

# Versicherungsrecht

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

## Mit Beilage Ausland Heft 2

### Aufsätze

VersR 99, 389 – 432

*Weber, Dr. Reinhold*

Schadensersatzrechtliche Folgen der Geburt eines unerwünschten Kindes?

389

*Staudinger, Dr. Ansgar*

Die Kontrolle grenzüberschreitender Versicherungsverträge anhand des AGBG

401

*Fausten, Thomas*

Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen

413

*Bender, Dr. Albrecht W.*

Organtransplantation und AMG

419

### Tagungsberichte

Dauer und Anpassung von Versicherungsverträgen im Interessenwiderstreit

424

### Aus der Arbeit der Parlamente

426

### Bücher

427

### Literaturhinweise

430

50. Jahrgang

1. April 1999

# 10

Schweitzer Sortiment D-80295 München

14456100- 21596-02/

Bote

1 Stück

**Bay.Rückversicherung AG**  
Bibliothek \*  
Sederanger 4-6

80538 München

**Fach: 242**

 Verlag  
Versicherungswirtschaft

gemeinschaftsrechtskonformen<sup>218</sup> Interpretation und damit eine Unbeachtlichkeit nationaler Auslegungsschranken wie Wortlaut und Ratio legis<sup>219</sup>. Bei Wahl eines Mitgliedstaatenrechts entfällt daher eine Sonderanknüpfung nach § 12 AGBG.

### 7. Ergebnis

Bei grenzüberschreitenden VV, für die kraft subjektiver Anknüpfung nach dem EGVVG ein mitgliedstaatliches Statut gilt, steht Art. 59 Abs. 1 EGV einer Klauselkontrolle nach § 12 AGBG entgegen. Für diesen Fall ist auch ein Rückgriff auf Art. 29 Abs. 1 EGBGB im Anwendungsbereich von § 12 AGBG aus Konkurrenzgründen ausge-

schlossen<sup>220</sup>. Soweit VR und VN ein Drittstaatenrecht vereinbaren, begegnet die Sonderanknüpfung nach § 12 AGBG dagegen keinen primärrechtlichen Bedenken. Der Bild von § 12 AGBG als neuer Speerspitze im Bereich der AVB-Kontrolle bedarf somit einer Korrektur. Zielrichtung ist allein das Drittstaatenrecht, innerhalb des Binnenmarktes bleibt § 12 AGBG als Waffe zum Schutz der VN stumpf.

218 Zum Begriff *Ehrlicke* RabelsZ 59 (1995), 598 (603 f.).

219 *Ehrlicke* RabelsZ 59 (1995), 598 (633 ff.).

220 Zum Vorrang des § 12 AGBG vor Art. 29 Abs. 1 EGBGB s. unter C III 2 d.

## Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen

### – Eine Betrachtung zu § 8 AGBG unter Berücksichtigung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen –

Thomas Fausten, Rechtsanwalt, Bad Abbach

#### I. Einleitung und Problemstellung

Der Beitrag konzentriert sich auf die Frage, inwieweit es möglich ist, Risikoausschlüsse und -begrenzungen in Versicherungsverträgen der Vorschrift des § 8 AGBG zuzuordnen und somit einer Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG zu entziehen, sofern die genannten Einschränkungen des Versicherungsschutzes bei der Prämienkalkulation durch den Versicherer positiv berücksichtigt wurden. Die Problematik wurde zuletzt erneut thematisiert<sup>1</sup>, hingegen noch nicht einer eindeutigen Beantwortung zugeführt. In Abwägung von Verbraucherschutz und Dienstleistungsfreiheit werden in diesem Aufsatz die Bedingungen herausgearbeitet, unter denen auf Grundlage der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>2</sup> eine Beschränkung der in der Vergangenheit sehr umfassend vorgenommenen Inhaltskontrolle möglich sein sollte.

Zur Inhaltskontrolle von AVB ist bisher eine sehr umfangreiche Literatur<sup>3</sup> erschienen; nicht minder groß ist die Zahl der einschlägigen Judikatur<sup>4</sup>.

Gerichtliche Auseinandersetzungen über AVB konzentrieren sich zumeist auf die Vorschriften der §§ 3, 5 und 9 AGBG. Während jedoch die Anwendung von §§ 3 und 5 AGBG auf AVB-Klauseln direkt erfolgen kann, muß einer Anwendung der §§ 9 bis 11 AGBG stets die Prüfung vorangehen, ob die fragliche Klausel nicht nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen ist<sup>5</sup>. § 8 AGBG normiert, daß die §§ 9 bis 11 AGBG nur für solche Bestimmungen in AGB gelten, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Für den Bereich der AVB sind hier insbesondere die sogenannten Leistungsbeschreibungen zu nennen.

Unter Leistungsbeschreibungen wird in der Literatur die Festlegung der Kriterien des Versicherungsschutzes im Hinblick auf die versicherten Gefahren verstanden<sup>6</sup>. Sie dienen der Spezifizierung des versicherten Risikos<sup>7</sup> und werden daher auch oft synonym<sup>8</sup> als „Risikobeschreibungen“ bezeichnet. Während die vorgenannten Begriffe inhaltlich wenig umstritten sind, wird die Frage nach einem kontrollfreien Raum von leistungsbeschreibenden AVB um so heftiger und besonders kontrovers diskutiert<sup>9</sup>.

Der BGH befaßte sich erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1993<sup>10</sup> mit der Bedeutung des § 8 AGBG

- 1 Vgl. Karlsruher Forum 1997 mit diesbezüglichen Diskussionsbeiträgen von *E. Lorenz* (S. 1 [5 ff.] und 96 f.), *Hübner* (S. 43 [57 ff.] und 97 f.), *Ulmer* (S. 98 f.) und *Römer* (S. 95 f.); ebenso *Kieninger* VersR 98, 1071 (zugleich Anm. zu OLG Hamburg vom 11. 3. 1998 – 5 U 211/96 – VersR 98, 627). Grundlegend hierzu bereits *Römer* in *Recht und Ökonomie der Versicherung – Festschrift für Egon Lorenz* – 1994 S. 449 sowie die Beiträge von *Bundschuh* und *Schirmer* in *Symposium AGB und AVB 1993*.
- 2 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ABIEG Nr. L 95 vom 21. 4. 1993 S. 23 ff.
- 3 Vgl. hierzu u. a. den Überblick bei *Prölss/Martin*, VVG 26. Aufl. Vorbem. I Rdn. 45; hervorzuheben sind insbesondere auch die Dissertationen von *Flick*, *Die Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach § 8 AGBG 1984* und *van de Loo*, *Die Angemessenheitskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach dem AGB-Gesetz 1987*.
- 4 Vgl. z. B. die Übersichten in *Palandt/Heinrichs*, BGB 58. Aufl. § 3 AGBG Rdn. 9; *Prölss/Martin* aaO (Fn. 3) Vorbem. I Rdn. 37 ff. und 45 sowie *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG 8. Aufl. § 3 Rdn. 44 und § 9 Rdn. 38 ff. und 101 ff.; zuletzt instruktiv LG Hamburg vom 15. 5. 1998 – 324 O 637/96 – VersR 98, 877 betreffend die AVB für die Kapitallebensversicherung und OLG Hamburg vom 11. 3. 1998 – 5 U 211/96 – VersR 98, 627. Eine übersichtliche Zusammenstellung einschlägiger Urteile findet sich – kritisch angemerkt – auch bei *Römer* in *Festschrift für Egon Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 451 ff.
- 5 Vgl. *Palandt/Heinrichs* aaO (Fn. 4) § 8 AGBG Rdn. 1; *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO (Fn. 4) § 9 Rdn. 6 und 15 sowie *Löwe* in *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGBG 1. Aufl. § 8 Rdn. 1 ff.; zu dieser systematisch wichtigen und in der Rechtsprechung nur wenig beachteten Vorbedingung vgl. auch *Römer* in *Festschrift für Egon Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 451.
- 6 Zum Begriff vgl. *Flick* aaO (Fn. 3) S. 88 f.; *Löwe* aaO (Fn. 5) § 8 Rdn. 7.
- 7 S. hierzu insbesondere *Famy* ZVersWiss 75, 169 (172).
- 8 Zum synonymen Begriffsverständnis z. B. *Palandt/Heinrichs* aaO (Fn. 4) § 8 AGBG Rdn. 2; *Staudinger/Schlosser*, AGBG 12. Aufl. § 9 Rdn. 176; im Ergebnis so wohl auch *van de Loo* aaO (Fn. 3) S. 40; differenzierend *Meyer-Kahlen* VP 77, 81.
- 9 Die Meinungen reichen von einer völligen Kontrollfreiheit der Leistungs- bzw. Risikobeschreibungen in AVB im Rahmen der §§ 9 bis 11 AGBG (so z. B. *Löwe* aaO [Fn. 5] § 8 Rdn. 7; *Sieg* VersR 77, 489 [491]) bis zu einer sehr weitgehenden Inhaltskontrolle (z. B. *Römer* in *Festschrift für Egon Lorenz* aaO [Fn. 1] S. 468 und *Schmidt-Salzer* BB 95, 1493 [1496 f.] in Anlehnung an die BGH-Rspr. [vgl. zu letzterer Fn. 10 und 13]).
- 10 BGH vom 21. 4. 1993 – IV ZR 33/92 – VersR 93, 830 = NJW-RR 93, 1049 (Hausratversicherung).

