversicherung für ein beaufsichtigtes Lokal schließt indirekt den Versicherungsschutz bei Diebstählen während fehlender Überwachung aus, Cass. Civ. I, v. 15. 4. 1982, RGAT 1982, S. 483 f.; die Beschränkung einer Berufshaftpflichtversicherung auf delikt. Ansprüche („responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle“) schließt indirekt vertragl. Anspr. aus, Cass. Com. v. 24. 11. 1987, RGAT 1988, S. 542 ff. m. Anm. Bout.

¹⁶⁰⁵ Cass. v. 23. 6. 1987, RGAT 1988, S. 364 f., 365 m. Anm. R. Bout: „ . . . toute exclusion de garantie, qu' elle se présente de façon directe ou indirecte, fût-ce au travers des définitions figurant en tête de police, ne peut qu' être

rentes“) des Art. 112-4 C. ass. nach wohl hM nur für direkte Risikoausschlüsse („exclusions directes“) gelten¹⁶⁰⁶, müssen die Wirksamkeitsanforderungen des Art. 113-1 C. ass. von allen „exclusions de risque“, ob direkter oder indirekter Art, erfüllt werden¹⁶⁰⁷.

bbb) „Exclusions“, „conditions de garantie“ und „définitions de garantie“

Die Ausschlußklauseln („exclusions“) werden in Literatur und Rechtsprechung von den Garantiebedingungen, sog. „conditions de garantie“¹⁶⁰⁸ abgegrenzt; diese Abgrenzung ist besonders schwer und umstritten¹⁶⁰⁹. Unter „conditions de garantie“ werden solche Klauseln verstanden, von denen die Gesamtheit der Garantie abhängt und ohne die der Versicherer den gesamten Vertrag nicht abgeschlossen hätte¹⁶¹⁰. Mit „exclusions“ sollen nur einzelne Risiken ausgeschlossen werden¹⁶¹¹. In Deutschland sind dagegen Bedingungen im Rahmen der AVB neben Obliegenheiten und Risikoabgrenzungen keine selbständige Kategorie¹⁶¹².

Die Unterscheidung „condition“/„exclusion“ hat in Frankreich zum einen Bedeutung für die Beweislast: während der Versicherer das Vorliegen und die Voraussetzungen von Risikoausschlüssen (direkter oder indirekter Art) beweisen muß, obliegt es dem VN, das Vorliegen bzw. die Einhaltung aller Voraussetzungen einer „condition de garantie“ nachzuweisen¹⁶¹³. Zum anderen gelten die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Art. 112-4 und Art. 113-1 C. ass. nur für „exclusions“, nicht aber für „conditions de garantie“¹⁶¹⁴. Letztere müssen wie alle Versicherungsbedingungen „nur“ die Mindestanforderungen erfüllen, z. B. klar und sichtbar gedruckt sein (Art. L112-3 C. ass. : „en caractères apparents“) ¹⁶¹⁵. Selten

formelle et limitée“; Favre Rochex/Courtieu, S. 90, Rz. 1-177: „la définition de l’objet du contrat ainsi que les définitions inhérentes à la délimitation du risque couvert sont vues comme autant d’ exclusions“.

¹⁶⁰⁶ Favre Rochex/Courtieu, S. 86, Rz. 1-173; Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff. , 6; Lambert-Faivre, Rz. 421, 423; Cass. Civ. I v. 27. 11. und 11. 12. 1990, Resp. civ. et ass. 1991, comm n° 70 („Les clauses définissant le risque assuré. . . ne son pas soumises au formalisme des ‘ caractères très apparents ‘ “); der indirekte Ausschluß ist aber nur dann wirksam, wenn sich dieser klar und unzweideutig ergibt, Lambert-Faivre, Rz. 423 – aA für Anwendbarkeit des Art. 112-4 C. ass. auch bei „exclusions indirectes“, Kullmann, Anm. zu Cass. , RGDA 1998, S. 769 ff. , 771 m. w. Nachw. – letzterer Meinung ist trotz des Zwecks einer möglichst großen Aufmerksamkeit auf wenige Klauseln zuzustimmen, da Art. 112-4 nicht zwischen direkt und indirekt entscheidet und auch das Schutzbedürfnis bei eingeschränkten Definitionen gleich ist.

¹⁶⁰⁷ Cass. Com. v. 24. 11. 1987, RGAT 1988, S. 542 ff. m. Anm. Bout; Favre Rochex/Courtieu, S. 86, Rz. 1-173; aA wohl Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff. , 9 und 14, nach der sich die Voraussetzung „limitée“ nur auf direkte Ausschlüsse, die Voraussetzung „formelle“ nur auf indirekte Ausschlüsse beziehen.

¹⁶⁰⁸ Vgl. ausführlich Groutel, Resp. civ. et ass. 1997, chr. , S. 7 ff.

¹⁶⁰⁹ Kullmann, Anm. zu Cass. , RGDA 1999, S. 463 ff. , 465 („ . . . débat . . . délicat“); ders. RGAT 1996, S. 11 ff. , S. 21; Maurice, Anm. zu Cass. , RGAT 1993, S. 761 („l’ un des problèmes les plus délicats au droits des assurances“).

¹⁶¹⁰ Z. B. Versicherungsschutz nur unter der Bedingung der Ausführung bzw. Einhaltung von best. , vertragl. festgelegten Pflichten durch den VN, Favre Rochex/Courtieu, S. 85, Rz. 1-172; Lambert-Faivre, Rz. 428 - Kullmann in Anm. zu Cass. , RGDA 1999, S. 325 ff. , 331/332: weder aufschiebende noch auflösende Bedingung iS des allgemeinen Zivilrechts; für aufschiebende Bedingung aber Mayaux zu Cass. , RGDA 1999, S. 309 ff. , 311.

¹⁶¹¹ Bigot, Anm. zu Cass. , RGAT 1991, S. 386 f. , 387 („ . . . est souvent affaire de rédaction“), ähnlich Roussel, zitiert bei Maurice, Anm. zu Cass. , RGAT 1993, S. 761 ff. , 762: „ . . . clauses d’ exclusions. . . ont pour effet d’ écarter des risques faisant, a priori partie de la garantie“.

¹⁶¹² Kolhossler in Prölss/Martin, § 49 VVG, Rz. 3, Anm. 1 B d).

¹⁶¹³ Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 307 ff. , m. Anm. Kullmann (auch wenn eine andere vertragliche Vereinbarung getroffen wurde); Bericht Cour de Cassation, RGDA 1998, S. 390; unnötig verwirrend die Formulierung des Cass. Civ. I, v. 15. 2. 1995, RGAT 1995, S. 406 f. m. Anm. Maury (Beweislast Versicherer für „conditions de fait d’ une exclusion“); w. Nachw. Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I Nr. 1– der Vers. muß auch beweisen, daß VN die „condition“ kannte, Cass. Civ. I, v. 27. 3. 2001, Resp. civ. et ass. 2001, n° 206.

¹⁶¹⁴ Lambert-Faivre, Rz. 428; hinsichtlich Art. 112-4: Cass. Civ. I, v. 11. 12. 1990, Resp. civ. et assur. 1991, comm n° 70- die Klauseln müssen daher nur „apparents“ iSd Art. 112 -3 C. ass. sein; hinsichtlich Art. 113-1: Cass. Civ. I, v. 12. 5. 1993, RGAT 1993, S. 760ff. m. Anm. Maurice.

¹⁶¹⁵ Favre Rochex in Anm. zu Cass. , RGDA 1998, S. 753 ff. , 754; außerdem „clair et compréhensible“, Anm. A. F. R. , Cass. , Gazette du Palais 1997 somm. , S. 438.

wird eine Klausel durch die Rechtsprechung nicht als „condition de garantie“ oder als „exclusion“, sondern als „définition du risque“ bezeichnet¹⁶¹⁶; während die Literatur diese dritte Kategorie der „définition de la garantie“¹⁶¹⁷ oder „délimitation du risque couvert“¹⁶¹⁸ als engste Umschreibung des versicherten Risikos in der Literatur häufiger verwendet¹⁶¹⁹. Die genaue Einordnung einer Klausel als „définition“ oder „condition“ ist aber weder für die Beweislast, noch für die Anwendbarkeit der Art. 112-4, 113-1 C. ass. wichtig, weil beide Klauseltypen insoweit gleich zu behandeln sind und beide als „Gegenstück“ zu den „exclusions“ zu sehen sind.

ccc) Außerdem: „conditions de paiement“, „déchéances“

Die „conditions de garantie“ dürfen wiederum nicht verwechselt werden mit den „conditions de paiement“, mit den Voraussetzungen für die Zahlung des Versicherers. Sind Erstere Voraussetzung für die Entstehung der Verpflichtung des Versicherers, so sind Letztere Voraussetzung für die Auszahlung bzw. Erfüllung der Ersatzpflicht des Versicherers¹⁶²⁰. „Conditions de paiement“ sind bei spielsweise solche Klauseln, nach denen erst eine Rechnung vorgelegt werden muß oder die Wiederherstellung des versicherten Gebäudes nachgewiesen werden muß, bevor die Entschädigung geleistet wird¹⁶²¹.

Unter einer Klausel, die den Verfall der Garantie bestimmt („déchéance“), wird im engen Sinn nur die Sanktion für Verletzungen von Pflichten des VN nach Eintritt des Versicherungsfalls verstanden¹⁶²². Im Unterschied zu Ausschlußklauseln, bei deren Voraussetzungen eine Verpflichtung des Versicherers nicht entsteht, bedeutet eine „déchéance“ der Verlust des bereits entstandenen Rechts des VN. Während wirksame Ausschlußklauseln grundsätzlich gegenüber allen (erga omnes), also auch gegenüber Dritten, gelten¹⁶²³, sind „déchéances“ nicht gegenüber dem Opfer wirksam¹⁶²⁴. Verfallsklauseln müssen nach Art. L 112-4 C. ass. „en caractères très apparents“ gedruckt sein, Art. L. 113 -1 gilt nicht.

ddd) Beispiele aus der Rechtsprechung

¹⁶¹⁶ So z. B. Cass. Civ. I, v. 27. 5. 1997, RGDA 1997, S. 834 f. (Wartezeitklausel „définit le risque“) m. krit. Anm. Kullmann, möglicherweise insoweit Rspr. änderung durch Cass. Civ. I v. 13. 2. 2001, RGDA 2001, S. 370 ff. m. Anm. Kullmann; Cass. v. 27. 11. 1990 und v. 11. 12. 1990, Resp. civ. et assur. 1991, comm. n° 70: „les clauses définissant le risque assuré et les conditions de la garantie ne sont pas des clauses d’ exclusion. . .“; sonst bleibt er insb. bei Urteilen jüngeren Datums bei der Zuordnung zu den conditions de garantie, . z. B. Cass. Civ. I v. 7. 7. 1998, RGDA 1998, S. 753 f. , 754 („ . . . participant de la définition du risque, constitue une condition de la garantie“), aA Anm. Favre Rochex („définition de la garantie“); Cass. Civ. I, v. 19. 12. 2000, RGDA 2001, S. 95 f. („condition de garantie“), aA Anm. Favre Rochex, S. 96 („définition de la garantie“); Cass. Civ. I, v. 12. 1. 1999, RGDA 1999, S. 310 ff. , 311 („ . . . les définitions. . . constituent. . . des conditions de la garantie“).

¹⁶¹⁷ Favre Rochex, Anm. zu Cass. Civ. I v. 7. 7. 1998, RGDA 1998, S. 753 ff. , 754 f.

¹⁶¹⁸ Mayaux, Anm. zu Cass. v. 23. 5. 2000, RGDA 2000, S. 837 ff. , 839.

¹⁶¹⁹ Maurice, Anm. zu Cass, RGAT 1993, S. 760 ff. , 761 scheint „définition des risques garanties“ und „conditions de garantie“ synonym zu verwenden; auch Lambert-Faivre, Rz. 417 ff. geht nur von einer Zweiteilung aus („exclusions externes“, „exclusions internes“).

¹⁶²⁰ Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-176; ähnlich Mayaux, Anm. Cass. , RGDA 1999, S. 309 ff. , 312, jeweils mit Bsp.

¹⁶²¹ In Deutschland wird letztere in Abgrenzung zu Obliegenheiten als Entschädigungsvoraussetzung bezeichnet, vgl. Prölss, in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz. 29.

¹⁶²² Lambert-Faivre, Rz. 339; z. B. nicht fristgemäße Versicherungsfallanzeige, Cass. v. 22. 6. 1988, RGAT 1988, S. 769 ff. ;Cass. v. 30. 10. 1967, D. 1968 jur. , S. 175 f. ; aA Kullmann Anm Cass. , RGDA 1999, S. 325 ff. , 330, 332, der auch andere Klauseln, wie z. B. Sicherungs- und Schutzpflichten bei entsprechender Gestaltung durch die Parteien als déchéance verstehen will. Der franz. Gesetzgeber wollte anscheinend auch die Verletzung der Pflicht zur Anzeige von Gefahrerhöhungen als déchéance konstruieren, in der Lit. ist deren Einordnung str. , Lambert-Faivre, Rz. 338ff. – in Dtl. wären alle hier beispielhaft genannte Pflichten zu den Obliegenheiten zu zählen; keine déchéances sind Wartezeitklauseln, Cass. Civ. I v. 27. 5. 1997, RGDA 1997, S. 834 f. m. zust. Anm. Kullmann, S. 835.

¹⁶²³ Lambert-Faivre, Rz. 429; Favre Rochex/Courtieu, S. 102, Rz. 1-199.

¹⁶²⁴ Anm. Kullmann, Cass. Civ. I, c. 13. 2. 2001, RGDA 2001, S. 370 ff. , 371; Lambert-Faivre, Rz. 339.

Die Rechtsprechung war zunächst hinsichtlich der Unterscheidung von „conditions de la garantie“ und „exclusions de risque“, bei der die kontrollierenden Richter nicht an die Bezeichnung im Versicherungsvertrag gebunden sind¹⁶²⁵, uneinheitlich¹⁶²⁶. Teilweise wurden Klauseln, die nach ihrem Gegenstand gleich sind, unterschiedlich eingeordnet¹⁶²⁷ - insbesondere bei Klauseln bezüglich Schutz- oder Abschreckungsvorrichtungen in Diebstahlversicherungen gab es widerstreitende Urteile¹⁶²⁸. Seit dem Urteil des Cour de Cassation vom 26. 11. 1996¹⁶²⁹ gilt für Schadensverhütungs- bzw. Sicherungspflichten des VN („mesures de prévention du risque“) in einer Diebstahlversicherung nunmehr folgende Abgrenzung: Schreibt die betreffende Klausel dauerhafte, von dem VN generell zu erfüllende Bedingungen für das Eintreten des Versicherungsschutzes vor (z. B. die Installation bzw. Existenz einer Diebstahlsvorrichtung/ Alarmanlage), so handelt es sich um eine „condition de garantie“. Schließt die Klausel dagegen den Versicherungsschutz für die Fälle aus, bei denen der VN einzelne bestimmte Umstände nicht einhält, die die tatsächliche Realisation des Risikos beeinflussen (z. B. Nicheinschalten der Alarmanlage/Diebstahlsschutzvorrichtung im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles), so sind diese Klauseln mit dem Cour de Cassation als „exclusions de garantie“ zu qualifizieren¹⁶³⁰. Die streitgegenständliche Klausel, bei der es um den tatsächlichen Einsatz einer Diebstahlsschutzvorrichtung (Einklinken des Lenkradschlösses bei einem geparkten Fahrzeug) ging, wurde deshalb als „exclusion de garantie“ bewertet¹⁶³¹.

Für die Beweislast bedeutet die Unterscheidung, daß der VN nur die Einhaltung der „condition de garantie“ beweisen muß, also, daß er eine Vorrichtung gegen Diebstahl installiert hat. Der Versicherer muß dagegen das Vorliegen der „exclusion de garantie“ beweisen, also daß zu dem Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles die Vorrichtung nicht eingeschaltet/eingeklinkt war oder nicht funktionierte¹⁶³². Ein Nachweis, der in vielen Fällen nicht möglich ist. Denn nicht immer handelt es sich um Alarmanlagen, die im Falle ihrer Aktivierung und Funktionstüchtigkeit Alarm bei der Polizei oder einer Wachschutzorganisation ausgelöst hätten. Auch die Aussagen der Nachbarn, sie hätten keinen Alarm gehört, sind – insbesondere nachts - nur bedingt taugliche Beweismittel.

¹⁶²⁵ Favre Rochex/Courtieu, S. 87, Rz. 1-174.

¹⁶²⁶ Rspr. nachw. bei Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-174, FN 80 und Rz. 1-176; und Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I Nr. 1; dazu auch Chapuisat, RGAT, 1983, S. 5 ff., 15 ff.

¹⁶²⁷ Begrenzung der Garantie auf Unfallschäden in einer Haftpflichtversicherung: Cass. 12. 3. 1991, RGAT 1991, S. 633 ff. m. Anm. Bout („exclusion indirecte“), dagegen Cass. 12. 5. 1993, RGAT 1993, S. 760 ff. m. Anm. Maurice („condition de garantie“), aA Favre Rochex/Courtieu, S. 87, Rz. 1-176 –unterschiedlich auch Cass. Civ. I v. 16. 7. 1998, RGDA 1999, S. 463 ff., m. Anm. Kullmann.

¹⁶²⁸ Nachweise bei Anm. A. F. R. zu Cass., Gazette du Palais 1997, somm., S. 438 (teilw. Urteile vom gleichen Tag).

¹⁶²⁹ Cass. Civ. I v. 26. 11. 1996, Gazette du Palais 1997, somm. S. 438 m. Anm. A. F. R.

¹⁶³⁰ „La clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie des risques de vol en considération de circonstances particulières de réalisation du risque s'analyse en une clause d'exclusion de garantie“ anders z. B. noch Cass. Civ. I v. 17. 11. 1993, RGAT 1994, S. 252 f. m. Anm. Kullmann (Nichteinschalten der Alarmanlage in Abwesenheit als „condition de garantie“) - nach deutschem Recht handelt es sich in beiden Fällen um Obliegenheiten, vgl. Weyers, Rz. 331, 334, 336. Bei „verhüllter“ Formulierung könnte die dt. Rspr. bei „conditions de garantie“ sogar zu Risikoausschlüssen kommen, da sie u. a. danach abgrenzt, ob die Deckung „von vorneherein“ beschränkt ist, vgl. Prölss in Prölss/Martin, § 6, Rz. 10 - zu dem Kausalitätserfordernis bei Schadensverhütungspflicht Kullman Anm zu Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 325 ff., 328/329.

¹⁶³¹ Dies sei ein „circonstance de fait faisant échapper le vol au risque couvert“.

¹⁶³² Cass. Civ. I v. 2. 4. 1997, RGDA 1997, S. 737, m. Anm. Maleville; Cass. Civ. I v. 10. 5. 1989, RGAT 1986, S. 643 m. Anm. Kullmann.

Diese Rechtsprechung, die bezüglich „mésures de prévention“ nach generellen Pflichten und Pflichten im Zusammenhang mit besonderen Umständen der Realisation des Risikos („circonstances particulières de réalisation du risque“) unterscheidet¹⁶³³, wurde später fortgeführt¹⁶³⁴. So wurde z. B. eine Klausel in einer Diebstahlsversicherung für Mietboote, die dem VN als Vermieter diverse Pflichten auferlegt (z. B. soll er sich den Führerschein des Mieters zeigen lassen) als „condition de garantie“ bezeichnet¹⁶³⁵; eine Klausel in einer Kfz-Diebstahlsversicherung, nach der die Alarmanlage im Zeitpunkt des Diebstahls eingeschaltet sein muß, dagegen als „exclusion“¹⁶³⁶. Scheint bei dieser Art Klauseln in Diebstahlsversicherungen die Abgrenzung relativ klar, so gibt es noch diverse Urteile zu „mésures de prévention“ und anderen Klauseln, bei denen die Zuordnungskriterien der Cour de Cassation nicht eindeutig sind¹⁶³⁷. Zum Teil scheint es, daß das Gericht präzise oder näher definierte Klauseln als „conditions de garantie“ bezeichnet, ähnliche Klauseln im Fall ihrer unbestimmten Formulierung aber als „exclusions de garantie“ versteht und nach Art. L 113-1 C. ass. kontrolliert¹⁶³⁸. Bei gleichem Klauselgegenstand kann aber die Art und Weise der Formulierung keinen Unterschied bezüglich der Anwendbarkeit des Art. L. 113-1 C. ass. machen¹⁶³⁹, sondern wird erst bei der nachrangigen Prüfung der Voraussetzungen dieser Vorschrift relevant.

Versicherungsbedingungen, die den Versicherungsschutz in zeitlicher Hinsicht abgrenzen, werden von der Rechtsprechung überwiegend als „conditions de garantie“¹⁶⁴⁰ oder auch als „définition de risque“ eingeordnet; letzteres z. B. bei Wartezeitklauseln („clause de délai d’attente“)¹⁶⁴¹. Als „exclusions“ gelten aber z. B. eine Klausel in einer Gruppenvers-

¹⁶³³ Kritisch Kullmann in Anm. zu Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 325 ff., 331.

¹⁶³⁴ Weitere Rsprnachw. bei Lambert-Faivre, Rz. 428; z. B. Cass. Civ. I v. 2. 4. 1997, RGDA 1997, S. 737, m. Anm. Maleville („exclusion de garantie“ für Klausel in einer Transportversicherung, nach der nur dann Versicherungsschutz besteht, wenn das Kfz dauerhaft beaufsichtigt wird oder sich in abgeschlossenen, überwachten Räumen befindet - wäre nach dt. Recht m. E. als verhüllte Obliegenheit zu werten); Cass. Civ. I v. 9. 2. 1999, RGDA 1999, S. 467 f. m. Anm. Kullmann präzisiert, daß „conditions de garantie“ vorliege, wenn die Pflicht unabhängig von den Umständen der Risikorealisation gefordert wird („... est requise indépendamment des circonstances de la réalisation du risque“): „condition“ deshalb die vierteljährlich Kontrolle der Alarmanlage.

¹⁶³⁵ Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 325 ff, 327, krit. Anm. Kullmann, S. 331.

¹⁶³⁶ Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 307 ff. m. Anm. Kullmann.

¹⁶³⁷ Str. für die Klausel in Kfz-Haftpflichtversicherungen, nach der der VN einen wirksamen Führerschein haben muß: diese Klausel wird in einem Dekret als Ausschlussklausel behandelt, Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., S. 27 f., Kritik S. 29; tend. für Ausschlussklausel, aber i. E. offen- bei ähnlicher Klausel, Cass. Ch. crim., v. 22. 4. 1998, RGDA 1999, S. 312 ff. m. Anm. Kullmann (bzgl. Klausel, die die Garantie des Versicherers von dem Besitz der notwdg. behördl. Erlaubnisse und Genehmigungen abhängig macht, „il n’importe que cette clause constitue une exclusion indirecte de garantie plutôt qu’une condition de l’assurance. . .“ Vorinstanz: „exclusion indirecte“).

¹⁶³⁸ Z. B. Cass. Civ. I v. 16. 7. 1998, RGDA 1999, S. 463 ff., m. Anm. Kullmann ebenfalls zu „mésures de prévention“ (jeweils in einer Transportversicherung - Klausel, nach der die versicherte Sache in einer Kiste eines bestimmten Typs verpackt sein muß = condition de garantie; Klausel, die allgemeiner Versicherungsschutz für Schäden an Waren aufgrund von fehlender, ungenügender oder nicht passender Verpackung ausschließt = exclusion - aber gleicher Gegenstand, nämlich kein Versicherungsschutz bei Schäden aufgrund von ungenügender Verpackung); vgl. auch Cass. Civ. I v. 12. 5. 1993, RGAT 1993, S. 760 ff. (präzise Definition des Unfalls als „condition de garantie“, im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung, bei der die Beschränkung auf Unfall nicht näher definiert wurde und als „exclusion“ gewertet wurde).

¹⁶³⁹ So auch Kritik Kullmann, Anm. Cass. v. 16. 7. 1998, RGDA 1999, S. 463 ff., 465.

¹⁶⁴⁰ Z. B. Cass. Civ. I v. 26. 11. 1991, RGAT 1992, S. 152 f. m. zust. Anm. Kullmann (Klausel, die den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Garantie regelt); Cass. Civ. I., v. 10. 3. 1987, RGAT 1987, S. 286 f. (Beginn des materiellen Versicherungsschutzes).

¹⁶⁴¹ Cass. Civ. I, v. 27. 5. 1997, RGDA 1997, S. 834 f. („définit le risque. . . ni une exclusion, ni une déchéance“) m. krit. Anm. Kullmann, S. 836, der für „exclusion“ oder Qualifikation als „la date de prise d’effet de la garantie“ ist; möglicherweise deutet sich eine Rspr. änderung an: Cass. Civ. I v. 13. 2. 2001, RGDA 2001, S. 370 ff. spricht bezüglich einer Wartezeitklausel von „n’exclut de la garantie. . .“, dies würde der Einordnung der Lit. entsprechen (Kullmann, RGDA 1997, S. 836; Mayaux, RGDA 1999, S. 310 ff.) und auch andere zeitliche Beschränkungen (s. nächste

cherung (für Tod, Arbeitsunfähigkeit, Invalidität) verbunden mit einem Kredit, nach der eine Arbeitsunfähigkeit, die bereits vor Eintritt in die Versicherung bestand, nicht gedeckt ist¹⁶⁴². Als Ausschlußklausel gilt nach der Rechtsprechung außerdem eine Klausel in einer Haftpflichtversicherung, nach der bestimmte Schäden und Kosten ausgeschlossen sind¹⁶⁴³.

Allgemein ist zu beobachten, daß - im Gegensatz zu der früheren Rechtsprechung - einschränkende Definitionen immer seltener als „exclusions indirectes“, sondern eher als „conditions de garantie“ qualifiziert werden¹⁶⁴⁴. Dies ist für den VN nachteilig, weil der Versicherer weder die Voraussetzungen des Art. L 113-1 C. ass. einhalten muß, noch die Beweislast trägt. „Condition de garantie“ sind z. B. ¹⁶⁴⁵ eine Klausel in einer Invaliditätsversicherung, nach der eine absolute und definitive Invalidität iSd Versicherung nur dann vorliegt, wenn der VN in eine bestimmte Kategorie der Sozialversicherung einzuordnen wäre¹⁶⁴⁶ oder eine Klausel in einer Arbeitslosigkeitsversicherung, nach der kein Versicherungsschutz besteht bei Vorruhestand, Ruhestand und jeglicher Arbeitsaufgabe, bei der Kraft Gesetzes eine fehlende Arbeitsplatzsuche vermutet wird¹⁶⁴⁷. Damit werden also im ersten Beispiel auch Definitionen von Begriffen aus der allgemeinsten Umschreibung des Versicherungsfalles als „Bedingung“ („condition“) bezeichnet ¹⁶⁴⁸. In einem älteren Urteil wurde eine solche Definition dagegen als „exclusions“ nach Art. L 113 -1 C. ass. kontrolliert¹⁶⁴⁹. Selbst aus diesem Urteil wird aber deutlich, daß noch ein engerer kontrollfreier Raum des Vertragsgegenstandes („objet de contrat“) verbleibt ¹⁶⁵⁰.

Die „neue“ Tendenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einem weiteren Begriff der „conditions de garantie“ widerspricht dem Schutzzweck des Art. L. 113 -1 C. ass.¹⁶⁵¹, der eigentlich eine weite Auslegung des Anwendungsbereiches (also eher „exclusions“) erfordern würde, insbesondere auch zum Schutz derjenigen VN, die nicht unter den persönli-

FN) werden von der Rspr. als exclusions bezeichnet – allerdings ist zw. , ob dies wirklich als Änderung der Einordnung gemeint war, vgl. Anm. Kullmann, S. 371.

¹⁶⁴² Cass. Civ. I, v. 22. 5. 2001, RGDA 2001, S. 944 ff. , m. Anm. Kullmann; nach Maurice entgegen früherer Rspr. , RGAT 1993, S. 760 ff. , 762; Cass. Civ. I, v. 29. 4. 1997, RGDA 1997, S. 843 f. m. Anm. Kullmann („exclusion de risque“ iSd Art. L 113-1 C. ass. auch bezüglich sog. „clause réclamation de la victime“, nach der das Opfer seine Forderung noch innerhalb der Laufzeit der Versicherung geltend machen muß).

¹⁶⁴³ Cass. Civ. I, v. 10. 7. 2001, RGDA 2001, S. 1012 f.

¹⁶⁴⁴ Vgl. Anm. Favre Rochex zu Cass. Civ. I v. 19. 12. 2000, RGDA 2001, S. 95 f. , 96 (mit Ausnahme der gleichbleibenden Rspr. in Bezug „mesures de prévention“, bei der Diebstahlversicherung).

¹⁶⁴⁵ Auch Cass. Civ. I, v. 12. 2. 1991, RGAT 1991, S. 386 f. m. Anm. Bigot (Klausel in Berufshaftpflichtvers. , nach der nur dann Versicherungsschutz besteht, wenn die Arbeiten durch den VN selbst mit entsprechender Qualifikation ausgeführt werden); Cass. Civ. I, v. 12. 5. 1993, RGAT 1993, S. 760 ff. , m. Anm. Maurice (Klausel in einer u. a. auf Unfallschäden beschränkten Berufshaftpflichtvers. mit einschr. Unfalldefinition); Cass. Civ. I, v. 12. 1. 1999, RGDA 1999, S. 309 ff. (Garantie „invalidité totale et définitive“, wird als „incapacité permanente irréversible“ beschrieben, die ununterbrochen mind. 12 Monate vorgelegen haben muß – S. 310: „ . . . constituant non des clauses d’ exclusion, même indirectes, de garantie, mais des conditions de la garantie. . . “), aA Mayaux, S. 310 ff. („exclusion indirecte“); Cass. Civ. I v. 7. 7. 1998, RGDA 1998, S. 753 f. m. Anm. Favre Rochex (Klausel in einer Kfz-Versicherung, nach der körperliche Schäden des Fahrers nur als Unfallfolge gedeckt sind).

¹⁶⁴⁶ Cass. Civ. I v. 19. 12. 2000, RGDA 2001, S. 95 f. m. Anm. Favre Rochex .

¹⁶⁴⁷ Cass. Civ. I, v. 23. 5. 2000, RGDA 2000, S. 837 ff. m. Anm. Mayaux („une simple précision découlant de la définition du chômage, ce dont il ressortait qu’ elle exprimait une condition de la garantie et non pas une exclusion de garantie“) – aA Anm. Mayaux, S. 839 („délimitation de la garantie“).

¹⁶⁴⁸ AA Favre Rochex Anm. S. 96 („définition de la garantie“); ders. , RGDA 1999, S. 755 auch zu drittem Beispiel (Körperschäden nur bei Unfallfolge): „définition“.

¹⁶⁴⁹ Cass. v. 23. 6. 1987, RGAT 1988, S. 364 ff. m. Anm. R. Bout: einschr. Def. (indirekten Ausschluß) für immaterielle Schäden in einer Berufshaftpflichtversicherung, die nach allg. Umschr. grdstz. auch erfaßt wären.

¹⁶⁵⁰ „ . . . sans retirer son objet au contrat d’ assurance, à annuler danssa totalité la garantie stipulée. . . “ –der Vertragsgegenstand bzw. eine vereinbarte Garantie („garantie stipulée“) gilt hier als Maßstab des Aushöhlungsarguments, nach dem die Ausschlüsse kontrolliert werden.

¹⁶⁵¹ Vgl. unten unter 2. Teil C II 3. a) cc).

chen Anwendungsbereich der Inhaltskontrollregelungen nach dem Code de la Consommation fallen¹⁶⁵². Möglicherweise reagierte die Rechtsprechung mit ihrer veränderten Tendenz auf die Kritik der Literatur an der Beweislastverteilung: Dadurch, daß der Versicherer die Voraussetzungen aller Ausschlüsse, inklusive der indirekten Ausschlüsse zu Beginn der AVB, beweisen mußte¹⁶⁵³, bestand in Abweichung von den allgemeinen Beweislastregeln quasi solange eine Vermutung des Versicherungsschutzes, bis der Versicherer einen Ausschluß nachweisen konnte¹⁶⁵⁴.

eee) Literatur

Auch die Literatur ist sich nicht einig: Favre Rochex unterscheidet drei Kategorien: *définition de la garantie, conditions de la garantie und exclusions*¹⁶⁵⁵. Die Definition beschreibe ein Ereignis und dessen Konsequenzen, deren Erscheinen die Verpflichtung des Versicherers auslöse. Diese Definition verliere durch „conditions“ an generelle Bedeutung, indem der Versicherer sein Verpflichtung von der Realisation bzw. Einhaltung dieser Bedingungen abhängig macht. Gegenstand der „conditions de garantie“ können u. a. bestimmte Umstände des Ereignisses sein, z. B. eine Diebstahlversicherung nur bei Diebstahl durch Einbruch, Einsteigen oder Gebrauch eines Dietrichs oder bestimmte Schutzmaßnahmen des VN. Mit der „exclusion“ schließe der Versicherer „im Abzugsverfahren“ bestimmte Tatsachen und Folgen aus, für die er nicht haften kann oder will.

Lambert-Faivre unterscheidet dagegen lediglich zwischen „exclusions externes“ („exclusions du contrat“) auf der einen Seite und „exclusions internes“ („exclusions de garantie“) auf der anderen Seite¹⁶⁵⁶; nur letztere unterfallen den Art. 112-4, 113-1 C. ass.¹⁶⁵⁷. Die Bestimmung des versicherten Risikos erfolge im wesentlichen in zwei Schritten¹⁶⁵⁸: Auf der einen Seite durch die Definition des Vertragsgegenstandes bzw. des vertraglichen Rahmens („*définition de l'objet du contrat*“, „*définition de l'aire contractuelle*“), die automatisch das Nicht-Versichertsein aller anderen Risiken außerhalb des Vertrages implizierte

¹⁶⁵² Ähnlich Kullman in Anm. zu Cass., RGDA 1999, S. 325 ff., 334f., kritisch auch Mayaux, Anm. zu Cass., RGDA 1999, S. 309 ff., 311f.: die „condition de garantie“ sei vielmehr enger und technischer als aufsch. Bedingung zu verstehen, eine Bedingung könne nur „von Außen“ kommen, nicht aber einen zentralen Teil des Vertrages, wie den Vertragsgegenstand umfassen; ders., Anm. zu Cass., RGDA 2000, S. 837 ff., 839 („condition“ nur echte Bedingungen wie Installation einer Alarmanlage).

¹⁶⁵³ Cass. v. 9. 4. 1991, RGAT 1991, S. 557 ff. m. Anm. Maurice; Cass. v. 15. und 22. 10. 1980, RGAT 1981, S. 51ff. m. Anm. Besson: „il appartient à l'assuré d'établir que le sinistre entre dans la définition de l'objet du contrat, en revanche, il incombe à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion“. . . unabhängig, ob direkte oder indirekte Ausschlüsse, vgl. Rspr. bsp. Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I A Nr. 4; Lambert-Faivre, Rz. 419 – dabei ist der durch den VN zu beweisende Teil äußerst eng, Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 24.

¹⁶⁵⁴ So Favre/Rochex in Anm. Cass., RGDA 2001, S. 95 f., 96; Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-177: der VN müsse praktisch nicht mehr machen, als seiner Anzeigeobligiertheit nachzukommen, wenn er der Meinung ist, daß ein Versicherungsfall vorliege; vgl. auch Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 31/32, VN muß nachweisen, daß zum Zeitpunkt des Unfalls, der Versicherungsvertrag wirksam war; Kullmann RGAT 1996, S. 11 ff., 26.

¹⁶⁵⁵ Favre/Rochex zu Cass., RGDA 1998, S. 753 ff., 754 f.; ders. Anm. Cass., RGDA 2001, S. 95 f., 96.

¹⁶⁵⁶ Rz. 418/419 und Rz. 423; zust. Maurice, Anm. zu Cass. v. 9. 4. 1991, RGAT 1991, S. 557 ff., 559.

¹⁶⁵⁷ Lambert-Faivre, Rz. 420 : „Cette exigence s'impose évidemment pour les seules exclusions de garantie internes, dans le cadre de l'aire contractuelle, car les exclusions du contrat, externes, sont tacites par la nature des choses.“, Rz. 421 bezüglich Art. 112-4.

¹⁶⁵⁸ Lambert-Faivre, Rz. 311; Rz. 417: „L'und des problèmes les plus délicats du droit de l'assurance est celui de la détermination de l'objet du contrat par cette double opération complémentaire de la définition de l'aire contractuelle, qui implique la non-assurance de ce qui lui est extérieur et la garantie corrélatrice de ce qui lui est intérieur. Mais dans ce cercle interne des exclusions de risque conventionnelles peuvent rejeter dehors certaines garanties.“

(„exclusions de contrat“/„exclusions externes“¹⁶⁵⁹), z. B. schließe eine Brandversicherung für Häuser automatisch einen Versicherungsschutz für Diebstahl einer Bildersammlung oder eine Kfz-Haftpflichtversicherung aus¹⁶⁶⁰. Das „Innere“ dieses eingegrenzten Vertragsgegenstandes werde durch die nähere Bestimmung des Garantiefumfangs ausgestaltet und präzisiert, wobei durch interne Ausschlüsse bestimmte Schäden, Ereignisse, Personen, Gegenstände etc. aus der vertraglichen Garantie ausgeschlossen werden („exclusions de garantie“/„exclusions internes“¹⁶⁶¹) und so der Vertragsgegenstand bzw. der vertragliche Umfang „durchlöchert“ wird¹⁶⁶². Innerhalb der internen Ausschlüsse unterscheidet auch Lambert-Faivre zwischen direkten („formalisation directe“) und indirekten („formalisation indirecte“) Ausschlüssen. Die Abgrenzung zwischen externen und internen Ausschlüssen sei aber im Einzelfall schwierig („irritant problème“). Ersteres sieht sie z. B. bei einer Haftpflichtversicherung für deliktische Haftung („responsabilité délictuelle“) gegeben, die automatisch die vertragliche Haftung ausschließe; dagegen liege ein interner Ausschluß vor, wenn eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen wird und eine Klausel die Deckung für vertragliche Haftung ausschließt¹⁶⁶³. Zwar wird aus ihren Ausführungen deutlich, daß sie zu den kontrollfreien externen Ausschlüssen im wesentlichen die allgemeinsten Umschreibung der Versicherungsart und den schlagwortartigen Titel der Versicherung zählt¹⁶⁶⁴; sie geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung aber auch über diesen Bereich hinaus¹⁶⁶⁵. Die Abgrenzung von Lambert-Faivre ist nicht immer schlüssig¹⁶⁶⁶.

Insgesamt tragen die unterschiedlichen theoretischen Abgrenzungen nicht besonders zu einer Klärung der Problematik bei – vieles hängt vom Einzelfall sowie von einem engen oder weiten Verständnis der Begriffe „exclusion“ („externe“, „interne“), „condition de garantie“ ab. Teilweise ähneln die Abgrenzungen der deutschen und österreichischen Terminologie der primären und sekundären Risikoabgrenzungen, indem auch die Bedeutung für die Beweislast übereinstimmt¹⁶⁶⁷. Wie bereits dargelegt, kann eine Abgrenzung allein nach primären/sekundären Risikobeschreibungen aber nicht überzeugen.

bb) „En caractère très apparents“ nach Art. L 112 -4, letzter Absatz C. ass.

Klauseln bezüglich der Nichtigkeit oder Verfall des Vertrages sowie direkte Ausschlußklauseln, die nicht nur gesetzliche Regelungen wiederholen, müssen nach Art.

¹⁶⁵⁹ Rz. 425: „ce qui est dans et hors de l’ objet du contrat“.

¹⁶⁶⁰ Rz. 418.

¹⁶⁶¹ Rz. 425: „ce qui est dans et hors de la garantie“, Rz. 417; vgl. auch Rz. 350.

¹⁶⁶² Rz. 419 – dazu zählen vertragl. u. gesetzl. Ausschlüsse, gesetzl. sind z. B. bei Kriegsrisiko oder „faute intentionnelle“ iSd Art. 113-1C. ass., Lambert-Faivre, Rz. 351 ff.; zu letzterem Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-160 ff.

¹⁶⁶³ Lambert-Faivre, Rz. 423.

¹⁶⁶⁴ „Ja définition de l’ objet du contrat, qui cerne les conditions générales de la garantie“, Rz. 418; der schlagwortartige Titel (z. B. Brand -, Diebstahl-, Invaliditätsversicherung), bietet einen ersten Anhaltspunkt für die Grenzen des Vertragsgegenstandes (Rz. 418 „les exclusions externes“), vgl. auch Rz. 312; von diesem Umfang des Vertragsgegenstandes nehmen weitere, sekun. Ausschlüsse („exclusions internes“) wieder Bereiche heraus, Rz. 350

¹⁶⁶⁵ Z. B. zählt sie auch die Unfalldefinition in einer auf Unfallschäden beschränkten Berufshaftpflichtversicherung oder die Klausel in einer Transportversicherung, nach der die versicherte Sache in einem bestimmten Kistentyp verpackt sein muß, zu den exclusions externes, vgl. Rz. 418, FN 1 (o. g. Rspr.).

¹⁶⁶⁶ Sie führt z. B. für – nach ihrer Abgrenzung – kontrollfreie externe Ausschlüssen, sowie für kontrollfähige indirekte interne Ausschlüssen, die ja beide aus dem Umkehrschluß folgen, das gleiche Beispiel an, Rz. 423.

¹⁶⁶⁷ Z. B. Lambert-Faivre unterscheidet unter Hinweis auf die st. Rspr. die Beweislast des VN für das Fehlen von externen Ausschlüssen und die Beweislast des Versicherers bei internen Ausschlüssen, Rz. 418 f.

112-4 „en caractères très apparents“, also besonders auffällig¹⁶⁶⁸, gedruckt sein¹⁶⁶⁹. Die Klauseln müssen so deutlich zu lesen sein und einem flüchtigen Leser verglichen mit anderen Klauseln derart „ins Auge springen“, daß der Inhalt dem VN gar nicht entgehen kann. Gefordert ist eine besondere Lesbarkeit und Auffälligkeit im Rahmen des Vertrages (z. B. durch eine andere Schriftfarbe); eine bestimmte Buchstabengröße oder Schriftart ist nicht zwingend erforderlich¹⁶⁷⁰. Nicht ausreichend sind Klauseln, die zwar leicht fett gedruckt sind, sich aber nicht besonders von den anderen Klauseln abheben¹⁶⁷¹; sowohl die Ausschlußklausel als auch der darauf bezogene Hinweis bzw. Überschrift müssen fett oder sonst besonders auffällig gedruckt sein¹⁶⁷². Der Versicherer, der sich auf eine Klausel iSd Art. 112-4 berufen will, muß nachweisen, daß er diese Klauseln dem Versicherten zur Kenntnis gebracht hat¹⁶⁷³.

cc) „Exclusion formelle et limitée“ nach Art. L 113 -1 C. ass.

Risikoausschlüsse müssen ausdrücklich („formelle“) und begrenzt („limitée“) sein¹⁶⁷⁴. Hintergrund der Wirksamkeitsvoraussetzungen für Risikoausschlüsse ist, daß der Umfang des versicherten Risikos ohne Unsicherheiten über das Ausmaß der ausgeschlossenen Fälle für den VN klar erkennbar sein soll¹⁶⁷⁵. Eine Verletzung des Art. 113-1 C. ass. ist also immer dann gegeben, wenn Unsicherheiten über das Ausmaß des Risikoausschlusses bestehen¹⁶⁷⁶.

aaa) Transparenzvoraussetzungen

Erste Voraussetzung ist die ausdrückliche Erwähnung in der Police („exclusion formelle“), sei es im Rahmen der allgemeinen oder der besonderen Bedingungen. Hier ist die Rechtsprechung sehr streng: zählen Risikoausschlüsse nach Einleitungen wie „insbesondere“ („notamment“), „so wie. . .“ („tels que“) oder „im besonderen. . .“ („en particulier“) bestimmte, von der Versicherung ausgenommene Beispiele auf, so sind alle nicht ausdrücklich im schriftlichen Text genannten Fälle nicht wirksam ausgeschlossen, selbst wenn sie mit den als Konkretisierung gedachten Beispielfällen vergleichbar sind¹⁶⁷⁷.

Als zweite Voraussetzung müssen die Ausschlußklauseln begrenzt sein („exclusion limitée“). Der Inhalt des Risikoausschlusses muß klar festgelegt und abgegrenzt sein, d. h. er darf nicht allgemein und zu umfassend sein¹⁶⁷⁸. Nicht mit dem Bestimmtheitsgebot des

¹⁶⁶⁸ Als Steigerung zu der allgemein geltenden Voraussetzung für Versicherungsverträge in Art. L112-3 C. ass. („le contrat d'assurance est rédigé. . . en caractères apparentes“).

¹⁶⁶⁹ Gleiche Anforderungen nach Art. 113-15 C. ass. für Klauseln bzgl. der Dauer des Versicherungsvertrages.

¹⁶⁷⁰ Zu ersterem: Favre Rochex/Coutieu, Rz. 1-137; zu Schriftart: Cass. Civ I, v. 28. 6. 1988, RGAT 1988, S. 769ff.

¹⁶⁷¹ Cass. Civ. I, v. 11. 12. 1990, RGAT 1991, S. 38 ff. m. Anm. Margeat et Landel („aucun moyen typographique n' avait été mis en oeuvre pour attirer spécialement l' attention de l' assuré“).

¹⁶⁷² Cass. Civ. I v. 25. 3. 1991, RGAT 1991, S. 559ff. m. Anm. Maurice.

¹⁶⁷³ Cass. Civ. I, v. 7. 3. 1989, RGAT 1989, S. 546ff. m. Anm. Margeat et Landel; die Klausel muß sich in der Police selbst befinden und nicht nur in dem internen Reglement eines Versicherungsvereins („mutuelle“), vgl. Cass. Civ. I, v. 30. 10. 1967, D. 1968, S. 175=RGAT 1968, S. 42ff. m. Anm. Besson.

¹⁶⁷⁴ Zwei unterschiedl. Vorausss. (z. B. Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 9), wird in der Rspr. idR nicht deutlich.

¹⁶⁷⁵ Lambert-Faivre, Rz. 424; Cass. Civ I, v. 8. 10. 1974, RGAT 1975, S. 378 ff. =D. 1975, S. 513 m. Anm. Berr et Groutel: „ . . . le législateur veut que la portée ou l' étendue de l' exclusion soit nette, précise, sans incertitude. . . pour que l' assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n' est pas garanti“.

¹⁶⁷⁶ Favre Rochex/Courtieu, S. 96, Rz. 1-185.

¹⁶⁷⁷ AA Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-186, da diese Beispiele doch zur besseren Verständlichkeit dienen und die Formulierungstechnik mit „notamment“ auch häufig von dem Gesetzgeber verwandt werde.

¹⁶⁷⁸ Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-185: „nettement délimitée“; Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 9; Lambert -Faivre, Rz. 424: „ . . . limitées au fond“ (beschränkt auf die Hauptsache).

Art. 113-1 C. ass. vereinbar sind generelle Begriffe oder vage formulierte Risikoausschlüsse. Gleiches gilt für Ausschlüsse, die nicht ausreichend charakterisierte Verhaltenspflichten enthalten oder die auf unbestimmte oder nicht konkret eingegrenzte Normen verweisen. Zu unbestimmt sind nach der sehr umfangreichen französischen Rechtsprechung z. B.¹⁶⁷⁹ folgende Formulierungen: „Wertgegenstände“ („valeurs“) in einer Diebstahlsversicherung¹⁶⁸⁰, „nicht konform mit wirksamen Gesetzen“ („non conformes aux règles en vigueur“¹⁶⁸¹), „von der zuständigen Stelle herausgegebene Verhaltensregeln“ („des consignes édictées par les organismes compétents“)¹⁶⁸² oder ein Ausschluß für Schäden, die durch unentschuld bare Nichtbeachtung der Regeln der Kunst („L’ inobservation inexorable des règles de l’ art“) entstanden sind¹⁶⁸³. Nach französischem Recht ist weiterhin eine Klausel zu unbestimmt, die eine Haftung für Diebstahl bei Fahrlässigkeit des Besitzers ausschließt, wenn dieser seine Schlüssel an irgendeinem, von außen leicht zugänglichen Ort aufbewahrt („laisse ses clés en tout lieu, aisément accessibles de l’ extérieur“) dagegen wird die Ausschlußklausel (nach französischem Recht¹⁶⁸⁴) dann als „limitée“ angesehen, wenn sie den Versicherungsschutz für die Fälle ausschließt, bei denen der Besitzer die Schlüssel über der Tür, unter der Fußmatte oder im Briefkasten deponierte¹⁶⁸⁵. Ausschlüsse bei Verschulden („faute“¹⁶⁸⁶) seitens des VN¹⁶⁸⁷ werden wiederum für unwirksam gehalten.

Nicht „limitée“ und daher unwirksam sind auch Klauseln, die dem VN aufgeben, „alle gewöhnlichen und vernünftigen“ Vorsichtsmaßnahmen oder alle „erforderlichen“ Schutzmaßnahmen zu ergreifen¹⁶⁸⁸. Den Voraussetzungen des Art. 113-1 C. ass wird auch dann nicht genügt, wenn Widersprüche zwischen den allgemeinen und besonderen Versiche-

¹⁶⁷⁹ Unvereinbar mit Bestimmtheitsgebot des Art. 113-1 C. ass: Ausschluß bei „inobservation des lois et règlement“, Lambert-Faivre, Rz. 424; Formulierung „les dommages provenant d’ un défaut permanent d’ entretien ou d’ un manque de réparations indispensable à la sécurité“, Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1 I B 1° Nr. 22bis; Ausschluß für Naturphänomene („phénomènes naturels“) oder für Schäden, die bei bestimmten Arbeiten unvermeidbar und vorhersehbar sind („inévitables et prévisibles“), Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 10; w. Rspr. jeweils Lambert-Faivre, Rz. 424, FN 1; Favre Rocheux/Courtieu, S. 96 ff., Rz. 1-186 ff.; Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I B 1° Nr. 16 ff., Bout in Anm. zu Cass. Com., RGAT 1988, S. 542 ff., 544; nach Favre Rocheux/Courtieu, Rz. 1-189 werden solche Kl. aber in Kenntnis der Unwirksamkeit weiter verwandt, weil sie präventiven Charakter haben und viele VN dazu veranlassen, den Ausschluß zu akzeptieren.

¹⁶⁸⁰ Cass. Civ. I, v. 4. 7. 2000, Resp. civ. et ass. 2000, n° 347.

¹⁶⁸¹ Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I B 1° Nr. 18.

¹⁶⁸² Rechtsprechungsnachweise bei Favre Rocheux/Courtieu, S. 97, Rz. 1-190.

¹⁶⁸³ Cass. Civ. I, v. 8. 10. 1974, RGAT 1975, S. 378 ff. =D. 1975, S. 513 m. Anm. Berr et Groutel „... le contrat ne donnant aucune précision sur les règles de l’ art ni sur la nature des manquements qui peuvent être envisagés, ni sur leurs limites, la clause litigieuse devait être considérée comme une clause générale et non limitée.“

¹⁶⁸⁴ Nach dt. Recht müßte man diese Klauseln als Obliegenheiten ansehen, weil immer ein Verhalten des VN mit Schadensverhütungspflichten im Vordergrund steht, vgl. auch Präve, Rz. 383 zu vergleichbaren Klauseln.

¹⁶⁸⁵ Cass. Civ. I, v. 10. 12. 1996, RGDA 1997, S. 126ff. m. Anm. Kullmann.

¹⁶⁸⁶ Unwirks. : „faute lourde“, Cass. Civ. I, v. 29. 11. 1988, D. 1989, somm. S. 248=RGAT 1989, S. 114f., m. Anm. Bout; „faute jugée lourde par le tribunal compétent“, Cass. Com., v. 7. 4. 1987, RGAT 1988, S. 106f. m. Anm. Bout.

¹⁶⁸⁷ Diese Klauseln sind mit § 61 VVG vergleichbar und daher keine Obliegenheiten, sondern subjektive Risikoausschlüsse, vgl. Dreher, S. 171; Schimikowski, Rz. 263.

¹⁶⁸⁸ Bsp. bei Berr/Groutel, Art. 113-1, I B 1° Nr. 21. Nach deutschem Recht muß bei solchen sog. Pflichtwidrigkeitsausschlüssen unterschieden werden, ob es sich um (verhüllte) Obliegenheiten oder um subjektive Risikoausschlüsse unter Erstreckung auf einfache Fahrlässigkeit als Modifikation des § 61 VVG handelt. Betont man das vorbeugende, sorgfältige Verhalten des VN als Schadensverhütung, spricht dies für Obliegenheiten, so Schimikowski, Rz. 272; nach Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz. 19, 27 u. § 61 VVG, Rz. 2 sollten unbestimmte Verhaltens- und Sorgfaltspflichten des VN nicht als Obliegenheit, sondern nach § 61 VVG behandelt werden, wo die Beweislastverteilung für den VN günstig wäre– Rspr. ist uneinig, Nachw. bei Prölss und Schimikowski: der BGH nimmt bei „Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ keine Obliegenheit an, Klauseln bzgl. „ausreichender“ Verwahrung, „si cheres“ Winterlager in Fahrzeugvers. oder bei „genügenden Sicherungsmaßnahmen“ werden dagegen überwiegend als Obliegenheiten verstanden.

rungsbedingungen eine Unsicherheit über den Umfang der Versicherung seitens des VN zur Folge haben können¹⁶⁸⁹. Klauseln, die mit dem Annex zu Art. 241-1 C. ass. übereinstimmen, werden dagegen als wirksam erachtet, da dessen Inhalt „formel et limité“ sei¹⁶⁹⁰. Eine Verständlichkeit für den juristischen Laien ist nach französischer Rechtsprechung anscheinend nicht erforderlich¹⁶⁹¹.

bbb) „Limitée“ als Grundlage für das Aushöhlungsargument

Die Voraussetzung, daß Ausschlußklauseln begrenzt („limitée“) sein müssen, diene der Rechtsprechung über das Bestimmtheitsgebot hinaus auch als Grundlage für das Aushöhlungsargument: Seit zwei Urteilen des Cour de Cassation aus dem Jahr 1987¹⁶⁹² wird in ständiger Rechtsprechung geprüft, ob Risikoausschlüsse dem Versicherungsvertrag „die Substanz entziehen“ („vider le contrat de sa substance“)¹⁶⁹³ und daher nicht mit Art. 113-1 C. ass. vereinbar sind. Eine Ausschlußklausel ist nur dann wirksam, wenn sie noch Schäden im Bereich des versicherten Risikos beläßt¹⁶⁹⁴. Als Maßstab gelten die berechtigten Deckungserwartungen des VN¹⁶⁹⁵. Damit entspricht das – hier auf Versicherungsverträge beschränkte – Aushöhlungsargument dem deutschen § 307 II Nr. 2 BGB und vergleichbaren Grundsätzen in anderen Ländern. Aufgrund der Unbestimmtheit des Aushöhlungsarguments¹⁶⁹⁶ gab es widersprüchliche und z. T. ausufernde Urteile, die Klauseln mit diesem Argument für nichtig erklärten¹⁶⁹⁷. Um zu vermeiden, daß zu viele Klauseln dem Aushöhlungsgrundsatz zum Opfer fallen, ist es erforderlich, daß der Richter objektiv und genau das Gewicht und das Ausmaß der Ausschlüsse abwägt, bevor er eine Aushöhlung des Versicherungsschutzes annehmen darf. Neben den möglichen Risiken wird für besonders wichtig gehalten, daß das Verhältnis des versicherten Risikos zu der Höhe der Prämie in die Abwägung miteinbezogen wird¹⁶⁹⁸. Da – anders als traditionell in Frankreich – das

¹⁶⁸⁹ Cass. Civ I, v. 20. 3. 1989, D. 1991, somm, S. 70 f. m. Anm. Groutel: in den Allg. Vers. bed. schloß eine Klausel den Ersatz von durch Wasser verursachten Schäden aus, in den Bes. Bed. gab es aber eine Klausel, nach der der Versicherungsschutz bei indirekt durch Wasser verursachten Schäden greift.

¹⁶⁹⁰ Vorschrift regelt zuläss. Ausschlußkl. („clauses-types“), Berr/Groutel, Code des ass., Art. 113-1, I B 1° Nr. 24; gleiches gilt für einen Ausschluß für Folgen von Krankheiten oder Gebrechen, die vor Beginn des Vers. schutzes bestanden („les conséquences de maladies ou d’ infirmités existant à la date de prise d’ effet de l’ assurance“).

¹⁶⁹¹ Dazu unten unter 2. Teil D IV 3. c).

¹⁶⁹² Civ. I, v. 18. 2. 1987, RGAT 1987, S. 271ff., 272/273 („exclusions multiples“): im Hinblick auf Ausschlußklauseln, die „in ihrer Zahl und ihrem Ausmaß“ praktisch bis auf einen sehr engen Bereich aller vorgesehenen Garantien ausschließen („... que par leur nombre et par leur étendue, ces exclusions n’ étaient ni formelles ni limitées et qu’ elles annulaient pratiquement toutes les garanties prévues sauf pour une catégorie de dommages très étroite“); Cass. Civ. I, v. 23. 6. 1987, RGAT 1988, S. 364 ff., 365 m. Anm. R. Bout: Ausschlüsse dürfen nicht den Versicherungsschutz vollkommen ausschließen: „... que toute exclusion... ne saurait aboutir, sans retirer son objet au contrat, à annuler dans sa totalité la garantie stipulée.“

¹⁶⁹³ Kullmann, Anm. zu Cass., RGDA 2001, S. 1012 f., 1013; Fomlladosa, zu Cass., RGDA 2001, S. 1011 ff. 1013.

¹⁶⁹⁴ Berr/Groutel, Code des assurances, I B 2° Nr. 26.

¹⁶⁹⁵ Kieninger, ZEuP 1994, S. 279.

¹⁶⁹⁶ Insb. aufgrund der Formulierung „in ihrer Zahl und ihrem Ausmaß“, vgl. auch Cass. Civ. I, v. 15. 12. 1999, RGDA 2000, S. 60 f. m. Anm. Favre Rochex („que par leur nombre et leur étendue, les exclusions... aboutissaient à priver de tout effet l’ extension souscrite...“).

¹⁶⁹⁷ Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-194, z. B. bzgl. Ausschlußklausel in Versicherung „R. C. Produit“, (Produkthaftpflicht), Cass. Civ I v. 3. 7. 1990, RGAT 1990, S. 888 ff. („qu’ elle prive de toute efficacité la garantie contractuelle pour le risque concerné“), dazu Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-195; Berr/Groutel, Code des assurances, I B 2°, Nr. 29 – später wieder einschränkender Cass. Civ. I, v. 28. 4. 1993, RGAT 1993, S. 882ff, m. Anm. F Vincent; Cass. Civ. I v. 10. 7. 2001, RGDA 2001, S. 1012 f. m. Anm. Fonlladosa.

¹⁶⁹⁸ Cass., v. 3. 3. 1993, RGAT 1993, S. 662ff. m. Anm. Favre Rochex (allerdings nicht zu Art. L113-1); Cass. v. 19. 12. 1990, RGAT 1991, S. 155 ff. m. Anm. J. Bigot („qui aurait perçu des primes sans contrepartie“); Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 22; nach Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-196, 1-198 sollte auch die Eigenschaft des VN als Verbraucher oder Unternehmer mitberücksichtigt werden.

Preisargument auf Richtlinienenebene wegen Art. 4 II nicht unbegrenzt zulässig ist¹⁶⁹⁹, ist dieser Ansatz m. E. nicht mehr mit der Klauselrichtlinie vereinbar.

dd), „Claire et précis”

Alle Klauseln, die das versicherte Risiko bzw. die versicherte Garantie bestimmen, müssen klar, deutlich und unzweideutig formuliert sein. Bei indirekten Ausschlüssen muß der Umkehrschluß aus der positiven Definition auf den nicht versicherten Bereich unzweideutig möglich sein¹⁷⁰⁰. In Literatur und Rechtsprechung ist nicht immer deutlich, ob diese Anforderungen Teil der allgemeingültigen Regel sind, nach der Vertragsklauseln klar und präzise sein müssen oder ob sie aus den besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Risikoausschlußklauseln nach Art. 113-1 C. ass folgen¹⁷⁰¹. Auch bezüglich der Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung finden sich Unterschiede: Auslegung zugunsten des VN¹⁷⁰² oder Unwirksamkeit der Klausel¹⁷⁰³. Diese Unklarheiten sind mit Sicherheit auch darauf zurückzuführen, daß die sehr umfassende Rechtsprechung im Rahmen des C. ass. nur schwer zu systematisieren ist¹⁷⁰⁴.

ee) Ergebnis

Aus der Praxis bezüglich des Kontrollumfangs der reinen Transparenzanforderungen¹⁷⁰⁵ des Code des assurances können zunächst keine Anhaltspunkte für den Kontrollbereich gemäß Art. 4 II der Klauselrichtlinie entnommen werden, weil Art. 4 II gerade auch für den Hauptgegenstand des Vertrages Transparenzanforderungen vorschreibt. Allerdings gehen die Anforderungen des C. ass. zum Teil sowohl über die Transparenzanforderungen der Klauselrichtlinie¹⁷⁰⁶, als auch über das im Rahmen der Einbeziehungskontrolle¹⁷⁰⁷ üblicherweise in den Mitgliedstaaten durchgeführte „Grobraster” hinaus. Die detaillierten Anforderungen der Rechtsprechung, insbesondere hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots iSd Art. L 113-1 C. ass., erinnern an die deutschen Erwägungen zu dem Transparenzgebot im Rahmen der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG a. F. (nunmehr § 307 I 2 BGB)¹⁷⁰⁸: Auch der französischen Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, daß der VN den Umfang seiner vertraglichen Rechte und Pflichten – hier den Umfang des versicherten Risikos – klar erkennen können muß (s. o.). Ein mit Art. 4 II vergleichbares Abgrenzungsproblem könnte allenfalls bei der inhaltlichen Überprüfung auf mögliche Aushöhlung des

¹⁶⁹⁹ Dazu oben unter 2. Teil B VII 1. und 2.

¹⁷⁰⁰ Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 19.

¹⁷⁰¹ Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-178 aber Rz. 1-184 f.; Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 7/8 aber 14 u. 19; Rspr. eher für letzteres, Cass. v. 29. 11. 1988, D. 1989, somm. S. 248 m. Anm. Berr („ne se réfère pas à des critères précis et à des hypothèses limitativement énumérées”); Cass., v. 18. 2. 1987, RGAT 1987, S. 271 ff.; Cass. v. 22. 5. 2001, RGDA 2001, S. 944 f. m. Anm. Kullmann (eine auslegungsbedürftige „exclusion” ist nicht „formelle et limitée”).

¹⁷⁰² Lambert-Faivre, Rz. 421 (trotz Subs. unter „formelle”, Art. L113 -1 C. ass.); Chapuisat, RGAT 1983, S. 5 ff., 7/8.

¹⁷⁰³ Favre Rochex/Courtieu, S. 91, Rz. 1-178 m. w. Nachw., der diese RF aber auf „exclusions directes” beschränkt, alle anderen Klauseln (also auch „exclusions indirectes”) müssen zugunsten des VN ausgelegt werden; Cass. v. 22. 5. 2001, RGDA 2001, S. 944 f. geht nunmehr wohl von der Nichtigkeit (aller) unklaren oder mehrdeutigen „exclusions” aus, so Kullmann in seiner Anmerkung, S. 945.

¹⁷⁰⁴ Vgl. Favre Rochex/Courtieu, S. 73, Rz. 1-152.

¹⁷⁰⁵ „Clair et précis” für alle Vertragsklauseln; „caractères très apparents” für Nichtigkeits-, Verfall- oder direkte Risikoausschlußklauseln (Art. 112-4) und Vertragsdauer (Art. L 113-5); Bestimmtheitsgebot und Pflicht zur ausdrücklichen Aufnahme in den Vertrag für direkte und indirekte Ausschlüsse in Art. L 113-1 C. ass.

¹⁷⁰⁶ Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-39 und 1-44 – z. B. Art. 112-2 C. ass.

¹⁷⁰⁷ Art. 112-4 und 113-1 werden von der Literatur idR als besondere Einbeziehungsvoraussetzungen eingeordnet, z. B. Ferid/Sonnenberger, Rz. 1 F 806; ähnlich Lambert-Faivre, Rz. 429.

¹⁷⁰⁸ Dazu und zu dem „Grobraster” unten unter 2. Teil D II 1. a)aa) und b)aa).

Versicherungsschutzes („*vider de sa substance la garantie*“) nach Art. 113 -1 C. ass. bestehen. Da aber Art. 113-1 C. ass. anders als die Klauselrichtlinie von vorneherein auf bestimmte Klauseltypen („*exclusions*“) begrenzt ist, könnte z. B. die Abgrenzung zu „*défin ition de la garantie/de risque*“ oder „*condition de garantie*“ nur dann Anhaltspunkte auch für Art. 4 II bieten, wenn nach französischem Verständnis bei Art. 4 II und der entsprechenden nationalen Umsetzungsregel die gleiche Abgrenzung vorzunehmen ist, was daher im folgenden zu prüfen sein wird.

b) Umfang der Kontrolle von Versicherungsverträgen nach den Art. L 132-1 ff. Code de la Consommation¹⁷⁰⁹

In der Literatur wird angemerkt, daß es in französischen Versicherungsverträgen nur eine verschwindend geringe Anzahl mißbräuchlicher Klauseln gäbe und daher die Inhaltskontrolle nach den Art. L 132-1 ff. C. consom. überflüssig sei¹⁷¹⁰. Auch wenn diese Aussage bezweifelt werden darf, spielt die allgemeine inhaltliche Kontrolle nach dem C. consom. jedenfalls eine wesentlich geringere Rolle als beispielsweise in Deutschland die nach §§ 307 ff. BGB. Dies ist darauf zurückzuführen, daß bereits nach dem C. ass. eine umfangreiche Wirksamkeitskontrolle wichtiger Klauseln stattfand - bei Risikoausschlußklauseln auch bezüglich des Klauselinhalts. Der Maßstab der inhaltlichen Kontrolle wird bei beiden Gesetzen gleich verstanden: So wird ein „*déséquilibre significatif*“ iSd Generalklausel des Art. L 132-1 C. consom. dann angenommen, wenn eine oder mehrere Klauseln den Versicherungsschutz aushöhlen („*vider la garantie d´ une partie notable de sa substance*“); eine Ausschlußklausel wäre bei Aushöhlung wie gezeigt schon nicht „*limitée*“ iSd Art. L 113 -1 C. ass.¹⁷¹¹. Mitverantwortlich für die wesentlich geringere Anzahl der Urteile bezüglich „*clauses abusives*“¹⁷¹² im Vergleich zu den zahlreichen Entscheidungen insbesondere im Rahmen des Art. 113 –1 C. ass. ist aber sicherlich auch die Tatsache, daß bei letzterer Vorschrift eine Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen von Amts wegen¹⁷¹³ durchgeführt wurde, während dies bei Art. L 132-1 ff-C. consom strittig war¹⁷¹⁴ und überhaupt die eigenständige richterliche Prüfungskompetenz im Rahmen des C. consom. erst seit 1991 anerkannt war¹⁷¹⁵.

aa) Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach Art. L 132-1 ff. C. consom. bei Versicherungsverträgen

Das Verhältnis von Code des assurances und den Art. 132-1 ff. Code de la Consommation ist umstritten. Problematisch ist, daß weder vor noch nach Richtlinienumsetzung eine dem

¹⁷⁰⁹ Hier ist besonderer Wert auf die Rechtsanwendung durch die Rspr. zu legen (unter bb); außerdem Empfehlungen der Commission des clauses abusives (cc); Dekrete des Conseil d´ État mit Klauselverboten für Versicherungsverträge sind nicht vorhanden (allg. zu Dekreten im Versicherungsbereich, Lambert-Faivre, Rz. 218).

¹⁷¹⁰ Kullmann, RGAT 1996, S. 11f. – dies ist allerdings zweifelhaft angesichts der im Auftrag der Kommission durchgeführten Studien, die auch in französischen Versicherungsverträgen mißbräuchliche Klauseln entdeckten, vgl. Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg. , S. 31, 44f.

¹⁷¹¹ Vgl. Kullmann Anm. zu Cass. Civ. I v. 23. 2. 1999, RGDA 1999, S. 325 ff. , 329.

¹⁷¹² Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 19. „ . . la jurisprudence est fort maigre en ce domaine. “; auch in der CLAB - Kartei werden nur wenige Urteile aufgeführt.

¹⁷¹³ Berr/Groutel, Code des assurances, Art. 113-1, I A 2° Nr. 7.

¹⁷¹⁴ Vgl. Thiry-Duarte, Konferenzunterlagen, S. 267 ff. , 276; Paisant, D. 1995, S. 99 ff. , 104 .

¹⁷¹⁵ 2. Teil B III 4. a)aa); z. T. erinnern Formulierungen bereits an die Generalklausel des Art. L 132-1 C. consom: Cass. v. 19. 12. 1990, RGAT 1991, S. 155 ff. , 156, beruft sich aber für die Unanwendbarkeit einer Versicherungsbedingung auf Art. 1131 Code Civil („*J´ obligation. . . sur une cause illicite. . .*“), wohl auch, weil hier der persönliche Anwendungsbereich nicht eröffnet war.

Art. 1 II entsprechende gesetzliche Regelung vorhanden war und ist. Nach französischer Rechtslage unterfallen also auch deklaratorische Klauseln in Versicherungsverträgen der Inhaltskontrolle, inklusive der auf zwingenden Mußvorschriften des C. ass. beruhenden Klauseln¹⁷¹⁶. Würde ein Gericht eine Klausel, die nur eine zwingende Regelung umsetzt, für abusive und damit für unwirksam erklären, hätte dies für den Versicherer eine Zwickmühle zur Folge: entweder er ändert die Klausel und verstößt damit gegen den C. ass. und muß mit Sanktionen nach diesem Gesetz¹⁷¹⁷ rechnen; oder er beläßt die Klausel in dem Vertrag und verstößt gegen den C. consom. und gegen das Gerichtsurteil. Nach der (wohl herrschenden) Lehre ist die Kontrolle des C. consom. subsidiär und nur auf diejenigen vertraglichen Regelungen anzuwenden, die inhaltlich von dem C. ass. und untergeordneten Vorschriften, wie Dekreten und Verordnungen nicht erfaßt werden¹⁷¹⁸.

Aufgrund des mit dem C. consom. vergleichbaren Schutzzwecks des C. ass.¹⁷¹⁹ und dessen teilweise umfassenderen Schutzsystems¹⁷²⁰ ist dieser Ansicht jedenfalls insoweit zuzustimmen, als bei Klauseln, die inhaltlich mit Normen des C. ass. übereinstimmen oder die durch zwingende Regeln vorgeschrieben sind, keine inhaltliche Kontrolle nach den Art. 132-1 ff-C. consom. stattfinden sollte¹⁷²¹. Der Richter sollte im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht implizit die Rechtswidrigkeit einer Vorschrift des C. ass. aussprechen können. Auch aus der Begründung des französischen Gesetzgebers für die Nichtumsetzung des Art. 1 II der Klauselrichtlinie folgt nicht zwingend ein Gegenargument¹⁷²². Soweit in der Literatur jedoch eine Kontrollfreiheit über diese Fälle hinaus verlangt wird¹⁷²³, wäre dies nicht mit der Klauselrichtlinie vereinbar, denn nach Art. 1 II sind deklaratorische Klauseln nur dann der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen, wenn das

¹⁷¹⁶ Z. B. Musterklauseln („clauses-types“) für Pflichtvers. per Dekret oder Verordnung vorgeschrieben, Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 13 – diese umf. Kontrolle beruht auf der traditionell besonderen Sensibilität in Frankreich bzgl. Staatl. Machtausübung – schon nach dem Vorläufer-Gesetz n° 78-23 konnten durch Verordnung für zulässig erklärte Verträge der öffentl. Hand inhaltl. kontrolliert werden, Witz/Wolter, ZEuP 195, S. 885 ff., 889.

¹⁷¹⁷ Z. B. Weisung des aufsichtsführenden Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen gemäß Art. 310-8 C. ass., daß die betreffende Klausel wieder in den Vertrag aufzunehmen sei.

¹⁷¹⁸ Favre Rochex/Courtieu, S. 21, Rz-1-41; Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 13 ff.; a. A. Paisant, D. 1995, chr. S. 99 ff, der sich auf die Wertung des Gesetzgebers durch die mangelnde Umsetzung des Art. 1 II beruft.

¹⁷¹⁹ Zielt nach den Gesetzesvorarbeiten auf ein Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien („rétablir l' égalité entre les parties contractantes“), Kullmann, RGAT 1996, S. 11 f., 19, FN 23; die ungleiche Machtverteilung bei „contrats d' adhésion“ wurde als Beweggrund für den Schutz der schwächeren Partei, dem Partner des Versicherers, angegeben, vgl. Kullmann, S. 34 ff.

¹⁷²⁰ Der persönliche Anwendungsbereich ist – bis auf die Unterscheidung zwischen Massen- und Großrisiken, die in Richtung unternehmerische Bestimmung geht – nicht auf Verbraucher beschränkt, sondern erfaßt generell den Partner des Versicherers (Unterzeichner, Versicherter, Begünstigter); zu der Kontrolle der Einhaltung des C. ass. durch Ministerium für Wirtschaft und Finanzen, Verwaltungsbehörden (die auch Musterklauseln, sog. „clauses-types“ vorschreiben können) und eine besondere Commission, zu den Sanktionsmöglichkeiten, u. den bes. Transparenz- und Informationspflichten, vgl. Favre Rochex/Courtieu, Rz. 1-36 ff., 1-44.

¹⁷²¹ So Ghestin/Marchessaux, JCP 1995, doctrine, Nr. 3854; – bei Abweichung von zwingenden Regeln zum Nachteil des VN ist eine Klausel schon wegen dieses Verstosses unwirksam und wird durch die zwingende Regelung ersetzt, eine Inhaltskontrolle ist dann überflüssig, Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 16 ff.

¹⁷²² Nach den Gesetzesvorarbeiten hat der französische Gesetzgeber auf die Umsetzung des Art. 1 II hauptsächl. aus dem Grunde verzichtet, damit Klauseln in Verträgen der öffentlichen Daseinsvorsorge, die auf Gesetzen oder sonstigen Vorschriften beruhen, nicht kontrollfrei sind, bei Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 14, FN 7 – es gibt keine Hinweise, daß die Problematik von mit zwingendem Recht übereinst. Klauseln in privaten Verträgen – abgesehen von Lufttransportverträgen – erörtert wurde.

¹⁷²³ Vgl. Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 16 ff., 19: nur Klauseln, die einen Inhalt bzw. Problembereich betreffen, für den kein Spezialgesetz vorhanden ist, unterfallen der inhaltlichen Kontrolle ->Kontrollfreiheit wenn Vorschriften des C. ass. vertragl. Vereinbarungen ausdrücl. zulassen oder bei vertragl. Abweichung zugunsten des VN – m. E. ist hier die Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung nicht ausreichend berücksichtigt worden; bei Abweichungen von gesetzlichen Regelungen zugunsten des VN wird die betreffende Klausel idR nicht zu beanstanden sein.

dann der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen, wenn das Gesetz selbst eine abschließende eigene Wertung trifft¹⁷²⁴.

Auch die Commission des clauses abusives sieht ihre Zuständigkeit zu der inhaltlichen Untersuchung der Versicherungsverträge in keinster Weise durch die Existenz der z. T. bindenden Vorschriften im C. ass. und durch die danach erfolgende Verwaltungsaufsicht eingeschränkt, weil der C. ass. nur einen Mindestschutz für den Vertragspartner des Versicherers statuieren¹⁷²⁵. Die Commission erklärt daher auch solche Klauseln für mißbräuchlich iSd C. consom., die bereits nach dem C. ass. unwirksam sind¹⁷²⁶; etwa, weil die Anforderungen des Art. L 113-1 nicht erfüllt wurden¹⁷²⁷. Bei dieser weiten Auffassung der eigenen Kontrollzuständigkeit ist aber wieder zu bedenken, daß sich die Commission nicht unbedingt eng an die Vorschriften der Art. 132-1 ff. C. consom. hält¹⁷²⁸ und zudem nur unverbindliche Empfehlungen abgibt. Die Rechtsprechung kontrolliert zwar auch Klauseln, die einen grundsätzlich im C. ass. geregelten Bereich betreffen¹⁷²⁹, erklärt aber auch dann Klauseln mit Hinweis auf den Gesetzeswortlaut für wirksam, wenn das Gesetz keine abschließende Wertung enthält¹⁷³⁰.

bb) Rückschlüsse aus Rechtsprechung und Literatur¹⁷³¹

Es gibt wenig Rechtsprechung, die Versicherungsbedingungen inhaltlich daraufhin überprüft, ob sie „clauses abusives“ enthalten. Häufig beschränken sich die Gerichte auf Auslegung und Einbeziehungskontrolle, um eine Inhaltskontrolle zu vermeiden. Beispielhaft ist eine Entscheidung des Cour d'appel Toulouse, bei der zwar die Untersuchung, die betroffene Risikobeschränkung als mißbräuchlich zu qualifizieren, deutlich wurde, das Gericht blieb aber lediglich bei der Auslegung der Klausel zugunsten des VN¹⁷³².

Schon vor Umsetzung des Art. 4 II der Klauselrichtlinie in Art. L132-1 VII C. consom. war das Problem der Inhaltskontrolle von Risikodefinitionen („clauses de définition du risque“) zu Beginn der AVB in der Rechtsprechung aufgetaucht. Hinsichtlich deren Kontrollunterworfenheit bestand bei den unterinstanzlichen Gerichten keine Einigkeit. Der

¹⁷²⁴ Vgl. oben unter 2. Teil A II 3.

¹⁷²⁵ Rec. n° 85-04 v. 20. 9. 1985, erster Abs. .

¹⁷²⁶ Z. B. Rec. n° 89-01 v. 19. 5. 1989, dort Erw. in Abs. 2: „considérant que ces clauses, bien licites au regard des articles du Code des assurances, n´ en sont pas moins très dangereuses pour l´ assuré; . . .“.

¹⁷²⁷ Z. B. Rec. n° 85-04 v. 20. 9. 1985, dort Erw. in Abs. 41 bzw. Empf. 29°/30°; Erw. in Abs. 47 (ne répondent pas . . . à l´ exigence formulée par l´ article L. 1131 et sont donc à la fois illégales et abusives. . . .“) bzw. Empf. 36°; Rec. n° 90-01 v. 10. 11. 1989, dort Erw. in Abs. 4 unter der Rubrik „définitions et exclusions de garanties“ und Erw. in Abs. 5 - die Commission erklärt auch Klauseln für mißbräuchlich, die schon aufgrund mangelnder Einbez. im Einzelfall nicht wirks. sind, Rec. n°90-01 v. 10. 11. 1989, Erw. der Abs. 2 und 3 unter „modifications des contrats“.

¹⁷²⁸ 2. Teil B III 4. a)aa).

¹⁷²⁹ Entgegen der zu weitgehenden Litansicht, die auch hier von einer Kontrollfreiheit ausgeht, tribunal de grande instance de Paris, ch. 1ere, v. 1. 3. 1995, CLAB FR 000170 - bei den bes. Wirksamkeitsvoraus. des C. ass. wird die Problematik deklarator. Kl. unterschiedl. gehandhabt: Art. 112-4 C. ass. gilt nicht für gesetzeswiederh. Kl. ; bei Art. 113-1 C. ass. werden die Kl. Ansch. kontrolliert, aber wegen Übereinst. mit Gesetz für wirksam gehalten(s. o.).

¹⁷³⁰ Civ. I, v. 20. 1. 1993, RGAT 1993, S. 336 ff. m. Anm. Kullmann: wirksame Klausel mit Kündigungsrecht des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles – Art. R 113-10 C. ass. , auf den sich das Gericht beruft, beinhaltet m. E. aber nur eine abschließende Wertung hinsichtlich der RF solcher Klauseln („Dans le cas, où une police prévoit pour l´ assureur la faculté de résilier le contrat après sinistre, la résiliation ne peut prendre effet. . . .“).

¹⁷³¹ Ausführlich zu den Literaturansichten bezüglich Art. 4 II und EG 19, Satz 3 unten unter 2. Teil C III.

¹⁷³² V. 4. 5. 1995, Resp. civ. et assur. 1996, comm. n°318; gegen Mehrdeutigkeit: Cass. v. 7. 12. 1999, RGDA 2000, S. 44 f. , 45 m. zust. Anm. Kullmann, S. 46; Cass. Civ. I, v. 17. 3. 1998, RGDA 1998, S. 769 ff. m. Anm. Kullmann.

Cour d' appel de Chambéry¹⁷³³ befand eine Klausel in einer Invaliditätsversicherung („garantie invalidité“), nach der der Invalidität nur bei absoluter und endgültiger Unfähigkeit jeglicher Erwerbstätigkeit des VN und Angewiesensein auf fremde Hilfe zur Alltagsbewältigung vorliegt, mit der Begründung nicht für „abusiv“, daß sie präzise das von dem Versicherer übernommene versicherte Risiko definiere¹⁷³⁴. Solche Definitionen des Inhalts der versprochenen Leistung des Versicherers, die von dem VN angenommen wurden („librement acceptées“), könnten nur Auslegungsprobleme aufwerfen, nicht aber inhaltlich kontrolliert werden. Hier wird also unter Berufung auf die Vertragsfreiheit die Auslegung der Inhaltskontrolle vorgezogen – die gleiche Abgrenzung von Vertragsfreiheit und Transparenz/Inhaltskontrolle ist auch bei Art. 4 II der Klauselrichtlinie zu treffen¹⁷³⁵. Es bleibt aber unklar, ob das Gericht diese Frage bei der Prüfungsstufe der Kontrollunterworfenheit oder erst im Rahmen der eigentlichen Inhaltskontrolle einordnet, wenn auch die Abgrenzung Inhaltskontrolle/Auslegung für erstere Prüfungsstufe spricht¹⁷³⁶. Eine zeitlich spätere des CA Toulouse ebenfalls zu der Definition eines unbestimmten Begriffs der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos und eine frühere zu einer ähnlich leistungskonkretisierenden Klausel kamen zu einem anderen Ergebnis. Sie kontrollierten diese Klauseln. Allerdings lassen diese noch nicht unbedingt eindeutige Schlüsse auf den Kontrollbereich der Art. L 132-1 ff-C. consom. zu¹⁷³⁷.

Eindeutig unterwirft aber der Cour de Cassation - auch nach Umsetzung der Klauselrichtlinie – Risikodefinitionen der inhaltlichen Kontrolle. Im Fall einer Versicherung für die Zeit der Arbeitsaufgabe als Folge von Krankheit oder eines Unfalls, in der die Arbeitsaufgabe als totale Arbeitsunfähigkeit des VN („l' incapacité temporaire totale de travail de l' assuré“) definiert wird¹⁷³⁸. Streitgegenstand war eine Klausel, die wiederum - wie in dem eben genannten Urteil des CA Toulouse - die „l' incapacite totale detravail“ einschränkend

¹⁷³³ Unveröff. Urteil des CA Chambéry, Ch. civ. , v. 22. 11. 1994, bei Paisant, D. 1995 chr. , S. 99 ff. , 101, dort FN 21.

¹⁷³⁴ „ . . . définissent précisément le risque garanti par l' assureur ne sont pas abusives au sens de la loi“ – wobei offenbleibt, ob das Gericht die Problematik bei Art. 132-1 C. consom. ansiedelt, etwa bei der Frage, ob es sich um eine Haftungsbeschr. o. eine Klausel hinsichtl. der Beschaffenheit der Sache im Sinne dieser Vorschrift handelt oder, ob bereits der Art. 4 II der KlauselRL eine Rolle im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung spielte.

¹⁷³⁵ Vgl. hierzu auch Pizzio, Code de la Consommation, Art. 132-1, 2 S. 101/102 und Paisant, D. 1995 chr. , S. 99 ff. , 101: die Beanstandung des Hauptgegenstands sei nur eine Frage der Auslegung, was die Parteien vereinbaren wollen, nicht aber ein Fall der Inhaltskontrolle .

¹⁷³⁶ Zus. fass. bei Paisant: „ne sont pas abusives au sens de la loi“ spricht dagegen wieder für die inhaltl. Kontrolle .

¹⁷³⁷ O. g. Urteil, CA de Toulouse v. 4. 5. 1995, Resp. civ. et assur. 1996, comm. , n°. 318 (vgl. Courtieu, Resp. civ. et ass. 1996 chr. , S. 5 ff.) betraf die Definition der Arbeitsunfähigkeit („l' incapacité totale de travail“) in einer Arbeitsunfähigkeitsversicherung als Unmöglichkeit, *irgendeine berufliche* Tätigkeit auszuüben. Zwar hält das Gericht die Klausel für eine besondere Begünstigung des Versicherers, die wohl mißbräuchlich sei, da in dem vorliegenden Fall eines Handwerkers immer eine intellektuelle Tätigkeit möglich sei und hält grdstzl. eine Inhaltskontr. für zul. – allerdings bleibt das Gericht i. E. nur bei der Auslegung zugunsten des VN; auch der CA de Riom, v. 14. 12. 1995, RGDA 1996, S. 697 f. m. Anm. Maleville hielt die Definition für mehrdeutig und legte „repandre une activité professionnelle“ dahingehend aus, daß nur die *bisher ausgeübte* Tätigkeit gemeint sei; aA gegen Mehrdeutigkeit Cass. Civ. I, v. 17. 3. 1998, RGDA 1998, S. 769 ff. m. krit. Anm. Kullmann – zust. zu CA de Toulouse, Kullmann, RGAT 1996 S. 11 ff. , 22, der die Kl. als „clause qui définit positivement le risque garanti“ bezeichnet, die nach Ums. des Art. 4 II in Art. 332-1VII C. consom. der inhaltl. Kontrolle entzogen sei und nur ausgelegt werden könne; ders. aber zu gleicher Kl. zust. zu Inhaltsk. in Anm. zu Cass. , RGDA 2000, S. 46;

CA Lyon, v. 28. 3. 1991, RGAT 1991, S. 900 ff. m. Anm. Kullmann- Klausel in einer Versicherung für Invalidität infolge Krankheit oder Unfall, die den Versicherungsfall der Invalidität so definiert, daß die Invalidität während der Laufzeit des Vertrages ärztlich festgestellt worden sein muß, sei mißbräuchlich. Allerdings ergab sich die Mißbräuchlichkeit nicht schon allein aufgrund der einschr. Definition, sondern nur in Kombination mit einer – für sich genommen wirksamen – Klausel, nach der der Vertrag jährlich kündbar ist: bei Kenntnis des Ereignisses, das eine Invalidität nach sich ziehen könnte, könne sich der Versicherer aufgrund des Kündigungsrechts der Deckungspflicht im Falle der Invalidität entziehen; krit. Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff.

¹⁷³⁸ Cass. Civ. I v. 7. 12. 1999, RGDA 2000, S. 44 ff. m. Anm. Kullmann.

als Unfähigkeit, irgendeine berufliche Tätigkeit auszuüben, definierte¹⁷³⁹. Anders als der Cour d' appel hielt der Cour de Cassation diese einschränkende Definition weder für mehrdeutig, noch für mißbräuchlich. Da die Frage der Kontrollunterworfenheit nicht problematisiert wird, sind wiederum keine Prüfungsstufen erkennbar¹⁷⁴⁰.

Es handelte sich zwar nicht um die Definition eines unbestimmten Begriffes der allgemeinen Risikoumschreibung (hier: Arbeitsaufgabe als Folge von Krankheit oder Unfall), sondern bereits um die „zweite Definitionsstufe“, jedoch bestehen keine Hinweise, daß nicht auch die Definition der Arbeitsaufgabe, Krankheit o. Unfall von der Rechtsprechung kontrolliert werden würde¹⁷⁴¹. Denn die französische Rechtsprechung kontrolliert auch andere leistungsbeschreibende Klauseln hinsichtlich ihres Inhalts: z. B. Obliegenheiten¹⁷⁴², Klauseln, die den Versicherungsschutz von einer formellen Forderung des Opfers noch innerhalb der Laufzeit des Vertrages abhängig machen¹⁷⁴³ und Wartezeitklauseln in Versicherungen für Arbeitsplatzverlust („perte d' emploi“)¹⁷⁴⁴ oder bezüglich Krankheit in Versicherungen für diverse persönliche Risiken¹⁷⁴⁵. Soweit ersichtlich, gibt es aber in Frankreich kein Urteil, bei dem die allgemeinste Umschreibung des versicherten Risikos selbst inhaltlich kontrolliert wird.

Es wird auch nicht auf Bestimmungen der Klauselrichtlinie Bezug genommen, insbesondere nicht auf Art. 4 II, dessen Umsetzung in Art. 132-1 VII C. consom. oder auf EG 19 Satz 3. Bei EG 19 Satz 3 kann dies auch darin begründet sein, daß dieser z. T. nicht der Prüfungsstufe der Kontrollunterworfenheit, sondern der Inhaltskontrolle als Rechtfertigung einer risikobeschränkenden Klausel durch Berücksichtigung bei der Prämienhöhe zugeordnet wird¹⁷⁴⁶. Dieses Verständnis steht möglicherweise im Zusammenhang mit dem nach französischem Recht generell zulässigen Preisargument. Bei der Rechtsprechung im Versi-

¹⁷³⁹ „ . . . qu' il y a incapacité totale de travail lorsque l' assuré ne peut exercer aucune activité professionnelle, qu' il s' agisse d' une activité effective, de direction ou de surveillance. ”; auch Cass. Civ. I v. 16. 1. 2001, RGDA 2001, S. 294 f. m. Anm. Kullmann kontrollierte nähere Definition von „l' incapacité temporaire de travail“, wobei der genaue Wortlaut unklar blieb, vgl. Anm. Kullmann).

¹⁷⁴⁰ Möglicherweise folgt die Rspr. i. E. sogar der Lit. ansicht, die EG 19, Satz 3 und damit die Berücksichtigung bei der Prämienkalkulation als Rechtfertigung ansieht, so Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , S. 21; ders. in Anm. zu Urteil, RGDA 2000, S. 46, führt aus, daß eine Versicherung für Unfähigkeit, den *bisherigen* Beruf auszuüben, eine andere, und teurere Versicherung sei; die Rspr. hält Risikodefinitionen regelmäßig für nicht mißbräuchlich, vgl. Anm. Kullmann, RGDA 2001, S. 371; ders. erwägt Aufklärungspfl. des Kreditgebers, der eine dementspr. beschr. Gruppenvers. anbietet, Anm. zu Cass. , RGDA 1998, S. 769ff. , 772, vgl. aber unterschiedl. Ergebnisse bei Cass. Civ. I, v. 1. 12. und 12. 11. 1998, RGDA 1999, S. 426 ff. , m. Anm. Kullmann.

¹⁷⁴¹ Von der Literatur werden die Definitionen von „incapacité temporaire“ oder „l' incapacité totale“, o. ä. anscheinend immer gleich behandelt, ob sie nun die erste (Anm. Kullmann zu Cass. Civ. I, v. 17. 3. 1998; RGDA 1998, S. 769 ff. – hier ging es i. E. nur um Auslegung) oder wie hier die 2. Definitionsstufe darstellen.

¹⁷⁴² Tribunal de grande instance de Paris v. 1. 3. 1995, INC n° 3055, CLAB FR 000169 u. 000170 (beides bzgl. Angabepfl.); Cass. v. 1. 2. 2000, RGDA 2000, S. 48 f. m. Anm. Kullmann (Kl. in Diebstahlsvers. , nach der VN während best. Nachtzeiten o. Abwesenheit von mehr als 15 St. Schließ- und Schutzmaßnahmen vornehmen muß).

¹⁷⁴³ Z. B. Cass. Civ. I, v. 19. 12. 1990, RGAT 1991, S. 155 ff. m. Anm. Bigot; zwar keine Kontrolle nach den Art. 132-1 ff. C. consom. , da der VN nicht in den persönlichen Schutzbereich fällt, aber die Formulierungen und Beweggründe für die Nichtigkeit („avantage illicite“, „réputée non écrite“) sind vergleichbar.

¹⁷⁴⁴ Tribunal de grande instance de Paris v. 1. 3. 1995, CLAB FR 000140; CA de Nimes, 2 e Ch. A, INC n° 3453 v. 19. 3. 1998, CLAB FR 000766 und 000767 .

¹⁷⁴⁵ Cass. Civ. I, v. 13. 2. 2001, RGDA 2001, S. 370 f. (1 Jahr wirksam), aA Kullmann in Anm. S. 371 f. , 372 – Gericht kontrollierte anhand Art. 1134 Code Civil (Treu und Glauben) und nicht nach dem an sich auf den Fall auch anwendbaren Art. 132-1 C. consom. a. F. , vgl. Kritik Kullmann, S. 372, allerdings ist unklar, ob dies bedeutet, daß die Klausel als „définition du risque garanti“ dem Art. 132 -1 C. consom. entzogen sein soll.

¹⁷⁴⁶ Z. B. Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21: „Le caractère abusif est donc écarté quand la prime est réellement calculée en fonction de l' étendue de la garantie, l' équilibre étant alors évidemment respecté. ”.

cherungsbereich ist auffällig, daß im Rahmen der Inhaltskontrolle oft mit dem Preis-Leistungs-Verhältnis argumentiert wird, ob nur als Begründung der Aushöhlung¹⁷⁴⁷ oder generell als Preisargument¹⁷⁴⁸. Der Cour d' appel de Colmar¹⁷⁴⁹ führte beispielsweise bezüglich einer Änderungsklausel praktisch eine Angemessenheitskontrolle des Preis-Leistungs-Verhältnisses durch, indem es ein „avantage excessif“ iSd Generalklausel Art. L132-1 C. consom. a. F. unter anderem mit den Argumenten verneint, daß die geforderte Versicherungsprämie nicht den von Konkurrenzunternehmen verlangten Preis übersteige und daß kein Ungleichgewicht zwischen der Versicherungsleistung und ihrem Preis bestünde¹⁷⁵⁰. Auch in der Literatur wird noch nach Richtlinienumsetzung vertreten, daß das „déséquilibre significatif“ der Generalklausel im Vergleich zu der Prämie („comparée à la prime“) zu prüfen sei¹⁷⁵¹. Diese Anwendung des Preisargumentes ist aber – genauso wie die entsprechende Forderung für die „Aushöhlungsprüfung“ iSd Art. 113 -1 C. ass. (s. o.) – nicht mehr mit Art. 4 II vereinbar¹⁷⁵².

Teilweise finden sich in den französischen Urteilen Argumentationen im Rahmen der Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen, die mit dem deutschen Verständnis des Transparenzgebotes im Rahmen des § 9 AGBG a. F. (nunmehr § 307 I 2 BGB) vergleichbar sind: durch Urteil vom 1. 3. 1995 erklärte das tribunal de grande instance de Paris z. B. eine Klausel, nach der der VN bestimmte Umstände verbindlich erklären soll (z. B. , daß er nicht arbeitsunfähig sei, nicht mit einer Gebrechlichkeit oder Invalidität befallen sei, etc), mit dem Argument für unwirksam, daß sie nur vage und unpräzise Formulierungen enthalte, die zudem für einige VN auch unverständlich seien. Diese Formulierungen eröffnen dem Versicherer die Möglichkeit, bei Eintreten des Versicherungsfalles den Versicherungsschutz zu verweigern oder den Vertrag wegen falscher Anzeige des VN zu kündigen¹⁷⁵³. Dies ähnelt sehr der deutschen Argumentation in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot¹⁷⁵⁴, nach der sich der Verwender nicht durch die Wahl unbestimmter oder unverständ-

¹⁷⁴⁷ Z. B. Cass. Civ. I, v. 19. 12. 1990, RGAT 1991, S. 155 ff., 156 m. Anm. J. Bogot: „ . . un avantage illicite. . . au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie“.

¹⁷⁴⁸ Vgl. Cass. Civ. I, v. 7. 7. 1998, JCP ed. G. 1998 V, 3034 :Klausel in einer Diebstahlversicherung, nach der der VN einen Diebstahl unter bestimmten Umständen beweisen muß – aufgr. der insg. niedrigen Prämie bei dem Versicherungstyp „multirisque-habitation“ (Mehrfachrisikopolice) könne er aber nicht von einer vollen Deckung aller Diebstahlsrisiken ausgehen, denn sonst wäre die Kalkulation des Versicherers falsch – d. h. die vergleichsw. geringe Prämienhöhe verhindert, daß weitergehende Deckungserwartungen berechtigt sind.

¹⁷⁴⁹ V. 16. 6. 1995, RGAT 1995, S. 624 ff., 631/32 m. Anm. Bigot - bzgl. Zusatzvers. für die Laufzeit eines Kredites, die das Risiko der Arbeitslosigkeit des Kreditnehmers abdeckte, nach Streitgegenständl. Klausel ist Vers. nach 4 Jahren berechtigt, je nach Entwickl. des Arbeitslosigkeitsrisikos die ursprüngl. Bed. zu revidieren („Il se réserve la possibilité de revoir les conditions à partir de la quatrième année, selon l' évolution du risque de chômage“).

¹⁷⁵⁰ In dem vorliegenden Fall der Prämienhöhung konnte der Versicherer nachweisen, daß sich das Arbeitslosigkeitsrisiko extrem nachteilig für ihn entwickelt hat (100 Millionen Francs Defizit) und der VN in wurde ein Rücktrittsrecht eingeräumt- i. E. ging es weniger um die Änderungsklausel als solche als um die Höhe der neugeforderten Prämie und damit um die Anwendbarkeit im konkreten Fall; nach Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 25 sei die Änderungsklausel nun mit Blick auf den Nr. 1 j) des Annexes wirksam, da der Versicherer einen triftigen Grund hatte, der auch im Vertrag spezifiziert war – vobehaltl. der Tatsache, daß bei Erfüllen der Vor. der Nr. 1 nicht automatisch ohne Abwägung ein Umkehrschluß auf die Wirksamkeit einer Klausel gezogen werden kann (nur Indiz), mag dies stimmen.

¹⁷⁵¹ Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff., 22 f.

¹⁷⁵² Vgl. oben unter 2. Teil B VII – so tendenziell CA de Colmar, v. 16. 6. 1995, RGAT 1995, S. 624 ff. 631 u. Anm. Bigot S. 634 (wobei nicht eindeutig ist, ob deren Äußerungen sogar eine Kontrollfreiheit der Änderungsklausel meinen); auch Favre Rochex/Courtieu, S. 20/21, Rz. 1-40; Lambert-Faivre, Rz. 153.

¹⁷⁵³ CLAB FR 000169: „ . . susceptible d' entraîner de la part de l' adhérent une réponse ou une absence de réponse et en cas de sinistre l' assureur pourra tenir, pour refuser la garantie ou demander la résiliation du contrat, pour une déclaration fautive ou inexacte“.

¹⁷⁵⁴ Ähnliche Richtung auch CA de Lyon v. 23. 5. 1996, CLAB FR 000324, nach dem eine Prämienhöhungsklausel nichtig sei, weil sie voraussetzungslos erfolgen durfte.

licher Formulierungen ein Beurteilungsermessen bezüglich der vertraglichen Rechte und Pflichten im Einzelfall ermöglichen darf. Auch das (deutsche) Täuschungsverbot läßt sich in diesem Urteil erkennen, nach dem eine das Gesetz nur unvollständig wiedergebende Klausel ebenfalls für unwirksam gehalten wird¹⁷⁵⁵. Nach Umsetzung der Klauselrichtlinie ist das Transparenzgebot in Art. 133-2 C. consom. („ . rédigées de façon claire et compréhensible“) enthalten.

cc) Rückschlüsse aus den Empfehlungen der Commission des clauses abusives¹⁷⁵⁶

Die Empfehlungen der Commission können nur bedingt herangezogen werden, um den Umfang der inhaltlichen Kontrolle von Versicherungsbedingungen in Frankreich zu bestimmen, weil die Commission in ihren unverbindlichen Äußerungen zum Teil auch über den gesetzlichen Anwendungsbereich der Art. 132-1 ff. C. consom. hinausgeht¹⁷⁵⁷. Besonders hervorzuheben ist die Empfehlung (Rec.) N° 85-04 vom 20. 9. 1985 bezüglich Mehrfachrisikopolicen („multirisque-habitation“), die in Frankreich sehr verbreitet sind¹⁷⁵⁸, weil aufgrund dieser Empfehlung mit Gesetz n° 89-1014 vom 31. 12. 1989 mehrere Änderungen in den C. ass. aufgenommen wurden¹⁷⁵⁹. Die Commission empfiehlt darin die Entfernung von insgesamt 39 Versicherungsklauseln¹⁷⁶⁰, darunter viele bereits nach dem C. ass. unzulässige Klauseln¹⁷⁶¹.

Der Kontrollbereich der Commissions- Empfehlungen ist sehr umfassend: u. a. werden auch Leistungsbeschränkungs-, Risikoausschluß-, Deckungsbeschränkungsklauseln oder Obliegenheiten überprüft. Ein Großteil der Erwägungen diesbezüglich gehen allerdings dahin, (nur) allgemein die Transparenz der Versicherungsverträge für den VN zu verbessern, damit dieser erkennen kann, welches Risiko gedeckt ist und mit welcher Entschädigungssumme er im Einzelfall rechnen kann¹⁷⁶². Auf die Transparenz wird auch bei anderen

¹⁷⁵⁵ Klausel, die bei falscher Anzeige des VN die Nichtigkeit des Vertrages vorsieht - wird für unwirksam gehalten, weil sie entgegen der gesetzl. Regelung, die eine Nichtigkeit nur bei absichtl. falscher Anzeige („fausse déclaration intentionnelle“) vorsieht, einem Laien eine weitergehende Regelung vorspiegelt, CLAB FR 000170.

¹⁷⁵⁶ Vor RL-Umsetzung befaßten sich vier Empfehlungen direkt mit Versicherungsverträgen: N° 85-04 sur l' assurance „multirisque-habitation“ (Mehrfachrisikopolicen); N° 89-01 sur l' assurance des véhicules automobiles de tourisme (KfZ. Haftpflichtversicherung); N° 90-01 sur l' assurance complémentaire à un crédit (Zusatzversicherung bei Verbraucher- oder Immobiliarkrediten); N° 90-02 sur l' assurance „dommages-ouvrages“ (Gebäudeschutzversicherung), abgedr. bei Calais-Auloy, Code de la Consommation, Appendice - keine einzige Empfehlung wurde durch Dekret des Staatsrats (Conseil d' État) umgesetzt, LambertFaivre, Rz. 147.

¹⁷⁵⁷ Vgl. oben unter 2. Teil B III 4. a)aa) .

¹⁷⁵⁸ Diese Empfehlung wird hier hauptsächlich und beispielhaft erörtert - soweit in den FN keine näheren Angaben gemacht werden, handelt es sich um Hinweise auf diese Empfehlung („multirisque-habitation“); ähnliche und übereinstimmende Punkte finden sich auch in den anderen Empfehlungen.

¹⁷⁵⁹ Dazu im einzelnen, vgl. Favre Rochex/Courtieu, S. 21, Rz. 1-42.

¹⁷⁶⁰ Klauseln werden z. T. für mißbräuchlich (abusives) gehalten, z. T. nur Verbesserungsvorschläge gegeben .

¹⁷⁶¹ Vgl. 2. Teil C II 3. a)- viele Argumentationen der Commission sind mit der Prüfung nach Art. 113-1 C. ass. vergleichbar (nur teilweise wird Art. 113-1 auch genannt) z. B. Erw. in Abs. 34: Klauseln , nach denen der VN „prendre toutes les mesures préventives pour la sécurité de ses biens“ ist zu vage formuliert;; Erw. in Abs. 47: „faute lourde“ oder „inexcusable“ sind zu vage und unpräzise formuliert, desgleichen in Erw. im Abs. 48; z. T. Aushöhlungsargument (z. B. „ . . . vider la garantie de sa substance“) vgl. Erw. in Abs. 40 ; Erw. in Abs. 44.

¹⁷⁶² Auch Rec. n° 90-01 v. 10. 11. 1989, dort in der Erw. im Abs. 1 der Rubrik „définitions et exclusions de garanties“; die Commission schlägt vor, die Definitionen, Risikoausschlüsse, Deckungsausschlüsse etc. jeweils auf einer Seite zu bündeln, z. B. Erw. in Abs. 28; dazu Empf. III 3° (alle Deckungseinschr. und Selbstbehaltskl. auch auf einem zusammenfassenden Dok.); 4° (bei Mischvers. für jede Branche diese beiden Listen (4° a): „ . . . formulées en caractères très apparentes et regroupant tous les cas dans lesquels la garantie est écartée. . .“) - indir. Risikobeschr. , versteckt in Begriffsdefinitionen, sollen vermieden werden, z. B. Empf. 16°- unverständliche Fachwörter oder unverständl. , mehrdeutige oder unbest. Formulierungen sollen entfernt werden, z. B. zu ersterem Erw. in Abs. 29, Empf. III 5° (z. B. immaterieller Schaden; Gebrauchswert; Neuwert etc.); zu letzterem Erw. der Absätze 34, 39, 46, 47 ff. ; Empf. 20°, 29°, 35°, 36°.

wichtigen Klauseln, wie z. B. der automatischen Vertragsverlängerung¹⁷⁶³ oder bezüglich der Vertragsdauer und Kündigungsrechten¹⁷⁶⁴ besonderer Wert gelegt. Die Commission überprüft nicht nur die vollständige und lesbare Information¹⁷⁶⁵, sondern sie betont mehrfach das Bestimmtheitsgebot. Wie in Deutschland im Rahmen des § 9 AGBG a. F. (jetzt § 307 I 2 BGB) wird argumentiert, daß es dem Versicherer nicht durch unklare, mehrdeutige Formulierungen und unübersichtliche Risikobeschreibungen möglich sein darf, seine eigene Leistungspflicht selbst zu bestimmen, indem er die Vertragsbedingungen je nach Einzelfall entsprechend interpretiert¹⁷⁶⁶. Die Commission geht also – genauso wie die o. g. Rechtsprechung – davon aus, daß die Intransparenz zu einem Nachteil iSd Generalklausel des Art. 132-1 C. consom. führen kann.¹⁷⁶⁷ Neben der Transparenzkontrolle überprüfte die Commission leistungsbeschreibende Klauseln - z. B. auch diverse direkte und indirekte Risikoausschlüsse oder Deckungsbeschränkungen¹⁷⁶⁸ oder Obliegenheiten (z. B. Anzeigepflichten¹⁷⁶⁹) - aber auch in Bezug auf ihren Inhalt. Bezüglich der schlagwortartigen Produktbezeichnungen und den allgemeinsten Umschreibungen des versicherten Risikos werden aber (nur) Transparenzanforderungen aufgestellt, die allerdings sehr umfangreich sind¹⁷⁷⁰.

c) Ergebnis bzgl. des Umfangs der inhaltlichen Kontrolle von Versicherungsverträgen nach dem Code de la Consommation

Weder in der Rechtsprechung, noch in der Literatur gab es vor oder nach Umsetzung der Klauselrichtlinie - insbesondere des Art. 4 II iVm EG 19 Satz 3¹⁷⁷¹ - eine große Diskussion

¹⁷⁶³ Z. B. Empf. II 2° „en caractères très apparents et en tête du contrat“.

¹⁷⁶⁴ Z. B. Empf. unter II.

¹⁷⁶⁵ Rec. n° 90-01 v. 10. 11. 1089 unter Rubrik „présentation des contrats“, Abs. 1: „ . . le consommateur soit informé de façon aussi claire et complète“, Abs. 4: „ . . insuffisamment lisible du fait de l’ emploi de caractères trop pâles ou trop petits“; unter der Rubrik „définitions et exclusions de garantie“, Abs. 3 wird Bezug auf die Regelung des Art. 112 -4 C. ass. genommen: „ . . en caractères très apparents“.

¹⁷⁶⁶ Z. B. Erw. in Abs. 34: der VN sei im Versicherungsfall aufgrund unklarer Formulierungen seiner Pflichten „à la merci de l’ assureur“; Erw. in Abs. 41: unbest. Formulierungen „ . . donnent à l’ assureur la faculté de discuter presque systématiquement l’ application de la garantie“; Rec. n° 8901, dort in Erw. in Abs. 20: „ . . cette garantie apparaît ainsi trompeuse puisque l’ assureur se trouve en situation de déterminer lui-même , en fonction de sa propre interprétation des renseignements divers et difficilement contrôlables. . . s’ il accorde ou non sa garantie. . .“.

¹⁷⁶⁷ Z. T. „(ayant) pour objet ou pour effet“ wie in der Generalklausel des Art. 132 -1 C. Consom. ; z. T. ausdrücklich als „abusive“ bezeichnet, z. B. Erw. in Abs. 41, 47; Bsp. aus Rec. n° 90 -02 v. 10. 11. 1989, Empf. 5°.

¹⁷⁶⁸ Z. B. Erw. in Abs. 45, Erw. in Abs. 38 (Haftungsausschluß für Diebstahl, wenn die Räumlichkeiten 45 Tage unbeaufsichtigt waren – nach dt. Recht verhüllte Obliegenheit); Rec. n° 90-02 v. 10. 11. 1989, insb. Erw. 2, 6, 7; Rec. n° 90-01 v. 10. 11. 1989: bei Versicherung „incapacité temporaire“ seien Ausschlußklauseln für Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Schwangerschaft/ Mutterschaft generell oder während der gesetzlich vorgesehenen Schutz- bzw. Urlaubszeiten mißbräuchlich, ebenso Ausschluß bei teilweiser Arbeitsfähigkeit, wenn nicht in der allgemeinen Definition die Formulierung „incapacité temporaire totale“ auftaucht, vgl. Erw. der Absätze 2 und 6 in der Rubrik „garantie incapacité temporaire“.

¹⁷⁶⁹ Erw. in Absätzen 5, 23.

¹⁷⁷⁰ Vgl. Erw. in Abs. 26; sehr weitgehende Vorschläge (vgl. nur 8°, 9°, 12°15°, 16°) iVm den Erw. der Rubriken „Garantie Invalidité totale“, „Garantie Incapacité temporaire“, „Garantie Perte d’ emploi“ der Rec. n° 90 -01 v. 10. 11. 1989: Kritik an mehrdeutigen, mißverständlichen bzw. irreführenden Versicherungstiteln– z. B. Vorschlag 15° iVm Erw. unter „Garantie perte d’ emploi“: Arbeitslosigkeitsversicherungen sollen nicht pauschal „assurance-chômage“ genannt werden , wenn sie nur best. Verbraucher, unter best. Umständen und Bedingungen erfassen; der Titel soll mit der tatsächlichen Reichweite der Versicherung korrespondieren; vgl. auch unter „Garantie Incapacité temporaire“, Abs. IVff. : Versicherungen, die erst ab best. Dauer der Arbeitsunfähigkeit gelten, sollten „maladie longue durée“ genannt werden.

¹⁷⁷¹ Satz 3 in französischer Fassung: „ . . les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l’ engagement de l’ assureur ne font pas objet d’ une telle appréciation lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur. ” – zwar kann dès lors que sowohl als Schlußfolgerung (da ja) als auch als Voraussetzung (sobald, als) übersetzt werden, wird aber in letzterem Sinne verstanden, Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21: „quand“ (=wenn); aA MüKo -Basedow, § 23 AGBG, Rz. 106.

bezüglich des kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsverträgen im Rahmen des Code de la Consommation, was wohl wiederum mit den bereits bestehenden Kontrollmöglichkeiten nach dem Code des assurances zusammenhängt. Häufig wird nicht genau zwischen der Frage der Kontrollunterworfenheit und der nächsten Prüfungsstufe der eigentlichen Inhaltskontrolle unterschieden¹⁷⁷². Trotz früherer Einschränkungen bezüglich positiver Risikodefinitionen (z.B. von ‚J’ incapacité totale‘) zu Beginn der AVB kann hinsichtlich der Rechtsprechung (und der Commission) von einer nahezu umfassenden inhaltlichen Kontrolle auch leistungsbeschreibender Versicherungsbedingungen nach den Art. 132-1 ff. C. consom. gesprochen werden, insbesondere auch von direkten/indirekten Risikoausschlüssen, Deckungsbeschränkungen und Obliegenheiten. Die Tendenz, auch positive Definitionen von Begrifflichkeiten der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos inhaltlich zu kontrollieren, läßt für den kontrollfreien Bereich allenfalls einen sehr engen Kernbereich übrig. Für diesen Bereich blieben die schlagwortartige Produktbezeichnung durch den Titel und die allgemeinste Umschreibung des versicherten Risikos, des versicherten Gegenstands und der versicherten Person übrig (bisher noch nicht kontrolliert).

So sind auch nach Kullmann nur diejenigen Klauseln, die das versicherte Risiko abgrenzen („clauses de délimitation du risque garanti“) bzw. definieren („définition de risque“), als Hauptgegenstand des Vertrages zu verstehen und von EG 19 Satz 3 gemeint; nicht aber andere leistungsbeschreibende Klauseln, wie „conditions de garantie“ und „exclusions“¹⁷⁷³. Anders als im Rahmen des Art. L 113-1 C. ass. würde es danach auf die Abgrenzung von „définition de risque“ und „condition de garantie“ ankommen, die bei Art. 113 -1 beide als Gegenstück zu den kontrollunterworfenen „exclusions“ von dem Anwendungsbereich ausgenommen sind (s. o.). Eine klare Abgrenzung ist bisher allerdings weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung zu erkennen¹⁷⁷⁴. Zudem ist zweifelhaft, ob die Rechtsprechung Kullmann’s Ansicht entspricht, da sie z. B. mit Wartezeitklauseln, die sie als „définition de risque“ qualifizierte¹⁷⁷⁵, auch außerhalb der allgemeinsten Umschreibung Klauseln inhaltlich kontrolliert (s. o.). In jedem Fall ist aber die Tendenz Kullmanns, daß der Kontrollumfang des Art. 132-1 C. consom. weitergehend ist als die Aushöhlungskontrolle nach Art. 113-1 C. ass. , auch in der Rechtsprechung erkennbar. Denn z. B. Wartezeitklauseln und

¹⁷⁷² Z. B. unklar Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21: „fait échapper les clauses de délimitation du risque garanti à la sanction des clauses abusives“; aber Tendenz zur Inhaltskontrolle, da er aus 19. EG, Satz 3, ableitet, daß die dort genannten Klauseln nicht mißbräuchlich iSd RL sind.

¹⁷⁷³ Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21 f.

¹⁷⁷⁴ Vgl. oben erläuterte Probleme bei C. ass. ; die Rspr. kontrolliert auch Klauseln, die z. B. von Kullmann als „définition de risque“ bezeichnet werden , z. B. Cass. Civ. I, v. 16. 1. 2001, RGDA 2001, S. 293 ff. m. Anm. Kullmann, insb. S. 295 – bei Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21 f. bleibt die genaue Abgrenzung letztlich offen; vgl. Formulierung, S. 22: Klauseln, bei deren Unwirksamkeit der VN nicht versichert ist, seien nur auszulegen, während bei Risikoausschlüssen, deren Fortfall für den VN günstig ist, die RF der Mißbräuchlichkeit gelte. Die Abgrenzungsschwierigkeit werden z. B. bzgl. der Definition der ‚J’ incapacité totale de travail“ deutlich: in RGAT 1996, S. 21 f. will Kullmann diese Klausel – wie der CA de Toulouse, s. o. - als „clause qui définit positivement le risque garanti“ nur auslegen, stimmt aber später Cass. RGDA 2000, S. 44 f. zu, S. 46, der die gleiche Definitionsklausel inhaltlich kontrolliert; in Anm. zu Cass. v. 17. 3. 1998, RGDA 1998, S. 769ff. , 771 tendiert er zu der Einordnung als „exclusion indirecte“ (Folge: Geltung des Art. 113-1C. ass.) mit nur ‚J’ incapacité de travail“ als „définition“, läßt dies aber offen. Kullmann faßt allgemein den EG 19, Satz 3 als Rechtfertigung für „définitions de risque“ auf, RGAT 1996, S. 23: Klauseln bezügl. der Vertragsdauer („délimitation du risque garantie“, von Rspr. ebenfalls inhaltl. Kontroll.) können durch Nachw. der tats. Berücks. bei der Prämie gerechtfertigt werden; Folge der Einordnung des EG 19, Satz 3 als Rechtfertigung wäre eine umfassende Kontrolle uU auch des Kernbereichs - dazu unten ausführlich unter 2. Teil C III 3.

¹⁷⁷⁵ Cass. Civ. I, v. 27. 5. 1997, RGDA 1997, S. 834 f. („définit le risque“); allerdings noch unklar, ob mit Cass. Civ. I v. 13. 2. 2001, RGDA 2001, S. 370 ff. („n’exclut de la garantie. . .“) eine Rspr. änderung erfolgte.

andere „conditions de garantie“ werden inhaltlich nach Art. L 132-1 C. consom. kontrolliert, während diese Klauseln nicht unter den Art. L113-1 C. ass. fallen¹⁷⁷⁶. Die Abgrenzung bei Art. 113-1 C. ass. kann also nicht als Hinweis für Art. 4 II herangezogen werden¹⁷⁷⁷. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß nach dem C. consom. (wie der RL) selbst der Hauptgegenstand nicht der Transparenzkontrolle entzogen ist; insbesondere die Commission des clauses abusives legt Wert darauf, daß der Titel der Versicherung nicht mehrdeutig, irreführend oder mißverständlich ist¹⁷⁷⁸. Die besonderen Transparenzanforderungen des C. ass. gelten dagegen nur für bestimmte Klauseln. Umgekehrt ist der Art. L 113-1 C. ass. – anders als die Art. 132-1 ff. C. consom. – in persönlicher Hinsicht unbegrenzt.

4. Großbritannien

a) Kontrolle von Versicherungsbedingungen und Verbraucherschutz vor Umsetzung der Richtlinie

Vor Umsetzung der Klauselrichtlinie wurden Versicherungen in Großbritannien von staatlicher Seite nur hinsichtlich der Zulassung und in finanzieller Hinsicht beaufsichtigt¹⁷⁷⁹. Darüber hinaus gab es keine gesetzliche Regelung, die eine behördliche oder gerichtliche Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen ermöglichte. So waren Versicherungsverträge gemäß Schedule 1 I a) ausdrücklich von dem sachlichen Anwendungsbereich des Unfair Contract Terms Act von 1977 ausgenommen¹⁷⁸⁰. Als Begründung wurde neben der wirtschaftlichen Bedeutung von Versicherungsunternehmen und wettbewerblichen Aspekten angeführt, daß es sich bei den Risikoausschlüssen in den Versicherungsbedingungen gerade nicht um echte Haftungsausschlüsse iSd UCTA 1977 handele, sondern um Definitionen des Risikos¹⁷⁸¹. Der UCTA 1977 ist generell nur auf Haftungsausschlüsse und – beschränkungen anwendbar, die von Klauseln, welche lediglich die vertragliche Leistung definieren, abgegrenzt werden¹⁷⁸². Auch in der Literatur wird vertreten, daß Risikoausschlüsse in Versicherungsverträgen als Leistungsdefinitionen („obligation defining“) oder – nehin nicht von dem UCTA 1977 erfaßt worden wären¹⁷⁸³.

¹⁷⁷⁶ Z. B. Definitionen von Arbeitsunfähigkeit, Cass. v. 7. 12. 1999, RGDA 2000, S. 44 ff. und Cass. v. 16. 1. 2001, RGDA 2001, S. 293 ff. (vor Gericht wird die Behauptung einer exclusion de garantie nicht mehr aufrechterhalten, „la clause définissant“, aber trotzdem kontrolliert); Cass. Civ. I v. 1. 2. 2000, RGDA 2000, S. 47 ff. (Pflicht der Nutzung der Schließvorrichtungen zu best. Nachtzeit oder bei längerer Abwesenheit, wurde als „condition de garantie“ qualifiziert“, Anm Kullmann, S. 48, u. inhaltl. geprüft, wäre aber wohl nach der obigen Rspr. abgrenzung nunmehr als „exclusion“ zu werten) s. o. unter 2. Teil C II 3. a)aa)bbb) und ddd).

¹⁷⁷⁷ Beantwortung der Ausgangsfrage von 2. Teil C III 3. a)ee).

¹⁷⁷⁸ Rec. n° 90-01 v. 10. 11. 1989, insb. unter Rubriken „Garantie Invalidité totale“, „Garantie Incapacité temporaire“, „Garantie Perte d’emploi“ – allerdings immer Frage der Perspektive, ob man Titel für irreführend hält oder die einzelnen Risikoausschlüsse als das (nach dem Titel best.) Produkt aushöhlend betrachtet.

¹⁷⁷⁹ Zu den gesetzlichen Regelungen im Einzelnen vgl. Bosse, S. 55 ff.; McGee in McGee/Heusel, S. 79 ff.

¹⁷⁸⁰ Ausdrückl. nur Sec. 2 – 4 unanwendb., übrige Reg. nach ihrem Wortlaut unpassend; krit. Hodgins in Lonbay S. 96 ff., 121: „No convincing reason has been shown for treating insurance contracts in any special way“.

¹⁷⁸¹ Miller/Harvey/Parry, S. 387 Begründung des Committee’s: „Insurance is excluded because, generally speaking, exemption clauses used in insurance contracts define the risk, rather than constitute real exemption clauses. Secondly, contracts of insurance involving international trade are beneficial to this country. It might put our insurance industry at a considerable disadvantage if it had to comply with the provisions of the Bill. Therefore for practical reasons Schedule 1 leaves out insurance contracts from the scope of the Bill.“

¹⁷⁸² 2. Teil B III 4. c) aa)bbb); Collins, Konferenzunterlagen, S. 288 ff., 298; Clarke, Law of Insurance, Rz. 19-1A.

¹⁷⁸³ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 131: genauso wie im allg. Vertragsrecht könne es keinen Unterschied machen, ob das Risiko durch eine positive eingeschränkte Definition oder durch eine Kombination von pos. Beschreibung und negativ formulierten Ausschlüssen definiert werde: „The role of the exception, therefore, is to define the boundary of the risk insured“; zu der Funktion einer Leistungsdefinition von Ausschlussklauseln anderer

Die ausdrückliche Ausnahme der Versicherungsverträge von dem sachlichen Anwendungsbereich der UCTA 1977 erfolgte zudem als „Gegenleistung“¹⁷⁸⁴ für die freiwillige Selbstkontrolle der englischen Versicherungsunternehmen durch Verhaltensregeln (Statements)¹⁷⁸⁵, welche von der Association of British Insurers (ABI, früher British Insurer Association) für ihre Mitglieder herausgegeben wurden. Eine „Ausgleichsfunktion“ der Verhaltensregeln (Statements) war aber sehr fragwürdig, da deren Schutzwirkung für den privaten VN nur begrenzt und unsicher ist¹⁷⁸⁶. Zwar sind in der Association of British Insurers (ABI) fast alle inländischen großen Versicherer als Mitglieder organisiert, die alle zugestimmt haben, sich an die aufgestellten Regeln zu halten. Die Statements sind aber bisher nicht bindend, eine Unterwerfung der Versicherungsunternehmen erfolgt auf rein freiwilliger Basis¹⁷⁸⁷. Außerdem wird den Versicherungsunternehmen häufig Ermessen eingeräumt, was einen Unsicherheitsfaktor für die VN darstellt¹⁷⁸⁸. Die Verhaltensregeln gelten auch nur zugunsten der privaten, in England ansässigen VN; ausländische VN werden nicht erfaßt¹⁷⁸⁹.

Zum Schutz der Verbraucher wurde weiterhin 1981 ein sog. Insurance Ombudsman Bureau¹⁷⁹⁰ als unabhängige Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen den angeschlossenen Versicherern und den VN eingerichtet, dessen Schiedssprüche nur für die Versicherung bindend waren. Das Insurance Ombudsman Bureau bemühte sich, den Geist („spirit“) des UCTA 1977 auch bei Versicherungsverträgen anzuwenden, obwohl diese eigentlich nach dem Gesetzeswortlaut von dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind¹⁷⁹¹. Seit dem Financial Services and Markets Act 2000 (Sec. 225 ff.) gibt es für alle Finanzdienstleistungen statt bisher 8 unterschiedliche Financial Services Ombudsman Schemes nur noch einen einzigen Financial Ombudsman Service (FOS) als „one-stop-shop“¹⁷⁹².

Rechtsprodukte („contracts relating to intangible property“), Bright/Bright, The Law Quarterly Review 1995, S. 655 ff. , 670; generell zu der Erkenntnis, daß Haftungsbegrenzungen die Funktion einer Definition haben können, Jackson v Union Marine Insurance Co. (1874) LR 10 CP 125 - ist aber in GB auch bei Versicherungsvertr. Str. , aA z. B. ansch. das Ombudsman Bureau, vgl. Clarke, Law of Insurance, Rz. 19-5.

¹⁷⁸⁴ Vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, Rz. 15-4; Adams, The Journal of Business Law 2000, S. 203 ff. , 207; Bosse, S. 60; krit. Hodgkin in Lonbay, S. 96 ff. , 121: „... this method of side-stepping such legislation is certainly unacceptable“.

¹⁷⁸⁵ Statments of General Insurance Practice von 1977 (überarbeitet 1995) und für Lebensversicherer die Statements of Long-Term Insurance Practice (1986 überarbeitet): regelten z. B. zulässige Fragen u. Hinweispfl. in Versicherungsanträgen, Aufklärungspflichten, sonst. Transparenzanf. (z. T. ähnlich wie in Frankreich nach dem C. ass. , z. B. Art. 112-4), etc. , im einzelnen Hodgkin in Lonbay, S. 96 ff. , 112 ff, 119 ff. ;Bosse, S. 60 ff. ; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff. , 229ff. ; vergleichb. Code im Bankenbereich, Vorpeil, RIW 1994, S. 559 ff. .

¹⁷⁸⁶ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 237; allg. zu Nachteilen v. Codes, Miller/Harvey/Parry, S. 499.

¹⁷⁸⁷ Nach Sec. 64 I des Financial Services and Markets Act 2000 kann die FSA verbindliche „statements of principle with respect to the conduct of ‘ approved persons ‘ ” erlassen, die nach Sec. 64 II durch einen erläuternden code of conduct zu präzisieren sind – nach Sec. 66 ist ein Verstoß gegen ein statement als misconduct anzusehen; auch das OFT prüft z. Zt. codes of practices (bei den Schwerpunktbereichen sind aber Versicherungen nicht genannt) dahingehend, ob diese bestimmte Vorgaben erfüllen (core criteria), z. B. mit den UTCC Reg. übereinstimmen– ist dies der Fall, sollen die genehmigten codes für Mitglieder bindend sein und im Wettbewerb ein „Gütezeichen“ der Anbieter darstellen (Governments’ Consumer White Paper).

¹⁷⁸⁸ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 237, zudem werden sowohl das ABI als auch das zuständige Department of Industry erst auf eine Beschwerde hin tätig.

¹⁷⁸⁹ Vgl. statt vieler Director General of Fair Trading, 1982 Report, abgedruckt bei Miller/Harvey/Parry, S. 508. Bosse, S. 61 geht aber davon aus, daß englische Versicherungen die Statements auch gegenüber ausländischen VN beachten, um einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Versicherungsunternehmen zu erlangen.

¹⁷⁹⁰ Dazu Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff. , 231 f. ; Lowry/Rawlings, S. 365 ff.

¹⁷⁹¹ McDonald Eggers/Foss, S. 112, FN 75;Lowry/Rawlings, S. 116, FN 52 („fair and reasonable“), 367;Birds, S. 186f. m. Bsp. ; Clarke, Law of Insurance Contracts, Rz. 15-4, 19-5, inb.bei unerwartetem Deckungsverlust.

¹⁷⁹² Sect. 225 ff. mit „compulsory jurisdiction“ (Sec. 226, 228 ff.) für „regulated activities“ iSd Sec. 226 III und subsidi äre „voluntary jurisdiction“ iSd Se c. 227 (Vor. , daß der Beschwerdegegner Mitglied des Ombudman Schemes ist) –

Es kam zu einem weiteren „klassischen englischen Kompromiß“. Ähnlich der Ausnahme der Versicherungsverträge von dem UCTA 1977 wegen der Statments des ABI wurde wegen des Ombudsman-Systems auf ein allgemeines Versicherungsvertragsgesetz verzichtet¹⁷⁹³. Gesetzlich geregelt wurde nur die Seeversicherung im Marine Insurance Act von 1906¹⁷⁹⁴. Hinsichtlich der Versicherungsverträge und AVB ist also mangels gesetzlicher Regelung das Case Law der Gerichte von entscheidender Bedeutung¹⁷⁹⁵. Die Rechtsprechung kontrollierte aber im wesentlichen nur die Einbeziehung der Versicherungsbedingungen in den Vertrag¹⁷⁹⁶ und führte eine restriktive Auslegung der Klauseln durch (verdeckte Inhaltskontrolle)¹⁷⁹⁷; eine offene Inhaltskontrolle fand auch durch die Rechtsprechung nicht statt. Das Common Law kannte keinen allgemeinen Fairneßtest von Vertragsbedingungen; im Versicherungsbereich entwickelte die Rechtsprechung aus dem Treu und Glauben-Prinzip („principle of utmost good faith“) nur Anzeige- und Informationspflichten, hauptsächlich seitens des VN, aber auch seitens des Versicherers¹⁷⁹⁸.

Damit wird das in Großbritannien ohnehin schon geltende Prinzip, daß eine weitestgehende Vertragsfreiheit zu den angemessensten und zweckmäßigsten Ergebnissen führt, bei Versicherungsverträgen noch besonders betont. Grundsätzlich ist auch zu bemerken, daß die englische Rechtsprechung in der Vergangenheit eher zugunsten der Versicherer entschied¹⁷⁹⁹. Die restriktive Auslegung wurde von den Gerichten auch hinsichtlich Risikobeschränkungsklauseln praktiziert¹⁸⁰⁰. So fand beispielsweise eine versteckte Inhaltskontrolle durch Beweislastverteilung und restriktive Auslegung einer Ausschlußklausel in einer Unfallversicherung, nach der der Versicherungsschutz bei „wilful exposure to needless peril“ ausgeschlossen ist, statt¹⁸⁰¹. Bei Mehrdeutigkeiten wandten die Gerichte die contra proferentem-Regel an¹⁸⁰². Im Rahmen der Auslegung wird auf die vernünftigen Erwartungen des VN hinsichtlich des Umfangs des Versicherungsschutzes abgestellt¹⁸⁰³. Eine restriktive Auslegung findet jedoch auch bei einer unbilligen Klausel grundsätzlich ihre Grenzen in dem eindeutigen Wortlaut und kann daher eine offene Inhaltskontrolle nicht ersetzen¹⁸⁰⁴. Zwar kennt das Common Law eine Auslegungsregel, nach der eine Klausel, die den Vertragszweck vereitelt bzw. zu absurden oder „unreasonable“ Ergebnissen führt, nicht oder nur eingeschränkt angewendet werden darf. Der Vertragszweck wird insbesondere dann

bei der compulsory jurisdiction entscheidet der Ombudsman nach Sect. 228 II „by reference to what is, in the opinion of the ombudsman, fair and reasonable in all circumstances of the case“, der Beschwerdeführer kann diese Entscheidung annehmen oder ablehnen.

¹⁷⁹³ McGee in McGee/Heusel, S. 79 ff., 84.

¹⁷⁹⁴ Obwohl grdstz. unübertragbar, bilden die Gerichte z. T. Analogien zu diesem Spezialgesetz, Bosse, S. 62.

¹⁷⁹⁵ Zum Gerichtssystem und der Präzedenzwirkung (binding force) der Urteile, vgl. Bosse, S. 62 ff.

¹⁷⁹⁶ Ausf. zu Common-Law-Regeln, allg. u. bei Versicherungen, Bosse, S. 68 ff., 82 ff.; auch 2. Teil D II 1. b) aa).

¹⁷⁹⁷ Bsp. restrikt. Auslg. von warranties, insb. von Klauseln, die Vorsichtsmaßnahmen oder „reasonable care“ vorschreiben, bei Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 228 ff.; MacGillivray, Rz. 10-45 ff.; Birds, S. 130 f.; zu den Auslegungsregeln allgemein, vgl. Clarke, Law of Insurance, Rz. 15-1 ff.

¹⁷⁹⁸ Dazu, insb. zu „duty of disclosure“ des VN hinsichtlich „material facts“, Hodgkin in Lonbay, S. 108 ff.; ders. in McGee/Heusel, S. 205 ff.; McGee in McGee/Heusel, S. 79 ff., 80; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 223 ff.; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 81 ff.; Miller/Harvey/Parry, S. 182 ff.

¹⁷⁹⁹ Hodgkin in Lonbay, S. 96 ff., 113.

¹⁸⁰⁰ Rspr. bsp. bei Bosse, S. 92 ff. (z. T. auch sog. „verhüllte“ Obliegenheiten nach dt. Recht in der Funktion subjektiver Risikobeschreibungen); bei sog. „temporal exceptions“, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 134; ders., Law of Insurance, Rz. 19-1C.

¹⁸⁰¹ McGee in McGee/Heusel, S. 79 ff., 84 m. Rsprnachw. – ähnlich § 61 VVG (subjektiver Risikoauschluß).

¹⁸⁰² Vgl. MacGillivray, Rz. 10-50 ff.; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 222 f. (zu „continuing warranty“); Hird, the Journal of Business Law 1996, S. 404 ff., 408 ff.; Birds, S. 195 ff.; Clarke, Law of Insurance, rz. 15-5C.

¹⁸⁰³ „Reasonable expectations of the insured“, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 128; ders., Law of Insurance, Rz. 15-5B, 15-5B2.

¹⁸⁰⁴ Vgl. oben unter 2. Teil B III 1. a).

vereitelt, wenn der Versicherungsschutz bei wörtlicher Auslegung für die Mehrzahl der an sich denkbaren Fälle ausgeschlossen wäre¹⁸⁰⁵. Diese weitgehende Auslegungsregel (verdeckte Inhaltskontrolle) wurde jedoch von den englischen Gerichten sehr zurückhaltend angewandt, weil es nicht die Aufgabe der Richter sei, einen vernünftigen („reasonable“) Vertrag zu gestalten¹⁸⁰⁶. Ein weiterer Nachteil der restriktiven Auslegung gegenüber der offenen Inhaltskontrolle ist, daß für den VN aufgrund der vielen unterschiedlichen Einzelfallentscheidungen eine große Rechtsunsicherheit herrscht¹⁸⁰⁷.

Erwähnenswert bleiben die von der Rechtsprechung im Rahmen der „duty of disclosure“ entwickelten¹⁸⁰⁸ sowie die zum Teil in den Statements enthaltenen Informations- und Kennzeichnungspflichten des Versicherers. Außerdem sehen die Codes of Practice für Versicherungsvermittler¹⁸⁰⁹ und Broker vor, daß der VN über Risikoausschlüsse informiert werden soll; diese Information wurde auch von dem Insurance Ombudsman verlangt¹⁸¹⁰.

b) Unterscheidung verschiedener Arten von Versicherungsbedingungen nach Common Law

Nach dem Common Law werden verschiedene Arten von Versicherungsbedingungen unterschieden¹⁸¹¹. Hinsichtlich der Terminologie besteht allerdings in Literatur und Rechtsprechung weder Einigkeit im Bereich der Versicherungen, noch stimmen die dort verwandten Begriffe mit denen des allgemeinen Vertragsrechts des Common Law überein.

Durch „warranties“¹⁸¹² wird ein Tun oder Unterlassen bzw. Vorhandensein oder Fehlen eines Umstandes versprochen. Bei Nichteinhaltung des Versprechens, die schon bei minimaler Abweichung angenommen wird¹⁸¹³, ist der Vertrag automatisch beendet und der Versicherer von seiner Leistungspflicht befreit¹⁸¹⁴. Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Nichteinhaltung der warranty und dem Schaden ist nicht erforderlich. Beispiel ist die

¹⁸⁰⁵ Bosse, S. 99.

¹⁸⁰⁶ Clarke, Law of Insurance, Rz. 15-4.

¹⁸⁰⁷ Die Kosten für das Prozeßrisiko werden außerdem idR von den Versicherern mit einer höheren Prämie auf den VN abgewälzt, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 230.

¹⁸⁰⁸ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 81 ff., 128: Infopfl. über Umfang des Versicherungsschutzes.

¹⁸⁰⁹ General Insurance Business Code of Practice for All Intermediaries (including Employees of insurance Companies) other than Registered Insurance Brokers, vgl. Lowry/Rawlings, S. 366 – zu dem irischen Code of Conduct für Broker, vgl. Buckley, S. 14 f., 516.

¹⁸¹⁰ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 129.

¹⁸¹¹ Vgl. nur Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 129; MacGillivray, Rz. 10-1 ff., 10-9 ff. – zu der Terminologie in Irland, vgl. Buckley, S. 105 ff.

¹⁸¹² Ausf. MacGillivray, Rz. 10-1 ff; 10-17 ff.; Hird, The Journal of Business Law 1996, S. 404 ff.; Birds, S. 123 ff.; Jess, S. 21 ff.; Clarke, Law of Insurance, Rz. 20-1 ff.; Colivaux´ s, Rz. 607 ff.; National Consumer Council 1981, abgedruckt bei Miller/Harvey/Parry, S. 191 f.

¹⁸¹³ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 130.

¹⁸¹⁴ So die hL seit dem Urteil „The Good Luck“ (1991) 2 WLR 1279, vgl. Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 222; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 130 und 132; ders., Law of Insurance, Rz. 19-1B, 20-6A, 20-6C; Jess, S. 21 (von anfang an Vertrag unwirksam); teilw. neutraler: „the insurer is discharged from all liability as from the date of the breach“, MacGillivray, Rz. 10-1, 10-17, 10-84 ff.; Hird, The Journal of Business Law 1996, S. 404/405; Birds, S. 118 ff., 122; häufig werden warranties daher als eine Form einer aufsch. Bedingung („condition precedent“) verstanden, McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42; Clarke, ebenda, S. 132/133, MacGillivray, Rz. 10-2; Birds, S. 121, 127 - vor diesem Urteil war es noch hA, daß der Vers. bei Nichteinhaltung einer warranty den Vertrag nur rückwirkend zum Zeitpunkt des Verstoßes aufheben kann („to repudiate“), das Common Law konstruierte diese Vertragsbeendigung wegen Vertragsbruches als Vertrag durch Annahme des Vertragsbruches, was eine pos. Hdlg. des Vers. erforderte, Bosse, S. 80; Colivaux´ s, Rz. 601; Triebel/Hodgson/ Kellenter/Müller, Rz. 161; nach alter Ansicht konnte der Versicherer auf dieses Auflösungsrecht verzichten („waiver“), nach neuer Ansicht kann der Versicherer den beendeten Vertrag wieder zum Leben erwecken.

Verpflichtung des VN, dafür zu sorgen, daß das versicherte Fahrzeug in fahrtüchtigem Zustand ist; oder die Verpflichtung, das versicherte Haus zu sichern¹⁸¹⁵. Insoweit bestehen hinsichtlich des Inhalts Ähnlichkeiten zu risikobezogenen bzw. gefahrmindernden Obliegenheiten; allerdings ohne vergleichbare Voraussetzungen wie in § 6 VVG. Warranties können bei Versicherungsverträgen durch ausdrückliche Bezeichnung („warranties“), aber auch sehr häufig dadurch entstehen, daß bestimmte Angaben und Antworten des VN im Antragsformular durch eine Klausel zur Basis des Vertrages erklärt werden und damit zu warranties gemacht werden, sog. „basis of the contract clause“¹⁸¹⁶. So wird z. B. die Angabe des VN im Antragsformular, er sei noch nie wegen eines Verkehrsdelikts verurteilt worden, zu einer warranty¹⁸¹⁷.

Sog. „**suspensive conditions**“¹⁸¹⁸ können zwar den gleichen Inhalt haben wie warranties, bei deren Nichteinhaltung bleibt der Vertrag als Ganzes aber wirksam. Für die Zeit der Nichteinhaltung der condition bleibt der Versicherungsschutz suspendiert, frühere oder spätere Schäden werden aber gedeckt. Beispiel ist eine Klausel in einer Kfz-Haftpflichtversicherung, nach der der Versicherungsschutz nur für die kommerzielle Nutzung des Kfz gilt¹⁸¹⁹; für die Zeit anderer Nutzungen besteht dann kein Versicherungsschutz. Im Unterschied zu warranties führt die Nichteinhaltung einer solchen Klausel nur dann zum zeitweisen Ausschluß des Versicherungsschutzes, wenn die Verletzung für den Schaden kausal war¹⁸²⁰. Dies Klauseln werden oft als Teilmenge der „exceptions“ bzw. „exclusions“ angesehen¹⁸²¹.

Zumindest im allgemeinen Vertragsrecht wird eine Mischform zwischen „warranties“ und „conditions“, die sog. „**intermediate terms**“, anerkannt, die je nach Schwere des Verstoßes in der Rechtsfolge wie die warranties oder wie conditions zu behandeln sind, soweit die Klausel nicht eindeutig eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht¹⁸²². In „**collateral promises**“¹⁸²³ werden die Pflichten der Parteien festgelegt. Pflichtverletzungen berechtigen nur zum Schadensersatz, ohne den Vertragsbestand und die Deckung zu berühren. Im Zweifel wird eine Klausel als collateral promise behandelt, wenn sie – wie idR in der Praxis¹⁸²⁴ – ist nicht eindeutig als aufschiebende Bedingung („**condition precedent**“) konstruiert. Außerdem findet man in Versicherungsverträgen Risikobeschreibungen und -eingrenzungen, die positiv („**clauses descriptive of the risk**“¹⁸²⁵) oder negativ („**exceptions**“ oder „**exclus i-**

¹⁸¹⁵ Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 222.

¹⁸¹⁶ Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 222; Birds, S. 128 ff.; Colinvaux's, Rz. 618; dadurch hat auch die Nichteinhaltung solcher Angaben, die nicht wesentlich („material“) sind, einen Anspruchsverlust des VN zur Folge; sonst besteht nur bei sog. „material facts“ eine Anzeigepflicht des VN („duty of disclosure“), die bei Nichteinhaltung uU dem Versicherer die Möglichkeit gibt, den Vertrag zu umgehen, vgl. Hird, the Journal of Business Law 1996, S. 404 ff., 405 – insoweit ähnlich dt Anzeigepflichten § 16 I, 17 I VVG (vorvertraglich) für gefahrerhebliche Umstände oder bei Gefahrerhöhung, § 27 II VVG – in Irland, Buckley, S. 109 ff. Auch in Deutschland können sich Obliegenheiten aus Fragen u. Antworten im Antrag ergeben, Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz. 2.

¹⁸¹⁷ MacGillivray, Rz. 10-2.

¹⁸¹⁸ MacGillivray, Rz. 10-7; Bsp. bei Birds, S. 131 ff. (spricht allerdings von „clauses descriptive of the risk“).

¹⁸¹⁹ Jess, S. 29, der diese Klauseln aber als „clauses delimiting the risk“ bezeichnet – in Deutschland ist die Verwendungsklausel ebenfalls als Obliegenheit zu werten, vgl. Schimikowski, Rz. 211.

¹⁸²⁰ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 133; Birds, S. 75.

¹⁸²¹ Z. B. wohl Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 130 f., 133 ff.

¹⁸²² Bosse, S. 80 m. Rspr. nachw.; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz. 159.

¹⁸²³ MacGillivray, Rz. 10-6; Bsp. Birds, S. 141: inklusive sog. „procedural clauses“; so auch Jess, S. 26.

¹⁸²⁴ Birds, S. 141, zu Beispielen für „conditions precedent“ außerhalb der „warranties“, vgl. Jess, S. 28 f.

¹⁸²⁵ Hier besteht wiederum eine Überschneidung zu den sog. „suspensive conditions“.

ons”) formuliert sein können¹⁸²⁶. Zu dem „sensiblen Bereich” der leistungs - bzw. risikobeschreibenden Klauseln sind nach alledem also „warranties”, „suspensive conditions”, „exceptions” und „clauses descriptive of the risk”, zu zählen. In der englischen Literatur und Rechtsprechung werden diese Begrifflichkeiten nicht immer streng eingehalten¹⁸²⁷. Eine weitere Schwierigkeit der Abgrenzung entsteht dadurch, daß bei Versicherungsverträgen mit „conditions” und „warranties” identische Begriffe wie im allgemeinen Vertragsrecht, jedoch mit anderer Bedeutung verwandt werden¹⁸²⁸. So werden im allgemeinen Vertragsrecht diejenigen Vertragsbedingungen, von deren Einhaltung der Vertragsbestand abhängen soll als conditions (wesentliche Vertragspflicht) bezeichnet; warranties (unwesentliche Vertragspflicht) sind dagegen die Pflichten, bei deren Verletzung nur ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch entsteht¹⁸²⁹. Bei Versicherungsverträgen ist dagegen die warranty die in ihren Rechtsfolgen weitergehende Pflicht¹⁸³⁰. Bei der Unterscheidung der verschiedenen Klauseln ist die Bezeichnung durch die Parteien z. B. als „warranty” oder „condition precedent” nur Indiz; entscheidend bleibt, welche Rechtsfolge sich aus dem Wortlaut der Klausel und deren Stellung im Vertrag ergibt¹⁸³¹.

c) Rechtslage nach Umsetzung der Richtlinie

Anders als vor Umsetzung der Richtlinie können nunmehr auch Versicherungsverträge inhaltlich kontrolliert werden: nach der Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation idF 2001 (schon seit der ersten Fassung von 1994). Über die Einhaltung der Regulations wacht - neben dem Director General of Fair Trading als Leiter der Behörde Office of Fair Trading¹⁸³² - für alle Finanzdienstleistungen auch die Financial Services Authority, die durch den Financial Services and Markets Act 2000 eingeführt wurde. Entgegen dem ursprünglichen Entwurf (in Schedule 1) wurde von dem englischen Gesetzgeber davon abgesehen, den 19. EG Satz 3, ausdrücklich in die Regulation aufzunehmen. Der Gesetzgeber war der Meinung, daß die Umsetzung des allgemeinen Art. 4 II durch Reg. 3 II idF von 1994 (jetzt Reg. 6 II) ausreichend sei, da dieser bei Versicherungsverträgen richtlinienkon-

¹⁸²⁶ Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 129 und 130 f., 133ff.; ders., Law of Insurance, Rz. 19-2A ff. mit Beispielen – anscheinend ähnlich primärer und sekundärer Risikobeschreibungen; MacGillivray, Rz. 10-8 grenzt anders als Clarke die „exceptions” noch von „suspensive conditions” ab.

¹⁸²⁷ Beispiele: „collateral promises” werden als „mere conditions” bezeichnet (Birds, S. 141 ff.; Jess, S. 26f., der aber auch nur „conditions” verwendet, S. 21); „suspensive conditions” als „warranties descriptive of the risk” oder „clauses delimiting the risk” (MacGillivray, Rz. 10-7; Rspr. nachw. Bosse S. 81 FN 141; Hird, The Journal of Business Law 1996, S. 404 ff., 406: „clause descriptive of the risk”, so auch Birds, S. 131 ff.; Jess, S. 29: „clauses delimiting the risk”); ähnliche Bezeichnungen werden auch für „exceptions bzw. „exclusions” verwandt („terms delimiting risk”, „temporal exclusion” oder „limitation of risks”, Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 135, ders., Law of Insurance, Rz. 19-1A.); „exclusions” und „warranties” werden als „conditions” bezeichnet (Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 130; MacGillivray, Rz. 10-4, 10-17, Birds, S. 127; Atiyah, Law of Contract, S. 314).

¹⁸²⁸ Bosse, S. 79 f.; Jess, 26; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, 131 ff.: „With perversity of the traditional English kind that holds May Balls in June, English insurance law calls a term . . . both a condition and a warranty, although in the language of the general law it is neither” (S. 132); MacGillivray, Rz. 10-2; Colivaux, Rz. 601.

¹⁸²⁹ Vgl. von Bernstorff, S. 44 – vgl. oben unter 2. Teil B III 4. c)aa)aaa).

¹⁸³⁰ Sie ist aber wegen ihrer unterschiedlichen Wirkung (kein Recht auf Schadensersatz bei Nichteinhaltung) kein Äquivalent zu „conditions” im allg. Vertragsrecht, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 131.

¹⁸³¹ MacGillivray, Rz. 10-7, Bsp. 10-6, 10-8; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 135 f., zum Unterschied exceptions-warranties, S. 130 ff., 133 ff.: „if the term is concerned with circumstances which give rise to a temporary increase in the risk, it is an exception. If . . . there is or might be a permanent increase in the risk, it is a warranty” (S. 135/36) – damit Ähnlichkeit zu der französische Abgr. „exclusions”/„conditions de garantie”; nach Jess, S. 21 spricht Formulierung als „warranty” prima facie für eine solche.

¹⁸³² Verwaltungskontrolle von unangem. Vertragsklauseln ist auch Teil der allg. Kontrolle unlauterer Geschäftsmethoden gegenüber Verbrauchern nach dem Fair Trading Act 1973, Sobich, RIW 1998, S. 684 ff., 687.

form iSd EG 19 Satz 3 auszulegen sei¹⁸³³. Auch die sog. „core terms“ eines Versicherungsvertrages sind danach zwar von dem Fairnesstest, nicht aber von der Transparenzkontrolle ausgenommen¹⁸³⁴. Der englische Gesetzgeber sah den 3. Satz also – genauso wie die Literatur¹⁸³⁵ – als reine Definition dessen an, was bei Versicherungsverträgen als kontrollfreier „main subject-matter of the contract“ iSd Art. 4 II der Richtlinie bzw. Reg. 6 II zu verstehen ist. Nach dem englischen Wortlaut des Satzes 3 des 19. EG der Klauselrichtlinie¹⁸³⁶ sind die dort genannten Klauseln deshalb von der Mißbräuchlichkeitskontrolle ausgenommen, weil („since“) diese Einschränkungen Auswirkungen auf die Prämienkalkulation haben. Der Nachsatz beinhaltet also in der englischen Version – anders als z. B. in der dt. oder franz. Fassung – keine Voraussetzung, sondern eine Schlußfolgerung bzw. eine bloße Feststellung¹⁸³⁷.

Fraglich ist, welcher Bereich der Versicherungsbedingungen in Großbritannien zu den inhaltlich kontrollfreien „core terms“ iSd Art. 4 II Klauselrichtlinie bzw. Reg. 6 II der UTCC Regulations („definition of the main subject-matter of the contract“) gezählt wird. Diese Abgrenzung ist noch weitgehend ungeklärt¹⁸³⁸. Es gibt in Großbritannien – soweit ersichtlich¹⁸³⁹ – keine Rechtsprechung mit Inhaltskontrolle nach den UTCC Regulations 1999 idF 2001. Dies hängt sicherlich damit zusammen, daß die Versicherungsunternehmen bisher alle von dem Office of Fair Trading (OFT) beanstandeten Klauseln und Vertragspraxen geändert haben, obwohl die Entscheidungen des OFT nicht bindend sind. Allerdings waren auch Beschwerden bei dem OFT rar gesät¹⁸⁴⁰. Die Haltung des OFT hinsichtlich des Kontrollbereiches bei Versicherungsbedingungen ist insbesondere bei Risikobeschränkungen nicht eindeutig zu erkennen: in einer Entscheidung wird eine Risikobeschränkung nach der Generalklausel kontrolliert¹⁸⁴¹, in einer anderen wird ein Risikoausschluß nur auf seine Transparenz iSd Reg. 6 idF von 1994 – der Umsetzung des Art. 5, jetzt Reg. 7 – überprüft¹⁸⁴². Die Tendenz des OFT geht aber eher zu einem weiten kontrollfreien Raum. Als kontrollfreier „core term“ wird z. B. eine Klausel in einer Umzugsversicherung angesehen, nach der – wenn Verlust, Zerstörung oder sonstige Schäden durch eine andere Versicherung bereits erfaßt werden – Versicherungsschutz nur für darüber hinausgehende, nicht gedeckte Schäden geleistet wird, wenn die Zweitversicherung ordnungsgemäß mitgeteilt wurde¹⁸⁴³. Auch in Bezug auf warranties wird ausgeführt, daß diese grundsätzlich als „core terms“ angesehen werden können¹⁸⁴⁴. Voraussetzung für eine Kontrollfreiheit ist nach An-

¹⁸³³ Bei Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, Rz. 19-5A.

¹⁸³⁴ Locket/Egan, Rz. 5. 7, 3. 15.

¹⁸³⁵ So McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 227; Collins, Konferenzunterlagen, S. 288 ff., 300; MacGillivray, Rz. 10-15; Birds, S. 187; Atiyah, *Law of Contract*, S. 314; Locket/Egan, Rz. 3. 5.

¹⁸³⁶ „ . . . whereas it follows, inter alia, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer’s liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer. ”

¹⁸³⁷ So auch Locket/Egan, Rz. 3. 5.

¹⁸³⁸ Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S. 251.

¹⁸³⁹ In der CLAB-Kartei befindet sich kein einziges Urteil.

¹⁸⁴⁰ In der CLAB-Kartei sind nur 11 Entscheidungen des OFT, die direkt Versicherungsbedingungen betreffen; vgl. auch Collins, Konferenzunterlagen, S. 288 ff., 300: „very few challenges to insurance contract terms“.

¹⁸⁴¹ OFT v. 25. 12. 1995, CLAB GB 000165.

¹⁸⁴² OFT v. 25. 12. 1996, CLAB GB 000413.

¹⁸⁴³ OFT, *Unfair terms guidance*, in Annexe A, unter 19 (c) – diese Klausel wurde von dem OFT als intransparent kritisiert und wurde daraufhin gestrichen.

¹⁸⁴⁴ OFT v. 25. 12. 1995, CLAB GB 000202; dazu auch Collins, Konferenzunterlagen, S. 288 ff., 300.

sicht des OFT allerdings, daß die Aufmerksamkeit des Verbrauchers ausreichend auf diese Klauseln gelenkt wurde¹⁸⁴⁵. Diese Entscheidung bestätigt die allgemeine Wertung des OFT, daß die Transparenz und Kenntnisnahmemöglichkeit eines „core terms“ Voraussetzung für dessen Kontrollfreiheit ist¹⁸⁴⁶. Das OFT kontrollierte außerdem Kenntnisfiktionklauseln¹⁸⁴⁷, Klauseln, die den Verbraucher an versteckte Bedingungen („hidden terms“) binden¹⁸⁴⁸, sog. „procedural terms“¹⁸⁴⁹, Schlichtungsklauseln¹⁸⁵⁰ und eine Klausel, die den Eigentumsübergang an beschädigten Sachen auf den Versicherer regelt¹⁸⁵¹.

In der englischen Literatur gehen die Meinungen von einer nahezu umfassenden Kontrollfreiheit¹⁸⁵² bis zu einem sehr engen kontrollfreien Bereich¹⁸⁵³. Nach wohl herrschender Ansicht sind nach Satz 3 des 19. EG neben dem Preis auch sämtliche Risikobeschreibungen - also „clauses descriptive of the risk“ und Ausschlußklauseln („exceptions“ bzw. „exclusions“, teilweise auch „suspensive condition“ genannt) - von der Mißbräuchlichkeitskontrolle ausgenommen¹⁸⁵⁴. Kein Unterschied wird insoweit zwischen direkten und indirekten Risikoausschlüssen gemacht¹⁸⁵⁵. Sieht man diese Ansicht vor dem Hintergrund der alten Abgrenzung von Leistungsdefinition zu Haftungsbeschränkungen, so werden die Risikobeschreibungen sämtlichst als Leistungsdefinitionen gesehen¹⁸⁵⁶. Dagegen ist umstritten, ob darüber hinaus auch warranties kontrollfrei sind. Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, daß auch warranties das versicherte Risiko bzw. den Umfang des Versicherungsschutzes umschreiben und definieren und deshalb nach Reg. 6 II der UTCC

¹⁸⁴⁵ CLAB GB 000202: „... unless they have not been properly drawn to the consumer's attention and this exemption does not apply to terms which are hidden from the consumer if he has no chance to know the terms.“; der Abdruck der Klausel auf der Rückseite der Police reiche nicht aus.

¹⁸⁴⁶ Bulletin des OFT, Iss. No. 2, Sept. 1996, S. 13 (auch bei Willett/Hird in Cartwright, S. 227, FN 24); Unfair terms guidance, Rz. 19. 12 („... are exempt from the test of fairness to the extent that the consumer is able to read and understand them“).

¹⁸⁴⁷ OFT v. 25. 12. 1995, CLAB GB 000181; ähnlich Klausel, die sich auf eine Tabelle mit Reduzierungen des Ersatzwertes bezog und Tabelle war nur auf Anfrage erhältlich, vgl. OFT v. 25. 12. 1997, CLAB GB 000498.

¹⁸⁴⁸ OFT v. 25. 12. 1999, CLAB GB 000904.

¹⁸⁴⁹ Unter „procedural terms“ werden Klauseln verstanden, die unabhängig von der Feststellung des versicherten Risikos das Verfahren (Art und Weise, sowie Frist) der Forderung des VN regeln - z. B. Klausel, nach der eine sofortige („immediately“) Geltendmachung der Forderung durch den VN vorgeschrieben wird, vgl. OFT v. 25. 12. 1995, CLAB GB 000205; Frist von 7 Tagen für Geltendmachung der Entschädigungsforderung, vgl. OFT v. 25. 12. 1998, CLAB GB 000786.

¹⁸⁵⁰ OFT v. 25. 12. 1998, CLAB GB 000764.

¹⁸⁵¹ OFT v. 25. 12. 1998, CLAB GB 000788.

¹⁸⁵² McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42 verstehen unter „terms which clearly define or circumscribe the insured risk“ iSd 19. EG alle „warranties or terms which are descriptive of the risk“, worunter wohl auch alle Risikobeschränkungen zu fassen sind und unter „define and circumscribe... the insurer's liability“ iSd EG alle weiteren „terms which govern the circumstances in which an insurer will be obliged to indemnify the assured“; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 234: „... not only terms defining insured perils (dazu zählt er sowohl positive Umschreibungen der versicherten Gefahr/des versicherten Gegenstandes, als auch Risikoausschlüsse, vgl. S. 129) and terms about duration, such as cancellation clause, but conditions and warranties“ - er zählt also auch Regelungen der Vertragsdauer und Kündigungsregelungen zu dem kontrollfreien Bereich; weit wohl auch Lowry/Rawlings, S. 116.

¹⁸⁵³ Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S. 243 ff., 251.

¹⁸⁵⁴ So MacGillivray, Rz. 10-15; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 221, einschr. allerdings S. 227: „terms which positively define the risk“; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 234; Birds, S. 187, FN 13b; Atiyah, Law of Contract, S. 314; wohl auch McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42; aA Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S. 243 ff., 251 (nicht jede „exception“ sei von der Kontrolle ausgenommen).

¹⁸⁵⁵ Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 220: „implicitly or explicitly“; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 131; ders. Law of Insurance, Rz. 19-1A.

¹⁸⁵⁶ Dies entspricht der oben unter a) gen. Ansicht der Lit. und des Gesetzgebers, nach denen Anwendbark. des UCTA auf Risikobeschr. schon nach Wortlaut zw.; nach Brownsword/Howells, The Journal of Business Law 1995, S. 243 ff., 251 läuft es auf diese alte ungelöste Abgrenzungsfrage hinaus - dazu 2. Teil B III 4. c)aa)bbb).

Reg. nicht kontrollunterworfen sind¹⁸⁵⁷. Teilweise wird die Kontrollfreiheit von den in Satz 3 des 19. EG genannten Klauseln entsprechend dem Wortlaut („clearly“) und der Reg. 6 II UTCC („in so far as it is plain and intelligible language. . .“) davon abhängig gemacht, daß die Klausel transparent und klar als Risikoumschreibung oder warranty erkennbar ist¹⁸⁵⁸. Die Gegenansicht betont, daß die Umsetzungsvorschrift des Reg. 6 II gerade nicht von Klauseln mit Bezug zur Einschätzung des Risikos („relating to the assessment of the risk“) spreche, sondern von der Definition des Hauptgegenstandes („definition of the main subject-matter“). Es gebe aber viele warranties, die gerade nicht eine solche Definition darstellen¹⁸⁵⁹.

Einigkeit besteht überwiegend dahingehend, daß Klauseln wie z. B. ¹⁸⁶⁰ sog. „procedural terms“¹⁸⁶¹; Klauseln, die dem Versicherer ein Ermessen („discretion“) einräumen, wie er mit der Forderung umgeht¹⁸⁶²; die „basis of the contract clause“¹⁸⁶³; oder die „entire agreement clause“¹⁸⁶⁴ inhaltlich kontrolliert werden dürfen. Damit besteht in Großbritannien nach Ansicht des OFT und der hL auch nach Umsetzung der Richtlinie ein vergleichsweise weiter kontrollfreier Bereich bei Versicherungsverträgen.

Hinsichtlich der Pflichten des VN werden sog. procedural terms für kontrollfähig, warranties dagegen für kontrollfrei gehalten, soweit sie transparent sind. Damit sind teilweise gefahr- bzw. risikobezogenen Obliegenheiten kontrollfrei (z. T. warranties¹⁸⁶⁵) während z. B. die Obliegenheit der rechtzeitigen Anzeige nach Eintritt des Versicherungsfalles als (procedural term kontrollunterworfen ist. Darüber hinaus hält die hL sämtliche Risikobeschreibungen für kontrollfrei, die Entscheidungen des OFT sind insoweit nicht eindeutig. Auffallend ist dabei, daß offenbar nicht auf die bei UCTA 1977 (Haftungsbeschränkung/Leistungsdefinitionen) von Literatur und Rechtsprechung angewandte Abgrenzung danach, ob von zwingenden Normen, implied terms oder von berechtigten Erwartungen

¹⁸⁵⁷ So Hird, *The Journal of Business Law* 1996, S. 404 ff., 411, FN 26: „Whilst it is unclear exactly which terms are therefore exempt, we can safely assume that any term relating to the assessment of the risk will be so, i. e. warranties.“; Birds, S. 187, FN 13b; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 228; McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42; Clarke, *Policies and Perceptions of Insurance*, S. 133, 234; MacGillivray, Rz. 10-15 (nur kontrollfrei, wenn „. . . it serves to define the risk. . .“).

¹⁸⁵⁸ MacGillivray, Rz. 10-14; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 227 f.: warranties müssen im Zushg. mit and. Risikobeschr. situiert sein und ihre Rechtsfolge müsse erklärt werden; Willett, *ERPL* 1997, S. 223 ff., 230.

¹⁸⁵⁹ Adams, *The Journal of Business Law* 2000, S. 203 ff., 211; MacGillivray, Rz. 10-15; für Kontrollfähigkeit auch Atiyah, *Law of Contract*, S. 314: „this will prove one of the most significant changes made by the Directive“.

¹⁸⁶⁰ Weitere kontrollfähige Klauseln bei MacGillivray, Rz. 10-16 u. Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S. 243 ff., 251 (geht allerdings entgegen hM von engem kontrollfreien Bereich aus).

¹⁸⁶¹ Z. B. eine Klausel, nach der die Entschädigungsforderung innerhalb von 7 Tagen geltend gemacht werden muß, vgl. Willett, *ERPL* 1997, S. 223 ff., 230; Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 221, 228; Clarke, *Policies and Perceptions of Insurance*, S. 235. auch Klauseln, die die Rechtsmittel des VN betreffen; Lowry/Rawlings, S. 116.

¹⁸⁶² Z. B. Klausel, die es allein dem Versicherer überläßt, zu entscheiden, ob die dritte Partei verklagt werden soll, vgl. Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 220/21, 228.

¹⁸⁶³ Adams, *The Journal of Business Law* 2000, S. 203 ff., 211; McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42- die „basis of the contract clause“ ist nach hM unfair; MacGillivray, Rz. 10-16; McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42; Adams, *The Journal of Business Law* 2000, S. 203 ff.; Hodgkin in Lonbay, S. 96 ff., 111 ff. zur Kritik der Rspr. und Lit.; Bosse, S. 84; Clarke, *Policies and Perceptions of Insurance*, S. 135; Law Commission und National Consumer Council 1981 bei Miller/Harvey/Parry, S. 192 - nach den Verhaltensregeln des ABI ist sie nur für „material facts“ zulässig und die RF des Versicherungsschutzverlustes grdstzl. nur bei Kausalität v. Nichteinhaltung für den Schaden, Birds, S. 144 f. - wg. deren Unverbindlichk. wird Klausel häufig trotzdem beibehalten, Adams, ebenda, S. 309.

¹⁸⁶⁴ Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S. 243 ff., 251; zu der „entire agreement“-Klausel auch Miller/Harvey/Parry, S. 362.

¹⁸⁶⁵ Nicht risikobezogen sind z. B. folgende warranties: vorvertragl. Angaben iVm „basis of the contract clause“.

des Vertragspartners abgewichen wird¹⁸⁶⁶, zurückgegriffen wird. Selbst wenn dies der Fall wäre, ist aber aufgrund der Tendenz zu einem weiten kontrollfreien Bereich zu erwarten, daß ein anderes Ergebnis als nach den in Deutschland vergleichbaren formalen Abgrenzungen herauskäme. In Großbritannien wäre die Argumentation zu erwarten, daß die Erwartungen des VN wegen der Risikobeschränkungen überhaupt nicht weit gehen dürfen, also keine berechtigten Erwartungen vorliegen, von denen abgewichen wird.

5. Belgien

a) Spezialregelungen für die Kontrolle von Versicherungsbedingungen¹⁸⁶⁷

Nach Art. 21 des arrêté royal über die Kontrolle von Versicherungsgesellschaften vom 12. 3. 1976 (AR 1976) müssen allgemeine und besondere Versicherungsbedingungen klar und präzise formuliert sein („rédigées en termes clairs et précis“). Außerdem beinhaltet Art. 21 ein generelles Kriterium für die Fairneß einer Klausel. Versicherungsbedingungen dürfen das Gleichgewicht der Pflichten der Parteien des Versicherungsvertrages nicht verletzen („ . . . porter atteinte à l´équivalence des engagements de l´assureur et ceux du preneur“). Nachdem zunächst das Kontrollgesetz vom 9. 7. 1975 in Art. 19 II als Rechtsfolge bei Verstoß gegen das AR 1976 die Nichtigkeit der betreffenden Klausel vorsah, bestimmt Art. 19bis des neuen Kontrollgesetzes vom 12. 7. 1991, daß die vertragliche Regelung so behandelt wird, als ob sie von Anfang an in Übereinstimmung mit den Regelungen aufgestellt worden wäre - damit ist als Sanktion eine Art Modifikation vorgesehen¹⁸⁶⁸. Die gleichen Anforderungen wie in Art. 21 AR 1976 finden sich in Art. 14 und 17 des späteren arrêté royal vom 22. 1. 1991 (AR 1991). Nach Art. 17 kann der Richter eine unklare oder unpräzise Klausel annullieren.

Aufgrund dieser speziellen Regelungen wurde das Gesetz v. 14. 7. 1991 über Handelspraktiken, Information und Schutz der Verbraucher, in dessen Art. 31 ff. die allgemeine Inhaltskontrolle für Verbraucherverträge geregelt ist und das im wesentlichen als vorweggenommene Umsetzung der Klauselrichtlinie gilt¹⁸⁶⁹, für den Versicherungsbereich nicht mehr als große Neuerung angesehen¹⁸⁷⁰. Das Gesetz vom 25. 6. 1992 sur le contrat d´assurance terrestre beinhaltet mehrere zwingende Regelungen für Versicherungsbedingungen, die zum Teil von dem Klauselkatalog des Gesetzes über Handelspraktiken abweichen¹⁸⁷¹. Außerdem gibt es verschiedene Regelungen in Gesetzen und AR´s, die für bestimmte Versicherungsverträge Standardklauseln vorsehen (sog. „clauses types“) ¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁶ 2. Teil B III 4. c)a)aa)bbb); Brownsword/Howells, the Journal of Business law 1995, S. 243 ff. , 249; Collins, Konferenzunterlagen, S. 288 ff. , 298 mit Hinweis, daß es an klaren Abgrenzungskriterien mangelte.

¹⁸⁶⁷ Überblick über Schutz des VN, Begünstigten, Versicherten, etc. im belg. Vers. R, vgl. Fontaine, Rz. 58 ff.

¹⁸⁶⁸ Vgl. CLAB BE 000175.

¹⁸⁶⁹ Bergh, GRUR Int. 1992, S. 803 ff. ; Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S. 79 ff. , 82 – S. 89 f. : zu den weiteren Nachbesserungen auf Rüge der Kommission durch Gesetz v. 3. 4. 1997 (Freiberufler als Gewerbetreibende), sowie Änderungen des Gesetzes über Handelspraktiken 1991 durch Gesetz v. 7. 12. 1998 und 30. 10. 1998.

¹⁸⁷⁰ Fontaine, Rz. 63.

