

Leander D. Loacker\*

## Preisanpassungsklauseln: Rechtsvergleichende Überlegungen *de lege lata* und *de lege (non) ferenda* am Beispiel der Versicherungsprämie

### Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen und Themenabgrenzung	127
II.	Allgemeine Klauselkontrolle nach deutschem Recht im Überblick	131
	A. Formale Schranken	132
	1. Bestimmtheitsgebot	133
	2. Verständlichkeitsgebot	138
	B. Materielle Schranken	140
	1. Zulässige Anknüpfungspunkte	140
	2. Spiegelbildlichkeitsprinzip, zusätzliche Anpassungskriterien und Rechtsfolgen eines materiellen Schrankenverstosses	146
III.	Spezialgesetzliche Kontrolle von Prämienanpassungsklauseln (§ 40 dVVG)	149
IV.	Zwischenbefund aus deutscher Sicht	151
V.	<i>De lege non ferenda</i> : Was die gescheiterte Totalrevision des schweizerischen VVG gebracht hätte	152
VI.	Weiterentwicklung der allgemeinen schweizerischen Klauselkontrolle	158
VII.	Zwischenbefund aus schweizerischer Sicht	163
	A. Generelles	163
	B. PAK mit Wirkung für kündbare Zeiträume – ein Sonderfall?	166
VIII.	Was bleibt ohne schweizerische VVG-Reform?	169
IX.	Fazit	175

### I. Vorbemerkungen und Themenabgrenzung

Preisanpassungsklauseln (d.h. *in praxi* vor allem: Preiserhöhungsklauseln) erfreuen sich keines besonders guten Rufes. Niemand bezahlt gerne mehr als ursprünglich vereinbart und zwar auch dann nicht, wenn er damit aufgrund einer Abrede in dieser ursprünglichen Vereinbarung tatsächlich rechnen musste. Statt-

\* Dr. iur., M.Phil., Oberassistent für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht an der Universität Zürich.

dessen stehen häufig Zweifel an Grund und Umfang der begehrten Preiserhöhung im Raum. Nicht selten sind diese Zweifel durchaus berechtigt. Gleichzeitig bestehen aber zumindest dem Grunde nach keine ernsthaften Zweifel an der sowohl ökonomischen<sup>1</sup> als auch rechtlichen<sup>2</sup> Begründbarkeit solcher Klauseln, gilt es durch sie doch gerade im Bereich der Dauerschuldverhältnisse<sup>3</sup> einen Ausgleich zwischen gleichermaßen berechtigten Anpassungs- und Kontinuitätsinteressen<sup>4</sup> herbeizuführen.

Verglichen mit dem Banken-, Energieversorgungs- und Reiseveranstaltungssektor, wo sich Preisanpassungsfragen in funktional vergleichbarer Weise stellen, rücken solche Fragen im Versicherungsbereich seltener in den Blickwinkel einer grösseren Öffentlichkeit. Damit ist weder gesagt, dass es an literarischen Auseinandersetzungen zum Thema<sup>5</sup> fehlen würde noch dass seine praktische Relevanz<sup>6</sup> dort geringer wäre. Ganz im Gegenteil. Auch besteht keine Veranlassung zu Optimismus dergestalt, als es mit Blick auf den Kundenschutz in versicherungsrechtlichem Kontext besser stehen könnte als anderenorts. Tatsächlich kamen etwa nach einer Erhebung der Europäischen Kommission von rund 7.500 in den Mitgliedstaaten registrierten Fällen missbräuchlicher Klauseln mehr als 500 im Versicherungswesen zum Einsatz, was der Branche den bemerkenswerten vierten Platz im Ranking der klauselmissbrauchsgeneigten Wirtschaftszweige beschert hat.<sup>7</sup> In der Schweiz dürfte ebenfalls von einem erheblichen Schutzbedürf-

- 1 Zur ökonomischen Beurteilung der Angemessenheit von Prämienanpassungen jüngst GLEIBNER/NGUYEN, Prämienkalkulation und die «Sanierung» von Versicherungsverträgen, ZVersWiss 2013, 102, 367 (378 ff.).
- 2 Siehe etwa THOMAS, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 209 2009, 84 (85 ff.).
- 3 FENYVES/RUBIN, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (348) weisen freilich zu Recht darauf hin, dass die Thematik allgemein bei 'Langfristverträgen', insbesondere also auch bei Zielschuldverhältnissen mit erheblich in der Zukunft liegender Erfüllungsabrede Bedeutung zukommt.
- 4 Vgl. HAU, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, 415 und 343 ff.
- 5 Vgl. etwa schon die monographischen Arbeiten von WANDT, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, Karlsruhe 2000; FENYVES, Der Einfluß geänderter Verhältnisse auf Langzeitverträge, Wien 1997; BECKMANN, Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz, Karlsruhe 1990; SCHULZE SCHWIENHORST, Aufsichts- und wettbewerbsrechtliche Probleme der Prämienanpassungsklausel, Karlsruhe 1987; EUCKER, Prämienanpassungsklauseln in der privaten Versicherungswirtschaft, Mainz 1980. Zur Frage der Bedingungsanpassung zuletzt REIMANN, Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen, Baden-Baden 2007; allgemeiner ferner HAU (Fn. 4) und KAMANABROU, Vertragliche Anpassungsklauseln, München 2004.
- 6 Vgl. FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 13.131: «nahezu allgegenwärtig».
- 7 Siehe den Bericht über die Anwendung der RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen [KOM (2000) 248 endg. vom 27. 4. 2000], 60 samt Hinweis auf weitere Studien in der dortigen Fn. 62 und auf 44 f.