für die Kontrollfähigkeit von AVB und führte aus, daß es sich bei den Ausschlußbestimmungen der Nr. 1 a und 3 a des § 9 VHB 84<sup>11</sup> nicht um kontrollfreie Leistungsbeschreibungen handele. Da die Klauseln die Versicherungsleistung einschränken, indem sie Leistungen ausschließen, seien diese inhaltlich zu kontrollieren; § 8 AGBG stehe dem insoweit nicht entgegen. Ergänzend führt der BGH aus, daß der Inhaltskontrolle lediglich ein „enger Bereich der Leistungsbezeichnung“ entzogen sei. Diesem engen Bereich werden Bestimmungen zugerechnet, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, seien somit in jedem Falle inhaltlich zu kontrollieren<sup>12</sup>.

Die vorgenannte Formulierung wird vom IV. Zivilsenat des BGH in seinen Urteilen vom 23. 6. 1993 und 13. 7. 1994 mehr oder minder wortgleich verwandt<sup>13</sup>. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die in den genannten Urteilen aufgeführte Argumentation nicht für die Fälle um einen wesentlichen Gedanken erweitert werden muß, in denen eine Risikobeschränkung bzw. Ausschlußbestimmung bei der Prämienkalkulation durch den Versicherer preis-mindernd berücksichtigt wurde; dies insbesondere im Lichte der amtlichen Begründung zu § 8 AGBG<sup>14</sup> und der Erwägungen, die der Richtlinie 93/13/EWG<sup>15</sup> zugrunde liegen.

Zu § 8 AGBG führen die amtlichen Erläuterungen<sup>16</sup> aus, daß die Vorschriften der §§ 9 bis 11 AGBG nur dort gelten, wo AGB dazu dienen, von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen zu treffen. Danach unterliegen insbesondere Leistungsbeschreibungen einschließlich etwaiger in AGB enthaltener Festlegungen des Entgelts nicht der Inhaltskontrolle. Ähnlich formuliert der dem Verständnis von § 8 AGBG zugrundezulegende<sup>17</sup> Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG: Die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. Gütern, die die Gegenleistung darstellen.

In bezug auf Versicherungsverträge stellt der Erwägungsgrund Nr. 19 der Richtlinie 93/13/EWG<sup>18</sup> die Kontrollgrenzen noch deutlicher heraus: Dieser besagt, daß Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrages oder das Preis-Leistungs-Verhältnis der Lieferung bzw. Dienstleistung beschreiben, für die Zwecke der Richtlinie nicht als mißbräuchlich beurteilt werden dürfen. Für Versicherungsverträge folge hieraus u. a., daß Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als mißbräuchlich beurteilt werden dürfen, sofern diese Einschränkung bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung gefunden hat. Eingedenk dieses Interpretationssatzes muß aber die bisherige deutsche Rechtsprechung überdacht werden<sup>19</sup>.

Provokanter als These formuliert: Kann ein Versicherer bei in Klauseln umschriebenen Einschränkungen und Abgrenzungen des versicherten Risikos (vorausgesetzt, die Klauseln sind klar und verständlich i. S. d. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG abgefaßt) darlegen, daß die Einschränkungen bei der Berechnung des vom Verbraucher zu zahlenden Beitrages (Prämie) Berücksichtigung gefunden haben, müßte wegen § 8 AGBG eine Inhaltskontrolle dieser Klauseln nach §§ 9 bis 11 AGBG unzulässig sein.

## II. Meinungsstand von Rechtsprechung und Literatur zum Verhältnis von § 8 AGBG und AVB

Nach dem Wortlaut des § 8 AGBG unterliegen nur solche Bestimmungen in AGB der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Die folgenden Betrachtungen dienen dazu festzustellen, ob gegebenenfalls bereits aus dem Gesetz ein an sich kontrollfreier Raum für AVB herausgefiltert werden kann.

### 1. Das Verhältnis von § 8 AGBG zu zwingenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere zu denen des VVG

Bei Versicherungsverträgen muß zunächst eine Differenzierung zwischen solchen vorgenommen werden, die in ihren Grundzügen durch das VVG geregelt<sup>20</sup> werden, und solchen, die normativ nicht spezifisch ausgeformt<sup>21</sup> sind. Eine frühe Literaturmeinung<sup>22</sup> vertrat den Standpunkt, daß überhaupt nur die im VVG geregelten Versicherungszweige einer AGB-Inhaltskontrolle unterliegen sollten; dies deshalb, da ja nur bei normativ vorgefertigten Bestimmungen vertragliche Ergänzungen oder Abweichungen hierzu denkbar sind.

11 Die Klauseln des § 9 VHB 84 lauten auszugsweise:

„1. Nicht versichert sind ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen Schäden,

a) die der Versicherungsnehmer oder eine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebende volljährige Person vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt ...

3. Der Versicherungsschutz gegen Einbruchdiebstahl und Raub erstreckt sich ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf

a) Einbruchdiebstahl- oder Raubschäden durch vorsätzliche Handlungen von Hausangestellten oder von Personen, die bei dem Versicherungsnehmer wohnen ...“

12 Vgl. BGH VersR 93, 830 (831) = NJW-RR 93, 1049.

13 Vgl. BGH vom 23. 6. 1993 – IV ZR 135/92 – VersR 93, 957 (958) (Wissenschaftlichkeitsklausel in der Krankheitskostenversicherung) sowie vom 13. 7. 1994 – IV ZR 107/93 – VersR 94, 1049 (1050 f.) (Laufzeitklausel in der Unfallversicherung).

14 Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 22 zum Entwurf des § 6 AGBG (heute § 8 AGBG).

15 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ABIEG Nr. L 95 vom 21. 4. 1993 S. 23 ff.; Abdruck der Richtlinie einschließlich der Erwägungsgründe auch bei *Palandt/Heinrichs*, BGB 56. Aufl. § 24 AGBG/Anhang S. 2447 f. sowie in NJW 93, 1838 = EuZW 93, 352.