¹⁸⁷¹ Modifiziert durch Gesetz v. 16. März 1994; dazu ausf. Fontaine, Rz. 63, 78 ff. , 108, der ansch. fälschlicherweise davon ausgeht, daß dieses Spezialgesetz generell dem Gesetz über Handelspraktiken vorgeht, auch wenn ein bestimmter Problembereich gar nicht gesetzl. geregelt wird – eine solche Sichtweise ist nicht mit Art. 1 II vereinbar – zwar ist Art. 1 II wie auch in Frankreich in Belgien nicht umgesetzt, was nach Art. 8 zulässig ist, aber nur dann, wenn mehr und nicht weniger als nach der KlauselRL kontrolliert wird.

¹⁸⁷² Ausf. Fontaine, Rz. 100 ff. , 111; Beispiele in CLAB BE 000303; CLAB BE 000503; z. B. sieht AR v. 12. 1. 1984 (déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d´assurance couvrant la responsabilité civile extra-

b) Rechtsprechung

Bei der Analyse der in der CLAB-Kartei erfaßten Urteile ist auffallend, daß die Gerichte zwar schon vor Erlaß des Gesetzes über Handelspraktiken 1991 eine Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wie z. B. Treu und Glauben („bonne foi“ iSd Art. 1134 III Co de Civil) durchführten, dies aber eher selten war¹⁸⁷³. Auch im Versicherungsbereich zeigte sich, daß das Gesetz über Handelspraktiken von 1991 generell keine besonders großen Auswirkungen auf die Gerichtspraxis hatte¹⁸⁷⁴. Denn auch nach dessen Erlaß bleiben die Gerichte bei Auslegung und Inhaltskontrolle überwiegend dabei, statt der Art. 31 ff. dieses Gesetzes nach wie vor die allgemeinen Grundsätze anzuwenden¹⁸⁷⁵, soweit nicht Spezialregelungen (z. B. AR's)¹⁸⁷⁶ vorhanden waren.

So gibt es in der CLAB-Kartei unter 51 Fällen nur ein einziges Urteil¹⁸⁷⁷, bei dem Versicherungsbedingungen anhand des Gesetzes über Handelspraktiken von 1991 kontrolliert wurden. Dieses Urteil aus dem Jahre 1996 (also fünf Jahre nach Erlaß des Gesetzes!) ist zugleich das erste Urteil, das diese Inhaltskontrollregelungen für Verbraucherverträge anwandte. Bis auf einen einzigen Fall¹⁸⁷⁸ wird im Rahmen der inhaltlichen Kontrolle nicht - auch nicht nach Ablauf der Umsetzungsfrist - auf die Klauselrichtlinie Bezug genommen. Da die überwiegende Anzahl der belgischen Urteile in der CLAB-Kartei nicht die betreffende Klausel selbst auf ihre Wirksamkeit, sondern nur deren Anwendung im konkreten Fall prüft, bleiben nur wenige Urteile übrig, aus denen sich Schlußfolgerungen auf den Kontrollbereich bei Versicherungsbedingungen ziehen lassen¹⁸⁷⁹. Aufgrund dieser zahlreichen Urteile, die sich - genauso wie bei der Auslegung¹⁸⁸⁰ - nicht mit der Billigkeit der Klausel selbst beschäftigen, besteht ein geringeres Schutzniveau, weil mangels Entwick-

contractuelle relative à la vie privée) in Art. 6 zulässige Ausschlußklauseln vor; zu den Standardklauseln für Kfz-Versicherung und deren Vereinbarkeit mit EU-Recht, vgl. Cousy in McGee/Heuser, S. 97 ff., 101.

¹⁸⁷³ Auch „ordre public“ nach Art. 6 und Unklarheitenregel der Art. 1602 iVm 1162, jeweils Code Civil, sowie Rechts- bzw. Machtmißbrauch - „abus de droit“ - die Zurückhaltung galt mit Rücks. auf Vertragsfreiheit auch außerhalb des Versicherungsbereichs, es erfolgte haupts. Einbeziehungs-kontr. u. Auslg., Leroux/Bourgoignie/Ambier, Konferenzunterlagen, S. 240 ff., 241 f.; die zudem uneinheitl. Rspr. führte zu einer großen Unsicherheit.

¹⁸⁷⁴ Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S. 79ff., 87: „... l'impact des dispositions nouvelles sur l'action des juges oit être tenu pour marginal, voire dérisoire.“; Leroux/Bourgoignie/Ambier, Konferenzunterlagen, S. 240 ff., 242 f.

¹⁸⁷⁵ Z. B. Tribunal de commerce de Bruxelles v. 17. 2. 1998, CLAB BE 000475 („abus de droit“); Cass. v. 7. 1. 1997, CLAB BE 000447 („bonne foi“ nach Art. 1134 und Auslg. Art. 1162 Code civil, auch wenn der Berichtersteller meint, daß „it is highly likely that the court would adopt a similar solution where the same situation arose again, but would justify the decision this time on the basis of Articles 31 ff. . .“); bonne foi: CA de Gand v. 16. 1. 1998, CLAB BE 000556; Tribunal de Commerce de Bruxelles v. 8. 3. 1999, CLAB BE 000571; CA de Liège v. 18. 3. 1999, CLAB BE 000572; Cass. v. 13. 3. 1998, CLAB BE 000588.

¹⁸⁷⁶ Tribunal de commerce de Mons v. 23. 1. 1997, CLAB BE 000440; von den Urteilen, die sich auf Art. 21 des AR 1976 iVm Art. 19 II des Kontrollgesetzes v. 9. 7. 1975 berufen, sprechen nur drei eine Nichtigkeit der Kl. aus: CA de Mons v. 31. 5. 1989, CLAB BE 000172; CA de Mons v. 7. 11. 1989, CLAB BE 000174; CA de Liège v. 26. 10. 1992 - bei CA de Mons v. 28. 6. 1986, CLAB BE 000180 führte die Berücksichtigung des Art. 21 zur restriktiven Auslegung und bei CLAB BE 000181 zur Unanwendbarkeit der Klausel in dem konkreten Fall.

¹⁸⁷⁷ Présidente du Tribunal de commerce de Bruxelles v. 8. 3. 1996, CLAB BE 000301.

¹⁸⁷⁸ CA de Mons v. 6. 9. 1994, CLAB BE 000483 - Bezug auf Art. 5 der KlauselRL.

¹⁸⁷⁹ Vgl. oben bei *Niederlande 2. Teil C II 2. c)* - soweit aber Urteile bezüglich der Anwendung im konkreten Fall die Klausel selbst ausdrücklich als rechtm. u. wirksam bezeichnen, können sie berücksichtigt werden, weil hier die mit Art. 4 II vergleichb. Abgrenzungsproblematik besteht, z. B. CA de Liège v. 17. 6. 1994, CLAB BE 000176; Juge de Paix de Namur v. 20. 2. 1990, CLAB BE 000178; CA de Bruxelles v. 18. 4. 1985, CLAB BE 000182.

¹⁸⁸⁰ Unklare Versicherungsbedingungen werden zu Lasten des Versicherers ausgelegt, CA de Bruxelles v. 26. 11. 1990, CLAB BE 000177 (Risikoausschluß); CA de Gand v. 7. 2. 1996, CLAB BE 000451 (indirekter Ausschluß); CA de Liège v. 6. 12. 1995, CLAB BE 000481 (Deckungsbeschr.) - ausf. Fontaine, Rz. 60, 400 f.

lung allgemeiner Fallgruppen und Rechtsgrundsätze eine Rechtsunsicherheit für den klagenden Verbraucher besteht.

Inhaltlich kontrolliert werden u. a. Klauseln, nach denen der VN bei Nichterfüllung bestimmter, im Vertrag festgelegter Pflichten (z. B. Schadensanzeige innerhalb einer bestimmten Frist), seine Rechte verwirkt¹⁸⁸¹, also nach dt. Recht als Obliegenheiten einzuordnende Vertragsbestimmungen. In Belgien zählen solche Klauseln wie z. B. auch Schadensmilderungspflichten, bei deren Nichteinhaltung der Verlust des Deckungsanspruchs folgt, zu den „déchéances“, die von den Risikoausschlüssen („exclusions“) unterschieden werden¹⁸⁸². Die Unterscheidung hat Bedeutung für die Beweislast¹⁸⁸³, und im Fall von „déchéances“ sind gesetzliche Regelungen vorgeschrieben¹⁸⁸⁴.

Vor und nach Richtlinienumsetzung gab es auch Urteile bezüglich Risiko- und Deckungsbeschränkungen (direkter und indirekter Art) sowie Obliegenheiten, bei denen nicht nur die Anwendung im konkreten Fall nach Billigkeitserwägungen geprüft¹⁸⁸⁵, sondern die Klausel selbst inhaltlich kontrolliert wurde¹⁸⁸⁶. Der inhaltlichen Kontrolle unterlagen zudem Regelungen bezüglich der zeitlichen Abgrenzung des Versicherungsschutzes¹⁸⁸⁷. Eine Änderung der Rechtsprechung durch Art. 4 II der Klauselrichtlinie oder dessen Umsetzung in nationales Recht ist nicht erkennbar. Auch wenn in der CLAB-Kartei in keinem einzigen Urteil ausdrücklich auf das Abgrenzungsproblem bei Versicherungsbedingungen hinsichtlich der Kontrollfähigkeit oder auf den Art. 4 II der Klauselrichtlinie eingegangen wird, bleibt die Schlußfolgerung, daß in Belgien grundsätzlich auch leistungs- und risikobeschreibende Klauseln kontrolliert werden.

Da sich Belgien hinsichtlich der inhaltlichen Kontrolle von Vertragsbedingungen stark an Frankreich orientiert¹⁸⁸⁸, wird der übrigbleibende kontrollfreie Bereich bei Versicherungsbedingungen ähnlich eng zu sehen sein.

¹⁸⁸¹ Z. B. CA de Gand v. 16. 1. 1998, CLAB BE 000556 ; CA v. 28. 6. 1986, CLAB BE 000181.

¹⁸⁸² Fontaine, Rz. 286 ff. m. w. Nachw. – gesetzliche Risikoausschlüsse sind z. B. Art. 8 („sinistres résultants d’ un fait volontaire ou d’ une faute lourde“) oder Art. 9 (Kriegsrisiko).

¹⁸⁸³ Fontaine, Rz. 290: der Versicherer muß die „déchéances“ beweisen, der VN den Versicherungsfall; nach dem belg. Cour de Cassation muß der VN sogar den Nichteintritt eines Risikoausschlusses beweisen; der belg. Gesetzgeber hat dagegen bei gesetzl. Ausschlüssen, z. B. für den Ausschluß des Kriegsrisikos, dem Versicherer die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlusses auferlegt, vobrhaltl. anderer königl. Reg. , Fontaine, Rz. 299.

¹⁸⁸⁴ Z. B. Art. 11 des Versicherungsvertragsgesetzes (loi du 25 juin 1992 sur le contrat des assurances terrestres): ein Anspruchsverlust kann nur eintreten, wenn die Pflicht des VN genau im Vertrag bestimmt war („déterminé“) und die Pflichtverletzung für den Versicherungsfall kausal war.

¹⁸⁸⁵ Z. B. Cass. v. 13. 3. 1998, CLAB BE 000588 (nach dt. Recht Obliegenheit); Tribunal Ire instance de Dinant v. 19. 12. 1996, CLAB BE 000403; Tribunal de comm. de Bruxelles v. 17. 2. 1998, CLAB BE 000475; CA de Liège v. 18. 3. 1999, CLAB BE 000572 (Risikoausschluß).

¹⁸⁸⁶ Z. B. CA de Mons v. 7. 11. 1989, CLAB BE 000174 (Obliegenheit); Juge de Paix de Namur v. 20. 2. 1990, CLAB BE 000178 (Ausschlußklausel); CA de Mons v. 31. 5. 1989, CLAB BE 000172 (Ausschlußklausel); CA de Liège v. 26. 10. 1992, CLAB BE 000175 (Ausschlußklausel); Tribunal de Commerce de Bruxelles v. 8. 3. 1999, CLAB BE 000571 (Hinw. auf Urteil, das Kl. in Diebstahlvers. , nach der die Vers. nur für KfZ mit einem best. Anti-Diebstahlsschutzsystem gilt, für unwirksam erklärte); Cour d’ arbitrage v. 21. 3. 1995, CLAB BE 000303 (Klausel, die einem gesetzl. Standardvertrag „clause type“ entspricht und best. Angehörige von dem Schutz z einer KfZ-Versicherung zugunsten Dritter ausnimmt - das Schiedsgericht erklärte diese Klauseln trotz Übereinst. als nicht mit Art. 10, 11 der Verfassung vereinbar, wg. Mißverh. Zzw. dem Zweck, Betrug durch kollusives Zusammenwirken zu vermeiden und Auswirkung); idS auch Cour d’ Arbitrage v. 7. 7. 1998, CLAB BE 000503 (Klausel gestatte keinen Gegenbeweis zu der Vermutung der Kollusion) – die Möglichkeit der inhaltlichen Kontrolle von deklaratorischen Klauseln besteht als Folge der Nichtumsetzung des Art. 1 II .

¹⁸⁸⁷ CA de Bruxelles v. 18. 4. 1985, CLAB BE 000182 (Auslaufen der Versicherung mit dem 65. Lebensjahr).

¹⁸⁸⁸ Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz. 87, S. 299.

Die Orientierung an der französischen Kontrolle von Versicherungsbedingungen ist auch bei mehreren Urteilen in der CLAB-Kartei erkennbar, die in ihrer Argumentation und Formulierung auffallende Ähnlichkeiten mit dem Wortlaut des französischen Art. L 113-1 C. ass. und der darauf beruhenden gerichtlichen Kontrolle von „exclusions“ aufweisen. So wird z. B. in einem Urteil aus dem Jahr 1997¹⁸⁸⁹ ausgeführt, daß Risikoausschlußklauseln gegenüber dem VN nur dann wirksam angewendet werden können, wenn sie klar, ausdrücklich und begrenzt sind („claires, expresses et limitées“). Nach dem Gericht sei es mit dem Vertragszweck nicht vereinbar, wenn Ausschlußklauseln die Aushöhlung des Versicherungsschutzes zur Folge haben („ayant pour resultat de vider le contrat lui-même d’une partie de sa substance“)¹⁸⁹⁰. Dieses Urteil ist zugleich ein weiteres Beispiel für die inhaltliche Kontrolle von Ausschlußklauseln. Klingt in diesem Urteil die Möglichkeit, Transparenzvoraussetzungen als Wirksamkeitsvoraussetzung zu prüfen, nur an¹⁸⁹¹, so können unklare oder unpräzise Klauseln generell nach Art. 17 AR 1991 (s. o.) annulliert werden¹⁸⁹².

Außerdem gibt es in der CLAB-Kartei noch mehrere Urteile, die unklare oder unpräzise Risikobeschreibungen nach Art. 21 AR 1976, Art. 19 II des Gesetzes v. 9. 7. 1975 für nichtig erklärten¹⁸⁹³ (erst mit Gesetz vom 12. 7. 1991, Art. 19 bis wurde diese Rechtsfolge geändert): Einer Ausschlußklausel bei absichtlich, fahrlässig oder durch wissentliche Verletzung der Berufspflichten herbeigeführten Schäden wurde die Wirksamkeit versagt, weil sie nicht klar und präzise formuliert sei; insbesondere die Formulierung „faute lourde“ wurde – wie auch in Frankreich im Rahmen des Art. 113-1 c. ass. – für zu unbestimmt gehalten¹⁸⁹⁴. Als mit den Transparenzvoraussetzungen des Art. 21 AR 1976 nicht vereinbar wurde auch die Formulierung einer Klausel erklärt, nach der Unfälle dann nicht von der Garantie umfaßt sind, wenn das Fahrzeug von einer Person gefahren wurde, welche nicht die Voraussetzungen der belgischen Gesetze und Vorschriften erfüllt („ . . . ne satisfaisant pas aux conditions prescrites par les lois et les règlements belges“)¹⁸⁹⁵. In diesem Fall sei die Klausel nicht nur unpräzise, sondern verletze zudem den Gleichgewichtsgrundsatz des Art. 21, weil die Klausel in undefinierbar vielen Situationen zum Einsatz kommen könnte. Damit wird auch eine inhaltliche Wertung getroffen. Diese Klausel wäre ebenso nach französischem Recht gemäß Art. 113-1 C. ass. als unwirksam anzusehen¹⁸⁹⁶. Anders als die französische Rechtsprechung, nach der es auszureichen scheint, daß eine Klausel für einen

¹⁸⁸⁹ Cass. v. 7. 1. 1997, CLAB BE 000447.

¹⁸⁹⁰ Das Gericht stütze sich auf allg. Grdsatz Art. 1134 („bonne foi“)u. Art. 1162 (Unklarheitenregel) Code civil; aber Berichterstatter, CLAB BE 00044: Gericht würde heute Art. 31 ff. Ges. über Handelsprakt. 1991 zugrundelegen.

¹⁸⁹¹ Der Cour de Cassation hob die vorherige Entscheidung nicht wegen falscher Inhaltskontrolle, sondern wegen eines Auslegungsfehlers auf („dénaturation“).

¹⁸⁹² Tribunal de commerce de Mons v. 23. 1. 1997, CLAB BE 000440.

¹⁸⁹³ Vgl. CLAB BE 000174.

¹⁸⁹⁴ CA de Mons v. 31. 5. 1989, CLAB BE 000172 („ne sont pas compris dans la garantie, les dommages causés intentionnellement, résultant d’une faute lourde ou d’une faute professionnelle caractérisée commise par les assurés alors que les conséquences en découlant étaient prévisibles. . . .“), außerdem sei das Komma nach „causé intentionnellement“ mißverständlich, da für einen Nichtjuristen verborgen bleibe, daß die Klausel zwei fehlerhafte Verhaltensweisen umfaßt, den absichtlichen Fehler und den unabsichtlichen Fehler.

¹⁸⁹⁵ CA de Mons v. 7. 11. 1989, CLAB BE 000174 (in Dtl. ist strittig, ob bei „Pflichtwidrigkeit sausschlüssen“ eine Risikoausschlußklausel oder eine Obliegenheit gegeben ist, vgl. Schimikowski, Rz. 272).

¹⁸⁹⁶ Ebenso Ausschlußkl. für alle Schäden „causés à l’occasion de . . . tous actes notoirement périlleux ou téméraires“ (allg. bekannte gefährliche oder leichtfertig Hdlg.), CA de Liège v. 26. 10, 1992, CLAB BE 000175.

Juristen klar und verständlich ist (s. o.), stellen belgischen Gerichte aber offenbar auf den juristischen Laien ab¹⁸⁹⁷.

6. Griechenland¹⁸⁹⁸

a) Rechtslage und Rechtsprechung vor Umsetzung der Richtlinie

aa) Zurückhaltung bei der Inhaltskontrolle von Versicherungsverträgen

Vor einer gesetzlichen Regelung 1991 wurden AVB nach allgemeinen Grundsätze des Zivilgesetzbuches (ZGB) und des Handelsgesetzbuches (grHGB) kontrolliert, wobei in der Regel nur eine Einbeziehungskontrolle stattfand¹⁸⁹⁹. Der Ministerialerlaß K5/585/1978¹⁹⁰⁰, der verbindliche AGB für Kfz-Haftpflichtversicherungsverträge vorschreibt¹⁹⁰¹, regelt außerdem, daß sich beide Vertragsparteien nicht auf die Unkenntnis dieser AGB's berufen können. Für die Geltung der Musterklauseln des Ministerialerlasses genügt eine Verweisklausel in dem Kfz-Haftpflichtversicherungsvertrag; eine Auflistung der einzelnen Klauseln ist nicht erforderlich¹⁹⁰². Auch im Banksektor sind AGB zum großen Teil gesetzlich geregelt¹⁹⁰³. Aufgrund dieser Spezialregelungen sah die Rechtsprechung im Versicherungs- und Banksektor nur wenig Raum für eine eigene inhaltliche Klauselkontrolle. Die Gerichte schrieben dem Funktionieren des Systems von Versicherungs- und Bankunternehmen eine so bedeutende Rolle für die Volkswirtschaft und das Gemeinwohl zu, daß ihnen auch das Recht zugesprochen wurde, durch AGB die geschäftlichen Beziehungen stark zu ihren Gunsten zu regulieren; in der Regel wurde zugunsten des Verwenders entschieden¹⁹⁰⁴.

Aus diesen Gründen blieb es auch nach Erlaß des Verbraucherschutzgesetzes Nr. 1961 im Jahr 1991 häufig bei einer Einbeziehungskontrolle oder Auslegung nach allgemeinen Vorschriften; u. a. auch bei Risikobeschränkungen, Obliegenheiten und sonstigen leistungsbe-

¹⁸⁹⁷ Auch bei Art. 5 der KlauselRL wird von der Verständlichkeit für einen Laien ausgegangen, vgl. CA de Mons v. 6. 9. 1994, CLAB BE 000483.

¹⁸⁹⁸ Zu gesetzl. Verbraucherschutzreg. im Versicherungs- u. Banksektor: Alexandridou, VuR 1995, S. 387 f.; die CLAB-Kartei enthält 156 griech. Entschdng. im Vers. bereich - die Gerichte „Efeteio“ sind vergleichbar mit den dt. Landgerichten; der „Areios Pagos“ ist das höchste griech. Zivilgericht.

¹⁸⁹⁹ Z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (378/88), CLAB GR 000064; Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (1835/1988), CLAB GR 000056; ausf. zu Rspr. bzgl. Einbez. V. AVB Kapnopoulou, S. 184 ff.; Rokas, Karlsruher Forum 1997, S. 118.

¹⁹⁰⁰ „Über die Festsetzung der allgemeinen Bedingungen des Versicherungsvertrags, der die zivilrechtliche Haftung aus Autounfällen deckt“, Präambel, Erw. 2: „Die Einhaltung dieser allgemeinen Bedingungen ist obligatorisch sowohl für das Versicherungsunternehmen als auch für die Versicherten. Jede Veränderung derselben durch den Versicherungsvertrag ist untersagt.“, dt. Übers. v. Kapnopoulou, S. 170, FN 21 - beruht auf Art. 6 § 6 des Gesetzes Nr. 489/1976 „über die obligatorische zivilrechtliche Versicherung gegen Autounfälle“, dieses Gesetz sieht noch weitere Regelungen für diesen Versicherungstyp vor - vergleichbar mit dt. KfzPflVV iVm § 4 PflVG.

¹⁹⁰¹ Kapnopoulou, S. 168, auch FN 15.

¹⁹⁰² So auch z. B. Efeteio Thessalonikis (Berufungsgericht) v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000166; Areios Pagos v. 1. 1. 1993 (1345/1993), CLAB GR 000126; Efeteio Athinon v. 1. 1. 1994 (554/1994), CLAB GR 000116; anders dagegen wohl Efeteio Athinon v. 1. 1. 1990 (11030/1990), CLAB GR 000011.

¹⁹⁰³ Zu den Regelungen im einzelnen, Vgl. Kapnopoulou, S. 196 ff. und S. 168, FN 17.

¹⁹⁰⁴ Kapnopoulou, S. 169 m. Rsprbsp. in FN 20, bei denen unter Berufung auf die Risiken des Versicherungsgeschäfts eine Auslegung zugunsten des Verwenders vorgenommen wird; S. 195 ff. zu der Inhaltskontrolle auf dem Banksektor; S. 200 ff., zu dem Versicherungssektor.

schreibenden Klauseln¹⁹⁰⁵. Trotz teilweise verdeckter Inhaltskontrolle durch restriktive Auslegung¹⁹⁰⁶ kann diese eine direkte Inhaltskontrolle nicht ersetzen¹⁹⁰⁷. Allgemein bestand eine Abneigung der griechischen Rechtsprechung, das Gesetz von 1991 anzuwenden, wovon vor allem Versicherungs- und Bankverträge betroffen waren¹⁹⁰⁸.

Soweit eine Versicherungsbedingung überhaupt über Einbeziehung und Auslegung hinaus kontrolliert wurde, überprüften die Gerichte in den meisten Fällen lediglich, ob ein Verstoß gegen eine Vorschrift vorliegt, wie z. B. gegen den Ministerialerlaß K5/585/1978, andere versicherungsrechtliche Spezialgesetze oder gegen allgemeine Vorschriften des ZGB und des grHGB¹⁹⁰⁹. Eine allgemeine, generelle, an Treu und Glauben orientierte Inhaltskontrolle fand nicht statt¹⁹¹⁰. Treu und Glauben wurde vielmehr idR nur im Rahmen der Auslegung¹⁹¹¹ oder bei der Anwendbarkeit einer Klausel im konkreten Fall¹⁹¹² berücksichtigt.

Zum Teil versuchten die Gerichte auch solche Klauseln zu überprüfen und für unwirksam zu erklären, die wörtlich mit dem Ministerialerlaß übereinstimmten, indem sie argumentierten, daß dem Erlaß insoweit die gesetzgeberische Ermächtigung fehle¹⁹¹³. Diese Argumentation war u. a. deshalb möglich, weil eine dem Art. 1 II vergleichbare Regelung in Griechenland weder vor noch nach Umsetzung der Richtlinie vorhanden war¹⁹¹⁴. Versicherungsunternehmen konnten diese Entscheidungen jedoch umgehen, indem sie nicht nur eine Verweisungsklausel auf den Ministerialerlaß in den konkreten Versicherungsvertrag aufnahmen, sondern die betreffende Klausel wörtlich in den Vertragstext integrierten. Teilweise werteten die Gerichte die betreffende Klausel dann nicht mehr als unwirksamen Teil des Ministerialerlasses, sondern prüften nur deren wirksame Einbeziehung¹⁹¹⁵. Verbraucherschutz erfolgte im Bank- und Versicherungssektor also weniger durch Inhaltskontrolle der Rechtsprechung, als hauptsächlich durch eine direkte staatliche Regulierung von AGB einzelner Vertragstypen, wie im Falle des Ministerialerlasses K5/585/1978 für Kfz-Haftpflichtversicherungen.

¹⁹⁰⁵ Einbezkont. : z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (1835/1988), CLAB GR 000056; Eefeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1992 (2789/1992), CLAB GR 000127; Auslg. z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (536/1988), CLAB GR 000066; Monom. Protodikeio Athinon v. 14. 2. 1994 (1335/1994), CLAB GR 000104; w. Nachw. Kapnopoulou, S. 200 ff.

¹⁹⁰⁶ Im Versicherungsbereich stärker als im Banksektor, vgl. ausführlich Kapnopoulou, S. 200 ff. m. Rspr. nachw.

¹⁹⁰⁷ Kapnopoulou, S. 203, 205; dazu auch oben unter 2. Teil B III 1. a).

¹⁹⁰⁸ Kapnopoulou, S. 166, FN 3; Alexandridou, VuR 1995, S. 387 ff., S. 388 – auch aus CLAB-Kartei ist ersichtlich, daß das Gesetz selbst bei eröffnetem Anwdgsbereich nicht angewandt wird.

¹⁹⁰⁹ Z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1991 (1115/91), CLAB GR 000008 (Gesetz 489/1976, grHGB); Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1990 (14428/1988), CLAB GR 000017 (Verfassung, ZGB); Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1991 (4901/1991), CLAB GR 000024 (Ministerialerlaß); Eefeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1991 (873/1991), CLAB GR 000028 (grHGB); Areios Pagos v. 1. 1. 1991 (1714/1991), CLAB GR 000039 (grHGB); Polymeles Protodikeio Prieos v. 1. 1. 1992 (1527/1992), CLAB GR 000115 (Zivilprozeßordnung); Areios Pagos v. 15. 4. 1994 (714/1994), CLAB GR 000108 (SpezialG für Vers.); Areios Pagos v. 16. 12. 1994 /24/1994), CLAB GR 000086 (Gesetz 489/1976, SpezialG, ZGB).

¹⁹¹⁰ Kapnopoulou, S. 256; S. 193: Treu und Glauben führte nie zur Unwirksamkeit einer Vertragsklausel.

¹⁹¹¹ Z. B. Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1985 (6401/1985), CLAB GR 000062; Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (536/1988), CLAB GR 000066.

¹⁹¹² Z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1989 (1121/1989), CLAB GR 000021; Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1994 (554/1994), CLAB GR 000116 – in diese Kat. gehört auch die st. Rspr., daß Ausschlüsse nur gegenüber dem Vertragspartner, nicht aber gegenüber dem geschädigten Dritten wirksam sind (ähnlich inDtl. § 3 Nr. 4-6 PflVG) z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1991 (1115/1991), CLAB GR 000008; Areios Pagos v. 1. 1. 1986 (1691/86), CLAB GR 000078; Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1993 (2469/1993), CLAB GR 000096; aA Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1993 (4519/1993), CLAB GR 000125 – wie oben bei NL und B ausgef., ist hier nicht die gleiche Abgrenzungsprobl. wie bei Art. 4 II gegeben.

¹⁹¹³ Z. B. Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1985 (4326/1985), CLAB GR 000052; Areios Pagos v. 1. 1. 1988 (327/1988), CLAB GR 000067; dazu und zu weiteren Ansätzen Kapnopoulou, S. 206 f.

¹⁹¹⁴ Vgl. ähnliche Tendenz in Belgien; u. die Diskussion in Frankreich unter 2. Teil C II 3. b) aa).

¹⁹¹⁵ Vgl. Eefeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1987 (1420/1987), CLAB GR 000074; Eefeteio Preos v. 1. 1. 1993 (930/1993), CLAB GR 000129.

bb) Umfang der Kontrolle von Klauselinhalten

Bei den wenigen Urteilen der CLAB-Kartei, bei denen Versicherungsbedingungen in Bezug auf ihren Klauselinhalt¹⁹¹⁶ kontrolliert wurden, ist aber dann zu erkennen, daß der kontrollfreie Bereich von den Gerichten, wenn sie sich einmal für eine Inhaltskontrolle entscheiden, eng aufgefaßt wird: Klauseln, die Obliegenheiten des VN festlegen, werden der gerichtlichen Kontrolle unterzogen, z. B. Regelungen eines Anspruchsverlusts bei Nichteinhaltung der Anzeigepflicht des Versicherungsfalls innerhalb einer bestimmten Frist¹⁹¹⁷; bei falscher oder fehlender Information über risikorelevante Umstände¹⁹¹⁸. Auch die Pflicht, den Versicherer über weitere Verträge bei anderen Versicherungsunternehmen zu informieren¹⁹¹⁹, sowie die Pflicht, den Dritten zu verklagen, wenn dies möglich ist¹⁹²⁰, unterliegen der Inhaltskontrolle. Auch Risiko- und Deckungsbeschränkungen sowie risikobezogene Obliegenheiten werden der inhaltlichen Kontrolle unterworfen¹⁹²¹, soweit nicht Ausschlußklauseln ohne Prüfung als Einwendung des Versicherers kommentarlos angewandt werden¹⁹²². Auch bei den Urteilen, die den in den Vertrag einbezogenen Ministerialerlaß K4/585/1978 teilweise für unwirksam erklärten, war Streitgegenstand jeweils eine leistungs- bzw. risikobeschränkende Klausel¹⁹²³.

b) Nach Umsetzung der Richtlinie durch das Verbrauchergesetz Nr. 2251/1994

Zunächst war in Griechenland noch ungeklärt, welche Auswirkungen das neue Verbraucherschutzgesetz auf die gesetzlichen Sonderregelungen hinsichtlich der Banken- und Ver-

¹⁹¹⁶ Urteile, bei denen Klausel nur auf Gesetzesverstoß (oder teilw. auf Sittenwidrigkeit) überprüft werden, werden hier auch genannt – denn z. T. ist in CLAB-Kartei unklar, ob es sich um zwingende Gesetze handelt, die Urteile gehen idR über Abweichung/oder nicht von zwingenden Reg. hinaus: da es keine dem Art. 1 II entspr. Reg. gibt, können auch deklarator. Kl. von den Gerichten kontrolliert werden (vgl. auch o. g. Entschdg. , bei denen die verbindl. Musterkl. des Ministerialerlasses in Frage gestellt werden. Schließl. sind gesetzl. Best. häufig nicht abschließend, z. B. Art. 209 gr HGB regelt Benachrichtigungspflicht im Versicherungsfall, aber nicht RF bei Nichteinhaltung, es bleibt Raum für eine vertragl. Regel (Kapnopoulou, S. 205), die der inhaltl. Kontrolle unterliegen kann.

¹⁹¹⁷ Efeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1991 (873/1991), CLAB GR 000028: 24 Std-Frist unwirks. ; selbst bei 3-Tages-Frist ist nach st. Rspr. die RF des Anspruchsverlust unzul. , der Vers. könne nur Ersatz der durch die Verspätung entstandenen Schäden verlangen (so auch Art. 12 IV des Ministerialerlasses K4/585/1978), z. B. Efeteio Athinon v. 1. 1. 1985 (1541/85), CLAB GR 000061; Eirhnodikeio Athinon v. 1. 1. 1994 (3297/1994), CLAB GR 000082; Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1992 (961/1992), CLAB GR 000111; Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1992 (7493/1992), CLAB GR 000122; nach früherer Rspr. noch wirksam, vgl. Nachw. bei Kapnopoulou, S. 205.

¹⁹¹⁸ Areios Pagos v. 1. 1. 1991 (1014/1991), CLAB GR 000065; Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1994 (422/1994), CLAB GR 000091.

¹⁹¹⁹ Areios Pagos v. 1. 1. 1991 (1714/1991), CLAB GR 000039.

¹⁹²⁰ Efeteio Athinon v. 1. 1. 1988 (6661/1988), CLAB GR 000037.

¹⁹²¹ Z. B. Areios Pagos v. 2. 11. 1994 (1158/1994), CLAB GR 000084 (Deckungsbeschr. der Entschädigung auf eine best. Versicherungssumme- wirksam, entspricht Gesetz); Areios Pagos v. 1. 1. 1991(1115/1991), CLAB GR 000008 (Klausel, nach der Schäden, die durch Personen, die ein Kfz unberechtigt oder nach einem Delikt (Diebstahl) fahren, verursacht werden, nicht gedeckt werden - wirksam, entspricht Gesetz); Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1990 (6054/1990), CLAB GR 000069 (Klausel in Kfz-Haftpflicht, nach der durch Fahrer ohne, o. mit ausländ. Fahrerlaubnis verursachte Schäden, nicht gedeckt sind - 2. Alt. sei „abusive as contrary to the good faith and good morals“); Areios Pagos v. 1. 1. 1987 (1285/1987), CLAB GR 000070 (sog. Verwendungsklausel in Kfz-Haftpflichtversicherung - wirksam); Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1992 (3488/1992), CLAB GR 000095 (vertragl. einbez. sog. Trunkenheitsklausel des Ministerialerlasses- wirksam als Übereinst. mit Erlass) – in der CLAB-Kartei werden diese Kl. als Ausschlußklauseln titulierte, nach dt. Recht sind sog. Verwendungs-, Trunkenheits-, Führerscheinklauseln, u. unberechtigtes Fahren in der Kfz-Haftpflichtversicherung als Obliegenheiten anzusehen, vgl. Schimikowski, Rz. 211 und § 5 KfzPfVV(vgl. aber dort Abs. II u. III) .

¹⁹²² Eefeteio Athinon v. 1. 1. 1987 (10460/1987), CLAB GR 000030; Areios Pagos v. 1. 1. 1989 (924/1989), CLAB GR 000080

¹⁹²³ Z. B. Efeteio Athinon v. 1. 1. 1985 (4326/1985), CLAB GR 000052 (Ausschl. für Schäden bei Unfällen auf dem Gehweg); Areios Pagos v. 1. 1. 1986 (1691/1986), CLAB GR 000078(Ausschl. für Schäden an dem vers. Traktor, wenn dieser zum Unfallzeitpunkt ein anderes Fahrzeug zieht).

sicherungs-AGB hat¹⁹²⁴. In der Rechtsprechung finden sich aber verstärkt Urteile (aus dem Jahr 1995 und später), die eine per Verweisklausel einbezogene Musterklausel des Ministerialerlasses K5/585/1978 oder eine auf dem Gesetz Nr. 489/1976 beruhende Klausel nicht mehr als Wertung des Gesetzgebers hinnahmen, sondern inhaltlich überprüften¹⁹²⁵. Damit hatte sich die Rechtsprechung außerdem der Literaturansicht angeschlossen, nach der auch behördlich bewilligte AGB der Kfz-Haftpflichtversicherungen gerichtlich kontrolliert werden können. Es wird aber eine widerlegliche Vermutung für die Objektivität und Rechtmäßigkeit dieser Klauseln angenommen¹⁹²⁶.

aa) Mehr Inhaltskontrolle nach dem Gesetz Nr. 2251/1994 ?

Auch mit dem Verbraucherschutzgesetz von 1994, das bezüglich der u. a. enthaltenen Klauselkontrollregelungen (insb. Art. 2, 10) als Richtlinienumsetzung gilt, änderte sich die Rechtsprechungspraxis nicht wesentlich. Nach wie vor befassen sich viele Urteile nicht mit der inhaltlichen Kontrolle einer Versicherungsbedingung als solcher, sondern mit der Einbeziehung¹⁹²⁷, Auslegung¹⁹²⁸ und mit deren Anwendbarkeit im konkreten Einzelfall¹⁹²⁹. Nur selten werden Klauseln in Versicherungsverträgen nach dem Verbraucherschutzgesetz Nr. 2251/1994 überprüft¹⁹³⁰; häufiger ist eine Überprüfung nach allgemeinen Vorschriften des ZGB und des grHGB¹⁹³¹.

In dem ersten griechischen Fall einer Verbandsklage stellte dann das Berufungsgericht Athen¹⁹³² im Jahre 1998 (Urteil Nr. 1448/1998) folgende Grundsätze für die gerichtliche Überprüfung einer Vertragsklausel auf: Zuerst wird eine Klausel auf deren Vereinbarkeit mit den wesentlichen gesetzlichen Vorschriften überprüft, insbesondere im Hinblick auf die absoluten Klauselverbote in Art. 2 VII Verbraucherschutzgesetz Nr. 2251/1994¹⁹³³. Dann prüft das Gericht, ob die generellen Prinzipien wie Treu und Glauben (Art. 288 ZGB) oder die vertraglichen Gewohnheiten verletzt sind. In einem dritten Schritt soll eine Abwägung der in Art. 4 der Klauselrichtlinie genannten Umstände vorgenommen werden¹⁹³⁴. Ganz im Sinne der ersten Prüfungsstufe kontrollierte dann auch das Berufungsgericht die meisten

¹⁹²⁴ Nach Kapnopolou, S. 217 f. folgt aus den Übergangsvorschr. zu Gesetz 2251/1994, daß gesetzl. Best. (auch Ministerialerlaß) bei Mißbr. iSd Verbraucherschutzgesetzes gegenüber Verbrauchern außer Kraft treten.

¹⁹²⁵ Z. B. Efeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000143 (unfair); Areios Pagos v. 17. 2. 1995, CLAB GR 000147 (unfair); Areios Pagos v. 16. 2. 1996, CLAB GR 000142 (unfair); Areios Pagos v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000163 (wirksam) - diese Inhaltskontr. wurde auch weiterhin nicht nach dem Gesetz Nr. 2251/1994, sondern nach den o. g. Regeln durchgef.; in einem Fall wurde eine Ministerialerlaßbest. wg. RL-Verstoß mangels gesetzl. Ermächtigung für unanwendbar erklärt, Efeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000137.

¹⁹²⁶ Kapnopolou, S. 182 – bzgl. Banken-AGB ist das Verhältnis zu SpezialG noch ungeklärt.

¹⁹²⁷ Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000170, 000171 und 000172; Efeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000166; Efeteio Athinon v. 1. 1. 1999 (6828/1999), CLAB GR 000266.

¹⁹²⁸ Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000174 und 000175.

¹⁹²⁹ Areios Pagos v. 19. 1. 1996, CLAB GR 000151; Areios Pagos v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000157; Areios Pagos v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000158; Efeteio Thessalonikis v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000137 – Ausschlußkl. in Kfz-Haftpflichtvers. gegenüber gesch. Dritten unanwendbar, Areios Pagos v. 26. 5. 1995, CLAB GR 000145; Areios Pagos v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000158; Irinodikeio Thessalonikis v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000168.

¹⁹³⁰ Z. B. :Poymeles Protodikeio Athinon v. 30. 6. 1997, CLAB GR 000202; Efeteio Athinon v. 1. 1. 1999 (7950/1999), CLAB GR 000278.

¹⁹³¹ Z. B. Areios Pagos v. 13. 3. 1995, CLAB GR 000140; Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000174; Efeteio Athinon v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000149; Efeteio Athinon v. 1. 1. 1995, CLAB GR 000159.

¹⁹³² Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998 (1448/98), CLAB GR 000237-000260; vgl. Tzortzopoulos, Konferenzunterlagen, S. 281 ff., 283; 1. Instanz: Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000176-000199.

¹⁹³³ Auch Revisionsinstanz, Areios Pagos v. 1. 1. 1999 (1401/1999), CLAB GR 000267- 000277, sieht Verstoß gegen wesent. Vorschriften, insb. Art. 2 VII, als sicheres Kriterium der Mißbräuchlichkeit.

¹⁹³⁴ Vgl. CLAB GR 000238; CLAB GR 000239; CLAB GR 000246; CLAB GR 0002491.

Klauseln im Hinblick auf das Gesetz Nr. 2251/1994¹⁹³⁵. Erwähnenswert bei dieser Entscheidung ist außerdem, daß das Gericht entgegen der ersten Instanz nur in einem einzigen Fall eine beanstandete Lebensversicherungs-Klausel für unwirksam hält¹⁹³⁶; die Revisionsinstanz, der Aeropag¹⁹³⁷, bestätigte im wesentlichen dieses Ergebnis und die Begründung, hielt nur eine weitere Klausel für unwirksam¹⁹³⁸.

bb) Umfang der inhaltlichen Kontrolle

Auf den ersten Blick scheint sich der (weitgehende) Umfang der Inhaltskontrolle nach Richtlinienumsetzung nicht verändert zu haben. Klauseln, die Obliegenheiten des VN regeln, werden nach wie vor kontrolliert¹⁹³⁹; teilweise werden sie mit der Begründung für mißbräuchlich erklärt, daß deren Formulierungen zu unbestimmt seien und dem Versicherer die Möglichkeit gäben, einseitig zu beurteilen, ob der VN seine Pflicht erfüllt habe¹⁹⁴⁰. Auch hier finden sich also Anzeichen für ein Transparenzgebot im Rahmen der Inhaltskontrolle. Der inhaltlichen Kontrolle unterliegen weiterhin sämtliche Risiko- und Deckungsbeschränkungen, sowohl direkter als auch indirekter Art¹⁹⁴¹. Gleiches gilt für Klauseln bezüglich Beginn und Ende des Versicherungsschutzes¹⁹⁴². Es finden sich keine Entscheidungen, die den Kernbereich der allgemeinsten Umschreibung des Versicherungsfalles (z. B. Versicherung für vollständige, vorübergehende Arbeitsunfähigkeit oder für Invalidität infolge eines Unfalls), versicherte Person, versicherter Gegenstand, etc. betreffen. Kontrolliert werden aber die einschränkenden Definitionen der darin enthaltenen unbestimmten Begriffe, z. B. für vollständige zeitweise Arbeitsunfähigkeit oder für den Unfall¹⁹⁴³.

¹⁹³⁵ Das Gericht kontrolliert aber auch weiterhin Klauseln nach SpezialG (CLAB GR 000253) oder allg. Reg. des ZGB u. grHGB: CLAB GR 000240 (Art. 202 III gr HGB); CLAB GR 000242, 000245 und 000248 (Pflicht zur Information vor Vertragsschluß nach Art. 202, 224 grHGB); CLAB GR 000246 und 000249 (Pflicht des VN, die Erhöhung des vers. Risikos zu vermeiden, nach Art. 205, 223 grHGB).

¹⁹³⁶ CLAB GR 000240.

¹⁹³⁷ Areios Pagos v. 1. 1. 1999 (1401/1999), CLAB GR 000267 – 000277. .

¹⁹³⁸ Unwirks. nach Art. 2 Nr. 7 b Gesetz Nr. 2551/1994, vgl. CLAB GR 000277 abw. v. CLAB GR 000260 .

¹⁹³⁹ Z. B. Areios Pagos v. 1. 1. 1999, CLAB GR 000267 und 000268 (Verpflichtung des VN, nach Eintritt des Versicherungsfalles jede Auskunft zu erteilen u. Dokumente zu überlassen, die zur Anspruchsbegr. erf. sind); Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998, CLAB GR 000240, 000242, 000245, 000246, 000248 und 000249 u. Areios Pagos v. 1. 1. 1999, CLAB GR 000270 (Verpflichtung des VN, alle Angaben hinsichtlich der versicherten Gefahr zu machen); Areios Pagos v. 1. 1. 1999 CLAB GR 000271, 000272 (Frist für die Anzeige des Versicherungsfalles) - als Sanktionen für falsche oder unvollst. Angaben o. verspätete Anzeige wird idR der Wegfall des Versicherungsschutzes bestimmt, was in Fortsetzg. der bish. Rspr. vor RL-Umsetzung unwirks. ist, Rokas in Karlsruher Forum 1997, S. 119 (zul. nur SE-Anspruch des Vers.); dazu auch Kapnopoulou, S. 204 f.

¹⁹⁴⁰ Rokas in Karlsruher Forum 1997, S. 117 ff. , 119 f.

¹⁹⁴¹ Direkt: z. B. Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998, CLAB GR 000255 (Klausel bzgl. Entschädigung wg. Invalidität u. Arbeitsunfähigkeit in Lebensversicherung, nach der eine Invalidität oder Arbeitsunfähigkeit, die ganz oder teilweise, direkt oder indirekt von einer bereits vor Vertragsabschluß best. Krankheit herrührt, nicht gedeckt ist- wirksam); Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000193, Berufung CLAB GR 000260; Revision, CLAB GR 000277 (Klausel bzgl. vollst. zeitw. Arbeitsunfähigkeit in Lebensversicherung, nach der die Haftung des Versicherers für während eines Auslandsaufenthaltes verursachte Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen ist, wenn der Versicherte nicht ins Krankenhaus eingewiesen wurde – wirksam in ersten Instanzen, unwirksamer Haftungsausschluß nach Art. 2 VII 2 Gesetz 2251/1994 bei Revision; indirekt: z. B. Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000187/ Berufung GR 000256/ Revision GR 000274 (Klausel, die in dem Anhang bzgl. Versicherungsschutz für ernsthafte Krankheiten best. med. Begriffe wie „Herzinfarkt“, „Schlaganfall“, „Blindheit“ definiert – wirksam in allen Inst.); 1. Inst. GR 000188/Berufung GR 000257/ Revision GR 000275 (Klausel, nach der Versicherungssumme nur dann bei ernsthaften Krankheiten gezahlt wird, wenn diese erstmals nach 3 Monate auftreten, u. die versicherte Person noch lebt- wirks. in allen Inst.).

¹⁹⁴² Areios Pagos v. 16. 2. 1996 (187/1996), CLAB GR 000142 (Ende bei Eigentumsübergang des versicherten Gegenstandes); Efeteio Athinon v. 1. 1. 1995 (3506/1995), CLAB GR 000146 (Klausel in Lebensversicherung, nach der der materielle Versicherungsschutz von erster Prämienteilzahlung im voraus abhängt).

¹⁹⁴³ 1. Instanz GR 000191/Berufung GR 000258; 1. Instanz GR 000192/Berufung GR 000259/ Revision GR 000276 – in allen Entscheidungen: Klausel wirksam.

Für einen unverändert (weitgehenden) Umfang der Inhaltskontrolle könnte sprechen, daß weder vor noch nach Umsetzung eine mit Art. 4 II vergleichbare Regelung im griechischen Recht vorhanden war und ist¹⁹⁴⁴. Betrachtet man aber die Entscheidungen bezüglich Risikobeschränkungen, und sieht, daß diese bis auf einen Fall alle für wirksam erklärt wurden, ist fraglich, ob nicht doch eine Veränderung in der Rechtsprechung nach Richtlinienumsetzung erfolgte, auch wenn die Begründungen für die Wirksamkeit der Klauseln in den einzelnen Urteilen nicht eindeutig erkennen lassen, ob die Gerichte schon die Kontrollunterworfenheit verneinen wollen oder ob sie die Haftungsbeschränkungen zwar für kontrollunterworfen, aber wirksam halten.

So kann beispielsweise der Hinweis auf das Preis-Leistungs-Verhältnis in einem erstinstanzlichen Urteil¹⁹⁴⁵ sowohl die Begründung für die Kontrollfreiheit der Risikoausschlußklausel als Folge der Vertragsfreiheit bedeuten, als auch, daß das Gericht mittels des Preisargumentes die Klausel inhaltlich für wirksam hält. Allerdings spricht die Ablehnung eines Rechtsmißbrauchs für letztere Version. Diese Richtung wird dann auch von dem Berufungsgericht eingeschlagen, das unter Hinweis auf das der Privatautonomie unterliegenden Preis-Leistungs-Verhältnisses eine inhaltliche Mißbilligung ablehnte. Der Ausschluß basiere auf dem Prinzip der Analogie von Leistung (Versicherungsschutz) und Gegenleistung (Prämie); der Gesetzgeber überlasse den privaten Versicherungsunternehmen, die am Wettbewerb teilnehmen, zu bestimmen, welche Gefahren sie zu welchem Preis übernehmen wollen¹⁹⁴⁶ - daher sei die Klausel nicht mißbräuchlich. Auch die Wirksamkeit einer weiteren (indirekten) Ausschlußklausel, welche die medizinischen Begriffe Herzinfarkt, Schlaganfall und Blindheit definiert, wird mit dem Prinzip des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung begründet: sie zielt auf die Bestimmung des Umfangs des Versicherungsschutzes in Bezug auf die erhaltene Prämie ab, ohne das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers zu stören¹⁹⁴⁷ (die gleiche Begründung übernahm die Revisionsinstanz¹⁹⁴⁸). Genauso wie bei einer weiteren Klausel (einschränkender Unfalldefinition¹⁹⁴⁹) wird eindeutig auf die Generalklausel des Verbraucherschutzgesetzes von 1994 Bezug genommen. Die Argumentation mit dem Preis-

¹⁹⁴⁴ Kapnopoulou, S. 216 f., dort FN 16 (z. T. wird von unmittelbarer Anwendbarkeit des Art. 4 II ausgegangen); Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg., S. 16.

¹⁹⁴⁵ Polymeles Protodikeio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000176-199; es ging um eine Klausel in einem Lebensversicherungsvertrag, nach der Invalidität/Arbeitsunfähigkeit, die ganz oder teilweise, direkt oder indirekt aus einer Krankheit herrührt, die vor Abschluß des Versicherungsvertrages bereits bestanden hat, von dem Versicherungsschutz ausgeschlossen ist- die Beschr. des Versicherungsschutzes korrespondiere mit der gezahlten Rate der Prämie gem. dem anteiligen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und sei deshalb nicht rechtsmißbräuchlich, vgl. CLAB GR 000186 („... the insurance’s exemption founded on the disputed term which limited the extend of the insurance cover corresponded to the paid insurance rate according to the pro rata benefit and remuneration existed in all bilateral contract as it is the insurance contract. This exemption wasn’t included in the meaning of the abuse of the right.”).

¹⁹⁴⁶ Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998, CLAB GR 000237-000260, 000255 -“: . . consequently no case of unfairness can be noted”.

¹⁹⁴⁷ CLAB GR 000256:“ . . valid again on the grounds that it applies the principle of analogy between benefit and remuneration. . . ”.

¹⁹⁴⁸ Areios Pagos v. 1. 1. 1999 (1401/1999), CLAB GR 000274.

¹⁹⁴⁹ CLAB GR 000258:“valid . . . on the grounds that the insurer aims at a determination of the insurance cover provided to the clients, in respect to the received premium and that the stipulations of this term are not contrary to article 2 pa. 7 al. b (prohibition of restrictions of the provider’s contractual obligations) of the Consumer Protection Law.”.

Leistungs-Verhältnis wird also als Rechtfertigung im Rahmen der Inhaltskontrolle verstanden¹⁹⁵⁰.

Für eine solche Einordnung des Privatautonomie-Argumentes spricht auch die o. g. Festlegung der 3 Prüfungsschritte für die inhaltliche Kontrolle durch das Berufungsgericht Athen vom 25. 2. 1998¹⁹⁵¹. Als dritter und letzter Prüfungsschritt sind danach die „provisions of article 4 of the Directive 93/13“ berücksichtigen. Da hier nicht zwischen Art. 4 I und Art. 4 II der Klauselrichtlinie unterschieden wird, wird auch der Art. 4 II als Teil der Inhaltskontrolle und nicht der Vorstufe der Kontrollunterworfenheit verstanden.

Ausschlußklauseln werden also dann als wirksam angesehen, wenn mit ihnen nur der Umfang des Versicherungsschutzes konform mit dem Prinzip des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung festgelegt wird und dadurch nicht vorher vertraglich zugestandenen Verpflichtungen des Versicherers beschränkt werden¹⁹⁵². Hierbei wird offenbar auf die Deckungserwartungen des VN abgestellt. Denn nach der Rechtsprechung stellen z. B. indirekte Ausschlüsse durch die Definition von Arbeitsunfähigkeit oder Unfall dann keine Einschränkungen der vorher vertraglich vereinbarten Pflichten dar, wenn in dem Versicherungsvertrag ausdrücklich stand, daß der Versicherungsschutz durch die Klauseln des Anhangs bestimmt wird¹⁹⁵³. Die Rechtsprechung behandelt also solche Klauseln regelmäßig¹⁹⁵⁴ nicht als Haftungsbeschränkungs- oder Ausschlußklauseln, die nach Art. 2 VII 2) des Verbraucherschutzgesetzes 2251/1994 unwirksam sind¹⁹⁵⁵; mit dem Argument, daß von vorneherein aufgrund der Verweisungsklausel nur eine begrenzte Verpflichtung bestand¹⁹⁵⁶. Nach der griechischen Rechtsprechung reicht folglich grundsätzlich ein Hinweis bzw. Kenntnismöglichkeit von Risikobeschränkungen für deren Wirksamkeit aus¹⁹⁵⁷.

Bei näherer Betrachtung muß man damit von der zunächst umfassend scheinenden Kontrolle Abstriche machen, zumindest, was Risiko- und Deckungsbeschränkungen angeht. Zwar wird in den Urteilen der CLAB-Kartei nicht ausdrücklich auf Art. 4 II oder den 19. EG Bezug genommen. Die nur in den neueren Urteilen zu findenden Hinweise auf die privatautonomen Bestimmung des Preis-Leistungs-Verhältnisses (Umfang des Versicherungsschutzes/ Prämienbezug) erinnern aber sehr stark an diese Richtlinienbestimmungen. Die Formulierungen der Gerichte sprechen dafür, daß der Art. 4 II iVm Satz 3 des 19. EG der Richtlinie als „Rechtfertigung“ für eine inhaltliche Wirksamkeit verstanden wird, w o-

¹⁹⁵⁰ So auch bei Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998, CLAB GR 000243 und 000246; Areios Pagos v. 1. 1. 1999 (1401/1999), CLAB GR 000273.

¹⁹⁵¹ Efeteio Athinon v. 25. 2. 1998, CLAB GR 000237; Tzotzopoulos, Konferenzunterlagen, S. 281 ff., 283.

¹⁹⁵² Vgl. Efeteio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000188: „ . . . the disputed term established limitations of the insurance cover which were conformed to the principles of benefit and remuneration governing bilateral contracts and consequently it didn't consist limitations of the previous contractual obligations of the insurer. ”

¹⁹⁵³ Vgl. Efeteio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000192: „ . . . the disputed term was not unfair because it didn't limit the previous contractual obligations of the insurance contract since it is referred in the insurance contract that the insurance coverage is determined by the appendage's terms. ”; in diesem Sinne auch CLAB GR 000191.

¹⁹⁵⁴ Ausn. : bei einer Klausel in einer Lebensversicherung (bzgl. Vollst., zeitw. Arbeitsunfähigkeit infolge Autounfalls), nach der die Haftung für während eines Auslandsaufenthaltes verursachte Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen ist, wenn der VN nicht in ein Krankenhaus eingewiesen wurde – anders als Berufung (GR 000260) geht Areios Pagos v. 1. 1. 1999 hier von einer Haftungsbeschr. iSd Art. 2 VII 2), CLAB GR 000277.

¹⁹⁵⁵ Art. 2 VII in engl. Übers. : „ . . . shall be considered as unfair 2) terms which limit the contractual obligations and liabilities assumed by the supplier ”.

¹⁹⁵⁶ Vgl. auch Efeteio Athinon v. 1. 1. 1996, CLAB GR 000187: „ . . . was not unfair as it is explicitly mentioned in the contract that the insurance company will cover cases which were restrictively mentioned in the contract. ”

¹⁹⁵⁷ Bei Obliegenheiten sind vergleichbare Erwägungen dagegen nicht ersichtlich.

bei anscheinend jeglicher Prämienbezug als ausreichend erachtet wird¹⁹⁵⁸. Da ein solcher bei risikobeschränkenden Klauseln immer gegeben ist, besteht für den VN im Ergebnis nur ein geringer Schutz durch die gerichtliche Inhaltskontrolle.

7. Italien¹⁹⁵⁹

a) Rechtslage nach den Art. 1341, 1342 Codice civile vor Umsetzung der Klauselrichtlinie¹⁹⁶⁰

aa) Ausgangslage

In der CLAB-Kartei findet sich neben Urteilen, die sich mit Auslegung von Versicherungsbedingungen befassen¹⁹⁶¹, eine Vielzahl von Urteilen, bei denen Versicherungsbedingungen der Einbeziehungskontrolle nach den Art. 1341, 1342 Codice Civile unterworfen wurden¹⁹⁶². Die behördliche Genehmigungspflicht der AVB (Lebensversicherung und Kfz-Haftpflichtversicherung) entbindet nicht von den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des Art. 1341 II C. c.¹⁹⁶³. Zwar hat der Gesetzgeber bezüglich der in Art. 1341 II genannten Klauseln eine Wertung für deren potentielle Unfairneß abgegeben und die Gerichte prüfen in der Regel - gewissermaßen in einer Vorprüfung - als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 1341 II C. c., ob eine Klausel unfair ist¹⁹⁶⁴. Da es sich aber lediglich um eine besondere (formelle) Einbeziehungskontrolle handelt, bleiben auch unfaire Klauseln wirksam, wenn sie die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllen, indem sie von dem Vertragspartner gesondert schriftlich bestätigt wurden. Damit wird auch bei vom Gericht für unfair gehaltenen AVB nur die Informationsmöglichkeit, nicht aber eine Inhaltskontrolle mit möglicher Nichtigkeitsfolge sichergestellt¹⁹⁶⁵. In Italien gilt (wie z. B. auch in Deutschland und nach Art. 1 II der Klauselrichtlinie) das Prinzip des Vorrangs des geschriebenen Rechts. Klauseln, die mit einer gesetzlichen Regelung übereinstimmen - von denen es hinsichtlich Versicherungsverträgen einige im C. c. gibt - werden nicht nach Art. 1341 II kontrolliert, selbst wenn sie an sich unter eine Klausel der Liste dieser Vorschrift zu subsumieren wären¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁵⁸ Eine Erkennbarkeit für den VN wird nicht gefordert-beides m. E. falsch, vgl. 2. Teil C III 3. u. 7. b)bb).

¹⁹⁵⁹ Zusatz „a. F.“ gilt f. Urteile, die nach heutigem Stand nicht mehr im Internet (CLAB -Kartei) sind.

¹⁹⁶⁰ In diesem Abschn. werden alle Urt. berücksichtigt, die auf diesen Art. C. c. beruhen; da aus CLAB-Kartei nicht erkennbar ist, wann die betr. Vers. verträge geschl. wurden, u. ob bereits Art. 1469 ff. C. c. anwendbar waren.

¹⁹⁶¹ Auslegungsgrundsätze (darunter auch Auslegung nach Treu und Glauben) bei Cassazione civ., sez. I v. 26. 6. 1987, CLAB IT 000074; Cassazione civ., sez. III v. 22. 2. 1995, CLAB IT 000263.

¹⁹⁶² Vgl. zu der besonderen Einbeziehungskontrolle ausführlich unter 2. Teil B III 5.; nach Art. 1341 II C. c. müssen die dort ausdrücklich und abschließend genannten Klauseln gesondert schriftlich aufgeführt und durch Unterschrift bestätigt werden. Diese Klauseln sind Haftungsbeschränkungen, Rücktrittsbefugnis, Befugnis zur Aussetzung der Durchführung des Vertrages (Leistungsverweigerungsrecht), Klauseln, die die Verwirkung von Rechten regeln (Verfallsfristen), die Beschränkung der Befugnis zur Erhebung von Einwendungen und Einreden, Einschränkungen der Vertragsfreiheit mit Dritten, stillschweigende Verlängerung/Erneuerung des Vertrages, Schiedsklauseln, Gerichtsstandsklauseln, ital. Text u. dt. Übers. v. Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz. 94, FN 170.

¹⁹⁶³ V. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S. 237 ff., 265; eine Vielzahl der Urteile in Italien stammt aus dem Versicherungs- und Bankenbereich, vgl. de Negri, Konferenzunterlagen, S. 303 ff., 304.

¹⁹⁶⁴ Z. B. Pretura civ. di Taranto v. 13. 11. 1987, CLAB IT 000104 a. F. (stellt ausdrückl. auf Nachteil ab); Cassazione civ., sez. I v. 8. 6. 1988, CLAB IT 000233; Cassazione civ., sez. III v. 6. 5. 1994, CLAB IT 000244; Cassazione civ., sez. III v. 7. 11. 1997, CLAB IT 000357; Cassazione civ., sez. III v. 15. 1. 1997, CLAB IT 000385 („an unfair nature of such clause . . . requires specific written approval“).

¹⁹⁶⁵ Vgl. oben 2. Teil B III 1. a) und 5.

¹⁹⁶⁶ De Nova, ERPL 1995, S. 221 ff., 222; stillschw. Verlängerungen sind nach Art. 1898 II C. c. zul., so daß entspr. Klauseln trotz ausdrückl. Erwähnung in Art. 1341 II nicht nach dieser Vorschrift kontrolliert werden; z. B. Cassazione civ., sez. I v. 7. 6. 1988, CLAB IT 000235; Cassazione civ., sez. III v. 6. 5. 1994, CLAB IT 000244 („since it ap-

bb) Haftungsbeschränkungen iSd Art. 1341 II Codice civile

Die Gerichte unterscheiden bei der Einbeziehungskontrolle in ständiger Rechtsprechung danach, ob eine Klausel eine Haftungsbeschränkung iSd Art. 1341 II C. c. ist und dann die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen eingehalten wurden oder, ob die Klausel lediglich den Vertragsgegenstand (dazu gehört auch der Vertragszweck¹⁹⁶⁷) identifiziert, abgrenzt und definiert. Im letzteren Fall ist die vertragliche Bestimmung Teil der zu schützenden Vertragsautonomie und keine potentiell unfaire Haftungsbeschränkung iSd Art. 1341 II C. c.¹⁹⁶⁸, so daß sie ohne gesonderte schriftliche Bestätigung Vertragsinhalt werden kann.

Die Gerichte subsumieren in ständiger Rechtsprechung bei Versicherungsbedingungen solche Klauseln, die das versicherte Risiko definieren, quantifizieren bzw. die Grenzen des Versicherungsschutzes festlegen, mit der Begründung nicht unter Art. 1341 II C. c., daß sie den Inhalt des Vertragsgegenstandes definieren¹⁹⁶⁹. Dagegen fallen Klauseln, die aus diesem definierten Risikoumfang Teile wieder herausnehmen, als Haftungsbeschränkungen unter die besondere Einbeziehungskontrolle¹⁹⁷⁰. Bis auf wenige Ausnahmen¹⁹⁷¹ besteht in der Rechtsprechung Einigkeit dahingehend, daß Risikobeschränkungsklauseln (direkter und indirekter Art) nicht an den Voraussetzungen des Art. 1341 II gemessen werden. Die „Beschränkung“ des Risikos durch eine Klausel führt also nicht automatisch zu deren Einordnung als Haftungsbeschränkung iSd Art. 1341 II C. c., sondern die „Beschränkung“ des Risikos wird als Teil der Definition und Abgrenzung des versicherten Risikos als Vertragszweck und Vertragsgegenstand angesehen¹⁹⁷². In vielen Entscheidungen wird – ähnlich wie z. B. in Deutschland – formal darauf abgestellt, ob die betreffende Klausel von einer gesetzlichen oder vorher vereinbarten vertraglichen Pflicht abweicht und die Haftung we-

plies a provision of the law, is not of unfair nature. . . .”) Cassazione civ., sez. I v. 4. 8. 1995, n. 8597/95, CLAB IT 000502; Cassazione civ., sez. III v. 3. 6. 1996, CLAB IT 000486.

¹⁹⁶⁷ Cassazione civ. v. 17. 5. 1982, CLAB IT 000026: „is aimed at defining the purpose of the contract. . . .”

¹⁹⁶⁸ Z. B. Tribunale di Venezia v. 28. 11. 1986, CLAB IT 000058; Tribunale di Grosseto v. 10. 1. 1980, CLAB IT 000014; Cassazione civ., sez. I v. 8. 6. 1994, CLAB IT 000376.

¹⁹⁶⁹ Z. B. Cassazione civ., sez. I v. 1. 3. 1986, CLAB IT 000064: „not an unfair term, but rather a clause having the exclusive function of defining the risk insured”; Cassazione civ., sez. I v. 21. 10. 1989, CLAB IT 000099: „. . . the clause is intended to quantify the risk insured, namely to define the object of the contract and the risk of the insurer and not to limit the liability of the insurer. ”; Cassazione civ., sez. III v. 30. 12. 1991, CLAB IT 000228; Cassazione civ., sez. III v. 20. 2. 1998, CLAB IT 000358: „. . . aims at delimiting the subject of the same contract . . . and is not limit of liability”; Cassazione civ., sez. III v. 10. 2. 1998, CLAB IT 000507: „. . . identify and define the risk, e. g. object of the contract”.

¹⁹⁷⁰ Z. B. Cassazione civ., sez. I v. 15. 12. 1987, CLAB IT 000103 a. F.: „. . . is not that of defining the risk. . . but of subsequently reducing the extent of the risk. . . .”; Cassazione civ., sez. III v. 21. 10. 1994, CLAB IT 000245.

¹⁹⁷¹ Z. B. Tribunale di Venezia v. 21. 6. 1978, CLAB IT 000007 (Sinn u. Zweck des Art. 1341 II); Cassazione civ., sez. I v. 15. 12. 1987, CLAB IT 000103 a. F. bei Klausel, nach der die Garantie beschränkt ist auf Verletzungen, die der Versicherte bei dem Fahren mit einem Motorrad einer best. Motorstärke erleidet („the matter in question is not that of defining the risk to be undertaken, but that of subsequently reducing the extent of the risk previously undertaken without limits of any kind. . . .”); aA für vergleichb. Kl. Corte d’ Appello die Prugia v. 14. 4. 1990, CLAB IT 000237 („does not limit the liability of the insurance company, but has the function of limiting the object of the contract and the terms of obligation of the insurer”).

¹⁹⁷² Z. B. Cassazione civ., sez. I v. 22. 4. 1982, CLAB IT 000027: „the clauses of an insurance contract limiting the risk ensured do not constitute clauses for limiting responsibility, they only have the function of defining the purpose of the contract and to specify terms of obligation assumed by the insurer. ”; Giudice di pace di Brescia v. 29. 3. 1997, CLAB IT 000609; Cassazione civ., sez. III v. 13. 12. 1980, CLAB IT 000005; Corte d’ Appello di Perugia v. 14. 4. 1990, CLAB IT 000237: „. . . does not limit the liability of the insurance company but has the function of limiting the object of the contract and the terms of obligation of the insurer”; Cassazione civ., sez. III v. 12. 3. 1993, CLAB IT 000242.

gen Vertragsbruchs ausschalten will; in diesem Fall wird eine Haftungsbeschränkung iSd Art. 1341 II angenommen¹⁹⁷³.

Kontrollfreie Risikoausschlüsse und –beschränkungen sind nach der Rechtsprechung z. B. ¹⁹⁷⁴ die Klausel in einer Diebstahlsversicherung, nach der der Versicherungsschutz nur dann gegeben ist, wenn der Diebstahl durch bestimmte, aufgeführte Methoden (Einbruch, Dietrich, etc.) verübt wurde¹⁹⁷⁵; oder eine Klausel, nach der grundsätzlich Schäden an Dritten ersetzt werden, mit Ausnahme der Verwandten, die mit dem Versicherten leben (sog. Angehörigenklausel)¹⁹⁷⁶. Die Risikobeschränkung „bei Verstoß gegen gesetzliche Regelungen“ wird nicht wie in anderen Ländern, z. B. Frankreich oder Belgien, als unbestimmt angesehen. Auch Deckungsbeschränkungsklauseln werden überwiegend nicht unter Art. 1341 II C. c. gefaßt; so z. B. bei Klauseln, die die Entschädigungszahlungen in der Höhe¹⁹⁷⁷ oder in zeitlicher Hinsicht begrenzen¹⁹⁷⁸. Kontrollfrei sind nach der Rechtsprechung Beginn und Ende der Versicherung¹⁹⁷⁹.

Bei Klauseln, die eine proportionale Verringerung der Entschädigung bei mehreren Versicherungen vorsehen, gibt es dagegen unterschiedliche Entscheidungen¹⁹⁸⁰. Auch hinsichtlich der Klauseln, die Beschränkungen bei Pflichtverletzungen des VN regeln, bzw. generell bei Obliegenheiten ist die Rechtsprechung nicht einheitlich¹⁹⁸¹. Bestimmte risikobezogene Obliegenheiten werden als kontrollfrei angesehen und z. T. als Risikodefinitionen bezeichnet, z. B. eine Klausel in einer Diebstahlsversicherung, nach der Juwelen und andere wertvolle Gegenstände nur bei Aufbewahrung in abgeschlossenen Behältnissen (Schubladen, Safes) versichert sind (verhüllte Obliegenheit)¹⁹⁸²; oder Klauseln in einer Kfz-Haftpflichtversicherung, nach der der Versicherungsschutz ausgeschlossen ist, wenn der

¹⁹⁷³ Z. B. Cassazione civ., sez. III v. 16. 6. 1997, CLAB IT 000356 („a contractual clause may be included among those fixing limitations of liability in favour of that who arranged it, provided that it reduces the objective ambit of liability as it was determined, with a wider extension by prescriptive rules or by other general clauses. . . . ; Cassazione civ., sez. I v. 1. 3. 1986, CLAB IT 000064 („the limitation of responsibility. . . presupposes that the clause. . . reduces or restricts the objective sphere of the responsibility previously established contractually or by law. . . .“); Cassazione civ., sez. III v. 13. 12. 1980, CLAB IT 000005; Cassazione civ., sez. III v. 10. 10. 1987, CLAB IT 000229; Giudice di Pace die Brescia v. 29. 3. 1997, CLAB IT 000609; aA nur ältere Cassazione civ., sez. III v. 29. 11. 1973, CLAB IT 000325 a. F. (gesetzl. Reg. hindere Parteien nicht, eine abw. Vereinb. zu treffen).

¹⁹⁷⁴ w. Bsp.: Cassazione civ., sez. III v. 20. 2. 1998, CLAB IT 000358; Cassazione civ., sez. III v. 7. 11. 1997, CLAB IT 000357; Cassazione civ., sez. III v. 30. 8. 1995, CLAB IT 000263 -anders als z. B. in Griechenland oder Deutschland gelten Risikobeschr. in Kfz-Haftpflichtvers. auch gegenüber geschädigten Dritten, z. B. Cassazione civ., sez. III v. 12. 3. 1993, CLAB IT 000242; Cassazione civ., sez. III v. 23. 2. 1996, CLAB IT 000249.

¹⁹⁷⁵ Cassazione civ., v. 7. 9. 1984, CLAB IT 000120 a. F.; Cassazione civ., sez. III v. 16. 6. 1997, CLAB IT 000356.

¹⁹⁷⁶ Cassazione civ., sez. III v. 10. 10. 1987, CLAB IT 000229 („define and determine the risk insured“).

¹⁹⁷⁷ Z. B. in dem nur ein proportionaler SE gezahlt wird (in dem Verhältnis angegebener Wert u. tats. Wert z. Zt. des Versicherungsfalles), Cassazione civ., sez. I v. 21. 10. 1989, CLAB IT 000099 („ . . . the clause is intended to quantify the risk insured, namely to define the object of the contract and the risk of the insurer and not to limit the liability of the insurer“); ähnl. Kl., Cassazione civ., sez. I v. 8. 6. 1994, CLAB IT 000376 - Tribunale di Verbania v. 13. 11. 1987, CLAB IT 000106 (für best. Sachen wird nur best. Prozentanteil gezahlt).

¹⁹⁷⁸ Cassazione civ., sez. III v. 8. 1. 1999, CLAB IT 000671 („the term . . . is aimed at restricting the subject matter of the contract and not at limiting the insurer’s liability“).

¹⁹⁷⁹ Cassazione Civ., sez. III, v. 7. 2. 1975, CLAB IT 000253 (Klausel, nach der Versicherungsschutz mit 0. 00 Uhr von Tag X an wirksam ist – „it did not limit liability“); Tribunale di Verbania v. 23. 2. 1989, CLAB IT 000105 (Ende der Versicherung „is object of the insurance contract“).

¹⁹⁸⁰ Cassazione civ., sez. I v. 7. 6. 1988, CLAB IT 000235: in zulässiger Anwendung des Art. 1910 C. c. bezüglich Versicherung mit mehr als einem Versicherer ist Art. 1341 II nicht anwendbar; aA Cassazione civ., sez. III v. 15. 1. 1997, CLAB IT 000385 („clause does not aim at delimiting the risk covered, but to exempt the insurer from the duty of indemnity . . .“), ohne Berufung auf Art. 1910 C. c. wird die Klausel als unfaire Klausel dem Art. 1341 II unterworfen, weil sie die Vertragsfreiheit des VN gegenüber Dritten einschränke.

¹⁹⁸¹ zu pauschal v. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S. 237 ff., 265 (Obliegenheiten unterfallen nicht Art. 1341 II).

¹⁹⁸² Cassazione civ., sez. III v. 10. 2. 1998, CLAB IT 000507 („Risikodefinition“).

Fahrer nicht nach den gesetzlichen Vorschriften qualifiziert und berechtigt¹⁹⁸³ oder betrunken¹⁹⁸⁴ ist. Bei Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles wird dagegen Art. 1341 II angewandt, z. B. bei Anspruchsverlust bei Falschangaben zum Schadensumfang, Einreichen falscher Dokumente oder sonst oder betrügerischem Handeln¹⁹⁸⁵; oder auch bei Entschädigungsreduktion bei verspäteter Schadensanzeige¹⁹⁸⁶.

Eine Reihe von Urteilen hält eine gesonderte Bestätigung solcher leistungsbeschreibender Klauseln für erforderlich, die eine Entschädigung nur dann vorsehen, wenn der Versicherte die erforderliche Sorgfalt angewandt hat¹⁹⁸⁷; oder die eine Entschädigung ausschließen, wenn nicht die erforderlichen Sicherheits- und Überwachungsmaßnahmen ergriffen werden¹⁹⁸⁸. Als Begründung wird angeführt, daß diese Klauseln von gesetzlichen Pflichten abweichen und deshalb Haftungsbeschränkungen iSd Art. 1341 II seien¹⁹⁸⁹. Anders als z. B. in Frankreich und Belgien werden keine Bedenken bezüglich der unbestimmten Formulierung geäußert. Andere Urteile, die sich auf bestimmte von dem VN einzuhaltende Sicherheitsmaßnahmen (risikobezogene Pflichten) beziehen, wenden den Art. 1341 II C. c. nicht an: z. B. ¹⁹⁹⁰ bei Klausel einer Diebstahlsversicherung, nach der die Entschädigung von dem Gebrauch eines bestimmten Schlosses¹⁹⁹¹ oder sonstiger Sicherheitsmaßnahmen¹⁹⁹² abhängig ist. Ob der Unterschied zu den o. g. Klauseln bezüglich Sorgfaltspflichten des Versicherten, die an Art. 1341 II C. c. gemessen wurden, darin liegt, daß bestimmte einzuhaltende und funktionierende Schutzmaßnahmen nicht von gesetzlichen Regelungen abweichen¹⁹⁹³, muß hier dahinstehen. Denn es gibt eine Entscheidung des Kassationsgerichts aus dem Jahre 1994, die diese Unterscheidung wieder in Frage stellen könnte¹⁹⁹⁴. Es handelte sich um eine Klausel, nach der nur dann eine Entschädigung geleistet wird, wenn der VN Schutzmaßnahmen ergreift und während eines Halts mit dem Fahrzeug während

¹⁹⁸³ Z. B. Giudice di pace di Milano v. 30. 1. 1996, CLAB IT 000610; Cassazione civ., sez. III v. 23. 2. 1996, CLAB IT 000249 („does not reduce the objective scope of liability with respect to legal or contractual measures, but only establishes the limits within which the assumed liability must be considered valid, establishing, except in a few cases, the actual range of the insurance guarantee“); genauso bei sog. Führerscheinklausel, vgl. Cassazione civ., sez. III v. 12. 3. 1993, CLAB IT 000242 und Cassazione civ., sez. III v. 6. 5. 1994, CLAB IT 000244.

¹⁹⁸⁴ Giudice di pace di Brescia v. 29. 3. 1997, CLAB IT 000609 („limits and describes the risk“).

¹⁹⁸⁵ Tribunale di Venezia v. 21. 6. 1978, CLAB IT 000006.

¹⁹⁸⁶ Cassazione civ., sez. lavoro v. 14. 5. 1998, CLAB IT 000382.

¹⁹⁸⁷ Cassazione civ., sez. I v. 11. 5. 1990, CLAB IT 000096 („cannot be defined in any other way except limiting liability“); zu gleicher Klausel auch Cassazione civ., sez. I v. 11. 5. 1990, CLAB IT 000236.

¹⁹⁸⁸ Cassazione civ., sez. I v. 21. 10. 1994, CLAB IT 000171a. F. („the term is beyond the simple delimitation of the object of the guarantee and carries out the insurer liability according to and for the purposes of article 1341 (II)“).

¹⁹⁸⁹ das Gesetz sehe in Art. 1900 C. c. einen Ausschluß nur bei durch Vorsatz u. grobe Fahrlässigkeit (des VN oder dessen Arbeitnehmer) verursachten Schäden vor (ähnlich § 61 dt. VVG). Die streitgegenständlichen Klauseln schließen aber die Entschädigung ohne Differenzierung auch bei leichter Fahrlässigkeit des Versicherten aus, obwohl hier nach dem Gesetz die Versicherungsleistung erfolgen müßte.

¹⁹⁹⁰ Z. B. auch wenn eine Entschädigung davon abh. gemacht wird, daß best. Schutzmaßn. eingehalten werden u. funktionieren müssen, Cassazione civ., sez. III v. 19. 6. 1980, CLAB IT 000207; Cassazione civ., sez. I v. 17. 12. 1981, CLAB IT 000208: „identifies and limits the insured risk, that is object of the contract“; Cassazione civ., sez. III v. 30. 12. 1991, CLAB IT 000228; w. Bsp.: Tribunale di Modena v. 20. 3. 1980, CLAB IT 000015.

¹⁹⁹¹ Tribunale di Grosseto v. 17. 12. 1989, CLAB IT 000014.

¹⁹⁹² Cassazione civ., sez. III v. 1. 12. 1998, CLAB IT 000674 („These terms. . . do not limit the insurer's liability but identify and limit the subject matter of the contract and the insured risk“).

¹⁹⁹³ Tribunale di Modena v. 20. 3. 1980, CLAB IT 000015: „ . . . as it does not exclude neither completely nor partly the sanctions provided by law for the possible breach of contract“ - insb. keine Abw. v. Art. 1900 C. c. .

¹⁹⁹⁴ Cassazione civ., sez. III v. 21. 10. 1994, CLAB IT 000245: „clause which denies insurance coverage in a specific situation, lies outside the competence of mere limitation of the object of the guarantee and expresses itself as an exclusion of the insurer's liability, should it identify such a situation on the basis of a failure on behalf of the same insured to carry out impossible or particularly difficult actions“.

seiner Reise aufpaßt. Das Gericht wandte hier Art. 1341 II C. c. an, u. a. weil die Pflicht des VN in diesem Fall unmöglich oder besonders schwierig zu erfüllen sei.

cc) Ergebnis

In Italien wurden Versicherungsbedingungen, auch wenn sie für unfair gehalten wurden, nur formell mit besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen nach Art. 1341 II C. c. kontrolliert. Im Gegensatz zu nicht risikobezogenen Obliegenheiten (hier nach Eintritt des Versicherungsfalles), die unter Art. 1341 II C. c. subsumiert werden, unterliegen Risiko- und Deckungsbeschränkungsklauseln (direkter oder indirekter Art), viele risikobezogene Obliegenheiten sowie Beginn/Ende des Versicherungsschutzes, nach ständiger Rechtsprechung als Definition des versicherten Risikos bzw. des Vertragsgegenstandes noch nicht einmal der besonderen Einbeziehungskontrolle. Damit bestand bei Versicherungsverträgen ein sehr weiter kontrollfreier Raum von leistungsbeschreibenden Klauseln, auf deren Existenz der VN noch nicht einmal durch eine notwendige gesonderte Bestätigung besonders hingewiesen wird. Die Schutzwirkung der gerichtlichen Kontrolle, die ja ohnehin mangels Inhaltskontrolle nicht groß war, ist folglich äußerst gering. Außerdem verzichtet die Rechtsprechung immer dann auf die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 1341 II, wenn die AGB von den Verbänden (Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden) ausgehandelt worden sind, denen die Vertragspartner als Mitglieder angehören¹⁹⁹⁵.

b) Rechtsprechung nach Ablauf der Umsetzungsfrist unter Bezug auf die Klauselrichtlinie

Es gibt in der CLAB-Kartei ein Urteil hinsichtlich AVB, das sich noch vor Umsetzung der Klauselrichtlinie in italienisches Recht im Jahr 1996 direkt auf die Bestimmungen der Klauselrichtlinie, insbesondere der Klauselliste des Anhangs, stützt¹⁹⁹⁶. Hierbei handelte es sich zugleich um das erste italienische Urteil, daß sich mit der direkten Anwendbarkeit einer Richtlinie befaßte¹⁹⁹⁷. Das Gericht verstand eine Deckungsbeschränkungsklausel in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung als Haftungsbeschränkung („clause limiting company's liability“) – ohne jedoch Art. 4 II und EG 19 Satz 3 zu erwähnen - und erklärte diese im Hinblick auf den Annex Nr. 1 i) der Richtlinie als unfair, da die Einschränkung weder in der Versicherungspolice enthalten war, noch schriftlich von der anderen Partei unterzeichnet war. In Tradition einer reinen Einbeziehungskontrolle¹⁹⁹⁸ blieb die Feststellung der Unfairneß der Klausel aber nach wie vor nur Vorprüfung für die Anwendbarkeit des Art. 1341 II. Es fand keine Inhaltskontrolle mit Interessenabwägung statt, sondern die Klausel wurde im Ergebnis mangels gesonderter Bestätigung für nicht wirksam einbezogen erklärt. Wie sich unter c) zeigen wird, war dieses Urteil außerdem nicht der Beginn einer veränderten Rechtsprechung mit umfassenderer Kontrolle. Es ist auch aus weiteren Gründen nur unter großen Vorbehalten zu beachten¹⁹⁹⁹. Das Gericht wendet die

¹⁹⁹⁵ Z. B. bei AVB, die von dem Verband der Reeder mit dem Verband der Seeversicherer ausgehandelt wurden; in diesen Fällen seien unbillige AGB schon durch die Verhandlungen von Verbänden mit entgegengesetzten Interessen ausgeschlossen, v. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S. 237 ff., 266.

¹⁹⁹⁶ Tribunale di Milano, v. 7. 9. 1995, CLAB IT 000452: Klausel einer Diebstahlsversicherung, nach der die Entschädigung für Diebstähle auf 75 % des Schadens begrenzt wird, wenn der Diebstahl unter besonderen Umständen verübt wird; weitere Fundst. bei Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S. 119 ff., 161, FN 153.

¹⁹⁹⁷ Vgl. Berichtserstatter-Kommentar zu CLAB IT 000452.

¹⁹⁹⁸ Zu der alten Situation vgl. Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S. 309 ff., 314.

¹⁹⁹⁹ Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S. 119ff., 161f.

Richtlinie zwischen zwei Privaten an und mißachtet so die Rechtsprechung des EuGH und auch des italienischen Kassationshofes, die eine horizontale Direktwirkung ablehnen. Außerdem handelte es sich bei beiden Streitparteien um Unternehmer iSd Richtlinie, so daß diese schon mangels Verbrauchervertrages nicht anwendbar gewesen wäre.

c) Rechtsprechung nach den Umsetzungsregelungen der Art. 1469-bis ff. Codice Civile

Es gibt in der CLAB-Kartei nur wenige Urteile, die sich auf die Richtlinie oder auf die Umsetzungsregeln der Art. 1469 bis ff. C. c. beziehen²⁰⁰⁰. Aus diesen Urteilen wird deutlich, daß auch im Rahmen der Inhaltskontrolle nach Richtlinienumsetzung – inklusive der Umsetzung des Art. 4 II in Art. 1469-ter II C. c. – die ständige Rechtsprechung fortgesetzt wird, daß Risiko- und Deckungsbeschränkungen nicht der inhaltlichen Kontrolle unterliegen, soweit sie klar und verständlich sind²⁰⁰¹. Solche Klauseln werden weiterhin als der Vertragsautonomie überlassene Definition und Abgrenzung des versicherten Risikos bzw. des Vertragsgegenstandes angesehen.

Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut der in der CLAB-Kartei zusammengefaßten Entscheidungen nicht zweifelsfrei, ob diese Klauseln als nicht kontrollunterworfen gelten oder ob sie zwar inhaltlich kontrolliert, aber wegen Art. 1469-ter II C. c. für wirksam erklärt werden. Das Urteil des Tribunale di Roma vom 27. 7. 1998 spricht eher für die zweite Version der Einordnung als Rechtfertigung im Rahmen der Inhaltskontrolle: so wird z. B. eine Klausel in einer Krankenversicherung, die alle AIDS-infizierten oder HIV-positiv getesteten Personen von dem Versicherungsschutz ausschließt, für wirksam gehalten und als ein Teil des „free right of the contracting party, which, in this way, intends to limit the subject matter of the contract and the exclusion of the risk. . .“ bezeichnet²⁰⁰². Als unterstützendes Argument schließt sich dann die inhaltliche Wertung an, daß Versicherungsunternehmen als private Unternehmen nicht die Kosten der AIDS-Problematik übernehmen müssen. Eine ähnliche Tendenz ist bezüglich eines weiteren Ausschlusses bei freiwilligen, nicht therapeutischen Schwangerschaftsabbrüchen zu erkennen²⁰⁰³. Eine andere Kammer des gleichen Gerichts stellt aber in einem späteren Urteil hinsichtlich der beiden gleichen Ausschlußklauseln ausdrücklich fest, daß diese der Inhaltskontrolle nach den Art. 1469-bis C. c. entzogen, also nicht kontrollunterworfen sind²⁰⁰⁴. Hinsichtlich einer weiteren Klausel, einer Deckungsbeschränkung, bei der ebenfalls die Kontrollunterworfenheit verneint wird,

²⁰⁰⁰ Vgl. zu allgemein sehr geringen Anzahl von Gerichtsverfahren, Alpa, Konferenzunterlagen, S. 53 ff., 64 m. Hinw. auf eine weitere unveröffentl. Entscheidung: tribunal de Savone v. 4. 1. 1998 auf S. 65, FN 20.

²⁰⁰¹ Z. B. eine Klausel, nach der die Entschädigung für Unfallfolgen reduziert wird, wenn die Person zur Zeit des Unfalls bereits krank oder behindert war, wurde als unklar bewertet und im Folgenden für unfair und unwirksam erklärt, vgl. Tribunale di Roma, sez. III v. 24. 3. 1998, CLAB IT 000623; ähnl. Tribunale civ. di Roma, sez. VI, n. 20703/98 v. 27. 7. 1998, CLAB IT 000677 (unfair, da nicht klar und verständlich).

²⁰⁰² Tribunale civ. di Roma, sez. VI, n. 20703/98 v. 27. 7. 1998, CLAB IT 000676 (ges. Urteil - 000680).

²⁰⁰³ Gleiches Urteil, CLAB IT 000677 (trotz Berufung auf Art. 1469-ter II C. c.): „ . . . because it is simply aimed at limiting the subject matter of the contract. And insurance companies are free to include or exclude this ‘risk’ among those which are insured, provided that this is expressed in a clear and understandable way, so that the insured knows from the start which are the cases covered by insurance“ – i. E. unfair, da nicht klar u. verst.

²⁰⁰⁴ Tribunale di Roma, sez. 13a civ., sentenza, v. 5. 10. 2000, CLAB IT 000718-000740, zu den beiden Risikoausschlüssen bei CLAB IT 000718: „ . . . they were aimed at limiting the risk that the company intended to cover and, as such, were exempt from any judgement of unfairness pursuant Art. 1469 bis C. c. “.

grenzt das Gericht in Fortführung der „alten Rechtsprechung“ wieder eine Risikodefinition zu einer Haftungsbeschränkung ab²⁰⁰⁵, obwohl der Begriff der „Haftungsbeschränkung“ weder in dem Wortlaut der Richtlinie noch des Art. 1469-ter II C. c. erscheint. Die zeitliche Begrenzung in einer Rechtsschutzversicherung sieht das Gericht dagegen nicht als kontrollfreie Begrenzung des Garantieausmaßes an, sondern als eine nach Art. 1469-bis C. c. unwirksame Verwirkungsklausel²⁰⁰⁶.

Kontrolliert werden auch nach wie vor nicht risikobezogene Obliegenheiten und generell Klauseln, die Anzeigepflichten²⁰⁰⁷ oder sonstige Informations-²⁰⁰⁸ und Mitteilungspflichten²⁰⁰⁹ des VN regeln. Der inhaltlichen Kontrolle unterliegt auch eine Klausel, nach der der VN im Schadensfall zwar von allen Versicherern Entschädigung entsprechend dem jeweiligen Vertrag verlangen kann, die Gesamtentschädigung aber nicht die aktuelle Schadenshöhe übersteigen darf²⁰¹⁰. Deklaratorische Klauseln werden wegen Art. 1469-ter III C. c. (Umsetzung des Art. 1 II) automatisch als nicht unfair iSd C. c. bezeichnet²⁰¹¹.

d) Ergebnis nach Umsetzung der Richtlinie

Wenn auch nicht eindeutig ist, ob die italienische Rechtsprechung klar zwischen den beiden Prüfungsstufen der Kontrollunterworfenheit und der eigentlichen Inhaltskontrolle unterscheidet, so sprechen doch neuere Entscheidungen dafür, daß die Frage, welche Klauseln den Vertragsgegenstand definieren, bei der Bestimmung des Kontrollgegenstands geprüft wird. In Italien bleibt die Rechtsprechung nach Umsetzung der Richtlinie im wesentlichen unverändert: d. h. regelmäßig zurückhaltend bezüglich Risiko- und Deckungsbeschränkungen, die der Vereinbarung der Parteien überlassen bleiben, sofern die Begrenzungen klar und verständlich sind. Nicht risikobezogene Obliegenheiten bzw. generell Anzeige-, Informations- und Mitteilungspflichten des VN werden weiterhin inhaltlich kontrolliert.

Auffallend ist, daß die Rechtsprechung auch nach Umsetzung des Art. 4 II in Art. 1469-ter II C. c. entsprechend dessen Formulierung („oggetto del contratto“) weiterhin von dem kontrollfreien „Vertragsgegenstand“ bei Risikobeschreibungen spricht – wie schon oben

²⁰⁰⁵ Kl. , nach der der sentimentale, künstlerische o. wissenschaftl. Wert eines versicherten Gegenstandes nicht ersetzt wird, vgl. CLAB IT 000720: „limited the risk taken by the insurance company and not its liability“.

²⁰⁰⁶ Versicherungsschutz nur für alle Streitigkeiten, die während der Laufzeit des Versicherungsvertrages auftreten oder innerhalb von 12 Monaten nach Vertragsbeendigung angezeigt werden – unwirks. da auch Streitigkeiten ausgeschl. werden, die ihren Grund aus der Laufzeit des Versicherungsvertrages haben.

²⁰⁰⁷ Tribunale civ. di Roma von 24. 12. 1997, CLAB IT 000628 (Anspruchsverlust o. Vertragsbeendigung bei falschen Angaben zu risikobest. Umst.); CLAB IT 000630 (Anzeigepflicht eines risikoerhöhenden Umst.); CLAB IT 00631 (3-Tages-Frist für Anzeige des Unfalls).

²⁰⁰⁸ Tribunale di Roma, sez. 13a civ. , sentenza, v. 5. 10. 2000, CLAB IT 000722.

²⁰⁰⁹ Pflicht, alle Vers. anzugeben, bei denen VN das gleiche Risiko versichert hat, Tribunale civ. di Roma v. 24. 12. 1997, CLAB IT 000629 (entspr. Art. 1910 C. c. , daher wirks.)– Dreher, S. 261 (Vertragsmodalität) .

²⁰¹⁰ Cassazione civ. , sez. III n. 8826/99 v. 23. 8. 1999, CLAB IT 000506 (wirksam).

²⁰¹¹ Tribunale civ. di Roma, sez. VI, proc. n. 20703/98, CLAB IT 000679 („cannot be deemed unfair, because it reproduces a provision“); Tribunale di Roma, sez. 13a civ. , sentenza, v. 5. 10. 2000, CLAB IT 000724 (Art. 1469-ter III „providing for the absence of unfairness of the terms that reproduce the content of rules of law“) – ähnlich wie die Gerichte in Frankreich (s. o.), wo allerdings Art. 1 II nicht umgesetzt wurde- In Italien wird also Art. 1 II nicht bei der Anwendbarkeit, sondern bei Inhaltskontrolle eingeordnet. .

festgestellt, führt also der Wortlaut des Art. 4 II („Hauptgegenstand des Vertrages“) zu keinem engeren Verständnis des kontrollfreien Bereiches²⁰¹².

Genauso wie die Rechtsprechung geht auch die italienische Vereinigung der Versicherer (ANIA- Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) grundsätzlich davon aus, daß die verschiedenen Risikobeschränkungen, die die Garantie reduzieren, als kontrollfreier Hauptgegenstand iSd Art. 4 II der Klauselrichtlinie anzusehen sind²⁰¹³. Da es sich bei den Rundschreiben der ANIA an ihre Mitglieder aber um rein unverbindliche Empfehlungen sowie Selbstregulierung handelt, können aus ihnen keine Schlüsse für die Rechtsanwendung der Umsetzungsgesetze in Italien gezogen werden.

8. Luxemburg

In den meisten Urteilen²⁰¹⁴, die alle zeitlich vor Umsetzung der Richtlinie liegen²⁰¹⁵, wird bereits die Einbeziehung der Versicherungsbedingungen gemäß Art. 1135 –1 I und II des Zivilgesetzbuches abgelehnt, so daß es gar nicht zu einer inhaltlichen Kontrolle kommen konnte. Nach Art. 1135 –1 II ist – dem italienischen Art. 1341 II C. c. vergleichbar – bei bestimmten besonders beeinträchtigenden Klauseln (u. a. Haftungsbeschränkungen – „limitations de responsabilité“) eine gesonderte schriftliche Zustimmung erforderlich²⁰¹⁶. Anders als in Italien werden aber in Luxemburg Risikobeschränkungen als Haftungsbeschränkungen iSd Art. 1135-1 II angesehen, so daß die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllt werden müssen²⁰¹⁷.

Die Abgrenzung des Kontrollbereichs der Einbeziehungsregeln kann nicht mit dem Abgrenzungsproblem des Art. 4 II bei der Inhaltskontrolle, die in Luxemburg ja – anders als in Italien – bereits vor Richtlinienumsetzung nach dem Verbraucherschutzgesetz vom 25. 8. 1983 möglich war, gleichgesetzt werden²⁰¹⁸. In einem Fall wurde eine Versicherungsbedingung inhaltlich nach dem Verbrauchergesetz vom 25. 8. 1983 überprüft, wobei nicht

²⁰¹² 2. Teil B III 5. ; die gesetzl. Reg. hinsichtl. der Abschlußkontrolle nach Art. 1341 f. C. c. blieben bestehen, krit. de Negri, Konferenzunterlagen, S. 303 ff. , 304; allg. zu diesem zweigleisigen System: Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S. 309 ff. , 314; Alpa, FS Reich, S. 555 ff. , 559; Micklitz/d´ Usseaux, ZEuP 1998, S. 104 ff. , 108.

²⁰¹³ Vgl. Rundschreiben der Arbeitsgr. für mißbr. Kl. v. 3. 11. 1994, CLAB IT 000456- 000471; Zusfg. bei IT 000457; auch weiteres Rundschr. v. 13. 5. 1996, CLAB IT 000448- 000450 befaßt sich nicht mit diesem Bereich - Allerdings kontrolliert die Vereinigung auch Klauseln, die m. E. auch Leistungs- bzw. Risikobeschränkungen sind, vgl. Rundschreiben v. 3. 11. 1994: z. B. Klausel, nach der der Versicherungsschutz ausgesetzt wird, wenn die Räumlichkeiten eine bestimmte Zeit nicht bewohnt oder bewacht werden, CLAB IT 000464; Klausel, nach der Versicherungsschutz für einen durch Naturkatastrophen verursachten Unfall ausgeschlossen ist, CLAB IT 000467; Klausel, nach der die Versicherung nur bis zu einem best. Alter wirksam ist, CLAB IT 000471; Klausel, nach der Menschen mit Geisteskrankheit, Alkohol- und Drogenabh. nicht versicherbar sind, CLAB IT 000470.

²⁰¹⁴ In der CLAB-Kartei waren ursprüngl. 5, seit 16. 6. 2001 nur noch 3 Urteile; Zusatz „a. F.“ für ältere Urte.

²⁰¹⁵ Art. 4 II wurde auch nicht umgesetzt, Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg. , S. 16.

²⁰¹⁶ Wortlaut bei Elvinger, ERPL 1997, S. 185 ff. , 190/191.

²⁰¹⁷ Tribunal de Paix de Luxembourg v. 20. 6. 1990, Rép. Fiscal, n° 2272/1990, CLAB LU 000046 a. F. ; Tribunal d´ arrondissement de Luxembourg v. 28. 7. 1994, N° 42194 du rôle, CLAB LU 000047 a. F. ; Tribunal de paix de Luxembourg v. 20. 6. 1990, CLAB LU 000021 (Klausel, nach der in einer Versicherung „all risks“ für Photomaterial der Versicherungsschutz bei Nichteinhaltung best. Vorsichtsmaßn. durch VN ausgeschlossen ist, z. B. wer versicherte Sachen nachts im Auto läßt, muß dieses in eine nicht öffentliche, abgeschlossene Garage bringen) –Obliegenheit in der Funktion als subjektive Risikobeschreibung, in Italien werden dagegen risikobezogene Obliegenheiten regelmäßig für kontrollfrei gehalten.

²⁰¹⁸ Vgl. ausführlich oben unter 2. Teil B III 1. a).

eindeutig ist, ob die Klausel inhaltlich für wirksam oder schon für nicht kontrollfähig erachtet wird. Die Formulierung der CLAB-Kartei spricht allerdings für ersteres²⁰¹⁹.

9. Portugal

Vor Umsetzung der Richtlinie waren nach Art. 3 I c) des Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen Nr. 446/85 solche Standardklauseln aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgenommen, die „von Personen des öffentlichen Rechts auferlegt oder ausdrücklich genehmigt werden, die befugt sind, die Privatautonomie zu beschränken“²⁰²⁰. Diese Vorschrift führte dazu, daß neben Verträgen bezüglich der Daseinsvorsorge auch viele Finanzdienstleistungsverträge wie Versicherungs- und Bankverträge (Kreditkartenverträge) von dem Anwendungsbereich ausgenommen waren²⁰²¹, da sich in Portugal die Banken und Versicherungen (hauptsächlich) in staatlichem Eigentum befanden und/oder von öffentlichen Behörden kontrolliert wurden²⁰²². Die staatliche Kontrolle durch Behörden wurde als ausreichend erachtet. Der Gesetzgeber war der Ansicht, daß Behörden keine unbilligen Klauseln dulden würden²⁰²³. Nach Art. 3 II konnten aber die Verbraucherverbände, Gewerkschaften, andere Interessenverbände sowie der „Provedor da Justica“ bei den zuständigen Stellen Änderungen beantragen, wenn eine Klausel iSd Art. 3 I c) in einer mit dem AGB-Gesetz unvereinbaren Weise gestaltet war²⁰²⁴.

In der CLAB-Kartei gibt es freilich eine Entscheidung, nach der auch bei Unanwendbarkeit des Gesetzes Nr. 446/85 nach Art. 3 I c) wegen Genehmigung der Versicherungspolice durch eine staatliche Behörde die Klauseln offenbar nicht völlig frei von jeglicher Inhaltskontrolle sind. Denn deren Wirksamkeit wird nach allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben („boa-fé“) und ordre public („ordem pública“) kontrolliert²⁰²⁵. Nach diesen Grundsätzen wurde die streitgegenständliche Deckungsbeschränkungsklausel, nach der Nichtvermögensschäden nicht von der Versicherung umfaßt sind, inhaltlich kontrolliert, aber für wirksam befunden²⁰²⁶.

Mit Umsetzung der Richtlinie durch das Gesetz Nr. 220/95 vom 31. 1. 1995 wurde die Einschränkung des Anwendungsbereiches durch Art. 3 I c) gestrichen, so daß die Inhalts-

²⁰¹⁹ CA du Luxembourg v. 28. 4. 1993, n° 14105 du rôle, CLAB LU 000036 zu Kl. , nach der der Vers. vertrag bei Nichtzahlung (ganz oder teilweise) einer vorher erhöhten Prämie suspendiert wird – wirksam, da die Prämienenerhöhung den Zweck hatte, das vertragliche Gleichgewicht zu bewahren („ . . . premium increases. . . were aimed precisely at maintaining contractual balance“).

²⁰²⁰ Dt. Übers. bei Sinda Monteiro in *Karlsruher Forum* 1997, S. 121 ff. , 124; Kritik der Literatur an dieser Vorschrift, vgl. Pinto Monteiro, *ERPL* 1995, S. 231 ff. , 237 m. w. Nachw.

²⁰²¹ Pinto Monteiro *ERPL* 1997, S. 197 ff. , 200; M. Christina, *Konferenzunterlagen*, S. 313 ff. , 315; obwohl in diesen Bereichen bekanntermaßen besonders häufig AGB verwandt werden, vgl. Schwarz, S. 137.

²⁰²² Schwarz, S. 139, FN 90, Bsp. f. gen. Modellverträge, FN 89; Pinto Monteiro, *Konferenzunterlagen* S. 71 ff. , 77.

²⁰²³ Pinto Monteiro *ERPL* 1995, S. 231 ff. , 236 .

²⁰²⁴ Schwarz, S. 139.

²⁰²⁵ Tribunal da relação do porto - secção cível (Berufungsgericht) v. 30. 6. 1987, CLAB PT 000079; die Form. („ . . the clause isn´t unfair. . . independently of the governability, or not, of the Decree nr. 446/85, because. . .“) könnte aber auch so zu verstehen sein, daß die Frage der Anwendbarkeit dahing. bleibt, weil die Kl. jedenf. nicht unwirksam ist – die 1. Instanz hatte die Kl. noch nach dem AGB-Gesetz Nr. 446/85 kontrolliert.

²⁰²⁶ Es handelte sich um eine Schadensersatzklage des Geschädigten gegen den Schädiger und die Versicherung, wobei die Begründung der Wirksamkeit nicht einzuordnen ist. Das Gericht führt aus, die Klausel schränke nicht das Risiko ein, sondern die Versicherung; sie schränke nicht die Haftung des Versicherten ein, sondern nur die Mit-Haftung der Versicherungsgesellschaft bezüglich immaterieller Schäden einer geschädigten dritten Partei – es könnte sich um eine Rechtfertigung, um eine Begründung, daß gerade keine Haftungsbeschränkung vorliege, um eine Unterscheidung zw. Risiko- und Deckungsbeschränkungen oder um die bloße Festst. handeln, daß durch die Klausel nur die Haftung der Versicherung, nicht aber die Haftung des Schädigers begrenzt wird.

kontrollregelungen auch auf Versicherungs- und Bankverträge anwendbar sind. In der CLAB-Kartei befinden sich allerdings keine zeitlich nach der Umsetzung ergangene Urteile hinsichtlich des „sensiblen“ Bereiches der Risikobeschreibungen. Für eine abschließende Bewertung des kontrollfreien Bereiches sind insgesamt zu wenige Urteile in der CLAB-Kartei²⁰²⁷. Es bleibt aber die Tendenz einer umfassenden Kontrolle, z. B. auch von Deckungsbeschränkungen. Da der Art. 4 II in Portugal nicht umgesetzt wurde²⁰²⁸, ist auch nicht von einer Änderung der Rechtsprechung auszugehen.

10. Skandinavien

a) Gesetzliche Regelungen für eine Kontrolle von Versicherungsbedingungen

In den skandinavischen Ländern wurden Versicherungsbedingungen nach den nahezu gleichlautenden Generalklauseln jeweils in Art. 36 der Vertragsgesetze kontrolliert²⁰²⁹. Darüber hinaus gab es vor Umsetzung der Richtlinie vergleichbare²⁰³⁰ Regelungen in den Versicherungsvertragsgesetzen²⁰³¹, nach denen unbillige Versicherungsbedingungen, die gegen die gute Versicherungspraxis verstoßen, zugunsten des VN angepaßt werden konnten²⁰³². In den einzelnen skandinavischen Ländern gab es zudem Verbraucherschutzgesetze, die Generalklauseln für eine Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen enthielten. In Finnland waren nach dem Konsumentenschutzgesetz 38/1978 sowohl die Generalklausel für den individuellen Streitfall²⁰³³ als auch die Generalklausel, auf die sich die Verwaltung (insb. der Ombudsmann) berufen kann²⁰³⁴, auf Versicherungsverträge als Grundlage für eine Klauselkontrolle anwendbar²⁰³⁵. Dagegen gilt die Verwaltungskontrolle durch den Ombudsmann nach dem schwedischen Gesetz über unbillige Vertragsbedingungen v. 30. 4. 1971 ausdrücklich nicht für Versicherungsbedingungen, und auf die Generalklausel für die Klauselkontrolle kann sich der einzelne Verbraucher nicht berufen²⁰³⁶, so dass das gesamte Verbraucherschutzgesetz für Versicherungsbedingungen nicht angewendet werden kann. Gemäß Art. 2 des Gesetzes von 1971 waren Unternehmen, die der Bank- oder Versicherungsaufsicht unterstehen, von dem Anwendungsbereich des Ombudsmann-Kontrollsystems ausgeschlossen²⁰³⁷. Die Verwaltungskontrolle durch die allgemeinen Aufsicht der Schwedischen Finanzinspektion (Aufsichtsbehörde) wurde als ausreichend erachtet²⁰³⁸. Diese Begründung (doppelte Verwaltungskontrolle nicht erforderlich) wurde trotz der Tatsache gegeben, daß sich diese Banken- und Versicherungsaufsicht gerade nicht auf

²⁰²⁷ Insg. 8 „Karteikarten“ zu Versicherungsverträgen, die aus 4 Urteilen bestehen.

²⁰²⁸ Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg., S. 16.

²⁰²⁹ Gesetzeswortlaut *oben unter 2. Teil B III 4. b).*

²⁰³⁰ CLAB FI 000055: „ . . . which in essence is of the same content as Art. 36. . . ”.

²⁰³¹ Z. B. in Schweden von 1927: Hellner, FS Möller, S. 283 ff., 285 ff. – das Versicherungsvertragsgesetz erfolgte auch als Reaktion auf unbillige Klauseln in Versicherungsbed. und enthält verbraucherschützende Aspekte; das Versicherungsvertragsgesetz wurde für die meisten Versicherungszweige 1980 durch das Verbraucherversicherungsgesetz (Gesetz 1980:38) ersetzt, vgl. Dufwa in McGee/Heuser, S. 89 ff., 90 f.

²⁰³² Hellner, FS Möller, S. 283 ff., 287. .

²⁰³³ Kap. 4 I, engl. Übersetzung abgedruckt bei CLAB FI 000196

²⁰³⁴ Kap. 3 I, engl. Übersetzung abgedruckt bei CLAB FI 000024.

²⁰³⁵ Kendall, S. 352; unanwendbar nur auf einige Bankkredite, Wilhelmsson, VuR 1995, S. 432 ff., 435.

²⁰³⁶ Schützt nur die Verbraucher in ihrer Gesamtheit, nur der Ombudsmann als Vertreter der kollekt. Int., nicht aber der einzelne Verbraucher kann sich auf die Generalklausel in Art. 1 I 1 berufen, Bernitz, ZHR 138 (1974), S. 336 ff., 358; ders. in Lonbay, S. 188 ff., 191 typ. Bsp. f. schwed. Gesetze (weite Generalkl. u. Zust. Ombudsman).

²⁰³⁷ Carsten, WuW 1973, S. 667 ff., 676; Bernitz, ERPL 1997, S. 213 ff., 220: andere Gesetze, wie z. B. das Wettbewerbsgesetz und das Marketinggesetz galten dagegen auch für Banken und Versicherungen.

²⁰³⁸ Bernitz in Lonbay, S. 188 ff., 199; zu den aufsichtsrechtlichen Regelungen, Dufwa in McGee/Heuser, S. 89.

die inhaltliche Untersuchung von mißbräuchlichen Klauseln in den Vertragswerken bezog²⁰³⁹. Das Versicherungsaufsichtsrecht hatte als wichtigstes Ziel, die Solidität der Versicherungsgesellschaften sicherzustellen²⁰⁴⁰, es enthielt aber keine Recht der Aufsichtsbehörden, unbillige Versicherungsbedingungen zu verbieten²⁰⁴¹.

Dieser Wegfall der Kontrollmöglichkeiten nach dem Gesetz von 1971, und der Wegfall jeglicher Verwaltungskontrolle der Versicherungsbedingungen in Schweden fiel aber trotz der Nachteile wegen der außerordentlich umfassenden Kontrollmöglichkeit nach Art. 36 des Vertragsgesetzes²⁰⁴², der auch Versicherungsbedingungen unterlagen, nicht so sehr ins Gewicht. Denn Art.36 stellte für den einzelnen VN letztlich die wichtigere Möglichkeit der Kontrolle von Versicherungsbedingungen dar, weil der persönliche Anwendungsbereich anders als bei dem Gesetz von 1971 nicht ausdrücklich auf Verbraucher beschränkt ist²⁰⁴³, und weil sich hier auch der einzelne VN auf die Generalklausel berufen kann. Auch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit oder Anpassung einer unbilligen Klausel des Art. 36 Vertragsgesetz ist für den einzelnen VN günstiger als die Möglichkeit der Untersagung der Verwendung der selben oder einer vergleichbaren Klausel für die Zukunft ohne Auswirkung auf deren Wirksamkeit²⁰⁴⁴ nach dem Gesetzes von 1971²⁰⁴⁵. Die spezielle Behandlung von Banken und Versicherungen endete in Schweden dann aber mit Umsetzung der Richtlinie im Jahr 1994²⁰⁴⁶. Der Art. 4 II wurde in den skandinavischen Ländern wurde nicht umgesetzt²⁰⁴⁷.

b) Schweden

Die 12 Fälle der CLAB-Kartei sind allesamt nur Entscheidungen und Empfehlungen des sog. „Allmänna Reklamationsnämnden“, eines Ausschusses für Verbraucherbeschwerden, der in Schweden als „halb-offizielle Institution“²⁰⁴⁸ angesehen wird. Auch wenn die Äußerungen dieses Ausschusses in der Praxis einiges Gewicht haben, kann er nur unverbindliche Stellungnahmen abgeben, weshalb aus diesen Entscheidungen nur bedingt (als Indiz) Schlußfolgerungen auf den Umfang der Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen möglich sind²⁰⁴⁹. In allen Fällen wurde die streitgegenständliche Versicherungsbedingung nach der Generalklausel des Art. 36 des Vertragsgesetzes von 1915 überprüft. Da nach Art. 36 Vertragsgesetz die konkreten Umstände vor und nach Vertragsschluß bei der Kontrolle zu berücksichtigen sind, ist es nicht verwunderlich, daß die Mehrzahl der Entscheidungen nicht die Klausel selbst, sondern – auch bei Risikoausschlüssen und Oblie-

²⁰³⁹ Bernitz, ERPL 1997, S. 213 ff. , 220.

²⁰⁴⁰ Hellner, FS Möller, S. 283 ff. , 292/293 .

²⁰⁴¹ Hellner, FS Möller, S. 283 ff. , 293f.

²⁰⁴² *Dazu oben unter 2. Teil B III 4. b).*

²⁰⁴³ Grundsätzlich können sich auch Unternehmer auf Art. 36 berufen, dieser stellt aber nach Gesetzesbegr. auf den Schutz der schwächeren Partei ab; auch in Praxis nur wenige Fälle, bei denen Art. 36 zw. Unternehmern angew. wurde, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Einl. , Rz. 98; Verbrauchereigenschaft ist nach Art. 36 II ein berücksichtigungsf. Umst. ; allg. zu skand. Gesetzesbegründungen, Carsten, ZEuP 1996, S. 541 ff. , 546 f. .

²⁰⁴⁴ Hellner in Miller/Harvey/Parry, S. 384.

²⁰⁴⁵ Dt. Übersetzung der Generalklausel in Art. I I bei Carsten, WuW 1973, S. 667 ff. , 676.

²⁰⁴⁶ Bernitz in Lonbay, S. 188 ff. , 199, ders. ERPL 1997, S. 213 ff. , 220; Dyer, Konferenzunterlagen, S. 261 ff. , 265 m. Hinw. auf einziges Urteil nach Ums. des Marktgerichtshofes zu Standardkl. einer Finanzgesellschaft.

²⁰⁴⁷ Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg. , S. 16 – dies mag mit ein Grund dafür sein, daß in keiner Entscheidung auf die KlauselRL Bezug genommen wird.

²⁰⁴⁸ Hellner, FS Möller, S. 283 ff. , 294 f. ; dazu auch Dufwa in McGee/Heuser, S. 89 ff. , 94.

²⁰⁴⁹ Ähnl. Gründe wie bei franz. Commission des clauses abusives, vgl. *dazu oben unter 2. Teil B III 4. a)aa).*

genheiten- nur deren Anwendbarkeit im konkreten Fall prüfen²⁰⁵⁰. Dadurch gibt es in Skandinavien äußerst selten verallgemeinerbare Grundsätze hinsichtlich der Wirksamkeit bestimmter Klauseln und die Urteile waren wenig vorhersehbar. Teilweise wird eine Risikoausschluß nach den konkreten Umständen des Einzelfalles deshalb für nicht anwendbar erklärt, weil der VN nicht ausreichend über diese Klausel informiert wurde²⁰⁵¹. Hier wird nicht nur die Transparenz der Klausel beton, sondern eine Aufklärungspflicht im Einzelfall begründet. Da nach Art. 36 auch die Hauptleistungen der Kontrolle unterliegen, findet auch bei Versicherungsverträgen in den Fällen, bei denen Klauseln selbst inhaltlich überprüft wurden, eine umfassende Kontrolle statt, die auch Risiko- und Deckungsbeschränkungen (direkter und indirekter Art)²⁰⁵² umfaßt.

c) Finnland

Unter den 15 Fällen der CLAB-Kartei²⁰⁵³ befinden sich zwei Fälle, bei denen die Versicherungsgesellschaften nach Stellungnahme des Verbraucherombudsmannes, der eine Verletzung des Kap. 3 Art. 1 des Konsumentenschutzgesetzes rügte, eine Klausel oder ihre Praxis abänderten²⁰⁵⁴. Abgesehen von den Fällen der Auslegung²⁰⁵⁵ und solchen, bei denen nicht die Klausel als solche, sondern – auch bei Risikoausschüssen – nur deren Anwendbarkeit im konkreten Fall geprüft wurde²⁰⁵⁶, findet in Finnland eine umfassende Kontrolle von Versicherungsbedingungen statt. Genauso wie in Schweden werden auch Risiko- und Leistungsbeschreibungen, inklusive Obliegenheiten²⁰⁵⁷, kontrolliert.

Das einzige Urteil, das ausdrücklich zu der Problematik risikobeschreibender Klauseln in Versicherungsverträgen Stellung nimmt, ist eine Entscheidung des höchsten finnischen

²⁰⁵⁰ Ausschußklauseln: CLAB SE 000187 v. 3. 10. 1986; CLAB SE 000191 v. 5. 7. 1988; CLAB SE 000201 v. 28. 8. 1991; CLAB SE 000195 v. 2. 1. 1991; CLAB SE 000193 v. 21. 11. 1989; CLAB SE 000171 v. 11. 5. 1984 (verhüllte Obl. : Vers. schutz für bes. wertvolle Gegenstände, die im Auto gelassen werden, nur, wenn in einem extra abgeschl. Fach); keine Schlußfolgerungen für Art. 4 II möglich, vgl. oben 2. Teil C II 2. c).

²⁰⁵¹ CLAB SE 000195 v. 2. 1. 1991 („... had failed to inform the insured party about this gap“); CLAB SE 000193 v. 21. 11. 1989 bei Kl. , nach der der Versicherungsschutz nur für Personen mit ständigem Wohnsitz in Skand. gilt, genüge bei einem Griechen nicht das Vorhandensein in Informationsbroschüren und in der Versicherungspolice, sondern es sei ein ausdrückl. Hinweis auf die Klausel erforderlich, weil der Vers. bei einem Griechen davon ausgehen müsse, daß dieser seinen ständigen Wohnsitz nicht in Skand. habe.

²⁰⁵² Ausschluß für die Fälle, in denen der Schaden bereits vor Versicherungsbeginn verdeckt bestand oder die Entstehung begonnen hatte, CLAB SE 000190 v. 3. 8. 1987 (unfair); Beschränkung in Hausratsvers. des Ersatzes v. CD´s, Kassetten, u. ä. im Falle des Diebstahls aus dem Auto auf den Ersatz des Wertes eines einzigen solchen Gegenstandes, unabhängig v. Anzahl der gest. Gegenstände, CLAB SE 000224 v. 8. 2. 1994 (unfair).

Kontrolle einer Klausel, nach der in einer Rechtsschutzversicherung genau beschrieben wird, welche Eigenschaften ein Anwalt haben muß, der von dem VN beauftragt wird („especially suitable for the engagement“), vgl. CLAB SE 000188 v. 17. 11. 1985 (fair und wirksam).

²⁰⁵³ U. a. 1 Entschd. Marktgerichtshof nach Kap. 3 Art. 1 KonsumentenschutzG, CLAB FI 000024 v. 4. 10. 1991; 2 unverbindl. Stellungn. der Verbraucherbeschwerdestelle nach Kap. 4 Art. 1 KonsumentenschutzG, CLAB FI 000196 v. 23. 11. 1983; CLAB FI 000206 v. 24. 10. 1994; 10 Entschd. in Individualverf. des höchsten ZivilG, „Korkein Oikens“ nach Art. 34 des Versicherungsvertragsgesetz bzw. dem vergleichb. Art. 36 Vertragsgesetz.

²⁰⁵⁴ CLAB FI000152, Stellungnahme v. 18. 8. 1987; CLAB FI 000160 v. 25. 10. 1989.

²⁰⁵⁵ Korkein Oikens v. 21. 10. 1993, CLAB FI 000057 .

²⁰⁵⁶ Ausschußklauseln: Korkein Oikeus, v. 11. 11. 1983, CLAB FI 000034; Korkein Oikeus, v. 26. 8. 1994, CLAB FI 000052; Verbraucherbeschwerdestelle v. 23. 11. 1983, CLAB FI 000196; Högsta Domstolen, v. 8. 6. 1944, CLAB FI 000056 (Obliegenheit); Korkein Oikeus v. 13. 12. 1994, CLAB FI 000210 (Ende Vers. schutz).

²⁰⁵⁷ Korkein Orkeus, v. 7. 6. 1985, CLAB FI 000035 (Ausschußklausel, die in bestimmten Fällen durch Elche verursachte Schäden am Auto nicht deckt); Korkein Oikeus, v. 12. 2. 1993, CLAB FI 000051 (Ausschußklausel); Verbraucherbeschwerdestelle v. 24. 10. 1994, CLAB FI 000206 (Klausel, nach der der VN Gepäck nicht „in public space without sufficient supervision“ lassen darf, sei zu generell formuliert – Obliegenheit, hier als „safety clause“ bezeichnet); Korkein Oikeus, v. 14. 2. 1985, CLAB FI 000041 (Klausel, nach der der Versicherungsschutz nur eintritt, wenn sich das Auto in einem verschlossenen oder bewachten Unterstand befindet – nach dt. Recht ebenfalls Obl. , aA ansch. finn. Gericht, das die Kl. nicht als „safety clauses“ iSd § 1 Versicherungsvertragsgesetz sieht, nach dem Kausalität der Pflichtverl. für den Schaden erf. ist).

Zivilgerichts von 1993, also noch vor Erlass der Richtlinie, mit der die Anpassung eines Versicherungsvertrages verwehrt wurde²⁰⁵⁸. Als Begründung wurde angeführt, daß die Höhe der Versicherungsprämie von dem Umfang der vereinbarten Deckung abhängt. Das bedeute, daß der Umfang der Deckung in der Regel verhandelt werden könne. Aus diesem Grund könne eine Risikobeschränkungsklausel nur in außergewöhnlichen Fällen für unfair gehalten und nach Art. 36 I des Vertragsgesetzes angepaßt werden. In dem vorliegenden Fall seien solche speziellen Umstände, die eine Anpassung der Klausel rechtfertigen, nicht vorgetragen worden. Die Abweichung von der bisherigen skandinavischen Tradition einer umfassenden Kontrolle und Anpassung auch von Hauptleistungen nach Art. 36 der Vertragsgesetze könnte bereits eine Auswirkung der zwei Monate später erlassenen Richtlinie sein, insbesondere des 19. EG, Satz 3²⁰⁵⁹. Aufgrund der Formulierungen des Gerichts und aufgrund der Tatsache, daß das finnische Recht weder vor noch nach Umsetzung eine dem Art. 4 II entsprechende Regelung kannte, ist davon auszugehen, daß der Hinweis auf die Privatautonomie nicht die Kontrollunterworfenheit betrifft, sondern als Rechtfertigung der Wirksamkeit im Rahmen der Inhaltskontrolle gemeint ist.

Jedenfalls ist fraglich, ob aus diesem einzigen Urteil generell eine nunmehr restriktivere Haltung der Rechtsprechung bei der Kontrolle von Versicherungsverträgen gefolgert werden kann. Zwar verwendet eine zeitlich spätere Entscheidung hinsichtlich einer Lebensversicherungs-Ausschlußklausel²⁰⁶⁰ die gleiche Formulierung, indem sie in dem konkreten Fall keine „außergewöhnlichen Umstände“ erkennt, die die Klausel unfair erscheinen lassen. Es ging hier jedoch um eine andere Problematik, unabhängig vom Schutz der Privatautonomie²⁰⁶¹.

In zwei Fällen der Verbraucherbeschwerdestelle wird besonderer Wert auf die Transparenz gelegt, z. B. wird eine Obliegenheitsklausel („safety clause“), nach der der Versicherer die Entschädigung verweigern oder verringern kann, wenn der VN sein Gepäck „in public space without sufficient supervision“ läßt, nach einem – dem französischen Art. 113-1 C. ass. ähnlichen - Grundsatz des Versicherungsvertragsgesetzes („safety clause shall be sufficiently specific“) für zu generell formuliert gehalten²⁰⁶². Der VN könne deshalb seine Pflichten nicht kennen. Auch hier ist jedoch wieder zu bedenken, daß aus den unverbindlichen Stellungnahmen der Verbraucherbeschwerdestelle zwar Indizien, aber keine allgemeinen Rechtsanwendungsgrundsätze entnommen werden können²⁰⁶³.

d) Dänemark

²⁰⁵⁸ Korkein Oikeus, v. 12. 2. 1993, CLAB FI 000051.

²⁰⁵⁹ So Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S. 25 ff., 32.

²⁰⁶⁰ Korkein Oikeus, v. 26. 8. 1994, CLAB FI 000052: Klausel, nach der keine Versicherungsleistung geschuldet wird, wenn der Versicherte innerhalb der ersten drei Jahre der Versicherungslaufzeit Selbstmord begeht.

²⁰⁶¹ Klausel, die im wesentl. mit einer gesetzl. Reg. des finn. VVG übereinstimmte, Korkein Oikeus, v. 26. 8. 1994, CLAB FI 000052: „The clause has essentially the same content as § 100 of the Insurance Contract Act and cannot as such be considered unfair“, nur noch außergewöhnlichen Umstände könnten zu einer Unanwendbarkeit im konkreten Fall führen.

²⁰⁶² V. 24. 10. 1994, CLAB FI 000206 - In einer weiteren Stellungnahme wurde eine Ausschlußklausel aus dem Grunde deshalb in dem konkreten Fall für unanwendbar gehalten, weil der VN die Police mit der fraglichen einschränkenden Klausel erst nach Eintritt des Versicherungsfalles erhalten hatte und auch sonst über diese Klausel nicht informiert worden war, Verbraucherbeschwerdestelle, v. 23. 11. 1983, CLAB FI 000196.

²⁰⁶³ Gleiche Problematik wie bei schwedischem Verbraucherbeschwerdeausschuß, *oben unter a*).

In Dänemark wurde von Versicherungsgesellschaften und dem Verbraucherrat eine private „Basisversicherung“ geschaffen, die von allen Versicherungsgesellschaften angeboten wird²⁰⁶⁴. Hinsichtlich dieser Basisversicherung unterscheiden sich also die unterschiedlichen Versicherungsunternehmen nur hinsichtlich Preis und Service, so daß die Verbraucher aufgrund dieser Markttransparenz leichter ihre Auswahlentscheidung treffen können. Diese Einflußmöglichkeit der Verbrauchervertretungen im Vorfeld führt auch dazu, daß in Dänemark nur sehr wenige Gerichtsurteile im Versicherungsbereich zu finden sind. So wurde beispielsweise bei den von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studien in Dänemark keine einzige unbillige Klausel in den untersuchten Versicherungsverträgen gefunden²⁰⁶⁵. Auch aus der CLAB-Kartei ist nur wenig zu entnehmen, da sich dort nur zwei Fälle zu Versicherungsverträgen befinden: Inhaltskontrolle von Schiedsklausel und Laufzeitklausel²⁰⁶⁶.

11. Spanien

a) Gesetzlicher Hintergrund

Die Genehmigung von Versicherungsbedingungen durch die spanische Versicherungsaufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz²⁰⁶⁷ schloß schon vor der entsprechenden europäischen Regelung eine gerichtliche Kontrolle nicht aus²⁰⁶⁸. Auch die Bedingungen öffentlich-rechtlicher Versicherer, wie die 1954 in einem Konsortium zusammengeschlossenen Pflichtversicherungen für außergewöhnliche Gefahren (Katastrophen, Nuklearrisiken, Ernteversicherungen, etc.)²⁰⁶⁹, unterlagen - anders als z. B. in Portugal - trotz der zusätzlichen Verwaltungskontrolle der Inhaltskontrolle nach Art. 10 des Verbraucherschutzgesetzes von 1984 (LCU)²⁰⁷⁰.

Schon vor Erlaß des LCU war eine Kontrolle von Versicherungsklauseln nach dem Versicherungsvertragsgesetz²⁰⁷¹ zum Schutz des Versicherten als der schwächeren Partei eines Standard - Versicherungsvertrages²⁰⁷² möglich: Art. 3 enthielt ein Verbot von AGB zum Schaden des Versicherten. Weiterhin findet sich in Art. 3 – ähnlich wie in dem französischen C. ass. - das Gebot der klaren und präzisen Formulierung aller AVB. Klauseln, die eine Einschränkung von Rechten der Versicherten zum Inhalt haben, müssen zudem be-

²⁰⁶⁴ Iversen in Karlsruher Forum 1997, S. 117, nach dem diese zweiseitig ausgehandelten Vertragswerke nicht dem Anwendungsbereich der KlauselRL unterfallen sollten.

²⁰⁶⁵ Bericht der Kommission v. 27. 04. 2000, KOM (2000) 248 endg., S. 44 - Studie von 1995 des Zentrums für Verbraucherrechte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Montpellier, in der 440 Versicherungsverträge hinsichtlich Kraftfahrzeugen und Wohngebäuden aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU untersucht wurden.

²⁰⁶⁶ Urteil des Vestre Landsret, v. 9. 10. 1986, U. 1987. 178 V, CLAB DK 000001 (Schiedsklausel).
Urteil des Vestre Landsret v. 17. 6. 1980, Ufr. 1980. 917 V, CLAB DK 000007 (Kündigung v. Hagelversicherung erst nach 10 Jahren sei aufgrund der zu langen Bindung an die Versicherung unfair).

²⁰⁶⁷ Vgl. Art. 3 II Versicherungsvertragsgesetz (englische Übersetzung bei Morte de Rego, Konferenzunterlagen, S. 245 ff., 246): „General terms of the contract will be under control of the public administration, in the way foreseen in law“; zu dem Versicherungsaufsichtsgesetz 136/1908, vgl. Giesen in Löber/Peuster, S. 343 f.

²⁰⁶⁸ Audiencia Provincial de Toledo v. 19. 2. 1994, CLAB ES 000383.

²⁰⁶⁹ Giesen in Löber/Peuster, S. 343 ff., 350 f.

²⁰⁷⁰ Art. 10 III LCU bezügl. Verwaltungskontrolle, Lete, ERPL 1997, S. 205 ff., 207.

²⁰⁷¹ Ley 50/1980, de 8 octubre, de contrato de seguro, dazu Cabanas Trejo/Vestweber ZvgIRWiss 97 (1998), S. 454 ff., S. 456; ausf. Giesen in Löber/Peuster, S. 343 ff., 344 ff.

²⁰⁷² Audiencia Provincial v. 24. 11. 1997, CLAB ES 000568 – nach dem Versicherungsvertragsgesetz hat ein Urteil des Obersten Gerichts, das eine AVB-Klausel als unwirksam erklärt, Wirkungen ultra partes, so daß die zust. Aufsichtsbehörden andere Versicherungsunternehmen aufgrund dieses Richterspruches verpflichten können, identische Klauseln abzu entfernen oder zu ändern, Lete, ERPL 1997, S. 205 ff., S. 207.

sonders hervorgehoben und kenntlich gemacht werden und eine gesonderte schriftliche Zustimmung des Versicherten²⁰⁷³ ist Voraussetzung für eine wirksame Einbeziehung²⁰⁷⁴. Mit der Voraussetzung einer gesonderten schriftlichen Zustimmung ähnelt die spanische Regelung der italienischen (Art. 1341 II Codice civile) und luxemburgischen (Art. 1135 – I II Zivilgesetz) besonderen Einbeziehungskontrolle, wobei in Italien und Luxemburg die Regelungen auf Haftungsbeschränkungen der Pflichten des Versicherers, in Spanien dagegen komplementär auf Beschränkungen der Rechte des Versicherten anwendbar sind. Durch die Voraussetzung der gesonderten schriftlichen Zustimmung des Versicherten zu solchen Klauseln, die ihn in seinen Rechten beschränken, soll sichergestellt werden, daß der Versicherte auf solche Klauseln besonders aufmerksam gemacht und dadurch gewarnt wird²⁰⁷⁵.

b) Rechtsprechung

In der CLAB-Kartei befinden sich insgesamt 194 Entscheidungen hinsichtlich Versicherungsverträgen²⁰⁷⁶, hauptsächlich bezüglich Risikobeschränkungs- oder -ausschlußklauseln bzw. Deckungsausschlüssen²⁰⁷⁷.

aa) Rechtsgrundlagen der Kontrolle von Versicherungsbedingungen

Viele Urteile befassen sich mit der Auslegung von Versicherungsbedingungen²⁰⁷⁸. Die Klauseln in AGB – darunter auch Ausschlußklauseln – werden restriktiv ausgelegt; im Zweifel gilt nach Art. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes das Prinzip „in dubio pro asegurado“²⁰⁷⁹ und auch Art. 1288 Zivilgesetzbuch sowie Art. 10. 2 II LCU enthalten die Unklarheitenregel zu Lasten des Verwenders. Die überwiegende Zahl der Urteile kontrolliert die Vertragsklauseln nach dem Versicherungsvertragsgesetz, insbesondere nach Art. 3²⁰⁸⁰.

²⁰⁷³ Zu Anf., vgl. Audiencia Provincial v. 22. 3. 1997, CLAB ES 000503; Tribunal Supremo v. 26. 2. 1997, CLAB ES 000352; bei Kenntnis des VN ist Kl. auch ohne Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 3 wirksam, Audiencia Provincial de Zaragoza v. 23. 2. 1996, CLAB ES 000411.

²⁰⁷⁴ Meyer/Sande in Löber/Peuster, S. 189 ff., 191; Lete, ERPL 1997, S. 205 ff., S. 207, FN 19; Art. 3 I „Las condiciones generales y particulares se redactarán de forme clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.“ (Abs. II bei Morte de Rego, Konferenzunterlagen, S. 246 Nr. 1 2. Spiegelstrich); Tribunal Supremo v. 9. 2. 1994, CLAB ES 000153; Tribunal Supremo v. 3. 11. 1997, CLAB ES 000567.

²⁰⁷⁵ Tribunal Supremo v. 21. 5. 1996, CLAB ES 000499. Ob der VN allerdings wegen einer weiteren Unterschrift die einschränkenden Klauseln tatsächlich liest, versteht und in seine Auswahlentscheidung mit einbezieht, darf bezweifelt werden, gleiches Problem in Italien (vgl. *insb.* 2. Teil B III 5.) und Luxemburg, wobei in Spanien und Luxemburg – anders als in Italien – der VN grundsätzlich auch durch Inhaltskontrolle geschützt werden konnte.

²⁰⁷⁶ Tribunal Supremo ist der höchste Gerichtshof – In Spanien gibt es hinsichtl. Versicherungsverträgen besonders viele Urteile, Jayme/Sacher, RIW/AWD 1981, S. 599, FN 27.

²⁰⁷⁷ Morte de Rego, Konferenzunterlagen, s. o., S. 245 ff., 255/256; jedenf. bei freiw. Vers. auch gegenüber Dritten wirksam, Tribunal Supremo v. 8. 7. 1992, CLAB 000028; Audiencia Provincial de Tarragona v. 18. 4. 1995, CLAB ES 000062 (Kfz-Haftpflicht); Audiencia Provincial de Huesca v. 18. 3. 1996, CLAB ES 000253 (Schadensvers.).

²⁰⁷⁸ Nach Art. 1281 ff. Zivilgesetzbuch, z. B. Tribunal Supremo v. 8. 3. 2000, CLAB ES 000649.

²⁰⁷⁹ Z. B. Tribunal Supremo v. 22. 7. 1992, CLAB ES 000288; Audiencia Provincial de Jaen v. 18. 9. 1996, CLAB ES 000461; Audiencia Provincial de la Rioja v. 17. 5. 1999, CLAB ES 000702.

²⁰⁸⁰ Es wird zw. freiw. u. Pflichtversicherungen unterschieden, z. B. Tribunal Supremo v. 5. 6. 1997, CLAB ES 000549 – bei Pflichtvers. gelten zwingende Gesetze, bei freiw. Vers. besteht grdstl. Vertragsfreiheit, vorbeh. Einhaltung Vor. Art. 3, Audiencia Provincial de Malaga v. 29. 1. 1996, CLAB ES 000552; Audiencia Provincial de Sevilla v. 30. 4. 1996, CLAB ES 000221; Audiencia Provincial de Toledo v. 19. 2. 1994, CLAB ES 000383; Tribunal Supremo v. 18. 2. 1991, CLAB ES 000213.

Für das besondere Hervorheben der beschränkenden Klauseln iSd Art. 3 genügt nach der Rechtsprechung eine fettgedruckte Klausel unter der Überschrift „Beschränkungen“²⁰⁸¹. Sehr selten wird eine Klausel aus dem Grund für nicht anwendbar gehalten, weil sie nicht klar und präzise iSd Art. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes ist²⁰⁸². Bei dieser Prüfung wird auf das Verständnis des juristischen Laien, des „man on the street“ abgestellt²⁰⁸³. Ausgeprägte Ansätze eines Transparenzgebotes im Rahmen der Inhaltskontrolle sind aber nicht zu erkennen; insbesondere nicht im Rahmen der Generalklausel des Art. 3 (Verbot von AVB zum Schaden des Versicherten). Dieses Verbot schädigender Klauseln ist zu weitläufig formuliert und daher in der Praxis zum Schutz des VN kaum brauchbar²⁰⁸⁴. Teilweise finden sich zwar Argumentationen, die eine bestimmte Klausel nach inhaltlicher Prüfung dann für unwirksam erklären, wenn sie dem Versicherungsvertrag die Substanz entziehen (Aushöhlungsargument). Anders als in Frankreich - bei dem ähnlichen Art. L 113-1 C. ass. - ist dies aber sehr vereinzelt und folgt auch nicht unbedingt aus Art. 3²⁰⁸⁵.

Die Versicherungsbedingungen werden selten inhaltlich nach den Verbraucherschutzvorschriften des LCU von 1984 kontrolliert²⁰⁸⁶; auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Klauselrichtlinie und nach Richtlinienumsetzung im Jahr 1998 ist aus den in der CLAB-Kartei befindlichen Urteilen keine Änderung abzusehen. Das Umsetzungsgesetz von 1998, LCGC, erscheint in keiner Entscheidung. Diese Tatsache, daß selten eine Inhaltskontrolle durchgeführt wird²⁰⁸⁷, hängt natürlich auch damit zusammen, daß in den meisten Fällen schon die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz nicht erfüllt werden, so daß die Klausel schon aus diesem Grund unanwendbar ist und es zu einer Inhaltskontrolle gar nicht mehr kommt²⁰⁸⁸. Teilweise wird auch eine Überprü-

²⁰⁸¹ Audiencia Provincial de Huesca v. 18. 3. 1996, CLAB ES 000253; w. Rspr. zu Anf., vgl. Audiencia Provincial v. 22. 3. 1997, CLAB ES 000502; Tribunal Supremo v. 11. 6. 1992, CLAB ES 000284; Audiencia Provincial de Zamora v. 8. 1. 1996, CLAB ES 000227; Audiencia Provincial de Cáceres v. 9. 5. 1996, CLAB ES 000560; Tribunal Supremo v. 14. 6. 1994, CLAB ES 000189; Audiencia Provincial de Navarra v. 2. 3. 1995, CLAB ES 000044; Tribunal Supremo v. 10. 6. 1991, CLAB ES 000231.

²⁰⁸² Tribunal Supremo v. 24. 3. 1988, CLAB ES 000250; zw. bei Tribunal Supremo v. 5. 10. 1991, CLAB ES 000176.

²⁰⁸³ Audiencia Provincial de Málaga v. 15. 5. 1996, CLAB ES 000458; Audiencia Provincial de Pontevedra v. 8. 9. 1995, CLAB ES 000057.

²⁰⁸⁴ Fischer/Fischer, S. 233 – dementspr. auch selten Grdlg. für Inhaltskontrolle, wie z. B. wohl bei Tribunal Supremo v. 20. 3. 1991, CLAB ES 000175 (bezieht sich aber zusätzl. auf Prinzipien wie Verbot der lesion) - Art. 3 häufig nur unterstützendes Arg., z. B. f. Einbeziehungskontrollen: Tribunal Supremo v. 9. 5. 1991, CLAB ES 000225; für restrikt. Auslegung: Tribunal Supremo v. 30. 12. 1996, CLAB ES 000487; Audiencia Provincial de Cáceres v. 7. 4. 1997, CLAB ES 000530 (bzgl. Art. 1288 Zivilgesetz, Art. 3 Vers. vertragsG, Art. 10. 2 LCU u. Art. 5 KlauselRL); für Kontrolle nach Art. 10 LCU: Audiencia Provincial de Pamplona v. 1. 10. 1993, CLAB ES 000320 (Art. 3 als Spezialreg. zu Art. 10. 1 a) LCU); Audiencia Provincial de Cadix v. 22. 3. 1997, CLAB ES 000503.

²⁰⁸⁵ Z. B. Tribunal Supremo v. 26. 5. 1989, CLAB ES 000327 (Art. 10 LCU); Audiencia Provincial de Navarra v. 27. 3. 1995, CLAB ES 000076 (allg. VersicherungsvertragsG); Tribunal Supremo v. 20. 3. 1991, CLAB ES 000175 (dito); Audiencia Provincial de Palencia v. 30. 3. 1992, CLAB ES 000126 (Art. 10 III) - das Gebot der klaren und präzisen Formulierung als reine Einbeziehungskontrolle; steht auch in direktem Zusammenhang zu den bes. Einbeziehungsvor. des Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz.

²⁰⁸⁶ Selbst bei den wenigen Urteilen mit Bezug auf LCU ist nur kl. Teil Inhaltsk. nach der Generalklausel des Art. 10. 1c Nr. 3 (z. B. Audiencia Provincial de Málaga v. 13. 2. 1998, CLAB ES 000578; Tribunal Supremo v. 18. 12. 1998, CLAB ES 000635; Audiencia Provincial de Cadix v. 22. 3. 1997, CLAB ES 000502; Tribunal Supremo v. 6. 2. 1995, CLAB ES 000380; Audiencia Provincial de Palencia v. 30. 3. 1992, CLAB ES 000369; Tribunal Supremo v. 26. 5. 1989, CLAB ES 000264). Häufig erscheint Art. 10 LCU z. B. nur als Auslegungsregel (Art. 10. 1 a) iVm 10. 2), als Unterstützung für die Geltung des Art. 3 Vers. vertragsG oder wird für nicht anwendbar erklärt (Audiencia Provincial de Zaragoza v. 15. 4. 1994, CLAB ES 000061; Tribunal Supremo v. 23. 9. 1991, CLAB ES 000308; Audiencia Provincial de Madrid v. 9. 10. 1993, CLAB ES 000322).

²⁰⁸⁷ Z. T. nach allgemeinen Rechtsprinzipien: z. B. Tribunal Supremo v. 20. 3. 1991, CLAB ES 000175; Tribunal Supremo v. 13. 3. 1999, CLAB ES 000649; Audiencia Provincial de Navarra v. 27. 3. 1995, CLAB ES 000076; wohl auch Tribunal Supremo v. 20. 3. 1991, CLAB ES 000232.

²⁰⁸⁸ Sofern nicht das Gericht Hilferwägungen anstellt, so z. B. Tribunal Supremo v. 10. 10. 1993, CLAB ES 000030.

fung auf unfaire Klauseln dann abgelehnt, wenn die Klauseln mit gesetzlichen Regelungen übereinstimmen²⁰⁸⁹.

bb) Umfang der Kontrolle

Bezüglich der besonderen Einbeziehungskontrolle nach Versicherungsvertragsgesetz wird danach unterschieden, ob es sich um Beschränkungen der Rechte des Versicherten iSd Art. 3 oder um Definitionen und Abgrenzungen des versicherten Risikos handelt²⁰⁹⁰. Letztere sind Teil der privatautonomen Bestimmung, Abgrenzung und Gestaltung des Vertragsgegenstandes als Basis für die Prämienkalkulation²⁰⁹¹ und unterfallen nicht der Kontrolle²⁰⁹². Liegt eine Definition bzw. Umschreibung des versicherten Risikos vor, so ist auch die inhaltliche Kontrolle nach Art. 10 LCU ausgeschlossen²⁰⁹³. Da also die Rechtsprechung offenbar die gleiche Abgrenzung für die Einbeziehungskontrolle nach Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz und für die inhaltliche Kontrolle verwendet, werden im folgenden alle Urteile gemeinsam berücksichtigt.

aaa) Überwiegend umfassende Kontrolle

Die in der CLAB-Kartei befindliche Rechtsprechung ist nicht einheitlich bei der Frage, wann eine Beschränkung der Rechte des Versicherten und wann eine Definition bzw. Abgrenzung des versicherten Risikos vorliegt. So werden z. B. Risikoausschlüsse zwar überwiegend als Beschränkung iSd Art. 3 angesehen²⁰⁹⁴, teilweise aber auch als Risikodefinitionen für kontrollfrei erklärt. Es ist nicht zu erkennen, daß die Klauselrichtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist zu irgendeiner grundlegenden Änderung der Rechtsprechung geführt hat, zumal Art. 4 II auch nicht ausdrücklich umgesetzt wurde²⁰⁹⁵, so daß hier alle Urteile zusammen behandelt werden.

Es fällt auf, daß in vielen Urteilen darauf abgestellt wird, ob die betreffende Klausel von an anderer Stelle des Vertrages (häufig ist die allgemeine Definition zu Beginn des Vertrages gemeint) gegebenen umfassenderen Deckungsdefinitionen und -abgrenzungen²⁰⁹⁶ oder

²⁰⁸⁹ Audiencia Provincial de Zaragoza v. 15. 4. 1994, CLAB ES 000061.

²⁰⁹⁰ Tribunal Supremo v. 5. 6. 1997, CLAB ES 000549: „it is necessary to differentiate terms that limits the rights of the insured from terms that define insurance coverage scope, whose basis is . . . the principle of freedom of will, as long as it does not go against imperative regulations“; Audiencia Provincial de Zaragoza v. 1. 4. 1993, CLAB ES 000170: „it is important to distinguish limitative terms from those terms that fix the risk. . . .“

²⁰⁹¹ Audiencia Provincial de Guadalajara v. 2. 2. 1996, CLAB ES 000412: „delimites the object of the insurance, and this object is the basis not only to know the guarantee of the risk but also to calculate the premium or price that the insured has to pay“.

²⁰⁹² Z. B. Audiencia Provincial de Salamanca v. 1. 12. 1997, CLAB ES 000575: „it does not limit but delimit the risk insured and therefore, is susceptible to being freely agreed by the parties in the exercise of the principle of free will“; Tribunal Supremo v. 22. 6. 1988, CLAB ES 000259: „term that fixes or defines the insurance object“; Audiencia Provincial de Navarra v. 29. 1. 1996 CLAB ES 000553: „the definition of disability, the risk of which eventuality is the object of the coverage. . . .“; Audiencia Provincial de Navarra v. 8. 10. 1998, CLAB ES 000626.

²⁰⁹³ Vgl. Audiencia Provincial de Madrid v. 9. 10. 1993, CLAB ES 000322.

²⁰⁹⁴ Z. T. ausdrückl. Hinw. , daß Ausschlüsse mit Beschränkungskl. iSd Art. 3 vergleichbar seien, z. B. Audiencia Provincial de Cogrono v. 15. 2. 1996, CLAB ES 000163; Audiencia Provincial de Valladolid v. 26. 12. 1995, CLAB ES 000161 – meist wird jedoch ohne Kommentar eine Beschränkung der Rechte des Versicherten angen. oder die Ausschlußkl. als Beschränkung iSd Art. 3 kontrolliert, vgl. Audiencia Provincial de Jaén v. 21. 10. 1995, CLAB ES 000195; Audiencia Provincial de Cogrono v. 15. 2. 1996, CLAB ES 000205.

²⁰⁹⁵ Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg. , S. 16; dies wird teilweise für einen Irrtum bei der Abstimmung gehalten, weil eine entsprechende Regelung in den ursprünglichen Entwürfen noch vorhanden war, vgl. Cabanas Trejo/Vestweber, ZvglRWiss 97 (1998), S. 454 ff. , 480 f.

²⁰⁹⁶ Z. B. Tribunal Supremo v. 22. 1. 1999, CLAB ES 000596; Tribunal Supremo v. 29. 1. 1996, CLAB ES 000554; Audiencia Provincial de Pontevedra v. 10. 11. 1997, CLAB ES 000574; Audiencia Provincial de Navarra v. 29. 1.

gesetzlichen Regelungen des versicherten Risikos²⁰⁹⁷ abweichen. In diesem Fall wird dann eine Beschränkung angenommen. Keine Beschränkung, sondern eine Risikodefinition wird dagegen dann angenommen, wenn eine beschränkende Klausel mit gesetzlichen Vorschriften übereinstimmt²⁰⁹⁸. Auf diese Weise wird zwar nicht ausdrücklich, aber in der Sache doch erkennbar auf Abweichungen von den Deckungserwartungen des VN abgestellt, was wiederum eine Vermischung der Fragen der Kontrollunterworfenheit und der eigentlichen Inhaltskontrolle zur Folge haben kann²⁰⁹⁹. So wird z. B. eine Klausel in einer Lebens- und Invaliditätsversicherung, nach der der Versicherungsschutz ausgeschlossen ist, wenn die Invalidität ganz oder teilweise, direkt oder indirekt auf einem physischen oder geistigen Defekt basiert, der bereits vor Beginn des Versicherungsschutzes existierte, als Beschränkungsklausel iSd Art. 3 behandelt²¹⁰⁰. Als Begründung wird angegeben, daß der Wille der Vertragsparteien dahin ging, das Risiko des Todes und der Invalidität zu versichern; jede Klausel, die von dieser Prämisse abweicht, in dem sie beschränkt, reduziert oder ausschließt, müsse als Beschränkung der Rechte des Versicherten angesehen werden.

Von der Rechtsprechung werden dann auch alle in der CLAB-Kartei befindlichen Deckungsbeschränkungen²¹⁰¹ und überwiegend auch Risikoausschlüsse und –beschränkungen sowie risikobezogene²¹⁰² und sonstige Obliegenheiten kontrolliert. Diese Regel wird aber bei weitem nicht von allen Urteilen gleichermaßen verfolgt. Die Entscheidungen sind uneinheitlich²¹⁰³. Überwiegend wird eine Klausel in Kfz-Haftpflichtversicherungen, nach der bestimmte Familienangehörige nicht als Dritte iSd Versicherung angesehen werden und daher vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind, als eine Beschränkung der Rechte des Versicherten angesehen²¹⁰⁴. Die Klausel ist also gemäß Art. 3 nur dann wirksam, wenn

1996, CLAB ES 000553; Audiencia Provincial de Cádiz v. 20. 6. 1994, CLAB ES 000090: „it is not a limiting term of the insured rights because it does not contain exclusions of the general rule. . .“; Tribunal Supremo v. 20. 7. 1988, CLAB ES 000300.

²⁰⁹⁷ Z. B. Tribunal Supremo v. 10. 6. 1991, CLAB ES 000179; aA Audiencia Provincial de Guadalajara v. 2. 2. 1996, CLAB ES 000412, kein Art. 3 bei zulässiger Abweichung von Art. 100 Versicherungsvertragsgesetz.

²⁰⁹⁸ Z. B. Audiencia Provincial de Madrid v. 7. 2. 1995, CLAB ES 000220; Tribunal Supremo v. 20. 6. 2000, CLAB ES 000685 für Klausel, die den Unfall iSd Unfallversicherung in Übereinstimmung mit Art. 1, 2, 100 Versicherungsvertragsgesetz definiert: „therefore this is a term that describes the insured risk with objectivity“.

²⁰⁹⁹ Vgl. oben bei Deutschland und Österreich, 2. Teil C II 2. a) cc) und b) aa).

²¹⁰⁰ Tribunal Supremo v. 26. 2. 1997, CLAB ES 000542: „leaves no doubt that the intention of the contracting parties is to ensure both the risk of death and invalidity, so that any term which limits, reduces or excludes any event within one or the other risk, must be considered a limiting term“; ähnlich Audiencia Provincial de Vizcaya v. 5. 1. 1998, CLAB ES 000573.

²¹⁰¹ Z. B. Tribunal Supremo v. 10. 6. 1991, CLAB ES 000179; Tribunal Supremo v. 14. 6. 1997, CLAB ES 000569; Tribunal Supremo v. 4. 7. 1997, CLAB ES 000512.

²¹⁰² Mit der Funktion einer Risikobeschränkung, vgl. oben 2. Teil C I I.

²¹⁰³ **Pro Art. 3:** z. B. Tribunal Supremo v. 2. 12. 1997, CLAB ES 000562 (Ausschl. best. Unfallursachen); Audiencia Provincial de Cogrono v. 15. 2. 1996, CLAB ES 000163 (Ausschluß best. Risiken in Grundstücksvers.); Audiencia Provincial de Tarragona v. 25. 1. 1994, CLAB ES 000084; Audiencia Provincial de Sevilla v. 3. 6. 1993, CLAB ES 000125 (Ausschluß v. Schäden durch Diebstahl u. Bagatelldiebstahl in Hausratsvers.); Audiencia Provincial de Sevilla v. 24. 11. 1997, CLAB ES 000568; Audiencia Provincial de Cadiz v. 22. 3. 1997, CLAB ES 000503; Audiencia Provincial de Tarragona v. 18. 4. 1995, CLAB ES 000062;

Art. 3 unanwendbar: z. B. Audiencia Provincial de Cádiz v. 20. 6. 1994, CLAB ES 000090; Audiencia Provincial de Zaragoza v. 23. 10. 1993, CLAB ES 000193 (Ausschluß in Unfallvers. für Flugunfälle als Mitglied der Crew); Audiencia Provincial de Alicante v. 10. 5. 1995, CLAB ES 000060 (kein Vers. schutz bei Schäden, wenn Sachen nicht in abgeschl. Garage waren); Audiencia Provincial de Barcelona v. 29. 1. 1996, CLAB ES 000559 (indirekte Ausschlußkl., nach der in Transportvers. nur der Transport zwischen best. Städten umfaßt ist, nicht aber der Weg bis zu dem genauen Bestimmungsort innerhalb der Stadtgrenzen).

²¹⁰⁴ Z. B. Audiencia Provincial de Navarra v. 27. 3. 1995, CLAB ES 000076; Audiencia Provincial de Cuenca v. 28. 5. 1996, CLAB ES 000423 u. 000241: „does not define the risk neither concrete the insurance but delimites the insured’s rights“; Tribunal Supremo v. 28. 7. 1994, CLAB ES 000002; Tribunal Supremo v. 9. 2. 1994, CLAB ES 000153; Tribunal Supremo v. 26. 5. 1989, CLAB ES 000264; Audiencia Provincial de Zaragoza v. 12. 1. 1993,

sie besonders hervorgehoben wird und ausdrücklich schriftlich akzeptiert wurde²¹⁰⁵. Die Klausel, nach der kein Versicherungsschutz besteht, wenn der Fahrer keine Fahrerlaubnis hat, wird ebenfalls von der Mehrzahl der Urteile²¹⁰⁶ als Beschränkung iSd Art. 3 und nicht als kontrollfreie Abgrenzung des versicherten Risikos angesehen. Gleiches gilt für die Klausel, nach der der Versicherungsschutz ausgeschlossen ist, wenn der Fahrer betrunken war oder unter dem Einfluß anderer Rauschmittel stand²¹⁰⁷. Uneinheitliche Urteile bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 3 bestehen hinsichtlich der Klausel, die Schäden an bestimmten im Kfz transportierten Sachen ausschließt – wobei das höchste Gericht dies für kontrollfrei hält²¹⁰⁸. Hinsichtlich einer Klausel, nach der durch im Kfz transportierte Sachen verursachte Schäden von dem Versicherungsschutz ausgeschlossen sind, besteht dagegen Einigkeit, daß eine Prüfung nach den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen gemäß Art. 3 zu erfolgen hat²¹⁰⁹. Bei der Klausel, nach der der Versicherungsschutz im Falle eines Unfalls ausgeschlossen ist, der nach Diebstahl des Kfz verursacht wurde, gibt es gegenläufige Entscheidungen des höchsten Gerichts²¹¹⁰.

Bei Unfallversicherungen werden die Ausschlüsse für bestimmte Krankheiten als Unfallursachen²¹¹¹, für Schäden, die der Versicherte unter Alkohol- und Drogeneinfluß erleidet²¹¹² oder für Folgen einer Operation oder Behandlung, die nicht durch einen Unfall verursacht wurde²¹¹³, sowie Klauseln, die den Versicherungsschutz und die Höhe der Entschädigungs-

CLAB ES 000169; aA: Tribunal Supremo v. 9. 2. 1994, CLAB ES 000037: „does not limit the policy holders rights“, als mit dem Versicherungsvertragsgesetz übereinst. Klausel; ähnl. wg. Übereinst. m. Dekret v. 31. 3. 1997, Audiencia Provincial de Jaen v. 21. 5. 1996, CLAB ES 000500; dagegen wiederum Audiencia Provincial de Valladolid v. 20. 12. 1996, CLAB ES 000474, das bei gleicher Kl. Art. 3 anwendet - Kommt dies. Klausel in einer Pflichtvers. vor, wird sie an gesetzl. Reg. (Dekreten) u. europ. RL gemessen, Audiencia Provincial v. 5. 7. 1996, CLAB ES 000428; Audiencia Provincial de Cuenca v. 6. 9. 1995, CLAB ES 000094.

²¹⁰⁵ Art. 3 auch bei folgenden Ausschlusskl. in Kfz-Vers.: Risikobeschr. für Arbeitnehmer des Versicherten bei Arbeitsunfällen (Tribunal Supremo v. 3. 11. 1997, CLAB ES 000567); Ausschl. für den Versicherten selbst (Audiencia Provincial de Toledo v. 19. 2. 1994, CLAB ES 000383 -1988 wurde Art. 3 noch m. Hinw. auf einheitl. gebilligte Bed. iSd Dekretes Nr. 3393/73 v. 21. Dezember für unanwdb. gehalten); indirekte Ausschußkl. , nach Vers. schutz nur für best. Transporter gilt (Tribunal Supremo v. 13. 11. 1989, CLAB ES 000266); kein Vers. schutz für Schäden während Nutzung des Kfz in Ausübung industrieller und landwirtschaftl. Aufgaben außerh. Teiln. am Straßenverkehr (Audiencia Provincial de Cuenca v. 3. 1. 1996, CLAB ES 000551).

²¹⁰⁶ Z. B. Tribunal Supremo v. 1. 6. 1992, CLAB ES 000020; Tribunal Supremo v. 17. 6. 1992, CLAB ES 000024; Audiencia Provincial de Cuenca v. 16. 2. 1996, CLAB ES 000138; Tribunal Supremo v. 1. 6. 1992, CLAB ES 000289 – nur eine Ausnahme; Audiencia Provincial de Salamanca v. 1. 12. 1997, CLAB ES 000575; zwar ist die das jüngste Urteil, es fehlen jedoch Anhaltspunkte für eine Änderung der Rechtsprechung, zumal es sich nicht um das höchste spanische Gericht handelte.

²¹⁰⁷ Z. B. Tribunal Supremo v. 10. 6. 1991, CLAB ES 000231; Audiencia Provincial de Pamplona v. 1. 10. 1993, CLAB ES 000320; Audiencia Provincial de Madrid v. 24. 5. 1995, CLAB ES 000027; Audiencia Provincial de Asturias v. 7. 2. 1995, CLAB ES 000048; Audiencia Provincial de Valladolid v. 26. 12. 1995, CLAB ES 000161; Audiencia Provincial de Caceres v. 9. 5. 1996, CLAB ES 000560; Audiencia Provincial de Salamanca v. 30. 9. 1996, CLAB ES 000464; Audiencia Provincial de Zaragoza v. 12. 6. 1993, CLAB ES 000168; Tribunal Supremo v. 28. 10. 1991, CLAB ES 000214; Audiencia Provincial de Zamora v. 8. 1. 1996, CLAB ES 000227; Tribunal Supremo v. 12. 2. 1992, CLAB ES 000229; Tribunal Supremo v. 15. 7. 1993, CLAB ES 000281 – nur wenige Ausnahmen; z. B. Audiencia Provincial de Madrid v. 9. 10. 1993, CLAB ES 000322: „it is not a term that limits the insured’s rights but it defines the covered risk“.

²¹⁰⁸ Pro Art. 3: Audiencia Provincial de Jaén v. 21. 10. 1995, CLAB ES 000195; dagegen: Tribunal Supremo v. 1. 4. 1996, CLAB ES 000202: „by excluding certain circumstances from the insurance coverage, fixes its object“.

²¹⁰⁹ Tribunal Supremo v. 21. 5. 1996, CLAB ES 000274; Audiencia Provincial de Huesca v. 18. 3. 1996, CLAB ES 000416.

²¹¹⁰ Tribunal Supremo v. 16. 10. 1992, CLAB ES 000035 (Art. 3); Tribunal Supremo v. 16. 10. 1992, CLAB ES 000295 (Art. 3 unanwendbar, weil Kl. nicht Rechte des VN, sondern eines Dritten, des Diebes einschränke).

²¹¹¹ Tribunal Supremo v. 14. 6. 1994, CLAB ES 000189.

²¹¹² Audiencia Provincial de Cantabria v. 10. 6. 1999, CLAB ES 000688.

²¹¹³ Audiencia Provincial de Palencia v. 5. 5. 1995, CLAB ES 000056.

summe je nach Schwere der Beeinträchtigung aufgrund einer Tabelle staffeln²¹¹⁴, nach Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz überprüft. Kontrollfrei sind dagegen die Definition des Unfalles²¹¹⁵, die aufgrund ihrer einschränkenden Formulierung auch einen indirekten Risikoausschluß darstellt; eine Klausel, die Versicherungsschutz nur für Behinderungen ersten Grades vorsieht²¹¹⁶; Klauseln, die eine vorübergehende Behinderung vom Versicherungsschutz ausschließen²¹¹⁷; bzw. die Versicherung auf Entschädigung für totale dauerhafte Behinderung beschränken²¹¹⁸. Damit werden überwiegend die allgemeinsten Umschreibungen des versicherten Risikos, einschließlich der den Versicherungsschutz auslösenden Unfallfolgen (z. B. Behinderung), aber auch die Definitionen von unbestimmten Begriffen aus dieser allgemeinsten Umschreibung (z. B. Definition des Unfalls) für kontrollfrei gehalten. Dieser Bereich unterfällt damit nicht den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des Art. 3, es gilt nur das allgemeine Gebot der klaren und präzisen Gestaltung von Vertragsbedingungen.

Allerdings wird diese Tendenz von der Rechtsprechung nicht einheitlich verfolgt: so wird z. B. die einschränkende Definition der Krankheit in einer Krankenversicherung wiederum nach Art. 3 kontrolliert²¹¹⁹. Der Kontrolle werden ebenso die Definition der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit bei einer Versicherung für Entschädigung bei Lohnausfall im Krankheitsfall²¹²⁰ und die allgemeinste Umschreibung des Versicherungsschutzes in einer privaten Haftpflichtversicherung als Entschädigung bei außervertragliche Haftung für direkte Schäden bei Dritten²¹²¹ unterzogen. Bei letzterer war nach der Begründung des höchsten Gerichts ausschlaggebend, daß es sich um eine Abweichung von dem Gesetz handelt, das bei privaten Haftpflichtversicherungen eine solche Begrenzung nicht vorsieht.

Klauseln, die die Person des VN oder dessen Pflichten betreffen, werden bis auf wenige Ausnahmen nach Art. 3 kontrolliert: Klauseln, die einen Ausschluß des Versicherungsschutzes bei Schäden vorsehen, die durch den VN (bösgläubig, absichtlich, vorsätzlich oder fahrlässig etc.) verursacht werden, werden teilweise nach Art. 3 geprüft, darunter auch höchstrichterliche Entscheidungen²¹²², von unterinstanzlichen Gerichten teilweise

²¹¹⁴ Tribunal Supremo v. 22. 1. 1999, CLAB ES 000596; Tribunal Supremo v. 29. 1. 1996, CLAB ES 000200.

²¹¹⁵ Audiencia Provincial de Cogrono v. 18. 1. 1995, CLAB ES 000218: „it does not limit the insured’s rights, but fixes the insurance object, and therefore fixes the insured risk regarding the coverage, establishing literally and expressly what events are included in it“; Tribunal Supremo v. 22. 6. 1988, CLAB ES 000259; Tribunal Supremo v. 20. 6. 2000, CLAB ES 000685 unklar, ob Begr, daß die Def. m. gesetzl. Form. des Vers. vertragsG übereinstimmt, der einzige Grund für Kontrollfreiheit ist –“therefore this is a term that describes the insured risk with objectivity“; ähnlich Audiencia Provincial de Madrid v. 7. 2. 1995, CLAB ES 000220.

²¹¹⁶ Audiencia Provincial de Navarra v. 29. 1. 1996, CLAB ES 000553 „the term cannot be considered as limiting, but rather delimiting the insured risk“.

²¹¹⁷ Audiencia Provincial de Guadalajara v. 2. 2. 1996, CLAB ES 000157.

²¹¹⁸ Audiencia Provincial de Valladolid v. 20. 2. 1996, CLAB ES 000235.

²¹¹⁹ Audiencia Provincial de Navarra v. 7. 3. 1995, CLAB ES 000051; Audiencia Provincial de Oviedo v. 4. 4. 1995, CLAB ES 000034 - nicht aber Kl. , die best. Hilfsmittel wie z. B. Prothesen von der Entschädigung ausnimmt, Audiencia Provincial de Navarra v. 8. 10. 1998, CLAB ES 000626. „it is not a term that limits the insured rights. . . it is a term that describes the insured risk, in accordance with the principle of autonomy of the will“.

²¹²⁰ Hier aber nur unterinstanzl. Gericht, Audiencia Provincial de Navarra v. 30. 1. 1995, CLAB ES 000075 .

²¹²¹ Tribunal Supremo v. 10. 6. 1991, CLAB ES 000179 (kontrollunterworfen, „limitation of the risk“).

²¹²² Tribunal Supremo v. 8. 7. 1992 CLAB ES 000028; Tribunal Supremo v. 9. 11. 1990, CLAB ES 000203; Audiencia provincial de Málaga v. 20. 2. 1996, CLAB ES 000248.

aber auch für Definitionen des versicherten Risikos gehalten²¹²³. Klauseln, die den Versicherungsschutz ausschließen, wenn der VN wegen unterlassener Hilfeleistung oder allgemein wegen einer Straftat verurteilt wurde, werden als Beschränkungen iSd Art. 3 angesehen²¹²⁴. Klauseln, nach denen nur dann Entschädigung geleistet wird, wenn der VN seine Obliegenheit einhält, den Versicherungsfall (und teilweise auch die gegenüber dem VN geltend gemachten Forderungen) rechtzeitig innerhalb einer bestimmten Frist oder während der Laufzeit des Vertrages anzuzeigen, werden nach Art. 3 kontrolliert²¹²⁵. Art. 3 gilt auch bei bestimmten Informations- und sonstigen Obliegenheiten des VN²¹²⁶.

bbb) Veränderte Tendenzen nach Umsetzung der Klauselrichtlinie?

In der CLAB-Kartei befindet sich kein einziges Urteil, daß sich auf das spanische Umsetzungsgesetz, das LGCG von 1998, bezieht. Es ist (noch) nicht zu erkennen, daß die Klauselrichtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist oder zumindest nach Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht zu einer grundlegenden Änderung der „alten“ Rechtsprechung geführt hat, welche überwiegend von einer Kontrollunterworfenheit²¹²⁷ von Risiko- und Deckungsbeschränkungen sowie Obliegenheiten ausging. Zwar hat sich von den 5 nach Umsetzung der Richtlinie am 13. 4. 1998 ergangenen Urteilen zu Risikobeschränkungen die Mehrzahl (4), darunter auch höchstrichterliche Entscheidungen, für eine Kontrollfreiheit und Einordnung als Umschreibung des versicherten Risikos u. a. auch solcher Klauseln entschieden²¹²⁸, die nach „alter“ Rechtsprechung noch überwiegend der Kontrolle nach Art. 3 unterworfen wurden²¹²⁹. Jedoch ist keine einheitliche neue Linie einer Kontrollfreiheit von Risikobeschreibungen zu erkennen²¹³⁰, zumal es auch schon vor Umsetzung der Richtlinie vereinzelte Entscheidungen gab, die diese Klauseln nicht nach Art. 3 kontrollierten²¹³¹. Deckungsbeschränkungen²¹³² und Anzeigepflichten²¹³³ werden weiterhin

²¹²³ Audiencia Provincial de Zaragoza v. 14. 9. 1993, CLAB ES 000167; Audiencia Provincial de Zaragoza v. 1. 4. 1993, CLAB ES 000170: „a term that fixes the covered risk, that tries to concrete the contracted risk and not to reduce or limit the insured´s rights“.

²¹²⁴ Tribunal Supremo v. 10. 10. 1992, CLAB ES 000030; Tribunal Supremo v. 9. 5. 1991, CLAB ES 000225; Audiencia Provincial de Navarra v. 26. 5. 1995, CLAB ES 000077.

²¹²⁵ Tribunal Supremo v. 20. 3. 1991, CLAB ES 000232: „limits the insurance company liability about a fact covered by the policy“.

²¹²⁶ Audiencia Provincial de Granada v. 25. 3. 1995, CLAB ES 000074; Audiencia Provincial de Castellon v. 6. 3. 1996, CLAB ES 000556: „limits the rights of the insured, because it excludes from coverage a conduct of the insured. . . which imposes a duty of diligence on the insured on which the right of coverage is conditioned“.