nis auszugehen sein – mit spezifischem Blick auf Anpassungsklauseln sei hier nur beispielhaft darauf verwiesen, dass bei einer Kür der kundenfeindlichsten AVB-Klauseln im Rahmen einer HAVE-Tagung im Jahr 2010 eine Bedingungsanpassungsklausel auf den ersten Platz gewählt wurde.<sup>8</sup>

Grund genug also, sich dieses allgemeinen Themas in seiner besonderen versicherungsrechtlichen Ausprägung anzunehmen. Der grundsätzliche Entfall der aufsichtsbehördlichen AVB-Vorabgenehmigung – wie er heute sowohl für den deutschen<sup>9</sup> als auch für den schweizerischen<sup>10</sup> Versicherungsmarkt charakteristisch ist – hat jedenfalls dazu beigetragen, dass seither vergleichbare Fragen, die sich bei einer Vielzahl der durch Dauerschuldverhältnisse und AGB-Dominanz gekennzeichneten Sachverhalte stellen, auch vergleichbar beantwortet werden können. Sie alle unterliegen nämlich einer allgemeinen gerichtlichen *ex post*-Klauselkontrolle. Der Verlust der vormaligen Sonderstellung versicherungsbezogener AGB öffnet die Tore zu einer prinzipiellen Übertragbarkeit massgeblicher Grundwertungen der Klauselkontrolle zwischen unterschiedlichen Wirtschaftszweigen. Klar ist aber auch, dass der Schutz des mit AGB konfrontierten Vertragspartners immer nur so wirkungsvoll sein kann wie die Klauselkontrolle an sich ist. Dort, wo die Praxis der Klauselkontrolle oder Teile derselben<sup>11</sup> unterentwickelt sind (wie man es für die Schweiz zumindest bis zum Inkrafttreten der Neufassung von Art. 8 UWG<sup>12</sup> konstatieren musste<sup>13</sup>) können deshalb Schutzlücken

<sup>8</sup> Siehe PRIBNOW, Kür der kundenfeindlichsten und kundenfreundlichsten AVB-Klauseln, in: Fuhrer/Weber, Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich/Basel/Genf 2011, 197 (200). Konkret ging es um eine Bedingungsanpassungsklausel in der Krankenversicherung.

<sup>9</sup> Vgl. ARMBRÜSTER, Privatversicherungsrecht, Tübingen 2013, N 117 ff.; WANDT, Versicherungsrecht, 5. Aufl., Köln 2010, N 79 und 180 ff.

<sup>10</sup> Vgl. FUHRER (Fn. 6), N 26.31; HEISS, Der Vorentwurf einer 'Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)' im Lichte der europäischen Entwicklungen, HAVE 2007, 235 (239); DERS., Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht, HAVE 2011, 423 (423).

<sup>11</sup> Vgl. etwa das (jedenfalls vor Inkrafttreten des nunmehrigen Art. 8 UWG zutreffende) Resümee von BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 118 I (1999) 305 (327): «Der hohe Schutzstandard bei der Abschlusskontrolle im schweizerischen Vertragsrecht findet sein Korrelat in einem tiefen Schutzstandard bei der richterlichen Inhaltskontrolle der AGB.»

<sup>12</sup> Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. Juni 2011 (BBl. 2009, 6151).

<sup>13</sup> A.A. – mit Verweis auf die Kontrollkompetenz der FINMA nach Art. 117 AVO, «die in der Sache einer Inhaltskontrolle europäischer bzw. deutscher Provenienz nahe kommen dürfte» – GROLIMUND, Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, HAVE 2007, 145 (157). Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt SCHNYDER, AGB-Richtlinie und schweizerische Versicherungsbedingungen, in: Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 177 (191) anhand eines Vergleichs zwischen AGB-RL und

cken bestehen. Deutlich wird dieser Befund vor allem durch einen Vergleich mit Staaten, die den klauselrechtlichen *acquis* in ihr nationales Recht übernommen und im Bereich des autonomen Versicherungsvertragsrechts ergänzende Sonderbestimmungen geschaffen haben. Aus diesem Grund soll im Folgenden ein vergleichender Blick auf die Rechtslage in Deutschland geworfen und die schweizerische Situation einer kritischen Evaluation unterworfen werden.

Zuvor besteht Bedarf nach einer thematischen Abgrenzung dieses Beitrags.