16 Vgl. oben Fn. 14.

17 So die wohl herrschende Meinung; vgl. *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO (Fn. 4) § 8 Rdn. 4 und 8 a; *Soergel/Stein*, BGB 12. Aufl. § 8 AGBG Rdnr. 5 ff.; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG 3. Aufl. § 8 Rdn. 8 ff. und 19 ff.; *Schmidt-Salzer* VersR 95, 1261 (1266) sowie z. B. auch BGH NJW 88, 1726; 84, 2160 und 85, 3013.

18 Bezüglich der Textfassung der Erwägungsgründe der Richtlinie 93/13/EWG vgl. die Hinweise in Fn. 15.

19 Mit diesem Gedanken zuletzt *E. Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 6 f.; ebenso *Reinhard* in Anm. zu LG Gießen vom 24. 8. 1994 – 1 S 192/94 – VersR 96, 496 (498) sowie im Ansatz bereits *Nassall* WM 94, 1645 (1649).

20 Zu den normativ ausgeformten Versicherungszweigen gehören die Feuer-, Hagel-, Tier-, Transport-, Haftpflicht-, Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung (vgl. insoweit Abschn. 2 bis 4 VVG), seit dem 28. 6. 1990 durch Einfügung der §§ 158 I bis 158 o VVG nunmehr auch die Rechtsschutzversicherung; aktuell lesenswert LG Hamburg vom 15. 5. 1998 – 324 O 637/96 – VersR 98, 877; das Gericht entschied, daß eine Klausel, die nur die gesetzlichen Regelungen der §§ 176 Abs. 3 S. 1 und 174 Abs. 2 VVG wiedergibt, als deklaratorische Klausel gem. § 8 AGBG nicht der Inhaltskontrolle unterliegt.

21 Hierzu gehören z. B. die Diebstahl- und Raubversicherung, ferner die wichtigen Sparten Hausrat, Sturm, Leitungswasser und Betriebsunterbrechung.

22 Vgl. dazu *Schaefer* VersR 78, 4 (8 f.).

Hiergegen äußerte sich zutreffend *Martin*<sup>23</sup>, in dem er vorbringt, daß es hinsichtlich einer AGB-Überprüfbarkeit nicht auf die historische Zufälligkeit der Auswahl der gesetzlich durch das VVG geregelten Vertragstypen ankommen kann. Ein weiteres Argument liefert *Brandner*<sup>24</sup>, allerdings mit einem Hinweis auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG: Soweit die Anwendung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG versage, weil das VVG einen bestimmten Zweig nicht regele, ermögliche und erzwingen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG eine Inhaltskontrolle nahezu identischen Umfangs. Es dürfte zulässig sein, diese durchaus zustimmungswürdige Auffassung hier im Rahmen der Ausführungen zu § 8 AGBG als systematisches Hilfsargument aus § 9 AGBG heranzuziehen.

Hieraus ergibt sich als Zwischenergebnis, daß das Kriterium von gesetzlich geregelten Sparten und nur durch AVB ausgestalteten Vertragstypen nicht herangezogen werden kann, um einen eventuell nach dem AGBG kontrollfreien Raum herauszufiltern<sup>25</sup>. Dies bedeutet, daß nach dem Wortlaut des VVG zunächst grundsätzlich alle AVB der Inhaltskontrolle gem. §§ 9 bis 11 AGBG unterliegen bzw. daß die gesetzliche Regelung eines Vertragstyps der Inhaltskontrolle ergänzender AVB a priori nicht entgeht.

## 2. Abgrenzungskriterium der Leistungsbeschreibung

Wenden wir uns auf dem Weg der Abgrenzung von kontrollfähigen zu nicht der Inhaltskontrolle des AGBG unterliegenden AVB dem bereits erwähnten Kriterium der „Leistungsbeschreibung“ zu.

Wie festgestellt, legen Leistungsbeschreibungen ohne gesetzliche Festlegung allein aufgrund vertraglicher Vereinbarung das Ob, den Gegenstand, Art, Umfang, Quantität und Qualität der vertraglichen Leistung unmittelbar fest. Sie gehören zu den Bestimmungen der Vertragsparteien und sind nach der Intention des Gesetzgebers<sup>26</sup> und der herrschenden Meinung<sup>27</sup> von einer Inhaltskontrolle auszunehmen. Spezifisch für Versicherungsverträge ist hingegen, daß die vereinbarte Hauptleistung, namentlich der Versicherungsschutz, mit dem Vertragszweck i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG identisch ist<sup>28</sup>.

Anders formuliert: Die Leistungsbeschreibung entspricht dem „Produkt“ Versicherungsschutz und ist untrennbar mit ihm verbunden<sup>29</sup>. In den AVB konkretisiert sich für den Verbraucher<sup>30</sup> die durch das Versicherungsereignis aufschiebende bedingte Leistungsverpflichtung des Versicherers aus dem Vertrag. Fraglich ist daher, welche AVB kontrollfreie Leistungsbeschreibungen i. S. v. § 8 AGBG darstellen und welche nicht. Die hierzu im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen gehen weit auseinander<sup>31</sup>.

### a) Literaturmeinungen

*Schmidt-Salzer* möchte als kontrollfreien „Hauptgegenstand“ eines Versicherungsvertrages die Teile der AVB ansehen, die den Typus des einzelnen Vertrages betreffen, hier insbesondere die Definition des Versicherungsfalles, mithin das Hauptleistungsverprechen<sup>32</sup>. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, auf die folgend noch näher eingegangen wird, sollen der Kontrolle jedoch alle Klauseln unterliegen, die das Hauptleistungsverprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren.

Ähnlich argumentiert *Dreher*<sup>33</sup>, der als kontrollfrei nur diejenigen Klauseln in AVB ansieht, die den jeweiligen Versicherungsvertrag konstituieren und damit den „Leistungskern“ bilden; enger noch *Römer*<sup>34</sup>, der allein den Vertragszweck als kontrollfrei betrachtet. Die Untergliederung von primären, sekundären und tertiären Lei-

stungsbeschreibungen zur Abgrenzung zwischen kontrollfreiem und zu kontrollierendem Bereich der AVB lehnt er als ungeeignet ab, so daß ausdrücklich auch primäre Leistungsbeschreibungen als kontrollunterworfen kategorisiert werden, wenn diese inhaltlich mehr als nur die Bestimmung des Vertragszwecks enthalten. Hierbei betont *Römer*, daß sich der als Maßstab der Inhaltskontrolle heranzuziehende Vertragszweck nicht einheitlich bestimmen lasse und von der jeweiligen Ausgestaltung der AVB und der speziellen Versicherungsart abhängen<sup>35</sup>.

Einschränkend dagegen z. B. *Sieg*<sup>36</sup>, der mit der klassischen Differenzierung zwischen primären und sekundären Risikobegrenzungen argumentiert. Primäre Risikobegrenzungen bzw. Beschreibungen sind danach Festlegungen der eigentlichen Versicherungsleistung, also dem, was dem VN positiv gegeben wird. Sekundäre Risikobeschreibungen hingegen legen die Leistungsausschlüsse fest. Eine Inhaltskontrolle von primären und auch einem großen Teil der sekundären Risikobeschreibungen lehnt er ab, da diese als Produktbeschreibung die Ware Versicherungsschutz bestimmen und so zu den (nicht kontrollfähigen) Essentialia des Vertrages gehören. Dessen unbeschadet betont *Sieg* jedoch korrekt die Kontrollfähigkeit sämtlicher AVB nach § 3 AGBG<sup>37</sup>.