²¹²⁷ Auch hier gilt wieder: Zwar beinhaltet die Kontrolle hauptsächlich Anf. an die Einbeziehungstransparenz, die gleiche Abgrenzung wird aber auch bei der inhaltlichen Kontrolle verwandt.

²¹²⁸ Tribunal Supremo v. 20. 6. 2000, CLAB ES 000685 (einschr. Unfalldef.); Audiencia Provincial de Navarra v. 8. 10. 1998, CLAB ES 000626 (Ausschl. v. Entschädigung f. Prothesen u. a. orthopädische Hilfsmittel).

²¹²⁹ Z. B. bezügl. Ausschluß best. Angehöriger von Haftpflichtvers. , Tribunal Supremo v. 16. 5. 2000, CLAB ES 000684: „not a term that limits the insured´s rights but it describes with objectivity the covered risk by the contract, ist content and ist scope“; oder hinsichtl. Trunkenheitsklausel in KfZ-Haftpflichtvers. (Obliegenheit mit Funktion einer subj. Risikobeschreibung), Audiencia Provincial de Zaragoza v. 25. 5. 1998, CLAB ES 000587: „the term is not of those called `limiting the insured´s rights´ bur of those called `defining the insured risk´“.

²¹³⁰ So wird auch noch Art. 3 angewandt: Audiencia Provincial de Cantabria v. 10. 6. 1999, CLAB ES 000688 (Ausschl. v. Schäden in Unfallvers. , die VN erleidet, wenn er unter Alkohol- oder Drogeneinfluß steht) – auffallend ist aber, daß in neueren Urteilen häufig darauf abgestellt wird, ob die Ausschlußkl. eine objektive Beschreibung des vers. Risikos, des Vertragsinhaltes, darstellt, z. B. Tribunal Supremo v. 16. 5. 2000, CLAB ES 000684: „it is not a term that limits the insured´s rights but it describes with objectivity the covered risk by the contract, ist content and ist scope, and as an objective limitation the insurance company can allege it against the insurer“; so auch Tribunal Supremo v. 20. 6. 2000, CLAB ES 000685; Audiencia Provincial de Cantabria v. 10. 6. 1999, CLAB ES 000688 – unklar, ob neue Rsprlinie oder nur Berichterstatte der CLAB-Kartei .

²¹³¹ Tribunal Supremo v. 9. 2. 1994, CLAB ES 000037; Audiencia Provincial de Jaen v. 21. 5. 1996, CLAB ES 000500; Audiencia Provincial de Madrid v. 9. 10. 1993, CLAB ES 000322.

²¹³² Tribunal Supremo v. 22. 1. 1999, CLAB ES 000596.

nach Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen unterworfen.

Unter den in der CLAB-Kartei befindlichen Urteilen befinden sich insgesamt nur 5 Entscheidungen, die auf die Klauselrichtlinie Bezug nehmen²¹³⁴. Eine einzige Entscheidung aus dem Jahre 1996²¹³⁵ bezieht sich ausdrücklich auf den Art. 4 II und Satz 3 des 19. EG der Klauselrichtlinie. Das Urteil betraf eine Klausel in einer kombinierten Haftpflicht- und Vollkaskoversicherung, nach der der Versicherungsschutz nur für Unfälle gilt, die sich auf spanischem Gebiet ereignen. Will der Versicherte die Versicherung auf Risiken außerhalb Spaniens ausweiten, muß er dies mit dem Versicherer vereinbaren. Diese örtliche Begrenzungsklausel wird nicht als Beschränkung der Rechte des Versicherten iSd Art. 3 angesehen²¹³⁶, sondern als Abgrenzung des Vertragsgegenstandes, des versicherten Risikos, da sie den Umfang der wechselseitigen Rechte und Pflichten bestimme. Wenn der Versicherte entsprechend der Klausel das versicherte Risiko über die Landesgrenzen hinaus erweitern will, erfordere das Prinzip des vertraglichen Gleichgewichts auch einen Anstieg der Prämienhöhe als Gegenleistung des Versicherten²¹³⁷. Ausschlaggebend ist also, daß die Klausel Teil der Festlegung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ist. Hinsichtlich der Einordnung als kontrollfreie Definition und Abgrenzung des versicherten Risikos und dessen Bezug zur Prämie beruft sich das Gericht auf Art. 4 II und den 19. EG, Satz 3 der Klauselrichtlinie, wobei wieder nicht ganz deutlich wird, ob die Berücksichtigung bei der Prämienkalkulation als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Inhaltskontrolle²¹³⁸ oder bei der Vorstufe des Kontrollumfangs geprüft wird²¹³⁹. Jedenfalls wird der Nachsatz des 19. EG Satz 3, in Übereinstimmung mit dem spanischen Wortlaut („ya que“ = „da ja“, „weil“), nicht als Voraussetzung einer Kontrollfreiheit verstanden, sondern als Schlußfolgerung und gegebene Tatsache²¹⁴⁰.

c) Ergebnis

Die Rechtsprechung ist hinsichtlich der Abgrenzung des kontrollfreien Raumes sehr uneinheitlich. Zwar werden Deckungs- und Risikobeschränkungen sowie Obliegenheiten von der Rechtsprechung - auch von dem höchsten spanischen Zivilgericht - überwiegend kon-

²¹³³ Tribunal Supremo v. 18. 12. 1998, CLAB ES 000635.

²¹³⁴ Audiencia Provincial de Zaragoza v. 15. 4. 1994, CLAB ES 000061 (RL-Vorarbeiten); Audiencia Provincial de Cáceres v. 7. 4. 1997, CLAB ES 000530 (Unklarheitenreg. Art. 5); Art. 3 als unterst. Arg. : Audiencia Provincial de Cantabria v. 10. 6. 1999, CLAB ES 000688; Audiencia Provincial de la Rioja v. 17. 5. 1999, CLAB ES 000702.

²¹³⁵ Audiencia Provincial de Madrid v. 29. 10. 1996, CLAB ES 000475.

²¹³⁶ „This term, as much as it limits the policy in space, does not limit . . . the rights of the insured“ – „does not create any limitation of the rights of the insured further than those which come from the necessary framework of the object of the contracted insurance, which integrate the scope of the risk coverage delimited by the definition of that risk which is the object of insurance, and the delimitations of its scope in time, space. . .“; so auch Tribunal Supremo v. 5. 6. 1997, CLAB ES 000549 und Audiencia Provincial de Alicante v. 17. 7. 1996, CLAB ES 000425: „is not a term that limits the insured’s rights. . . delimits the territory where the insurance is effective“.

²¹³⁷ „The term determines and outlines the juridical field of both contracting parties in the scope of their correlative rights and their juridical duties. . . the extension of the insured risk, in time or in space, of the coverage of the insurance for the insurer, requires, through the principle of balance of mutual obligations, the correlative increase of the contribution of the insured, the amount of the premium to be paid“.

²¹³⁸ Dafür spricht Zus. fassung in CLAB-Kartei: Gericht hält Kl. für wirksam und nicht mißbräuchlich („valid and not unfair“), sowie, daß die in Art. 4 II genannten Klauseln nicht unfair sind („will not be considered unfair“).

²¹³⁹ Dafür spricht die Formulierung, daß Risikobeschreibungen und-ausschlüsse nicht Gegenstand der Mißbräuchlichkeitsprüfung sind („not the object of such an appreciation – of an unfair character. . .“).

²¹⁴⁰ „ . . . because the . . . limitations are taken into account in the calculation of the premium“.

trolliert, es gibt aber insbesondere bezüglich Risikobeschreibungen auch eine Vielzahl von Entscheidungen, die solche Klauseln als Definition und Abgrenzung des versicherten Risikos für kontrollfrei erklären. Uneinheitlich ist die Rechtsprechung auch bezüglich der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos, wenn diese auch - inklusive bei Unfallversicherungen der den Versicherungsschutz auslösenden Unfallfolgen - überwiegend als kontrollfrei bewertet werden (z. B. Unfallversicherung bei dauerhafter, totaler Behinderung), soweit sie nicht vom Gesetz abweichen (z. B. Haftpflichtversicherung für außervertragliche Haftung für direkte Schäden Dritter). Auch die Definitionen unbestimmter Begriffe der allgemeinsten Umschreibung werden teilweise als kontrollfrei angesehen (z. B. Definition des Unfalls), teilweise werden die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz verlangt (z. B. für die Definition von Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit). Allerdings scheint für die höchstrichterliche Wertung bezüglich der Unfalldefinition wiederum entscheidend zu sein, daß diese mit dem Gesetz übereinstimmt und also keine Einschränkung gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen ist. Jedenfalls bleibt aber in Spanien nur ein enger kontrollfreier Bereich übrig.

Nach Umsetzung der Klauselrichtlinie ist allenfalls eine Tendenz zu mehr Kontrollfreiheit zu erkennen, eine deutliche Abkehr von der ständigen Rechtsprechung ist jedoch nicht ersichtlich. Auch wenn die Rechtsprechung unabhängig von der Kontrolle der Einbeziehungstransparenz oder der inhaltlichen Kontrolle die gleiche Abgrenzung verwendet, wird dennoch bei der Prüfung nach Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz der Schwerpunkt – anders als nach der Klauselrichtlinie - auf Transparenz und Information des VN gelegt, zu einer Inhaltskontrolle kommt es in der Regel nicht.

12. Ergebnis des Rechtsvergleichs

Auffällig ist, daß in einigen Ländern die Frage der Kontrollunterworfenheit von produktbeschreibenden Versicherungsbedingungen nicht besonders problematisiert wird. Die Zahl der Gerichtsentscheidungen, die sich auf Versicherungsbedingungen beziehen, ist sehr unterschiedlich²¹⁴¹. Es werden Versicherungsbedingungen unterschiedlich häufig für unwirksam erklärt²¹⁴². Des weiteren fällt auf, daß die Gerichte in vielen Ländern sehr wenig die besonderen Verbraucherschutzgesetze, die z. T. auch die Umsetzung der Klauselrichtlinie darstellen, anwenden²¹⁴³; sie bleiben teilweise bei einer Inhaltskontrolle nach allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen oder nach Spezialgesetzen für Versicherungsverträge²¹⁴⁴.

a) Uneinigkeit hinsichtlich des Kontrollumfangs bei leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen außerhalb von nicht gefahrbezogenen nachträgl. Obliegenheiten

²¹⁴¹ Sehr viele Urteile in D, aber z. B. auch in Spanien (189 Entschdg. in CLAB-Kartei), Italien (125 Entschdg.) und Griechenland (156 Entschdg.) – dagegen befinden sich in der CLAB-Kartei keine Urteile aus Irland, 5 Entschdg. aus Luxemburg, 24 aus den Niederlanden, 12 aus Schweden, 9 aus Portugal.

²¹⁴² Vgl. auch Übersicht bei Basedow/Fock, S.37 ff.

²¹⁴³ Z. B. in Griechenland, Belgien und Spanien – in Portugal war das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen von 1985 nach Art. 3 I c) idR nicht auf Versicherungsverträge anwendbar.

²¹⁴⁴ Insbesondere Frankreich nach Art. 113-1 C. ass. ; Spanien nach Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz

Als Ergebnis des Rechtsvergleichs bleibt festzuhalten, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten weder vor noch nach der Umsetzung der Klauselrichtlinie eine Übereinstimmung hinsichtlich des Kontrollbereiches bei Versicherungsverträgen, insbesondere bei Risikobeschreibungen und Obliegenheiten, bestand und besteht. In der Mehrzahl der Länder²¹⁴⁵ findet eine nahezu umfassende Kontrolle von Risiko- und Deckungsbeschränkungen statt, so daß für den kontrollfreien Bereich nur noch ein enger Kernbereich der schlagwortartigen Bezeichnung des Versicherungstyps sowie der allgemeinsten Umschreibung der versicherten Gefahr, des versicherten Interesses und des versicherten Gegenstands/der versicherten Person, übrig bleibt. Mit ganz vereinzelt Ausnahmen werden alle über die allgemeinste Umschreibung hinausgehenden Leistungs- und Risikobeschreibungen, auch Definitionen von unbestimmten Begriffen, inhaltlich kontrolliert²¹⁴⁶. Es gibt aber auch einige Länder²¹⁴⁷, die auch noch nach Umsetzung der Richtlinie einen sehr weiten kontrollfreien Raum bei Versicherungsbedingungen vorsehen, indem sie Risiko- und Deckungsbeschränkungen sowie teilweise auch Obliegenheiten als Festlegung des versicherten Risikos bzw. des Vertragsgegenstandes der Privatautonomie überlassen.

Einigkeit besteht dagegen bezüglich nicht-gefahrbezogener Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles - z. B. die Pflicht zur fristgemäßen Anzeige des Versicherungsfalles. Soweit in den einzelnen EU-Ländern eine Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen zulässig und Rechtsprechung vorhanden war, wurden und werden diese immer inhaltlich kontrolliert. Absolut überwiegend werden allgemein Anzeige- und Informationspflichten - ob nun als Obliegenheit oder als „echte“ Nebenpflicht des VN ausgestaltet²¹⁴⁸ - der inhaltlichen Kontrolle unterworfen²¹⁴⁹. Größere Uneinigkeit besteht nur hinsichtlich sonstiger (risikobezogener) Obliegenheiten und Sorgfaltspflichten des VN, von deren Einhaltung der Versicherungsschutz abhängt²¹⁵⁰.

b) Parallelen bezüglich der Vermeidung von Inhaltskontrolle durch Gesetzgeber und/oder Rechtsprechung der einzelnen Länder

²¹⁴⁵ Z. B. Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg, Griechenland, Tendenz in Portugal, Frankreich (Code de la Consommation), Spanien (allerdings uneinheitl. Rspr.), bes. umfassende Kontrolle auch der Hauptleistungen in den skandinavischen Ländern – in Finnland, Spanien, Griechenland sind allerdings nach RL-Umsetzung der Tendenzen zu einem weiteren kontrollfreien Bereich zu erkennen (in Frankreich nur sehr vereinzelt).

²¹⁴⁶ Insb. Deutschland und Griechenland; Ausnahme: z. T. in Spanien.

²¹⁴⁷ So z. B. Italien, Großbritannien, sowie Tendenz in den Niederlanden.

²¹⁴⁸ Zu der dt. Abgrenzung von Obliegenheiten und „echten Rechtspflichten“, bei denen ein Anspruch auf Erfüllung, sowie bei Verletzung uU ein Schadensersatzanspruch besteht, vgl. Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz. 30 f. – den Parteien steht es frei, Verhaltensnormen als „echte Rechtspflichten“ zu vereinbaren.

²¹⁴⁹ Einzig in Großbritannien gehören aufgrund der „basis of contract-clause“ uU auch vorvertragl. Angaben im Antragsformular zu den „warranties“, die überw. für kontrollfrei gehalten werden; Pflichten nach Eintritt des Versicherungsfalles gehören dagegen zu den kontrollunterworfenen sog. „procedural terms“; auch in Italien, wo ebenfalls ansonsten ein weiter kontrollfreier Bereich angenommen wird, werden Anzeige- und Informationsobliegenheiten (u. a. vorvertragl. u. Anzeige v. Gefahrerhöhungen) kontrolliert – in keinem Land gibt es Urteil, nach denen Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles und Anzeige-/Informationspflichten kontrollfrei sind – in Deutschland, Belgien, Griechenland, Frankreich (nach dem C. consom.), Spanien gibt es Urteile mit einer inhaltl. Kontrolle, Skandinavien kennt ohnehin einen umf. Kontrollbereich.

²¹⁵⁰ Vgl. z. B. in Großbritannien werden warranties, die z. T. mit risikobezogenen Obliegenheiten vergleichbar sind, überw. für kontrollfrei gehalten, von dem OFT allerdings unter der Bedingung, daß diese Klauseln transparent sind; in Italien sind sonst. Risikobez. Obliegenheiten weitgehend kontrollfrei/uneinheitl. bezgl. Sorgfalts- u. Schutzmaßn. ; in Deutschland, Belgien, Griechenland, Frankreich (Code consom), Lux. (bei Einbez.) werden alle Obliegenheiten kontrolliert; in Spanien ebenfalls überw. ; in Skandinavien ohnehin umfassender Kontrollbereich.

Parallelen gibt es in vielen Ländern dahingehend, daß versucht wurde, eine inhaltliche Kontrolle von Versicherungsbedingungen zu vermeiden. Teilweise waren die nationalen Gesetzgeber vor Richtlinienumsetzung sehr zurückhaltend und nahmen Versicherungsverträge vollständig von dem Anwendungsbereich der Kontrollgesetze aus²¹⁵¹. In einigen Ländern fand nach der Gesetzeslage keine Inhaltskontrolle statt, sondern die Versicherungsbedingungen, wurden, soweit sie für kontrollfähig gehalten wurden, nur einer besonderen Einbeziehungskontrolle unterworfen²¹⁵². Da häufig die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen - z.B. eine gesonderte Unterschrift bzw. Zustimmung – schon nicht eingehalten werden, führen solche besonderen Einbeziehungsregelungen auch in den Ländern, die darüber hinaus eine Inhaltskontrolle kennen, dazu, daß es wegen Unwirksamkeit der Klauseln schon auf der ersten Stufe der Einbeziehungskontrolle idR gar nicht mehr zu einer Inhaltskontrolle kommt²¹⁵³. In vielen Ländern mit Inhaltskontrollregelungen ist zu beobachten, daß dennoch – besonders vor Umsetzung der Richtlinie –hauptsächlich Rechtsprechung zu Einbeziehung und Auslegung vorhanden ist²¹⁵⁴. Allgemein sind Unterschiede im Ergebnis der Inhaltskontrolle u. a. auch auf die unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben im Versicherungsbereich zurückzuführen. Häufig wird auch nicht die Klausel als solche, sondern nur deren Anwendbarkeit im konkreten Fall geprüft²¹⁵⁵, was zum Teil dadurch bedingt ist, daß die Kontrollgesetze eine Berücksichtigung der konkreten Umstände bei der Inhaltskontrolle vorsehen²¹⁵⁶.

Die Einbeziehungskontrolle und Auslegung sind wie die Prüfung der Anwendbarkeit im konkreten Fall für die Verbraucher letztlich weniger günstig als eine abstrakte Inhaltskontrolle. Denn aus Sicht des VN ist es im Ergebnis zwar gleich, aus welchen Gründen sich der Versicherer im konkreten Fall nicht auf eine einschränkende Klausel berufen darf (Mißbräuchlichkeit, fehlende Einbeziehung, andere Auslegung oder konkrete Umstände). Nachteil der konkret – individuellen Beurteilung und der verdeckte Inhaltskontrolle durch Einbeziehung und Auslegung ist aber, daß weniger allgemeinen Grundsätze und Fallgruppen bezüglich bestimmter Klauseln entwickelt werden können und für den Verbraucher eine größere Rechtsunsicherheit besteht. Eine ähnliche Problematik besteht auf Richtlinienenebene wegen Art. 4 I.

²¹⁵¹ In Großbritannien ist der UCTA 1977 nicht auf Versicherungsverträge anwendbar, in Schweden galt das Gesetz über unbillige Vertragbedingungen von 1971 (Verwaltungskontroll.) nicht, in Portugal war das Gesetz Nr. 446/85 wegen Art. 3 I c) idR nicht anwendbar (dort aber umf. Inhaltskontr. nach allg. Rechtsgrdstz.) – in Schweden und Portugal wurden die Einschränkungen allerdings im Zuge der Umsetzung der KlauselRL aufgehoben, in Großbritannien gelten die UTCC Reg. seit 1994 auch für Versicherungsverträge.

²¹⁵² So in Italien nach Art. 1341 II Codice Civile, hauptsächlich auch in Spanien nach Art. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes und in Luxemburg nach Art. 1135-1 II Zivilgesetz, obwohl letztere beiden Länder auch Regelungen für eine Inhaltskontrolle kannten; auch in Frankreich, wo der Code des assurances nach dem Wortlaut nur besondere Transparenzvoraussetzungen aufstellt, wandte die Rspr. auch das Aushöhlungsarg. an, zudem war nach dem Code de la Consommation eine Inhaltskontrolle möglich.

²¹⁵³ So in Luxemburg und Spanien, wo es anders als Italien auch Inhaltskontrollvorschriften gibt.

²¹⁵⁴ So z. B. in Österreich, Niederlande, Belgien, Griechenland (auch noch nach RL-Umsetzung), früher auch in Frankreich, auch in Dtl. führte ältere Rspr. häufiger eine verdeckte Inhaltskontr. nach § 3 AGBG a. F. durch.

²¹⁵⁵ Z. B. Skandinavien, Niederlande, Belgien, teilweise in Griechenland.

²¹⁵⁶ So z. B. die Generalklausel des Art. 36 der skandinavischen Vertragsgesetze, wonach sogar Umstände nach Vertragsschluß mitberücksichtigt werden sollen; § 879 III des österreichischen ABGB, dazu Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S. 321 ff.; in den Niederlanden st. Rspr., vgl. v. Hippel, RabelsZ 41 (1977), S. 237 ff., 269; de Buhr, S. 7 und 9; auch in Großbritannien nach Schedule 2 des UCTA 1977 – im Gegensatz zu der vor RL-Umsetzung abstrakt-generellen Prüfung nach dem dt. AGBG a. F.

c) Abgrenzung des Kontrollbereiches („Abgrenzungsformeln“)

aa) Gleiches Ausgangsproblem mit unterschiedlichen Ergebnissen

Das Abgrenzungsproblem läuft in den Mitgliedstaaten regelmäßig auf die Frage hinaus, welche Versicherungsbedingungen noch zu den kontrollfreien Leistungsbeschreibungen als Begründung der Leistungspflicht zu zählen sind (Definition) und welche Klauseln bereits zu den kontrollunterworfenen Leistungs- bzw. Haftungseinschränkungen gehören. Trotz dieser gleichen Ausgangsfrage sind die Ergebnisse in den einzelnen Ländern völlig unterschiedlich (s. o.). Besonders deutlich werden die Unterschiede bei einem Vergleich derjenigen Länder, in denen die gesetzlichen Regelungen gleiche Begrifflichkeiten enthalten und nach denen ausdrücklich nur „Haftungsbeschränkungen“ (in Spanien enthält das Gesetz den komplementären Begriff der „Einschränkungen der Rechte des Versicherten“) kontrolliert werden, die dann zu kontrollfreien Definitionen und Umschreibungen des versicherten Risikos abgegrenzt werden müssen. Hierbei handelt es sich um Großbritannien, Italien, Luxemburg, Spanien und Griechenland. In Großbritannien war diese Abgrenzung im Rahmen des UCTA 1977 erforderlich, da die inhaltliche Kontrolle nach diesem Gesetz nur auf Freizeichnungsklauseln anwendbar war. Zwar ist der UCTA nicht auf Versicherungsverträge anwendbar, jedoch wird es in der Literatur für möglich gehalten, daß diese – bei Versicherungsverträgen schwierige – Abgrenzung aufgrund des Art. 4 II der Klauselrichtlinie wieder erforderlich wird; auch im Rahmen der UTCC Reg. wird schließlich mit denselben Begrifflichkeiten argumentiert. In Italien (Art. 1341 II Codice civile), Luxemburg (Art. 1135-1 II Zivilgesetz) und Spanien (Art. 3 Versicherungsvertragsgesetz) ist die Abgrenzung nicht für die Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle, sondern für die Anwendbarkeit der besonderen Einbeziehungskontrolle erforderlich. Auch das griechische Gesetz kennt in Art. 2 VII 2) Verbraucherschutzgesetz 2251/1994 den Begriff der generellen Haftungseinschränkung bzw. Einschränkung der vertraglichen Verpflichtung – dort wird diese gleiche Abgrenzung allerdings bei dem Klauselverbot im Rahmen der Inhaltskontrolle und nicht bei der Frage der Kontrollunterworfenheit bzw. Anwendbarkeit relevant. In allen fünf Ländern werden - trotz des unterschiedlichen Prüfungsstandortes - Haftungsbeschränkungen zu den den Vertragsgegenstand festlegenden Risikodefinitionen abgegrenzt.

Das Ergebnis der sachlich gleichen Abgrenzung ist unterschiedlich. In Spanien und Luxemburg werden Risikobeschränkungen als Beschränkungen der Rechte des Versicherten bzw. Haftungsbeschränkungen angesehen und der besonderen Einbeziehungskontrolle unterworfen²¹⁵⁷. In Italien und Großbritannien²¹⁵⁸ werden dagegen Risikobeschreibungen inklusive aller Risikoausschlüsse als Festlegung des Vertragsgegenstandes bzw. Leistungsdefinition für kontrollfrei gehalten; auch nach Umsetzung der Richtlinie blieb die überwiegende Meinung in diesen beiden Ländern weiterhin bei ihrer Linie. Gleiches gilt für Griechenland, wo solche Klauseln regelmäßig auf der Ebene der Inhaltskontrolle wirksam sind.

²¹⁵⁷ In Spanien ist die Rechtsprechung allerdings nicht einheitlich.

²¹⁵⁸ Nach RL-Umsetzung bei der Kontrolle nach UTCC Reg. ; Gesetzgeber u. Teil Lit. waren bereits vor Umsetzung der Ansicht, daß Risikoausschlüsse nicht als Haftungsbeschr. iSd UCTA 1977 anzusehen seien, sondern als Risikodef. nicht diesem Gesetz unterfallen würden; aA Ombudsman Bureau; *Nachw. unter 2. Teil C II 4. a)*

bb) Uneinigkeit bei der Abgrenzung im Einzelnen und Stellungnahme zur Übertragbarkeit auf die Klauselrichtlinie

Anders als z. B. in Deutschland²¹⁵⁹ wird in diesen letztgenannten Ländern und auch in anderen Staaten der kontrollfreie Bereich – soweit ersichtlich – nicht danach bestimmt, was als wesentlicher Vertragsbestandteil bestimmt sein muß, um einen wirksamen Versicherungsvertrag darzustellen. Denn sonst würde man beispielsweise auch in Großbritannien von einem sehr engen kontrollfreien Bereich ausgehen müssen, weil auch dort für einen wirksamen Vertragsschluß, als „material terms“, nur Angaben über die Prämienhöhe, die Art des Risikos, den Versicherungsgegenstand („nature of the risk, including the subject-matter of the insurance“) sowie die Versicherungsdauer, erforderlich sind²¹⁶⁰. Der BGH sieht in Deutschland dagegen die Versicherungsdauer nicht als essentiell an. Insbesondere auch bezüglich der Laufzeit sowie bezüglich Regelungen über Beginn und Ende des materiellen Versicherungsschutzes²¹⁶¹ besteht in den einzelnen Ländern Uneinigkeit, ob diese Vertragsbestimmungen Gegenstand der Kontrolle sind²¹⁶². Häufig wird in Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig zwischen den beiden unterschiedlichen Prüfungsstufen der Kontrollunterworfenheit und der eigentlichen Inhaltskontrolle unterschieden²¹⁶³. In keinem Land wird von der Rechtsprechung nach positiver oder negativer Formulierung der Risikobeschreibungen unterschieden. Teilweise wird nach berechtigten Deckungserwartungen unterschieden²¹⁶⁴, was aber – wie bereits dargestellt – die Gefahr einer Vermischung der Kontrollfähigkeit und der Inhaltskontrolle beinhaltet. Außerdem werden berechnete Deckungserwartungen in den einzelnen Ländern an den unterschiedlichsten Stellen berücksichtigt, nämlich auch bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen²¹⁶⁵, bei der Frage, ob eine Klausel überraschend ist²¹⁶⁶ und bei der Prüfung der Anwendbarkeit im konkreten Fall sowie im Rahmen des Aushöhlungsargumentes²¹⁶⁷. Eine einheitliche Linie ist also nicht feststellbar. Auf die Klauselrichtlinie ist diese Abgrenzung nach Abweichungen von berechtigten Deckungserwartungen schon deshalb nicht übertragbar, weil noch in dem letzten Kommissionsentwurf eine Abweichung von berechtigten Verbrauchererwartung in

²¹⁵⁹ In Österreich u. Niederlande wird zwar allg. der kontrollfreie Bereich nur im Hinblick auf essentialia negotii verstanden, dies wurde bisher aber noch nicht ausdrückl. auch für den Versicherungsbereich festgelegt- in NL könnte sich allerdings aufgrund des Urteils des Hoge Raad (s. o.) eine solche Tendenz entwickeln.

²¹⁶⁰ Bosse, S. 69; insb. unter Art des Risikos („nature of the risk“) würde nicht das Verständnis der hA von einem weiten kontrollfreien Bereich zu fassen sein; vgl. auch Bosse, S. 79 (sonstige Versicherungsbedingungen als „weitere“ Klauseln „neben“ den „material terms“) – auch in Frankreich wird die Garantiedauer als „l' une des données essentielles“ bezeichnet, Kullmann, Anm. zu Cass. v. 27. 5. 1997, RGDA1997, S. 834 ff., 836.

²¹⁶¹ Diese Regelungen gehören nicht zu den essentialia, Dreher, S. 278.

²¹⁶² Kontrollfrei nach Lit. in Großbritannien Laufzeit- u. Kündigungsreg. ; kontrollfrei möglicherw. auch in Spanien, vgl. Audiencia Provincial de Madrid v. 29. 10. 1996, CLAB ES 000475 (erklärt eine örtl. Beschr. als kontrollfreie Leistungsdef., gleiches gilt nach der Urteilsbegründung auch für die zeitl. Abgrenzung); in Italien sind Beginn (0. 00 Uhr am Tag X) u. Ende kontrollfrei; kontrollunterworfen dagegen in Deutschland (Beginn, Ende, Wartezeitklauseln, Laufzeitklauseln); in Frankreich (z. B. Wartezeitklauseln nach Code consom.); Belgien (Ende mit 65. Lebensjahr); Griechenland (Beginn erst mit Teilzahlung der Prämie), Dänemark (Laufzeitkl.).

²¹⁶³ Z. B. Spanien, Deutschland, Österreich, Frankreich, Italien (allerdings spricht ein neueres Urteil für Einordnung bei der Kontrollunterworfenheit), Griechenland, Luxemburg, Finnland; z. T. sind die Formulierungen unklar, z. T. sprechen sie für falsche Verortung der Problematik der Kontrolle von produktbeschreibenden Versicherungsbed. im Rahmen der Inhaltskontrolle – z. B. indem Arg. der Privatautonomie bzw. Preis-Leistungsverh. als Begr. der Wirksamkeit einer Kl. verwandt wird, z. B. dt., franz., österr., griech. Rspr.

²¹⁶⁴ Diese Abgrenzung findet sich z. B. in Dtl. und Ö, in Ansätzen z. B. auch in GB zu dem UCTA 1977.

²¹⁶⁵ Auslegungsregel in Großbritannien.

²¹⁶⁶ Z. B. Schweden, Deutschland.

²¹⁶⁷ Z. B. in Deutschland, Österreich, Frankreich, Spanien, Belgien – wobei auch hier teilweise die Frage der Kontrollfähigkeit mit der der Inhaltskontrolle vermischt wird.

der Generalklausel, also erst auf der Stufe der Mißbräuchlichkeitskontrolle und nicht bereits auf der Stufe der Kontrollgegenstandsbestimmung vorgesehen²¹⁶⁸.

Eine Überschneidungsgefahr der Prüfungsstufen besteht auch bei der Abgrenzung danach, ob mit der betreffenden Klausel von einer gesetzlichen oder vorher vertraglich vereinbarten Pflicht abgewichen wird²¹⁶⁹, wie sie beispielsweise in Italien und Spanien von den Gerichten bei der Frage, ob Haftungsbeschränkungen vorliegen und damit die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen anwendbar sind, angewandt wird. Auch in Deutschland wird diese Wertungsfrage ähnlich gestellt²¹⁷⁰. Daß diese Abgrenzung ungeeignet ist, wird allein durch den Vergleich von Italien und Spanien deutlich, wo die gleiche Abgrenzungsfrage zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. In Italien zählen Risikoausschlüsse zu den einmal festgelegten Pflichten, in Spanien werden die Ausschlüsse als Einschränkungen der einmal festgelegten Pflichten verstanden und inhaltlich kontrolliert. Die Abgrenzung nach Abweichung von gesetzlichen Vorschriften begegnet zudem den gleichen Bedenken, denen sich die in Deutschland aufgrund des Wortlauts des § 307 III 1 BGB (§8 AGBG a. F.) vertretene formale Abgrenzung nach Abweichung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften unter anderem gegenüber sieht²¹⁷¹. Wie oben geklärt²¹⁷², wird bei Art. 4 II nicht auf die Möglichkeit der Inhaltskontrolle, die Ersetzbarkeit der vertraglichen Regelung oder die Abweichung von Rechtsvorschriften abgestellt.

d) Bedeutung von Transparenz, Wahlmöglichkeiten, Prämienhöhe bzw. -relevanz

Hinsichtlich der Risikobeschreibungen, insbesondere der Risikoausschlüsse, wird in vielen Ländern – teilweise ausdrücklich in Rechtsvorschriften, aber auch durch Literatur und Rechtsprechung - besonderer Wert auf deren Transparenz und Information des VN gelegt, wobei die Transparenzkontrolle teilweise einer Inhaltskontrolle vorgezogen wird²¹⁷³. Zum Teil finden sich auch Ansatzpunkte hinsichtlich einer Transparenzprüfung im Rahmen der Generalklausel²¹⁷⁴. Soweit in der Rechtsprechung der einzelnen Länder mit Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Tarifen mit jeweils unterschiedlichen Versicherungsum-

²¹⁶⁸ Vgl. KOM (93) 11 endg. -SYN 285, S. 6.

²¹⁶⁹ Ähnl. Tendenz in griech. Rspr. ; in GB allg. für Abgr. bei UCTA 1977, nicht erkennbar bei UTCC Reg. – auch dieser Abgrenzungsansatz findet sich in Dtl. in Rspr. und Lehre, vgl. Dylla-Krebs, S. 165 ff. ; 172 f.

²¹⁷⁰ Vgl. Dylla-Krebs, S. 165 ff. ; 172 f. ; auch in Dtl. wird die „Verkürzung der vollwertigen Leistung“ für kontrollfähig gehalten, Brandner, ebenda, Rz. 27, 37; ähnl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz. 12, wobei auch hier gerade fragl. ist, was zu vollwertigen Leistung zu zählen ist, Joost, ZIP 1996, S. 1685 ff. , 1689 -i. E. bestehen Überschneidungen zu den berechtigten Deckungserwartungen (z. B. in Dtl. , Ö, GB), weil sich diese im wesentl. auch auf gesetzl. Leitbildern und „einmal vertragl. festgelegten Pflichten“ begründen, vgl. z. B. Brandner in Ullmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz. 37.

²¹⁷¹ Zu weiteren Gegenargumenten, 2. Teil B III 3. a) aa) aaa) und ccc).

²¹⁷² 2. Teil B IV 5.

²¹⁷³ Information und Warnung des VN ist Sinn und Zweck der besonderen Einbeziehungsvor. der gesonderten Unterschrift für Haftungsbeschränkungen in Luxemburg und Spanien; darüber hinaus Spanien: nach Art. 3 Vers. vertrags (klar und präzise); Frankreich: Transparenzanf. des C. ass. , z. B. Art. 112-4 (deutlich sichtbar gedruckt) und Art. 113-1 (ausdrücklich und begrenzt), Art. 112-2 (Informationsblatt, in dem Garantien mit Ausschlüssen zusammengefasst werden); Belgien: Art. 21 AR 1976 und Art. 14 AR 1991 (klar und präzise), Art. 11 VersvertragsG v. 25. 6. 1992 („déchéances“ „déterminées“), Rspr. (klar ausdrücklich u. begrenzt) ; Schweden: Hinweispl. ; Finnland: VersvertragsG („Safety clauses“, „sufficiently specific“) ; Großbritannien: Informationspl. des Versicheres, Versicherungsvermittlers, Brokers, Insurance Ombudsman, sowie „sofern“-Satzes des Art. 4 II als Vor. für Kontrollfreiheit; in Italien und Griechenland wo Rspr. z. T. gleiches Erg. , allerdings im Rahmen der Inhaltskontr. : Risikoausschl. werden m. Hinw. auf Preis-Leistungsverhältnis für wirksam erklärt, wenn sie transparent sind; auch in Österreich werden Risikoausschl. idR für wirksam erklärt, wenn sie klar erkennbar sind; in Deutschland § 307 III 2 BGB – sowie allg. vorvertragliche Aufklärungspflichten.

²¹⁷⁴ Neben st. Rspr. in Deutschland Tendenzen z. B. in finn. , franz. , griech. , österr. und ital. Rspr.

fang argumentiert wird²¹⁷⁵, so geschieht dies immer im Rahmen der inhaltlichen Kontrolle, aber nie bei der Prüfungsstufe des Kontrollgegenstands. Allgemein wird häufig die Prämierelevanz von Risikoumschreibungen als Grund für deren Kontrollfreiheit oder Wirksamkeit genannt – die Abgrenzung des Vertragsgegenstandes bzw. des versicherten Risikos ist als Basis der Prämienkalkulation anerkannt²¹⁷⁶. Die Höhe der Prämie dient zum Teil als Argumentation, inwieweit berechnete Deckungserwartungen bestehen²¹⁷⁷. Zum Teil finden sich Argumentationen, die wegen absolut niedriger Prämien bzw. Angemessenheit des Preises die Wirksamkeit der Klausel begründen (Preisargument)²¹⁷⁸.

e) Wenig Auswirkungen der Klauselrichtlinie auf Literatur und Rechtsprechung

In der Rechtsprechung der einzelnen Länder ist auffällig, daß sehr selten auf den Art. 4 II, die entsprechende nationale Umsetzungsregel oder Satz 3 des 19. EG eingegangen wird²¹⁷⁹. In keinem Land ist der Satz 3 des 19. EG ausdrücklich im Gesetzeswortlaut zu finden. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist und auch nach Umsetzung der Richtlinie ist in den meisten Ländern keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu erkennen. Wenn überhaupt, dann geht die Tendenz der Literatur und der Rechtsprechung in einigen Ländern, die vor Erlass der Richtlinie eine umfassende Inhaltskontrolle durchführten, dahin, nun einen weiteren kontrollfreien Bereich, insbesondere bei Risikoausschlüssen, anzunehmen²¹⁸⁰. Die Formulierung „Hauptgegenstand des Vertrages“ des Art. 4 II führt auch in den Ländern, die vor Richtlinienumsetzung auf die Kontrollfreiheit des „Vertragsgegenstands“ abstellten (z. B. Italien), nicht zu einem engeren Verständnis des kontrollfreien Bereiches²¹⁸¹.

In einigen Ländern werden risikobeschreibende Klauseln zwar nach nationalen Umsetzungsregeln kontrolliert, mit Hinweis auf die Privatautonomie bei der Bestimmung von Leistung und Gegenleistung aber für wirksam erklärt²¹⁸², was letztlich häufig zu dem gleichen Ergebnis führt wie die Ablehnung der Kontrollunterworfenheit. Allerdings wird die Abgrenzungsfrage der Schranken fälschlicherweise auf die Inhaltskontrolle verlagert²¹⁸³.

III Kontrollfreier Bereich bei Versicherungsverträgen nach Art.4 II iVm 19. EG Satz 3 der Klauselrichtlinie²¹⁸⁴

²¹⁷⁵ Z. B. in Deutschland, Österreich, Großbritannien, Frankreich ; vgl. *allg zu Preisargument 2. Teil B VII*.

²¹⁷⁶ Z. B. in Österreich; Großbritannien; Spanien, Frankreich, z. T. Griechenland; nach dem dt. BGH genügt dagegen die Preisrelevanz einer Klausel nicht für die Kontrollfreiheit.

²¹⁷⁷ Z. B. österreichische und französische Rechtsprechung.

²¹⁷⁸ So z. B. in Frankreich.

²¹⁷⁹ Allgemein zu der Berücksichtigung der KlauselRL von nationalen Gerichten mit positiver Bewertung, vgl. Bericht der Kommission v. 27. 4. 2000, KOM (2000), 248 endg., S. 37 f.

²¹⁸⁰ So z. B. in Spanien, Deutschland (Lit.), Griechenland, Finnland, nur vereinzelt in Frankreich.

²¹⁸¹ In Italien hängt dies z. B. damit zusammen, daß die Umsetzung in Art. 1469-ter II Codice Civile auch nur von „Vertragsgegenstand“ („determinazione dell' oggetto del contratto“) spricht.

²¹⁸² So Tendenzen in der griechischen und italienischen Rechtsprechung; zweifelhaft in Spanien.

²¹⁸³ Bei Interessenabwägung der Inhaltskontr. kann – anders als bei der Vorstufe der Festst. des Kontrollumfangs – zudem dennoch ein anderes Ergebnis mögl. sein vgl. bei Problem Preisargument *unter 2. Teil B VII*.

²¹⁸⁴ „Kontrollfreier Bereich“ im Zusammenhang mit Art. 4 II meint die Befreiung von der allgemeinen (inhaltlichen) Inhaltskontrolle, da alle Klauseln ohne Ausnahme der Transparenzkontrolle unterfallen.

1. Grundsätzlich enger kontrollfreier Bereich nach Art. 4 II – typische Nebenabreden sind kontrollunterworfen

Bei der Frage, welcher Bereich bei Versicherungsbedingungen nicht Gegenstand der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle der Klauselrichtlinie ist, sondern nur der Transparenzkontrolle unterliegt, ist zunächst auf die obigen Ausführungen zu Art. 4 II zu verweisen²¹⁸⁵. Der kontrollfreie Bereich iSd Art. 4 II („Dienstleistungen“) muß auch bei Finanzdienstleistungen eng ausgelegt werden, so daß – wie schon die Nr. 1, 2 des Richtlinienanhangs zeigen – bei Versicherungsbedingungen jedenfalls typische Nebenabreden bzw. Vertragsmodalitäten²¹⁸⁶, wie z. B. Leistungsmodalitäten (Zeit, Ort der Erfüllung), Änderungsklauseln, Kündigungsrechte, Beweislastregeln, Schieds- oder Gerichtsstandsklauseln und Preisnebenabreden, der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen²¹⁸⁷. Und dies, obwohl bei solchen Verträgen – anders als bei „Gütern“ (4 II) – die Hauptleistung des Dienstleisters mittelbar auch durch die nähere Ausgestaltung der Modalitäten in den Vertragsbedingungen bestimmt wird²¹⁸⁸. Auch der Rechtsvergleich zeigte bis auf wenige Ausnahmen, daß hinsichtlich der kontrollunterworfenen Modalitäten keine Besonderheiten bei Versicherungsverträgen bestehen, was auch mit der Abgrenzung nach dem potentiellen Klauselwettbewerb übereinstimmt²¹⁸⁹. Bei diesen Klauseln handelt es sich weder um das nach Art. 4 II kontrollfreie Mindestmaß der essentialia negotii, noch weisen sie unmittelbaren Leistungsbezug auf²¹⁹⁰ – es ist insoweit von einem Marktversagen auszugehen.

Genauso wie in den einzelnen EU-Ländern, muß bei leistungsnäheren Versicherungsbedingungen auch im Rahmen des Art. 4 II die kontrollfreie Leistungsbeschreibung bzw. Definition der beiderseitigen Hauptleistungen von kontrollunterworfenen Einschränkungen, Änderungen, Ausgestaltungen oder Modifikationen dieses einmal gegebenen Leistungsversprechens abgegrenzt werden. Die preisbestimmenden Klauseln des Versicherungsvertrages werfen keine von anderen Vertragstypen abweichenden Probleme auf – kontrollfrei ist nur die Festlegung der Prämienhöhe²¹⁹¹. Weiterhin sind Nebenleistungen, wie z. B. die Pflicht des Versicherers²¹⁹² zur Übernahme von Attestgebühren oder Zinspflichten bei Zahlungsaufschub in der Unfallversicherung der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle zu unterwerfen²¹⁹³. Zum einen, weil es sich schon formal nicht um die Hauptleistung (oder gar um essentialia) handelt²¹⁹⁴, zum anderen handelt es sich um Regelungen, die der durchschnittliche VN bei Abschluß des Vertrages nicht in seine Auswahlentscheidung einbezieht (und auch nicht muß).

²¹⁸⁵ Oben unter 2. Teil B, insbesondere IV.

²¹⁸⁶ Dreher, S. 172 f., 260 f., 285 (dieser Begriff ist weiter als Leistungsmodalitäten).

²¹⁸⁷ Weitere Beispiele bzgl. Unfallversicherung bei Dreher, S. 285.

²¹⁸⁸ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S. 259 ff., 270 f.; Dreher, S. 174: „mittelbarer Leistungsbezug auch von Regelungen der Vertragsmodalitäten“.

²¹⁸⁹ Vgl. oben unter 2. Teil C II 1.

²¹⁹⁰ Dreher, S. 266: „echte AGB“; Drygala, S. 321: „reine Nebenbestimmungen“.

²¹⁹¹ So bis auf wenige Ausnahmen auch in den einzelnen EU-Ländern, vgl. oben Teil 2 C II 1.

²¹⁹² Gleiches gilt für Nebenpflichten des VN, z. B. Nebengebühren und –kosten, wie Gebühren für Versicherungsscheine oder Beitragsrechnungen, Dreher S. 270; weitere Bsp. bei Präve, Rz. 401 – zwar ist durch solche Klauseln das Preis-Leistungsverhältnis betroffen; der durchschnittl. VN orientiert sich aber im wesentl. nur an der Prämienhöhe, bzgl. sonst. Kosten findet kein Klauselwettbewerb statt.

²¹⁹³ Dreher, S. 284 am Beispiel der Unfallversicherung.

²¹⁹⁴ Dreher, S. 257 ff.; generell für die Kontrolle von Nebenpflichten Choi, S. 134.

Bezüglich der Hauptleistungspflicht des Versicherers wird schon bei Betrachtung der unterschiedlichen Lösungen in den einzelnen EU-Ländern, insbesondere hinsichtlich der Einordnung von Risikoausschlüssen, deutlich, daß die Ausgangsformel: „Definition oder Einschränkung“ allein nicht weiterführt²¹⁹⁵. Bei Risikoausschlüssen ist z. B. umstritten, ob sie noch als Leistungsdefinition oder als Einschränkung des vertraglich Vereinbarten zu sehen sind. Angesichts ihrer Funktion als Teil des risikobeschreibenden Ensembles von Ein- und Ausschlüssen und damit der Umschreibung der Hauptleistung des Versicherers, können Risikoeinschränkungen bzw. –ausschlüsse selbst bei grundsätzlich enger Auslegung des Ausnahmetatbestandes des Art. 4 II jedenfalls nicht automatisch wie Haftungsbeschränkungen²¹⁹⁶ in anderen Verträgen (z. B. Kaufverträge) behandelt werden und per se der inhaltlichen Kontrolle unterfallen. Auch eine Abgrenzung nach positiver/negativer Formulierung einer Risikobeschreibung ist wie oben erläutert nicht sachgemäß und wird in den Mitgliedstaaten auch nicht durchgeführt. Fraglich ist daher, ob bei Versicherungsverträgen als Rechtsprodukten nach der Richtlinie nur die o. g. typischen Nebenbestimmungen kontrolliert werden dürfen oder ob auch ein Teil der Festlegung des Umfangs des Versicherungsschutzes als Hauptleistung des Versicherers²¹⁹⁷ nicht mehr als „Hauptgegenstand“ iSd Art. 4 II angesehen werden kann und der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfällt; und wenn ja, wie dieser Bereich abzugrenzen ist.

2. Gemeinsamer Nenner eines Mindestmaßes an Kontrollfreiheit - kontrollfreier Kernbereich der essentialia

Fraglich ist, ob sich aus dem Rechtsvergleich trotz fehlender Einigkeit im Wege des wertenden Rechtsvergleiches dennoch verwertbare Grundsätze bezüglich des kontrollfreien Bereiches zu erkennen sind. Anders als bei dem Verständnis des kontrollfreien Bereiches im allgemeinen Vertragsrecht kann hinsichtlich der Kontrolle von Versicherungsbedingungen bei den Ländern, die schon vor Erlaß der Richtlinie das mit Art. 4 II vergleichbare Abgrenzungsproblem aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen kannten (Deutschland, Österreich, Niederlande), nicht ohne weiteres von einer übereinstimmenden Rechtsanwendung gesprochen werden²¹⁹⁸. Es lassen sich auch ansonsten keine Rechtsordnungen finden, die sich besonders gut in die Klauselrichtlinie einpassen würden, denn in nahezu allen Ländern war die Abgrenzungsproblematik bei risikobeschreibenden Versicherungsbedingungen schon vor Richtlinienerlass bekannt. Allein die überwiegende Zahl der Länder, die eine nahezu umfassende inhaltliche Kontrolle von Versicherungsbedingungen durchführten, ist nicht ausschlaggebend für die Annahme eines entsprechenden Rechtsgrundsatzes auch auf europäischer Ebene²¹⁹⁹. Allenfalls Skandinavien wäre weniger zu berücksichtigen, weil sich nach dem „nordische Modell“ das Abgrenzungsproblem nicht stellte²²⁰⁰.

²¹⁹⁵ Das gleiche Problem besteht bei einem Abstellen auf berechnete Deckungserwartungen, weil auch hier unklar ist, ob sich diese Berechnung nur auf essentialia oder auch auf sämtliche Risikobeschränkungen bezieht.

²¹⁹⁶ Aus dem Richtlinienanhang, Nr. 1 a), ist zu erkennen, daß grundsätzlich Haftungsbeschränkungen und –ausschlüsse der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfallen.

²¹⁹⁷ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S. 223 ff., 240.

²¹⁹⁸ In NL tendierten die Gerichte zu einem weiteren kontrollfreien Bereich als in D und Ö - noch offen, ob und inwieweit Änderung durch Urteil des Hooze Raad v. 19. September 1997, ZEuP 1999, S. 732 ff. m. Anm. Nieper.

²¹⁹⁹ Vgl. oben unter 1. Teil C I 3. c) bb).

²²⁰⁰ Zu den Unterschieden des marktortierten Systems der KlauselRL und des nordischen Modells oben unter 2. Teil B III 4. b) und IV 1.

Dagegen kann aus der Umsetzung/Nichtumsetzung des Art. 4 II wenig gefolgert werden²²⁰¹.

Die nationalen Verständnisse in Großbritannien und Italien von einem sehr weiten kontrollfreien Bereich, insbesondere auch von Risikoausschlüssen, sind eher weniger zu berücksichtigen, weil sie uU eine Folge der Tradition eines Fehlens jeglicher Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen vor Erlass der Klauselrichtlinie sind²²⁰² - hierauf wird noch zurückzukommen sein²²⁰³. Für eine Orientierung an dem in Deutschland herrschenden Verständnis im Rahmen des § 8 AGBG a. F. spricht zwar, daß das deutsche Verständnis im Rahmen des § 8 AGBG a. F. Vorbild für Art. 4 II war und der Satz 3 des 19. EG zusammen mit Art. 4 II erstmals in dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates 1992 erschien. Bei Versicherungsverträgen kommt aber zu dem für deutsches Recht fremden Begriff des „Hauptgegenstandes“ und der Tatsache, daß nach dem Schutzzweck der Gegenstand der Mißbräuchlichkeitskontrolle nicht notwendigerweise auf essentialia negotii begrenzt ist, noch hinzu, daß hier die Richtlinie in Satz 3 des 19. EG eine eigene ausdrückliche Regelung enthält, so daß es wesentlich auf die Auslegung dieses Satzes 3 ankommt (unter 3.ff.).

Ein gemeinsamer Nenner²²⁰⁴ eines kontrollfreien Kernbereichs kann aber aus dem Rechtsvergleich entnommen werden: In keinem Mitgliedstaat gibt es Entscheidungen, die den Kernbereich der den Versicherungstyp kennzeichnenden und von anderen Versicherungstypen abgrenzenden Regelungen²²⁰⁵ der inhaltlichen Kontrolle unterwerfen. Zu diesem Kernbereich zählt - neben unproblematischen essentialia wie die Festlegung der Vertragsparteien²²⁰⁶ und der Prämienhöhe²²⁰⁷ - zunächst die schlagwortartige Bezeichnung der Versicherungsart („Unfallversicherung“; „Krankheitskostenversicherung“; „Krankentagegeldversicherung“, etc.). Der Titel von Versicherungen bezieht sich regelmäßig auf ein bestimmtes Ereignis (z. B. Brand, Diebstahl, Wasserschaden. . .), auf eine bestimmte Tätigkeit (z. B. bei der Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und sonst. Berufshaftpflichtversicherungen) oder auf bestimmte Schäden (z. B. Invaliditätsversicherung). Zu diesem Kernbereich gehören weiterhin: die versicherten Person²²⁰⁸/der versicherte Gegenstand und –bei der Schadensversicherung – das versicherte Interesse und der Versiche-

²²⁰¹ Es gibt alle Kombinationen, Beispiele: in D und F weitreichende Kontrolle trotz entsprechender Regelung – dagegen GB und I weiter kontrollfreier Bereich mit Umsetzungsregel; Skandinavien mit umfassender Kontrolle und fehlender Umsetzung –auch in Spanien nicht umgesetzt, dort aber dennoch grundsätzlich ein kontrollfreier Bereich anerkannt und überwiegend weitreichende Kontrolle.

²²⁰² In Großbritannien waren Versicherungsverträge von dem Anwendungsbereich des UCTA 1977 ausdrücklich ausgenommen; in Italien gab es generell nur eine Einbeziehungskontrolle, aber keine allgemeine offene Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen.

²²⁰³ Unten *unter 2. Teil C IV 5.*

²²⁰⁴ Der Streit, ob der wertende Rechtsvergleich den kleinsten gemeins. Nenner zum Ergebnis haben darf (dazu Grundmann, Teil 1, Rz. 143, insb. FN 198), kann hier dahingestellt bleiben, weil die folgenden Ausf. belegen werden, daß der kontrollfreie Bereich des Art. 4 II nicht hierauf begrenzt ist.

²²⁰⁵ Anknüpfungspunkt bei Dreher, S. 164 ff., 265, 305 (Beispiel Unfallversicherung, S. 268 ff.); auch Schmidt-Salzer, BB 1995, S. 1493 ff., 1496 f. stellt auf „typusprägenden und –definierenden Klauseln“ „einschließlich der Definition des Versicherungsfalls“ ab.

²²⁰⁶ Sowie Versicherten, Bezugsberechtigte, Gefahrsperson, vgl. van de Loo, S. 46.

²²⁰⁷ Die Kontrollfreiheit der Tarife steht im Zushg. mit der Ausnahme in den versicherungsrechtl. RL's, daß hinsichtl. der Tarife eine vorherige Mitteilung oder Genehmigung als Element eines allg. Preiskontrollsystems zulässig ist, vgl. Art. 8 III der ersten RL Schaden idF des Art. 6 der Dritten RL Schaden.

²²⁰⁸ Soweit bestimmte Personen in einer Unfallversicherung für „nicht versicherungsfähig“ erklärt werden, handelt es sich nicht mehr um die essentielle Bestimmung, vgl. Dreher, S. 277.

rungswert (in der Aktivenversicherung)²²⁰⁹, die zu zahlende Geldleistung (in der Summenversicherung die Versicherungssumme²²¹⁰) sowie die allgemeinste Umschreibung der versicherten Gefahr einschließlich der Festlegung der den Versicherungsschutz auslösenden Folgen²²¹¹ (z. B. Kostenübernahme für notwendige Heilbehandlungen wegen Krankheit und Unfall; Versicherung gegen Verdienstaufschlag als Folge von Krankheiten und Unfällen, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird²²¹²; Zahlung einer bestimmten Summe bei Invalidität infolge eines Unfalles). Schon hinsichtlich der Definitionen von unbestimmten Begriffen dieser allgemeinsten Beschreibung der versicherten Gefahr (z. B. Definition des Unfalls, der Krankheit oder der Arbeitsunfähigkeit) besteht dagegen keine Einigkeit. Bei dieser Einigkeit in den Mitgliedstaaten bezüglich des kontrollfreien Kernbereichs ist davon auszugehen, daß zumindest dies auch auf europäischer Ebene gewollt ist. Außerdem gehört dieser Bereich ohnehin zu den *essentialia negotii*²²¹³, die nach der oben entwickelten Abgrenzung für Art. 4 II in einem ersten Schritt als Mindestmaß des kontrollfreien Bereiches anzusehen sind. Diese *essentialia* befinden sich häufig bereits in dem Versicherungsantrag und dem inhaltlich übereinstimmenden Versicherungsschein²²¹⁴. Entscheidend ist, was den Typus der einzelnen Versicherungsart (betrifft die einzelnen Versicherungszweige und Spezialformen) von den anderen Typen unterscheidet²²¹⁵, weil dies seitens des VN in seine Auswahlentscheidung, welchen Versicherungstyp welches Anbieters er abschließt, einbezogen wird²²¹⁶.

In dem BGH-Fall der Versicherung wegen Verdienstaufschlag bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (allgemeinste Umschreibung)²²¹⁷ wäre die Beschränkung auf betriebsbedingte Kündigungen dann kontrollfrei, wenn diese bereits in der schlagwortartigen Produktbezeichnung oder allgemeinsten Beschreibung des versicherten Risikos erkennbar wäre. Zum Beispiel, in dem die Versicherung als „Arbeitslosigkeitsversicherung - betriebsbedingt“ angeboten wird oder die allgemeinste Beschreibung der versicherten Gefahr nicht allgemein auf unfreiwillige Arbeitslosigkeit bezogen, sondern auf unfreiwillige Arbeitslosigkeit infolge betriebsbedingter Kündigung beschränkt wäre. Bei Versicherungen für Verdienstaufschlag wegen Arbeitsunfähigkeit, die in Frankreich z. T. „Garantie incapacité temporaire“ betitelt werden, ist eine Klausel, nach der kein Versicherungsschutz mehr besteht, wenn der VN

²²⁰⁹ Dreher, S. 305 iVm 265 f. ; zu dem versicherten Interesse S. 252 ff.

²²¹⁰ IdR handelt es sich um eine Individualvereinbarung, vgl. Dreher, S. 272, wie überhaupt die bisher genannten Parameter idR individuell-konkret bestimmt u. in AVB wiederholt werden, van de Loo, S. 45 f. ; in der Schadensvers. ist die Versicherungssumme zwar Begrenzung der Leistungspf. des Versicherers, aber keine essentielle Regel. , Dreher, S. 255; eine Indexklausel bezüglich der Höhe der Versicherungssumme muß dagegen als Modifizierung wieder kontrolliert werden, vgl. auch in Österreich: befristete Indexkl. bzgl. der Höhe der Versicherungssumme in einer Kapitallebensvers. , vgl. OGH v. 15. 11. 1990, SZ 63/203= VR 1991, S. 103 ff. .

²²¹¹ Die Leistungspflicht des Versicherers entsteht z. B. bei einer Unfallversicherung nicht schon durch den Eintritt des Versicherungsfalles „Unfall“, denn ein solcher kann auch nicht -vermögensbezogene Folgen mit sich bringen – als Abgrenzung zu anderen Versicherungstypen ist daher die leistungsbegründende Folge (z. B. Invalidität, Tod) und die dafür vorgesehene Leistung auch kontrollfrei, weil typuskonkretisierend, vgl. Dreher, S. 273 .

²²¹² § 1 I der MBTK 78 (Krankentagegeldversicherung), vgl. BGH, VersR 1993, S. 297 ff. , 298.

²²¹³ *essentialia negotii* eines Versicherungsvertrages sind neben der Festlg. der Vertragsparteien und der Prämienhöhe nicht auf die Bezeichnung eines Versicherungstyps der Anlage zum VAG begrenzt, vgl. Dreher, S. 155f. ; so aber Flick, S. 104 und 108; ähnlich auch van de Loo, S. S. 45.

²²¹⁴ Dreher, S. 168 m. Bsp. Kfz-Haftpflichtvers. - der Versicherungsschein ist idR nur Beweisurkunde, leistungskonkretisierende Elemente sind dann nur deklaratorisch, Dreher, S. 152, 158.

²²¹⁵ Schmidt-Salzer, BB 1995, S. 1493 ff. , 1497 (nicht nur Grundtypen der Versicherungssparten, sondern auch Spezialformen, z. B. bei Betriebshaftpflichtvers. die Gewässerschaden-, Produkt-, o. Umwelthaftpflichtvers.).

²²¹⁶ So auch Basedow, NVersZ 1999, S. 349, der auch auf die Werbung abstellt .

²²¹⁷ BGH, VersR 1999, S. 710 ff. = NVersZ 1999, S. 360 ff. .

teilweise („même partielle“) seine Tätigkeit wieder aufnehmen kann, der Kontrolle unterworfen; lautet die Versicherungsbezeichnung dagegen „Garantie incapacité temporaire totale“, so wäre diese Einschränkung bereits der Produktbezeichnung immanent²²¹⁸, so daß die Klausel kontrollfrei wäre. Auch in dem Schulbeispiel der Sturmversicherung, die als „Mogelpackung“²²¹⁹ nur bei seltenst auftretenden Windstärken Versicherungsschutz bietet, könnte die Windstärkengrenze mit in die Produktbezeichnung bzw. allgemeinste Beschreibung des Versicherungsfalles aufgenommen werden, indem die Versicherung also etwa statt „Sturmversicherung“ als „Orkanversicherung“ bezeichnet wird.

Bei diesen Produktbezeichnungen bzw. allgemeinsten Umschreibungen des Versicherungsfalles ist davon auszugehen, daß sie von dem VN bei dem Vergleich von Preis-Leistungsverhältnissen unterschiedlicher Anbieter in seine Auswahlentscheidung mit einbezogen werden („kritisches Abwehrverhalten“) und insoweit ist eine Selbstkontrolle zumutbar. Dies gilt besonders dann, wenn mit diesen Inhalten Werbung gemacht wird²²²⁰. Dann müßte man sehen, ob sich die Versicherungsprodukte in dieser Form auf dem Markt „verkaufen“ lassen. Insbesondere mit der schlagwortartigen Bezeichnung des Versicherungstyps kann also der AVB-Verwender den Umfang der inhaltlichen Kontrolle in gewisser Weise steuern²²²¹. Dies ist im Spiel von Markt und Wettbewerb aber auch sachgerecht, weil gleichzeitig auch der Umfang des Klauselwettbewerbs mitbestimmt wird und die Produkte auf den ersten Blick als weniger attraktiv zu erkennen sind. Enthält schon die schlagwortartige Produktbezeichnung oder die allgemeinste Beschreibung des Versicherungsfalles eine Einschränkung, gehört diese somit bereits zu der originären Festlegung der Leistung iSd Art. 4 II und kann nicht als Einschränkung, Modifikation oder Ausgestaltung gewertet werden. Bei neuen Produkten, die in ihrer Produktbezeichnung von bereits bekannten Produkten abweichen, darf ein VN nicht den gleichen Leistungsinhalt erwarten. Darüber hinaus ist zu überlegen, ob nicht besonders irreführende bzw. mißverständliche Produktbezeichnungen gegen das Transparenzgebot verstoßen²²²².

Im folgenden (3.ff.) soll geklärt werden, ob und inwieweit nach Satz 3 des 19.EG ein über diesen Kernbereich hinausgehender Bereich von Versicherungsbedingungen kontrollfrei ist.

3. Einordnung des Satzes 3 des 19. EG

Es ist umstritten²²²³, welcher Prüfungsstufe der Satz 3 des 19.EG zuzuordnen ist, der Stufe der Bestimmung des Kontrollgegenstandes (Art.4 II), oder der nachgeordneten Prüfungsstufe der eigentlichen inhaltlichen Kontrolle (Art.3). Abgesehen von den nicht eindeutigen

²²¹⁸ Bsp. aus Rec. n° 90-01 der Commission des clauses abusives in Frankreich v. 10. 11. 1989, unter „Garantie Incapacité temporaire“, Absatz VI, die Commission stellt hier Transparenzanforderungen auf.

²²¹⁹ Beispiel bei Römer, FS Lorenz, S. 449 ff., 470 (dort mit Versicherungsschutz erst ab Windstärke 11).

²²²⁰ Herrmann, ZEuP 1999, S. 663 ff., 687.

²²²¹ So auch Drygala, S. 326f.; w. Bsp. Choi, S. 172 – in diese Richtung gehen z. B. auch Erw. v. Lambert-Faivre, vgl. 2. Teil C II 3. a)aa)eee), nach deren Bsp. die Bez. der Versicherung entscheidend dafür ist, welche ind. Ausschl. zu den kontrollfreien „exclusions externes“ o. zu den kontrollunterworfenen „exclusions internes“ gehören.

²²²² Vgl. dazu die Empfehlungen der Commission des clauses abusives in Frankreich, z. B. auch zu der Bezeichnung „assurance-chômage“ oder „assurance perte d’emploi“, die über die Tatsache hinwegtäuschen, daß diverse Ausschlüsse in den Versicherungsbedingungen zu finden sind, oben 2. Teil C II 3. b)cc).

²²²³ Vgl. auch die unterschiedlichen Ansichten in den EU-Mitgliedstaaten, oben unter 2. Teil C II 12.

Zuordnungen²²²⁴ wird sowohl vertreten, daß Satz 3 des 19. EG eine Konkretisierung des kontrollfreien Bereiches (Hauptgegenstandes) iSv Art. 4 II bei Versicherungsverträgen darstellt²²²⁵, als auch, daß mit diesem Satz lediglich das Preisargument, soweit es nach Satz 2 des 19. EG zulässig ist, auch für Versicherungsverträge für zulässig erklärt wird²²²⁶. Vergleicht man die Auslegung in den einzelnen europäischen Ländern, werden beide Versionen vertreten²²²⁷. Im Gegensatz zu der ersten Version, nach der Satz 3 bei der Prüfungsstufe des Kontrollumfangs einzuordnen wäre, wäre bei der zweiten Version eine Prämienberücksichtigung (Preisargument) Rechtfertigungsargument für die Wirksamkeit einer Klausel auf der nächsten Prüfungsstufe, der Mißbräuchlichkeitskontrolle²²²⁸. Satz 3 würde nach der zweiten Version konkludent dafür sprechen, daß auch die leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen - wie u. a. Risikoausschlüsse - kontrollunterworfen sind²²²⁹. In der Sache geht es also um die Frage, ob Satz 3 („Daraus folgt“...) eine Schlußfolgerung des Satzes 1, der inhaltlich dem Art. 4 II entspricht, ist, oder aber eine Schlußfolgerung des Satzes 2 des 19. EG darstellt, der das Preisargument beinhaltet. Es macht zwar regelmäßig im Ergebnis keinen Unterschied, ob eine Klausel aus dem Grunde wirksam ist, weil sie nicht kontrollierbar ist (1.Stufe) oder weil sie zwar Gegenstand der inhaltlichen Kontrolle ist, aber für wirksam gehalten wird (2.Stufe). Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist aber auch ein anderes Ergebnis möglich: würde eine Klausel bei Zuordnung des Satzes 3 zu der Stufe der Kontrollunterworfenheit nicht kontrollunterworfen und damit wirksam sein, kann sie bei Einordnung des Satzes 3 auf der nächsten Stufe aufgrund der Interessenabwägung trotz Berücksichtigung bei der Preishöhe dennoch mißbräuchlich und unverbindlich sein, z. B. bei Aushöhlung des Versicherungsschutzes²²³⁰.

²²²⁴ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG: Rz. 46 (spricht für erste Version) i. Ggstz zu Rz. 47 (spricht eher für zweite Version); Kapnopoulou, S. 111 und S. 137, FN 87 (Inhaltskontrolle – automat. Wirksamk.), S. 112, FN 27 (Kontrollfreiheit); Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S. 223 ff. , 240 (tend. zu Kontrollumfang, allerdings Bezug auf das Preis, indem sie als eine Vor. der Kontrollfreiheit nennen, daß die Risikoeinschränkung zu einem billigeren Preis führen muß – dies ist eine Erw der eigentl. Inhaltskontr.); ähnl. Micklitz, Konferenzunterlagen, S. 147 ff. , 165; Kieninger, ZEuP 1994, S. 276 („Die Erwägung bezieht sich auf Art. 4 II“) i. Ggstz zu S. 2 80f. , je nach dt. (Inhaltskontrolle) oder engl. Wortlaut (kontrollfrei).

²²²⁵ Vgl. Fausten, VersR 1999, S. 413 ff. , 414; Langheid, NVersZ 2000, S. 63 ff. , 65; Basedow, NVersZ 1999, S. 349; Paschke/Iliopoulos, S. 152; Grundmann, 2. 10, Rz. 28; Römer in Karlsruher Forum 1997, S. 95; Lorenz in Karlsruher Forum 1997, S. 1 ff. , 6 f. ; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S. 1261 ff. , 1265; ders. , BB 1995, S. 1493 ff. , 1496f. ; Brandner, MDR 1997, S. 312 ff. , 314; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz. 106; Adams, The Journal of Business Law 2000, S. 203 ff. , 209; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S. 93 ff. , 95; wohl auch Hübner in Karlsruher Forum 1997, S. 9 ff. , 57; dt. Rspr. , s. o. – so wohl auch die Ansicht der Europäischen Kommission, vgl. Bericht v. 27. 4. 2000, KOM (2000) 248 endgültig, S. 17.

²²²⁶ So z. B. Präve, Rz. 417; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art. 4, Rz. 8, 30; Damm, JZ 1994, S. 161 ff. , 171; Markwardt, S. 77; Matusche, S. 98; Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21; wohl auch Leithoff, NVersZ 1999, S. 555f. ; Roth in Honsell, Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Rz. 125; Brandner in Basedow/Schwark/Schwintowski, S. 67 ff. , 72; zw. die Einordnung bei Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4, Rz. 20; Choi, S. 181 ff. , nach dem der Satz 3 dazu führt, daß bei Versicherungsverträgen auch das grundsätzlich kontrollfreie Preis-Leistungs-Verhältnis und die klare Hauptleistungsbeschreibung überprüfbar sein soll und der diesen Satz deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 4 II als „Anhaltsversehen“ nicht anwenden will; ähnlich auch Sieg, VersR 1993, S. 1305 ff. , 1308 (allerdings ohne diese Schlußfolgerung); aA zu der Ansicht von Choi, Kapnopoulou, S. 110.

²²²⁷ Konkretisierung des kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsbedingungen (1.Prüfungsstufe): so z. B. französische Rspr. , deutsche Literatur, Ansicht in Großbritannien, neueres Urteil in Italien. Zum Teil wird die Berücksichtigung bei der Prämie auch als Rechtfertigung im Rahmen der Inhaltskontrolle verstanden (2.Prüfungsstufe): so z. B. Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21 für die franz. Regelung, Tendenzen auch in der griech. , finn. und span. Rspr. – nach der griech. Rspr. genügt z. B. jegliche Prämienrelevanz. Ausführlich zu den einzelnen Ländern oben unter 2. Teil C II.

²²²⁸ So insb. Kullmann, RGAT 1996, S. 11 ff. , 21: „Le caractère abusif est donc écarté . . . , l' équilibre étant alors évidemment respecté“; Kiendl, S. 164, nach der Satz 3 die dort genannten Klauseln „ausdrücklich für wirksam erklärt.“; mißverständlich Kapnopoulou, S. 111.

²²²⁹ So z. B. Choi, S. 181, FN 379; Frey, ZIP 1993, S. 572 ff. , 577.

²²³⁰ Vgl. dazu oben unter 2. Teil B VII 2. – die äußersten Grenzen der Sittenwidrigkeit, laesio enormis, Wucher, etc. müssen aber ohnehin auch von Klauseln iSd Art. 4 II eingehalten werden.

Zunächst ist zu bemerken, daß im Falle einer Schlußfolgerung aus Satz 2 jedenfalls nicht ein Preisargument im Sinne einer offenen unmittelbaren Angemessenheitskontrolle des Preis-Leistungs-Verhältnisses angenommen werden kann²²³¹, weil Art. 4 II iVm Satz 1 des 19. EG eine solche Äquivalenzkontrolle gerade verbietet. Die Erwägungsgründe können und sollen auch nicht von dem Richtlinien text abweichen („daraus folgt. .“). Ein Bezug zu dem Preis läßt sich also allenfalls auf die nach der Richtlinie (Art. 4 II iVm Satz 2 des 19. EG) zulässigen Argumentationen (insbesondere Tarifwahlmöglichkeit)²²³² begründen; die relative Günstigkeit der Prämie allein wirkt sich nicht aus²²³³.

Der Wortlaut des Satzes 3 des 19. EG, der in keinem Land ausdrücklich in nationales Recht umgesetzt wurde, ist in den verschiedenen Sprachfassungen des Richtlinien textes unterschiedlich. Zum Teil wird – wie z.B. in der englischen Fassung - der Nachsatz des Satzes 3 mit „da“ oder „weil“ als Schlußfolgerung bzw. Begründung der Kontrollfreiheit eingeleitet²²³⁴, in anderen Fassungen wird die Prämienrelevanz – wie in der deutschen Fassung - als eine Voraussetzung dargestellt („sofern“)²²³⁵. Auf den ersten Blick mag die „englische Variante“ („da“) für eine Schlußfolgerung aus Satz 1, die „deutsche Variante“ („sofern“) für eine Schlußfolgerung aus Satz 2 (Rechtfertigung) sprechen²²³⁶. Näher betrachtet, spricht der Wortlaut des 19. EG aber eindeutig für die Einordnung zu der Prüfungsstufe des Kontrollumfangs, also als Schlußfolgerung aus Satz 1. Denn die deutsche Fassung des Satzes 3 enthält die gleiche Formulierung wie Satz 1, daß die jeweils genannten Klauseln „nicht als mißbräuchlich beurteilt werden.“ Zugegeben, diese Formulierung ist etwas mißverständlich und hat sicherlich auch zu der Unsicherheit bei der Einordnung dieser Regelung beigetragen²²³⁷. Bei Berücksichtigung anderer Sprachfassungen wird aber deutlich, daß mit dieser Formulierung keine Rechtfertigung gemeint ist, sondern daß die genannten Klauseln der Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen werden. Denn z. B. die spanische, italienische, portugiesische, französische und englische Fassung sprechen davon, daß die genannten Klauseln nicht Gegenstand der Einschätzung, Bewertung bzw. Beurteilung des mißbräuchlichen Charakters sind²²³⁸. Damit bestehen zugleich Ähnlichkeiten mit den jeweiligen Formulierungen in Art. 4 II²²³⁹. Zudem ist bei Satz 1 allgemeine Ansicht, daß dessen mit Satz 3 identische Formulierung „nicht als mißbräuchlich beurteilt werden“ den Kontrollgegenstand meint, so daß dies auch für den gleichen Wortlaut in Satz 3 gelten

²²³¹ In diese Richtung aber Kieninger, ZEuP 1994, S. 276 ff. , 281; Damm, JZ 1994, S. 161 ff. , 171; aA Kapnopoulou, S. 110

²²³² Dazu oben unter 2. Teil B VII.

²²³³ So auch Schmidt-Salzer, VersR 1995, S. 1261 ff. , 1266 .

²²³⁴ So z. B. in der englischen („since“), spanischen („ya que“) und schwedischen (vgl. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S. 32, FN 27) Fassung .

²²³⁵ So der deutsche („sofern“), französische („dès lors que“ iSv wenn), italienische („qualora“) und griechische (Kapnopoulou, S. 111, FN 24) Wortlaut.

²²³⁶ So Kieninger, ZEuP 1994, S. 276 ff. , 280/281.

²²³⁷ Vgl. nur Kieninger, ZEuP 1994, S. 276 ff. , 280f. geht bei diesem Wortlaut im Unterschied zu der englischen Fassung von der Einordnung als Rechtfertigung aus (Schlußfolgerung aus Satz 2).

²²³⁸ Spanisch: „ . . . no son objeto de dicha apreciación. . . “ (Satz 1 „ . . . la apreciación del carácter abusivo. . . “); französisch: „ . . . ne font pas l’ objet d’ une telle appréciation (du caractère abusif, Satz 1). . . “; italienisch: „ . . . non formano oggetto di siffatta valutazione (del carattere abusivo). . . “; englisch: „ . . . shall not be subject to such assessment (of unfair character). . . “; portugiesisch: „ . . . na aprecia ção do carácter abusivo. . . “

²²³⁹ Span. : „La apreciación del carácter abusivo . . . no se referirá. . . “; franz. : „L’ appréciation du caractère abusif. . . ne porte ni. . . “; ital. : „La valutazione del carattere abusivo. . non verte. . . “; engl. : „Assessment of the unfair nature . . . shall relate neither. . . “) - auch der dt. Form. „Die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit . . . betrifft weder“.

muß. Der sofern-Nachsatz in Satz 3 deutet nicht auf das Preisargument hin, sondern ist eine logische Folge der Kontrollfreiheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses nach Art. 4 II iV, Satz 1 des 19. EG. Bei einer Schlußfolgerung aus Satz 2 wäre auch unverständlich, warum Satz 3 dann bei Versicherungsverträgen nur von bestimmten Klauseln spricht, weil dann das Preisargument nur für diese Klauseln klargestellt wäre.

Außerdem besteht für die ausdrückliche Erklärung der Zulässigkeit der Preisberücksichtigung (soweit nach Satz 2 zulässig) auch für den Vertragstyp Versicherung kein Bedürfnis, weil insofern keine Besonderheiten bestehen. Wie der Rechtsvergleich gezeigt hat, besteht aber ein großes Bedürfnis für die Festlegung des kontrollfreien Bereiches bei Versicherungsverträgen, insbesondere bezüglich Risikobeschreibungen - angesichts der sehr stark umstrittenen Auslegung dieses einen Satzes in den Erwägungsgründen wird allerdings geradezu das Gegenteil einer Klärung erreicht. Der Satz 3 dient zudem der Klarstellung, daß auch Versicherungsverträge der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach der Richtlinie unterfallen, was insbesondere für Großbritannien und Portugal wichtig ist, wo Versicherungsverträge von dem Anwendungsbereich der vor Erlaß der Klauselrichtlinie bestehenden Inhaltskontrollgesetze ausgenommen waren²²⁴⁰.

Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck des Satzes 3 des 19. EG sprechen also für dessen Zuordnung zu der Prüfungsstufe der Bestimmung des Kontrollumfangs und damit für die erste Auslegungsversion. Die Konkretisierung des Begriffs „Hauptgegenstandes“ bei Versicherungsverträgen in Satz 3 des 19. EG ist damit bei der Auslegung des Art. 4 II mitzubehalten, wobei jedoch – wie sich noch zeigen wird – der Wortlaut nach Sinn und Zweck einschränkend auszulegen ist.

4. Weiter kontrollfreier Bereich allein nach dem Wortlaut des Satzes 3, 19. EG

Betrachtet man allein den Wortlaut des Satzes 3 des 19. EG, so könnte dieser – insbesondere in der „englischen Variante“ (s.o.) - für einen sehr weiten kontrollfreien Bereich bei Versicherungsbedingungen sprechen. Für eine solche Lösung sprechen auch einige Überlegungen. In den nächsten Abschnitten (5. ff.) wird dann erörtert, ob Satz 3 wirklich so (entsprechend dem Wortsinn) ausgelegt werden muß. Im Einzelnen:

Dem Wortlaut könnte zunächst entnommen werden, daß auch Risikobeschreibungen kontrollfrei sein können, und daß dazu über den Kernbereich hinaus auch Risikoausschlüsse zählen. Die Formulierung des Satzes 3 („... Klauseln, in denen das versicherte Risiko . . . deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden. . .“), die sich mit leichten, inhaltlich unbedeutenden Abweichungen in allen Sprachfassungen befindet²²⁴¹, spricht zunächst für die Kontrollfreiheit von Risikobeschreibungen. Die Unterscheidung („oder“) des Verbs „abgrenzen“ (bzw. in der engl. Version „circumscribe“) von „festlegen“ (deutlich in anderen

²²⁴⁰ Siehe oben unter 2. Teil C II 4. a) und 9. (in Portugal idR) – die Kommission bezieht sich in techn. Beil. zu RL-Vorschlag von 1990, S. 65 ausdrückl. auf die Tatsache, daß in Großbritannien die Versicherungsverträge von der Kontrolle ausgenommen waren, was zu Risiken bei den Verbrauchern führen könne.

²²⁴¹ Alle anderen Sprachen sprechen von „definieren“ statt „festlegen“, die engl. Fassung v. „umschreiben“ statt „abgrenzen“; Bsp.: engl.: „clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer’s liability“; franz.: „les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré“; ital.: „le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato“, span.: „las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado“.

Sprachversionen mit „definieren“) sowie insbesondere die Formulierung „diese Einschränkungen“ (auch in anderen Sprachfassungen²²⁴²) in dem Nachsatz deuten darauf hin, daß der kontrollfreie Bereich des Satzes 3 nicht auf den Kernbereich der Risikobeschreibungen beschränkt ist, sondern grundsätzlich auch direkte und indirekte Risikoausschlüsse²²⁴³ erfassen kann. Aufgrund des autonomen Charakters der Richtlinie ist es aber nicht zulässig, - wie teilweise vorgeschlagen²²⁴⁴ - die deutschen Begrifflichkeiten heranzuziehen und „festlegen“ mit primären Risikobeschreibungen, „abgrenzen“ mit sekundären Risikoau sschlüsse gleichzusetzen. Außerdem tauchen diese deutschen Formulierungen in anderen Sprachversionen zum Teil nicht auf und selbst nach deutscher Terminologie ist diese Zuordnung nicht zwingend²²⁴⁵ - abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen primären und sekundären Risikobeschreibungen kein geeignetes Abgrenzungskriterium ist und von der deutschen Rechtsprechung und hL auch nicht verwandt wird²²⁴⁶. Darüber hinaus hat der Rechtsvergleich gezeigt, daß in fast allen Ländern in der Gerichtspraxis diese oder ähnliche Formulierungen bei der Abgrenzung des Kontrollbereiches verwandt werden²²⁴⁷, aber dennoch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Aus dem weiteren Wortlaut des Satzes 3 („... und die Verpflichtung des Versicherers...“²²⁴⁸) könnte außerdem geschlossen werden, daß nicht nur das gesamte System der Risikobeschreibungen samt Ein- und Ausschlüssen kontrollfrei sein kann, sondern auch sonstige leistungsbeschreibenden Klauseln, die die Verpflichtung des Versicherers abgrenzen²²⁴⁹, wie z. B. Obliegenheiten oder Laufzeitregelungen. Denn auch diese Klauseln können als „Einschränkungen der Verpflichtung des Versicherers“ iSd Nachsatzes verstanden werden, soweit sie nicht bereits unter die erste Alternative („...in denen das versicherte Risiko...festgelegt oder abgegrenzt...“) subsumierbar sind. Zumindest risikobezogene Obliegenheiten könnten auch unter die erste Alternative subsumiert werden.²²⁵⁰ Auch bei de-

²²⁴² So auch in den anderen Sprachfassungen, z. B. englisch: „these restrictions“; französisch: „ces limitations“, italienisch: „i limiti in questione“; spanisch: „dichas limitaciones“.

²²⁴³ „Einschränkung“ iSd Satz 3 bedeutet nicht, daß zwischen positiver Formulierung als einschränkende Definition oder negative Formulierung als Ausschlussklausel zu unterscheiden ist, da beide inhaltlich als Risikobegrenzung zu sehen sind, so auch Europäische Kommission in ihrem Bericht v. 27. 4. 2000, KOM (2000) 248 endg., S. 17, FN 23; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S. 223 ff., 240, FN 61.

²²⁴⁴ So Fausten, VersR 1999, S. 413 ff., 417, dagegen Kieninger, VersR 1999, S. 951 ff., 952.

²²⁴⁵ Vgl. Hübner: Rz 486 („primäre und sekundäre Risikobegrenzungen“), Rz. 493 („primäre Risikobegrenzung“, „sekundäre Risikobeschreibung“), Rz. 494: („primäre Risikoabgrenzung“); Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz. 464 („Risikobeschreibung“ für primäre und sekundäre); Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGB G, Rz. 36 („primäre und tertiäre Risikoabgrenzungen“, „sekundäre Risikobeschränkungen und -ausschlüsse“), Kollhoser in Prölss/Martin, § 49 VVG, Rz. 3 („primäre Risiko**begrenzung**, sekundäre/tertiäre Risiko**abgrenzung**“); Martin VersR 1984, S. 1107 ff., 112 („primäre, sekundäre, tertiäre Risiko**abgrenzungen**“).

²²⁴⁶ Vgl. oben unter 2. Teil C II 2. a)aa)bbb)(1) – dies erkennt auch Fausten selbst, VersR 1999, S. 413 ff., 416.

²²⁴⁷ Vgl. nur die unterschiedlichen Begrifflichkeiten in Großbritannien, vgl. 2. Teil C II 4. b).

²²⁴⁸ So auch in anderen Sprachfassungen, z. B. englisch: „and the insurer’s liability“; französisch: „et l’engagement de l’assureur“; spanisch: „y el compromiso del asegurador“; italienisch: „e l’impegno dell’assicuratore“.

²²⁴⁹ Diese Unterscheidung des Wortlautes in zwei Alt. hat besonders im brit. Schrifttum dazu geführt, daß neben Risikobeschreibungen iSd 1. Alt. auch weitere leistungsbeschr. Klauseln kontrollfrei sein können, vgl. insb. McDonald Eggers/Foss, Rz. 6. 42, der auch warranties zu der 1. Alt. zählt i. Ggstz. zu „terms which govern the circumstances in which an insurer will be obliged to identify the assured“ (für 2. Alt.), worunter wohl auch suspensive conditions zu zählen sind, die ebenfalls z. T. mit dt. Obliegenheiten vergleichbar sind; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S. 234 faßt auch Regelungen bzgl. Vertragsdauer, Kündigungsregelungen, warranties u. conditions zu dem kontrollfreien Bereich, wobei er letztere beiden wohl zu der 2. Alternative zählt - zu den Begrifflichkeiten oben unter 2. Teil C II 4. b).

²²⁵⁰ Risikobezogene Obliegenheiten haben die gleiche Funktion wie Risikoausschlüsse und werden daher z. T. auch als subj. Risikobeschreibungen bezeichnet, vgl. 2. Teil C I 1. – auch in Großbritannien werden suspensive conditions, die u. a. mit risikobez. Obl. vergleichbar sind, z. T. als „clauses delimiting the risk“ o. „warranties descriptive of the risk“ bezeichnet, o. als Teilmenge zu „exceptions“ bzw. „exclusions“ gezählt, vgl. 2. Teil C II 4. b).

ckungsbeschränkenden Klauseln (z. B. auch Deckungssummen, Selbstbehalte), also die Klauseln, die bei Vorliegen des versicherten Risikos („Ob“²²⁵¹) den Umfang bzw. die Höhe der zu leistenden Entschädigung festlegen und abgrenzen, kann offenbleiben, ob diese unter „versichertes Risiko“ oder eher unter „die Verpflichtung des Versicherers“ zu subsumieren sind.

Insbesondere aus den Sprachfassungen (z. B. englisch, spanisch, schwedisch)²²⁵², die den Nachsatz mit „da“ als bloße Schlußfolgerung bzw. Begründung ohne eigenständigen Regelungseinhalt einleiten, könnte dann die Kontrollfreiheit aller leistungs- bzw. produktbeschreibenden Klauseln²²⁵³ als Festlegung der Hauptleistung des Versicherers folgen, weil diese Klauseln in der Regel samt Risikoausschlüssen Grundlage der Prämienkalkulation sind²²⁵⁴. Legt man also die „englische Variante“ des Nachsatzes zugrunde, würden sämtliche risiko- und leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen inklusive Risikoausschlüssen als originäre Leistungsbeschreibung und nicht als Einschränkung, Modifizierung oder Ausgestaltung verstanden werden²²⁵⁵. Zu einem vergleichbar weiten kontrollfreien Bereich gelangen auch diejenigen, die von dem deutschen Wortlaut ausgehen, den „sofern-Nachsatz“ aber nur als Beweislastregelung verstehen²²⁵⁶. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß ein so weiter kontrollfreier Bereich vor Erlass der Klauselrichtlinie insbesondere von britischer Seite gefordert wurde, wo ja die Versicherungsverträge von jeglicher Inhaltskontrolle ausgenommen waren. So findet sich auch verstärkt in der englischen Literatur der Hinweis, daß die Regelung des Satzes 3 auf den Lobbyismus der Versicherungsindustrie zurückzuführen sei, der in Großbritannien noch zu einer völligen Ausnahme von der Inhaltskontrolle nach der UCTA 1977 geführt hatte²²⁵⁷.

Die englische Variante des Nachsatzes in Satz 3 des 19. EG erscheint im Hinblick auf die privatautonome Gestaltung von Leistung und Gegenleistung sowie deren Äquivalenz als Kennzeichen der freien Marktwirtschaft als logische Folge²²⁵⁸. Eine Kontrollfreiheit aller prämienrelevanten Leistungsbeschreibungen der Versicherungsbedingungen würde eine konsequente Schlußfolgerung aus der Kontrollfreiheit des „Preis-Leistungs-Verhältnisses“ gemäß Art. 4 II iVm Satz 1 des 19. EG darstellen. Sie würde dem Umstand Rechnung tragen, daß der Umfang des Versicherungsschutzes als Rechtsprodukt durch das gesamte Sys-

²²⁵¹ Das „Ob“ der Entschädigungspflicht entsteht, wenn versichertes Risiko bzw. versicherte Gefahr sich realisiert.

²²⁵² Interessanterweise war und ist in diesen Ländern trotz der inhaltlich gleichen Übersetzung im Ergebnis ein unterschiedlicher Kontrollumfang bezüglich Risiko- und Leistungsbeschreibungen anerkannt. In Spanien und Schweden wird nahezu umfassend kontrolliert (allerdings sind neuere Tendenzen der Rspr. zu mehr Kontrollfreiheit zu erkennen); in Großbritannien geht man dagegen von einem weiten kontrollfreien Bereich aus.

²²⁵³ Der Wortlaut bezieht sich eindeutig auf leistungsbeschr. Versicherungsbed., die o. g. (2. Teil C II 1. u. III 1.) Vertragsmodalitäten bzw. typischen Nebenabreden ohne direkten Leistungsbezug fallen nicht unter Satz 3.

²²⁵⁴ Römer in Karlsruher Forum 1997, S. 95: die eigentl. interessanten Kl. haben immer Prämienbezug; Langheid, NVersZ 2000, S. 63 ff., 64; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S. 259 ff., 273; auch EU-Staaten gehen davon aus, daß der Umfang des Vers. schutzes Grdlg. für die Prämienberechnung ist; Hübner Karlsruher Forum 1997, S. 9 ff., 58.

²²⁵⁵ Für das weite Verständnis der Kontrollfreiheit iSd englischen Wortlautes: Grundmann, 2. 10, Rz. 30; Frey, ZIP 1993, S. 572 ff., 577 f. .

²²⁵⁶ Z. B. Langheid, NVersZ 2000, S. 63 ff., 65 („Die AGB-Richtlinie trifft . . eine klare Bestimmung, was eine Leistungsbeschreibung sein soll“); Fausten, VersR 1999, S. 413 ff., 418 f., wobei beide nur auf Risikobeschreibungen eingehen; weit auch Römer, S. 95/96 und Lorenz, S. 96 f, beide in Karlsruher Forum 1997 – im wesentlichen wird eine Kontrolle nach den §§ 3, 5, 7 AGBG a. F. für ausreichend gehalten, wobei nicht bedacht wird, daß auch das Transparenzgebot des § 9 AGBG a. F. bereits nach hM anwendbar war.

²²⁵⁷ Z. B. Adams, The Journal of Business Law 2000, S. 203 ff., 209; Clarke, The Law of Insurance, Rz. 19-5A.

²²⁵⁸ So auch Kapnopolou, S. 111.

tem der Leistungsbeschreibungen samt Ein- und Ausschlüssen festgelegt wird. Gerade die Einschränkungen in den AVB machen das übernommene Risiko für den Versicherer überhaupt kalkulierbar²²⁵⁹. Bei anderen Verträgen wie z. B. einem Mietvertrag würde man auch nicht auf die Idee kommen, eine Klausel, nach der das Mietverhältnis nicht die Garage und den 2. Stock eines sonst vollständig vermieteten Hauses erfaßt, der inhaltlichen Kontrolle zu unterwerfen. Die besondere Funktion der AVB als Produktbeschreibung führt dazu, daß sich bei Unwirksamkeit etwa eines Risiko- bzw. Deckungsausschlusses als Rechtsfolge der Inhaltskontrolle das Produkt ändert, weil in diesem Fall eine Ausdehnung der Deckung stattfindet²²⁶⁰. Damit würde auch das Preis-Leistungs-Verhältnis verändert, was ja nach Art. 4 II gerade grundsätzlich kontrollfrei sein soll. Bei Unwirksamkeit von Risikoausschlüssen aufgrund Mißbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie wird zudem die Kalkulation der Versicherer nachträglich falsch. Die aus dem Risiko der inhaltlichen Kontrolle folgende Unsicherheit der Kalkulation könnte die Innovationskraft der Versicherer beeinträchtigen, was wiederum dazu führen kann, daß neue, sinnvolle Entwicklungen zum Nachteil des Gesamtmarktes unterbleiben²²⁶¹.

Der VN wäre nicht völlig schutzlos, weil diese Klauseln nach Art. 4 II der Transparenzkontrolle unterfallen. Willett/ Hird, die nach dem englischen Wortlaut von einem weiten kontrollfreien Bereich ausgehen, sind der Ansicht, daß bei allen „risk and price defining terms“, wozu sie auch Risikoausschlüsse und warranties zählen, eine Mißbräuchlichkeitskontrolle entbehrlich sei, weil diese bei Sicherstellung der Transparenz die Grundlage der Verbraucherentscheidung darstellen und sich daher der Markt alleine reguliere²²⁶². Einzige Voraussetzung der Kontrollfreiheit wäre nach dem englischen Wortlaut die Deutlichkeit²²⁶³.

Auch eine wenig deutlich Äußerung des Generalanwaltes Tizzano in seinem Schlußantrag in der Rechtssache C-144/99 könnte uU in die Richtung gehen, daß bei Risikobeschreibungen nur eine Transparenzkontrolle stattfinden soll²²⁶⁴; der EuGH bezieht sich in seinem späteren Urteil pauschal auf die gesamten Erwägungen Tizzanos²²⁶⁵. Da sich das gesamte Vertragsverletzungsverfahren gegen die Niederlande mit der Umsetzung des Transparenzgebotes in Art. 4 II, 5 befaßt, auf EG 19 Satz 3 nicht Bezug genommen wird und die Formulierung zudem sehr unklar ist, ist aber davon auszugehen, daß die Frage des Gegenstands der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle nach wie vor unentschieden ist.

²²⁵⁹ Vgl. Dreher, S. 165.

²²⁶⁰ Martin, VersR 1984, S. 1107 ff., 1113 f.; nach Fenyves, VR 1976, S. 353 ff., 363 f. sei dieses Preisargument nicht beachtlich, da es generell bei jeder Inhaltskontr. bestehe; allerdings bedenkt er hier nicht, daß es bei den Risikobeschr. anders als bei kontrollfähigen Rahmenbedingungen anderer Verträge um die Festlegung der Hauptleistung des Versicherers geht – Fenyves sagt auch selbst, daß bei Vers. verträgen die Inhaltskontrolle ohnehin weniger auf Herstellung einer obj. Äquivalenz als auf Erweiterung des VN-Schutzes basiere.

²²⁶¹ Frey, ZIP 1993, S. 572 ff., 574.

²²⁶² Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 220.

²²⁶³ Dazu Willett, ERPL 1997, S. 223 ff., 230; bei warranties (bzw. Obliegenheiten) wäre Voraussetzung, daß deren Rechtsfolge bei Nichteinhaltung erklärt wird und daß sie im Zusammenhang mit anderen Risikobeschreibungen im Klauseltext situiert sind, vgl. Willett/Hird in Cartwright, S. 219 ff., 227 f.

²²⁶⁴ Schlußantrag v. 23. 1. 2001 (Kommission. / Niederlande), Rz. 29; vgl. Micklitz, EWS 2001, S. 486 ff., 487.

²²⁶⁵ EuGH v. 10. 5. 2001, in gleicher Sache, Rz. 20.

5. Orientierung an dem Modell: Verbraucherschutz durch Wettbewerb, Information und Vermittlung auf europäischer Ebene?

Möglicherweise ist eine zurückhaltende Bestimmung des Kontrollumfangs entsprechend der „englischen Variante“ des Wortlautes des Satzes 3 Teil eines europäischen Konzepts (nach britischem Vorbild) für Verbraucherschutz durch Wettbewerb/Information/Vermittlung und weniger durch Inhaltskontrolle von Versicherungsverträgen; ein Konzept, welches bereits durch die versicherungsrechtlichen Richtlinien²²⁶⁶ bezüglich des Aufsichtsrechts verfolgt wird.

a) „Maritimes Modell“ als Vorbild für europäisches Versicherungsaufsicht srecht

Für einen solchen Zusammenhang könnte sprechen, daß sich auch die aufsichtsrechtlichen Regelungen nicht an dem Recht der Mehrzahl der EU-Staaten („alpines Modell“) orientierten, die idR eine Vorabkontrolle von Versicherungsbedingungen und Tarifen durch die Aufsichtsbehörde²²⁶⁷ vorsahen, sondern an dem „maritimen Modell“ der Zurückhaltung und Marktöffnung²²⁶⁸ und damit vor allem an dem britischen Regelungskonzept²²⁶⁹. Das allgemeine präventive Genehmigungserfordernis von Versicherungsbedingungen²²⁷⁰, Tarifen und Rechnungsgrundlagen für die versicherungstechnischen Rückstellungen sowie sonstiger Formblätter und Druckstücke, die der Versicherer im Kundenverkehr verwendet, wurde nämlich durch die Dritte Richtliniengeneration für grundsätzlich unzulässig erklärt²²⁷¹.

Kennzeichnend für das „maritime Modell“ in Großbritannien, den Niederlanden und z.T. auch Skandinavien ist, daß mehr Regulierung (insbesondere hinsichtlich der Prämien) durch Wettbewerb unterschiedlicher Versicherungsprodukte stattfindet, während bei dem „alpinen Modell“ durch den Einfluß der Versicherungsaufsicht von den Unternehmen im wesentlichen einheitliche, standardisierte Versicherungsbedingungen angeboten wurden²²⁷². Außerdem spielten in den Ländern des „maritimen Modells“ die Versicherung s-

²²⁶⁶ Z. B. RL 73/239/EWG v. 24.7. 1973, ABl. 1973 Nr. L 228/3 (im folgenden Erste RL Schaden); RL 88/357/EWG v. 22.6.1988, ABl. 1988, Nr. L 172/1 (im folgenden Zweite RL Schaden); RL 92/49/EWG v. 18.6.1992, ABl. 1992 Nr. L 228/1 (im folgenden Dritte RL Schaden); RL 79/267 v. 5.3. 1979, ABl. 1979 Nr. L 63/1 (im folgenden Erste RL Leben); RL 90/619/EWG v. 8.11.1990, ABl. 1990 Nr. L 330/50 (im folgenden Zweite RL Leben); RL 92/96/EWG v. 10.11. 1992, ABl. 1992, Nr. L 360/1 (im folgenden Dritte RL Leben); RL 2002/83/EG v.5.11.2002, ABl.Nr.L 345/1 (im folgenden Vierte RL Leben).

²²⁶⁷ In Deutschland bestanden aber Unterschiede hinsichtlich des Umfangs des genehmigungspflichtigen Teils des Geschäftsplans, vgl. Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 118/119.

²²⁶⁸ Cousy in McGee/Hensel, S.97/98 – zu den Unterschieden der „marine insurance culture“ und der „alpine insurance culture“; vgl. Cousy in McGee/Hensel, S.97; ders. in Stuyck/Abraham/Terryn, S.91 ff., 92 ff. , vgl.auch Roth, RabelsZ 54 (1990), S.63 ff., 69 („bloße Legalitätskontrolle“/ „materielle Staatsaufsicht“).

²²⁶⁹ Schwintowski, VuR 1996, S.223 (Orientierung an britischen und niederländischen Versicherungsmärkten), Werber, ZVersWiss 83(1994), S.321 ff., 322; Roth, RabelsZ 54 (1990), S.63 ff., 69 f.

²²⁷⁰ Damit sind AGB gemeint, vgl. Art.4 der Zweiten RL-Schaden.

²²⁷¹ Art.8 III der Ersten RL Leben idF des Art.5 (29,39 II) iVm EG 21 der Dritten RL Leben, jetzt Art.34 Vierte RL Leben; Art. 8 III der Ersten RL Schaden idF des Art.6 (29, 39 II) iVm EG 20,23 der Dritten RL Schaden – grdstzl. darf auch die systematische Übermittlung der Bedingungen und Tarife gefordert werden, es sei denn die Übermittlung der Tarife ist im Rahmen eines allg. Preiskontrollsystems oder für die Kontrolle der Regeln zu den versicherungsmathematischen Grundsätzen nötig; allgemein zu der Reichweite des europarechtlichen Verbots, vgl.EuGH, Rs. C-296/98 Slg. 2001 I-3025.

²²⁷² Z.B. in Deutschland ging das BAV von dem Grundsatz der Einheitlichkeit aus und entwickelte in den 70er Jahren in Zusammenarbeit mit den Versicherungsverbänden Musterbedingungen für fast alle Versicherungszweige, vgl. Ange- rer, ZVersWiss 1975, S.197 ff., 205; und genehmigte im wesentl. nur einheitliche Bedingungen, Choi, S.264; da-

vermittler - in Großbritannien besonders die Broker im „Lloyd´s Room“²²⁷³ - als vom Versicherer unabhängige Vertreter der VN eine wesentlich stärkere Rolle²²⁷⁴; die Versicherer beschränkten sich häufig auf die rein technische Versicherungstätigkeit. Im „alpinen“ Versicherungssystem ist dagegen der Vertrieb durch an einen oder mehrere Versicherer gebundene Versicherungsagenten häufiger²²⁷⁵. Das „marktähnliche“ Handeln im britischen „Lloyd´s Room“ ist das beste Beispiel für größeren Wettbewerb im „maritimen Modell“. Häufig wird die Prämie ausgehandelt oder der Broker stellt die Versicherungsbedingungen. Nicht zuletzt aufgrund der verstärkten Regulierung durch den Wettbewerb wurde in diesen Ländern weniger Wert auf eine aufsichtsrechtliche Kontrolle²²⁷⁶ gelegt, während nach dem „alpinen Versicherungssystem“ die AVB von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden mußten. Die Betonung der Regulierung durch den Wettbewerb könnte auch der Grund für den in Großbritannien eindeutig und in den Niederlanden tendenziell bestehenden weiten kontrollfreien Raum bei Versicherungsbedingungen sein, ein Zusammenhang, der sich z.B. auch im englischen Schrifttum²²⁷⁷ findet.

b) Zusammenhang zwischen Deregulierung, Informationspflichten, Stärkung der Vermittler und dem Kontrollumfang der Klauselrichtlinie?

Zumindest ein zeitlicher Zusammenhang zwischen den Dritten Richtlinien Schaden und Leben²²⁷⁸, die die Vorabgenehmigung entsprechend dem „maritimen Modell“ grundsätzlich für unzulässig erklären und der Klauselrichtlinie ist auch auf europäischer Ebene nicht von der Hand zu weisen. Statt einer präventiven Genehmigung von Versicherungsbedingungen und Tarifen werden den Versicherern durch die versicherungsrechtlichen Richtlinien umfangreiche Informationspflichten über sich und den Inhalt des Versicherungsvertrages vor Vertragsabschluß und während der Vertragslaufzeit auferlegt²²⁷⁹, die als Ausgleich für die möglicherweise durch die Deregulierung entstehenden Nachteile im Verbraucherschutz gedacht sind²²⁸⁰. Zugleich wird die Position der Versicherungsvermittler auf europäischer Ebene gestärkt²²⁸¹, wobei den unabhängigen Versicherungsmaklern

durch entstanden Bedingungsmonopole, Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229; allenfalls geringe Prämienunterschiede, Römer, VersR 1998, S.1313.

²²⁷³ Ausführlich zu Lloyds, Brokern und den Besonderheiten des Procederes bei Vertragsabschluß, vgl. Bosse, S.67 f., 77f.; Birds, Chapter 1 und 2 und S.72 f.

²²⁷⁴ Jedenfalls bis 1976 ging man in Großbritannien davon aus, daß mit Hilfe von Versicherungsvermittlern der VN den Versicherern trauen könne, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of insurance, S.236.

²²⁷⁵ Cousy in Stuyck/Abraham/Terryn, S.91 ff., 94: „...in the maritime insurance tradition insurance is bought, whereas in the alpine tradition insurance one could say is sold.“

²²⁷⁶ Die Aufsicht war beschränkt auf die Kontrolle der Zulassung in finanzieller Hinsicht.

²²⁷⁷ Willett/Hird in Cartwright, S.219 ff., 220.

²²⁷⁸ Dritte RL Schaden v. 18.Juni 1992; Dritte RL Leben v. 10.November 1992 (jetzt Vierte RL Leben 02/83/EG)– die KlauselRL wurde am 5.April 1993 erlassen.

²²⁷⁹ Art.31,43 der Dritten RL Schaden; Art.31 iVm Anhang II der Dritten RL Leben, jetzt Art.36 iVm Anhang III Vierte RL Leben; die Informationspflichten der Dritten RL Schaden sind weniger umfangreich und nur beschränkt anwendbar: Art.31 gilt nach Absatz II nur für natürliche Personen, Art. 43 gilt nach II Satz 3 nicht für Großrisiken iSd Art.5 d) der Ersten RL Schaden in der Fassung der Zweiten RL Schaden – die dt.Regelung in § 10 a iVm Anlage D VAG und § 5a VVG gehen bei Schadensversicherungen über die RL-Vorgaben hinaus; kritisch zur dt.Regelung, Grundmann, 4.31, Rz.43 ff; Renger, VersR 1994, S.753 ff.; insb.zu Richtlinienkonformität des § 5 a VVG, Reiff, VersR 1997, S.267 ff., 268 ff.; aA Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 238 f.; zu den früheren vorhandenen nationalen Informationspflichten, Berg, VuR 1999, S.335 ff., 338 .w.Nachw.; Werber, ZVersWiss 83 (1994), S.321 ff., 324.

²²⁸⁰ Renger, VersR 1994, S.753; Werber, ZVersWiss 83 (1994), S.321.

²²⁸¹ Hohlfeld in Versicherungsforum 1993, S.47 ff., 50; RL 77/92/EWG v. 13.Dezember 1976 über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Tätigkeiten des Versicherungsagenten und des Versicherungsmaklers, ABl. 1977 Nr.L 26/14 (Anerkennung von Diplomen); Empfehlung 92/48/EWG v. 18.12.1991, ABl. 1992, Nr.L 19/32 (dazu Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 7 f.); Mitteilung der Kommission, „Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken“; KOM (97), 309 endg ., S.7 ff.; Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, KOM (1999), 232

eine besondere Bedeutung zukommt²²⁸². Sowohl die Informationen²²⁸³ als auch die Beratung durch den Vermittler²²⁸⁴ sind – wie die Versicherung selbst (s.o.)- Vertrauensgüter. Dieses Modell der Zurückhaltung bei der Aufsicht in Kombination mit einem größeren Schutz der VN durch Wettbewerb, Information und Vertretung/Beratung durch Versicherungsvermittler, könnte für eine Zurückhaltung auch bezüglich der inhaltlichen Kontrolle nach der Klauselrichtlinie sprechen.

Eine völlige Kontrollfreiheit von Versicherungsbedingungen – wie z.T. für das ähnliche Problem des Rechtsprodukts der Wertpapierbedingungen vertreten²²⁸⁵ - ist zunächst auf europäischer Ebene nicht beabsichtigt, wie die „Re-Regulierung“²²⁸⁶ durch die Klauselrichtlinie und die Gruppenfreistellungsverordnung²²⁸⁷ zeigen²²⁸⁸. Im folgenden wird aber zu prüfen sein, ob ein Mehr an Wettbewerb, Information und Vermittlung (Selbstkontrolle) ein Weniger an Schutzbedürftigkeit im Hinblick auf den Umfang der inhaltlichen Kontrolle (Fremdkontrolle) rechtfertigt oder sogar als Teil des europäischen Konzepts Beratungsschutz statt Produktschutz²²⁸⁹ zwingend erfordert.

aa) Geringere Schutzbedürftigkeit bezüglich inhaltlicher Kontrolle durch „Mehr“ an Wettbewerb und Information nach den versicherungsrechtlichen Richtlinien ? – Informationsgegenstände als Konkretisierung des Hauptgegenstands iSd Art.4 II

Auf den ersten Blick scheint diese Überlegung stimmig. Beispielsweise in Deutschland entstand die „strenge“ Rechtsprechung der nahezu umfassenden Kontrolle von Versicherungsbedingungen in einer Zeit, in der die Versicherungen aufgrund des präventiven Kontrollsystems im wesentlichen die gleichen Musterbedingungen hatten²²⁹⁰. Die Vorabkontrolle durch die Aufsichtsbehörde konnte zwar produktgestaltend und damit kundenfreundlich wirken²²⁹¹, dieses „alpine“ System war aber kostenintensiv, innovationsfeind-

., S.7 ff.; Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, KOM (1999), 232 endg., S.12; Vorschlag für eine RL über Versicherungsvermittlung v. 20.9.2000, KOM (2000) 511 endg. (dazu Abram, NVersZ 2001, S.49 ff.; Reiff, ZVersWiss 2001, 451 ff.); schließlich Richtlinie 2002/92/EG v.9.12.2002 über Versicherungsvermittlung, ABl.2002 Nr.L 9/3, u.a.Mindestanforderungen an Modalitäten/Inhalt der Auskünfte gegenüber Kunden in Art.12,13.

²²⁸² Brittan, Versicherungswirtschaft 1990, S.754 ff., 755/56

²²⁸³ Geiger, S.339 ff.

²²⁸⁴ Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1129

²²⁸⁵ Eine Inhaltskontrolle sei entbehrlich, weil der Anleger gegen das Konditionenrisiko ausreichend durch die Information des Börsenprospekts und durch Haftung des Anlageberaters und –vermittlers geschützt sei, vgl. Ekkenga, ZHR 160 (1996), S.59 ff., 63 ff.,74 – für die entspr.Anwdg. Grundsätze der Prospekthaftung in Bezug auf die Informationspflichten der Versicherer, Horn in Wolf/Horn/Lindacher § 23 AGBG, Rz.453 a.

²²⁸⁶ Grundmann, 4.31, Rz.24 – gleiches gilt jedenfalls wegen Nr.2c) der Richtlinienanhangs auch für Wertpapierbedingungen, vgl. 2.Teil A II 1.a)cc).

²²⁸⁷ Verordnung (EG) Nr.358/2003 vom 27.Februar 2003 über die Anwendung von Art.81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. Nr. L 53/8(im folgenden: Gruppenfreistellungsverordnung); löste am 01.04.2003 die alte Gruppenfreistellungsverordnung v. 21.12.1992 über die Anwendung von Art.85 III a.F. EG-Vertrag im Bereich der Versicherungswirtschaft (3932/92/EWG), ABl. 1992 Nr. L 398/7 ab– soweit Versicherungsunternehmen bei Erstellung und Einsatz von Versicherungsbedingungen zusammenarbeiten, hat die VO faktisch die Wirkung einer Musterordnung für Allg. und Besondere Versicherungsbedingungen, weil bei Mißachtung das Verbot des Art.81 I EG-V greift und nur noch die Mögl. der Einzelfreistellung möglich ist, die aus Zeitgründen nicht praxisrelevant ist.

²²⁸⁸ Auch Wertpapierbedingungen unterfallen der KlauselRL, vgl. oben 2.Teil A II 1.a) cc).

²²⁸⁹ Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 59; Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 5 m.w.Nachw.; Damm, VersR 1999, S.129 ff., 137: im Zeichen der Liberalisierung/Deregulierung habe das Informationsmodell Konjunktur.

²²⁹⁰ Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 117f.: einheitliche Grunddeckung; Römer, VersR 1998, S.1313.

²²⁹¹ Vgl. Honsell, Anhang Europäisches Versicherungsrecht, Rz.103

lich²²⁹², und es trug sogar die Gefahr der Kartellierung in sich mit der Möglichkeit eines völligen Marktversagen hinsichtlich des Prämien- und Renditewettbewerbes²²⁹³. Selbst wenn der Verbraucher also nachteilige Bedingungen erkannte, bestand aufgrund der Tatsache, daß auch Konkurrenzunternehmen ihre Versicherungsprodukte nur unter den im wesentlichen gleichen Standardbedingungen anboten, keine Möglichkeit der Aushandlung anderer Bedingungen und auch keine Möglichkeit, diesen Bedingungen durch Wahl eines anderen Anbieters auszuweichen. Im „alpinen Modell“ konnten im wesentlichen nur Preis und Service als Wettbewerbsparameter in Erscheinung treten²²⁹⁴. Mangels Konditionenwettbewerb mußte der Ausgleich durch die inhaltliche Kontrolle erfolgen (Verbraucherschutz vor Wettbewerbsfreiheit)²²⁹⁵.

Durch die Deregulierung mit Wegfall der präventiven Genehmigung von AVB ist ein Mehr an Produkt- und Preiswettbewerb erreicht worden und es ist eine größere Produktvielfalt zu erwarten²²⁹⁶. Aufgrund des Wettbewerbs sollen für den Verbraucher günstigere Prämien und individuellerer Versicherungsschutz entstehen²²⁹⁷. Fraglich ist, ob dieses Mehr an Produkt- und Preiswettbewerb zusammen mit den Informationspflichten zu einem Weniger an Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hinsichtlich des Umfangs der Inhaltskontrolle²²⁹⁸ führt.

Die europäischen Versicherungsrichtlinien gehen von einem mündigen und informierbaren Verbraucher aus, der in der Lage ist, aufgrund der Informationen alle für den Vertrag-

²²⁹² Die EU-Kommission sah in dem Bedingungsgenehmigungsverfahren ein Marktzugangshindernis; zw. Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 117; Schmidt in Versicherungsforum 1993, S.27 ff., 33: Verfälschung des Wettbewerbs durch ex-ante-Kontrolle; allg.Kritik Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.227 f.

²²⁹³ Grundmann, 4.31, Rz.27; Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229: Bedingungsmonopole, die durch die Muster-AVB des BAV entstanden, auch wenn grundsätzlich auch abweichende AVB genehmigt wurden, wenn sie den VN einen echten Vorteil brachten; Gefahr der Kartellierung, Renger, VersR 1994, S.753 ff., 758.

²²⁹⁴ Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 118

²²⁹⁵ So insbesondere die Argumentation von Römer, FS Lorenz, S.449 ff., 464 f. (Wettbewerb bestand nur hinsichtlich Service, Formen und Bedingungen des Vertriebs).

²²⁹⁶ EG 19 der Dritten RL Schaden; EG 20 der Dritten RL Leben; EG 46 Vierte RI Leben; Hohlfeld in Versicherungsforum 1993, S.47 ff., 48/49; Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1126; zw. Langheid, NVersZ 2000, S.63 (Überforderung des VN). EU-weit im Versicherungssektor und z.B. auch in Deutschland sind bereits Tendenzen zu individuellen Versicherungsbedingungen der einzelnen Unternehmen zu erkennen, vgl. Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.3; Römer, NVersZ 1999, S.97, Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268; Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 46. Allerdings sind aufgrund der Gruppenfreistellungsverordnung einheitliche Muster-AVB immer noch unter best. Vor. als unverbindliche Empfehlungen zugelassen; Nach EG 14/15 der GruppenfreistellungsVO erleichtern die Musterbedingungen zwar die Vergleichbarkeit von Versicherungen, sie dürfen aber nicht zu einer Standardisierung der Produkte führen, Bunte, VersR 1993, S.543 ff., 544 – es wird daher eine Unverbindlichkeit nach Art.5 für den einzelnen Versicherer vorgeschrieben. Grundmann, 5.08, Rz.13 geht dennoch von einer de facto-Standardisierungswirkung aus; aA v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369.

²²⁹⁷ Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 812; Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.7 - Deutschland kehrt mit der Belebung des Wettbewerbs zu der Tradition zurück, die bis zu den 30 er Jahren vorherrschte, Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229. Trotz „theoretischer Zweifel“ (vgl. Choi, S.263; v.Hippel, Verbraucherschutz, S.234/235) hat die Erfahrung in den Ländern des „maritimen Modells“ gezeigt, daß der Wettbewerb tatsächlich zu für den VN günstigeren Prämien führt: VN zahlen in Großbritannien für dieselbe Risikolebensversicherung im Marktdurchschnitt weniger als 2/3 der Prämie in Deutschland, vgl. Grundmann, 4.31, Rz.27; Grund für die Unterschiede: die brit. Versicherer übernehmen regelmäßig nur den technischen Versicherungsteil, während in dem „alpinen System“ die Versicherer auch eine Informationsfunktion durch Versicherungsvertreter erfüllen, deren Kosten die Verwaltungskosten in die Höhe treiben, vgl. Cousy in McGee/Heusel, S.97 – allgemein zu Preisunterschieden im Versicherungssektor als Folge des noch nicht „florierenden“ Finanzbinnenmarktes, vgl. Mitteilung der Kommission, KOM (1998), 625 endg., S.13 f.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“; ABL.1998, Nr. C 95/72, S.85 unter 3.7.4.2. Im „alpinen Modell“ sprach gegen niedrige Prämien bereits der Gedanke der Solidarität unter den VN, vgl. Cousy in McGee/Heusel, S.97.

²²⁹⁸ Wäre dann Facette des von Micklitz beschriebenen „kompetitiven Vertragsrechts“; ZEuP 1999, S.253 ff., 265 f.

sabschluß maßgeblichen Umstände autonom beurteilen zu können und eine rational-informierte Auswahlentscheidung hinsichtlich der Versicherungsprodukte zu treffen²²⁹⁹. Dem Verbraucher sollen die für die sinnvolle Wahrnehmung seiner Marktchancen erforderlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse vermittelt werden²³⁰⁰. Dazu gehört, daß der Verbraucher die Entscheidung trifft, welches Risiko er zu welchem Preis versichern will, und sich einen auf sein Bedürfnis passenden Versicherungsschutz herausucht. Geht man wie hier vertreten, von der ratio der Mißbräuchlichkeitskontrolle als Ausgleich für die fehlende Regulierung durch den Wettbewerb aus, könnten die Informationspflichten auf den ersten Blick dafür sprechen, daß die „wesentlichen Merkmale des Produkts“ (EG 52 Vierte Richtlinie Leben)²³⁰¹, über die als Mindestmaß informiert werden muß, als kontrollfreier Hauptgegenstand iSd Art.4 II anzusehen wären. Schließlich gehen die versicherungsrechtlichen Richtlinien davon aus, daß der VN diese zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung macht und durch die Informationen in die Lage versetzt wird, die verschiedenen Angebote der Versicherungsunternehmen prüfen zu können²³⁰². Das informationsbedingte Marktversagen, von dem die Klauselrichtlinie ausgeht, könnte durch die Informationspflichten, die ähnlich das Marktversagen aufgrund von Informationsasymmetrien bekämpfen sollen²³⁰³, aufgehoben sein. Nach der Vierten RL Leben muß u.a. jede Garantie und Option beschrieben werden²³⁰⁴, so daß dann auch risikobeschreibende Klauseln von der inhaltlichen Kontrolle befreit sein müßten.

Nach Art.4 II sollen aber Vertragsklauseln nur dann der inhaltlichen Kontrolle entzogen sein, wenn diese Vertragsinhalte tatsächlich typischerweise dem potentiellen Klauselwettbewerb unterliegen oder eine Selbstkontrolle den Verbrauchern zuzumuten ist. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, daß dies bei den meisten AVB nicht der Fall ist, sondern der Verbraucher weiterhin schutzbedürftig ist. Die Deregulierung des Versicherungsaufsichtsrechts mit Wegfall der umfassenden präventiven Produkt- und Tarifkontrolle hat dazu geführt, daß dem VN eine zwingende Kontrollinstanz mit der Möglichkeit der Produktgestaltung ex ante verloren ging²³⁰⁵, die zwar nicht so engmaschig war wie die richterliche

²²⁹⁹ EG 19 Dritte RL Schaden, EG 20 Dritte RL Leben; EG 46 Vierte RL Leben; für Verbraucherinformation bei Finanzdienstleistungen: Gründbuch: „Finanzdienstleistungen:Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.4; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 813: „Idealtypus von Versicherungskunden“; zust.Regulierungsmodell Grundmann 4.30, Rz.40; Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229: VN „...werden nicht mehr für dümmer gehalten, als sie sind“.

²³⁰⁰ Dieser Ansatz liegt allen europarechtlich vorgeschriebenen positiven Aufklärungs- und Informationspflichten zugrunde, vgl. auch Franzen, S.564 f.

²³⁰¹ Entspricht EG 23 der Dritte RL Leben: „...muß er im Besitz der notwendigen Informationen sein, um den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen.....klar und genaue Angaben über die wesentlichen Merkmale der ihm angebotenen Produkte und über die Stellen erhält, an die etwaige Beschwerden ...zu richten sind...“; vgl. auch Art.36 III (=31 III Dritte RL Leben): „...wenn diese für das tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice durch den Versicherungsnehmer notwendig sind.“

²³⁰² Vgl. auch EG 46 Vierte RL Leben. Nach der Gruppenfreistellungsverordnung, Art. 5 I c) iVm 16.EG, sollen die Muster-AVB für alle interessierten Personen, insbesondere natürlich für VN zugänglich sein und auf einfache Anfrage hin übermittelt werden, – auch auf diese Weise soll Transparenz sichergestellt werden.

²³⁰³ Grundmann, 4.31, Rz.27

²³⁰⁴ Art.36 iVm Anhang III A a.4 Vierte RL Leben (entspricht Art.31 iVm Anhang II, a.4 der Dritten RL-Leben 92/96/EWG)

²³⁰⁵ Die ex-post-Rechtmäßigkeitkontrolle der AVB, sog. Mißstandsaufsicht der Aufsichtsbehörde bleibt bestehen, ist aber nur anlaßbezogen und nicht umfassend (nach Vorbild des deutschen § 81 VAG, Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 813 f.); dazu Brittan, Versicherungswirtschaft 1990, S.754 ff., 759; Präve, NVersZ 1998, S.49 ff., 52 ff.; damit gibt es neben den Verbraucherverbänden iSd Art.7 II, III der KlauselRL eine zusätzliche überindividuelle Kontrollinstanz, allerdings ist zw., ob die Behörde selbst als „Person oder Organisation“ iSd Art.7 II angesehen werden kann, dafür Präve, NJW 1993, S.970 ff.,972; zu dem Streit auch Choi, S.280 m.w.Nachw.; im Rahmen der laufenden Ü-

Inhaltskontrolle, so daß immer wieder bereits genehmigte Klauseln durch Gerichte für unwirksam erklärt wurden, aber doch bestrebt war, „Mogelpackungen“ der Versicherer zu verhindern. Die Versicherungsaufsicht sicherte einen gewissen „juristischen Qualitätsstandard“²³⁰⁶ der Bedingungen bereits vor Aufnahme der Versicherungstätigkeit. Neben der bei dem „maritimen Wettbewerbsmodell“ größeren Insolvenzgefahr von Versicherungsunternehmen²³⁰⁷ verschlechtert sich durch die Entstehung neuer Produkte und Bedingungen für den Verbraucher zudem die Vergleichbarkeit von Versicherungsangeboten²³⁰⁸, also die Markttransparenz. Der Verbraucher kann nicht mehr auf grundsätzlich standardisierte Deckungskonzepte und Klauselwerke vertrauen²³⁰⁹. Hinzu kommt im grenzüberschreitenden Verkehr die Unterschiede bei der Klassifizierung der Versicherungsprodukte²³¹⁰. Daher wird die gerichtliche oder z.T. auch behördliche Mißbräuchlichkeitskontrolle und Schutz der berechtigten Deckungserwartungen nach der Klauselrichtlinie besonders wichtig²³¹¹; die Häufigkeit der inhaltlichen ex post- Kontrolle wird noch ansteigen.

Das Konzept der Informationspflichten der versicherungsrechtlichen Richtlinien geht von einer zu idealistischen Sicht aus²³¹². In der Praxis ist nicht von einem vollständigen Klauselwettbewerb nahezu der gesamten Versicherungsbedingungen bzw. bezüglich aller nach den Dritten Richtlinien und Vierten Richtlinie Leben (insb. Anhang III der Vierten RL Leben) anzugebenden „wesentlichen Merkmale des Produkts“ auszugehen²³¹³, der als ausreichende Garantie für angemessene Bedingungen eine Mißbräuchlichkeitskontrolle entbehrlich machen könnte²³¹⁴. Der Verbraucher, dem seitens des Versicherers vor Vertragsschluß die gesammelten Informationen iSd Richtlinien etwa als Broschüren²³¹⁵

berwachung können die Aufsichtsbehörden auch (nichtsystematisch) die Versicherungsbedingungen und technische Grundlagen anfordern, vgl. Art.29, 39 II,III Dritte RL Schaden, Art.29, 39 II Dritte RL Leben, Art.8 III Erste RL Leben i d F der Dritten RL Leben – diese Mißstandsaufsicht kann aber keine produktgestaltende Rolle mehr spielen, vgl. Roth in Honsell, Anhang Europäisches Versicherungsrecht, Rz.102 f.

²³⁰⁶ Honsell, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 117 – in Deutschland prüfte das BAV die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und damit auch des AGBG a.F., vgl.Hoffmann, S.39 ff.; die Vorabkontrolle war „außerordentlich wirksam“; die Rspr. war daher auf ein Minimum beschränkt, vgl.Römer, S.17 f.

²³⁰⁷ Befürchtung v.Römer, VersR 1998, S.1313; z.B. durch riskantere Kalkulationen, Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229.

²³⁰⁸ Langheid, NVersZ 2000, S.63; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 813; Brandner in Basedow/Schwark/Schwintowski, S.67 ff., 69 („Marktwirrwarr“).

²³⁰⁹ Angesichts der angestrebten unternehmensindividuellen Versicherungsprodukte kann die Vergleichbarkeit nur z.T. durch branchenweite Muster-AVB iSd Gruppenfreistellungsverordnung erreicht werden, EG 14-16 der Verordnung.

²³¹⁰ Z.B. wird je nach nationalem Recht zwischen Rentenfonds und Lebensversicherungen bzw. bestimmten Investmentfonds unterschieden, vgl.Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“; AB1.1998, Nr. C 95/72, unter 2.3.2.4., S.80.

²³¹¹ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268 – damit besteht nun wieder die Lage, die in den deutschsprachigen Ländern zu dem System der Kontrolle nach VAG und VVG geführt hat.

²³¹² So auch Drygala, S.109 ff.,111 für entsprechende Erwägungen der Börsenzulassungs-RL 80/390/EWG (EG 2) und der Emissionsprospekt-RL 89/298/EWG (EG 1) hinsichtlich des Informationsziels des Börsenprospektes.

²³¹³ Der EG 20 der Dritten RL Schaden („wünschenswerte“ Information), deutlicher EG 52 Vierte RL Leben (= EG 23 der Dritten RL Leben): geht davon aus, daß VN diese Vertragselemente zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung macht.

²³¹⁴ I.E.auch Brandner in Basedow/Schwark/Schwintowski, S.67 ff., 69; kritisch zur Wettbewerbsfunktion auch Choi, S.6; pro Bedingungswettbewerb ohne Ausnahme der Privatkunden aber Honsell, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 130; ähnlich Römer, NVersZ 1999, S.97.

²³¹⁵ Europarechtlich sind nur die Modalitäten der Information (schriftlich, detailliert und eindeutig) vorgeschrieben, die Informationen müssen dagegen nicht in den Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen enthalten sein. Das Zusammenspiel von Anhang A und B der Vierten RL Leben sowie der Sinn und Zweck der Information über wesentliche Produktelemente legen sogar nahe, daß die Informationen, Abschnitt A, außerhalb der Versicherungsbed. erfolgen müssen, unten 2.Teil D IV 3.g)bb)bbb).

oder die AVB als Ganzes²³¹⁶ übergeben werden, steht wieder vor der grundsätzlichen Entscheidung, ob er die Kosten investiert, die er für ein Lesen und Verstehen aufwenden müßte, damit er in die Lage versetzt wird, an ein Aushandeln zu denken oder einen Vergleich mit anderen Versicherungen anzustellen. Bei diesen ökonomischen Erwägungen spielt die Komplexität des Versicherungsproduktes als Rechtsprodukt ,sowie die besondere Schutzbedürftigkeit des VN (auch bei leistungsbeschreibenden Klauseln) eine Rolle²³¹⁷. Zwar geht der EuGH mit seinem Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen (mündigen) Verbrauchers²³¹⁸ nicht von einem flüchtigen Leser aus.²³¹⁹ Der Verbraucher wird nach der Klauselrichtlinie aber nur insoweit als mündig und selbstschutztauglich betrachtet, als ihm dies nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zuzumuten ist. Bei komplexen Finanzprodukten geht auch der EuGH davon aus, daß der Verbraucher nur begrenzt informierbar ist. Den Versicherungssektor sieht der EuGH z.B. als „besonders sensiblen Bereich“ an, weil der VN „nur äußerst schwer beurteilen“ könne, ob eine bestimmte Versicherung samt den AVB „eine ausreichende Garantie dafür bieten, daß er im Versicherungsfall entschädigt wird“²³²⁰.

Der durchschnittliche VN interessiert sich bei Abschluß eines Versicherungsvertrages hauptsächlich dafür, welcher Deckungsumfang ihm zu welcher Prämienhöhe geboten wird²³²¹. Aufgrund der generell bei komplexen Finanzprodukten besonders hohen Informations- bzw. Transaktionskosten²³²² ist bei diesen Produkten davon auszugehen daß auch ein Großteil (haupt-)leistungsbeschreibender Klauseln typischerweise nicht zur Grundlage der Auswahlentscheidung gemacht werden, weil sich dieser Kosten- und Zeitaufwand nicht lohnen würde²³²³. Dies gilt in besonderem Maße für komplizierte Versicherungsprodukte wie z.B. Kapitallebensversicherungen. Ökonomisch gesehen verringern die Informationen durch den Versicherer zwar die Transaktionskosten für die Informationsbeschaffung²³²⁴ und erleichtern einen Marktvergleich. Aufgrund des gestiegenen Aufwandes für einen Produktvergleich wegen Wegfalls der standardisierten Versicherungsbedingungen²³²⁵ bleiben unter dem Strich aber weiterhin erhebliche Transaktionskosten.

Ein VN, der den Nutzen einer Versicherung beurteilen will, muß sämtliche Klauseln – insbesondere risiko- und sonstige leistungsbeschreibende Klauseln und deren Zusammenspiel - kennen und verstehen sowie diese mit den Vor- und Nachteilen anderer AVB von Konkurrenzprodukten und anderer Versicherungstypen abgleichen. Ein solcher Produktver-

²³¹⁶ Die Überlassung der Versicherungsbedingungen muß nach Sinn und Zweck des Anhangs vor Bindung des VN erfolgen, dafür spricht der Wortlaut des Einleitungssatzes von Abschnitt B, dessen „während der Laufzeit des Vertrages“ sich allein auf die „folgenden Informationen“ bezieht, so auch Grundmann, 4.31, Rz.36.

²³¹⁷ Dazu oben 2. Teil C I 1. und 2.

²³¹⁸ Z.B. EuGH v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 (Gut Springenheide u. Tusky./Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt), Rz.31 m.w.Rspr.nachw. in Rz.30; dazu Dreher, JZ 1997, S.167 ff., 170 ff.; nach Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.374 ff., 375; generelle Kritik bei Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 149; gegen mündige Verbraucher im Versicherungsbereich auch Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 51.

²³¹⁹ So aber möglicherweise Clarke, Policies and Perception, S.226 f., 227- auch der BGH stellt auf den VN ab, der die Klauseln aufmerksam durchliest, verständig würdigt und erkennbare Sinnzusammenhänge berücksichtigt, vgl.NJW 1993, S.2369.

²³²⁰ EuGH v. 4.12.1986, Rs 205/84, VersR 1986, S.1225 ff., 1228 (Rz.30)

²³²¹ So auch Clarke, Policies and Perceptions, S.226 f., 227 („the customer takes one look ...at the small print, his eyes glaze over, and he goes for what appears to be adequate cover at the lowest premium“).

²³²² Vgl. MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.7 zu komplexen Vertragswerken.

²³²³ Nur 25 % der Bevölkerung nutzen die AVB als Informationsquelle, vgl.Geiger, S.33.

²³²⁴ Vgl. bezügl. Information durch neutrale Stellen auch Adams, BB 1989, S.781 ff., 787.

²³²⁵ So wohl auch Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229 : „erheblich intensiver über Alternativen...informieren“.

gleich funktioniert nur mit einer komplizierten Punkteliste²³²⁶, um die Vor- und Nachteile der einzelnen Versicherungen (objektive und subjektive; welches Risiko soll unbedingt gedeckt sein) herauszuarbeiten und das „beste“ Angebot für das eigene Bedürfnis herauszufiltern²³²⁷. Ein ökonomisch denkender Durchschnittsverbraucher wird sich daher weder bei dem Antrags- und erst Recht nicht bei dem in Deutschland üblichen Policenmodell vor Abschluß eines Versicherungsvertrages Informationen und AVB mehrerer konkurrierender Produkte sowie Alternativprodukte verschaffen und diese in allen Einzelheiten vergleichen²³²⁸. Aus Kostengründen wird er vielmehr regelmäßig schon die Vertragsbedingungen eines einzigen Versicherungsproduktes nicht vollständig lesen²³²⁹. Für viele Risikoausschlußklauseln und Obliegenheiten interessiert sich der VN erst, wenn der Versicherungsfall bereits eingetreten ist und der Versicherer die Leistung verweigert²³³⁰. Der Aufwand einer genauen Information und ein Vergleich mit anderen Marktangeboten lohnt sich besonders nicht bei solchen Versicherungsarten, deren Jahresprämie relativ gering ist und die in der Hoffnung abgeschlossen werden, daß sie – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen benötigt werden (z.B. Hausrat-, Diebstahls-, Haftpflichtversicherung)²³³¹. Hier wird der Verbraucher regelmäßig nur die Prämienhöhen vergleichen. Selbst wenn VN aber die Bedingungen lesen und/oder Kosten für Information und Beratung aufwenden, ist bei komplizierteren Versicherungsprodukten wie z.B. kapitalbildenden Lebensversicherungen idR davon auszugehen, daß ein durchschnittlicher Verbraucher die Informationen, insb. in Bezug auf die finanzwirtschaftlichen Zusammenhänge, nicht so versteht, daß ihm ein qualifizierter Produktvergleich möglich ist²³³². Auch nach Information und Prüfung bleibt eine Restunsicherheit hinsichtlich der Prüfungsergebnisse²³³³. Der Aufwand einer Information und Beratung lohnt sich also gar nicht erst.

Aus alledem folgt: Der durch die Deregulierung entstandene größere Produktwettbewerb führt nicht automatisch zu einem Klauselwettbewerb weder des gesamten Klauselwerkes, noch sämtlicher risiko- und leistungsbeschreibender Klauseln, so daß keine Regulierung durch den Wettbewerb erfolgt²³³⁴.

²³²⁶ Entfernte Risiken müßten geringer gewichtet werden als ein nahes Risiko.

²³²⁷ Vgl. allgemein Schäfer/Ott., S.479.

²³²⁸ Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 3; in diesem Sinne auch Berg, VuR 1999, S.335 ff., 341/342 für das Policenmodell – andernfalls wäreer kein rationaler Konsument, sondern ein „rational fool“; Schäfer/Ott, S.480.

²³²⁹ Das Konzept von dem mündigen Bürger scheint widerlegt, vgl. Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 51 mit Hinweis auf eine Untersuchung, nach der weniger als 1 % der VN in Sachversicherungen von ihrem Widerrufsrecht nach § 5a VVG Gebrauch machen, also 99% sind mit der Versicherung zufrieden, lesen die Bedingungen nicht oder können sie nicht nachvollziehen.

²³³⁰ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104

²³³¹ Gegenbeispiel ist die Krankenversicherung, die der VN in dem Bewußtsein eingeht, die Leistungen mit großer Wahrscheinlichkeit zu benötigen.

²³³² Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 11 f.; Hübner/Matusche-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 271; zu den Problematiken der Altersrückstellung, der Beitragserhöhung im Alter bei einer gesetzl. Krankenversicherung, die ein durchschnittl. VN nicht kennt, Römer, VersR 1998, S.1313; zu der Problematik des mangelnden Systemverständnisses selbst bei Kenntnis einiger Klauseln allgemein, vgl. Adams, BB 1989, S.781 ff., 784– diese Überlegung führt aber nicht dazu, daß jegliche Information entbehrlich ist, weil sonst noch nicht einmal die Informations- und Wettbewerbsmöglichkeit gegeben wäre und außerdem eine Informationsvermittlung durch Intermediäre wie z.B. Berater, Verbraucherzeitschriften möglich ist, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948. Sie zeigt aber, daß die Informationsmöglichkeit nicht zum Entfallen der Inhaltskontrolle führen kann.

²³³³ Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 669 f.

²³³⁴ AA wohl Grundmann, 4.30, Rz.40

Ein alleiniges Verbraucherschutzkonzept mit Wettbewerb und Information ohne Qualitätssicherung durch Mißbräuchlichkeitskontrolle würde daher den durchschnittlichen VN in der Praxis – insbesondere angesichts der ständig wachsenden Produktpalette - überfordern²³³⁵. Die besondere Schutzbedürftigkeit der VN läßt also auch nach Deregulierung eine inhaltliche Kontrolle nicht entbehrlich werden²³³⁶. Gerade bei komplexen Produkten ist nämlich selbst eine vollständige Information über den Inhalt der vorformulierten Bedingungen allein kein adäquates Mittel, um das Marktversagen, das aufgrund Informationsasymmetrien besteht, auszugleichen²³³⁷. Dem Verbraucher ist eine solche Informationsgewinnung und -verarbeitung hinsichtlich aller Vertragsbedingungen als Grundlage seiner Auswahlentscheidung aus wirtschaftlichen Gründen gerade nicht zuzumuten²³³⁸, so daß wirksames Wissen nicht erreicht werden kann.

Hier werden die dogmatischen Unterschiede der versicherungsrechtlichen Richtlinien und der Klauselrichtlinie deutlich: Letztere soll dem Verbraucher gerade die Notwendigkeit einer eigenen Prüfung eines Großteils der Vertragsbedingungen, die nur mit einem ökonomisch unvertretbaren Aufwand möglich wäre, abnehmen (Kostenvorteil durch geringeren Prüfungsaufwand). Die Klauselrichtlinie geht also nicht von einem informierten Verbraucher aus, sondern von der Vermutung eines geschäftsunerfahrenen, im Vergleich zum Gewerbetreibenden weniger informierten und daher schutzbedürftigen Verbrauchers. Die Klauselrichtlinie unterstellt, daß der Verbraucher nur ausnahmsweise über Vertragsinhalte informiert ist (Bereich des Art.4 II) und diese auch zur Grundlage seiner Marktentscheidung macht. Außerhalb des Bereiches des Art.4 II genügt die Informationsmöglichkeit durch transparente Klauselgestaltung (Selbstkontrolle) dagegen gerade nicht als Schutz, sondern es ist eine (heteronome) Mißbräuchlichkeitskontrolle staatlicher Gerichte und/oder Behörden erforderlich. Insofern besteht ein Unterschied und sogar Widerspruch des Schutzkonzepts der Klauselrichtlinie zu dem ursprünglich für Fragen des unlauteren Wettbewerbs entwickelten Leitbild des EuGH von einem „mündigen“ Verbraucher²³³⁹, das in der ständigen Rechtsprechung des Vorrangs des Transparenzmodells vor dem Verbotsmodell gipfelt²³⁴⁰ und dem Informationsmodell der versicherungsrechtlichen Richtlinie zugrundeliegt, die von einer (autonomen) Beurteilung der verschiedenen Produkte (Selbstkontrolle) durch den Verbraucher ausgehen²³⁴¹. Während die versicherungsrechtlichen Richtlinien eine Entscheidung zugunsten von mehr privatrechtlicher Gestaltungsmacht und

²³³⁵ So auch Langheid, NVersZ 2000, S.63; krit. auch Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 8; Hübner/Matusche-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 270 f.; Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1126 f; Hohlfeld in Versicherungsforum 1993, S.47 ff., 49, mit Bsp. eines VN, der mehrere Hausrat-, Unfall-, Haftpflicht-, Rechtsschutz- und Lebensversicherungen hatte; Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 132 („Recht auf Uninformiertheit“ der Verbraucher vor der Deregulierung) - die Informationen der Dritten RL Schaden reichen im Gegensatz zu der Vierten RL Leben ohnehin nicht für einen Vergleich von Versicherungsprodukten aus. Mit einem fehlenden Bedingungs-wettbewerb wurde im übrigen auch ursprüngl. die präventive Versicherungsaufsicht in Deutschland gerechtfertigt, vgl. Motive des VAG, S.24, z.B. „selbst der sorgsame und verständige Bürger ohne Hilfe von anderer Seite zu eigener zuverlässiger Beurteilung ...regelmäßig nicht imstande ist“.

²³³⁶ Prölss/Martin, Vorbem I 6 C a, Rz.45 – daher Inhaltskontrolle als „Qualitätskontrolle“ nötig.

²³³⁷ Deflorian in Schulte-Nölke/Schulze, S.119 ff., 139; Franzen, S.565 („unpraktikabel und ineffektiv“); in diese Richtung auch Weatherill, S.76; Cartwright in Cartwright, S.3 ff., 10 f.

²³³⁸ Zu hohe Transaktionskosten, vgl. MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.7.

²³³⁹ Zweigert/Kötz, 1996, S.324 (Verbraucherleitbild kollidiert mit Verbraucherschutz-zweck der KlauselRL)

²³⁴⁰ Vgl. dazu Grundmann, Teil 1, Rz.62

²³⁴¹ Faber, ZEuP 1998, S.854; Hübner/Matusche-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 270 f.; zu den dogmat. Unterschieden der Aufklärungspf. (Informationsmodell) und der Klauselkontrolle (Regulationsmodell) Franzen, S.564 f.; Kreienbaum, S.222; Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 674; allg.Damm, VersR 1999, S.129 ff., 137.

Wettbewerb getroffen haben und primär nicht den Verbraucherschutz, sondern die Marktöffnung verfolgen²³⁴², schränkt die Klauselrichtlinie die Vertragsfreiheit ein.

Die in der Dritten Richtlinie Schaden und Vierten Richtlinie Leben aufgeführten Vertragsinhalte (wesentliche Produktmerkmale), über die zu informieren ist, können daher nach alledem nicht als Konkretisierung des kontrollfreien Hauptgegenstandes in Art.4 II angesehen werden. Dies wird besonders deutlich bei solchen Inhalten der Informationspflichten vor Vertragsabschluß, die nach dem Anhang der Klauselrichtlinie als „typische“ Nebenbestimmungen eindeutig der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterfallen²³⁴³. Auch in der Liste mit Klauselverboten der Gruppenfreistellungsverordnung, die teilweise zumindest neben Wettbewerbsgesichtspunkten auch der Vertragsgerechtigkeit dienen²³⁴⁴, werden Klauseln erwähnt, über die nach den versicherungsrechtlichen Richtlinien bereits informiert werden muß, z.B. Laufzeitklauseln²³⁴⁵. Beide Regelungen zeigen, daß eine Information nicht automatisch zur Kontrollfreiheit einer Klausel führen soll. Die Regelungen der versicherungsrechtlichen Richtlinien können daher nur die Abschluß- und Auswahlfreiheit (ob und welches Produkt) sichern, indem sie einem interessierten VN den Selbstschutz durch eine informierte Auswahl eines bestimmten Versicherungsproduktes ermöglichen²³⁴⁶, sie rechtfertigen aber nicht einen geringeren Umfang der inhaltlichen Kontrolle. Auch die Entstehungsgeschichte der Klauselrichtlinie zeigt, daß eine Informationsmöglichkeit keine Auswirkung auf die Schutzbedürftigkeit der Verbraucher hat²³⁴⁷. Letztlich sollten die Informationspflichten ein Ausgleich für das durch die größere Produktvielfalt gestiegenen Informationsbedürfnis des VN sein; schon deshalb können sie nicht darüber hinaus auch an die Stelle einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von AVB treten²³⁴⁸. Mögliche Schadensersatzansprüche des VN bei Nichteinhaltung der Informationspflichten²³⁴⁹ sind schon aufgrund der Notwendigkeit eines Nachweises der Anspruchsvoraussetzungen (Pflichtverletzung, Ver-

²³⁴² Geiger, S.328 („allenfalls sekundäres oder mittelbares Regelungsziel“) – verbraucherschützend ist das Ziel einer Angebotsvielfalt, Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 667.

²³⁴³ So z.B. Regelungen hinsichtlich der Vertragsbeendigung: Art.36 I iVm Anhang III A a.6 und a.13 Vierte RL Leben – Anhang Nr.1 f-h, 2 a KlauselRL; Rechtswahlklauseln: Art.31I 1.Spiegelstrich Dritte RL Schaden und Art.36 I iVm Anhang III A a.16 Vierte RL Leben – Art.6 II KlauselRL; Rechtsbehelfe: Art.31 I 2.Spiegelstrich Dritte RL Schaden und Art.36 I iVm Anhang III A a.15 Vierte RL Leben – Anhang Nr. 1 q KlauselRL –typische Nebenbestimmungen sind auch die Prämienzahlungsweise und –dauer in a.7.

²³⁴⁴ Dazu unten unter 2.Teil E I 2.b) bb) bbb)

²³⁴⁵ Z.B. Laufzeitklauseln: Art.36 I iVm Anhang III A a.5 der Vierten RL Leben – Art.6 I f (=7 I g a.F.) der Gruppenfreistellungsverordnung.

²³⁴⁶ Grundmann, 4.30, Rz.39; dadurch wird für interessierte Kreise ein Konditionenwettbewerb erleichtert.

²³⁴⁷ Ursprünglich war neben der Generalklausel eine Einbeziehungsregel vorgesehen, von der noch Rudimente in EG 20 und Nr. 1 i) des Anhanges vorhanden sind, Art.5 II a.F. des geänderten Vorschlags von 1992, orientierte sich an dem deutschen § 2 AGBG a.F. (§ 305 II, III BGB n.F.) und der portugiesischen Einbeziehungsregelung, Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 241, FN 64- in den einzelnen EU-Ländern wird nach Richtlinienumsetzung immer eine Einbeziehungs-neben der Inhaltskontrolle durchgeführt.

²³⁴⁸ Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 8

²³⁴⁹ Str., es spricht vieles dafür, daß die Pflicht nicht nur rein aufsichtsrechtlich, sondern zumindest auch als vertragsrechtliche Verpflichtung einzuordnen ist, so daß dem VN ein Schadensersatzanspruch zustehen kann oder er sich uU auf die günstigere Rechtslage berufen kann, so auch Grundmann, 4.30, Rz.45 m.Nachw., 4.31, Rz.29; aA rein aufsichtsrechtl. Renger, VersR 1994, S.753 ff., 756 ;Bach, FS Lorenz, S.45 ff., 67 ff.– in Deutschland gilt neben aufsichtsrechtlichen Folgen, § 10 a iVm Anlage D VAG, als zivilrechtlich Folge § 5 a VVG (bei dem Policenmodell) sowie ein Schadensersatzanspruch (nach altem Recht aus cic/PVV, nach neuem Recht aus §§ 280 iVm 311 II, 241 II BGB/§§ 280 ff.BGB), Grundmann, 4.31, Rz.43; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141; ders., VersR 2001, S.133 ff., 139; Hoffmann, S.213 ff.; Berg, VuR 1999, S.335 ff., 341; einschr. und diff. Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1318f.; Müller, Rz.866 f. (unmittelbare Informationsrechte); nach Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 238 kann der Vertrag sogar nichtig sein; für die Anwendung der Grundsätze der Prospekthaftung, Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.453 a.

schulden, Kausalität, Schaden)²³⁵⁰ kein ausreichender Verbraucherschutz, zumal der VN häufig die Pflichtverletzung mangels Fach- und Rechtskenntnissen nicht erkennen wird. Da der Kontrollumfang zudem nach Art.4 II abstrakt zu bestimmen ist, kann auch das tatsächliche Nicht-/Einhalten der Informationspflicht in dem jeweiligen Einzelfall nicht für die Bestimmung des Kontrollgegenstands entscheidend sein, sondern allenfalls auf der nächsten Prüfungsstufe der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle im Individualverfahren nach Art.4 I mitberücksichtigt werden²³⁵¹.

Abschließend ist daher festzuhalten: Das Mehr an Wettbewerb aufgrund der Deregulierung und das Mehr an Information als Ausgleich für den Wegfall der Vorabkontrolle von Vertragsbedingungen macht die Lösung der nach Art.4 II erforderlichen Frage, inwieweit Versicherungsbedingungen dem potentiellen Klauselwettbewerb unterfallen, nicht entbehrlich.

bb) Geringere Schutzbedürftigkeit aufgrund von außergesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten der Versicherer ?

Auch etwaige außergesetzliche, haftungsbewehrte Informations- und Aufklärungspflichten der Versicherer²³⁵², die in den einzelnen Mitgliedstaaten zusätzlich zu den Pflichten der Versicherungsrichtlinien aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelt worden sind²³⁵³, lassen das Schutzbedürfnis hinsichtlich einer inhaltlichen Kontrolle nicht entfallen. Zusätzlich zu den eben angeführten Argumenten, die gleichzeitig auch auf andere schadensersatzbewehrten Aufklärungs- und Informationspflichten anwendbar sind²³⁵⁴, gilt dies aus folgenden Gründen: In Deutschland ist der Versicherer bisher nach der Rechtsprechung ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht nach § 242 BGB verpflichtet, den VN von sich aus umfassend über den Deckungsumfang und Risikoausschlüsse, geschweige denn über den gesamten Vertragsinhalt zu unterrichten²³⁵⁵. Indem Aufklärungspflichten nur bei konkreten Nachfragen, erkennbaren Irrtümern oder Informationsdefiziten u.a., bestehen, werden von der dt. Rechtsprechung letztlich nur diejenigen VN geschützt, die in der Lage sind, konkrete Fragen zu stellen oder ihre Vorstellungen von einem Versicherungsschutz zu artikulieren. Der besonders schutzwürdige Teil der Verbraucher, der nicht

²³⁵⁰ Auf mögliche Beweiserleichterungen oder Anscheinsbeweise durch nationale Gerichte ist hier nicht einzugehen: für Deutschland vgl. nur BGH mit Beweislastumkehr für Verschulden und Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden u.a. nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen, z.B. BGH, VersR 1995, S.805f.; BGHZ 94, S.356ff. (Beweislast Makler, daß Schaden auch bei Erfüllung seiner Aufklärungs- und Beratungspflichten eingetreten wäre).

²³⁵¹ Bei der Beurteilung der Transparenz iSd Art.5 sind mündliche Aufklärungen dagegen grundsätzlich unbeachtlich, vgl. 2. Teil D IV 1.c).

²³⁵² Im Versicherungsrecht besteht keine klare Typisierung der Pflichten, Römer, VersR 1998, S.1313 ff. 1314.

²³⁵³ Z.B. Frankreich, Sievers, S.65 ff.; Großbritannien, Clarke, Policies and Perceptions of insurance, S.128f., 81ff.

²³⁵⁴ Z.B. andere dogmatische Grundlage der KlauselRL, insb. Art.4 II; Beweisproblematik; abstrakte Bestimmung des Kontrollumfangs.

²³⁵⁵ OLG Frankfurt M, VersR 1999, S.1397 ff., 1398; OLG Stuttgart, VersR 1999, S.1268 ff., 1269; der VN muß grundsätzlich mit Ausschlüssen rechnen, Ausnahme nur bei besonders technischen Verträgen, wie z.B. Gebäudeversicherung, wo die Rspr. wegen besonderer Hindernisse, den Wert der Versicherung zu erkennen, eine Aufklärungspflicht bejaht. Der Grundsatz, dass Aufklärung entbehrlich ist, ist also zugunsten der Versicherer gelöst – ausführlich m.Rspr.nachw. Honsell, Einleitung, Kapitel II, Rz.93; Prölss in Prölss/Martin Vorbem II, Rz. 10 ff. ; Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1317 ff.; Schirmer, r+s 1999, S.133 ff., 177 ff.; Kieninger, AcP 199 (1999), S.190 ff., 195 ff.- eine Pflicht besteht z.B., wenn der Versicherer aufgrund ihm bekannter Umstände erkennen muß, daß durch bestimmte Ausschlüsse das Deckungsschutzbedürfnis des VN verfehlt wird oder dieser sich erkennbar falsche Vorstellungen macht oder sonst ein erkennbares Aufklärungsbedürfnis besteht, etwa bei Nachfragen. Bei Pflichtverletzung sind Schadensersatzansprüche des VN aus cic (§§280 iVm 311 II, 241II BGB n.F.) möglich, uU mehr Versicherungsschutz, vgl. Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 7 oder Anfechtung; es ist nicht ersichtlich, daß die von Baumann, ebenda, S.6 f. geforderte „kompensatorische“ Aufklärungspflicht für eine Übergangszeit bei neuen Produkten, von der Rspr. übernommen wird.

einmal dazu in der Lage ist, geht „leer aus“: Zudem ist diese Ausnahmesituation von dem VN zu beweisen. Des weiteren werden regelmäßig Aufklärungspflichten verneint, wenn sich die entsprechenden Regelungen klar und verständlich aus den AVB ergeben (z.T. als Mitverschuldenseinwand)²³⁵⁶.

Außerhalb des Art.4 II genügt die transparente Gestaltung nicht als Schutz vor mißbräuchlichen Klauseln, Aufklärungspflichten machen also generell eine Inhaltskontrolle nicht entbehrlich. Das gilt selbst dann, wenn man – mit einem Teil der Literatur²³⁵⁷ - von dem Bestehen vergleichbarer haftungsbewehrter Informations- und Beratungspflichten der Versicherer wie bei Banken hinsichtlich Kapitalanlagegeschäften (§§31 ff., insbesondere § 31 II Nr.2 WpHG²³⁵⁸) ausgeht²³⁵⁹. Insbesondere würde auch hier der VN die Beweislast für fehlende, falsche oder unvollständige Beratung tragen²³⁶⁰. Folglich handelt es sich bei schadensersatzbewehrten Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten und der Klauselkontrolle um zwei unterschiedliche, nebeneinander geltende Verbraucherschutzebenen. Ein etwaiger Erfüllungsanspruch gegen den Versicherer bei falschen Angaben des Versicherungsagenten hinsichtlich des Versicherungsumfangs, auf die der VN vertrauen durfte, hilft ebenfalls nicht weiter, da dieser nur bei Aufklärungsfehlern greifen kann und zudem fraglich ist, ob diese Rechtsfigur noch anerkannt ist²³⁶¹.

cc) Geringere Schutzbedürftigkeit aufgrund von Versicherungsvermittlung?

Fraglich ist, ob die zusätzliche Einschaltung von Versicherungsvermittlern („Intermediäre“²³⁶²), deren Position auf europäischer Ebene u.a. als Maßnahme zum Ausgleich der Informationsasymmetrien gestärkt wird²³⁶³, eine umfassende Inhaltskontrolle von Versicherungsbedingungen entbehrlich macht. Dafür könnte sprechen, daß insbesondere die rechtlich und interessensmäßig ungebundenen Vermittler (Versicherungsmakler) mit einer neutralen Beratung trotz des eigenen Provisionsinteresses²³⁶⁴ eine wichtige Stütze hinsichtlich der Informationsaufbereitung und des Marktvergleiches unterschiedlicher Versicherungsprodukte darstellen, wodurch wiederum Transaktionskosten gesenkt werden können und die Markttransparenz verbessert werden kann²³⁶⁵. Bestes Beispiel ist Großbritannien bei

²³⁵⁶ Z.B. OLG Köln, VersR 1996, S.1265; z.B. auch in Frankreich wird von der grundsätzlichen Pflicht des VN, sich selbst aus dem Vertrag zu informieren, ausgegangen, vgl. Sievers, S.70/71.

²³⁵⁷ Z.B. für Informationspflicht und Schadensersatz aus konkludentem Beratungsvertrag, Kieninger, AcP 199 (1999), S.190 ff., 236 ff.; so auch Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1315f. (für best. Versicherungssparten, z.B. Lebens- u. Krankenvers.); Schirmer, r+s 1999, S.133 ff., 177 ff.- auch Schwintowski, VuR 1997, S.83 ff., 87 ff.: §§ 31, 32 WpHG analog (anleger- und objektgerechte Beratung) bei Kapitallebensversicherungen.

²³⁵⁸ In Umsetzung der WertpapierdienstleistungsRL 93/22/EWG v. 10.5.1993, ABl. 1993, Nr.L 141/27; in Deutschland vorher sog. Bond-Rspr. mit schadensersatzbewehrten Aufklärungspflichten (cic - §§ 280 iVm 311 II, 241 II BGB n.F.) aus einem konkludenten Beratungsvertrag (hM), vgl. BGH, WM 1993, S.1455 ff., 1456 (anleger- und objektgerechte Beratung).

²³⁵⁹ Vgl. auch Drygala, S.97 ff., hinsichtlich der vergleichbaren Diskussion bei Wertpapierbedingungen.

²³⁶⁰ Kieninger, AcP 199 (1999), S.190 ff., 246 (allerdings Beweislastumkehr für Schadensursächlichkeit).

²³⁶¹ Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1316 – obwohl die cic-Haftung „an sich“ nur auf den Vertrauensschaden gerichtet ist, ist die RF häufig deckungsgleich mit diesem Erfüllungsanspruch, Reiff, r+s 1998, S.89 ff., 92. Ausführlich zu dem Erfüllungsanspruch, vgl. Reiff, ZVersWiss 2002, 103, 132 ff.

²³⁶² Taupitz, VersR 1995, S.1125

²³⁶³ Je schwieriger die Informierung und der Vergleich unterschiedlicher Versicherungsprodukte, desto wichtiger wird der Vermittler, vgl. EG 2 der Empfehlung 92/48/EWG der Kommission, ABl. 1992, Nr.L 19/32 – daneben eröffnen Versicherungsvermittler häufig erst den Zugang zu ausländischen Märkten, so daß sie auch für den Binnenmarkt wichtig sind.

²³⁶⁴ Römer, Versr 1998, S.1313 ff., 1315

²³⁶⁵ Sie erfüllten eine „allgemeine Orientierungsfunktion“; vgl. Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1126.

den Lloyd's Versicherungen. In dem „Lloyd's Room“ wird der Kontakt zwischen Versicherer und dem Versicherungskunden idR auf Initiative eines von Lloyd's zugelassenen unabhängigen Brokers hergestellt, der versucht, für ein bestimmtes, vom Kunden benanntes Risiko eine Deckung durch einen oder mehrere Versicherer zu finden. Nicht selten handelt der Broker als Vertreter des VN auch die Versicherungsbedingungen und die Prämie aus²³⁶⁶. Dadurch ist die Gefahr einer falschen Versicherung oder extrem nachteiliger Bedingungen geringer. Versicherungsvermittler und Broker müssen den VN auch über Risikoausschlüsse informieren.

Die europäischen Regelungen über Versicherungsvermittler beinhalten indes selbst nur wenige Pflichten des Vermittlers gegenüber dem VN²³⁶⁷. Auch entsprechende nationale schadensersatzbewehrte Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten²³⁶⁸ führen zu keinem geringeren Bedürfnis nach inhaltlicher Kontrolle. Eine inhaltliche Kontrolle z.B. im Rahmen eines Verbandsverfahrens ist wesentlich effektiver als die Hoffnung, daß der Vermittler mißbräuchliche Klauseln entdeckt und den VN darüber aufklärt. Die Vermittlungstätigkeit führt nicht automatisch zu einem wesentlich umfangreicheren Konditionenwettbewerb. Ein durchschnittlicher VN wird selbst bei vollständiger Aufklärung die Nebenbestimmungen typischerweise wegen ihrer geringen Bedeutung nicht für seine Auswahlentscheidung relevant halten und nachteilige Nebenbestimmungen werden ihn nicht von einem Vertrags-schluß abhalten²³⁶⁹.

Außerdem würde bei einer Kontrollfreiheit zumindest risikobeschreibender Klauseln der Versicherungsvermittler das alleinige Haftungsrisiko bei der Empfehlung einer bestimmten Versicherung tragen. Dieses Haftungsrisiko könnte ihn von Empfehlungen abhalten, was nicht im Sinn des mit der Deregulierung verfolgten Zwecks der Wettbewerbsstärkung wä-

²³⁶⁶ Cousy in Stuyck/Abraham/Terryn, S.91 ff., 94: „In the maritime insurance tradition, insurance is bought, whereas in the alpine tradition, insurance, one could say, is sold.“

²³⁶⁷ In erster Linie handelt es sich um berufsrechtliche Regelungen, vgl. Basedow/Fock, S.41 ff. Die RL 2002/92/EG regelt in Art.12 I best. Informationspflichten, die im wesentl. die Person des Vermittlers und dessen Beziehung zu den vermittelten Versicherern betreffen; nach Art.12 II soll ein Vermittler, der aufgrund einer objektiven Untersuchung berät, „seinen Rat auf eine Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen...stützen, so dass er gemäß fachlichen Kriterien eine Empfehlung dahin gehend abgeben kann, welcher Versicherungsvertrag geeignet wäre, die Bedürfnisse des Kunden zu erfüllen.“ Aus Art.12 III kann geschlossen werden, daß der Versicherungsvermittler auch über diese Fälle hinaus eine Bedarfsanalyse durchführen muß, der jeweilige Rat ist der Komplexität der Produkte anzupassen – es wird aber weder zwischen versicherten- und objektgerechter Risikoanalyse und Deckungskonzept differenziert, noch spezielle schadensersatzbewehrte Verhaltens- oder Informations- und Aufklärungspflichten bezüglich des Versicherungsvertragsinhalts, insb. Risikoausschlüssen, festgelegt. Allerdings geht die RL (Berufshaftpflichtvers. wäre überflüssig) konkludent davon aus, daß es solche nat. Regeln gibt. Anders als noch der RL-Vorschlag v.20.9.2000, KOM (2000), 511 endg. ist aber nicht mehr über haftende Person aufzuklären (Art.10 I e des Vorschlags) und auch die Dokumentationspflicht ist weggefallen (Art.12 III im Gegensatz zu Art.10 III des Vorschlags). Zu diesem gesamten Komplex eingehend, Reiff, ZVersWiss 2001, S.451, 458ff.

²³⁶⁸ In Deutschland sog. „treuhändähnliche Sachwalterhaftung“ des Versicherungsmaklers mit umfangreichen Interessenwahrnehmungs-, Aufklärungs- und Beratungspflichten, st.Rspr, vgl. BGHZ 94, S.356 ff., 358ff; dazu Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 5; Werber, ZVersWiss 83 (1994) S.321 ff., 345 ff.; den Versicherungsagenten als Erfüllungsgelhilfe des Versicherers treffen grundsätzlich keine eigenen Pflichten/Haftung (es gelten die Aufklärungspflichten der Versicherer, die nur in Ausnahmefällen greifen, s.o.), es sei denn, es wird ein selbständiger Beratungsvertrag geschlossen (bisher keine Rspr.), der Agent tritt als Makler auf (Reiff, r+s 1998, S.89 ff., 91; BGH, NJW 1988, S.60 ff., 61) oder es besteht ausnahmsweise eine Haftung aus cic (jetzt §§ 280 I, 241 II, 311 III BGB), wenn der Agent in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat und ein besonderes wirtschaftliches Eigeninteresse an dem Vertragsabschluß hatte, wobei dafür nach hM das Provisionsinteresse nicht ausreicht, BGH, VersR 1991, S.1052 ff., 1053 m.w.Nachw.

²³⁶⁹ Wolf, FS Zöller, S.651 ff., 654

re. Neben den o.g. Problemen bei Schadensersatzansprüchen, kommt hier noch hinzu, daß der entstandene Schaden, der auch in fehlendem Versicherungsschutz liegen kann, uU von dem Vermittler nicht ersetzt werden kann, wenn er die Deckungssumme der Berufshaftpflichtversicherung übersteigt. Zudem ist der Einsatz unabhängiger Versicherungsvermittler (Makler) in den einzelnen europäischen Ländern noch sehr unterschiedlich, auch wenn der Prozentsatz dieser Vermittlungs-Personengruppe im Vergleich zu den abhängigen Versicherungsagenten generell steigt²³⁷⁰. Der Einsatz von Versicherungsagenten (häufig Einfirmenvertreter mit Ausschließlichkeitsbindung) statt Versicherungsmaklern ist typisch für das ehemals „alpine“ Modell. Sie können keine verbraucherschützende Rolle im Sinne einer bestmöglichen Auswahl von Versicherungsschutz spielen²³⁷¹. Ein zunehmender Anteil von Versicherungen wird auch im Direktvertrieb verkauft. Vertragsabschlüsse über Internet, Telephon, Fax, etc., bei denen kein Versicherungsvermittler (noch nicht einmal ein abhängiger) tätig wird, nehmen zu²³⁷². Außerdem trägt die Klauselrichtlinie an anderer Stelle bereits dem Einsatz von unabhängigen Versicherungsvermittlern Rechnung. Soweit die Versicherungsbedingungen und/oder die Prämie durch einen unabhängigen Versicherungsvermittler (Versicherungsmakler) als Vertreter des VN vorgeschlagen oder ausgehandelt werden (wie in Großbritannien häufig durch den Broker im „Lloyd´s Room“), ist die Klauselrichtlinie ohnehin nach Art.3 I nicht mehr anwendbar²³⁷³. Schließlich ist ein erhöhter Bedarf an Beratung gerade eine Folge der geringeren Markttransparenz nach der Deregulierung²³⁷⁴, so daß die Beratung und die Informationspflichten als Ausgleich zu werten sind, aber nicht die Inhaltskontrolle entbehrlich machen.

dd) Ergebnis

Eine automatische Verbindung zwischen der Orientierung der Versicherungsaufsicht an dem „maritimen Modell“ mit der Folge eines „Mehr“ an Wettbewerb, Information und Versicherungsvermittlung und einem Weniger an Umfang der inhaltlichen Kontrolle, insbesondere hinsichtlich der Risikobeschreibungen, ist nach alledem also nicht herzustellen. Vielmehr muß umgekehrt gefolgert werden, daß es überhaupt eine inhaltliche Kontrolle (Ob) von Versicherungsverträgen neben verstärkter Information als Ausgleichsmaßnahme für die Deregulierung als Verbraucherschutz geben muß²³⁷⁵. Kontrollverfahren werden zunehmen²³⁷⁶ und auch die Bestimmung des Kontrollumfangs hat an Bedeutung gewon-

²³⁷⁰ Vgl. Zahlen im Rahmen des Vorschlags für eine RL über Versicherungsvermittlung v.20.9.2000, KOM (2000) 511 endg., S.3: während z.B. in Belgien (70%), Niederlande (60%), Großbritannien (70%), Irland (65 %) die Versicherungen im wesentlichen durch unabhängige Makler vertrieben werden, ist der Marktanteil der Generalvertreter z.B. in Deutschland (72%), Luxemburg (80%), Italien (76%) wesentlich höher (ohne Bankgeschäftsstellen zu erwähnen, die idR als Einfirmenvertreter auftreten – wobei Versicherungsvertreter und –makler nicht in allen Mitgliedstaaten genau zu unterscheiden sind, S.9; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 821 nennt folgende Zahlen für Deutschland: 20 % aller Fälle werden durch Versicherungsmakler, 80% von Versicherungsagenten vermittelt; vgl. auch Grundmann, § 7 Einl., Rz.33, FN 72. Eine Übersicht über die einzelnen nat. Regelungen bei Basedow/Fock, S.41 ff.

²³⁷¹ Insb. die von der dt.Rspr. entwickelte Haftung wegen der Vertrauensstellung des Agenten bietet keinen ausreichenden Schutz, da diese nur in Ausnahmefällen greift, Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 5 f. m.Nachw.

²³⁷² Vgl. allgemein für Finanzdienstleistungen Vorschlag über eine RL über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen v. 14.10.1998, KOM (1998) 468 endg., S.3/4; Zahlen bei Vorschlag für Versicherungsvermittlungs-RL, S.3 – allerdings sind diese im Direktvertrieb angebotenen Produkte häufig billiger, da keine Kosten für Vermittlung entstehen; außerdem wählt hier der Kunde bewußt den Weg ohne dritte Vermittler.

²³⁷³ Dazu oben unter 2.Teil A II 2.

²³⁷⁴ Taupitz, VersR 1995, S.1125 ff., 1129

²³⁷⁵ So auch Grundmann, 4.30, Rz.34,36: die Deregulierung ist erst durch die Re-Regulierung der KlauselRL und Gruppenfreistellungsverordnung möglich geworden.

²³⁷⁶ Vgl. Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 46

nen. Für die genaue Abgrenzung und Konkretisierung des Art.4 II können keine Schlußfolgerungen aus haftungsbewehrten Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten getroffen werden²³⁷⁷.