Mit Blick auf den *Rechtsgrund* der Vertragsanpassung soll es hier ausschliesslich um die *klauselgestützte* Anpassung, nicht aber um die (etwa in der Lebens- und Krankenversicherung vorzufindende<sup>14</sup>) *gesetzlichen* Anpassungsbefugnisse gehen.<sup>15</sup> Wie der Beitragstitel des Weiteren klarstellt, sollen allein Anpassungen in Bezug auf die *Prämienhöhe* thematisiert werden, während die ungleich selteneren *Bedingungsanpassungsklauseln*, die bekanntlich auf den Leistungsumfang des Versicherers abzielen, ausser Betracht bleiben müssen. Im Übrigen soll es nur um jene Prämienhöhungen gehen, die ihre Berechtigung in Umständen ausserhalb der Versicherungsnehmersphäre suchen. Für Klauseln, die *Bonus-Malus-Systeme* etablieren, bei denen die Prämienhöhe an den Schadensverlauf gekoppelt wird,<sup>16</sup> trifft dies naturgemäss ebenso wenig zu wie für solche, die etwa im Fall von versicherungsnehmerseitigen Gefährerhöhungen Prämienanpassungen vorsehen.<sup>17</sup> Innerhalb der Prämienanpassungsklauseln muss ferner eine Fokussierung auf jene Klauseln erfolgen, die in der Vergangenheit besonders häufig Anlass zu Diskussionen gegeben haben. Dazu zählen wiederum *nicht* die sog. *Gleit-* oder *Indexklauseln*,<sup>18</sup> die typischerweise 'automatisch' zu Ände-

schweizerischen VVG/VAG, der zeige, dass den Anliegen der RL durch das geltende schweizerische Versicherungsrecht «bereits heute weitgehend Rechnung getragen» sei.

<sup>14</sup> Siehe in Deutschland §§ 163, 164, 203 Abs. 2 und 3 dVVG. In der Schweiz findet sich im gegenwärtigen Versicherungsrecht lediglich in Art. 132 AVO eine Regelung zu Prämienanpassungsklauseln in Lebensversicherungsverträgen, jedoch (anders als in Deutschland) keine selbständige gesetzliche Anspruchsgrundlage bspw. für eine spartenspezifische Prämienneufestsetzung.

<sup>15</sup> Zu den Unterschiedlichkeiten gesetztes- und klauselgestützter Vertragsanpassung siehe allgemein HAU (Fn. 4), 245 ff und 333 ff.

<sup>16</sup> Instruktiv etwa SCHAEER, *Modernes Versicherungsrecht*, Bern 2007, 433.

<sup>17</sup> Zur schweizerischen Praxis FUHRER (Fn. 6), N 13.110; zur deutschen Rechtslage etwa LOCKER, *Die Gefährerhöhung nach der VVG-Reform – Überlegungen zur Anpassung des Versicherungsvertrags gemäß § 25 VVG 2008*, *VersR* 2008, 1285 (1286 ff.).

<sup>18</sup> Zu den Begrifflichkeiten FUHRER, *Aufpassen beim Anpassen: Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen*, in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl, *FS Rey*, Zürich 2003, 409 (dortige Fn. 1).

rungen in einem im Vorhinein bestimmten Ausmass führen,<sup>19</sup> sondern jene, bei denen der Versicherer anhand selbst formulierter Kriterien zu einer einseitigen Prämienanpassung berechtigt oder verpflichtet ist. Zu guter Letzt muss sich die Darstellung auf die primäre AGB-Kontrolle, wie sie sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland von den *Zivilgerichten* wahrgenommen wird, beschränken. Das in beiden Staaten zur Verfügung stehende *aufsichtsrechtliche Instrumentarium*, insbesondere die im Rahmen der Missstands-<sup>20</sup> bzw. Missbrauchskontrolle<sup>21</sup> mögliche Untersagung der Verwendung bestimmter AVB-Klauseln muss demnach ausgeblendet werden. Freilich dürfte letzteres *in praxi* sowohl mit Blick auf die beschränkten Kapazitäten der Aufsichtsbehörde<sup>22</sup> als auch aus konzeptionellen Erwägungen – Stichwort: keine Re-Regulierung durch die Hintertüre – ohnehin ungleich seltener zu Gebote stehen.<sup>23</sup>

## II. Allgemeine Klauselkontrolle nach deutschem Recht im Überblick

Wenn man es aus Sicht des deutschen Rechts mit Prämienanpassungsklauseln zu tun hat, hat man es zu allererst mit allgemeinem AGB-Recht zu tun, das in der Folge spezialgesetzlich in Gestalt des § 40 VVG angereichert wird. Innerhalb des deutschen AGB-Rechts zeigt sich sodann, dass der Brennpunkt der Diskussion nicht auf den ersten Stufen der AGB-Kontrolle, also weder auf dem, was man in Deutschland als *Einbeziehungskontrolle* bezeichnet noch auf der *Auslegungsebene* angesiedelt ist.<sup>24</sup>

Stattdessen liegt der Schwerpunkt klar auf der Stufe der *Inhaltskontrolle* im Rahmen der Generalklausel des § 307 BGB. Dabei handelt es sich um eine Generalklausel, die wohlgemerkt (und anders als das Pendant der Klausel-RL<sup>25</sup>)

<sup>19</sup> Vgl. FENYVES/RUBIN (Fn. 3), 348. Aus europarechtlicher Sicht zuletzt EuGH, Urteil vom 7. 3. 2013, Rs. C-577/11 (*DKV Belgium SA /Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*).