Zwischen diesen beispielhaft aufgezeigten gegensätzlichen Standpunkten sind zahlreiche weitere, zumeist lediglich modifizierende Lösungsvorschläge<sup>38</sup> auszumachen, die aber die hier besprochene Problematik im Ergebnis nicht beeinflussen und daher nicht weiter ausgeführt werden sollen. In jedem Falle ist *van de Loo*<sup>39</sup> beizupflichten, wenn er sagt, daß § 8 AGBG nach der heute vorherrschenden Meinung kein nennenswertes Hindernis für die Kontrolle von AVB-Klauseln jedweder Art darstellt.

23 Vgl. *Martin* VersR 84, 1107 (1109); ablehnend auch *Baumann* VersR 91, 490 (491).

24 Vgl. *Brandner* in Festschrift für Hauß 1978 S. 1 (13); zustimmend *Martin* VersR 84, 1107 (1109).

25 Im Sinne dieser Interpretation wohl auch *Römer* in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 450 f.

26 Vgl. BGH NJW 85, 3013; VersR 90, 91 = NJW 90, 761; NJW-RR 91, 1013; NJW 92, 688 sowie 93, 1128 m. w. N.

27 So z. B. *Wolf* aaO (Fn. 17) § 8 Rdn. 10; *Palandt/Heinrichs* aaO (Fn. 4) § 8 AGBG Rdn. 2.

28 Vgl. hierzu *Martin* VersR 84, 1107 (1109).

29 Zum Verständnis der Versicherung als „Rechtsprodukt“ vgl. *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt 1991 S. 147 ff.; den Problembereich AVB unter dem Gesichtspunkt der Produktbeschreibung erörtert ausführlich *Famy* ZVersWiss 75, 169 (172 f.).

30 *Römer* in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 462 f.

31 Übersichten über die zur Inhaltskontrolle von AVB vertretenen Meinungen finden sich z. B. bei *Bruck/Möller/Winter*, VVG – Lebensversicherung – 8. Aufl. 1988 1. Teil Anm. A 66 ff. sowie *Prölls* in *Prölls/Martin* aaO (Fn. 3) Vorbem. I Rdn. 45; ausführliche Darstellungen auch bei *Flick* aaO (Fn. 3) S. 17 ff. und *van de Loo* aaO (Fn. 3) S. 46 ff.

32 Vgl. *Schmidt-Salzer* BB 95, 1493 (1497) sowie in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 587 ff.

33 *Dreher* VersR 95, 245 (249) sowie aaO (Fn. 29) S. 298 ff.

34 *Römer* in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 468 f.

35 *Römer* in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 467 mit Hinweis auf BGH vom 6. 7. 1983 – IV a ZR 206/81 – VersR 83, 848 = NJW 83, 2632 (zum Schutzzweck der privaten Krankenversicherung).

36 Vgl. *Sieg* VersR 77, 489 (491).

37 Vgl. *Sieg* VersR 77, 489 (491).

38 Zu den in der Literatur im weiteren vertretenen Auffassungen vgl. insbesondere die Zusammenstellungen bei den in Fn. 31 angegebenen Autoren.

39 Vgl. *van de Loo* aaO (Fn. 3) S. 47; mit im Ergebnis gleicher Feststellung *Römer* in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 451, 471 sowie zuletzt *Hübner* aaO (Fn. 1) S. 58 f. und *E. Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 96.

## b) Rechtsprechung

Der BGH vermeidet eine Differenzierung zwischen primären und sekundären Risikobeschreibungen und benennt in der bereits zitierten Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1993<sup>40</sup> einen „Kernbereich“, der gem. § 8 AGBG keiner Kontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG unterliege. Kontrollfrei bleiben danach lediglich bloße Leistungsbeschreibungen, welche Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen und gleichzeitig die für die Leistung geltenden gesetzlichen Bestimmungen unberührt lassen. Kontrollfrei ist somit nur der enge Bereich solcher Leistungsbeschreibungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann. Damit fallen ausdrücklich alle das Hauptleistungsversprechen einschränkende, verändernde, ausgestaltende oder modifizierende Klauseln unter die Inhaltskontrolle<sup>41</sup>.

Im Ergebnis läßt sich feststellen, daß der BGH damit eindeutig die Kontrolle jeweils des gesamten Bedingungswerkes favorisiert, insbesondere die Kontrolle von das Hauptleistungsversprechen in irgendeiner Form einschränkenden Klauseln<sup>42</sup>. Daraus ergibt sich, daß alle Klauseln, die nicht zum (positiven) Kernbereich des Vertrages gehören, außerhalb des Anwendungsbereiches des § 8 AGBG liegen und damit der Kontrolle der §§ 9 bis 11 AGBG unterfallen. Diese Interpretation des BGH steht im teilweisen Gegensatz zu der hier im weiteren vertretenen Meinung.

Aus Gründen der Aktualität soll an dieser Stelle ein erst kürzlich ergangenes Urteil des OLG Hamburg<sup>43</sup> zur privaten Arbeitslosenversicherung<sup>44</sup> nicht unerwähnt bleiben. Das Gericht entschied in der Unterlassungsklage eines Verbraucherschutzesvereins u. a., daß eine Klausel, die den Begriff der „unfreiwilligen Arbeitslosigkeit“ definiert<sup>45</sup>, § 8 AGBG unterfalle und somit als bloße Leistungsbeschreibung nicht der Inhaltskontrolle unterliege<sup>46</sup>. Das Urteil ist auf meines Erachtens in diesem Punkt weitgehend unberechtigte Kritik<sup>47</sup> gestoßen, denn erstens handelt es sich bei der fraglichen Klausel in der Tat um eine Definitions- und nicht um eine Ausschlussklausel<sup>48</sup> und zweitens bewirkt die Auffassung des Gerichts, § 8 AGBG für anwendbar zu erklären, nicht ein Verbot der Anwendung anderer Verbraucherschutznormen des AGBG, insbesondere der §§ 3 und 5 AGBG, deren Anwendung § 8 AGBG ja nicht entgegensteht<sup>49</sup>.

Ob diese Kontrollnormen bereits bei der Abgrenzung von kontrollfreiem zu kontrollunterworfenem Bereich im Rahmen der Prüfung des § 8 AGBG berücksichtigt werden müssen<sup>50</sup> oder erst – im Sinne einer nachgeschalteten Bedingung – bei einer sich daran anschließenden Inhaltskontrolle Beachtung finden, ist eine systematische Frage, die auch durch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG keine eindeutige Beantwortung findet. Im Ergebnis dürfte dies hingegen keinen Unterschied machen, denn in jedem Fall entzieht das Urteil des OLG Hamburg die fragliche Klausel nicht der weiteren Inhaltskontrolle im Einzelfall, wie das die Kritik vermuten lassen könnte.

Es bleibt abzuwarten, wie der BGH als Revisionsinstanz in dieser sicherlich interessanten Sache entscheiden wird. Im Rahmen der hier behandelten Problematik kann das Urteil des OLG Hamburg letztlich aber dahinstehen, da es in diesem Punkt eine definitorische Bestimmung behandelt, die somit bei der Prämienkalkulation auch keine Berücksichtigung finden konnte.