Die Orientierung an dem „maritimen Aufsichtsmodell“, dessen Hauptvertreter Großbritannien ist, bedeutet nicht zugleich eine Orientierung an der dort befürworteten Kontrollfreiheit risiko- und leistungsbeschreibender Versicherungsbedingungen. Zudem ist zu vermuten, daß der geringe Kontrollumfang und die Betonung der Vertragsfreiheit mit der Tradition der völligen Kontrollfreiheit von Versicherungsbedingungen zusammenhängen, so daß dieses Verständnis im Wege des wertenden Rechtsvergleich ohnehin weniger zu berücksichtigen ist, weil die Klauselrichtlinie gerade auch auf Versicherungsverträge anwendbar ist. Außerdem zeigen weitere rechtsvergleichende Hinweise, daß der Kontrollumfang nicht automatisch im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrecht zu sehen ist. In Skandinavien als Vertreter der „maritimen Versicherungskultur“ werden Versicherungsbedingungen umfassend kontrolliert, in Italien liegt der umgekehrte Fall vor, denn das Aufsichtsrecht ist dort der „alpinen Versicherungskultur“ zuzuordnen, die Rechtsprechung geht aber von einem weiten kontrollfreien Bereich aus²³⁷⁸.

Damit handelt es sich bei den verschiedenen Verbraucherschutzmöglichkeiten von Wettbewerb und Information auf der einen Seite und Inhaltskontrolle auf der anderen Seite um nebeneinander anwendbare Verbraucherschutzmaßnahmen²³⁷⁹, wie es auch den Verbraucherschutzprogrammen und Art.153 EG-V zu entnehmen ist²³⁸⁰. Die „Re-Regulierung“ als Ausgleich für die Deregulierung der Versicherungsaufsicht wird „auf zwei Säulen“, die Information und die Inhaltskontrolle verteilt²³⁸¹. Dazu kommt als dritte Säule der Schutz durch Versicherungsvermittler.

Bedeutet ein Mehr an Wettbewerb, Information und Beratung kein Weniger an inhaltlicher Kontrolle, ist umgekehrt auch Vorsicht geboten mit Argumentationen etwa dahingehend, daß die für den Verbraucher nachteilige Folge des Wegfalls der Vorabgenehmigung der AVB durch die Aufsichtsbehörde automatisch ein Mehr an Umfang inhaltlicher Kontrolle durch die Gerichte (in manchen Ländern auch durch die Verwaltung) erfordert. Die Deregulierung mit dem Ziel der Wettbewerbsförderung darf nicht als Anlaß für eine Überprotektion der (durch den Wettbewerb gefährdeten) Verbraucher durch übermäßige Verstärkung der inhaltlichen Kontrolle oder Ergänzung der gesetzlichen Regeln bezüglich Versicherungsverträgen, wie z.B. der Versicherungsvertragsgesetze²³⁸², genommen werden.

²³⁷⁷ So wohl auch Choi, S.282.

²³⁷⁸ Auch dieses weite Verständnis ist weniger zu berücksichtigen, da auch dort mit der Einbeziehungskontrolle ein anderes Kontrollsystem als das der KlauselRL verfolgt wurde.

²³⁷⁹ So i.E.auch Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 229; vgl. auch Übersicht bei Hohlfeld, Versicherungsforum 1993, S.47 ff., 48 ff.

²³⁸⁰ In beiden Verbraucherschutzprogrammen ist die Klauselkontrolle als Maßnahme zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher neben den Maßnahmen zur Unterrichtung und Information der Verbraucher angelegt – auch Art.153 EG-V nennt „wirtschaftliche Interessen“ neben „Recht auf Information“.

²³⁸¹ Vgl. auch Grundmann, S.824, FN 57.

²³⁸² Z.B. in Deutschland beschränkte sich das VVG auch im Hinblick auf die Überwachung der AVB durch die Aufsichtsbehörde auf grundsätzliche Regelungen, Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268; Präve, NVersZ 1998, S.49 – nach der Deregulierung wurden neben § 10 a iVm Anlage D VAG und § 5 a VVG Änderungen des VVG durchgeführt, vgl. Choi S.280; Roth in Honsell, Anhang Europ.Versicherungsrecht, Rz.102, z..B. durch Gesetz v. 21.7.1994 eingeführte Regelungen der Krankenversicherung in §§ 178 a FF.VVG und weitere gefordert (Gesetzent-

Denn durch zu viele ausgleichende Schutzmaßnahmen würde gerade wieder eine Regulierung des Marktes²³⁸³ herbeigeführt und die durch die Deregulierung verfolgten Zwecke könnten konterkariert werden²³⁸⁴. Diese Überlegungen machen die Schwierigkeit deutlich, die aufgrund der widerstreitenden Ansatzpunkte²³⁸⁵ der Deregulierung (Marktöffnung und Wettbewerbsförderung) und Kundenschutz (Regulierung durch Inhaltskontrolle) entstehen.

c) Folge: Generell keine Rückschlüsse auf den kontrollfreien Bereich des Art.4 II aus gemeinschaftsrechtlichen Informationspflichten

In zahlreichen europäischen Richtlinien und Empfehlungen – auch und gerade im Finanzsektor - werden Informationspflichten vor Vertragsschluß oder im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses u.a. über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, Preis und zusätzliche Kosten, Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung, Rechte und Pflichten des Verbrauchers, anwendbares Recht, Modalitäten der Beendigung des Vertragsverhältnisses, Rechtsbehelfe, etc. vorgesehen²³⁸⁶. Nach den unter b) angestellten Erwägungen können generell die Vertragsinhalte, hinsichtlich derer durch europäische Richtlinien Informationspflichten vor oder bei Vertragsschluß auferlegt werden (oder per Empfehlung nahegelegt werden), nicht automatisch als Konkretisierung des kontrollfreien Bereiches bzw. des Begriffes „Hauptgegenstand“ nach Art.4 II herangezogen werden²³⁸⁷, auch wenn der Wortlaut häufig darauf hinzudeuten scheint²³⁸⁸. Die dem Verbraucherschutz durch Information zugrundeliegende Überlegung, daß sich die Verbraucher anhand der Informationen „wohlüberlegt“ entscheiden, ob und welches Produkt sie in Anspruch nehmen wollen²³⁸⁹, stimmt nicht mit der Rechtswirklichkeit und den dogmatischen Grundlagen der Klauselkontrolle überein. Bei Kontrollfreiheit dieser Vertragsbestimmungen würde der Schutzzweck der inhaltlichen Kontrolle konterkariert werden. Genauso wie bei den versie-

wurf der SPD-Fraktion aus dem Jahr 1997, BT-Drucks. 13/8163 – von Adams, ZIP 1997, S.1224 als „Revolution“ bezeichnet; zu den Reformbestrebungen, Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.374 ff., 375 und 378f.; es werden konkrete Vertragsinhalte (Kfz-Pflichtversicherungsverordnung) vorgegeben – mangels europäischer Regelung läuft dies auf einen Wettbewerb der verschiedenen nationalen Versicherungsvertragsrechte hinaus, Grundmann, 4.30, Rz.40: „15 Marken“.

²³⁸³ So auch Langheid, NVersZ 2000, S.63 – für einen höhern Schutz dagegen Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268 f., Choi, S.280.

²³⁸⁴ So ist auch die Zulässigkeit einer behördlich zu erteilende Unbedenklichkeitsbescheinigung („Gütesiegel“) fraglich, weil dann faktisch wieder eine der Genehmigungspflicht vergleichbare Situation entstehen würde, da sich die Versicherer aus Wettbewerbsgründen genötigt sähen, alle eine solche Bescheinigung zu beantragen, vgl. Fahr, VersR 1992, S.1033 ff., 1037 – in Deutschland ist für die durch das Altersvermögensgesetz (AVmG) v. 26.6.2001 neu eingeführten Altersvorsorgeverträge auf Antrag des Anbieters eine Zertifizierung nach dem AltZertG durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen möglich, die bescheinigt, daß der Altersvorsorgevertrag bestimmte gesetzliche, insbesondere steuerrechtliche Anforderungen erfüllt. Nicht bescheinigt wird dagegen die zivilrechtliche Wirksamkeit der Bedingungen oder die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Vertrages, so die Zertifizierung unbedenklich ist.

²³⁸⁵ Sieg, VersR 1993, S.1305 spricht von einem „Zielkonflikt“; in diesem Sinne auch Schmidt in Versicherungsforum 1993, S.27 ff., 33; Choi, S.288.

²³⁸⁶ Dazu ausf. unten *unter 2. Teil D IV 3.g.bb*); Überblick bei Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“; KOM (2001),398 endg., Anhang I zu den einzelnen Richtlinien und Anhang III, S.61 f.

²³⁸⁷ Zw.deshalb Reich, EuZW 1997, S.581 ff., 584 zu Art.4 Fernabsatz-RL 97/7/EG („den Hauptgegenstand des Vertrages zu spezifizieren“).

²³⁸⁸ Z.B.„wesentlichen Merkmale des Produkts“ „notwendig für das Verständnis der wesentlichen Bestandteile“ (EG 23 iVm Art.31 III Dritte RL Leben, jetzt Art.36 III iVm EG 52 Vierte RL Leben); „wesentliche Merkmale der Finanzdienstleistung“ und „Gesamtpreis“ (Art.3 I Nr. 2 a,b), „Beschreibung der Hauptmerkmale der Finanzdienstleistung“ (Art.3 III b), 2.Spiegelstr.) der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; „wesentliche Vertragsbestimmungen“ (Art.4 III Verbr aucherkreditRL 87/102/EWG).

²³⁸⁹ Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.4; vgl. auch EG 3 f. u.21 der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, die inhaltlich im wesentlichen dem EG 52 der Vierten RL Leben entsprechen; sowie erster Vorschlag für diese RL v.14.10.1998, KOM (1998), 468 endg., S.10 („...kann er sich darum bemühen, mit dem Anbieter neue Bedingungen auszuhandeln“) und EG 4.

cherungsrechtlichen Richtlinien sind diese Informationen lediglich als Möglichkeit für den interessierten Verbraucher zu verstehen, aufgrund dieser Informationen den Vertrag zu prüfen und einen Produktvergleich durchzuführen²³⁹⁰. Aus ökonomischen Gründen kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß der durchschnittliche Verbraucher diese Informationen auch vollständig zur Entscheidungsgrundlage macht, zumal insgesamt die Grenze der Informationsaufnahme- und Informationsverarbeitungskapazitäten der Verbraucher längst erreicht ist²³⁹¹. Es muß deshalb eher die Frage gestellt werden, ob nicht die Gesamtheit der gemeinschaftsrechtlichen Informationspflichten sogar zu einer Desinformation des Verbrauchers wegen Überinformation führen können²³⁹². Viele Informationsgegenstände betreffen zudem typischen Nebenabreden²³⁹³, die nach der Klauselrichtlinie eindeutig der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterworfen sind.

6. Unvereinbarkeit der weiten Wortlautlösung (unter 4.) mit Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie und des Art. 4 II

Auch wenn also keine automatische Folge eines Weniger an Schutzbedürftigkeit bezüglich der Mißbräuchlichkeitskontrolle von Versicherungsbedingungen aufgrund des Mehr an Wettbewerb, Information und Vermittlung/Beratung festzustellen ist (5.), bleibt es dabei, dass der Wortlaut des Satzes 3 des 19.EG – isoliert betrachtet – insbesondere mit der „englischen Version“ des Nachsatzes („da“ statt „sofern“) für einen weiten kontrollfreien Bereich aller risiko- und leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen sprechen könnte (s.o. unter 4.).

Bei Auslegung einer Richtlinie ist aber deren Zweck besonders zu beachten, der Wortlaut tendenziell eher weniger²³⁹⁴. Dies gilt ganz besonders dann, wenn – wie hier – die verschiedenen Textfassungen unterschiedlich sind. Nimmt man als Schutzzweck der Klauselrichtlinie²³⁹⁵ allein den Verbraucherschutz an oder setzt man bei der Gefahr mißbräuchlicher Inanspruchnahme einseitiger Vertragsgestaltungsfreiheit aufgrund der Vorformulierung an, dann wäre der Verbraucher bei Leistungsbeschreibungen besonders schützenswert, weil diese häufig viel schwerwiegender in dessen Interessen eingreifen als Nebenbestimmungen²³⁹⁶. Dem würde der weite Wortlaut des Satzes 3 des 19.EG in der „englischen Version“ entgegenlaufen. Auch mit dem hier vertretenen Zweck der Mißbräuchlichkeitskontrolle als Ausgleich des Marktversagens aufgrund des Informationsdefizits seitens des Kunden wäre ein so weiter kontrollfreier Bereich nicht vereinbar. Dieser Wortlaut würde die Privatautonomie zu stark betonen, ohne die Grenzen des Marktmechanismus

²³⁹⁰ Von einer „Möglichkeit“ ist z.B. auch in dem ursprünglichen Vorschlag für eine RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen v. 14.10.1998 die Rede, KOM (1998) 468 endg., S.5 und S.9.

²³⁹¹ Untersuchungen zu der mentalen Verarbeitungsfähigkeit ergaben, daß nur 2 % des gesamtgesellschaftlichen Informationsangebots überhaupt beachtet werden, vgl. Baumann, VersR 1996, S.1 ff., 7.

²³⁹² Vgl. Hübner/Matusche-Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 271.

²³⁹³ Neben den o.g. Beispielen aus der Dritten/Vierten RL Leben, z.B.: der Art.3 der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen enthält Informationspfl.über vertragliche Regelungen, die eindeutig auch bei Finanzdienstleistungen als typ.Nebenabreden der Mißbräuchlichkeitskontrolle der KlauselRL unterfallen, vgl. z.B. Kündigung Art.3 I 3)c) – Nr.1 g und Nr.2 a des Anhanges der KlauselRL, anwendbares Recht u.Gerichtsstandsklauseln Art.3 I 3)f) – Nr.1q des Anhanges der KlauselRL, aber auch Zahlungsmodalitäten (Art.3 2)f), Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts(Art.3 3)a),etc.; Art.4 II (Bedingungen für eine Änderung des Effektivzinses) Verbrauchercredit-RL 87/102/EWG.

²³⁹⁴ Vgl. oben unter 1.Teil C I 2. – der EuGH entscheidet zum Teil sogar gegen den klaren Wortlaut der Richtlinien.

²³⁹⁵ Zu der Schutzzweckdiskussion oben unter 1.Teil D II 3. mit hier vertretenem Schutzzweck unter c).

²³⁹⁶ So im Hinblick auf das deutsche AGBG auch Dylla-Krebs, S.139 ff.; w.Nachw.bei Dreher, S.300, FN32.

und die besondere Schutzbedürftigkeit der VN auch bei Leistungsbeschreibungen zu bedenken:

Wie gesehen, befaßt sich der durchschnittliche VN vor Vertragsschluß typischerweise nicht mit dem gesamten System aller Risikobeschreibungen, Deckungsbeschränkungen, Selbstbehalten, Obliegenheiten etc.²³⁹⁷. Während bei „normalen AGB“ die Information des Kunden über den Leistungsgegenstand zu erwarten ist, so ist dies bei Versicherungsverträgen als Rechtsprodukt nicht der Fall²³⁹⁸. Hierbei handelt es sich um eine kostenbedingt berechnete Unaufmerksamkeit. Auch die Sicherstellung der Transparenz (Art.4 II) ist als Schutz nicht ausreichend, da diese zwar den Prüfungsaufwand mindert aber nicht beseitigt²³⁹⁹. Da somit bezüglich des Inhalts eines Großteils der risiko- und leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen kein wirksamer Wettbewerb zustande kommt, muß – entgegen dem englischen Wortlaut des 19.EG Satz 3 - als Ausgleich für das Marktversagen eine inhaltliche Kontrolle greifen²⁴⁰⁰ (Abgrenzung nach potentielltem Klauselwettbewerb bei Art.4 II)²⁴⁰¹. Der zu weite englische Wortlaut 19.EG Satz 3 ist folglich einschränkend so auszulegen, daß zunächst jedenfalls nicht alle Risiko- und Leistungsbeschreibungen kontrollfrei sind. Auch wenn ein EG grundsätzlich als Hilfe für die Richtlinienauslegung und auch für die Zweckbestimmung dienen kann, so kann er nicht – wie sich bereits bei EG 10 zeigte²⁴⁰² - für einen bestimmten Vertragstyp eine Abweichung von dem Richtlinien text selbst (hier der Auslegung des kontrollfreien Bereiches nach Art.4 II²⁴⁰³) oder dem Sinn und Zweck der gesamten Richtlinie darstellen. Neben den essentialia²⁴⁰⁴ ist dem durchschnittlichen VN nur eine Information, Berücksichtigung und Selbstkontrolle eines Teils der Leistungsbeschreibungen zuzumuten, der als „Hauptgegenstand“ der Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen ist²⁴⁰⁵.

Auch der Charakter der Klauselrichtlinie als Mindestschutzrichtlinie, die nicht auf Harmonisierung sondern Rechtsangleichung gerichtet ist²⁴⁰⁶, spricht nicht zwingend für einen weiten kontrollfreien Bereich iSd der Wortlautlösung. Denn der Kontrollbereich gehört zu dem Mindestschutzniveau, auf das der Verbraucher vertrauen kann²⁴⁰⁷. Die inhaltliche Kontrolle auch eines Teils der leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen kann zudem nicht unter Hinweis auf die sog. Goodwill-Kontrolle entfallen. Darunter versteht man die Entscheidung der Marktteilnehmer, ein Produkt, mit dem man schlechte Erfahrung-

²³⁹⁷ Er befaßt sich typischerweise nur mit einem „groben“ Preis -Leistungsvergleich, vgl.auch Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.226.

²³⁹⁸ Vgl. Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I Rz.45 - entgegen Willett/Hird in Cartwright, S.219 ff., 220 ,werden also gerade nicht alle Leistungsbeschr. der Versicherungsbed. zur Grdgl. der Auswahlentscheidung gemacht.

²³⁹⁹ Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 574; Drygala, S.303: auch die Vermeidung von Überraschungen hat keine Auswirkungen auf ein informationsbedingtes Marktversagen.

²⁴⁰⁰ Inhaltskontrolle als „Qualitätskontrolle“; vgl. Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I , Rz.45.

²⁴⁰¹ *Oben 2.Teil B I und IV 2.ff.*; so bei Versicherungsverträgen auch Basedow, NVersZ 1999, S.349: „Lebensnäher als Abgrenzung nach primären und sekundären Leistungsbeschreibungen und Obliegenheiten“.

²⁴⁰² *2.Teil A II 1.b*) – sowie allgemein zu der begrenzten Wirkung von Erwägungsgründen *1.Teil CI 2.e*).

²⁴⁰³ *2.Teil B IV*

²⁴⁰⁴ *Oben 2.Teil C III 2.*

²⁴⁰⁵ Dazu dann unten unter 7.

²⁴⁰⁶ Art.8, 1 I; EG 12 („teilweise Harmonisierung“), 17 („Minimalcharakter“); dazu Paschke/Iliopoulos, S.152 f.

²⁴⁰⁷ Erwägungsgründe 2,5,6,7,10 – auch die Anbieter können auf diesen Kontrollumfang vertrauen; der Mindestcharakter bezieht sich vornehmlich auf den Anwendungsbereich, vgl. EG 12, der ausdrücklich die Beschränkung auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln und auf Verbraucherverträge hinweist.

gen gemacht hat, nicht mehr zu kaufen, sondern sich für ein Konkurrenzprodukt zu entscheiden (learning by losing)²⁴⁰⁸. Eine solcher Einfluß auf den Markt ist generell als nur mittelbare Kontrolle der Produktinhalte im Vergleich zu einer gerichtlichen oder behördlichen Inhaltskontrolle zu langsam und nicht immer zuverlässig²⁴⁰⁹. Gerade bei Versicherungen, die idR als Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet sind, eignet sich eine Goodwill-Kontrolle nicht, weil solche Produkte (z.B. Lebensversicherung) selten mehrfach abgeschlossen werden. Auch bei anderen Versicherungen wie z.B. Diebstahlversicherungen tritt der Versicherungsfall regelmäßig nur selten ein oder liegt zumindest in weiter Ferne, so daß dem VN keine Erfahrungswerte mit dem Versicherungsprodukt zur Verfügung stehen. Außerdem ist die Qualität einer Versicherung als Vertrauensgut uU auch bei mehrmaligem „Gebrauch“ für einen durchschnittlichen VN ohne Fachwissen nicht erkennbar. Selbst wenn aber ein VN eine Versicherung als unvorteilhaft wahrnimmt, wird er häufig durch Anbieterwechselkosten an einem Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen gehindert²⁴¹⁰.

7. Einschränkende Auslegung nach Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie und dem in Art.4 II zum Ausdruck kommenden Gedanken

a) Möglichkeit der Kontrollfreiheit von risiko- und leistungsbeschreibenden Klauseln außerhalb des Kernbereiches nach Satz 3 des 19.EG

In der Literatur wird der 19.EG trotz der Formulierung des Satzes 3 („und die Verpflichtung des Versicherers“) idR nur im Hinblick auf die Frage erörtert, ob danach auch Risiko- und leistungsbeschreibungen, insbesondere Risikoausschlüsse, über den Kernbereich der essentialia negotii hinaus kontrollfrei sind²⁴¹¹. Diese Frage ist – soweit der Satz 3 als Schlußfolgerung aus Satz 1 angesehen wird²⁴¹² – sehr umstritten²⁴¹³; teilweise wird sie bejaht²⁴¹⁴, teilweise wird dagegen der kontrollfreie Bereich der Richtlinie genauso eng verstanden wie nach deutscher herrschenden Meinung im Rahmen des § 8 AGBG a.F.= § 307 III 1 BGB²⁴¹⁵.

²⁴⁰⁸ Adams, BB 1989, S.781 ff., 784 ff.

²⁴⁰⁹ Adams, BB 1989, S.781 ff., 785 f.

²⁴¹⁰ Geiger, S.173f., insb. bei faktisch auf Lebenszeit geschlossenen Versicherungen wie Kapitallebens- und Krankenversicherungen; „Lock-in-Situation“ auch im Bankbereich, Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 122 – diese Kostenregelung ist nicht kontrollfrei, 2. Teil B IV 5.

²⁴¹¹ Vgl. statt vieler Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., die deshalb problematisiert, ob nicht bei einer mögl. Sonderbedlgr. risikoausschl. und -beschr. Kl. ein Anreiz zu der Formulierung „verhüllter“ Oligomenen bestehe.

²⁴¹² Dazu oben unter 2. Teil C III 3. – diejenigen, nach denen Satz 3 als Schlußfolgerung aus Satz 2 anzusehen ist, müssen konsequenterweise davon ausgehen, daß die in Satz 3 genannten Klauseln der Kontrolle unterfallen.

²⁴¹³ Hier wird nur die Frage eines nach der RL weiteren kontrollfreien Raumes als in Deutschland erörtert – zu den möglicherweise nach Satz 3 aufgestellten Voraussetzungen, siehe unten unter b).

²⁴¹⁴ Lorenz in Karlsruher Forum 1997, S.5 ff., 6 f. und 96 f.; Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 416 ff.; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Hoffmann, S.278; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 829; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 95/96; Kapnopolou, S.109 ff., 112, FN 27; Reinhard in Anm. zu LG Gießen, VersR 1996, S.496 ff., 498; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1266 („sensationelle Positionsverbesserung“ der Versicherungswirtschaft); ders. FS Brandner, S.259 ff., 274; wohl auch Reich, Konferenzunterlagen, S.193 und Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 278 ff.; dies. VersR 1998, S.1071 ff., 1074; zw. Grundmann, 2.10, Rz.30 – Tendenz, aber offenlassend: Basedow, NVersZ 1999, S.349; Hübner, S.9 ff., 57 f. und Römer, S.95 f., beide in Karlsruher Forum 1997 – keine Problematisierung von „versichertes Risiko und Verpflichtung des Versicherten“ bei Kapnopolou, S.109 ff.

²⁴¹⁵ Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1308; so wohl auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4 Rz.30, wobei er nicht klarstellt, was genau er unter der kontrollfreien „Beschreibung des versicherten Risikos“ versteht, Obliegenheiten und Leistungsausschlussklauseln hält er jedenfalls für kontrollfähig; Tendenz, aber offenlassend: Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.47; ders. MDR 1997, S.312 ff., 315.

Zwar kann der Wortlaut des Satzes 3 wie gezeigt nicht so verstanden werden, daß automatisch alle risiko- und leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen kontrollfrei sind. Alle Sprachfassungen sowie die oben aufgeführten Argumente²⁴¹⁶ sprechen aber dennoch dafür, daß mehr leistungsbeschreibende Klauseln als nur der Kernbereich - der sich sowohl aus dem Rechtsvergleich als gemeinsamer Nenner ergab²⁴¹⁷, als auch in einem ersten Schritt als Mindestmaß der Kontrollfreiheit (essentialia negotii) im Rahmen des Art.4 II zu ermitteln ist²⁴¹⁸ - der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen sind. Wie bereits allgemein bei Art.4 II dargestellt, ist der kontrollfreie Bereich nicht notwendigerweise auf essentialia negotii begrenzt²⁴¹⁹, sondern es können auch Klauseln unter Art.4 II fallen, bei denen die Kontrollbedürftigkeit zu verneinen ist. Bei Risiko- und Deckungsbeschränkungen handelt es sich – wie eine repräsentative Umfrage hinsichtlich der Schadensversicherung in Deutschland aus dem Jahr 1992 ergab²⁴²⁰ - um Bereiche, für die sich ein Durchschnittsverbraucher grundsätzlich interessiert, wenn er auch nicht die gesamten AVB danach durchsucht. Auch in vielen Ländern, die vor Erlaß der Klauselrichtlinie wie die Mehrzahl der EU-Länder von einer nahezu umfassenden Kontrolle von Risikobeschreibungen ausgingen, sind Tendenzen zu mehr Kontrollfreiheit erkennbar²⁴²¹.

b) Voraussetzungen des Satzes 3 für die Kontrollfreiheit

Bei Zugrundelegung der Besonderheiten des Produktes „Versicherung“ sowie des Sinn und Zwecks der Klauselrichtlinie bzw. der Abgrenzung bei Art.4 II nach dem potentiellen Klauselwettbewerb²⁴²², können risiko- und leistungsbeschreibende Versicherungsbedingungen nicht voraussetzungslos kontrollfrei sein. Satz 3 des 19.EG stellt zwei Voraussetzungen für die Kontrollfreiheit auf: Die Klauseln müssen deutlich (bzw. klar und eindeutig: „clearly“, „claramente“, „chiaramente“, „clairement“) sein und bei der Prämienberechnung „Berücksichtigung finden“.

aa) Voraussetzung der Deutlichkeit

Deutlich muß erkennbar sein, daß die betreffende Klausel das versicherte Risiko oder die Verpflichtung des Versicherers festlegt oder abgrenzt bzw. begrenzt²⁴²³. Nur dann ist das Preis-Leistungs-Verhältnis für einen Verbraucher erkennbar und vergleichbar²⁴²⁴. Die betreffende Klausel muß so im Klauselwerk situiert sein, daß deren enger Bezug zu dem Umfang der versicherten Gefahr und der Deckung gemessen an den normalen und zumutbaren Überlegungsmöglichkeiten eines Durchschnittsverbrauchers deutlich wird. Für eine

²⁴¹⁶ *Unter 2. Teil C III 4.*

²⁴¹⁷ *Oben 2. Teil C III 2.*

²⁴¹⁸ *Oben 2. Teil B IV 3., 2. Teil C III 2..*

²⁴¹⁹ *Vgl. 2. Teil B IV 4.*

²⁴²⁰ Bei Schmidt, Versicherungsforum 1993, S.27 ff., 39 : danach interessierten sich 86 % der westdeutschen und 85 % der ostdeutschen VN bei dem Abschluß einer Schadensversicherung in erster Linie für die Prämienhöhe; 78 % legen auch auf den Umfang der Deckung wert, für Ausschlüsse interessierten sich immerhin noch 68 %, für die Fragen des Selbstbehalts 62 %, für Familiendeckungen 59 % der Befragten – Prämienhöhe, allgemeinste Beschr. des Deckungsumfangs und vers. Personen sind bereits als essentialia negotii nach Art.4 II kontrollfrei.

²⁴²¹ *Vgl. oben unter 2. Teil C II, insbesondere Zusammenfassung in 12.*

²⁴²² *2. Teil C I 1. und 2, III 5. und 6.*

²⁴²³ Häufig wird auf die Voraussetzung der Deutlichkeit nicht eingegangen, z.B. Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff.; Faust, VersR 1999, S.413 ff., Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff.; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff. – str., ob Deutlichkeit strengere Anf. als Transparenzgebot in Art.4 II,5, so Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 230; aA Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96, FN 13 („deutlich“ als Folge des Transparenzgebotes in Art.4 II).

²⁴²⁴ Ähnlich Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 21.

Deutlichkeit, die nach Einzelfall zu beurteilen ist, sprechen besondere drucktechnische Hervorhebungen, eine Stellung zu Beginn der insgesamt übersichtlichen Versicherungsbedingungen oder die Gruppierung weniger Bestimmungen unter einer Überschrift wie z.B. „versichertes Risiko“; „Deckungsumfang“; u.ä.²⁴²⁵. Die Deutlichkeit muß sich aus dem Vertragswerk selbst ergeben.

Mit der Voraussetzung der Deutlichkeit ist damit – anders als grundsätzlich bei Art.4 II²⁴²⁶ – bei Versicherungsverträgen ein Transparenzaspekt Voraussetzung für die Kontrollfreiheit. Bei einem komplexen Versicherungsprodukt können i.E. nur wenige Bestimmungen für den VN noch so deutlich als bestimmendes Element für das Preis-Leistungs-Verhältnis erkennbar sein, daß eine Selbstkontrolle zumutbar ist - bei mehrseitigen Zusammenfassungen von Risikobeschreibungen fehlt es damit schon an der Deutlichkeit. Bei Obliegenheiten ist trotz ihrer Eigenschaft als Leistungsbeschreibungen²⁴²⁷ besonders bei nicht risikobezogenen Obliegenheiten fraglich, ob diese von einem durchschnittlichen VN deutlich als Bestimmung der „Verpflichtung des Versicherers“ und nicht vielmehr als eigene Verpflichtung wahrgenommen werden (dazu sogleich unter bb). In jedem Fall wäre für die Deutlichkeit erforderlich, daß ein Hinweis auf das Entfallen der Entschädigungspflicht bei Nichteinhaltung der Obliegenheit in unmittelbarem Zusammenhang vorhanden ist²⁴²⁸. In Deutschland ist die ausdrückliche Regelung der Rechtsfolge grundsätzlich Voraussetzung für die Leistungsfreiheit des Versicherers bei Nichteinhaltung der Verhaltenspflicht²⁴²⁹.

bb) „Sofern“-Nachsatz

aaa) „Sofern“-Nachsatz als weitere Voraussetzung?

Die Klauseln müssen nach dem Nachsatz bei der Prämienberechnung „Berücksichtigung finden“: Hier ist innerhalb der Ansichten, die Satz 3 als Konkretisierung des Kontrollumfangs einordnen, umstritten, ob es sich im Sinne z.B. der deutschen Fassung²⁴³⁰ um eine echte Voraussetzung der Kontrollfreiheit handelt²⁴³¹ oder im Sinne z.B. der englischen Textfassung um eine bloße Feststellung/ Begründung der Kontrollfreiheit bzw. Schlußfolgerung ohne eigenständigen Regelungsgehalt²⁴³². Aufgrund der Unvereinbarkeit des englischen Wortlauts mit dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie und dem Gedanken des Art.4 II²⁴³³, nach dem die Vertragsautonomie als Kennzeichen der freien Marktwirtschaft durch den Kundenschutz begrenzt ist, ist der Nachsatz des Satzes 3, 19.EG als „sofern-Nachsatz“ und damit als Voraussetzung der Kontrollfreiheit zu verstehen. Es ist auch davon auszuge-

²⁴²⁵ Anders als z.B. in der Entscheidung des OLG, VersR 1998, S.627 ff., 628 kann es also sehr wohl einen Unterschied für die Kontrollunterworfenheit machen, ob eine Klausel in § 1 oder § 3 der AVB enthalten ist.

²⁴²⁶ Zu der Bedeutung des „sofern“-Nachsatzes in Art.4 II, vgl. *oben unter 2.Teil B V*.

²⁴²⁷ Vgl. Dreher, S.170

²⁴²⁸ Vgl. auch die Forderung von Willett/Hird in Carwright, S.227 ff. (für warranties).

²⁴²⁹ Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.84

²⁴³⁰ Zu den einzelnen Textfassungen *oben unter 2.Teil C II 12. und III 4*.

²⁴³¹ Fausten, VersR 1999, S.413 ff.; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240; Basedow in Schulte-Nölke/Schulze, S.277 ff., 283; ders. NVersZ 1999, S.349; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1266; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 282; dies. VersR 1998, S.1071 ff., 1074; Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96, MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.106; Basedow/Fock, S.37; Basedow/Fock-Lenzing, S.172.

²⁴³² Grundmann, 2.10, Rz.30; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 577 f.; ähnlich, allerdings als Begründung der inhaltlichen Wirksamkeit, Kapnopoulou S.111.

²⁴³³ *Insbesondere 2.Teil C III 4.-6*.

hen, daß der Nachsatz nicht bloß überflüssigerweise die allgemein anerkannte Tatsache wiederholen sollte, daß die Summe aller leistungs- und produktbeschreibenden Klauseln Grundlage der Prämienkalkulation ist²⁴³⁴.

bbb) „Berücksichtigung bei der Prämienberechnung“

In dem EG wird nicht konkretisiert, was unter „Berücksichtigung bei der Prämienberechnung“ zu verstehen ist. Fordert man lediglich eine rein tatsächliche Prämienrelevanz einer Klausel (Kausalität)²⁴³⁵, ist fraglich, ob im Streitfall die versicherungsmathematische Berücksichtigung der einzelnen (Ausschluß-)Klausel in der internen Prämienkalkulation durch den Versicherer nachgewiesen werden muß²⁴³⁶. Oder ist ein Nachweis, daß ein Wegfall der betreffenden Klausel zu einer nicht unerheblich höheren Schadensbelastung und daher zu einem höheren Prämienbedarf führen würde, durch den Versicherer erforderlich? Eine weitere Auslegungsmöglichkeit wäre, daß die Berücksichtigung einer risiko- und leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingung bei der Prämienberechnung für den VN erkennbar sein muß²⁴³⁷. Grundmann bringt in diesem Zusammenhang den Gedanken ins Spiel, ob nicht die gesamte Kalkulation als Schlußfolgerung aus dem Transparenzgebot offengelegt werden muß²⁴³⁸.

Hier ist zunächst der letzten Auslegungsvariante eine Absage zu erteilen. Denn die Preisbildung, also alle Komponenten der Prämienkalkulation, ist ein wesentliches Betriebsgeheimnis im Wettbewerb einer marktwirtschaftliche orientierten Rechtsordnung. Eine Offenlegung der Preisbildung widerspricht wettbewerblichen Grundsätzen und kann sogar unzulässig sein²⁴³⁹. Preiswettbewerb erfordert aus ökonomischer Sicht nur die Transparenz von Leistung und Gegenleistung, nicht aber zusätzlich die Transparenz der Kalkulation²⁴⁴⁰. Die völlige Aufschlüsselung der Prämie würde auch zu einer Informationsüberlastung des Klauselwerkes führen und wäre für einen durchschnittlichen VN nicht verständlich. Das Transparenzgebot wäre also gerade nicht eingehalten.

²⁴³⁴ Vgl. *oben Zusammenfassung in 2.Teil C III 12.*; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 273; „Wesensmerkmal der Versicherung“.

²⁴³⁵ Für Kontrollfreiheit aller prämienrelevanten Klauseln: Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 417 ff., 418 („jede belegbare und versicherungsmathematisch nachvollziehbare Prämienreduktion wegen einer in AVB enthaltenen Ausschlußbestimmung“); Grundmann, 2.10, Rz.30; Lorenz in Karlsruher Forum 1997, S.96 f.; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1307 f.; Reinhard, Anm.zu LG Gießen, VersR 1996, S.497 ff., 499; so wohl auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240, nach denen alle Einschränkungen zu einer billigeren Prämie führen müssen; Römer in Karlsruher Forum 1997, S.95/96 (weit: „...wenn in irgendeiner Weise ...im Zusammenhang mit der Prämie steht“; aber i.E.offenlassend).

²⁴³⁶ Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Fausten, VersR 1999, S.413 ff., S.418/419; wohl auch Grundmann, 210, Rz.30 u.Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 23, obwohl er S.22/23 selbst davon ausgeht, daß in den meisten Fällen der Zusammenhang zwischen Prämienhöhe und dem Garantiefumfang nicht zu bestimmen ist – Kullmann sieht Satz 3 allerdings als Folge aus Satz 2 an und geht außerdem davon aus, daß nur „clauses de délimitation du risque garanti“ erfaßt werden, zu denen er nicht Risikoausschlüsse, aber z.B.Vertragsdauerregelungen zählt.

²⁴³⁷ So Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1266 (Arg.: Schutzzweck); ders. FS Brandner, S.259 ff., 273/274 (zusätzliches Arg.: Transparenzgebot); zust. Kieninger, VersR 1998, S.1971 ff., 1974; dies., ZEuP 1994, S.277 ff., 282; zust.m.Arg. aus Transparenzgebot des Art.4 II auch MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.106; ähnl. Basedow/Fock, S.37.

²⁴³⁸ Grundmann, 2.10, Rz.30; tendenziell Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418 (transparente Prämienberechnungspraxis).

²⁴³⁹ Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.30 m.Nachw. in FN 102 eine gegenseitige Offenlegung der Kalkulationsgrdlg. kann zu unzul. abgestimmten Verhaltensweisen führen; vgl.auch Dylla-Krebs, S.143 f.m.w.Nachw.

²⁴⁴⁰ Grundmann, 2.10, Rz.30

Bei der Auslegung des „sofern“-Nachsatzes muß wiederum von der Abgrenzung nach dem potentiellen Klauselwettbewerb ausgegangen. Der Verbraucher informiert sich über das Preis-Leistungs-Verhältnis, so daß nur die Klauseln, die sich für ihn erkennbar auf dieses Verhältnis auswirken, in seine Auswahlentscheidung, welche Versicherung er abschließt, mit einfließen. Die bloße tatsächliche Prämienrelevanz oder Berücksichtigung bei der internen Kalkulation kann genauso wie die Verkehrsüblichkeit²⁴⁴¹ nicht ausreichen, weil dies für den Verbraucher nicht zu überblicken ist und eine Information ihm nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch nicht zuzumuten ist.

ccc) Tarifwahlmöglichkeiten hinsichtlich risiko- und leistungsbeschreibender AVB

Erkennbar ist der Prämienbezug jedenfalls bei Tarifwahlmöglichkeiten hinsichtlich leistungsbeschreibender Versicherungsbedingungen, also bei Wahl zwischen einen größeren Umfang des Versicherungsschutzes zu einem höheren Preis und einer geringeren Deckung zu einem niedrigeren Preis²⁴⁴². Voraussetzung der Kontrollfreiheit ist immer, daß die Wahlmöglichkeit für den durchschnittlichen VN aus den Versicherungsbedingungen klar erkennbar war²⁴⁴³. Bei der Wahl zwischen zwei von dem Versicherer vorgegebenen Tarifen liegt noch keine Individualvereinbarung vor²⁴⁴⁴. Kontrollfrei sind solche Vertragsgestaltungen, bei denen gegen Prämienaufschläge bestimmte Risiken mitversichert oder Risikoausschlüsse abbedungen werden können. Denn in diesen Fällen muß sich der Verbraucher für eine Variante entscheiden, so daß er informiert ist und diese Varianten auch in seine Überlegungen und seine Verbraucherentscheidung mit einbezieht. Eine Mißbräuchlichkeitskontrolle ist entbehrlich²⁴⁴⁵.

Kontrollfrei sind also jedenfalls sog. „weiche Rabattierungsmerkmale“²⁴⁴⁶ in der Kfz-Versicherung, also Rabatte für Garagenfahrzeug, Wenigfahrer, Einzelfahrer VN-Partnererlaß, usw. Wie alle von der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogenen Klauseln müssen die weichen Rabattierungsmerkmale aber den Transparenzanforderungen genügen. Ein Auseinanderziehen etwa der sachlich zusammengehörenden Regelung des Nachlasses für ein Garagenfahrzeug und der näheren Erläuterung, daß ein Garagenfahrzeug nur dann gegeben sei, wenn das Kfz „überwiegend“ oder „stets“ in der Garage abgestellt werde²⁴⁴⁷, erfüllt uU die Transparenzvoraussetzungen nicht mehr²⁴⁴⁸. Befinden sich diese einschränkenden Umschreibungen des Rabattbestandes in engem Zusammenhang, dann sind die Einschränkungen deutlich und der Mißbräuchlich-

²⁴⁴¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.4, Rz.20, der einen Risikoausschluß dann auf Mißbräuchlichkeit überprüft, wenn sich die Prämie trotz Risikoausschluß im verkehrsüblichen Rahmen einer vollen Deckung hält.

²⁴⁴² Z.B.auch bei Zusatzversicherungen.

²⁴⁴³ Wurde oben festgestellt (5.), daß der grundsätzliche Ansatz der Klauselrichtlinie nicht unbedingt mit dem Verbraucherleitbild des EuGH übereinstimmt, so ist die Kontrollfreiheit im Fall von Tarifwahlmöglichkeiten bei risiko- und leistungsbeschreibenden Klauseln auch außerhalb des Kernbereiches wieder ein Hinweis auf den mündigen Verbraucher.

²⁴⁴⁴ Vgl. BGH, NJW 1996, S.1208 für Deutschland– gilt nach Sinn und Zweck auch für die KlauselRL, vgl.Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.18.

²⁴⁴⁵ Römer in Karlsruher Forum 1997, S.96 f.; die Kontrollfreiheit bei erkennbarer Prämienberücksichtigung ist also weniger eine Folge des Transparenzgebots - so Arg. bei MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.106; Schmidt-Salzer, FS Brandner S.259 ff., 273/274; Basedow/Fock-Lenzing, S.172 - als eine Folge des dem Art.4 II zugrundel.Gedanken u. des RL-Schutzzwecks.

²⁴⁴⁶ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1266; ders. FS Brandner, S.259 ff., 275

²⁴⁴⁷ Beispiel bei Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1267; ders. FS Brandner, S.259 ff., 275/276.

²⁴⁴⁸ 2.Teil D IV 1.

keitskontrolle entzogen²⁴⁴⁹. Kontrollfrei sind aber nur die Festlegung der Rabattbestände und deren Höhe selbst, nicht dagegen sonstige diese Rabatte betreffende Regelungen²⁴⁵⁰.

In dem Schulbeispiel der Sturmversicherung wäre also die Einschränkung auf Versicherungsschutz erst ab einer bestimmten Windstärke neben der oben angezeigten Möglichkeit der Aufnahme in die allgemeinste Beschreibung des Versicherungsfalles oder schlagwortartigen Produktbezeichnung²⁴⁵¹ auch dadurch möglich, daß der Versicherer die Übernahme des Sturmrisikos für verschiedene Windstärken bei unterschiedlich hoher Prämie anbietet, so daß sich der VN für eine Variante entscheiden kann. Weitere Beispiele wären die Wahl zwischen Entschädigung in voller Höhe ohne Deckungsbeschränkung (z.B. Selbstbehalt) bei höherer Prämie und verschiedenen Selbsthalten zu gestaffelt billigeren Prämien. Außerdem die Wahl zwischen unterschiedlich umfangreichen Heilmitteln in Krankenversicherungen zu unterschiedlichen Prämien²⁴⁵². Damit führt nach der Klauselrichtlinie bei risiko- und sonstigen leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen die Tarifwahl bereits zu deren Kontrollfreiheit, während sonst die Tarifwahlmöglichkeit in den einzelnen Ländern erst bei der Inhaltskontrolle als Rechtfertigungsargument für ein Gleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten berücksichtigt wurde²⁴⁵³.

Die Wahlmöglichkeit kann mit Rücksicht auf den grundsätzlich engen kontrollfreien Bereich gemäß Art.4 II²⁴⁵⁴ und den Satz 2 des 19.EG nur bei Versicherungsbedingungen mit direktem Leistungsbezug zu einer Kontrollfreiheit führen. Bei den typischen Nebenbestimmungen, die sich auf Leistungsmodalitäten, Vertragsdurchführung und Leistungsstörungen beziehen und die nur mittelbaren Leistungsbezug aufweisen (z.B. Änderungsklauseln, Kündigungsmöglichkeiten), bleibt die Wahlmöglichkeit dagegen weiterhin auf der Prüfungsstufe der Inhaltskontrolle, weil diese Klauseln schon generell nicht erkennbar preiswirksam sind²⁴⁵⁵.

Bei der Wahlmöglichkeit darf nicht die relative Günstigkeit der Prämie²⁴⁵⁶ oder die Angemessenheit der geringeren Prämie bei eingeschränktem Versicherungsschutz geprüft

²⁴⁴⁹ AA wohl Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.159 ff., 276; m.E.gilt dies jedenfalls, solange es sich um begriffsnotwendige Definitionen handelt, die der Verkehrsanschauung eines Garagenfahrzeugs entsprechen.

²⁴⁵⁰ Z.B. Mitteilungspflichten des VN; Klausel, nach der ab Entfallen der Rabattierungsvoraussetzungen die Normalprämie gilt, etc., vgl. Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1267; ders. FS Brandner, S.259 ff., 276 ff.

²⁴⁵¹ Unter 2. Teil C III 2.

²⁴⁵² W.Bsp.in privater Krankenvers.sind Tarifwahlmöglichkeiten: z.B. Einbett-Zweibettzimmer, Chefarztbehandlung bei Krankenhausaufenthalt, etc. bei unterschiedl. Prämienhöhe; z.B. auch bei Wahl zw.Versicherungsschutz unter Ausschl. Kostenerstattung für Heilpraktikerleistungen mit günstigerer Prämie und einer höheren Prämie unter Einschl. dieser Kostenerstattung, Lorenz, Karlsruher Forum 1997, S.97.

²⁴⁵³ Bei bestehender Tarifwahlmögl. wirkt sich daher der Streit, ob die Klauseln nach Satz 3 schon nicht kontrollunterworfen sind (Schlußf.aus Satz 1), oder ob sie zwar kontrollfähig aber inhaltl. nicht zu beanstanden sind (Schlußf. aus Satz 2) idR nicht aus: denn i.E.bleibt die Klausel wirksam. Der Unterschied besteht darin, daß bei der 2.Variante eine Klausel trotz Tarifwahlmöglichk. aufgr. Interessenabwg. trotzdem unwirksam sein kann, wenn dadurch die Versicherung ausgehöhlt wird, oder sonst ein erhebliches Mißverh. besteht. Bei der hier vertretenen Lösung kann dagegen auch ein „ausgewählter“ und transparenter Risikoausschluß, der die wichtigsten Risiken erfaßt, kontrollfrei sein, selbst wenn für den VN hinsichtlich des restl.vers. Risikos kein vernünftiges Interesse besteht, aA Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1266. Allerdings muß die äußerste Grenze der Sittenwidrigkeit, Wucher, laesio enormis, etc. eingehalten werden, vgl. 2. Teil B III 1.c).

²⁴⁵⁴ „Hauptgegenstand des Vertrages“

²⁴⁵⁵ Nach Art.4 II können grundsätzlich nur Leistungsbeschr. bzw. Hauptleistungsbestimmungen kontrollfrei sein – bei Versicherungsverträgen ist nur fraglich, ob dieser Bereich noch weiter eingeschränkt werden muß.

²⁴⁵⁶ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 274; Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 281;so aber Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff.,240 und Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96.

werden²⁴⁵⁷, so daß auch ein minimaler Preisunterschied nicht zu beanstanden wäre²⁴⁵⁸. Eine Angemessenheitsprüfung wäre nicht mit Art.4 II iVm Satz 1 des 19.EG vereinbar, und auch in Satz 3 wird nicht von „angemessener Berücksichtigung“ sondern wertungsfrei nur von „Berücksichtigung“ gesprochen, für die eine erkennbare Preisrelevanz ausreicht²⁴⁵⁹. Da die Klauseln nur der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle, nicht aber der Transparenzkontrolle entzogen sind (Art.4 II), muß berücksichtigt werden, daß eine zu große Anzahl von unterschiedlichen Wahlmöglichkeiten zur Intransparenz führen kann. Auch die Deutlichkeit wäre fraglich, so daß die Kontrollfreiheit grundsätzlich nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden kann.

ddd) Sonstige risiko- und leistungsbeschreibende Versicherungsbedingungen

Abgesehen von den offensichtlichen Fällen der Tarifwahl ist der Prämienbezug für einen Durchschnittsverbraucher auch bei anderen risiko- und leistungsdefinierenden Klauseln erkennbar²⁴⁶⁰. Ein Durchschnittsverbraucher weiß, daß er durch eine Versicherung nicht umfassend versichert ist, sondern nur im Hinblick auf eine bestimmte Gefahr. Wie schon oben erwähnt (unter 2.), wird der Kernbereich der versicherungstypkonkretisierenden Klauseln als der Bereich der essentiellen Leistungsbeschreibungen von dem VN typischerweise berücksichtigt und deren Kenntnis ist ihm auch zuzumuten. Die Entscheidung, „was und wogegen“ sich der Einzelne versichern will, ob und welchen Versicherungstyp er benötigt (z.B. Haftpflicht- oder Unfallversicherung), kann dem Verbraucher nicht abgenommen werden. Bei diesem Kernbereich ist der Prämienbezug auch für einen durchschnittlichen VN erkennbar. Die Erkennbarkeit der Berücksichtigung bei der Prämie ist also als andere Umschreibung der Zumutbarkeit (in ökonomischer Hinsicht) der Information hinsichtlich des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu verstehen, das der Verbraucher dann zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Versicherungsprodukten macht.

Hinsichtlich der Definitionen von unbestimmten Begriffen aus der allgemeinsten Beschreibung des Versicherungsfalles hat bereits der Rechtsvergleich gezeigt, daß deren Einordnung problematisch ist. Solange es sich bei der Definition um begriffsnotwendige Feststellungen handelt²⁴⁶¹, ergibt sich diese Definition bereits aus der allgemeinen Bezeichnung des Versicherungstyps und gehört zu den Merkmalen, die der Rechtsverkehr nach der

²⁴⁵⁷ Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 275; so aber Tendenz bei Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 240 und Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96, die Satz 3 als Hinweis auf die Annäherung an das nordische Modell der Preiskontrolle sehen; will also Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 419 die Kontrollfreiheit von dem Nachweis abhängig machen, daß ein Risikoausschluß oder Risikoabgrenzung bei der Prämienkalkulation „versicherungsmathematisch nachvollziehbar adäquat berücksichtigt wurde“; so ist eine solche versicherungsmathematische Prüfung, ob sich Deckung und Prämie entsprechen, nicht mit Art.4 II vereinbar; so auch Kieninger, VersR 1999, S.951 ff., 952; dies., ZEuP 1994, S.276 ff., 281.

²⁴⁵⁸ In den äußersten Grenzen der Sittenwidrigkeit, *laesio enormis*, Wucher, etc.

²⁴⁵⁹ Die Prüfung der Angemessenheit wäre zudem erst auf der nächsten Prüfungsstufe der Inhaltskontrolle relevant.

²⁴⁶⁰ AA Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1266; ders. FS Brandner, S.259 ff., 273ff.; Basedow/Fock, S.37; Kieninger, VersR 1998, S.1971 ff., 1974 :neben den essentialia sei nur eine Kontrollfreiheit von Tarifwahlklauseln möglich.

²⁴⁶¹ Bsp.bei Dreher, S.272, zu der Unfalldef. in § 2 I AUB: begriffsnotwendig, solange nur als plötzliches von außen wirkendes Ereignis, das zu einer unfreiwilligen Gesundheitsschädigung führt, definiert; anders, wenn Formulierungen wie „ärztlich sicher erkennbare“ Gesundheitsschädigung oder ein „mechanisch“ auf den Körper wirkendes Ereignis aufgenommen werden, die nicht begriffsnotwgd. sind – keine begriffsnotwgd. Def. ist die Def.der „unfreiwilligen Arbeitslosigkeit“ als betriebsbedingte Kündigung, weil ein durchschnittl. Verbraucher auch personenbedingte Kdg. wegen langer Krankheit als unfreiwillig erfaßt, BGH, VersR 1999, S.710 ff., 711.

Verkehrsanschauung automatisch mit der typenmäßigen Bezeichnung verbindet und daher auch zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung macht. Solche Definitionen (direkt oder indirekt) müssen daher konsequenterweise auch kontrollfrei sein; allerdings nach Satz 3 nur unter der Voraussetzung der Deutlichkeit²⁴⁶². Kontrollfrei ist aus dem gleichen Grund bei Deutlichkeit z.B. auch der Ausschluß von Kfz aus Hausratsversicherungen, der in Abgrenzung zu der Kfz-Versicherung von dem Rechtsverkehr automatisch mit einer Hausratsversicherung verbunden wird.

eee) Vertragsdauer und Laufzeitregelungen

Eine weitere Regelung, die unter „Verpflichtung des Versicherers“ iSd Satzes 3 des 19.EG subsumiert werden muß, ist z.B. auch die Festlegung der Vertragsdauer, d.h. Laufzeitregelungen. Die Vertragsdauer ist eine „wesentliche Komponente der Leistungspflicht“²⁴⁶³. Selbst wenn man mit dem BGH davon ausgeht, daß es sich nicht um essentialia negotii handelt²⁴⁶⁴, so bezieht ein Versicherungskunde die Vertragsdauer typischerweise in seine Auswahlentscheidung mit ein²⁴⁶⁵. Bei Laufzeitklauseln, die regelmäßig im Anmeldeformular enthalten sind, ist nicht nur die tatsächliche Prämienrelevanz gegeben²⁴⁶⁶ - die Berücksichtigung bei der Prämie, also die Preiswirksamkeit, ist regelmäßig auch für den durchschnittlichen VN erkennbar²⁴⁶⁷. Von der Erkennbarkeit ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Laufzeit bereits aus der schlagwortartigen Produktbezeichnung erkennbar ist oder verschiedene Laufzeit-Alternativen mit unterschiedlichen Prämienhöhen oder -entwicklungen angeboten werden und der Verbraucher sich für eine Alternative entscheiden muß²⁴⁶⁸. In Deutschland enthielt der § 8 III a.F. VVG eine Verknüpfung von Prämienrabatten und längerer Laufzeit²⁴⁶⁹. Gegen die Kontrollfreiheit von Laufzeitklauseln kann insbesondere nicht das Klauselverbot in Art.6 I f) (Art.7g a.F.) der Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft nach Art.81 III EG-V angeführt werden²⁴⁷⁰. Laufzeitklauseln sind daher ein weiteres Beispiel für leistungsbeschreibende Klauseln, die auch außerhalb des Mindestmaßes der essentialia negotii kontrollfrei sein können²⁴⁷¹.

²⁴⁶² Die Definitionsklausel muß in unmittelb. Zushg. zu der allgemeinsten Umschr. des Versicherungsfalles zu Beginn der Versicherungsbed. stehen, unter der gleichen Überschrift (z.B. „versicherte Gefahr“), etc.

²⁴⁶³ Wille, VersR 1992, S.129 ff., 135

²⁴⁶⁴ Mangels Angabe der Versicherungsdauer gilt Vertrag auf unbest. Zeit geschlossen; nach BGH, VersR 1994, S.1049 ff.; BGH, VersR 1995, S.459 ff., 460; BGH, NJW 1996, S.1208 f., 1209 mangels essentialia kontrollfähig; zust. Dreher, S.278/79; zust. allg für Dauerschuldverhältnisse Fastrich, S.258 - in GB gehört die Festlegung der Versicherungsdauer dagegen zu den „material terms“; Bosse, S.69; auch in Frankreich Kullmann, RGDA 1997, S.836 („essentielles“); für dt.Recht auch Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464.

²⁴⁶⁵ Besonders dann, wenn es sich um sehr kurze Laufzeiten handelt, z.B. bei Reise- und Gepäckversicherungen.

²⁴⁶⁶ Dies räumt selbst der BGH ein, vgl. BGH, NJW 1996, S.2693 ff., 2694f.

²⁴⁶⁷ Eine Versicherung mit langer Laufzeit beinhaltet den Vorteil der Prämienstabilität (Prölss in Prölss/Martin, § 8 VVG, Rz.37) und ist häufig billiger als bei einer kurzen Versicherungsdauer.

²⁴⁶⁸ So z.B. in dem BGH-Fall: BGH, NJW 1996, S.1208 ff. (allein die Wahl zwischen verschiedenen von dem Versicherer vorgegebenen Alt. stellt noch keine Individualvereinbarung dar). Der Versicherer ist verpflichtet, den VN vor Abschluß des Versicherungsvertrages über die Laufzeit des Vertrages zu informieren, vgl. Art.36 I, III iVm Anh. III a.5 Vierte RL-Leben. Auch wenn allein die Informationspflicht - wie gezeigt (5.) - keine automat. Kontrollfreiheit dieser Klausel bedeutet, so besteht aufgr. dieser Regelung aber zumindest eine Informationsmögl.

²⁴⁶⁹ Für Versicherungsverträge mit längerer Laufzeit als 3 Jahren, die zwischen dem 01.01.1991 und 24.06.1994 geschlossen wurden, galten gem. § 8 III VVG a.F. die gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten, es sei denn dem VN wurde ein Prämienrabatt entsprechend der Laufzeit eingeräumt. In § 8 III VVG n.F. ist diese Ausnahme zu den gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten allerdings nicht mehr enthalten.

²⁴⁷⁰ Art.6 f): Laufzeit mehr als 3 Jahre außerhalb v. Lebensvers., dazu unten unter 2. Teil E I 2. b) bb) bbb).

²⁴⁷¹ I.E. für Kontrollfreiheit von Vertragsdauerregelungen auch Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 22/23 (zählt diese zu den „clauses de délimitation du risque garanti“ iSd 19.EG, Satz 3); Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.234; vgl. auch Rechtsvergleich, 2. Teil C II, insb. Ergebnis unter 12.

fff) Obliegenheiten

Es ist sehr fraglich, ob dies auch für Obliegenheiten gelten kann. Die Kontrollfreiheit von Obliegenheiten scheitert zunächst nicht etwa daran, daß sie keine Rolle bei der Prämienkalkulation spielen²⁴⁷². Da risikobezogene Obliegenheiten - wie z.B. in einer Diebstahlsversicherung die Verpflichtung, bei Abwesenheit eine Alarmanlage einzuschalten - rechtstechnisch die gleiche Funktion haben wie Risikoausschlüsse²⁴⁷³, spricht einiges dafür, diese Klauseln ebenfalls bei Tarifwahlmöglichkeiten (unter der Voraussetzung der Deutlichkeit) von der inhaltlichen Kontrolle auszunehmen²⁴⁷⁴. Dies gilt auch für sog. „verhüllten“ Obliegenheiten²⁴⁷⁵, also z.B. veränderte Prämienhöhe mit und ohne sog. Nachtzeitklausel in einer Reisegepäckversicherung. Für die Frage der Kontrollfreiheit kommt es daher nicht auf die schwierige Abgrenzung von verhüllten Obliegenheiten und Risikoausschlüssen an und es wird auch kein besonderer Anreiz zu der Formulierung verhüllter Obliegenheiten geschaffen²⁴⁷⁶.

Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles (z.B. die Anzeige des Versicherungsfalles innerhalb einer bestimmten Frist²⁴⁷⁷ sowie sonstige Auskunfts-, Informations- oder Mitwirkungspflichten) betreffen nicht die Gefahrtragung, sondern nur die Schadensabwicklung nach Verwirklichung der versicherten Gefahr²⁴⁷⁸ und sind daher – anders als Risiko- und Deckungsbeschränkungen – von einem durchschnittlichen VN nicht als Gegenleistung zu der Prämienzahlung wahrzunehmen. Zudem ergibt sich hier, genauso wie allgemein bei Anzeige- und Informationspflichten, bereits aus dem Rechtsvergleich die Kontrollunterworfenheit. Denn die Pflichten nach Eintritt des Versicherungsfalles werden – soweit Urteile vorhanden sind - einheitlich, vorvertragliche und sonstige Anzeige- und Informationspflichten²⁴⁷⁹ nahezu einhellig der inhaltlichen Kontrolle unterworfen²⁴⁸⁰. Diese Übereinstimmung ist ein starkes Indiz dafür, daß Gleiches auch auf europäischer Ebene gelten soll²⁴⁸¹. Schließlich wäre hier aber auch eine Tarifwahl mit und ohne Anzeige- oder Informationspflicht nicht sinnvoll.

²⁴⁷² So aber Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 417, FN 57 mit der Begründung, daß das Verhalten des VN nicht antizipierbar sei; Berücksichtigung bei der Prämienkalkulation dagegen: Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.132: „von erheblicher Bedeutung“; Schmidt-Salzer, FS Brandner, S.259 ff., 275; so auch Choi, S.249; jedenf.für risikobezogene Obliegenheiten, vgl. Schünemann, VersR 2000, S.144 ff., 145.

²⁴⁷³ Vgl. *oben unter 2.Teil C I 1.*; „subjektive Risikobeschreibungen“ bei Dreher, S.169 ff. – risikobezogene Obliegenheiten könnten daher auch unter die erste Alternative des 19.EG, Satz 3 subsumiert werden.

²⁴⁷⁴ Allerdings wird dies z.B.bei Schutz- u. Sicherheitsmaßn. Als VN-Pfl. eher nicht zu erwarten sein, weil diese gerade dazu beitragen sollen, die Prämie auf erträgl. – und wettbewerbsfähigen - Niveau zu lassen, Lambert-Faivre, Rz.428.

²⁴⁷⁵ Klauseln, die als objektive Risikoausschußklauseln (Gefahrumstandsklauseln) formuliert sind, aber in der Sache eine Verhaltensvorschrift enthalten, dazu Dreher, S.171.

²⁴⁷⁶ So Befürchtung v. Kieninger, ZEuP 1994, S.276 ff., 282, die EG 19, Satz 3 aber nur im Hinblick auf Risikobeschreibungen problematisiert, ohne auf die Form. „und die Verpflichtung des Versicherers“ einzugehen - außerdem sind verhüllten Obliegenheiten mit einer gleichzeitig erkennbar geringeren Prämie (vgl.unter bb) für den VN uU günstiger als klare Obl., vgl.ähnlich Dreher, S.172 – zu einem möglichen Verstoß gegen das Transparenzgebot bei verhüllten Obliegenheiten, *unten unter 2.Teil D IV 3.d.*

²⁴⁷⁷ Abzugrenzen von Ausschlußfristen, vgl.Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.29.

²⁴⁷⁸ Wagner, in Bruck/Möller/Wagner,Bd. VI/1, Anm. A 67; ders., ZVersWiss 1977, S.119 ff., 127.

²⁴⁷⁹ Bei solchen Pflichten fehlt der erkennbare Risikobezug, da z.B. die vorvertragl. Anzeigepfl. oder die Anzeigepfl. von Gefahrenerhöhungen zwar die versicherte Gefahr betreffen, nicht aber selbst Einfluß auf die Realisierung bzw. Voraussetzung und Verwirklichung des versicherten Risikos haben.

²⁴⁸⁰ Vgl. *Zusammenfassung oben unter 2.Teil C II 12.*

²⁴⁸¹ Vgl. *oben unter 1.Teil C 3.a) und c)bb)*

8. Ergebnis hinsichtlich des kontrollfreien Bereiches

Festzuhalten ist: Im Rahmen des Art.4 II kommt es bei Versicherungsverträgen für die Frage des Gegenstandes der Mißbräuchlichkeitskontrolle auf die Abgrenzung von Wettbewerb (Kontrollfreiheit) und Kundenschutz (Qualitätskontrolle) an²⁴⁸². Insoweit gilt für AVB also nichts Besonderes. Nach Art.4 II iVm Satz 3 des 19.EG ist daher auch bei diesen danach abzugrenzen, hinsichtlich welcher Klauseln ein wirksamer Klauselwettbewerb zustande kommt. Typische Nebenabreden ohne unmittelbaren Leistungsbezug (unter II 1., III 1.) unterfallen danach in jedem Fall der Mißbräuchlichkeitskontrolle; dies ist in den einzelnen EU-Staaten auch überwiegend anerkannt. Aufgrund der Besonderheiten von Versicherungsbedingungen kann grundsätzlich auch bei risiko- und sonstigen leistungsbeschreibenden Klauseln von einer berechtigten Unaufmerksamkeit des Kunden ausgegangen werden. In diesem Fall muß die Mißbräuchlichkeitskontrolle das Marktversagen aufgrund des Informationsdefizits ausgleichen. Die Schutzbedürftigkeit entfällt auch nicht aufgrund anderer Verbraucherschutzmaßnahmen. Die Konkretisierung des Art.4 II in Satz 3 des 19.EG, der nach seinem (englischen) Wortlaut eine umfassende Kontrollfreiheit risiko- und sonstiger leistungsbeschreibender Versicherungsbedingungen zulassen würde, muß in diesem Sinne einschränkend ausgelegt werden. Daher sind leistungsbeschreibende AVB nur insoweit kontrollfrei, als der VN diese typischerweise in seine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Produkten²⁴⁸³ mit einbezieht oder wenn eine solche „Selbstkontrolle“ dem Verbraucher zuzumuten ist. Für die Zumutbarkeit sind die Deutlichkeit und Erkennbarkeit der Preiswirksamkeit iSd 19.EG Satz 3 für den durchschnittlichen Versicherungskunden relevant. Ob im konkreten Fall die Voraussetzungen des Satzes 3 des 19.EG eingehalten sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls²⁴⁸⁴, insbesondere des Versicherungstyps und der konkreten Vertragsgestaltung ab.

a) *Essentialia negotii* als Mindestmaß der Kontrollfreiheit

Kontrollfrei sind also jedenfalls die *essentialia negotii* des Versicherungsvertrages. Dies ist im wesentlichen auch ein gemeinsamer Nenner aus dem Rechtsvergleich (unter III 2.). *Essentialia negotii* sind neben den unproblematischen Festlegungen der Vertragsparteien und der Prämienhöhe die vertragstypkonstituierende allgemeinste Festlegung der Hauptleistung des Versicherers und des Risikos, auf dessen Verwirklichung sie sich bezieht²⁴⁸⁵. Jedenfalls die schlagwortartige Produktbezeichnung des Versicherungstyps, die allgemeinste Beschreibung der Geldleistung (inklusive Festlegung der Versicherungssumme bei Summenversicherungen) und der versicherten Gefahr, die Bestimmung der versicherten Sache bzw. der versicherten Person sowie bei der Schadensversicherung die Beschreibung des versicherten Interesses und des Versicherungswertes (bei der Aktivenversicherung)²⁴⁸⁶ sind also kontrollfrei.

Die näheren Definitionen unbestimmter Begriffe aus der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos, wie z.B. Unfall, Krankheit etc. - bezüglich derer im Rechtsvergleich

²⁴⁸² „Kontrollfreier Bereich“ bezieht sich hier nur auf Art.4 II – außen vor bleiben deklaratorische Versicherungsbedingungen, die schon nach Art.1 II nicht dem Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie unterfallen.

²⁴⁸³ Zwischen unterschiedlichen Versicherungstypen sowie zwischen Konkurrenzprodukten der selben Sparte.

²⁴⁸⁴ So auch Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268.

²⁴⁸⁵ Dreher, S.305 iVm S.265 f.

²⁴⁸⁶ Dreher, S.265 f., 252 ff.

keine Einigkeit besteht – sind nur dann kontrollfrei, wenn sie eine begriffsnotwendige Festlegung beinhalten und sich deshalb nach der Verkehrsanschauung bereits aus der schlagwortartigen Produktbezeichnung oder der allgemeinsten Beschreibung ergeben²⁴⁸⁷. Beispielsweise sind bei einer Unfallversicherung neben der Festlegung des Unfalls als Versicherungsfall grundsätzlich auch die Bestimmungen der leistungsbegründenden Folgen wie z.B. Invalidität, Tod oder Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als vertragstypkonstituierende Merkmale kontrollfrei²⁴⁸⁸. Voraussetzung für die Kontrollfreiheit ist aber die Deutlichkeit iSd Satzes 3 des 19.EG. Daher ist idR nur dann zu erwarten, daß der VN diese Einschränkung in seine Wahl des Versicherungstyps Unfallversicherung statt etwa Kranken- oder Lebensversicherung einbezieht, wenn sie bereits in der schlagwortartigen Produktbezeichnung oder der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos zu Beginn der Versicherung²⁴⁸⁹ situiert sind²⁴⁹⁰.

b) Sonstige dem Klauselwettbewerb unterliegende risiko- bzw. leistungsbeschreibende Klauseln

Zweitens sind über den Bereich der essentialia negotii hinaus risiko- bzw. leistungsbeschreibende Klauseln kontrollfrei, die dem Klauselwettbewerb unterliegen²⁴⁹¹. Dazu zählen nach Satz 3 des 19.EG z.B. Laufzeitklauseln, aber auch Risiko- und Deckungsbeschränkungen sowie risikobezogene Obliegenheiten, wenn sie aufgrund von Tarifwahlmöglichkeiten bzw. unterschiedlicher Prämienhöhe von dem Verbraucher in seine Auswahlentscheidung einbezogen werden (müssen) und die Deutlichkeit gegeben ist²⁴⁹². Bei der Bestimmung des kontrollfreien Bereiches kommt es weder auf die formale Abgrenzung nach der Formulierung als positive primäre Risikobeschreibung/negative sekundäre Risikobeschreibung, noch auf eine Abweichung von gesetzlichen Regelungen oder allgemein von „Rechtsvorschriften“ bzw. richterliche Ersetzbarkeit an²⁴⁹³.

²⁴⁸⁷ i.E.Dreher, S.271f.; weiteres Beispiel ist der Wohnungsbegriff in den VHB 84, vgl.Choi, S.257.

²⁴⁸⁸ So auch Dreher, S.273 (gleiches gilt für Invaliditätssumme, Todesfallsumme etc).

²⁴⁸⁹ So z.B. bei der Krankentagegeldversicherung in BGH, VersR 1993, S.297 ff., bei der in § 1 I MBTK folgende Regelung vorhanden ist: „...gegen Verdienstausfall als Folge von Krankheiten und Unfällen, soweit dadurch Arbeitsunfähigkeit verursacht wird.“ – Arbeitsunfähigkeit als Folge ist kontrollfrei.

²⁴⁹⁰ Mindestens erforderlich wäre ein in unmittelb. Zushg. zu der allgemeinsten Umschreibung unter der gleichen Überschrift (z.B. „Gegenstand der Versicherung“), wenn die allg. Umschr. sonst zu unübersichtl. wäre - in dem von Dreher, S.271 ff., angef. Bsp., bei dem in § 1 unter „versicherte Gefahr“ nur „Versicherungsschutz gegen die Folgen der dem versicherten ...zustoßenden Unfälle“ formuliert ist und die leistungsbegründenden Folgen erst in § 8 der AUB 88 unter der Überschrift „Leistungen des Versicherers“; wäre die Deutlichkeit jedenfalls nicht gegeben; Dreher, S.273, hielt diese Klauseln nach dem AGBG a.F.dagegen für kontrollfrei.

²⁴⁹¹ Ähnlich Choi, S.218 ff., 238 ff., 285 ff. (Bsp.S.255 ff.), nach dem neben dem kontrollfr. „Knochengerüst“ auch Klauseln kontrollfrei sind, die zwar eine Konkretisierung der unmittelb.Vertragsgegenstände darstellen, aber mit der Verkehrsauffassung übereinstimmen („Knorpel“).

²⁴⁹² Auch wenn Satz 3 eine nicht verallgemeinerbare Sonderregel für Versicherungsverträge enthält (aA Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.93 ff., 96), ist er damit ein weiterer Beleg für die oben unter 2.Teil B IV 4. vertretene Ansicht, daß der kontrollfreie Bereich des Art.4 II nicht zwangsläufig auf essentialia negotii beschränkt ist, sondern weitere nicht kontrollbedürftige Leistungsbeschreibungen beinhaltet.

²⁴⁹³ 2.Teil B III 3.a) aa) aaa) und ccc), IV 5. – Teil dieser Abgrenzung ist das Abstellen auf ein Abweichen von berechtigten Deckungserwartungen, da die berechtigten Erwartungen in ergänzender Vertragsauslegung zu den „Rechtsvorschriften“ gezählt werden (ähnlich stellt Choi, S.151 ff. auf Abweichungen von der Verkehrsauffassung ab) - oben abgelehnt insb.2.Teil C II 2.a) cc) - eine Abgrenzung allein nach Abweichung von Rechtsvorschriften könnte sonst z.B. bei einer Tierversicherung (wegen § 116 VVG), Feuerversicherung (§ 82 ff. VVG) oder Haftpflichtversicherung (wegen § 149 VVG) dazu führen, daß auch der Kernbereich der inhaltlichen Kontrolle unterfällt – dagegen spricht aber bereits die Klarst. des dt.Gesetzgebers, daß es sich bei dem Umfang des Versicherungsschutzes um eine privatautonome und kontrollfreie Entscheidung handelt (bis auf Grenzen des §138 BGB), vgl.Motive zum VVG,S.155 zu §§ 82 ff., Dreher S.305.

c) Gesamtschau

Im Ergebnis liegt der Kontrollumfang nach der Richtlinie damit in der Mitte zwischen den vor Erlaß der Richtlinie bestehenden unterschiedlichen Ansichten der nahezu umfassenden Kontrolle oder weitgehenden Kontrollfreiheit in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten²⁴⁹⁴. Die Wertung der Richtlinie in Art.4 II, daß auch bei Klauseln, die der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen sind, eine Transparenzkontrolle stattfinden muß, fügt sich gut in die Rechtssysteme vieler Mitgliedstaaten ein, bei denen auf die Transparenz und Information - insbesondere hinsichtlich Risikoausschlüssen - besonderer Wert gelegt wurde und wird²⁴⁹⁵. Da die Bestrebungen hinsichtlich einer europäischen Vereinheitlichung des Versicherungsvertragsrechts trotz konkreter Richtlinienvorschläge²⁴⁹⁶ bisher bis auf wenige Ausnahmen für die Direktversicherung²⁴⁹⁷ fehlgeschlagen sind²⁴⁹⁸, bestehen in den EU-Staaten unterschiedliche gesetzliche Vorgaben für den Inhalt von Versicherungsbedingungen²⁴⁹⁹. Insbesondere die Regelungsdichte der Versicherungsvertragsgesetze u.ä., ist unterschiedlich: in Deutschland war man z.B. aufgrund der präventiven AVB-Kontrolle durch die Versicherungsaufsicht nach dem VAG zurückhaltender mit gesetzlichen Vorgaben für Versicherungsverträge und nahm in das VVG hauptsächlich grundsätzliche Regelungen auf; die gerichtliche Inhaltskontrolle nahm den Platz ein, der in anderen Ländern durch Gesetze geregelt wurde²⁵⁰⁰. Nach der Deregulierung gibt es allerdings Tendenzen, daß diese Zurückhaltung aufgegeben wird²⁵⁰¹.

Aufgrund der unterschiedlichen Versicherungsvertragsrechte wird die Wirksamkeit gleicher AVB-Regelungen in den einzelnen Ländern uU unterschiedlich beurteilt werden, z.B. wenn unterschiedliche zwingende Regelungen vorhanden sind, bei deren Verletzung die vertragliche Klausel schon aufgrund dieses Verstoßes unwirksam ist oder wenn die allgemeine inhaltlich Mißbräuchlichkeitskontrolle auf deklaratorische Klauseln gemäß Art.1 II

²⁴⁹⁴ *Oben 2.Teil C II 12.*

²⁴⁹⁵ *Vgl. oben 2.Teil C II, Zusammenfassung unter 12.*

²⁴⁹⁶ RL-Vorschlag v. 10.7.1979, ABl. 1979 Nr. C 190/2; geänderter Vorschlag v. 30.12.1980, ABl. 1980 Nr. C 355/30; die Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts wird nicht als Vorbedingung für die Verwirklichung des Binnenmarktes im Versicherungssektor gesehen, vgl. EG 18 der Dritten RL Schaden, EG 19 der Dritten RL Leben, EG 44 Vierte RL Leben; für Hemmnis für die Dienstleistungsfreiheit dagegen z.B. Baran, VR 1994, S.225 ff., 240 aus – allg. zu Entwickl. Beckmann, ZEuP 1999, S.823 ff.; Reiff, VersR 1997, S.267; Dreher, S.200; Hodgin in Lonbay, S.96 ff., 107 f.; Roth in Honsell, Anh. Europ.VersR, Rz.108 ff.; Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.374 ff., 378; Müller, S.37 ff.

²⁴⁹⁷ Ausn. in materieller Hinsicht der je drei RL der beiden Hauptsparten der Lebens- u. Schadensversicherungen, sowie Vierte RL Leben: Harmonisierung des internat. Versicherungsvertragsrechts (Kollisionsrecht bzw. Rechtswahlklauseln), Regel. hinsichtl. Bestandsübertragung (Art.12, 53 Dritte RL Schaden; Art.11,49 Dritte RL Leben, Art.14, 53 Vierte RL Leben) und im Lebensversicherungsbereich hinsichtl. des RücktrittsR (Art.35 Vierte RL Leben) und Ausräumung v. Interessenkonflikten bei Mehrspartenversicherern (Art.13 f Erste RL Leben idF des Art.16 Dritte RL Leben, Art.18 Vierte RL Leben); bei den Untersparten im Bereich der Schadensversicherungen gibt es einzelne versicherungsvertragl. Regelungen in den Kfz-Haftpflichtversicherungs-RL, der Rechtsschutzversicherungs-RL und der RL bzgl.Exportkreditvers.; zuletzt Vierte Kfz-Haftpflicht- RL 2000/26/EG, ABl.2000, Nr.L 181/65 (Direktanspruch des Geschädigten gegen Versicherer auch von in anderen Mitgliedstaaten versicherten Kfz) - ausf.m. Nachw. Grundmann, § 7 Einl. Rz.28 ff., 4.30, Rz.15 ff., 4.31, Rz.13 ff.,37 ff.; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 826 f; Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.112 ff.; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141; Müller,S.39 f. ;) – i.Ü. betreffen die versicherungsrechtl. RL´s nur Aufsicht u. Organisation der Versicherungsuntern., Grundmann, § 7 Einl., Rz.25 f.

²⁴⁹⁸ Kritisch: Entschließung des EP zu Entwurf der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen: Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen, ABl.1998, Nr. C 341/144, unter Punkt 8; sowie Stellungn. des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl.1998. Nr.C 95/72, S.76 ff.

²⁴⁹⁹ *Vgl. auch oben 2.Teil C III 5.b) dd) ; zu den Unterschieden Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 822 f.*

²⁵⁰⁰ *Vgl. Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1268/1269; Roth in Honsell, Anhang Europ.VersR, Rz.100 f.; Präve, NVersZ 1998 S.49/50.*

²⁵⁰¹ *2.Teil C III 5.b) dd)*

nicht wendbar ist²⁵⁰². Außerdem kann wegen Art.8 der Klauselrichtlinie ein (unterschiedliches) nationales Recht jedenfalls dann Leitbildfunktion haben und als Orientierung für die inhaltliche Kontrolle dienen, wenn die Klausel im Ergebnis nach nationalem Recht wegen mißbräuchlicher Abweichung von dispositiven Regeln für unverbindlich erklärt wird²⁵⁰³. Die mit den Informationspflichten der Versicherungsrichtlinien und dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie bezweckte Verbesserung des Konditionenwettbewerbs, kann daher nicht nur zu einem Wettbewerb der Versicherer, sondern insbesondere auch zu einem Wettbewerb zwischen den an nationalen Rechten der einzelnen Mitgliedstaaten orientierten AGB führen²⁵⁰⁴.

IV Möglichkeit engerer nationaler Rechtsprechung nach Art.8 der Klauselrichtlinie?

Fraglich ist, ob nach nationalen Regelungen Versicherungsbedingungen in größerem Umfang der inhaltlichen Kontrolle unterworfen werden können, der kontrollfreie Bereich also enger verstanden werden darf als von der Klauselrichtlinie vorgegeben. Nur dann kann die strengere Auslegungspraxis etwa der deutschen Rechtsprechung²⁵⁰⁵ bezüglich AVB beibehalten werden. Art.4 II ist nicht als Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie zu verstehen, sondern als Bestimmung des Gegenstandes der Mißbräuchlichkeitskontrolle, also der nächstfolgenden Prüfungsstufe²⁵⁰⁶. Strengere nationale Regelungen, die sowohl bei einem strengeren Gesetzeswortlaut als auch – wie in Deutschland – bei einer strengeren Auslegung durch ständige Rechtsprechung vorliegen²⁵⁰⁷, sind deshalb an Art.8 zu messen („auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet“)²⁵⁰⁸.

Fraglich ist, ob Art. 8 nur strengere Kontrollmaßstäbe im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art.3 I ermöglicht, nicht aber einen weiteren Kontrollumfang als Art.4 II²⁵⁰⁹. Für diesen Ansatz lassen sich keine Anhaltspunkte finden. Im Ergebnis ist diese Frage hier aber nicht wesentlich. Denn zum einen gewährleistet eine national umfangreichere Inhaltskontrolle mit der Möglichkeit der Mißbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit der kontrollierten Klausel (Art.6 I) jedenfalls ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher iSd Art.8, der dadurch weniger auf Selbstkontrolle angewiesen ist. Zum anderen stellt sich die entscheidende Frage der Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag und seinen Zielen - insbesondere mit den Grundfreiheiten - sowohl ausdrücklich nach Art.8 („mit dem Vertrag vereinbar“) als auch generell, da alle nationalen Maßnahmen gemeinschaftskonform sein müssen. Überwiegend meint man unter Berufung auf Art.8, das strengere Verständnis der deutschen Rechtsprechung sei zulässig, wobei die Vereinbarkeit mit den EG-

²⁵⁰² Die Transparenzkontrolle wird dagegen nicht ausgeschlossen, vgl. 2. Teil D III 1.

²⁵⁰³ Unter der Vor., daß das strengere nat. Recht mit sonst. GemeinschaftsR, insb. den Grundfreiheiten, vereinbar ist – mehr zu der Konkretisierungsbefugnis u. Leitbildern bei europ. Generalklauseln unten unter 2. Teil E I 1.

²⁵⁰⁴ Grundmann, 4.30, Rz.40; in Rz.38 spricht er von „15 Marken, hinter denen sich jeweils sehr ähnliche AGB verborgen“- dies ist jedenfalls in Bezug auf die genannten Fälle zutreffend.

²⁵⁰⁵ Vgl. oben unter 2. Teil C II 2. a) aa) bbb).

²⁵⁰⁶ 2. Teil A II 4.

²⁵⁰⁷ Vgl. grundsätzlich EuGH v. 16.12.1992, verb.Rs. C-138/91, C-138/91, C-139/91 (Grigorios Katsikas u.a.), Slg. 1992, I-6577, Rz.38 ff.

²⁵⁰⁸ Diejenigen, die die Klauseln iSv Art.4 II außerhalb des Anwendungsbereiches der RL einordnen, müßten konsequenterweise ein engeres nationales Verständnis des kontrollfreien Raumes bei Versicherungsverträgen ohne Rückgriff auf Art.8 der KlauselRL beurteilen, so wie Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1074; dies. ZEuP 1994, S.276 ff., 282 f.; dies. VersR 1999, S.951 ff., 952 f.; so wohl auch MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.106 – häufig wird jedoch auch von Vertretern dieser Ansicht auf Art.8 verwiesen.

²⁵⁰⁹ So Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; ähnlich auch Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 419.

Grundfreiheiten oft nicht problematisiert wird²⁵¹⁰. Nur vereinzelt wird ein strengeres Verständnis bzw. ein umfangreicherer Kontrollbereich bei Versicherungsbedingungen nach nationalen Rechten gegenüber ausländischen EU-Versicherern als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Dienstleistungsfreiheit, gewertet²⁵¹¹.

Hierzu ist zu sagen: Ein Verstoß gegen Grundfreiheiten ist jedenfalls nur bei grenzüberschreitenden Tatbeständen möglich²⁵¹². Bei grenzüberschreitenden Versicherungsverträgen könnte zunächst die Dienstleistungsfreiheit²⁵¹³ betroffen sein - wenn Versicherungsbedingungen eines Anbieters in dem Sitzland nach richtliniengetreuer Umsetzung des Art.4 II nicht der inhaltlichen Kontrolle unterliegen, aber in einem anderen Mitgliedstaat mit einem strengeren Verständnis kontrollunterworfen sind und u.U. für unwirksam erklärt werden können. Auch bei nationalen Inhaltskontrollregelungen, die im Tätigkeitsland unterschiedslos für inländische und ausländische Anbieter von Dienstleistungen gelten - und also keine Diskriminierung iSd Art.50 III EG-V darstellen - kann ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gegeben sein. Voraussetzung ist, daß sie entsprechend einer Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art.29 EG-V zu qualifizieren und nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind. Das für die Warenverkehrsfreiheit geltende Konzept der Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art.29 EG-V²⁵¹⁴ ist nämlich nach dem EuGH auch auf die Dienstleistungsfreiheit zu erstrecken²⁵¹⁵, so daß beide Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote ausgestaltet sind. Es genügt also jede nennenswerte Behinderung, auch durch solche Maßnahmen, die dem Gebot der „Inländergleichbehandlung“ genügen²⁵¹⁶.

Ist bei einem Versicherungsunternehmen nicht nur der Versicherungsvertrag bzw. die Dienstleistung als solche grenzüberschreitend (vom Sitz des Unternehmers im Ausland

²⁵¹⁰ Statt vieler Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz.47; Hübner, S.97 f./Ulmer S.98, beide in Karlsruhe Forum 1997, Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1267; ders. „FS Brandner, S.259 ff., 276; Hoffmann, S.279; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I 6 C a cc), Rz.55; BGH, NVersZ 2001, S.121 ff., 122 – auch die Vertreter, die Art.4 II nicht zum Anwendungsbereich zählen und daher den Art.8 nicht erwähnen, gehen von der Zulässigkeit der deutschen Regelung aus: so Kieninger, VersR 1998, S.1071 ff., 1074; dies., ZEuP 1994, S.276 ff., 282 f.; dies., VersR 1999, S.951 ff., 952 f.; MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.106.

²⁵¹¹ So Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418 f. (Krit.Kieninger, VersR 1999, S.951 ff., 952f.); Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 66 – allg. zu Grundfreiheiten u.Versicherungen, vgl. Präve, NVersZ 1998, S.49 ff., 50 f.; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 f.; Geiger, Versicherungswirtschaft 2000, S.616 ff.

²⁵¹² Kieninger, VersR 1999, S.951 ff., 953; so auch nur Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 66; ohne diese Einschränkung Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418 f.

²⁵¹³ Dienstleistungsfreiheit bei grenzüberschreitender Versicherungstätigkeit, dazu Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.17 ff.; EuGH, v.4.12.1986, Rs.205/84, VersR 1986, S.1225 ff., Rz.18 ff.,24 - die Kapitalverkehrsfreiheit ist dagegen nicht betroffen (Art.50 I EG-V nicht einschlägig). Die Abgrenzung zu der Dienstleistungsfreiheit muß sinnvollerweise nach den Zielen der jeweiligen Grundfreiheit durchgeführt werden. Die Kapitalverkehrsfreiheit hängt eng mit der Währungspolitik zusammen und wird nur von solchen nationalen Normen betroffen, die die Ausglichenheit der Zahlungsbilanz, die Kaufkrafterhaltung der inländischen Währung oder - soweit als Einfluß auf die Kaufkraft der Währung geeignet - die Funktionsfähigkeit des inländischen Kapitalmarktes zum Ziel haben, vgl. Grundmann, I.Teil, Rz.58. Auch für die Kapitalverkehrsfreiheit wäre aber jedenfalls das Konzept der Maßnahme gleicher Wirkung heranzuziehen, vgl. Grundmann, I.Teil, Rz.56.

²⁵¹⁴ Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“; vgl. EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, S.837ff., Rz.5.

²⁵¹⁵ Seit dem Urteil v.3.12.1974, Rs. 33/74 („van Binsbergen“), Slg. 1974, S.1299, Rz.10/12 st.Rspr., daß auch nicht diskriminierende Regelungen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind, die „in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“; vgl.auch EuGH v.25.7.1991, Rs. C-76/90 (Saeger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221 ff.,Rz.12; bezügl.Versicherungen, v.4.12.1986, Rs.205/84, VersR 1986, S.1225 ff., Rz.25; Beutler u.a., Rz.818 f.m.w.Nachw.; zw. noch Roth, EuR 1986, S.340 ff., 356 f.

²⁵¹⁶ Vgl. EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, S.649, Rz.4 ff.

aus²⁵¹⁷), sondern wird es etwa durch Unternehmensgründungen, Sitzverlagerungen, Tochtergesellschaften bzw. Zweigniederlassungen oder durch eine ständige Präsenz²⁵¹⁸ auch als Anbieter nicht nur vorübergehend (Art.50 III) grenzüberschreitend im Aufnahmestaat tätig, so könnte die Niederlassungsfreiheit nach Art.43 ff., 50 I EG-V betroffen sein. Denn die Niederlassung in einem Land mit einem umfangreicheren Kontrollbereich wird weniger attraktiv. Richtigerweise ist aber die Niederlassungsfreiheit im Gegensatz zu der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen und nur im Sinne eines weit gefaßten Diskriminierungsverbotes zu verstehen, soweit es um die Sicherung des Marktzugangs geht²⁵¹⁹, nicht aber über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinaus generell auch als allgemeines Beschränkungsverbot²⁵²⁰. Denn anders als bei der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit gliedert sich der Berechtigte mit einer Niederlassung dauerhaft in Wirtschaft und Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates ein, so daß nicht einsichtig ist, warum für ihn andere Beschränkungen gelten sollen als für einen bereits tätigen Inländer. Bei einer dauerhaften Niederlassung muß nur die Wettbewerbsfreiheit zwischen EU-Ausländern und Inländern gewährleistet sein. Im übrigen kann erwartet und zugemutet werden, daß sich der Berechtigte an die bei Aufnahme und Ausübung seiner Tätigkeit anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften hält, so daß die Niederlassungsfreiheit nicht über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinaus ausgelegt werden kann.

Nationale Inhaltskontrollregelungen sind also lediglich an der Schranke der Dienstleistungsfreiheit zu messen. Selbst wenn man aber die Niederlassungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot auffaßt und dann für diese Fälle vorrangig wäre²⁵²¹, würden die folgenden Ausführungen im wesentlichen gleichermaßen gelten.

Es spricht einiges dafür, daß in der strengeren nationalen Regelung des Inhaltskontrollumfanges– z.B. der deutschen Auslegungspraxis des BGH zu § 307 III 1 BGB n.F. – eine nennenswerte Behinderung bzw. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu sehen ist, die entsprechend einer Maßnahme gleicher Wirkung zu qualifizieren ist²⁵²²; insbesondere da insoweit aufgrund des Art.6 II der Klauselrichtlinie, Art.5 EVÜ (bzw. in Deutschland § 29 EGBGB) keine Rechtswahlfreiheit gegeben ist²⁵²³. Eine nennenswerte Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs durch strengere Inhaltskontrollregelungen ist nicht da-

²⁵¹⁷ Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.7 f. zu Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.

²⁵¹⁸ EuGH v.4.12.1986, Rs.205/84, VersR 1986, S.1225 ff.,Rz.21.

²⁵¹⁹ Art.43 EG-V darf nicht seiner Wirksamkeit „beraubt werden“; d.h. die in Art.43 genannten Rechte dürfen nicht durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften praktisch vereitelt werden, z.B durch nationale Zweigstellenverbote – bei Marktzugang muß nach Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.9 ein Beschränkungsverbot gelten; so auch ders., Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S.729 ff., 738.

²⁵²⁰ Str.:für allg.Beschränkungsverbot Bleckmann, Rz.1652 ff. m.w.Nachw.; dagegen Roth, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S.729 ff.m.w.Nachw., insb.S.738 f. – bisher bewertet der EuGH die Niederlassungsfreiheit wohl nur als Diskriminierungsverbot, es ist noch unklar, ob EuGH mit Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg.1995, I-4165 ff., insb.Rz.37 nunmehr alle vier Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote verstehen will, so wie er z.B.von Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.9 f., verstanden wird.

²⁵²¹ Für Geschäftstätigkeit der Niederlassung ist die Niederlassungs- nicht Dienstleistungsfreiheit einschlägig, Art.50 I EG, Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.6; EuGH v.4.12.1986, Rs.205/84, VersR 1986, S.1225 ff.,Rz.21.

²⁵²² Generell auch Markwardt, S.176 für strengerer nationaler Inhaltskontrollregelungen.

²⁵²³ Für Qual.privatrechtl. Normen als Maßnahmen gleicher Wirkung ist u.a. erf., daß es sich um internat. zwingende Norm handelt, die nicht durch Rechtswahl abbedungen werden kann, Grundmann, I.Teil, Rz.65 f.- AGB-Regelungen sind verbraucherschützende Sachnormen, vgl.Meyer-Sparenberg, RIW 1989, S.347 ff., 350; OLG Frankfurt, RIW 1989, S.646 ff., 647f., die nach Art.5 EVÜ bzw. Art.29 EGBGB international zwingend sind; Versicherungsverträge fallen als Dienstleistungen unter Art.5 EVÜ, ausf. Grundmann, Teil 1, Rz.64 ff.

durch ausgeschlossen, daß diese privatrechtlicher Natur sind, weil eine Person bzw. Unternehmer als Träger der Grundfreiheiten dadurch ebenso wie durch eine Maßnahme des öffentlichen Rechts betroffen sein kann²⁵²⁴. Allerdings war der EuGH bezüglich der Vereinbarkeit privatrechtlicher Normen mit Grundfreiheiten bisher sehr zurückhaltend²⁵²⁵.

Die umstrittene Frage, ob die Keck-Rechtsprechung des EuGH zu der Warenverkehrsfreiheit, nach der bei sog. Verkaufsmodalitäten im Einfuhrstaat keine Handelsbehinderung (Maßnahme gleicher Wirkung) vorliegt, wenn In- und Ausländer gleichermaßen betroffen sind²⁵²⁶, auch auf die Dienstleistungsfreiheit anwendbar ist²⁵²⁷, kann offenbleiben. Denn bei Inhaltskontrollregelungen handelt es sich um produktbezogene bzw. -definierende Bestimmungen²⁵²⁸ und nicht um das Äquivalent zu Verkaufsmodalitäten bei Waren, wozu die meisten privatrechtlichen Normen zu zählen sind²⁵²⁹ und worunter man z.B. Regelungen bezüglich der Einbeziehung von vorformulierten Vertragsklauseln zählen könnte²⁵³⁰. Dies gilt besonders bei der Abgrenzung der kontrollfreien Hauptleistungsbestimmungen, die den Vertragstyp konstituieren und das Produkt Versicherung ausmachen²⁵³¹.

Eine strengere Inhaltskontrolle kann zwar grundsätzlich nicht den Marktzugang völlig verhindern. Selbst bei Unwirksamkeit mißbräuchlicher Klauseln wird nämlich die entstehende Lücke im Vertragsgefüge idR durch dispositives Gesetzesrecht (z.B. in Deutschland nach § 306 II BGB n.F.) oder durch ergänzende Vertragsauslegung gefüllt und so ein Absatz ermöglicht. Außerdem ist ungewiß, ob der Unternehmer überhaupt durch den Verbraucher nach dispositivem Recht in Anspruch genommen wird, bzw., ob es überhaupt zu einer Inhaltskontrolle kommt. Gerade bei Rechtsprodukten ist aber schon mit der drohenden Unwirksamkeit von leistungsbeschreibenden AVB und damit der drohenden Produktveränderung, die zu einem veränderten Preis-Leistungs-Verhältnis und zu einer nachträglich falschen Kalkulation führt, eine nennenswerte Behinderung des innergemeinschaftlichen

²⁵²⁴ Roth, ZEuP 1994, S.5 ff., 25 ff.; Präve, Rz.16; ders., NVersZ 1998, S.49 ff., 50.w.Nachw.; Grundmann, 1.Teil, Rz.65 m.w.Nachw. in FN 183 und Rspr.nachw. in Rz.64, FN 177 – unerhebl. ist insb., daß die zivilrechtl. Schranke eines strengeren Kontrollumfangs bei Versicherungsbed. erst ex-post bei einer Verbandsklage oder im Rahmen eines individ. Deckungsprozesses greift; es ist allein Vor., daß eine staatl. Maßnahme gegeben ist.

²⁵²⁵ Ein Verstoß gegen Grundfreiheiten wurde im Privatbereich eher selten angenommen, hinsichtlich einer schuldvertragsrechtlichen Norm z.B. noch nie, vgl. Grundmann, 1.Teil Rz.66 m.Nachw.; Kiendl, S.34.

²⁵²⁶ EuGH v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097, Rz.12 ff.; Grundmann, Teil 1, Rz.60; Folge: Beschränkungsverbot wird auf Diskriminierungsverbot reduziert, Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.10 u.22; die genaue Abgrenzung ist nach der EuGH-Rspr.nicht eindeutig, Markwardt, S.175 m.w.Nachw. in FN 25 (wohl vertriebs-/produktbezogen).

²⁵²⁷ Dafür Präve, Rz.21; ders. NVersZ 1998, S.49 ff., 51, jeweils m.w. Nachw.; dazu auch Roth in Honsell, Anh.Europ.VersR, Rz.22 f.; zu dementsprechender Tendenz der EuGH Kort, JZ 1996, S.132 ff., 136; zu entsprechenden Tendenzen bei der Niederlassungsfreiheit, vgl. Roth, ebenda, Rz.10.

²⁵²⁸ Markwardt, S.176; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.8, Rz.8; als Äquivalent zu produktbezogenen Regelungen bei Waren zu sehen, die die Eigenschaften bzw. Beschaffenheit von Waren betreffen vgl. auch Grundmann, 1.Teil, Rz.64 („was bei Waren Eigenschaften sind, sind bei Dienstleistungen ihre rechtlichen Ausgestaltungen“) – es kann hier dahinstehen, ob uU einzelne Regel. wie z.B. Klauselverbote hinsichtlich typischer Nebenbestimmungen ohne direkten Hauptleistungsbezug wie z.B. Leistungsstörungen, einseitige Änderungs- und Kündigungsrechte wie Verkaufsmodalitäten zu verstehen sind (allg. Roth, ZEuP 1994, S.5 ff., 25 ff.); jedenfalls könnte man AGB als „rechtliche Verpackung“ ansehen, nach dem EuGH liegen in Bezug auf Waren keine Verkaufsmodalitäten vor, „wenn die Verpackung oder Kennzeichnung der eingeführten Erzeugnisse geändert werden muß“; EuZW 1999, S.464, Rz.37; aA gegen die Wirkung des dt. AGBG a.F. als produktgestaltende Regelung, Präve, Rz.21, ders., NVersZ 1998, S.49 ff., 51 (nur produktbegleitend); Lorenz, VR 1995, S.8 ff., 14 f.; Armbrüster, RabelsZ 60 (1996), S.72 ff., 75 (allgemein für die Zuordnung schuldvertragsrechtlicher Regelungen zu den Verkaufsmodalitäten).

²⁵²⁹ Kiendl, S.34

²⁵³⁰ Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.42; ders. 1.Teil, Rz.70 (Vertragsabschlußregelung).

²⁵³¹ Skeptisch Kort, JZ 1996, S.132 ff., 136, der die Bestimmung einer „Dienstleistungsmodalität“ also die Trennung von „Vertrieb“ und „Produkt“ bei Dienstleistungen für „nahezu unmöglich“ hält.

Handels verbunden²⁵³². Zudem muß der Anbieter je nach nationalem Recht bei Verbandsverfahren mit einer Veröffentlichung des Urteils, Geldbußen oder Schadensansprüche bei Weiterverwendung der mißbräuchlichen Klauseln rechnen, die ihn letztlich zu einer Änderung der Vertragsbedingungen zwingen. Des weiteren wird bei laufenden Verfahren generell die Vermarktung des Produktes und damit auch dessen Absatz beeinträchtigt. Die Möglichkeit einer Behinderung genügt für das Vorliegen einer Beschränkung.

Fraglich ist, ob diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch strengere nationale Normen bzw. Verständnis aufgrund zwingender und nichtwirtschaftlicher Gründe des Allgemeininteresses unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt ist. Der Verbraucherschutz, dem die Inhaltskontrollregelungen u.a. dienen²⁵³³, zählt zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses²⁵³⁴, so daß allgemein strengere nationale Inhaltskontrollregelungen, wie z.B. strengere Klauselverbote, unter Umständen gerechtfertigt sein können²⁵³⁵. Bei der Problematik des Kontrollumfangs ist aber zum einen zu berücksichtigen, daß das Ziel der Klauselrichtlinie, welches u.a. auch durch EG 19, Satz 3, konkretisiert wird, für die Mitgliedstaaten nach Art.249 EG-V verbindlich ist²⁵³⁶. Zum anderen muß im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die ständige Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden, nach der generell dem Transparenzmodell als milderes Mittel Vorrang vor dem Verbotsmodell zu geben ist²⁵³⁷.

Die Klauselrichtlinie legt in Art.4 II – abgesehen von den äußersten Grenzen der Sittenwidrigkeit, Wucher, etc. - gerade fest, für welchen Bereich der Vertragsklauseln die Informationsmöglichkeit durch transparente Klauseln (Transparenzmodell) als milderes Mittel zu der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle (Verbotsmodell) ausreichend ist, um den Verbraucher zu schützen²⁵³⁸. Sie zielt zudem auch ausdrücklich auf Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen²⁵³⁹, die u.a. auch durch ungleiche Rechtsvorschriften bzw. ständige ungleiche Rspr. bezüglich des Kontrollgegenstands entstehen können. Daher ist m.E. davon auszugehen, daß die Wertung des Art. 4 II (bei Versicherungsverträgen iVm Satz 3 des 19.EG) für die Abgrenzung des kontrollfreien Raumes im grenzüberschreiten-

²⁵³² Eine Maßnahme gleicher Wirkung wird man aber auch hinsichtlich anderer Produkte bejahen können, so daß generell für einen strengeren nationalen Kontrollumfang als Art.4 II die folgenden Erwägungen genauso gelten.

²⁵³³ Selbst AGB-Regelungen sind zumindest auch verbraucherschützende Sachnormen. Der std.Rspr.des BGH liegt auch der Schutz des VN und der Versicherten zugrunde, das ebenfalls ein anerkanntes Allgemeininteresse ist, vgl.EuGH, VersR 1986, S.1225 ff., Rz.30 ff. Möglicherweise ist auch die Lauterbarkeit des Handelsverkehrs als von dem EuGH anerkanntes Erfordernis des Allgemeininteresses ein Motiv der Inhaltskontrollregelungen als Schutz der Wettbewerber vor minderwertigen Produkten (mit mißbräuchlichen Klauseln), die den Anschein höherwertiger Produkte erwecken.

²⁵³⁴ St.Rspr.seit EuGH v. 20.2.1979, Rs 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 ff.,Rz.8.

²⁵³⁵ Nach Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 92 ff.(allerdings noch vor RL-Erlaß) ist im Rahmen der nat. Generalkl. das Allgemeininteresse und die Verhältnismäßigkeit bei jeder einzelnen Vertragsklausel, die nach ausländischem Recht wirksam wäre, zu prüfen (am Beispiel von mehreren AGB der Kreditinstitute); Markwardt, S.174 ff. erwähnt dagegen die Rechtfertigungsmöglichkeit nicht; zu weitgehend Grundmann, 2.10, Rz.31, der bei Mindestschutzrichtlinien generell von der Unzulässigkeit strengerer nationaler Regelungen für den grenzüberschreitenden Verkehr ausgeht.

²⁵³⁶ Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418

²⁵³⁷ Seit EuGH v. 20.2.1979, Rs.120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, S.649 ff.,Rz.13; dazu Roth, ZEuP 1994, S.5 ff., 15; Reich, Europ. Verbraucherrecht, S.304 f. („Informationsparadigma“); zum Informations- und Regulationsmodell im Verbraucherschutz Damm, VersR 1999, S.129 ff., 136 f.; Grundmann, Teil 1, Rz.62 m.w.Nachw.

²⁵³⁸ Außerhalb von Hauptgegenstand und Preis-Leistungsverhältnis (Art.4 II) genügt nach Wertung der RL die Informationsmögl. gerade nicht: denn grundsätzlich müssen alle Vertragsklauseln transparent sein (Art.5) und unterliegen außerdem der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art.3 I.

²⁵³⁹ 2.Erwägungsgrund

den Verkehr auch eine Grenze „nach oben“ hinsichtlich des Schutzniveaus beinhaltet. Die Auslegungspraxis der deutschen Gerichte nach § 307 III 1 BGB (als Teil des Verbotsmodells) stellt demnach für den grenzüberschreitenden Verkehr einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar und verstößt gegen die Zielvorgaben der Klauselrichtlinie²⁵⁴⁰.

Die praktische Bedeutung dieser Frage ist bisher zwar noch gering, weil der grenzüberschreitende Verkehr bei Finanzprodukten, inklusive des Versicherungssektors, noch eher die Ausnahme ist²⁵⁴¹. Dies ist u.a. auf die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften im „Allgemeininteresse“ (z.B. Versicherungsvertragsrechte, Verkaufsregelungen, unterschiedliche Steuergesetze bei Lebensversicherungen) zurückzuführen ist. Vertreter der Finanzdienstleistungsindustrie machen auch die Technik der Minimum-Harmonisierung (Art.8 der Klauselrichtlinie) verantwortlich²⁵⁴². Zum Teil weigerten sich Versicherungsunternehmen, Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten zu versichern oder gewährten nur ungünstigere Vertragsbedingungen²⁵⁴³. Die einheitliche Währung, neue Absatzwege durch

²⁵⁴⁰ Im Ergebnis käme auch Grundmann zur Unanwendbarkeit des strengeren dt. Verständnisses gegenüber ausländ. Versicherern, deren Versicherungsbed. mit dem Heimatrecht vereinbar sind, welches wiederum dem EG-Standard der KlauselRL u.a.Richtlinien entspricht, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.31 – dem liegt aber eine andere Arg.zugrunde, denn Grundmann geht generell davon aus, daß eine RL die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung der jeweils anderen nat. Regelung als gleichwertig verpflichte, daher seien strengere nat. Regelungen nach einer Öffnungsklausel – wie Art.8 KlauselRL- zwar für den inländ. Verkehr zulässig, dürften aber generell als Maßn. gleicher Wirkung nicht Anbietern aus dem EG-Ausland entgegeng gehalten werden, eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses sei nicht möglich, so Grundmann, Teil 1, Rz.80 und 110 ff. (Ausn.bei Marktregeln wie Insiderrecht, 4.21, Rz.8), ders. JZ 1996, S.274 ff., 277 ff.; ähnl.Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 66 („Allgemeininteresse“ sei durch KlauselRL „vorgegeben“); o. Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 418 f. – diese Ansicht ist sehr str., aA Roth, ZEuP 1994, S.5 ff., 32 f.; Kiendl, JBl.1995, S.87 ff., 89; w.Nachw. bei Kieninger, VersR 1999, S.951 ff., 953, FN 17, Grundmann, 1.Teil, Rz.111, FN 313; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 61f. Gegen Grundmann spricht, daß dann Art.8 überflüssig wäre, denn die Befugnis zur Inländerdiskriminierung steht den EU-Mitgliedstaaten nach st.Rspr. des EuGH ohnehin zu. Nach Sinn und Zweck der RL u.Wortlaut des Art. 8 wird nicht zw. reinen Inlands- u.Auslandssachverhalten differenziert, vielmehr soll Art.8 gerade auch für Auslandssachverhalte gelten (EG 2,3,5,6,7)u.von Vor. des Art.95 IV EG-V befreien (Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.8,Rz.3; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.8, Rz.1), welchen Grundmann als „einzige gesicherte Ausnahme“ zu seinem Grundsatz anerkennt, vgl. Rz.116. Art.153 V EG-V sieht die Mögl.strengerer Maßnahmen auch ausdrücklich vor. Daß die Öffnungsklausel des Art.8 gerade auch für Auslandssachverhalte gelten soll, zeigt die Einschr.„mit dem Vertrag vereinbar“; denn damit sind hauptsächl. die Grundfreiheiten gemeint, die aber bei reinen Inlandssachverhalten gar nicht einschlägig sein könnten. Schon Grundmanns Ausgangsthese, daß europ.RL´s insofern eine Sperrwirkung für strengere nat. Regelungen beinhalten, weil sie das Allgemeinint. abschließend definieren, ist zweifelhaft (vgl. Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 641). Die Öffnungsklausel ist Ausdruck dessen, daß eine gegenseitige Anerkennung nat. Rechte gerade nicht gewollt oder jedenfalls nicht durchsetzbar gewesen ist, KlauselRL wählt nur Rechtsangl. Der EuGH, v.16.5.1989, Rs. 382/97 (Buet u.SARL./Ministère public), Slg.1989 II-1235 ff., 1252, Rz.16, geht ebenfalls v. grdstzl.Zul. strengerer Maßnahmen auch gegenüber ausländ. Anbietern aus. Das Weißbuch 1985, auf das Grundmann verweist (Rz.107), ist für den RL-Geber nicht verbindlich. Auch die gegens. Anerkennung von Rechtsinstituten steht unter Vorbehalt strengerer nat. Reg., die aus zw. Gründen des Allgemeint. (Verbraucherschutz) erf. sind, vgl. Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 92.

²⁵⁴¹ Vgl. Mitteilung der Kommission v.28.10.1998, Finanzdienstleistungen: Abstecken eines Aktionsrahmens, KOM (1998), 625 endg., S.13:keine grenzüberschr. Abschlüsse im Lebensvers.bereich (Dänema Spitze m. 0,14 %); bei Schadensvers.: Umsätze v. 0,13 % (Deutschland) bis 4,13 % (Belgien); Mitteilung der Kommission v.11.5.1999, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, KOM (1999), 232 endg., S.10; Entschließung EP bzw. des Ausschusses für Recht und Bürgerrechte, zu Entwurf der Mitteilung der Kommission zu Auslgsfragen: Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen, ABl. 1998, Nr. C 341/144, unter 1f.; Mitteilung der Kommission, „Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken“; KOM (97), 309 endg., Anhang, S.1 f. – Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 45 (zw.auch für Zukunft im Sachvers.bereich); in GB planen wenige Versicherer ihre Produkte in anderen Ländern anzubieten, vgl. McGee in McGee/Heusel, S.79 ff., 86.

²⁵⁴² Workshop anläßl. Konferenz in Brüssel v. 1.-3.Juli 1999 über die Anwendung der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.198 („There is no such thing as an internal market for financial services.“).

²⁵⁴³ Grünbuch:„Finanzdienstleistungen:Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.8f. (gleiches gilt für best. Bankdienstleistungen, z.B.Girokonten, Kreditkarten, etc.); Ursachen der Weigerungen waren u.a. Unsicherheit über Umfang des Risikos oder die Bonität des Käufers oder auch unverhältnismäßig hohe Kosten für den Versicherer, vgl. Mittlg der Kommission, „Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken“; KOM (97), 309 endg., S.7.

Internet etc. (elektronischer Geschäftsverkehr) sowie die Bemühungen der Kommission, den Finanzbinnenmarkt anzukurbeln, sollten aber zu einer Steigerung des grenzüberschreitenden Verkehrs führen.

D Transparenzgebot gemäß Art.4 II, 5

I Überblick

Nach Art.4 II, 5 Satz 1 müssen die Vertragsklauseln klar und verständlich formuliert sein²⁵⁴⁴. In Satz 2 ist bei Zweifeln über die Bedeutung der Klauseln die Auslegungsregel der für den Verbraucher günstigsten Version geregelt, die nach Satz 3 nicht für das kollektive Klageverfahren nach Art.7 II, III gilt. Diese Transparenzanforderungen sind als Teil des sog. „Informationsmodells des Verbraucherschutzes“²⁵⁴⁵ bzw. des „kompetitiven Vertragsrechts“²⁵⁴⁶ auf europäischer Ebene anzusehen. Die Herstellung der Produkt- und Markttransparenz ist für die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs und damit auch für den europäischen Binnenmarkt unabdingbar²⁵⁴⁷. Nicht zuletzt durch die primärrechtliche Verankerung des Rechts der Verbraucher auf Information in Art.153 EGV, bei dem es sich allerdings nicht um ein subjektives Recht im eigentlichen Sinne handelt²⁵⁴⁸, wird die individualschützende Dimension neben der wirtschaftsrechtlichen Bedeutung des Transparenzgebotes klargestellt. Allgemein dient das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie auch dem Ausgleich für eine idR nicht bestehende Möglichkeit zur Aushandlung der Vertragsbedingungen²⁵⁴⁹. Wenn der Verbraucher schon den Klauselinhalt nicht mitbestimmen kann, muß er den Inhalt zumindest klar und verständlich erkennen können. Damit haben Vertragsklauseln nicht nur eine Regelungs- sondern auch eine Informationsfunktion.

Die transparente Gestaltung der Vertragsbedingungen ist bei komplexen und umfangreichen Finanzdienstleistungen, die häufig sog. Rechtsprodukte sind, besonders wichtig²⁵⁵⁰. Gerade bei Rechtsprodukten besteht auch eine besonders große Gefahr, daß durch die Vertragsbedingungen die Hauptleistungszusage (z.B. best. Anlagerendite oder Deckung des

²⁵⁴⁴ „Klar und verständlich“ sind bei Art.4 II und Art.5 gleich zu verstehen, Art.4 II ist ein Unterfall des allgemeinen Transparenzgebotes in Art.5, vgl. auch Kapnopoulou, S.112; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.4 Rz.21 und 22.

²⁵⁴⁵ Vgl. Erstes und Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher (v. 14.4.1975, ABl. 1975, Nr.C 92 und v. 19.5.1981, ABl. 1981, Nr.C 133/1); Verbesserung der Verbraucherinformation ist an erster Stelle im „Verbraucherpolitischen Aktionsplan 1996-1999“; KOM (1995) 519 endg. genannt; z.B.EuGH, Urteil v. 7.3.1990, Rs C 362/88,(GB-INNO-BM ./ Confédération du commerce luxembourgeois), Slg. 1990, I-667, insb.Rz.13 ff.; dazu auch Dreher, JZ 1997, S.167 ff., 170 ff; Dauses, RIW 1998, S.750 ff.- Grundprinzip des Verbraucherschutzes, Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692; weiter Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 148; „a general principle in the European legal order“.

²⁵⁴⁶ Vgl. Micklitz, ZEuP 1998, S.253 ff., 265 f.

²⁵⁴⁷ EG 5,6,7. Der Zweck der Förderung der freien Marktentscheidung wird auch aus EG 20 iVm Nr.1 i) des RL-Anhanges sowie aus EG 16 (u.a.Sonderbestellung des Verbrauchers) erkennbar.

²⁵⁴⁸ Soweit Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194 dem Transparenzgebot der KlauselRL wegen des in Art.153 I EGV statuierten Verbraucherrechts auf Information auch horizontale Direktwirkung zumißt, ist dies nicht mit der geltenden Rspr. des EuGH vereinbar, nach der dem Art. 129 a a.F. EG-V nur eine begrenzte Wirkung zukommt (Art.153 n.F. kann zu keiner Änderung führen) und nur eine vertikale Direktwirkung von RL bejaht wird, vgl. EuGH, 7.3.1996, Rs. C-192/94 (El Corte Inglés SA./ Christina Blázquez Rivero), Slg. 1996, I.1281 ff.; desgleichen Generalanwalt Lenz in gleicher Sache, S.1284 ff., Rz.24 ff.; gegen Reich auch Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 01, S.2211 ff., 2213, FN 33.

²⁵⁴⁹ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046, ähnlich Fastrich, S.322 ff.(dessen Konzept der „Garantenpflicht“ nur bei der Verwendung von AGB allerdings von der KlauselRL nicht verfolgt wird, die auch für Einzelverträge gilt).

²⁵⁵⁰ Reich, Konferenzunterlagen, S.193; ders., NJW 1995, S.1857 ff. zu den Auswirkungen des Transparenzgebotes auf von Banken verwandte Bürgschaftsformulare.

Risikos) fast vollständig wieder zurückgenommen wird. Durch transparente Gestaltung soll erreicht werden, daß diese Einschränkungen für den Verbraucher besser erkennbar sind²⁵⁵¹. Aus einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie zu Versicherungsverträgen²⁵⁵² sowie aus der CLAB-Kartei²⁵⁵³ ist ersichtlich, daß sich in den Versicherungsbedingungen viele unklare Formulierungen finden, die den Verbraucher über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag im unklaren lassen und dem Verwender Beurteilungsspielräume zugestehen²⁵⁵⁴. Dies wird dadurch bestätigt, daß in den Mitgliedstaaten verstärkt auf die Transparenz von Versicherungsbedingungen geachtet wird²⁵⁵⁵. Auch der Generalanwalt Tizzano betont beispielsweise die Gefahr der mehrdeutigen Definition des versicherten Risikos bei Versicherungsverträgen²⁵⁵⁶. Auch bei anderen Finanzprodukten wie z.B. Bank- und Leasingverträgen wird „ein auffallend hohes Maß an Intransparenz“²⁵⁵⁷ beobachtet.

II Systematische Einordnung des Transparenzgebotes und Rechtsfolge bei Intransparenz

1. Einführung

Der Wortlaut der Richtlinie läßt weder die systematische Einordnung des Transparenzgebots der Art.4 II, 5 eindeutig erkennen, noch findet sich bis auf die Auslegungsregel des Art.5 Satz 2 eine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung für den Fall der Intransparenz. Die Ansichten bezüglich der systematischen Einordnung gehen weit auseinander. So wird die Einordnung als Einbeziehungsvoraussetzung²⁵⁵⁸, die Zuordnung zu der Mißbräuchlichkeitskontrolle²⁵⁵⁹, aber auch eine Zuordnung zu beiden Ebenen²⁵⁶⁰ vertreten. Nach einer

²⁵⁵¹ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046

²⁵⁵² Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.44; vgl. auch die Vorschläge hinsichtlich der Transparenz in der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“; ABl.1998, Nr. C 95/72, S.82 unter 3.7.2 sowie Beispiele S.95 unter 3.7.3.3. a).

²⁵⁵³ Dazu ausführlich oben unter C II Rechtsvergleich.

²⁵⁵⁴ Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 53 vermutet, daß dies u.a. eine Folge von Kompromissen zwischen Versicherungsunternehmen in ihren Verbänden und zwischen Versicherern und VN in der Industrie- und Transportversicherung sein kann.

²⁵⁵⁵ Vgl. oben unter 2. Teil C II, Zuzfsg.12.; Kiendl, S.162; zu der Problematik des Transparenzgebotes bei Versicherungsverträgen in Deutschland, z.B. Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff.; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 102 ff.; Leithoff, NVersZ 1999, S.555 f.; Basedow, NVersZ 1999, S.349 ff.350 ff.; ders. VersR 1999, S.1045 ff.; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 66 ff.; Präve, VersR 2000, S.138 ff.; Schimikowski, r+s 1998, S.353 ff.

²⁵⁵⁶ In seinem Schlußantrag v. 23.1.2001, Rs.C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.29.

²⁵⁵⁷ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.93

²⁵⁵⁸ Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 172 f.;tendeziell auch Grundmann, 2.10, Rz.4,42,aber offenlassend, Rz.35; v.Westphalen, EWS 1993, S.161 ff., 165 (zählt Art.5 zu dem „Allgemeinen Teil“).

²⁵⁵⁹ Kapnopoulou, S.144; v.Hoynigen-Huene, FS Trinker, S.179 ff., 180; Brandner in Schulze, S.131 ff., 137; Kiendl, S.200; dies., JBl.1995, S.87 ff., 91; Weatherill, S.85; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 f.; wohl auch Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076; Basedow, NVersZ 1999, S.1045 ff., 1046 und 1049 (jedenfalls nach Art.8 zulässig); Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311f. („zwei kumulative Komponenten der Mißbräuchlichkeit“: formelle Mißbräuchlichkeitsprüfung auf Transparenz und materielle Mißbräuchlichkeitsprüfung nach Art.3 I); zust. Reich,NJW 1995, S.1857 ff., 1858 und 1860; ders., Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194; ders., VuR 1995, S.1 ff., 5; ähnlich wohl auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 („formal fairness“); Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 ff.; vorsichtig Franzen, S.567

jedenfalls für Art.4 II auch der Generalanwalt Tizzano in seinem Schlußantrag v. 23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.27.

²⁵⁶⁰ So wohl Kretschmar, S.181/182; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 110 f.; Gozzo, S.146 f., die zwar ursprünglich an Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311 („formelle und materielle Mißbräuchlichkeit“) anknüpft, dies dann aber fälschlicherweise mit formeller Transparenz iSv Einbeziehungsvoraussetzung (Art.4 II) und materieller Transparenz iSv inhaltlicher Kontrolle (Art.3 I) gleichsetzt, eine weitere Inkonsequenz zeigt sich dann auf S.148 und 157 ff., wo

vermittelnden Ansicht ist die systematische Einordnung bei der Umsetzung den Mitgliedstaaten überlassen²⁵⁶¹.

Ordnet man das Transparenzgebot (zumindest auch) der Ebene der Mißbräuchlichkeitskontrolle zu²⁵⁶², so ist weiterhin fraglich, ob die Intransparenz per se zu einer Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit einer Klausel nach Art.3 I iVm Art.6 I führt²⁵⁶³ oder ob die (In-)Transparenz lediglich ein Umstand unter vielen im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art.4 I der Klauselrichtlinie ist. In letzterem Fall wäre zusätzlich ein inhaltlicher Verstoß oder Nachteil iSd Art.3 I erforderlich²⁵⁶⁴. Zum Teil wird hinsichtlich der Rechtsfolge zwischen den Transparenzvoraussetzungen des Art.4 II und dem allgemeinen Art.5 differenziert²⁵⁶⁵. Im folgenden soll zunächst ein Überblick über die systematische Verortung von Transparenzanforderungen in den einzelnen nationalen Rechten gegeben werden (1.), bevor dann die Klauselrichtlinie ausgelegt wird (2.).

2. Rechtsvergleichende Betrachtung

Transparenzanforderungen haben in den einzelnen Ländern einen unterschiedlichen Stellenwert²⁵⁶⁶ und werden auf unterschiedlichen Prüfungsstufen der Einbeziehung, Auslegung und Inhaltskontrolle angesiedelt, was eine dogmatische Erfassung des Transparenzgebotes erschwert²⁵⁶⁷. Der Schwerpunkt der folgenden rechtsvergleichenden Betrachtung liegt zunächst auf der Darstellung der deutschen Transparenzanforderungen (unter a), weil dort das Transparenzgebot besonders ausgeprägt ist: Deutschland ist das einzige Land, in dem

sie eine intransparente Klausel iSv Art.4 II als „mißbräuchlich“ erklärt und die Rechtsfolge des Art.6 I auf intransparente Klauseln anwendet, obwohl nach ihrem Ausgang eine formelle Intransparenz also eine Nichteinbeziehung gegeben sein müßte; ungenau auch Brock, S.187 ff., 191; ders. ZvgIRWiss 1999, S.29 ff.,34.

²⁵⁶¹ Einbeziehung, Auslegung, Inhaltskontrolle oder Überschneidungen, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.1,8; zust. v. Westphalen, Transparenzgebot, Rz.2; Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 148 endg., S.19; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25, Art.3, Rz.54,65; Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 156, Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215/16.

²⁵⁶² Bei syst. Einordnung bei der Einbeziehung ist folgerichtig von der Unwirksamkeit bzw. Nichteinbeziehung auszugehen, Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 173 ff.; 175/176; RF offenl.v. Westphalen, Transparenzgebot, Rz.2.

²⁵⁶³ So Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311/312; Brandner in Schulze, S.131 ff., 137; ders. in Brandner/Ulmer/Hensen, § 9 AGBG, Rz.175; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.66; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2214 und 2215/16; Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194; ders., NJW 1995, S.1857 ff., 1860; ders. VuR 1995, S.1 ff., 5; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 155 und 168; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 98 f.; Kiendl, S.52 und 200f.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.74; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.26 und Art.3, Rz.54 („informationelles Mißverhältnis“; wohl auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 (zw. allerdings S.244); jedenfalls für den Fall des Art.4 II auch Generalanwalt Tizzano, Schlußantrag v. 23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.27- pauschale Bezugnahme des EuGH in seinem Urteil v.10.5.2001 in gleicher Sache, Rz.20 ; so auch Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 589 für die italienische Umsetzungsregel des Art.4 II in Art.1469-ter Codice Civile.

²⁵⁶⁴ Thomas/Sabalot, BJlBFL 1995, S.214 ff., 215; Lockett/Egan, Rz.3.17; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 65; Franzen, S.567; Schlußantrag Geelhoed v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.24; wohl Kapnopoulou, S.144 f. (die zudem auf die Erkennbarkeit für den Gewerbetreibenden abstellt); Migsch in Karlsruhe Forum 1997, S.110 ff., 111; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.6 und 8; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1049 f., beruft sich allerdings zu unrecht auf BGH, NVersZ 1999, S.360 ff. =VersR 1999, S.710 ff., da BGH die Intransparenz als Verwerfungsgrund ausreichen läßt („wegen Verstosses gegen das sich aus § 9 AGBG ergebene Transparenzgebot unangemessen benachteiligt.“); weniger eindeutig Basedow, NVersZ 1999, S.349 ff., 350.

²⁵⁶⁵ So wohl Gozzo, S.146 f., die Art.4 II als formelle Transparenz (Nichteinbeziehung, also von vorneherein unwirksame Klauseln) bezeichnet und daneben eine materielle Transparenz bei Art.3 I prüfen will; ähnlich auch Brock, S.187/188; auch Alpa, Konferenzunterlagen, S.53 ff., 59 trennt Art.4 II (mißbräuchlich und unwirksam) und Art.5 (nicht automatisch); ähnlich Paisant, Konferenzunterlagen, S.154, Art.5 aber nur als Auslegungsregel.

²⁵⁶⁶ Konferenzunterlagen, S.153: große Bedtg. in Großbritannien, Deutschland, Italien; eher weniger wichtig in Frankreich.

²⁵⁶⁷ Transparenz ist ein „schillernder Begriff“, vgl. v.Hoynigen -Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 180.

das Transparenzgebot bereits vor Richtlinienerlaß von der Rechtsprechung als Grundsatz der Generalklausel neben Einbeziehung und Auslegung anerkannt war²⁵⁶⁸. Das deutsche Recht hatte auch Vorbildcharakter für das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie (dazu ausführlicher unter 3.).

a) Deutschland

aa) Erscheinungsformen der Transparenz

Das Transparenzgebot war bereits vor Erlaß der Klauselrichtlinie ein „tragendes Prinzip“ des AGBG²⁵⁶⁹. Zwar erschien es ausdrücklich weder im Gesetz, noch kam es in der Begründung des AGBG und sonstigen Gesetzesvorarbeiten vor. Es lag aber den gesetzlichen Regelungen der §§ 2 I (insb.Nr.2), 3, 5 und einigen Klauselverboten der §§ 10 (Nr.1-4, 5b,6) und 11 (insb.Nr.10b, 13a,14a) AGBG a.F. sowie dem aus § 6 AGBG a.F. abgeleitete Verbot der geltungserhaltenden Reduktion²⁵⁷⁰ zugrunde²⁵⁷¹. Diese Vorschriften wurden im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, die am 1.1.2002 in Kraft trat, im wesentlichen unverändert in das BGB übernommen²⁵⁷². Umstritten sind die systematische Einordnung und die Grenzen des Transparenzgebotes²⁵⁷³.

Auf der Einbeziehungsebene werden neben dem Einverständniserfordernis iVm der Voraussetzung eines ausdrücklichen Hinweises nach § 305 II BGB hauptsächlich Transparenzvoraussetzungen bei der Prüfung der zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme von dem Inhalt der AGB nach § 305 II Nr.2 BGB aufgestellt²⁵⁷⁴. Die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme setzt voraus, daß der Vertragstext frei verfügbar ist²⁵⁷⁵ und die Klauseln klar, verständlich und lesbar sind²⁵⁷⁶. Auch die Sprachenproblematik ist bei der Prüfung, ob die Klauseln wirksam in den Vertrag einbezogen sind, angesiedelt²⁵⁷⁷. Die Voraussetzung der Klarheit als spezielle Ausprägung des Transparenzgebotes ist auch im Rahmen der negativen Einbeziehungsvoraussetzung des § 305 c I BGB (§ 3 AGBG a.F.)

²⁵⁶⁸ Zu den unterschiedlichen „Facetten“ in Deutschland, vgl. Basedow, VersR 1999, S.1045 ff.; v.Hoynigen -Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 180 ff.

²⁵⁶⁹ Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946; zust. Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 102.

²⁵⁷⁰ Vgl. Brandner in Brandner/Ulmer/Hensen, § 9 AGBG, Rz.88; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 344.

²⁵⁷¹ Schäfer, S.131 ff.; Niefenführ, S.4 ff.; weitere Bestimmungen mit Transparenzaspekten, Kreienbaum, S.106 ff

²⁵⁷² § 305 II (Ergänzung des § 2 I Nr.2 a.F.), § 305 c I (§ 3 a.F.), § 305 c II (§ 5 a.F.); § 308 Nr.1-4,5 b,6 (§ 10 Nr.1-4,6 a.F.), § 309 Nr.8 b bb (veränderter § 11 Nr.10 b, u.a.„mindern“ statt „Herabsetzung der Vergütung“, aber Voraussetzung des ausdrücklichen Vorbehalts bleibt gleich) und Nr.10 a,11 a (§ 11 Nr.13 a,14a a.F.) BGB.

²⁵⁷³ Basedow, VersR 1999, S.1045 („Leerformel, die der Ausfüllung durch rechtliche Maßstäbe harrt“).

²⁵⁷⁴ Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 159 f.; Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 28; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046; Schäfer, S.39 ff., 54 ff.; aA anscheinend Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947, der nur die Transparenzelemente in §§ 3,5,9 AGBG a.F. betont.

²⁵⁷⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rz.24 ff. – bei besonders umfangreichen Klauselwerken wie z.B. Versicherungsverträgen muß der Vertragstext dem Kunden auf dessen Verlangen ausgehändigt werden, Präve, Rz.152 m.w.Nachw.; für Versicherungsverträge gilt § 10 a iVm Anlage D I 1 b) VAG und §5a VVG – auch bei Vertragsabschluß unter Abwesenden fordert die Rspr. unter Berufung auf das Zumutbarkeitserfordernis idR eine Übersendung der AGB, Palandt-Heinrichs, § 2 AGBG, Rz.9; Rz.11 f. (zu Problemen bei fernmündlichem Vertragsabschluß und Angeboten im Internet und Bildschirmtext).

²⁵⁷⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rz.27; Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG, Rz.13: „ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit“; Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 7/3919, S.18 („müheles lesbar“); auch nach dem § 305 II Nr. 2 BGB n.F. muß nach Wertung des Gesetzgebers zwar auf körperliche Behinderungen Rücksicht genommen werden, grdstzl. verbleibt es aber bei dem Abstellen auf den Durchschnittskunden, vgl.Schmidt-Räntsch, Rz.1091, S.383 – § 2 II Nr. 2 AGBG a.F. enthalte im wesentlichen nur eine Textverschaffungsobliegenheit, Kreienbaum, S.72 ff., 85,91.

²⁵⁷⁷ Ausf. Maidl, S.42 ff.; Rspr.nachw. Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1264 ;ausdrückliche Sprachenregelung z.B.in § 483 I BGB (§ 3 I TzWrG a.F.) – bei Versicherungsverträgen gilt § 10 a II 2 VAG.

zu erkennen²⁵⁷⁸, denn bei Unklarheit kann auch ein Überraschungs- und Überrumpelungseffekt eintreten. Die Ungewöhnlichkeit bemißt sich nach der Stärke der Abweichung der Realität des Klauselinhalts von der begründeten Erwartung des anderen Vertragsteils²⁵⁷⁹. Unter anderem spielt die Transparenz der Darstellung eine Rolle, da eine überraschende Klausel iSd § 305 c I BGB dann angenommen wird, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, daß der Vertragspartner mit ihr nicht zu rechnen braucht²⁵⁸⁰. Bei ausdrücklichem Hinweis des Verwenders werden auch ungewöhnliche Klauseln wirksam in den Vertrag einbezogen²⁵⁸¹. Die Anforderungen der §§ 305 II, 305 c I BGB gelten unproblematisch auch für die Preis- und Leistungsbestimmungen; § 307 III 1 BGB (§ 8 AGBG a.F.) ist insoweit nicht anwendbar.

Bereits vor Erlaß der Klauselrichtlinie wandte der BGH das Transparenzgebot in ständiger Rechtsprechung auch außerhalb der Einbeziehung und Auslegung (§ 305 c II BGB) im Rahmen der Generalklausel des § 307 I BGB n.F. (§ 9 I AGBG a.F.) an und zwar spätestens²⁵⁸² seit den vielbeachteten Urteilen hinsichtlich Tilgungsverrechnungs- bzw. Zinsberechnungsklauseln bei Hypothekendarlehen („Hypothekenzinsurteil“)²⁵⁸³ und Wertstellungsklauseln bei Girokonten („Wertstellungsurteil“²⁵⁸⁴)²⁵⁸⁵. Das Transparenzgebot beinhaltet danach die Pflicht des Verwenders, die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien klar, bestimmt, durchschaubar, richtig und verständlich in den AGB darzustellen. Das von der Rechtsprechung entwickelte Transparenzgebot gilt für alle Vertragsarten und wird zunehmend auch auf Versicherungsverträge angewandt²⁵⁸⁶.

Zutreffenderweise hat der BGH nicht nur bei inhaltlicher Unangemessenheit, sondern auch bei intransparenter Gestaltung eine „unangemessene Benachteiligung“ iSd § 307 I BGB (§

²⁵⁷⁸ Vgl. Ulmer, *Karlsruher Forum* 1997, S.9 ff., 28; Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 103; Westermann, *FS Steindorff*, S.817 ff., 827; Koller, *FS Steindorff*, S.667 ff., 681ff.

²⁵⁷⁹ Koller, *FS Steindorff*, S.667 ff., 682f.

²⁵⁸⁰ Palandt/Heinrichs, § 3 AGBG, Rz.2 – die Überraschung kann durch „Verstecken“ im Klauselwerk entstehen, vgl. Basedow, *VersR* 1999, S.1045 ff., 1047; zu dt.Rspr. Schmidt-Salzer, *FS Trinkner*, S.361 ff., 368 f.

²⁵⁸¹ Palandt/Heinrichs, § 3 AGBG, Rz.3; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 AGBG Rz.23; aA Soergel/Stein, § 3 AGBG, Rz.5

²⁵⁸² Zu früheren Transparenzerwägungen (Klarheit, Verständlichkeit, Irreführungsverbot) des BGH im Rahmen der Inhaltskontrolle, jeweils m.Nachw.Köndgen, *NJW* 1989, S.943 ff., 944; Fastrich, S.319 f.; Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 103ff., 105; v.Hoynigen-Huene, *FS Trinkner*, S.179; Rosenow/Schaffelhuber, *ZIP* 2001, S.2211 ff., 2213 zu ähnlichen Grundsätzen des RG; aA Wagner-Wieduwilt, *WM* 1989, S.37 ff, 42 („Neuland“); Basedow, *VersR* 1999, S.1045 ff., 1049.

²⁵⁸³ BGHZ 106, S.42ff.= *NJW* 1989, S.222 ff: Verschleierung der zinserhöhenden Wirkung u.a. durch Darstellung in unterschiedlichen Absätzen; Fortführung durch BGH, *NJW* 1991, S.1889; *NJW* 1992, S.1097 f.; auch zwei aufeinanderfolgende Sätze genügen dann nicht, wenn die sachliche Verzahnung von Zinsberechnung und Tilgungsverrechnung nicht ausreichend in der Formulierung deutlich werde, BGHZ 112, S.115ff.= *NJW* 1990, S.2383 ff.; 1992, S.179f. und 1108f.; BGH, *WM* 1997, S.518ff.; wirksame Klauselformulierung dagegen bei BGH, *NJW* 1991, S.2259 ff., 2561.

²⁵⁸⁴ BGHZ 106, S.259ff.= *NJW* 1989, S.582 ff.: Verstoß gegen Transparenzgebot, weil nicht hinreichend deutlich werde, daß „durch die hinausgezögerte Wertstellung bei Bareinzahlungen (auf Girokonten) Sollzinsen für nicht in Anspruch genommene Kredite verlangt“ werden; krit. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.103; Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 126; wirks. Überziehungsklausel, BGH, *ZIP* 1992, S.751 ff., 753.

²⁵⁸⁵ Diese Rspr. hat geradezu eine „Flut“ von Literaturbeiträgen hervorgerufen, vgl.nur Diss von Gozzo; Hebestreit, insb. S.85 ff.; Kreienbaum; Schäfer; Köndgen, *NJW* 1987, S.160 ff.; Hellner, *FS Steindorff*, S.537 ff.

²⁵⁸⁶ Z.B.BGH, *NVersZ* 1999, S.360 ff.=*VersR* 1999, S.710 ff., 711 f.; BGH, *NJW* 1998, S.454 ff., 456; BGH, *NVersZ* 2001, S.308 ff., 310= *VersR* 2001, S.841 ff.; BGH, *NVersZ* 2001, S.313 ff., 314=*VersR* 2001, S.839 f.; w.Nachw. bei Choi, S.270 ff.; – BverwG, *VersR* 1998, S.1137 ff., 1140 m.Anm. Reiff in *EWiR* 1998, S.961 f.

9 I AGBG a.F.) angenommen²⁵⁸⁷. Für diese systematische Einordnung spricht, daß aus dem Gesetz selbst, namentlich bei den einzelnen Klauselverboten der §§ 308 und 309 BGB (§§ 10,11 AGBG a.F.)²⁵⁸⁸, der Gedanke der Transparenz im Rahmen der Inhaltskontrolle deutlich wird. Der Gesetzgeber hat die Informationsfunktion der AGB²⁵⁸⁹ nunmehr in § 307 I 2 BGB klargestellt. Nach § 310 III Nr.2 BGB n.F. gilt das Transparenzgebot auch für vorformulierte Einzelverträge²⁵⁹⁰. Die ausdrückliche Aufnahme des Transparenzgebotes auf der Ebene der Inhaltskontrolle war überfällig, da auch die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung, ja selbst eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Publizität nun auch nach Ansicht des EuGH nicht zur Umsetzung einer Richtlinie genügen²⁵⁹¹. Dies gilt besonders wenn eine Richtlinie – wie die Klauselrichtlinie-, dem Verbraucherschutz dient und Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Rechte verleiht, um die grenzüberschreitenden Geschäfte und damit den Binnenmarkt zu fördern (vgl. EG 6).

Das Transparenzgebot läßt sich nach der deutschen Rechtsprechung in mehrere Einzelgebote aufgliedern, im wesentlichen das Verständlichkeitsgebot, das Bestimmtheitsgebot und das Täuschungs- bzw. Irreführungsverbot²⁵⁹². Es werden im wesentlichen zwei Ziele verfolgt²⁵⁹³: die Herstellung der Rechtsklarheit²⁵⁹⁴ und der Preisklarheit. Ging es in der Rechtsprechung zunächst hauptsächlich um die auch aus den Klauselverboten erkennbare Trans-

²⁵⁸⁷ Zust.z.B.Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 77; Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 105; ders. FS Trinkner, S.157 ff., 161; Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076; ders., ZIP 1996, S.1238 ff., 1241; v.Hoynigen-Huene, Rz.199 ff.; v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.24; Kreienbaum, S.250; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.143 ff.; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949 ff.; Westermann, FS Steindorff, S.817 ff., 819.

²⁵⁸⁸ Z.B. müssen die Rechte und Pflichten klar und deutlich erkennbar und bestimmt sein, vgl. § 308 Nr.1,2 und § 309 Nr.10 a BGB; es muß dem Kunden möglich sein, best.Rechte und Pflichten aus dem Vertrag selbst zu entnehmen, vgl. § 308 Nr. 3 („im Vertrag angegeben“) und § 309 Nr.8 b) bb) („ausdrücklich...vorbehalten“); ausreichende Konkretisierung der vom Verwender vorbehaltenen Rechte, vgl. § 308 Nr.3, § 309 Nr.10 a; Informationspflichten durch Hinweisgebote, vgl. § 308 Nr.5 b und § 309 Nr.11 a; der früher aus § 11 Nr.10 b AGBG a.F. zu entnehmende Hinweis, daß statt der juristischen Fachtermini der „Wandelung“ und „Minderung“ eine Formulierung ohne diese Fachtermini vorausgesetzt wird (so Arg. von BGH NJW 1982, S.331 ff.,333), ist durch die neue Fassung des § 309 Nr.8 b)bb) wieder abgeschwächt, weil es dort wieder „mindern“ heißt.

²⁵⁸⁹ Neben der Regelungsfunktion, Niedenführ, S.4 ff. - mit Recht kritisch zu der Verwendung von Niedenführs Formulierung „Informationsgebote“ wegen der Verwechslungsgefahr mit schadensersatzbewehrten Informationspflichten, Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947, FN 45.

²⁵⁹⁰ Bereits durch den alten § 24 a Nr.2 AGBG, der nur auf § 5 und nicht auf §§ 2,3 AGBG a.F. verwies, stellte der dt. Gesetzgeber klar, daß er von der Einordnung des Transparenzgebotes in die §§ 9 ff. AGBG ausging; auch noch idF § 310 III Nr.2, wobei str., ob diese Vorschrift nicht erweiternd ausgelegt werden sollte; kritisch Staudinger, EWS 2001, S.330 ff.,331.

²⁵⁹¹ EuGH v. 10.5.2001, Rs C-144/99 (Kommission./Niederlande), ZIP 2001, S.1373 ff.,insb.Nr.17 ff., 21; Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano v. 32.1.2001 in gleicher Sache, insb.Rz.35 ff. - zust. Reich, EWIR 2001, S.969 f.; Staudinger, EWS 2001, S.330 ff.; im wesentlichen auch Leible, EuZW 2001, S.438 f.; weitere Anm. bei Micklitz, EWS 2001, S.486 ff.; - der deutsche Gesetzgeber ging dagegen zunächst von einer ausreichenden Umsetzung der Art.4 II,5 durch Rspr. und hL aus, vgl. BT-Drucks. 13/2713, S.6; zust. Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.87;Heinrichs, FS Trinkner, S.157ff.,174; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313; ders. in Schulze, S.131 ff., 137; Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1674 ;Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076; ders., ZIP 1996, S.1238 ff., 1241; Bunte, DB 1996, S.1389; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 344; ders. Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 35; aA z.B. Staudinger, WM 1999, S.1546 ff.,1549 ff., Kretschmar, S.61.

²⁵⁹² Vgl. Heinrichs, FS Trinkner, S.161 ff., 166 ff.; differenzierter, Kreienbaum, S.142 ff.

²⁵⁹³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.143, v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.10

²⁵⁹⁴ Der Vertragspartner muß den Umfang seiner Rechte und Pflichten klar und deutlich erkennen können, damit er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, BGHZ, NJW 1988, S.1726ff.; BGH, NJW 1999, S.276 ff.=BGH, WM 1999, S.133; die Rechtslage darf nicht unzutreffend dargestellt werden, BGH, NJW 1992, S.3158 ff., 3161 (Irreführungsverbot) - die Klauseln müssen so bestimmt formuliert sein, daß dem Verwender keine Beurteilungsspielräume im Einzelfall entstehen, BGHZ 100, S.157,175 ff; wirtschaftliche Nachteile und Belastungen müssen hinreichend deutlich werden, z.B. BGH, NJW 1989, S.222 ff.

parenz der Regelungen, die für die Vertragsdurchführung und –abwicklung von Bedeutung sind (ex post)²⁵⁹⁵, so fand besonders durch das Hypothekenzinsurteil und das Wertstellungsurteil ein Perspektivwechsel statt, indem eine marktbezogene Betrachtungsweise betont wurde²⁵⁹⁶: es soll sichergestellt werden, daß dem Kunden bei Abschluß des Vertrages (ex ante) die wirtschaftlichen Folgen seiner Verpflichtung deutlich vor Augen geführt werden, so daß eine Markttransparenz geschaffen wird und er seine Marktchancen durch Vergleich mit anderen Anbietern und Verhandlungsmöglichkeiten wahrnehmen kann²⁵⁹⁷.

Obwohl die Rechtsprechung z.T. nicht eindeutig ist²⁵⁹⁸, spricht doch einiges dafür, daß danach allein die Intransparenz für die Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 I BGB angesehen wird (als Merkmal unangemessener Vertragsgestaltung)²⁵⁹⁹, ohne daß zusätzlich eine sachliche unangemessene Benachteiligung durch den Klauselinhalt erforderlich ist (beispielsweise durch Abweichung von dispositivem Recht zum Nachteil des Kunden)²⁶⁰⁰. Da aber regelmäßig auch eine sachliche Benachteiligung vorlag, wird dem BGH mehrfach vorgeworfen, es handele sich bei den Transparenzprüfungen in Wahrheit um „verkappte“ Inhaltskontrollen²⁶⁰¹. Zuzugeben ist dieser Ansicht, daß es in der Tat insbesondere bei gesetzliche wenig geregelten Bank- und Versicherungsverträgen leichter ist, die Transparenz

²⁵⁹⁵ Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 671f. (Ziel: Vermeidung von Ermessensspielräumen und Prozessen)

²⁵⁹⁶ Vgl. Hypothekenzinsurteil, BGH, NJW 1989, S.222 ff., 224; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 944, 950 ging sogar von einer marktbezogenen Unangemessenheit aus; BGH, NJW 1989, S.582/583; noch deutlicher BGHZ 112, S.115 ff., 118 f.= NJW 1990, S.2383, das sich ausdrücklich auf die Ansicht u.a. von Köndgen bezieht; BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. und 313 ff.

²⁵⁹⁷ Zust. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff.; Heinrichs, in Hadding/Hopt, S.101 ff., 110 ff.; ders., FS Trinkner, S.157 ff., 163; Hopt in Hadding/Hopt, S.76; Gozzo, S.105/106; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.143; aA Wagner-Wieduwilt, WM 1989, S.37 ff., 43; Westermann, FS Steindorff, S.817 ff., 825 ff.; Schäfer, S.160 ff. – für die dogmatische Zuordnung zu der Einbeziehung als weiterer Kritikpunkt: Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 681 ff., 686 (unter Verweis auf § 3 AGBG a.F); Westermann, FS Steindorff, S.817ff., 819 ff.; Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 121 ff.; 128, 130

²⁵⁹⁸ Fastrich, S.320, Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 126; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1049.

²⁵⁹⁹ Z.B. BGH, ZIP 1998, S.2059 ff., 2061 unter 2 b) dd) („Dieser Verstoß (gegen das Transparenzgebot) führt – bereits für sich allein genommen – zur Unwirksamkeit...“); BGH, NJW 1990, S.2383; BGH, NJW 1998, S.454 ff., 456; BGH, NVersZ 1999, S.360 ff., 361; BGH, WM 1997, S.518 ff., 519 unter 1.; BGH, NJW 1989, S.582 ff., 583; BGH, NJW 1989, S.222 ff., 223 f.; BGH, NJW 1989, S.582 ff., 583 m.w.Nachw.; BGH, NJW 1992, S.179; 180 f., 181; 92, S.1097 ff., 1098; BGH NJW 1996, S.455ff., 456 und S.1407 ff. 1408 insb.Nr.1 c) und e) („Erweist sich die Klausel bereits wegen des unklaren Begriffs...als unwirksam...“);BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., I 2.b), II 2a-c (zw. aber Präve, Anm. VersR 2001, S.846 ff., 847); BGH, NVersZ 2001, S.313 ff., 314; BverwG, VersR 1998, S.1137 ff., 1140 - so auch Erg.Heinrichs, NJW 1997, S.1407 ff., 1413; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 152; Westermann, FS Steindorff, S.817 ff., 823– zust.hL:Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rz.16c; Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 77 f.;v. Westphalen,, „Transparenzgebot“, Rz.24 ff., 31; Kreienbaum, S.258 f.;Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.89,Rz.102 und Rz.103; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 103;Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950; diff. Borges, S.132 ff.;aA Schwintowski,VuR 1996, S.223 ff.,233 f.

²⁶⁰⁰ Teilweise wird aber eine unangemessene Benachteiligung und Schutzbedürftigkeit des Kunden nur bei sachlich nachteiligen Klauseln angenommen, deren nachteilige Wirkung durch die intransparente Gestaltung verschleiert werde: Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.146; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24a AGBG, Rz.66; Schäfer, S.117 ff.; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 142f.m.w.Nachw.; Basedow, NVersZ 1999, S.349 ff., 350; ders., VersR 1999, S.1045 ff., 1049; v. Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 182f f., 191(durch teleolog.Reduktion des § 8 AGBG a.F.).

²⁶⁰¹ Nach Reiff, Anm.zu BGH in ZIP 2001, S.1058 ff, 1059 richtet sich der Intransparenzvorwurf hinsichtlich der Rückkaufswerte und Abschlußkosten bei Lebensversicherungen in Wahrheit gegen das Verfahren der Zillmerung als solches; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1049f. ist der Ansicht, daß viele der im Versicherungsbereich als intransparent angesehenen Klauseln auch aufgrund inhaltlicher Gesichtspunkte als unangemessen hätten angesehen werden können, er führt Rspr.-Beispiele an, bei denen z.T. in der Tat nicht die Transparenz, sondern das ungleiche Äquivalenzverhältnis ausschlaggebend waren, z.B. bei unbestimmten Anpassungsklauseln; bedenklich ist auch die Formulierung in BGH, NJW 1990, S.2383 f., 2384. „Wenn man eine solche Regelung...überhaupt für materiell zulässig halten will, sind jedenfalls bei der Überprüfung, ob die vorliegende Klauselfassung ...hinreichend klar werden läßt, strenge Anforderungen zu stellen.“ - dies spricht aber alles nicht dagegen, daß grundsätzlich auch die Intransparenz allein ausreichen kann.

als die inhaltliche Zulässigkeit zu beurteilen²⁶⁰². Es besteht also die Gefahr, daß die Ausweitung der Transparenz-Rechtsprechung die inhaltliche Prüfung zurückdrängt. Auf lange Sicht wäre dies zum Nachteil der Verbraucher, da der Verwender bei transparenter Formulierung auch inhaltlich zweifelhafte Klauseln weiter verwenden darf.

An dem Ergebnis der Unwirksamkeit allein aufgrund der Intransparenz können diese Erwägungen aber nichts ändern. Denn der Vorrang der Transparenzkontrolle als milderes Mittel zu der inhaltlichen Kontrolle deckt sich mit der ständigen EuGH-Rechtsprechung vom Vorrang des Informationsmodells vor dem Verbotsmodell²⁶⁰³. Von dieser Rechtsfolge geht nunmehr auch der § 307 I 2 BGB n.F. aus. Zwar läßt sich dies nicht zwingend aus dem Wortlaut des § 307 I 2 BGB n.F. („kann sich daraus ergeben“) entnehmen²⁶⁰⁴. Aus den Gesetzesvorarbeiten wird aber deutlich, daß das Transparenzgebots als „eigenständige Prüfungskategorie“ bestätigt werden sollte; die „kann“-Formulierung soll lediglich eine möglicherweise für den Vertragspartner günstigere Auslegung nach § 305 c II BGB zulassen²⁶⁰⁵. Jedenfalls wäre diese Vorschrift aber aufgrund richtlinienkonformer Auslegung in diesem Sinne zu verstehen.

bb) Überschneidungen und Abgrenzungen

Trotz der Tatsache, daß regelmäßig Überschneidungen der einzelnen Anforderungen im Rahmen der Einbeziehung, Auslegung und der Inhaltskontrolle bestehen²⁶⁰⁶, haben die verschiedenen Vorschriften eigene Anwendungsbereiche und sind selbständig zu prüfen²⁶⁰⁷, wobei allerdings eine Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist. Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Einbeziehung und Auslegung gilt: Eine Klausel, die in ihrem Kernbereich unklar oder für den Durchschnittskunden unverständlich ist, ist bereits nicht wirksam in den Vertrag einbezogen. Die Unklarheitenregel des § 305 c II BGB (§ 5 AGBG a.F.) kommt dagegen erst zur Anwendung, wenn die betreffende Klausel in ihrem Kernbereich klar und verständlich ist, aber in Einzelpunkten mehrdeutig ist²⁶⁰⁸. Die Auslegung dient nur der Sinnermittlung, während bei den Transparenzanforderungen im Rahmen der Inhaltskontrolle der Sinngehalt zumindest für den Juristen feststeht²⁶⁰⁹.

²⁶⁰² Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2212; Schwintowski, NVersZ 2001, S.337

²⁶⁰³ Ähnlich Grundmann, 2.10, Rz.32, FN 105

²⁶⁰⁴ Deutlicher war der ursprüngliche Entwurf, nach dem eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel auch dann anzunehmen sein sollte, „wenn eine Bestimmung...3.nicht klar und verständlich ist“ – diese Unklarheit könnte ein Ansatz für ein Vertragsverletzungsverfahren darstellen, Pfeiffer in v.Westphalen, Rz.24.

²⁶⁰⁵ Vgl. Schmidt-Räntsch, S.390 – es sollte ohne „inhaltliche Änderung“ klargestellt werden, „daß intransparente Klauseln per se ohne Hinzutreten einer inhaltlichen unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam zu betrachten sind“; BR-Drucks. 338/01 S.352– im Gesetzgebungsverfahren wurde zudem auf die ständige BGH-Rsp. hingewiesen, vgl. BT-Drucks. 13/2713, S.6 („anerkannt, daß ein Verstoß gegen das Transparenzgebot als unangemessene Benachteiligung ...zu werten ist“); es handele sich lediglich um „eine Klarstellung des ohnehin von der Rspr. stringent angewandten Transparenzgebotes“, BT-Drucks.14/6040, S.153; vgl. auch BT-Drucks.14/7052 v.9.10.2001, S.18 und 188.

²⁶⁰⁶ Z.B: Anforderungen an Verständlichkeit und Bestimmtheit sowohl bei Einbeziehung nach § 305 II BGB als auch bei der Inhaltskontrolle, vgl.Lorenz, Karlsruher Forum 1997, S.4; Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 166 f.; Bsp. bei Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rz.27 –sowohl Unklarheitenregel in § 305 c II BGB (§ 5 AGBG a.F.) als auch Transparenzgebot iSv § 307 I setzt bei Mehrdeutigkeiten an Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949.

²⁶⁰⁷ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.94; v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 180 f.; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949; ausf.Abgrenzung bei Kreienbaum, S.50 ff.; LG HamburgVersR 1998, S.877 ff., 879 trennt zwischen „Einbeziehungstransparenz“ und „inhaltlicher Transparenz“.

²⁶⁰⁸ Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG, Rz.14; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139

²⁶⁰⁹ V.Hoynigen-Huene, Rz.201 a

Bei § 305 II BGB (§ 2 AGBG a.F.) wird im wesentlichen die Gesamtheit der Klauseln auf ihre Einbeziehung geprüft, während sich § 305 c I BGB (§ 3 AGBG a.F.) und die Transparenzanforderungen im Rahmen der Inhaltskontrolle eher auf die einzelne Klausel bezieht²⁶¹⁰. Die Transparenzanforderungen setzen bei der Einbeziehung eher bei formalen Aspekten der Verständlichkeit und Gestaltung an, also bei der Art der Formulierung, Vertragssprache, Lesbarkeit (Schriftbild, drucktechnische Gestaltung) sowie der Übersichtlichkeit, also bei der Stellung der Klausel innerhalb des Vertragstextes, während im Rahmen der Inhaltskontrolle eher an die Verständlichkeit des Inhalts, des Klauselsinns geprüft wird²⁶¹¹. Jedoch kann nicht immer zwischen Form und Inhalt einer Klausel unterschieden werden²⁶¹². Bestes Beispiel ist § 305 c I BGB (§ 3 AGBG a.F.), der zwar den Umfang der Einbeziehungsvereinbarung bestimmt, aber in gewissem Maße eine inhaltsbezogene Kontrolle darstellt²⁶¹³; daher sind insoweit Überschneidungen mit dem Transparenzgebot im Rahmen der Generalklausel besonders häufig²⁶¹⁴. Trotz der logisch vorrangigen Einziehungskontrolle ziehen die Gerichte zum Teil auch die Inhaltskontrolle vor²⁶¹⁵ oder vermischen die Kriterien²⁶¹⁶.

Grundsätzlich findet aber bei der Einziehung im wesentlichen eine Grobprüfung mit geringeren Anforderungen an die Transparenz statt²⁶¹⁷. Im Rahmen der Inhaltskontrolle erfolgt dagegen eine weiterreichende Feinprüfung mit detaillierteren Anforderungen²⁶¹⁸, bei der mehr Wert auf die Sinnverständlichkeit und Einbeziehung in den Gesamtzusammenhang der vertraglichen Regelungen gelegt werden kann²⁶¹⁹. Dies resultiert aus den unterschiedlichen Zielsetzungen. Bei der Einziehung soll dem Kunden eine selbstbestimmte Entscheidung bei Vertragsschluß auf der Basis der AGB durch Kenntnismöglichkeit erhalten bleiben²⁶²⁰, was ein Mindestmaß an Transparenz erfordert, während es im Rahmen der Inhaltskontrolle um einen angemessenen Interessenausgleich geht, bei dem Abschluß- und Abwicklungs- (bzw. Vertragsdurchführungs-)transparenz²⁶²¹ sichergestellt werden

²⁶¹⁰ Präve, VersR 2000, S.138 f.; daher genügt für § 305 II der globale Hinweis auf das Gesamtwerk, während bei § 305 c I ein Hinweis auf die Klausel selbst erforderlich ist, vgl. Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046.

²⁶¹¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.148, Borges, S.126, Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047 („formale Intransparenz“); v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 181.

²⁶¹² Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.91

²⁶¹³ Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 362 f.

²⁶¹⁴ Insb. weil auch bei der Prüfung eines Überraschungscharakters wertende Gesichtspunkte nach Treu und Glauben eine Rolle spielen und umgekehrt die Ungewöhnlichkeit bei der Generalklausel eine Rolle spielen kann, Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949 („Idealkonkurrenz“), Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 374; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.94; v.Hoynigen-Huene, Rz.201;Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.456.

²⁶¹⁵ V.Hoynigen-Huene hält dies für zulässig, Rz.73 ff.; dies kann dazu führen, daß bei vergleichbaren Sachverhalten unterschiedl. Entscheidungen getroffen werden, Choi, S.273 ff. mit Rspr.nachw. für den Versicherungsbereich.

²⁶¹⁶ Nachw. für Rspr., nach der eine Klausel „ebenso überraschend im Sinne des § 3 AGBG wie unangemessen iSd § 9 AGBG“ sei, Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 373 m.Nachw.

²⁶¹⁷ Vgl. z.B.Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 680 f.

²⁶¹⁸ Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 77; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.144; Heinrichs, Hadding/Hopt, S.101 ff., 103; ders., FS Trinkner, S.157 ff., 160; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047; Kreienbaum, S.91; wohl auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949 – die Rspr. tendiert dazu, klare und auffällige Fälle der Unüblichkeit aufgrund des Klauselinhalts nach § 305 c I BGB zulösen und sich in sonstigen Fällen auf § 307 I BGB zu stützen, vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz.853; eine klar und verständlich formulierte Klausel, die eine unrichtige Darstellung der Rechtslage enthält, ist zwar wirksam einbezogen, aber entspricht nicht den Voraussetzungen der inhaltlichen Transparenz, vgl. BGH, NJW 1992, S.3158 ff., 3161 und 3162.

²⁶¹⁹ Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338

²⁶²⁰ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139

²⁶²¹ Zu dieser Unterscheidung, vgl. Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 671 ff.; Fastrich, S.321 ff.; Brock, ZvgIRWiss 99 (2000), S.29 ff., 30ff.; Hopt in Hadding/Hopt, S.76; von Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215 als „O-

sollen²⁶²². Über das Mindestmaß an Transparenz hinaus werden im Rahmen der Einbeziehung hinsichtlich der einzelnen Klausel keine besonderen Anforderungen an die Klarheit und Verständlichkeit gestellt, auch § 305 I c I BGB stellt mehr auf die Ungewöhnlichkeit bzw. Überraschung als auf die Formulierung der Klausel selbst ab. So genügt für die wirk- same Einbeziehung ein Hinweis auf die konkrete Klausel²⁶²³.

Die eigenständige Bedeutung des Transparenzgebotes bei der Inhaltskontrolle rechtfertigt sich m. a. W. daraus, daß es Fallgestaltungen von Intransparenz gibt, die nicht durch die Einbeziehungs- und Auslegungsregeln erfaßt werden²⁶²⁴. „Intransparente Klauseln können nämlich, müssen jedoch nicht zugleich völlig unverständlich, überraschend oder mehrdeu- tig sein“²⁶²⁵. Außerdem gilt der Verbandsprozeß nach dem UklaG (§§ 13 ff. AGBG a.F.) nicht für die §§ 305 II, 305 c I und II BGB (§§ 2,3,5 AGBG a.F.) und § 305 II ist weder in den Fällen des § 305 a, noch im kaufmännischen Verkehr (§ 310 I) oder in Arbeitsverträ- gen (§ 310 IV 2, letzter HS) und zusammen mit §§ 305 c I auch nicht auf vorformulierte Einzelverbraucherträge nach § 310 III Nr.2 BGB anwendbar²⁶²⁶. Die Literaturstimmen, die hauptsächlich unter Hinweis auf die bereits vorhandenen Transparenzvoraussetzungen bei Einbeziehung und Auslegung ein Transparenzgebot im Rahmen der Generalklausel des § 307 I BGB n.F.(9 I AGBG a.F.) als überflüssig bzw. unzulässig ablehnten²⁶²⁷, sind daher nicht zutreffend.

cc) Transparenz von im übrigen kontrollfreien Klauseln

Nach überwiegender Literaturmeinung galt das Transparenzgebot im Rahmen des § 9 I AGBG a.F. bereits vor Erlaß der Klauselrichtlinie entgegen der Systematik der §§ 8, 9 auch für die sonst nach § 8 AGBG a.F. kontrollfreien preis- und leistungsbestimmenden Klauseln und für deklaratorische Klauseln²⁶²⁸. Dies wurde im wesentlichen mit der teleo- logischen Reduktion des § 8 AGBG a.F. begründet, da es bei Transparenzkontrolle nicht um die Angemessenheit, sondern allein um die Rechts- und Preisklarheit geht. In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung²⁶²⁹, auch wenn sich der BGH nicht ausdrücklich

rientierungstransparenz“ und „Realisierungstransparenz“ bezeichnet; kritisch zu der Unterscheidung Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 166; ders. in Hadding/Hopt, S.101 ff., 111.

²⁶²² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.144; mit Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950 muß der Zweck des § 305 I BGB (§ 3 AGBG a.F.), das Vertrauen des Einzelnen zu schützen, von dem weiterführenden Zweck des Transpa- renzgebotes im Rahmen des § 307 I BGB (§ 9 AGBG a.F.) als Bekämpfung der marktbezogenen Unangemessenheit bzw. der Verfälschung des Wettbewerbs als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel unterschieden werden.

²⁶²³ Mittelbare Informationsobliegenheit des Verwenders, vgl.Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 681; teilweise kann eine Hinweis oder Belehrung die Überraschung iSd § 305 c I GB ausräumen, nicht aber die inhaltliche Unangemessenheit, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 951m.Rspr.nachw.

²⁶²⁴ Vgl. Köndgen, S.943 ff., 949

²⁶²⁵ v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 180

²⁶²⁶ § 23 III AGBG a.F. ist entfallen

²⁶²⁷ So z.B.Lorenz, Karlsruhe Forum 1997, S.1 ff., 4 f. und S.6; Hellner in FS Steindorff, S.573 ff., 583 ff.; Westerm- ann, FS Steindorff, S.817ff., 819 ff.; Wagner-Wieduwilt, WM 1989, S.37 ff., 44 f.

²⁶²⁸ Z.B. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.87, 104 und § 8 AGBG, Rz.8a; ders. in Schulze, S.131 ff., 138; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rz.15; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.464; Hein- richs, FS Trinkner, S.157 ff., 164; ders. NJW 1996, S.1381 ff., 1385; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I Rz.54 und 80; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 98; Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 676; OLG Celle, NJW-RR 1995, S.1133 f.; Bor- ges, S.134 f.; MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.20; dies verkennt Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 102; aA Dyl- la-Krebs, S.148 ff., 150; Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 184 und 187; Fausten, VersR 1999, S.413 ff., 417, insb. FN 62 (nur §§ 3,5 AGBG).

²⁶²⁹ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; § 307 III 2 BGB wurde hinsichtlich des Unterwerfens auch leistungs- beschreibender Klauseln der Transparenzkontrolle nicht als Änderung der geltenden Rechtslage angesehen, vgl. BT- Drucks.14/6040, S.154; im Ergebnis wurden jedenfalls alle Klauseln, die der BGH für intransparent hielt, auch kon-

dieser hL angeschlossen hat²⁶³⁰, sondern sich darauf beschränkte, den § 8 AGBG a.F. so einschränkend auszulegen, daß nur der unmittelbare Preis als solcher, nicht aber Preisnebenabreden entzogen waren²⁶³¹. Soweit die Rechtsprechung aber eine Leistungs- oder Preisklausel auch im Hinblick auf die Transparenzprüfung immer erst in einem ersten Schritt als kontrollunterworfenene Nebenabrede qualifiziert (und diesen Bereich immer weiter ausdehnt), um erst dann auf der zweiten Stufe die Transparenzkontrolle durchzuführen²⁶³², ist dieser Zwischenschritt nach der klarstellenden Umsetzung des Art.4 II der Klauselrichtlinie in § 307 III 2 iVm I 2 BGB n.F. nicht mehr nötig. Soweit diese zweistufige Prüfung zur völligen Kontrollfreiheit von Preisabreden führt, ist sie auch nicht richtlinienkonform²⁶³³. Angesichts des Art.4 II, der die Geltung des Transparenzgebotes auch für im übrigen (inhaltlich) kontrollfreie Klauseln klarstellt²⁶³⁴ und der bereits zitierten EuGH-Rechtsprechung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung keine ausreichende Richtlinienumsetzung ist, war diese ausdrückliche Regelung im Gesetz auch erforderlich²⁶³⁵. Denn nach der Systematik der §§ 8 und 9 I AGBG a.F. war das in § 9 I verankerte Transparenzgebot ausgeschlossen und die teleologische Reduktion des § 8 AGBG a.F. nicht aus dem Gesetz erkennbar.

b) Systematische Einordnung der Transparenzanforderungen in anderen Ländern

aa) Transparenzanforderungen bei Einbeziehung und Auslegung

Die meisten Länder kannten Transparenzanforderungen vor Erlass der Klauselrichtlinie nur im Rahmen der Einbeziehungskontrolle und der Auslegung: Letztlich beinhaltet jede Form von Einbeziehungskontrolle, bei der auf die Kenntnisnahmemöglichkeit von dem Vertragsinhalt abgestellt wird, Transparenzelemente²⁶³⁶. Die Regel, daß eine Vertragsklausel grundsätzlich nur durch rechtsgeschäftliche Zustimmung Vertragsbestandteil werden kann, sowie die Voraussetzung einer tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit (z.T. wird sogar positive Kenntnis gefordert) für eine wirksame Einbeziehung werden in allen europäischen Rechtsordnungen gefordert²⁶³⁷. Nur wenige Länder kannten vor Erlass der Klauselrichtlinie ausdrückliche gesetzliche Transparenzanforderungen für Vertragsbedingungen²⁶³⁸, die aber

trolliert, MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.20– dagegen gehen Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 und Reich, ZEuP 1994, S.381 ff., 392 wohl wegen der praktizierten Prüfungsreihenfolge §§ 8,9 davon aus, daß nach deutschem Recht das Transparenzgebot nur für Nebenleistungen galt– der BGH mußte allerdings noch in keinem Fall über einen intransparenten Kernbereich der Hauptleistungen entscheiden, Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 164.

²⁶³⁰ Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 164

²⁶³¹ Dazu oben unter 2. Teil B III 3.a)aa)bbb)

²⁶³² Z.B. BGH, NJW 1989, S.222 ff., 223; BGH, NJW 1989, S.582; BGH, NJW 1990, S.2383 – auch noch nach RL-Umsetzung: BGHZ 137, S.27 ff., 29 f.; BGH, ZIP 2001, S.1418ff. m.Anm.Hensen in EWiR 2001, S.843f.; BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310, jeweils ohne Erwähnung des Art.4 II; krit.Schünemann, VuR 2002, S.104.

²⁶³³ Damm, JZ 1994, S.161 ff., 170

²⁶³⁴ Vgl. oben unter 2. Teil B V

²⁶³⁵ So auch Leible, EuZW 2001, S.438 f., 439; Reich, EWiR 2001, S.969f. unter 3.2.; ders., Europ. Verbraucherrecht, Rz.156 f.; Staudinger, EWS 2001, S.330 f., 331; so ders. auch schon vor dem bereits oben erwähnten EuGH-Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), EWS 2001, S.484 ff., in WM 1999, S.1546 ff., 1552 f.; so auch Micklitz, VuR 1996, S.75 ff., 78 – allerdings ist § 307 III 1 BGB n.F., der dem § 8 AGBG a.F. wörtlich übernahm, selbst noch keine ausreichende Umsetzung des Art.4 II der KlauselRL, siehe oben unter 2. Teil B III 3.a) bb).