<sup>20</sup> Siehe § 81 Abs. 1 deutsches VAG.

<sup>21</sup> Siehe Art. 117 Abs. 1 AVO.

<sup>22</sup> So für Deutschland etwa WANDT (Fn. 9), N 185.

<sup>23</sup> Anders wohl GROLIMUND (Fn. 13), 155 ff. Demgegenüber wie hier zurückhaltend FUHRER, Neuerungen in der Aufsichtsverordnung, in: Waldmeier/Weber, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, 2005, 83 (93 f.). Schlicht gegen eine AVB-Kontrolle durch die FINMA wohl JENNY, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, 2014, 24. Die Frage überhaupt offenlassend SCHAEER (Fn. 16), 433.

<sup>24</sup> Dazu für viele REIFF, Allgemeine Versicherungsbedingungen, in: Langheid/Wandt, MüKo-VVG, 2010, 93 ff.

<sup>25</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

nicht auf Verbraucherverträge beschränkt ist,<sup>26</sup> sondern auch im Handelsverkehr (differenzierte<sup>27</sup>) Anwendung findet. Ihr Ziel – die Vermeidung von unangemessenen Benachteiligungen durch AGB – soll auf zwei Wegen erreicht werden, nämlich durch die Einführung einerseits *formeller* und andererseits *materieller Schranken*. Ungeachtet aller Unklarheiten, die sich bei der Ausgestaltung dieser Schranken im Einzelnen ergeben, ist heute letztlich unbestritten, dass auch Prämienanpassungsklauseln (*im Folgenden: PAK*) – wie grundsätzlich alle Arten von Preisanpassungsklauseln – als Preisnebenabreden<sup>28</sup> voll der Inhaltskontrolle unterliegen und insbesondere nicht zum sog. *kontrollfreien Bereich*<sup>29</sup> gehören,<sup>30</sup> den das schon erwähnte Richtlinien Vorbild (in bekanntlich mehr schlecht als recht formulierter Erläuterung<sup>31</sup>) den AGB-Verwendern zugesteht.

## A. Formale Schranken

Die formalen Schranken des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB werden üblicherweise unter dem Sammelbegriff des *Transparenzgebots* zusammengefasst, der sich seinerseits insbesondere<sup>32</sup> in eine *Bestimmtheits-* und eine *Verständlichkeitskomponen-*

<sup>26</sup> Vgl. SCHLECHTRIEHM/SCHMIDT-KESSEL, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005, N 95. Unrichtig SCHAER (Fn. 16), 291, der annimmt, die Klauselkontrolle nach BGB sei «nur für den nicht kaufmännischen Verbraucher anwendbar».

<sup>27</sup> So sind dort die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB), was bei Preisanpassungsklauseln zu erleichterten Wirksamkeitsvoraussetzungen führen kann – siehe BGH, Urteil vom 16. 1. 1986, VIII ZR 153/83, NJW 1985, 853 (854 a.E.) und BECKMANN, in: BRUCK/MÖLLER, VVG, 9. Aufl. 2010, § 40 N 58.

<sup>28</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung BGH, Urteil vom 1. 7. 1992, IV ZR 191/91, RuS 1992, 350; bestätigt etwa durch BGH, Urteil vom 8. 10. 1997, IV ZR 220/96, NJW-RR 1998, 1322 u.v.a.m. Aus der Literatur etwa ARMBRÜSTER (Fn. 9), N 1016.

<sup>29</sup> Zu dessen Konturierung ADELMANN, Die Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, 2008, 80 ff. und 122 ff. sowie WANDT/BAIER, Kontrollfreie AVB-Klauseln, in Fuhrer/Weber (Fn. 8), 69 ff.

<sup>30</sup> Für viele ARMBRÜSTER, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Prämienanpassungsklauseln, RuS 2012, 365 (367) und POHLMANN, Einführung in die allgemeinen Versicherungsbedingungen, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 2. Aufl. 2011, N 47 mit jeweils zahlreichen Nachweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum.

<sup>31</sup> Angesprochen ist vor allem Erwägungsgrund 19 der Richtlinie (Fn. 25), dessen unterschiedliche Sprachfassungen inhaltlich jeweils Unterschiedliches besagen – vgl. nur ADELMANN (Fn. 29), 103 und 184 f. Dem EuGH fehlte infolge einer gewissen 'Vorlagetragheit' der mitgliedstaatlichen Gerichte bislang die Gelegenheit zu einer verbindlichen Entscheidung (Kritik etwa bei BASEDOW, NVersZ 1999, 349 ff. und grundlegend bei DEMS., Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: Der verweigerte Dialog, in: FS G. Hirsch, 2008, 51 ff.).