### III. Kritik und eigene Interpretation – § 8 AGBG im Lichte der Richtlinie 93/13/EWG

Wenn im Rahmen von AVB der BGH und gewichtige Stimmen in der Literatur<sup>51</sup> die vollumfängliche inhalt-

liche Kontrolle von das Hauptleistungsversprechen einschränkenden, verändernden, ausgestaltenden oder modifizierenden Klauseln vertreten, muß man bedenken, daß nach dieser recht erschöpfenden Aufzählung von Adjektiven ein kontrollfreier Raum praktisch kaum mehr vorstellbar ist<sup>52</sup>. Es drängt sich daher die Frage auf, ob diese Interpretation nicht dem Verständnis des § 8 AGBG im Lichte<sup>53</sup> der Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG widerspricht. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie sollte nicht anders zu verstehen sein als § 8 AGBG<sup>54</sup>. Dies muß auch vice versa gelten, woraus ge-

40 VersR 93, 830 (831) = NJW-RR 93, 1049; nach 1994 sind seitens des BGH keine Entscheidungen ergangen, die eine Inhaltskontrolle von AVB an § 8 AGBG hätten scheitern lassen.

41 Vgl. so im Wortlaut BGH VersR 93, 830 (831) mit Hinweis auf BGHZ 100, 157 (173) = VersR 87, 712 (715).

42 Vgl. hierzu ausführlich BGH VersR 93, 957 (958) betreffend die Wissenschaftlichkeitsklausel in § 5 Abs. 1 f MBKK 76.

43 OLG Hamburg vom 11. 3. 1998 – 5 U 211/96 – VersR 98, 627 (nicht rechtskräftig) (Berufungsurteil zu LG Hamburg vom 8. 11. 1996 – 324 O 364/96 – VuR 97, 167 mit Anm. von Schwintowski).

44 Allgemeine Versicherungsbedingungen für die private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit mit geregelter Anspruch auf Beitragsrückerstattung 1996 (PVA 96).

45 Die Klausel (§ 3 Nr. 1 PVA 96) enthält folgenden Wortlaut: „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.“

46 Vgl. so OLG Hamburg VersR 98, 627.

47 Vgl. Kieninger VersR 98, 1071; zustimmend zur vorinstanzlichen Entscheidung des LG Hamburg vom 8. 11. 1996 – 324 O 364/96 – Schwintowski VuR 97, 175; mit unterschiedlichem Kritikansatz betreffend § 22 S. 2 PVA 96 (Willenserklärungen und Anzeigen gegenüber dem Versicherer) Reiff VersR 98, 976.

48 Die Klausel formuliert lediglich, was im Sinne der AVB unter einem bestimmten Begriff („unfreiwillige Arbeitslosigkeit“) verstanden werden soll (vgl. Fn. 45); mit anderer Interpretation Kieninger (VersR 98, 1071 [1073]), die in der fraglichen Klausel (§ 3 Nr. 1 PVA 96) einen Leistungsausschluss bzw. eine Leistungseinschränkung erkennt.

49 Vgl. so z. B. E. Lorenz aaO (Fn. 1) S. 96; ausführlich hierzu nachstehend unter III.

50 So Kieninger VersR 98, 1071 (1073 f.) unter Hinweis auf Brandner (in Ulmer/Brandner/Hensen aaO [Fn. 4] § 8 Rdn. 8 a), der die Erfüllung der Anforderungen des Transparenzgebotes als Vorbedingung der Kontrollfreiheit nach § 8 AGBG sieht; vgl. auch ders., Auswirkungen der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln auf Versicherungsverträge in Basedow (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik – Versicherungswissenschaftliche Studien H. 2 – 1995 S. 67, 72.

51 So z. B. Schmidt-Salzer BB 95, 1493 (1496 f.); Prölss in Prölss/Martin aaO (Fn. 3) Vorbem. I Rdn. 45; Dreher VersR 95, 245 (249); Römer in Festschrift für Egon Lorenz aaO (Fn. 1) S. 468 sowie Martin VersR 84, 1107 (1112).

52 Ausnahme hiervon ist nach der Rechtsprechung des BGH lediglich der „wesentliche Vertragsinhalt“, also die Intention des Vertrages im Hinblick auf das versicherte Risiko (vgl. Urteil vom 23. 6. 1993 VersR 93, 957). Nach Römer (in Festschrift für Egon Lorenz aaO [Fn. 1] S. 467) wäre es so z. B. unzulässig, die inhaltliche Zweckbestimmung der Krankenversicherung auf Leistungen im Falle der Erwerbsunfähigkeit auszu dehnen.

53 Eine Änderung des Wortlautes von § 8 AGBG aufgrund der Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG sah man seitens des Gesetzgebers als nicht erforderlich an. Es wurde lediglich § 12 AGBG geändert und § 24 a AGBG neu eingefügt; vgl. BT-Drucks. 13/2713 S. 3, 5 f. Mit Kritik an der so verpaßten Gelegenheit, den Wortlaut von § 8 AGBG zu modifizieren, Ulmer EuZW 93, 337 (340); zur am 25. 7. 1996 in Kraft getretenen Novelle zum AGBG instruktiv Graf von Westphalen BB 96, 2101.

54 Mit Hinweis auf die europarechtliche Komponente vgl. auch Reinhard VersR 96, 497 (498); Schmidt-Salzer (BB 95, 1493 [1496]) weist darauf hin, daß das Inhalts- und Aufgabenverständnis des § 8 AGBG im gedanklichen Ansatz dem entspreche, was mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG bezweckt

geschlossen werden könnte, daß die Erwägungsgründe, die der Richtlinie zugrunde liegen, ebenso dem Verständnis von § 8 AGBG zugrunde gelegt werden müssen.

Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG sind hingegen zwei Komponenten von einer Mißbrauchs- bzw. Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen ausgenommen: Dies ist zum einen der Hauptgegenstand des Vertrages an sich und zum anderen die Überprüfung der Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses, mithin das Äquivalenzinteresse. Ausdrücklich jedoch wird im letzten Halbsatz des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG darauf hingewiesen, daß hierdurch nicht die Kontrolle der AVB auf Transparenz aufgehoben ist, so daß auch weiterhin eine Kontrolle der betreffenden Klauseln auf Klarheit, Verständlichkeit und Positionierung erfolgt. Mit seiner Formulierung entspricht Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG damit inhaltlich der Formulierung des S. 1 des Erwägungsgrundes Nr. 19 der Richtlinie.

Der für Versicherungsverträge so wichtige S. 3 des Erwägungsgrundes Nr. 19 zur Richtlinie 93/13/EWG hat hingegen keinen Eingang in die eigentlichen normativen Bestimmungen der Richtlinie gefunden. Erwägungsgrund Nr. 19 S. 3<sup>55</sup> führt aus, daß aus der Kontrollfreiheit des Vertragsgegenstandes und des Äquivalenzinteresses für Versicherungsverträge folge, daß Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als mißbräuchlich zu beurteilen sind, sofern die Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung gefunden haben.

Der Wortlaut des Erwägungsgrundes differenziert danach ausdrücklich zwischen Festlegungen und Abgrenzungen des versicherten Risikos bzw. der Verpflichtung des Versicherers. Verwendet man hier die im Schrifttum verbreitete Terminologie, nämlich „primäre Risikoabgrenzung“ für die Festlegung der Versicherungsleistung und „sekundäre Risikoabgrenzung“ für Risikoausschlüsse- und Begrenzungen, kann dies aber nur bedeuten, daß im Rahmen von dem den Anwendungsbereich der §§ 9 bis 11 AGBG regelnden § 8 AGBG in AVB Ausschlußbestimmungen dann nicht kontrollfähig sind, wenn und soweit eine diesbezügliche Berücksichtigung bei der Prämienberechnung (Beitrag) erfolgte und der jeweilige Ausschluß dem u. a. in §§ 3 und 5 AGBG niedergelegten Transparenzgebot Rechnung trägt<sup>56</sup> sowie im übrigen den Anforderungen des § 7 AGBG genügt.