²⁶³⁶ Konferenzunterlagen, S.154

²⁶³⁷ Vgl. für die Zustimmungsvoraussetzung: Begründung der Kommission zu dem RL-Vorschlag 1990, S.2; davon geht auch Nr. 1 i der KlauselRL aus, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.9; i.ü.Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.37 („gesicherter gemeinsamer Bestand des europäischen Vertragsrechts“); Kötz, I S.213ff. – aA anscheinend Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 111.

²⁶³⁸ Z.B. Spanien: Art.10 I LCU aus dem Jahr 1984, das für AGB (nach RL-Umsetzung für alle vorformulierten Klauseln) in Verbraucherverträgen gilt: „...a) Bündigkeit, Klarheit und Einfachheit in der Auffassung mit der Möglichkeit u-

z.T. wenig angewandt wurden²⁶³⁹. Die Voraussetzungen der Einbeziehung im einzelnen darzustellen, würde zu weit führen, so daß insoweit auf einschlägige Literatur zu verweisen ist²⁶⁴⁰. Gleiches gilt für die Auslegungsgrundsätze und die genaue Einordnung der Unklarheitenregel (ambiguitas contra stipulatorem bzw. contra proferentem), die ebenfalls vor Erlaß der Klauselrichtlinie allgemein bekannt war²⁶⁴¹, so daß auch auf dieser Ebene zumindest gewisse Klarheitsanforderungen bekannt waren. In einigen Ländern wurde die Auslegungsregel allerdings von den Gerichten vor ausdrücklicher Umsetzung des Art.5 Satz 2 nicht in jedem Fall als bindend betrachtet, z.B.²⁶⁴² in den Niederlanden²⁶⁴³. Nachdem diese niederländische Rechtslage durch das o.g. EuGH-Urteil als nicht richtlinienkonform erkannt wurde²⁶⁴⁴, setzte der niederländische Gesetzgeber die Unklarheitenregel durch Gesetz v.28.10.1999 um²⁶⁴⁵.

Der Rechtsvergleich zeigt, daß – genauso wie in Deutschland - in den einzelnen Mitgliedstaaten bei der allgemeinen Einbeziehungskontrolle und auch bei der Auslegung im wesentlichen nur formale Transparenzanforderungen nach einem „Grobraster“²⁶⁴⁶ gestellt

mittelbaren Verständnisses ohne Verweisung auf Texte oder Urkunden, welche nicht vor oder gleichzeitig mit Vertragsschluß vorgelegt werden und auf welche in jedem Fall in der Vertragsurkunde ausdrücklich Bezug genommen werden muß“; dt. Übers. bei v.Hippel, Verbraucherschutz, S.404 ; Mor te de Rego, S.145 ff., 247 („inclusion control“) – Art.10 I b) beinhaltet das Gebot der Aushändigung der Vertragsurkunde – daher für Vorbildfunktion für die RL auch des spanischen Rechts,Hondius, ERPL 1995, S.241 ff., 249; Portugal: Einbeziehungsregeln in Art.4 f nach dt.Vorbild (angemessene Kenntnisnahmemöglichkeit) in dem Gesetz über AGB (Nr.446/85idF 1999), daneben allgemeine Informationspflicht in Art.6 – RF bei Nichteinhaltung von Art.5 oder 6 ist nach Art.8 die fehlende Einbeziehung („sind nicht zulässig“), vgl Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 237; Belgien: Art.30 Gesetz über Handelspraktiken...v.14.7.1991.

²⁶³⁹ So in Portugal vor Erlaß des Gesetzes N.446/85 bezügl. „klar, präzise und gut lesbar“ und des allgemeinen Informat ionsrechts der Verbraucher hinsichtlich des wesentlichen Vertragsinhalts in Art.7,9 des Rahmengesetzes zum Verbraucherschutz (Nr.29/81, idF 1996, Gesetz Nr.24/96 dt.Übers. bei Sinde Monteiro in Karlsruher Forum 1997, S.121 ff., 128), vgl. KOM (90) 322 endg-SYN 285, S.32; Griechenland: Verbraucherschutzgesetz Nr.1961 von 1991 (a.F.); Kapnopoulou, S.270 f.: Art.22 („deutlich, abschaulich und einfach formuliert“; in griechischer Sprache;„an gut e r- kennbarer Stelle und in leicht lesbarer Form“) – RF bei Verletzung ist die Nichtigkeit, vgl. Schinas, JBl.1992, S.682 ff., 690.

²⁶⁴⁰ Vgl. generell die Überblicke bei Beckmann/Sandrock B § 8 ; Müller/Otto, S.129 ff.; rechtsvergleichende Hinweise bei Brunner; außerdem z.B. Belgien: Reichard/del Vel, AWD/RIW 1973, S.184 ff.; Fontaine, RabelsZ 40 (1976), S.614 ff., 623 f.; E.Hoffmann, S.8; Frankreich: Brock, S.53 ff.; ders. S.98 ff. im Vergleich mit deutschen Anforderungen; Ferid/Sonnenberger, S.578 ff.; Sonnenberger, RIW 1990, S.165 ff., 167 ff.; Sievers, S.38 ff.; Barfuss, RIW/AWD 1975, S.319 ff.; Sonnenberger, Franz.Handels- u.Wirtschaftsrecht, S.54 ff.; Griechenland: Eirnodikeio Athinon v.1.1.1994 (1805/1994), CLAB GR 000090; Polymeles Protodikeio Athinon v.1.1.1992 (454/92), CLAB GR 000092; Irland, dessen Rechtslage im wesentlichen mit der Großbritanniens vergleichbar ist, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 289, FN 5u. 8; Italien: Alpa, Konferenzunterlagen, S.53ff.,59; ders. FS Reich, S.555 ff., 558; Bonell, ZvgIRWiss 1979, S.1 ff., 4 ff.; Cian, ZEuP 1998, S.586 ff.; ders. Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 58; Micklitz/d’ Usseaux, ZEuP 1998, S.104 ff., 112 f.; Preussler, DACH, S.183 ff., insb.194 ff.;Niederlande: Urteil des EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.7 ff. und Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano v. 23.1.2001 in gleicher Sache, Rz.6 ff.; Österreich: zur Einbeziehung Koziol/Welser, S.110 f.; Wurst, DACH, S.143 ff.; Fialka, DACH, S.161 ff., 167 ff.; Kolba, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 233; Kiendl, S.105 ff.; Schauer, S.84 ff.; Migsch in Schumacher, S.179 ff., 206, – allgemein zum Transparenzgebot Korinek, JBl. 1999, S.149 ff.; Graf, ecolex 1999, S.8 ff.; Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff.; Portugal: Mallmann, RIW 1987, S.111 ff., Schwarz, S.140 ff., Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 237.

²⁶⁴¹ Hondius, ERPL 1995, S.241 ff., 248; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.45: „gesicherter Bestand europäischen Vertragsrechts“; allgemein zu den Auslegungsregeln der einzelnen Länder, vgl.Zweigert/Kötz, 1984, S.96 ff.; Bernitz in Lonbay, S.192, ders. ERPL 1997, S.215.

²⁶⁴² Frankreich: Benabent, ERPL 1995, S.211 ff., 216; Morin, VuR 1995, S.381 ff., 382/383, nunmehr Art.133-2 II 1 C. consom.; für Schweden auch Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 192 f.; aA ansch.Dyer, Konferenzunterlagen, S.261 ff., 264.

²⁶⁴³ Hondius, ERPL 1997, S.193 ff., 194/195 m.Rspr.nachw.; Hoge Raad v.24.9.1993, CLAB NL 000056; Hoge Raad v.12.1.1996, CLAB NL 000079 und 000080.

²⁶⁴⁴ EuGH v.20.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande); insb.Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano v.23.2.2001, Rz.23 ff.

²⁶⁴⁵ Art.5 Satz 1 und 2 sind in Art.6:238 NBW umgesetzt, Art.5 Satz 3 in Art.6:240 NBW.

²⁶⁴⁶ Kiendl, S.203; dies.S.204 („Layout-Kontrolle“)

wurden. Sinn und Zweck der Einbeziehungstransparenz ist es, Mindestvoraussetzungen für eine gültige rechtsgeschäftliche Einigung aufzustellen. Für die Bildung des Erklärungswillens hinsichtlich des Vertragswerkes werden in den einzelnen Ländern im wesentlichen formale Voraussetzungen durch mehr oder weniger strenge Anforderungen an einen Hinweis auf die AGB, deren drucktechnische Gestaltung²⁶⁴⁷, Lesbarkeit, Vertragssprache²⁶⁴⁸ und Verständlichkeit im Kernbereich aufgestellt. In der Regel sind nur besonders eindeutige Fälle nicht einbezogen, also wenn ein Mindestmaß an Verständlichkeit, Bestimmtheit oder Lesbarkeit nicht gegeben ist²⁶⁴⁹.

Besonders geringe Anforderungen wurden (und werden) in Großbritannien an die Einbeziehung gestellt²⁶⁵⁰. Dies beruht darauf, daß nach Common-Law-Grundsätzen – anders als in den kontinentaleuropäischen Ländern – nur eine Kenntnismöglichkeit von der Existenz der Klauseln, nicht aber notwendigerweise auch von dessen Inhalt und Ausmaß notwendig ist²⁶⁵¹. Anders als nach kontinentalen Zivilrechten ist nicht eine Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt erforderlich²⁶⁵², sondern der annehmende Vertragspartner muß überhaupt die Absicht haben, einen Vertrag einzugehen (der Wille muß sich nur auf das „Ob“ der Annahme beziehen)²⁶⁵³. Entscheidend ist also nicht eine Willensübereinstimmung – bis auf wenige Ausnahmen (fraud und misrepresentation²⁶⁵⁴) – ist der wirkliche Wille unwichtig – sondern entscheidend ist das, was objektiv im Vertrag selbst manifestiert ist²⁶⁵⁵.

²⁶⁴⁷ In Frankreich wird z.B. ausdrücklich die Mindestbuchstabengröße 8 verlangt, vgl. Empfehlungen der Commission des clauses abusives n° 94-02 und 94-05 oder für Verbraucherkreditverträge Art.1 des Dekret n° 78-509 v. 24.3.1978; Art.311-6 II C. consom.

²⁶⁴⁸ Häufig ist eine best. Sprache vorgeschrieben, z.B. Österreich: dt.Sprache für Verbraucherkreditverträge, Kritik bei Kiendl, S.107 f.; Frankreich: Bsp.für französische Sprache bei Brunner, S.80; Sievers, S.46, z.B. für Versicherungsverträge in Art. L 112-3 I C.ass.; Belgien: es wurden wiederholt französische Bedingungen bei flämischen Vertragspartnern für unwirksam erklärt, als auch niederländische Sprache gegenüber wallonischen Kunden, vgl. Reichard/del Vel, AWD/RiW 1973, S.184 ff., 185 und Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.91; Griechenland: griech.Sprache in den Fällen des Art.2 II Verbraucherschutzgesetz 2251/1994, vgl.Kapnopoulou, S.270; w.Nachw. bei Maidl, S.48, FN 234 – nach EuGH v.3.6.1999, Rs.C-33/97 (Colim./Bigg´ s Continent), EuZW 1999, S.464 können mitgliedstaatliche Regelungen, die eine Mitteilung bzw. Kennzeichnung in der Gebietssprache verlangen, ein nicht durch das Informationsbedürfnis des Verbrauchers zu rechtfertigendes Handelshemmnis darstellen (Rz.31 ff. zu Voraussetzungen für die Wirksamkeit); damit war EuGH vorsichtiger als Generalanwalt Cosmas, der die streitgegenständliche belgische Regelung in seinen Schlußanträgen, Rz.59,als Handelshemmnis ansah.

²⁶⁴⁹ Für Österreich: Schauer, S.86; Kiendl,S.202 f. (z.B.völlige Unverständlichkeit); Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 157 ff.m.w.Nachw., Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff., 288: Einbeziehungs(grund)regel des § 869 ABGB sei „rudimentäre Transparenzvorschrift“; Italien: Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 311; Martinello, Konferenzunterlagen, S.155 für Art.1341 I Codice Civile; Frankreich: zB. CAI de Bourges, 4.2.1963, D 1963, jur., S.239(„rés peu apparents“); unverständliche und daher unwirksame Abkürzung „03 -D.F.“für die Dauer eines Versicherungsvertrages CA Paris 23.9. 1971, Gazette du Palais.1972, 1er sem, S.100ff.m.Anm.M.d.V.,101.

²⁶⁵⁰ Außerhalb von unterschriebenen Vertragsurkunden ist nur eine „reasonable sufficient notice“ erforderlich (Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 224; Miller/Harvey/Parry, S.316 ff. m.Rspr.nachw.); weder besondere Anforderungen an die drucktechn. Gestaltung, noch an Gliederung, Klarheit, Verständlichkeit oder Lesbarkeit, ausf.zu Common-Law – Grdstz.: Whincup, FS Reich, S.569 ff.; Bosse, S.72 ff.; v.Bernstorff, S.67 ff.; Willett, ebenda; Birds, S.185; Willett/Hird in Cartwright, S.219 ff., 220/221; de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 262 ff.

²⁶⁵¹ De Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 263; Whincup, FS Reich, S.569 ff., 572

²⁶⁵² Voraussetzung einer Willensübereinstimmung, bei der für eine wirksame Zustimmung die Möglichkeit der Kenntnis und des Verstehens bei Vertragsschluß erforderlich ist, vgl. de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 262; für Italien Bonell, ZvglRWiss 1979, S.1 ff., 4– Vor. ist daher immer eine gewisse Klarheit und Verständlichkeit, vgl. auch Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 589 – ausf.zu den Unterschieden Common Law – Kontinentaleurop. Recht, de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 262 ff.

²⁶⁵³ Eine inhaltliche Beschäftigung („considering“) wird nicht vorausgesetzt. Eine Einigung muß also nur insoweit vorliegen, als die Parteien sich einig sind, überhaupt gegenseitige Versprechen auszutauschen, de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 264 und dort FN 32: „concent understood in this way as contractual intention“.

²⁶⁵⁴ Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 36; Bosse, S.82

²⁶⁵⁵ Whincup, FS Reich, S.559 ff., 576; McGee in McGee/Heusel, S.79 ff., 81

Anforderungen über das „Grobraster“ hinaus sind allerdings in den Ländern erkennbar, die verstärkt einzelfallorientiert prüfen und/oder eine sog. verdeckte Inhaltskontrolle durch Einbeziehung und Auslegung durchführen. Ansatzpunkt für eine verdeckte Inhaltskontrolle mit wertenden Gesichtspunkten nach Treu und Glauben ist z.B. die Regel der Nichteinbeziehung von überraschenden oder ungewöhnlichen Klauseln (ähnlich dem deutschen § 305 c I BGB), die sich in den meisten Ländern mehr oder weniger ausgeprägt findet²⁶⁵⁶. Werden beispielsweise in Deutschland und Österreich bei Einbeziehung und Auslegung bis auf wenige Ausnahmen – z.B. Tendenzen bei dem Verbot überraschender Klauseln²⁶⁵⁷ - die Klauseln hauptsächlich rein formal hauptsächlich daraufhin überprüft, ob bei der Einbeziehung eine Kenntnisnahmemöglichkeit besteht, werden in vielen Ländern verstärkt wertende Billigkeits- und Gerechtigkeitsaspekte aufgenommen und auf den Klauselinhalt abgestellt, was dann im Einzelfall auch zu höheren Transparenzanforderungen führen kann²⁶⁵⁸. Im Wege der sog. verdeckten Inhaltskontrolle wird der Vertragspartner vor der Wirkung bestimmter Klauseln bereits durch die Verneinung der Einbeziehung geschützt. So versucht z.B. die französische Rechtsprechung im Rahmen einer sehr einzelfallorientierten Einbeziehungskontrolle²⁶⁵⁹ häufig, den Verbraucher vor unbilligen Klauseln zu schützen, indem sie für besonders nachteiligen Klauseln nicht nur höhere Anforderungen an die drucktechnische Gestaltung stellt²⁶⁶⁰, sondern auch sonst inhaltlich beanstandeten Klauseln die wirksame Einbeziehung versagt²⁶⁶¹. Bei Klauseln, die besonders stark vom positiven Recht zum Nachteil des Kunden abweichen („clauses exorbitantes“²⁶⁶²), wird über die Kenntnisnahmemöglichkeit hinaus der Nachweis der positiven Kenntnis durch den Verwender gefordert, was nur schwer erfüllbar ist²⁶⁶³. Auch im Rahmen der mit dem deut-

²⁶⁵⁶ Z.B. in Österreich: § 864 a ABGB (dazu Kiendl.S.110 ff., 203f.), nach dt.Vorbild geschaffen, Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 72 – Unterschied ist, daß § 864a nur für nachteilige Klauseln gilt, was im Schrifttum als Vermischung von Abschluß- und Inhaltskontrolle kritisiert wird, Kiendl, S.112 m.w.Nachw., Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 158 (Abgrenzung zu „größlicher Benachteiligung“ der Generalklausel § 879 III ABGB Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff., 284); Frankreich: Brock, S.76 ff., 80; Sievers, S.48; Portugal: Art.8 c des Gesetzes Nr. 446/85; Italien: teilw. Lit.ansicht, daß bei ungewöhnlichen oder drucktechnisch versteckten Klauseln keine Möglichkeit der Kenntnisnahme iSd Art.1341 I C.c., Bonell, ZvgIRWiss 1979, S.1 ff., 5/6; Cian, Jahrbuch des italienischen Rechts, S.55 ff., 58; Belgien: Beckmann/Sandrock, B § 8, Rz.90; Reichard/del Vel, AWD/RIW 1973, S.184 ff., 185 f. (ungewöhnliche oder überraschende Klauseln, aber auch auf belastende Klauseln (!) muß besonders hingewiesen werden); ähnlich auch in Dänemark, Beckmann/Sandrock, Rz.140.

²⁶⁵⁷ Neben der rein formalen textlichen und drucktechnischen Gestaltung und Einordnung in die Vertragssystematik spielen auch wertende Gesichtspunkte nach Treu und Glauben eine Rolle, indem geprüft wird, ob eine Klausel von den berechtigten Erwartungen hinsichtlich des Vertragsinhalts abweicht, vgl. Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 370 ff. (S.363: „inhaltsbezogenes Kontrollverfahren“); Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047; bes. die ältere dt.Rspr. führte häufig auf dieser Prüfungsstufe oder auch durch Auslegung eine verdeckte Inhaltskontrolle durch, vgl. Zweigert/Kötz, 1984, S.12 f.; für Versicherungen: Choi, S.274, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 ABGB, Rz.852 f.; Dylla-Krebs, S.237 f., jeweils m.Rspr.nachw.– das österreichische „Pendant“ zu § 305 c I BGB, § 864a ABGB, gilt schon dem Wortlaut nach nur für nachteilige Klauseln.

²⁶⁵⁸ Vgl. Konferenzunterlagen, S.154; Beckmann/Sandrock, B § 8 Rz.67; ders. zu verdeckter Inhaltskontrolle in Frankreich (Rz.67); Italien (Rz.94); Dänemark (Rz.138); w.Nachw. 2.Teil B III 1.a); verdeckte Inhaltskontrolle durch Auslegung in Großbritannien und Frankreich, Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 36; Whincup, FS Reich, S.569 ff., 577; Sievers, S.57.

²⁶⁵⁹ Paisant, D.1995, chr., S.99 ff., 106 f.; Brock, S.60 ff.,70, 101- vgl. auch Sievers, S.47

²⁶⁶⁰ Z.B. bei Schiedgerichtsklauseln, vgl. Barfuss, RIW/AWD 1975, S.319 ff., 327 oder Freizeichnungsklauseln, Beckmann/Sandrock, B § 8, Rz.76, S.295.

²⁶⁶¹ Vereinzelt verneinten Gerichte bei einer Klausel, deren Gültigkeit sie verhindern wollten, sogar wider besseres Wissen die Kenntnisnahmemöglichkeit, vgl. Barfuss, RIW/AWD 1975, S.319 ff., 322 und S.324.

²⁶⁶² Sonnenberger, Franz. Handels-u.Wirtschaftsrecht, S.54, II 18; z.B. Haftungsfreistellungs- und beschränkungsklauseln oder Schieds- und Gerichtsstandsklauseln (ausf.zu deren Wirksamkeit Sonnenberger, ebenda, S.66, II 44; ders. RIW 1990, S.165 ff., 167).

²⁶⁶³ Barfuss, RIW/AWD 1975, S.319 ff., 321; Brock, S.69 ff. m.Rspr.nachw.; Sonnenberger, Franz. Handels-u.Wirtschaftsrecht, S.55, II 18.

schen § 305 cI BGB vergleichbaren Rechtsprechung wird verstärkt auf Billigkeitserwägungen des konkreten Einzelfalles abgestellt²⁶⁶⁴.

Ähnlich werden in Großbritannien besondere Anforderungen bei völlig ungewöhnlichen oder bei besonders drückenden/nachteiligen Klauseln („particularly onerous or unusual terms“), mit deren Existenz der Vertragspartner nicht rechnen muß, aufgestellt. Auf diese Klauseln muß der Verwender besonders hinweisen, z.B. indem er sie besonders auffällig druckt („must be highlighted“)²⁶⁶⁵. Diese verdeckte Inhaltskontrolle wurde nach Umsetzung der Klauselrichtlinie für den Bereich der Handelsgeschäfte sogar noch verstärkt²⁶⁶⁶. Indem die Rechtsprechung darauf abstellt, ob es nach der Informationslage fair ist, daß die konkrete Klausel die Parteien wirksam bindet, zeigt sie Treu und Glauben-Ansätze auf, obwohl das Common Law den Treu und Glauben Grundsatz nicht in gleichem Maße als allgemeines Prinzip kennt wie die kontinentaleuropäischen Rechte (was i.Ü. auch Probleme bei der Umsetzung der Generalklausel der Klauselrichtlinie aufwirft)²⁶⁶⁷. Damit gab es in Großbritannien und Frankreich ähnliche Treu und Glauben-Elemente bei der Einbeziehungs kontrolle²⁶⁶⁸. In anderen Ländern sind strengere Einbeziehungsanforderungen bei besonders nachteiligen Klauseln gesetzlich geregelt; so muß in Italien für bestimmte Klauseln nach Art.1341 II Codice Civile eine gesonderte schriftliche Bestätigung vorliegen²⁶⁶⁹.

Genausowenig wie die verdeckte Inhaltskontrolle eine allgemeine offene Inhaltskontrolle ersetzen kann²⁶⁷⁰, kann sie auch die Feinprüfung durch ein generell anerkanntes „materielles“ Transparenzgebot wie in Deutschland nicht ersetzen. Denn die höheren Transparenzanforderungen, die die Mitgliedstaaten z.T. bei besonders nachteiligen Klauseln fordern, liegen ebenfalls im wesentlichen bei formalen Aspekten, wie gesonderter schriftlicher Bestätigung, besonderer Hinweis, besonders auffällig gedruckt, u.a.; aber weniger bei der Transparenz in der Formulierung. Teil der Feinprüfung von Klarheit und Verständlichkeit - inklusive der Sinnverständlichkeit - nach Treu und Glauben muß auch sein, daß nicht nur

²⁶⁶⁴ Brock, S.80 - die französischen Gerichte prüfen häufig nicht die Ungewöhnlichkeit oder Überraschung, sondern, ob es sich um Klauseln handelt, die nach dem Erwartungshorizont des Kunden eine sinnvolle und vernünftige Regelung („caractère raisonable“) im Rahmen eines best. Vertrages darstellen, Brock, S.76 ff.m.R spr.nachw. - vergleichbar z.B. mit Argumentation in Dtl., ob es sich um „billiger- und gerechterweise zu erwartende Klauseln handelt“; Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 368.

²⁶⁶⁵ Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 317; Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35; Miller/Harvey/Parry, S.317- Leading case“ ist der Fall *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* (1988) 1 All ER 348 - nach der Urteilsbegründung war zwar die inhaltliche Mißbilligung ausschlaggebend, die Klausel wurde aber i.E. mangels Nachweises eines besonderen Hinweises als nicht wirksam einbezogen erklärt, Dillon LJ in *Interfoto*, z.B.S.352 („Consequently, condition 2 never...became part of the contract“); Willet, ERPL 1997, S.223 ff., 224/225; de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 263; Miller/Harvey/Parry, S.317 ff.; aA Bradgate in Konferenzunterlagen, S.35 ff., 36, der das Urteil so versteht, daß die Klausel zwar wirksam einbezogen ist, aber sich der Verwender nicht auf diese Klausel berufen dürfe.

²⁶⁶⁶ Es wird nicht nur bei ungewöhnlichen und besonders nachteiligen Klauseln, sondern auch bei unfairen Klauseln iSD RL ein besonderer Hinweis gefordert, Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 36.

²⁶⁶⁷ Bingham, LJ in *Interfoto*, S.352 ff., z.B.357: „...This may yield a result not very different from civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned.“; zust. Weatherill, ERPL 1995, S.307 ff., 322; Nebbia in Schulte-Nölke/Schulze, S.309 ff., 317; Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 42- darüber hinaus kennt das Recht des Common Law noch weitere „good faith“-Elemente und Tendenzen, vgl. Miller/Harvey/Parry, S.338 ff.; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.232 ff.; insb. das „principle of utmost good faith“ hinsichtlich Anzeige- und Informationspflichten des VN gegenüber dem Versicherer, vgl. McGee in McGee/Heusel, S.79 ff., 80; Hodgins in McGee/Heusel, S.205 ff.; aber auch die sog. „precontractual duty of negotiation with care“; vgl. Nebbia, ebenda, S.315/316 und die „equity“-Regeln, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 299 und Alpa, FSReich, S.555 ff., 563.

²⁶⁶⁸ Vgl. Konferenzunterlagen, S.154

²⁶⁶⁹ Vgl. dazu auch oben unter 2. Teil B III 5., C II 7.a).

²⁶⁷⁰ Dazu oben unter 2. Teil B III 1.a).

völlig unverständliche Klauseln, sondern auch schwer verständliche Klauseln intransparent sein können.

In einigen Ländern wurden für sog. Massenverträge, zu denen auch Banken- und Versicherungsverträge zählen, geringere Einbeziehungsvoraussetzungen aufgestellt, was häufig mit der Branchenüblichkeit von AGB, mit denen der Kunde rechnen muß, begründet wird²⁶⁷¹. In Deutschland bestanden bis zur Deregulierung nach § 23 III AGBG a.F. geringere Anforderungen u.a. für genehmigte Versicherungsverträge. Dies bedeutet, daß in diesen Ländern Allgemeine Versicherungsbedingungen lange Zeit nicht als Informationsträger vor Vertragsabschluß betrachtet wurden. Teilweise wurden aber gerade auch für Versicherungsverträge besondere Form- und Transparenzanforderungen als Wirksamkeitsvoraussetzungen aufgestellt. So wurden z.B.²⁶⁷² in Frankreich Sonderregelungen für bestimmte Vertragstypen normiert, die u.a. für Versicherungsverträge besondere Form- und Einbeziehungserfordernisse aufstellten²⁶⁷³. Auch in Spanien enthält das Versicherungsvertragsgesetz mit der Voraussetzung der klaren und präzisen Formulierung²⁶⁷⁴ eine besondere Einbeziehungsvoraussetzung²⁶⁷⁵.

bb) Transparenzanforderungen im Rahmen der Klauselkontrolle/ Generalklausel

Vielfach sind außerhalb von Einbeziehung und Auslegung aufgrund von gesetzlichen oder sonstigen Regelungen oder aber in der Art der Argumentation der nationalen Gerichte Transparenzaspekte auf der Stufe der Klauselkontrolle nach der Generalklausel ersichtlich. Insbesondere auch im Bereich der Versicherungsbedingungen sind dementsprechende Tendenzen erkennbar²⁶⁷⁶. So stützen sich z.B. die griechischen Gerichte für die Begrün-

²⁶⁷¹ Z.B. in Österreich: kein Hinweis oder Kenntnis erforderlich, Wurst, DACH, S.143 ff., 157/158; Fenyves in Krejci, Handbuch zum KSchG, S.537 ff., 582; für Versicherungsverträge auch Schauer, S.84, 118 ff.; OGH v.28.4.1964, JBl.1964, S.519 (KfzHaftpflicht); OGH c.15.11.1990, SZ 63/203, S.385; auch in Großbritannien: keine „reasonable notice“ erforderlich: die Rspr. geht davon aus, daß er VN mit Antrag stillschweigend erklärt, zu den üblichen Bedingungen (usual terms) des Versicherers den Vertrag abschließen zu wollen, Bosse, S.83 ff. (nach dem es aber in der Praxis üblich sei, eine Verweisklausel in den Antrag zu übernehmen).

²⁶⁷² Z.B. auch in Belgien im Versicherungsvertragsgesetz, vgl. unter 2.Teil C II 3.a) u.oben – in einigen Ländern (z.B. Italien und Großbritannien) gibt es auch unverbindliche Verhaltenskodizes der Versicherungswirtschaft, die Transparenzanforderungen aufstellen, Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl.1998, Nr.C 95/72, S.81, 3.5; Hodgins in Lonbay, S.96 ff., 112 ff.

²⁶⁷³ Übersicht bei Ferid/Sonnenberger, S.577 f., Rz. 1 F 806; Sonneberger, RIW 1990, S.165 ff., 169; Barfuss, RIW/AWD 1975, S.319 ff., 324; z.B. Verbraucherkredit- und Haustürgeschäften, Sievers, S.128 ff., 141 f. – für Versicherungsverträge werden im Code des assurances zahlreiche Transparenzanforderungen aufgestellt, die z.T.weiter gehen als Art.5 der KlauselRL (Favre Rocheux/Courtieu, Rz.1-39): Art.112-3 I („Je contrat d’assurance est rédigée par écrit, en français, en caractère apparentes“); bestimmte, für den VN besonders gefährliche Klauseln müssen durch sehr gut sichtbare Buchstaben („caractères très apparents“) gekennzeichnet werden, so für Klauseln hinsichtlich Gültigkeit, Verfall oder Haftungsausschlüsse (Art.112-4) oder hinsichtlich der Vertragsdauer (Art.113-15); nach Art.113-1 müssen Risikoausschlußklauseln ausdrücklich und begrenzt sein; es wird die Gestaltung der Policen geregelt (Art.112-4); diverse Rspr.nachw. bei Lambert-Faivre, S.285, FN 1 und 2; außerdem vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers in Art.112-2;112-3;132-5-1-wesentlich genauere und leichter einklagbare Pflichten, als durch die Umsetzung der Nr.1 i der KlauselRL erreicht werden kann, vgl. Favre Rocheux/Courtieu, S.22, Rz.1-44.

²⁶⁷⁴ Gesetz 50/1980 (ley de contrato de seguro), Cabanas Trejo/Vestweber, ZvgIRWiss 97 (1998), S.454 ff., 456; span.Text des Art.3 I bei Lete, ERPL 1997, S..205 ff., 208, FN 19: „...de forma clara y precisa...“.

²⁶⁷⁵ U.a. wegen des direkten Zusammenhanges zu der besonderen Einbeziehungsvoraussetzung ebendalls in Art.3 des Versicherungsvertragsgesetzes, nach der bei allen Klauseln, die eine Einschränkung von Rechten der Versicherten zum Inhalt haben, eine besondere Kenntlichmachung und ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Versicherten notwendig ist – nach der Rspr. ist Art.3 I eine Wirksamkeitsvoraussetzung, vgl. Tribunal Supremo v.24.3.1988., CLAB ES 000250.

²⁶⁷⁶ Vgl. im einzelnen oben unter C II, Zusfs.unter 12, z.B. in Schweden werden Klauseln teilweise für unanwendbar gehalten, wenn sie überraschend sind vgl. CLAB SE 000190, SE 000189 ; SE 000201 oder der VN über Ausschlußklauseln nicht informiert wurde, CLAB SE 000193; Bernitz, ZHR 138 /1974), S.336 ff., 360.

dung der Unwirksamkeit von Versicherungsbedingungen häufig auf Argumente, die an das deutsche Bestimmtheitsgebot erinnern²⁶⁷⁷. In keinem Land war das Transparenzgebot jedoch vor Erlaß der Klauselrichtlinie ein so feststehender und anerkannter Grundsatz und ständige Rechtsprechung wie in Deutschland²⁶⁷⁸.

In Großbritannien wurden beispielsweise²⁶⁷⁹ Transparenzaspekte im Rahmen der general-klauselartigen Prüfung der „reasonableness“ von Haftungsfreizeichnungs- und -beschränkungsklauseln nach dem UCTA 1977 relevant. In Schedule 2 iVm Art.11 II dieses Gesetzes ist eine nicht abschließende Liste²⁶⁸⁰ von „guidelines“ für die Durchführung der Beurteilung der „reasonableness“ enthalten, zu denen u.a. die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Kunden von der Existenz und – anders als bei der Einbeziehung – auch dem Ausmaß der konkreten Klausel zählt²⁶⁸¹. Dieses Kriterium ist aber nur eines unter vielen mitzubeherrschenden Umständen. Die Mißbilligung der betreffenden Klausel bestimmt sich maßgeblich nach deren inhaltlicher Unfairness²⁶⁸². Da außerdem – wie schon bei der Einbeziehung – für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen iSd Schedule 2 keine Verpflichtung des Verwenders zu klarer und verständlicher Abfassung von Vertragsklauseln vorausgesetzt wird²⁶⁸³, ist das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie ein für das englische Recht

²⁶⁷⁷ Einseitiger Beurteilungsspielraum des Versicherers, Rokas in *Karlsruher Forum* 1997, S.117 ff., 119/129; ähnlich auch hinsichtlich Klausel mit Herausgabepflicht des VN von allen „notwendigen Dokumente“ zu unbestimmt ist, so daß der Versicherer exzessiv die Entschädigung blockieren könne, Polymeles Protodikeio Athinon v. 1.1.1996, CLAB GR 000178; „erforderliche Angaben“ des VN zu unbestimmt, der Versicherer reserviere einseitig das Recht für sich, im Einzelfall über die Erfüllung der Pflichten durch den VN zu entscheiden, Polymeles Protodikeio Athinon v. 1.1.1996, CLAB GR 000185, GR 000194 und GR 000197- aA insoweit Efeteio Athinon v. 25.2.1998 (1448/1998), CLAB GR 000237 – 000260, 000238 (genauso Revision des Areios Pagos v. 1.1.1999, CLAB GR 000268); ausreichend transparent, soweit nicht das generelle Informationsrecht des Versicherers von diesem im Einzelfall mißbräuchlich ausgeübt wird; wirksam auch Mitteilungspflicht „aller risikorelevanten Tatsachen“, vgl. Efeteio Athinon v. 25.2.1998, CLAB GR 000242, 000245, 000248 (Art.220,224 HGB).

²⁶⁷⁸ S´ Usseaux, *Consumer Law Journal* 1998, S.320 ff., 329; bezeichnet das deutsche Recht als „the most developed scheme of the transparency principle“, z.B. für Österreich: Graf, S.19; ders., *ecolex* 1999, S.8; Kiendl, S.110/199 ff.; dies., *JBl.* 1995, S.87 ff., 97 („Novum“); Tschaler, *ÖJZ* 1998, S.281 ff., 288; Graf, *ec olex*, S.8, FN 6.

²⁶⁷⁹ Transparenzaspekte auch bei der allg. Regel „inequality of bargaining power“, v.Hippel, *RebelsZ* 41 (1977), S.237 ff., 276; die Codes of Practices u.a. im Versicherungs- und Bankenbereich stellen Transparenzanforderungen, die allerdings bis jetzt nur begrenzte Wirkung haben, vgl. Hodgins in *Lonbay*, S.96 ff., 112 ff.; Adams, *The Journal of Business Law* 2000, S.203 ff., 209 f.; für Banken Vorpeil, *RIW* 1994, S.559 ff.; Campbell in *Carwright*, S.77 ff., 84 ff. – nach dem *Financial Services and Markets Act 2000* kann die FSA nach Sec.64 bindende Statements of principle mit erläuternden Codes of Conduct herausgeben (bei Verstoß gegen Statement: misconduct); auch das OFT prüft z.Zt. codes of practices insb. im Bereich Gebrauchtwagenkauf, Reparatur, Kredit, Beerdingungen, Reise, Makler dahingehend, ob diese bestimmte Vorgaben erfüllen (core criteria), z.B. mit UTCC Reg. vereinbar sind – ist dies der Fall, sollen die genehmigten codes, die u.a. „clear pre-contractual information on key contract terms“ vorsehen müssen, für die Mitglieder bindend sein und im Wettbewerb ein „Gütezeichen“ der Anbieter darstellen (Governments´ Consumer White Paper).

²⁶⁸⁰ Miller/Harvey/Parry, S.365 ff. mit Rsprnachw., auch zu weiteren berücksichtigungsfähigen Umständen.

²⁶⁸¹ Neben den z.T. wörtlich mit EG 16 übereinstimmenden Umständen heißt es in Schedule 2 c zusätzlich: „...whether the customer knew or ought reasonably have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and previous course of dealing between the parties);...“.

²⁶⁸² Die Kenntnis wird im Rahmen des sog. „procedural approach“ („substantive approach“ bedeutet absolute Unwirksamkeit) relevant, bei dem von einer potentiell „unreasonable“ Freizeichnungsklausel ausgegangen und anhand der Umstände der Schedule 2 („procedural factors“) geprüft wird, ob hinsichtlich der Klausel ein „free agreement“ vorlag, was dann für die „reasonableness“/Wirksamkeit spricht, vgl. Brownsword/Howells, *The Journal of Business Law* 1995, S.243 ff., 252 ff.; zust. Beale in Miller/Harvey/Parry, S.340 und Bradgate, *Konferenzunterlagen*, S.35 ff., 40 – Tendenz, eine Klausel für unreasonable zu erklären, weil sie so kompliziert und wortreich war, im Ergebnis aber nicht durchgeführt, *The Zinnia* (1984) 2 *Lloyd´s Rep* 211 bei Bradgate, *Konferenzunterlagen*, S.43.

²⁶⁸³ Es geht mehr um tatsächliche Kenntnis, als um die zumutbare Kenntnismöglichkeit, Schedule 2 c: „...(having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties)“.

neues Prinzip²⁶⁸⁴, das auch im Rahmen der Inhaltskontrolle als Grundsatz nicht bekannt war²⁶⁸⁵.

Auch in Frankreich lassen sich (verstärkt) Argumentationen – teilweise vergleichbar den deutschen Formulierungen - in der Rechtsprechung finden²⁶⁸⁶; zudem sind Transparenzaspekte in Dekreten des Staatsrats oder vereinzelt in Gesetzen enthalten²⁶⁸⁷. Es handelte sich jedoch nicht um einen feststehenden Grundsatz²⁶⁸⁸. Auch aus den zahlreichen Empfehlungen der Commission des clauses abusives hinsichtlich der Transparenz von Vertragsklauseln, darunter zahlreiche zu Versicherungsbedingungen, können keine verbindlichen Schlüsse gezogen werden²⁶⁸⁹. Unabhängig von der Generalklausel in Art. 132-1 Code de la Consommation ist der Staatsrat nach Art.L 133-1 C. consom. berechtigt, per Dekret die äußere Gestaltung von schriftlichen Verträgen zu reglementieren, um eine ausreichende Information der Vertragspartner sicherzustellen²⁶⁹⁰. Auch nach ausdrücklicher Umsetzung des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie wurde der zusätzliche Art.L133-1 C.consom. beibehalten. Aus dieser zusätzlichen Regelung läßt sich ableiten, daß die positiven Informations- und Vertragsgestaltungspflichten nicht schon ohne weiteres aus dem Transparenzgebot selbst folgen²⁶⁹¹.

Nach Umsetzung der Klauselrichtlinie hat sich die Situation in den meisten Mitgliedstaaten nicht verändert. Bis auf die Umsetzung des Art.4 II wurde in vielen Ländern der Art.5 entsprechend der in Satz 2 ausdrücklich vorgegebenen Sanktion nur als Auslegungsregel²⁶⁹²

²⁶⁸⁴ De Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 262; Adams, The Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 212 – jedenfalls gab es kein Transparenzgebot, das der Markttransparenz diene, vgl. Willett/Hird in Cartwright, S.219 ff., 221.

²⁶⁸⁵ Vgl. Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff.,43: „This was an alien concept“; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 227 (der für eine Entwicklung der Transparenzanforderungen aus den anderen Umständen der Schedule 2 ist).

²⁶⁸⁶ Der CA de Versailles v.2.6.1994 erklärte noch vor Umsetzung unter Verwendung der Formulierung des Art.3 I eine unverständliche Klausel für mißbräuchlich, u.a. da der Verbraucher nicht das Ausmaß seiner Verpflichtung erkennen könne („Peut être réputée abusive en tant qu’ elle crée un déséquilibre significatif dans le contrat une clause incompréhensible ne permettant pas au consommateur de mesurer la portée de son engagement ou bien l’ induisant en erreur sur l’ étendue réelle de ses droits.“), vgl.KOM(1999)1044 endg., S.4; aufgrund dieses Urteils und den Empfehlungen der Commission sah die französische Regierung die Umsetzung des „sofern“-Nachsatzes des Art.4 II als überflüssig an - auch nach RL-Umsetzung werden vereinzelt intransparente Vertragsgestaltungen als mißbräuchlich eingestuft, so in dem Gerichtsverfahren, das EuGH v.21.11.2002, Rs. C-473/00(Cofidis S.A./Fredou) zugrundelag, vgl. insb. Schlußanträge des Generalanwaltes Tizzano, v.18.4.2002, Rz.24 u.oben unter 2.Teil C II 3.b)bb).

²⁶⁸⁷ Im einzelnen Brock, S.192 ff.; und ders. ZvgIRWiss 99 (2000), S.29 ff.

²⁶⁸⁸ Reich, Europäisches Verbraucherrecht, Rz.156 r; Paisant, Konferenzunterlagen, S.154; Brock, S.192, ff., ders. ZvgIRWiss, 99 (2000), S.29 ff., 36 ff.; für Transparenz nur bei Einbeziehung und Auslegung auch Benabent, ERPL 1995, S.211 ff., 216; Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 148; Meilhac in Schulte-Nölke/Schulze, S.291 ff., 305; Pizzio, Code de la Consommation, Art.133-2, Nr.4 und 5 – eine der späteren Umsetzung des Art.5 (in Art.L 133-2 C.consom.) ähnliche Version befand sich zwar schon im Entwurf des C. consom., sie wurde aber nicht in die endgültige Gesetzesversion übernommen, vgl. Brock, S.104, FN 397 und hinsichtlich der Unklarheitenregel, S.111, FN 430; vgl. auch Paisant, D.chr. 1995, S.99 ff., 106.

²⁶⁸⁹ Zu Transparenz bei Vers., 2.Teil C II 3.b)cc); aA die Stellungnahme französischer Behörden auf die Rügen der Kommission bezüglich der nicht ausreichenden Umsetzung des Art.4 II, vgl.Hinweis im Avis Motive der Kommission, KOM (1999), 1044 endg., S.4; gleiches gilt für die belgische Commission des clauses abusives.

²⁶⁹⁰ Art.L 133-1 C.consom.: „En vue d’ assurer l’ information du contractant non professionnel ou consommateur, les décrets prévus à l’ article L.1321 peuvent réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au même article.“

²⁶⁹¹ Keine Rückschlüsse sind auch aus Art.L 111-1 C. consom. möglich, bei dem es sich um eine generelle vorvertragliche Informationspflicht (Dumollard, Schulte-Nölke/Schulze,S.173 ff., 182) des professionellen Verkäufers/Dienstleisters über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung vor Vertragsschluß außerhalb der Klauselkontrolle nach den Art.132-1 ff. handelt,Pizzio, Code de la Consommation, Art.111-1, Nr.5.

²⁶⁹² Z.B. Schweden: der schwedische Gesetzgeber sah Art.5 Satz 1 nur als Einleitung zu der Auslegungsregel in Satz 2 (Art.10 des Umsetzungsgesetzes 1994:1512) und verzichtete völlig auf dessen Umsetzung, krit.Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 193; Belgien, vgl. Bourgoignie, Konferenzunterlagen, S.79 ff., 90; Balate, ERPL 1997, S.143 ff., 144; Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endgültig, S.7, FN 10; in Luxemburg: angesichts der bereits vorher geltenden Unklarheitenregel zunächst keine Umsetzung des Art.5, vgl. Elvinger, ERPL 1997, S.185 ff., 190;

und/oder als Einbeziehungsregel umgesetzt und verstanden²⁶⁹³. Allerdings werden teilweise detaillierte Anforderungen aufgestellt²⁶⁹⁴. Soweit der Satz 1 aus Art.5 nicht ausdrücklich dem Gesetz zu entnehmen ist, ist nach der EuGH-Rechtsprechung selbst bei Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung aus Gründen der Rechtssicherheit und Publizität, insbesondere bei Verbraucherschützenden Richtlinien, die auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Rechte verleihen, nicht von einer ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung auszugehen²⁶⁹⁵. So wurde auch in Großbritannien das Transparenzgebot nach dem Gesetzeswortlaut der UTCC Reg. idF 1994 mit Ausnahme der Umsetzung des Art.4 II²⁶⁹⁶ zunächst allein als Auslegungsregel umgesetzt; erst seit 1999 ist der Wortlaut offener²⁶⁹⁷. Abgesehen von einer weit verbreiteten Ansicht, nach der sich die Wirkung des Art.5 der Klauselrichtlinie in der Auslegungsregel erschöpft²⁶⁹⁸, gibt es seit Umsetzung der Richtlinie vermehrt Stimmen, die Transparenzvoraussetzungen im Rahmen der Inhaltskontrolle berücksichtigen wollen (neben Literaturstimmen zählt dazu auch das Office of Fair Trading)²⁶⁹⁹. Und dies, obwohl die ursprünglich in den UTCC Reg. von 1994 enthaltene Schedule 2 (seit 1999 gibt es nur noch die Umsetzung des Art.4 I in Sec.6 I) anders als die Schedule 2 der UCTA 1977 nicht ausdrücklich die Berücksichtigung der Kenntnis oder

mit Memorial A 139 v.27.12.2000 dann nur Umsetzung des Art.5 S.2 u.3 in Art.1.2 des Verbraucherschutzgesetzes v.25.8.1983 (daneben nur Einbeziehungsregeln in Art.1135-1 Zivilgesetz).

²⁶⁹³ Z.B. Frankreich: Art.5 Satz 1 und 2 wurde fast wörtlich in Art.L 133-2 C. consom. in Chapitre III („Interprétation et forme des contrats“) umgesetzt, vgl. Brock, S.104, 111 – systematische Stellung u. hL trotz der o.g.Tendenz der Rspr. für Einordnung zu Einbeziehung und Auslegung, z.B.Paisant, D.chr. 1995, S.99 ff., 107; ders. in Konferenzunterlagen, S.154 (nur bei der Umsetzung des Art.4 II und im kollektiven Verfahren, wo die Unklarheitenregel nicht gelte, sei Raum für eine Unwirksamkeit einer unklaren und unverständlichen Regelung nach der Generalklausel des Art.132-1); Benabent, ERPL 1995, S.211 ff., 216; Davo, ERPL 1997, S.157 ff., 158 – die franz. Literatur sieht in Art.133-2 c.consom. angesichts bestehender Einbeziehungs-, u.Auslegungsregeln keine Neuerungen, Morin, VuR 1995, S.381 ff., 382/383; Pizzio, Code de la Consommation, Art.133-2, Nr.4, S.212; Meilhac, Schulte-Nölke/Schuze, S.291 ff., 305 (überflüssig); es werde nur die vorher einzelfallbetonte Rspr. durch nun abstrakte Regelung gefestigt, vgl. Paisant, D. 1995 chr., S.99 ff., 107; in Portugal: Pinto Monteiro, ERPL 1995, S.231 ff., 237; die Einbeziehungsregel in Art.5 des AGB-Gesetzes Nr.446/85 wurde als ausreichende Umsetzung angesehen, vgl. Sinde Monteiro in Karlsruher Forum 1997, S.121 ff., 128; die Umsetzung des Art.5 Satz 3 wurde auf Rüge der Kommission durch Gesetz Nr. 249/99 in Art.11 III eingefügt; Griechenland: bezügl. Umsetzungsregel in Verbraucherschutzgesetz N.2551/1994, Mentis, S.189 ff., 292; Kapnopoulou, S.244 ff. u.synoptische Darstellung S.270 f. ; bei den Vor. in Art.2 II-V (griech. Sprache, Druck in leicht lesbarer Form und an gut erkennbarer Stelle, Unklarheitenregel), fehlt m.E.zumindest das Verständlichkeitsgebot v.Art.5 S.1.

²⁶⁹⁴ Z.B. Spanien: Art.5 ff. LGCG (nach dt.Vorbild für AGB, persönlich unbegrenzt), die zusätzlich zu den o.g.Anforderungen des LCU gelten– z.B. AGB müssen zugänglich sein, ein Exemplar muß ausgehändigt werden, sie müssen nach Art.5.4 klar, konkret und einfach verfaßt werden; AGB werden nach Art.7 nicht in den Vertrag einbezogen, wenn sie unleserlich, zweideutig oder unverständlich sind, ausf. Cabanas Trejo/Vestweber, ZvglRwiss 97 (1998), S.454 ff. 463 ff.; Fischer, RIW 1998, S.689 ff., 690 f.

²⁶⁹⁵ EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), insb.Rz.17 ff., 21; Schlußantrag des Generalanwalts Tizzano in gleicher Sache v. 23.2.2001, insb.Rz.35 ff. – dieses Urteil betraf die Rechtslage in den Niederlanden, wo nur eine Anfechtbarkeit bei fehlender angemessener Kenntnisnahmemöglichkeit (Art.6:233 b, 234 NBW nur Zugänglichmachen ohne besondere Anf.an Verständlichkeit und Lesbarkeit) neben all.Bestimmungen zu Auslegung, Irrtum, Treu und Glauben geregelt war, die entgegen Art.4 II nicht für Hauptleistungen galt; weder der Art.5 Satz 1 noch Satz 2 waren umgesetzt und die Unklarheitenregel noch nicht einmal als bindend anerkannt – mit Gesetz v. 28.10.1999 wurde dann der Art.4 II-Nachsatz und Art. 5 vollständig übernommen (Ergänzung des Art.6:231 a , Art.238 und Satz 3 in Art.240 des 6.Buches des NBW).

²⁶⁹⁶ Reg. 6 II UTCC, die Kenntnismöglichkeit u.Transparenz wird als Voraussetzung für Kontrollfreiheit von „core terms“ g esehen, OFT, Bulletin Issue No.2, September 1996, S.13 (auch bei Willett/Hird in Cartwright, S.227, FN 24); Unfair terms guidance, Rz.19.12f.;bei Versicherungen, OFT v. 25.12.1995, CLAB GB 000202.

²⁶⁹⁷ Department of Trade and Industry bei Lockett/Egan, Rz.5.14; Reg.6 a.F. der UTCC Reg. 1994 stand unter der Überschrift „Construction of written contracts“ und enthielt die Umsetzung von Art.5 S.1 u.2 in einem einzigen Satz; seit 1999 steht der Art.7 unter der Überschrift „Written contracts“ und enthält in Umsetzung des Art.5 ebenfalls zwei Sätze, dazu Adams, the Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 212.

²⁶⁹⁸ Vgl. de Moor, ERPL 1995, S.257 ff., 263; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 231; Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 301 der aber fordert, daß eine Sanktion der Unfairness aufgenommen werden soll.

²⁶⁹⁹ Vgl. OFT, Unfair terms guidance, insb.Rz. 19.4, 19.6, 19.12; OFT zu Transparenz von Versicherungsbedingungen: OFT v.25.12.1995, CLAB GB 000151, 000181, 000202, 000205; Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 215; Adams, The Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 212.

Kennenmüssens als berücksichtigungsfähigen Umstand vorschreibt²⁷⁰⁰. Innerhalb dieser Ansicht ist ungeklärt, ob die Intransparenz per se zu der Unfairneß einer Klausel iSd UTCC Regulations führen soll²⁷⁰¹ oder ob bei Verstoß gegen das Transparenzgebot nur dann eine Mißbräuchlichkeit iSd Art.3 der Klauselrichtlinie vorliegen kann, wenn auch inhaltlich ein (erhebliches) Mißverhältnis vorliegt²⁷⁰².

Anders als im Rahmen der UCTA 1977 werden bei UTCC Regulations 1999 (idF 2001) auch höhere Anforderungen in Bezug auf Klarheit und Verständlichkeit der Klauseln²⁷⁰³, inklusive der Sinnverständlichkeit einzelner Klauseln sowie des gesamten Klauselwerkes, geprüft²⁷⁰⁴. Dabei werden auch Umstände, wie z.B. Lesbarkeit oder Kenntnisnahmemöglichkeit, im Rahmen der Generalklausel geprüft, die nach Common Law bei der logisch vorrangigen Einbeziehungskontrolle anzusiedeln wären²⁷⁰⁵.

Teilweise ist der Transparenzaspekt im Rahmen der Inhaltskontrolle anerkannt: So ist etwa in Italien der Art.5 Satz 1 zwar ebenfalls – abgesehen von der Umsetzung des Art.4 II - systematisch allein als Ansatz für die Unklarheitenregel eingeordnet²⁷⁰⁶, die herrschende Lehre²⁷⁰⁷ und auch die Rechtsprechung²⁷⁰⁸ sehen aber darüber hinaus in der Verletzung der

²⁷⁰⁰ Im Rahmen der Vorarbeiten zu den Regulations wurde ausdrücklich abgelehnt, Umst. wie eine deutlich sichtbare/auffällige Klausel o. Verständlichkeit in die schedule 2 aufzunehmen; jedoch mit dem Hinweis, daß diese Umstände trotzdem mitberücksichtigt werden können, weil die schedule 2 nicht abschließend sei, vgl. Lockett/Egan, Rz. 5.12; auch die Wahlmöglichkeit des Verbrauchers wird weiterhin mitberücksichtigt, Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234 - die UTCC Regulations 1999 (idF 2001) u. UCTA 1977 gelten nebeneinander, so daß auch schedule 2 iVm Sec.11 II der UCTA 1977 weiterhin auf Freizeichnungsklauseln anwendbar ist.

²⁷⁰¹ So wohl Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 215; Forderung von Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 301 (der dies aber noch nicht als geltendes Recht sieht) – das OFT scheint dahin zu tendieren, daß intransparente Klauseln per se als unfair qualifiziert werden können, Unfair terms guidance, Rz.19.4, 19.6, 19.12; vgl.auch OFT v.25.12.1995, CLAB GB 000151; OFT v.25.12.1996 CLAB GB 000413, 000202; aA ansch Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 48 (generell nur als „procedural elements“); die Transparenz ist dagegen nur ein Umstand im Rahmen der Fairnessprüfung, vgl.Unfair terms guidance, Rz.19.9/19.10 („If transparency can be achieved, all kinds of term are more likely to be fair“; ohne daß Transparenz automatisch für die Wirksamkeit ausreicht); zust. Willett, ERPL 1995, S.223 ff., 234; Bsp.aus Bulletin des Office of Fair Trading, Issue No.1, May 1996, abgedr. bei Miller/Harvey/Parry, S.362 ff., nach dem eine besondere Aufklärung über die Klausel deren inhaltliche unfairness ausgleichen kann (Punkt 2.7); w.Bsp. bei Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 299 .

²⁷⁰² So wohl Howells, Konferenzunterlagen, S.153; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 233/234.

²⁷⁰³ Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 49; vgl. auch Annual Report of the Director-General of Fair Trading 1996, S.32, abgedruckt bei Miller/Harvey/Parry, S.381 f., 382; Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234.

²⁷⁰⁴ OFT, Unfair terms guidance, Rz.19.3 ff. (z.B.Lesbarkeit, Klarheit, Verständlichkeit, Kennismögl., Gliederung, etc.); OFT v. 25.12.1996, CLAB GB 000413 – auch bei der Umsetzung des Nr. 1 i) der KlauselRL werden strengere Anforderungen als an eine „reasonable notice“ im Rahmen der Einbeziehungskontrolle gestellt, Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.235 – dabei wertet das OFT die Nr. 1 i) als allg.Transparenzkriterium und nicht nur als Kontrollmöglichkeit von Kenntnisklauseln, z.B. OFT v. 25.12.1995, CLAB GB 000181.

²⁷⁰⁵ Vgl. OFT, Unfair terms guidance, insb.Rz.19.8 f.; dies mag auch mit den sehr geringen Anforderungen an die Einbeziehungstransparenz zu tun haben, insb.für die Versicherungsbedingungen wurde noch nicht einmal eine „reasonable notice“ verlangt – Umstände, die uU nach allg. Common Law-Grundsätzen schon zu einer fehlenden Einbeziehung führen würden, prüft das OFT bei Versicherungen im Rahmen der Generalklausel, wie z.B. Abdruck auf der Rückseite der Police ohne Hinweis oder zu kleine Buchstaben mit heller Farbe auf transparentem Papier, OFT v. 25.12.1995, CLAB GB 000413 und CLAB GB 000151; Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 300 - das OFT stützt sich auf die dem Art.3 I u.Nr.1 i) entsprechenden Umsetzungsregeln, z.B. OFT v. 25.12.1995, CLAB GB 000151, CLAB GB 000205; OFT v. 25.12.1997, CLAB GB 000498; OFT v. 25.12.1999, CLAB GB 000904.

²⁷⁰⁶ Art.1469-quater, dt. Übersetzung bei Cian, Jahrbuch des italienischen Rechts, S.55 ff., 74 , unter der Überschrift „Form und Auslegung“ („Forma e interpretazione“), dementsprechendes Verständnis dann auch Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 588 f.; ders., Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 58.

²⁷⁰⁷ Micklitz/d’ Usseaux, ZeuP 1998, S.104 ff., 112f.m.w.Nachw.; für Mißbräuchlichkeit wohl auch die italienische Vereinigung der Versicherer (A.N.I.A.), vgl. Rundschreiben v.3.11.196994, CLAB IT 000469.

²⁷⁰⁸ Die italienische Rspr. scheint von einem Mißverhältnis allein aufgrund der Intransparenz auszugehen, Nachweise bei Konferenzunterlagen, S.155; ähnlich auch Tribunale civile di Roma, v. 24.3.1998, CLAB IT 000623; Tribunale civile di Roma, v. 24.12.1997, CLAB IT 000628 und 000631; Tribunale di Roma v. 5.10.2000, CLAB IT 000718 ff, 000721, obwohl i.E.transparent.

Transparenzvoraussetzungen selbst einen Grund für die Mißbräuchlichkeit einer Klausel. Damit ist in Italien jedenfalls nach Umsetzung der Klauselrichtlinie anerkannt, daß es zwei Aspekte der Transparenz bei der Einbeziehung und bei der Inhaltskontrolle gibt²⁷⁰⁹. In Österreich wurde im Jahr 1996 das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie durch § 6 III KSchG²⁷¹⁰ für Verbraucherverträge umgesetzt; nach dieser Vorschrift wird die Unklarheit und/oder Unverständlichkeit von AGB und Vertragsformblättern als eigenständiger Unwirksamkeitsgrund neben den Klauselverboten geregelt²⁷¹¹. Diese Vorschrift, die für Hauptleistungen und Nebenbestimmungen gilt, ist aufgrund ihrer systematischen Einordnung in § 6 KSchG der Inhaltskontrolle zuzuordnen²⁷¹². Obwohl der Wortlaut des § 6 III KSchG eindeutig zu sein scheint, ist dennoch umstritten, ob eine Intransparenz schon als solche zur Unwirksamkeit der Klausel führt oder ob die Nichtigkeit nur im Falle einer Benachteiligung inhaltlicher Art durch die Klausel eintreten kann²⁷¹³.

Es bleibt schließlich noch festzuhalten, daß letztlich alle Länder, die in ihren Klauselkatalogen vor Erlaß der Klauselrichtlinie u.a. einseitige Änderungs- und Kündigungsrechte (unter bestimmten Voraussetzungen) untersagten, Transparenzaspekte auch im Rahmen der Inhaltskontrolle kannten. Zwar liegt die Hauptwertung der Mißbilligung insofern wohl bei dem („materiellen“) inhaltlichen Mißverhältnis der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien; aus solchen Klauselverboten ist aber auch die Wertung erkennbar, die dem deutschen Bestimmtheitsgebot als Ausprägung des Transparenzgebotes im Rahmen der Generalklausel entspricht. Der Vertragspartner soll grundsätzlich seine Rechte und Pflichten bei Vertragsschluß klar und deutlich erkennen können. Der Aspekt der Rechtsklarheit ist nicht nur von solchen Bestimmungen oder Rechtsprechungsgrundsätzen erfaßt, die eine tatbestandliche Konkretisierung der Vertragsbedingungen fordern, sondern in gewissem Maße auch schon von der generellen Untersagung einseitiger Änderungsrechte²⁷¹⁴. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist wird dieser Transparenzaspekt nunmehr von der Klauselrichtlinie vorgegeben (vgl. insb. Nr.1 j,k,l und Nr.2 b-d des Richtlinienanhangs)²⁷¹⁵.

3. Klauselrichtlinie

²⁷⁰⁹ Martinello, Konferenzunterlagen, S.155

²⁷¹⁰ § 6 III KSchG: „Eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist.“

²⁷¹¹ Kritik an der sachlichen Beschränkung auf AGB und Formblätter, vgl.Graf, S.32; Kritik an der Begrenzung auf Verbraucherverträge bei Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 327 und Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 169; z.T. wird vertreten, das Transparenzgebot auch außerhalb von Verbraucherverträgen bei der allgemeinen Generalklausel in § 879 I iVm III ABGB anzusiedeln und intransparente Klauseln als gröblich benachteiligend anzusehen, vgl.Graf, S.33; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 160; aA Kiendl, JBl.1995, S.87 ff., 96 f.

²⁷¹² Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 167 ff.; Graf, S.20 – str., ob angesichts der bestehenden Transparenzanforderungen überflüssig: dafür, z.B. Posch, ERPL 1997, S.135 ff., 140/141, Reindl in Karlsruher Forum 1997, S.107; Wilhelm, ecolex 1996, S.581 ff., 582; für die Notwendigkeit dagegen hA: Graf, S.19; ders., ecolex 1999, S.8; Kiendl, S.110/199 ff.; Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff., 288; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 157 ff. – str.Verhältnis § 6 III zu bisherigen Einbeziehungs- und Auslegungsregeln, Reindl, Karlsruher Forum S.108; Kolba, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 239; Graf, ecolex 1999, S.8, FN 5 ; Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 163.

²⁷¹³ Für ersteres, Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 168; aA Graf, ecolex 1999, S.8 ff., 9, FN 8.

²⁷¹⁴ So auch Brock, S.192; ders. ZvglRWiss 99 (2000), S.29 ff., 38 für Art.3 des französischen Dekrets v. 24.3.1978 n° 78-464, nach dem einseitige Änderungsvorbehalte für den Unternehmer hinsichtlich der vereinbarten Eigenschaften der zu liefernden Sache oder der geschuldeten Dienstleistung verboten sind (es sei denn, die Änderung beruht auf der technischen Entwicklung und sie führt nicht zu einer Preiserhöhung oder Qualitätsveränderung) – Dekret abgedruckt bei Calais-Auloy, Code de la Consommation, S.196; Sievers, S.154 f.; dazu Carnet, Rev.tim.dr.com.1982, S.1ff., 19f.; Starck/Roland/Boyer, Rz.785.

²⁷¹⁵ Auch andere Richtlinien regeln einseitige Änderungsrechte, vgl. Markwardt, S.132 f.

a) Systematische Einordnung

Aus der Entstehungsgeschichte sind hinsichtlich der systematischen Einordnung keine eindeutigen Schlüsse möglich. Nachdem der erste Richtlinienentwurf aus dem Jahre 1990 noch keine ausdrücklichen Transparenzanforderungen enthalten hatte, forderten der Wirtschafts- und Sozialausschuß sowie das Europäische Parlament die Intransparenz als Mißbräuchlichkeitskriterium²⁷¹⁶ bzw. eigenständigen Mißbräuchlichkeitsgrund²⁷¹⁷. Der folgende geänderte Richtlinienentwurf 1992 übernahm zwar die vorgeschlagene Formulierung („klar und verständlich“) in den Art.5 a.F, ohne aber ausdrücklich die Folge der Mißbräuchlichkeit bei Nichteinhaltung anzuordnen. Trotz dieser Tatsache und der „unmittelbaren Nachbarschaft“ zu der ursprünglich enthaltenen Einbeziehungsregel in Art.5 II a.F.²⁷¹⁸ läßt sich aber m.E. eine Zuordnung des Transparenzgebotes zu der Einbeziehungsregelung nicht eindeutig folgern²⁷¹⁹. Außerdem wurde die Einbeziehungsregelung des Art.5 II a.F. gerade nicht in den endgültigen Richtlinienentwurf übernommen. Teilweise wird argumentiert, daß Art.5 iVm dem „übriggebliebenen“ EG 20, lediglich als Rest einer nicht verwirklichten Einbeziehungsregelung zu verstehen ist²⁷²⁰. Die Entfernung des Art.5 II a.F. durch den Rat als Entscheidung, die Regelungen über Annahme und Vertragsschluß den Mitgliedstaaten zu überlassen²⁷²¹, könnte aber genauso gut dafür sprechen, daß die Transparenz mangels Vorgaben des Richtlinienentwurfes für die rechtsgeschäftliche Einbeziehung im wesentlichen der Mißbräuchlichkeitskontrolle zugeordnet werden muß.

Auch der endgültige Klauseltext ist mangels ausdrücklicher Sanktion abgesehen von Art.5 Satz 2 auf den ersten Blick nicht eindeutig. Sieht man das Transparenzgebot im Zusammenhang mit EG 20 und Nr.1 i, so spricht dies für eine Berücksichtigung bei der Einbeziehung²⁷²². Es ist aber ebenso ein Zusammenhang mit der Generalklausel in Art.3 I denkbar²⁷²³. Für ersteres spricht, daß die Artikel 6 und 7 ihrem Wortlaut nach nur bei „mißbräuchlichen Klauseln“ greifen, ohne auf Art.5 hinzuweisen. Außerdem stellt der Wortlaut der Generalklausel – anders als z.B. der deutsche auch auf intransparente Gestal-

²⁷¹⁶ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 24.4.1991, ABl. Nr. C 139/34, Punkt 2.5.1-2.5.3

²⁷¹⁷ Legislative Entschliessung des EP, ABl. Nr. C 326/108, EG 12a; Art.2 (Generalklausel) als 5.Spiegelstrich; und Art.2 Nr.5a: „Unverständliche Klauseln gelten als mißbräuchlich.“

²⁷¹⁸ Dies spricht für Transparenz als Einbeziehungsregelung - Art.5 II a.F.bestimmte, daß Vertragsklauseln nur dann als vom Verbraucher anerkannt anzusehen sind, „wenn dieser vor Vertragsschluß tatsächlich die Möglichkeit hatte, davon Kenntnis zu nehmen.“ (Vorbild waren der deutsche § 2 AGBG a.F. und Art.4,5 des portugiesischen Decreto -Lei 446/85, Konferenzunterlagen, S.196; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 241, FN 64) auch in EG 12 a.F., der dem heutigen 20 entspricht, war ein „Nebeneinander“ dieser Regelungen zu erkennen.

²⁷¹⁹ Gegen die zwangsläufige Einordnung als Einbeziehungsregel spricht, daß der Wirtschafts- und Sozialausschuß sowohl die Kenntnismöglichkeit als auch die Transparenz als Mißbräuchlichkeitskriterium forderte (Punkte 2.5.2 und 2.5.3. der Stellungnahme), beides könnte mit Art.5 a.F.umgesetzt sein (Absatz I die Mißbräuchlichkeit und Absatz II die Einbeziehung) - nach Lockett/Egan, Rz.3.17 folge aber aus der fehlenden ausdrücklichen Anordnung, daß keine Zuordnung zu der Mißbräuchlichkeitskontrolle gewollt war.

²⁷²⁰ So Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 172 f.

²⁷²¹ Vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.19, FN 33; Konferenzunterlagen, S.196; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 – die Regelung als solche wurde nicht beanstandet; der EG 20 wurde unverändert gelassen und die Möglichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme wurde zu Nr.1 i (entspr.nahezu Nr.1 h a.F.) hinzugefügt.

²⁷²² Allerdings ist hier zu berücksichtigen, daß es sich nur um „Überbleibsel“ einer nicht übernommenen Einbeziehungsregel in Art.5 II a.F. handelt; Nr.1 i betrifft unmittelbar nur Zustimmungs- bzw. Kenntnisfiktionsklauseln und nur mittelbar wird die Kenntnismöglichkeit vorausgesetzt, vgl. unten unter 2.Teil D IV 3.e).

²⁷²³ Vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.19.

tung passende Gesetzestext („unangemessene Benachteiligung“) – allein auf eine inhaltliche Unausgewogenheit des Vertrages ab²⁷²⁴.

Trotz der Tatsache, daß das Transparenzgebot im Richtlinienentwurf in Art.5 außerhalb der Generalklausel für die Mißbräuchlichkeit in Art.3 I angeordnet ist, spricht aber einiges dafür, daß die Klauselrichtlinie eine Prüfung der Transparenz im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle erforderlich macht. Zu nennen ist zunächst die Orientierung an dem von den deutschen Gerichten in ständiger Rechtsprechung angewandten Transparenzgebot im Rahmen des § 9 AGBG a.F.²⁷²⁵ – auch die dt. Kritik an dem ursprünglich zu weiten sachlichen Anwendungsbereich forderte die Transparenzkontrolle jedenfalls für im übrigen kontrollfreie Hauptleistungen²⁷²⁶. Außerdem ist die Regelung Art.4 II von Bedeutung²⁷²⁷. Zwar kann aus dem „sofern“-Nachsatz nicht im Umkehrschluß eine Angemessenheitskontrolle von Leistung und Gegenleistung im Falle der Intransparenz geschlossen werden²⁷²⁸. Die systematische Stellung des Art.4 II, der den Gegenstand der Mißbräuchlichkeitskontrolle bestimmt und in unmittelbarem Zusammenhang mit Art.4 I steht, spricht aber für die Zuordnung des Transparenzgebotes zu der Stufe der Mißbräuchlichkeitskontrolle. Wären unklare und unverständliche Hauptleistungsbestimmungen iSd Art.4 II schon nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, so würde es zu der Prüfungsstufe der Mißbräuchlichkeit, die wiederum in die Schritte der Kontrollunterworfenheit (Art.4 II) und der eigentlichen Inhaltskontrolle (Art.3) aufgeteilt wird, gar nicht mehr kommen²⁷²⁹. Außerdem ist die Klauselrichtlinie allgemein auf die Mißbräuchlichkeit ausgerichtet (Art.1 I, 2 a) iVm 3 I,4,6,7); insbesondere die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit in Art.6 I gilt nur für mißbräuchliche Klauseln²⁷³⁰. Auch das abstrakte Kontrollverfahren nach Art.7 II, III wird nur für den Fall der Mißbräuchlichkeit vorgeschrieben. Würde man also allein von einer Einbeziehungstransparenz ausgehen, wäre eine Überprüfbarkeit im Rahmen eines kollektiven Verfahrens nicht vorgeschrieben. Ein solches Ergebnis ist aber angesichts der Bedeutung des Transparenzgebotes für den Wettbewerb nicht mit dem effet utile der Richt-

²⁷²⁴ Auch in Deutschland wird die Generalklausel aber zum Teil wegen § 307 II BGB n.F. (§ 9 II AGBG a.F.) auf die inhaltlichen Unausgewogenheit reduziert, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 949 m.Nachw.

²⁷²⁵ Graf, *ecolex* 1999, S.9; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.1, 26 („(Mit-)Pate“); vgl. Bezug auf dt. Rspr. in der Stellungnahme des Ausschusses für Umweltschutz, Volksgesundheit und Verbraucherschutz v.28.2.1991 für den Ausschluß für Recht und Bürgerrechte, die dem späteren Vorschlag des EP zugrundeliegt (abgedruckt im Bericht des Ausschusses für Recht und Bürgerrechte, PE 145.256/engd., S.22, vgl. auch PE 146/243 engd., S.4, Bericht des Ausschusses für Umweltschutz, etc.): „Verträge, die unklar formuliert oder für den Durchschnittsbürger nicht unmittelbar einsichtig sind, dürfen nicht zulässig sein (der Bundesgerichtshof hat eine Verpflichtung zur Transparenz entwickelt)“; auch die Gesamtheit der Vorschläge des EP, s.o. deuten auf das dt. System hin (z.T. nahezu wörtliche Entsprechungen z.B. Art.1 a Nr.3 entspricht § 8 AGBG a.F.); auch die European Consumer Law Group nimmt Bezug auf die dt. Rspr., ECLG/126/91, S.5; Hondius, ERPL 1995, S.241 ff., 249 (neben „plain language“-Bewegung der englischsprachigen Länder u. der span. Regelung).

²⁷²⁶ Vgl. *oben unter 2. Teil B V*; Brandner/Ulmer, BB 1991, S.701 ff., 705.

²⁷²⁷ Z.B. Weatherill, S.85; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 110/111; deutlich Generalanwalt Tizzano, Schlußantrag v. 23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.27, nach dem die in Art.4 II genannten Klauseln „als mißbräuchlich anzusehen sind, wenn sie unklar oder mehrdeutig sind“ (Rechtsfolge Art.6 I).

²⁷²⁸ *Unter 2. Teil B V m. Nachw.* – so aber als Argument für die systematische Einordnung des Transparenzgebots auch als Maßstab der Mißbräuchlichkeitskontrolle, z.B. Brock, S.190; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076.

²⁷²⁹ Damit trifft die RL auch für die Fälle der Vertragsabschlußtransparenz die Wertung für die Mißbräuchlichkeitskontrolle; grundsätzlich aA für dogmatische Zuordnung zu der Einbeziehungskontrolle für diese Art Transparenz im Gegensatz zu der Vertragsdurchführungstransparenz, Franzen, S.565/566; Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 679 ff. insb. 681 ff.; diff. Fastrich S.323 f.; gegen Koller wiederum Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 110 ff.; ders, FS Trinkner, S.157 ff., 166.

²⁷³⁰ Ein Umkehrschluß dahingehend, daß sich Art.6 und 7 nur auf Art.3 I und nicht auf Art. 5 beziehen, ist nicht zwingend.

linie vereinbar²⁷³¹. Ein effektiver Verbraucherschutz ist nur bei Möglichkeit der Durchsetzung im Rahmen eines kollektiven Verfahrens iSd Art.7 II,III möglich, weil Verbraucher häufig ihre (prozessualen) Rechte nicht kennen oder aufgrund des Kosten- und Prozeßrisikos von der gerichtlichen Durchsetzung zurückschrecken²⁷³². Auch das deutsche Verbandsklageverfahren nach §§ 1ff. UklAG (§§ 13 ff. AGBG a.F.) gilt nur dann für Klauseln, die aufgrund ihrer Intransparenz nicht einbezogen werden, wenn die Klauseln im Ergebnis auch nach § 307 BGB zu beanstanden wären, da in einem Verbandsverfahren die Verwendung angemessener Klauseln – ob wirksam einbezogen oder nicht – nicht untersagt werden kann²⁷³³. Auch der Blick auf das Globalziel Förderung von Binnenmarkt und Wettbewerb²⁷³⁴, das auf Produkt- und Markttransparenz aufbaut, zeigt, daß eine reine Einbeziehungskontrolle, die in vielen Mitgliedstaaten nur nach einem „Grobraster“ durchgeführt wird (s.o.), für die Sicherstellung der Transparenz nicht ausreicht. Art.5 wäre zudem überflüssig, würde er nur die in den Mitgliedstaaten ohnehin bekannten Mindestanforderungen an rechtsgeschäftliche Zustimmung und Kenntnisnahmemöglichkeit normieren²⁷³⁵.

Spricht Art.4 II für die Einordnung der Transparenzkontrolle der im übrigen kontrollfreien Hauptleistungen, so gilt ähnliches für die restlichen Vertragsbedingungen aufgrund des Richtlinienanhangs, der als Konkretisierung der Generalklausel heranzuziehen ist. Der Anhang enthält diverse Nummern, die nicht nur dem Gedanken der inhaltlichen Angemessenheit Rechnung tragen, sondern auch Transparenzaspekte, d.h. eine klare, durchschaubare und verständliche Gestaltung, zugrundelegen²⁷³⁶. Da die fehlende Klarheit oder Durchschaubarkeit zumindest mitentscheidend für die potentielle Mißbräuchlichkeit ist, wird klargestellt, daß auch die Transparenz und damit die Informationsfunktion der Vertragsbedingungen bei der Mißbräuchlichkeitskontrolle eine Rolle spielt. Das Transparenzgebot selbst ist Ausdruck des Prinzips von Treu und Glauben, so daß dessen Einordnung zu der Mißbräuchlichkeitskontrolle unmittelbar aus Art.3 I folgt – ein „Umweg“ in der Argumentation über Art.4 I ist nicht erforderlich²⁷³⁷.

²⁷³¹ Auch Kartell- und Wettbewerbsrecht können trotz ähnlicher Wertungsgrundlagen intransparente Klauselgestaltungen nicht wirksam bekämpfen, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950.

²⁷³² Entgegen Lockett/Egan, Rz.3.18 schließt Art.5 Satz 3 nur die Anwendung der Auslegungsregel des Satzes 2, nicht aber den Satz 1 für das abstrakte Verfahren aus.

²⁷³³ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I, Rz.24, 88; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.144; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.94; v.Westphalen, „Transparenzgebot“, Rz.19; BGH, NJW -RR 1987, S.45 f.; aA für Anwendung entgegen des begrenzten Wortlauts auch bei Verletzungen der §§ 305, 305 c I, 305 b BGB (§§ 2,3,4 AGBG a.F.), Palandt-Heinrichs, § 13 AGBG, Rz.3 ff.; analoge Anwendung auf § 3 AGBG a.F., Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 685; Schäfer, S.179 ff.

²⁷³⁴ Insbesondere EG I,2,5,6,7 ; Art.7 I.

²⁷³⁵ So aber wohl Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 588f.

²⁷³⁶ Nr.1 i (Kenntnisfiktionsklauseln); Rechte und Pflichten sollen so eindeutig und bestimmt aus dem Vertrag erkennbar sein, daß sie dem Verwender keinen Ermessensspielraum im Einzelfall zubilligen/Konkretisierungsfunktion: Nr.1 j („im Vertrag aufgeführt“)/Nr.2 d („ausdrücklich beschrieben“); Nr.1 f („nach freiem Ermessen“); auch Nr.1c,k,l,m sprechen für eine Mißbräuchlichkeit trotz formal klarer und verständlicher Formulierung bei Unbestimmtheit bzw. mangelnder Konkretisierung des Umfangs der Rechte und Pflichten; für eine Transparenz im materiellen Sinn („substantive transparency“) bei Nr.1 l auch das Office of Fair Trading, vgl. Konferenzunterlagen, S.156 – damit gibt es durchaus vergleichbare Ansätze wie in den deutschen §§ 10 Nr.1,2,3 und 11 Nr.10b,13a,15Satz 2 AGBG a.F., die in Deutschland als Begründung für ein Transparenzgebot im Rahmen der Generalklausel dienen; aA Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 173.

²⁷³⁷ Für Arg. Transparenzgebot als berücksichtigungsfähiger Umstand iSd Art.4 I, z.B.Kapnopoulou, S.144;Brock, S.189; Franzen, S.567; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 110 f.; aA Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 171 ff. – wie sich noch zeigen wird (unter b) kann aber eine Intransparenz schon per se zur Mißbräuchlichkeit führen.

Somit ist die Einordnung des Transparenzgebotes zu der Ebene der Generalklausel bzw. inhaltlichen Kontrolle durch nationale Umsetzungsregeln nicht nur zulässig²⁷³⁸, sondern der Schutzzweck der Richtlinie erfordert, daß nationale Regelungen zumindest auch ein Transparenzgebot bei der Mißbräuchlichkeitskontrolle vorsehen²⁷³⁹. Von diesem Erfordernis gingen z.B. die deutschen und österreichischen Gesetzgeber aus²⁷⁴⁰. In diesem Fall sind die Art.6,7 schon nach ihrem Wortlaut einschlägig. Darüber hinaus macht die Klauselrichtlinie für die Einbeziehung vorformulierter Vertragsklauseln keine Vorgaben, so daß es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, (auch) Transparenzaspekte im Rahmen der Einbeziehungskontrolle zu prüfen²⁷⁴¹. Der effektivste Verbraucherschutz, der Sinn und Zweck der Klauselrichtlinie ist, wird erst dann erreicht, wenn Transparenzanforderungen auf beiden systematischen Ebenen zu beachten sind²⁷⁴². Außerdem zeigt der Rechtsvergleich, insbesondere auch das deutsche Beispiel und die Länder mit einer verdeckten Inhaltskontrolle, daß die beiden Ebenen ohnehin nicht immer klar zu trennen sind und daß teilweise die gleichen Umstände sowohl bei der Einbeziehung als auch bei der Prüfung der Mißbräuchlichkeitskontrolle eine Rolle spielen können.

Im Hinblick auf Individualverfahren ist die systematische Zuordnung i.E. von geringer Bedeutung: Wie sich gleich zeigen wird, können intransparente Klauseln per se mißbräuchlich und unverbindlich sein, ohne daß ein zusätzliches inhaltliches Mißverhältnis iSd Art.3 I gegeben sein muß. Dies zugrundegelegt, ist es aus Sicht des zu schützenden Verbrauchers unerheblich, ob eine intransparente Klausel schon nicht wirksam in den Vertrag einbezogen ist oder ob sie zwar einbezogen, aber mißbräuchlich und daher unverbindlich ist. Denn in jedem Fall kann sie ihm nicht entgegengehalten werden²⁷⁴³. Diese Rechtsfolge ist aber erforderlich, so daß eine nationale Regelung, die lediglich einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers wegen Intransparenz als vertragliche oder vorvertragliche Pflichtverletzung vorsieht, keine ausreichende Umsetzung der Klauselrichtlinie sein kann²⁷⁴⁴.

b) Rechtsfolgen bei Intransparenz

aa) Art.5 Satz 2 - Unklarheitenregel

Als einzige ausdrückliche Rechtsfolge für die Nichterfüllung der Transparenzanforderungen iSv Art.5 Satz 1 sieht die Klauselrichtlinie für Individualverfahren gemäß Art.5 Satz 2 eine Auslegungsregel vor. Die Unklarheitenregel ist aber nicht die einzig mögliche Rechts-

²⁷³⁸ So aber nur Brock, S.189; wohl auch Franzen, S.567 (Zuordnung zu Mißbr. allerdings „vorzugswürdig“).

²⁷³⁹ Damit sind die Mitgliedstaaten nicht völlig frei, ob sie Art.4 II,5 bei der Inhaltskontrolle, Einbeziehung oder Auslegung umsetzen, so aber Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.1,8; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25.

²⁷⁴⁰ Siehe oben 2.Teil D II 1.a)cc) und II 1.b)bb).

²⁷⁴¹ Für eine solche Zulässigkeit sprechen auch die „Überbleibsel“ des EG 20 und Nr.1 i des RL -Anhanges.

²⁷⁴² So auch Kretschmar, S.181/182; Micklitz in Lonbay, S.173 ff.,182, 186.

²⁷⁴³ Daher bestehen auch angesichts der EuGH-Rspr., Urteil v.10.5.2001, Rs C-144/99 (Kommission./Niederlande), ZIP 2001, S.1373 ff. keine Bedenken an der unterschiedlichen dogmatischen Einordnung von Transparenzaspekten; aA Rosneow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2214.

²⁷⁴⁴ Für Unverbindlichkeit als adäquate Rechtsfolge auch Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 155; aA Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25 und Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.8, die aber beide betonen, daß es in jedem Fall eine effektive Sanktion sein müßte- es findet sich auch in keinem Mitgliedstaat ausschließlich eine SE-Regelung als Rechtsfolge bei Intransparenz; in Österreich tritt z.B. der § 869 ABGB (nach dem bei völlig unbestimmten oder unverständlichen Klauseln derjenige Genugtuung leisten muß, „wer sich, um einen anderen zu bevorteilen undeutlicher Ausdrücke bedient“) neben die sonstigen Folgen bei Einbeziehung, Auslegung und Inhaltskontrolle (§ 6 III KSchG); für ausreichende Umsetzung dagegen Reindl in Karlsruher Forum 1997, S.107.

folge bei Intransparenz²⁷⁴⁵, zumal sie nur bei Unklarheit gilt, nicht aber auch den Fall der Unverständlichkeit abdeckt²⁷⁴⁶. Andernfalls wäre eine intransparente Klausel im abstrakten Prüfungsverfahren nach Art.7, für das die Auslegungsregel nach Art.5 Satz 3 nicht gilt, ohne jegliche Sanktion, was nicht mit Sinn und Zweck des Transparenzgebotes vereinbar wäre.

Zwar war die Unklarheitenregel *ambiguitas contra stipulatorem* bzw. *contra proferentem* bereits vor Erlass der Klauselrichtlinie in allen Mitgliedstaaten bekannt²⁷⁴⁷, die Klauselrichtlinie geht aber über die bloße Auslegung zu Lasten des Verwenders hinaus, indem sie nicht nur eine für den Verbraucher günstige Auslegung fordert, sondern die „günstigste“ Auslegung²⁷⁴⁸. Möglicherweise spricht Satz 2 im Gegensatz zu Satz 3 für eine grundsätzliche Aufrechterhaltung der Klauseln und damit für einen Vorrang der Unklarheitenregel vor einer möglichen Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit in den Fällen, wo sich Mehrdeutigkeiten durch Auslegung nach Art.5 Satz 2 beseitigen lassen²⁷⁴⁹. Die deutsche hM, nach der in einem ersten Prüfungsschritt unter Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung geprüft wird, ob eine Klausel nach der Generalklausel unwirksam ist²⁷⁵⁰, wäre dann nicht mit Art.5 Satz 2 vereinbar²⁷⁵¹. Für die Zulässigkeit der kundenfeindlichen Auslegung auf erster Stufe spricht der Sinn und Zweck eines größtmöglichen Verbraucherschutzes und der möglichst effektiven Durchsetzung der Transparenzvoraussetzungen durch Entfernung intransparenter und (wie sich noch zeigen wird) mißbräuchlicher Klauseln aus Verbraucherverträgen²⁷⁵². Denn würde als „schlimmste“ Rechtsfolge aus Sicht des Verwenders die kundenfreundlichste Auslegung drohen, würde für ihn kein Anlaß bestehen, auf mehrdeutige Klauseln zu verzichten²⁷⁵³. Ein weiterer Vorteil wäre, daß weniger Ergebnisunterschiede zwischen Individualverfahren und abstraktem Prüfungsverfahren bestünden, für das mangels Geltung des Art.5 Satz 2 (Satz 3) die kundenfeindlichste Aus-

²⁷⁴⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.8; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 243; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.22; Präve, Rz.424; so aber wohl Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 231; Lorenz, Karlsruher Forum 1997, S.1 ff., 6; zweifelhaft Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.20 („keinerlei Sanktion als solcher“) und auch Kreienbaum, S.302.

²⁷⁴⁶ Klare aber unverständliche Klauseln z.B. bei Fachterminologie oder anderer Vertragssprache möglich.

²⁷⁴⁷ 2.Teil D II 1.b(aa) daher wird nicht allein der § 5 AGBG a.F. als Vorbild anzusehen sein, so aber Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.2 - in vielen Ländern war die Unklarheitenregel gegenüber anderen Auslegungsregeln dogmatisch nachrangig, so z.B. in Deutschland, Präve, Rz.299; Palandt-Heinrichs, § 5AGBG, Rz.8; Österreich: Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 165; Großbritannien: Bosse, S.86 ff - str., ob nach RL gleichrangig (Kapnopoulou, S.149 f.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.47; Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 193- Verbraucherschutz) oder weiterhin nachrangig (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.9, i.E.v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.8 - das allgemeine Vertragsrecht sollte gerade nicht geregelt werden)- jedenfalls muß übereinst. mit den nat.Rechtsordnungen ein feststellbarer übereinst. Parteiwille der Unklarheitenregel vorgehen, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.48.

²⁷⁴⁸ Vgl. Tenreiro, Konferenzunterlagen, S.13 ff., 18; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 151/152; so z.B.auch franz. Umsetzung Art.L 133-2 II Code consom, Brock, S.116 f.; - allerdings ist auch RL-konforme Auslegung z.B. des dt. § 305 c II BGB möglich; aA wohl Balate, ERPL 1997, S.143 ff., 146 für belg.Regel.

²⁷⁴⁹ Für best. Fälle geringer Intransparenz Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311; ähnlich Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 164 für österr.Recht; generell für dt.Recht Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.82.

²⁷⁵⁰ Erst wenn die ungünstigste Auslegung nicht zur Nichtigkeit führt, gilt die für den Vertragspartner günstigste Auslegung, v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.19;Prölss in Prölss/Martin, Vorbem III Rz.17, je m.Nachw; tend. BGH, NJW 1992, S.1097 ff., 1099; NJW 1994, S.1798 f., 1799; aA Roth, WM 1991, S.2085 ff., 2088.

²⁷⁵¹ So Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 36; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.51 f. („der Richtlinie fremd“); Micklitz, Konferenzunterlagen, S.221 ff., 228(nicht mit dem Verbraucherleitbild des EuGH vereinbar); aA und anscheinend sogar für entspr. RL-Vorgabe Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 244; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.9; Kapnopoulou, S.148; offenl. Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048.

²⁷⁵² So das Ziel der KlauselRL, vgl. Erwägungsgründe 4,6,14,21,24; Art.7 II.

²⁷⁵³ Vgl. auch OFT, Unfair terms guidance, 19.6 :Zweck ist Verbraucherschutz nicht Verteidigung des Verwenders.

legung anzuwenden ist²⁷⁵⁴. Die Unwirksamkeit einer belastenden Regelung, die durch kundenfeindliche Auslegung herbeigeführt wird, stellt im Ergebnis die für den Verbraucher „günstigste Auslegung“ dar, die gerade von Art.5 Satz 2 gefordert wird. Die Günstigkeit ist also danach zu bestimmen, ob die Unwirksamkeit bei der konkreten Klausel (z.B. aufgrund von Intransparenz) für den Verbraucher günstiger ist als die Aufrechterhaltung der Klausel in ihrer günstigsten Auslegung²⁷⁵⁵. Ist dagegen letzteres der Fall und läßt sich die Unklarheit durch Auslegung beseitigen, geht diese der Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit bei kundenfeindlicher Auslegung vor²⁷⁵⁶.

bb) Intransparenz als „Auslöser“ für eine Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit

Die im folgenden behandelte Frage, ob allein die Intransparenz zu einer Unverbindlichkeit führen kann, muß von der Frage getrennt werden, in welchen Fällen eine Intransparenz vorliegt, die der inhaltlichen Mißbräuchlichkeit gleichgestellt ist; dies ist eine Frage der „tatbestandsimmanenten“ Grenzen bzw. „inhaltlichen Beschränkungen“²⁷⁵⁷ des Transparenzgebotes²⁷⁵⁸.

Abgesehen von der Auslegungsmöglichkeit iSd Art.5 Satz 2 im Individualverfahren sind intransparente Klauseln als mißbräuchlich und unverbindlich iSd Art.3 I, 6 I anzusehen²⁷⁵⁹. Für die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit bzw. Mißbräuchlichkeit auch über die Fälle der besonders starken Intransparenz²⁷⁶⁰ hinaus spricht, daß in den Fällen, wo nationale Rechte Transparenzvoraussetzungen vorsehen (z.B. Art.10 I a LCU in Spanien oder Art.113-1 C.ass. in Frankreich²⁷⁶¹), diese regelmäßig als Wirksamkeitsvoraussetzungen gestaltet sind. Da die Richtlinie die genaue Verteilung der Transparenzanforderungen auf Einbeziehung und Generalklausel den Mitgliedstaaten überläßt und eine Klausel bei Nichterfüllung der Einbeziehungstransparenz unwirksam ist²⁷⁶², erfordert der Zweck einer Rechtsanglei-

²⁷⁵⁴ Kapnopoulou, S.148; v.Westphalen, EWS 1993, S.161 ff., 166; Matusche, S.95; Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 36; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 150; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; auch st. Rspr. in Dtl u.Ö (Kolba, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 233), ähnlich in I und GB (Konferenzunterlagen, S.157); in Griechenland ausdrücklich (Art.2 V des Gesetzes 2251/1994 idF 1999 in franz.Übers.: „préférence est donnée à l'interprétation la plus défavorable au consommateur...“); einschr. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.51 u. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.10.

²⁷⁵⁵ Jedenfalls ist die deutsche Auslegung in zwei Stufen nach Art.8 insoweit zulässig, als die kundenfeindliche Auslegung zu der Unwirksamkeit einer belastenden Klausel führt und dies für den Verbraucher das günstigste Ergebnis ist, so wohl auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.9; weitergehender Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.52; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 36 (anders wohl noch in EWS 1993, S.337 ff., 341) – damit muß in Dtl. denjenigen zugestimmt werden, nach denen die Unwirksamkeit infolge kundenfeindlicher Auslegung günstiger sein muß als die Geltung der Klausel in ihrer günstigsten Auslegung, Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 AGBG Rz.33; Soergel/Stein, § 5 AGBG, Rz.16; dagegen z.B.Präve, Rz.303.

²⁷⁵⁶ Davon geht auch der dt.Gesetzgeber aus, indem er in § 307 I 2 im Gegensatz zu früheren Entwürfen, nach denen bei Intransparenz im Zweifel von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen war, eine „kann“-Bestimmung aufnahm, Schmidt-Räntsch, S.390; in Österr. ist Verhältnis § 6 III KschG zu der Auslegungsregel § 915 S.2 ABGB str: Graf, ecolex 1999, S.8 FN5 (Vorrang § 6 III); aA Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 163.

²⁷⁵⁷ Vgl. Präve, Anm. Zu BGH, NVersZ 2001, 308 ff. in VersR 2001, S.846 ff., 847.

²⁷⁵⁸ Diese Unterscheidung wohl auch bei Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.124; dazu unten ausf. unter IV.

²⁷⁵⁹ Mit dem dem Wortlaut des Art.5 („stets“) und dem effet utile der RL ist es jedenfalls nicht vereinbar, das Transparenzgebot lediglich als Soll-Vorschrift zu sehen, so aber Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493.

²⁷⁶⁰ Für Mißbräuchlichkeit bei gravierender Intransparenz Pfeiffer /Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 170; ähnlich Martinello, Konferenzunterlagen, S.156 (bei offen unverständlichen und undurchsichtigen Klauseln) – nach nat.Recht kann eine starke Intransparenz bereits zu einer Nichteinbeziehung führen (s.o.Rechtsvergleich) oder uU bei Evidenz zu einer Sittenwidrigkeit, vgl.LG Hamburg, NJW-RR 1995, S.1078 ff., 1080 (§ 138 I BGB).

²⁷⁶¹ Dazu oben unter 2. Teil C II 3.a).

²⁷⁶² Vgl. Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 173

chungsmaßnahme auch die gleiche Rechtsfolge bei Einordnung der Transparenzanforderungen zu der Mißbräuchlichkeitskontrolle.

Im einzelnen ist zu unterscheiden²⁷⁶³: Ist eine leistungsbeschreibende Klausel iSd Art.4 II, auf die sich das „kritische Abwehrverhalten“ bezieht, intransparent, so sind die Hauptparameter des Wettbewerbs: Hauptgegenstand und Preis-Leistungs-Verhältnis betroffen. Würde für diesen Bereich keine Transparenzkontrolle gefordert, so wäre er sowohl der inhaltlichen Angemessenheitskontrolle als auch der Wettbewerbskontrolle entzogen²⁷⁶⁴. Die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs ist aber Voraussetzung für die Kontrollfreiheit im übrigen nach Art.4 II. Mit dem Transparenzgebot sollen nicht nur die Vergleichsmöglichkeiten bzw. Marktchancen des einzelnen Verbrauchers gesichert werden, sondern es soll als Globalziel auch der Binnenmarkt gefördert werden (insb. EG 5,6,7), was die Funktionsfähigkeit des gesamten Wettbewerbs als wirtschaftsrechtliche Komponente umfaßt²⁷⁶⁵. Dieses Informationsbedürfnis spricht dafür, daß die Intransparenz per se als „Auslöser“ für die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit ausreicht, also eine Nichteinbeziehung²⁷⁶⁶ oder – wie hier vertreten – eine automatische Unverbindlichkeit wegen Mißbräuchlichkeit anzunehmen ist. So sieht dies anscheinend auch der EuGH, der pauschal auf eine dementsprechende Erwägung des Generalanwaltes Tizzano verweist²⁷⁶⁷.

Außerhalb des Bereiches von Hauptleistungen iSd Art.4 II ist eine solche Rechtsfolge bei den übrigen Vertragsbestimmungen, die regelmäßig die Vertragsdurchführung und – abwicklung betreffen, weniger zwingend. Denn aus ökonomischen Gründen bezieht der Verbraucher diese Vertragsklauseln typischerweise nicht schon vor Abschluß des Vertrages in seine Auswahlentscheidung mit ein, so daß sie regelmäßig nicht Gegenstand potentiellen Klauselwettbewerbs sind. Ein durchschnittlicher Verbraucher liest diese Klauseln regelmäßig erst nach Vertragsschluß, etwa wenn während der Vertragsdurchführung Leistungsstörungen auftreten oder der Verbraucher sich über Kündigungsmöglichkeiten informieren will – bei Versicherungsverträgen interessiert sich der VN für einen großen Teil der Risikoausschluß- und Obliegenheitsklauseln erst nach Eintritt des Versicherungsfalles²⁷⁶⁸.

Allerdings gilt das Transparenzgebot in Art.5 - dessen Geltung auch für Hauptleistungen in Art.4 II nur klargestellt wird - als allgemeines Prinzip gerade ausdrücklich ohne Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungen immer für alle vorformulierten Klauseln

²⁷⁶³ Abgesehen von den Fällen der fehlenden Offenlegung bzw. Kenntnismöglichkeit vor bzw. bei Vertragsschluß – sieht man die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme aus EG 20 iVm Nr.1 i) des Anhangs als Konkretisierung des Transparenzgebotes an (dazu unten unter 2.Teil D IV 3.e)), so kann eine Klausel in diesen Fällen nur unwirksam sein, Markwardt, S.84;vgl. auch Schlußantrag Tizzano v. 23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.31 iVm FN 11 – da die Kenntnismöglichkeit zum gesicherten Bestand des europäischen Vertragsrechts zählt (s.o.) werden solche Klauseln nach den nationalen Rechten schon nicht wirksam in den Vertrags einbezogen.

²⁷⁶⁴ Insb. folgt aus dem „sofern“-Nachsatz keine allg. inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle bei Intransparenz, *oben unter 2.Teil B V* – deshalb aber zw.an Tansparenzgebot der RL, Kreienbaum, S.302.

²⁷⁶⁵ Vgl. insb. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950 („marktbezogen Unangemessenheit“); zust. Gozzo, S.23; ähnlich auch Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 668, 681 (Transparenzschutz ziele „primär auf präventive wettbewerbliche Marktfunktionen“); aA z.B.Schäfer, S.160 ff.

²⁷⁶⁶ So im dt.Recht für die Fälle der Intransparenz Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 681 ff., 686.

²⁷⁶⁷ EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.20 iVm Schlußantrag Generalanwalt Tizzano v. 23.1.2001, Rz.27; i.E. auch Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rz.74: „intransparenter und daher unwirksamer Hauptleistungsvereinbarungen“.

²⁷⁶⁸ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104

(„stets“²⁷⁶⁹). Das Gebot der Klarheit und Verständlichkeit in Art.4 II ist nur ein Unterfall des allgemeinen Transparenzgebots in Art.5 Satz 1. Das allgemeine Prinzip des Transparenzgebotes wird u.a. auch durch die Normierung des Art.5 außerhalb des Art.3 I deutlich. Art. 5 wäre überflüssig, wenn die transparente Gestaltung nur bei Prüfung der Voraussetzungen des Art.3 I „mitberücksichtigt“ werden müßten und die Unverbindlichkeit von einer zusätzlichen inhaltlichen Benachteiligung abhinge²⁷⁷⁰. Denn die (In-)Transparenz könnte jederzeit als Umstand iSd Art.4 I mitberücksichtigt werden. Die Stellung des Art.5 außerhalb des Art.3 I ist gerade Folge dessen, daß die Voraussetzung „erhebliches Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten“ nicht auf die Transparenzprüfung passen²⁷⁷¹ – Art.5 stellt unklare und/oder unverständliche Klauseln den anderen, wegen inhaltlicher Unausgewogenheit mißbräuchlichen Klauseln gleich, so daß die inhaltlichen Voraussetzungen des Art.3 I nicht erforderlich sind, um eine Mißbräuchlichkeit aufgrund von Intransparenz anzunehmen.

Die Bedeutung des Transparenzgebotes als eigenständiges Gebot neben dem Gebot der inhaltlichen Angemessenheit²⁷⁷², die beide aus Treu und Glauben folgen und das Ziel Verbraucherschutz verfolgen, legen es nahe, daß alle intransparenten Klauseln, aus denen der Verbraucher seine Rechte und Pflichten nicht erkennen kann, mißbräuchlich und unverbindlich sind. Die Intransparenz bzw. die verschleiende Wirkung stellt selbst ein „informationelles Mißverhältnis“ dar, das darin besteht, daß der Verwender den Vertragsinhalt und damit seine Rechte und Pflichten kennt und versteht, während die andere Vertragspartei im Unklaren bleibt²⁷⁷³. Damit ist das Transparenzgebot eine eigenständige Prüfungskategorie der Mißbräuchlichkeit²⁷⁷⁴. Die Rechtsfolge der Mißbräuchlichkeit/Unverbindlichkeit bei Intransparenz entspricht den ursprünglichen Vorschlägen des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments²⁷⁷⁵ sowie dem deutschen Vorbild²⁷⁷⁶.

Weiterhin spricht auch die Ausgleichsfunktion des Transparenzgebotes (s.o. unter I) für die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit bei Intransparenz auch in den Fällen, wo typischerweise kein Konditionenwettbewerb besteht²⁷⁷⁷. Auch während der Vertragsabwicklung ist die

²⁷⁶⁹ Andere Sprachfassungen entsprechen dem Wortlaut, der noch in dem geänderten Vorschlag von 1992 verwandt wurde („immer“) - franz.: „toujours“; ital.: „sempre“; span.: „siempre“; engl.: „always“ – auch die deutsche und österreichischen nationalen Regelungen kennen nur ein Transparenzgebot für alle Klauseln.

²⁷⁷⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.26

²⁷⁷¹ So für dt.Recht auch Köndgen/NJW 1989, S.943ff., 949 – wobei sogar der Wortlaut der dt.Generalklausel („unangemessene Bancheiligung“) auch auf Intransparenz passen könnte.

²⁷⁷² Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 668, 681; Fastrich, S.322; Markwardt, S.85; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950

²⁷⁷³ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.54 (im Gegensatz zu einem „vertraglich-inhaltlichen Mißverhältnis“)

²⁷⁷⁴ Brandner in Schulze, S.131 ff., 137f; ähnlich Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 311f. („formelle Mißbräuchlichkeit“); ähnlich auch Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 668, 681 („der von einer inhaltlichen Billigkeitskontrolle abgekoppelte Transparenzschutz“) – soweit man im Rahmen des Art.3 I zwischen formellem und materiellen Mißverhältnis unterscheidet (vgl.Kapnopolou, S.128, die Unterscheidung von Bueso Guillen ist davon unabhängig), spricht insb. die marktbezogene Unangemessenheit dafür, die Intransparenz als „informationelles materielles“ Mißverhältnis anzusehen, so auch Pfeiffer in Grabitz/hilf, Art.5, Rz.54.

²⁷⁷⁵ Vgl. oben unter a)- die fehlende ausdrückliche Umsetzung der Vorschläge bedeutet nicht notwendigerweise eine Entscheidung gegen eine automatische Unwirksamkeit, so aber Lockett/Egan, Rz.3.17. Dies könnte auch eine bewußte Entscheidung für ein Offenlassen der systematischen Einordnung im einzelnen sein.

²⁷⁷⁶ Vgl. s.o. und Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25 f.(„nach herrschender Praxis“).

²⁷⁷⁷ Grdstzl.zu den Schwierigkeiten der Unterscheidung zw. Abschluß- und Durchführungs-transparenz, Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 111; ders. FS Trinkner, S.157 ff., 166.

klare Erkennbarkeit der Rechte und Pflichten für die Beurteilung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit entscheidend. Bei Versicherungsverträgen wird durch transparente Darstellungen in den AVB eine Übervorteilung der VN im Schadensfall vermieden²⁷⁷⁸.

Die Informations- bzw. „Kommunikationsfunktion“²⁷⁷⁹ nicht nur von Klauseln iSd Art.4 II sondern auch von Nebenbestimmungen wird im Richtlinienanhang deutlich²⁷⁸⁰. Insbesondere aus Nr.1 i) iVm EG 20, aber auch aus Art.4 I („zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“) wird deutlich, daß die Funktion aller Vertragsbedingungen als primäres Informationsmittel nicht nur für die Vertragsdurchführung, sondern bereits vor Abschluß des Vertrages bedeutsam ist²⁷⁸¹. Mit dem Transparenzgebot wird das Ziel verfolgt, den zu einem großen Teil inexistenten Klauselwettbewerb allgemein zu „stimulieren“, indem generell die Wahrnehmbarkeit, Durchschaubarkeit und Vergleichbarkeit durch Transparenz gesteigert und überhaupt ermöglicht wird²⁷⁸². Es wird zwar nicht unterstellt, daß der Verbraucher alle Klauseln bei Vertragsschluß liest und daß jeder Verbraucher den Klauselinhalt und die Unterschiede zu anderen Anbietern versteht. Insb. bei bestimmten komplexen Verträgen wie z.B. der Kapitallebensversicherung werden auch transparente Klauseln nur einem VN mit gewissen Vorkenntnissen weiterhelfen. Dies führt aber nicht dazu, daß auf die Transparenz völlig verzichtet werden kann - denn wenn keine transparente Informationsmöglichkeit besteht, wäre jeglicher Konditionenwettbewerb schon von vorneherein ausgeschlossen²⁷⁸³. Für einen interessierten Verbraucher, der sich entgegen der Regel die Mühe macht, seine Auswahlentscheidung auch außerhalb des Art.4 II-Bereichs an anderen Klauseln auszurichten, soll eine klare Auskunft und dadurch eine dementsprechende Markttransparenz bereits in der Vertragsabschlußsituation ermöglicht werden²⁷⁸⁴. Eine Selbstinformation und Selbstkontrolle wird außerhalb Art.4 II zwar nicht erwartet, muß aber dennoch möglich sein.

Transparenz senkt grundsätzlich die Transaktionskosten für den Verbraucher²⁷⁸⁵ und ist daher geeignet, einen Anreiz für den Klauselwettbewerb zu schaffen und dem informationsdefizitbedingten Marktversagen generell entgegenzuwirken. Hier wird wiederum die

²⁷⁷⁸ Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98

²⁷⁷⁹ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046

²⁷⁸⁰ Z.B. für Änderungsklauseln, Nr.1 j („im Vertrag aufgeführten Grund“) und Preisindexklauseln, Nr.2 d („Modus der Preisänderung darin ausdrücklich beschrieben“); die Bestimmtheit als Transparenzanforderung betreffen auch Nr.1f (einseitiges Kündigungsrecht nach freiem Ermessen), Nr.1 k (einseitiges Änderungsrecht ohne triftigen Grund), Nr.1 l (bei Preisänderungsklauseln ist immer die Intransparenz immanent, weil das Überraschungsrisiko hinsichtlich seiner Zahlungspflichten bei dem Verbraucher besteht), Nr.1 m.

²⁷⁸¹ Für die Informationsmöglichkeit von Anfang an auch Schlußantrag Tizzano v. 23.1.2001, Rs.C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.31; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046; OFT, Unfair terms guidance, 19.2, 19.13; auch in Spanien mit Transparenzvor. vor RL-Erlaß in Art.10 I a und b des Verbraucherschutzgesetzes (LCU) war die Funktion als primäres Informationsmittel vor Abschluß des Vertrages anerkannt.

²⁷⁸² Vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947; ähnlich Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98.

²⁷⁸³ Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234 (Sicherung der Wahlmöglichkeit zwischen Klauselwerken); Krienbaum, S.229 (Informationsmodell ermöglicht Konditionenwettbewerb) - außerdem können immer Informationsmittler wie Vermittler, Berater, Verbraucherzeitschriften eingesetzt werden, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948.

²⁷⁸⁴ Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 110; Court of Appeal, zit.bei OFT, Unfair terms guide, S.2, Rz.19.2 u.OFT Rz.19.13; aA Fastrich, S.323 f., nach dem die Abschlußtransparenz nur eine Voraussetzung der Kontrollfreiheit ist und der an die Durchführungstransparenz geringere Anforderungen stellt - nach Art.5 iVm Art.4 I,EG20 müssen aber alle Vertragsklauseln bei Vertragsschluß transparent sein, ohne daß Unterschiede hinsichtlich der Anforderungen (im Ggzt zu Art.4 II) gelten: auch sachlich zusammenhängende Vertragsbestimmungen, die erst während der Vertragsabwicklung bedeutsam werden, dürfen nicht im Vertragswerk an völlig verschiedenen Stellen erörtert werden (so anscheinend aber Fastrich, S.324: „irgendwo im Klauselwerk“).

²⁷⁸⁵ Wenn sie auch nicht völlig beseitigt werden, vgl. Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 574.

wirtschaftsrechtliche Funktion der Transparenzkontrolle über den rein individualschützenden Zweck (Ermöglichung einer fehlerfreien Willenbildung) hinaus²⁷⁸⁶ und das Globalziel der Förderung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs²⁷⁸⁷ deutlich. EG 7 spricht sogar ausdrücklich von Auswahlmöglichkeiten. Soll der Klauselwettbewerb allgemein gefördert werden, so spricht auch dies für Unverbindlichkeit allein aufgrund des Auslösers Intransparenz, weil sonst die Gefahr bestünde, daß die Klauseln nicht mit ihrem „wahren“ Inhalt dem Wettbewerb unterliegen.

Dagegen wird argumentiert, bei inhaltlich nicht nachteiligen Klauseln, also z.B. Klauseln, die ein Recht enthalten oder zugunsten des Verbrauchers von dispositivem Recht abweichen, fehle das Schutzbedürfnis des Vertragspartners²⁷⁸⁸ und bei Unwirksamkeit aufgrund Intransparenz komme dem Verbraucher sonst ein positives Recht abhanden²⁷⁸⁹. Dies vermag nicht zu überzeugen. Denn zum einen wird hier der wirtschaftsrechtliche Faktor nicht bedacht und zum anderen ist eine positive Klausel, die aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers unklar und/oder unverständlich ist, für diesen ohnehin nicht vorteilhaft, weil er die Existenz und/oder den Umfang seines Rechtes nicht erkennen und seine Vorteile nicht wahrnehmen kann²⁷⁹⁰. Das Ziel der Entfernung mißbräuchlicher Klauseln²⁷⁹¹ gilt auch für vorteilhafte Klauselinhalte, die dem Verbraucher nicht transparent gemacht werden. Insbesondere im Rahmen eines abstrakten Prüfungsverfahrens nach Art.7 II, III, bei dem u.a. generalpräventive Zwecke verfolgt werden und nach nationalem Recht Unterlassung für zukünftige Verträge erreicht werden kann²⁷⁹², muß deshalb die Intransparenz als Auslöser für die Mißbräuchlichkeit ausreichen.

Nach alledem ist also die (In)Transparenz nicht nur als ein Umstand unter vielen nach Art.4 I mitzubeherrschenden. Vielmehr sind intransparente Klauseln per se mißbräuchlich bzw. unverbindlich, ohne daß ein inhaltliches Mißverhältnis iSd Art.3 I²⁷⁹³ gegeben sein muß. Ein (Informations-)Nachteil entgegen Treu und Glauben iSd Art.3 I ist einer intransparenten Klausel regelmäßig immanent²⁷⁹⁴ - sowohl während der Vertragsdurchführung als auch insbesondere was den Nachteil durch Unmöglichkeit oder Erschwerung des Marktvergleichs vor Abschluß des Vertrages betrifft²⁷⁹⁵. Eine über die Benachteiligungs-

²⁷⁸⁶ *Oben unter 2. Teil D I*; nach Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 668 zielt der Transparenzschutz „primär auf präventive wettbewerbliche Marktfunktionen und erst sekundär auf nachträgliche Kontrollmöglichkeiten der Gerichte ab“; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 950 (zu dem „Perspektivwechsel“ im dt.AGB -Recht).

²⁷⁸⁷ Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 - EG 1,2,5,6,7

²⁷⁸⁸ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.66

²⁷⁸⁹ I.E. Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67; so für das deutsche materielle Transparenzgebot iSd § 9 AGBG a.F., vgl. Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1049; Borges, S.133.

²⁷⁹⁰ Vgl. auch Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104 für dt.Recht; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25: der Verbraucher „ist nicht nur vor unangemessenen Regelungen zu schützen, sondern auch davor, daß er zwar hinreichende Rechte hat, aber diese infolge intransparenter Klausel nicht erkennen kann“.

²⁷⁹¹ Erwägungsgründe 4,6,14,21; Art.7 I

²⁷⁹² Vgl. auch Rechtsfolgöglichkeiten z.B. einer Veröffentlichung oder einer Strafe/Bußgeld nach Art.2 iVm Anhang Nr. 7 der RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen, ABl.1998, Nr. L 166/51.

²⁷⁹³ Etwa durch erhebliche Abweichung von dispositivem Gesetzesrecht oder bei einseitiger Interessenverfolgung des Verwenders.

²⁷⁹⁴ Vgl. auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 946: „unausweichliche und sachnotwendige Konsequenz der fehlenden Klauseltransparenz“; aA Präve, Rz.437, 439; ders. Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff. 451; Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 162, 163 f., ders. in Hadding/Hopt, S.101 ff., 108, die die Gefahr des Irrtums über Rechte und Pflichten als zusätzliche Voraussetzung für die unangemessene Benachteiligung sehen.

²⁷⁹⁵ Aber auch etwa die Gefahr der Auferlegung unberechtigter Pflichten; oder Nichterkennung von Rechten, so daß der Verbraucher von der gerichtlichen Durchsetzung abgehalten wird.

wirkung der Intransparenz hinausgehende sachliche Benachteiligung durch den Klauselinhalt, welche durch intransparente Gestaltung verschleiert wird, ist nicht erforderlich.

cc) Unverbindlichkeit nach Art.6 I

Eine intransparente Klausel ist nach Art.6 I unverbindlich. Die Mißbräuchlichkeit, also auch die Transparenz einer Klausel, ist nach dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie von Amts wegen zu prüfen²⁷⁹⁶. Der „Rest-Vertrag“ ist bei Unverbindlichkeit einzelner Klauseln grundsätzlich aufrechtzuerhalten, Art.6 I letzter Halbsatz²⁷⁹⁷. Es bleibt dann aber den nationalen Rechten überlassen²⁷⁹⁸, ob sie überhaupt eine Lückenfüllung vorsehen und auf welche Art und Weise diese vorzunehmen ist, ob – wie in Deutschland - durch Aufleben dispositiven Gesetzesrechts, ergänzender Vertragsauslegung²⁷⁹⁹ oder durch eine gesetzlich eingeräumte Ersetzungsbefugnis, z.B. mit Zustimmung eines unabhängigen Treuhänders nach § 172 II VVG für Lebensversicherer²⁸⁰⁰ und § 178g III 2 VVG für Krankenversicherer als Sonderregelung zu § 306 II BGB²⁸⁰¹.

Die Klauselrichtlinie gibt in Art.6 I iVm EG 21 nur die Unverbindlichkeit „für den Verbraucher“ (noch deutlicher die französische Fassung: „ne tient pas les consommateurs“) ²⁸⁰² vor. Dies spricht dafür, daß grundsätzlich Rechte des Verbrauchers und Pflichten des Gewerbetreibenden erhalten bleiben sollen²⁸⁰³ und daß sich der Gewerbetreibende nicht zu Lasten des Verbrauchers auf die Mißbräuchlichkeit bzw. Unverbindlichkeit einer intransparent formulierten Klausel berufen können soll und so die Erfüllung seiner Pflichten oder ein Recht des Verbrauchers verweigern kann²⁸⁰⁴. Besteht die Intransparenz einer für den Verbraucher vorteilhaften Klausel nicht nur in Mehrdeutigkeiten, die durch Auslegung nach Art.5 Satz 2 beseitigt werden können und ist die Klausel zwar für den durch-

²⁷⁹⁶ EuGH v. 27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial./ Rocío Murciano Quintero, u.a.), NJW 2000, S.2571ff./Rz.25 ff., 29; Kapnopoulou, S.151; keine Abweichung wohl auch bei Generalanwalt Tizzano, trotz Formulierung im Schlußantrag v. 23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Rz.27 („Möglichkeit“ des Verbrauchers, „den Schutz des Art.6 I in Anspruch zu nehmen“); auch in Dtl, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rz.159 ff.; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.53; z.B.in Österreich mußte die Nichtigkeit dagegen von dem Verbraucher geltend gemacht werden, Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 170; Graf, S.22: nicht mehr mit der KlauselRL vereinbar, aA wohl Rabl, ecollex 2000, S.783 f.

²⁷⁹⁷ Art.6 I gilt entsprechend bei Einordnung von Transparenz Voraussetzungen bei der Einbeziehung, Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 176; Ausn. bei Ineinandergreifen mehrerer Regelungen, Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 169.

²⁷⁹⁸ Gozzo, S.150; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.6, Rz.13; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.6, Rz.6 f.; Grundmann, 2.10, Rz.27.

²⁷⁹⁹ Z.B.auch das französische und italienische Recht, vgl. Brock, S.201; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.6, Rz.8

²⁸⁰⁰ Lückenfüllung wird insb. dann relevant, wenn der Versicherungsvertrag keine wirksame Ersetzungsklausel enthält – ausf. zur Ersetzungsbefugnis der Kapitallebensversicherer nach § 172 II VVG für laufende Verträge bei Unwirksamkeit intransparenter Regelungen bezügl.Rückkaufwerten/Abschlußkosten, z.B.Präve, VersR 2001, S.846 ff., 848; Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1060 f., beide für die Geltung des § 172 II VVG; aA Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2222; Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339; Schünemann, JZ 2002, S.134 ff. (nur mit Mitwirkung VN) – Castellvi, NVersZ 2001, S.529 ff., 532 für Entbehrlichkeit einer Abschlußkostenklausel; Wandt, VersR 2001, S.1449 ff., 1457f. für inhaltsgleiche transparente Regelung im Wege ergänzender Vertragsauslegung; gegen beide Schünemann, VuR 2002, S.85 ff.

²⁸⁰¹ Präve, Rz.475 - § 41 VAG befreit AVB-Änderungsvorbehalte in Satzungen von VVaG nicht von der inhaltlichen Kontrolle, Präve, Rz.126 m.w.Nachw.; aA Hofmann, NVZ 1996, S.12 ff., 16.

²⁸⁰² In Frankreich ist nach hM eine „nullité relative“ nur für Verbraucher als RF für mißbräuchliche Klauseln vorgesehen, Brock, S.200; so auch in Österreich, vgl. Korinek, JBl. 1999, S.170 - im dt. Recht ist eine Klausel bei Verstoß gegen die §§305 ff. BGB (n.F.) dagegen absolut nichtig, Palandt-Heinrichs, Vorbem vor § 8 AGBG, Rz.7– es steht den Mitgliedstaaten frei, ob sie eine Unwirksamkeit inter partes oder erga omnes vorsehen, Begründung der Kommission zu dem überprüften RL-Vorschlag, KOM (93) 11 endg. –SYN 285, S.2.

²⁸⁰³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.6, Rz.5; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.6, Rz.5; Kapnopoulou, S.151

²⁸⁰⁴ Kapnopoulou, S.70, FN 75 und S.151(Grdstz., daß sich niemand auf das eigene rw Verhalten berufen kann, um daraus Vorteile zu erlangen, „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“; „Bestandteil eines europäischen ius commune“); so auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.6, Rz.4; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.6, Rz.5.

schnittlichen Verbraucher nicht zu durchschauen, der (positive) Inhalt aber von Juristen oder sonstigen „Experten“ zweifelsfrei feststellbar²⁸⁰⁵, dann entspricht es dem Schutzzweck der Klauselrichtlinie, daß durch nationale Rechte Möglichkeiten gegeben sind, damit sich die Mißbräuchlichkeit nicht zu Lasten des Verbrauchers auswirkt. Bei einer positiven Klausel, die z.B. ein Kündigungsrecht eines Verbrauchers unverständlich, aber für Juristen verständlich regelt, kann dieses Recht beispielsweise nach deutschem Recht – soweit vorhanden – durch „Wiederaufleben“ einer dispositiven gesetzlichen Regelung (§ 306 II BGB n.F., § 6 II AGBG a.F.), durch ergänzende Vertragsauslegung²⁸⁰⁶ oder dadurch herbeigeführt werden, daß sich der Gewerbetreibende im Einzelfall nicht auf die Unwirksamkeit einer Klausel berufen darf, die sich zugunsten des Kunden auswirkt²⁸⁰⁷.

Ein weiteres Problem stellen unverbindliche (Haupt-)Leistungsbeschreibungen dar. Soweit der Vertrag auch bei Unverbindlichkeit von Leistungsbeschreibungen, z.B. Risikoabschlüssen in Versicherungsbedingungen (selbst wenn diese etwa bei Tarifwahlmöglichkeit zu dem Bereich des Art.4 II gehören), sinnvoll weiter bestehen bleiben kann, sind nur diese unverbindlich, so daß sich je nach nationalem Recht uU der Deckungsumfang erweitern kann.

Bei dem Kernbereich der Hauptleistungen ist dagegen wohl idR nicht mehr davon auszugehen, daß der Vertrag ohne diese wesentlichen Teile „auf derselben Grundlage“; d.h. in seiner konkreten Natur unter Wahrung des Vertragszwecks fortbestehen kann und durchführbar ist²⁸⁰⁸. Dabei ist dem Art.6 I, letzter Halbsatz aber nicht im Umkehrschluß eine Gesamtnichtigkeit als zwingende Rechtsfolge für diesen Fall zu entnehmen, sondern es gilt nur das Gebot der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr. Auch hier bleibt die Regelung den Mitgliedstaaten überlassen²⁸⁰⁹, soweit nicht eine Auslegung nach Art.5 Satz 2 möglich und die für den Verbraucher günstigere Rechtsfolge ist. Ebenfalls dem Recht der Mitgliedstaaten bleibt es überlassen, ob sie bei Gesamtnichtigkeit des Vertrages Scha-

²⁸⁰⁵ Ist der vorteilhafte Klauselinhalt wegen Intransparenz nicht feststellbar, so bleibt es bei der Unverbindlichkeit.

²⁸⁰⁶ Auch Basedow, NVersZ 1999, S.349 ff., 350 räumt ein, daß die ursprünglich vertraglich intendierte Begünstigung der Vertragspartner durch ergänzende Vertragsauslegung wieder hergestellt werden kann, auch wenn zunächst ein „Wiederaufleben“ des dispositiven Rechte aus Verbrauchersicht uU nachteiliger sein kann als die intransparente Klausel, so Kritik Basedows, VersR 1999, S.1045 ff., 1049.

²⁸⁰⁷ Die Formulierung des Art.6 I RL spricht dafür, daß uU die Klauseln hier als Ausn. zu dem Grundsatz der unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion (vgl.unten unter c- bei für den Verwender nachteiligen Klauseln gilt das Präventionsargument nicht) auf ihren für den Verbraucher günstigen Gehalt reduziert werden können, z.B.auf den transparenten, günstigen Teil - tendenziell auch BGH, NJW-RR 1998, S.594, krit.Anm. Bernuth, BB 1999, S.1284ff., 1287, der nur für unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB bei Berufung des Verwenders auf die Unwirksamkeit einer für den Kunden günstigen Klausel ist (allerdings ohne die RL zu berücksichtigen); so auch BGH, NJW 1987, S.2506 ff., 2507- bei § 242 BGB muß der Verstoß gegen Treu und Glauben nach Einzelfallumständen geprüft werden, dieser Weg wird idR aber zu den gleichen Ergebnissen wie die eingangs erwähnte Variante führen - es bleibt abzuwarten, ob der EuGH darüberhinaus bei positiven Regelungen eine Ausnahme von dem Grundsatz der Prüfung v.A.w. zuläßt; so i.E. z.B. Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 171(für österr. Recht) – die Rspr. des EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98bis C-244/98 (Oceano u.a.), NJW 2000, S.2571 ff.,insb. Rz.25 ff., bezog sich bisher nur auf den Regelfall einer inhaltlich nachteiligen und mißbräuchlichen Klausel.

²⁸⁰⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.4, Rz.23, Art.6,Rz.9; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216; bei völlig unklaren oder unbestimmten essentialia kann auch schon der Vertragsschluß scheitern.

²⁸⁰⁹ Kapnopolou, S.152- z.B. in Deutschland: ein „Wiederaufleben“dispositiver Rechtsvorschriften (§ 306 II BGB) oder eine ergänzende Vertragsauslegung gehen einer Gesamtnichtigkeit vor und ermöglichen noch eine Vertragsabwicklung, BGH, VersR 1984, S.830 ff., 831; Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 176; Prölss in Prölss/Martin,Vorbem. I 6 C a, Rz.54; wenn beides nicht möglich ist, Gesamtnichtigkeit nach § 306 III BGB, vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 AGBG, Rz.38,53,58f. – uU ist ein Berufen auf die Gesamtnichtigkeit rechtsmißbräuchlich nach § 242 BGB, Palandt-Heinrichs, § 139 BGB, Rz.16, Vorbem. § 8 AGBG, Rz.18; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2222, FN 154 jeweils m.w.Nachw.

densersatzansprüche für den Verbraucher vorsehen²⁸¹⁰. Dem marktorientierten Gedanken der Klauselrichtlinie, dem Verbraucher ein Auswahlmöglichkeit zu sichern²⁸¹¹, entspricht besonders gut ein Vertragslösungsrecht des Verbrauchers statt Gesamtnichtigkeit, da dieses die aufgrund der Intransparenz verringerte Wahlmöglichkeit wieder herstellt. Nach deutschem Recht wird diese Möglichkeit besonders dann relevant, wenn – wie bei Hauptgegenstand und Preis von Finanzprodukten häufig der Fall – dispositive Rechtsvorschriften fehlen und die vertragliche Regelung so intransparent ist, daß sie den (wirtschaftlichen) Zweck des gesamten Vertrages nicht erkennen läßt, was auch eine ergänzende Vertragsauslegung unmöglich macht²⁸¹².

c) Unvereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit dem Transparenzgebot?

Fraglich ist, ob eine mißbräuchliche Klausel auf ihren noch zulässigen Teil reduziert werden kann. Schulbeispiel ist die Frage, ob ein unzulässiger Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit auf den zulässigen Ausschluß für leichte Fahrlässigkeit reduziert werden kann. Bei intransparenten Regelungen muß die Frage so formuliert werden, ob sich eine Klausel auf das reduzieren läßt, was der durchschnittliche Verbraucher noch durchschauen kann²⁸¹³. Sowohl die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit bei mißbräuchlichen Klauseln (wegen des Inhalts oder Intransparenz) in Art.6 I der Klauselrichtlinie als auch das Transparenzgebot selbst lassen eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich nicht zu²⁸¹⁴. Denn das Transparenzgebot soll gewährleisten, daß der Verbraucher klar, durchschaubar und verständlich über den Vertragsinhalt informiert ist. Eine geltungserhaltende Reduktion hätte zur Folge, daß die Rechte und Pflichten unter einem Änderungsvorbehalt stehen. Der wirkliche Vertragsinhalt wäre für den Kunden nicht erkennbar, was die Klauselrichtlinie gerade vermeiden will (vgl. auch Nr.1 j) des Anhanges). Außerdem entspräche eine geltungserhaltende Reduktion nicht dem Zweck der Richtlinie, die die Praxis der vorformulierten Verträge von unzulässigen Klauseln befreien will²⁸¹⁵. Durch die Möglichkeit der Reduzierung auf ein zulässiges Maß würde dem Verwender die Verantwortung für eine zulässige Formulierung entzogen werden und die Verwendung mißbräuchlicher Klauseln wäre praktisch risikolos. Diese generalpräventive Überlegung kann allenfalls dann aus Verbraucherschutzüberlegungen zurücktreten, wenn es sich um für den Verbraucher vor-

²⁸¹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.6, Rz.9 ; in Dtl kann uU ein Schadensersatzanspruch des Kunden aus c.i.c. (§§280 iVm 311 II Nr.1, 241 II BGB n.F.) bestehen, vgl. Palandt-Heinrichs, § 6 AGBG, Rz.5 ff.

²⁸¹¹ Insbesondere EG 7

²⁸¹² Vgl. Drygala, S.378, der für diese Fälle ein Rücktrittsrecht analog § 6 III AGBG a.F. (§ 306 III BGB n.F.) vertritt; weitergehender Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff. (m.w.Nachw.in FN 77), die in allen Fällen von intransparenten vertragstypischen Hauptleistungsbestimmungen ein einseitiges Vertragslösungsrecht des Kunden annehmen wollen (speziell für den Fall einer Kapitallebensversicherung, bei so langfristigen Dispos. muß VN entscheiden können, ob er sich weiterhin an den Vertrag zu geänderten Bedingungen binden will).

²⁸¹³ Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 170 – so tendenziell v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 186 (dt.Recht)

²⁸¹⁴ Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.6, Rz.5 (den Mitgliedstaaten freigestellt); in Dtl. hM gegen geltungserhaltende Reduktion, vgl.statt vieler, OLG Celle, NJW-RR 1995, S.1133 f.m.w.Nachw.; v.Hoynigen-Huene, Rz.69 m.w.Nachw.;dagegen auch Wortlaut sowie Sinn und Zweck der französischen Regelung, vgl. Brock, S.207 f., so auch CA de Nimes v.19.3.1998, CLAB FR 000766/767; hL in Österreich war dagegen für die Zulässigkeit, Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 327 m.w.Nachw., z.T.im Gesetz ausdrückl.vorgeschr., Kiendl, S.216 - muß daher geändert werden, Kiendl, S.192; Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff., 289, 291; Graf, ecolex 1999, S.8 ff., 9 und 10 (die Abweichung v.dt.Rechtsslage beruhte darauf, daß eine mit den dt. § 139 BGB und § 6 AGBG a.F. vergleichbare Vorschriften nicht bekannt war); diff. Korinek, JBl. 1999, S.149 ff.,172 (162) - unzulässig auch RF des Anpassens der Klausel u. sogar des gesamten Vertrages der skand.General Klausel Art.36 der Vertragsgesetze,unter 2.Teil B III 4.b).

²⁸¹⁵ EG 4,6

teilhafte Regelungen handelt²⁸¹⁶. Eine Ausnahme allgemein für Versicherungsverträge kann dagegen aus der Klauselrichtlinie nicht entnommen werden²⁸¹⁷.

III Anwendungsbereich des Transparenzgebotes

1. Art.1 II – nur eingeschränkt anwendbar

Fraglich ist, ob Klauseln, die bindenden Rechtsvorschriften iSd Art.1 II entsprechen, nur von der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle iSd Art.3 I befreit sind²⁸¹⁸ oder ob auch die Regelungen des Art.5 nicht gelten²⁸¹⁹. Bei dieser Frage muß berücksichtigt werden, daß grundsätzlich eine deklaratorische Klausel nicht nur dann vorliegt, wenn das Gesetz wortwörtlich wiederholt wird, sondern auch dann, wenn eine Vertragsbestimmung inhaltlich das wiedergibt, was sich sonst unmittelbar aus dem Gesetzes ergeben würde. Der Wortlaut des Art. 1 II („unterliegen nicht den Bestimmungen der Richtlinie“) spricht für die Ausnahme deklaratorischer Klauseln von sämtlichen Richtlinienbestimmungen und damit auch von Art.4 II, 5²⁸²⁰.

Es muß aber differenziert werden²⁸²¹: Ausgehend von dem Sinn und Zweck des Art.1 II iVm EG 13,14²⁸²² kann eine Transparenzkontrolle nur dann ausgeschlossen sein, wenn dadurch nicht nur die Transparenz der Klausel, sondern indirekt auch die Transparenz des Gesetzes überprüft werden würde: Ist eine Klausel unklar formuliert und ist deshalb gerade die inhaltliche Übereinstimmung mit einer Rechtsvorschrift zweifelhaft, so liegt schon keine deklaratorische Klausel iSd Art.1 II vor - zumindest die Auslegungsregel des Art.5 Satz 2 kann deshalb schon einmal nicht ausgeschlossen sein. Ist die inhaltlich aber nicht wörtlich übereinstimmende Klausel klar aber unverständlich, so wird im Rahmen der Transparenzkontrolle nur die konkrete Fassung der Vertragsklausel für intransparent und unwirksam erklärt, nicht aber die nationale Rechtsvorschrift²⁸²³, die dann als inhaltliche Regelung wieder „auflebt“. Dadurch wird der Zweck des Art.1 II, daß die nationale Rechtssetzungsautonomie und die Bindung des Richters an das Gesetz sichergestellt bleiben sollen, gewahrt. Das nationale Gesetz selbst wird nicht auf Mißbräuchlichkeit kontrolliert, vielmehr gilt genau der gesetzlich geregelte Vertragsinhalt.

²⁸¹⁶ S.o. Das Argument des risikolosen Verwendens fällt hier weg, weil die weitere Geltung für den Verwender nachteilig ist (Recht des Verbrauchers oder Pflicht des Gewerbetreibenden).

²⁸¹⁷ So aber zumindest für best. Fälle nach dt.Recht Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.103.

²⁸¹⁸ So z.B. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.1, Rz.38 und Art.5, Rz.4; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.1, Rz.35; Arbeitsgruppe anlässlich der Brüsseler Konferenz 1999 hinsichtlich der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.158; i.E.Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338 (beruft sich aber unzutreffend auf Art.4 II, der sich – anders als der dt.§ 8 AGBG a.F. –, gerade nicht auf deklaratorische Klauseln bezieht).

²⁸¹⁹ Für die Geltung des Art.1 II auch für Art.4 II,5, Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 99; Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451; ders., VersR 2000, S.138 ff., 139; Reich, NJW 1995, S. 1857 ff., 1859; ansch.Generalanwalt Tizzano, Schlußanträge v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis S.A./Fredout), der in Rz.42 Finanzklauseln für deklaratorisch erklärt, bei denen die Transparenz bzw. Kenntnismöglichkeit str.war.; aA EuGH v.21.11.2002, Rz.22 („nicht offensichtlich“).

²⁸²⁰ Auch in der Entschließung des EP, ABl. 1991, Nr.C 326/108, das erstmals die Aufnahme einer entsprechenden Regelung forderte (Art.1 a Nr.3), bezog sich diese auf das ebenfalls vorgeschlagene Transparenzgebot (Art.2, 5a).

²⁸²¹ Auch wenn sich die für Ar.9, 10 wenige sinnvolle Anwendung des Art.1 II noch lösen ließe, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.1, Rz.35.

²⁸²² Vgl. oben unter 2. Teil A II 3.

²⁸²³ In diesem Sinne auch die Arbeitsgruppe, Konferenzunterlagen, S.158.

Auch bei wörtlicher Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung ist ein Klausel aber nicht nach Art.1 II der Transparenzkontrolle entzogen. Denn der Gesetzgeber befindet sich notwendigerweise auf einer höheren Abstraktionsebene²⁸²⁴ als der Verwender vorformulierter Klauseln in konkreten Vertragsbeziehungen und verwendet z.B. auch häufiger Generalklauseln oder Vorschriften, die auf mehrere Vertragstypen anwendbar sind. Der Verwender vorformulierter Klauseln muß die Transparenz seiner Vertragsbedingungen dagegen auf die Verständnismöglichkeiten des für die Vertragsart typischen Durchschnittskunden, bei Einzelverträgen des konkreten Vertragspartners, abstellen²⁸²⁵. Deshalb können ihn uU höhere (oder niedrigere) Transparenzanforderungen treffen als den Gesetzgeber. Außerdem kann eine Intransparenz nicht nur aus der Formulierung folgen, sondern z.B. auch aus der systematischen Einordnung einer konkreten Klausel in das Vertragsgefüge oder aus der fehlenden Deutlichkeit einer sachlichen Verzahnung mehrerer Regelungen²⁸²⁶. In all diesen Fällen wird gerade nicht gleichzeitig ein Unwerturteil auch über die nationale Rechtsvorschrift getroffen, so auch eine Transparenzkontrolle von wörtlich mit dem Gesetz übereinstimmenden Klauseln mit dem Zweck des Art.1 II übereinstimmt. Im Rahmen der Transparenzkontrolle besteht dann allerdings bei einer wörtlichen Übereinstimmung mit der nationalen Rechtsvorschrift eine gewisse Regel-Vermutung dafür, daß die Vertragsklausel transparent bzw. nicht mißbräuchlich ist²⁸²⁷. So wird man grundsätzlich auch vom nationalen Gesetz verwandte Fachtermini und unbestimmte Generalklauseln als hinreichend transparent ansehen müssen²⁸²⁸. Je nach den Verständnismöglichkeiten des für die konkrete Vertragsart typischen Durchschnittskunden oder bei vorformulierten Einzelverträgen des konkreten Verbrauchers können aber genauere Formulierungen oder Erläuterungen erforderlich sein.

Zwar ist der Gegenansicht, die bei wörtlicher Übereinstimmung mit Gesetzen von einer Kontrollfreiheit ausgeht, Recht zu geben, daß u.U. – jedenfalls soweit dies nach nationalem Recht wie z.B. in Deutschland vorgesehen ist – bei Intransparenz und Unverbindlichkeit der Vertragsklausel dann das Gesetz mit gleichem Wortlaut gilt und dann im Ergebnis nichts gewonnen ist²⁸²⁹. Jedoch muß zum einen auch noch die in Deutschland mögliche ergänzende Vertragsauslegung berücksichtigt werden; zum anderen hätte auch ein solches Urteil Präventionscharakter und trägt zur Entfernung mißbräuchlicher Klauseln als Ziel der Klauselrichtlinie bei²⁸³⁰. Der Wettbewerbsnachteil insbesondere durch ein Unterlassungsurteil (§ 1 UklaG, § 13 AGBG a.F.) im abstrakten Prüfungsverfahren, das in den meisten Ländern auch veröffentlicht werden kann (vgl. z.B. das dt. § 7 UKlaG n.F., § 18 AGBG a.F.) oder z.B. in Spanien und Portugal in einem eigenen öffentlichen Registereingetragen

²⁸²⁴ Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 107

²⁸²⁵ Wie hier Schwintowski, VuR 1999, S.165 ff., 166; aA Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140.

²⁸²⁶ Vgl. unten unter 2. Teil D IV 1, IV3.g/dd). – aus dt.Rspr.: BGH, NJW 1989, S.222 ff.; 1990, S.2383 f., 2384; 92, S.1097 f., 1098, 92, S.1108; WM 1997, S.518 ff.

²⁸²⁷ EG 13 Satz 1 gilt auch für das Transparenzgebot als eigenst. Prüfungskategorie der Mißbräuchlichkeit (s.o.).

²⁸²⁸ So auch tendenziell dt.Rspr.: z.B. für unbestimmte Rechtsbegriffe aus Gesetzen BGH, NJW 1994, S.1004; Klausel in einer Krankenkostenversicherung, die die Erstattung bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ ausschließt, wirksam, OLG Köln, VersR 1996, S.490 ff., 491 (u.a.Arg., daß diese Form.auch bei ao.Kdgsrechten üblich); zust. Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 107; Ausnahme bei Übernahme der gesetzlichen Formulierung „Wandelung“ und „Mind erung“; BGH, NJW 1982, S.331 ff.,333, wobei das Argument aus § 11 Nr.10 b AGBG a.F. in der n.F.des § 309 Nr. 8 b)bb) weggefallen ist, wo auch „mindern“ verwandt wird.

²⁸²⁹ Vgl. auch in Dtl.: BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. mit Kritik von Präve, VersR 2001, S.846 ff., 847.

²⁸³⁰ Vgl. EG 4,6, 14, 21,24; Art.7 I,II

wird, trägt schon zu einer Änderung bei In vielen nationalen Rechten sind auch Bußgeld oder ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei Zuwiderhandlung vorgesehen²⁸³¹. Für die Transparenzkontrolle auch von deklaratorischen Klauseln spricht schließlich auch die Orientierung des Art.1 II nach deutschem Vorbild (§ 8 AGBG a.F.)²⁸³², wo nach hM schon vor Erlaß der Klauselrichtlinie das Transparenzgebot auch für deklaratorische Klauseln galt²⁸³³. Nach der Schuldrechtsreform stellt dies nun auch der § 307 III 2 iVm § 307 I 2 BGB n.F. ausdrücklich klar²⁸³⁴.

Zusammenfassend ist zu sagen: Nach Sinn und Zweck ist der Art.1 II so auszulegen, daß eine Klausel nur dann der Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen ist, wenn sie in für den Durchschnittsverbraucher des konkreten Vertragstyps klarer und verständlicher Weise mit einer nationalen Rechtsvorschrift übereinstimmt.

Richtigerweise hat daher der EuGH bezüglich Klauseln in französischen Verbrauchercreditverträgen, die zwar inhaltlich mit einem vom französischen Gesetzgeber festgelegten Vertragsmuster übereinstimmten, aber sich gerade nicht auf deren Wiedergabe beschränkten und deren Wortlaut als mehrdeutig und die konkrete Gestaltung als irreführend gerügt wurde, entschieden, daß sie nicht offensichtlich gem. Art.1 II dem Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie entzogen sind²⁸³⁵. Eine endgültige Entscheidung ließ der EuGH allerdings offen, sie müsste aber in die gleiche Richtung gehen²⁸³⁶.

Teilweise verkennen deutsche Gerichte die Notwendigkeit der teleologischen Auslegung des Art.1 II. So kontrollierten Instanzgerichte²⁸³⁷ - unter Hinweis auf Art.1 II - Klauseln einer Kapitallebensversicherung, nach denen der Rückkaufswert bei vorzeitiger Kündigung und die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung nach den „anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik“ berechnet wird, mit der Begründung nicht auf Transparenz, daß es sich um nicht kontrollunterworfenen deklaratorische Klauseln handele (im Hinblick auf §§ 174 II, 176 III VVG)²⁸³⁸. Der IV. Senat des BGH ist hinsichtlich des Problems der

²⁸³¹ Vgl. Kötz, Bd. I, S. 232; vgl. auch Art. 2 I b) und c) iVm Anhang Nr. 7 der RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1998, Nr. L 166/51; z.B. in Frankreich können Verbraucherschutzverbände auch einen Kollektivschaden geltend machen, Lambert-Faivre, Rz. 155; in Luxemburg trägt der Verwender die Kosten der Veröffentlichung, Art. 5 III VerbraucherschutzG v. 25.8.1983 (idF 2000), u. nach Art. 6 I ist Geldbuße bei Urteilsverstoß möglich – Die Unterlassungspflicht hat in Dtl zur Folge, daß sich der Verwender auch bei bereits abgeschlossenen Verträgen nicht mehr bei der Vertragsdurchführung auf die betreffende Klausel berufen darf, hM, vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S. 2211 ff., 2222.

²⁸³² Die erstmals für Art. 1 a Nr. 3 durch das EP in seiner Entschliessung, ABl. 1991, Nr. C 326/108 vorgeschlagene Formulierung war nahezu identisch mit der Formulierung in § 8 AGBG a.F., wie überhaupt diverse Änderungsvorschläge des EP eindeutig auf das deutsche AGB-Recht zurückgingen.

²⁸³³ Z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz. 145; Heinrichs in Hadding/Hopt S. 101 ff., 107; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG, Rz. 32 a; aA Bruchner in Hadding/Hopt, S. 119 ff., 126; wohl auch Köndgen, NJW 1989, S. 943 ff., 947.

²⁸³⁴ Vgl. Schmidt-Räntsch, Rz. 1112, S. 391; Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S. 133 ff., 166/67, hatten dies schon vorher jedenfalls für das Verbandsverfahren gefordert.

²⁸³⁵ EuGH, Urteil v. 21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis S.A./Jean-Louis Fredout), Rz. 13, 22.

²⁸³⁶ AA Generalanwalt Tizzano in seinem Schlußantrag v. 18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis S.A./Fredout), Rz. 42, der von einer Unanwendbarkeit der Klauselrichtlinie gem. Art. 1 II ausgeht

²⁸³⁷ LG Stuttgart, VersR 1998, S. 1406 ff., 1407; LG Hamburg, VersR 1998, S. 877 ff., 878, 880 (offenlassend hinsichtlich Abschlußkosten- und Überschubregelung); OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S. 366 ff. m. zust. Anm. Präve, VersR 1999, S. 837; insb. Grundsatz B 1.b) unter Hinweis auf Art. 1 II), z.T. auch gesetzergänzende Klauseln (z.B. hinsichtlich Anschlußkosten, B 3.b), auch Überschubregelung nur teilweise deklaratorisch, B 4.a) bb), c)); i.E. OLG Nürnberg, VersR 2000, S. 713 ff., 714 ff., ohne Berufung auf Art. 1 II: i.w. Rückkaufsregelung kontrollfrei (III), teilw. Abschlußkostenregelung (IV) u. Überschubermittlungs- und -beteiligungsregelungen (II).

²⁸³⁸ Zust. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S. 450 ff., 451; ders. VersR 2001, S. 846 ff., 847; Römer, NVersZ 1999, S. 97 ff., 99.

Transparenzkontrolle deklaratorischer Klauseln nicht eindeutig: in zwei Entscheidungen vom gleichen Tag - noch vor der Klarstellung durch § 307 I 2 BGB n.F. - hat das Gericht die Frage, ob „die bloße Wiedergabe einer gesetzlichen Regelung in AVB in den Fällen jedenfalls auf ihre Transparenz für den durchschnittlichen VN hin zu prüfen ist, in denen über die gesetzliche Regelung hinaus ein nicht zu übergehendes Bedürfnis des VN nach weiterer Unterrichtung besteht“; einmal offengelassen²⁸³⁹, einmal jedoch auch bejaht²⁸⁴⁰ - jeweils ohne den Art.1 II der Klauselrichtlinie überhaupt zu erwähnen. Im Ergebnis geht der BGH jedoch mit Recht davon aus, daß es sich bei den o.g. streitgegenständlichen Klauseln nicht lediglich um deklaratorische, sondern in Ausfüllung verbleibender Spielräume um Gesetzesergänzende Klauseln handelt²⁸⁴¹, die in vollem Umfang der Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (§§ 9 ff. AGBG a.F.) unterliegen.

2. Art.4 II – auch bei sonst kontrollfreiem Bereich

Art.4 II stellt klar, daß das Transparenzgebot auch für die im übrigen kontrollfreien Klauseln, die den Hauptgegenstand oder das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffen, eingehalten werden muß, ohne daß es – wie nach deutschem Recht - auf ein Abweichen von gesetzlichen Regelungen ankommt²⁸⁴². Auch ohne diese Klarstellung würde das Transparenzgebot allgemein gelten, weil bei der Transparenzkontrolle von Leistung und Gegenleistung gerade nicht deren (inhaltliche) Angemessenheit überprüft wird.

3. Art.5 – schriftlich

Nach dem Wortlaut des Art.5 ist das allgemeine Transparenzgebot anders als der Unterfall des allgemeinen Gebots in Art.4 II²⁸⁴³ auf schriftliche Verträge beschränkt. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses²⁸⁴⁴, so daß auch mündlich vorformulierte Klauseln, die im Zuge des Vertragsschlusses schriftlich niedergelegt werden, erfaßt sind. Es ist umstritten, ob das Transparenzgebot auch außerhalb Art.4 II trotz des anderen Wortlauts des Art.5 als allgemeiner Grundsatz für alle mündliche Klauseln gilt²⁸⁴⁵. Bei schriftlich vorformulierten Klauseln²⁸⁴⁶ ist die Gefahr bzw. die Möglichkeit, daß diese Klauseln nicht

²⁸³⁹ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 309

²⁸⁴⁰ BGH, NVersZ 2001, S.313 ff., 314: „Diese Frage ist zu bejahen.“ – im Ergebnis „wegen unzureichender Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften unwirksam“.

²⁸⁴¹ Vgl. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., hinsichtlich der Regelungen hinsichtlich der Rückkaufswerte und Beitragsfeststellung S.309 (11b), u.a. da bei der Verechnung des Rückkaufswertes noch geschäftspolitische Spielräume blieben und auch die Frage, ob die Höhe des Rückkaufswertes vertraglich vereinbart werden müsse noch offen sei; kontroll-unterworfen auch Abschlußkostenregelung (II); offenl.bezügl. Überschußbeteiligung (III 3.); genauso BGH, NVersZ 2001, S.313 ff., 314 f. (I 2 b), II, III); zust. Reiff, Anm. ZIP 2001, S.1058 ff., 1059; i.E.auch LG HH, VuR 2002, S.100 ff., 102; aA grundsätzlich Präve, VersR 2001, S.846 ff., 847 (allerdings zust. zu Ergebnis des BGH); Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338 – generell Kritik Lit. an Rspr. zu Gesetzesergänzenden Klauseln: es sei „praktisch keine vertragliche Regelung (mehr) vorstellbar, die nicht zumindest als Ergänzung gesetzlicher Vorschriften iSd § 8 AGBG aufzufassen wäre“; Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338; so z.B.auch Dylla-Krebs, S.60.

²⁸⁴² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.32; die aA v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 189, nach dem der Art.4 II entsprechend dem deutschen § 8 AGBG a.F. auszulegen sei und nur Preisnebenabreden erfasse, ist weder mit dem RL-Wortlaut noch mit dem Grundsatz autonomer Auslegung vereinbar.

²⁸⁴³ Vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.4, Rz.21,22.

²⁸⁴⁴ V. Westphalen, EWS 1993, S.160 ff., 165; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.3; a.A. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.5, der auch eine Schriftform nach Vertragsschluß ausreichen läßt.

²⁸⁴⁵ Dafür Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.6; Kapnopoulou, S.146; Gozzo, S.151; Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 173/174 (entsprechende Anwendung); so auch für die italienische Umsetzungsregel Pitti, Jahrbuch des italienischen Rechts, S.77 ff., 87 u. Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 589; auch nach schwedischen Gesetzesvorarbeiten soll die Umsetzung des Art.5 Satz 2 auch für mündliche Verträge gelten, vgl. Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 192; ders. ERPL 1997, S.213 ff., 215; aA Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.3.

lierten Klauseln²⁸⁴⁶ ist die Gefahr bzw. die Möglichkeit, daß diese Klauseln nicht im einzelnen ausgehandelt sind, besonders groß. Bei mündlichen Klauseln kann eher davon ausgegangen werden, daß Aushandlungs-, Änderungs- und auch Nachfragemöglichkeiten gegeben sind. Diese Erwägungen zugrundegelegt, besteht aber bei intern schriftlich vorformulierten Klauseln, die dem Verbraucher gegenüber nur mündlich oder sonst akustisch (z.B. durch telephonische Bandansagen) wiedergegeben bzw. vorgelesen werden, die gleiche Schutzbedürftigkeit wie bei Übergabe schriftlicher Klauseln. Besonders in letztem Fall ist gerade kein Nachfragen oder Aushandeln möglich, so daß auch in diesen Fällen davon auszugehen ist, daß das Transparenzgebot anwendbar ist²⁸⁴⁷.

Ob über diese Fälle hinaus das Transparenzgebot auch für alle mündlichen Klauseln gelten soll, ist aber fraglich²⁸⁴⁸. Dafür spricht, daß auch hier ein Schutzbedürfnis des Verbrauchers besteht, die Einschränkung des Art.5 in EG 20 nicht zu finden ist und nach EG 11 der Verbraucher „bei mündlichen und bei schriftlichen Verträgen...den gleichen Schutz genießen“ soll. Allerdings können Erwägungsgründe grundsätzlich nicht den (hier insoweit) eindeutigen Wortlaut des Richtlinienartikels aushebeln, unabhängig davon, ob eine Schutzlücke besteht oder nicht²⁸⁴⁹. Außerdem war ein dem EG 11 entsprechender EG 9 a.F. bereits in dem ersten Richtlinienentwurf von 1990 enthalten, der noch keinerlei ausdrückliche Transparenzvoraussetzungen vorsah, so daß es an einem direkten Bezug zu Art.5 fehlt. In jedem Fall sind aber bei schriftlichen und o.g. Klauseln höhere Transparenzanforderungen zu stellen²⁸⁵⁰ und aus Art.5 ist kein Umkehrschluß für mündliche Klauseln zu ziehen²⁸⁵¹, so daß hier in jedem Fall die rechtsgeschäftlichen Mindestanforderungen („Grobraster“) der jeweiligen nationalen Rechte gelten²⁸⁵². Für Finanzprodukte ist diese Problematik mündlicher Klauseln nicht besonders relevant, weil die Vertragsbedingungen, soweit nicht ohnehin Schriftform vorgeschrieben ist²⁸⁵³, aufgrund ihrer komplexen Materie in der Regel ohnehin schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger vorliegen.

Dagegen ist die Frage, ob auch Klauseln in den elektronischen Medien, also elektronisch gespeicherte Texte, die auf dem Bildschirm abrufbar sind, unter das Transparenzgebot („schriftlich“) fallen, von großer Bedeutung. Denn die elektronischen Geschäfte mit Finanzprodukten mit Hilfe der neuen Technologien nehmen ständig zu, u.a. weil sich diese

²⁸⁴⁶ Die Formulierung des Art.5: wie Art.3 II „abgefaßte“ (ähnlich : „rédigée“, „redatée“, „redactada“, „drafted“) Klauseln, deutet auf schriftliche Klauseln hin – Art.3 II gilt nach Sinn und Zweck aber auch für sonstige Klauseln, wie mündlich verabredete o.gedanklich vorformulierte Klauseln, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.14.

²⁸⁴⁷ Vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.3 (der Zweck der Schriftlichkeit ist nicht entscheidend).

²⁸⁴⁸ Auf die bei mündlichen Verträgen bestehende Beweisproblematik ist hier nicht einzugehen.

²⁸⁴⁹ Eine Analogie (so Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 173/174) ist zw. – zwar verlangt der EuGH wegen der generellen Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich für eine Analogie keine planwidrige Regelungslücke, jedoch ist hier mit dem „benachbarten“ uneingeschränkten Art.4 II ein Umstand gegeben, der gerade gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht.

²⁸⁵⁰ Cian, ZEuP 1998, S.586 ff., 589

²⁸⁵¹ Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 63; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 344, FN 71; Grundmann, 2.10, Rz.32

²⁸⁵² So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.3.

²⁸⁵³ Vgl. z.B. Art.4 I Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG, konsolidierte Fassung als Dokument 367L0102 unter www.europa.eu.int/eur-lex; Art.3 II Empfehlung 97/489/EG, ABl.1997, Nr.L208/52 und III.1.a) Empfehlung 87/598/EWG, ABl.1998, Nr.L365/72, beide zu Geschäften im elektronischen Geschäftsverkehr, Punkt 3.1 der Empfehlung 88/590/EWG zu Zahlungssystemen, insbesondere zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und Kartenausstellern, ABl.1988, Nr.L317/55 – aus nationalen Rechten z.B. nach französischem Recht für Versicherungsverträge, gemäß Art.L 112-3 I Code des assurances; nach dt. § 766 BGB für Bürgschaftserklärungen – Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 312 fordert Schriftform für KlauselRL

Absatzmethoden aufgrund der immateriellen Beschaffenheit der Finanzprodukte anbieten²⁸⁵⁴. Anders als bei der Abgrenzung zu mündlichen Klauseln geht es hier nicht um eine Auslegung entgegen dem Wortlaut, da es nur um ein bestimmtes Medium der Schriftlichkeit geht. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, daß der Verbraucher aus dem „lesbaren Material“ seine Rechte und Pflichten klar und verständlich erkennen kann. Lesbares Material liegt aber nicht nur bei handschriftlicher, maschinenschriftlicher oder gedruckter Form (auf Papier) vor, sondern auch bei elektronischer Manifestierung (dauerhafter Datenträger). Das Medium bzw. die Art der Abbildung der Klauseln, kann nicht entscheidend sein²⁸⁵⁵. Nach Sinn und Zweck des Art. 5 muß das Merkmal der Schriftlichkeit also weit ausgelegt werden, so daß das Transparenzgebot auch auf elektronische Vertragsbedingungen anwendbar ist²⁸⁵⁶. Dies gilt jedenfalls in dynamischer Auslegung, u.a. deshalb, weil neuere EU-Richtlinien, Richtlinienvorschläge und Empfehlungen auch im Bereich der Finanzprodukte bezüglich der neuen Technologien klarstellen, daß die schriftliche Darstellung der elektronischen Niederschrift gleichgestellt ist²⁸⁵⁷. Darüber hinaus gilt die Klauselrichtlinie nach EG 11 der e-commerce-Richtlinie²⁸⁵⁸ „voll und ganz auch für die Dienste der Informationsgesellschaft“: Nach Art.10 der e-commerce-RL werden ohnehin für elektronische Gestaltungen mit der Klauselrichtlinie vergleichbare Transparenzanforderungen aufstellt („klar, verständlich und unzweideutig“).

IV Inhalt des Transparenzgebotes

Der Inhalt des Transparenzgebotes muß trotz dessen generalklauselartiger Formulierung („klar und verständlich“) europäisch -autonom ausgelegt werden und ist nicht rein nationalen Wertungen der Mitgliedstaaten zu überlassen²⁸⁵⁹. Hinsichtlich der Voraussetzungen der

²⁸⁵⁴ Vgl. EG 5 RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999-2001, KOM (1998), 696 endg., S.3/4; Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“; KOM (1996), 209 endg., S.1a,13 f.: im Versicherungsbereich werden Fernverkauf und Direktvertrieb in allen Zweigen der Nichtlebens- und Lebensversicherung praktiziert; Fernbanking mit Tendenz zum Computerbanking („Cyber-Geld“ und „elektronische Geldbörsen“ sind bereits vorhanden); im Wertpapiersektor der Computer-Handel, vollelektronische Märkte mit elektronischem Clearing und Zahlungsausgleich sowie Fernzugang zum Markt; Direktvertrieb von Kfz-Versicherungen und Wertpapierdienstleistungen ist 1997 in mehreren Ländern fest etabliert, vgl. Mitteilung der Kommission, „Finanzdienstleistungen: Das Vertrauen der Verbraucher stärken“; KOM (97), 309 endg., S.5 – vgl. auch Mitteilung der Kommission: „Elektronischer Geschäftsverkehr und Finanzdienstleistungen“; KOM (2001), 66 endg.

²⁸⁵⁵ Sonst würde unverständlicherweise eine Klausel, solange sie nur auf dem Bildschirm lesbar ist, nicht unter Art.5 Satz 1 fallen, aber sofort mit ihrem Ausdruck durch den an den Computer angeschlossenen Drucker.

²⁸⁵⁶ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5 Rz.3; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.5; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242; i.E. Markwardt, S.84; Reich, Konferenzunterlagen, S.193; Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz, vgl. Konferenzunterlagen S.196 und Ansicht des Workshops, S.199.

²⁸⁵⁷ Z.B. Art.3,4 der RL 97/5 über grenzüberschreitende Überweisungen („schriftlich, gegebenenfalls auch auf elektronischem Wege“); Art.5 I („in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger“) der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz v. Finanzdienstleistungen, Def. des dauerhaften Datenträgers in Art.2 f) – vgl.auch geänd. Kom.vorsch., KOM (1999), 385 endg., S.10 zu Art.7 a.F.(„Dem Erfordernis ´ schriftliche Fassung´ im Sinnenderer Richtlinien wird im übrigen dadurch entsprochen, daß diese schriftliche Fassung auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger erfolgt“); vgl.auch EG 4 Empfehlung 97/489/EG v.30.7.1997 (elektron. Zahlungsinstrumente); Art.13 I a) Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung; Art.5 I Fernabsatz-RL 97/7.

²⁸⁵⁸ RL 2000/31/EG v. 8.6.2000, ABl. 2000, Nr. L 178/1

²⁸⁵⁹ Vgl. statt vieler MüKo-Basedow, Einl. AGBG, Rz.44; ders. FS Brandner, S.263; Reich, NJW 1995, S.1957 ff., 1860; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.156; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 112; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 58 ff (allg. für Mißbr.); aA Franzen, S.567 – zu der Konkretisierungsbefugnis von Generalklauseln ausführlich unten unter E 11.

Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie ist daher der EuGH zuständig (Auslegungsfrage)²⁸⁶⁰, während die Frage, ob eine bestimmte Klausel im Einzelfall transparent ist, als Subsumtion den einzelstaatlichen Gerichten überlassen ist.

Der Inhalt des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie ist im Vergleich zu den deutschen Transparenzanforderungen in der Literatur umstritten. Die Stimmen reichen von weniger weitgehend²⁸⁶¹ über deckungsgleich²⁸⁶² bis zu einem strengeren²⁸⁶³ europäischen Transparenzgebot. Die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze können trotz Vorbildfunktion für Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie nicht automatisch übertragen werden²⁸⁶⁴, da das europäische Transparenzgebot nicht deckungsgleich sein muß²⁸⁶⁵. Das deutsche Verständnis spielt aber bei der Auslegung der Richtlinie eine besondere Rolle²⁸⁶⁶, da Deutschland als einziges Land bereits vor Erlass der Klauselrichtlinie einen anerkannten Transparenzgrundsatz im Rahmen der Inhaltskontrolle und nicht nur bei der Einbeziehung und Auslegung kannte. Es kann zum einen die ursprüngliche „Stoßrichtung“ des Transparenzgebotes verdeutlichen²⁸⁶⁷ und auch aufgrund der sachlich vergleichbaren Problemstellung als Lösungsansatz herangezogen werden²⁸⁶⁸.

1. Transparenzgebot und Art.4 I

Bei der Prüfung der Transparenz einer Klausel ist grundsätzlich ein objektiver Maßstab anzulegen²⁸⁶⁹. Da das Transparenzgebot zumindest auch im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle anzusiedeln ist, gilt bei der Prüfung, ob eine transparente Gestaltung vorliegt, im Individualverfahren²⁸⁷⁰ auch der Art.4 I²⁸⁷¹. Allerdings muß zunächst die generelle Zurückhaltung bei Art.4 I wegen der vorwiegend abstrakt-generellen Prüfung der Klau-

²⁸⁶⁰ Zu den möglichen Vorlagefragen, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.29 ff.; Nasall, WM 1994, S.1645 ff., 1648ff, 1649/50; einschränkend dagegen Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313.

²⁸⁶¹ Unter Berufung auf den begrenzten Wortlaut („klar und verständlich“) bleibe das Transparenzgebot der KlauselRL hinter den Anforderungen des umfassenden deutschen Transparenzgebotes mit Bestimmtheitsgebot und Richtigkeitsgebot zurück, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.3,8 (leitet allerdings dann in Rz.4 auch ein Bestimmtheitsgebot und Irreführungsverbot aus Art.5 ab); Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 174; v.Hoynigen-Huene, FS Trinkner, S.179 ff., 180 („nur der unbedingt notwendige Kerngehalt“); Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313; i.E.Kreienbaum, S.302.

²⁸⁶² Palandt/Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.22; Brandner in Schulze, S.131 ff., 137 (dt.Gebot jedenf. nicht geringer).

²⁸⁶³ Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692; insb. aus dem Verständlichkeitsgebot werden strengere Anforderungen gefolgert, vgl. Kappus, NJW 1994, S.1847; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860.

²⁸⁶⁴ Grundmann, JuS 2001, S.529 ff., 530 m.w.Nachw.; so aber wohl Choi, S.268; und Kiendl, JBl. 1995, S.87 ff., 91 ff.,96f.,100; dies. vorsichtiger in der späteren Dissertation, S.201.

²⁸⁶⁵ Dies wird sich insb.bei den geringeren Anforderungen an Änderungsklauseln bei Finanzdienstleistungen nach Nr. 2 b,c, des Anhangs zeigen (*unter 2.Teil E II*) – auch angesichts der gesetzesähnl. Natur v. AGB war das T-Gebot für das „deutschen Modell“ besonders wichtig, Tenreiro/Karsten in Schulte -Nölke/Schulze, S.223 ff., 226.

²⁸⁶⁶ So auch Kiendl, S.201; Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 154: Berücksichtigung „...nicht nur legitim, sondern sogar geboten“; vorsichtiger Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2214; die von dt.Rspr. und Lit. entwickelten Fallgruppen finden sich bei Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.8 ff.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.3 ff.; v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.3 ff.

²⁸⁶⁷ Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 155; zust. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2214.

²⁸⁶⁸ Vgl. *oben I.Teil C I 3.*; so kann z.B. nach Brock, ZvglRWiss 99 (2000), S.29 ff., 30; ders., Diss, S.184 ff., 195; die franz. Rspr. auf die in Dtl. entwickelten Grundsätze zurückgreifen.

²⁸⁶⁹ Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 321; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.6; Art.5, Rz.6; Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98.

²⁸⁷⁰ Art.4 I ist im abstrakten Prüfungsverfahren nach Art.7 II,III nicht anwendbar (vgl.Art.4 I: „unbeschadet des Artikels 7“), es gilt ein generell-abstrakter Prüfungsmaßstab.

²⁸⁷¹ Für grdstzl. Geltung des Art.4 I auch für Art.5, Kreienbaum, S.302 ff.; v.Westphalen, EWS 1993, S.160 ff., 166; ders., Transparenzgebot, Rz.15 ff.;einschr. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4 Rz.6 – nach dem dt. § 310 III Nr.3 BGB n.F. gilt die Einzelfallprüfung auch für das Transparenzgebot in § 307 I 2 BGB.

selrichtlinie²⁸⁷² und die grundsätzlich andere Gewichtung bei im Finanzbereich üblichen AGB aufgrund des ebenfalls im Rahmen des Art.4 I als Anbieterinteresse zu berücksichtigenden Rationalisierungsinteresses des Verwenders beachtet werden²⁸⁷³. Außerdem ist Art.4 I primär für die allgemeine inhaltliche Mißbräuchlichkeitskontrolle iSd Art.3 I konstruiert und nur eingeschränkt auf das Transparenzgebot anzuwenden²⁸⁷⁴, welches im wesentlichen auf die Gestaltung schriftlicher Klauseln abzielt.

Unproblematisch im Hinblick auf Art.4 I sind z.B. die Berücksichtigung der „Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind“, ohne die die Transparenz einer Klausel oder eines Klauselwerkes überhaupt nicht beurteilt werden kann oder die Berücksichtigung „aller anderen Klauseln desselben Vertrages“, was dazu führt, daß nicht nur die einzelne Klausel, sondern das gesamte Vertragswerk in sich verständlich und transparent sein muß. Eine Intransparenz kann dadurch entstehen, daß sachlich zusammengehörige Regelungen an unterschiedlichen, nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen des Vertragswerkes geregelt sind oder eine besonders wichtige Regelung inmitten anderer Regelungen „versteckt“ wird²⁸⁷⁵.

Dagegen wirft die Beachtung aller „den Vertragsschluß begleitenden Umstände“ des Einzelfalles bei Standardverträgen und AGB Probleme auf²⁸⁷⁶, die im folgenden Text an mehreren Stellen relevant werden²⁸⁷⁷. Ein Rücktritts-, Lösungs- oder Widerrufsrecht des Verbrauchers, das in diversen Richtlinien für bestimmte Vertragstypen mit schwer übersehbaren Folgen (z.B. Lebensversicherungen, Investmentfonds) oder bestimmte Absatzarten mit „Überrumpelungssituationen“ (z.B. Haustürgeschäfte, Fernabsatz) vorgesehen ist²⁸⁷⁸, kann keine Auswirkung als Umstand iSd Art.4 I auf die Beurteilung der Transparenz einer vorformulierten Klausel haben²⁸⁷⁹. Ein solches Recht besteht neben dem „Recht“ auf klare und verständliche Vertragsgestaltung, zumal der Verbraucher uU

²⁸⁷² Bei Vorliegen einer Mißbräuchlichkeit (Intransparenz) auf der ersten Stufe der abstrakt-generellen Prüfung ist eine Rechtsgeltung der Klausel aufgrund von Einzelfallumständen rechtspolitisch zweifelhaft, Habersack/ Klein-diek/Wiedenmann, ZIP 1993, S.1670 ff., 1674; auch nach v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.16 kann eine objektive Intransparenz nur bei gravierenden Einzelfallumständen geheilt werden- das „nordische Modell“ ist dagegen eher auf eine konkrete Prüfung ausgerichtet: z.B. in Schweden sehen die Gesetzesvorarbeiten vor, daß die Unklarheit auch aus anderen Umständen als dem Wortlaut selbst folgen kann, vgl. Bernitz in Lonbay, S.188 ff., 192; ders. ERPL 1997, S.213 ff., 215.