<sup>32</sup> Nach ARMBRÜSTER (Fn. 9), N 545 gehört auch ein Vollständigkeitsgebot hierher. Andere (vgl. GOTTSCHALK, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, AcP 206 (2006), 556 [584 ff.]) zählen auch ein Täuschungs- und Irreführungsgebot dazu.

te aufgliedern lässt.<sup>33</sup> Klar ist, dass es dabei primär um formulierungs- bzw. gestaltungsbezogene Aspekte von AGB und deren vermutete Auswirkung auf den durchschnittlichen Empfänger (in unserem Zusammenhang: den durchschnittlichen Versicherungsnehmer<sup>34</sup>) geht. Ebenso klar ist aber auch, dass gerade im Versicherungsbereich die hohen Anforderungen eines solchen Transparenzgebots besonders grosse Schwierigkeiten bereiten<sup>35</sup> und der durch AVB determinierte Versicherungsvertrag in der Literatur keineswegs umsonst als ein «immanent transparenzgefährdetes Produkt»<sup>36</sup> charakterisiert worden ist. Schwierigkeiten,<sup>37</sup> den Anforderungen des Transparenzgebots zu genügen, kann demnach auch derjenige haben, der sich redlich um Transparenz bemüht – was man hier nur deshalb erwähnen muss, weil es auch solche geben soll, die ihre Transparenzbemühungen allzu früh oder vielleicht sogar aus regelrechter Formulierungsunwilligkeit einstellen.<sup>38</sup>

### 1. Bestimmtheitsgebot

Von der Warte des Bestimmtheitsgebots aus betrachtet, verlangt die deutsche Judikatur von PAK-Verwendern zunächst eine möglichst präzise Benennung der konkreten Merkmale eines Prämienhöhenzenarios.<sup>39</sup> Das setzt natürlich *a minori ad maius* voraus, dass überhaupt Kriterien für eine Prämienhöhung benannt werden.<sup>40</sup> Fehlt es an solchen, lässt sich die Intransparenz auch nicht durch die freiwillig auferlegte Beschränkung beseitigen, wonach die Erhöhung nicht zu höheren Prämien führen darf, als sie für Neuverträge vorgesehen sind.<sup>41</sup> Wer also nur höhenmässig beschränkt, was er dem Grunde nach offen lässt,

<sup>33</sup> Für viele WANDT (Fn. 9), N 200 m.w.N.

<sup>34</sup> Dazu LOOSCHELDERS, Die Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach dem AGBGB, 2001, 397 (400). Aus der Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 8. 10. 1997, IV ZR 220/96, VersR 1997, 1517.

<sup>35</sup> Vgl. BASEDOW, Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, VersR 1999, 1045 (1045), nach dem sich «das Transparenzgebot und die Realität der AVB im allgemeinen als extreme Gegensätze» gegenüberstehen.

<sup>36</sup> WANDT, Die Transparenz im Versicherungswesen, in: 47. Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2006/II, 2007, 17 (17).

<sup>37</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch den allgemeinen Befund von THOMAS (Fn. 2), 128: «Der BGH hat die Konkretisierung von Preisanpassungsklauseln so hoch angesetzt, dass fraglich ist, ob sie überhaupt noch erfüllbar sind.»

<sup>38</sup> Siehe nur BASEDOW (Fn. 35), 1045: «Versicherungsunternehmen [sind] immer wieder der Versuchung erlegen, ihre Bedingungswerke besonders kompliziert auszugestalten, um so den Umfang ihrer Leistungspflichten hinter einem sprachlichen Schleier zu verbergen.»

<sup>39</sup> Vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 367; PILZ, Missverständliche AGB: Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Karlsruhe 2010, 170 ff.

<sup>40</sup> Siehe LG Lüneburg, Urteil vom 14. 3. 1997, 8 O 11/97, VersR 1998, 449.

<sup>41</sup> LG Lüneburg (Fn. 40).

formuliert intransparent. Das ergibt sich auch schon aus dem grundlegenden, sog. *DAS*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1981,<sup>42</sup> dessen diesbezügliche Grundwertungen auch unter dem gegenwärtigen deutschen AGB-Recht aufrechterhalten werden können.<sup>43</sup> Ungenügend ist freilich eine Beschränkung der Höhe von Preisanpassungen, wenn – um einen höchstgerichtlichen Entscheid aus dem Telekommunikationsbereich herauszugreifen<sup>44</sup> – der AGB-Verwender die «Zumutbarkeit für den Kunden» als einzige Begrenzung einführt, den Grund hierfür jedoch im Dunkeln lässt.