Daß bei Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie insbesondere auch Ausschlußklauseln mit umfaßt werden sollen, geht aus dem letzten Halbsatz des Erwägungsgrundes Nr. 19 zur Richtlinie 93/13/EWG hervor, der explizit von „Einschränkungen“ spricht. Diese können sich aber begrifflich nur auf die primär geregelten Hauptleistungsverpflichtungen des Versicherungsvertrages beziehen und beschreiben so Ausschlüsse bzw. Risikobegrenzungen<sup>57</sup>.

Die Problematik des Wortlautes des Erwägungsgrundes Nr. 19 der Richtlinie wird auch in der Literatur verschiedentlich behandelt<sup>58</sup>, ist aber noch nicht abschließend geklärt. So bezeichnet in diesem Zusammenhang Schmidt-Salzer S. 3 des Erwägungsgrundes Nr. 19 als unscharf formuliert und möchte diesen ausdrücklich nicht als Passus zur Herausnahme aller prämiensrelevanten Klauseln von Versicherungsbedingungen aus der Inhaltskontrolle verstanden wissen<sup>59</sup>; hingegen verwirft er diese mögliche Betrachtung als nicht der Natur der Sache entsprechend und spricht sich mit der Argumentation des BGH für eine Kontrollfreiheit lediglich des Ty-

pus und des Hauptgegenstandes des Versicherungsvertrages aus, äußert sich aber nicht zu Ausgestaltungen und Abgrenzungen im einzelnen<sup>60</sup>.

Kieninger<sup>61</sup> sieht die einzigen mit dem Richtlinientext in Einklang zu bringenden Anwendungsfälle des 19. Präambelsatzes bei Vertragsgestaltungen, bei denen gegen bestimmte Prämienaufschläge bestimmte Risiken mit-versichert bzw. Risikoausschlüsse abbedungen werden können; darüber hinaus vertritt sie selbst für den Fall, daß wegen des 19. Erwägungsgrundes prämiensrelevante Klauseln der Inhaltskontrolle entzogen sein sollten, eine Anwendbarkeit des § 9 AGBG auf solche Klauseln<sup>62</sup>.

Im Rahmen des oben Gesagten erscheinen diese einschränkenden Interpretationen jedoch nicht haltbar i. S. v. Erwägungsgrund Nr. 19 zur Richtlinie 93/13/EWG<sup>63</sup>. Daraus folgt, daß im Sinne der Richtlinie insbesondere auch Ausschlüsse und sonstige Risikoabgrenzungen dann in den Anwendungsbereich von § 8 AGBG fallen dürften, wenn und soweit diese Einschränkungen bei der Berechnung der Prämie<sup>64</sup> berücksichtigt wurden. Leider konkretisieren die Erwägungsgründe nicht, was unter „Berücksichtigung bei der Prämienberechnung“ zu verstehen sein soll.

wird, und kritisiert gleichzeitig die unglückliche Formulierung des § 8 AGBG; mit ähnlicher Formulierung bereits Ulmer EuZW 93, 337 (340) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH (NJW 88, 1726 [1728]; 84, 2160; 85, 3013) sowie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen aaO (Fn. 4) § 8 Rdn. 4.

55 Vgl. hierzu die Hinweise in Fn. 15.

56 Im Sinne dieser Interpretation wohl bereits Sieg VersR 77, 489 (491) und 93, 1305 (1307 f.). Römer (in Karlsruher Forum aaO [Fn. 1] S. 95 f.) weist für den Fall einer entsprechenden Auslegungspraxis jedoch auf das Risiko hin, daß so der größte Teil der Klauseln in Versicherungsbedingungen der richterlichen Kontrolle entzogen werden könnte, spricht sich hingegen nicht generell gegen diese von ihm im Lichte der Umsetzung der EG-Richtlinie als möglich erachtete Interpretation des § 8 AGBG aus.

57 Obliegenheiten werden in der vorliegenden Abhandlung bewußt nicht berücksichtigt, da diese keinen bei der Beitragsberechnung ex ante berücksichtigungsfähigen Leistungsfaktor darstellen, sondern lediglich dem VN bestimmte Verhaltenspflichten auferlegen; zur Unterscheidung der zwei Hauptgruppen der AVB in Leistungsbeschreibungen und Obliegenheiten grundlegend Sieg ZVersWiss 75, 161 (165 f.); ähnlich Flick aaO (Fn. 3) S. 68 f.; van de Loo (aaO [Fn. 3] S. 40 f.) ordnet zwar die Obliegenheiten in die Kategorie der sekundären Risikobegrenzungen ein, dies ändert hingegen nichts an der oben genannten Feststellung, daß Verhaltensweisen der VN vor Vertragsschluß nicht antizipierbar und somit bei Schätzung der Erwartungswerte der Versicherungsleistungen auch nicht berücksichtigungsfähig sind.

58 Vgl. so z. B. Brandner ZIP 92, 1590 (1591 li. Sp. unten); ders. MDR 97, 312 (314); Frey ZIP 93, 572 (577); Sieg VersR 93, 1305 (1307 f.); Schmidt-Salzer BB 95, 1493 (1497); Karlsruher Forum aaO (Fn. 1) sowie jüngst Kieninger VersR 98, 1071 (1073).

59 Vgl. Schmidt-Salzer BB 95, 1493 (1496); mit ähnlicher Argumentation bereits Kieninger ZEuP 94, 277 (282).

60 Hierzu aber später Schmidt-Salzer VersR 95, 1261 (1266).

61 Kieninger VersR 98, 1071 (1074).

62 Diese Ansicht widerspricht hingegen eindeutig der Systematik des AGBG, welches eine Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG bei Eingreifen des § 8 AGBG ja gerade ausschließt; das Transparenzgebot kann im genannten Fall systematisch sauber nur über die Anwendung der §§ 3 und 5 AGBG einfließen; zu systematischen Fragen bei der Einordnung des Transparenzgebotes in das AGBG ausführlich Ulmer EuZW 93, 337 (344).

63 So im Ergebnis auch Reinhard VersR 96, 497 (499); selbst Kieninger (VersR 98, 1071 [1074]) gesteht ein, daß der Erwägungsgrund Nr. 19 zur Richtlinie 93/13/EWG die von ihr vertretene restriktive Interpretation des § 8 AGBG in bezug auf Versicherungsverträge „in Frage stellen könnte“.

64 Zu den Grundlagen der Kalkulation von Risikoprämien instruktiv Karten in Grosse (Hrsg.), Versicherungszyklopädie Bd. 2/ Versicherungsbetriebslehre Teil II B, insbesondere S. 67 f., 77 und 91 ff.

Meines Erachtens fallen hierunter jedoch nicht nur Vertragsgestaltungen, bei denen gegen Prämienaufschläge bestimmte Risiken mitversichert bzw. Risikoausschlüsse abgedungen werden können<sup>65</sup>, wie dies z. B. bei den sogenannten weichen Rabattierungsmerkmalen in der deutschen Kfz-Versicherung<sup>66</sup> der Fall ist, sondern jede belegbare und versicherungsmathematisch nachvollziehbare Prämienreduktion wegen einer in AVB enthaltenen Ausschlußbestimmung<sup>67</sup>. Eine andere Interpretation läßt der Erwägungsgrund Nr. 19 nicht zu, der generell nur von „Einschränkungen“ des versicherten Risikos spricht. Dies muß im Zweifel eine transparentere Prämienberechnungspraxis auf Seiten der Versicherer nach sich ziehen.