²⁸⁷³ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215; vgl. *ausf. zu Art.4 I: 1. Teil D II 2.*; insb. Anbieterschutz der KlauselRL: Art.7 I, EG 2,5,7,16 („der Parteien“).

²⁸⁷⁴ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.16, Art.4 Rz.6; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 321

²⁸⁷⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.7; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.15 mit Rspr.nachw. dt. und franz. Urteile; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261ff., 1267; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104; OFT, Unfair terms guidance, Rz.19.12- nach dt.Recht kann bei einem völlig und bewußt unübersichtliches Klauselwerk der gesamte Vertrag nach § 138 BGB nichtig sein.

²⁸⁷⁶ Zu Berücksichtigung von Werbung und Verbraucherinformation, vgl. Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; Römer, NVersZ 1999, S.104; Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 683; etwa bei § 3 AGBG a.F.; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047; bei irreführender Werbung oder Täuschung kommen aber vorrangig andere Rechtsfolgen in Betracht wie Schadensersatz, Anfechtung und wettbewerbsrechtliche Ansprüche, vgl. BGH, NJW 1992, S.180 f., 181; umfassender wohl Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1858.

²⁸⁷⁷ Verständnishorizont des durchschnittlichen oder des konkreten Verbrauchers (*unter a*)?, wie ist insbesondere das Sprachenrisiko zu lösen (*unter b*)?, inwieweit sind Hinweise und Erläuterungen außerhalb des Klauselwerkes zu berücksichtigen (*unter c*)? Aufklärungs- und Hinweispflichten aus dem Transparenzgebot? (*unter 3.g cc*).

²⁸⁷⁸ Z.B. Art.6 der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Art. 35 Vierte RL Leben 02/83/EG (früher 15 II der Zweiten RL Leben 90/619/EWG, Art.30 der Dritten RL Leben 92/96/EWG, Art.17 RL Fernabsatz v. Finanzdienstl.); Art.4 ff. Haustür-RL 85/577/EWG; Art.6 Fernabsatz-RL 97/7/EG; Art.37 Investmentfonds-RL 85/611/EWG.

²⁸⁷⁹ So auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.143; aA Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I Rz.68 – in jedem Fall bedeutet eine Berücksichtigungsfähigkeit nicht automatisch die Wirksamkeit der Klausel.

Nachteile, die ihn zu einer Abstandnahme vom Vertrag veranlassen können, aufgrund der Intransparenz gar nicht erkennen kann. Die u.a. mit Lösungsrechten bezweckte Steuerungsfunktion des Wettbewerbs auch noch nach Vertragsschluß²⁸⁸⁰ kann bei intransparenten Klauseln gerade nicht erreicht werden.

a) Verständnishorizont

Grundsätzlich ist von dem Verbraucherleitbild des EuGH, also von einem mündigen Verbraucher auszugehen²⁸⁸¹. Danach ist nicht auf den flüchtig lesenden und unkritischen sondern den aufmerksam lesenden, verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen, der zwar keine Spezialkenntnisse hat, aber das Klauselwerk sorgfältig liest und bei verständiger Würdigung erkennbare Sinnzusammenhänge berücksichtigt²⁸⁸². Allerdings kann die Frage, ob ein erkennbarer Sinnzusammenhang vorliegt, nur im Einzelfall beantwortet werden. Aufgrund der durch Art.4 I iVm Erwägungsgründen 15, 16 vorgegebenen zweistufigen Prüfung ist in jedem Fall auf der ersten Stufe auf die Verständnismöglichkeiten des für die konkrete Vertragsart typischen Durchschnittsverbrauchers ohne Hilfsmittel²⁸⁸³ als Vertragspartner²⁸⁸⁴ abzustellen („Mann von der Straße“²⁸⁸⁵). So kann ein und dieselbe Klausel in einer Berufshaftpflichtversicherung für Notare und Rechtsanwälte transparent²⁸⁸⁶, in einer privaten Haftpflichtversicherung für den durchschnittlichen VN ohne juristische Kenntnisse dagegen intransparent sein²⁸⁸⁷.

Es kann dagegen nicht auf die Verständnismöglichkeiten eines abstrakten europäischen Durchschnittskunden ankommen²⁸⁸⁸. Denn zum einen wäre die Bestimmung schwierig. Zum anderen würde dies auch zu unangemessenen Ergebnissen führen, wenn nämlich z.B. bei AGB's örtlicher Sparkassen, für die der typische Kunde aus der näheren Umgebung kommt, auf den abstrakten europäischen Durchschnittskunden abgestellt werden müßte. Auch bei Versicherungsverträgen ist das Versicherungsgeschäft aufgrund der unterschiedlichen Versicherungsvertragsrechte so stark durch nationales Recht bestimmt, daß diese

²⁸⁸⁰ Hermann, ZEuP 1999, S.663 ff., 676, 684

²⁸⁸¹ Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“; vgl. z.B. EuGH v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 (Gut Springenheide u.Tusky./Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt), Rz.31 mit weiteren Rspr.nachw. in Rz.30; dazu Dreher, JZ 1997, S.167 ff., 170 ff.– dieses Verbraucherleitbild muß erst Recht auch für den Bereich des Vertragsabschlusses gelten, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.33; Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 155, FN 66; Reich, Konferenzunterlagen, S.193; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 313; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197; Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 682. Von diesem Leitbild ist auszugehen auch wenn es noch so kritikwürdig ist, vgl. nur Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 149; für den Versicherungsbereich Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 51; Hohlfeld, Versicherungsforum 1993, S.47 ff., 49.

²⁸⁸² So mittlererweile auch BGH, VersR 2001, S.184 ff.; BGH, NJW 1990, S.2388; w.Nachw.Heinrichs, EWiR 2001, S.49 f., 50 (früher Bild des schwachen Verbrauchers vorherrschend)– d.h. keine übermäßig hohen Anforderungen trotz Relativierung durch das Informationsmodell des Verbraucherschutzes, u. das Verständlichkeitsgebot der RL, Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215– zu der Zulässigkeit anderer nationaler Verbraucherleitbilder nach Frage Art.8, Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 149/150 .

²⁸⁸³ Letztlich im wesentlichen Vorstellung der Gerichte, vgl. Lorenz, VersR 2000, S.1092.

²⁸⁸⁴ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139; Kreienbaum, S.302 f.; aA wohl Schwintowski, VuR 1998, S.414 f., 415, der auch auf andere Beteiligte (Hinterbliebene des VN) abstellt.

²⁸⁸⁵ V.Hoynigen-Huene, Rz.200=„bon père de famille“, „ordinary members of the public“ (OFT, Unfair terms guidance, Rz.19.3).

²⁸⁸⁶ Sie läge zudem bereits außerhalb des Anwendungsbereiches der Klauselrichtlinie.

²⁸⁸⁷ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047- gleiches gilt für den Vergleich private Hausratsversicherung im Gegensatz zu einer Betriebsunterbrechungsversicherung, Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104.

²⁸⁸⁸ So aber Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693; ders.WM 1994, S.1645 ff., 1649; wie hier dagegen Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.19; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139; Kreienbaum, S.308/109.

Verträge schon deshalb idR auf den nationalen Verbraucher als Durchschnittsverbraucher beschränkt sind²⁸⁸⁹.

Anders als im abstrakten Prüfungsverfahren nach Art.7 II, III, für das Art.4 I nicht gilt²⁸⁹⁰, ist im Individualverfahren fraglich, inwieweit eine konkret-individuelle Prüfung nach Art.4 I auf der zweiten Stufe als Korrektur des Ergebnisses durchzuführen ist, welches durch das Abstellen auf den Durchschnittsverbraucher gewonnenen wurde. Die Frage ist also, inwieweit über- oder unterdurchschnittliche²⁸⁹¹ Kenntnisse, Auffassungsgabe bzw. der Verständnishorizont des konkreten Verbrauchers zu berücksichtigen sind²⁸⁹². Die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Sonderkenntnissen des Einzelverbrauchers, die die Transparenz eines „an sich“ objektiv intransparenten Vertrages zu Folge hätte, stellt sich z.B. bei einem Versicherungsexperten/Fachanwalt, der für den Privatgebrauch Versicherungen abschließt; oder bei einem Prokurist/Vorstandsmitglied eines Versicherungsunternehmens, der einen Versicherungsvertrag mit diesem Unternehmen schließt. Nicht gemeint ist hier die pauschale Annahme von besseren Verständnismöglichkeiten bei bestimmten Verbraucheruntergruppen wie z.B. Juristen oder sonstigen „Experten“²⁸⁹³. Abgesehen von der auch in Deutschland üblichen²⁸⁹⁴ Gruppenbildung von Kaufmann bzw. Unternehmer/Verbraucher, der bei der Klauselrichtlinie durch den beschränkten persönlichen Anwendungsbereich Ausdruck verliehen wurde, ist zwar generell eine Fallgruppenbildung auch innerhalb des typischen Durchschnittsverbrauchers bei Privatgeschäften denkbar²⁸⁹⁵. Diese ist jedoch regelmäßig nicht sachgerecht möglich²⁸⁹⁶. Nicht jeder Jurist kennt sich z.B. gleichermaßen auf allen Rechtsgebieten seiner privaten Geschäfte aus²⁸⁹⁷, insbesondere nicht bei grenzüberschreitenden Verträgen²⁸⁹⁸. Ein Jurist hat zudem möglicherweise zwar den rechtlichen, nicht aber den notwendigen fachlichen Hintergrund. Umgekehrt hat nicht jeder fachliche „Experte“ auch wirkliches So nderwissen hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung der Verträge.

Mit dem hier angesprochenen Problem im Rahmen des Art.4 I ist vielmehr die Frage gemeint, ob der konkrete Verbraucher besseren Kenntnissen oder Verständnismöglichkeiten

²⁸⁸⁹ Vgl. Präve, Rz.428; ders. VersR 2000, S.138 ff., 139

²⁸⁹⁰ Kreienbaum, S.302 f.; hier ist allein auf den typ. Durchschnittsverbraucher abzustellen, Präve, Rz.271.

²⁸⁹¹ Z.B. Ausländer mit Sprach- oder Analphabet mit Leseschwierigkeiten.

²⁸⁹² Diese Frage muß genau getrennt werden von den o.g.Fällen, wo bei unterschiedlichen Vertrags- bzw. Versicherungsarten verschiedene Durchschnittsverbraucher gegeben sind.

²⁸⁹³ In der Literatur klingt dies aber teilweise danach, wenn z.B. Kapnopoulou, S.144, einen Rechtsanwalt anders behandeln will als eine Hausfrau.

²⁸⁹⁴ Schon vor RL-Erlass, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.147; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 952; Präve Rz.428 m.w.Nachw.; Rspr. geht bei Kaufleuten von geringeren T-Anforderungen aus: z.B. BGH, NJW 1996, S.455 ff., 456; BGH NJW 1990, S.2383; obwohl generell auf den typischen Durchschnittskunden abgestellt wird, z.B.BGHZ 106, S.42 ff., 46,49; BGH, NJW 1990, S.2383 f.; vereinzelt blieb tendenziell abw. Urteil BGH, ZIP 1996, S.1289 ff., 1291; diese grdstzl. Wertung bleibt trotz § 305 II Nr.2 BGB n.F., vgl.Schmidt-Räntsch, Rz.1091, S.383; krit. Lorenz, Karlsruher Forum 1997, S.1 ff., 4; zust. hL: Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860; Borges, S.130m.w.Nachw.; A: nur für Rechtsmißbrauch desjenigen, der sich trotz Eigenwissens oder Aufklärung auf die Unverständlichkeit für Durchschnittskunden beruft, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.28; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.106; v. Hoynigen-Huene, Rz.203 (für den Fall individueller Aufklärung); dagegen Borges, S.130 (Rechtsmißbrauch nur, wenn der Vertragspartner die angebotene Aufklärung ablehnt oder sonst verhindert).

²⁸⁹⁵ Z.B. Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 215 („Financial Times“-Leser und die „Sun“-Leser); Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rz.30 (Ausnahme sind Emissionsbedigungen bei Kapitalmarktpapieren).

²⁸⁹⁶ Vgl. Borges, S.128 m.w.Nachw. ; Kreienbaum, S.266.

²⁸⁹⁷ Vgl. auch Borges, S.131.

²⁸⁹⁸ Vgl. EG 5.

in Bezug auf die konkrete Klausel des konkreten Vertrages als nicht schutzbedürftig anzusehen ist. Anders als bei vorformulierten Einzelverträgen - bei denen die für den Verwender erkennbaren Fähigkeiten des konkreten Verbrauchers bei der Klauselgestaltung zu berücksichtigen sind - kann es bei dem Abfassen von Standardverträgen/AGB, wie insbesondere bei kollektiv ausgerichteten Geschäftssysteme der Bausparkassen, Versicherungen und Kapitalanlagegesellschaften²⁸⁹⁹, für die Beurteilung der Transparenz regelmäßig nur auf die Verständnismöglichkeiten des für die Vertragsart typischen Durchschnittsverbraucher ankommen²⁹⁰⁰. Eine bessere Verständnismöglichkeit des konkreten Verbrauchers ist – insbesondere bei grenzüberschreitenden Geschäften- schwer zu bestimmen²⁹⁰¹. Es ist auch nicht einzusehen, warum dem Verwender bei für den Durchschnitt konzipierten Verträgen ein Sonderwissen eines Verbrauchers zugute kommen soll²⁹⁰². Außerdem gilt hier der ökonomische Gedanke, daß für private Geschäfte unabhängig von individuellen Fähigkeiten idR weniger Zeit und Geld für eine eigene Klauselkontrolle aufgebracht wird. Der Schutzzweck der Klauselrichtlinie ist also durchaus gegeben.

Es gelten die eingangs (unter 1.) erwähnten Einschränkungen gegenüber Art.4 I bei dem Transparenzgebot; insbesondere liegt der Schwerpunkt der Mißbräuchlichkeitsprüfung bei der ersten, abstrakt-generellen Prüfungsstufe. Dies ist auch in der besonders zu berücksichtigen österreichischen Rechtsprechungspraxis zu erkennen²⁹⁰³. Des weiteren beziehen sich die berücksichtigungsfähigen Umstände des Art.4 I iVm EG 16 eher auf äußerliche Umstände als auf innere Fähigkeiten²⁹⁰⁴. Schon damit nicht die in dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zum Ausdruck kommende Wertung der vermuteten Branchen- und Geschäftserfahrung²⁹⁰⁵ konterkariert wird²⁹⁰⁶, können erkennbares Sonderwissen oder besondere Verständnismöglichkeiten des konkreten Verbrauchers allenfalls in besonderen Ausnahmefällen zu berücksichtigen sein²⁹⁰⁷.

Würde man generell auf überdurchschnittliche Fähigkeiten oder Kenntnisse des konkreten Verbrauchers abstellen, müßte man zudem konsequenterweise auch unterdurchschnittliche Fähigkeiten berücksichtigen, womit aber der Verwender von Standardverträgen bzw. AGB

²⁸⁹⁹ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.400

²⁹⁰⁰ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242; Borges, S.129 ff.131 f.; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 139; Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 155; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.80; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.19 iVm Art.4, Rz.6; aA für ein generelles Berücksichtigen individueller Fähigkeiten des konkreten Verbrauchers, vgl. Adams, The Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 212; Hübner, Rz.530; Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rz.16 und § 24 a AGBG, Rz.17; ders.; NJW 1996, S.2190 ff., 2194; Brandner, MDR 1997, S.312 ff.,314; Locher, JuS 1997, S.389 ff., 392; Staudinger, WM 1999, S.1546 ff., 1551/1552; Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 324, grdstzl.v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.15 ff.; unklar, Kreienbaum, S.309 f. i.Ggstz.S.312.

²⁹⁰¹ Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.149 – auch eine tatsächliche Geschäftserfahrung bedeutet nicht notwendigerweise mehr Kenntnisse, insb. nicht hinsichtlich der Klauselgestaltung, aA anscheinend v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.17.

²⁹⁰² Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 335; aA Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.69.

²⁹⁰³ Vgl. zu beidem oben unter *1.Teil D II 2.*; die österr. Rpsr. differenziert abgesehen von Unterscheidung zwischen Verbrauchern/Kaufleuten aus Rechtssicherheitsgründen idR nicht nach persönlichen Eigenschaften oder intellektuellen Fähigkeiten der Vertragspartner, Engel in Schulte-Nölke/Schulze, S.321 ff., 335 f – im Gegensatz dazu das mehr auf Individualumst.vor und nach Vertragsschluß abstellende skandinavische System, das daher weniger zu berücksichtigen ist, vgl. Wilhelmsson, Konferenzunterlagen, S.25 ff., 33 f.

²⁹⁰⁴ Vgl. beispielh.Aufz. in EG 16; der erste RL-Entwurf 1990 sprach in Art.2 Nr.5 a.F.von „Begleitumständen“.

²⁹⁰⁵ Schmidt-Salzer, BB 1995, S.1493 ff., 1498 („typisierende Schutznorm“), *2.Teil A I 3., 4.*

²⁹⁰⁶ Was bei schrankenloser Berücksichtigung persönlicher Fähigkeiten der Fall wäre, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.14, unklar allerdings Abgrenzung zu Rz.13 .

²⁹⁰⁷ So auch Markwardt, S.86 (nur bei Abweichung „in krasser Weise“), v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.16 („gravierende Umstände, die nach Treu und Glauben eine Korrektur gebieten“).

zu stark belastet wäre²⁹⁰⁸. Mit dem zugrundeliegenden Rationalisierungsinteresse, das ebenfalls im Rahmen des Art.4 I iVm EG 16 zu berücksichtigenden ist, ist es nicht vereinbar, in jedem Einzelfall ein Verständnis der Verbraucher von den Vertragsbedingungen sicherstellen zu müssen²⁹⁰⁹. Grundsätzlich darf sich der Verwender von Standardverträgen/AGB an dem Mindestmaß eines typischen Durchschnittskunden orientieren²⁹¹⁰. Bei für den typischen Durchschnittsverbraucher transparenten Klauseln wären allenfalls in Ausnahmefällen erkennbar unterdurchschnittlicher Fähigkeiten besondere Anforderungen wie Hinweis- und Aufklärungspflichten denkbar²⁹¹¹. Allerdings besteht hier ein noch ungelöstes Abgrenzungsproblem zu schadensersatzbewehrten vorvertraglichen, individuellen Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben, die z.B. nach deutschem (Versicherungs-)Recht u.a. bei erkennbarem Verständnisproblem, Mißverständnis des Verbrauchers oder bei einem Irrtum über die Bedeutung einer Klausel bei Vertragsschluß angenommen werden²⁹¹².

b) Sprachenproblematik²⁹¹³

Wie der Rechtsvergleich zeigte, wird die Sprachenproblematik in den Mitgliedstaaten idR im Rahmen der Einbeziehungskontrolle aktuell. Bei der Richtlinie ist dieses Problem Teil des Verständlichkeitsgebotes²⁹¹⁴. Anders als vereinzelt in anderen Richtlinien und Empfehlungen²⁹¹⁵ - aus deren unterschiedlichen Bestimmungen kein allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz zu erkennen ist²⁹¹⁶ - findet sich in der Klauselrichtlinie keine eigene Regelung hinsichtlich der Vertragssprache, welche sich grundsätzlich nach dem anwendbaren Recht richtet²⁹¹⁷. Für die Frage, ob das Verständlichkeitsgebot in Art.4 II, 5 eine Beibehaltung der Vertragsbedingungen in der Muttersprache oder zumindest in der Sprache

²⁹⁰⁸ Dies räumt auch Kapnopoulou ein, S.144 – uU würden sich AGB nicht mehr „Johnen“; was wiederum nicht im Verbraucherinteresse an Rechtssicherheit wäre.

²⁹⁰⁹ „Flankierende Beratungsgespräche“ oder Verhandlungsgespräche sollen gerade vermieden werden, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947.

²⁹¹⁰ Hoffmann, S.288; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1265 (bezügl Europaklausel in Kfz-Versicherungen); aA in Griechenland Eirinodikeio Athinon v.1.1.1994 (1805/1994), CLAB GR 000090, das eine Einbeziehung verneinte, wenn der Kunde nicht gut lesen kann.

²⁹¹¹ Markwardt, S.86 („in krasser Weise abweichen“); Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.180; generell zu Art.4 I Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 320 („als Korrekturmöglichkeit“...bei „außergewöhnlichen Sittenwidrigkeitsfällen“), im dt.Recht ist z.B.nach § 305 II Nr. 2 BGB n.F. nur bei erkennbaren körperl. Behinderungen eine Ausnahme von der Zumutbarkeitsprüfung für den typischen Durchschnittskunden zu machen, Schmidt-Räntsch, Rz.1091, S.383; aA für jede erkennbare unterdurchschnittl. Verständnismöglichkeit: Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234 und Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.64 (RF der Nichteinhaltung: Verletzung des Transparenzgebotes); mit RF SE aus cic, vgl.z.B. Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860.

²⁹¹² Borges, S.132, hält diese Ansprüche mit guten Gründen für ausreichend, was mit der nur eingeschränkten Bedeutung des Art.4 I für das Transparenzgebot im Einklang stünde; außerdem steht dem Verbraucher uU auch ein Anfechtungsrecht zur Verfügung; vgl.dazu 2.Teil D IV 3.g).

²⁹¹³ Ausführlich allgemein, Maidl, S.42 ff.; außerdem unten unter 2.Teil D IV 3.g)cc).

²⁹¹⁴ Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 - die Frage, wann eine Klausel aus diesem Grund schon nicht wirksam einbezogen ist, bleibt aber den nationalen Einbeziehungsregelungen überlassen, S.243, FN 66.

²⁹¹⁵ Z.B. Anhang III Vierte RL-Leben 2002/83/EG hins. der Infopfl. (dt.Regelung in § 10 a II 2 VAG); Art.4,2.Spiegelstr. Timesharing-RL 94/47/EWG; III.1.b) der Empfehlung 87/598/EWG für einen Verhaltenskodex im Bereich des elektron. Zahlungsverkehrs; Art.3 II der Empfehlung 97/489/EG v.30.7.1997 über Geschäfte mit elektron. Zahlungsinstrumenten; Punkt 3.2, 2.Spiegelstr. der Empfehlung 88/590/EWG zu Zahlungssystemen, insb.zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und Ausstellern; Art.13 I c) RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung; Art.6 IV Verbrauchsgüterkauf-RL.

²⁹¹⁶ Maidl, S.48f. für die dt. Umsetzung der Timesharing-RL – zumal diese Spezialregelungen auch nicht auf die Klauselproblematik gerichtet sind.

²⁹¹⁷ Reich, Konferenzunterlagen, S.193; ders., NJW 1995, S.1857 ff., 1860; EVÜ von 1980, 80/934/EWG: nicht anwendb. nach Art.1 auf Vers.verträge für in EU-Mitgliedstaaten belegene Risiken; daher Art.4 Zweite RL-Leben 90/619/EWG; Art.7 Zweite RL-Schaden 88/357/EWG; zu anwendb.Recht bei Sprachrisiko, Maidl, S.44 ff.

des Wohnsitzstaates des Verbrauchers beinhaltet²⁹¹⁸ und inwieweit wegen Art.4 I Erläuterungen und Hinweise (in der Muttersprache) gegeben werden müssen, gilt im wesentlichen dasselbe wie bei unterdurchschnittlichen Verständnismöglichkeiten, wovon die Sprachenproblematik ein Unterfall ist.

Grundsätzlich genügt ein Abfassen in der Verhandlungssprache²⁹¹⁹; der Gewerbetreibende muß Standardverträge bzw. AGB nicht in allen Gemeinschaftssprachen vorhalten²⁹²⁰. Ausgehend von dem typischen Durchschnittsverbraucher des konkreten Vertragstyps besteht eine Pflicht zu mehreren Sprachfassungen etwa z.B. in grenznahen Gebieten bei Finanzdienstleistungen, die typischerweise auch grenzüberschreitend „verkauft“ werden²⁹²¹, wenn sich der Gewerbetreibende gezielt an Verbraucher wendet, die ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort im fremdsprachlichen Raum haben²⁹²², etwa wenn eine Versicherung oder ein Kredit verschiedenen Sprachgruppen angeboten wird²⁹²³. Bei Internet-Geschäften, die bei Finanzprodukten immer mehr zunehmen²⁹²⁴ ist es dem Anbieter bei weltweitem Handel nicht zuzumuten, die Vertragsbedingungen in sämtlichen Sprachen vorzuhalten²⁹²⁵.

Übersetzungs-, Hinweis- oder Aufklärungspflichten aufgrund von erkennbaren Sprachproblemen des konkreten Verbrauchers können- wenn überhaupt - nur in besonderen Ausnahmefällen wie z.B. bei besonders schwerwiegenden Geschäften²⁹²⁶, nicht aber bei Alltagsgeschäften in Betracht kommen²⁹²⁷. Daher besteht z.B. keine generelle sprachliche Hinweispflicht gegenüber türkischen VN bei der sog. Europaklausel in Kfz-Versicherungsverträgen aus dem Transparenzgebot²⁹²⁸. Auch hier stellt sich außerdem wieder die Abgrenzungsfrage zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten mit Rechtsfolge Schadensersatz statt Unverbindlichkeit iSd Art.6 I²⁹²⁹. Die aus mangelnden Sprachkennt-

²⁹¹⁸ Das Verbraucherleitbild des EuGH geht nicht davon aus, daß der mündige Verbraucher alle Sprachen versteht, vgl. Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 243.

²⁹¹⁹ Markwardt, S.86; Maidl, S.53 – so auch dt.Rspr.,BGHZ 87, S.112 ff., 114f.; auch in NL werden hinsichtl. der Sprache bei Einbeziehung von der Rspr. keine bes. Anforderungen gestellt, vgl.de Buhr, S.114f. m.Nachw.

²⁹²⁰ Klarheit und Verständlichkeit bedeutet nicht Pflicht zu Übersetzungen, Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 175.

²⁹²¹ Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 243

²⁹²² Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 112; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.20; Grundmann, 2.10, Rz.33 (Sprache des Vertriebslandes); ähnl.Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4– der Gedanke, daß andere Sprachfassungen bei Angebot des Produktes in einem anderen Land zumutbar sind, liegt auch den Empfehlungen 88/590/EWG (3.2) und 97/489/EG (Art.3 II) zugrunde; ähnl. Empfehlung 87/598/EWG (III 1.b.).

²⁹²³ Reich, Konferenzunterlagen, S.193

²⁹²⁴ Konferenzunterlagen, S.200

²⁹²⁵ Es genügt grdstzl. die Sprache des Bestellformulars bzw. der Angebotsliste, Waldenberger, BB 1996, S.2365 ff., 2369 (aA Heinrichs, NJW 1997, S.1407 ff., 1409); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rz.28; Maidl, S.53 (als „Verhandlungssprache“); Reich, EuZW 1997, S.581 ff., 584 (engl. als ‚lingua franca‘) – nach Art.10 I d) der e-commerce-RL 2000/31/EG, ABl. 2000, Nr. L.178/1 muß nur über die für den Vertragsabschl. zur Verf. stehenden Sprachen informiert werden; ähnlich auch Art.3,3 g) der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.

²⁹²⁶ Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197:bei „wichtigen Verträgen von großer Tragweite“ könne sich aus dem Transparenzgebot eine Informationspflicht des Unternehmers in der Muttersprache des Verbrauchers ergeben (RF aber nicht Unwirksamkeit wie bei Intransparenz, sondern *in*); zust. Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 112.

²⁹²⁷ So aber Reich, NJW 1995, S.1875 ff., 1860; ders. VuR 1995, S.1 ff., 5 f. („Verständlichkeit als ‚sprachliche Verständnismöglichkeit‘“); wie hier Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.20; für Unanwendbarkeit des Art.4 I bei unterdurchschnittl. Sprachverständnis: Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.68,87; Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1264 f.

²⁹²⁸ Schmidt-Salzer, VersR 1995, S.1261 ff., 1264 f., 1265

²⁹²⁹ Zu mögl. Aufklärungspflichten, Maidl, S.55 ff u.Brunner, S.74; RF ist nach hM culpa in contrahendo, so auch Reich, NJW1995, S.1857 ff., 1869 und Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197 trotz Ableitung aus dem Transparenzgebot; konsequenterweise müßte aber jedenf. von der RF der Intransparenz, also Unverbindlichkeit (wegen Nichteinbezie-

nissen - insbesondere bei grenzüberschreitenden Geschäften - resultierenden Gefahren wurden von der Kommission u.a. als Anlaß für die Klauselrichtlinie genommen, so daß diese bereits durch den Mindestschutz hinsichtlich des Klauselinhalts kompensiert werden sollten²⁹³⁰. Sie bestehen zudem völlig unabhängig von der Verwendung vorformulierter Klauseln, so daß die kostenverursachende Kompensation dieses Mangels nicht dem Verwender zuzurechnen ist.

c) Heilung einer objektiv bestehenden Intransparenz durch individuelle Hinweise?

Fraglich ist, inwieweit bei Individualverfahren²⁹³¹ im Rahmen der konkret-individuellen Einzelfallprüfung nach Art.4 I auf der zweiten Stufe Hinweise und Erläuterungen außerhalb des Klauselwerkes eine objektiv vorliegende Intransparenz heilen können²⁹³². Wird z.B. eine intransparente Zins- und Tilgungsberechnungsklausel in einem Hypothekendarlehen durch Angabe des Effektivzinses, Aushändigung eines Tilgungsplans oder ein Beratungsgespräch am Bankschalter geheilt?²⁹³³ Die gleiche Frage stellt sich im Hinblick auf eine intransparente AVB-Klausel in einer Kapitallebensversicherung bei einer im Versicherungsschein abgedruckten Tabelle mit garantierten Rückkaufswerten²⁹³⁴.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Klauseltext selbst transparent sein muß und Art.4 I nur eingeschränkt anwendbar ist²⁹³⁵. Dafür spricht neben der Beweisproblematik - insbesondere bei mündlichen Erläuterungen - der Wortlaut des Art.5, nach dem primär auf schriftlich niedergelegte Klauseln abgestellt wird, die zudem „stets“ transparent sein müssen. Außerdem zielt das Transparenzgebot nach Sinn und Zweck über den Verbraucherschutz hinaus auf die Gewährleistung des Binnenmarktes durch Vergleichbarkeit der Vertragskonditionen von in- und ausländischen Anbietern (Markttransparenz)²⁹³⁶, was grundsätzlich ein aus sich heraus transparentes Klauselwerk als primäres Informationsmittel verlangt²⁹³⁷. Die Transparenz des Klauselwerkes ist (besonders) für Klauseln erforderlich, die die Vertragsdurchführung betreffen²⁹³⁸.

hung oder Mißbräuchlichkeit) ausgegangen werden; so wohl Horn in Wolf/Horn/Lindacher § 24 a AGBG, Rz.64; Maidl, S.78 (Nichteinbeziehung); vgl. zu Abgr.2. Teil D IV 3.g) aa) und cc).

²⁹³⁰ Der erste Vorschlag sollte als Ausgleich gelten, eine Regelung der Vertragssprache oder zumindest Transparenzanforderungen wurden gerade nicht vorgesehen, Vorschlag 1990, KOM-Dok., S.2.

²⁹³¹ Im abstrakten Prüfungsverfahren („unbeschadet des Artikels 7“) sind Zusatzinformationen außerhalb AGB nicht zu berücksichtigen; so auch dt.Rspr., nach der diese nur im Folgeverfahren, wo es um die konkrete Zuwerdung geht, berücksichtigt werden können, z.B. BGH, NJW 1992, S.179 f., 180; BGH, WM 1997, S.518 ff., 519 m.w.Nachw.; zust. Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 164 f. – keine konkreten Einzelfallumstände, sondern generelle Umstände liegen zwar dann vor, wenn der Verwender nachweisen kann, daß er immer best. erläuternde Hinweise erteilt, Borges, S.127 m.Nachw.; jedoch dürfte ein solcher Nachweis in der Praxis regelm. nicht möglich sein und es kann auch nicht mit hinr. Sicherheit geklärt werden, ob diese Informationen immer auch in Zukunft gegeben werden (Art.7 II „...der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen“).

²⁹³² Str. – dagegen wohl Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 f.; tend. Michalski, DB 1999, S.677 ff., 679 (keine konkret-individuelle Auslegung von AGB); dafür wohl z.B. Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.159; diff. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.6 und Art.5, Rz.6 und Rz.16f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4.

²⁹³³ Hypothekenzinsurteil, BGH, NJW 1989, S.222 ff (obiter: Heilung der Intransparenz wäre möglich).

²⁹³⁴ Grundsätzlich berücksichtigungsfähig, aber ist nicht ausreichend-BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 313 ff.

²⁹³⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.16; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692

²⁹³⁶ Insbesondere Erwägungsgründe 5.6,7.

²⁹³⁷ So auch Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692.

²⁹³⁸ AA Borges, S.126 im Rahmen der deutschen Diskussion m.Nachw.

Gesonderte schriftliche Hinweise und Erläuterungen außerhalb des Klauseltextes können als sekundäre Informationsmittel nur in Ausnahmefällen relevant werden²⁹³⁹, etwa wenn sie geschäftsübliche Fachbegriffe oder bei komplexen (Finanz-)Produkten technische und wirtschaftliche Hintergründe erläutern - und zwar insbesondere dann, wenn bestimmte Informationen durch Richtlinien als notwendig und nützlich bewertet werden, z.B. Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG, dort Art.11 I 5.Spiegelstrich²⁹⁴⁰. Gleiches gilt für Informationen über das konkrete Vertragsverhältnis, die durch AGB nicht vermittelbar sind, z.B. individuell-konkrete Angaben zu den Leistungen des Versicherers hinsichtlich Überschußermittlung und -beteiligung²⁹⁴¹. Auch der effektive Jahreszins unterliegt ständigen Schwankungen, so daß eine Aufnahme in AGB als generelle Aussage nur schwer möglich ist²⁹⁴². Unter Umständen kann bei komplexen Finanzprodukten eine Zusatzinformation sogar erforderlich sein, um die „Überfrachtung“ des Klauselwerks und dadurch dessen Gesamt-Intransparenz zu vermeiden. Voraussetzung für die Berücksichtigungsfähigkeit ist in jedem Fall eine Verweisungsklausel in dem Klauselwerk und die Transparenz der Zusatzinformation²⁹⁴³. Es muß aber immer im Einzelfall geprüft werden, ob nicht eine transparentere Gestaltung der vorformulierten Klauseln selbst als primäre Informationsquelle zumutbar, möglich und erforderlich ist²⁹⁴⁴. Nach dem Gedanken des Art.4 I und der Prämisse der Markttransparenz ist eine Transparenz (auch) zur Zeit des Vertragsschlusses erforderlich²⁹⁴⁵, so daß die üblicherweise nachträglich erfolgende²⁹⁴⁶ Aushändigung des Tilgungsplans oder eine nach Vertragsschluß erfolgende Information über den Effektivzins²⁹⁴⁷ nicht zu berücksichtigen sind. Da die eingangs genannten Argumente besonders bei mündlichen Erläuterungen zutreffen, sind solche vor oder während des Vertragsschlusses regelmäßig unbeachtlich²⁹⁴⁸. Soweit deutsche Gericht in ständiger Rechtsprechung urteilen, daß eine objektiv vorliegende Intransparenz im Einzelfall generell durch Informationen und Hinweise - auch mündlicher Art - außerhalb des eigentlichen Textes der Vertragsklauseln beseitigt werden kann²⁹⁴⁹, müßten sie sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des Transparenzgebotes in § 307 I 2 BGB n.F. anpassen²⁹⁵⁰.

²⁹³⁹ So auch Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.16 f.; Lockett/Egan, Rz.4.19 hält Erläuterungen z.T.sogar für erforderlich - auch nach Art.10 I a des spanischen Verbraucherschutzgesetzes (LCU) sollen Vertragsklauseln grundsätzlich aus sich selbst heraus verständlich sein („...Möglichkeit des unmittelbaren Verständnisses“; dt.Übers.bei v.Hippel, Verbraucherschutz, S.404); umf. Berücksichtigung bei der Inhaltskontrolle dagegen durch das brit. OFT, vgl. Collins, Konferenzunterlagen, S.288 ff., 299; Unfair terms guidance, Rz.19.9; Bulletin des OFT, Issue No 1, May 1996, bei Miller/Harvey/Parry, S.362 ff., 363.

²⁹⁴⁰ „Alle zweckdienlichen Informationen“ - in Deutschland z.B. § 31 II Nr.2 WpHG, § 53 II BörsG.

²⁹⁴¹ Vgl. OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715 („...kann naturgemäß nicht in AVB aufgenommen werden.“).

²⁹⁴² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.144 - da die Effektivzinsangabe ohnehin gem. Art.4 II a Verbraucher-kredit-RL 87/102/EWG in der Vertragsurkunde erfolgen muß, spricht auch dies für eine Berücksichtigungsfähigkeit (kein bloßes „Beiwerk“ und Wertung einer RL); für dt.Recht auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 951; BGH, WM 1997, S.518 ff., 519 (r.Sp.) allerdings hat er nur eine begrenzte Aussagekraft, Kreienbaum, S.286 f.

²⁹⁴³ Vgl. auch BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310 f.; LG HH, VuR 2002, S.100 ff., 102 für dt.Recht.

²⁹⁴⁴ ähnlich Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.17- die Berücksichtigungsfähigkeit sagt also nicht über das Ergebnis der Transparenzprüfung.

²⁹⁴⁵ Auch der spanische Art.10 I a LCU läßt ausnahmsweise Verweisungen auf Texte oder Dokumente außerhalb vorformulierter Klauseln zu, aber nur, wenn diese vor oder gleichzeitig mit Vertragsschluß ausgehändigt wurden.

²⁹⁴⁶ Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 951; Kreienbaum, S.285

²⁹⁴⁷ BGH, NJW 1992, S.1097 f., 1098

²⁹⁴⁸ Korinek, JBl. 1999, S.168; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.17 (ausnahmsw.zul., wenn eine klare aber verständlichere Gestaltung unmöglich ist); Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693 (immer unzureichend); aA Migsch, in Karlsruher Forum 1997, S.112.

²⁹⁴⁹ BGH, WM 1997, S.518 ff.; BGH, NJW 1992, S.179 ff., 180 und S.1097 ff., 1098 und S.1108 f.; 91, S.1889; 90, S.1383 f., 2384; BGH, NJW 1989, S.222 ff.; zust.hL: z.B. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.106; Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 124; aA jedenf. für Vertragsdurchführungstr. Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.148; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.144; z.T.wird Rechtsmißbrauch (§ 242 BGB) bei erfolgter

Bei einer Tabelle der Rückkaufswerte bei der Kapitallebensversicherung handelt es sich – auch nach gemeinschaftsrechtlicher Wertung Art.36 I iVm Anhang III A a.9 der Vierten RL Leben 2002/83/EG – um eine grundsätzlich beachtenswerte (Zusatz-)Information. Wenn diese Tabelle aber erst im Versicherungsschein abgedruckt ist, mit dessen Zusendung der Versicherer - jedenfalls nach deutschem Recht - den Antrag des VN annimmt, so ist fraglich, ob diese Information noch rechtzeitig iSd Art.4 I ist²⁹⁵¹ oder ob sie noch vor Antragstellung erfolgen mußte. Geht man mit der in Deutschland herrschenden Meinung davon aus, daß der Vertragsschluß bei dem Policenmodell nach § 5 a VVG verschoben ist²⁹⁵², wäre die Information in dem Versicherungsschein formal noch rechtzeitig da eine Transparenz nach Art.4 I (erst) „zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ vorliegen muß. Zum einen ist aber generell angesichts der Ähnlichkeiten zu Informationspflichten anderer Richtlinien (z.B. Verbraucherkredit-RL) und dem historischen Vorbild der britischen pre-contractual disclosure duties, insbesondere im Lebensversicherungsrecht, fraglich, ob nicht vielmehr bis Ablauf der Widerrufsfrist von einem schwebend wirksamen (auflösend bedingten) Vertrag auszugehen ist²⁹⁵³. Zum anderen spricht schon Sinn und Zweck des Transparenzgebotes, einen Marktvergleich vor der Entscheidung für ein bestimmtes Produkt zu ermöglichen, für eine Berücksichtigungsfähigkeit nur der bereits vor Antragstellung vorhandenen Information, jedenfalls soweit es sich um Informationen über wesentliche Produktmerkmale handelt. Mit dem Antrag - unabhängig, ob als Angebot eines später schwebend unwirksamen oder wirksamen aber inhaltlich begrenzten Vertrages²⁹⁵⁴ - hat sich der VN bereits für ein Produkt entschieden und ist daran gebunden; wie dies i.ü. auch der europäische Gesetzgeber sieht²⁹⁵⁵. Diese Bindung an den Antrag besteht unabhängig von der herrschenden Meinung zu § 5 a VVG, daß noch keine endgültige vertragliche Bindung besteht und unabhängig von der Tatsache, daß der Wettbewerb durch das Widerrufsrecht auch eine Steuerungsfunktion nach Vertragsschluß ausüben kann²⁹⁵⁶. Letztlich handelt es sich hier um die gleichen Argumente, die bezüglich der Vereinbarkeit des deutschen § 5 a VVG mit der Dritten RL Leben 92/96/EWG (nunmehr Vierte RL Leben 2002/83/EG)

(mdl.) Beratung angenommen; Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 951 (nach § 4 AGBG a.F. analog) u.Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 112 (§ 1 II AGBG a.F.analog.); ausf.Überblick, Kreienbaum, S.281 ff.

²⁹⁵⁰ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.18; ähnlich auch Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692.

²⁹⁵¹ Dagegen Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220; dafür BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310 f. u. S.313 ff., 314/315; OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 716; offenl. im Hinblick auf § 5 a VVG OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 368.

²⁹⁵² Nach hM kommt der Vertrag erst kraft Gesetzes mit Ablauf der Widerspruchsfrist ex tunc zum Zeitpunkt des Erhalts der Information und der AVB (regelmäßig mit Übersendung der Police) zustande, vgl. statt vieler Reiff, VersR 1997, S.267 ff., 270 m.w.Nachw.; Nachw. bei MüKo-Basedow, § 23 AGBG, Rz.97, FN 371; aA Lehre vom „Rumpfvvertrag“: der Versicherungsvertrag kommt sofort mit Zusendung der Police als Rumpfvvertrag zustande, spätere Angaben werden nach Vertreiben der Widerspruchsfrist rückwirkend Vertragsbestandteil, vgl.z.B. Dörner/Hoffmann, NJW 1996, S.153 ff., 155f.; so auch LG Essen, VersR 1997, S.993ff.

²⁹⁵³ Ausf. Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 670 ff., 683; vgl.auch Art.6 I RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (insb.aus Satz 4 folgt im Umkehrschluß, daß grdstzl.wirks.Vertrag bis Ablauf Widerrufsfrist) - krit.zu dt.Ansichten auch Müller, Rz.868, nach dem die Infopfl.der 3.versicherungsrechtl.RL-Generation für invitatio des VN und Angebot des Versicherers zusammen mit geforderten Infos sprechen, das VN dann gründlich überdenken könne.

²⁹⁵⁴ Bisherige dt.Ansichten: sowohl nach hM als auch nach MA (Rumpfvvertrag) genügt die Information nach Antragstellung - anders nur bei einem schwebend wirks.Vertr., Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 670 ff.

²⁹⁵⁵ So z.B.ausdrückl.Art.3 I der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen („...bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist..“) - i.E.auch Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220.

²⁹⁵⁶ Vgl. Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 676, 684.

angeführt werden²⁹⁵⁷. In jedem Fall ist der § 5 a VAG für das in Deutschland vorherrschende Policenmodell nicht gerade verbraucherfreundlich und psychologisch zweifelhaft²⁹⁵⁸.

Unabhängig von der Frage der Berücksichtigungsfähigkeit der Tabelle der Rückkaufswerte müssen die AVB aber ohnehin als primärer Informationsträger alle möglichen und zumutbaren Anforderungen an eine verständliche Darstellung der Rückkaufswerte selbst erfüllen, so daß uU auch eine vor Antragstellung ausgehändigte Tabelle eine Intransparenz der Klauseln nicht heilen kann²⁹⁵⁹.

2. Schranken des Transparenzgebotes

Das generalklauselartig ausgestaltete Transparenzgebot ist seinem Sinn und Zweck nach nicht schrankenlos. Da auch die Intransparenz – abgesehen von Mehrdeutigkeiten, die im Individualverfahren durch Auslegung iSd Art.5 Satz 2 beseitigt werden können - nach der Richtlinie ein Mißbrauch sein kann, der der inhaltlichen Mißbräuchlichkeit gleichgestellt ist, kann nur eine „vorwerfbare“ Intransparenz zu der Rechtsfolge der Mißbräuchlichkeit iSd Art.6 I führen.

Die Verpflichtung zur klaren und verständlichen Formulierung besteht nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren²⁹⁶⁰. Insbesondere bei Finanzprodukten, die regelmäßig durch AGB ausgestaltet werden, ist zu berücksichtigen, daß deren Rationalisierungszweck und das Ziel, Transaktionskosten zu senken, nicht durch zu hohe Transparenzanforderungen, insbesondere an die Allgemeinverständlichkeit, konterkariert werden dürfen²⁹⁶¹. Außerdem sollte die Transparenz als Wettbewerbsfaktor nicht unberücksichtigt bleiben²⁹⁶².

Eine weitere Schranke besteht in dem Transparenzgebot selbst. Das heißt, auch nähere Beschreibungen, die dem Verbraucher etwas nützen, dürfen nicht zur Überfrachtung des gesamten Klauselwerkes führen, so daß dieses dann selbst nicht mehr klar und verständlich

²⁹⁵⁷ Auch hier ist der hM, die von einer Richtlinienkonformität ausgeht, zuzugeben, daß die Richtlinien formal nur eine Information vor vertraglicher Bindung vorschreiben (Art.36 I iVm Anhang III A „Vor Abschluß des Versicherungsvertrags“ der Vierten RL Leben), aber nicht festlegen, wann ein Vertrag als geschlossen zu erachten ist, Prölss in Prölss/Martin, § 5 a VVG, Rz.8;Reiff, VersR 1997,S.267 ff., 271f., jeweils m.w.Nachw.- Sinn und Zweck des Informationsgebotes spricht auch hier für ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bindung des VN (Art.43 II der Dritten RL Schaden 92/49/EWG „bevor irgendeine Verpflichtung eingegangen wird“), so Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 238f. und Grundmann, 4.30, Rz.47; 4.31, Rz.29, 44.

²⁹⁵⁸ Schwintowski, Anm. zu LG Dortmund, VuR 2000, S.177 f., 178; selbst wenn es sich nur um eine Übergangsvorschrift handelt, Reiff, VersR 1997, S.267 ff., 271/272.

²⁹⁵⁹ I.E. genügt zu Recht nach BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. und 313 ff. die Tabelle nicht; so i.E.auch LH HH, VuR 2002, S.100 ff., 102 – beachtlich wären aber Informationen in Bezug auf den konkreten Vertrag, die in den AVB nicht enthalten sein können, dazu OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715.

²⁹⁶⁰ So für dt.Recht auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.150, 154; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.98; Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 107; Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 126; OLG Köln, VersR 1996, S.490 ff., 491 – unzumutbar ist eine nähere Erläuterung auch dann, wenn sie aus Sicht des Durchschnittsverbr. auch nicht zu einer weiteren Klärung beitragen würde.

²⁹⁶¹ zu RL: Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.65; allgemein : Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947; Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 102 f.

²⁹⁶² Präve, VersR 2000, S.138ff., 143/144 will die Anf.auf ein Mindestmaß beschränken, um kontraproduktive Auswirkungen durch „gleichgeschaltete“ Transparenzanf. hinsichtl.des ursprüngl. mit der Deregulierung verfolgten Ziels eines unverfälschten Wettbewerbs zu vermeiden – der bezweckte Wettbewerb bezieht sich aber in 1.Linie auf unterschiedl. Produkte, Preis, u. inhaltl. Konditionen, weniger auf Transparenz.

iSd Art.5 ist²⁹⁶³. Dies gilt besonders für ohnehin komplexe Finanzprodukte. Bei Versicherungsverträgen ist diese Überfrachtungsgefahr nach der Deregulierung sogar noch stärker geworden, weil im Zuge des Wegfalls der Vorabgenehmigung die Möglichkeit der Aufnahme vertraglich relevanter Bestimmungen in die Geschäftspläne oder geschäftsplanmäßige Erklärungen weggefallen ist²⁹⁶⁴. Die äußerste Schranke der Transparenzanforderungen wird durch die produktimmanente Intransparenz bestimmt²⁹⁶⁵.

Es kann also letztlich nur nach einer Interessenabwägung im Einzelfall entschieden werden, ob eine Klausel gegen das Transparenzgebot verstößt. Die aus einer solchen Interessenabwägung im Einzelfall folgende Unbestimmtheit hinsichtlich der genauen Voraussetzungen und Grenzen des Transparenzgebotes, die sich z.B. in Deutschland auch durch eine Vielzahl unterschiedlicher Gerichtsentscheidungen äußert²⁹⁶⁶, ist nun einmal die Folge einer generalklauselartigen Formulierung („klar und verständlich“) und deren „tatbestandssimmanenter“ Schranken²⁹⁶⁷. Es wird vor allem Sache der Rechtsprechung sein, diese Generalklausel durch Wertungen und Fallgruppen zu konkretisieren²⁹⁶⁸.

Hier gelten folgende Faustregeln: je nachteiliger eine Klausel für den Verbraucher ist bzw. je schärfer die in der Klausel vorgesehene Sanktion, desto deutlicher, präziser und verständlicher muß sie formuliert sein²⁹⁶⁹. Je wahrscheinlicher es ist, daß eine bestimmte Klausel bei der Vertragsabwicklung relevant werden kann bzw. je wichtiger und weitreichender ein vertraglich eingeräumtes Recht des Verbrauchers ist, desto transparenter müssen diese Klauseln sein.

3. Inhalt im Einzelnen

Da Finanzdienstleistungen idR durch AGB gestaltet sind, wird für die folgenden Erläuterungen auf Klarheit und Verständlichkeit für den typischen mündigen Durchschnittsverbraucher abgestellt.

a) Formale und inhaltliche Kriterien

Mindestvoraussetzung des Transparenzgebotes ist, daß die Klauseln lesbar sind²⁹⁷⁰, dazu gehört die ausreichende optische und drucktechnische Voraussetzung²⁹⁷¹. Das Transparenzgebot umfaßt aber nicht nur diese rein formale Kriterien, wie die formale Verständ-

²⁹⁶³ „Schilderwaldeffekt“; vgl. P rölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.83; die dt. Banken-AGB sind im Hinblick auf das Transparenzgebot am 1.1.1998 von 47 auf 20 Regelungen reduziert worden, Claussen, § 4 III Rz.18 a.

²⁹⁶⁴ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 142 m.w.Nachw.

²⁹⁶⁵ Dazu unten unter 2.Teil D IV 3.g)dd)ccc).

²⁹⁶⁶ Vgl. Nachweise MüKo-Basedow, § 9 AGBG Rz.29, FN55.

²⁹⁶⁷ Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 944 spricht von einer „Zauberformel“; Basedow, VersR 1999, S.1045 gar von einer „Leerformel“.

²⁹⁶⁸ Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 68; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 103: um Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zu schaffen und einen „Dschungel der Wertungen“ zu vermeiden.

²⁹⁶⁹ Vgl. auch Wolf/Ungeheuer, JZ 1995, S.176 ff., 180.

²⁹⁷⁰ es kann dahingestellt bleiben, ob die Lesbarkeit ein Unterfall der Klarheit (ital.Lit., vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.8 m.Nachw.) ist oder der Verständlichkeit (Tenreiro/Karsten in Schulte-Nöke/Schulze, S.223 ff., 242; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4)ist oder aus der Kenntnisnahmemöglichkeit in Nr.1 i des Klauselanhangs (Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.14) folgt – jedenf. ist die Lesbarkeit die Grundvor. für die Verständlichkeit der Klauseln; der Rechtsvergleich hat gezeigt, daß die Mitgliedstaaten die Lesbarkeit bei der Einbeziehung, also im Rahmen der allg. Rechtsgeschäftslehre, prüfen, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.14.

²⁹⁷¹ Kapnopolou, S.143; aA Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 231

lichkeit (iSv Lesbarkeit), Übersichtlichkeit der gesamten Vertragssystematik und Vertragssprache²⁹⁷², sondern auch die Sinnverständlichkeit, also die Durchschaubarkeit des inhaltlichen Sinns und der Tragweite der Klauseln²⁹⁷³. Dies ist schon aus dem Wortlaut zu erkennen²⁹⁷⁴, aber auch aus Sinn und Zweck sowie der Berücksichtigung des deutschen Vorbildes. Zum anderen sollten mit der Klauselrichtlinie wohl nicht nur die in den Mitgliedstaaten bekannten, hauptsächlich formalen Voraussetzungen für die vertragliche Einigung und Kenntnisnahmemöglichkeit widergegeben werden²⁹⁷⁵. Umgekehrt ist die Transparenz auch nicht – wie dies der englische Wortlaut („plain and intelligible language“) andeuten könnte – auf die Sinnverständlichkeit beschränkt, sondern umfaßt auch die o.g. formalen Anforderungen²⁹⁷⁶.

Die Tatsache, daß durch Art.5 nicht nur die in den Mitgliedstaaten bekannten allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen normiert werden, beinhaltet auch, daß die Klauselrichtlinie früher ansetzt. Intransparent können nach Art.5 nicht nur völlig unklare oder völlig unverständliche Klauseln sein („Grobraster“), sondern je nach Einzelfall auch schwer zu durchschauende Klauseln („Feinprüfung“). Auch wenn prinzipiell nur zwei Transparenzmerkmale der Klarheit (dazu unter b) und Verständlichkeit (unter c) genannt sind, so ist zu berücksichtigen, daß es sich dabei nur um eine generalklauselartige Umschreibung des Transparenzgebotes in Art.4 II, 5 handelt, welche auch dynamisch ausgelegt werden kann. Entscheidend ist der allgemeine, dem Transparenzgebot zugrundeliegende Grundgedanke der Durchschaubarkeit von Inhalt und Tragweite der Vertragsbedingungen für den Verbraucher²⁹⁷⁷, insbesondere seiner Rechte und Pflichten, so daß er weder von der Durchsetzung in Wahrheit bestehender Rechte abgehalten wird, noch ihm unberechtigte Pflichten aufgehalst werden. Unter dieses Erfordernis der Durchschaubarkeit kann auch ein Bestimmtheitsgebot (auch unter Klarheit subsumierbar, b) und ein Irreführungsverbot gefaßt werden (dazu unter d), so daß entgegen einiger Stimmen in der Literatur (s.o.) das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie nicht schon aufgrund der begrenzten Formulierung „klar und verständlich“ enger zu verstehen ist, als das deutsche Transparenzgebot²⁹⁷⁸.

b) Klarheit

Die Vertragsbedingungen müssen so „klar“ formuliert sein, daß keine Mehrdeutigkeiten, Mißverständnisse und Zweifel über den Inhalt der Klausel entstehen. Mehrdeutigkeiten können aufgrund der Formulierung der Klausel selbst, deren systematischer Stellung im Vertragsgefüge oder bei Versicherungsverträgen durch Unterschiede von Allgemeinen und

²⁹⁷² So aber tendenziell Reich, Europäisches Verbraucherrecht, Rz.156l; auch das griechische VerbraucherschutzG 2251/1994 idF 1999 in Art.2 III („gut lesbar und an gut erkennbarer Stelle“).

²⁹⁷³ Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 154; so wohl auch Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242.

²⁹⁷⁴ Insb. aus der englischen Fassung („plain and intelligible language“) ist erkennbar, daß die sprachliche und inhaltliche Formulierung gemeint ist.

²⁹⁷⁵ Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 154; v. Westphalen, EWS 1993, S.161 ff., 165 – die Einbeziehung wird gerade nicht geregelt.

²⁹⁷⁶ Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1048; so auch OFT, Unfair terms guidance, Rz.19.7ff; auch die anderen Sprachfass. sind nicht so eng: „klar und verständlich abgefaßt“; franz.: „rédigées de façon claire et compréhensible“; ital.: „redatte in modo chiaro e comprensibile“; span.: „redactadas...de forma clara y comprensible“.

²⁹⁷⁷ Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 155

²⁹⁷⁸ So sah dies i.Ü. auch der dt. Gesetzgeber, indem er die Formulierung der RL auch für das dt. AGB-Recht übernahm, vgl. § 307 I 2 BGB n.F.

Besonderen Versicherungsbedingungen entstehen²⁹⁷⁹. Unklar ist z.B.²⁹⁸⁰ eine Klausel in einer Unfallversicherung, nach der Krankenhaustagegeld „für jeden Kalendertag“ bzw. für „jeden Tag des Aufenthalts“ gezahlt wird, weil hier unklar ist, was für diejenigen Tage gilt, die der VN nur teilweise im Krankenhaus verbracht hat, namentlich am Aufnahme- und Entlassungstag²⁹⁸¹. Ausreichend deutlich ist dagegen die mit § 16 VVG übereinstimmende Formulierung von „bekanntem“ vorvertraglichen Gesundheitsstörungen; es muß nicht klar gestellt werden, daß damit dem VN noch bewußte Gesundheitsstörungen gemeint sind²⁹⁸².

Als Teil der Rechtsklarheit ist das Bestimmtheitsgebot anzusehen²⁹⁸³. Der Klauselinhalt muß in Tatbestand und Rechtsfolge so hinreichend genau dargestellt werden, daß der Verbraucher den Inhalt und Umfang seiner vertraglichen Rechte klar und deutlich erkennen kann und sich keine Beurteilungsspielräume für den Verwender ergeben, die ihm im Einzelfall die Möglichkeit eröffnen, die betreffende Klausel in seinem Sinne zu interpretieren. Bei Versicherungsverträgen als Rechtsprodukten besteht eine besondere Schwierigkeit hinsichtlich der bestimmten Formulierung, weil – anders als z.B. bei Kaufverträgen – bereits das Produkt selbst, also der Umfang der Deckung mit Worten beschrieben werden muß. Um das Klauselwerk nicht völlig zu überfrachten, ist die Verwendung u.a. von unbestimmten, ausfüllungsbedürftigen Begriffen mit höherem Abstraktionsgrad nicht völlig zu vermeiden, da nicht jede denkbare Fallgestaltung erfaßt werden kann; hier muß im Einzelfall entschieden werden, ob ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vorliegt²⁹⁸⁴. Häufig resultieren unklare Formulierung in diesem Bereich auch aus Kompromissen unter Versicherern in den Verbänden²⁹⁸⁵, wobei in diesen Fällen eine größere Wahrscheinlichkeit besteht, daß eine vorwerfbare Intransparenz gegeben ist.

Im Hinblick auf das Klarheit- und Bestimmtheitsgebot ist besonders auf die nationale Praxis in den Ländern hinzuweisen, die schon vor Erlass der Klauselrichtlinie vergleichbare Transparenzanforderungen für Versicherungsverträge aufstellten, beispielsweise auf die französische Rechtsprechungspraxis zu Art.L 113-1 C.ass., der als Wirksamkeitsvoraussetzung für alle Risikoausschlüsse in Versicherungsverträgen fordert, daß diese ausdrücklich und begrenzt („formelle et limitée“) sind. Risikoausschlußklauseln werden dann nicht als „limitée“ (begrenzt) angesehen, wenn der Inhalt und das Ausmaß des Ausschlusses nicht klar, eindeutig und bestimmt im Vertrag formuliert ist²⁹⁸⁶. Mit der französischen Rechtsprechung werden auch nach dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie Ausschlußklauseln in Versicherungsverträgen zu unbestimmt sein, die einen Versicherungsschutz bei

²⁹⁷⁹ Bereits bei der Frage, ob Mehrdeutigkeiten bestehen, besteht ein Auslegungsermessen der Gerichte, vgl. Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047.

²⁹⁸⁰ Weitere Beispiele bei Hübner, Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 53 ff., z.B. zu sog. Serienschadensklausel.

²⁹⁸¹ Vgl. auch BGH, VersR 1984, S.677 ff.; weitere Beispiele aus der deutschen Rspr. bei Präve, Rz.306 ff.

²⁹⁸² Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; aA LG Düsseldorf, VuR 1998, S.413 f., 414; m.zust. Anm. Schwintowski, S.414 f., 415

²⁹⁸³ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.8; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4; folgt aus dem Gebot der Durchschaubarkeit, vgl. Korinek, JBl. 1999, S.155 – Rechtsklarheit und Bestimmtheit insbesondere in Nr.1j („im Vertrag aufgeführten Grund“), Nr.2 d („ausdrücklich beschrieben“); aber auch in Nr.1 f, g, k, l deutlich, welche die einseitigen Kündigungs- und Änderungsrechte des Gewerbetreibenden eingeschränken.

²⁹⁸⁴ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.83; Schirmer, Versicherungsforum 1993, S.61 ff., 102; Honsel, ebenda, S.115 ff., 125; Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451; ders., VersR 2000, S.138 ff., 140.

²⁹⁸⁵ Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 53

²⁹⁸⁶ *Ausf.2.Teil C II 3.a) cc)*

„Nichtbeachtung von Gesetzen“; bei „Nichteinhaltung der erforderlichen Sorgfaltspflichten“ oder wenn der VN nicht „alle gewöhnlichen und vernünftigen Vorsichtsmaßnahmen ergriffen hat“, ausschließen, ohne zumindest Regelbeispiele als Konkretisierung anzugeben. Auch der Bezug auf „wirksame Gesetze“ ist zu unbestimmt. Gleiches gilt idR für sog. salvatorische Klauseln wie „soweit gesetzlich zulässig“²⁹⁸⁷ oder „nach geltendem Recht“, weil hier eine klare Festlegung gerade vermieden wird²⁹⁸⁸ und zudem eine geltungserhaltende Reduktion vereinbart werden würde, die weder mit Art.6 I noch mit dem Transparenzgebot vereinbar ist²⁹⁸⁹. Zulässig sind dagegen solche Klauseln, die auf bestimmte gesetzliche Vorschriften verweisen, welche allgemein zugänglich sind²⁹⁹⁰. Soweit Fristenregelungen in den Vertragsbedingungen getroffen werden, muß sich der Fristbeginn hinreichend genau aus dem Vertrag erkennen lassen²⁹⁹¹.

Häufig sind in Finanzverträgen und deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln enthalten, die dem Verwender ein einseitiges Änderungs- oder Anpassungsrecht zugestehen, z.B. Zinsanpassungsklauseln in Darlehensverträgen der Banken oder Prämien- und Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen. Hinsichtlich der Frage, wie die Interessen des Verwenders an Flexibilität und die des Kunden an einer möglichst konkreten Regelung ausgeglichen werden müssen, sind die Besonderheiten der Nr.2 des Richtlinienanhangs zu berücksichtigen²⁹⁹². Die Klauselrichtlinie enthält kein ausdrückliches Verbot überraschender Klauseln wie etwa das deutsche Recht in § 305 c I BGB n.F. (§ 3 AGBG a.F.). Die in Deutschland bei der Prüfung eines „Überrumpelungseffektes“ zu berücksichtigenden Umstände können aber über die individuell-konkrete Prüfung nach Art.4 I in vielen Fällen auch nach der Klauselrichtlinie zu gleichen Ergebnissen führen²⁹⁹³, unabhängig von der Zuordnung zu der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle

²⁹⁸⁷ Solche Klauseln entstanden häufig nach Einführung nat. Klauselkontrollreg., indem dann zweifelh. Klauseln mit diesem Zusatz aufrechterhalten wurden, vgl. für Banken-AGB in Österreich Bydlinski, FS Meier-Hayoz, S.65 ff., 70; unzul.auch nach dt.Rspr., z.B.BGH, NJW 1996, S.1407ff., 1408 – solche u.ähnl.Klauseln können auch als unverständl. kategorisiert werden, v. Westphalen, Transparenzgebot, Rz.25 m.Nachw., vgl.auch unter c).

²⁹⁸⁸ Zu dem Gesinnungswechsel hinsichtlich salvatorischer Klauseln in Österreich, die vor RL-Erlaß insb. deshalb für zulässig gehalten wurden, weil nach hM auch eine geltungserhaltende Reduktion zul. war, vgl.z.T.diff.nach Klauseln Tschaler, ÖJZ 1998, S.281 ff.; Graf, ecoloex 1999, S.8 ff.; Korinek, JBl.1999, S.149 ff.162.

²⁹⁸⁹ Vgl. oben 2.Teil D II 2.c)

²⁹⁹⁰ Unten 2.Teil D IV 3.g)cc)

²⁹⁹¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.8 als allg. Wertung für alle Vertragsarten aus Art.3, erster Spiegelstr. Überweisungs-RL 97/5/EG – ob dieser Schluß zulässig ist (dazu unten unter 2.Teil D IV 3.g)bb) kann hier dahingestellt bleiben, weil sich diese Anforderung bereits aus dem Klarheitsgebot der KlauselRL ergibt.

²⁹⁹² Ausf. unten 2.Teil E II – dt. Recht: zu Zins- und Konditionenanpassungsklauseln in Bankverträgen, vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.98, 100; Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 136 ff. – zu Prämien- und Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen, BGH, NJW 1986, S.3134 ff., 3135 f.; BGH, NJW 1998, S.454 ff., 456; BGH, NJW 1999, S.1865f., VersR 1999, S.697ff. und 1517f.; ausf. Wandt; Präve, Rz.446 ff.; ders., Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 452 ff.; Reiff, EWiR 1997, § 9 AGBG, 15/97, S.961 f., 962; Fricke, VersR 2000, S.257 ff.; Abram, NVersZ 2000, S.249 ff.; Entzian, NVersZ 1998, S.65 ff.; Prölss in Prölss/Martin, § 31 VVG, Vorbem I, Rz.28 ff.; für österreichisches Recht, Vers.verträge, Schauer, VR 1999, S.21 ff.; Schilcher, VR 1999, S.32 ff. – in Finnland erklärte der Marktgerichtshofes mit Urteil v. 4.10.1991, CLAB FI 000024 eine Änderungskl. für unwirksam, weil keine obj. Kriterien für das „wann“ und Art und Weise der Änderung enthielt; das belg. tribunal de commerce de Bruxelles v. 8.3.1996, CLAB BE 000301 hielt eine Preisänderungskl., die „faire varier le prix en fonction d’ éléments dépendant de la seule volonté du vendeur“ für unwirksam; so auch franz. Cour de Lyon v. 23.mai 1996, CLAB FR 000324, vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.27, FN m.Hinw. auf ähnliches griech. Urteil.

²⁹⁹³ Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 374 f. – unabh.von der Frage, ob dies für alle Fälle der dt.Rspr. gilt, wäre § 305 I BGB als Einbeziehungsregel jedenf.außerhalb des Anwendungsbereiches der KlauselRL zul.; sieht man das Überraschungsverbot als inhaltl. Kontrolle, so wäre sie als strengere Regelung nach Art.8 zulässig, so auch Schmidt-Salzer, S.361 und 375; i.E. auch Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1858.

nach Art.3 I²⁹⁹⁴ oder im Rahmen des Art. 5 bei dem Gebot der Klarheit²⁹⁹⁵ oder bei der Verständlichkeit des gesamten Vertragswerkes.

c) Verständlichkeit

Grundsätzlich müssen die Vertragsklauseln für einen juristischen Laien so verständlich sein, daß er deren Sinn und die Tragweite einschließlich der wirtschaftlichen Folgen ohne Hilfsmittel verstehen kann. Besonders in Großbritannien und Spanien wird unter „verständlich“ („intelligible“, „comprehensible“, bzw. unter „plain language“) die Formulierung in der für einen Laien verständlichen Alltagssprache verstanden²⁹⁹⁶. In der englischen Literatur werden daher unverständliche und verwirrende Floskeln wie „herein before referred to as“, „without prejudice to the generality of the foregoing“, „your statutory rights are not affected“²⁹⁹⁷ „nicht mehr für zulässig gehalten“²⁹⁹⁸.

Das Verständlichkeitsgebot der Klauselrichtlinie geht aber nicht so weit, daß überhaupt keine juristischen Fachtermini verwendet werden dürfen²⁹⁹⁹. Bei komplexen Finanzprodukten - z.B. bei AGB der Versicherer oder der Kapitalanlagegesellschaften, die durch eine große finanztechnische Kompliziertheit gekennzeichnet sind³⁰⁰⁰ - werden kurze und präzise Fachtermini statt langer Erläuterungen und Definitionen kaum ganz vermeidbar sein³⁰⁰¹, um nicht die Transparenz des gesamten Vertragswerkes zu gefährden. Rechtsprodukte wie Versicherungen erfordern schon definitionsgemäß Rechtstermini. Unter Umständen können juristische Termini sogar erforderlich und geboten sein, um eine notwen-

²⁹⁹⁴ Dafür Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 374 f.; zust.Eckert, ZIP 1996, S.1238 ff., 1240; Frey, ZIP 1993, S.572 ff., 578; z.B.bei „...auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben“ in EG 16, vgl. auch Markwardt, S.79; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.15; Bsp. bei Prölss in Prölss/Martin Vorbem I Rz.67; vgl.auch in Schweden CLAB SE 000190 v. 3.8.1987, 000189 v. 23.6.1986,u. 000201 v. 28.8.1991-dafür spricht, daß § 305 c I BGB eine starke inhaltl. Komponente hat, indem geprüft wird, ob berechnigte Erwartungen des Vertragspartners hinsichtl. des Klauselinhaltes enttäuscht werden.

²⁹⁹⁵ So Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242; wohl auch Grundmann, 2.10, Rz.49 – nach Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1047 findet § 3 AGBG a.F. „in der...Richtlinie keine Entscheidung“:

²⁹⁹⁶ Stafford, Solicitors Journal 1995, S.478 ff., 479; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.11; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.231 (anders altes Common Law-Recht); OFT, Unfair terms guidance, 19.3 für RL-Ums. (grdstzl. „ordinary member of the public“; Ausn . bei Verträgen, die idR auf jurist. Rat hin geschl.werden)– in Spanien betonen Art.10 I a LCU u. Art.5 LGCG die Vor. der „Einfachheit“; vgl. auch Audiencia Provincial de Malaga v. 15.5.1996, CLAB ES 000458; Audiencia Provincial de Pontevedra v. 8.9.1995, CLAB ES 000057.

²⁹⁹⁷ Director General of Fair Trading in seinen Bulletins, z.B. Bulletin 4, S.15 („simply meaningless to the consumer“); dazu auch Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35ff.,49.

²⁹⁹⁸ Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 43; als intransparent gelten auch sog. „hidden clauses“ (OFT, Bradgate, S.48) u. „basis of the contract -clause“ (Adams, The Journal of Business Law 2000, S.203 ff., 212).

²⁹⁹⁹ Zu weitgehend OFT, Unfair terms guidance, z.B.Rz.19.7,19.5 iVm Rz.18.2.7. (z.B.die Formulierung „indemnify“ sei aus Sicht des durchschnittl.Verbrauchers negativ belegt und könne diesen davon abhalten, seine Rechte geltend zu machen; in Annex A 19 b), wird statt „X will indemnify the Customer...“ vorgeschlagen: „X will pay for damages“; w.Bsp.in 19b) Annex A) – im Ergebnis ist daher die KlauselRL auch nicht strenger als die dt.Rspr., die genauso grdstzl. auf den rechtl. nicht vorgebildeten Durchschnittsverbr.abstellt, z.B.BGH, NJW 1992, S.3158 ff., 3161; BGH, NJW 1989, S.2750, es werden – anders als von Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.11, 13 behauptet - nicht generell alle jurist. Fachbegriffe zugelassen, z.B. nach BGH, NJW 1982, S.331 ff.,333 ist „Wandelung“ und „Minderung“ im Kaufvertrag genauso wenig ausreichend wie der Bezug zur der personenbed. Kdg. in Arbeitslosigkeitsversicherungen, BGH, VersR 1999, S.710 ff., w.Bsp. bei Drygala, S.367; vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4.

³⁰⁰⁰ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.603 für nicht allzu hohe Transparenzanforderungen.

³⁰⁰¹ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104; Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67 (hält völlige Transparenz für unmögl.); so auch Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1051; Schimikowski, r+s 1998, S.353 ff., 360; vgl.BGH: „...in bestimmten Rechtsbereichen außerordentliche oder sogar unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten kann, alle Auswirkungen einer Regelung für den Durchschnittskunden verständlich darzustellen“; „Das Transparenzgebot will den Verwender nicht zwingen, jede AGB-Regelung gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen.“; BGHZ 112, S.115 ff., 119=NJW 1990, S.2383 ff., 2384.

dige Klarheit und Bestimmtheit einer Klausel zu gewährleisten³⁰⁰². Bei dem Beispiel der ohnehin schon komplexen Kapitallebensversicherung würde eine zusätzliche Erläuterung sämtlicher technischen und wirtschaftlichen Grundlagen und juristischen Fachbegriffen zu einem „Informations-Overkill“ führen und der Verbraucher wäre eher überfordert. Auch der EuGH geht bei Finanzdienstleistungen von einem nur begrenzt informierbaren Verbraucher aus³⁰⁰³. Das bedeutet im Ergebnis, daß Versicherungsverträge nicht für jeden VN verständlich sein müssen³⁰⁰⁴, sondern es u.U. dem VN überlassen sein kann, sich fachlich/juristischen Rat zu holen³⁰⁰⁵, z.B. bei einem Versicherungsvermittler.

Letztlich kann das Spannungsverhältnis von möglichst leichter Verständlichkeit, größtmöglicher Präzision und Transparenz des gesamten Vertragswerkes nur in dem jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung des Vertragstyps (Art.4 I: „Art der geschuldeten Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind“) beurteilt werden³⁰⁰⁶. Eine Reisegepäckversicherung läßt sich beispielsweise einfacher darstellen als eine Betriebsunterbrechungsversicherung oder eine Kapitallebensversicherung. Bei Fachtermini, die im allgemeinen Sprachgebrauch den gleichen Sinn haben wie als juristischer Begriff, z.B. bei „Kaufvertrag“, ist grundsätzlich von der Verständlichkeit auszugehen.

Bei Rechtsprodukten wie Versicherungen besteht zudem bei der Vereinfachung der Sprache die Gefahr, daß der Umfang des übernommenen Risikos u.U. größer wird als gewollt³⁰⁰⁷. Dies belegt folgendes Beispiel: Eine Klausel in den AVB einer Haftpflichtversicherung, die den Versicherungsschutz auf Haftung für Personen- oder Sachschäden als Folge „gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts“ beschränkt, soll eine Abgrenzung zu vertraglichen und öffentlich-rechtlichen Ansprüchen darstellen. Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vertraglichen, privaten und öffentlich-rechtlichen Ansprüchen ist dem juristischen Laien schwer verständlich. Die Aufzählung der einzelnen Anspruchsarten jeweils mit Definition wäre aber schon aufgrund der Fülle und auch aufgrund des Inhalts für einen typischen Durchschnitts-VN i.E. auch nicht verständlicher. Schwintowski schlägt vor, die Klausel auf „Der Versicherer gewährt Deckung für Haftpflichtansprüche“ zu beschränken³⁰⁰⁸. Ob diese Klausel wesentlich klarer ist³⁰⁰⁹, sei dahingestellt. Jedenfalls würde dadurch der Versicherungsschutz erweitert, indem sowohl gesetzliche als auch vertragliche, private und öffentlich-rechtliche Ansprüche erfaßt

³⁰⁰² Z.B. bei notariellen Grundstücksgeschäften, zumal hier Fachtermini auch im Rahmen der notariellen Belehrung erklärt werden können, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.12.

³⁰⁰³ Z.B. bei Versicherungen EuGH v.4.12.1986, Rs. 205/84, VersR 1986, S.1225 ff., insb.S.1228.

³⁰⁰⁴ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; aA Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 ff. (Alltagssprache).

³⁰⁰⁵ Römer/Langheid, vor § 1 VVG, Rz.6; das bedeutet, daß die AVB für den Fachmann verständlich sein müssen, Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104.

³⁰⁰⁶ I.E. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.11 ff.

³⁰⁰⁷ Fenyves, VR 1984, S.79 ff., 83

³⁰⁰⁸ Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 – statt der weiteren Formulierung „während der Wirksamkeit der Versicherung eingetretenes Schadensereignis“ schlägt er als Klarstellung der Frage, ob die Schadensursache oder das nach außen zutage tretende Schadensereignis (indt.Rspr.str.) während der Versicherungsdauer bestehen muß, folgenden 2.Satz vor: „Diese müssen während der Versicherungszeit entstanden und gegen den Versicherungsnehmer gerichtet sein.“, zw., ob zum einen die Klausel wesentlich klarer ist (Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67) und zum anderen das Transparenzgebot so weitgehend ist.

³⁰⁰⁹ Zw. auch Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67f. mit der Begründung, daß für den durchschnittlichen VN weder „Deckung“ noch „Haftpflichtansprüche“ zu verstehen seien und auch die Formulierungen „während der Versicherungszeit entstanden“ (Kausal- oder Folgeereignis) und „gegen den VN gerichtet“ nicht (besteht objektiv oder muß geltend gemacht werden) nicht zweifelsfrei zu bestimmen sind.

sind. Für den VN wären solche weiten Klauseln letztlich auch nachteilig, weil die Kosten für den umfassenderen Versicherungsschutz durch eine höhere Prämie auf ihn abgewälzt würden und er u.U. überversichert wäre.

Auch die französische Rechtsprechung hält die Beschränkung einer Haftpflichtversicherung auf deliktischen und quasideliktischen (Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte) Haftpflichtfällen in Abgrenzung zu vertraglichen Haftungsfällen für vereinbar mit Art.L 113-1 C.ass., selbst wenn diese Unterscheidung für den juristischen Laien schwer verständlich ist³⁰¹⁰. Gleiches gilt für andere juristische Fachtermini wie z.B. den Ausschluß für mittelbare Schäden („dommages indirectes“) ³⁰¹¹. Sind Fachtermini nicht zu vermeiden, dann sind diese grundsätzlich im Sinne der juristischen Fachbedeutung auszulegen³⁰¹². Ergeben sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch Unterschiede, so gilt Art.5 Satz 2 und es ist die für den Verbraucher günstigste Variante zu wählen³⁰¹³.

Ein Beispiel für eine unverständliche Klausel in Versicherungsbedingungen stammt aus der deutschen Rechtsprechung³⁰¹⁴: In einer Versicherung wegen Verdienstauffalls infolge unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (§ 1 der AVB) enthalten die AVB in § 3 Nr.1 eine Definition des Begriffs der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit, nach der diese dann vorliegt, „wenn der Arbeitgeber das bestehende Arbeitsverhältnis aus Gründen, die nicht in der Person des Versicherungsnehmers liegen, wirksam gekündigt hat“. Damit spielt diese Definition auf die arbeitsrechtliche Unterscheidung zwischen personenbedingter, betriebsbedingter und verhaltensbedingter Kündigung nach § 1 II KSchG an. Der BGH erklärte diese Klausel zu Recht wegen Intransparenz für unwirksam. Zum einen ist für einen juristischen Laien nicht klar, was eine personenbedingte Kündigung beinhaltet. Selbst wenn man dies nicht ausreichen läßt, so liegt eine weitere Unklarheit darin, daß für den durchschnittlichen VN auch bei einer krankheitsbedingten Kündigung, die Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung ist, eine „unfreiwillige Arbeitslosigkeit“ vorliegt. Außerdem bleibt unklar, ob auch verhaltensbedingte Kündigungen erfaßt sein sollen, bei denen die Kündigungsgründe zwar auch „in der Person“ des Arbeitnehmers liegen, aber nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen eine eigenständige Kategorie vorliegt. Im Ergebnis ist der Versicherungsumfang also auch für einen Juristen unklar. Nach dem BGH ergibt sich die Undurchschaubarkeit des Umfangs des Versicherungsschutzes für den durchschnittlichen VN zudem aus dem Wechsel der Definition des Versicherungsschutzes (von allgemein „unfreiwilliger Arbeitslosigkeit“ zu „nicht personenbedingter Arbeitslosigkeit“) ³⁰¹⁵.

³⁰¹⁰ Cass.Com., v.24.11.1987, RGAT 1988, S.542 ff.m.zust.Anm.Bout; Civ I 13.3.1990, RGAT 1990, S.372 ff. m.Anm.Bout und 26.2.1991, RGAT 1991, S.413f. m.Anm.Bout; aA Chapuisat, RGAT 1983, S.5 ff., 19 f.; Commission des clauses abusives, Rec. n° 85-04 v. 20.9.1985, Erw. in Abs. 49.

³⁰¹¹ Cass. Civ.I v.30.11.1971, RGAT 1972, S.521ff. (hier wurden aber noch Beispiele angegeben).

³⁰¹² Auch in GB werden nach hM jurist. Fachbegriffe wie „riot“ oder „heft“ in Versicherungsbed. nicht aufgrund der o.g. Common-Law-Regeln in dem jurist. Sinn ausgelegt, selbst, wenn dies zu überraschenden oder ungerechten Ergebnissen führt, McGee in McGee/Heusel, S.79 ff., 81; Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.130 und 231; ders., Law of Insurance, Rz.15-2 iVm 15-2A; nach Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rz.111 ff., 113 hängt diese Auslegungsregel („plain meaning rule“) mit engl. Beweisregeln zusammen;aA Stafford, Solicitors Journal, 1995 (Vol.139), S.478 f., 479; Unklarheitenregel schon bei Unklarheit für den Laien.

³⁰¹³ So auch Präve, Rz.276 für den deutschen § 5 AFGBG a.F.

³⁰¹⁴ BGH, VersR 1999, S.710 ff.= NVersZ 1999, S.360 ff.

³⁰¹⁵ I.E. zust Kieniger, VersR 1998, S.1071 ff., 1973 und unter III S.1074 f. – diese Arg. könnte allerdings eher auf eine inhaltl.Unzulässigkeit der Klausel hindeuten, obwohl der BGH dies ausdrückl. offenläßt (dafür ansch. Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1050; ders., NVersZ 1999, S.349 ff., 350); denn an-

Grundsätzlich fordert das Verständlichkeitsgebot in Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie möglichst kurze und knappe Formulierungen³⁰¹⁶. Auch bei komplexen Finanzprodukten ist darauf zu achten, daß eher mehrere kurze Sätze statt Schachtelsätzen zu verwenden sind. Auch hier kann aber wieder keine formale oder schematische Kontrolle nach sprachwissenschaftlichen Grundsätzen etwa anhand des in den USA eingeführten „Flesch-Tests“³⁰¹⁷ durchgeführt werden³⁰¹⁸, denn kurze und knappe Sätze bergen wiederum die Gefahr der Unklarheit, indem nur noch Schlagworte ohne Erläuterungen verwandt werden.

Das Verständlichkeitsgebot umfaßt nicht nur die einzelne Klausel, sondern auch deren Einordnung in das Vertragsgefüge und damit die Systematik des Klauselwerkes. Daraus folgt z.B. für Versicherungsbedingungen, daß kein unverständliches Nebeneinander von „Besonderen Bedingungen“ und „Sonderbedingungen“ mit zahlreichen Querverweisen gegeben sein darf³⁰¹⁹. Bei umfangreichen Klauselwerken wie bei Finanzprodukten ist eine klare und übersichtliche Gliederung, z.B. durch Abschnitts- und Klauselüberschriften³⁰²⁰, notwendig. Das bedeutet für Versicherungsverträge, daß alle Ausschlüsse zu Beginn des Vertragswerkes und möglichst unter einer Überschrift, z.B. „Ausschlüsse“, „Deckungsumfang“, o.ä., situiert sein müssen und nicht im Vertragsgefüge versteckt sein dürfen³⁰²¹.

d) Sog. „verhüllte“ Obliegenheiten³⁰²² in Versicherungsbedingungen

Zum Teil werden sog. „verhüllte“ Obliegenheiten wegen Intransparenz für unwirksam gehalten³⁰²³. Dafür könnte sprechen, daß es sich um Klauseln handelt, die uU als

denfalls wäre generell die übliche Systematik der primären, sekundären und tertiären Risikobeschreibungen als Verstoß gegen das Transparenzgebot anzusehen, da ja bereits der sekundäre Risikoausschluß gerade nicht mit der primären Risikobeschr. übereinstimmt und ein „Wechsel“ wäre; in diese Richtung aber wohl OLG Hamburg, VersR 2001, S.849 ff., 851; aA OLG Köln, VersR 2001, S.851 ff., 853.

³⁰¹⁶ So auch die Schlußfolgerung des sog. Hamburger Verständlichkeitskonzepts, das von Psychologen in umfangreichen empirischen Tests erarbeitet wurde und nach den Merkmalen 1) Einfachheit, 2) Gliederung-Ordnung, 3) Kürze-Prägnanz, 4) anregende Zusätze unterscheidet. Zu den Vorschlägen gehört u.a. der Verzicht auf die für juristische Texte üblichen „wenn-dann“-Sequenzen von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge; vgl. Schwintowski, NVersZ 1998, S.97ff., der auf dieser Grdl. Vorschläge macht; zust. zu Berücksichtigung, Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1052 (untersch. zw. „formaler Transparenz“, „sprachlich -inhaltlicher“ sowie „rechtlich -inhaltlicher“ Transparenz).

³⁰¹⁷ Dieser Test, der allerdings eher auf die engl. Sprache zugeschnitten ist, verrechnet die Anzahl der Wörter mit Anzahl der Sätze u. vorhandenen Silben - im US-Bundesstaat Massachusetts wird die Verwdg v. Vers. policen davon abhängig gemacht, daß ein best. Wert auf der „Flesch -Skala“ erreicht wird, dazu Basedow, VersR 1999, S.1045 ff. m. Abdr. des Gesetzes, S.1053 ff.; vgl. auch Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67, FN36.

³⁰¹⁸ Kritisch auch Langheid, NVersZ 2000, S.63 ff., 67; Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140.

³⁰¹⁹ Vgl. auch dt. Rspr. OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, S.283 ff., 284.

³⁰²⁰ Schäfer, S.10

³⁰²¹ Zum. indirekte Ausschlüsse, die deutlich als Leistungsdef. gekennzeichnet sind, sind transparent.

³⁰²² Klauseln, die materiell eine Obliegenheit enthalten, aber als Risikoausschlüsse formuliert werden – Abgrenzung im Einzelfall ist schwierig u. umstr., vgl. ausf. zu Meinungsstreit und unterschiedl. Theorien, Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.7 ff. - die hM inklusive Rspr. grenzt unabh. von Klauselformulierung u. -stellung danach ab, ob materiell eine Pflicht zum Handeln bzw. zu einem sorgfältigen/vorbeugenden Verhalten des VN im Vordergrund steht oder hinter objektbezogenen Voraussetzungen und Merkmalen (z.B. dem Zustand der versicherten Sache, Versicherungsort) zurücktritt, vgl. BGH, VersR 1995, S.328ff., 329; ausf. van de Loo, S.71 ff. – z.B. wird der Ausschl. für Schmucksachen, Foto- und Filmapparate, etc. in unbeaufsichtigt abgestellten KfZ's sachlich als Obliegenheit behandelt, BGH, r+s 1985, S.282 f.m.w. Nachw. weil hier ein Handeln gefordert wird, daß das versicherte Risiko begrenzen soll; Hilfsarg. der Rspr. ist, ob ein „an sich“ weiterer Versicherungsschutz durch verhaltensabhängige Ausschlüsse reduziert wird (Obliegenheit) oder ob die Deckung „von vorneherein“ beschränkt sein sollte, krit. dazu Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.10; weiteres Hilfsarg. ist die Grenze der versicherungstechn. Entwertung durch das Verschuldenserfordernis, vgl. Prölss, ebenda, Rz.18.

³⁰²³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz.859; ähnl. van de Loo, S.75f. (Unwirksamk.wg. unangem. Abweichung vom gesetzl. Leitbild); diff. Choi, S.278; aA Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.21.

Ausschlußklauseln „getarnt“ sind, um die besonderen Voraussetzungen der §§ 6³⁰²⁴, 15 a VVG nach deutschem Recht für vertraglich vereinbarte Obliegenheiten zu umgehen. Bei einem Risikoausschluß besteht dagegen schon aufgrund bloßer Verwirklichung dessen Voraussetzungen von vorneherein kein Versicherungsschutz. Kommt es zu einem Gerichtsverfahren, ist der VN nach der deutschen Rechtsprechung im Ergebnis geschützt. Die Gerichte gehen zwar von der Wirksamkeit verhüllter Obliegenheiten aus, behandeln diese aber - richtigerweise unabhängig von ihrem Wortlaut³⁰²⁵ - entsprechend ihres materiellen Gehalts als Obliegenheiten³⁰²⁶, so daß die Voraussetzungen des § 6 VVG gelten. Da für den VN aber nicht ohne weiteres erkennbar ist, daß es sich um eine Obliegenheit handelt, bei deren Verletzung er nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 6 VVG den Versicherungsschutz verliert, könnte er durch die Klauselformulierung eher geneigt sein, zu resignieren und von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Es könnte daher ein Fall der unzureichenden Durchschaubarkeit der Rechte und Pflichten und damit eine Intransparenz iSd Richtlinie vorliegen. Dagegen spricht jedoch, daß es in Grenzfällen zum Teil auch für den Versicherer bei Aufstellung seiner Versicherungsbedingungen schwer zu übersehen ist, ob es sich um eine „verhüllte“ Obliegenheit handelt.

Die Abgrenzung zu Risikoausschlüssen gehört „zu den schwierigsten Fragen des Privatversicherungsrechts“³⁰²⁷, was sich auch in den unterschiedlichen Urteilen zeigt³⁰²⁸. Außerdem ist auch bei einer klar als Obliegenheit zu erkennenden Klausel fraglich, ob ein typischer Durchschnittsverbraucher die Rechte aus § 6 VVG kennt. Im Rahmen der Interessenabwägung im Einzelfall (oben unter 2.) kann daher nicht jede verhüllte Obliegenheit als vorwerfbare Intransparenz bezeichnet werden. Eine „Verheimlichungswirkung“ ist dem Versicherer nur dann zuzurechnen, wenn eine verhüllte Obliegenheit erkennbar ist, z.B. wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung für einen bestimmten Fall bereits den Obliegenheitscharakter bejaht hat³⁰²⁹. Denn nur dann ist es ihm möglich und zumutbar, die Klausel anders zu formulieren und eine Verschleierungswirkung – etwa durch die Überschrift „Risikoausschlüsse“ - zu vermeiden.

e) Kenntnisnahmemöglichkeit

Inwieweit aus EG 20 und Nr.1 i des Anhanges die Voraussetzung der tatsächlichen Kenntnisnahmemöglichkeit als Konkretisierung des Transparenzgebotes herangezogen werden können, ist fraglich. Denn bei diesen Bestimmungen handelt es sich um „Überreste“ der

³⁰²⁴ Zu dem abweichenden § 6 des österreichischen VVG Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.135 ff.

³⁰²⁵ Die sog. Ausschlußtheorie nimmt dagegen nur dann eine Obliegenheit an, wenn der Klauseltext tatsächlich ein Verhalten beschreibt, nicht aber, wenn der Versicherer rechtstechnisch einen Risikoausschluß verwendet – diese Abgrenzung ist abzulehnen, vgl.Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.7.

³⁰²⁶ BGH, VersR 1986, S.1097 f., 1098; BGH, VersR 1987, S.1109 f.,1110; BGH, VersR 1988, S.267 ff. 269

³⁰²⁷ Fenyves, VR1984, S.79 ff., 92

³⁰²⁸ Vgl. nur unterschiedl. Rspr.bzgl. Klauseln in Sachversicherungen, nach denen der Versicherungsschutz davon abhängig gemacht wird, daß eine versicherte Sache in einer best. Weise (z.B.in einem Safe, Garage, etc.) aufbewahrt, verschlossen oder bewacht wird, Nachw. Präve, Rz.383 u. Weyers, Rz.354 - richtigerweise sind z.B.die Verwahr- und Nachtzeitklauseln in der Reisegepäckvers. als „verhüllte“ Obliegenheiten zu werten, weil hier ein best., vorbe ugendes Verhalten zur Verringerung des Risikos verlangt wird, von dem es abhängt, ob der VN den Versicherungsschutz behält oder verliert, vgl.Präve, Rz.383; allg. für Verschluß- und Aufbewahrvorschr., Prölss in Prölss/Martin, § 6 VVG, Rz.16.

³⁰²⁹ So auch Fenyves, VR 1984, S.79 ff., 92.

zunächst nach deutschem und portugiesischem Vorbild geplanten³⁰³⁰, aber gerade nicht in die endgültige Fassung des Richtlinien textes übernommenen Einbeziehungsregel; die tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit wurde statt dessen zu Nr.1 i (Nr. 1 h des geänderten Vorschlags von 1992) hinzugefügt. Nach der Begründung des Rates sollten Annahme und Vertragsschluß den Mitgliedstaaten überlassen bleiben³⁰³¹. Auch wenn sich die Nr.1 i des Anhanges unmittelbar nur auf Kenntnis- bzw. Zustimmungsfiktionsklauseln bezieht³⁰³², setzt sie iVm dem unverändert gebliebenen EG 20 aber zugleich konkludent einen gewissen rechtsgeschäftlichen Mindestbestand der nationalen Rechte voraus, indem sie eine Klausel, die davon abweichen will, für verbotsfähig hält³⁰³³. Der Nr.1 i liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Zustimmung nur dann wirksam erklärt werden kann, wenn der Verbraucher vorher tatsächlich Kenntnis von den Klauseln nehmen konnte³⁰³⁴, ohne daß jedoch im einzelnen rechtsgeschäftliche Regelungen für den Vertragsschluß und die Einbeziehung vorgegeben werden³⁰³⁵. Es bestehen daher durchaus Gründe dafür, die Voraussetzung der Kenntnisnahmemöglichkeit als mittelbare Folge der Nr.1 i iVm EG 20 zur Konkretisierung des Transparenzgebotes heranzuziehen³⁰³⁶. Die Transparenz muß daher von Anfang an gegeben sein, um schon vor Vertragsabschluß eine Information zu ermöglichen³⁰³⁷ und damit Markttransparenz sicherzustellen, was grundsätzlich die physische Zugänglichkeit der Vertragsbedingungen erfordert³⁰³⁸. Bei komplexen Vertragswerken wie idR bei Finanzprodukten folgt aus dem Erfordernis der tatsächlichen Kenntnisnahmemöglichkeit, daß dem Verbraucher ein Exemplar zur Verfügung gestellt wird³⁰³⁹.

³⁰³⁰ Art.5 II des geänderten RL-Vorschlags von 1992 : „Vertragsklauseln, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurden, sind, unabhängig von ihrer Lauterbarkeit oder Unlauterbarkeit, nur als vom Verbraucher angenommen anzusehen, wenn dieser vor Vertragsschluß tatsächlich die Möglichkeit hatte, davon Kenntnis zu nehmen.“

³⁰³¹ Vgl. Begr.in GS des Rates v. 14.10.1992, 8406/1/92, REV 1 ADD 1 bei Grundmann, 2.10, Rz.42, FN 129; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 – die Regelung als solche wurde nicht beanstandet.

³⁰³² Beispiel für eine unzulässige Klausel, LG Dortmund, VuR 2000, S.177 f.m.zust.Anm. Schwintowski, S.178.

³⁰³³ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.32 ff.,insb.33/34; Anh.Nr.1 i, Rz.76- Lockett/Egan, Rz.4.18 hält Nr.1 i iVm EG 20 sogar für prägend für den Zweck der RL; entgegen Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.1 i, Rz.121 wird aber nicht die Trennung von Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle aufgegeben, weil unmittelbar nur die Zustimmungs- bzw. Kenntnisfiktionsklauseln geregelt werden. Ein rechtsgeschäftlicher Mindestbestand ist in den nationalen Rechten vorhanden (s.o.).

³⁰³⁴ Nach dem Eingangssatz des Anhanges genügt es, wenn die Klausel „darauf abzielt“, daß eine Kenntnis - oder Zustimmungsvermutung greift, ohne daß die mangelnde Kenntnismögl. im Einzelfall immer festgestellt werden muß, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.1 i, Rz.78; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.1 i, Rz.123.

³⁰³⁵ Den nat.Rechten überlassen bleibt z.B. die Art und Weise der Zustimmung (ausdrückl., stillschweigend, gesondert) oder die Notwdgk. eines ausdrückl. Hinweises wie in § 305 II Nr.1 BGB n.F. (§ 2 AGBG a.F.); dabei geht die KlauselRL aber davon aus, daß grdstzl. Klauseln nur durch rechtsgeschäftl. Zust.Vertragsbestandteil werden,Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.9; auch dies ist gesicherter Bestand der europäischen Rechtsordnungen, Begründung der Kommission zu dem RL-Vorschlag 1990, S.2– ausf. zu rechtsgeschäftlichen Regelungen der KlauselRL, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.32 ff.

³⁰³⁶ Z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4; Lockett/Egan, Rz.3.17; OFT, Unfair terms guidance, Rz.19.2, 19.8; Markwardt, S.84; Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 241; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.33 f., 39; Schlußanträge Generalanwalt Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz. 40/41 (prüft ansch.Kennntnisnahmemögl. als Vor. für Kontrollfreiheit nach Art.4 II, ohne sich allerdings auf Nr. 1 i zu berufen oder Art.5 zu erwähnen; die Ans.in Rz.40, der RL-Anhang sei nicht einschlägig, könnte dafür sprechen, daß er Nr. 1 i nur auf Zustimmungs- u. Kenntnisfiktionsklauseln anwendet); aA wohl Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1046.

³⁰³⁷ Generalanwalt Tizzano, Schlußantrag v.23.1.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./ Niederlande), Rz.31

³⁰³⁸ Ähnlich Basedow/Fock-Lenzing, S.170. Tenreiro/Karsten in Schulte-Nölke/Schulze, S.223 ff., 242 faßt dies bereits unter das Verständlichkeitsgebot.

³⁰³⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.39; zwar ist in RL-Wortlaut nur von „tatsächlichen“ Kenntnisnahmemögl. („real opportunity“; „effectivement“; „di fat to“) und nicht von „zumutbarer“ oder „angemessener“ Kenntnis die Rede, was nur auf eine physische Zugänglichkeit hindeuten könnte, denn z.B. die dt. Rspr. entwickelte eine Übergabepfl. eines Vertragsexemplars idR bei Abwesenden oder bei komplexen Produkten gerade aus dem Zumutbarkeitserfordernis (BGH, VersR 1986, S.672 ff., 673); die engl. Version „real opportunity to examine all the terms“ scheint allerdings weiterzugehen. Jedenf. enthielten sowohl das dt. Vorbild (§ 2 II Nr. 2 AGBG a.F. „in zumutbarer Weise“) als auch das portugies. Vorbild (insb. Art.5 II Gesetz 446/85 „Bekanntmachung in geeigneter Weise...unter Berücksichtigung

Die Kenntnisnahmemöglichkeit umfaßt aber keinen generellen Anspruch auf Erhalt eines Vertragsexemplars vor Vertragsschluß für den Vertragspartner oder etwa allgemein für alle interessierten Personen, wie z.B. auch Verbraucherschutzverbände iSd Art.7 II. Bei einigen Finanzdienstleistungen ist die Übergabe von Informationen oder eines Vertragsexemplars durch Spezialrichtlinien und –empfehlungen geregelt, so daß auf diese Weise dem Gedanken der Markttransparenz und der Eigenschaft der Vertragsbedingungen als Informationsträger Rechnung getragen wird³⁰⁴⁰. Ein allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz ist diesen doch (noch) vereinzelt Regelungen nicht zu entnehmen, auch im Bereich der Finanzdienstleistungen gibt es Richtlinien ohne diese Übergabepflicht. Die Klauselrichtlinie sieht entgegen der Forderung des Wirtschafts- und Sozialausschusses während des Gesetzgebungsverfahrens³⁰⁴¹ eine solche Aushändigungspflicht eines Vertragsexemplars gerade nicht vor³⁰⁴².

Die Aufnahme einer Übergabepflicht in nationale Regelungen steht den Mitgliedstaaten aber nach Art.8 frei³⁰⁴³ und wäre auch für die Klauselrichtlinie zu befürworten, insbesondere wenn der Zweck der Markttransparenz auch im Hinblick auf Auswahlmöglichkeiten zwischen inländischen und ausländischen Anbietern ernst genommen wird³⁰⁴⁴.

f) Irreführungsverbot?

Von dem Gebot der Durchschaubarkeit des Sinns und Tragweite der vertraglichen Rechte und Pflichten ist auch das Täuschungsverbot umfaßt³⁰⁴⁵, das bei Klauseln mit unrichtigem

der Wichtigkeit des Vertrages, der Reichweite und Komplexität der Vertragsbedingungen bei üblicher Sorgfalt eine vollständige und wirkliche Kenntnis möglich ist.“) den Zumutbarkeitsgedanken, so daß insb. iVm dem Treu und Glauben Grundsatz davon auszugehen ist, daß auch die KlauselRL von einer angemessenen Kenntnisnahmemöglichkeit ausgeht. Es ist aber fraglich, ob eine Bedenkzeit bei komplexen Verträgen zwingend ist, so Basedow/Focul-Lenzing, S.170.

³⁰⁴⁰ Vgl. Art.4 I 2 Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG; Punkt 5 der Empfehlung 88/590/EWG v.17.11.1988 zu den Beziehungen von Karteninhabern und –ausstellern; RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen: vor Bindung (Art.5 I), nach Vertragsabschluß (Art.5 II) und immer auf Verlangen des Verbr.(Art.5 III); Übergabe der allg. und bes. Versicherungsbed. nach Anhang III B Vierte RL 2002/83/EG (=Anh. II B Dritte RL 92/96/EWG); weniger klar in Art.31 I („zur Verfügung zu stellen“) und Art.43 II 2 Dritte RL Schaden 92/49/EWG; Überweisungs-RL 97/5/EG; GruppenfreistellungsVO 358/2003, Art.5 I c) iVm 16.EG („...die Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen ... zugänglich sind und auf einfache Anfrage hin übermittelt werden“), einschr.Matusche, S.137 – außerhalb der Finanzdienstleistungen vgl. auch Art.3 I, Art.4 , 3.Spiegelstrich Timesharing-RL 94/47/EWG; Art.4 II b, letzter HS Pauschalreise-RL 90/314/EWG; Art.5 I Fernabsatz-RL 97/7/EG, Art.10 III e-commerce-RL 2000/13/EG.

³⁰⁴¹ ABl. 1991, Nr. C 159/34, S.36, Punkt 2.5.1

³⁰⁴² Vgl. auch Lockett/Egan, Rz.3.17

³⁰⁴³ Frankreich: Art.3 des Gesetzes v. 23.6.1989 die Pflicht des Unternehmers, an jede Person, die dies wünscht, eine Kopie des Vertrages, der gewöhnlicherweise gegenüber Verbrauchern verwendet wird, zu senden., bei Nichteinhaltung drohen strafrechtl. Sanktionen; ähnl. Reg. in Luxemburg, vgl. Konferenzunterlagen, S.197; nach Art.6:234 des niederländischen Zivilgesetzbuches (NBW) müssen die AGB dem Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluß zur Verfügung gestellt werden oder ihm sogar – soweit zumutbar – nachträgl auf sein Verlangen hin kostenlos zugesandt werden; auch Art.10 I b des spanischen Verbraucherschutzgesetzes (LCU) verlangt grdstzl. die Aushändigung der Vertragsurkunde (dt. Übers. v.Hippel, Verbraucherschutz, S.404); in Großbritannien Sec.13 III UTCC Reg.: jede Person muß auf Verlangen des Director General of Fair Trading o.einer in Schedule I Teil 1 gen.Behörde (u.a.FSA) Information und Kopie v.gebrauchten o.empfohlenen Kl. überlassen; in Deutschland gibt es Rspr. zu der zumutbaren Kenntnisnahmemögl., aber keine allg. Pflicht zur Aushändigung (nur Spezialreg.z.B. § 5 a VVG, § 10 a VAG); auch in Österreich nur für Versicherungsverträge, § 5 b II VVG (Aushändigung der AVB vor Abgabe seiner Vertragserklärung), zu RF Schauer, S.84 und 119 f.

³⁰⁴⁴ Bei nur physischer Zugänglichkeit entstehen nämlich bezüglich ausländischer AGB immense Transaktionskosten, um von diesen Kenntnis zu nehmen; i.Ergebnis auch die Arbeitsgruppe anläßlich der Konferenz 1.-3.7.1999 in Brüssel über die Anwendung der KlauselRL, vgl. Konferenzunterlagen, S.199.

³⁰⁴⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.4; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.10 – Überschneidungen mit dem Verständlichkeitsgebot denkbar, vgl.v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.30.

oder irreführenden Inhalt verletzt sein kann. In Abgrenzung zu dem Vollständigkeitsgebot³⁰⁴⁶, bei dem es um die Frage geht, ob und inwieweit gesetzliche Regelungen wiedergegeben werden müssen oder zusätzliche Angaben gemacht werden müssen, geht es bei dem Irreführungsverbot um folgendes : wenn in dem Klauseltext bestimmte Angaben vorhanden sind oder gesetzliche Regelungen wiedergegeben werden, so müssen diese Angaben richtig, vollständig und nicht überholt sein³⁰⁴⁷, um eine Verschleierung und Täuschung über die wahre Rechtslage zu vermeiden.

g) Transparenzgebot als Ansatz für Hinweis-, Erläuterungs-, Aufklärungs- und Informationspflichten?

aa) Problemdarstellung

Fraglich ist, inwieweit aus dem Transparenzgebot in Art.4 II,5 der Klauselrichtlinie positive Hinweis-, Erläuterungs-, Aufklärungs- und Informationspflichten im Hinblick auf vertragliche Regelungen folgen. Hierbei handelt es sich hauptsächlich um ein Problem der Grenzen des Transparenzgebotes, aber auch um die Einordnung und Abgrenzung – soweit eine solche überhaupt möglich und erforderlich ist - im Vergleich zu den ausdrücklich durch andere Richtlinien geregelten positiven Informationspflichten (unter bb) und zu außergesetzlichen vorvertraglichen Aufklärungs- und Hinweispflichten aus Treu und Glauben (unter cc). Letztere Überschneidung entsteht insbesondere unter Berufung auf die Umstände des Einzelfalles nach Art.4 I im Rahmen des Transparenzgebotes. Allen drei Bereichen ist der Informationszweck gemeinsam.

Dieser „Informationsdreiklang“ führt jeweils zu unterschiedlichen Rechtsfolgen: während bei Verletzung des Transparenzgebotes als unmittelbare Rechtsfolge grundsätzlich eine Auslegung nach Art.5 Satz 2 oder eine Unverbindlichkeit wegen Mißbräuchlichkeit (oder Nichteinbeziehung) der betreffenden vertraglichen Regelung möglich ist, gelten für die ausdrücklich vorgeschriebenen Informationspflichten die in der jeweiligen Richtlinie (oder nationalem Gesetz) vorgesehenen Rechtsfolgen. Unter Umständen können - genauso wie bei der Verletzung von außergesetzlichen vorvertraglichen Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben³⁰⁴⁸ - Schadensersatzansprüche (bei Vertretenmüssen) bestehen. Nach deutschem Recht können bei fehlender Aufklärung auch Anfechtungsmöglichkeiten wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums in Betracht kommen, mit der Rechtsfolge der ex tunc-Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Eine umstrittene Folgeproblematik bei Schadensersatzansprüchen ist, worin der Schaden bei fehlender oder unvollständiger Information bzw. Aufklärung liegt; uU kann hier im Ergebnis die gleiche Situation entstehen wie bei dem Verstoß gegen das Transparenzgebot³⁰⁴⁹, allerdings mit Beweislast auf Seiten des Verbrauchers. Noch deutlicher werden die Überschneidungen z.B. im deutschen Schrifttum, indem

³⁰⁴⁶ Dazu unten unter 2. Teil D IV 3.g)cc).

³⁰⁴⁷ So auch die dt.Rspr.: BGH, NJW 1992, S.3158 ff., 3161 und 3162; BGHZ 119, S.152 ff.,168; BGH, NJW 1988, S.2951ff.,2953; BGH, NJW 1985, S.320 ff., 323.

³⁰⁴⁸ Vgl. zu den Aufklärungspflichten bei Versicherungsverträgen in Dtl., Prölss in Prölss/Martin, Vorbem II, Rz.10 ff. ; in Frankreich: Sievers, S.65 ff. (auch Aufhebung des Vertrages bei arglistiger Täuschung möglich).

³⁰⁴⁹ Vgl. Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 238; z.B., daß best. Klauseln keine Rechtswirkungen entfalten, wenn der Verbraucher z.B. nachweisen kann, bei erfolgter Aufklärung den Vertrag nicht abgeschlossen oder zu best. Regelungen nicht zugestimmt hätte, vgl. Niedenführ, S.183; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860 für eine Bürgschaftserklärung, hinsichtl. derer bei nicht erfolgreicher Aufklärung ein Freistellungsanspruch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo bestehe.

zum Teil auch für Nichteinhaltung von Hinweis- und Aufklärungspflichten, die aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie iVm Art.4 I abgeleitet werden, Schadensersatz aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo (§§ 280 I iVm 311 II, 241 II BGB n.F.) vertreten wird³⁰⁵⁰ - danach wären für den „Informationsdreiklang“ die gleichen Rechtsfolgen möglich³⁰⁵¹.

Dieses Schrifttum scheint also das Transparenzgebot sowohl als Grundlage für weitgehende Pflichten anzusehen, als auch zumindest in Teilbereichen als eine Art AGB-rechtlichen Spezialfall der *cic*³⁰⁵².

Die Frage positiver Pflichten als Folge des Transparenzgebotes und die Abgrenzungproblematik werden in der Literatur nur selten behandelt und sind noch weitgehend ungeklärt. Gleiches gilt für die Situation in Deutschland³⁰⁵³. Genauso ungeklärt ist die Frage, ob und inwieweit Begrenzungen von positiven Richtlinien- Informationspflichten wie z.B. die Deckelung in Art.36 III Vierte RL-Leben 2002/83/EG (=Art.31 III Dritte RL-Leben 92/96/EWG)³⁰⁵⁴ auch eine Schranke im Hinblick auf das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie oder im Hinblick auf außergesetzliche vorvertragliche Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben³⁰⁵⁵ darstellen.

Zum Teil werden aus dem Transparenzgebot umfangreiche Aufklärungs- und Informationspflichten mit dem Argument der Klauselrichtlinie abgeleitet, daß die Vertragsklauseln

³⁰⁵⁰ Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23; ders., NJW 1996, S.2190 ff., 2197 (ausdrückl. gegen RF aus § 6 AGBG a.F.); Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860 (uU auch Anfechtungsrecht) – generell für nat. Regelungen von SE-Ansprüchen als zulässige RF für Intransparenz iSd KlauselRL auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.8 - interessanterweise leitet zwar auch Horn in Wolf/Horn/Lindacher § 24a AGBG, Rz.64 Hinweis- und Aufklärungspfl. aus dem Transparenzgebot ab, spricht aber als RF bei Nichteinhaltung von der Verletzung des Transparenzgebotes, was konsequenterweise also die Nichtgeltung der Klausel bedeuten müßte.

³⁰⁵¹ Z.B. im Versicherungsrecht sind *cic*-Ansprüche bei Verletzung einer im Einzelfall aus Treu und Glauben gegebenen Aufklärungspfl. insb. hinsichtlich Risikoausschlüssen möglich (z.B. bei Erkennbarkeit von Irrtümern oder konkreten Nachfragen, Prölss in Prölss/Martin, Vorbem II Rz.10 ff.), werden aber u.a. auch für Nichteinhaltung der in § 10 a iVm Anlage D VAG in Umsetzung der versicherungsrechtl. RL's geforderten Informationen vertreten (Grundmann, 4.30, Rz.45) – die hier dargestellte Problematik der direkten RF ist zu trennen von den mittelbaren RF: bei Verwendung unwirksamer, also auch intransparenter, Klauseln bestehenden uU sekundäre Schadensersatzansprüche gegen den Verwender aus *cic*, dazu Koch, WuB IV C § 8 AGBG 1.01, S.1092; Prölss in Prölss/Martin, Vorbem. I Rz.108; Niedenführ, S.148, 185.

³⁰⁵² Insb.Niedenführ, S.110 ff., 126 ff.,145 ff., 182 ff. (er geht dabei aber von der bürgerlich-rechtlichen Perspektive und nicht von dem wirtschaftsrechtlichen Ansatz aus und die berechtigten Informationsinteressen werden nicht konkret-individuell, sondern abstrakt bestimmt), vgl.auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, §9 AGBG, Rz.149 („Ein Hinweisgebot kann sich dann ergeben, wenn eine schuldrechtliche Aufklärungspflicht besteht“); ähnl.Drygala, S.369; auch hinsichtl. der KlauselRL: Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23; ders., NJW 1996, S.2190 ff., 2197; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.25 und Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.8.

³⁰⁵³ Zw.bezügl. positiver Pflichten Brandner, FS Locher, S.317 ff., 322 ff.; Westermann, FS Steindorff S.817 ff., 827; dafür anscheinend Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.149; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.128 (pos. Informationspflichten) m.Nachw.; tend. auch v.Hoynigen-Huene, Rz.202; gegen eine solche allg. Rechtspflicht und eigenständige Aufklärungspfl., BGH, WM 1999, S.133=NJW 1999, S.276, 277; Koch, WuB IV C § 8 AGBG 1.01, S.1092; v.Westphalen, „Transparenzgebot“, Rz.12. Nahez u ungeklärt ist z.B. das Verhältnis von Transparenzgebot und Aufklärungspflichten des Verwenders bei Vertragsschluß, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, Rz.90; vgl.aber Niedenführ, S.182ff. für Spezialität des AGB-rechtl. Transparenzgebotes zu vorvertragl. Aufklärungspfl. mit RF *cic*; aA v.Hoynigen-Huene, Rz.202.

³⁰⁵⁴ Zu Art.31 III Dritte RL-Leben : EuGH v. 3.5.2002, Rs. C-386/00 (Axa Royale Belge SA./Georges Ochoa u.Stratégie Finance SRL), celex-Dok. 620000J0386;Grundmann, 4.31, Rz.30 – im dt.Recht ist z.B. die Vereinbark. der Infopfl. des § 7 AltZertG mit Dritte/Vierte RL Leben problem.; allerdings ist die Erfüllung des AltZertG nur als Vor. steuerlicher Förderung gestaltet, hat also primär andere Stoßrichtung als die Vers-RL.

³⁰⁵⁵ Dafür Roth in Honsell, Europäisches Versicherungsrecht, Rz.117; tendenziell aA Grundmann, 4.31, Rz.30, jedenfalls nicht durch die Formulierungen „notwendige“ und „wesentliche Bestandteile“ der RL.

nur bei Erfüllung dieser Pflichten verständlich iSd Art.4 II,5 sind³⁰⁵⁶. Von anderen wird wiederum die Entwicklung von Aufklärungspflichten aus dem Transparenzgebot skeptisch bis ablehnend beurteilt³⁰⁵⁷. Die Verknüpfung von Transparenzgebot und vorvertraglichen Aufklärungspflichten wird z.B. in Deutschland dadurch deutlich, daß nach der Rechtsprechung bei Versicherungsverträgen den Versicherer regelmäßig keine Aufklärungspflicht hinsichtlich solcher vertraglicher Regelungen trifft, die sich klar und deutlich aus dem Klauselwerk ergeben³⁰⁵⁸. Zuzustimmen ist dem für den Bereich des Art.4 II der Klauselrichtlinie – insoweit ist davon auszugehen, daß der durchschnittliche Verbraucher diesen Bereich kennt und liest, so daß bei klarer und verständlicher Darstellung im Vertragswerk keine zusätzliche Erläuterungs- oder Warnpflicht erforderlich ist.

Letztlich wird eine klare Grenzziehung nur schwer möglich sein, da die unterschiedlichen Bereiche ineinander übergehen; es bleibt abzuwarten, inwieweit der EuGH das Transparenzgebot als Grundlage für positive Aufklärungspflichten sieht. Als Ansatz erscheint das Transparenzgebot als engster Bereich, der sich im wesentlichen auf eine „negative Kontrolle“, also die Entfernung vorhandener mißbräuchlicher bzw. intransparenter Klauseln aus den Verbraucherverträgen konzentriert³⁰⁵⁹ und anders als manche nationalen Rechte³⁰⁶⁰ keine allgemeinen positiven Informations- oder Vertragsgestaltungspflichten vorsieht. Um diese Teilmenge zieht sich dann der Kreis weiterführender Informationspflichten anderer Richtlinien und Empfehlungen und wiederum als weiterer Kreis die im Einzelfall aus Treu und Glauben entwickelten Aufklärungspflichten vor Vertragsschluß.

Eine Trennung in „negative Kontrolle“ und „positive Informationspflichten“ führt aber allein nicht weit, weil dem Transparenzgebot schon nach der Natur der Sache immer auch positive Aufklärungs- und Informationsanforderungen immanent sind. Praktisch jede Beanstandung einer Klausel als intransparent trägt automatisch die (positive) Forderung nach einer weiteren Klarstellung bzw. Erläuterung in sich, z.B. stellen die Pflicht zur Konkretisierung einer zu unbestimmten Klausel oder zur Definition eines juristischen Fachbegriffes oder zu vollständigen und richtigen Angaben nicht anderes als Erläuterungs- und Aufklärungspflichten dar, ohne jedoch bestimmte Klauselgestaltungen vorzugeben. Die Eigenschaft der Vertragsbedingungen als Informationsträger sprechen dafür, daß aus dem Transparenzgebot begrenzt auch Erläuterungspflichten abzuleiten sind (dazu unter dd).

³⁰⁵⁶ Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23; ders., NJW 1996, S.2190 ff., 2197; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1859 f.; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rz.64 (Art.4 I); Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693; weniger weitgehend Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.39- für dt.Recht Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 und 101 - in GB: Willet, ERPL 1997, S.223 ff., 234; Lockett/Egan, Rz.3.17, 4.19; tend.OFT, Unfair terms guidance, 19.7 ff.; vgl.auch o.g.Hinweispl.auf bes.nachteilige Kl. aus Interfoto-Fall, vgl. Konferenzunterlagen, S.155;die vorvertragl. Aufklärungspfl. des Versicherers hinsichtl. des versicherten Risikos u. Prämie werden aber weiterhin aus „good faith“-Gedanken abgeleitet, vgl. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.128.

³⁰⁵⁷ Grundmann, 2.10, Rz.33; für dt.Recht: statt vieler Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 129f.

³⁰⁵⁸ Daraus folgt, daß Aufklärungspflichten und Transparenzgebot die gleiche „Stoßrichtung“ haben – gleichzeitig wird den AVB konkl.Informationsfunktion vor Vertragsabschluß zugesprochen; bei transparenten AVB ist auch die für Versicherungen entwickelte gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ausgeschlossen.

³⁰⁵⁹ Art.7 I, II, Erwägungsgründe 4,6,14, 21 – auch Nr.1 j und Nr.2 des RLanhanges betreffen als positive (Hinweis-)Pflichten letztlich nur die Transparenz vorhandener Klauseln.

³⁰⁶⁰ Wie z.B. Portugal, wo eine Informationspflicht in dem RahmenverbraucherG N.29/81 idF 1996 (Art.9) neben dem Gebot klarer und verständlicher Vertragsabfassung und auch in dem AGB-Gesetz N.446/85 (Art.6) neben sonst.Transparenzanf. geregelt ist; Belgien Art.30 Gesetz über Handelspraktiken v.1991 oder Frankreich, wo der Staatsrat nach Art.133-1 C.consom.per Dekret best. Angaben und Vertragsgestaltungen vorschreiben kann.

Eine abschließende Darstellung der hier dargestellten Problematik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb sich die folgenden Ausführungen darauf beschränken, die Überschneidungsprobleme darzustellen und Abgrenzungstendenzen zu entwickeln. Letztlich hängt das Ergebnis hauptsächlich von einer Interessenabwägung unter Einbeziehung der Schranken des Transparenzgebotes (dazu oben 2.) ab.

bb) Rückschlüsse aus Transparenz- und Informationsanforderungen anderer Richtlinien und Empfehlungen?

aaa) Problemdarstellung und Ausgangslage

Das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie ist seiner Formulierung nach „allgemeiner Natur“ und enthält ausdrücklich weder positive Informationspflichten noch konkrete Anforderungen an einen bestimmten Inhalt des Vertragswerkes oder die Pflicht zur Aushändigung der Vertragsbedingungen³⁰⁶¹. Demgegenüber gibt es zahlreiche gemeinschaftsrechtliche Regelungen, insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzrechts und für Finanzdienstleistungen, die zum Teil ausdrücklich umfangreiche positive Informationspflichten zur Aufklärung des Verbrauchers vorsehen. Mit ihren z.T. sehr detaillierten und weitgehenden Informationspflichten entsprechen die Regelungen dem durch den EuGH in ständiger Rechtsprechung propagierten Vorrang des Transparenzmodells vor dem Ge- und Verbotsmodell³⁰⁶².

Fraglich ist, ob sich aus diesen sekundären gemeinschaftsrechtlichen Regelungen Wertungen ableiten lassen, die zur Auslegung und Konkretisierung des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie in Art.4 II, 5 herangezogen werden könnten³⁰⁶³. In der Literatur wird diese Frage der Ableitung von gemeinschaftsrechtlichen Transparenzanforderungen häufig nur im Rahmen der Generalklausel des Art.3 I diskutiert³⁰⁶⁴, also bei der Stufe der inhaltlichen Mißbräuchlichkeitsprüfung und nicht bei Art.5, was im Ergebnis jedoch keinen Unterschied macht³⁰⁶⁵. Bei Verknüpfung des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie und der Informationspflichten der anderen Richtlinien könnte beispielsweise ein Vollständigkeitsgebot als gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz angenommen werden. Dergestalt, dass die Vertragsklauseln in ihrer Gesamtheit nur dann „verständlich“ iSd Art.4 II,5 sind, wenn sie den wesentlichen Vertragsinhalt vollständig enthalten. Welche Inhalte bei dem jeweiligen Vertragstyp enthalten sein müssen, um dem Vollständigkeitsgebot zu genügen, könnte durch die einzelnen Informationspflichten der dem Vertragstyp entsprechenden Richtlinien

³⁰⁶¹ Dazu *oben* unter 2. Teil D IV 3.e).

³⁰⁶² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.1.

³⁰⁶³ Dies befürwortet Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.7,8,10 („Das Verständlichkeitsgebot ist seinem Zweck nach zugleich ein Informationsgebot“) und berücksichtigt insbesondere die Überweisungs-RL 97/5/EG sowie die Empfehlung 90/109/EWG der Kommission zur Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2213; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197 („Das Gemeinschaftsrecht leitet aus dem Transparenzgebot umfangreiche Informationspflichten ab“).

³⁰⁶⁴ Dafür: Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692; im wesentlichen auch Markwardt, S.124 ff., 131 f.; Micklitz, Konferenzunterlagen, S.147 ff., 148 (für Art.3 und 5); ähnl. für Folgerungen aus dem Transparenzgebot im Primärrecht, Grundmann, 2.10, Rz.7,26, 34; dagegen: Franzen, S.564 f.

³⁰⁶⁵ Denn das Transparenzgebot spielt zumindest auch im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle eine Rolle, vgl. *oben* unter 2. Teil D II 2.a).

konkretisiert werden³⁰⁶⁶. Das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie würde dann über diese Verknüpfung selbst positive Informationspflichten enthalten - die Transparenzanforderungen der anderen Richtlinien würden auf diese Weise in das generalklauselartige Transparenzgebot der Klauselrichtlinie „hineinprojiziert“ werden. Die Nichteinhaltung einer positiven Informationspflicht hätte dann zur Folge, dass über die in den anderen Richtlinien vorgesehenen Rechtsfolgen³⁰⁶⁷ hinaus auch eine Intransparenz bzw. Mißbräuchlichkeit und damit eine Unverbindlichkeit von Vertragsklauseln nach der Klauselrichtlinie vorliegen könnte³⁰⁶⁸. Ein Vorteil dieses Ansatzes wäre, daß die Einhaltung dieser Informationspflichten im Rahmen der Klauselrichtlinie u.a. auch durch Verbraucherverbände überprüft werden könnte, vgl. Art.7 II, III.

Die gemeinschaftrechtliche Ausgangslage, auf deren Basis o.g. Ansätze diskutiert werden sollen, sieht folgendermaßen aus: Der Transparenzgedanke findet sich als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts und besonders des Verbraucherschutzes³⁰⁶⁹ in nahezu allen ausdrücklich verbraucherschützenden Richtlinien³⁰⁷⁰. Darüber hinaus finden sich besonders auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen ebenfalls Transparenzanforderungen in weiteren Richtlinien, aber auch in Verordnungen und Empfehlungen³⁰⁷¹, die – auch wenn sie nicht explizit auf den Verbraucherschutz abzielen - dennoch zumindest eines verbraucher-schützenden Kern haben³⁰⁷², so daß deren Wertungen grundsätzlich für die auf den Verbraucherschutz begrenzte Klauselrichtlinie herangezogen werden könnten³⁰⁷³. Im ein-

³⁰⁶⁶ So Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.10; wohl auch Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197; Rosenow/ Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2213; aA zu Art.31 der Dritten RL Leben 92/96/EWG (=Art.36 Vierte RL Leben 02/83/EG) LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 879

- eine vergleichbare Frage besteht bei nationalen Informations- und Vertragsinhaltsregelungen: z.B. in Dtl. §§ 10, 10a VAG; § 7 AltZertG; für Vollständigkeitsgebot jedenf. im Hinblick auf § 10 VAG (ablehnend hinsichtl. § 10 a VAG), vgl. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451; ders., VersR 2000, S.138 ff., 141 f.; unschlüssig hinsichtlich § 10 a VAG: OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 368 (einerseits), 370 (andererseits) m.krit.Anm.Präve, VersR 1999, S.837 f., 838; zust. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2221; offenl. OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714(hinsichtl. §§10,10a VAG), LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 879 u. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 313; für Übernahme der Wertungen des § 7 AltZertG in das Transparenzgebot, Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 340.

³⁰⁶⁷ Oder nach nationalen Rechten gegebenen Schadensersatzansprüchen.

³⁰⁶⁸ So Micklitz in Grabitz/Hilf zur Fernabsatz-RL 97/7/EG, Rz.54; so i.E.auch Paolo Martinello in Konferenzunterlagen, S.156.

³⁰⁶⁹ Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692.

³⁰⁷⁰ Z.B.Haustür-RL 85/577/EWG, Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG, Fernabsatz-RL 97/7/EG, Pauschalreise-RL 90/314/EWG, Verbrauchsgüterkauf-RL99/44/EG, ähnlich der „Erwerber“iSd Art.2, 4.Spiegelstrich der Timesh aring-RL 94/47/EG, RL über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (e-commerce-RL) 2000/31/EG; RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.

³⁰⁷¹ Auch Empfehlungen sind bei der Auslegung v.Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen, vgl. EuGH, 13.12.1989, Rs. C-322/88 (Salvatore Grimaldi./Fonds maladies), Slg.1989 I-4407 ff.,4416, Rz.18,19 – z.B.Empfehlung 88/590/EWG v. 17.11.1988 zu Zahlungssytsemen, insb.zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und Kartenausstellern, ABl.1988, Nr. L 317/55; Empfehlung 98/286/EG der Kommission v. 23.April 1998 zu Bankentgelten im Zusammenhang mit der Umstellung auf den Euro, ABl.1998, Nr.L130/22; Empfehlung 97/489/EG der Kommission v. 30.7.1997 zu den Geschäften, die mit elektronischen Zahlungsmitteln getätigt werden, ABl.1997, Nr.L208/52; GruppenfreistellungsVO für Versicherungswirtschaft 358/2003; Dritte RL Schaden 92/49/EWG und Dritte RL Leben 92/96/EWG, nunmehr Vierte RL Leben 2002/83/EG; Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22; Überweisungs-RL 97/5/EG, ABl.1997, Nr.L 43/25, die die Empfehlung 90/109/EWG der Kommission v. 14.2.1990 zur Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen,ABl.1990, Nr.L 67/39 umsetzt und auch zunächst unter dem Titel einer TransparenzRL geplant war; RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, die der Fernabsatz-RL 97/7/EG vorgeht, vgl.dort Art.13 I; RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung.

³⁰⁷² Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1996), 209 endg., S.1a,3.

³⁰⁷³ So ansch. auch Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 und Markwardt, S.125 - Die Tatsache, daß es sich bei den Transparenzanforderungen regelm. um zwingende Regelungen handelt, steht einer gemeinsamen Wertung als Maßstab der Mißbräuchlichkeitskontr. nicht entgegen, vgl. Markwardt, S.124 .

zelen werden hauptsächlich Aufklärungs- und Informationspflichten über den wesentlichen Vertragsinhalt bzw. die wesentlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien statuiert³⁰⁷⁴ (idR wird schriftliche Form bzw. Information auf elektronischem Wege gefordert³⁰⁷⁵). Denkt man an die oben angesprochene Frage, ob sich der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz eines Vollständigkeitsgebotes erkennen läßt, der möglicherweise auch auf das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie übertragbar ist³⁰⁷⁶, so deuten darauf besonders solche RL-Bestimmungen hin, die zur Aufnahme bestimmter Mindestangaben in das schriftliche Vertragsformular bzw. der Geschäftsbedingungen verpflichten³⁰⁷⁷.

bbb) Erörterung der Problematik

(1) Für Schlußfolgerungen aus den anderen speziellen Richtlinien auch für Art.4 II,5 Klauselrichtlinie spricht zunächst der Sachzusammenhang von Transparenz iSd Klauselrichtlinie und dem Modell des Verbraucherschutzes durch Information. Die speziellen Richtlinienbestimmungen stellen idR weniger auf eigene Sanktionen für eine mögliche Verletzung der Informationspflicht ab, sondern bezwecken – wie Art.4 II,5 - hauptsächlich eine Klarheit und Transparenz³⁰⁷⁸. Parallelen von Transparenzgebot der Klauselrichtlinie und Transparenzanforderungen der Spezialrichtlinien liegen darin³⁰⁷⁹, daß beide letztlich die Herstellung von Markttransparenz und die Bekämpfung von Informationsasymmetrien bezwecken. Auch das allgemeine Transparenzgebot der Klauselrichtlinie in Art.5 soll einen Konditionenwettbewerb auch außerhalb des Art.4 II-Bereiches ermöglichen und ankurbeln³⁰⁸⁰. Dieser Abschlußtransparenzgedanke findet sich ebenfalls in den Bestimmungen der Spezial-Richtlinien, Empfehlungen, etc., die Informationen vor bzw. bei Abschluß des Vertrages fordern³⁰⁸¹. In beiden Fällen sollen die Kosten für eine Information gesenkt und es dem

³⁰⁷⁴ Allg. Überblick in Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001), 398 endg., Anhang III, S.60 ff.; z.B. Art.4 Haustür-RL 85/577/EWG; Art.3,4 Timesharing-RL 94/47/EWG; Art.3 (Anforderungen an den Inhalt des Reiseprospekts), 4 I (weitere schriftliche Information) Pauschalreise-RL 90/314/EWG, Art.4,5 Ferabsatz-RL 97/7/EG; Art.5,6,10 der e-commerce-RL 2000/31/EG – im Finanzbereich: Zusammenfassung der Verbraucherinformationen im Bank-, Versicherungs- und Wertpapier/Börsenbereich in Gründbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1996), 209 endg., S.4; z.B. Art.3,4 II,III iVm Anhang ,6 Verbrauchercredit-RL 97/102/EWG; Art.36 iVm Anhang III der Vierten RL Leben 2002/83/EG (entspr. Art.31 iVm Anhang II der Dritten RL Leben 92/96/EWG); lediglich rudimentäre Informationspflichten in Art.31 iVm Art.43 II Dritte RL Schaden 92/49/EWG und auch in der RL 87/344/EWG über Rechtsschutzversicherung; Art.3,4, Überweisungs-RL 97/5/EG; Art.3, 5 ff. iVm Erwägung 4 der Empfehlung 97/489/EG v.30.7.1997 über Geschäfte mit elektronischen Zahlungsinstrumenten; erster bis dritter Grundsatz der Empfehlung 90/109/EWG über die Transparenz von Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Überweisungen; Art.11 (Wohlverhaltensregeln), insb. I 5. Spiegelstrich Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG; Art.3 der zuk. RL idF der Annahme durch den Rate in 2. Lesung am 26.6.2002, PE-CONS 3633/02.

³⁰⁷⁵ Ausn. z.B. Art.31, 43 II Dritte RL Schaden 92/49/EWG, Art.11 I 5. Spiegelstr.; Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG („Informationen in geeigneter Form“).

³⁰⁷⁶ So wohl Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693, Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451 für den deutschen § 10 VAG.

³⁰⁷⁷ Z.B. Art.4 II , III iVm Anhang I der Verbrauchercredit-RL 87/102/EWG; Art.4 II iVm Anhang Pauschalreise-RL 90/314/EWG, Art.4 , erster Spiegelstr. iVm Anhang Timesharing-RL 94/47/EWG; Punkt 3.3,3.4,4.1-4.3 der Empfehlung 88/590/EWG zu Beziehungen zwischen Karteninhabern und -ausstellern; Art.3, 5 ff. iVm Erwägung 4 der Empfehlung 97/489/EG v.30.7.1997 über Geschäfte mit elektronischen Zahlungsinstrumenten.

³⁰⁷⁸ Sanktionen häufig offenlassen, Bericht einer Arbeitsgruppe auf der Konferenz 1.-3.7.1999 in Brüssel bzgl. der Anwendung der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.156; Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001),398 endg., Anhang I, S.23.

³⁰⁷⁹ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141 („unmittelbarer Sachzusammenhang“).

³⁰⁸⁰ 2. Teil D II 2.b)bb).

³⁰⁸¹ Z.B. Art. 3, 6 I (vorvertraglich), Art.4 (mit Vertragsschluß) Verbrauchercredit-RL 87/102/EWG; Art.31, 43 II Dritte RL Schaden 92/49/EWG; Art.31 I iVm Anlage II A Dritte RL Leben 92/96/EWG, nunmehr Art.36 I iVm Anlage III A Vierte RL Leben 2002/83/EG – zu den Zeitpunkten in den versicherungsrechtlichen RL´s, vgl. Grundmann, 4.30, Rz.47; 4.31, Rz.29, 44; Art.3 (vor Erteilung des Überweisungsauftrags) Überweisungs-RL 97/5/EG; Art.11 I 5. Spiegelstrich („bei den Verhandlungen“) Wertpapierdienstleistungs -RL 93/22/EWG; Art.3 der RL 2002/65/EG ü-

interessierten Verbraucher ermöglicht werden³⁰⁸², informierte Entscheidungen bei der Auswahl aus den konkurrierenden Produktangeboten am Markt zu treffen und das für ihn günstigste Angebot auszuwählen.

(2) Einem Rückgriff auf die Informationspflichten z.B. im Versicherungsbereich kann nicht entgegengehalten werden, daß es sich um reines Aufsichtsrecht ohne zivilrechtliche Wirkung handelt. Die Richtlinienvorgaben sind vielmehr zumindest auch als schuldvertragsrechtliche Verpflichtung zu bewerten³⁰⁸³. Auch wenn mit den Versicherungsrichtlinien kein Versicherungsvertragsrecht harmonisiert werden sollte³⁰⁸⁴, wird dies durch solche vertragsrechtlichen Regelungen wie z.B. das Rücktrittsrecht des VN³⁰⁸⁵ belegt. Außerdem ist aus Sinn und Zweck und auch aus den Erwägungsgründen³⁰⁸⁶ zu erkennen, daß die Informationspflichten dem Verbraucherschutz dienen und das Verhältnis zwischen Versicherer und VN betreffen. Bei einer rein öffentlich-rechtlichen Einordnung würden dem VN bei Pflichtverletzung zudem keine ausreichende Sanktion zur Verfügung stehen, weil er sich nur mit einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde wenden könnte, die dann wiederum auf den Versicherer einwirkt. Gegen die Schlußfolgerung schuldvertraglicher Pflichten aus den Versicherungsrichtlinien spricht deshalb auch nicht die Tatsache, daß der deutsche Gesetzgeber die Informationspflichten im Aufsichtsrecht angesiedelt hat (§ 10 a iVm Anlage VAG)³⁰⁸⁷; zumal durch die Aufnahme des § 5 a VVG auch die (zumindest zusätzliche) zivilrechtliche Bedeutung in Deutschland anerkannt wurde³⁰⁸⁸.

(3) Trotz dieser Erwägungen bleibt es fraglich, ob aus den Spezialregelungen allgemeine, gemeinschaftsrechtliche Prinzipien abzuleiten sind³⁰⁸⁹, die auf die Klauselrichtlinie übertragbar sind. Gegen die Übertragung möglicher Wertungen spricht trotz der o.g. Parallelen

ber den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen – außerhalb der Finanzdienstl. z.B. Art.4 Fernabsatz-RL 97/7/EG, Art.10 e-commerce-RL 2000/31/EG (vor der Bestellung des Nutzers).

³⁰⁸² Von Mögl. bzw. Gewährleistung der Wahlfreiheit sprechen auch Stellungsn. des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu Vorschlag über FernabsatzRL für Finanzdienstleistungen, ABl. 1999, Nr.C 169/43 (1.7.1.,1.8.); EG 3 der RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; MüKo-Ulmer spricht in Rz.24 vor § 1 VerbrKrG .

³⁰⁸³ Schuldvertragsrechtl. Verpflichtung mit RF SE-Anspruch bei Nichteinhaltung, vgl. auch Grundmann, 4.30, Rz.45m.Nachw., 4.31, Rz.29; Dörner in Honsell, Kapitel II, Rz.33 - in Dtl. neben aufsichtsrechtl. Folgen § 10 a iVm Anlage D VAG, für zivilrechtl.Folge des § 5 a VVG, SE aus cic/PVV a.F. (§§ 280 iVm 311 II, 242 II BGB/§§ 280 ff.BGB n.F.): Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141; ders., VersR 2001, S.133 ff., 139; Hoffmann, S.213 ff.; Berg, VuR 1999, S.335 ff., 341; Dörner/Hoffmann, NJW 1996, S.153 ff., 157; einschr. und diff. Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1318 f.; Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 238 (möglich sei Nichtigkeit des Vertrages, §§§, 134,138,158 BGB,wg. Dissenses); Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.453 a (Grundsätze der Prospekthaftung entspr.); Müller, Rz.866 f. (unmittelb. Inforechte);aA nur Aufsichtsrecht: Renger,VersR 1994, S.753 ff., 756; Bach,FS Lorenz,S.45 ff.,67 ff.,70; Fricke,NVersZ 2001, S.97 ff., 101.

³⁰⁸⁴ EG 18 Dritte RL-Schaden 92/49/EWG; EG 19 Dritte RL-Leben 92/96/EWG, jetzt EG 44 Vierte RL Leben 02/83/EG.

³⁰⁸⁵ Z.B. Art. 35 iVm EG 45 Vierte RL Leben 02/83/EG (früher Art.15 Zweite RL Leben 90/619/EWG, Art.30 Dritte RL-Leben 92/96/EWG u.Art.17 RL über Fernabsatz in Finanzdienstl PE-CONS 3633/02); auch das Kdgs.R in Art.12 VI Zweite RL-Schaden 88/357/EWG und Art.11 VI Zweite RL-Leben 90/619/EWG kann nur VN zustehen.

³⁰⁸⁶ EG 21 Dritte RL-Schaden 92/49/EWG; EG 23 Dritte RL-Leben 92/96/EWG, jetzt EG 52 Vierte RL Leben 2002/83/EG.

³⁰⁸⁷ Auch Grundmann, 4.20, Rz.12 für vergleichbares Problem der Rechtsnatur von Wohlverhaltensregeln in der Wertpapierdienstleistungs-RL – damit sind auch Zivilgerichte zuständig, vgl. Honsell, Kapitel II, Rz.33; zw. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451, ders., VersR 2000, S.138 ff., 142 (überflüssig wegen aufsichtsrechtl.und verwaltungsgerichtl.Kontrolle).

³⁰⁸⁸ Präve,Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451;ders., VersR 2001, S.133 ff., 139 (auch bzgl. § 85 a VAG). Sehr eingehend zu dieser Gesamtproblematik auch Reiff, ZversWiss 2001, S.451 ff., 462 ff.

³⁰⁸⁹ Wie bereits *oben unter 2. Teil D IV 3.e*) festgestellt, läßt sich aus den anderen Richtlinien, Empfehlungen, etc. kein allg.Grundsatz bilden, daß ein Vertragsformular bei Vertragsschluß übergeben werden muß – *ebensowenig (oben unter 2. Teil D IV 1.b)* ist kein gemeinschaftsrechtliches Prinzip dahingehend zu erkennen, daß der Verbraucher ein Recht auf Abfassung der Klauseln in seiner Muttersprache hat.

in der Zielsetzung der bereits erwähnte³⁰⁹⁰ grundsätzlich andere dogmatische Ausgangspunkt der Richtlinien mit Informationspflichten. Die Richtlinien mit positiven Informationspflichten gehen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH³⁰⁹¹ von einem Verbraucher als eigenverantwortlichen Entscheidungsträger in dem durch den freien Wettbewerb gekennzeichneten Wirtschaftsmarkt aus, der in der Lage ist, alle für den Vertragsschluß maßgeblichen Umstände selbständig beurteilen zu können und „wohlüberlegt“ das für ihn günstigste Produkt aus unterschiedlichen Angeboten auszuwählen³⁰⁹². Die Klauselrichtlinie geht aber gerade davon aus, dass eine (autonome) Selbstkontrolle des überwiegenden Vertragsinhalts durch Eigeninformation seitens des Verbrauchers typischerweise nicht erfolgt und diesem auch nicht zuzumuten ist. Sie basiert gerade auf dem Gedanken, dass aufgrund des aus ökonomischen Gründen bestehenden Informationsdefizits gerade kein Wettbewerb der gesamten Vertragsinhalte durch Produktvergleich stattfindet. Dieser Gedanke dient gerade als Rechtfertigung der (heteronome) Kontrolle durch Gerichte und Behörden wegen der Notwendigkeit des Ausgleich für das Marktversagen³⁰⁹³. Aufgrund der o.g. Parallelen hinsichtlich der Zielsetzung sind die Unterschiede der dogmatischen Ausgangsgedanken auf der Transparenzebene zwar nicht so deutlich wie bei der Abgrenzungsfrage des Art.4 II³⁰⁹⁴. Die Parallelen bestehen aber – wie gezeigt – hauptsächlich im Hinblick auf die Abschlußtransparenz, so dass letztlich die dogmatischen Unterschiede doch überwiegen. Denn im Rahmen der Klauselrichtlinie wird hinsichtlich der meisten Klauseln außerhalb des Art.4 II gerade davon ausgegangen, daß hier mangels autonomer Kontrolle durch den Verbraucher vor Vertragsabschluß regelmäßig nur die Vertragsdurchführungstransparenz³⁰⁹⁵ bedeutsam wird. Deshalb führen die dogmatischen Unterschiede möglicherweise zu anderen Schwerpunkten und unterschiedlich hohen Transparenzanforderungen.

(4) Außerdem stellt die Klauselrichtlinie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab (vgl. Art.4 I). Daher kommen diejenigen Informationspflichten der Spezialregelungen schon von vornherein als Auslegungshilfe für Art.4 II, 5 nicht in Frage, die nach Vertragsschluß und während der Laufzeit des jeweiligen Vertrages erfüllt werden müssen³⁰⁹⁶. Aber auch die vor bzw. bei Vertragsschluß zu erfüllenden³⁰⁹⁷ Informationspflichten der anderen Richtlinien sprechen – trotz der Ähnlichkeit - eher für eine systematische Zu-

³⁰⁹⁰ *Oben unter 2. Teil C III 5.b) aa).*

³⁰⁹¹ Vorrang des Informationsmodells vor Verbotmodell, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.1.

³⁰⁹² Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1996), 209 endg., S.4 .Z.B. für Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem ersten RL-Vorschlag, ABl. 1999, Nr.C 169/43, Punkt 1.7.1. a) und b), 1.8 a) und b) sowie EG 3 und 21 der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; entspr. inhaltl. EG 23 der Dritten RL Leben 92/96/EWG, nunmehr EG 52,46 Vierte RL Leben 02/83/EG.

³⁰⁹³ Vgl. zu den dogmatischen Unterschieden der Aufklärungspflichten und der KlauselRL, Franzen, S.564 f. - die Transparenz der Klauselkontrolle kann nicht mit Informationspfl. gleichgesetzt werden, so aber wohl Choi, S.269. Auch in den Verbraucherprogrammen befindet sich das Vorhaben der Unterrichtung und Aufklärung der Verbraucher neben dem Komplex Schutz der wirtschaftlichen Interessen, zu dem die KlauselRL zählt, Erstes Programm von 1975: II B a) 19,24 im Gegensatz zu II D; Zweites Programm 1981: II B 28.1.i.Ggstz. zu II D.

³⁰⁹⁴ *Dazu oben unter 2. Teil C III 5.b) aa).*

³⁰⁹⁵ Zu der Unterscheidung der Vertragsabschlußtransparenz und der Vertragsdurchführungstransparenz, vgl. Fastrich, S.321 im Anschluß an Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 671 ff.

³⁰⁹⁶ Dies gilt z.B. für Art.6 II, III Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG; Art.31 II iVm Anhang II B der Dritten RL Leben 92/96/EWG, jetzt Art.36 II iVm Anhang III B Vierte RL Leben 02/83/EG; Art.4 Überweisungs-RL 97/5/EG .

³⁰⁹⁷ Dies sind die übrigen Pflichten; Beispiele bei Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001),398 endg., Anhang III, S.61 f.

ordnung zu der Einbeziehungskontrolle³⁰⁹⁸, während das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie im wesentlichen der Mißbräuchlichkeitskontrolle zuzurechnen ist. Zudem werden die Informationspflichten immer im Hinblick auf bestimmte Vertragstypen oder Absatzarten (Fernabsatz) festgelegt³⁰⁹⁹, während das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie gerade allgemein ohne Einschränkungen gilt und unmittelbar damit zusammenhängt, daß die betreffenden Klauseln nicht im einzelnen ausgehandelt worden sind (Ausgleichsfunktion).

(5) Des weiteren ist zweifelhaft, ob sich aus den vielen unterschiedlichen Spezialregelungen überhaupt ein gemeinschaftsrechtliches allgemeines Prinzip eines Vollständigkeitsgebotes dahingehend ableiten läßt, daß Vertragswerke selbst alle wesentlichen Rechte und Pflichten vollständig enthalten müssen³¹⁰⁰. Denn es gibt auch Richtlinien im Bereich der Finanzdienstleistungen, die keine positiven Informationspflichten vorsehen³¹⁰¹. Außerdem sind die Pflichten zum Teil in ihrem Umfang sehr unterschiedlich³¹⁰², was nicht gerade für verallgemeinerbare greifbare Erwägungen oder ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Prinzip eines Vollständigkeitsgebotes spricht³¹⁰³. Ein allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz eines Vollständigkeitsgebotes ist damit nicht zu erkennen.

(6) Schließlich sprechen folgende weiteren Gründe auch gegen die Heranziehung einzelner, für bestimmte Vertragstypen geltender Informationspflichten als Konkretisierung des Transparenzgebotes bei der Kontrolle entsprechender Vertragstypen nach der Klauselrichtlinie:

Generell stellt das System der Klauselrichtlinie mit der Sanktion der Unverbindlichkeit wesentlich auf vorformulierte Vertragsklauseln mit Regelungscharakter ab, nicht aber auf sonstige Informationen, also auf Bestimmungen, die sich in bloßer Information erschöpfen³¹⁰⁴. Ein „Durchschlagen“ der einzelnen Informationspflichten der Spezialregelungen auf das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie würde besonders dann relevant werden, wenn sie als Mindestangaben in den Vertrag aufzunehmen sind. Hierfür wäre aber erforderlich, daß die Mindestangaben überhaupt durch das vorformulierte Vertragswerk selbst erfüllt werden können bzw. sollen. Denn nur vorformulierte Vertragsklauseln sind Prüfungsgegenstand der Klauselrichtlinie. Vielfach handelt es sich bei den Spezialregelungen aber um Informationen, die nach Sinn und Zweck gerade zusätzlich zu den Vertragsbedin-

³⁰⁹⁸ So auch Franzen, S.565 f.; bzgl. der versicherungsrechtlichen Informationspflichten spricht Sieg, VersR 1993 S.1305 ff., 1310 hinsichtlich der dt.Umsetzung von „Einbeziehungsvoraussetzungen“; ähnlich ordnet LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 879 den Art.31 der Dritten RL Leben der „Einbeziehungstransparenz“ und nicht der „inhaltlichen Transparenz“ zu, die allein Gegenstand des Verbandsverfahrens sei.

³⁰⁹⁹ Vgl. auch Zweites Verbraucherschutzprogramm von 1981, unter II D 40, letzter Absatz.

³¹⁰⁰ Für diese Wertung aber Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693.

³¹⁰¹ Z.B. bei RL im Banksektor, abgesehen von Verbraucherkrediten und grenzüberschreitenden Überweisungen, vgl. Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1996), 209 endg., S.10; w.Bsp., Konferenzunterlagen, S.200 (5.1); Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 195 („rather haphazardly“) - dies ist Gegenstand der Kritik der European Consumer Law Group, Recommendations on transparency and fairness in retail banking, ECLG v.22.3.1999 (ECLG/066/99-31/03/99), unter A I mit Vorschlag für eine RL unter B.

³¹⁰² Vgl. nur die im Vergleich zu Art.31 iVm Anhang II der Dritten RL-Leben 92/96/EWG (jetzt Art.36 iVm Anhang III Vierte RL Leben 02/83/EG) nur rudimentären Pflichten der Art.31, 43 II der Dritten RL-Schaden 92/49/EWG.

³¹⁰³ So aber Markwardt, S.132.

³¹⁰⁴ Eine Verbraucherinformation stellt keine AGB dar, vgl. auch Präve, VersR 2000, S.138 ff., 142; ders., Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451 – die Informationen können nur dann selbst der Inhaltskontrolle unterworfen sein, wenn sie zu vertragl. Regelungen führen, Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 133.

gungen erteilt werden sollen³¹⁰⁵. Bei den Informationspflichten der Versicherer vor Abschluß des Versicherungsvertrages iSd versicherungsrechtlichen Richtlinien ist z.B. trotz der Tatsache, daß viele der geforderten Informationen üblicherweise in AVB geregelt werden³¹⁰⁶, fraglich, ob diese auch allein durch Aufnahme in die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen erfüllt werden können³¹⁰⁷. Denn der Zweck einer Vorabinformation über die wesentlichen Vertragsinhalte wird gerade dadurch gefährdet, daß sich die Informationen inmitten des sehr komplexen Vertragswerkes befinden, was es dem durchschnittlichen Verbraucher wesentlich erschwert, die wesentlichen Teile vor Vertragsabschluß „herauszufiltern“³¹⁰⁸. Wenige pointierte Informationen auf einem Extra-Informationsblatt sind klarer als eine vollständige Information zusammen mit den übrigen AVB³¹⁰⁹. Dies wird in der Vierten Richtlinie Leben 2002/83/EG auch dadurch deutlich, daß in Anhang III A (=Anhang II A Dritte RL-Leben 92/96/EWG) die notwendigen schriftlichen Einzelinformationen unabhängig von den „allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen“ in Anhang III B (= Anhang II B Dritte RL-Leben) erwähnt werden. Es wird damit davon ausgegangen, daß die Informationen nicht nur Vertragsbestandteil sind, sondern zusätzlich zu den AVB vor Vertragsschluß³¹¹⁰ erteilt werden. Vorgaben für den Mindestinhalt von Versicherungsverträgen werden gerade nicht gemacht³¹¹¹. Außerdem umfassen die positiven Informationspflichten der Versicherungsrichtlinien auch Angaben zu dem konkreten Vertrag, die in AVB gerade nicht geleistet werden können³¹¹². Aus den versicherungsrechtlichen Informationspflichten kann daher nicht eine Verpflichtung des Versicherers abgeleitet werden, diese Informationen in die AVB aufzunehmen. Damit kann eine solche Pflicht schon aus diesem Grund auch nicht aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie folgen. Auch bei anderen Richtlinien sind die Informationen vor Vertragsschluß nicht als Teil der Vertragsbedingungen, sondern vielmehr als *invitatio ad offerendum* oder Werbung gedacht³¹¹³. Auch bei einem optischen Absetzen von anderen

³¹⁰⁵ So z.B. bei der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, bei der gem. Art.5 I „alle Vertragsbedingungen sowie die in Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 4 genannten Informationen“ zu übermitteln sind (auch Art.5 II), auch in Art.6 wird von „Vertragsbedingungen und Informationen“ gesprochen; ähnlich e-commerce-RL 2000/31/EG, die in Art.5,6,10 Informationspflichten vorsieht, aber nur in Art.10 III von „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ spricht.

³¹⁰⁶ Reiff, VersR 1997, S.267 ff., 268.

³¹⁰⁷ So z.B. nach dt.Umsetzung § 10 a I VAG iVm Anlage D I 1 b) als Ums.v. Art. 31 I iVm Anhang II A a.4 der Dritten RL Leben (jetzt Art.36 iVm Anhang III A a.4 Vierte RL Leben), nach dem die geforderte Info auch durch Übergabe der AVB als Träger der Information erfüllt werden kann; i.Ü. spricht die dt. Umsetzung in § 10 a VAG iVm Anlage D eher dafür, daß es sich um „zusätzlich notwendige Verbraucherinformation“ „über die AVB hinaus“ handelt.

³¹⁰⁸ Nur 25 % der Bevölkerung nutzen die AVB als Informationsquelle, vgl. Geiger, S.33.

³¹⁰⁹ Man könnte daher geneigt sein, die dt.Reg.im Fall der Anlage D I Nr.1 c) VAG als für den Verbraucher günstiger zu bezeichnen als Anlage D I Nr. 1b), weil es für ihn leichter ist, die wichtigen Infos zu erkennen.

³¹¹⁰ Richtigerweise müssen die AVB trotz der Erwähnung erst in Teil B des Anhanges schon vor Vertragsschluß übergeben werden, vgl. ausf.Grundmann, 4.31, Rz.36. Dafür spricht insb.der Wortlaut des Eingangssatzes von Teil B, nach dem sich „während der Laufzeit des Vertrages“ nur auf die „folgenden Informationen“ „zusätzlich“ zu den Versicherungsbedingungen bezieht.

³¹¹¹ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2212; vgl. auch die Kritik des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl.1998, Nr. C 95/72 unter 3.4f. (anders z.B. in Frankreich „Versicherungskodex“) – auch aus dt.§ 10 a VAG können keine Verplf. zur Aufnahme in die AVB geschlossen werden, vgl. OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714f.; aA OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370 (im Gegensatz zu 368) m.krit.Anm. Präve, VersR 1999, S.837 f., 838.

³¹¹² Präve in Anm. zu OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff.=VersR 1999, S.832 ff., 837 f., 838; so auch OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715.

³¹¹³ Vgl. z.B.Troberg/Schwimann in Blaurock, S.73 ff., 84 für die Überweisungs-RL 97/5/EG, bei der auch Matusche, S.138 ff. nicht von der Erfüllbarkeit durch AGB ausgeht; Art.4 Fernabsatz-RL 97/7/EG, insb.Absatz II („kommerzieller Zweck unzweideutig erkennbar“), vgl.auch Micklitz in Grabitz/Hilf, Rz.37 (der allerdings in Rz.54 eine Erfüllung durch AGB für möglich hält,aA wohl Reich, EuZW 1997, S.581 ff., 584);Art.3 II der RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen:“geschäftlicher Zweck unmißverständlich zu erkennen“ – die schriftl- Fixierung bzw.

Bedingungen³¹¹⁴, ist fraglich, ob der Zweck gewahrt ist, weil die „Fülle“ der gesamten Bedingungen allein schon die Information über die wichtigsten Bedingungen verhindern kann.

(7) Besteht also keine Pflicht oder Möglichkeit, die Informationspflichten allein durch vorformulierte Vertragsbedingungen zu erfüllen, so ist nur noch der Ansatz denkbar, daß möglicherweise aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie iVm den anderen Spezialregelungen folgt, daß diese Informationen - soweit möglich - außerdem noch im Vertragstext selbst enthalten sein müssen³¹¹⁵. Hierbei würde es um eine Vollständigkeitsgebot dergestalt gehen, daß das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie nur dann erfüllt ist, wenn die z.T. vorgeschriebenen Mindestangaben für Vertragsinhalte und/oder sonstige Informationen auch in den vorformulierten Bedingungen selbst enthalten sind.

Dagegen spricht aber neben den bereits genannten dogmatischen und systematischen Bedenken folgender Aspekt: die meisten Richtlinien mit positiven Mindestinformationspflichten enthalten zusätzlich noch eine Regelung hinsichtlich der Art und Weise bzw. der Form der zu übermittelnden Informationen. Nicht selten finden sich diesbezüglich die gleichen Formulierungen wie in Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie („klar und verständlich“) oder zumindest sehr ähnliche Formulierungen³¹¹⁶, aber eben zusätzlich zu den positiven Informationspflichten. Die Klauselrichtlinie enthält dagegen gerade nur die Formulierungen „klar und verständlich“, ohne selbst zusätzliche positive Informationspflichten zu bestimmen³¹¹⁷. Dies spricht gegen eine Konkretisierung von „verständlich“ in Art.4 II, 5 durch die positiven Pflichten. Hätten bereits die Transparenzanforderungen der Klauselrichtlinie positive Informationspflichten enthalten, wäre zudem die ausdrückliche Regelung positiver Informationspflichten durch zeitlich der Klauselrichtlinie nachfolgenden speziellen Richtlinien und Empfehlungen nicht erforderlich gewesen³¹¹⁸.

die Bestätigung der Information auf einem dauerhaften Datenträger kann jeweils in best. Fällen auch nachträgl. erfolgen; Art.6 E-commerce-RL 2000/31/EG betrifft Informationspflichten für „kommerzielle Kommunikation“.

³¹¹⁴ So Micklitz in Grabitz/Hilf, Rz.54 für die Informationspflichten der Fernabsatz-RL 97/7/EG (wegen Art.4 II).

³¹¹⁵ So Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2213 (zumindest für die „wesentlichen produktdefinierenden Parameter“).

³¹¹⁶ Besonders deutlich in Art.3 II iVm Erwägung 4 („Entsprechend der Richtlinie 93/13/EWG ...sollten solche Bedingungen insbesondere in leicht verständlicher und unmittelbar faßbarer Form gehalten sein“) der Empfehlung 97/489/EG über Geschäfte mit elektronischen Zahlungsinstrumenten; Punkte 3.2 („leicht verständlich und klar abzufassen“) sowie neben dem Gebot, vollständige und faire Vertragsbedingungen festzulegen in Punkt 3.1 der Empfehlung 88/590/EWG zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und –ausstellern; Dritte RL Leben 92/96/EWG; EG 23 („...klare und genaue Angaben“) und Anhang II („...eindeutig und detailliert schriftlich in einer Amtssprache des Mitgliedstaats der Verpflichtung abzufassen.“; engl.: „in a clear and accurate manner“), jetzt entsprechend in Vierte RL Leben 02/83/EG (EG 52, Anhang III); EG 9 („angemessen“) Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG; Art.3 („in leicht verständlicher Form“) und Art.4 („klare und leicht verständliche...“) Überweisungs-RL 97/5/EG; erster Grundsatz der Empfehlung zur Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Überweisungen 90/109/EWG („in leicht verständlicher und leicht zugänglicher Form“); Art.11 I 5. Spiegelstrich („in geeigneter Form“) Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG; Art.3 II („auf klare und verständliche Weise“) der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Art.13 I a) RL 02/92/EG über Versicherungsvermittlung („in klarer, genauer und für den Kunden verständlicher Form“ – außerhalb der Finanzdienstleistungen; Art.4 II Fernabsatz-RL 97/7/EG („klar und verständlich“); Art.5 II („klar und unzweideutig“), Art.6 c,d („leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig“), Art.10 II („klar, verständlich und unzweideutig“) e-commerce-RL 2000/13/EG.

³¹¹⁷ Obwohl z.T. sogar zeitlich frühere Richtlinien und Empfehlungen beides vorsahen.

³¹¹⁸ Dafür spricht auch EG 11 der e-commerce RL 2000/31/EG, nach der diese RL „die Informationserfordernisse, die durch die vorstehend genannten Richtlinien (darunter auch die KlauselRL) ...eingeführt wurden“, „ergänzt“; aA Praxe, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 451 für den dt. § 10 a VAG, der in Absatz II Anforderungen an die Art und Weise der Information stellt („eindeutig formuliert, übersichtlich gegliedert und verständlich“).

Die ähnlichen Formulierungen wie „klar und verständlich“ neben positiven Pflichten in den Spezialregelungen sprechen deshalb dafür, daß die Spezial-Richtlinien eher das „Ob“ der Information, das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie dagegen schwerpunktmäßig das „Wie“ der Informationen regelt (in einigen nationalen Umsetzungsgesetzen zu Art.4 II, 5 wird dann auch von „Form“ oder „Weise“ gesprochen)³¹¹⁹. Damit können zwar die für das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie entwickelten Grundsätze für die Auslegung der ähnlichen Formulierungen („klar, verständlich, eindeutig, etc.“) in den anderen Richtlinien, Empfehlungen, etc. herangezogen werden³¹²⁰, nicht aber umgekehrt die speziellen Informationspflichten für die Klauselrichtlinie³¹²¹.

(8) Nicht zuletzt kann als Argument gegen die Entwicklung allgemeiner, positiver Informations- und Aufklärungspflichten aus dem Transparenzgebot auch nicht außer Betracht bleiben, daß der Wirtschafts- und Sozialausschuß im Rahmen der Vorarbeiten auch die Aufnahme von positiven Informationspflichten in die Klauselrichtlinie forderte, dies aber gerade nicht umgesetzt wurde³¹²².

(9) Die Klauselrichtlinie kennt auch keine Rechtsmittel, um über die Unanwendbarkeit der Klausel hinaus, ein positives Recht auf Information durchzusetzen. Auch der Rechtsvergleich zeigt, daß anders als z.B. der Ombudsmann in Skandinavien, das Office of Fair Trading in Großbritannien oder der Staatsrat per Dekret in Frankreich in den meisten Ländern (z.B. Italien und Deutschland) keine Möglichkeit besteht, über die Feststellung der Unwirksamkeit einer Klausel hinaus positive Maßnahmen zur Gestaltung von Vertragsbedingungen zu ergreifen³¹²³. Bei einem Verstoß gegen eine positive Informationspflicht einer Spezialregelung kann also nicht generell von einer Intransparenz bzw. Mißbräuchlichkeit iSd Klauselrichtlinie ausgegangen werden³¹²⁴. Es gelten vielmehr die jeweiligen Rechtsfolgen der einzelnen Richtlinien und Umsetzungsgesetze – soweit vorhanden - bei Nichteinhaltung einer Informationspflicht; unter Umständen kann dem Vertragspartner (nach nationalem Recht) ein Schadensersatzanspruch zustehen³¹²⁵. Die Mißbräuchlich-

³¹¹⁹ Die griech. Fassung des Art.5 Satz 1 spricht von „klarer und verständlicher Weise“, vgl. Kapnopoulou, S.143 FN 106; in diese Richtung gehen auch die Formulierung von Micklitz in Grabitz/Hilf, zu der Fernabsatz-RL 97/7/EG, Rz.62 und von Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 231 (zu dt. § 10 a II VAG und Art.5 RL).

³¹²⁰ Folge, daß z.B. Anf. „detailliert“ in Anh. II Dritte RL Leben (jetzt Anhang III Vierte RL Leben) nur soweit befolgt werden muß, als die Gesamtheit der Informationen noch transparent sind, i.E.auch Bach, FS Lorenz, S.45 ff., 53.

³¹²¹ Bei manchen Pflichten, wie z.B. die detailliertere Infos über das Versicherungsunternehmen oder Hinw. auf eine Beschwerdestelle, Anhang II A a.2,3,15, ergibt sich schon der Sache nach, daß diese nicht sinnvollerweise in die AVB aufgenommen werden müssen und daher auch nichts mit dem Transparenzgebot zu tun haben – nach der hier vertr.Lösung können auch die in dem dt. § 7 I AltZertG gen Informationspflichten nicht als Klarstellung der ohnehin aus dem Transparenzgebot in § 9 I AGBG a.F. (§ 307 I 2 BGB n.F.) abzuleitenden Pflichten gesehen werden (so aber Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339).

³¹²² Vgl. auch Lockett/Egan, Rz.3.17 – also keine planwidrige Regelungslücke mit Folge einer Analogie; auch wenn der EuGH für eine entspr. Anwendung wegen der Lückenhaftigkeit des sek. Gemeinschaftsrechts regelm. keine planwidrige Lücke fordert, sondern schon die gleiche Zweckrichtung ausreichen läßt, liegt hier der Fall vor, daß Anzeichen gegen eine planwidrige Lücke sprechen; auch die Arbeitsgruppe anläßl. der Brüsseler Konferenz über Anwendung der KlauselRL geht davon aus, daß positive Informationspfl. erst noch geregelt werden müßten, Konferenzunterlagen, S.200; dafür auch Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 195 unter Berufung auf Art.153 EG-V.

³¹²³ Vgl. Konferenzunterlagen, S.157.

³¹²⁴ Auch wenn grdstzl. gemeinschaftsrechtliche Wertungen zur Konkretisierung der Mißbräuchlichkeit in Art.3 I herangezogen werden können, insb. schuldvertragl. Bestimmungen und zur Bestimmung des Vertragszwecks; *ausf. 2. Teil E I*.

³¹²⁵ Vgl. auch für die vergleichbare Problematik bei § 10 a VAG, OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715; aA OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370 (zum. bei unvollständiger Information); bei Richtlinien, die hauptsächlich Aufsichtsrecht enthalten, ist je nach der betreffenden Norm zu unterscheiden, ob es sich um eine aufsichtsrechtliche Regelung handelt, bei der das öffentliche Interesse im Vordergrund steht oder ob die Informationspflicht auch einen vertragsrechtlichen Einschlag hat, so daß der Kunde bzw. Anleger bei Verletzung Schadensersatzansprüche geltend ma-

keitskontrolle der Klauselrichtlinie und insbesondere das Transparenzgebot stellen keine allgemeine Sanktion für die Verletzung von Aufklärungspflichten zur Verfügung (mit einer Funktion wie etwa der deutsche § 134 BGB³¹²⁶), sondern knüpfen an die Kontrolle konkreter Vertragsklauseln an³¹²⁷. Im Falle der Nichterfüllung einer Informationspflicht gibt es gerade keine Klausel und damit würde bei einer Nichtregelung die „Bezugsgröße“ für eine Mißbräuchlichkeitskontrolle fehlen. Etwas nicht Vorhandenes kann nicht unverbindlich sein³¹²⁸. Eine Intransparenz des gesamten Vertragswerkes wegen Fehlens einer Information würde zu weit gehen³¹²⁹. Außerdem sind die speziellen – zum Teil ausdrücklich geregelten³¹³⁰ - Rechtsfolgen für Nichteinhaltung einer Informationspflicht, wie z.B. die Regelungen hinsichtlich des Beginns einer Widerrufspflicht, aber auch Schadensersatz regelmäßig sachgemäßer als die Mißbräuchlichkeit/Unverbindlichkeit wegen Intransparenz³¹³¹. Der Verbraucher ist durch diese Rechtsfolgen ausreichend geschützt.