Für den Versicherungsbereich wird man nichts anderes vertreten können.<sup>45</sup> In diesem Sinne hat der BGH bei der Prüfung der Transparenz von AVB darauf abgestellt, ob «der Versicherer dem Versicherungsnehmer klar und verständlich vor Augen führt, was dieser erwarten kann».<sup>46</sup> Demnach wird ein bestimmtes *Mindestmass an Kalkulierbarkeit*<sup>47</sup> und damit Vorhersehbarkeit der möglichen Anpassungen geschuldet. Diesem ist nicht Genüge getan, wenn im Fall einer PAK die Erhöhung schlicht «im billigen Ermessen des Versicherers»<sup>48</sup> liegt. Für den Bankensektor<sup>49</sup> kann nach zutreffender Auffassung des deutschen Höchstgerichts nichts anderes gelten. Und auch in reise-<sup>50</sup> und energieverorgungsrechtlichem<sup>51</sup> Zusammenhang sind die Gültigkeitsanforderungen des BGH für klauselgestützte Preisanpassungen gegenüber Verbrauchern durchaus streng, wobei die

<sup>42</sup> BVerwG, Urteil vom 14. 10. 1980, 1 A 12/78, VersR 1981, 221.

<sup>43</sup> Vgl. BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 36 ff.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2007, III ZR 63/07, LMK 2007, 246011 (PFEIFFER); NJW-RR 2008, 134.

<sup>45</sup> Das Urteil (Fn. 44, Rn. 11 f.) zeigt die Übertragbarkeit der massgeblichen Grundwertungen der AGB-Kontrolle mustergültig, indem es für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen AGB-Klausel wiederholt auf AVB-rechtliche Ausführungen in anderen Judikaten verweist.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 24. 3. 1999, IV ZR 90/98, VersR 1999, 710; NVersZ 1999, 349 (BASEDOW).

<sup>47</sup> Vgl. BGH (Fn. 44), Rn. 15 – mit Blick auf die AGB eines Telekommunikationsanbieters.

<sup>48</sup> KNAPPMANN, in: Prölss/Martin, VVG-Kommentar, 28. Aufl., München 2010, § 40 N 7.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 21. 4. 2009, XI ZR 78/08, VersR 2010, 950, wonach die folgende Klausel im Bankverkehr mit Verbrauchern unwirksam ist: « [D]ie Entgelte im Privat- und Geschäftskundenbereich [werden] [...] unter Berücksichtigung der Marktlage (z.B. Veränderung des allgemeinen Zinsniveaus) und des Aufwandes nach gemäß § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches nachprüfbarem billigen Ermessen festgelegt und geändert.»

<sup>50</sup> Vgl. die bspw. BGH, Urteil vom 19. 11. 2002, X ZR 243/01, NJW 2003, 507 und Urteil vom 19. 11. 202, X ZR 253/01, NJW 2003, 746 samt kritischer Würdigung durch R. SCHMID, Die (intransparenten) Urteile des BGH zu Preisänderungsklauseln, NJW 2003, 947.

<sup>51</sup> Siehe zuletzt BGH, Urteil vom 31. 7. 2013, VIII ZR 162/09, NJW 2013, 3647; LMK 2013, 351322 (MARKERT) sowie den Überblick bei SCHÖNE, Stromlieferverträge, in von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. EL 2013, N 195 ff.



allgemein deutlich gestiegenen Anforderungen nicht selten auf Impulse des EuGH<sup>52</sup> zurückzuführen sind.

Bei allem ist natürlich nicht gesagt, dass selbst die bestimmteste PAK nicht doch noch Beurteilungsspielräume für den Versicherer bieten könnte. Im Gegenteil: Solche Spielräume sind mit Blick auf die versicherungsmathematischen und -technischen Grundregeln häufig geradezu unvermeidbar.<sup>53</sup> Auch wurde allzu überzogenen Bestimmtheitsanforderungen im Ergebnis schon in einer Entscheidung des LG Hamburg aus den 1980er-Jahren<sup>54</sup> für den Versicherungssektor entgegengetreten, die eine Klarstellung wiederholte, die der BGH<sup>55</sup> zuvor in versicherungsfremdem Zusammenhang allgemein getroffen hatte: «Das Gebot, in einer einseitigen Preisänderungsklausel die preisbildenden Faktoren hinreichend zu konkretisieren, kann nur so weit reichen, wie der Klauselverwender die – zumutbare – Möglichkeit hierzu hat.» Es mangelte also nicht schon grundsätzlich an Bemühungen, die Transparenzanforderungen nicht zu überspannen<sup>56</sup> und gerade im Versicherungsbereich eine Aufblähung der Klauselwerke mit versicherungsmathematischem Hintergrundwissen ebenso zu vermeiden wie wohl zu weit gehenden Offenbarungspflichten hinsichtlich der versichererseitigen Kalkulationsmechanismen.<sup>57</sup>

Und dennoch ist der zentrale, aus dem Bestimmtheitsgebot erfließende Aspekt jener, zumindest die *ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume abzuschneiden* und damit eine gewisse *Selbstbindung des Versicherers*<sup>58</sup> sicherzustellen, die es dem Versicherungsnehmer erspart, auf das Billigkeitsempfinden seines Vertragspartners vertrauen zu müssen. Inakzeptabel sind vor diesem Hintergrund bspw. Klauseln, die dem Versicherer das Recht vorbehalten, u.a. die Beiträge

<sup>52</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 21. 3.2013, Rs. C-92/11 (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale NRW*), EuZW 2013, 461.