Für den Verbraucher bedeutete diese in Hinblick auf §§ 9 bis 11 AGBG wirkende Erweiterung des kontrollfreien Bereiches nicht unbedingt einen rechtlichen Nachteil<sup>68</sup>, da ihm ja nach wie vor die wesentlichen Elemente des AGBG-Verbraucherschutzes<sup>69</sup>, namentlich das Transparenzgebot (§ 3)<sup>70</sup>, aber auch die §§ 5 und 7 (Unklarheitsregel/Umgehungsverbot) zur Verfügung stehen<sup>71</sup>.

#### IV. Öffnungsklausel des Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG und Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung

Nun ließe sich gegen die hier vertretene Meinung vorbringen, daß gem. Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG strengere nationale Bestimmungen zulässig bleiben, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher zu erreichen<sup>72</sup>. Da sich die Argumentation des Verfassers im wesentlichen auf den Erwägungsgrund Nr. 19 der Richtlinie stützt, erscheint es angezeigt, die rechtliche Bedeutung der Erwägungsgründe, insbesondere im Verhältnis zur Interpretation des Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG, kurz zu beleuchten.

Ein höheres Verbraucherschutzniveau i. S. v. Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG ist gegeben, wenn das nationale Recht oder die entsprechende Auslegungspraxis durch die Gerichte für den Verbraucher vorteilhafter ist als die Richtlinie<sup>73</sup>. Wie festgestellt, interpretiert der BGH § 8 AGBG in bezug auf Leistungsbeschreibungen bei Versicherungsverträgen restriktiv<sup>74</sup>, was bedeutet, daß alle das Hauptleistungsversprechen einschränkende, verändernde oder modifizierenden Klauseln inhaltlich vollumfänglich zu kontrollieren sind. Es werden also auch solche Ausschlußklauseln von der Inhaltskontrolle erfaßt, die vom Versicherer bereits prämienmindernd berücksichtigt wurden<sup>75</sup>. Hieraus ergibt sich unzweifelhaft ein für den deutschen Verbraucher höheres Schutzniveau, als dies von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 19 vorgesehen ist.

Ein so erreichtes erhöhtes Schutzniveau muß hingegen mit dem EGV und seinen Zielen vereinbar sein<sup>76</sup>. Strengeres Recht darf dabei insbesondere nicht zu Hindernissen bei der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 ff. EGV) oder Maßnahmen gleicher Wirkung i. S. v. Art. 30 EGV führen, es sei denn, daß zwingende Erfordernisse unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dies rechtfertigen. Nun gilt zwar der Verbraucherschutz grundsätzlich als zwingendes Erfordernis<sup>77</sup>, allerdings rechtfertigt dies nicht automatisch jedwede strengere Regelung. Insbesondere dürfte auch im Rahmen eines strengeren Verbraucherschutzes eine Regelung oder Auslegung dann als unverhältnismäßig zu betrachten sein, wenn sie mit dem Wortlaut oder der Zielrichtung einer Richtlinie kollidiert. Eine solche Kollision ist jedoch im hier diskutierten Fall vorprogrammiert:

Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG ordnet bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Vertragsklauseln

eine Außerachtlassung des Äquivalenzinteresses an; Art. 8 der Richtlinie gestattet hingegen bei Verbraucher-Verträgen strengeres nationales Recht. Die Erwägungsgründe stellen wiederum in Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 unter Nr. 19 S. 3 klar, daß Klauseln in Versicherungsverträgen nicht als mißbräuchlich beurteilt werden dürfen, sofern Einschränkungen des Versicherungsschutzes bei der Berechnung der vom Verbraucher zu zahlenden Prämie Berücksichtigung gefunden haben.

Die Möglichkeit strengeren nationalen Rechts steht somit im klaren Widerspruch zu einer Interpretationsaussage und damit zu einer Zielvorgabe der Richtlinien-erwägungen; dies unabhängig von einer eventuellen Bejahung einer dadurch herbeigeführten Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit oder Wettbewerbsverzerrung<sup>78</sup>.

Gem. Art. 189 Abs. 3 EGV sind Richtlinien für Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich; nach ständiger Rechtsprechung des EuGH werden jedoch die Ziele durch die der Richtlinie vorangestellten Erwägungsgründe konkretisiert<sup>79</sup>. Zwar wurde S. 3 des Erwägungsgrundes Nr. 19 zur Richtlinie 93/13/EWG nicht in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie eingearbeitet, so daß ihm eine unmittelbare Normwirkung somit nicht zukommt. Hingegen dürfte im Rahmen des oben Gesagten unzweifelhaft sein, daß der Erwägungsgrund bzw. die in dem Erwägungsgrund genannte Schlußfolgerung für Versicherungsverträge bei entsprechender richtlinien-

65 Hierzu mit überzeugendem Beispielsfall aus dem Bereich der Krankenversicherung *E. Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 97.

66 Vgl. mit diesem Beispiel *Schmidt-Salzer* VersR 95, 1261 (1266).

67 Anders z. B. *Kieninger* (VersR 98, 1071 [1074]), die lediglich bei für den VN klar erkennbaren Prämienzuschlägen bzw. -abschlägen eine gewisse Kontrollfreiheit sieht; ebenso *Schmidt-Salzer* VersR 95, 1261 (1266).

68 *Schmidt-Salzer* (VersR 95, 1261 [1266]) spricht in diesem Zusammenhang aber von einer „grundlegenden Positionsverschlechterung“ für die privaten VN.

69 Zum Interessenkonflikt zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerbsfreiheit im Rahmen des § 8 AGBG vgl. bereits *Römer* (in Festschrift für Egon Lorenz aaO [Fn. 1] S. 464 f.), der sich in Abwägung der Rechtsgüter eindeutig für die Priorität des Verbraucherschutzes ausspricht. In der weiteren Begründung wird ausgeführt, daß die Verwendung von im wesentlichen gleichartigen Musterbedingungen durch die Versicherer dazu führt, daß die Leistungen einheitlich angeboten werden, was wiederum einem Wettbewerb im klassischen Sinne entgegensteht; zustimmend hierzu *Kieninger* VersR 98, 1071 (1072). In diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, daß die zwischenzeitlich erfolgte Deregulierung des Versicherungsmarktes und der damit einhergehende Wegfall der Vorabkontrolle von AVB durch das BAV zu einer wesentlich größeren Vielfalt von Bedingungswerken geführt hat, über die nunmehr unzweifelhaft auch Wettbewerb ausgeübt wird.

70 Vgl. *Sieg* VersR 77, 489 (491); *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 4 RiLi 93/13/EWG Rdn. 21.

71 Vgl. *Sieg* VersR 93, 1305 (1308); *Reinhard* VersR 96, 497 (498); *Heinrichs* NJW 96, 2190 (2196) sowie *E. Lorenz* aaO (Fn. 1) S. 96 f.

72 So im Ansatz *Hübner* (aaO [Fn. 1] S. 97 f.), der jedoch ausdrücklich auch andere Interpretationen als möglich erachtet.

73 Vgl. *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 8 RiLi 93/13/EWG Rdn. 3.

74 Vgl. hierzu die in Fn. 10 und 13 aufgeführten Entscheidungen des BGH.

75 Zur Kritik hieran vgl. *Reinhard* VersR 96, 497 (498); zum Preisargument bei Prämienkalkulationen differenzierend *Martin* VersR 84, 1107 (1110); ablehnend *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO (Fn. 4) § 9 Rdn. 69 sowie *Schaefer* VersR 78, 4 (10).

76 Vgl. *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 1 RiLi 93/13/EWG Rdn. 16 sowie Art. 8 RiLi 93/13/EWG Rdn. 1 und 4.