Einzig im Fall einer Vertragsklausel mit lediglich unvollständiger Information könnte die Folge der fehlenden Bestandskraft der Klauselrichtlinie überhaupt eine sinnvolle Folge der Nichteinhaltung der Informationspflichten sein, wenn sich die Klausel nicht nur in einer bloßen Information erschöpft³¹³². Angesichts der bereits geäußerten Bedenken ist diese Möglichkeit - jedenfalls als automatische Schlußfolgerung aus den Spezialregelungen³¹³³ -

chen kann. Die Einordnung des nationalen Gesetzgebers ist unerheblich, vgl. Grundmann, 4.20, Rz.12– RF bei Verletzung der Informationspflichten, z.B.: nach Art.14 ff. iVm EG 22,24 (unabdingbar) Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen und Verletzungsfolgen festlegen, die eine Klagemöglichkeit gegen Vertragsbedingungen umfassen muß, die aber z.B. für das Schriftformerfordernis in Art.4 II auch nur im Beweisrecht liegen können, vgl. Grundmann, 4.10, Rz.30, in Dtl. uU Nichtigkeit des Vertrages, vgl. im einzelnen §§ 494, 502 II BGB; auch nach Art.10,11 Überweisungs-RL 97/5/EG ist die Umsetzung den Mitgliedstaaten überlassen; mußte das Institut auf Verlangen des Kunden hinsichtlich best. Angaben bindende Zusagen machen, gelten die Haftungsansprüche nach Art.5 f.; nach Grundmann, 4.13, Rz.19 gilt bei fehlender Transparenz allgemein im Europäischen Schuldvertragsrecht die dem Kunden günstigere Angabe; Art.31 31 II Dritte RL Schaden 92/49/EWG und Art.31 IV Dritte RL Leben 92/96/EWG, jetzt Art.36 IV Vierte RL Leben (Durchführungsvorschriften den Mitgliedstaaten überlassen, in Dtl. Widerspruchsrecht in § 5 a VVG) – die versicherungsrechtlichen Informationspflichten haben insb. aufgr.EG 23 auch eine schuldvertragsrechtliche Komponente (ausf.zu Streit, Grundmann, 4.30, Rz.45 m.Nachw.) Daher kann der VN bei Pflichtverletzung uU Schadensersatz verlangen oder sich auf die für ihn günstigere Rechtslage berufen; Art.11 II iVm EG 41 Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG, im Hinblick auf die doppelte Schutzrichtung, die auch den Anlegerschutz umfaßt (Erwägungsgründe 2,5,32,41f.), muß nicht nur Art.11, sondern im wesentlichen auch Art.10 als Schutznorm angesehen werden, , so daß dem Anleger bei Verletzung, insbesondere der Aufklärungs- und Beratungspflichten nach Art.11 I 4 4.und 5.Spiegelstrich Schadensersatzansprüche zustehen können, vgl. Grundmann, 4.20, Rz.12 ff.m.w.Nachw.; RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen: Art.8 f.,11 („angemessene Sanktionen“), 13f. iVm EG 26,27 („angemessene und wirksame Mittel“ bzw. „Beschwerde - und Abhilfeverfahren“; „geeignete“ u. „erforderliche Maßnahmen“ den Mitgliedstaaten überlassen), Art.6 (Beginn der Widerrufsfrist), Art.5 (insb.II), Art.15 (Beweislastregelung)– außerhalb der Finanzdienstleistungen: Art.6, Art.11 iVm EG 20 ff., Art.12 (unabdingbar) Fernabsatz-RL 97/7/EG (ansonsten je nach Art der Information Nichtgeltung oder Schadensersatz, vgl. Micklitz in Grabitz/Hilf, Rz.9; Reich, EuZW 1997, S.581 ff., 587 f.; Art.4 I als vorvertraglicher Informationsgewährungsanspruch, vgl. Micklitz, ebenda, Rz.37, so auch bereits in Spanien, Griechenland,Portugal umgesetzt); Art.5,6,10 e-commerce-RL 2000/31/EG („stellen die Mitgliedstaaten sicher“), Art.16,18,19,20 .

³¹²⁶ Der im übrigen nach deutschem Recht auch neben § 307 I BGB n.F. (§ 9 AGBG a.F.) steht, vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 8 AGBG, Rz.16.

³¹²⁷ Vgl. Art.1 II, 2 I a) iVm Art.3 I, Art.4 I, Art.6 I.

³¹²⁸ Vgl. auch für deutsches Recht hinsichtlich §§10,10a VAG OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 368.

³¹²⁹ So aber Markwardt, S.124, der aus anderen RL Grundsätze entnehmen will, „von denen in vorformulierten Verträgen nicht abgewichen werden darf, ohne daß diese Verträge als mißbräuchlich anzusehen sind.“

³¹³⁰ Auch in Dtl. z.B. Rücktrittsrecht nach § 7 III AltZertG bei Nichteinhaltung der Informationspflichten – i.Ü.sprechen die ausdrücklich geregelte Rechtsfolgen selbst gegen die RF der Intransparenz (Unverbindlichkeit) bei Nichteinhaltung einer Informationspflichteine Klausel.

³¹³¹ I.E.auch Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197 (gegen RF des dt. § 6 AGBG a.F.).

³¹³² Bei unvollständiger Information ansch.auch andere Sicht des OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370.

³¹³³ Vgl.Markwardt, S.132 zu den einzelnen Richtlinien.

aber auch abzulehnen³¹³⁴. Eine Irreführung bzw. Täuschungsverbot durch lückenhafte Angaben ergibt sich vielmehr bereits aus Art.4 II, 5 bzw. Art.3 I der Klauselrichtlinie selbst (s.o.).

ccc) Ergebnis

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Spezialregelungen in Richtlinien und Empfehlungen zwar ähnliche Ziele verfolgen wie das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie³¹³⁵. Die Wertungen können aber aus mehreren Gründen nicht vollständig auf die Klauselrichtlinie übertragen werden. Aus den Spezialregelungen kann weder ein allgemeines Vollständigkeitsgebot im Sinne eines allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes dergestalt angenommen werden, daß vorformulierte Vertragsklauseln selbst alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthalten müssen. Noch folgt aus den Spezialregelungen eine Konkretisierung des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie dergestalt, daß es nur dann erfüllt ist, wenn konkrete, für bestimmte Vertragstypen geforderte Informationen in den Vertragsbedingungen der jeweiligen Vertragstypen enthalten sind³¹³⁶.

Das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie setzt grundsätzlich auf einem niedrigeren Niveau an als die Spezialregelungen und gibt insbesondere keine bestimmten Klauselgestaltungen positiv vor³¹³⁷. Das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie beinhaltet also grundsätzlich im wesentlichen eine „negative Kontrolle“ der konkreten, tatsächlich vorhandenen Klausel und strebt die Entfernung intransparenter Klauseln aus den Verträgen und damit vom Markt³¹³⁸, ohne positive, eigenständige (zusätzliche) Informationspflichten zu statuieren³¹³⁹. Es setzt also schwerpunktmäßig bei dem „Wie“, weniger bei dem „Ob“ einer Regelung an³¹⁴⁰. Bei dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie liegt der Schwerpunkt auf der Transparenz der vorformulierten Bedingungen, bei den Spezialregelungen auf der Transparenz des gesamten Produktes. Beide Anforderungen stehen nebeneinander³¹⁴¹.

cc) Vollständigkeitsgebot und weitere Einzelfälle (insb. im Hinblick auf Art.4 I)

³¹³⁴ AA anscheinend Micklitz in Grabitz/Hilf zu der Fernabsatz-RL 97/97/EG, Rz.54.

³¹³⁵ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141.

³¹³⁶ Davon geht anscheinend auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zum Thema „Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl.1998, Nr.C 95/72 aus, der S.81 unter 3.4.f. eindeutig in Bezug auf die Mißbräuchlichkeitskontrolle anführt, daß es auf Gemeinschaftsebene im Gegensatz zu z.B. Frankreich keinen Rechtsrahmen hinsichtlich der Transparenz von Versicherungsverträgen gibt. Inwieweit sich aus der Klauselrichtlinie selbst Vollständigkeitsgebote ergeben, dazu sogleich unter cc).

³¹³⁷ Vgl. auch zu einem ähnlichen Problem im deutschen Recht: der Abgrenzung des Transparenzgebotes des AGBG a.F. zu dem Preisangabenrecht, Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948/949; vgl. auch Dylla-Krebs, S.150.

³¹³⁸ Vgl. auch EG 4,6 und 21; Art.7 II („der Verwendung...ein Ende zu setzen“).

³¹³⁹ Vgl. auch Grundmann, 2.10, Rz.30: „Gegen die Erstreckung des Transparenzgebotes...spricht ..., daß die...Richtlinie eine Kontrolle der Klauseln vorsieht, die tatsächlich einbezogen wurden, nicht jedoch eine Pflicht, weitere Klauseln zu formulieren.“; für primär negative Abgrenzung auch v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.12; vgl. auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947, FN45, der sich schon gegen die Formulierung „Informationsgebote“ im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot ausspricht, weil dies eine Verwechslungsgefahr mit schadensersatzbewehrten Informationspflichten biete – auch der Richtlinienanhang (Nr.1 j, Nr.2 d) sieht bestimmte Voraussetzungen nur für vorhandene Klauseln vor.

³¹⁴⁰ So auch Koch, WuB IV C § 8 AGBG 1.01, S.1092 für das dt. Transparenzgebot.

³¹⁴¹ Aufgrund der niedrigeren Stufe des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie, reicht dieses somit allein nicht aus, um das informationsbedingte Marktversagen zu bekämpfen und kann daher auch die positiven Informationspflichten nicht ersetzen. Angesichts der geringen Informationsanforderungen z.B. bei der Schadensversicherung werden aber auch die positiv durch Richtlinien, Empfehlungen, etc. vorausgesetzten Informationen nicht bei allen Vertragstypen als Kundenschutz genügen. Ergänzungen durch außergesetzliche Aufklärungs- und Beratungspflichten sind erforderlich.

Teilweise werden aus der Klauselrichtlinie selbst Pflichten zur Aufnahme bestimmter Angaben in den Klauseltext gegenüber dem Durchschnittsverbraucher abgeleitet (z.B. als allgemeines Vollständigkeitsgebot). Zum Teil werden besondere Hinweis- und Erläuterungspflichten im Einzelfall aus der erforderlichen Berücksichtigung „aller den Vertragsschluß begleitenden Umstände“ nach Art.4 I gefolgert. Da die Grenzen dieser beiden grundsätzlich zu trennenden Bereiche fließend sind und auch in der Literatur nicht immer unterschieden werden, werden beide Bereiche hier gemeinsam erörtert. Für beide Bereiche gelten zunächst die oben dargestellten Argumente des grundsätzlich Ansetzens des Transparenzgebotes bei einer „negativen Kontrolle“, also der Kontrolle tatsächlich verwandter Klauseln auf ihre Transparenz - sowie der häufig fehlenden „Bezugsgröße“ bei einer vollständig fehlenden Angabe bzw. die unpassende Rechtsfolge der Unverbindlichkeit bei einer reinen „Nichtregelung“ oder „Nichtaufklärung“. Des Weiteren sind auch hier wieder die allgemeinen Schranken des Transparenzgebotes (Transparenz des gesamten Klauselwerkes, Möglichkeit, Zumutbarkeit im Einzelfall) zu beachten³¹⁴².

Sinn und Zweck des Transparenzgebotes und die daraus erkennbare Wertung hinsichtlich der Informationsfunktion vorformulierter Vertragsklauseln würden zwar grundsätzlich für ein Vollständigkeitsgebot des Klauselwerkes zumindest hinsichtlich der wesentlichen Vertragsbestandteile sprechen³¹⁴³ – aus den eingangs erwähnten Aspekten scheint die Klauselrichtlinie aber auch hier auf einer niedrigeren Stufe anzusetzen. Jedenfalls kann die Frage aufgrund der Schranken nicht pauschal losgelöst vom Einzelfall beantwortet werden³¹⁴⁴. In jedem Fall geht ein Vollständigkeitsgebot nicht so weit, daß der gesamte Vertragsinhalt - inklusive aller sich aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur des jeweiligen Vertrages ergebenden Rechte und Pflichten - ausdrücklich in dem Vertragstext selbst enthalten sein müssen oder der Kunde darüber belehrt werden muß. Denn neben den eingangs genannten Aspekten muß auch die Möglichkeiten einer Vertragsergänzung durch dispositives Recht (Gesetz, richterrechtliche und allgemeine Grundsätze) und Auslegung in Betracht gezogen werden³¹⁴⁵. Das Transparenzgebot soll nur die Gefahr von Mißverständnissen oder Fehldeutungen des Kunden durch unklare und/oder unverständliche Klauselgestaltungen verhindern³¹⁴⁶ („Wie“). Insbesondere bei ohnehin schon sehr komplexen Produkten wie z.B. Kapitallebensversicherungsverträgen müssen nicht auch noch gesetzliche Regelungen umfassend dargestellt und erläutert werden. Grundsätzlich ist daher ein Verweis auf gesetzliche Regelungen, die allgemein zugänglich sind, zulässig, wofür auch das Verbraucherleitbild des mündigen Bürgers spricht³¹⁴⁷; insbesondere dann, wenn eine für den durchschnitt-

³¹⁴² *Oben 2.Teil D IV 2.*

³¹⁴³ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.21; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215; weitergehend Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693; und nach dt.Recht: Präve, Rz.436; ders., VersR, 2000, S.138 ff., 141 f.; nach Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 und 101, müssen alle gegenseitigen Rechte und Pflichten außerhalb zwingender Rechtsvorschriften, einschl. dispositiver richterrechtlicher Rechtssätze (z.B. „Auge und Ohr-Rspr.“), in den Vertragsklauseln enthalten sein; auch v.Hoynigen-Huene, Rz.202 ist für allg.Rechtspflicht.

³¹⁴⁴ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.21.

³¹⁴⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.7; v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.12 („keine allg.Rechtspflicht“); so auch BGH, NJW 1996, S.2092 f., 2093; BGH, WM 1999, S.133=NJW 1999, S.276, 277 (gegen ein zu weitgehendes Vollständigkeitsverbot u. eine allg.Aufklärungspflicht); Fricke, VersR 2000, S.257 ff., 262, FN 67.

³¹⁴⁶ Vgl. BGH, NJW 1996, S.2092 f., 2093; BGH, WM 1999, S.133; v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.12.

³¹⁴⁷ Auch hier kann genaues nur nach Interessenabwägung im Einzelfall entschieden werden; für die Zulässigkeit der Verweisung auf andere Regelwerke in Dtl.: BGH, VersR 1995, S.77 ff., 79; zust. LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 879; BGH, NVersZ 2001, S.308 ff.; Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1051; differenzierend Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.84; aA v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.4,5; Präve, Rz.429- für Zul. auch das i-

lichen Verbraucher verständliche Darstellung des Gesetzesinhalts nicht möglich ist³¹⁴⁸. Die Erläuterungspflichten gehen auch nicht soweit, daß mittels der Klauselformulierungen theoretische Zweifel, etwa der juristischen Dogmatik ausgeräumt³¹⁴⁹ oder außergewöhnliche Fälle geregelt werden müssen³¹⁵⁰.

Auch die Verortung von Aufklärungspflichten, welche auf Umstände des Einzelfalls iSd Art.4 I gestützt werden (dazu bereits oben unter 1.a und b)³¹⁵¹, im Rahmen des Transparenzgebotes ist problematisch, insbesondere entstehen Abgrenzungsprobleme zu außergesetzlichen individuellen Aufklärungs- und Beratungspflichten. Zwar beruht das Transparenzgebot genauso wie vorvertragliche Aufklärungspflichten³¹⁵² auf dem Gebot von Treu und Glauben, jedoch gehören Aufklärungspflichten nach Treu und Glauben vorrangig in den Bereich des Mündlichen, während Art.5 primär auf schriftliche Klauseln abstellt³¹⁵³. Zudem ist Art.4 I bei dem Transparenzgebot nur eingeschränkt anwendbar³¹⁵⁴; insbesondere können AGB keine Angaben hinsichtlich des konkreten Vertrages aufnehmen³¹⁵⁵. Ergeben sich die Aufklärungspflichten außerhalb des Transparenzgebots während der konkreten Vertragsverhandlungen oder sonst in der Anbahnungsphase, so sind die Rechtsfolgen Schadensersatz (bei Vertretenmüssen) oder uU Anfechtungsrecht (arglistige Täuschung, Irrtum) bei Nichteinhaltung passender als die Folgen der Intransparenz bei Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie, nämlich Auslegung nach Art.5 Satz 2 bzw. Unverbindlichkeit (u.U. Nichteinbeziehung)³¹⁵⁶. Der Art.4 I bezweckt keine Beeinträchtigung nationaler Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen³¹⁵⁷. Letztlich handelt es sich hier um das allgemein ungelöste Problem der Abgrenzung und dogmatischer Einordnung von Art4 I zu

tal.Tribunale di Roma, Urteil v. 24.12.1997, CLAB IT 000628 u. 000631- die franz. Rspr. ist bei Art.L 113-1 C.ass. nicht einheitlich, Chapuisat, RGAT 1983, S.5 ff., 11 und Berr/Groutel, Code des assurances, Art.113-1 I B 1° Nr.19 mit Rspr.beispielen für unwirksame Verweisungen; für zul.Verweis auf konkrete Vorschrift z.B. Cass. Civ I v.13.10.1987, RGAT 1987, S.86; aA Commission des clauses abusives, Rec. n° 90-01 v. 10.11.1989, Abs. II unter „Garantie Invalidité totale“; für Unzul.auch OFT in GB, Unfair terms guidance, 19.4 u.19.7.

³¹⁴⁸ Z.B. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312 f.

³¹⁴⁹ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 140; aA offenbar Schwintowski, VuR 1998, S.414 f., 415 unter Hinweis auf die Äquivalenz- und Adäquanztheorie.

³¹⁵⁰ Präve, VersR 2000, S.138 ff., 142 mit Beispiel aus dem Bereich der Lebensversicherungen.

³¹⁵¹ Für umfangr. Aufklärungs- und Erläuterungspflichten als Folge des Verständlichkeitsgebotes: Willett, ERPL 1997, S.223 ff., 234; Lockett/Egan, Rz.3.17; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197; Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1859 f.; sehr weitgehend für dt. Versicherungsrecht, vgl. Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., inb.98 und 101; weniger weitgehend Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.39 („im Einzelfall kann eine zusätzliche Erläuterung notwendig sein“); gegen die Ableitung von Aufklärungspflichten dagegen Grundmann, 2.10, Rz.33; für dt.Recht: Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 129f.

³¹⁵² Die Begründung.vorvertragl.Aufklärungspf. aus Treu und Glauben ist außerhalb Dtl.auch in anderen Ländern bekannt, vgl.Nachw. bei Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.65.

³¹⁵³ Grundmann, 2.10, Rz.33 – ein „flankierendes“ Beratungsgespräch würde auch dem Rationalisierungszweck der AGB entgegenlaufen, da es zu dem Verhandlungsgespräch führen würde, was mit AGB gerade vermieden werden soll, vgl. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 947.

³¹⁵⁴ *Oben 2.Teil D IV 1.*

³¹⁵⁵ Aus vielen Beiträgen wird nicht deutlich, ob Aufklärungspf. aus Art.4 iVm Art.4 I mdl. oder schriftl.durch die formulierten Klauseln erfüllt werden sollen, z.B. Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher Art.5, Rz.7; Pfeiffer in Grabitz/Hilf Art.3, Rz.65; bes.Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 und 101; anders bei Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693, der bestimmte Angaben in dem Klauseltext fordert.

³¹⁵⁶ Vgl. auch Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 345 f; für SE als Rechtsfolge letztlich auch Palandt/Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23, ders.NJW 1996, S.2190 ff., 2197 und Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1860, obwohl diese sich auf das Transparenzgebot als Grundlage für Informationspflichten berufen.

³¹⁵⁷ Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 320; mit Bueso Guillen einen berücksichtigungsfähigen Umstand nur dann anzunehmen, wenn nicht eine für die Anfechtbarkeit, Nichtigkeit (§ 138 BGB) oder Schadensersatz erforderlichen „Intensität“ erreicht ist, erscheint fraglich; jedenfalls könnte ein solcher Umstand nicht eine objektiv für den durchschnittlichen Verbraucher transparente Klausel als intransparent erscheinen lassen.

allgemeinem Vertragsrecht wie Anfechtung, § 138 BGB, Rechtsmißbrauch § 242 BGB, Minderjährigenrechte, Widerrufsrechte, etc.³¹⁵⁸

Forderungen hinsichtlich besonderer Aufklärungs- und Informationspflichten im Zusammenhang mit „rechtskulturellen Voraussetzungen der Verständlichkeit“³¹⁵⁹ gehen idR zu weit. Es besteht keine Pflicht zur Information über geltendes nationales Recht (dispositives Recht oder ungeschriebene Rechtsgrundsätze) gegenüber Ausländern³¹⁶⁰. Da die Transparenz – wie oben erläutert – bei für Finanzprodukte typischen AGB grundsätzlich im Hinblick auf den typischen Durchschnittsverbraucher zu fordern ist, kann eine solche Informationspflicht zwar national vorgesehen sein, folgt aber nicht generell aus der Richtlinie³¹⁶¹. Grundsätzlich ist es das Risiko eines Verbrauchers, der ein Produkt eines ausländischen Anbieters kauft, daß er die Sprache (dazu oben unter IV 1.b) und das anwendbare Recht nicht kennt³¹⁶². Nach der Klauselrichtlinie soll die fehlende Kenntnis von Rechtsvorschriften bereits durch die Rechtsangleichung und den Mindestschutz hinsichtlich des Klauselinhalts als solchen ausgeglichen werde³¹⁶³. Da aber auch bei einem inländischen typischen Durchschnittsverbraucher nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß dieser das geltende Recht in vollem Umfang kennt³¹⁶⁴, besteht auch keine Hinweispflicht, an welchen Stellen und in welchem Umfang die vorformulierten Bedingungen von dem geltenden Recht abweichen³¹⁶⁵.

Zu Aufklärungspflichten, die im Hinblick auf die unterdurchschnittlichen Verständnismöglichkeiten abgeleitet werden, wurde bereits oben Stellung genommen³¹⁶⁶. Hier wird das Abgrenzungsproblem in deutschem Recht besonders deutlich, z.B. bei Versicherungsverträgen wird bei erkennbaren Irrtümern und Mißverständnissen eine Aufklärungspflicht des Verwenders vorformulierter Klauseln angenommen, deren Nichteinhaltung zu Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB n.F.) führen³¹⁶⁷. Wenn ein Teil des deutschen Schrifttums auch das Transparenzgebot als Normierung der

³¹⁵⁸ Vgl. oben I. Teil D II 2.

³¹⁵⁹ Formulierung von Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.21 – diese Problematik könnte ebenso oben 2. Teil D IV 1.a) u.b) (Anforderungen gegenüber „unterdurchschnittlichen Verbrauchern“) zugeordnet werden.

³¹⁶⁰ Aus den unterschiedlichsten Gründen: Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.23 (wohl wegen konkret-individueller Prüfung, RF: Schadensersatz); Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693 (unter Berufung auf den abstrakt-europäischen Durchschnittskunden): bei deutsch-rechtl. Besonderheiten, insb., wenn das nationale dispositive Recht nicht aus dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, z.B. hinsichtlich der fiduziarischen Elemente der Sicherungszession (von Lohnforderungen) und der Verwertungsmodalitäten; einschränkender Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rz.7 (unklar, ob er dies auf Art.4 I oder auf den Durchschnittskunden stützt): nur für die Fälle, bei denen der Unternehmer sein Geschäft nach dem Recht seines Heimatstaates (soweit zulässig) in einem anderen Mitgliedstaat betreiben will.

³¹⁶¹ I.E. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.5, Rz.21; Präve, Rz.162; aA Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693, der allerdings auch unzutreffend auf den abstrakten europäischen Durchschnittskunden abstellt.

³¹⁶² AA Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 113 .

³¹⁶³ Erwägungsgründe 5,6.

³¹⁶⁴ Auch ein nationaler juristischer Laie wird die Sicherungszession und die Verwertungsvoraussetzungen für fiduziarische Sicherungsgeschäfte nicht kennen – die Beispiele von Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693 können daher zu keinen besonderen Pflichten gegenüber Ausländern führen – bei Nasall wird auch die Rechtfolge bei Nichteinhaltung nicht deutlich, etwa Intransparenz des gesamten Klauselwerkes, Rechtsmißbrauch § 242 BGB? Auch hier scheint wiederum eher die „Bezugsgröße“ zu fehlen.

³¹⁶⁵ Dagegen auch Heinrichs, FS Trinkner, S.157 ff., 168; v.Hoynigen-Huene, Rz.202 für dt.Transparenzgebot, der aber generell eine mittelbare Informationspflicht im Hinblick auf vertragliche Rechte und Pflichten bejaht.

³¹⁶⁶ 2. Teil D IV 1. a) und b) – zu Abgrenzungsproblem im Vergleich zu SE-bewehrten außervertraglichen Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben, oben 2. Teil D IV 3.g) aa).

³¹⁶⁷ Prölss in Prölss/Martin, Vorbem II, Rz.10 ff. (eine weitere Fallgruppe ist ein konkretes Nachfragen); ähnliche Grundsätze z.B. auch in Frankreich: Sievers, S.65 ff.

in den Mitgliedstaaten entwickelten Pflichten aus Treu und Glauben³¹⁶⁸ oder als eine Art AGB-rechtlichen Spezialfall der culpa in contrahendo auffaßt³¹⁶⁹; dann mag dies uU nach nationalem Recht zulässig sein, es ist aber sehr fraglich, ob das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie so zu verstehen ist. Jedenfalls kann aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie keine Pflicht des Gewerbetreibenden zu einer umfassenden Aufklärung abgeleitet werden³¹⁷⁰. Nicht von Art.5 Satz 1 gefordert ist beispielsweise eine Aufklärung über die Eignung des Geschäftes für den konkreten Verbraucher, denn wie Art.11 I (insb.4.Spiegelstrich) und III der Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG im Gegensatz zu anderen Richtlinien zeigt, wird eine solche Pflicht bisher nur gezielt für bestimmte Finanzprodukte vorgesehen³¹⁷¹. Auch hier kann es sich allenfalls um Schadensersatzansprüche handeln³¹⁷².

dd) Erläuterungs- und Hinweispflichten bezüglich wirtschaftlicher Nachteile? -

Transparenz von Hypothekarkredit- und Kapitallebensversicherungsverträgen

Fraglich ist, ob sich Erläuterungs- und Hinweispflichten aus dem Gesichtspunkt ergeben, daß die Vertragsklauseln interessierten Verbrauchern auch außerhalb des Art.4 II-Bereiches vor Abschluß des Vertrages einen Marktvergleich mit anderen Produkten und deren Bedingungen sowie mit gleichartigen Produkten anderer Anbieter ermöglichen soll. Im folgenden soll geprüft werden, ob sich die strengen Anforderungen der dt. Rechtsprechung an die Transparenz von Klauselwerken auch aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie ableiten lassen.

aaa) Hypothekenzins- und Versicherungsurteile des BGH

Die deutsche Rechtsprechung urteilt seit dem Hypothekenzinsurteil, daß eine Regelung auch dann intransparent ist, wenn sie die wirtschaftlichen Nachteile und sonstigen Benachteiligungen nicht hinreichend deutlich erkennen läßt³¹⁷³. In diesem Urteil beanstandete der BGH Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln eines Hypothekenbankdarlehens nicht hinsichtlich ihres Inhalts, sondern hielt sie für intransparent, weil die zinserhöhende Wirkung, welche aus der Verknüpfung beider Regelungen folgt, nicht mit hinreichender Deutlichkeit und Klarheit erkennbar sei. Die zinserhöhende Wirkung entstand dadurch, daß die Darlehenszinsen jeweils bis zum Jahresende trotz der zwischenzeitlich fortschreitenden Tilgung noch nach dem (höheren) Kapitalstand am Schluß des Vorjahres be-

³¹⁶⁸ So ansch. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.65: „In der Richtlinie haben diese Teilaspekte von Treu und Glauben Ausdruck gefunden vor allem im Rahmen des Transparenzgebotes des Art.5, Satz 1“.

³¹⁶⁹ Siehe oben unter 2.Teil D IV 3.g)aa)

³¹⁷⁰ Zw. ist daher die von Reich, NJW 1995, S.1857 ff., 1859 f. geforderte „Risikoaufklärung“ des Bürgen durch die Bank - auch in Portugal, wo positive Informationsrechte des Vertragspartners sowohl im AGB-Gesetz Nr.446/85 idF 1999 als auch in dem Rahmengesetz zum Verbraucherschutz geregelt sind (s.o.), sind diese Rechte immer zusätzlich neben den allgemeinen Transparenzanforderungen einer zumutbaren Kenntnisnahme bzw einer klaren, genauen und leserlichen Abfassung geregelt.

³¹⁷¹ So auch Grundmann, 2.10, Rz33.

³¹⁷² Z.B. für Informationspflicht und Schadensersatz aus konkludentem Beratungsvertrag wie im Bankenbereich, Kieninger, AcP 199 (1999), S.190 ff., 236 ff.; so auch Römer, VersR 1998, S.1313 ff., 1315f. (für best. Versicherungssparten, z.B. Lebens-u. Krankenvers.); Schirmer, r+s 1999, S.133 ff., 177 ff.- auch Schwintowski, VuR 1997, S.83 ff., 87 ff.: §§ 31, 32 WpHG analog (anleger- und objektgerechte Beratung) bei Kapitallebensversicherungen; gegen gesetzliche Nomierung so umfassender Beratungspflichten, vgl. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.374 ff., 375 - interessanterweise wird auch von den Befürwortern der Beratungspflichten z.T.wieder auf die erkennbaren Deckungserwartungen des DurchschnittsVN abgestellt.

³¹⁷³ BGH, NJW 1989, S.222 ff.; so auch im „Wertstellungsurteil“, BGH, NJW 1989, S.582 ff., bei dem die streitgegenständliche Klausel aber zusätzlich auch noch für inhaltlich unangemessen gehalten wurde.

rechnet werden. Dadurch entsteht effektiv ein höherer Jahreszins. Beanstandete der BGH hier noch hauptsächlich die Tatsache, daß der Zusammenhang der beiden Regelungen (Tilgungsverrechnung und Zinsberechnung) wegen der Stellung in zwei unterschiedlichen Absätzen nicht deutlich werde, so wurde das Gericht in späteren Entscheidungen deutlicher. Danach kann nämlich eine Verschleierung der zinserhöhenden Wirkung auch dann entstehen, wenn vergleichbare Regelungen in unmittelbar aufeinander folgenden Sätzen stehen, solange der Verwender die Klausel „so formuliert, daß ihre Auswirkungen vom Durchschnittskunden nur mit Mühe zu durchschauen sind, statt von der bestehenden Möglichkeit Gebrauch zu machen, eine leichter durchschaubare Formulierung zu wählen“³¹⁷⁴. Den entscheidenden Ansatzpunkt für die Intransparenz auch von unmittelbar aufeinander folgenden Sätzen - die jeder für sich genommen verständlich sind – sieht der BGH darin, daß der innere Zusammenhang bzw. die „sachliche Verzahnung“ zwischen Tilgungsverrechnung und Zinsberechnung und die daraus folgende Konsequenz der Weiterverzinsung bereits getilgter Schuldbeiträge für einen durchschnittlichen Kunden nicht hinreichend deutlich werde³¹⁷⁵.

Auch im Versicherungsbereich wurde die Forderung, daß wirtschaftliche Nachteile und Belastungen klar aus dem Klauseltext selbst erkennbar sein müssen, soweit dies nach den Umständen gefordert werden kann, übernommen. Nachdem der BGH zunächst nach dieser Formel Anpassungsklauseln in AVB auf ihre Transparenz überprüfte³¹⁷⁶, hielt er in zwei vielbeachteten Urteilen vom gleichen Tag, dem 9.5.2001³¹⁷⁷, u.a. jeweils ähnliche Klauseln bezüglich des Rückkaufwertes bei vorzeitiger Kündigung und bei Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung in Kapitallebensversicherungsverträgen zwar für inhaltlich zulässig, aber für intransparent. Aus diesen Klauseln lasse sich nicht hinreichend deutlich erkennen, daß bei einer Kündigung in den ersten Jahren der Rückkaufwert bzw. die beitragsfreie Versicherungssumme aufgrund des Zillmerungsverfahrens bei der Verrechnung der Abschlußkosten³¹⁷⁸ sehr viel niedriger ist als die Summe der eingezahlten Beiträge³¹⁷⁹.

³¹⁷⁴ BGH, NJW 1990, S.2383 ff., 2384.

³¹⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 1990, S.2383 f., 2384; BGH, NJW 1992, S.179 und 1108; BGH, WM 1997, S.518 ff.– eine hinreichend deutliche Formulierung in zwei Sätzen dagegen BGH, NJW 1991, S.2559 ff., 2561.

³¹⁷⁶ BGH, NJW 1998, S.454 ff., 456; wobei es sich hier wohl in der Tat um einen Fall der „verkappten Inhaltskontrolle“ handelt (so Kritik bei Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1049 f.; ders. NVersZ 1999, S.349 ff., 350), da der Schwerpunkt bei unbestimmten einseitigen Änderungsmöglichkeiten doch in der inhaltlichen Mißbilligung liegt, wie auch die Klausel in Nr.1 j,k,l und Nr.2b-d zeigt.

³¹⁷⁷ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. = VersR 2001, S.841 ff. (Vorinstanz OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff.) die 2.Entschdg.ist zu großen Teilen inhaltlich identisch: S.313 ff. = VersR 2001, S.839 f. (Vorinstanz OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff.=VersR 1999, S.832 ff.m.Anm. Präve, S.837 f.), im wesentl. wird daher im folgenden Text nur auf die erste Entscheidung eingegangen – Anm.zu BGH.: Präve, VersR 2001, S.846 ff.; Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff.; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff.; Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., Koch, WuB IV C § 8 AGBG 1.01; Derleder, EWiR 2001, S.1025 f.; Littbarski, NJW 2001, S.3315 ff.

³¹⁷⁸ Sog. Zillmern besteht in der Verrechnung einmaliger Abschlußkosten mit Beiträgen zu Beginn der Vertragslaufzeit (z.Z. nach § 4 DeckRV beschränkt auf einen Höchstzillmerungssatz bis zu 4 % der während der Vertragslaufzeit zu zahlenden Beträge); in den ersten Jahren entsteht dadurch ein negatives Deckungskapital, so daß der Rückkaufwert und die beitragsfreie Versicherungssumme bei vorzeitiger Vertragsauflösung geringer (uU sogar gleich Null) sind, als bei einer Verrechnung auf der Grundlage einer anderen Methode – dieses aufsichtsrechtl. anerkannte Verfahren wird als solches für inhaltl. zulässig angesehen, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311; zust. Präve, VersR 2001, S.846 ff., 848; krit. zu Abwälzung von Gemeinkosten auf den individuellen VN, Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2217 f.; für Unzulässigkeit, Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 233 f. („wirkt wie eine mehrjährige Kündigungssperre“) – für die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen ist das Zillmern nach § 1 I 1 Nr.8 AltZertG nicht zulässig.

³¹⁷⁹ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311 (inkl.Klauselzusatz, S.313,315); zust. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220; für Transparenz iVm Tabelle dagegen OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715; wohl auch Reiff, ZIP

Die AVB-Formulierung („Der Rückkaufswert entspricht nicht der Summe der von Ihnen eingezahlten Beträge..“)³¹⁸⁰ und eine im Versicherungsschein enthaltene Tabelle über garantierte Rückkaufswerte und beitragsfreien Versicherungssummen, auf die mittels Verweisungsklausel in den AVB hingewiesen wird, machen nach Ansicht des Gerichts die wirtschaftlichen Nachteile nicht ausreichend deutlich³¹⁸¹. Insbesondere in einem der beiden Fälle³¹⁸² wird nicht deutlich, daß infolge des Zillmerungsverfahrens in den ersten beiden Jahren überhaupt kein Rückkaufswert besteht und dieser noch bis zu einer Laufzeit von 19 Jahren (!) niedriger als die eingezahlten Beiträge ist. Die Tabelle, bei der es m.E. ohnehin fraglich ist, ob diese bei der Beurteilung der Transparenz mitberücksichtigt werden kann³¹⁸³, hätte schon ausdrücklich die Rückkaufswerte „0“ für die ersten Jahre ausweisen müssen³¹⁸⁴ – nach Ansicht des BGH genüge die Möglichkeit der Ermittlung dieses Wertes durch Vergleich von in der Tabelle aufgeführten Laufzeitdaten und dem Abschlußdatum nicht, zumal die vertragliche Regelung hinsichtlich der Verrechnung der Abschlußkosten räumlich zu weit entfernt sei. Aus im wesentlichen gleichen Gründen wurde auch die Abschlußkostenregelung für intransparent erklärt³¹⁸⁵. Dagegen hielt der BGH die vertraglichen Regelungen hinsichtlich der Überschußermittlung und -beteiligung sowohl für inhaltlich zulässig, als auch für hinreichend transparent³¹⁸⁶.

Die Hoffnung eines Teils des Schrifttums, daß der BGH nach der Deregulierung des Versicherungsmarktes eine strengere Linie zugunsten der VN verfolgen werde³¹⁸⁷ als bei einem Urteil aus dem Jahr 1995, hat sich nicht erfüllt³¹⁸⁸. 1995 wurde die vertragliche Überschußregelung, die sich im wesentlichen in einer bloßen Verweisungsklausel in den AVB auf die für den durchschnittlichen VN nicht verständlichen und idR nicht zugänglichen³¹⁸⁹ Überschußermittlungs- und -beteiligungsregelungen in den Geschäftsplänen erschöpfte, sowohl für transparent gehalten³¹⁹⁰, als auch mit dem Argument für inhaltlich zulässig erklärt, daß

2001, S.1058 ff., 1059, der die BGH-Rspr. für eine „verkappte“ Inhaltskontrolle hält; sogar für w eniger deutliche Kl., LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 879.

³¹⁸⁰ In dem zweiten Fall ließ der BGH auch eine Klausel. „Nach der Kündigung erhalten Sie – soweit vorhanden – den Rückkaufswert.“ nicht ausreichen, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.313ff.

³¹⁸¹ Der BGH macht offenbar keinen Unterschied danach, ob die in der Tabelle genannten Rückkaufswerte garantiert werden oder nicht; vgl.dagegen OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715 i.Ggstz. zu OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 369 (Unterschied zw.garantierten Werten u.unverbindl.Inaussichtstellung).

³¹⁸² BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311.

³¹⁸³ Dazu oben unter 2. Teil D IV 1.c).

³¹⁸⁴ So auch LG HH, VuR 2002, S.100 ff., 102.

³¹⁸⁵ Hier wurde außerdem gerügt, daß nicht auf die Tabelle verwiesen wurde, BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311; w.Begr. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2219; für Transparenz dagegen OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 716; LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 880; wohl auch Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1059.

³¹⁸⁶ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312f. – für „materielle Zulässigkeit“ auch Präve, VersR 2001, S.846 f.; Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1060; OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714f.; aA OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370; krit.Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2222 f. u.Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339 f.; schon BGH, VersR 1995, S.77 ff., 79 f. hatte die Spielräume bei Überschußermittlung für (materiell) zul. erklärt, weil Kapitallebensversicherer keine Pflicht zur Optimierung des Gewinns trifft, d.h.auch das Niederstwertprinzips o. sog. Querverrechnung sind zul.; zu Gegenans-Prölss in Prölss/Martin § 1VVG, Rz.24.

³¹⁸⁷ So z.B. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 23 AGBG, Rz.504; Hübner in Karlsruher Forum 1997, S.43 ff., 61.

³¹⁸⁸ Schon OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714 sah keinen Anlaß zur Änderung, weil der Versicherer weiterhin an gesetzl.u.aufsichtsrechtl. Vorgaben gebunden sei; aA OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370 – nach den v. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. entw. Grundstz. wären die Verweisungskl. aber wohl nicht mehr transparent, weil weder Überschuß als Begriff, noch Spielräume bei Ermittlung u. Verteilung deutlich wurden.

³¹⁸⁹ Nach der durch EG 20 und Nr.1 i) des Anhanges der KlauselRL vorausgesetzten tatsächlichen Kenntnismöglichkeit wäre fraglich, ob dies mit dem Transparenzgebot des Art.5 vereinbar ist.

³¹⁹⁰ BGH, VersR 1995, S.77 ff.=NJW 1995, S.589ff.: trotz fehlender Kenntnismögl. u. Unverständlichkeit der Geschäftspläne kein Verstoß gegen das Transparenzgebot, weil keine Gefahr bestehe, daß der VN wegen unklarer AVB seine Rechte nicht wahrnehme. Aus dieser Begründung bleibt unklar, ob die aufsichtsbehördliche Kontrolle oder die ausreichende Transparenz bzw. Unmöglichkeit einer verständlicheren Darstellung als in den Geschäftsplänen ausschlag-

der Versicherer den Überschuß nicht willkürlich festsetzen könne, sondern an gesetzliche und aufsichtsrechtliche Vorgaben gebunden sei.

Da Rückkaufswerte und Überschußbeteiligung zu den wesentlichen Hauptpflichten eines Kapitallebensversicherers gehören, sind die bankrechtliche und die versicherungsrechtliche Entscheidung vergleichbar, da es in dem ersten Fall um die Höhe der Leistung des Kunden geht (preis- bzw. zinserhöhende Wirkung) und in dem zweiten Fall um den Umfang der Gegenleistung des Versicherers³¹⁹¹. In einem Fall ist der wahre Preis bzw. die Preiswirksamkeit einer Klausel, in dem anderen Fall die wahre Leistung nicht hinreichend durchschaubar. Es ist fraglich, ob diese faktischen Hinweispflichten der Klauselverwender auf wirtschaftliche Nachteile als Schlußfolgerung trotz an sich verständlicher Klauseln – auch in Abgrenzung zu vorvertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten³¹⁹² – noch von dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie umfaßt sind³¹⁹³.

bbb) andere Wertung nach dem Verbraucherleitbild des EuGH?

Zunächst ist fraglich, ob ein Abstellen auf den aufmerksam lesenden, „mündigen“ Durchschnittsverbraucher nach dem Verbraucherleitbild des EuGH zu einem anderen Ergebnis führen würde, bei dem die an sich nach ihrer Formulierung verständlichen Klauseln, die auch nicht ungewöhnlich sind, als transparent anzusehen wären. Dafür könnte sprechen, daß der wirtschaftliche Nachteil hinsichtlich Zinserhöhung und der Rückkaufswerte in beiden BGH-Fällen aus der Zusammenschau vorhandener vertraglicher Regelungen und Zusatzinformationen objektiv abzuleiten war. Zumindest bei zwei aufeinander folgenden Sätzen³¹⁹⁴, bei unmittelbarer Textfolge wie im Fall des Wertstellungsurteils³¹⁹⁵ oder bei der Schlußfolgerungsmöglichkeit aus der Tabelle der Rückkaufswerte im Versicherungsschein, soweit diese tatsächlich „bei nur oberflächlicher Betrachtung“ möglich ist³¹⁹⁶, könnte ein Abstellen auf einen aufmerksam lesenden mündigen Verbraucher uU zur Entbehrlichkeit einer zusätzlichen Erläuterung des Sachzusammenhangs führen³¹⁹⁷.

gebend war – sollte dem Urteil zugrundeliegen, daß eine Verständlichkeit nicht nötig ist, wäre dies nicht mehr mit der KlauselRL vereinbar, Prölss in Prölss/Martin, Vorbem I, Rz.81.

³¹⁹¹ Der Rückkaufswert wird zwar nur bei außerplanmäßiger Kündigung der Lebensversicherung bedeutsam, jedoch kann man den Renditeverlauf wegen des Zeitwertbezuges als „zentrales Merkmal“ u. sogar als Hauptleistung bezeichnen, so wohl Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216/17. iVm 2216 li.Sp., ohne daß die Qualifizierung allerdings Auskunft über den Bereich des Art.4 II geben würde, da bei Rechtsprodukten – wie oben dargestellt – gerade nicht sämtliche Hauptleistungsbestimmungen kontrollfrei sind.

³¹⁹² Die z.B. im Hinblick auf den Renditeverlauf bei Kapitallebensversicherungen erforderlich sind, vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216.

³¹⁹³ Dagegen Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313, nach dem das strenge dt. Transparenzgebot (Hypothekenzins- und Wertstellungsurteil) nicht durch das „schlichte Transparenzgebot des Art.5“ gedeckt ist; bereits gegen diese „Verschärfung“ des Transparenzgebotes nach dt.Recht, z.B.Bruchner, Hadding/Hopt, S.119 ff., 129.

³¹⁹⁴ So z.B.BGH, NJW 1990, S.2383ff.=BGHZ 112ff., 115 ; BGH, NJW 1992, S.179 f. und S.1108 ff.; BGH, WM 1997, S.518 ff.– bei Versicherungsurteilen war dagegen zusätzliches Argument, daß die Rückkaufswertregelung und die Regelung hinsichtlich der Abschlußkosten im Vertragswerk weit auseinanderstehen.

³¹⁹⁵ Folgende Wertstellungsklausel sei nach BGH, NJW 1989, S.582 ff. = BGHZ 106, S.259 ff. intransparent: „5. Wertstellungen (Beginn oder Ende der Zinsrechnung auf Girokonten; im Kontoauszug mit Wert bezeichnet): Einzahlungen: 1 Tag nach Einzahlung, Auszahlungen: Tag der Auszahlung“; - Begründung: Klausel bringe nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß durch die hinausgezögerte Wertstellung für Bareinzahlungen uU Sollzinsen für nicht in Anspruch genommene Kredite verlangt werden.

³¹⁹⁶ So OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714: ein nur weit unter der Summe der eingezahlten Prämien liegender Rückkaufswert sei „offensichtlich“ (S.716: „offenkundig“) – BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., geht dagegen i.E.nicht davon aus, daß sich die wirtschaftl. Folgen bereits durch oberflächl. Betrachtg erkennen lassen .

³¹⁹⁷ So Markwardt, S.173 für den Fall des Wertstellungsurteils, allerdings war in diesem Fall Hauptargument für die Unwirksamkeit nicht die Intransparenz, sondern die materielle Unangemessenheit, BGH, NJW 1989, S.582 ff., 583 - vgl.auch Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104: ein aufmerksamer Leser muß auf Zusammenhänge achten.

Allerdings ist schon aus der Begründung der Hinweispflicht durch den BGH zu erkennen, daß dieser nicht auf einen „flüchtigen Leser“ in Abweichung zu dem europäischen Verbraucherleitbild abstellt³¹⁹⁸. Ausschlaggebend war vielmehr die fehlende Erfahrung mit den konkreten Geschäften und fehlende Spezialkenntnisse der Verbraucher, denen es deshalb schwer fällt, die Konsequenz des wirtschaftlichen Nachteils aus dem sachlichen Zusammenhang der jeweiligen Regelungen zu erkennen³¹⁹⁹. Ein Kredit- oder Versicherungsexperte würde von vorneherein das notwendige „Problembewußtsein“ haben und auf diese „verdeckten“ Zusammenhänge achten, die von einem Laien nicht erwartet und daher für diesen nicht hinreichend deutlich werden. Auch der „mündige“ Verbraucher nach dem Leitbild des EuGH ist aber als Person ohne Sonderkenntnisse zu sehen³²⁰⁰. Nur bei dieser Prämisse können auch das Verständlichkeitsgebot der Klauselrichtlinie und das allgemeine gemeinschaftsrechtlich verfolgte „Informationsmodell“ überhaupt ihre Geltung beanspruchen³²⁰¹. Damit schließt das europäische Verbraucherleitbild nicht notwendigerweise strengere Transparenzanforderungen hinsichtlich wirtschaftlicher Nachteile aus.

Entscheidend ist also nicht, daß dem Verbraucher jegliches Nachdenken oder mögliche Schlußfolgerungen durch einen erläuternden Hinweis abgenommen werden sollen³²⁰², sondern die Frage, ob das Bestehen der Schlußfolgerungsmöglichkeit bzw. der Sachzusammenhang für einen Laien überhaupt hinreichend erkennbar und durchschaubar war. Dies spricht dafür, bei komplexen und nicht alltäglichen Verträgen wie Hypothekendarlehen und Kapitallebensversicherungen höhere Anforderungen zu stellen als z.B. bei einfachen Kaufverträgen. Auch bei neuartigen Finanzprodukten können tendenziell mehr Erläuterungen verlangt werden. Bei Lebensversicherungen hat das BAV zu Recht darauf hingewiesen, daß sich diese Versicherungsart zwar an alle Bevölkerungsschichten wendet, die Anforderungen sich aber an im Wirtschaftsleben weniger gewandten Kreisen zu orientieren haben³²⁰³.

ccc) Hinweis- und Erläuterungspflichten aus dem Gedanken der Durchschaubarkeit

Auch wenn das Transparenzgebot grundsätzlich niedriger ansetzt als die in anderen Richtlinien geforderten positiven Informationspflichten und keine konkrete Klauselgestaltung vorgibt³²⁰⁴, können sich die durch die dt. Rechtsprechung entwickelten Erläuterungspflichten

³¹⁹⁸ Auch der BGH stellt auf den aufmerksamen Leser – allerdings ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse ab, der das Klauselwerk verständlich würdigt und erkennbare Sinnzusammenhänge berücksichtigt vgl. BGH, NJW 1993, S.2369f.; BGH, NJW 1990, S.2383 ff., 2384.

³¹⁹⁹ Vgl. BGH, NJW 1989, S.222 ff., 224 stellt auf die Erkenntnismögl.v. „Privatpersonen, die erst- oder einmalig Grundbesitz erwerben und über keine Finanzierungserfahrungen verfügen“, als typ. Durchschnittskunden von Hypothekendarlehen ab. „Eine Hypothekendarlehensbank muß daher ihre AGB möglichst so gestalten, daß auch solchen Kunden die preiserhöhende oder sie sonst benachteiligende Wirkung der Klausel nicht erst nach intensiver Beschäftigung oder aufgrund ergänzender Auskünfte deutlich wird.“ Im weiteren stellt der BGH zudem auf ein Abweichen von typ. Kundenerwartungen ab; vgl. auch BGH, NJW 1990, S.2383 f., 2384.

³²⁰⁰ *Oben 2. Teil D IV 1.a) und 3.c).*

³²⁰¹ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215: das Transparenzgebot relativiert das Verbraucherleitbild.

³²⁰² Davon geht auch die dt. Rspr. nicht aus, OLG, WM 1989, S.1209 ff., 1210/1211 (keine so weitgehende Aufklärungspflicht); BGH, NJW 1990, S.2383 ff., 2384: AGB können zwar nicht stets so formuliert werden können, „daß dem Kunden jedes eigene Nachdenken erspart bleibt“, es reiche aber nicht aus, wenn sich die Auswirkungen einer Kl. erst nach „intensiver Beschäftigung oder aufgrund ergänzender Auskünfte“ erschließen.

³²⁰³ R2/2000, VerBAV 2000, S.252, 253.

³²⁰⁴ *Insb. 2. Teil D IV 3.g)bb)* - auch der BGH fordert keine konkrete Klausel, in NJW 1990, S.2383 f., 2384 gibt er nur ein Beispiel für eine mögliche Formulierung der Zinsberechnungsklausel in Hypothekendarlehen.

ten auch aus Art.4 II,5 der Klauselrichtlinie ergeben. Dafür spricht zum einen die Vorbildfunktion des von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Transparenzgebotes für die Art.4 II,5 der Klauselrichtlinie. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde ausdrücklich auf die dt. Rspr. Bezug genommen³²⁰⁵ – zu dieser Zeit gab es bereits die Wertstellungs- und Hypothekenzinsentscheidungen, die im wesentlichen auch erst zu dem Prinzip Transparenzgebot im Rahmen der Inhaltskontrolle führten sowie mehrere Folgeurteile, so daß man von einer ständigen Rechtsprechung hinsichtlich der Erläuterung wirtschaftlicher Nachteile sprechen konnte.

Der Wortlaut „klar und verständlich“ spricht nicht etwa gegen die Annahme auch noch einer Erläuterungspflicht bezüglich wirtschaftlicher Konsequenzen³²⁰⁶, da es sich hierbei lediglich um eine generalklauselartige Umschreibung des Transparenzgebotes handelt³²⁰⁷. Vielmehr kann auch ein „Aufdecken“ der sachlichen Zusammenhänge und wirtschaftlichen Folgen – soweit nicht bereits unter den Begriff der Verständlichkeit subsumierbar – von dem Grundgedanken des Transparenzgebotes der Klauselrichtlinie, der Durchschaubarkeit von Sinn und Tragweite der Klauseln, erfaßt sein. Auch die Einordnung einer Klauseln in den Gesamtzusammenhang sowie eine zusammenhängende Darstellung zusammengehöriger Regelungen, auf die der BGH in beiden Fällen – wenn auch nicht entscheidend – abgestellt hat³²⁰⁸, gehören zu der Sinnverständlichkeit und Durchschaubarkeit. Es soll verhindert werden, daß dem Verbraucher scheinbar unverfängliche Klauseln präsentiert werden, die ihren belastenden Inhalt erst im Zusammenwirken mit anderen Klauseln haben und dies für den Verbraucher unerkannt bleibt.

Insbesondere der Gesichtspunkt der Abschlußtransparenz, der auch der Klauselrichtlinie zu entnehmen ist, spricht für ein vergleichbar strenges Transparenzgebot auch auf Richtlinienebene. Bei beiden Entscheidungen - im Bank- wie im Versicherungsbereich - spricht der BGH von dem Zweck des Transparenzgebotes, dem Kunden einen Marktvergleich zu ermöglichen³²⁰⁹. Besonders deutlich wird der IV. Senat des BGH bei den versicherungsrechtlichen Entscheidungen, bei denen er ausführt, daß der VN ein „berechtigtes Informationsbedürfnis“ habe, um das Produkt Kapitallebensversicherung mit anderen Kapitalanlagen, aber auch mit Versicherungen anderer Anbieter (also unterschiedlichen Angeboten

³²⁰⁵ Dazu oben unter 2. Teil D II 2. a).

³²⁰⁶ BGH sieht wohl einen Unterschied zw. formaler Verständlichkeit und Sinnverständlichkeit, vgl. NJW 1998, S.454 ff., 456: „Dabei kommt es nicht nur darauf an, daß die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben auch, daß die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen läßt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.“; so auch BGH, NVersZ 1999, S.360 ff.; NVersZ 2001, S.308 ff. und 313 ff.

³²⁰⁷ Dazu oben unter 2. Teil D IV 2. und 3. a).

³²⁰⁸ Das Hypothekenzinsurteil stützte sich noch maßgeblich darauf, daß sich die beiden Regelungen in zwei unterschiedl. Abs. befanden; die späteren Entscheidungen hielten aber auch aufeinanderfolgende Sätze für intransparent (z.B. BGH, NJW 1990, S.2383 f., 2384; NJW 1992, S.179 f.) - im Versicherungsurteil wurde u.a. darauf abgestellt, daß der Zusammenhang der Abschlußkosten (§ 15 AVB) u. Rückkaufwertregelung (§ 4 AVB) aufgr. ihrer weit voneinander entfernten Darstellung ohne ausdrückl. Verweisungsklausel nicht erkennbar war.

³²⁰⁹ BGH, NJW 1989, S.222 ff., 224 (Hypothekenzinsurteil): „Nur wenn der Kunde darüber Klarheit gewinnt..., ist ihm ein Preisvergleich mit den Angeboten anderer Banken möglich“; deutlicher später BGH, NJW 1990, 2383 ff. : ging von der Preistransparenz als Voraussetzung für den Marktvergleich aus und folgt daraus, daß bei effektivzinserhöhende Preisnebenabreden darauf geachtet werden muß, daß „der Kunde ihre Bedeutung nicht verkennt, sondern möglichst mühelos und ohne weitere Erläuterung versteht. Nur dann kann er seine Verhandlungsmöglichkeiten und Marktchancen interessengerecht wahrnehmen.“ – der BGH bezog sich in dieser Entscheidung ausdrücklich auf die marktbezogenen Sichtweisen von Köndgen, NJW 1989, S.943 f., 948,950 und Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 683.

desselben Produktes) zu vergleichen³²¹⁰. Diese Erwägung deckt sich mit dem Zweck des Richtlinien-Transparenzgebotes, neben der Informationsmöglichkeit während der Vertragslaufzeit, einem interessierten Verbraucher eine ausreichende Informationsmöglichkeit vor Vertragsabschluß zu geben, um die Entscheidungsfreiheit zu sichern und einen Konditionenwettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen.

Bei den BGH-Entscheidungen geht es weniger um ein Gebot der Aufnahme zusätzlicher inhaltlicher Angaben („Ob“), also die Entwicklung eigenständiger Aufklärungspflichten, als um die klare, verständliche und durchschaubare Darstellung vorhandener Angaben („Wie“). Auch das Richtlinien -Transparenzgebot setzt in Abgrenzung zu positiven Informationspflichten anderer Richtlinien und Empfehlungen („Ob“) schwerpunktmäßig bei dem „Wie“ an³²¹¹. Die Grenze zu nicht mehr von dem Transparenzgebot erfaßten Informationspflichten ist allerdings schwer zu ziehen. In jedem Fall läßt sich aber eine äußerste Grenze für die Transparenzanforderungen festlegen. Sie liegt in der produktimmanenten Intransparenz³²¹². Diese Intransparenz, die beispielsweise durch die typische Koppelung von Kapitalansparung bei der kapitalbildenden Lebensversicherung und Risikodeckung entsteht³²¹³ oder die aufgrund der Tatsache besteht, daß der Versicherer bei der Überschußwirtschaftung Spielräume hat und die Überschußbeteiligung nicht der Höhe nach festgelegt werden kann, sondern u.a. von zukünftigen Tatsachen (z.B. Schadensverlauf, künftige Kapitalerträge) abhängig gemacht wird, kann nicht mit Hilfe des Transparenzgebotes verhindert werden. Denn dies würde eine Produktveränderung, uU sogar ein Produktverbot bedeuten, wobei zu prüfen wäre, ob für einen solchen Eingriff nicht ein Gesetz erforderlich ist. Die Einschränkung von Versicherungsvertragstypen ist nicht Sinn und Zweck des Transparenzgebotes, das nur die darstellungsrelevante Intransparenz vermeiden soll³²¹⁴. Außerdem wird die Kapitallebensversicherung von dem europäischen Gesetzgeber als zulässig vorausgesetzt³²¹⁵. Aus dem Transparenzgebot ist nur abzuleiten, daß die produktimmanente Intransparenz ausreichend deutlich gemacht wird und daß die vertraglichen Regelungen nicht intransparenter sind, als aufgrund der Produktintransparenz erforderlich³²¹⁶.

ddd) Konkretisierungskriterien

Das Transparenzgebot umfaßt keine vollständige Aufklärungspflicht – insbesondere ist der Gewerbetreibende nicht verpflichtet, jede vorformulierte Regelung mit einem umfassenden Kommentar zu versehen³²¹⁷. Dies hätte außerdem bei ohnehin komplexen Produkten eine Überfrachtung des Klauselwerkes zur Folge und würde bei AGB deren Rationalisierungszweck konterkarieren. Hinsichtlich des „Wie“ erschöpft sich das Transparenzgebot in der

³²¹⁰ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310: „Die kapitalbildende Lebensversicherung steht zumindest teilweise im Wettbewerb mit Angeboten über andere Kapitalanlagen. Der potentielle Kunde ist deshalb auf Informationen angewiesen, die ihm für seine Entscheidung bei Vertragsschluß einen Vergleich der unterschiedlichen Angebote – auch von anderen Versicherungsunternehmen – erlauben.“; zust. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2221.

³²¹¹ *Oben 2. Teil D IV 3.g) bb)bbb*.

³²¹² Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2217: „konstruktionsbedingte Intransparenz“.

³²¹³ Schwintowski, VuR 1998, S.219 ff., 220; u.a. Kritik an der Intransparenz dieses Kombinationsproduktes, vgl. Adams, ZIP 1997, S.1857ff. („zwei völlig unterschiedliche ökonomische Vorgänge“ von Vermögensverwaltung und Risikoversicherung).

³²¹⁴ Basedow, VersR 1999, S.1945 ff., 1051; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2217, 2223.

³²¹⁵ Vgl. Grundmann, 4.31, Rz.11.

³²¹⁶ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2217.

³²¹⁷ *Oben 2. Teil D IV 3.g), insb.cc*; so auch BGHZ 112, S.115 ff., 119= NJW 1990, S.2383 ff., 2384.

Verpflichtung, von mehreren möglichen Klauselfassungen diejenige zu wählen, die die kundenbelastende Wirkung nicht unterdrückt, sondern deutlich macht, wenn das ohne unangemessene Ausweitung des Textumfangs möglich ist³²¹⁸. Es geht hier also weniger um die positive Pflicht zur Aufnahme einer bestimmten Angabe, als um die Entfernung von Klauselgestaltungen, die verhindern, daß ein Marktvergleich hinsichtlich ihres Inhaltes stattfinden kann³²¹⁹. Auch geht es nicht um individuelle Aufklärung, sondern um die generelle Darstellung im Klauselwerk. Bei der notwendigen Interessenabwägung im Einzelfall hinsichtlich der Forderung von Erläuterungen zu wirtschaftlichen Nachteilen sind zunächst die allgemeinen Schranken des Transparenzgebotes zu beachten³²²⁰. In dem Versuch einer Konkretisierung der Kriterien, die zur Ermittlung eines besonderen Informationsbedürfnisses des Verbrauchers herangezogen werden, gilt in Ergänzung der unter IV 2. genannten Faustregel zunächst die bereits oben dargestellte Regel³²²¹, die über den hier behandelten Problembereich auch generell für das Transparenzgebot anwendbar ist. Je komplexer und/oder neuartiger ein Produkt und je weniger häufig ein bestimmtes Produkt durchschnittlich gebraucht wird, desto mehr Transparenzanforderungen können auch an die Erkennbarkeit des Sachzusammenhanges und der wirtschaftlichen Folgen (zumindest wesentlicher Regelungen) gestellt werden.

Eine weitere - generell anwendbare - Regel läßt sich aus dem Gedanken der Abschlußtransparenz entwickeln: Je wichtiger eine Klausel für die Entscheidung des Verbrauchers für ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Anbieter sein kann und je weitreichender bzw. schwerwiegender die Konsequenzen und die wirtschaftlichen Folgen sind, desto transparenter und durchschaubarer muß sie formuliert sein und gegebenenfalls auch einen Hinweis enthalten³²²². Daraus folgt, daß die beiderseitigen Hauptleistungen, insb. die wesentlichen Produktbestimmungen, besonders transparent sein müssen. Dieser Bereich darf aber nicht automatisch mit dem von der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle befreiten Bereich des Art.4 II gleichgestellt werden³²²³. Wie oben ausführlich erläutert, sind gerade auch bei Rechtsprodukten nicht alle preiswirksamen und (haupt-)leistungsbeschreibenden Klauseln der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen³²²⁴. Die teilweise hinsichtlich Kapitallebensversicherungen verwandten Formulierungen wie z.B. „zentrales Merkmal des Produkts“, „wesentliche Grundlagen der Präferenzenentscheidung“³²²⁵ oder „wesentliches Leistungselement“³²²⁶ erinnern lediglich an die Formulierung „wesentlichen Bestandteile“, die aus dem Bereich der ausdrücklich geregelten positiven Informationspflichten bekannt ist, z.B. Art.36 III Vierte RL-Leben 2002/83/EG

³²¹⁸ BGHZ 112, S.115 ff., 119= NJW 1990, S.2383 ff., 2384 .

³²¹⁹ Vermeidung v. Klauselgestaltungen, die Rechtsunsicherheit schaffen, v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.11.

³²²⁰ Vgl. oben unter 2.Teil D IV 2.

³²²¹ Unter 2.Teil D IV 3.g)bbb).

³²²² Ähnlich auch Korinek, JBl. 1999, S.149 ff., 160; Kiendl, S.205.

³²²³ So aber wohl Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220 und vor allem 2222, wengleich deren Formulierung, der „Kern der Leistungszusage“ sei identisch mit der Kategorie der Abschlußtransparenz (dort „Orientierungstransparenz“) nicht ganz eindeutig ist. Da der „Kern der Leistung“ nach Rspr. und hL für § 307 II 1 BGB n.F. (§ 8 AGBG a.F.) typisch ist, ist dies aber zu vermuten; unklar Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 676 iGgstz zu 683; i.E. wie hier BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., der § 8 AGBG a.F. verneinte, aber dennoch die Abschlußtransparenz bejahte, allerdings auch von einem engeren kontrollfreien Bereich ausgeht.

³²²⁴ 2.Teil C, insb.III 8.

³²²⁵ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216/2217 und S.2223.

³²²⁶ Präve, VersR 2001, S.846; Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 100 („wesentliche Strukturelemente“).

(„wesentliche Merkmale“ in EG 52), früher in Art.31 III iVm EG 23 Dritte RL -Leben 92/96/EWG. Auch diese Bestimmungen sind - wie bereits erläutert³²²⁷ - nicht mit dem „Hauptgegenstand“ des Art.4 II gleichzusetzen. Da die Transparenzkontrolle für Hauptgegenstand und Preis-Leistungsverhältnis nach Art.4 II die einzige Kontrolle ist, können allenfalls für diesen Bereich noch strengere Anforderungen gestellt werden. Der Bereich des Art.4 II ist aber von den für einen Produktvergleich besonders wichtigen, notwendigen bzw. geeigneten Bestimmungen zu trennen. Bei Hypothekarkrediten ist beispielsweise allein bei der Zinshöhe als „bezifferte Preisfestsetzung“ davon auszugehen, daß diese dem Wettbewerb überlassen werden kann und zu dem Bereich gehört, der nach Art.4 II der allgemeinen (inhaltlichen) Mißbräuchlichkeitskontrolle entzogen ist, nicht aber bei einer Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklausel³²²⁸. Insbesondere aus dem Anhang der Klauselrichtlinie ergibt sich im Umkehrschluß die Kontrollunterworfenheit von Preisberechnungs- und Preisänderungsklauseln³²²⁹.

Bei einem so komplexen Produkt wie der Kapitallebensversicherung, die eine Kombination der Versicherung des Todesfallrisikos mit einem besonders ausgestalteten Sparplan sowie einer genußrechtsähnlichen Beteiligung am Erfolg des Versicherungsunternehmens im Erlebensfall darstellt (Kombination aus Risikoschutz und Kapitalbildung)³²³⁰, ist der von der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle befreite Bereich des Art.4 II schwer zu bestimmen³²³¹. Ohne diese Frage ausführlich zu behandeln, weil eine Entscheidung im Hinblick auf das Transparenzgebot aufgrund der Klarstellung in Art.4 II gerade nicht erforderlich ist, seien nur folgende Erwägungen angestellt: Der BGH hat hinsichtlich der vertraglichen Regelungen zu vorzeitiger Kündigung und Beitragsfreistellung entschieden, daß es sich im Gegensatz zu dem monatlichen Beitrag und der Versicherungssumme nicht um nach § 307 III a BGB kontrollfreie essentialia negotii handelt³²³². Hinsichtlich der Überschußregelungen hat das Gericht das Ergebnis offengelassen³²³³. Bei Kapitallebensversicherungen wird man aber davon ausgehen können, daß es sich bei der Überschußbeteiligung als Definition des Vermögensgestaltungsziels um eine Regelung handelt, die zu den essentialia negotii gehört³²³⁴. Vertragstypkonstituierendes Merkmal, das bereits aus der schlagwortartigen Produktbeschreibung folgt, und bei dem davon ausgegangen werden kann, daß es von dem „kritischen Abwehrverhalten“ eines vernünftig denkenden Markt-

³²²⁷ 2. Teil C III 5. b) aa) und c).

³²²⁸ Vgl. für dt. AGB-Recht auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948 („wettbewerbliches Halbdunkel“); MüKo-Basedow, § 8 AGBG, Rz.14; u.Fastrich, S.266 und S.323 f.; richtig iE. daher auch BGH, NJW 1989, S.222 ff., 223; zw. bei BGH, NJW 1990, S.2383; aA Canaris, NJW 1987, S.609 ff., 614 hält Tilgungsverrechnungsklausel als unmittelbar preisbestimmende Klausel für kontrollfrei; so auch Dylla-Krebs, S.177 f.

³²²⁹ Vgl. Nr. Ij, I; Nr.2 b,c,d.

³²³⁰ Ausführlich zu diesem Produkt, vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216.

³²³¹ Vgl. nur Drygala, S.338 für Genußscheine.

³²³² BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310, wobei auch hier wiederum für die Geltung des Transparenzgebotes wegen Art.4 II der KlauselRL eine Vorprüfung nach § 8 AGBG a.F. nicht erforderlich gewesen wäre.

³²³³ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312 - die Entscheidung BGH, VersR 1995, S.77 ff., 78 bezog sich nur auf eine Verweisungsklausel auf den Geschäftsplan hinsichtl. der Grundsätze für Überschußrückgewähr u. -verteilung; diese Klauseln seien kontrollunterworfen, weil dadurch „die Überschußbeteiligung näher ausgestaltet“ werde; diese Formulierung könnte darauf hindeuten, daß das Ob der Überschußbeteiligung als solche nicht der inhaltlichen Kontrolle unterworfen ist.

³²³⁴ So auch Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2222; Baumann, JZ 1995, S.446 ff., 447 („essentiell Produktelement“); ähnlich Präve, VersR 2001, S.846 („wesentliches Leistungselement“); zw., ob auch die Rechnungsgrundlagen (Abschluß- u. Verwaltungskosten, Rechnungszins, Sterbetafeln) zu den essentialia negotii gehören, so aber Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 100.

teilnehmers³²³⁵ erfaßt wird, ist aber nur das Ob der Überschußbeteiligung, die Höhe des garantierten Mindestzinssatzes und allenfalls noch deren Variabilität³²³⁶. Anders als das Ob kann das Wie der Überschüßermittlung, Grundsätze und Möglichkeiten der Bilanzierung, Einzelheiten der Rechnungsgrundlagen, Einzelheiten der Beteiligung bzw. Festlegung der Überschüßanteile dagegen nicht der autonomen Selbstkontrolle überlassen werden.

Auch die Bildung stiller Reserven und der damit verbundene „sekundäre Versicherungseffekt gegen die Volatilität der Märkte“ wird als essentiell³²³⁷, und die Rückkaufwertregelung als produktkonstituierend³²³⁸ bezeichnet. Ob diese Bereiche jedoch auch dem kritischen Abwehrverhalten unterfallen und insoweit auch ein Selbstschutz zumutbar ist, so daß ein kontrollfreier „Hauptgegenstand“ iSd Art.4 II angenommen werden kann, ist fraglich. Zwar kann der nichtlineare Renditeverlauf³²³⁹ nicht nur während der Vertragsdurchführung als „Entscheidungshilfe“ dienen, ob die Lebensversicherung bei Veränderung der Verhältnisse weitergeführt oder gekündigt wird, sondern ist auch schon vor Vertragsschluß geeignet, einen Marktvergleich mit anderen Kapitalanlagen und anderen Kapitallebensversicherungen durchzuführen³²⁴⁰. Eine vertragliche Regelung zählt aber nur dann zum „Hauptgegenstand“ des Versicherungsvertrages, wenn insoweit auch tatsächlich von einem funktionierenden Wettbewerb ausgegangen werden kann (Fall der fehlenden Kontrollbedürftigkeit).

Jedenfalls hinsichtlich der Einzelheiten bei vorzeitiger Kündigung und Beitragsfreistellung³²⁴¹ ist eher nicht davon auszugehen, daß diese dem Marktmechanismus unterfallen; zumal es sich bei den Rückkaufwertregelungen nicht um synallagmatische Bestimmungen in Bezug auf die Prämienzahlung handelt³²⁴². Da die Regelung hinsichtlich der Rückkaufswerte nur für den Fall einer Kündigung oder Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung vor dem vorgesehenen Vertragsende relevant wird, handelt es sich – unabhängig von der tatsächlichen Häufigkeit einer vorzeitigen Kündigung von Kapitallebensversicherungen³²⁴³ - um eine Regelung, die ein unvorhersehbares Ereignis betrifft, das nicht im Regelungsplan liegt. Bei störungsfreier Vertragsdurchführung kommt die Klausel nicht zum Einsatz und unterfällt daher typischerweise auch nicht vor Vertragsschluß dem kriti-

³²³⁵ Für eine Kapitallebensversicherung als Kapitalanlage wird sich hauptsächlich der konservative Anlager entscheiden, vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216 (aufgrund des mitenthaltenden Todesfallschutzes ist ein Vergleich mit anderen Anlageformen nur begrenzt möglich, vgl. FN 80).

³²³⁶ Best.Prozentsätze der Überschüßbet., die uU auch kontrollfrei iSd Art.4 II wären, werden regelmäßig nicht angegeben.

³²³⁷ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220: „systemischer Vorteil“ der Kapitallebensversicherung für den konservativen Anleger; S.2221: für den Vergleich mit anderen Kapitalanlageprodukten erforderlich, während der Maßstab der Beteiligung am jeweiligen Unternehmensgewinn für den Vergleich unterschiedlicher Anbieter des gleichen Produktes der Kapitallebensversicherung gehe.

³²³⁸ Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1059: im Zusammenhang mit dem Zillmerungsverfahren (allerdings gerade nicht im Zusammenhang mit § 8 AGBG a.F., insoweit stimmt er i.E. dem BGH zu, S.1058).

³²³⁹ Renditeverlauf als „zentrales Merkmal des Produkts Kapitallebensversicherung“, insbesondere für den Vergleich mit anderen Kapitalanlagen, z.B. langfristigen Banksparprodukten vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216/2217 – Adams, ZIP 1997, S.1857 ff., 1858f. zu Renditeverlauf.

³²⁴⁰ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310.

³²⁴¹ Der Zeitwertberechnung, Abschlußkostenverrechnung (Zillmerungsverfahren), Berechnungsmethoden – insb. das Zillmerungsverfahren ist weder zu den essentialia negotii zu zählen, noch als vertragstypkonstituierende Regelung, weil auch Lebensversicherungsverträge mit anderen Verrechnungsmethoden möglich sind.

³²⁴² Vgl. Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220; OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 368 („keine unmi-telbare Entsprechung zur Höhe der Prämie“).

³²⁴³ Nach unbestrittenem Klägervortrag, OLG Stuttgart, ZIP 1999, S.1970 wird mindestens jede zweite Kapitallebensversicherung vorzeitig beendet; Adams, ZIP 1997, S.1857 ff., 1865 (Stornoquote zw. 35-75 %), dessen Annahme eines Verstosses gegen das Transparenzgebot wegen fehlenden Hinweises auf die große Stornowahrscheinlichkeit (Adams, S.1866) geht jedoch zu weit.

schen Abwehrverhalten; eine allgemeine (inhaltliche) Mißbräuchlichkeitskontrolle kann daher nicht nach Art.4 II entfallen³²⁴⁴. Auch wenn es faktisch häufig zu einem vorzeitigen Abbruch kommt, so geht der Verbraucher bei Abschluß des Vertrages typischerweise davon aus, daß er die vereinbarte Laufzeit einhält – anders wäre die Wertung nur dann, wenn keine bestimmte Laufzeit vereinbart wäre und eine Zahlung des Versicherers nur im Kündigungsfall erfolgen würde.

Für die hier zu behandelnde Transparenzproblematik ist diese Abgrenzungsfrage aber wegen der Klarstellung in Art.4 II ohne Bedeutung, sondern es kommt für den Umfang der Transparenzanforderungen nur darauf an, daß es sich um wesentliche Regelungen handelt, die für einen Marktvergleich mit anderen Produkten oder gleichartigen Produkten anderer Anbieter besonders wichtig sind. Zu solchen wesentlichen Regelungen zählen insbesondere diejenigen Klauseln, die den Leistungsinhalt oder die Preise (iSv Art.4 II) modifizieren³²⁴⁵. Daneben kommt es bei beiden BGH-Entscheidungen darauf an, daß es sich nicht nur um geringe wirtschaftliche Auswirkungen, sondern um wirtschaftliche Nachteile „von einigem Gewicht“ handelt³²⁴⁶.

Außerdem ist der Prüfungsmaßstab eines typischen Durchschnittsverbrauchers als juristischer Laie entscheidend. Bei Klauselinhalten, die – unabhängig von ihrer Üblichkeit - von den typischen Erwartungen eines Durchschnittsverbrauchers abweichen, sind Hinweise seitens des Verwenders zu erwarten³²⁴⁷. Das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie umfaßt damit auch Vermeidung von Irrtümern oder Verschleierungen des Klauselinhalts. Auch hier werden wiederum leistungs- oder preismodifizierende Klauseln eher von den Erwartungen abweichen, weil sich der durchschnittliche Kunde über Preis und Leistung vor Vertragsabschluß Gedanken macht und insoweit am ehesten davon ausgeht, daß alle „wesentlichen Faktoren auf den Tisch gelegt“ worden sind³²⁴⁸. Eine weitere Faustregel lautet also: je mehr eine Regelung den Erwartungen eines typischen Durchschnittskunden

³²⁴⁴ I.E. für dt. § 8 AGBG a.F. auch BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 310; zust. Reiff, Anm. ZIP 2001, S.1058; auch in Griechenland werden Rückkaufsregelungen inhaltlich kontrolliert, vgl. Polymeles Protodikeio Athinon v. 1.1.1996, CLAB GR 000182 (BerufungsE CLAB GR 000254); aA Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2220 und 2217: wegen des hohen Abbruchrisikos sei wirtschaftl. gegesehen von einer Hauptleistungsbest. auszugehen - aufgrund des Zeitwertbezuges mag es zwar möglich sein, von Hauptleistungsbest. zu sprechen, bei Rechtsprodukten sind aber nicht alle Hauptleistungsbest. automat. zu dem kontrollfreien „Hauptgegenstand“ zu zählen, vgl. 2.Teil C – wie hier für ähnl. Problematik der Rückzahlungsklauseln im Fall der Kündigung eines Genußscheins, vgl. Drygala, S.343.

³²⁴⁵ Anders: je preis- und/oder hauptleistungsnäher Klauseln, umso eher ist Verdeutlichung erforderlich.

³²⁴⁶ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311 („Eine Verweisung ohne nähere Angaben in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen verbietet sich aber dann, wenn sie einen wirtschaftlichen Nachteil des VN von einigem Gewicht betrifft.“).

³²⁴⁷ Vgl. insb. BGH, NJW 1990, S.2383 im Anschluß an Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 684; „Die Anforderungen einer preiserhöhenden Nebenabrede richten sich danach, in welchem Maße die Regelung – für den Verwender erkennbar – den Erwartungen des Vertragspartners widerspricht. Dabei können auch bei üblichen Klauseln Unterschiede darin bestehen, inwieweit deren Wirkung in das Bewußtsein des Kunden gedungen ist.“; BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312: „Ein durchschnittlicher VN weiß, daß diese Faktoren (Quellen der Überschüsse) nicht konstant sind...“ – vgl. auch Kreienbaum, S.271 ff.; bei Abstellen auf die Verbrauchererwartungen bestehen Ähnlichkeiten zu der Prüfung des dt. § 305 I c BGB (§ 3 AGBG a.F.), vgl. dazu Schmidt-Salzer, FS Trinkner, S.361 ff., 370 f.; dazu auch Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 685; u. Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 945, nach dem bei der Hypothekenzinsentscheidung schon ein Scheitern an § 3 AGBG a.F. möglich gewesen wäre – es besteht aber keine Deckungsgleichheit, vgl. BGH, NJW 1990, S.2383.

³²⁴⁸ Koller, FS Steindorff, S.667 ff., 683.

widerspricht bzw. je weniger der Kunde mit einer bestimmten Regelung rechnen mußte, desto besser muß sie und auch ihre Folgen erkennbar sein³²⁴⁹.

eee) Zwischenergebnis

Ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob abstrakt ein besonderes Informationsbedürfnis der Verbraucher vorliegt, welches höhere Transparenzanforderungen rechtfertigt, so gilt: Abzustellen ist im wesentlichen auf die Erwartungen eines typischen Durchschnittskunden, welche sich wiederum je nach Vertragstyp (Komplexität und Neuheit) unterscheiden können. Abzustellen ist weiter auf die Wichtigkeit der Klausel (Hauptleistungsbestimmung, wesentliches Produktmerkmal) und die Erheblichkeit des wirtschaftlichen Nachteils. Zugunsten des Gewerbetreibenden sind schließlich die allgemeinen Schranken des Transparenzgebotes³²⁵⁰ inklusive der äußersten Grenze der produktimmanenten Intransparenz zu beachten.

fff) Anwendung auf die Materien der BGH-Fälle

Die dt. Rechtsprechung stellt neben der Wichtigkeit der Regelung und den wirtschaftlichen Folgen wesentlich auf die Abweichung von typischen Erwartungen eines Durchschnittsverbrauchers ab: So argumentierte der BGH z.B.³²⁵¹ im Hypothekenzins-Fall zu recht, daß nach der Vorstellung eines nicht krediterfahrenen Kunden bereits zurückgezahlte Darlehensbeträge bei der Zinsberechnung nicht mehr berücksichtigt werden³²⁵². Da die Banken-AGB von dieser Vorstellung abweichen, müßte die aus dem Zusammenhang der Klauseln folgende wirtschaftliche Benachteiligung im Klauseltext hinreichend deutlich gemacht werden³²⁵³.

Auch bei der Berechnung des Rückkaufswertes in der Lebensversicherung nach § 176 VVG einschließlich des Zillmers ist die Berechnungsmethode und deren Auswirkungen für den durchschnittlichen VN nur schwer zu durchschauen. Deshalb ist eine Klauselgestaltung mit erkennbarem Hinweis auf die möglichen wirtschaftlichen Nachteile erforderlich³²⁵⁴. Der durchschnittliche VN geht nämlich selbst bei einem Hinweis dahingehend,

³²⁴⁹ Bei dieser Regel wird wiederum nicht nur die Überschneidungsmöglichkeiten mit positiv geregelten Informationspfl. deutlich, sondern auch die Nähe zu individuellen vorvertragl. Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben bei Erkennbarkeit von Irrtümern, etc, für dt.Recht auch Bruchner in Hadding/Hopt, S.119 ff., 129.

³²⁵⁰ Dazu oben unter 2. Teil D IV 2.; vgl. auch BGH, NJW 1990, S.2383 f., 2384.

³²⁵¹ Auch bei Wertstellungsurteil, BGH, NJW 1989, S.582 f., 583, werde die Sollzinsen im Zusammenhang mit Überweisungen sogar „verschleiert“, weil „die Ausführung von Überweisungsaufträgen als ‚kostenlos‘ bezeichnet wird“ und die AGB im übrigen die Überzeugung vermitteln, daß „neben der Postengebühr für die Kontoführung keine weiteren Kosten anfallen“.

³²⁵² So auch BGH, NJW 1990, S.2383 ff., 2384: „Will eine Bank sich durch AGB das Recht ausbedingen, ihrem Kreditnehmer Zinsen auch für bereits getilgte Schuldbeträge zu berechnen, so liegt eine nach Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Kunden vor, wenn die Bank die Regelung so formuliert, daß ihre Auswirkungen vom Durchschnittskunden nur mit Mühe zu durchschauen sind, statt von der bestehenden Möglichkeit Gebrauch zu machen, eine leichter durchschaubare Formulierung zu wählen.“

³²⁵³ Vgl. BGH, NJW 1989, S.222 ff., 224, rechte Spalte; so auch BGH, NJW 1990, S.2383: „Eine AGB-Klausel, die bewirkt, daß Zinsen für bereits getilgte Schuldbeträge zu zahlen sind, widerspricht den Erwartungen des Darlehensnehmers in ungleich größerem Maße als die beiden anderen genannten Regelungen (Disagio und Teilzahlungen des Jahresbetrages). Deshalb ist eine Klauselfassung, die diese kundenbelastende Wirkung nicht verdeckt, sondern klar erkennbar macht, besonders notwendig.“; BGH, WM 1997, S.518 ff., 519.

³²⁵⁴ Römer, NVersZ 1999, S.97 ff., 104; insb.dann, wenn hinsichtlich der Abschlußkosten eine vertragl. Regelung enthalten ist, nach der diese Kosten dem VN „nicht gesondert in Rechnung gestellt“ werden, was ein durchschnittlicher VN als eine für ihn günstige Regelung empfindet, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311 – ob schon allein deshalb eine zur Unwirksamkeit führende Intransparenz aufgr. Verschleierung der Zahlungspf. für Abschlußkosten gegeben ist, ist fraglich, dafür Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2218/2219.

daß der **Rückkaufswert** nicht der Summe der eingezahlten Beiträge entspricht³²⁵⁵, nicht davon aus, daß der Zeitwert der Versicherung in den ersten zwei Jahren gleich „0“ und noch bis zu 19 Jahren weniger als die Summe der gezahlten Prämien ist. Auf diese erheblichen wirtschaftlichen Nachteile des Zillmerungsverfahrens in den ersten Jahren muß in den AVB zumindest in Grundzügen im unmittelbaren Zusammenhang mit den Regelungen der Kündigung und der Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung hingewiesen werden³²⁵⁶. Diese Vermeidung der Täuschung des VN gilt dann konsequenterweise³²⁵⁷ auch für die Darstellung der Verrechnung der Abschlußkosten. Dabei ist der Hinweis auch als Ausgleich dafür zu verstehen, daß die genaue mathematische Berechnungsmethode hinsichtlich der Errechnung der garantierten Rückkaufswerte nicht angegeben werden muß³²⁵⁸. Diese Angabe wäre nämlich gerade nicht geeignet, dem durchschnittlichen VN verständliche Informationen hinsichtlich der Rückkaufswerte zu übermitteln. Selbst wenn man – wie die dt. Rechtsprechung - grundsätzlich davon ausgeht, daß die Tabelle der Rückkaufswerte im Versicherungsschein noch rechtzeitig ist und grundsätzlich aufgrund einer Verweisklausel im Versicherungsvertrag auch als Erläuterung des Ergebnisses der Berechnungsmethode berücksichtigungsfähig ist, so muß sich die wesentliche Information bereits aus dem Vertragswerk selbst als primäres Informationsmittel ergeben. Schließlich geht es auch um die Frage der Einordnung einer Klausel in den Gesamtzusammenhang des Vertrages³²⁵⁹, was von dem Transparenzgebot gedeckt ist. Ein solcher Hinweis ist auch leicht möglich und zumutbar³²⁶⁰. Letztlich kommt es also richtigerweise gar nicht darauf an, ob die Tabelle ausdrücklich den Wert „0“ für die ersten beiden Jahre ausweist³²⁶¹.

Hinsichtlich der **Abschlußkostenregelung** ist nicht erforderlich, daß neben der Formulierung „Kosten für Beratung“ eine Erläuterung vorhanden ist, daß damit auch Vermittlungsprovisionen umfaßt sind. Denn der durchschnittliche VN verbindet diese Kosten bereits mit den Beratungskosten³²⁶². Dagegen ist aus einer Formulierung „Die mit dem Abschluß Ihrer Versicherung verbundenen und auf sie entfallenden Kosten...“ nicht erkennbar, daß es sich nicht nur um die selbst verursachten Kosten, sondern um die mittels eines Provisionsystems auf die erfolgreichen Vertragsabschlüsse umgelegten Gesamtkosten des Ver-

³²⁵⁵ So im Fall, BGH NVersZ 2001, S.308 ff.; auch die Formulierung „Die Werte für die nicht genannten Jahre (in einer Tabelle sind für die Laufzeit von 30 Jahren nur 7 Rückkaufswerte genannt) errechnen sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen. Sie erhöhen sich nicht linear.“ genügt nicht, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.313 ff., 315.

³²⁵⁶ Rückschlüsse aus der an anderer Stelle geregelten Verrechnung der Abschlußkosten genügen nicht, vgl. auch BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311 (Hinweis „in den Grundzügen“ bzw. „im Ansatz“) – nicht erforderlich ist aber eine Darstellung und Erläuterung des Zillmerungsverfahrens.

³²⁵⁷ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2218.

³²⁵⁸ Auch mögliche andere Berechnungsarten müssen nicht angegeben werden, vgl. OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715 und 716 – dem ist zuzustimmen, weil damit das Klauselwerk überfrachtet würde.

³²⁵⁹ Ein wesentl.Arg. war, daß die Regelung der Abschlußkosten (§ 15 der AVB) räumlich zu weit von der Regelung der Rückkaufswerte (§4 der AVB) entfernt war, u.es keine Verweisung auf § 15 gab – gerade für den Gesichtspunkt der Abschlußtransparenz ist der syst. Zusammenhang von Vertragsbed. aber besonders wichtig.

³²⁶⁰ Präve, VersR 2001, S.846 ff., 848; vgl.auch die neuen Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Dt. Versicherungswirtschaft e.V. für kapitalbildende Lebensversicherungen (§§ 9,10), www.gdv.de/fachservice/index.html; Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220 m.Bsp.; Bsp. auch bei Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 338 (z.B.Hinweis, daß die Abschlußkosten in Höhe von maximal 4 % der Gesamtbeitragssumme den Vertrag von Anfang an voll belasten, so daß der Rückkaufswert in den ersten beiden Jahren „0“ und der Sparprozeß auch in den nächsten Jahren verzögert ist - ein von ihm auch gefordertes ausdrückliches Abraten von der Kündigung oder Beitragsfreistellung in den ersten Jahren ist aber wohl nicht erforderlich).

³²⁶¹ Die Notwendigkeit eines Hinweises im Vertragstext selbst sagt aber noch nichts darüber aus, ob uU außerdem eine Verdeutlichung, z.B. durch Tabelle der Rückkaufswerte für den konkreten Einzelvertrag erforderlich ist.

³²⁶² So auch Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1059/1060; aA BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 311.

triebsnetzes handelt, bei denen die Vermittlerprovisionen bis zu 70 % der Prämien­summe des ersten Jahres ausmachen kann³²⁶³. Es spricht daher einiges dafür, daß zumindest die deutliche Darstellung als Gemeinkosten im Klauseltext erfolgen muß. Ob auch die Prozentzahl für die Vermittlungsprovision und allgemein die Höhe der Abschlußkosten angegeben werden müssen, ist zweifelhaft, weil grundsätzlich die innerbetriebliche Kalkulation nicht offengelegt werden muß³²⁶⁴.

Die Transparenzanforderungen an **Überschußermittlung und –beteiligung**³²⁶⁵ sind nicht einfach zu bestimmen. Zwar ist die Möglichkeit der Bildung stiller Reserven und der dadurch eintretende „sekundäre Versicherungseffekt gegen die Volatilität der Märkte“ ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal zu anderen Anlageformen und das Maß der Überschußbeteiligung ist ein Abgrenzungsmerkmal zu anderen Kapitallebensversicherungen³²⁶⁶. Jedoch muß bei der Frage, inwieweit die Überschußermittlung und –verteilung in dem Vertragswerk transparent gemacht werden muß, zum einen die äußerste Grenze der produktimmanen Intransparenz beachtet werden. Zum anderen ist schnell eine Grauzone von solchen Transparenzanforderungen erreicht, die zwar wünschenswert, aber nicht geltendes Recht sind, weil aus der Klauselkontrolle keine weitreichenden positiven Informationspflichten zu entnehmen sind³²⁶⁷. Zu Recht geht der BGH davon aus, daß die Möglichkeit der Variation der **Überschußermittlung** bzw. der Höhe des Überschusses für den durchschnittlichen VN erkennbar sein muß. Dafür genügt ein Hinweis darauf, daß der Überschuß von Kapitalerträgen (der angelegten Mittel für Deckungsrückstellungen), Versicherungsleistungen, Abschluß- und Versicherungskosten abhängig ist³²⁶⁸ - jedenfalls dann, wenn sogar noch ausdrücklich auf Schwankungsmöglichkeiten in der Überschußhöhe hingewiesen

³²⁶³ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2219 iVm S.2217, FN 97.

³²⁶⁴ So auch LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 881; OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 716; weitgehender OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 368 : verlangt auch weitere Informationen hinsichtlich des konkreten Vertrages, was allenfalls Inhalt zusätzlicher Information nach der Dritten RL Leben/Vierten RL Leben bzw. § 10 a VAG sein kann, aber nicht der AVB, so auch Anm. Präve, VersR 1999, S.837; für die Angabe von Prozentsätzen sind aber auch Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2219, nach denen entgegen Präve die Kosten nicht für den Einzelfall festgestellt, sondern pauschaliert werden, so daß eine prozentuale Angabe möglich ist; für die Angabe der präzisen Höhe wie es z.B. auch in Großbritannien üblich ist und auch in § 7 Nr.1 AltZertG geregelt ist, vgl. Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339 – der BGH ist auf diese Frage nicht eingegangen.

³²⁶⁵ Vgl. dazu ausführlich Schwintowski, VuR 1996, S.223 ff., 224ff.

³²⁶⁶ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2220/2221.

³²⁶⁷ In diese Richtung wohl auch BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 313, zu Aussage, daß sich der Versicherer auf keine best. Prozentsätze der Überschußbet. bei Vertragsschluß festlegen müsse: „Eine solche Verpflichtung besteht indessen nicht. Es gibt keinen Rechtsgrund, aus dem sie herzuleiten wäre“; vgl. Präve, Anm. VersR 2001, S.846/847 („Für die verbraucherpolitische Diskussion dürfte die Entscheidung ebenfalls hilfreich sein, weil nun klarer zwischen dem getrennt werden kann, was rechtlich geboten ist und was vielleicht aus bestimmten Verbraucherschutz- oder sonstigen Gesichtspunkten für wünschenswert gehalten wird. Die bisherige Diskussion zu dem Komplex Überschußbeteiligung krankte nämlich vor allem daran, daß diese Grenzziehung nicht immer in dem notwendigen Maße deutlich geworden ist“); ders., Versicherungswirtschaft 2000, S.374: bei Forderungen hinsichtlich mehr Transparenz der Überschußbeteiligung „in besonderer Weise die Grenzen zwischen dem, was sich aus geltendem Recht ergibt und dem, was künftiges Recht erst leisten könnte, verwischen.“; auch BGH, VersR 1995, S.77 ff., 80 formulierte (allerdings außerhalb der Transparenzerwägungen generell für § 9 I AGBG a.F.): „Ob eine gerichtliche Kontrolle von AVB nach dem AGBG auch dahin gehen darf, eine Regelungslücke zu beanstanden, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil die Sanktion des § 9 Abs. 1 AGBG, eine Bestimmung für unwirksam zu erklären, so nicht ohne weiteres eingreifen kann.“; hinsichtlich der Angabe der Abschlußkostenhöhe auch LG Hamburg, Versr 1998, S.877 ff., 881 („Es ist nicht ersichtlich, auf welcher gesetzlichen Grundlage eine derartige Verpflichtung beruhen soll;...“).

³²⁶⁸ LG Hamburg, VersR 1998, S.877 ff., 881 („allgemein vorhandene wirtschaftliche Kenntnisse“); auch aus der Verweisung auf gesetzliche Vorschriften ergebe sich daher nicht, daß die Anwendung dieser Regelungen zu einem eindeutigen Ergebnis der Überschußermittlung führt, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312; es müsse als unbehebbar in Kauf genommen werden, daß die anteilige Überschußbeteiligung wegen ihrer nicht zu prognostizierenden Höhe nicht garantiert werden kann, vgl. BGH, NVersZ 2001, S.313 ff., 315.

wird³²⁶⁹. Allerdings weiß ein durchschnittlicher VN auch schon bei dem Verweis auf Kapitalerträge, daß diese nicht konstant sind. Im übrigen geht der BGH davon aus, daß - als Folge der notwendigen produktimmanenten Intransparenz – eine weitere Konkretisierung bzw. eine verständlichere Darstellung nicht möglich und auch nicht zumutbar ist.

Eine Angabe der Grundsätze und Möglichkeiten der Bilanzierung würde zu weit gehen, eine verständliche Darstellung ist auch schwer möglich und würde dem durchschnittlichen VN nicht viel nützen. Ein Hinweis auf die entsprechenden Gesetze und Rechtsverordnungen genügt daher³²⁷⁰. Eine Darstellung dergestalt, daß der VN jährlich die Höhe seines Überschußanspruches nachprüfen kann³²⁷¹, ist dem Versicherer nicht möglich, zumal er auch nicht schon bei Vertragsabschluß verbindlich festlegen kann, in welchen Situationen er in welcher Weise die Bilanzierungsspielräume ausfüllen wird³²⁷². Außerdem wäre hier wieder das „Überfrachtungsproblem“ gegeben³²⁷³. Aus den Informationsanforderungen der versicherungsrechtlichen Richtlinien bzw. den deutschen §§ 10,10a VAG sind – wie oben erläutert- keine automatischen Maßstäbe für die Transparenz der Klauselrichtlinie zu ziehen; abgesehen davon wäre auch fraglich, ob diese überhaupt höhere Ansprüche stellen³²⁷⁴.

Hinsichtlich der **Überschußbeteiligung** läßt der BGH den Hinweis auf § 81 c VAG und die dazu erlassene Verordnung über die Mindestbeitragsrückerstattung genügen³²⁷⁵. Es müsse nur deutlich werden, daß der Versicherer zumindest in einem Teilbereich ein Ermessen hinsichtlich der Festlegung der Überschußanteile hat³²⁷⁶. Weitere Angaben, wie z.B. die Angabe bestimmter Prozentsätze - lassen sich nicht aus dem Transparenzgebot ableiten, eine verständliche Darstellung der sehr komplexen Inhalte des § 81 c VAG und der Verordnung in der für die Verständlichkeit von AVB notwendigen Kürze sind nicht möglich³²⁷⁷. In der Literatur werden noch diverse weitere Angaben gefordert.

³²⁶⁹ Die AVB, BGH, NVersZ 2001, S.308 ff. enthielten die Klausel: „Je größer die Erträge aus den Kapitalanlagen sind, je weniger vorzeitige Versicherungsfälle eintreten und je kostengünstiger wir arbeiten, umso größer sind dann entstehende Überschüsse, an denen wir Sie und die anderen Versicherungsteilnehmer beteiligen.“

³²⁷⁰ Ein Hinweis, daß oder wie der Versicherer durch die Art der Bilanzierung (z.B. Bewertung nach dem Niederwertprinzip oder Querverrechnung) die Höhe des festgestellten Überschusses beeinflussen kann, ist daher nicht erforderlich, so auch OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714 – eine annähernd verständl. Darstellung würde den Rahmen sprengen und schon aufgrund ihrer Komplexität nicht mehr transparent sein; aA Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339f., nach dem auch zumindest die Bildung stiller Reserven und Art der Beteiligung im Einzelfall, aber wohl auch die Formen des Querverrechnens und der Mittelaustausch im Deckungsstock angegeben werden müssen– zur inhaltl. Zulässigkeit dieser Bilanzierungsspielräume, vgl. OLG Nürnberg, ebenda; BGH, VersR 1995, S.77 ff., 80; BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 312.

³²⁷¹ So die Forderung von OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., 370 f.

³²⁷² Zust. Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 340.

³²⁷³ Zumal der Anhang II A a.8 der Dritten RL Leben 92/96/EWG (jetzt Anhang III A a.8 Vierte RL Leben 02/83/EG) wiederum für Informationen hinsichtlich der Überschußermittlung und- beteiligung zusätzlich außerhalb der AGB spricht (s.o.), vgl. auch für die vergleichb. Dt.Umsetzungsregel, OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714 - selbst in § 10 VAG werden keine vollst. Angaben über die Überschußermittlung, sondern in Nr. 7 nur Grundsätze u. Maßstäbe der Überschußbeteiligung verlangt.

³²⁷⁴ Dagegen OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 714/715; so auch schon krit.Anm. Präve zu OLG Stuttgart, NVersZ 1999, S.366 ff., = VersR 1999, S.832 ff., 837 f., 838.

³²⁷⁵ BGH, NVersZ 2001, S.308 ff., 313.

³²⁷⁶ OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715; wenn Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2222 für den Fall des OLG Stuttgart, VersR 1999, S.832 ff.=NVersZ 1999, S.366 ff. fordern, daß auf die Reichweite der Unterwerfung unter das Ermessen des Versicherungsunternehmens besonders hingewiesen werden muß und dann bei nach ihrer Ansicht intransparenter Regelung des Berechnungsmodus für die verbleibende Zusage der Ertragsbeteiligung fordert, daß „die Unsicherheit exemplarisch aufgezeigt“ werden, so fehlen hier genauere Vorstellungen, zumal ein solcher Hinweis eher Verständnisprobleme hervorrufen dürfte und uU auch wiederum dem Bestimmtheitsgebot nicht genügt.

³²⁷⁷ So auch OLG Nürnberg, VersR 2000, S.713 ff., 715 m.Hinw. darauf, daß selbst bei Einbeziehung der Anforderungen des § 10 Nr.7 VAG (offenlassen, ob dies zulässig ist) dessen Anforderungen „mehr politische Forderung als realisierbares Recht“ bedeuten – krit. dagegen Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2221,allerdings ohne eigenen

Bei der Frage, welche Anforderungen an die Transparenz von Überschußregelungen zu machen sind, muß neben dem schwerpunktmäßigen Ansätzen des Transparenzgebotes bei dem „Wie“ bedacht werden, daß zu hohe Transparenzanforderungen uU den Bedingungs- und Anlagenwettbewerb mittels des Faktors Transparenz beeinträchtigen könnten und damit kontraproduktive Auswirkungen hinsichtlich des mit der Deregulierung verfolgten Ziels eines unverfälschten Wettbewerbs haben können³²⁷⁸. Hinzukommt, daß eine individualvertraglichere Ausrichtung der Lebensversicherung - etwa durch die individuelle Nachprüfbarkeit der jährlichen Überschußbeteiligung z.B. durch Angabe von Prozentsätzen für die Überschußverteilung schon bei Vertragsschluß - nicht mit dem kollektiv ausgerichteten Produkt „Lebensversicherung“ vereinbar sind³²⁷⁹. Gegen Forderungen nach Angabe der drei wesentlichen Rechnungsgrundlagen der Kapitallebensversicherung³²⁸⁰, die auch für die Überschußentwicklung relevant sind, also Höhe der Abschluß- und Verwaltungskosten, Rechnungszins³²⁸¹ und zugrundegelegte Sterbetafeln³²⁸², spricht, daß interne Kalkulationsgrundlagen nicht offengelegt werden müssen. Die gegenseitige Offenlegung von Kalkulationsgrundlagen kann sogar wettbewerbsrechtlich bedenklich sein³²⁸³. Zudem ist das von Schwintowski angegebene Formulierungsbeispiel auch nicht wesentlich transparenter. Denn ein durchschnittlicher VN kann z.B. mit „Sterbetafel 1995“ wenig anfangen³²⁸⁴ und durch die Angabe des Rechnungszinses iHv 7% werden bestimmte Verbrauchererwartungen geweckt, die nach der BGH-Rechtsprechung mit einem zusätzlichen Hinweis, etwa dahingehend, daß auch wesentlich weniger erreicht werden kann, begegnet werden müßten. Auch wenn der Überschußbeteiligung und –entstehung im Wettbewerb mit anderen Anlageformen - wie z.B. dem Banksparvertrag gekoppelt mit einer Risikolebensversicherung - entscheidende Bedeutung zukommt, wird das Aufdecken der Kalkulationsgrundlagen aber nicht durch das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie, das im wesentlichen bei einer „negativen Kontrolle“ ansetzt, gefordert³²⁸⁵.

Die Versicherungswirtschaft hat in der Zwischenzeit ihre Bedingungen – unabhängig von dem Verfahren vor dem BGH, das noch von der „alten“ Situation ausging – ohnehin für Lebensversicherungen um Erläuterungen und Verbraucherinformationen ergänzt³²⁸⁶.

Konkretisierungsvorschlag für den Maßstab der Überschußbeteiligung („Die Antwort auf die Frage, ob der Bereich notwendiger, produktimmanenter Intransparenz erreicht ...ebenso wie jene nach der Intransparenz selbst – als Ergebnis einer individuellen Wertung rationaler Kritik nur beschränkt zugänglich“); nur S.2222f. (allg.Hinw. auf Reichweite des Ermessens des Versicherers sei erf.).

³²⁷⁸ Präve, VersR 2000, S.138ff., 143/144, der die AGB-rechtlichen Anforderungen deshalb auf ein Mindestmaß beschränken will; ders., VersR 2001, S.846 in Bezug auf Überschußbeteiligung.

³²⁷⁹ Reiff, ZIP 2001, S.1058 ff., 1060.

³²⁸⁰ So Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 100: als „essentialia negotii“ des Kapitallebensversicherungsvertrages, die daher vertraglich vereinbart werden müßten und ein Formulierungsbeispiel vorschlägt.

³²⁸¹ Durchschnittliche Verzinsung, mit der auch oberhalb des garantierten Zinses kalkuliert wird.

³²⁸² Leben mehr VN länger, so verringert sich der Überschuß.

³²⁸³ Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.30, m.Nachw. in FN 102.

³²⁸⁴ Schwintowski selbst kritisiert in NVersZ 1998, S.97 ff., auf S.99 einen Verweis auf unbekannte Regelungen als intransparent.

³²⁸⁵ Zu weitgehend hinsichtlich der Überschußermittlung und –beteiligung sind nach alledem wohl auch die Vorschläge von Basedow, VersR 1999, S.1045 ff., 1051 und von Schwintowski, NVersZ 2001, S.337 ff., 339 f.; ders., VuR 1996, S.223 ff., 232 ff.

³²⁸⁶ Präve, VersR 2001, S.846.

In jedem Fall sind strengere nationale Transparenzanforderungen nach Art.8 als stärkerer Verbraucherschutz richtlinienkonform; und nach dem durch den EuGH propagierten Vorrang des Informations- vor dem Verbotsmodell wohl auch EG-Vertrags-konform³²⁸⁷. Zudem geht auch der EuGH davon aus, daß ein Verstoß gegen Grundfreiheiten durch strengere nationale Informations- oder Aufklärungspflichten kaum denkbar ist³²⁸⁸. Die Frage, ob z.B. die Begrenzung des Art.31 III der Dritten RL Leben 92/96/EWG (nunmehr wörtlich in Art.36 III der Vierten RL Leben 2002/83/EG) – etwa im Wege eines „Erst-Recht-Schlusses“ auch für das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie heranzuziehen ist, ist noch ungeklärt. Der EuGH hat z.B. eine belgische Regelung, die zur Umsetzung der Dritten RL Leben erlassen wurde³²⁸⁹, als nicht mit der Dritten RL Leben vereinbar bezeichnet, weil es sich um eine „zusätzliche Angabe“ über die Liste im Anhang II A (jetzt Anhang III A Vierte RL Leben) hinaus handelte, die so vage und allgemein gehalten sei, daß sie weder als für das „tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice durch den Versicherungsnehmer notwendig“ erachtet werden könne (Art.31 III, vgl. auch EG 23 Dritte RL Leben 92/96/EWG), noch „eindeutig und detailliert“ iSd Anhang II sei³²⁹⁰. Selbst wenn die Schranke des Art.31 III der Dritten RL Leben bzw. Art.36 III der Vierten RL Leben jedoch für das Transparenzgebot heranzuziehen wäre, wäre die Erläuterung hinsichtlich der Auswirkungen des Zillmerungsverfahrens auf die Höhe der Rückkaufswerte in den ersten Jahren aber wohl als eine für das tatsächliche Verständnis der VN notwendige Information anzusehen, die an die Angabe der garantierten Rückkaufswerte und beitragsfreien Leistungen iSd Anhang III A a.9 anknüpft. Anders als die belgische Regelung soll die Klausel nicht nur eine vage allgemeine Aussage sondern konkret den wirtschaftlichen Nachteil enthalten, so daß der VN auch anhand dieser Information einen seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag aussuchen kann³²⁹¹.

ee) Umfang der Preisklarheit

Die Transparenzanforderungen hinsichtlich des Preises sind daran zu messen, was ein Kunde benötigt, um die Möglichkeit eines sachgerechten Produktvergleichs hinsichtlich

³²⁸⁷ Ähnlich Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2215.

³²⁸⁸ Vgl.bezüglich der deutschen culpa in contrahendo-Regel: EuGH v.13.10.1993, RS C 93/92 (CMCMotorradcenter./Pelin Baskiciogullari), Slg. 1993, I-5009, Rz.11 ff.(zu ungewiß und mittelbar für eine Behinderung); Schlußantrag des Generalanwaltes van Gerven in gleicher Sache, Rz.8 ff.(eingeschränkte Bedeutung nach Kiendl, S.34) – vgl. aber EuGH v.3.6.1999, Rs.C-33/97 (Colim./Bigg´ s Continent), EuZW 1999, S.464fff., nach dem nationale Regelungen, die eine Information bzw. Kennzeichnung in der Gebietsprache fordern, uU ein Handelshemmnis sein können; allerdings geht hier der Gerichtshof weder auf Art.5 der KlauselRL, noch auf Art.153 EG-V ein, so krit.Reich, Anm.S.467.

³²⁸⁹ Danach ist der Versicherer verpflichtet, mit dem Angebot der Lebensversicherung oder mangels Angebot mit der Versicherungspolice darüber aufzuklären, daß die Kündigung, die Herabsetzung oder der Rückkauf eines laufenden Lebensversicherungsvertrages im Hinblick auf den Abschluß eines anderen Lebensversicherungsvertrages für den VN im Allgemeinen nachteilig ist.

³²⁹⁰ Anhang II der dritten RL Leben ist nunmehr fast wörtlich in Anhang III der Vierten RL Leben zu finden. Ein so allg. Hinw. könne den VN nicht über die zu treffende Auswahl aufklären, sondern allenfalls von der Beendigung des laufenden Vertrages abhalten, was entgegen der Ziele der RL sei, vgl. zu alledem EuGH v. 5.3.2002, Rs. C-386/00 (Axa Royale Belge SA./ Georges Ochoa u.Stratégie Finance SRL) celex-Dok. 620000JO386, Rz.25 ff.

³²⁹¹ Vgl. EG 23 der Dritten RL Leben, nunmehr EG 52 der Vierten RL Leben.- nach Grundmann, 4.31, Rz.30 bedeutet die Einschr. „für das tatsächliche Verständnis notwendig“ (eng.: „proper understandable“), daß „eine Information, die dem konkreten Publikum ein klareres Bild vermittelt, einer Aufklärung mit...mehr, jedoch für das konkrete Publikum nicht mehr nachvollziehbarem Informationsgehalt vorzuziehen ist. Der Tendenz nach geht die Formulierung dahin...nur Ergänzungen und Erläuterungen zu den im Anhang aufgeführten Informationsgegenständen abzuverlangen.“

des Preis-Leistungsverhältnisses zu haben³²⁹². Auch hier sind wieder die allgemeinen Schranken des Transparenzgebotes (oben unter IV 2.) zu beachten.

Fraglich ist, ob aus dem Transparenzgebot folgt, daß bei zusammengesetzten Vergütungen auch die einzelnen Sätze angegeben werden müssen³²⁹³. Bei Versicherungsverträgen würde dies beispielsweise – wie von dem Wirtschafts- und Sozialausschuß im Jahr 1998 gefordert³²⁹⁴ – die Aufschlüsselung der Prämie in Nettoprämie (Teil der Prämie, die das eigentliche Risikogeschäft betrifft, der Risikoanteil), Dienstleistungsanteil (Zuschläge für die eigentliche Dienstleistung, also Abschluß- und Verwaltungskosten, inklusive Provisionen, Steuern und Gewinn) und Bruttoprämie als Gesamtpremie aus Nettoprämie und Dienstleistungsanteil bedeuten. Bei kapitalbildenden Lebens- oder Rentenversicherungen enthält die Prämie außerdem auch noch den Sparanteil. Üblicherweise werden diese einzelnen Prämienanteile, die für die interne, geschäftsplanmäßige Tarifikalkulation der Versicherungsunternehmen eine Rolle spielen, dem VN gegenüber nicht offengelegt³²⁹⁵. Eine solche Offenlegung folgt m.E. auch nicht aus dem bei der negativen Kontrolle tatsächlich vorhandener Klauseln auf ihre Transparenz ansetzenden Klauselrichtlinie, sondern müßte positiv geregelt werden³²⁹⁶. Aufgrund der niedrigeren Stufe der Transparenzkontrolle und nicht zuletzt auch aufgrund der oben dargestellten dogmatischen Unterschiede kann auch nicht ohne weiteres auf die Regelungen der Preiangabe-RL 98/6/EG oder der Überweisungs-RL (Art.3, 3.Spiegelstrich) 97/5/EG zurückgegriffen werden, nach der alle Gebühren und deren Berechnungsmodalitäten aufgeschlüsselt werden müssen³²⁹⁷. Jedenfalls kann aus diesen speziellen Regelungen kein allgemeingültiger Gemeinschaftsgrundsatz gefolgert werden; zumal beispielsweise im Rahmen der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in Art. 3 I Nr.2 b) und III b), 3.Spiegelstrich, wiederum nur die Information über den „Gesamtpreis“ der Finanzdienstleistung gefordert wird³²⁹⁸.

³²⁹² Ähnlich Hopt in Hadding/Hopt, S.73 ff., 78.

³²⁹³ So Forderung v.Hippel, JZ 1989, S.663 ff., 667 (wobei unklar ist, ob dies bereits aus dem Transparenzgebot folgen soll oder ob er eine dahing.Regelung erst fordert); auch Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 98 formuliert eine solche Leistungstransparenz eher als Vorschlag, deutlicher aber S.102 (die Lösungsversuche durch Art.4 II iVm § 134 BGB oder culpa in contrahendo mit der Prämienenkung als Schadensersatz, wenn bei transparenter Gestaltung die gleiche Deckung woanders billiger möglich gewesen wäre, entstammen aus der Zeit vor Aufnahme der Schuldrechtsreform mit § 307 III 2 BGB).

³²⁹⁴ „Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl. 1998, Nr.C 95/72, S.82, 3.7.2.1.

³²⁹⁵ Rosenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, S.2211 ff., 2216 für die Kapitallebensversicherung; Ausnahme ist z.B. die „Variable Investment Police“ eines englischen Lebensversicherers, vgl.v.Hippel, JZ 1989, S.663 ff., 667.

³²⁹⁶ Z.B. in GB wird die Pflicht zur Offenlegung der Vermittlerprovisionen ausdrücklich gesetzl. geregelt, Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 676 – auch die SPD-Fraktion, die 1997 einen Gesetzentwurf u.a. mit Aufschlüsselung der einzelnen Prämienbestandteile (§ 1 III) einreichte, ging offenbar davon aus, daß diese Forderung nicht schon aus dem Transparenzgebot folgt, BT-Dr.13/8163; bei Art.31 iVm Anhang II a.10 der Dritten RL-Leben 92/96/EWG, jetzt Art.36 iVm Anhang III A a.10 Vierte RL Leben 02/83/EG (in Dtl. § 10 a VAG iVm Anlage D Abschnitt I Nr.1 e), ist str., ob wie schon gegenüber Aufsichtsbehörde (§ 11 I VAG a.F.) eine Aufschlüsselung erfolgen muß (Schwintowski, VuR 1996, S.223) oder nicht (Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 454: „weder europäisch noch national gibt es Vorgaben für eine derartige Prämienaufschlüsselung“).

³²⁹⁷ Vgl. auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948/949, für das Verhältnis des dt. Transparenzgebotes zum Preisangeberecht; so aber Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.4, Rz.36 (anzugeben sind auch Preisberechnungsmodalitäten, Sätze, Provisionen, Gebühren und Wechselkurse); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.4, Rz.22, der aber anders als Pfeiffer einen Verzicht auf die Preistransparenz entsprechend Art.4 I Satz 1 Überweisungs-RL wohl auch in den AGB für auf Art.4 II übertragbar hält.

³²⁹⁸ „Einschließlich aller damit verbundenen Provisionen, Gebühren und Abgaben sowie aller...Steuern“, GS v.19.12.2001, ABl.2002, C 58 E/32 ff., idF der Annahme in 2.Lesung von 2 geringfügigen Änderungswünschen des EP am 26.6.2002, PE-CONS 3633/02.

Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß geht anscheinend nicht davon aus, daß die Aufschlüsselung bereits aus dem Transparenzgebot folgt. Denn er fordert eine entsprechende Regelung erst noch und unterscheidet diese außerdem von der Forderung nach leserlichen und verständlichen Versicherungsbedingungen. Abgesehen davon, daß der gesamte Versicherungsvertrag durch weitere Aufschlüsselungen möglicherweise eher unverständlicher wird, ist eine Prämienaufspaltung auch für die Markttransparenz nicht unbedingt erforderlich, weil sich der VN regelmäßig nur an der Gesamtprämie orientiert³²⁹⁹ und nicht vergleicht, welcher Versicherer besonders hohe Aufwendungen für Schadensfälle hat und/oder besonders hohe Zuschläge als Dienstleistungsanteil.

Die Angabe sämtlicher Kalkulationsgrundlagen ist eine von der Klauselrichtlinie nicht geforderte positive Information³³⁰⁰. Bei Versicherungsverträgen kann also nicht die Angabe der Tarifgestaltung verlangt werden³³⁰¹. Die Preisbildung ist ein wesentliches Betriebsgeheimnis im Wettbewerb im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Rechtsordnung; eine gegenseitige Offenlegung der internen Preisbildung und –kalkulation kann sogar zu unzulässigen abgestimmten Verhaltensweisen führen³³⁰². Art.4 II setzt Transparenz des Preises und der Gegenleistung voraus, nicht aber eine Transparenz der Kalkulation.

Nach alledem genügt grundsätzlich die Angabe eines Gesamtpreises für ein einheitliches Produkt. Eine Aufschlüsselung des Gesamtpreises ist nur insoweit aus dem Transparenzgebot abzuleiten, als es um verschiedenen Leistungen (bzw. Produkte) geht, die in einem Vertrag zusammengefaßt sind und die der Kunde auch einzeln verlangen könnte. Denn hier ist der Einzelpreis für einen Marktvergleich erforderlich, damit der Kunde den für ihn günstigsten Anbieter für jede Einzelleistung herausfinden kann. Dies wäre z.B.³³⁰³ bei einem kombinierten Versicherungsvertrag der Fall, der mehrere Versicherungsleistungen umfaßt.

Hinsichtlich der vergleichbaren Frage, ob sich aus dem Transparenzgebot die Pflicht zur Angabe des Effektivzinses neben dem Nominalzins für Bankkredite ergibt, spricht ebenfalls einiges dagegen, da das Transparenzgebot auf einer niedrigeren Stufe anzusiedeln ist. Auch soweit die Angabe im Einzelfall zulässigerweise eine Intransparenz des Klauselwerkes heilen kann, kann man allenfalls von einer mittelbar aus dem Transparenzgebot folgenden Pflicht zur Angabe sprechen. Unmittelbar ergibt sich keine Pflicht zur Angabe des Effektivzinses aus dem Transparenzgebot der Klauselrichtlinie, da dies nicht mehr von dessen Schutzrichtung umfaßt ist³³⁰⁴. Diese Frage muß aber letztlich nicht entschieden

³²⁹⁹ Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 454.

³³⁰⁰ Grundmann, 2.10, Rz.30; i.E. auch Leithoff, NVersZ 1999, S.555 f.; wohl auch v.Westphalen, Transparenzgebot, Rz.18; dt.Rspr. vgl. Versicherungsurteile; BGH, NJW 1997, S.3166f.

³³⁰¹ So aber Schwintowski, NVersZ 1998, S.97 ff., 102; aA Leithoff, NVersZ 1999, S.555 f., der allerdings verkennt, daß auch das Preis-Leistungs-Verhältnis iSd Art.4 II auf die Transparenz kontrolliert werden kann.

³³⁰² Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.30 m.w.Nachw. in FN 102; vgl. auch Dylla-Krebs, S.143f. m.w.Nachw.

³³⁰³ Ein weiteres Beispiel ist die Altenpflege mit kombinierter Unterbringung, Essensversorgung und Pflege, hier muß der Preis für jede Leistung aufgeschlüsselt werden, vgl. Micklitz, Konferenzunterlagen, S.151.

³³⁰⁴ So auch Köndgen, NJW 1989, S.943 ff., 948/949 für die bzgl. des dt. AGB-Rechts vergleichbare Frage, ob der durch das Preisangaberecht erf. Effektivzins von der Schutzrichtung der Klauselkontrolle und damit von dem Transparenzgebot im Rahmen des § 9 AGBG a.F. umfaßt ist; auch der BGH, NJW 1989, S.222 ff., 224 (Hypothekenzinsurteil) fordert nicht unmittelbar aus dem Transparenzgebot die Angabe des Effektivzinses (als Pflicht), sondern beanstandet nur die konkrete Klauselgestaltung und erwähnt lediglich, daß die Intransparenz durch die Angabe des Effektivzinses

werden, da die Pflicht zur Angabe des Effektivzinses bei Verbraucherkrediten ohnehin in Art.4 II a der Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG zwingend geregelt ist und auch als zwingende Regelung umgesetzt werden muß, vgl.Art.14.

E Maßstab der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle

Bis auf die Nr. 2 des Anhanges der Klauselrichtlinie bestehen hinsichtlich der allgemeinen inhaltlichen Mißbräuchlichkeitskontrolle nach Art.3 I , III iVm Nr. 1 des Anhanges und Art.4 I keine Besonderheiten bei Finanzprodukten³³⁰⁵.

I Allgemeines zur Konkretisierung des europäisch-autonomen Kontrollmaßstabs der Generalklausel in Art.3 I

1. Konkretisierungsbefugnis für die Generalklausel

a) Europäischer Maßstab? / Zuständigkeit des EuGH?

Vertragsklauseln werden mangels eines allgemeinen europäischen Zivilrechts häufig im Hinblick auf dispositive nationale Gesetze oder Rechtsgrundsätze formuliert, die gelten würden, wenn keine andere vertragliche Regelung vorhanden wäre. Bei der inhaltlichen Kontrolle von Vertragsklauseln, die von Amts wegen durchzuführen ist³³⁰⁶, ist daher fraglich, ob diese allein nach dem Maßstab nationaler Leitbilder durchzuführen ist (vgl. z.B. § 307 II Nr. 1 BGB) oder ob ein europäischer Kontrollmaßstab zugrunde zu legen ist. Aus den Erwägungsgründen 15 und 16 der Klauselrichtlinie folgt, daß die Mißbräuchlichkeitskontrolle in zwei Schritten zu erfolgen hat: in einem ersten Schritt wird die Klausel abstrakt-generell geprüft, bevor auf die individuell-konkreten Umstände des Einzelfalles (Art.4 I, insb.: „aller den Vertragsschluß begleitenden Umstände“³³⁰⁷) einzugehen ist³³⁰⁸. Besonders bei Bestimmung des abstrakt-generellen Maßstabs für die Mißbräuchlichkeitskontrolle³³⁰⁹ ist das Verhältnis europäischer Vorgaben zu nationalem Recht, das zugleich auch die Zuständigkeiten des EuGH im Vergleich zu nationalen Gerichten bestimmt, zu klären.

hätte geheilt werden können (als Möglichkeit bzw. mittelbare Folge); so auch BGH, WM 1997, S.518 ff.; BGH, NJW 1992, S.179 ff., 180 und S.1097 ff., 1098 und S.1108 f.; 91, S.1889; 90, S.1383 f., 2384 – die sachl. Verzahnung v. Tilgungsverrechnung u. Zinsberechnungskl. kann auch in der Formulierung selbst deutlich gemacht werden, vgl. BGH, NJW 1991, S.2559 ff., 2561

³³⁰⁵ Der Anhang weist in Nr. 1 u.a. keine versicherungsrechtl. Besonderheiten auf, weshalb auf die Ausf. v. Clarke, Policies and Perceptions of Insurance, S.235 und Sieg, VersR 1993, S.1305 ff., 1309 f. verwiesen werden kann, die den Anhang z.T. auf Versicherungsbedingungen übertragen – für Bankverträge, vgl. Stafford, Solicitors Journal 1995, S.478 ff., 479; allgemein für Finanzdienstleistungen vgl. Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S., 217 f.

³³⁰⁶ Vgl. EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA./Rocío Murciano Quintero u.a.), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.29; dies ist auch in den meisten Mitgliedstaaten anerkannt, vgl. Nachweise in Schlußantrag des Generalanwaltes Saggio v.16.12.1999 in gleichen Sachen, Rz.25, FN 11; für Deutschland Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rz.159 ff.; aA vor RL-Umsetzung in Österreich, vgl. Korinek, JBl.1999, S.149 ff., 170; Graf, S.22.

³³⁰⁷ Diese Umstände werden in EG 16, Satz 3 konkretisiert; konkret-individuelle Bezüge weisen darüber hinaus auch die Berücksichtigung aller anderen Klauseln desselben Vertrages und anderer Verträge auf (Art.4I).

³³⁰⁸ I. Teil D II 2.

³³⁰⁹ Bei der zweiten Stufe der konkret-individuellen Prüfung kann der EuGH nur Anhaltspunkte für die Art der berücksichtigungsfähigen Umstände, deren Auswirkungen und Bedeutung bei Standardverträgen machen, vgl. Markwardt, S.216.

Die Frage, welchem Gericht die Konkretisierungsbefugnis für Generalklauseln in europäischen Richtlinien zusteht, ist umstritten³³¹⁰. Zum Teil wird vertreten, daß der Maßstab der Inhaltskontrolle allein durch die dispositiven Normen des nationalen Recht bestimmt wird und daß die genaue Beurteilung der Voraussetzungen der jeweiligen nationalen Generalklausel (in Umsetzung des Art.3 I) allein nach Bewertungskriterien aus dem nationalen Recht durchzuführen sei³³¹¹. Eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Generalklauseln im Lichte des Art.3 I ist nach dieser Ansicht nicht erforderlich. Hauptargumente dieser Ansicht sind zum einen, daß keine europäischen Wertungsmaßstäbe und Leitbilder zur Verfügung stünden; zum anderen die Unzuständigkeit des EuGH, da es sich bei der Konkretisierung von Generalklauseln nicht um Auslegung von Gemeinschaftsrecht iSd Art. 234 EGV handele, sondern um Rechtsanwendung im Einzelfall, die in die Kompetenz der nationalen Gerichte falle.

Eine Beschränkung der Kontrollmaßstäbe auf rein nationale Leitbilder widerspricht dem Charakter und der Zielsetzung der Klauselrichtlinie als Rechtsangleichungsmaßnahme³³¹². Der durch Rechtsangleichung angestrebte Mindestschutz der Verbraucher wäre durch ein Abstellen allein auf nationale Rechte und eine Anwendung durch nationale Gerichte nicht erreichbar und die Klauselrichtlinie würde ins Leere gehen. Trotz (noch) vorwiegender Orientierung der Klauselverwender an nationalem Recht wäre ein Abstellen auf rein nationale Wertungen nicht mit dem „effet utile“ vereinbar³³¹³. Es sind vielmehr gemeinschaftsweite Vorgaben erforderlich. Die Feststellung solcher europäischer Leitlinien fällt als Auslegung von Gemeinschaftsrecht in die Kompetenz des EuGH³³¹⁴. Der Grundsatz der einheitlichen Anwendung von Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten³³¹⁵ besteht nicht nur bei präziseren, aber auslegungsbedürftigen Begriffen, wie z.B. bezüglich des Anwendungsbereiches („gewerblicher oder beruflicher Zweck“) oder bezüglich des Kontrollumfangs des Art.4 II („Hauptgegenstand“), sondern genauso bei konkretisierungsbedürftigen Generalklauseln³³¹⁶.

³³¹⁰ Ausführlich Markwardt, S.91 ff.; W.-H.Roth, FS Drobniq, S.135 ff.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem.Rz.37.; Franzen; Wolff, Diss.; Remien, RabelsZ 2002, S.503 ff.; Reich, RabelsZ 2002, S.531 ff.; Heiderhoff, WM 2003, S.509 ff.

³³¹¹ Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2196 f. (Ausn.nur wenn „das Ergebnis der Inhaltskontrolle möglicherweise durch das Gemeinschaftsrecht beeinflußt werden könnte“, Art.3 I sei in gleicher Weise zu interpretieren wie § 9 I AGBG a.F., sei „vielleicht sogar die strengere Norm“), ders., NJW 1998, S.147 ff.,1455; später läßt er eine rechts vergleichende Betrachtung zu, vgl. NJW 1999, S.1596 ff., 1604; H. Roth, JZ 1999, S.529 ff., 535 ff.; Franzen, S.557; ähnl.Joerges, ZEuP 1995, S.181 ff., 199 ff. („Primärzuständigkeit“ der Mitgliedstaaten); bezogen auf die dt. Generalklausel zw. Ulmer in Karlsruhe Forum 1997, S.9 ff., 32 ff.: will für RL-konf.Auslg. vo § 9 AGBGa.F. zwar nicht die Generalklausel Art.3 I, aber Teil des Anhangs heranziehen, soweit nicht in dt. Recht umgesetzt („tendenzieller Unwertgehalt“) – zwar sind § 307 I BGB und Art.3 I ähnlich, aber nicht völlig deckungsgleich; außerdem ist es durchaus möglich, daß eine Klausel nach dt. Leitlinien wirksam, aber nach europ. Maßstäben mißbräuchlich ist, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.47 und 75 f. - ausf.Kritik an Heinrichs bei Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 105 ff.

³³¹² EG 3,8,10,12; Art.1 I – auch die Ziele in EG 5 und 7 erfordern einen europäischen Maßstab.

³³¹³ Leible, RIW 2001, S.422 ff., 426.

³³¹⁴ Inwieweit sich der EuGH zu einer Konkretisierung berufen fühlt, kann nur dieser allein entscheiden, vgl. MüKo-Basedow, § 9 AGBG a.F., Rz.7; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.56, 58.

³³¹⁵ St.Rspr. EuGH, vgl.Urteil v.17.12.1970 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, S.1125, Rz.3; Urteil v.15.7.1964 (Costa./ENEL), Slg. 1964, S.1251ff.; nur in wenigen Ausnahmefällen verwies der EuGH auf das jeweilige nationale Recht für die Ausfüllung eines Begriffes, vgl. Grundmann, 1.Teil, Rz.143.

³³¹⁶ MüKo-Basedow, Einl.AGBG a.F., Rz.44, Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 58 ff.; aA Franzen, der in §§ 14,15,16 Rechtsbegriffe, unbest. Rechtsbegriffe und Generalklauseln unterscheidet; ähnlich auch W.-H.Roth, FS Drobniq, S.135 ff., 145 ff. („Treu und Glauben“ des Art.3 I als Generalklausel, „erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis“ als unbest. Rechtsbegriff), nach dem auch unbest. Rechtsbegriffe uU von nat. Gerichten auszulegen sind

Es trifft nicht zu daß auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts kein Referenzmaßstab vertragsrechtlicher Wertungen vorhanden ist³³¹⁷; vielmehr finden sich u.a. im Gemeinschaftsrecht zahlreiche Anhaltspunkte für die Mißbräuchlichkeit von Vertragsklauseln³³¹⁸. Auch der zum Teil angeführte Art.1 II der Klauselrichtlinie³³¹⁹ ist kein Argument für das Abstellen auf rein nationale Wertungen. Denn diese Vorschrift hat allein den Zweck, die Rechtssetzungsautonomie der Mitgliedstaaten zu gewährleisten und betrifft zudem systematisch den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht aber den Maßstab der Mißbräuchlichkeitskontrolle. Eine Konkretisierung der Generalklausel des Art.3 I durch den EuGH wird durch Art.1 II nicht ausgeschlossen³³²⁰.

Die Begrifflichkeiten und Bewertungskriterien der Generalklausel („Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten“, „Treu und Glauben“) sind als europäischer Mindeststandard daher europäisch-autonom auszulegen³³²¹. Die inhaltliche Kontrolle hat sich richtlinienkonform daran zu orientieren und für die Mißbräuchlichkeitskontrolle gilt grundsätzlich ein europäischer Prüfungsmaßstab³³²². Jedenfalls soweit es einzelfallunabhängige gemeinschaftsweite Grundgedanken und Leitlinien³³²³ betrifft, ist die daran orientierte Mißbräuchlichkeitskontrolle und die Konkretisierung der Generalklausel nicht als bloße Anwendung des Gemeinschaftsrechts anzusehen, die allein in die Zuständigkeit nationaler Gerichte fallen würde³³²⁴ - sondern die Konkretisierungsbefugnis fällt insoweit als Auslegung von Gemeinschaftsrecht in die Kompetenz des EuGH nach Art.234 EG-V³³²⁵. Der grundsätzlich europäische Maßstab bedeutet aber nicht, daß sich immer auch europäische Wertungen finden lassen³³²⁶.

b) Intensität und Umfang der Konkretisierungsbefugnis des EuGH

Geht man grundsätzlich von einer Konkretisierungsbefugnis des EuGH aus, so ist fraglich, inwieweit er zur Konkretisierung zuständig ist. Ist seine Kompetenz darauf beschränkt, nur

³³¹⁷ So aber Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2196; aA Staudinger/Coester §9 AGBG; Rz.58.

³³¹⁸ Wie noch unter 2. zu sehen sein wird.

³³¹⁹ Z.B. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem.Rz.37, H.Roth, JZ 1999, S.529 ff., 535.

³³²⁰ Markwardt, S.97 f., 111; aA Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691.

³³²¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.2; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690; Lockett/Egan, Rz.3.11; Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 58 ff; Kapnopolou, S.115 f. ; Stellungn. des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 1991, Nr.C 159/34 ff., 35; zw. Bleckmann, RIW 1987, S.929 ff., 934 bei unbest. Rechtsbegriffen .

³³²² Ulmer in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 40; Präve, Rz.29; ders., NVersZ 1998, S.49 ff., 52; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41 (für Grundgedanken und Leitbilder); MüKo-Basedow, Einl.AGBG a.F., Rz.44; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690; ders. WM 1994, S.1645 ff., 1650 f.; Staudinger/Coester, § 9 AGBG, Rz.57; ausf. Markwardt, S.97 ff. mit Analyse der Rspr. des EuGH hinsichtlich Konkretisierung von Generalklauseln des Gemeinschaftsrechts – strengere nationale Maßstäbe sind unter den Vor. des Art.8 der KlauselRL zulässig.

³³²³ Pfeiffer in Grabitz/Hilf Art.3, Rz.41 spricht von „Leitbildern gemeineuropäischer Vertragsgerechtigkeit“.

³³²⁴ So aber Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2196.

³³²⁵ Markwardt, S.199 ff. m.Nachw. EuGH-Rspr.; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691; MüKo-Basedow, Einl AGBG a.F., Rz.44; Grundmann, 2.10, Rz.9,15,22; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.2; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 313 f.; Remien, ZeuP 1994, S.34 ff., 58ff.; ders. RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 642 f.; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff.,105, 107 f.; so auch Stellungn. des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 1991, Nr.C 159/34 ff., 35 unter Punkt 2.1.6; grdstz. auch Roth, Karlsruher Forum 1997, S.81; ders. FS Drobnig, S.135 ff., 142 f., der aber im wesentlichen von der Zuständigkeit nationaler Gerichte ausgeht.

³³²⁶ Das zu entscheiden ist jedoch Sache des EuGH, vgl. MüKo-Basedow, Einl. AGBG a.F., Rz.44– so gibt auch der EuGH hinsichtlich der Generalklausel für irreführende Werbung in Art.2 Nr. 2 der RL 84/450/EWG leitende Hinweise für deren Konkretisierung und überläßt die Beurteilung „anhand der Umstände des vorliegenden Falles“, ob die Werbung im Einzelfall irreführend ist, den nat. Gerichten, EuGH v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 (Nissan), Slg. 1992, I-131, Rz.13 ff (der Gerichtshof gibt aber schon eine Idee (Rz.15) und macht fallbezogene Äußerungen); vgl.auch EuGH v.3.6.1999, Rs.C-33/97 (Colim./Bigg´ s Continent), EuZW 1999, S.464, Rz.41; ausf. zu der Rspr., Markwardt, S.106 ff.

Grundgedanken festzulegen und nur solche Leitbilder heranzuziehen, kann, die zu dem bereits ‚gesicherten Bestand gemeineuropäischer Vertragsgerechtigkeit‘³³²⁷ zählen³³²⁸ oder ist der EuGH darüber hinaus z.B. auch für eine einzelfallorientierte Rechtsfortbildung zuständig³³²⁹? Der EuGH selbst scheint seine Rolle sehr weit – weiter als im Rahmen des Art.82 II a EG-V³³³⁰ - zu interpretieren, indem er auf Vorlage eines spanischen Gerichts fallbezogenen Gerichtsstandsklauseln nicht nur unter Nr. 1 q des Anhangs der Klauselrichtlinie subsumierte, sondern im Ergebnis aufgrund der Generalklausel des Art.3 I (erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis entgegen Treu und Glauben) für mißbräuchlich erklärte³³³¹. Dies ist um so bemerkenswerter, als der EuGH die eigentliche Vorlagefrage, ob ein Gericht die Mißbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen prüfen darf, auch ohne diese Entscheidung hätte beantworten können³³³². Der EuGH scheint im Anschluß an die Schlußanträge von Generalanwalt Saggio³³³³ die Mißbräuchlichkeit der Gerichtsstandsklausel als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie und damit als Vorfrage für die Beantwortung der eigentlichen Vorlagefrage zu sehen. Auch in einem weiteren Vorabentscheidungsverfahren ordnete der EuGH die Voraussetzung des erheblichen und ungerechtfertigten Mißverhältnisses iSd Art.3 I bezüglich der Klauseln des Ausgangsfalles (Zinssatz und Vertragstraferegelung in einem französischen Verbraucherkreditvertrag) dem Anwendungsbereich zu³³³⁴. In beiden Fällen wird m.E. die Mißbräuchlichkeitsprüfung nach Art.3 I, die ja die eigentliche ‚Anwendung‘ der Richtlinie darstellt, systematisch falsch bei der Prüfungsstufe der Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie eingeordnet³³³⁵.

³³²⁷ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.47 – Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl.Rz.79 zählt dazu auch allg. Grundsätze der EuGH-Rspr.

³³²⁸ Dazu unter 2.

³³²⁹ Einschränkung für ersteres: Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41, 47 (keine freie ‚richterliche Schöpfung‘ einer europäischen Zivilrechtsordnung); wohl auch Borges, NJW 2001, S.2061 f., 2062; Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2196f.; ders. NJW 1998, S.1447 ff., 1455; W.-H. Roth, FS Drobnig, S.135 ff., 143 (‚Die Rolle des Gerichtshofes reduziert sich dann darauf, die Bedeutung der Generalklausel in Umrissen zu skizzieren und die leitenden Wertungen zu erläutern, die die Mitgliedstaaten bei der Konkretisierung zu beachten haben – mehr nicht.‘), S.153; generell für restriktive Kompetenz im Privatrecht, Schmidt, RabelsZ 59 (1995), 569 ff. 594.

für einzelfallorientierte Rechtsfortbildung dagegen: Markwardt, S.190 ff., insb. 215 m.Rspr.nachw.S.200 ff.; MüKo-Basedow, § 9 AGBG a.F., Rz.7 (‚Auslegung im Lichte der Besonderheiten des Ausgangsfalles‘); offenl. Präve, Rz.30; ders. NVersZ 1998, S.49 ff., 52; zw. Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690 und 691.

³³³⁰ Hier machte der EuGH fallbezogene Vorgaben zu Interessenabwägung und berücksichtigungsf. Umständen (ähnl. Art.4 I), überließ die Beurteilung der Unangemessenheit sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Einzelfall dieser unmittelbar anwendbaren Regelung des primären Gemeinschaftsrechts den nationalen Richtern, vgl.EuGH v.30.4.1974 Rs.155/73 (Sacchi), Rz.18; EuGH v.21.3.1974 Rs.127/73 (Belgische Radio en Televisie), Rz.6 ff., 12 ff. – beide Urteile allerdings noch vor Erlaß der KlauselRL.

³³³¹ So auch Anm.des Generalanwaltes Geelhoed v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden, u.a.), Rz.30 – es geht um EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA./Rocío Murciano Quintero u.a.), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.21 ff., 24; noch deutlicher Schlußantrag des Generalanwalts Saggio v.16.12.1999, in gleichen Sachen, Rz.17 ff.; zust. Freitag, EWiR 2000, S.783 ff., 784, 4.1; krit.dagegen Borges, NJW 2001, S.2061 f., 2062 – all. zu diesem Urteil: Hau, IPraz 2001, S.96 ff.(zust.); Leible, RIW 2001, S.422 ff.(zust.); Borges, RIW 2000, S.933 ff. (bei Gerichtsstandsklauseln müssen materielle und prozessuale Bedeutung getrennt werden) – allg. zu Gerichtsstandsklauseln, Pfeiffer, FS Schütze, S.671 ff.

³³³² Borges, NJW 2001, S.2061 f., 2062. Zurückhaltender dann auch EuGH v.21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis./Fredout), Rz.23 (‚kann nicht ausgeschlossen werden‘); weitergehend dagegen die Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.37 ff., der die Klauseln als nicht mißbräuchlich iSd Art.3 I erklärt, die KlauselRL aber schon nach Art. 1 I und Art.4 II (transparente Hauptgegenstandsklauseln) für nicht anwendbar hält, u.Vorlagefrage nur hilfsweise prüft, Rz.45 ff.

³³³³ Schlußanträge v.16.12.1999, vgl. Rz.16 ff..

³³³⁴ EuGH v.21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofides./Fredout), Rz.23; noch deutlicher Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, in gleicher Sache, Rz.37 ff.

³³³⁵ Zu dem Anwendungsbereich *oben unter 2.Teil A*.

Eine Generalklausel ist generell darauf angelegt, fallbezogen angewandt zu werden³³³⁶. Eine Kompetenz des EuGH, über die wesentlichen europäischen Leitlinien (unter 2.) hinaus auch rechtsfortbildend tätig zu werden, würde den Europäischen Gerichtshof zu einer „Superrevisionsinstanz“ werden lassen³³³⁷. Eine gewisse Rechtssicherheit könnte erst entstehen, nachdem der EuGH wiederholt zu der Generalklausel Stellung genommen hat³³³⁸. Andererseits ist diese Rechtsunsicherheit kein spezielles Problem des Gemeinschaftsrechts. Mit Generalklauseln ist vielmehr generell eine geringere Vorhersehbarkeit untrennbar verbunden³³³⁹, da diese immer durch Begriffe mit einem hohen Abstraktionsgrad gekennzeichnet sind, die im wesentlichen erst durch Kasuistik (Fallgruppenbildung) und richterliche Rechtsfortbildung näher abgegrenzt und konkretisiert werden³³⁴⁰. Aufgrund erkennbarer gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze³³⁴¹ ist die Rechtsunsicherheit zudem nicht allzu groß.

Im Schrifttum wird zum Teil eine Beschränkung der Zuständigkeiten des EuGH unter Rückgriff auf das Subsidiaritätsprinzip iSd Art.5 II EG-V vertreten³³⁴², was aber m.E. nicht möglich ist³³⁴³. Nach Sinn und Zweck stellt Art.5 II EG-V als verfassungsorganisationsrechtlicher Grundsatz³³⁴⁴ eher auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Gesetzgebern und dem Gemeinschaftsgesetzgeber ab, die Zuständigkeiten des EuGH sind dagegen in Art.226 ff. EG-V geregelt³³⁴⁵. Selbst wenn man den Art.5 II aber als allgemeingültigen Grundsatz versteht, ist dessen Einschlägigkeit neben der Frage der Geltung des Art.5 II nur für den EuGH³³⁴⁶ schon nach dem Wortlaut zweifelhaft: zwar fällt der Verbraucherschutz selbst nicht in die „ausschließliche Zuständigkeit“ der Gemeinschaft; die Zuständigkeit des EuGH richtet sich aber nach Art.234 EG-V und danach fällt die Auslegung von Gemeinschaftsrecht zur Wahrung der Rechtseinheit – wozu grundsätzlich auch

³³³⁶ Markwardt, S.170.

³³³⁷ Befürchtung eines überlasteten EuGH, Canaris, EuZW 1994, S.317; W.-H. Roth, FS Drobniq, S.135 ff., 145; Schmidt, RabelsZ 59 (1995), S.569 ff., 595; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem.Rz.38 (billigende Inkaufnahme der Totalüberlastung des EuGH durch europäische Rechtssetzungsorgane käme im Blick auf Art.6 EMRK „dem Vorwurf eines bewußtem Verfassungsbruchs gleich“).

³³³⁸ Zumal aufgrund eher seltener Vorlagefragen eine gewisse „Rechtsprechungsmasse“ schwer zu erreichen ist, vgl. Franzen, S.540. Umfang der Konkretisierungsbefugnis des EuGH wird besonders relevant bei solchen Vertragstypen, für die es noch keine speziellen Leitbilder gibt, vgl. Grundmann, 2.10. Rz.15 (hier müsse EuGH objektives Recht schaffen).

³³³⁹ Markwardt, S.170.

³³⁴⁰ Franzen, S.536 ff.; W.-H.Roth, FS Drobniq, S.135 ff., 140.

³³⁴¹ Vgl. sogleich unter 2.

³³⁴² So Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691; tendenziell auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41; Brandner, MDR 1997, S.312 ff., 315; W.-H.Roth, Fs Drobniq, S.135 ff., 143 ff.

³³⁴³ Wie hier auch Markwardt S.196 ff., 198; Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 40 f.; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.40; Remien, RabelsZ 62 (1998), S.627 ff., 643; allg. Müller-Graff, ZHR 159 (1995), S.34 ff., 74 f.– insb. kann nicht aus der Keck-Entscheidung des EuGH auf die Beschränkung der Zust. des EuGH durch das Subsidiaritätsprinzip geschlossen werden, vgl. Markwardt, S.190 ff., 196; auch Grundmann, Teil 1, Rz.147 m.w.Nachw. gegen Grundsatz restriktiver Auslegung aus Art.5 II EG-V, ein solcher Grundsatz wurde von dem EuGH bisher noch nicht verwandt.

³³⁴⁴ So selbst Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691.

³³⁴⁵ Markwardt, S.197.

³³⁴⁶ Es ist nicht einzusehen, warum der EuGH bei Auslegung einer bestehenden Richtlinie durch das Subsidiaritätsprinzip gehindert sein soll, solange dem EU-Gesetzgeber selbst bei Erlass der Klauselrichtlinie nicht vergleichbare Einwände entgegengebracht werden, vgl.auch Ulmer, Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 41 – zur Vereinbarkeit der KlauselRL mit Subsidiaritätsgrundsatz und Vertragskonformität i.ü., ausf. Markwardt, S.178 ff., 189/190; Kretschmar, S.62 ff., 65 ff.; bedenkenwert allenf. der Einwand, daß keine Gesetzgebungskomp. für eine umf. Vollharmonisierung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vorhanden, H.Roth, JZ 1999, S.529 ff., 536 – keine Grenze für Privatrechts-RL sieht dagegen Grundmann, JZ 1996, S.274 ff., 276 f.

die Konkretisierung von Generalklauseln gehört - gerade in die „ausschließliche Zuständigkeit“ des EuGH³³⁴⁷.

Es ist auch fraglich, ob eine Generalklausel in Richtlinien als (bewußte) kompetenzrechtliche Entscheidung des europäischen Gesetzgebers nur für „lockere Vorgaben“ und im übrigen für einen weitreichenden Regelungs- und Anwendungsspielraum der Mitgliedstaaten zu werten ist³³⁴⁸. Die Entscheidung für eine Generalklausel bei der Inhaltskontrolle wird weniger von dem Gedanken getragen, daß eine detailliertere Regelung nach dem Subsidiaritätsprinzip nicht gerechtfertigt wäre sondern davon, daß eine abschließende Regelung angesichts der unübersehbaren Einzelfälle potentiell mißbräuchlicher Klauseln nicht möglich ist und auch nicht ausreichen würde, um einen angemessenen Verbraucherschutz sicherzustellen. Die Wahl von Generalklausel und Richtlinie bezweckt allenfalls einen Umsetzungsspielraum in rechtstechnischer Sicht der Mitgliedstaaten und soll nicht die Auslegungskompetenz des EuGH beschränken³³⁴⁹. Vielmehr liegt der Klauselrichtlinie gerade eine Entscheidung für Harmonisierungsbedarf zugrunde, so daß eine überwiegend nationale Auslegung der Generalklausel kontraproduktiv wäre³³⁵⁰.

Es kann also kein Grundsatz gefunden werden, der die Kompetenz des EuGH zwingend auf die Festlegung von wesentlichen Grundsatzfragen und Leitlinien aufgrund des „Ist-Zustands“ des Gemeinschaftsrechts beschränkt. Der EuGH machte bereits in der Vergangenheit auch bei Generalklauseln gemeinschaftsweite Vorgaben, wenn dies der Rechtsangleichung diene³³⁵¹. In mehreren Entscheidungen verfolgte der Gerichtshof eine Auslegung im Lichte der Besonderheiten des Ausgangsfalles, d.h. er machte auch fallbezogene Vorgaben, die den nationalen Gerichten zum Teil wenig Spielraum ließen³³⁵². Sinn der fallbezogenen Vorgaben durch den EuGH ist nicht die Vermeidung allgemeiner Aussagen, sondern die Vermeidung von Zweifeln der nationalen Gerichte hinsichtlich der Folgerungen für ihre Ausgangsfrage³³⁵³. Auch den Grundsatz von Treu und Glauben hat der EuGH bereits für die Auslegung von Verträgen herangezogen³³⁵⁴. Der EuGH begnügt sich dann häufig mit der Vorgabe weniger leitender Hinweise, wenn sich keine besonderen Anhalts-

³³⁴⁷ Müller-Graff, ZHR 159 (1995), S.34 ff.,74 – Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht nach Art.234 I b 2.Alt., worunter der EuGH neben rechtsverbindlichen Maßnahmen (RL, Verordnung, Entscheidung) auch unverbindl. Empfehlungen und Stellungn. faßt, vgl. EuGH v. 13.12.1989, Rs. C-322/88 (Salvatore Grimaldi./Fonds de maladies), Slg. 1989, S.4407ff.,4416 ff., Rz.18 f.; EuGH v.9.6.1977, Rs.90/76 (van Ameyde), Slg. 1977, S.1091 ff., 1121 ff.

³³⁴⁸ So W.-H. Roth, FS Drobnig, S.135 ff., 140 ff., 142 (im Gegensatz zu Generalklauseln in Verordnungen) sowie S.144 f.

³³⁴⁹ Hau Iprax 2001, S.96 ff., 97.

³³⁵⁰ Präve, Rz.30.

³³⁵¹ Vgl. Nachweise bei Markwardt, S.200 ff., 212

³³⁵² Z.B. auch im Fall Nissan (s.o.); ausführlich und mit Rspr.nachw. zu fallbezogenen Vorgaben: Dauses, S.81 ff. und Markwardt, S.213 m.Rsprnachw. S.199 ff. – letzterer allg. m.Nachw.zu Rspr. des EuGH hinsichtl. der Konkretisierung von Generalklauseln (S.104 ff.) und hinsichtl. der Abgrenzung von Auslegung und Anwendung von unbest. und generalklauselartigen Bestimmungen (S.200 ff.), z.B. EuGH v.21.3.1974;Rs. 127/73 (BRT./SV Sabem und NVFonior), insb. Rz.12 ff. (in Bezug auf „unangemessene Geschäftsbedingungen“ iSd Art.82 II a EG -V); einzelfallbezogen z.B. im Fall Christel Schmidt, vgl.Kritik Schmidt, RabelsZ 59 (1995), S.569 ff., 596 f.

³³⁵³ Markwardt, S.214; Dauses, S.82.

³³⁵⁴ In Bezug auf Art.17 EuGVÜ, vgl. EuGH v.14.12.1976 (Segoura./Bonakdarian), Slg., 1976, S.1851, Rz.11; EuGH v.19.6.1984 (Tilly Russ), Slg. 1984, S.2417, Rz.18.

punkte im Gemeinschaftsrecht oder aus der Rechtsvergleichung finden lassen³³⁵⁵. Es ist allerdings Sache des EuGH, dies zu beurteilen³³⁵⁶.

In der Praxis sind die Grenzen zwischen (fallbezogener) Auslegung und (ausgangs-) streitentscheidender Anwendung, für die der EuGH nicht zuständig ist, fließend. Bei fallbezogenen Vorgaben vermischt sich zwangsläufig die Auslegung auch mit Subsumtions- bzw. Anwendungsaspekten. Neben Aussagen zu³³⁵⁷ europäischen Maßstäben und Leitbildern kann der EuGH im Rahmen des Art.3 I auch entscheiden, ob eine Klausel in einer bestimmten Formulierung der Mißbräuchlichkeitskontrolle der Richtlinie auf der ersten Prüfungsstufe der abstrakt-generellen Kontrolle standhält. Eine solche Auslegung des Art.3 I im Lichte der Besonderheiten des Ausgangsfalles dient der Fallgruppenbildung und damit der Veranschaulichung der allgemeinen europarechtlichen Vorgaben der Generalklausel³³⁵⁸. Die Grenze der Zuständigkeit des EuGH ist aber in jedem Fall dann gegeben, wenn es um Tatsachenfeststellungen geht und/oder die Beurteilung sämtlicher Umstände des Einzelfalles erforderlich ist, also die konkret-individuelle Prüfungsstufe nach Art.4 I betroffen ist³³⁵⁹. Bei beidem handelt es sich um die Anwendung der Richtlinie und des europäischen Maßstabes, welche den nationalen Gerichten obliegt³³⁶⁰. Der EuGH darf nicht den konkreten Streit des Ausgangsverfahrens in seiner Gesamtheit durch Urteil entscheiden³³⁶¹. Dies wäre keine Vorabentscheidung mehr. Außerdem könnte der EuGH nicht ausschließen, daß in der Vorlageentscheidung nicht alle für eine Beurteilung maßgeblichen Umstände enthalten sind.

Es ist nicht ganz eindeutig, ob sich der EuGH bei seinem Urteil hinsichtlich der Gerichtsstandsklauseln³³⁶² noch an diese Grundsätze gehalten hat oder ob er seine Zuständigkeiten überschritten hat³³⁶³. Zwar stellt der EuGH nicht nur abstrakt Maßstäbe und Leitlinien auf, sondern subsumiert anhand der betreffenden Klauseln unter Art.3 I³³⁶⁴. Andererseits läßt

³³⁵⁵ Z.B. EuGH v.16.1.1992, Rs. C-373/90 (Nissan), Slg. 1992, S.I-131, Rz.13 ff.(aber auch hier fallbezogene Aussagen); mehr inhaltliche Wertungen bereits bei EuGH v.21.3.1974/Rs. 127/73 (BRT./SV Sabam und NVFonior), Rz.9 ff. (in Bezug auf „unangemessene Geschäftsbedingungen“ iSd Art.82 II a EG-V).

³³⁵⁶ MüKo-Basedow, § 9 AGBG, Rz.7; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl.Rz.79; Vorlagen sind nicht entbehrlich - wobei eine Kooperationslösung vorzuziehen wäre und der EuGH bei fehlenden europäischen Anhaltspunkten die Beurteilung den nationalen Gerichten überlassen sollte.

³³⁵⁷ Unter 2. behandelt.

³³⁵⁸ Zulässig auch nach Markwardt, S.215; MüKo-Basedow, § 9 AGBG a.F., Rz.7; auch die einzelfallbezogene Prüfung, ob ein erhebliches Mißverhältnis entgegen Treu und Glauben gegeben ist, ist eine Rechtsfrage, für die der EuGH zuständig ist, vgl. Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690.

³³⁵⁹ So ist wohl auch EuGH v.21.3.1974/Rs. 127/73 (BRT./SV Sabam und NVFonior), insb. Rz.12 ff. (in Bezug auf „unangemessene Geschäftsbedingungen“ iSd Art.82 II a EG-V) zu verstehen.

³³⁶⁰ Vgl.auch Schlußanträge des Generalanwaltes Jacobs, Rs. C-338/95, Slg. 1997, I-6512; EuGH v.16.1.1992, Rs. C-373/90 (Nissan), Slg. 1992, S.I-131, Rz.13 ff.; EuGH v.11.3.1997, Rs. C-13/95 (Ayse Sülzen), Slg.1997, S- I-1259. Rz.22; EuGH v.3.6.1999, Rs.C-33/97 (Colim./Bigg´ s Continent), EuZW 1999, S.464, Rz.41; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.46; Präve, Rz.31; Franzen, S.538 f.; Markwardt, S.212ff., insb.215 f.: bei Art.4 I ist der EuGH nur für Grundaussagen zuständig, etwa dahingehend, welche Umstände, in welcher Weise u.inwieweit zu berücksichtigen sind.

³³⁶¹ Vgl.EuGH v.15.7.1964 (Costa./ENEL), Slg. 1964, S.1251ff., Rz.2; w.Nachw. bei Dausen, S.81; Coester, FS Heinrichs, S.99 ff., 107; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690 und S.691: „...wird der EuGH zu Art.3 I nicht etwa über die Vereinbarkeit bestimmter Vertragsklauseln mit der VVRiL entscheiden, sondern lediglich bestimmen, wie Art.3 I in Bezug auf die verfahrensauslösende Klausel auszulegen sei.“

³³⁶² EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98, NJW 2000, S.2571 ff., Rz.21 ff., 24

³³⁶³ So Borges, NJW 2001, S.2061 f., 2062 – die gleiche Frage stellt sich im Hinblick auf die Ausf. des Generalanwaltes Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), insb.Rz.37 ff.

³³⁶⁴ Gleiches gilt für Schlußantrag des Generalanwaltes Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), insb.Rz.37 ff. - der EuGH in Rs.240/08 – 244/98 scheint noch um Abstraktion bemüht, vgl.Rz.21: „Eine Klausel wie die in den Ausgangsverfahren streitige erfüllt...alle Kriterien, um als mißbräuchlich im Sinne der RL qualifiziert werden zu können.“ (Hervorhebungen der Verf.), Rz.22: „eine solche Klausel“, Rz.24: „eine Gerichtsstandsklausel, die

sich Treu und Glauben nur fallbezogen beurteilen und in einem anderen Urteil bezieht sich der EuGH auf Art.3 I als abstrakte Regelung³³⁶⁵. Die Mißbräuchlichkeit der Klauseln des Ausgangsverfahrens wird anscheinend nur als Vorprüfung (Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie) für die Beantwortung der eigentlichen Vorlagefrage angesehen³³⁶⁶. Auch im Tenor erscheint die Feststellung der Mißbräuchlichkeit nicht. Insbesondere bei Generalanwalt Saggio in seinen Schlußanträgen scheint die einzelfallbezogene Aussage zudem wesentlich den Zweck zu haben, Zweifel des spanischen Gerichts bei Anwendung der Vorabentscheidung zu vermeiden³³⁶⁷. Hier handelte es sich zudem um Klauseln, für deren Mißbräuchlichkeit bereits Anhaltspunkte aus Nr. 1 q des Richtlinienanhangs vorhanden waren, bei denen der EuGH ansetzt, so daß es sich nicht um die Bildung eines neuen Grundsatzes im Wege der Rechtsfortbildung handelt³³⁶⁸. Die Prüfung am Maßstab des Art.3 I diene außerdem der Klarstellung, daß eine Klausel auch dann mißbräuchlich sein kann, wenn sie nicht ausdrücklich in dem Anhang der Klauselrichtlinie erscheint³³⁶⁹. Sollte das EuGH-Urteil allerdings eine endgültige Entscheidung über die Gerichtsstandsklauseln der Ausgangsfälle unter Würdigung der jeweiligen Einzelfallumstände nach Art.4 I darstellen³³⁷⁰, dann hätte der Gerichtshof seine Zuständigkeiten überschritten. Wegen der engen Verknüpfung mit dem Klauselanhang lassen sich aus diesem Urteil aber wohl noch keine endgültigen Schlüsse auf die zukünftige Haltung des EuGH ziehen³³⁷¹.

c) Ergebnis

Da die Richtlinie auf Teilharmonisierung beschränkt ist (EG 12, Art.8), kommt die Frage der Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht (bzw. Maßstab) als Mindestschutzniveau und damit eine Vorlagepflicht nach Art.234 III EG-V für nationale Gerichte immer dann in Betracht, wenn es eine Klausel nach nationalem Recht für wirksam bzw. für nicht

in einen Vertrag..."- Generalanwalt Saggio bezieht sich in seinen Schlußanträgen v.16.12.1999 in gl.Sache dagegen auf die konkreten Klauseln des Ausgangsfalles: zwar spricht er in Rz.18 von „une clause comme celle en cause“ oder „une situation de ce type“, sagt aber dann, daß aufgr. der Mißbräuchlichkeit die KlauselRL „im vorliegenden Fall“ („en l' espèce“) anwendbar ist; auch Generalanwalt Tizzano bezieht sich eindeutig in seinen Schlußanträgen v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), auf die konkreten Klauseln, vgl. Rz.37 („auf den Sachverhalt des Ausgangsfalles“), Rz.38, Rz.39 („zu prüfen, ob im vorliegenden Fall tatsächlich mißbräuchliche Klauseln vorliegen...“).

³³⁶⁵ EuGH v.7.5.2002, Rs.C 478/99 (Kommission./Königreich Schweden, u.a.), Rz.17: „Artikel 3 definiert abstrakt die Faktoren, die einer Klausel mißbräuchlichen Charakter verleihen.“

³³⁶⁶ Insb. Schlußanträge Saggio, Rz.16 ff.; so auch Generalanwalt Tizzano, Schlußanträge v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.37 ff., insb.Rz.37 und 43 („...ist meiner Ansicht nach aus der Nichtexistenz mißbräuchlicher Klauseln im vorliegenden Fall zu folgern, daß der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen ist.“), Gerichtshof könne sich darauf als Antwort beschränken, Rz.44.

³³⁶⁷ Vgl. Schlußanträge Saggio, Rz.16: „Pour traiter cette question et fournir au juge national une réponse utile, nous estimons nécessaire de recourir à ...“ als erstes die Mißbräuchlichkeit der Gerichtsstandsklausel überprüfen, um dann als zweites zu erörtern, ob das Gericht v.A.w. seine Unzuständigkeit notfalls auch entgegen nationaler Zivilprozessregeln erklären muß – noch deutlicher Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout),Rz.37: „Wenn sich zeigen sollte, daß die Richtlinie auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar ist, würde die Grundlage für die Vorlagefrage selbst entfallen und für eine Beantwortung gäbe es dann keinen Grund, sofern nicht gerade eine Vorabentscheidung ergehen soll, die keinen Zusammenhang zur Realität und zum Gegenstand des Ausgangsverfahrens aufweist.“

³³⁶⁸ Anders im Fall der Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), der trotz der Ansicht des vorlegenden Gerichts, daß Nr. 1 i einschlägig sei (Rz.26), die Klausel nicht der Liste im RL-Anhang zuordnet, vgl. Rz.40 f.

³³⁶⁹ Vgl. Schlußanträge Saggio, Rz.17 und 18.

³³⁷⁰ Dies scheint hier noch nicht der Fall zu sein, denn der Gerichtshof geht z.B. nicht von dem konkreten Wohnsitz der Verbraucher, die Parteien des nationalen Rechtsstreits sind, aus, sondern spricht in Rz.22 von einem Gerichtsstand, der „möglicherweise weit entfernt ist“ von dem Wohnsitz des Verbrauchers – zw. aber bei Generalanwalt Tizzano in seinen Schlußanträgen v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), insb.Rz.41.

³³⁷¹ So auch Leible, RIW 2001, S.422 ff., 425/426.

mißbräuchlich halten würde³³⁷². Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn es sich um eine mit nationalem Recht übereinstimmende, deklaratorische Klausel handelt, bei der es nicht nur um die Transparenzkontrolle geht; denn in diesem Fall ist die Klauselrichtlinie nach Art.1 II nicht anwendbar³³⁷³. Eine Offenkundigkeit iSd der acte-clair-Doktrin³³⁷⁴, bei der eine Vorlagepflicht des letztinstanzlichen nationalen Gerichts entfallen würde, ist regelmäßig und erst Recht bei Generalklauseln wie Art.3 I nicht gegeben. In vielen Fällen wird der EuGH daher zu einer „Oberrevisionsinstanz“. Da es die Funktion eines Obersten Gerichts ist, für Rechtseinheit in Grundsatzfragen zu sorgen, sollten die nationalen Gerichte ihre Vorlagen bei ausfüllungsbedürftigen Normen des Gemeinschaftsrechts auf Fragen grundsätzlicher Bedeutung begrenzen³³⁷⁵. Ohnehin haben sich aber die Befürchtungen einer „Vorlagenflut“ hinsichtlich der Klauselrichtlinie nicht bewahrheitet. Der EuGH mußte bisher nur in drei Fällen auf Vorlagefragen urteilen, davon nur in einem Fall im Hinblick auf die Generalklausel des Art.3 I³³⁷⁶. Alle übrigen EuGH-Entscheidungen ergingen in Vertragsverletzungsverfahren³³⁷⁷.

2. Konkretisierung der Generalklausel

Unabhängig von der Frage des Umfangs der Konkretisierungsbefugnis des EuGH, ist dieser jedenfalls zuständig für gemeinschaftsweite Vorgaben, die sich aus bereits bestehenden Wertungen des europäischen Rechts ableiten lassen.

a) Wertungen der Klauselrichtlinie

Anhaltspunkte für die Konkretisierung der Generalklausel³³⁷⁸ bieten zunächst die Vorgaben und Wertungen der Klauselrichtlinie selbst, etwa Art.3 I iVm Art.4 I (iVm EG 16) und Art. 5, die Zielsetzungen der Erwägungsgründe und insbesondere der Anhang der Klauselrichtlinie³³⁷⁹. Die nicht abschließende Liste der im Richtlinienanhang aufgeführten Klauseln dient - entgegen ursprünglicher Vorschläge für absolute Klauselverbote („schwarze

³³⁷² Markwardt, S.56 f., 171, 217; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691; ders., WM 1994, S.1645 ff., 1648 und 1652; Staudinger/Coester, § 9, Rz.56; trotz des Bezuges v. § 307 II Nr. 1 BGB zu rein nat.gesetzl. Leitbildern, Präve, Rz.29; ders., NVersZ 1998, S.49 ff., 52 - soweit eine Klausel nach nat. Recht unwirksam ist, die nach europ. Recht eventuell zulässig wäre, gilt regelm. der Art.8 unter der Voraussetzung der Gemeinschaftskonformität.

³³⁷³ Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.11 f- Unterschiede i.E. der Beurteilung der Wirksamkeit einer Klausel sind daher möglich, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.47 m.Bsp. hinsichtl.einer Klausel iSv Nr.1 q des Anhanges der KlauselRL (nach dt.Recht wäre die Klausel unzulässig, während es sich nach franz. Recht um eine deklaratorische Klausel handelt).

³³⁷⁴ Vgl. Anforderungen des EuGH v. 6.10.1982, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, S.3415ff., Rz.13 ff.

³³⁷⁵ So Markwardt, S.228 ff., 235 ff. m.Bsp.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rz.79 a; MüKo-Basedow, § 9 AGBG a.F., Rz.8; Basedow, FS Brandner, S.651 ff., 678 f. hält z.Zt.noch viele spezielle Fragen v.grdstzl.Bedeutung, eine Einschränkung der Vorlagepflicht auf Divergenzfälle sei nicht praktikabel

³³⁷⁶ EuGH v. 27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA./Rocío Murciano Quintero, u.a.), NJW 2000, S.2571 ff.; in dem zweiten Fall ging es auf Vorlage eines italienischen Gerichts um den Verbraucherbegriff, vgl. EuGH v.22.11.2001, Rs. C-541/99 und C-542/99 (Cape Snc./Idealservice Srl, u.a.); in dem dritten Fall erklärte der EuGH, daß die Klauselrichtlinie einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, die eine Ausschußfrist (von zwei Jahren) für die Mißbräuchlichkeitsprüfung der Gerichte bzw. Einrede der Verbraucher vorsieht, vgl. EuGH v.21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis./Fredout); eine weiteres Verfahren wurde wegen Einigung der Parteien aufgehoben, vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.38 – die geringe Zahl hängt damit zusammen, daß viele nationale Gerichte, z.B. in Dtl., regelmäßig eine Vorlage an den EuGH vermeiden, Basedow, FS Brandner, S.651 ff., 678.

³³⁷⁷ EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), EuGH v.24.1.2002, Rs. C-372/99 (Kommission./Italienische Republik); EuGH v.7.5.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.).

³³⁷⁸ Ausf.zu Konkretisierungsmögl. für Art.3 I, Markwardt, S.112 ff.; Coester, FS Heinrichs, S.99ff., 106.

³³⁷⁹ Statt vieler Kapnopoulou, S.114; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41 (im einzelnen Rz.67 ff.); zw. Grundmann, 2.10, Rz.25 u. Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 691; aA Franzen, S563.

Liste³³⁸⁰ - nach Art.3 III nur noch „als Hinweis“ für Klauseln, „die für mißbräuchlich erklärt werden können“. Abgesehen davon, daß allgemein anerkannt ist, daß die Liste keine absoluten Klauselverbote enthält, ist der Verbindlichkeitsgrad der Liste umstritten³³⁸¹. Die Meinungen reichen von einem bloßen Beispielscharakter ohne jegliche Rechtsverbindlichkeit³³⁸², über Differenzierungen nach nationaler/europäischer Generalklausel³³⁸³ oder einzelnen Klauseln³³⁸⁴ bis hin zu einer Konkretisierung der Generalklausel des Art.3 I, wobei auch innerhalb dieser Meinung Unterschiede hinsichtlich des Grades der Indizwirkung bestehen³³⁸⁵. Auch der EuGH geht von einer Konkretisierung des Art.3 I durch den Richtlinienanhang aus, indem er Gerichtsstandsklauseln unter Nr. 1 q des Richtlinienanhangs subsumierte und von diesem Ansatz ausgehend die Klauseln als mißbräuchlich iSd Art.3 I einstufte³³⁸⁶. Damit stellte der EuGH zudem konkludent klar, daß eine Klausel, die in der Klauselliste des Anhangs auftaucht, nicht automatisch mißbräuchlich iSd Art.3 I ist; umgekehrt ist eine Klausel, die nicht in der Liste erwähnt ist, auch nicht automatisch nicht mißbräuchlich iSd Klauselrichtlinie³³⁸⁷.

Betrachtet man die Umsetzung des Richtlinienanhangs in den einzelnen Mitgliedstaaten, so fällt auf, daß der Klauselliste sehr unterschiedliche Bedeutung eingeräumt wird³³⁸⁸. Nachdem z.B. in Deutschland die bereits vorhandenen §§ 10,11 AGBG a.F. zunächst unverändert gelassen wurden³³⁸⁹, entschloß man sich im Rahmen der Schuldrechtsmoderni-

³³⁸⁰ Nach Tendenzen des Vorschlag von 1990 zu bindender Wirkung (EG 12 iVm Art.2 II), auf Änderungsantrag Nr.11 des EP, ABl. 1991 Nr.C 326/108 bindende Wirkung in geänd.Vorschlag 1992 (Art.3 III)– diese Eigenschaft als „schwarze Liste“ wurde aber nicht in den GS von 1992 übernommen; spätere Anträge des EP, die Klauselliste für verbindlich zu erklären (ABl.1993, Nr. C 21/29 u.21/97 als Änderungsvorschlag Nr. 4 für Art.3 II), scheiterten an der abl. Haltung Dtl.s im Rat, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.5; auch Formulierung der Kommission für Art.3 III in überprüften Vorschlag v.26.1.1993, KOM (1993), 11 endg.-SYN 285 („Der Anhang enthält eine Liste von typischerweise mißbräuchlichen Klauseln“) wurde nicht übernommen.