<sup>53</sup> WANDT, Prämien- und Bedingungsänderungen in laufenden Versicherungsverträgen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl., München 2009, N 112; BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 57.

<sup>54</sup> LG Hamburg, Urteil vom 1. 12. 1989, 74 O 308/89, VersR 1990, 303.

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 16. 1. 1985, VIII ZR 153/83, NJW 1985, 853.

<sup>56</sup> Dies gilt auch für das Schrifttum – vgl. etwa BECKMANN, Auswirkungen des § 31 VVG auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Prämienanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen, VersR 1996, 540 (sub. IV.3.b. a.E.).

<sup>57</sup> Vgl. etwa die mit Blick auf (gesetzesbasierte) Prämien erhöhungen in der Krankenversicherung ergangene Entscheidung des BVerfG vom 28.12.1999, 1 BvR 2203/98, VersR 2000, 214, wonach das Interesse «an einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung der Berechnung der Prämien erhöhungen mit einem schutzwürdigen Interesse [...] an der Geheimhaltung der Berechnungsgrundlagen zum Ausgleich zu bringen» sei.

<sup>58</sup> WANDT (Fn. 53), N 120.

«bei einem dringenden Bedürfnis» zu ändern, wie der BGH in seinem sog. *HDI-Urteil*<sup>59</sup> klargestellt hat. Tatsächlich wäre der Versicherungsnehmer bei der Gültigkeit einer solchen Anpassungsgrundlage «jeder Beurteilung des Beklagten über die Richtigkeit und Notwendigkeit einer Anpassung ausgeliefert, ohne dass er vor Vertragsschluss oder auch nur danach vorhersehen kann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ihn zusätzliche Belastungen treffen».<sup>60</sup> Aus diesem Grund kann auch der Anpassungsvorbehalt «bei Eintritt von Kostensteigerungen» einer Bestimmtheitsprüfung nicht standhalten.<sup>61</sup>

Die *eo ipso-Nichtigkeit* der betroffenen Anpassungsklausel<sup>62</sup> ist die grundsätzlich adäquate Sanktion für eine solche Intransparenz.<sup>63</sup> Auf eine zusätzliche Verletzung der materiellen Schranken soll es nicht mehr ankommen.<sup>64</sup> Das leuchtet insofern ein, als Intransparenz schon für sich genommen dazu führen kann, dass materielle Unangemessenheiten nie zutage treten, weil sich der Versicherungsnehmer (oder auch klagebefugte Verbände) gerade aufgrund der Intransparenz kein hinreichendes Bild über die Erfolgsaussichten einer Rechtsdurchsetzungsmassnahme machen können.<sup>65</sup> Allerdings wird man im speziellen und wohl seltenen Fall der *kundenbegünstigenden* intransparenten Klausel anderes vertreten, d.h. eine *eo ipso-Nichtigkeit* verneinen können.<sup>66</sup>

Jedenfalls höchst problematisch wäre eine *geltungserhaltende Reduktion*, stünde sie doch einer effektiven Klauselkontrolle<sup>67</sup> und den europarechtlich damit verbundenen Zielen der Markt- und Produkttransparenz im Weg. Der EuGH hat das

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 8.10. 1997, IV ZR 220/96, VersR 1997, 1517; siehe zum Urteil auch BAUMANN, *Bedingungsanpassungsklauseln bei Versicherungs-Aktiengesellschaften und -Gegenseitigkeitsvereinen*, JZ 1999, 881.

<sup>60</sup> BGH (Fn. 59), Rn. 35.

<sup>61</sup> Siehe BGH, Urteil vom 16. 3. 1988, IV a ZR 247/84, VersR 1988, 1281.

<sup>62</sup> Für viele etwa KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 6.

<sup>63</sup> A.A. – mit spezifisch versicherungsrechtlichem Blick – LANGHEID, § 8 AGB-Gesetz im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfähigkeit von Leistungsbeschreibungen durch Intransparenz, NVersZ 2000, 63 (67); – mit Blick auf § 307 BGB im Allgemeinen – GOTTSCHALK (Fn. 32), 590.

<sup>64</sup> KIENINGER, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 BGB N 159 sowie POHLMANN, in: Looschelders/Pohlmann (Fn. 30), N 52 m.w.N.

<sup>65</sup> Siehe schon BGH vom 23. 3. 1988, VIII ZR 58/87, BGHZ 104, 82 (93); sich anschliessend etwa BGH, Urteil vom 23. 11. 1994, IV ZR 124/93; VersR 1995, 77 (79); zum Ganzen PRÖLSS, 50 Jahre BGH: ein Streifzug durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den AVB, VersR 2000, 1441 (1452).

<sup>66</sup> Vgl. BRUNS, in: MüKo-VVG § 307 BGB N 35 f. Für die gegenläufige herrschende Ansicht siehe die Nachweise in Fn. 64.