77 Vgl. EuGHE 79, 649 (662) = NJW 79, 1766 (Cassis de Dijon).

78 Die Richtlinie 93/13/EWG zielt letztlich nicht nur auf den Verbraucherschutz, sondern auch auf die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen ab, s. hierzu Erwägungsgrund Nr. 2 der Richtlinie.

79 Vgl. *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 1 RiLi 93/13/EWG Rdn. 3.

konformer Auslegung<sup>80</sup> nur die hier vorgetragene Interpretation zuläßt.

Es kann nicht sein, daß in Erwägungsgründen einer Richtlinie enthaltene explizite Interpretationen von Zielvorgaben durch Heranziehung einer Öffnungsklausel wie Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG im Rahmen einer nationalen Auslegungspraxis konterkariert werden. Im besonderen geht es hier nicht um strengere nationale Einzelbestimmungen in Ergänzung zu der im Anhang der Richtlinie genannten Liste von Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können, sondern um die Einbeziehung eines gesamten Vertragskomplexes in den Kontrollbereich des § 8 AGBG.

Als weiteres Argument läßt sich im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips vortragen, daß der EuGH eine unverhältnismäßige Beschränkung von Grundfreiheiten durch nationales Verbraucherschutzrecht dann annimmt, wenn das nationale Recht den Weg des Verbots bzw. der Kontrolle beschreitet, obwohl das fragliche Verbraucherschutzziel bereits durch eine ausreichende Verbraucherinformation zu erreichen gewesen wäre<sup>81</sup>.

Übertragen auf die Problematik der AVB ließe sich hieraus ableiten, daß es nach dem Informationsmodell<sup>82</sup> des Verbraucherschutzes ausreichend sein müßte, wenn dem Verbraucher (VN) die Hauptleistung des Vertrages transparent gemacht wird, wie dies auch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG zur Voraussetzung der Kontrollfreiheit erhebt. Findet eine nationale AGB-Kontrolle trotzdem statt, könnte dies mithin als unverhältnismäßig angesehen werden.

Da sich der aufgezeigte Zielkonflikt<sup>83</sup> bzw. die Verhältnismäßigkeitsproblematik auf nationaler Ebene kaum lösen lassen wird, drängt es sich nachgerade auf, hier über ein Vorlageverfahren nach Art. 177 EGV<sup>84</sup> eine Klärung herbeizuführen<sup>85</sup>.

## V. Konsequenzen für die Praxis und Ausblick

Eine Auswertung von in bezug auf die Problematik einschlägigen Urteilen läßt vermuten, daß die Vertreter der Versicherungswirtschaft zwar häufig auf eine Erstreckung von § 8 AGBG auf leistungsbegrenzende Merkmale hingewiesen haben, jedoch bisher einen auf Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 19 S. 3 zur Richtlinie gerichteten Einwand haben vermissen lassen<sup>86</sup>.

Unter Berücksichtigung der hier vorgetragenen Feststellungen und Rechtsmeinung erschiene der Versuch lohnenswert, einen entsprechend formulierten Sachvortrag

zu wagen. Dies würde für die Versicherungswirtschaft eine Chance in sich bergen, bisher verlorengewonnenes Territorium zurückzugewinnen. Die Risiken erscheinen begrenzt; allenfalls führt die Sache nicht zum gewünschten Erfolg, was den bisherigen Status quo aufrechterhalten würde. Voraussetzungen für einen aussichtsreichen Vortrag sind danach

- der Nachweis, daß eine Risikoausschluß- bzw. Abgrenzungsklausel bei der Kalkulation der Prämie versicherungsmathematisch nachvollziehbar adäquat berücksichtigt wurde und
- die Klausel den sonstigen Erfordernissen des AGBG, hier insbesondere §§ 3 und 5, aber auch § 7 AGBG standhält.

Es bleibt abzuwarten, ob eine in der Zukunft entsprechend präsentierte Begründung geeignet sein wird, die bundesdeutsche Rechtsprechung zu § 8 AGBG in Hinblick auf AVB zu ändern.

80 So die st. Rspr. des EuGH; vgl. EuGHE 75, 297 (306); 82, 3415 (3430); 84, 1891 (1909); 85, 2655 (2668); 88, 4635 (4656). Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. u. a. *Heinrichs* NJW 96, 2190 (2195); *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht 1. Aufl. S. 449 ff. sowie zuletzt EuGH NJW 94, 2473; aus deutscher Sicht hierzu instruktiv BVerfGE 75, 223 (227).

81 Vgl. hierzu EuGHE 79, 649 = NJW 79, 1766 (Cassis de Dijon).

82 Vgl. hierzu u. a. *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 8 RiLi Rdn. 3 m. w. N.; zur Wechselwirkung der beiden Grundmodelle des Verbraucherrechts (Informations-/Regulationsmodell) zuletzt eingehend *Damm* VersR 99, 129 (136 f.).

83 Bei einer Auslegung haben die in den Erwägungsgründen, aber auch sonst im Rechtsetzungsverfahren zur Geltung gelangten Vorstellungen Beachtung zu finden; vgl. hierzu u. a. *Wolf* aaO (Fn. 17) Art. 1 RiLi 93/13/EWG Rdn. 18 m. w. N.

84 Zur Vorlagepflicht nach Art. 177 EGV bei Fragen in Zusammenhang mit der Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ausführlich *Nassall* WM 94, 1645 sowie JZ 95, 693; ebenso *Brandner* (MDR 97, 312 [315] unter Hinweis auf *Nassall* [aaO]), der betont, daß die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 8 AGBG die Kontrollfähigkeit bei risikobegrenzenden Klauseln in AVB enger definiert als nach dem herkömmlichen Verständnis des § 8 AGBG, eine Frage des Gemeinschaftsrechts sei, für deren Entscheidung der EuGH zuständig ist.

85 Mit dieser Forderung zuletzt auch *Kieninger* VersR 98, 1071 (1074) in Anm. zu OLG Hamburg VersR 98, 627.

86 Vgl. aber bereits *Brandner* (ZIP 92, 1590 [1591]) mit dem Hinweis, daß sich mit der Sondererwähnung der beschränkten Kontrollfähigkeit von risikobeschreibenden und -begrenzenden Klauseln in den Erwägungsgründen zu Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG die Rechtsprechung wird auseinandersetzen müssen.

## Organtransplantation und AMG

*Dr. Albrecht W. Bender, Justiziar, Erlangen*

### I. Einführung

Nach einem der längsten Gesetzgebungsverfahren in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist am 1. 12. 1997 das Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen<sup>1</sup> in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist, durch Rechtssicherheit und Transparenz Vertrauen zu schaffen, um letztendlich das Organaufkommen zu erhöhen. Die wissenschaftliche Diskussion rankt sich vornehmlich um transplantationspezifische Fragen, etwa die Befugnisse der Angehörigen bei der postmortalen Organspende<sup>2</sup> oder die Lebendspende<sup>3</sup>. Die Anwendbarkeit des AMG droht hierüber in Vergessenheit zu geraten, obwohl in § 21 TPG der Kreis der Nichtarzneimittel des § 2 Abs. 3 AMG erweitert sowie der

Anwendungsbereich des AMG in § 80 eingeschränkt wurde.

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 TPG erstreckt sich der Begriff „Organe“ von ganzen menschlichen Organen über Organteile bis hin zu Geweben. Der Regelungsbereich des Gesetzes erfaßt alle Maßnahmen, die mit der Intention der Organübertragung auf andere Menschen vorgenommen werden. Abs. 2 der Norm nimmt

1 Transplantationsgesetz (TPG) vom 5. 11. 1997 BGBl I 2631. Vgl. einführend *Deutsch* NJW 98, 777.

2 *Walter* FamRZ 98, 201.

3 *Seidenath* MedR 98, 253.