³³⁸¹ Vgl. auch Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194 f.

³³⁸² Kiendl, S.53 („keinerlei rechtsverbindlicher Charakter“; „völlig bedeutungslos“); Damm, JZ 1994, S.161 ff., 175; Davo, REDC 1995, S.215 ff. 217 („pas d´ effet juridique“); für die wörtlich übereinstimmende Regelung in Frankreich, vgl. Terré/Simler/Lequette, Rz.310 („une liste blanche“).

³³⁸³ Franzen, S.559 ff., 563: nur zur Konkretisierung der nat. Generalklausel, nicht aber für Art.3 I der RL.

³³⁸⁴ Heinrichs, NJW 1996, S.2190 ff., 2197 .

³³⁸⁵ Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.25 („bindende Konkretisierung“); Nasall, WM 1994, S.1645 ff., 1651 („Leitlinie für die Konkretisierung“); ders. dagegen zw. in JZ 1995, S.689 ff., 691; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.32 („gewisse Indizwirkung“); Markwardt, S.116 f. („Indizwirkung“); Trochu, D. 1993 chr., S.315 ff., 318 („indice important“); Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194 („mittelbare Bindungswirkung“); Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 338 („Tendenzaussage“); ders. in Karlsruher Forum 1997, S.9 ff., 3 4 („tendenzieller Unwertgehalt“); Schl uBantrag des Generalanwaltes Geelhoed v. 31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./ Königreich Schweden, u.a.), Rz.28 („Indiz“), Rz.29 („Anhaltspunkt“, „Konkretisierung der Generalklausel“), Rz.30 („Auslegungshilfe“), Rz.3 7 (keine „Vermutung für die Mißbräuchlichkeit“); Schlußantrag Saggio v.16.12.1999, Rs. C -240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA ./ Rocio Murciano Quintero u.a.), Rz.18 („une valeur purement indicative“); Thomas/Sabalot, BJIBFL 1995, S.214 ff., 215 (keine Vermutung, aber „strong indicator“); Kapnopoulou, S.114 f., 139 ff. („Vermutung“); Arbeitsgruppe anläßlich der Brüsseler Konferenz zur Anwendung der KlauselRL, Konferenzunterlagen S.199/200 („imply an abuse, unless justified“); Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.81 („Regelfall einer Klauselunverbindlichkeit“); Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 61 („Vermutung“); zust.Reich, Europ.Verbraucherrecht, Rz.156 o; so auch Leible, RIW 2001, S.422 ff., 427; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 321 (schwarz und grau gemischter Liste).

³³⁸⁶ EuGH v.27.6.2000, Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial SA ./ Rocio Murciano Quintero u.a.), NJW 2000, S.2571 ff., Rz.21 ff., 22; vgl. auch Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano v.18.4.2002, Rs. C-473/00 (Cofides S.A./Fredout), Rz.40.

³³⁸⁷ Deutlicher Schlußantrag des Generalanwaltes Saggio v.16.12.1999 in gleichen Sachen, Rz.17/18, der hauptsächlich nach Art.3 I prüft; vgl.auch EuGH v.7.5.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.20 und Schlußantrag des Generalanwaltes Geelhoed v.31.1.2002 in gleicher Sache, Rz.28.

³³⁸⁸ Vgl. Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.17 f.

³³⁸⁹ Zu inhaltliche deckungsgleichen Bestimmungen, Pfeiffer in Grabitz/Hilf; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, jeweils Anhang – alle anderen Klauseln wollte man über den § 9 AGBG a.F. (§ 307 BGB) erfassen.

sierung zu einer Ergänzung der Klausellisten³³⁹⁰. Andere Länder hatten bereits im Rahmen der Umsetzung der Klauselrichtlinie ihre schon bestehenden Klauselverbotslisten geändert und ergänzt³³⁹¹ oder übernahmen als Kern inhaltlich den Annex als absolute Klauselverbote³³⁹². Das italienische Zivilgesetzbuch ordnet in Anlehnung an die Nr.1 a,b,i absolute Unwirksamkeit an (Art. 1469-quinquies II), während für die restlichen Klauseln eine Unwirksamkeitsvermutung besteht, „graue Liste“ (Art.1469 -bis III)³³⁹³. Eine ähnliche Zweiteilung enthält das niederländische NBW, das als vorweggenommene Umsetzung der Richtlinie aufgefaßt wurde³³⁹⁴. In anderen Ländern wurde der Art.3 III und die Klauselliste wörtlich in das nationale Gesetz übernommen³³⁹⁵. In Skandinavien (Schweden, Dänemark, Finnland) findet sich die Klauselliste schließlich nicht im Gesetzestext, sondern mit Kommentaren zu Reichweite und Bedeutung nur in den Gesetzesbegründungen. Hauptbegründung der skandinavischen Länder ist die Befürchtung, die Richter würden sich allein an der Liste orientieren, ohne eine allgemeine Kontrolle nach Art.3 I durchzuführen, wodurch die Klauselliste eine ermessensbegrenzende Folge haben könne³³⁹⁶. Allerdings verweisen z.B. in Schweden die Kontrollgesetze (Vertragsgesetz von 1915:218 und Gesetz 1994:1512) auf diese Gesetzesbegründungen, welche amtlich veröffentlicht werden und in den skandinavischen Ländern eine besondere Bedeutung für die Auslegung von Gesetzen haben³³⁹⁷. Zusammenfassend gibt es - abgesehen von Skandinavien - hinsichtlich der Wirkung der Klausellisten Länder mit ausschließlich schwarzen Listen³³⁹⁸, Länder mit schwarzen und grauen Listen³³⁹⁹ und andere mit lediglich unverbindlichen Listen³⁴⁰⁰, wobei die Klauseln z.B. in

³³⁹⁰ § 309 Nr. 7 BGB (absolutes Klauselverbot) basiert auf Nr. 1 a, Schmidt-Räntsch, S.400; weiterer Anpassungsfordern von Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 171 bzgl. Übernahme der Nr.1 b wurde nicht nachgekommen.

³³⁹¹ Z.B. Österreich: § 6 I und II des KSchG, dazu Posch, ERPL 1997, S.135 ff., 140; Kolbe, Konferenzunterlagen, S.230 ff., 236 ff.; Kiendl, S.213 ff.; Graf, S.35 ff. Belgien: Art.32 des Gesetzes über Handelspraktiken von 1998 als „liste noir“; Luxemburg: Art.2 des VerbraucherschutzG v.25.8.1983; Griechenland: Art.2 VII des Gesetzes 2251/1994 (schwarze Liste), dazu Kapnopoulou, S.238; Alexandriou, ERPL 1997, S.173 ff., 177; Mentis, S.293; Tzotzopoulos, Konferenzunterlagen, S.281 ff., 285; Portugal: Art.18 ff. AGB-Gesetzes Nr.446/85.

³³⁹² Spanien: Zusatzbest. zu LCU, neben weiteren Klauselverboten, nach Cabanas Trejo/Verstweber, ZvglRWiss 97 (1998), S.454 ff., 481 ist die Liste wegen der vielen unbest. Begriffe nicht schwarz sondern grau.

³³⁹³ Zu ital.Verständnis v. „Vermutung“, Cian, Jahrbuch für italienisches Recht, S.55 ff., 61; Patti, ebenda, S.85 f.

³³⁹⁴ Klauselkataloge Art.6:236 (immer unredlich belastend), Art.6:237 (Unredlichkeit wird widerlegbar vermutet).

³³⁹⁵ Z.B. Frankreich: Art.L 132-1 III C.consom. („liste indicative et non exhaustive“) iVm Anhang; das „alte“ System mit unverbindl.Empfehlungen der Commission des clauses abusives („graue Liste“) und Verbotsdekreten („schwarze Liste“) bleibt bestehen, Kritik an unübersichtl. Situation, Witz/Wolter, ZEuP 1995, S.885 ff., 890; Paisant, D.1995 chr., S.99 ff., 105 f.; Pizzio, Code de la Consommation, Art.1321, Nr.4, S.205 f.; da Art.L 132-1 III S.2 C.consom. auch bei Vorliegen einer Klausel des Annexes dem klagenden Kunden die Beweislast für die Mißbräuchlichkeit der Klausel auferlegt, geht der franz. Gesetzgeber nicht von einer Vermutungswirkung des RL-Annexes aus, vgl. auch Pizzio, Art.132-1, S.205, Nr.4 – wird von Alpa, FS Reich, S.555 ff., 566 als entgegen dem Zweck des Annexes kritisiert; krit.auch Morin, VuR 1995, S.381 ff., 382; Großbritannien: Reg.5 V(„contains an indicative and non-exhaustive list“) iVm Schedule 2 der UTCC Regulations 1999 idF 2001; parallel blieb der UCTA 1977 anwendbar, zu dieser ebenfalls unübersichtl. Lage Weatherill, VuR 1995, S.393 ff., 397 f.; Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 38 ff. („makes the law a nightmare“), Beatson, ZEuP 1998, S.957 ff., 960; Reynolds, The Law Quarterly Review 110 (1994), S.1 ff.; Irland: Anhang Nr.3 der Unfair terms in Consumer Contracts Reg. 1995 and 2000.

³³⁹⁶ Vgl. Bericht der Kommission v.27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.18.

³³⁹⁷ Vgl. Schlußantrag Geelhoed v.31.1.2002, Rs. C-478/99, (Kommission./Königreich Schweden), Rz.49 ff.; allg.zu Bedeutung der skand.Gesetzesvorarbeiten, vgl. Carsten, ZEuP 1996, S.541 ff., 546 f.; zu Gesetzesvorarbeiten zu Generalklausel des Art.36 Vertragsgesetz 1915:218, Bernitz, RabelsZ 40 (1976), S.593 ff., 608; die Gesetzesbegründungen werden auch in der Gerichtspraxis berücksichtigt, Dyer, Konferenzunterlagen, S.261 ff., 264; Bernitz, ERPL 1997, S.213 ff., 218.

³³⁹⁸ Österreich, Spanien, Belgien, Luxemburg, Griechenland.

³³⁹⁹ Dtl. u. Portugal: Klauselverbote mit und ohne Wertungsmögl. (bei Vorliegen der wertungsabh.Voraus.liegen aber Klauselverbote vor, Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 171); NL u.Italien: absolute Klauselverboten u. widerlegbaren Vermutungen für eine Unangemessenheit.

³⁴⁰⁰ Frankreich, Großbritannien und Irland.

Großbritannien überwiegend als Vermutungen für Mißbräuchlichkeit verstanden werden³⁴⁰¹.

Der Richtlinienanhang ist als Konkretisierung der Generalklausel zu werten und zwar in der Weise, daß bei einer Klausel, die dem Richtlinienanhang Nr. 1 entspricht - ähnlich der Wirkung des deutschen § 307 II BGB - im Zweifel bzw. im Regelfall von einer Mißbräuchlichkeit auszugehen ist („graue Liste“) ³⁴⁰². Dafür spricht, daß nach der Entstehungsgeschichte nur der Charakter einer „schwarzen Liste“ mit automatischer Mißbräuchlichkeit (ohne weiteres) entfallen sollte, weil eine Einigung insoweit nicht möglich war³⁴⁰³ und absolute Klauselverbote insbesondere nach deutscher Einwendung im Rat ohne weitere Vereinheitlichung der allgemeinen Vertragsrechte nicht denkbar schienen³⁴⁰⁴. Dies führt aber nicht zu einer völligen Unverbindlichkeit („weiße Liste“). Denn wäre die Wertung für eine grundsätzliche Mißbräuchlichkeit der genannten Klauseln nicht gegeben, dann könnten diese auch nicht als „Hinweis“ gegeben werden³⁴⁰⁵. Betrachtet man den Katalog, so handelt es sich bei der Nr.1 um typischerweise mißbräuchliche Klauseln, bei denen schon aufgrund ihres Inhalts eine Vermutung für die Mißbräuchlichkeit besteht. Die Nr. 1 des Richtlinienanhanges enthält dabei dem Wortlaut nach Klauseln mit und ohne Wertungsmöglichkeit³⁴⁰⁶.

Aus der dt. Formulierung des Erwägungsgrundes 17 („Beispiele“) kann nichts Gegenteiliges abgeleitet werden, weil in anderen Sprachfassungen übereinstimmend mit Art.3 III von „Hinweise n“ die Rede ist³⁴⁰⁷ – diese Formulierung spricht nur für eine Abgrenzung zu der automatischen Mißbräuchlichkeit und verdeutlicht die nicht abschließende Aufzählung³⁴⁰⁸. Dem Erwägungsgrund ist lediglich der (beschränkte) Vereinheitlichungszweck³⁴⁰⁹ zu entnehmen: die vorhandene Klauselliste gewährleistet nur den Mindestschutz, Ergänzungen oder restriktivere Gesetzesformulierungen und/oder Auslegungen durch Gerichte sind nach Erwägungsgrund 17 iVm Art.8 zulässig. Außerdem hat der EuGH sogar bezüglich unverbindlicher Empfehlungen (weniger als „Hinweis“) entschieden, daß diese von den nation a-

³⁴⁰¹ Vgl. Treitel, S.250 („prima facie unfair terms“); für Vermutungswirkung auch Office of Fair Trading, OFT, Unfair terms guidance, S.2 („grey list“); Bradgate, Konferenzunterlagen, S.35 ff., 48.

³⁴⁰² So auch Pfeiffer /Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 171; auch der dt. Gesetzgeber ging zuletzt von einer Mißbräuchlichkeit i.Zw. aus, setzte die Nr. 1 a aber sogar als Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit in § 309 Nr. 7 BGB um, vgl. Schmidt/Räntsch, S.400, Rz.129; aA spricht z.T.auch von einer „blauen“=europäischen Liste ohne Vermutungswirkung, vgl. Schlußanträge des Generalanwaltes Geelhoed v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.26, FN 10.

³⁴⁰³ KOM (1993) 11 endg. – SYN 285, S.2.

³⁴⁰⁴ Vgl. Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 61 – so die dt. Einwdg im Rat, vgl. Grundmann, 2.10, Rz.5; und dann auch die Ratsbegr., vgl. Franzen, S.561, FN 143; diese Begr. ist m.E. anges. des Art.8 der RL nicht überzeugend.

³⁴⁰⁵ Soweit die Konkretisierung durch den Anhang zu einem gewissen Anpassungsdruck auch hinsichtlich der Vertragsrechte führt (so Kritik von Franzen, S.562), ist dies wegen EG 14 mit der RL vereinbar.

³⁴⁰⁶ Klauseln mit Wertungsmöglichkeit enthalten unbestimmte Begriffe, die Ermessen zulassen, ; im einzelnen Markwardt, S.119 f.

³⁴⁰⁷ Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 322; vgl. z.B. französisch („caractère indicatif“ - Art.3 III: „liste indicative“), italienisch („carattere indicativo“ – „elenco indicativo“), spanisch („carácter indicativo“ – „una lista indicativa“); englisch („can be of indicative value only“ - „an indicative...list“).

³⁴⁰⁸ Bereits die Stellungn. des EP, ABl.1991, Nr. C326/108, das für Art.2 Nr. 2 a.F. eine „bindende, aber nicht erschöpfende Liste“ forderte, wurde für EG13 a vorgeschlagen: „Die im Anhang enthaltene schwarze Liste mißbräuchlicher Klauseln kann lediglich Hinweisharakter haben“ – auch hier bezieht sich anscheinend der Hinw. nur auf nicht abschließende Liste

³⁴⁰⁹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.80.

len Gerichten bei Auslegung von Gemeinschaftsrecht mitzubewerücksichtigen sind³⁴¹⁰. Letztlich dient eine Regelfall-Wirkung der Klauselliste auch der Rechtssicherheit.

Folge dieser Mißbräuchlichkeit im Regelfall ist, daß das nationale letztinstanzliche Gericht jedenfalls dann zur Vorlage bei dem EuGH verpflichtet ist, wenn es trotz Vorliegens einer in Nr.1 genannten Klausel diese für wirksam erklären will, ohne daß im Rahmen der Gesamtwürdigung besondere Umstände etwa iSv Art.4 I iVm Erwägungsgrund 16 dies ausnahmsweise rechtfertigen würden³⁴¹¹. In diesem Fall liegt auch eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. oben unter 1.c)³⁴¹².

Aufgrund der Vermutung einer „Regel-Mißbräuchlichkeit“ der in Nr.1 genannten Klauseln kann m.E. nicht davon ausgegangen werden, daß es im Ermessen des nationalen Gesetzgebers steht, ob und in welchem Umfang die Liste in nationales Recht übernommen werden soll³⁴¹³. Denn die Verbraucher müssen ihre Rechte³⁴¹⁴ klar und deutlich aus dem Gesetzestext erkennen können (Publizitätsfunktion), damit Rechtssicherheit gegeben ist³⁴¹⁵. Dies gilt besonders im Rahmen des Verbraucherschutzes und wenn – wie hier - die Richtlinie darauf abzielt, den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, die gewöhnlich nicht die Grundsätze einer fremden Rechtsordnung kennen, Ansprüche zu verleihen³⁴¹⁶. Die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung genügt dann nicht³⁴¹⁷. Da die Liste im Anhang die Generalklausel des Art.3 I erst „faßbar“ macht, wird auch sie von der Umsetzungspflicht erfaßt. Die „Hinweisfunktion“ iSd Art.3 III und EG 17 hat nur o.g. Bedeutung, der Anhang bleibt aber sowohl in Anwendung durch den Richter, als auch bei Umsetzung durch nationale Gesetzgeber zu berücksichtigen³⁴¹⁸. Es ist daher eine Umsetzung mindestens der Klauselliste der Nr. 1 erforderlich, um das Ziel der Rechtsangleichung³⁴¹⁹ und eine Unterrichtungsmöglichkeit der Verbraucher³⁴²⁰ zu gewährleisten³⁴²¹. Insbesondere Angehörige

³⁴¹⁰ EuGH v.13.12.1989, Rs. C-322/88 (Grimaldi), Slg. 1989, S.4407ff., 4416 ff., Rz.18 f.

³⁴¹¹ Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.25, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.32, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3 Rz.84 f.

³⁴¹² So auch Markwardt, S.240.

³⁴¹³ So aber ursprüngl. dt.Gesetzgeber (Referentenentwurf des BMJ, VuR 1995, S.61 ff. Erw. A II 3 b) und hL, z.B. Palandt-Heinrichs, § 24 a AGBG, Rz.25; Ulmer, EuZW 1993, S.337 ff., 345, Pfeiffer in Grabitz/Hilf Art.3, Rz.81, 89; Grundmann, 2.10, Rz.9; Eckert, WM 1993, S.1070 ff., 1076; Heinrichs, NJW 1993, S.1817 ff., 1821; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.31, Anh., Rz.1, Anh. Nr.2a, Rz.234; aA Kapnoloulou, S.141/142 – der Generalanwalt Geelhoed trennt in seinen Schlußanträgen v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Schweden, u.a.) den normativ-bindenden von dem indikativ-illustrativen Teil der KlauselRL, zu dem er auch den Anhang zählt, Rz.35 ff.– nur der erste Teil Rechte müsse durch Gesetzes umgesetzt werden, i.ü.sei zwar Kenntnismögl.erf., nicht aber zwangsläufig durch Gesetz.

³⁴¹⁴ Die Regelfall-Mißbräuchlichkeit der Klauseln im Anhang stellt ein Verbraucherrecht dar.

³⁴¹⁵ Z.B. EuGH v.19.9.1996, Rs. C-236/95 (Kommission/ Griechenland), Slg. 1996 I-4459, Rz.13; EuGH v.23.3.1995, Rs. C-365/93 (Kommission./Griechenland), Slg. 1995, I-499, Rz.9; EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), EWS 2001, S.484 ff.=ZIP 2001, S.1373 ff., Rz.14 ff.

³⁴¹⁶ EuGH v.7.5.2002, Rs.C 478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.18 m.w.Nachw. – EG 9 Klauselrichtlinie

³⁴¹⁷ EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), Rz.14 ff.;21.

³⁴¹⁸ Insoweit nicht unverbindlich - für Umsetzungspfl.auch Kapnoloulou, S.141/142; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 322; die Kommission, vgl. Konferenzunterlagen, S.196, Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.18 ; aA Generalanwalt Geelhoed in seinem Schlußantrag v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./Schweden), Rz.31 ff., obwohl er m.E.inkonsequent trotzdem fordert, die Klauselliste und ihr Status als wichtige Informationsquelle für die Marktteilnehmer „kenntlich zu machen“(Rz.48 i.Ggstz. zu Rz.46f.).

³⁴¹⁹ Art.1 I, Erwägungsgründe 2, 3, 10, 12.

³⁴²⁰ Erwägungsgrund 5,8.

³⁴²¹ Nach EG 17 darf der nationale Gesetzgeber von dem Mindestschutz der Regelfall-Mißbräuchlichkeit nicht „nach unten“ abweichen und Klauseln weglassen, sondern nur zum Vorteil des Verbrauchers diese Liste ergänzen oder restriktiver formulieren, Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 322; tendenziell Remien, ZEuP 1994, S.34 ff., 61; aA

anderer Mitgliedstaaten werden sich- wenn überhaupt – am Gesetzeswortlaut orientieren. Auch das Ziel der Entfernung mißbräuchlicher Klauseln aus Verbraucherverträgen³⁴²² scheint nur durch eine Umsetzung im Gesetz erreichbar zu sein, da sich die Kautelarpraxis regelmäßig an den gesetzlichen Regeln orientiert³⁴²³. Eine wörtliche Wiedergabe des Anhangs durch nationale Gesetze ist allerdings nicht erforderlich³⁴²⁴.

Letztlich sind auch alle Mitgliedstaaten - bis auf die skandinavischen Länder - davon ausgegangen, daß eine Umsetzung im Gesetz erfolgen müsse, auch wenn die nationalen Regelungen Unterschiede hinsichtlich der Wirkungen der Klauselliste aufzeigen. Die Frage, ob die skandinavischen Gesetzesbegründungen ausnahmsweise aufgrund ihrer besonderen Wirkung als Umsetzung des Katalogs ausreichen, muß hier nicht entschieden werden³⁴²⁵.

Da die Nr.2 des Richtlinienanhangs als Einschränkung der Wirkung der Nr. 1 für den Verbraucher nachteilig ist, besteht insoweit wegen Art.8 iVm EG 17 keine Übernahmepflicht³⁴²⁶.

b) Wertungen des übrigen Gemeinschaftsrechts

aa) Primärrecht: „unangemessene Geschäftsbedingungen“ iSd Art.82 II a EGV

Es ist fraglich, ob die durch den EuGH zu der Umschreibung eines Mißbrauchs markbeherrschender Stellung in Art.82 II a) EGV („...Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- und Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“) entwickelten Grundsätze für „unangemessene Geschäftsbedingungen“ als Konkretisierung des Art.3 I der Klauselrichtlinie herangezogen werden können³⁴²⁷. Fraglich deshalb, weil es sich trotz des vergleichbaren Wortlauts bei Art.82 II a) um eine vorwiegend wettbewerbsrechtliche Regelung handelt, bei der – anders als bei der Klauselrichtlinie³⁴²⁸ – der Schwerpunkt nicht bei einem angemessenen Interessenausgleich der Vertragspartner liegt, sondern darüber hinaus müssen die Auswirkung auf den jeweiligen Markt und die Wettbewerbssituation berücksichtigt werden³⁴²⁹. In jedem Fall sind die Aussagen des EuGH in den Urteilen zu Art.82 II a EGV nicht besonders geeignet, der Generalklausel des Art.3 I mehr Konturen zu verschaffen, als

keine Umsetzungspfll.: EuGH v.7.5.2002, Rs. C.478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.22, nach der sonstige Umsetzungsformen und –mittel ausreichen, „die hinreichende Sicherheit dafür bieten, daß die Allgemeinheit von dieser Liste Kenntnis erlangt“; so auch Geelhoed in seinem Schlußantrag v.31.1.2002, Rz.31 ff., 48 ff. - Von Art.8 iVm EG 17 ist dagegen sowohl die Umsetzung als „schwarze Liste“ gedeckt, als auch eine Veränderung der Abgrenzungen der Klauseln untereinander.

³⁴²² Art.7, Erwägungsgründe 6, 14, 21.

³⁴²³ So Pfeiffer/Schinkels in Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, S.133 ff., 171.

³⁴²⁴ Solange nat.Gesetze eine vollst.RL- Anwendung gewährleisten u. Begünstigte in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor nat. Gerichten geltend zu machen, EuGH v.10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission./Niederlande), EWS 2001, S.484 ff.=ZIP 2001, S.1373 ff., Rz.17.

³⁴²⁵ Dafür EuGH v.7.5.2002, Rs.C-478/99 (Kommission./Königreich Schweden u.a.), Rz.20 ff.; Generalanwalt Geelhoed in seinem Schlußantrag v.31.1.2002 in gleicher Sache, insb. Rz. 48 ff.; m.E. spricht mehr für ein nicht ordnungsgemäße Umsetzung der KlauselRL (so auch Kommission, Konferenzunterlagen, S.196), insb.im Hinblick auf EuGH v.30.1.1985, Rs. 143/83 (Kommission/Dänemark), Slg. 1985, I-427, Rz.11: keine ausreichende Unterrichtung u.RL- Umsetzung bei skand.Gesetzesvorarbeiten; zudem war auch streitig, ob nicht die Gesetzesbegründung in Skandinavien an Bedeutung verlieren, vgl. Schlußantrag Geelhoed, Rz.18.

³⁴²⁶ Zu Nr. 2 ausführlich unten unter 2. Teil E II.

³⁴²⁷ Dagegen Franzen, S.569 ff., 571 und Markwardt, S.121 ff.

³⁴²⁸ Hier ist der Wettbewerbsbezug nur aus dem Globalziel, Wettbewerbsbeschränkungen durch unterschiedliche Rechtsvorschriften abzubauen, erkennbar – der Interessenausgleich steht im Vordergrund.

³⁴²⁹ Franzen, S.570.

in der Klauselrichtlinie selbst enthalten sind. Denn der EuGH setzt als wesentliche Wertung bei der marktbeherrschend Stellung an³⁴³⁰. Hauptsächlich finden sich Aussagen wie z.B. Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie den Vertragspartner unbillig beeinträchtigen oder daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muß³⁴³¹. Nur vereinzelt werden fallbezogene Leitlinien für die Interessenabwägung und berücksichtigungsfähige Umstände vorgegeben³⁴³². Im Rahmen des Art.82 II a wird zudem nur ein evidentes Interessenungleichgewicht geahndet³⁴³³, während die Klauselrichtlinie mit Art.3 I einen strengeren Maßstab aufstellt. So hielt der EuGH als Beispiel für den großzügigeren Maßstab des Art.82 II a) z.B. Bürgschaftsbedingungen des italienischen Bankenverbandes mangels feststellbarer Auswirkungen auf den Binnenmarkt für vereinbar mit Art.82 (86 a.F.), obwohl die Bedingungen inhaltlich zweifelhaft sind. Denn sie führen zu einer formelmäßigen Begründung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern für einen betragsmäßig nicht limitierten Kontokorrentkredit³⁴³⁴. Besonders das sog. Vergleichsmarktkonzept, nach dem eine Vergleich mit der hypothetischen Situation bei funktionierendem Wettbewerb angestellt wird, paßt nicht auf die Klauselrichtlinie. Denn mit diesem Konzept wird weniger die einzelne Klausel als ein ganzes „Leistungsbündel“ verglichen. Zudem liegt der Klauselrichtlinie gerade der abweichende Gedanke zugrunde, daß generell nur bei dem Bereich des Art.4 II von einem funktionierenden Wettbewerb auszugehen ist³⁴³⁵.

bb) Sekundärrecht

aaa) Allgemein

Bei der inhaltlichen Kontrolle nach Art.3 I stellen Richtlinien, Rechtsverordnungen sowie Empfehlungen als sog. „soft law“ Leitbilder bzw. den „Referenzpunkt“³⁴³⁶ für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit, insbesondere soweit sie schuldvertragsrechtliche Regelungen enthalten. Denn mit diesen Maßnahmen ist eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten von Vertragsparteien bezweckt, so daß sie als Konkretisierung der Generalklausel der

³⁴³⁰ Markwardt, S.122.

³⁴³¹ Nachweise bei Franzen, S.570; Markwardt, S.122 f. ; z.B. EuGH v.21.3.1974, Rs. 127/73 (Belgische Radio en Televisie./SV Sabam und NV Fonior), Rz.6/8 („ausgewogenes Verhältnis“), Rz.9/10 („die Grenzen des zu diesem Zweck unentbehrlichen überschreiten“), Rz.15 („unbillig beeinträchtigt“).

³⁴³² Z.B., EuGH v.21.3.1974, Rs. 127/73 (Belgische Radio en Televisie./SV Sabam und NV Fonior)Rz.6 ff., wobei auch hier im wesentlichen bei der marktbeherrschenden Stellung angesetzt wird – die Anwendung dieser Leitlinien, die Interessenabwägung, die Beurteilung der Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen sowie die Prüfung der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung wird den nationalen Richtern überlassen, vgl.Rz.12-15; so auch EuGH v. 39.4.1974, Rs.155/73 (Sacchi), Rz.18.

³⁴³³ Markwardt, S.123; ähnl.Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Vorbem. Rz.81.

³⁴³⁴ EuGH v.21.1.1999, Rs. C-216/96, WM 1999, S.372ff.,Rz.11,38 ff., 54 ff. – diese Bedingungen wären nach der deutschen Generalklausel unwirksam, vgl. Pfeiffer, DZWiR 1999, S.154; auch nach Art.3 I wäre wohl eine Mißbräuchlichkeit gegeben.

³⁴³⁵ Franzen, S.570/571 (diesem Konzept neigt der EuGH zu); Markwardt, S.123.

³⁴³⁶ Grundmann, 2.10, Rz.7 unter Hinweis auf die Verbrauchergüterkauf-RL und die Pauschalreise-RL; Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194: „yardstick“.

Klauselrichtlinie herangezogen werden können. Die Kommission hat in einer Mitteilung vom 11.7.2001 den *acquis communautaire* aller vertragsrechtlichen Richtlinienbestimmungen zusammengefaßt³⁴³⁷.

Daß bei einem Verstoß gegen an sich unverbindliche Empfehlungen eine Mißbräuchlichkeit gegeben sein kann, ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, nach der auch unverbindliche Empfehlungen zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht heranzuziehen sind³⁴³⁸. Mehrere Empfehlungen im Finanzdienstleistungsbereich beziehen sich sogar direkt auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, z.T. wird sogar ausdrücklich auf die Klauselrichtlinie oder auf das Schutzziel der Verbraucherschutzprogramme, den Verbraucher vor unausgewogenen Standardverträgen zu schützen, Bezug genommen³⁴³⁹. Es ist nicht notwendig, daß sich die jeweilige Richtlinie, Verordnung, Empfehlung, etc. ausdrücklich auf Verbraucherverträge bezieht. Es genügt vielmehr, daß sie „auch“ dem Verbraucherschutz dienen, also einen verbraucherschützenden Kern haben³⁴⁴⁰. Ein solcher Kern ist bei den gemeinschaftlichen Regelungen im Finanzsektor vorhanden³⁴⁴¹. Im Bereich der Finanzprodukte³⁴⁴² sind daher neben allgemeinen Regelungen³⁴⁴³ die schuldvertraglichen Regelungen von Richtlinien, Verordnungen und Empfehlungen auf dem Gebiet der Bank-, Kredit- und Zahlungsgeschäfte (Commercial Banking)³⁴⁴⁴, der Kapitalanlage (Investment Banking)³⁴⁴⁵ und der Versicherungen³⁴⁴⁶ zu beachten.

³⁴³⁷ Zudem enthält sie die einschlägigen internationalen Verträge, vgl. Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001), 398 endg., insb. Anhang I (Einteilung nach Sachgebieten) und III (Einteilung nach Regelungsgegenstand).

³⁴³⁸ „Insbesondere dann, wenn sie...verbindliche gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ergänzen sollen“, vgl. EuGH v. 13.12.1989, Rs. C-322/88 (Salvatore Grimaldi./Fonds des maladies professionnelles), Slg.1989, I-4407ff., 4416 ff., 4421, Rz.18; so auch Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 194; Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 321; Zuleeg in Schulze, S.163 ff., 169; auch nach der Arbeitsgruppe anläßl. Brüsseler Konferenz über die Anwdg der KlauselRL, Konferenzunterlagen, S.199, besteht bei Abw. von Empfehlungen eine Vermutung der Mißbräuchlichkeit; – unverbindliche Maßnahmen sind daher auch „Handlungen“ iSd Art.234 I b 2.Alt.EG -V.

³⁴³⁹ Z.B. Empfehlung 97/489/EG v.30.7.1997 zu Geschäften mit elektron. Zahlungsinstrumenten, ABl.1997, Nr. L 208/52: Punkt 4 der Empfehlung verweist auf das Transparenzgebot der KlauselRL und bestimmt: „Diese Geschäftsbedingungen sollten ...ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen den Interessen der Beteiligten Parteien wahren.“; die Empfehlung 88/590/EWG v.17.11.1988 zu Beziehungen zw. Karteninhabern u.-ausstellern, ABl.1988, Nr. L 317/55, bezieht sich in EG 2 ausdrückl. auf die Zielsetzung der Verbraucherschutzprogramme, die Käufer...vor Standardverträgen, insb. vor dem Ausschluß wesentl.Rechte in Verträgen zu schützen und empfiehlt unter B 3.1. „schriftliche vollständige und faire Vertragsbedingungen“ – beide Empfehlungen sehen dann im Einzelnen Pflichten und Haftung der Parteien vor.

³⁴⁴⁰ So ansch. auch Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 und Markwardt, S.125 (andere RL´s als Konkretisierung, z.B. RL zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst 95/62/EG, die nach ihrem EG 14 als Ergänzung zu der KlauselRL gedacht ist.

³⁴⁴¹ Grünbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1996), 209 endg., S.1a,3.

³⁴⁴² Überblick über vertragsrechtliche Regelungen, vgl. Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001), 398 endg., Anhang I, S.39 ff.u.S.31 ff.

³⁴⁴³ Z.B. RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, zu Vorschlag Präve, VW 1999, S.1410 ff., 1511 ff.; e-commerce RL 2000/31/EG, ABl.2000, Nr.L 178/1.

³⁴⁴⁴ Z.B. Verbraucherkredit-RL v. 22.12.1986 (87/102/EWG), ABl.1987, Nr.L 42/48, konsolidierte Fassung unter Dok. 387L0102 bei www.europa.eu.int/eur-lex; RL über grenzüberschreitende Überweisungen v. 27.1.1997 (97/5/EG), ABl.1997, Nr.L 43/25, die auf der Empfehlung 90/109/EWG v. 14.2.1990 zur Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen (ABl. 1990, Nr.L 67/39) beruht; weitere Empfehlungen z.B. zu elektronischen (beleglosen) Zahlungssystemen (87/598/EWG v.8.12.1987; ABl. 1987, Nr.L.365/72 als Verhaltenskodex im Bereich des elektronischen Zahlungsverkehrs) und (97/489/EG v. 30.7.1997, ABl. 1997, Nr.L 208/52), zu Beziehungen zwischen Karteninhabern und –ausstellern (88/590/EWG v. 17.11.1988, ABl. 1988, Nr.L 317/55) und zu Bankgebühren bei der Umstellung auf Euro (98/286/EG, ABl.1998, Nr. L 130/22); Empfehlung v.23.6.2000 (2000/408/EG) zur Offenlegung von Informationen über Finanzinstrumente und ähnliche Instrumente; allg.m.w.Nachw. Grundmann, §7 Einl., Rz.16 ff.; 4.13, Rz.7 ff.

³⁴⁴⁵ Z.B. Wertpapierdienstleistungs-RL v. 10.5.1993 (93/22/EWG), ABl.1993, Nr.L 141/27: Interessenwahrungs- und Sorgfaltspflichten in Art.10 f., insbesondere die Wohlverhaltensregeln in Art.11, vereinzelt auch vertragsrechtl. Regelungen in Art.15, Grundmann, 4.20, Rz.1,4,12 ff., nach Art.2 I 2 gelten diese Bestimmungen auch für Kreditinstitute

Nach der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen³⁴⁴⁷ wird in Art.15 II sogar ausdrücklich festgelegt, daß Vertragsbedingungen, die dem Verbraucher die Beweislast für die Erfüllung aller oder eines Teils der RL-Verpflichtungen des Anbieters auferlegen, als mißbräuchlich iSd Klauselrichtlinie gelten.

Die meisten Regelungen von rechtsangleichenden Richtlinien sind allerdings zwingend³⁴⁴⁸, so daß eine abweichende Vertragsklausel stets und nicht nur bei mißbräuchlicher Gestaltung iSd Klauselrichtlinie nicht anwendbar ist. Für eine vereinheitlichte Mißbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie bleiben daher regelmäßig nur die noch nicht durch zwingende materielle Richtlinienregelungen harmonisierten Bereiche³⁴⁴⁹. Auch aus zwingenden Regelungen können aber unter bestimmten Voraussetzungen Wertungen für einen Kontrollmaßstab der Mißbräuchlichkeitskontrolle abgeleitet werden, etwa wenn gemeinsame Grundgedanken erkennbar sind oder auch hinsichtlich des Vertragszwecks eines bestimmten Vertragstyps³⁴⁵⁰. Voraussetzung für verallgemeinerungsfähige Grundsätze ist aber, daß jeweils mit den einzelnen sekundärrechtlichen Regelungen nicht ausschließlich einer besonderen situations- oder vertragsspezifischen Schutzbedürfnis des Verbrauchers Rechnung getragen werden soll³⁴⁵¹. Beispielsweise kann kein gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz dahingehend angenommen werden, daß dem Verbraucher ein Widerrufsrecht bzw. Rücktrittsrechts einzuräumen ist, weil die Möglichkeit des Überdenkens der Entscheidung mit einem Lösungsrecht des Verbrauchers nur bei besonderen Überrumpelungssituationen³⁴⁵² oder bei besonders schwer übersehbaren Folgen³⁴⁵³ erforderlich und ge-

iSd 2.Bankrechtskoordinierungs-RL 89/646/EWG, die ihrerseits keine Regelung hinsichtlich der Vertragsbeziehung der Institute zum Kunden enthält; Investmentfonds-RL v. 20.12.1985 85/611/EWG (OGAW), ABl.1985, Nr.L 375/3, geändert durch RL 2001/107/EG v.21.1.2002, ABl.2002, Nr. L 41/20,(insb. Rechte der Anteilsinhaber); allg. Grundmann, § 7 Einl., Rz.19 ff.; RL 98/26/EG v.19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierlieferungs- und -abrechnungssystemen.

³⁴⁴⁶ Ausf.zu vertragsrechtl. Best. der versicherungsrechtl. RL´s die hauptsächl. aufsichtsrechtl. Regelungen enthalten, Grundmann, § 7 Einl. Rz.28 ff., 4.30, Rz.15 ff., 4.31, Rz.13 ff.,37 ff.; Beckmann, ZEuP 1999, S.809 ff., 826 f; Präve, NVersZ 1998, S.50; i.ü.*Teil 2, C III 5.b)dd*).

³⁴⁴⁷ IdF der Annahme durch den Rat in 2.Lesung am 26.6.2002, PE-CONS 3633/02.

³⁴⁴⁸ Grundmann, 2.10, Rz.7,13; Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 690; Markwardt, S.124 – so ausdrücklich die verbraucher-schützenden RL: z.B. Art.14,15 Verbraucherkredit-RL; Art.6 Haustür-RL 85/577/EWG; Art.12 Fernabsatz-RL 97/7/EG; Art.5 III Pauschalreise-RL 90/314/EWG, Art.8 Timesharing-RL 94/47/EWG; Art.7 Verbrauchergüterkauf-RL 99/44/EG; Art.12 RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen – Abweichungsmögl. für nat. Gesetzgeber: Art.30 II Dritte RL-Leben 92/96/EWG, jetzt Art.35 II Vierte RL Leben 02/83/EG; Art.4 Überweisungs-RL 97/5/EG; str. ist – nicht nur in Dtl. – der zw. Charakter der Art.10 f. Wertpapierdienstleistungs-RL 93/22/EWG, vor allem bei Direktbanken (Direct Banking oder Discount Broker), ausf.m.Nachw. Grundmann, 4.20, Rz.10, 22 und 12 ff. .Zumindest hinsichtl.der Wohlverhaltensregeln in Art.11 ist im Gegensatz zu Art.10 eine Einordnung als aufsichtsrechtl. Regelung zw., weil dieser uU wie die dt. und brit. Vorbilder als vertragl. Pflicht bzw. Individualschutz zu verstehen ist. Da die RL aber zumindest als Teilmenge des Anlegerschutzes auch dem Verbraucherschutz dient, spricht dies zusammen mit der Formulierung in EG 41 für die zwingende Wirkung der Art.10 f. jedenfalls gegenüber Verbrauchern.

³⁴⁴⁹ An eine Flexibilität durch dispositive Regelungen mit der Möglichkeit einer Mißbräuchlichkeitskontrolle scheint in zeitlich nach der KlauselRL erlassenen Richtlinien nicht gedacht worden zu sein.Grundmann, 2.10, Rz.7; vgl.nun aber Mitteilung der Kommission, „Zum Europäischen Vertragsrecht“, KOM (2001), 398 endg., S.3 („Auffangbestimmungen“ als Möglichkeit neuer EU-Regelungen).

³⁴⁵⁰ Z.B. hinsichtlich eines Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) in Vertragsform durch die Investmentfonds-RL 85/611/EWG idF RL 2001/107/EG, vgl. Grundmann, 4.25, Rz.11.

³⁴⁵¹ Vgl. Grundmann, 2.10, Rz.26; Markwardt, S.121 ff.,130f.; Franzen, S.568; z.T.zu allgemein daher Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 ff., insbesondere hinsichtlich des Transparenzgebotes müssen die verschiedenen dogmatischen Ansätze der einzelnen RL unterschieden werden, vgl. auch Franzen, S.564 f., *dazu ausführlich oben unter 2.Teil D IV 3.g)bb*).

³⁴⁵² So z.B. bei der Haustürwiderrufs-RL85/577/EWG, der Fernabsatz-RL 97/7/EG, RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen - bei Internet-Geschäften liegt zwar weniger eine „Überrumpelung“ vor, jedoch wird

rechtfertigt ist. Die Kommission überlegt dementsprechend auch je nach Finanzdienstleistung, ob das „Bedenkzeitkonzept“ festgelegt werden soll³⁴⁵⁴. Wird dem Verbraucher ein Widerrufsrecht oder Rücktrittsrecht eingeräumt, so ist der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz erkennbar, daß der Verbraucher an der Ausübung dieser Rechte nicht durch eine Vertragsstrafe oder Entschädigung gehindert werden darf³⁴⁵⁵. Sind gemeinsame gemeinschaftsrechtliche Wertungen - insbesondere des Verbraucherschutzrechts - vorhanden, so können diese dann auch zur Konkretisierung der Generalklausel des Art.3 I bezüglich Vertragsklauseln aus nicht harmonisierten vertragsrechtlichen Bereichen³⁴⁵⁶ herangezogen werden³⁴⁵⁷. Voraussetzung ist aber immer, daß eine vergleichbare Interessenlage besteht.

bbb) Wirkung der Gruppenfreistellungsverordnung für den Versicherungssektor nach Art.81 III EG-V³⁴⁵⁸

Für Versicherungsbedingungen könnte aber die „schwarze Liste“ des Art.6 (Art.7 a.F.) der Gruppenfreistellungsverordnung (VO) als Konkretisierung der Generalklausel der Klauselrichtlinie zu berücksichtigen sein³⁴⁵⁹.

Nach Art.1 c) und d) iVm Art. 5 f. der VO werden Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen aus der Versicherungswirtschaft³⁴⁶⁰ über die gemeinsame Aufstellung und Bekanntgabe von Muster-AVB für die Direktversicherung sowie von Erläuterungsmodellen für Überschußbeteiligungen unter bestimmten Voraussetzungen von dem Kartellverbot des Art.81 I EG-V freigestellt³⁴⁶¹. Zu den Voraussetzungen für die Freistellung zählt nach Art.5 („positive“ Freistellungsvoraussetzung), daß es sich um für den einzelnen Versicherer unverbindliche Regelungen bzw. Empfehlungen handeln muß. Weitere Voraussetzung für eine Freistellung ist die Sicherstellung der Transparenz durch Zugänglichkeit der Muster-AVB für jedermann oder Übermittlung auf Anfrage, insbesondere natürlich für den VN³⁴⁶².

auch bei dieser Absatzart der Verbraucher eher zu „sorglosen“ Käufen veranlaßt – gegen einen allgemeinen Grundsatz sprechen auch die Ausnahmen in Art.6 II u.III der RL über Fernabs.v.Finanzdienstl.

³⁴⁵³ So z.B. bei der Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG, der Timesharing-RL 94/47/EG oder das Rücktrittsrecht bei Lebensversicherungsverträgen nach Art.35 Vierte RL Leben 2002/83/EG.

³⁴⁵⁴ Grundbuch: „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“, KOM (1 996), 209 endg., S.13 mit Überlegung hinsichtlich Nichtlebensversicherungen und bestimmten Bankdienstleistungen.

³⁴⁵⁵ Vgl. Markwardt, S.135.

³⁴⁵⁶ Der grenzüberschreitend relevante Verbraucherschutz ist allerdings weitgehend harmonisiert, Grundmann, 2.10, Rz.13.

³⁴⁵⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.2; Kapnopoulou, S.122; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.67 ff.; ausf. Markwardt, S.124 ff. im Anschluß an Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 692 ff., der als gemeinschaftsrechtliche Wertung aus Primär- und Sekundärrecht z.B. das Transparenzgebot, die Unzulässigkeit vorzeitiger Kündigungs- und Vertragsabänderungsrechte oder die Effizienz der Rechtsdurchsetzung ableitet; aA Franzen, S.564 ff.

³⁴⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27.Februar 2003 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. Nr.L 53/8. Löste am 01.04.2003 die alte Gruppenfreistellungsverordnung v. 21.12.1992 (3932/92/EWG), ABl. 1992, Nr.L 398/7, ab.

³⁴⁵⁹ So die Europäische Kommission, vgl. Konferenzunterlagen, S.196; Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., S.32 – zu den in der Praxis vorkommenden Abweichungen von den Anforderungen der VO und mangelnder Kontrolle durch die Kommission, Kritik des Wirtschafts- und Sozialausschusses in seiner Stellungnahmen „Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt“, ABl.1998, Nr. C 95/72, unter 3.2.

³⁴⁶⁰ Dazu zählen auch Empfehlungen durch den Verband der Versicherer, vgl.Bunte, WuW 1992, S.893 ff., 896.

³⁴⁶¹ In Deutschland gibt es nach der VO diverse Empfehlungen für Musterbedingungen, z.B. vom Verband der Lebensversicherer, nunmehr Teil des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft, vgl Präve,Rz.79.

³⁴⁶² Vgl. Art.5 I c) iVm EG 16.

Die Freistellung für das gesamte Bedingungsmerk gilt aber dann nicht, wenn die Muster-AVB oder die Erklärungsmodelle auch nur eine³⁴⁶³ der Klauseln iSd Art.6 enthalten (als „negative“ Freistellungsvoraussetzung³⁴⁶⁴). Für Muster-AVB iSd Art.1 c) enthält Art.6 in Absatz I eine umfangreiche schwarze Liste von Klauselverboten (a-k), sowie in Absatz III ein allgemeines Diskriminierungsverbot³⁴⁶⁵. Die schwarze Liste des Art.6 IV,V für Erklärungsmodelle iSd Art.1d) ist wesentlich kürzer³⁴⁶⁶.

Die schwarze Klauselliste des Art.6 hat die Wirkung von Musterbedingungen³⁴⁶⁷. Allerdings verfolgt die VO hauptsächlich wettbewerbsrechtliche Ziele³⁴⁶⁸. Die Klauselverbote in Art.6 können daher nur dann auch für die Konkretisierung der Mißbräuchlichkeit iSd Art.3 I der Klauselrichtlinie herangezogen werden, wenn mit ihnen über den reinen Wettbewerbsaspekt hinaus auch der Versicherungsnehmerschutz bezweckt wird. Damit scheiden zunächst schon einmal die Verbote in Art.6 a) iVm EG 10/11, Art.6 b) und Art.6 c) iVm EG 17 aus (bei der alten VO schieden Art.7 a-d a.F. aus)³⁴⁶⁹. Denn die Klauselverbote in Art.6 a) und c) schützen – wie sich insbesondere aus EG 10ff.,15,17 ergibt - im wesentlichen nur die einzelnen Versicherungsunternehmen, indem sie das Erfordernis der Unverbindlichkeit von Muster-AVB in Art.5 I konkretisieren, um die Freiheit der einzelnen Unternehmen zu Produktinnovationen und bezüglich der Prämienhöhe zu stärken³⁴⁷⁰. Auch in Art.6 b) wird die Betonung des wettbewerbspolitischen Aspekts deutlich. Selbst die wichtigsten Preisparameter wie die Höhe der Versicherungssumme und Selbstbehalte bleiben dem Wettbewerb der Versicherungsunternehmen überlassen³⁴⁷¹ und dürfen nicht in die Muster-AVB aufgenommen werden, obwohl die VN besonders an einer Transparenz auch dieser Aspekte interessiert sein dürften.

Betrachtet man hingegen die schwarzen Klauseln des Art.6 d-k (Art.7 e-k a.F.), so handelt es sich um für den VN besonders nachteilige Klauseln, die die Bindung an einen bestimmten Versicherer betreffen, wie z.B. d/e (Änderungsklauseln), f (Laufzeitklauseln), g (Verlängerungsklauseln). Diese Klauseln verfolgen nicht nur das wettbewerbsrechtliche Ziel der Belebung der Konkurrenz von Versicherungsunternehmen, indem die Versicherer nach

³⁴⁶³ Präve, Rz.83.

³⁴⁶⁴ So inhaltlich Bunte, WuW 1992, S.893 ff., 905.

³⁴⁶⁵ V.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 370; Adel, ZVersWiss 1994, S.77 ff., 86; für Unzulässigkeit eines solchen Diskriminierungsverbots in Art.8 a.F., Bunte WuW 1992, S.893 ff., 901 (die Voraussetzungen des Art.82 EGV, Art.86 a.F. seien nicht gegeben), gegen Bunte wiederum Präve, Rz.84.

³⁴⁶⁶ Zu Art.9 a.F. Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 370, r.Spalte.

³⁴⁶⁷ Grundmann, 4.30, Rz.9 zu Art.7 a.F.

³⁴⁶⁸ Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 5-7,10,13-15 („dürfen ferner keine systematischen Risikoausschlüsse enthalten, ohne ausdrücklich...“), 17,18, 22, 26, Art.5, 6 V mit Konkretisierung des Grundsatzes der Unverbindlichkeit, ebenso Art.6 a) iVm EG 10/11 und Art.6 c) iVm EG 17 und Art.6 II. Auch die alte VO 3932/92 verfolgte hauptsächlich Wettbewerbsziele, vgl. EG 7,11,13,19, Art.6, Art.9 II, ebenso Art.7 a)-c) und II– außerdem dient die VO auch der Förderung und Stärkung des Binnenmarktes, vgl. z.B.Erwägungsgründe 7,10,12, 13,14, 18, 24 (6,7,10,25 der alten VO)

³⁴⁶⁹ Auch Art.6 IV,V kann nicht relevant werden: in Art.6 IV wird lediglich festgelegt, daß es sich um echte Modelle für Überschußbeteiligungen handeln muß, Art.6 V ist ebenfalls als Konkretisierung der Unverbindlichkeit in Art.5 II zu sehen, so daß hier nur wettbewerbspolitische Ziele erkennbar sind.

³⁴⁷⁰ V.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369 für Art.7 a-c a.F. Zwar enthält der neue Art.6 nicht mehr die Art.7 a) und b) a.F., aber es ergibt sich aus EG 15, dass systematische Risikoausschlüsse ohne ausdrücklichen Hinweis der Unverbindlichkeit nach wie vor nicht zulässig sind. Art.6 a) ist im Vergleich zu der alten VO neu, auch hier zeigen EG 10/11 aber die eindeutig wettbewerbsrechtliche Zielsetzung.

³⁴⁷¹ Honsel, Versicherungsforum, S.115 ff., 133.

bestimmten Perioden wieder zu Wahl gestellt werden sollen³⁴⁷², sondern neben diesem Funktionsschutz kommt auch der individualschützende Gesichtspunkte der Vertragsgerechtigkeit bzw. der Verbraucherschutzgedanke zur Geltung³⁴⁷³. Denn den Klauseln von Art.6 d-k wohnt bereits ein Unwerturteil inne. Art.6 d-j entsprechen insoweit den alten Art.7 e-k der abgelösten Gruppenfreistellungs-VO Nr.3932/92. Auch der neue Art.6 k stellt neben dem aus der Dienstleistungsfreiheit folgenden Schutz der Versicherer gleichzeitig ein Schutz der VN dar. Der Gedanke des Versicherungsnehmerschutzes der VO wird darüber hinaus besonders deutlich in Art.10 b) iVm EG 26³⁴⁷⁴, deren Formulierung derjenigen der Generalklausel in Art.3 I der Klauselrichtlinie sehr ähnlich ist³⁴⁷⁵ (in der französischen und englischen Textfassung sogar gleich³⁴⁷⁶) und wohl auch unter denselben Voraussetzungen greift³⁴⁷⁷. Hier besteht ein Unterschied zu dem o.g. Art.82 II a EG-V, der nur bei evidenten Fällen greift. Allerdings ist Art.10 b), anders als Art.6 nicht als negative Freistellungsvoraussetzung, sondern - entgegen der eigentlichen Systematik der VO - nur als Widerrufgrund, als Teil der allgemeinen Mißbrauchsaufsicht ausgestaltet³⁴⁷⁸. Dennoch spricht alles dafür, daß die inhaltlichen Wertungen der Verbote Art.6 d-k der VO selbst bei Annahme eines vorrangig wettbewerbsrechtlichen Zweck grundsätzlich für die Konkretisierung der Mißbräuchlichkeit iSd Klauselrichtlinie hinsichtlich Einzelverträgen herangezogen werden können³⁴⁷⁹.

Da aber nun einmal der vorrangige Zweck im Wettbewerbsrecht und nicht im materiellen Verbraucherrecht liegt³⁴⁸⁰, ist davon auszugehen, daß die Verbote der VO nicht auch im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle die Wirkung „schwarzer Klauseln“, also absoluter Klauselverbote, haben³⁴⁸¹. Absolute Klauselverbote wären zwar grundsätzlich trotz der konkret-individuellen Betrachtung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände nach

³⁴⁷² So aber ausschließl. v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369 für Art.7 a.F.; Tagungsbericht bei Bunte, VersR 1993, S.543 ff., 544 („Mobilität des VN“); Vernimmen, Versicherungswirtschaft 1993, S.559 ff., 560.

³⁴⁷³ So auch Grundmann, 5.08, Rz.17; Präve, Rz.83; Hübner/Matusche/Beckmann, EuZW 1995, S.263 ff., 272; tend. Bunte, WuW 1992, S.893 ff., 901 und 905, der allerdings die Kompetenz für solche Regelung aus dem Kartellverbot anzweifelt; letzteres auch Adel, ZVersWiss 1994, S.77 ff., 85 f.

³⁴⁷⁴ Entspricht im wesentlichen Art.17, 2.Spiegelstrich iVm EG 19 a.F. AA v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369, nach dem bei mißbr. Klauseln lediglich keine „angemessene Verbraucherbeteiligung“ iSd Art.85 III a.F. EGV gegeben sei.

³⁴⁷⁵ Nach Art.10 b) der VO kann die Kommission den Vorteil der Anwendung dieser VO von Amts wegen oder auf Antrag wieder entziehen, wenn die AVB „Bestimmungen enthalten, die zu Lasten des Versicherungsnehmers ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den sich aus dem Vertrag ergebenden Rechten und Pflichten zur Folge haben:“ (auch EG 26).

³⁴⁷⁶ Die französische Version spricht sowohl in Art.17 a.F. der GruppenfreistellungsVO als auch in Art.3 I der KlauselRL von „déséquilibre significatif entre les droits et obligations“, vgl.Kullmann, RGAT 1996, S.11 ff., 20; die englische von „significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract“, Konferenzunterlagen, S.197 und 207.

³⁴⁷⁷ Präve, Rz.83; die Mögl. der Entziehung der Freistellung tritt damit als Sanktion neben die Unverbindl. nach der KlauselRL, vgl. Grundmann, 5.08, Rz.18; krit.zu dieser Ähnl., Adel, ZVersWiss 1994, S.77 ff., 86; Bunte, WuW 1992, S.893 ff., 905.

³⁴⁷⁸ „Nicht konsequent“, vgl. Präve, Rz.83; krit. Auch Bunte, WuW 1992, S.893 ff., 905.

³⁴⁷⁹ Nach aA wird betont, daß außerhalb des Anwdgsbereiches der VO auch Klauseln iSd Art.7 e ff. a.F. zivilrechtl. wirksam sein können, die vertragsrechtl. Zulässigkeit richte sich im wesentl. nach den nat. Vertragsrechten, vgl. Kahlenberg, WuW 1994, S.985 ff., 991; von Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369; auch Fenyves, VR 1999, S.1 ff., 10 hält den Art.7 a.F. nicht für eine europ. „Grundwertung“, die auch für Einzelverträge anwendbar ist.

³⁴⁸⁰ Präve, Rz.85, 448 m.w.Nachw. .

³⁴⁸¹ So aber wohl Ansicht der Europäischen Kommission, vgl. Konferenzunterlagen, S.196; Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.32; auch Reich in Basedow/Schwarck/Schwintowski, S.91 ff., 124 ff., insb.126, der Art.7 I g/h a.F. (Art.6 f/g n.F.) der VO als Grundwertung des Gemeinschaftsrechts ansieht und von der Europarechtswidrigkeit des dt. § 8 III a.F.VVG ausgeht- wie hier gegen einen Automatismus auch Präve, Rz.85.

Art.4 I mit der Klauselrichtlinie vereinbar³⁴⁸², wie z.B. das österreichische Beispiel zeigt³⁴⁸³. Allerdings kollidieren die Klauselverbote der VO zum Teil mit dem Anhang der Klauselrichtlinie. Die VO kann bei Kollisionen nicht als Spezialregelung für Versicherungsverträge angesehen werden, die der allgemein für alle Finanzdienstleistungen und Dauerschuldverhältnisse geltenden Nr.2 b der Klauselrichtlinie vorgeht. Dem steht zum einen entgegen, daß die Klauselrichtlinie die zeitlich spätere Maßnahme ist, welche gerade auch auf Versicherungsverträge anwendbar ist (EG 19); zum anderen aber der vorrangig wettbewerbspolitische Zweck der VO.

Während z.B. die VO in Art.6 d und e (Art.7 e,f a.F.) Änderungsklauseln nur mit ausdrücklicher Zustimmung des VN für zulässig hält³⁴⁸⁴, ist dagegen aus dem Anhang der Klauselrichtlinie (Nr.1j, k, l; Nr.2 b) zu erkennen, daß Änderungsklauseln allgemein und auch bei Versicherungsverträgen grundsätzlich zulässig sind³⁴⁸⁵. In den Fällen der Nr.2 b) müssen Versicherer noch nicht einmal den konkreten Änderungsgrund im Vertrag angeben. Zwar ist bei Vorliegen der Voraussetzungen der Nr.2 des Richtlinienanhangs noch nicht automatisch anzunehmen, daß die betreffende Klausel nicht mißbräuchlich ist (dazu unten unter II 1.). Die Wertung des Nr.2 b der Klauselrichtlinie, daß die nachträgliche Beendigungsmöglichkeit für den Verbraucher grundsätzlich ausreichend ist, ist aber dennoch als „Ersatz“ für das vorherige Zustimmungserfordernis der VO zu sehen. Denn bei einer möglicherweise fehlenden Zustimmung würde es zu keiner Änderung kommen und damit wäre auch eine Beendigungsmöglichkeit des Verbrauchers bzw. des VN nicht mehr erforderlich³⁴⁸⁶.

Eine weitere „Kollision“ ergibt sich daraus, daß im Rahmen der Klauselrichtlinie - jedenfalls im Zusammenhang mit einer Tarifwahlmöglichkeit - Laufzeitklauseln als „Hauptgegenstand“ iSd Art.4 II kontrollfrei sein können³⁴⁸⁷, während Art.6 f (Art.7 g a.F.) außer bei Lebensversicherungen eine Laufzeit von mehr als 3 Jahren verbietet. Auch hinsichtlich Verlängerungsklauseln gibt es sowohl in der VO als auch in der Klauselrichtlinie eine Regelung, welche aber dennoch miteinander vereinbar sind: Art.6 g (Art.7 h a.F.) der Verordnung beanstandet die Verlängerungsdauer; Nr.1 h des Anhangs der Klauselrichtlinie wendet sich weder gegen die Verlängerung als solche noch deren Dauer, sondern gegen den Zeitpunkt für die Erklärung des Verbrauchers, den Vertrag nicht verlängern zu wollen. Hier kann also die Regelung der VO als Konkretisierung der Generalklausel herangezogen

³⁴⁸² Bueso Guillen, VuR 1994, S.309 ff., 318; aA Kapnopolou, S.139.

³⁴⁸³ In Ö gibt es trotz Berücks. „sämtlicher Umstände des Falles“ in § 879 III ABGB abs. Klauselverb. in § 6 KSchG; zahlreiche weitere nat. Inhaltskontrollereg. sehen absolute Klauselverbote vor, 2. Teil E I 2. a).

³⁴⁸⁴ Bei Art.7 e a.F. und genauso der wörtlich gleiche Art.6 d) n.F. ist nicht eindeutig, ob sich das Zustimmungserf. auf alle Alternativen (v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 370) oder nur auf die dritte und letzte Alt. (so ansch. Grundmann, 5.08, Rz.17; auch Präve, Rz.448 und Hofmann, NZV 1996, S.12 und 16 sprechen von gänzlich unzul. Änderungsklauseln) bezieht; Sinn und Zweck spricht m.E. für die Geltung des Zustimmungserf. für alle drei Alt.; letztlich ist dies nicht relevant, weil jedenf. nach dem Anhang der Klauselrichtlinie Änderungsklauseln nicht völlig ausgeschlossen sind.

³⁴⁸⁵ Nach Markwardt, S.132 und Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693 ist dies sogar ein allgemeiner Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherrechts; aA Franzen, S.568.

³⁴⁸⁶ Für diese Fälle kann daher dahingestellt bleiben, ob die VO bereits selbst ein vorbehaltloses Kündigungsrecht statt einer vorherigen Zustimmung ausreichen läßt, so Honsel, Versicherungsforum 1993, S.133; v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 370, FN 93, nach dem das Zustimmungserfordernis nur für die Fälle gilt, wenn dem Versicherer das Recht eingeräumt wird, bei Gebrauch des Anpassungsrecht den Vertrag fortzusetzen.

³⁴⁸⁷ 2. Teil C III 7. b) bb).

werden. Hinsichtlich Preisindexklauseln stellt die Klauselrichtlinie in Nr.2 d sogar höhere Anforderungen als Art.6 d (Art.7 e a.F.) der Verordnung. Auch bezüglich der übrigen Klauselverbote des Art.6 I h-k (Art.7 i,j,k a.F.) und des Diskriminierungsverbots des Art.6 III (Art.8 a.F.) spricht nichts dagegen, deren Wertungen im Rahmen des Art.3 I zu berücksichtigen.

Nach alledem ist den Klauselverboten der VO ähnlich wie der Nr.1 des Anhangs der Klauselrichtlinie eine Indizwirkung zuzumessen³⁴⁸⁸, sie gelten aber im Rahmen der Mißbräuchlichkeitsprüfung nicht als absolute Klauselverbote³⁴⁸⁹. Folglich ist weder eine Klausel, die in der Liste der VO auftaucht, automatisch mißbräuchlich iSd Art.3 I, noch ist eine Klausel, die mit den Anforderungen der Verordnung übereinstimmt, automatisch nicht mißbräuchlich iSd Klauselrichtlinie.

c) Rechtsvergleich

Weiterhin sind zur Bestimmung eines europäisch-autonomen Maßstabes die aus der Rechtsvergleichung gewonnenen allgemeinen Rechtsgrundsätze als Konkretisierung des Art.3 I der Klauselrichtlinie heranzuziehen³⁴⁹⁰.

II Besonderheiten für Finanzdienstleistungen und sonstige Geschäfte nach Nr. 2 des Anhangs

Anders als die Klauselliste in Nr. 1 des Richtlinienanhangs, die keinerlei besonderen Bezug zu Finanzdienstleistungen aufweist, macht die Nr.2 neben Ausnahmen für alle Verträge (Nr.2 d) oder für alle unbefristeten Verträge (Nr.2 b II), zu denen häufig auch Finanzprodukte zählen, auch Ausnahmen speziell für Finanzdienstleistungen. Allgemein in Nr.2 b I, bei unbefristeten Verträgen in Nr.2 a, für bestimmte Finanzprodukte in Nr.2 c. Die Ausnahmen beziehen sich im wesentlichen auf einseitige Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten. Bereits in dem ersten Kommissionsvorschlag für die Klauselrichtlinie waren Kündigungs- und Änderungserleichterungen für Finanzdienstleister vorgesehen³⁴⁹¹.

1. Bedeutung der Nr. 2

Hinsichtlich der Bedeutung der Nr. 2 des Richtlinienanhangs kann zunächst auf die Ausführungen bezüglich der Wirkung der Liste in Nr. 1 verwiesen werden³⁴⁹². Indem die Klauseln in Nr.1 des Anhangs der Klauselrichtlinie nicht mehr als „schwarze Liste“ sondern gemäß Art.3 III als „Hinweis“ zu verstehen sind, hat die Nr.2 zwar an Bedeutung verloren, weil sie – entgegen ursprünglicher Vorschläge – nicht mehr die einzig mögliche Ausnahme

³⁴⁸⁸ I.E.wohl noch eine geringere Wirkung; so auch Präve, Rz.85: „mittelbare Auswirkungen“; Rz.448: „gewisser genereller, nicht unbedeutender Indizwirkung“; MüKo-Basedow, § 9 AGBG a.F., Rz.6 („Indiz“) - letztlich kann aber eine Klausel nach den nationalen Versicherungsvertragsrechten zulässig sein, vgl.v.Fürstenwerth, WM 1994, S.365 ff., 369 (der allerdings gegen Indizwirkung ist) – hier würde dann Art.1 II der KlauselRL gelten.

³⁴⁸⁹ Davon geht anscheinend auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß aus, Stellungnahme, ABl.1998, Nr. C 95/72, S.81 unter 3.4..

³⁴⁹⁰ Z.B. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art.3, Rz.2 und Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Art.3, Rz.41,44; Micklitz/d' Usseaux, ZEuP 1998, S.104 ff., 117; Markwardt, S.139 ff., 148 ff. – im einzelnen ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, I.Teil C I 3., insb. d)cc).

³⁴⁹¹ Vorschlag aus dem Jahr 1990, S.76, Anhang unter b) Satz 2 und 3., KOM (90) 322 endg.

³⁴⁹² Unter 2.Teil, A II 1.a. Von der Wirkung der Liste in Nr. 1 hängt die Bedeutung der Nr. 2 wesentlich ab.

zu den in Nr.1 aufgezählten Klauseln darstellt. Die Nr.2 bleibt aber im Rahmen der Konkretisierung der Generalklausel des Art.3 I durch den Anhang insofern bedeutsam, als sie bezüglich bestimmter Klauseln - hauptsächlich von Finanzdienstleistungen - unter bestimmten Voraussetzungen den Anwendungsbereich der Nr. 1 einschränkt³⁴⁹³. Damit beseitigt sie die „Regelfallwirkung“ der Nr.1. Das bedeutet aber nicht, daß die in Nr.2 genannten Klauseln automatisch als nicht mißbräuchlich anzusehen sind; vielmehr muß eine Mißbräuchlichkeitskontrolle iSd Art.3 I angeschlossen werden³⁴⁹⁴. Da jedoch die Nr.2 nicht nur pauschal die Nr.1 einschränkt, sondern darüber hinaus eigene materielle Anforderungen an die dort genannten Klauseln stellt³⁴⁹⁵, die einer Interessenabwägung entspringen, spricht m.E. einiges dafür, daß keine „normale“ Mißbräuchlichkeitsprüfung nach Art.3 I stattfinden muß. Der Art.3 I kann nur noch insoweit zur Anwendung kommen, als nicht gegen die Wertung oder Sinn und Zweck der Nr. 2 verstoßen wird³⁴⁹⁶. Da die Nr.2 des Anhanges der Klauselrichtlinie für den Verbraucher nachteilig ist, besteht insoweit wegen Art.8 iVm EG 17 keine Übernahmepflicht in nationales Recht, bzw. keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung³⁴⁹⁷.

2. Grund für die Sonderregelung für Finanzdienstleistungen

Den erleichterten Maßstäben für die Mißbräuchlichkeitsbeurteilung von einseitigen Kündigungs- und Änderungsklauseln für Erbringer von Finanzdienstleistungen liegt das besonders schützenswerte Interesse dieser Personengruppe an Flexibilität und Anpassung der Vertragsbedingungen an die veränderten Gegebenheiten des Marktes zugrunde. Dieses Interesse begründet sich auf der regelmäßig vorhandenen dauerhaften Bindung, dem besonderen Vertrauensverhältnis und der Tatsache, daß es sich häufig um Änderungen der Verhältnisse handelt, die der Gewerbetreibende nicht beeinflussen kann. Ein „unbefristeter Vertrag“ iSd Nr.2 a und Nr.2 b II liegt neben Versicherungsverträgen auf unbestimmte Zeit z.B. auch bei solchen Versicherungsverträgen vor, die eine bestimmte Mindestlaufzeit haben und dann automatisch verlängert werden, wenn nicht vorher gekündigt wird³⁴⁹⁸. Auch Zeit-Versicherungsverträge, welche die typische automatische Verlängerungsklausel für jeweils ein Jahr enthalten³⁴⁹⁹, müssen diese Regelungen jedenfalls dann anwendbar sein, wenn das Kündigungsrecht des Versicherers vertraglich oder gesetzlich ausgeschlossen ist. Denn

³⁴⁹³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vorbem.zu Nr.2, Rz.231; Schlußantrag des Generalanwaltes Geelhoed v.31.1.2002, Rs. C-478/99 (Kommission./l. Königreich Schweden, u.a.), Rz.7, 26 („Nummer 2 des Anhanges präzisiert die Tragweite einiger in Nummer 1 genannten Klauseln.“).

³⁴⁹⁴ Dem entspricht die allgemeine Ansicht in Deutschland, daß eine Klausel auch dann noch nach der Generalklausel in § 307 I BGB überprüft wird, wenn sie nach §§ 308 ff. zulässig wäre- Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte gehen nicht von einer automatischen Gültigkeit der in Nr.2 genannten Klauseln aus: z.B. ein französisches Gericht erklärte trotz der Tatsache, daß die Nr.2 in nationales Recht übernommen wurde und von der Angabe des Änderungsanlasses befreit, eine Klausel in Versicherungsbedingungen i.E. für mißbräuchlich, die für Prämien erhöhungen keinerlei Voraussetzungen im Vertrag angibt, Cour de Lyon v. 23.mai 1996, CLAB FR 000324, vgl. auch Bericht der Kommission v. 27.4.2000, KOM (2000), 248 endg., S.27, FN 52 m.Hinw.auf ähnl.griech.Urteil, wobei allerdings in Griechenland die Nr.2 nicht umgesetzt wurde .

³⁴⁹⁵ Ausnahme ist zwar Nr. 2 c), aber auch hier ist in fehlenden eigenen Voraussetzungen eine materielle Wertung zu sehen, zu den Voraussetzungen im einzelnen unten unter 3..

³⁴⁹⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vorbem.zu Nr.2, Rz.232-235.

³⁴⁹⁷ Z.B. Deutschland und Griechenland haben die Nr. 2 nicht umgesetzt; übernommen wurde die Nr.2 dagegen z.B. in Belgien,Italien, Frankreich, Großbritannien, Irland, Portugal (Nr.2 b)-d)).

³⁴⁹⁸Vgl. Lockett/Egan, Rz.4.24; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2 b, Rz.197 – z.B. im Fall von § 8 II 3 und für die Krankenversicherung § 178 a IV 2 VVG.

³⁴⁹⁹ Vgl. § 8 I VVG.

hier ist der Versicherer ohne Möglichkeit zu einer ordentlichen (Änderungs-)Kündigung in der Situation, an die Nr. 2 anknüpft³⁵⁰⁰.

a) Die Privilegierung von Finanzdienstleistungs-„Erbringern“ durch Einräumen einer erleichterten fristlosen Beendigungsmöglichkeit bei unbefristeten Verträgen (Nr.2 a) wird aufgrund der dauerhaften Bindung und der Besonderheit der Vertragsbeziehungen zwischen Finanzdienstleistern und Verbraucher erforderlich, bei dem es sich um Geschäfte mit erhöhter Störanfälligkeit handelt. Finanzielle Dienstleistungen sind sehr „sensible“ Geschäfte, bei denen die Vertragspartner besonders auf gegenseitiges Vertrauen angewiesen sind³⁵⁰¹. Bei Versicherungsverträgen ist z.B. der Versicherer in besonderem Maß auf die Wahrheitsgemäßheit der Angaben des Versicherten angewiesen, auf deren Grundlage er das Risiko kalkuliert. Hinzu kommt z.B. bei Massevorgängen wie im Überweisungs-, Lastschrift- und Scheckverkehr, daß der Finanzdienstleister hier auf eine einfache und kostengünstige Abwicklung angewiesen ist, die auch eine erleichterte Lösung von Verträgen beinhalten muß³⁵⁰².

b) Der Grund für die erleichterten Änderungsmöglichkeiten von Zinssatz und sonstigen Kosten in Nr.2 b I kann darin gesehen werden, daß der Erbringer von Finanzdienstleistungen bei Änderung der Refinanzierungskosten oder sonstiger Kosten nicht das alleinige Risiko tragen soll, sondern ihm ein Abwälzen auf den Verbraucher als dem Empfänger der Dienstleistung gestattet werden soll³⁵⁰³. Da es sich bei Finanzdienstleistungen häufig um unbefristete Dauerschuldverhältnisse handelt, gilt regelmäßig auch die erleichterte Möglichkeit – generell - von einseitigen Änderungsklauseln, gemäß Nr.2 b II. Hier liegt die in der langen Bindung begründet³⁵⁰⁴. Beispielsweise bei Versicherungsverträgen besteht ein besonderes Bedürfnis, auf veränderte Umstände mit Anpassung der Prämien oder sonstiger Vertragsbedingungen zu reagieren³⁵⁰⁵. Dies gilt besonders für Versicherungsverträge, bei denen das Kündigungsrecht des Versicherers ausgeschlossen ist³⁵⁰⁶. Veränderte Umstände können etwa im Fall einer gesteigerten Schadenshäufigkeit gegeben sein oder wenn eine Anpassung des Vertragsgefüges erforderlich ist, weil es eine Gesetzesänderung gab³⁵⁰⁷ oder bestimmte Vertragsbedingungen durch ein Gericht für unwirksam erklärt worden

³⁵⁰⁰ Auch wenn die Verlängerungsklausel allein einen Vertrag noch nicht zu einem „auf unbestimmte Zeit“ macht, (Prölss in Prölss/Martin, § 8 VVG, Rz.4 a), ein „unbefristeter Vertrag“ iSd Nr.2 aber nur bei offener Laufzeit vorliegt, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh, Rz.257- z.B.Kündigungsrechtsausschluß nach § 178 i VVG, wobei hier im Fall einer substitutiven Krankenversicherung (Prölss in Prölss/Martin, § 178 a VVG, Rz.10 f.) ohnehin wegen § 178 a IV 1 VVG unbefristete Versicherungen vorliegen müssen – Auch in den übrigen Fällen ist aber eine (Prämien-)Änderungsklausel nicht per se mißbräuchlich, so daß der Versicherer nicht zu Änderungskündigungen gezwungen ist (vgl.für dt.Recht Prölss in Prölss/Martin, § 31 VVG, Rz.4), sondern es gelten die Nr. 1 j-l, Art.3 I und die Einzelfallumstände.

³⁵⁰¹ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 a, Rz.168 f. („Grundverhältnis“); Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 a, Rz.236 – in Deutschland wird die Tatsache, daß bei dem besonderen Vertrauensverhältnis leichter Störungen auftreten können, in den AGB-Banken und AGB-Sparkassen ausdrücklich erwähnt.

³⁵⁰² Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. Nr.2 a, Rz.169 (Betriebsverhältnis).

³⁵⁰³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 b, Rz.25.3

³⁵⁰⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2, Rz.257.

³⁵⁰⁵ Fricke, VersR 2000, S.257 f. – vgl. in Deutschland, §§ 172 I, 178 g II VVG mit gesetzlichen Anpassungsmöglichkeiten für den Bereich der Personenversicherung.

³⁵⁰⁶ Präve, Rz.446.

³⁵⁰⁷ Entzian, NVersZ 1998, S.65.

sind³⁵⁰⁸; zumal im letzteren Fall eine geltungserhaltende Reduktion nicht mit der Klauselrichtlinie vereinbar ist. Die sich aus Nr.2 ergebende grundsätzliche Zulässigkeit von Änderungsklauseln wird bei Versicherungsverträgen- wie bereits oben erläutert – nicht durch die Gruppenfreistellungsverordnung ausgeschlossen³⁵⁰⁹.

c) Bei Kapitalmarkt- und Devisengeschäften iSd Nr.2 c liegt der Grund für die erleichterten Kündigungs- und Änderungsmöglichkeiten darin, daß der Gewerbetreibende die Preise nicht beeinflussen und nur wenig vorhersehen kann, z.B. bei Kapitalmarktschwankungen. Hier besteht ein besonderes Interesse des Gewerbetreibenden, sich den neuen Marktsituationen durch Preis- und sonstige Klauseländerungen flexibel anzupassen und das Kurs- und Währungsrisiko zumindest teilweise auf den Kunden „als den eigentlichen Nutzer“ abzuwälzen³⁵¹⁰. Der Gewerbetreibende, der ja regelmäßig nur eine Mittlerrolle innehat, soll nicht allein das Marktrisiko tragen.

3. Einzelne Ausnahmeregelungen

a) Ausnahme von Nr.1 g: Erleichterte fristlose Kündigungs- oder sonstige Beendigungsmöglichkeit

aa) Nr.2 a)

Nach Nr.1 g) des Anhanges der Klauselrichtlinie ist eine Klausel, die dem Gewerbetreibenden in einem „unbefristeten Vertrag“ ein fristloses Kündigungsrecht auch ohne Vorliegen „schwerwiegender Gründe“ einräumt, im Regelfall als mißbräuchlich anzusehen. Nr.2 a) sieht für den Erbringer von Finanzdienstleistungen eine erleichterte Kündigungsmöglichkeit bereits bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ vor. Als „Ausgleich“ muß die Klausel aber eine Pflicht zur „alsbaldigen“³⁵¹¹ Benachrichtigung des Vertragspartners vorsehen³⁵¹². Aus dieser Benachrichtigungspflicht von der Kündigung ist zu erkennen, daß

³⁵⁰⁸ Der BGH scheint Anpassungsklauseln für den Fall der Änderung höchstrichterlicher Rspr. oder der Änderung der Verwaltungspraxis des Bundesaufsichtsamtes oder der Kartellbehörden zu akzeptieren, vgl. BGH, VersR 1999, S.697 ff.; Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 453; diese Rspr. bietet dem Versicherer einen Ausgleich dafür, daß die geltungserhaltende Reduktion unzulässig ist, vgl. Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141; kritisch bezüglich eines Änderungsbedarfs bei kartell- oder aufsichtsbehördlicher Beanstandung, weil in diesem Fall erst der Rechtsweg ausgeschöpft werden müsse, vgl. Hofmann, NVZ 1996, S.12 ff., 16 f.

³⁵⁰⁹ Auch in Dtl. werden Änderungskl. in den AVB von der Rspr. grundsätzlich für zulässig erachtet, BGH, VersR 1999, S.697 ff., 698 m.Anm.Präve: die §§ 172, 178 g VVG sind nicht abschließend und entfalten daher keine Sperrwirkung für den Bereich der Nichtpersonenversicherung; zust. Präve, VersR 2000, S.138 ff., 141; Entzian, NVersZ 1998, S.65 f.; vgl. zu dieser Problematik auch Reiff, EWiR 1997, § 9 AGBG a.F., 15/97, S.961 ff., 962 unter 4; auch § 5 a VVG oder § 31 VVG schließen Anpassungsklauseln nicht aus, vgl. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 452 – zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen vgl. 2. Teil D IV 3.b).

³⁵¹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2c, 271; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh. N.2 c), Rz.199.

³⁵¹¹ ISv umgehend bzw. sofort („immediately“; „immédiatement“; „immediatamente“) , sobald zumutbarerweise möglich, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2a, Rz.239; zu weit dagegen wohl Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2a, Rz.181, der auch ein schuldhaftes kurzzeitiges Zögern ausreichen läßt– jedenfalls muß in Abgrenzung zu „unverzüglich“ („at the earliest opportunity“; „dans les meilleurs délais“) in Nr.2 b I nicht zwangsläufig die allererste Möglichkeit genutzt werden; in Abgrenzung zu „rechtzeitig“ („with reasonable notice“; „avec un préavis raisonnable“) in Nr. 2 b II ist alsbald aber wiederum enger zu verstehen, was sich auch aus der Mögl. einer Lösung ohne Benachrichtigung erklären läßt.

³⁵¹² Soweit diese Pfl.nicht ohnehin gesetzlich festgelegt ist, muß sie ausdrücklich im Klauseltext angegeben werden; dies ergibt sich zudem aus dem Transparenzgebot, vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2a, Rz.239; nach Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2a, Rz.179 genügt dagegen die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung der Klausel.

offenbar auch auf den Zugang der fristlosen Beendigungserklärung verzichtet werden kann³⁵¹³.

Der Begriff des „triftigen Grundes“ wird genauso wenig wie der „begründete Fall“ in Nr. 2 b I durch die Klauselrichtlinie näher definiert³⁵¹⁴ und ist daher in gradueller Abgrenzung zu einem „schwerwiegenden Grund“ iSd Nr.1 g zu bestimmen. Eine völlige Unzumutbarkeit des Festhaltens an unveränderten Bedingungen ist nicht erforderlich, sondern es genügt jeder „rechtlich hinreichende gewichtige Grund“³⁵¹⁵.

Die Angabe des konkreten Grundes im Vertrag selbst ist nicht erforderlich; dies ergibt sich aus der Systematik der Klauselrichtlinie, da im Gegensatz zu Nr.1 j weder Nr.2 a noch Nr.1 g dieses Erfordernis aufstellen. Es genügt also, daß der Gewerbetreibende die generalklauselartige Formulierung des „triftigen Grundes“ wiederholt. Nach dem Wortlaut b e zieht sich Nr.2a) nur auf ein „einseitiges“ Kündigungsrecht, also ein nur dem Finanzdienstleister zustehendes außerordentliches Kündigungsrecht. Aus Sinn und Zweck der Ausnahme und dem Eingangssatz zu Nr.1 - der über Nr.1 g auch für Nr.2 a gilt - sowie aus anderen Sprachfassungen³⁵¹⁶ ergibt sich, daß sie nicht nur für Kündigungen, sondern für sämtliche Klauseln gilt, die ein Recht zur fristlosen Vertragsbeendigung nur für den Finanzdienstleister vorsehen, z.B. auch bei einem einseitigen Rücktrittsrecht oder einer auflösenden reinen „Wollensbedingung“³⁵¹⁷.

bb) Nr.2 c)

Nr.2 c) sieht speziell für Kapitalmarkt- und Devisengeschäfte die Befreiung von dem Vorliegen eines „schwerwiegenden Grundes“ iSd Nr.1 g für eine fristlose Kündigung vor. Zwar wird nicht ausdrücklich wie in Nr.2 a ein „triftiger Grund“ gefordert, es ergibt sich aber aus Treu und Glauben iSd Art.3 I, daß keine willkürliche Kündigung zulässig ist, sondern die Kündigung darf nur eine Reaktion auf ein in Nr.2 genanntes Kurs- und Währungsrisiko sein. Im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle kann z.B. auch bedeutsam werden, ob dem Verbraucher bei gleichem Risiko ein gleiches Recht zusteht³⁵¹⁸. Indem Nr.2 c

³⁵¹³ Zwar sind die anderen Sprachfassungen (z.B. „mettre fin au contrat...sans préavis“; „terminate...without notice“) noch nicht ohne weiteres als Kdg ohne Benachrichtigung zu verstehen (so aber Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2a, Rz.239), sondern können auch nur mit dem dt. „fristlos“ vergleichbar sein, so wohl L Lockett/Egan, Rz.4.14 f. Die alsbaldige Information des Vertragspartners von der Beendigung würde aber keinen Sinn machen, wenn ohnehin bereits die Beendigungserklärung zugehen muß, i.E.wie hier auch Lockett/Egan, Rz.4.15; jedenfalls bezieht sich die Benachrichtigungspflicht auf Sperrungen von Scheck-, Kreditkarte oder Konto mit sofortiger Wirkung, die zwar nicht notwendigerweise eine Kündigung erfordern, aber nach Sinn und Zweck der Nr.2a möglich sein müssen, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.2a, Rz.178. Eine Kündigung ohne Benachrichtigung ist aber nur dann mit Treu und Glauben iSd Art.3 I vereinbar, wenn ein „triftiger Grund“ nicht nur für die fristlose Kündigung, sondern auch für die Entbehrlichkeit des Zugangs gegeben ist, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2a, Rz.239. Ein triftiger Grund für die Entbehrlichkeit eines Zugangs kann z.B. bei Massengeschäften gegeben sein, wenn ein einheitlicher Zeitpunkt für alle Kunden erreicht werden soll, vgl. Wolf, ebenda. – strengere nationale Regelungen, wie z.B. in Dtl., wo eine fristlose Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nur aus einem wichtigen Grund möglich ist und grdstzl. auch nur mit Zugang der Erklärung wirksam wird, sind als strengere Regelung iSd Art.8 zulässig.

³⁵¹⁴ Dies kritisiert Reich, Konferenzunterlagen, S.193 ff., 195 – in anderen Sprachfassungen: „valid reason“; „raison valable“; „valido motivo“; „razón válida“.

³⁵¹⁵ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2a, Rz.174; „wenn die Änderungsinteressen des Gewerbetreibenden die Beharrungsinteressen des Verbrauchers überwiegen“, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.1j, Rz.133.

³⁵¹⁶ Z.B. englisch: „reserves the right to terminate unilaterally a contract of indeterminate duration without notice...“; französisch: „...se reserve le droit de mettre fin au contrat unilateralement, et ce,sans préavis.“; italienisch: „...si riserva il diritto di porre fino unilateralmente, et senza preavviso...“; spanisch: „se reserve el derecho de rescindi unilateralmente, sin previo aviso...“.

³⁵¹⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2a, Rz.239; so auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2a, Rz.173.

³⁵¹⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2c, Rz.277.

eine Ausnahme von Nr.1 g darstellt, kann ein Recht zur fristlosen Beendigung nur bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen oder jedenfalls bei zeitlich lang andauernden Verpflichtungen gegeben sein. Aus der Tatsache, daß Nr. 2 c anders als Nr. 2 a nicht ausdrücklich regelt, daß die andere Vertragspartei alsbald zu unterrichten ist, ist zu schließen, daß hier die Kündigung erst mit Zugang wirksam werden kann.

b) Ausnahme von Nr.1 j und l: Erleichterte Änderungsmöglichkeit

Grundsätzlich sind Klauseln, die dem Gewerbetreibenden ein einseitiges Änderungsrecht einräumen, zwar zulässig³⁵¹⁹, nach Nr.1 j jedoch nur bei Vorliegen eines „triftigen“ Änderungsgrundes, der ausdrücklich im Vertrag angegeben („im Vertrag aufgeführt“) werden muß³⁵²⁰. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung muß der konkrete Grund im Vertrag angegeben werden, die Wiederholung von „triftiger Grund“ genügt nicht. Bei wesentlichen Preisänderungen stellt Nr.1 l das zusätzliche Erfordernis³⁵²¹ eines Rücktrittsrechts für den Verbraucher auf. Abgesehen von Preisindexklauseln, die in Nr.2 d gesondert geregelt werden, ist aus Nr.2 b und c die grundsätzliche Linie der Richtlinie hinsichtlich der erleichterten Änderungsmöglichkeiten zu erkennen: Bei Finanzdienstleistungen und unbefristeten Dauerschuldverhältnissen wird von der Angabe des konkreten Änderungsanlasses im Vertrag befreit³⁵²². Es müssen aber zumindest die abänderbaren Vertragsbestandteile ausreichend klar bestimmt sein. Dies ergibt sich schon aus dem Transparenzgebot in Art.4 II,5. Als Ausgleich für die einseitige Konditionenänderung des Gewerbetreibenden ist nach Art.2 b lediglich erforderlich, daß dem Verbraucher ein Lösungsrecht eingeräumt wird. Bei Kapitalmarkt- und Devisengeschäften iSd Nr.2 c) wird noch nicht einmal ein solches Beendigungsrecht vorausgesetzt.

Nach Wertung der Nr. 2 werden Änderungsbedürfnisse damit zum Lasten des Verbrauchers gelöst, welcher damit das Hauptrisiko trägt³⁵²³. Bei Versicherungsverträgen kann

³⁵¹⁹ Dies folgt für Änderungen des Effektivzinses bei Verbraucherkreditverträge auch aus Art.4 II b der Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG.

³⁵²⁰ Aus der unmittelbaren Nachbarschaft zu Nr.1 k ist zu schliessen, daß k die Änderung von Hauptleistungen betrifft, während Nr.1 j für die Nebenbestimmungen gilt, also auch für Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen, wo dies nach Lit.str.war (auch Nr. 2 b II macht keine Einschränkung), vgl.dazu Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 686 m.Nachw.– obwohl Nr.1 k anders als Nr.1 j nicht die Vor. der Angabe des konkreten Änderungsgrundes im Vertrag enthält, ist wegen des Transparenzgebotes iSd Art.5 und der auch bei Klauseln iSv der Nr. 1 des Anhanges erforderlichen Mißbräuchlichkeitsprüfung nach Art.3 I auch bei den dort genannten Hauptleistungen eine solche Angabe des konkreten „triftigen Grundes“ erforderlich; aA Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.1 k, R z.141,144; Pfeiffer in Grabitz/Hilf,Anh.Nr.1k, Rz.98 die von einer Spezialität der Nr.1 k ausgehen; in einem Erst-Recht-Schluß ist die Angabe des Änderungsgrundes auch hinsichtlich der Hauptleistungen zu fordern, weil der Verbraucher durch solche Änderungsklauseln in stärkerem Maße betroffen ist, als bei Änderung sonstiger Vertragsbedingungen; mit dem Schutzgedanken wäre es nicht vereinbar, an die Änderung von Hauptleistungsbest. geringere Anf. zu stellen als an die Änderung von Nebenbest..

³⁵²¹ Nr.1 j und l stehen nebeneinander, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.1j, Rz.31; dies wird schon daraus erkennbar, daß Nr.2 b für Zinsen und sonstige Kosten bei Finanzdienstleistungen davon ausgeht, daß diese unter Nr.1 j fallen, obwohl es sich eindeutig auch um Entgelt iSd Nr.1 l handelt.

³⁵²² Eine Änderung darf nicht nach freiem Ermessen des Gewerbetreibenden völlig willkürlich möglich sein; idR muß also zumindest generalklauselartig eine Änderung bei einem „triftigen Grund“ angegeben sein; auch in Großbrit. hält das OFT Änderungsrechte nach freiem Ermessen für unfair, Collins, Konferenzunterlagen, S.299.

³⁵²³ Kritisch auch Reich, Europäisches Verbraucherrecht, Rz.156 o; European Consumer Law Group, Recommendations on transparency and fairness in retail banking, ECLG v.22.3.1999 (ECLG/066/99.31/03/99), unter A II 1., die dann unter B II 2.Vorschläge für eine RL im Bankbereich macht, in der u.a. auch Regelungen hinsichtlich einseitiger Änderungs- und Beendigungsrechte enthalten sein sollen und unter B II4. die Abschaffung der Nr. 2 der KlauselRL fordert; auch die Arbeitsgruppe anlässlich der Brüsseler Konferenz v. 1.-3.7.1999 zur Anwendung der KlauselRL hält Nr. 2 c und d für nicht sachgemäß, vgl. Konferenzunterlagen, S.200 (unter 2); aA Fricke, VersR 2000, S.257 ff., 261 f..

beispielsweise die Situation eintreten, daß der VN nach Beendigung des einen Versicherungsvertrages, auf einen anderen Versicherer angewiesen ist, der den gleichen Versicherungsschutz nur zu einer höheren Prämie anbietet. Dem Änderungsinteresse der Finanzdienstleister und allgemein der Anbieter von unbefristeten Verträgen wird der Vorrang vor dem Verbraucher-Interesse eingeräumt, den Verwender bei Ausübung des Änderungsrechts auf dessen Berechtigung hin zu kontrollieren (wofür der Änderungsgrund und –umfang festgelegt sein müßte³⁵²⁴). Auch das Interesse des Verbrauchers, nach dem Transparenzgedanken bei Vertragsschluß den Inhalt und Umfang seiner Rechte und Pflichten zu kennen, wird als nachrangig eingestuft³⁵²⁵.

Zum Teil wird vertreten, daß aus den „anderen“ Verbraucherschutzrichtlinien des Gemeinschaftsrechts der allgemeine schuldrechtliche Grundsatz als Konkretisierung des Art.3 I folgt, daß einseitige Preisänderungen nur dann wirksam sind, wenn in der vertraglichen Regelung erkennbar ist, unter welchen Voraussetzungen und Maßgaben mit einer Preisänderung zu rechnen ist³⁵²⁶. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus diesen Richtlinien, die jeweils auf einen bestimmten Vertragstyp abstellen, überhaupt ein allgemeingültiger Grundsatz entwickelt werden kann³⁵²⁷. Denn jedenfalls ist aufgrund der Nr.2 des Anhangs der Klauselrichtlinie ein solcher Grundsatz gerade nicht auf alle Preisänderungen bei Finanzdienstleistungen oder unbefristeten Dauerschuldverhältnissen anwendbar. In Nr. 2 des Anhangs der Richtlinie ist gerade für bestimmte Fälle die Wertung enthalten, daß die Angabe des konkreten Änderungsanlasses nicht erforderlich ist³⁵²⁸.

Für Verbraucherkreditverträge ist jedoch die Regelung des Art.4 II b Verbraucherkredit-RL, nach der die Bedingungen, unter denen der effektive Jahreszins geändert werden kann, in der Vertragsurkunde angegeben werden muß, als *lex specialis* zu der allgemeinen Wertung des Nr.2 b der Klauselrichtlinie anzusehen³⁵²⁹. Dies gilt trotz der Tatsache, daß die zeitlich spätere Klauselrichtlinie keinerlei Ausnahme für bestimmte Finanzprodukte macht. Denn die Mitgliedstaaten müssen Art.4 II b gemäß Art. 14 I Verbraucherkredit-RL als zwingende Regelung umsetzen, von der nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann. Damit sind abweichende Klauseln in Verbraucherkreditverträgen schon aufgrund des zwingenden Charakters des Art.4 II b unanwendbar.

aa) Nr.2 b) I

zu dem Streit in Deutschland, ob generell ein Lösungsrecht als Ausgleich für fehlende Konkretisierung bietet, Köndgen/König, ZIP 1984, S.129 ff., 134– z.B. BGH, NJW 1989, S.1796 ff. (AuslösungsR subsidiär nur erforderlich, wenn keine Konkretisierung möglich und schrankenloses Änderungsrecht); bei Versicherungsverträgen läßt die dt.Rspr. ein Kündigungs- oder Widerrufsrecht lediglich in Ausnahmefällen als Ausgleich für mangelnde Konkretisierung zu, vgl. Präve, Rz.446 ff., gesetzl. Anpassungsmögl. in §§ 172, 178g VVG (bei übereinstimmenden Klauseln gilt Art.1 II).

³⁵²⁴ Fricke, VersR 2000, S.257 ff., 262.

³⁵²⁵ Denn dazu gehört auch, daß der Verwender das einmal vereinbarte Äquivalenzverhältnis nicht einseitig nachträglich wieder verändern kann; jedenfalls aber, daß Änderungen für den Vertragspartner voraussehbar und berechenbar sind – *pacta sunt servanda*-Grundsatz, vgl. Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 452.

³⁵²⁶ So Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693; Markwardt, S.132 unter Berufung auf Art. 4 II b Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG, Art.4 IV a Pauschalreise-RL 90/314/EWG und Art.3 II 2 iVm I iVm i) des Anhangs Time-Sharing-RL 94/47/EG.

³⁵²⁷ Dagegen Franzen, S.568.

³⁵²⁸ So auch selbst die Vermutung von Nasall, ebenda.

³⁵²⁹ Hier besteht kein Wertungswiderspruch zu oben Erg. Hinsichtl. der absoluten Klauselverbote der GruppenfreistellungsVO, 2.Teil E I 2.b)bb)bbb), da die Verbraucherkredit-RL anders als die Verordnung ausschließlich das Verbraucherschutzziel verfolgt.

Nach Art.2 b) I können Klauseln bei Finanzdienstleistungsverträgen ein Änderungsrecht des „Erbringers“ hinsichtlich des Zinssatzes³⁵³⁰ oder der Höhe anderer Kosten³⁵³¹ vorsehen, ohne daß konkrete Änderungsgründe im Vertrag aufgeführt werden müssen³⁵³². Möglich ist daher z.B. eine Zinsanpassungsklausel in Bankdarlehen, die eine Anpassung vorsieht, „wenn die Bank dies wegen der Entwicklung an Geld- und Kapitalmarkt für erforderlich hält“³⁵³³. Auch die bloße Wiederholung des generalklauselartigen Merkmals des „triftigen Grundes“³⁵³⁴ oder der Hinweis auf § 315 BGB in Entgeltanpassungsklauseln³⁵³⁵ sowie die Bindung an die „jeweilige Lage des Kapitalmarktes“ bei Zinsanpassungsklauseln in Policendarlehen³⁵³⁶ ist grundsätzlich ausreichend.

„In begründeten Fällen“³⁵³⁷ ist die Änderung „ohne Vorankündigung“ möglich. Der Finanzdienstleister soll auf marktbedingte Kostenänderungen sofort reagieren können. In dem grundsätzlichen Erfordernis einer Vorankündigung³⁵³⁸ liegt eine eigene Wertung der Nr.2 b I, da eine Vorankündigung in Nr.1 j gar nicht gefordert wird. Kann eine Vorankündigung entfallen, muß aber der Gewerbetreibende gleichzeitig zur „unverzüglichen“ Benachrichtigung der anderen Vertragspartei verpflichtet sein³⁵³⁹. Letzterem muß darüber hinaus dann ein „alsbaldiges“³⁵⁴⁰ Lösungsrecht zustehen. Der deutsche Wortlaut spricht

³⁵³⁰ „Von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz“ – erfaßt sind Haben- und Sollzinsen; nicht gemeint ist der Verzugszinssatz aus Verträgen, bei denen zwar der Erbringer von Finanzdienstleistungen Vertragspartner, Vertragsinhalt aber keine Finanzdienstleistung ist, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.184.

³⁵³¹ Trotz des allgemeinen Wortlauts, der alle Entgelte umfassen würde, sind nach Sinn und Zweck der Regelung nur diejenigen Kosten gemeint, bei denen ein Änderungsbedürfnis besteht. Das sind alle laufenden Kosten, die während der Dauer des Vertrages anfallen, wie z.B. Kontoführungsgebühr, sonstige Bearbeitungskosten oder Kosten für eine Rückzahlungsversicherung, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.252 – bei Zinssatz und anderen Kosten erfaßt der Wortlaut der Nr.2 b nur die Änderungen hinsichtl. des Satzes bzw. der Höhe, nicht aber hinsichtl. der Art der Verrechnung oder der Fälligkeit.

³⁵³² Die Klausel darf aber nicht den Eindruck erwecken, daß eine Änderung willkürlich nach freiem Ermessen stattfinden kann, regelmäßig muß also zumindest eine Generalklausel wie z.B. „aus triftigem Grund“ vorhanden sein, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.1 k, Rz.98 für das Parallelproblem in Nr.1k.

³⁵³³ Dieses einseitige Bestimmungsrecht iSd § 315 BGB hält aber auch der BGHZ, NJW 1986, S.1803ff.für zul. (da sachlicher Grund in Anpassung an Refinanzierungskosten und Klausel auch Herabsetzung zugunsten des Kunden ermöglicht); BGH, NJW 1989, S.1796ff. trotz grundsätzlich strengerer Anforderungen (Zumutbarkeit nach § 10 Nr.4 AGBG a.F. und tatbestandliche Konkretisierung des Änderungsanlasses und der –folgen) sei eine weitere Konkretisierung der Bank nicht so möglich, daß dem Bankkunden dadurch genauere Kenntnisse vermittelt würden; bei mangelnder Konkretisierung wird eine Auflösungsbedingung durch den Kunden gefordert, allerdings nur bei schrankenlosen Änderungsbefugnissen und daher nicht bei Bindung an Änderung der Refinanzierungskosten (BGH, NJW 1989, S.1796 ff.; NJW 1986, S.1803 ff., 1804) und – anders als nach der KlauselRL in Nr.2 b) I – nur bei wesentlichen Erhöhungen, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.259; Kritik an dt-Rspr. zu Zinsanpassungsklauseln bei Heinrichs in Hadding/Hopt, S.101 ff., 109, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG a.F., Rz.100; vgl.allgemein aus ökonomischer Sicht, Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 136 ff.

³⁵³⁴ Vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.187.

³⁵³⁵ Zw. dagegen Nasall, JZ 1995, S.689 ff., 693/694 – wg Art.8 sind strengere nationale Anforderungen zulässig.

³⁵³⁶ So auch in Dtl. AG/LG Köln, VersR 1999, S.958 (so auszulegen, daß eine Anpassung der Zinshöhe nach § 315 III BGB in Anlehnung an den Durchschnittsertrag bestimmt wird, den der Versicherer aus seinen Vermögensanlagen bezieht).

³⁵³⁷ Eine Vorankündigung ist je nach Einzelfall dann entbehrlich, wenn der Finanzdienstleister sofort reagieren muß und die veränderten Umstände nicht vorhersehbar waren, z.B. bei Leitzinsänderung durch die maßgebliche Notenbank ohne Vorankündigung, soweit dadurch die Refinanzierungskosten so zeitnah betroffen sind, daß eine Vorankündigung nicht mehr möglich ist, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.185.

³⁵³⁸ Hinsichtlich der Art und Weise der Vorankündigung werden keine ausdrücklichen Anforderungen gestellt.

³⁵³⁹ Nr.2 b I stellt keine Anforderungen an die Art und Weise der Unterrichtung auf, im einzelnen vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.255; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.190; eine Anzeige in der Presse genügt aber wohl nicht, vgl. Atiyah, Law of Contracts, S.317 mit Beispiel einer in Großbritannien üblichen Klausel bei Bausparkassen-Hypotheken, die i.ü. auch kein Lösungsrecht des Verbrauchers vorsehen.

³⁵⁴⁰ Nach Sinn und Zweck der Regelung bezieht sich „alsbald“ nicht auf die Kündigungserklärung, den Eintritt der Kündigungswirkung- dem Vertragspartner muß ein Lösungsrecht mit möglichst kurzer Frist eingeräumt werden; grdstzl. muß er sich den Änderungswirkungen noch entziehen können (Ausn. bei Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b,

zwar von einem Kündigungsrecht, nach Sinn und Zweck der Regelung sowie anderen Sprachfassungen genügt aber auch jedes andere vergleichbare Lösungsrecht³⁵⁴¹. Das Lösungsrecht darf nicht durch Vertrags-, Bearbeitungs- oder Kontoauflösungsgebühren erschwert werden³⁵⁴². Liegt kein begründeter Fall vor und muß also eine Vorankündigung erfolgen, so folgt dennoch aus Sinn und Zweck der Nr. 2 b I ein so „baldiges“ Kündigungsrecht des Verbrauchers, daß er sich der Änderungswirkung noch entziehen kann. Durch die Unterrichtungspflicht entstehen höhere Kosten, von denen zu erwarten ist, daß diese wiederum auf den Verbraucher abgewälzt werden³⁵⁴³. Auch aus den anderen Sprachfassungen ist zu erkennen, daß hinsichtlich der Pflicht zur Unterrichtung „unverzüglich“ enger zu verstehen ist als „alsbald“ in Nr.2 a oder „rechtzeitig“ in Art.2 b II³⁵⁴⁴. Für die Unterrichtung muß also die allererste Möglichkeit ergriffen werden³⁵⁴⁵. Dies erklärt sich daraus, daß es dem Verbraucher grundsätzlich noch möglich sein muß, den Vertrag vor Wirksamwerden der Erhöhung („alsbald“) zu lösen. Die unterschiedlichen Formulierungen sind aber nicht geglückt, da sie zu unnötigen Auslegungsschwierigkeiten führen.

Nach der Formulierung der Nr.2 b I ist nicht ganz eindeutig, ob sich das Erfordernis des begründeten Falles nur auf das Entfallen der Vorankündigung bezieht oder darüber hinaus auch auf das Änderungsrecht. Letzteres ist zu bejahen³⁵⁴⁶, weil jedenfalls auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der Nr.2 eine Klausel noch am Maßstab des Art.3 I überprüft werden muß. Eine Änderung ohne sachlichen Grundes, der ein berechtigtes Interesse des Finanzdienstleisters an der Änderung der Kosten begründet (willkürlich), kann aber nicht mit Treu und Glauben iSd Art.3 I vereinbar sein, da das grundsätzliche Verbraucherinteresse an dem Beibehalten der einmal vereinbarten Bedingungen nur bei sachlich begründeten Fällen nachrangig ist. Außerdem darf der Umfang der Änderung nicht über den Änderungsbedarf hinausgehen. Aus der Beurteilung nach Treu und Glauben ergibt sich, daß die Begriffe „begründeter Fall“ in Nr.2 b und „triftiger Grund“ in Nr.1 j identisch sind; in anderen Sprachfassungen wird dieselbe Formulierung verwandt³⁵⁴⁷. Somit befreit Nr.2 b I nur von der Angabe eines konkreten nicht aber von dem Vorliegen eines „triftigen Grundes“. In Abgrenzung des „triftigen Grundes“ zu einem „schwerwiegenden Grund“ iSd Nr.1

Rz.192); es ist dann seine Sache, ob er von diesem Recht Gebrauch macht oder etwa eine Kündigung mit längerer Frist vorzieht.

³⁵⁴¹ Andere Sprachfassungen: „free to dissolve the contract“=aufheben, auflösen; „résilier“=auflösen, aufheben, kündigen, lösen; ähnlich „recedere“; „rescindir“); – eine wesentliche Änderung wie z.B. nach Nr. 1 I ist nicht erforderlich. Eine Ausnahme ist aber wohl nach der Interessenabwägung nach Treu und Glauben iSd Art.3 I dann gegeben, wenn es sich um ganz geringfügige Fälle der Änderung handelt., Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.256.

³⁵⁴² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.256; Lockett/Egan, Rz.4.26 – zu der „Lock-in-Situation“ durch bei Laufzeitverträgen im Bankbereich typischen Abwanderungskosten, Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 122.

³⁵⁴³ Atiyah, Law of Contracts, S.317: Bausparkassen, die vorher durch eine Klausel in Hypothekenverträgen vorsahen, daß sie die Änderung der Zinsen in der Presse bekanntgeben dürfen, schätzen die höheren Kosten auf 60 Millionen Pfund.

³⁵⁴⁴ Bei Nr.2 bI: „at the earliest opportunity“; „dans les meilleurs délais“; „con la massima rapidità“; „en el más breve plazo“ als sprachliche Steigerung zu 2 b II („with reasonable notice“; „avec un préavis raisonnable“; „con un ragionevole preavviso“; „con una antelación razonable“) und auch noch zu Nr.2 a („immediately“; „immédiatement“; „inmediatamente“;) – hier sind also drei Stufen erkennbar.

³⁵⁴⁵ „Ohne schuldhaftes Zögern“ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.189; im Rahmen des Mögl. muß der Gewerbetreibende den Verbraucher vor Wirksamwerden der Änderung benachrichtigen, Lockett/Egan, Rz.4.25; Unterrichtung nach Inkrafttreten der Änderung wird durch Nr.2 b I nicht ausgeschlossen, kann aber nur in besonderen Ausnahmefällen noch zulässig sein, denn grdtzl. soll sich der Verbraucher Änderungswirkungen durch sein Lösungsrecht entziehen können.

³⁵⁴⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.253, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.185.

³⁵⁴⁷ Englisch: „valid reason“; französisch: „raison valable“; italienisch: „valido motivo“; ähnlich auch die spanische Version: „motivos válidos“ in Nr.1 j und „razón válida“ in Nr.2 b I- zu den irreführenden Begrifflichkeiten in der deutschen Sprachfassung, vgl. Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.186.

g ist keine völlige Unzumutbarkeit des Festhaltens an den vereinbarten Kosten erforderlich³⁵⁴⁸. Kein begründeter Fall liegt aber z.B. dann vor, wenn die Zinsen allein zum Zweck der Gewinnerhöhung angehoben werden, ohne daß es einen marktbedingten Anlaß gibt³⁵⁴⁹.

Da sich Nr.2 b I ausdrücklich nur auf Nr.1 j bezieht, obwohl bei Finanzdienstleistungen, wie z.B. bei Bankdarlehen, die Zinsen auch gleichzeitig „Preis“ bzw. Entgelt iSd Nr.1 I sind, ging der Richtliniengeber offenbar davon aus, daß Entgelte iSd Nr.1 I auch unter den Begriff „Vertragsklauseln“ iSd Nr. i j zu subsumieren sind³⁵⁵⁰. In jedem Fall stellt aber die Nr.2b I mit einem Lösungsrecht in allen Fällen, während Nr.1 I ein solches nur bei wesentlichen Preiserhöhungen vorsieht, strengere Voraussetzungen auf, so daß es auf die genaue Abgrenzung nicht ankommt³⁵⁵¹.

Zwar spricht Art.2 b I nicht von „Preis“ (Nr. 1I) oder „Entgelt“, sondern von „Kosten“ (franz. und engl. „charges“; span. „gastos“; ital. „oneri“) und bei der Bruttoprämie von Versicherungen können wohl nur der Teil bezüglich der Verwaltungskosten und eventuell die Höhe der Steuern, als laufende Kosten bezeichnet werden. Dennoch sind Prämienanpassungsklauseln für regelmäßig zu leistende Prämien³⁵⁵² auch unter Art.2 b I und nicht nur bei unbefristeten Versicherungsverträgen unter Art.2 b II zu subsumieren³⁵⁵³. Denn zum einen werden die einzelnen Prämienbestandteile regelmäßig nicht aufgeschlüsselt und eine Anpassungsklausel bezieht sich idR auch auf die Bruttoprämie³⁵⁵⁴. Zum anderen wurde die ursprüngliche nur auf den Bereich von Darlehen und Kredit beschränkte Ausnahmeregelung³⁵⁵⁵ gerade auf Anregung des Europäischen Parlaments³⁵⁵⁶ allgemein auf Kosten bzw. Entgelte³⁵⁵⁷ „für Finanzdienstleistungen“ erweitert. Für bestimmte Geschäfte sieht Art.2 c eine Spezialregelung vor³⁵⁵⁸. Bei Versicherungsprämien ist aber ein „begründeter Fall“ für eine Änderung ohne Vorankündigung praktisch nicht denkbar. Dem erforderlichen Kündigungsrecht des Verbrauchers (vgl. auch bb) trägt in Deutschland der § 31 iVm § 34 a VVG Rechnung, der ohnehin eine strengere Regelung auch gegenüber Nr. 1 I³⁵⁵⁹ ist, da das Kündigungsrecht – anders als § 31 a.F. - nicht von irgendwelchen Schwellenwerten abhängt. Auch eine Prämienanpassung ist daher trotz Befreiung von der Angabe des kon-

³⁵⁴⁸ Es muß nach Treu und Glauben ein hinreichend gewichtiger Grund bzw. ein berechtigtes Änderungsinteresse des Finanzdienstleisters vorliegen, das dem Beharrungsinteresse des Verbrauchers überwiegt.

³⁵⁴⁹ Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2 b, Rz.253 (oder z.B.Änderung der Lohnkosten).

³⁵⁵⁰ Zw. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2 b, Rz.251 („Der Anwendungsbereich von Nr. 1I wird durch Nr.2b nicht berührt“).

³⁵⁵¹ So auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.194.

³⁵⁵² Nicht bei Prämien, die in einer einmaligen Leistung bestehen, vgl.§ 165 II VVG.

³⁵⁵³ Davon geht anscheinend auch Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 686, aus.

³⁵⁵⁴ Prölss in Prölss/Martin, § 31 VVG, Rz.15: eine geeignetere Bezugsgröße sei schwer zu finden .

³⁵⁵⁵ Vgl. Richtlinienvorschlag 1990, S.76 unter Anhang b) Satz 2 i).

³⁵⁵⁶ Entschließung des EP, ABl.1991 Nr. C 326/108, Änderungsvorschlag Nr. 17, S.115.

³⁵⁵⁷ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr. 2 b, Rz.184.

³⁵⁵⁸ Die Tatsache, daß die Nr.1 I in Nr. 2 c), nicht aber in Nr. 2 b I erwähnt wird, ändert an diesem Ergebnis nichts, denn die Anforderungen der Nr. 2 b) sind ohnehin strenger als Nr.1 I, so daß eine Erwähnung nicht erforderlich war – bei Nr. 2 c) wird dagegen klargestellt, daß weder ein Kündigungsrecht wie in Nr. 2 b) noch ein Rücktrittsrecht bei „zu hohem“ Endpreis (Nr. 1I) erforderlich ist. Außerdem bezogen sich die „Vorläufer“ für die Ausnahmen in Nr.2 b I und 2 c) sowohl im ersten RL-Vorschlag, als auch nach der Entschließung des EP nur auf den „Vorläufer“ der Nr. 1 j (Anhang b) a.F.) und nicht auf Nr. 1 I (Anhang d) a.F.), so daß es sich bei dem fehlenden Hinweis im Rahmen der Nr. 2 b I im GS 1992 um ein Redaktionsversehen handeln könnte (auch noch im geänderten RL-Vorschlag 1992 bezogen sich sowohl Nr.2 b) als auch Nr. 2 c) nur auf den „Vorläufer“ der Nr. 1 j (dort Nr. 1i)).

³⁵⁵⁹ Vgl.auch § 178 h III, IV iVm § 178 o VVG; Prämienänderungsklauseln sind grundsätzlich unter Nr. 1 I zu subsumieren, Vgl.auch Präve, Rz.457.

kreten Änderungsgrundes in der Klausel³⁵⁶⁰ nur bei sachlichem Grund zulässig (s.o.). Ein solcher liegt nur bei „externen“ Gründen vor, z.B. bei nicht nur geringfügig erhöhter Schadenshäufigkeit, vor³⁵⁶¹. Unzulässig wäre dagegen eine Änderung, die aufgrund schuldhaft unzureichender Erstkalkulation des Versicherers erforderlich wird³⁵⁶².

bb)Nr.2 b II

Nr.2 b II befreit den Gewerbetreibenden bei „unbefristeten Verträgen“ - wozu häufig auch Finanzprodukte, u.a. Versicherungsverträge (§ 8 II VVG), zählen - von der Angabe des konkreten Änderungsgrundes im Vertrag, sofern er den Verbraucher von der Änderung rechtzeitig in Kenntnis setzt³⁵⁶³ und diesem ein Lösungsrecht zusteht. Nach dem Wortlaut der Nr.2 b II wäre der Finanzdienstleister/Gewerbetreibende auch von dem Erfordernis eines triftigen Grundes befreit. Aus den gleichen Erwägungen wie bei Absatz I (Treu und Glauben iSd Art.3 I) kann das Änderungsrecht aber nicht schrankenlos gelten und allein im Ermessen des Finanzdienstleisters stehen. Insbesondere darf die vertragliche Bindung nicht willkürlich geändert werden³⁵⁶⁴ und der Änderungsumfang darf nicht über den Änderungsbedarf hinausgehen. Ein sachlicher Grund kann z.B. in der Änderung der Rechtsprechung oder der Gesetze liegen, die eine Anpassung des Klauselwerkes erfordern. Ein Änderungsvorbehalt wegen Auslegungszweifeln würde dagegen nicht mit Art.5 Satz 2 vereinbar sein³⁵⁶⁵. Eine Zumutbarkeit der Änderung wie z.B. nach dem deutschen § 308 Nr.4 BGB n.F. (§10 Nr.4 AGBG a.F.) wird zwar nicht ausdrücklich gefordert, der Gedanke kann aber im Rahmen der Interessenabwägung nach Art.3 I relevant werden³⁵⁶⁶.

Ein sachlicher Grund ist aber immer dann entbehrlich, wenn im Einzelfall kein schutzwürdiges Interesse des Verbrauchers an einem unveränderten Fortbestand des Vertragsverhältnisses besteht, z.B. wenn der Vertrag vor dem Zeitpunkt der geplanten Änderung ohnehin ordentlich kündbar ist³⁵⁶⁷. Der Unterschied zu Absatz I besteht darin, daß die Benachrichtigung nur „rechtzeitig“³⁵⁶⁸ und nicht „unverzüglich“ sein muß. Dies ist im Zusammenhang damit zu sehen, daß die Änderung bei Absatz II nicht ohne Vorankündigung erfolgen darf und hinsichtlich des Lösungsrecht des Verbrauchers nicht ausdrücklich eine „alsbaldige“ Wirkung gefordert wird. Absatz I ist damit als speziellere Regelung zu sehen.

Auch wenn nicht ausdrücklich gefordert wird, daß die Lösungswirkung „alsbald“ (so Nr.2 b I) eintreten kann, erfordert es die Interessenabwägung, daß sich der Verbraucher grundsätzlich so rechtzeitig von dem Vertrag lösen kann, daß er sich den Änderungswirkungen

³⁵⁶⁰ Ein Abstellen auf den „erforderlichen“ Schadensbedarf wird also genügen, strengere nationale Anforderungen (zu dt.Recht Prölss in Prölss/Martin, § 31 VVG, Rz.10) sind nach Art.8 zulässig .

³⁵⁶¹ Prölss in Prölss/Martin, § 31 VVG, Rz.7,16 – bei laufenden Verwaltungskosten sind externe Gründe schwer feststellbar, aber grundsätzlich sind Prämien erhöhungen wegen gestiegener Verw.kosten nicht abzulehnen.

³⁵⁶² Vgl. Gedanke des § 12 b II 5 VAG für die private Krankenversicherung.

³⁵⁶³ Die Benachrichtigung über Art, Umfang und zeitliche Wirkung der Änderung muß so rechtzeitig erfolgen, daß sich der Verbraucher nach angemessener Überlegungsfrist noch vor Eintritt der Änderungswirkung von dem Vertrag lösen kann.

³⁵⁶⁴ Vgl. auch Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2b, Rz.196.

³⁵⁶⁵ So z.B. BGH, VersR 1999, S.697 ff. ,699 für Anpassungsklauseln in AVB wegen Verstoß gegen § 5 AGBG a.F. (§ 305 c BGB n.F.); m.zust.Anm.Präve, S.699 f., 700.

³⁵⁶⁶ Vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh,Nr.2b, Rz.260 ff.

³⁵⁶⁷ Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh,Nr.2b, Rz.257.

³⁵⁶⁸ Die Unterrichtung muß so rechtzeitig sein, daß dem Verbraucher noch eine angemessene Überlegungsfrist verbleibt und die Kündigung noch vor Eintritt der Änderungswirkung möglich ist .

entziehen kann³⁵⁶⁹. Über die Frist, innerhalb derer das Lösungsrecht ausgeübt werden muß, macht die Klauselrichtlinie keine ausdrückliche Aussage, so daß dies nach Art.3 I zu beurteilen ist. Dabei wird eine Frist von einem Monat ausreichend sein³⁵⁷⁰. Bei Versicherungsverträgen mit einer Mindestlaufzeit und Verlängerungsklausel muß dem VN also ein Sonderkündigungsrecht im Fall einer Bedingungsänderung auch während der Mindestlaufzeit eingeräumt werden³⁵⁷¹.

Gerade bei Versicherungen kann der Fall eintreten, daß eine Änderungsklausel trotz der Erfüllung der Voraussetzungen der Nr.2 b II dennoch als mißbräuchlich iSd Art.3 I anzusehen ist. Dies kann dann der Fall sein, wenn das Lösungsrecht des VN keinen angemessenen Ausgleich darstellt. So steht z.B. die Kündigung einer Personenversicherung regelmäßig nicht im Interesse des VN, weil ihm in diesem Fall die Altersversorgung bzw. die Absicherung im Krankheitsfall verloren geht. Genau mit diesem Argument erklärten beispielsweise italienische Gerichte eine Klausel mit beiderseitigem Kündigungsrecht für Versicherer und VN in einer Personenversicherung für unwirksam³⁵⁷². Denn hier liegt zwar ein formal gleiches Recht vor, in Wahrheit wäre der VN aber im Gegensatz zu dem Versicherer auch bei einer eigenen Kündigung stark benachteiligt.

Da aus Nr. 2 b nicht im Umkehrschluß gefolgert werden kann, daß alle nicht genannten Änderungsklauseln auch ohne Lösungsrecht des Kunden der Mißbräuchlichkeitskontrolle standhalten, spricht einiges dafür, z.B. auch bei sonstigen Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen generell ein solches Recht zu fordern. Dafür spricht insbesondere die Wettbewerbsorientierung der Klauselrichtlinie sowie des gesamten EU-Rechts – der Wettbewerb würde in diesem Fall um die Nichtausübung des Lösungsrechtes gehen³⁵⁷³.

cc) Nr.2 c)

Für Kapitalmarkt- und Devisengeschäfte befreit der Nr.2 c nicht nur von der Angabe des konkreten Änderungsgrundes im Vertrag. Darüber hinaus müssen auch die Voraussetzungen der Nr.2 b, also die unverzügliche Benachrichtigung und die Einräumung eines Lösungsrechts für den Vertragspartner, nicht erfüllt werden. Bei wesentlichen Preisänderungen iSd Nr.1 I ist kein Rücktritts- bzw. Lösungsrecht erforderlich. Wie schon bei Nr.2 b I und II erfordert der Art.3 I aber einen sachlichen Grund für die Änderung. Im Rahmen der Nr.2 c muß sich diese Grund auf die Risiken beziehen, die mit Kurs- und Währungsschwankungen verbunden sind³⁵⁷⁴. Bei Preisänderungen ergibt sich die besondere Wertung der Nr.2 c aus der Interessenabwägung. Jeder, der solche Finanzprodukte und Devisen erwirbt, weiß, daß er diese schon nach dem Vertragszweck zu den jeweiligen Kurspreisen erwirbt. Auch bei den in Nr.2 c genannten Geschäften bleibt grundsätzlich die General-

³⁵⁶⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2b, Rz.258 – insbesondere da Nr.2 b II anders als I nicht regelt, daß eine Vorankündigung entfallen kann.

³⁵⁷⁰ Vgl. Frist des § 31 VVG; so wohl auch Präve, Versicherungswirtschaft 2000, S.450 ff., 453; aA BGH, VersR 1999, S.697 ff.,698 für ein in den AVB eingeräumtes Widerspruchsrecht, das als Ausgleich für die mangelnde Konkretisierung in best. Bereichen angesehen wird, vgl. Präve, ebenda.

³⁵⁷¹ Vgl. Lockett/Egan, Rz.4.24.

³⁵⁷² Giudice di pace di Milano v. 22.10.1997, CLAB IT 000364, Tribunale die Roma, sezione 13a civile v. 5.10.2000, CLAB IT 000732.

³⁵⁷³ Vgl.Herrmann, ZEuP 1999, S.663 ff., 686 f.

³⁵⁷⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2c, Rz.278, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2c, Rz.206.

klausel des Art.3 I anwendbar; die Interessenabwägung im Rahmen der Mißbräuchlichkeitskontrolle einer Änderungsklausel kann daher ergeben, daß dem Verbraucher auch Preisermäßigungen zugute kommen müssen³⁵⁷⁵.

dd)Nr.2 d)

Nr. 2 d) befreit für den Fall von Preisindexierungsklauseln³⁵⁷⁶ unter bestimmten Voraussetzungen von der Einräumung eines Rücktrittsrechts bei wesentlichen Preisänderungen. Bei Versicherungsverträgen entsprechen Preisindizes der gängigen Praxis³⁵⁷⁷. Im Bankbereich kommen Indexierungen nur bei Zinsentgelten in Betracht³⁵⁷⁸. Voraussetzung ist allerdings, daß die Indexierungsklausel rechtmäßig ist und der Modus der Preisänderung ausdrücklich im Vertrag beschrieben wird³⁵⁷⁹. Zu der Angabe des Berechnungsmodus gehört die Bezugsgröße (Indikator), die Relation der Preisänderung zu dieser Bezugsgröße sowie die zeitlichen und sonstigen Voraussetzungen der Preisanpassung³⁵⁸⁰. Auf diese Weise ist sichergestellt, daß die Preiserhöhung nicht willkürlich ist und die Änderungsumstände für den Verbraucher erkennbar sind. Durch die Indexbindung können dem Verbraucher grundsätzlich auch Preisermäßigungen zugutekommen³⁵⁸¹.

³⁵⁷⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2c, Rz.279; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2c, Rz.206.

³⁵⁷⁶ Eine Indexklausel liegt vor, wenn der Preis an die Preis- und Kostenentwicklung anderer Bezugsgrößen gebunden ist, wie z.B. der Lebenshaltungskosten, Rohstoffpreise, Währungen, Geldwertänderungen, etc. – gleichzustellen ist auch eine Klausel, nach der der Verbraucher verpflichtet ist, bei Vorliegen eines Anstiegs des Indikators einer Preiserhöhung zuzustimmen oder ein beiderseitiges indexgebundenes Anpassungsrecht, vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr.2 d, Rz.292, Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2d, Rz.209.

³⁵⁷⁷ Vgl. Honsel, Versicherungsforum 1993, S.115 ff., 136 f. – allerdings hat der Preisindex regelmäßig nur mittelbare Auswirkungen auf die Prämienzahlungspflicht, indem z.B. bei Hausratsversicherungen die Versicherungssumme sich entsprechend der prozentualen Veränderung des Verbraucherpreisindex verändern kann. Nach der veränderten Versicherungssumme wird dann die Prämie berechnet, die Prämienzahlungspflicht kann sich idR ab bestimmten Schwellenwerten erhöhen – zu den Einschränkungen für Prämienindices aufgrund von § 3 WährungsG, vgl. Schumm in Basedow/Schwark/Schwintowski, S.75 ff., 83.

³⁵⁷⁸ Köndgen, ZBB 1997, S.117 ff., 137 zu den Schwierigkeiten im Hinblick auf einen Referenzmaßstab.

³⁵⁷⁹ Soweit nach deutschem Recht kurzfristige Preiserhöhungen generell unzulässig sind, vgl. § 309 Nr.1 BGB n.F. (§ 11 Nr.1 AGBG a.F.), ist zweifelhaft, ob dies als strengeres Recht nach Art.8 zulässig ist; es könnte sich nämlich je nach Branche um nicht gerechtfertigte Handelsbeschränkungen, also um einen Verstoß gegen den EU-Vertrag handeln, weil die Nr.2 d hier die Wertung vorgibt, daß bei Preisindizes die Information der Verbraucher grundsätzlich ausreichend ist; vgl. auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2d, Rz.293.

³⁵⁸⁰ Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Anh.Nr.2d, Rz.211.

³⁵⁸¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh.Nr.2d, Rz.291.

3. Teil: Zusammenfassung

1. Die **rechtsvergleichende Betrachtung** hat eine große Bedeutung bei der Auslegung und Anwendung von EU-Richtlinien, bei der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts sowie bei der Vorlageverpflichtung iSd Art.234 EG-V. Sie stellt deshalb bei der vorliegenden Arbeit einen Schwerpunkt bei der Auslegung der Klauselrichtlinie und deren Anwendung auf Finanzprodukte dar (*1.Teil C*).
2. Der **Schutzzweck der Mißbräuchlichkeitskontrolle** (*1.Teil D*) ist schwer zu bestimmen, weil die Klauselrichtlinie ein Kompromiß zwischen den beiden konträren Grundkontrollsystemen deutscher und französischer Prägung darstellt, die vor Erlass der Richtlinie in Europa bekannt waren. Auch wenn die Klauselrichtlinie auf den ersten Blick primär den Zweck des Verbraucherschutzes verfolgt (Ausgleich der ungleichen Verhandlungsstärke aufgrund wirtschaftlicher und informationeller Unterlegenheit), kommt dem Fehlen eines Aushandelns als situativem Zusatzmoment eine wesentliche Bedeutung zu. Die Richtigkeitsgewähr des Vertrages ist aber selbst bei mangelnder Einflußmöglichkeit auf den Klauselinhalt erst dann nicht mehr gegeben, wenn Markt und Wettbewerb als Garanten für angemessene Vertragsbedingungen versagen. Hinsichtlich eines Großteils der Vertragsbedingungen liegt nach ökonomischer Betrachtung jedoch typischerweise ein Marktversagen aufgrund eines Informationsdefizits vor. Bei Nebenbestimmungen, die in der Praxis nur selten relevant werden (z.B. Regelungen hinsichtlich Leistungsstörungen), steht der Aufwand für Informationsbeschaffung und -verarbeitung als Voraussetzung für Gegenvorschläge oder für einen Vergleich mit konkurrierenden Anbietern außer Verhältnis zu dem erreichbaren Nutzen. Die meisten Vertragsbedingungen sind daher typischerweise nicht wettbewerbsrelevante Handlungsparameter der Marktteilnehmer. Entscheidende Motivation für die (heteronome) Mißbräuchlichkeitskontrolle durch staatliche Gerichte und Behörden ist also auch bei der Klauselrichtlinie der Ausgleich für eine fehlende Regulierung durch den Wettbewerb bzw. für eine fehlende (autonome) Selbstkontrolle. Dieser Gedanke kommt besonders in Art.4 II, 5 iVm Erwägungsgrund 20 zum Ausdruck. Die Klauselrichtlinie kombiniert das Schutz- und Informationsmodell.
3. In **persönlicher Hinsicht** ist die Klauselrichtlinie gemäß Art.1 I iVm Art.2 b,c auf Verbraucherverträge anwendbar (*2.Teil A I*). Eine Person wird nicht generell aufgrund bestimmter Merkmale statusbezogen als Verbraucher oder Gewerbetreibender eingeordnet, sondern entscheidend ist funktionsbezogen die Art bzw. der Zweck des Handelns einer Person im Marktgeschehen. Je nach Zweck des Geschäfts wird eine bereichsspezifische Geschäftserfahrenheit vermutet oder nicht. Dies gilt für einzelne natürliche Personen genauso wie für Zusammenschlüsse natürlicher Personen (GbR, nicht rechtsfähiger Verein). Fehlende Fachkenntnisse bezüglich des konkreten Geschäfts sind für den Anwendungsbereich genauso unbeachtlich wie Spezialkenntnisse. Die französische Abgrenzung nach dem „rapport direct“ mit der Möglichkeit des Schutzes eines Gewerbetreibenden wie ein Verbraucher bei atypischen oder branchenfremden Geschäften ist nicht auf die Klauselrichtlinie übertragbar. Die nationalen Regelungen

sind insoweit nicht einheitlich. Auch nach der Klauselrichtlinie sind aber Selbständige/Gewerbetreibende, die persönliche Risiken durch Personenversicherungen absichern (z.B. Berufsunfähigkeits-, Unfall-, Lebens- Krankenversicherung), als Verbraucher geschützt. Vorbereitungshandlungen wie z.B. Existenzgründungsdarlehen gelten noch als Verbrauchergeschäfte. Stellt man auf die bereichsspezifische Geschäftserfahrung ab, so ist ein Verbrauchergeschäft nur bei ausschließlich privater Zwecksetzung möglich – eine KfZ-Versicherung für einen privat und geschäftlich genutzten PKW fällt nicht in den Schutzbereich der Klauselrichtlinie. Die Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten sind hinsichtlich der gemischten Zwecksetzung („dual use“) nicht einheitlich. Bei Versicherungen kommt es für die Verbrauchereigenschaft auf die Person des Vertragspartners des Versicherers, also auf den Versicherungsnehmer an, nicht aber auf den (Mit-) Versicherten, die Gefahrsperson oder den Bezugsberechtigten. Im Wege der Einzelbetrachtung ist auf den jeweiligen Vertragspartner des Versicherers abzustellen. Ist eine Gruppenversicherung so gestaltet, daß nicht die Versicherten, sondern eine dritte Person Versicherungsnehmer wird, z.B. Arbeitgeber bei einer Direktversicherung zur (zusätzlichen) betrieblichen Altersversorgung in Form einer Lebensversicherung, so handelt es sich regelmäßig nicht um einen Verbrauchervertrag iSd Klauselrichtlinie, auch wenn die Versicherten als Verbraucher anzusehen sind.

Da gem. Art.2 c) auch der „öffentlich-rechtliche Bereich“ umfasst ist, gilt die Klauselrichtlinie auch für öffentlich-rechtliche Versicherer und jedenfalls dann auch für Satzungen öffentlich-rechtlicher Versicherer, wenn nach nationalen Regelungen ein Wahlrecht besteht, ob bestimmte Regelungen durch Vertragsbedingungen oder durch Satzung geregelt werden.

4. Der **sachliche Anwendungsbereich** (2.Teil A II) der Klauselrichtlinie erfaßt umfassend sämtliche Finanzdienstleistungen unter Einschluß von Kapitalmarkt- und Devisengeschäften (Art.1 I iVm Erwägungsgrund 10: „alle“). Dafür steht auch der Umkehrschluß aus der Nr.2 des Klauselanhangs. Der Begriff der Finanzdienstleistungen ist weit zu verstehen und umfaßt alle Dienstleistungen, die den Verbraucher in dessen Geldangelegenheiten unterstützen, also z.B. auf dem Gebiet der Geld- und Kapitalanlage, Vermögensverwaltung, Abwicklung von Zahlungsvorgängen, Beratung in finanziellen Angelegenheiten. Aus Nr.2 c) ist beispielsweise zu erkennen, daß auch Wertpapierbedingungen von schuldrechtlichen Papieren (z.B. Anleihen, Genuß- und Optionscheine) sowohl bei Selbst- als auch bei Fremdemission im Primär- und Sekundärhandel der Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen, wenn die sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Verbrauchereigenschaft des Anlegers, erfüllt sind und die Bedingungen nicht auf gesetzlichen Vorgaben beruhen (Art.1 II). Für die Verbrauchereigenschaft ist nicht auf den Ersterwerber, sondern auf den jeweiligen Anleger abzustellen. Es spricht einiges dafür, daß der Personenwechsel im Rahmen der Klauselrichtlinie auch über die Fälle der Nr.2 c) hinaus generell beachtlich ist. Bei Aktienemissionen werden die Verkaufsbedingungen, nicht aber die AG-Satzung von der Klauselrichtlinie erfasst. Da Erwägungsgrund 10 nur als Schlußfolgerung und nicht als eigenständige Regelung über den Richtlinientext hinaus verstanden werden kann, können von der

Richtlinie auch Verträge auf dem Gebiet des Arbeits- und Gesellschaftsrechts erfaßt werden, wenn die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind, so z.B. bei Verträgen des Privatanlegers und einer Publikums-KG. Auch Satzungsbestimmungen der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit fallen in den sachlichen Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie, soweit sie zumindest auch das versicherungsrechtliche Austauschverhältnis betreffen.

Bei Finanzprodukten liegen regelmäßig **vorformulierte Standardverträge iSd Art.3 II** vor; dieser Begriff umfasst auch AGB nach deutschem Verständnis. Bei Versicherungsverträgen gehören neben den AVB als Bedingungswerk auch die Sonder- und Zusatzbedingungen, die Bestimmungen über Tarife und Regelungen in Antragsformularen, die nach Antragannahme Vertragsbestandteil werden, zu den AGB. Eine Vorformulierung iSd Art.3 II liegt auch dann vor, wenn der Verbraucher eine Wahlmöglichkeit hat, z.B. bei Wahl zwischen verschiedenen Laufzeiten in Versicherungsantragsformularen. Der „Vorrang der nationalen Regelung“ nach **Art.1 II** gilt nach Sinn und Zweck nur bei **„Rechtsvorschriften“**, die eine abschließende Wertung des nationalen Gesetzgebers enthalten. Bei den halbzwingenden Regelungen des deutschen VVG, die nur eine äußerste Grenze des vertraglich Zulässigen enthalten, von dem nicht zu Lasten des Versicherungsnehmers abgewichen werden kann, liegen deshalb keine „Rechtsvorschriften“ iSd Art.1 II vor. **Art.4 II** kennzeichnet nicht den sachlichen Anwendungsbereich, sondern ist erst bei der logisch nachrangigen Prüfungsstufe des Gegenstands der inhaltlichen Kontrolle zu prüfen, die wiederum als Vorstufe zu der Mißbräuchlichkeitskontrolle zu sehen ist.

5. Sowohl aus der Klauselrichtlinie selbst, insbesondere aus dem Klauselkatalog im Anhang, als auch aus der rechtsvergleichenden Betrachtung ist zu schließen, daß der **kontrollfreie Bereich des Art.4 II** („Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-Leistungsverhältnis“ gemäß Erwägungsgrund 19, Satz 3 eng auszulegen ist und die vertragliche Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungen sowie deren Äquivalenzverhältnis umfaßt (2.Teil B). Die genaue Abgrenzung des Kontrollbereiches ist aus dem Richtlinienwortlaut nicht zu entnehmen. Der Rechtsvergleich zeigt, wie in den einzelnen Ländern das Verhältnis von Vertragsfreiheit bzw. Überlassung der Regulierung an Markt und Wettbewerb (Kontrollfreiheit) auf der einen Seite und Schutz des Kunden bzw. Verbraucher durch Inhaltskontrolle (Kontrollunterworfenheit) auf der anderen Seite beurteilt wird. Bis auf Skandinavien, wo von einem weniger marktbezogenen Schutzsystem als dem der Klauselrichtlinie ausgegangen wird, wird in keinem Mitgliedstaat außerhalb der äußersten Grenzen (laesio enormis, Wuchertatbestände, Sittenwidrigkeit, ordre public oder staatlichen Preisregelungen) der enge Bereich der Festlegung und Definition der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien inhaltlich kontrolliert. Typische Nebenbestimmungen wie Leistungsstörungen, Leistungsmodalitäten, Regelungen der Vertragsdurchführung und – abwicklung, Rechtsdurchsetzung, etc. sind dagegen der Inhaltskontrolle unterworfen. Da es in Deutschland, Österreich und den Niederlanden bereits vor Erlaß der Klauselrichtlinie aufgrund gesetzlicher Regelungen ein mit Art.4 II vergleichbares Anwendungs- und Auslegungsproblem gab,

können besonders die in diesen Ländern erarbeiteten Lösungen Anhaltspunkte für eine sachgerechte Lösung des Problems auch auf Gemeinschaftsebene bieten, insbesondere da das Verständnis des deutschen § 8 AGBG a.F. Vorbild für die Richtlinienregelung war. In allen drei Ländern wird übereinstimmend von der hL und im wesentlichen auch von der Rechtsprechung der kontrollfreie Bereich mit den essentialia negotii gleichgesetzt.

Bei Art.4 II ist der kontrollfreie Bereich nach Sinn und Zweck danach abzugrenzen, inwieweit von einer (autonomen) Selbstkontrolle bzw. von einem „kritischen Abwehrverhalten“ des Verbrauchers auszugehen ist (potentieller Klauselwettbewerb). Bei dem Bereich, den der Verbraucher zu der Grundlage seiner Auswahlentscheidung macht, genügt nach der Wertung des Art.4 II die Sicherstellung der Markttransparenz (Transparenzkontrolle statt Inhaltskontrolle). Die Abgrenzung nach Art.4 II erfolgt in zwei Schritten. Als Mindestmaß wird der Verbraucher typischerweise die essentialia in seine Auswahlentscheidung mit einbeziehen, jedenfalls ist ihm insoweit eine Information und Selbstkontrolle zuzumuten (1.Schritt: Mindestmaß an Kontrollfreiheit). Bei typischen Nebenbestimmungen, die bei störungsfreier Vertragsdurchführung regelmäßig nicht zur Anwendung gelangen, liegt dagegen eine nach ökonomischer Betrachtung berechnete Unaufmerksamkeit des Verbrauchers vor. In den meisten Fällen führt also die Abgrenzung nach den essentialia und danach, was der Verbraucher nach ökonomischen Gesichtspunkten in seine Auswahlentscheidung einbezieht, zu dem gleichen Ergebnis. Die Klauselrichtlinie ist aber mit Art.4 II nicht auf das Mindestmaß der Kontrollfreiheit von essentialia negotii beschränkt, sondern gilt auch über diesen wesentlichen Teil der Hauptleistungen hinaus für sonstige leistungsbeschreibende Klauseln, bei denen ein „kritisches Abwehrverhalten“ des Verbrauchers und damit eine Regulierung durch den Wettbewerb stattfindet (2.Schritt: Kontrollfreiheit auch bei fehlender Kontrollbedürftigkeit). Dies gilt z.B. für Laufzeitklauseln bei Emissionsbedingungen. Eine fehlende Kontrollbedürftigkeit ist im wesentlichen bei solchen Klauseln anzunehmen, die einen bestimmten Vertragstyp ausmachen und diesen von anderen Verträgen abgrenzen. Außerdem sind solche Inhalte, die nach der Verkehrsanschauung mit einem bestimmten Vertragstyp und dessen schlagwortartiger Produktbezeichnung verbunden und daher „von jedem verständigen Marktteilnehmer“ in die Auswahl einbezogen werden, kontrollfrei.

Anders als z.B. die Formulierung des deutschen § 8 AGBG a.F. (§307 III 1 BGB n.F.) nahelegt und auch zum Teil von der Literatur und Rechtsprechung vertreten wird, kommt es auf Richtlinienebene bei der Bestimmung des kontrollfreien Bereiches des Art.4 II nicht auf die formale Abgrenzung nach einem Abweichen oder Ergänzen von gesetzlichen Regelungen und anderen Rechtsvorschriften an. Aus anderen europäischen Richtlinien, die positive Informations- und Aufklärungspflichten vorsehen (z.B. VerbraucherkreditRL, ÜberweisungsRL, FernabsatzRL für Finanzdienstleistungen), können aufgrund des dogmatisch anderen Ansatzes keine Rückschlüsse auf den kontrollfreien Bereich nach Art.4 II gezogen werden.

Der Nachsatz des Art.4 II kann trotz des mißverständlichen Wortlautes nicht dahingehend verstanden werden, daß im Falle der Intransparenz auch Hauptgegenstand des Vertrages und Preis-Leistungs-Verhältnis der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle unterliegen. Vielmehr soll der Nachsatz lediglich klarstellen, daß das Transparenzgebot des Art.5 auch für die im übrigen kontrollfreien Klauseln gilt. Der Art.4 II ist schon aus diesem Grund keine überflüssige Regelung, weil dies in einigen Ländern nicht in dieser Weise galt. Aus Art. 4 I iVm Erwägungsgrund 19 Satz 2 kann nicht geschlossen werden, daß allgemein das Preisargument zulässig ist, auch wenn dies in einigen Ländern gängige Rechtsanwendungspraxis ist. Diese Regelung ist so auszulegen, daß der Preis nur in Ausnahmefällen bei der Mißbräuchlichkeitskontrolle berücksichtigt werden kann, z.B. bei Wahlmöglichkeiten zwischen nachteiligeren Bedingungen zu einem geringeren Preis und günstigeren Bedingungen zu einem höheren Preis.

6. Die Frage des **Kontrollumfangs von Versicherungsbedingungen** (2.Teil C I und II) hat im Zuge der Liberalisierung und Deregulierung des europäischen Versicherungsmarktes zumindest in den Ländern, die vorher eine Genehmigungspflicht für AVB durch Aufsichtsbehörden vorsahen, an Bedeutung gewonnen. Bei Beurteilung der Frage, was nach Art.4 II „Hauptgegenstand“ des Versicherungsvertrages ist, müssen die Eigenschaft der Versicherung als sog. Rechtsprodukt und sonstige Besonderheiten (z.B. Erfahrungsgut mit Vertrauenscharakter) berücksichtigt werden, die eine besondere Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer auch bei risiko- und sonstigen leistungsbeschreibenden Versicherungsbedingungen zur Folge haben.

Außerhalb des „sensiblen“ Bereichs der unmittelbaren Leistungsbeschreibungen, insbesondere der Risikobeschreibungen und Obliegenheiten, besteht in den einzelnen Mitgliedstaaten weitgehend Einigkeit dahingehend, daß typische Nebenabreden ohne direkten Hauptleistungsbezug („echte AGB“), wie z.B. Änderungsklauseln, Kündigungsrechte, Verlängerungsklauseln, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, auch bei Versicherungsverträgen als Rechtsprodukt der inhaltlichen Kontrolle unterfallen. Genauso besteht weitgehend Einigkeit dahingehend, daß zwar die Prämienhöhe als solche, nicht aber Prämienanpassungsklauseln der inhaltlichen Kontrolle entzogen sind.

Bei dem eigentlich interessanten Bereich der (Haupt)leistungs- und Produktbeschreibungen, insbesondere der Risikobeschreibungen und Obliegenheiten, ist festzuhalten, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten weder vor noch nach Umsetzung der Klauselrichtlinie eine Übereinstimmung hinsichtlich des Kontrollbereiches besteht. Dabei ist zu beobachten, daß es bis auf die skandinavischen Länder, die generell eine umfassende Kontrolle auch von Hauptleistungen vorsehen, letztlich in allen Ländern auf die gleiche abstrakte Abgrenzungsfrage ankommt, welche Versicherungsbedingungen noch zu den kontrollfreien Leistungsbeschreibungen bzw. –definitionen als Begründung und Abgrenzung der Leistungspflicht zu zählen sind und bei welchen Klauseln bereits kontrollunterworfenen Leistungs- bzw. Haftungseinschränkungen anzunehmen sind. Trotz dieser vergleichbaren Ausgangsfrage sind die Ergebnisse in den einzelnen Ländern völlig unterschiedlich.

In der Mehrzahl der Länder³⁵⁸² findet eine nahezu umfassende Kontrolle von Risiko- und Deckungsbeschränkungen statt, so daß für den kontrollfreien Bereich nur noch ein enger Kernbereich der schlagwortartigen Bezeichnung des Versicherungstyps, der allgemeinsten Umschreibung der versicherten Gefahr, des versicherten Interesses und des versicherten Gegenstands/der versicherten Person übrig bleibt. Mit ganz vereinzelt Ausnahmen werden alle über die allgemeinste Festlegung des Versicherungsfalles hinausgehenden Beschreibungen und Definitionen von unbestimmten Begriffen inhaltlich kontrolliert³⁵⁸³. Es gibt aber auch einige Länder³⁵⁸⁴, die auch noch nach Umsetzung der Richtlinie einen sehr weiten kontrollfreien Raum bei Versicherungsbedingungen vorsehen, indem sie Risiko- und Deckungsbeschränkungen sowie teilweise auch Obliegenheiten als Festlegung des versicherten Risikos und damit des Vertragsgegenstandes der Privatautonomie überlassen. Nicht-gefahrbezogene Obliegenheiten werden immer kontrolliert, allgemein werden Anzeige- und Informationspflichten absolut überwiegend der inhaltlichen Kontrolle unterworfen. Teilweise waren die nationalen Gesetzgeber sehr zurückhaltend und nahmen Versicherungsverträge vor Umsetzung der Klauselrichtlinie von dem Anwendungsbereich von Kontrollgesetz aus oder unterwarfen sie nur der Einbeziehungskontrolle. Auch in den Ländern, die eine Inhaltskontrolle kennen, ist teilweise zu beobachten, daß besonders vor Richtlinienumsetzung hauptsächlich Rechtsprechung zur Einbeziehung und Auslegung vorhanden ist.

Häufig wird in Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig zwischen den beiden unterschiedlichen Prüfungsstufen der Kontrollfähigkeit und der eigentlichen Inhaltskontrolle unterschieden. Insbesondere die Abgrenzung nach berechtigten Deckungserwartungen, bei der der Teil, auf den sich diese Erwartungen nach Treu und Glauben stützen, nur Maßstab der Inhaltskontrolle, nicht aber selbst Gegenstand der Inhaltskontrolle sind, birgt die Gefahr einer Vermischung der Kontrollfähigkeit und der Inhaltskontrolle. Denn dies führt häufig dazu, daß Klauseln, die für unangemessen gehalten werden, weil sie von den berechtigten Deckungserwartungen abweichen, kontrolliert werden, ohne vorher getrennt die Kontrollfähigkeit zu prüfen. Die berechtigten Erwartungen und der Grundsatz von Treu und Glauben werden erst auf der Stufe der inhaltlichen Kontrolle relevant.

Hinsichtlich der Risikobeschreibungen, insbesondere der Risikoausschlüsse, wird in vielen Ländern – teilweise durch Rechtsvorschriften, aber auch durch Literatur und Rechtsprechung - besonderer Wert auf deren Transparenz und Information des Versicherungsnehmers gelegt, wobei die Transparenzkontrolle teilweise einer Inhaltskontrolle vorgezogen wird. Zum Teil finden sich auch Ansatzpunkte hinsichtlich einer Transparenzprüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle.

³⁵⁸² Z.B. Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg, Tendenz in Portugal, Frankreich (Code de la Consommation), Spanien (allerdings uneinheitliche Rechtsprechung), besonders umfassende Kontrolle auch der Hauptleistungen in den skandinavischen Ländern – in Finnland, Frankreich und Spanien sind allerdings nach Umsetzung der Richtlinie Tendenzen zu einem weiteren kontrollfreien Bereich zu erkennen.

³⁵⁸³ Z.B. Deutschland und Griechenland; Ausnahme: z.T. in Spanien.

³⁵⁸⁴ So z.B. Italien, Großbritannien, sowie Tendenz in den Niederlanden.

In der Rechtsprechung der einzelnen Länder ist auffällig, daß sehr selten auf den Art.4 II, die entsprechende nationale Umsetzungsregel, oder Satz 3 des 19. Erwägungsgrundes eingegangen wird. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist und auch nach Umsetzung der Richtlinie ist in den meisten Ländern keine Änderung der Rechtsprechung zu erkennen; wenn überhaupt, dann geht die Tendenz der Literatur und der Rechtsprechung in einigen Ländern, die vor Erlaß der Richtlinie eine umfassende Inhaltskontrolle durchführten, dahin, nun einen weiteren kontrollfreien Bereich, insbesondere bei Risikoabschlüssen, anzunehmen³⁵⁸⁵.

7. Der **kontrollfreie Bereich bei Versicherungsverträgen nach der Klauselrichtlinie nach Art.4 II iVm 19.EG Satz 3 (2.Teil C III)** muss eng ausgelegt werden. Aus dem Rechtsvergleich ist lediglich ein kleinster gemeinsamer Nenner hinsichtlich eines kontrollfreien Kernbereichs der essentialia erkennbar; darüber hinaus können auch im Wege des wertenden Rechtsvergleichs keine allgemeinen Grundsätze entwickelt werden. Der Satz 3 des 19.Erwägungsgrundes definiert, was bei Versicherungsverträgen als kontrollfreier „Hauptgegenstand“ anzusehen ist. Dabei ist der Erwägungsgrund, der insbesondere nach dem englischen Wortlaut eine Kontrollfreiheit sämtlicher leistungs- und risikobeschreibender Versicherungsbedingungen nahelegt, nach den für Art.4 II entwickelten Grundsätzen, Sinn und Zweck der Klauselkontrolle und aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit von Versicherungsnehmern einschränkend auszulegen. Aus dem verstärkten Verbraucherschutz auf europäischer Ebene durch Wettbewerb, Informationspflichten und Vermittlung im Versicherungsbereich kann nicht auf eine geringere Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer bezüglich einer inhaltlichen Klauselkontrolle geschlossen werden. Die Orientierung an dem „maritimen Aufsichtsmodell“, dessen Hauptvertreter Großbritannien ist, bedeutet nicht zugleich eine Orientierung an der dort befürworteten Kontrollfreiheit risiko- und leistungsbeschreibender Versicherungsbedingungen. Die Gegenstände der Informations- und Aufklärungspflichten der versicherungsrechtlichen Richtlinien können aufgrund dogmatischer Unterschiede im Vergleich zu dem Ansatz der Klauselrichtlinie nicht als Konkretisierung des kontrollfreien Hauptgegenstand iSd Art.4 II bei Versicherungsverträgen herangezogen werden. Voraussetzungen der Kontrollfreiheit sind nach Satz 3 des 19.EG Deutlichkeit und erkennbare Prämienberücksichtigung

Abzugrenzen ist danach, inwieweit von einem potentiellen Klauselwettbewerb bzw. einem „kritischen Abwehrverhalten“ des durchschnittlichen Versicherungsnehmers auszugehen ist. Typische Nebenabreden ohne unmittelbaren Leistungsbezug sind kontrollunterworfen. Als Mindestmaß sind in einem ersten Schritt die essentialia negotii des jeweiligen Versicherungstyps kontrollfrei. Das ist im wesentlichen auch der gemeinsame Nenner aus dem Rechtsvergleich. Essentialia sind neben den unproblematischen Festlegungen der Vertragsparteien und der Prämienhöhe die vertragstypkonstituierende allgemeinste Festlegung der Hauptleistung des Versicherers und des Risikos, auf dessen Verwirklichung sie sich bezieht. Dazu gehören jedenfalls die schlagwortartige Bezeichnung der Versicherungsart („Unfallversicherung“, „Krankheitskostenversich e-

³⁵⁸⁵ So z.B. in Spanien, Deutschland (Lit.), Griechenland, Finnland, nur vereinzelt Frankreich.

rung“) sowie die allgemeinste Umschreibung der versicherten Gefahr bzw. des Versicherungsfalles („Kostenübernahme für notwendige Heilbehandlungen wegen Krankheit und Unfall“). Außerdem zählen die Bestimmung des versicherten Gegenstands/der versicherten Person, und – bei der Schadensversicherung – das versicherte Interesse und der Versicherungswert, sowie die zu zahlende Geldleistung (bei der Summenversicherung die Versicherungssumme) zu den kontrollfreien essentialia negotii. Die nähere Definition der unbestimmten Begriffe in der allgemeinsten Umschreibung des Versicherungsfalles wie z.B. „Unfall“, „Krankheit“ etc. sind nur dann kontrollfrei, wenn sie lediglich eine begriffsnotwendige Festlegung behinhalten und sich deshalb bereits aus der schlagwortartigen Produktbezeichnung oder aus der allgemeinsten Beschreibung ergeben, die der Versicherungsnehmer in seine Auswahlentscheidung mit einbezieht. Bei einer Unfallversicherung können neben der Festlegung des Unfalls als Versicherungsfall grundsätzlich auch die Bestimmungen der leistungsbegründenden Folgen wie z.B. Invalidität oder Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als vertragstypkonstituierende Merkmale kontrollfrei sein. Voraussetzung für die Kontrollfreiheit ist aber die Deutlichkeit iSd Satzes 3 des 19.Erwägungsgrundes. Daher ist nur dann zu erwarten, daß der Versicherungsnehmer diese Einschränkung in seine Wahl des Versicherungstyps Unfallversicherung statt etwa Kranken- oder Lebensversicherung einbezieht, wenn sie bereits in der schlagwortartigen Produktbezeichnung oder der allgemeinsten Umschreibung des versicherten Risikos zu Beginn der Versicherung situiert sind.

In einem zweiten Schritt sind nach Satz 3 des 19.Erwägungsgrundes auch über den Bereich der essentialia negotii hinaus risiko- und leistungsbeschreibende Klauseln kontrollfrei, die dem Klauselwettbewerb unterliegen (fehlende Kontrollbedürftigkeit). Dazu zählen z.B. Laufzeitklauseln, aber auch Risiko- und Deckungsbeschränkungen, wenn sie aufgrund von Tarifwahlmöglichkeiten von dem Verbraucher in seine Auswahlentscheidung einbezogen werden (müssen) und Deutlichkeit gegeben ist. Damit steht auch der Satz 3 des 19.Erwägungsgrundes dafür, daß der kontrollfreie Bereich des Art.4 II nicht zwangsläufig auf essentialia negotii beschränkt ist.

Da Art.4 II der Klauselrichtlinie festlegt, inwieweit die Informationsmöglichkeit durch transparente Klauseln (Transparenzmodell) statt einer Mißbräuchlichkeitskontrolle des Klauselinhalts (Verbotsmodell) ausreichend ist, verstößt ein strengeres nationales Verständnis, also ein umfassenderer Kontrollbereich (wie z.B. in Deutschland), bei grenzüberschreitenden Versicherungsverträgen gegen die Dienstleistungsfreiheit.

8. Das **Transparenzgebot in Art.4 II, 5 (2.Teil D)** hat gerade bei komplexen Finanzprodukten eine besondere Bedeutung. Da es sich häufig um komplizierte technische und wirtschaftliche Zusammenhänge handelt, ist das Transparenzgebot zugleich durch das Transparenzgebot selbst beschränkt, d.h. es darf nicht eine zu genaue Darstellung verlangt werden, weil auch durch eine unüberschaubare „Informationsflut“ eine Intransparenz entstehen kann. Das Transparenzgebot gilt nur innerhalb des Möglichen und Zumutbaren.

Die meisten Mitgliedstaaten kannten vor Erlass der Klauselrichtlinie Transparenzerwägungen bei Einbeziehung und Auslegung, allein in Deutschland war die Transparenz auch im Rahmen der inhaltlichen Kontrolle nach der Generalklausel als feststehender Prüfungsgrundsatz anerkannt und ständige Rechtsprechung. Das Transparenzgebot der Richtlinie muß dem Schutzzweck entsprechend so in nationales Recht umgesetzt werden, daß es zumindest auch bei der inhaltlichen Kontrolle eine Rolle spielt. Unabhängig davon, ob man das Transparenzgebot als ein eigenständiges Prinzip bezeichnet oder als besonders geregelten Fall der Mißbräuchlichkeit, sind intransparente Klauseln - soweit sie nicht nach Art.5 Satz 2 günstig ausgelegt werden können - per se unabhängig von einem zusätzlichen inhaltlichen Mißverhältnis iSd Art.3 I für den Verbraucher unverbindlich. Art.1 II muß nach Sinn und Zweck einschränkend so ausgelegt werden, daß er neben der allgemeinen Mißbräuchlichkeitskontrolle nur dann auch die Geltung des Transparenzgebotes in Art.5 ausschließt, wenn eine Klausel für den Durchschnittsverbraucher des konkreten Vertragstyps in klarer und verständlicher Weise mit einer nationalen Rechtsvorschrift übereinstimmt. Das Transparenzgebot gilt trotz des eingeschränkten Wortlauts des Art.5 („schriftlich“) auch für Klauseln in elektronischen Medien, also für elektronisch gespeicherte Texte, die auf dem Bildschirm abrufbar sind.

Erforderlich ist Rechts- und Preisklarheit. Im Einzelnen enthält das Transparenzgebot das Gebot der Klarheit, der Verständlichkeit, der Kenntnisnahmemöglichkeit und das Irreführungsverbot. Dabei ist abgesehen von vorformulierten Einzelverträgen grundsätzlich auf die Verständnismöglichkeiten des für die Vertragsart typischen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Art.4 I ist generell im Hinblick auf Art.5 nur eingeschränkt anwendbar. Gesonderte schriftliche Hinweise und Erläuterungen außerhalb des Klauseltextes werden z.B. nur in seltenen Ausnahmefällen relevant, etwa wenn sie geschäftsübliche Fachbegriffe oder bei komplexen Finanzprodukten technische und wirtschaftliche Hintergründe erläutern, insbesondere dann, wenn bestimmte Informationen durch Richtlinien als notwendig und nützlich bewertet werden, z.B. in Art.11 I 5. Spiegelstrich der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie. Auch bei einer Tabelle der Rückkaufswerte bei der Kapitallebensversicherung handelt es sich nach gemeinschaftsrechtlicher Wertung der Vierten RL Leben 2002/83/EG um eine grundsätzlich beachtenswerte Zusatzinformation.

Im Hinblick auf das Klarheits- und Bestimmtheitsgebot ist besonders darauf hinzuweisen, daß dieses Gebot von mehreren nationalen Gesetzen als Wirksamkeitsvoraussetzung für Versicherungsbedingungen aufgestellt wird, z.B. Art.113-1 des französischen Codes des assurances, nach dem Risikoausschlüsse „formelle et limitée“ (ausdrücklich und begrenzt) sein müssen. Die hierzu erfolgte nationale Rechtsprechung ist auch auf europäischer Ebene mitzubeherrschenden. Hinsichtlich der einseitigen Änderungsmöglichkeiten, z.B. Zinsanpassungsklauseln, sind die Besonderheiten der Nr.2 des Richtlinienanhangs zu berücksichtigen. Bei der Verständlichkeit muß grundsätzlich auf den juristischen Laien abgestellt werden. Allerdings sind Fachtermini bei komplexen Finanzprodukten kaum vermeidbar; hier muß je nach Einzelfall des konkreten Vertragstyps entschieden werden, inwieweit eine verständlichere Abfassung überhaupt möglich

gewesen wäre und ob das gesamte Vertragswerk bei ausführlicherer Darstellung noch klar und verständlich ist (eine Reisegepäckversicherung ist leichter darzustellen als z.B. eine Kapitallebensversicherung). Eine Grundgefahr einer vereinfachten Sprache besteht insbesondere bei Rechtsprodukten wie Versicherungen darin, daß u.U. der Umfang des übernommenen Risikos größer wird als gewollt. Die dadurch entstehenden Mehrkosten würden wiederum auf den Versicherungsnehmer abgewälzt werden. Verhüllte Obliegenheiten sind nicht per se intransparent.

Da die Klauselrichtlinie grundsätzlich bei einer „negativen“ Kontrolle von Vertragsklauseln ansetzt, können aus dem Transparenzgebot keine umfassenden positiven Aufklärungs-, Vollständigkeits- und Informationspflichten abgeleitet werden. Die Informationspflichten anderer Richtlinien (darunter z.B. Verbraucherkredit-RL, Überweisungs-RL, Dritte RL Leben bzw. nunmehr Vierte RL Leben, Dritte RL Schaden, RL über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, etc.) können nicht zur Konkretisierung der Verständlichkeit iSd Art.4 II, 5 der Klauselrichtlinie herangezogen werden. Die Klauselrichtlinie folgt einem dogmatisch anderen Ansatz und die Transparenz der Klauselrichtlinie setzt auf einem niedrigeren Niveau an als die anderen Richtlinien, ohne konkrete Klauselgestaltungen vorzugeben. Das Transparenzgebot setzt schwerpunktmäßig bei dem „Wie“ und nicht – wie die Spezialrichtlinien – bei dem „Ob“ der Information an.

In gewissem Maße können aus dem Transparenzgebot aber – aus dem Gesichtspunkt der Durchschaubarkeit – Erläuterungs- und Hinweispflichten bezüglich wirtschaftlicher Nachteile abgeleitet werden, was z.B. im Hinblick auf die Transparenz von Hypothekarkredit- und Kapitallebensversicherungsverträgen relevant wird. Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu prüfen, ob abstrakt ein besonderes Informationsbedürfnis des Verbrauchers vorliegt, welches höhere Transparenzanforderungen rechtfertigt. Abzustellen ist dann auf den Vertragstyp (Komplexität und Neuheit), die Wichtigkeit der Klausel und Erheblichkeit des wirtschaftlichen Nachteils. Zugunsten des Gewerbetreibenden sind die allgemeinen Schranken des Transparenzgebotes inklusive der äußersten Grenze der produktimmanenten Intransparenz zu beachten. Auch die Transparenzanforderungen hinsichtlich des Preises sind daran zu messen, was ein Kunde benötigt, um die Möglichkeit eines sachgerechten Produktvergleiches zu haben. Es genügt hierbei grundsätzlich die Angabe des Gesamtpreises für ein einheitliches Produkt.

9. Für die **Mißbräuchlichkeitskontrolle** (2. Teil E) sind grundsätzlich europäisch-autonome **Wertungsmaßstäbe** zu ermitteln. Die Konkretisierungsbefugnis fällt insoweit als Auslegung von Gemeinschaftsrecht in die Kompetenz des EuGH. Der EuGH ist dabei nicht auf die Festlegung von wesentlichen Grundsatzfragen und Leitlinien beschränkt, sondern kann in gewissen Grenzen auch fallbezogene Vorgaben machen. Er darf aber nicht den Ausgangsfall entscheiden, etwa indem er Tatsachenfeststellungen trifft oder eine konkret-individuelle Prüfung nach Art.4 I vornimmt. Für die Konkretisierung der Generalklausel sind zunächst die Vorgaben der Klauselrichtlinie selbst, insbesondere die Klauselliste des Anhangs von Bedeutung, bei Klauseln iSd Nr. 1 ist

von einer „Regel-Mißbräuchlichkeit“ auszugehen. Bei Finanzdienstleistungen ist aber zu berücksichtigen, daß die Nr.2 des Anhangs Sonderregelungen vorsieht, die den Anwendungsbereich der Nr.1 einschränken und damit diese Vermutungswirkung beseitigen. Der Grund für die erleichterten Maßstäbe für Erbringer von Finanzdienstleistungen liegt in dem besonders schützenswerten Interesse dieser Personengruppe an Flexibilität und Anpassung an die veränderten Gegebenheiten des Marktes; zumal es sich regelmäßig um Dauerschuldverhältnisse handelt. Die erleichterte fristlose Beendigungsmöglichkeit des Finanzdienstleisters nach Nr.2 a) wird dadurch gerechtfertigt, daß finanzielle Dienstleistungen besonders „sensible“ Geschäfte mit erhöhter Störanfälligkeit sind, bei denen die Vertragspartner besonders auf gegenseitiges Vertrauen angewiesen sind, z.B. wahrheitsgemäße Angaben bei Versicherungsverträgen als Grundlage für Risikokalkulationen. Der Grund für die einseitigen Änderungsmöglichkeiten der Nr.2 b) liegt darin, daß der Finanzdienstleister bei Änderung der Refinanzierungskosten oder sonstiger Kosten (z.B.Lohnkosten), und generell bei Dauerschuldverhältnissen bei veränderten Umständen (z.B. bei VV eine gesteigerte Schadenshäufigkeit), nicht das alleinige Risiko tragen soll. Gleiches gilt für das Marktrisiko: auch bei Kapitalmarkt- und Devisengeschäften iSd Nr.2 c) besteht ein besonderes Interesse des Gewerbetreibenden, sich den neuen Marktsituationen, die er nicht beeinflussen kann, flexibel anzupassen und das Kurs- und Währungsrisiko zumindest teilweise auf den Kunden „als den eigentlichen Nutzer“ abzuwälzen.

Neben der Klauselliste im Anhang können auch andere Richtlinien, Rechtsverordnungen, Empfehlungen etc. Leitbilder für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit darstellen, insbesondere soweit sie schuldrechtliche Regelungen enthalten. Im Bereich der Finanzprodukte sind daher die schuldvertraglichen Regelungen von Richtlinien, Verordnungen und Empfehlungen auf dem Gebiet der Bank-, Kredit- und Zahlungsgeschäfte (Commercial Banking), der Kapitalanlage (Investment Banking) und der Versicherungen zu beachten. Auch aus zwingenden Regelungen können unter bestimmten Voraussetzungen gemeinschaftsrechtliche Wertungen für einen Kontrollmaßstab der Mißbräuchlichkeitskontrolle abgeleitet werden. Für Versicherungsbedingungen ist außerdem die „schwarze Liste“ der Gruppenfreistellungsverordnung für die Versicherungswirtschaft Nr.358/2003 zu beachten; allerdings muß beachtet werden, daß die Gruppenfreistellungsverordnung trotz individualschützender Aspekte hauptsächlich wettbewerbsrechtliche Ziele verfolgt. So sind z.B. die Verbote hinsichtlich einseitiger Änderungsklauseln und von bestimmten Laufzeitklauseln nicht auf die Klauselrichtlinie übertragbar. Des Weiteren können die aus dem Rechtsvergleich gewonnenen allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Konkretisierung der Generalklausel herangezogen werden. Nicht zu berücksichtigen sind dagegen die bezüglich Art.81 II a EGV („unangemessene Geschäftsbedingungen“) entwickelten Grundsätze.