<sup>67</sup> Ebenso zuletzt etwa MICKLITZ, *Von der Klausel- zur Marktkontrolle*, EuZW 2013, 457 (459).

diesbezügliche Verbot daher im Anwendungsbereich der Klausel-Richtlinie unlängst bestätigt.<sup>68</sup>

Dass der EuGH im Anwendungsbereich der Klausel-Richtlinie nicht gewillt ist, Gefährdungen der genannten Ziele durch Preisanpassungsklauseln hinzunehmen, zeigt sich in seiner Rechtsprechung deutlich: Zuletzt hat er – aufbauend auf einer früheren telekommunikationsbezogenen Entscheidung<sup>69</sup> – mit Blick auf die Anpassungsklausel eines Energieversorgers klargestellt,<sup>70</sup> dass sowohl der Änderungsanlass als auch der konkrete Änderungsmodus so darzustellen seien, dass der Verbraucher die Preisänderungen *anhand klarer Kriterien absehen kann*. Manche sehen darin einen Schritt zur Aufwertung des Transparenzgebots in Richtung eines *positiven Informationsgebots*.<sup>71</sup> Insgesamt hat nicht nur der EuGH die Transparenzanforderungen an Preisanpassungsklauseln immer mehr verschärft, sondern auch der BGH: War er in den 1980er-Jahren noch dem Verwender-Argument der «unüberwindbaren Schwierigkeiten»<sup>72</sup> einer transparenten Klauselfassung aus faktischen Gründen durchaus zugänglich,<sup>73</sup> ist er gegenüber solchen Argumentationsmustern mittlerweile überaus zurückhaltend.<sup>74</sup> Diese tendenziell strenge Haltung<sup>75</sup> mag ihren Teil zu einer Entwicklung beigetragen haben, die das Schwergewicht der Klauselkontrolle in den letzten Jahrzehnten zunehmend von der Ebene der materiellen Kontrolle auf die der Transparenzkontrolle verlagert hat.<sup>76</sup>

<sup>68</sup> EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012, Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino*) Rn. 53 f. m.w.N.

<sup>69</sup> EuGH, Urteil vom 26. 4. 2012, Rs. C-472/10 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*).

<sup>70</sup> EuGH, Urteil vom 21. 3. 2013 (Fn. 52).

<sup>71</sup> MICKLITZ (Fn. 67), 460.

<sup>72</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 7. 10. 1981, VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331, wo der von einem Kfz-Händler (mit Blick auf Tagespreisklauseln in Neuwagen-Verkaufsbedingungen) erhobene Einwand, aufgrund der zahlreichen massgeblichen Faktoren nicht in der Lage zu sein, einen Preisänderungsvorbehalt in einer für den Käufer nachvollziehbaren Form zu formulieren, mit der höchstgerichtlichen Bemerkung quittiert wurde: «Das mag zutreffen, liegt sogar nahe.» Für eine kritische Analyse des Rechtsprechungskriterium der «unüberwindbaren Schwierigkeiten» siehe im Übrigen THOMAS (Fn. 2), 117 ff.

<sup>73</sup> Im Detail anders wohl der Befund von BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 50.

<sup>74</sup> Vgl. etwa (hinsichtlich Pay-TV-Abonnements) BGH, Urteil vom 15. 11. 2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 (361): «Allein deshalb, weil für die Preisgestaltung zahlreiche Faktoren maßgebend sein können, ist es nicht unmöglich, einen Preisänderungsvorbehalt für den Kunden verständlich zu formulieren. Dem steht auch nicht der von der Bekl. geltend gemachte Umstand entgegen, dass sie ihre Leistungen auf einem sehr dynamischen Markt anbietet und auf dessen weitere Entwicklungen mit ihrer Preisgestaltung reagieren muss.»

<sup>75</sup> Aus Sicht der Praxis dazu kritisch SCHÖNE (Fn. 51), N 196 und THOMAS (Fn. 2), 107 ff.

<sup>76</sup> ARMBRÜSTER, Kehrtwende des BGH bei der AGB-Kontrolle in der Lebensversicherung, NJW 2012, 3001, (3003). Allgemein zur Entwicklung der Transparenzkontrolle im deutschen Versicherungsvertragsrecht

## 2. Verständlichkeitsgebot

Wo ein hinreichendes Mass an Bestimmtheit ein Mehr an Information gebietet, droht tendenziell auch Verwirrung und Informationsüberlastung. Insofern teilt das Transparenzgebot die Herausforderungen aller Ausformungen des Informationsmodells.<sup>77</sup> Eine zunehmende Transformation des Transparenzgebots zu einer positiven Informationspflicht<sup>78</sup> kann insbesondere zu einem Konflikt mit dem zweiten hier genannten Transparenzkriterium, dem Verständlichkeitsgebot, führen.

Dieses Konfliktpotential wurde in der deutschen Judikatur früh erkannt. Der BGH stellte schon Anfang der 1990er-Jahre klar: «Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt *nicht schon immer dann vor, wenn der Versicherungsnehmer keine oder nur erschwerte Möglichkeiten hat, ihn betreffende Regelungen zu verstehen*, auch wenn der Verwender von AGB nach diesem Gebot gehalten ist, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen.»<sup>79</sup> Für eine generelle Gleichsetzung zwischen Verständlichkeit und tatsächlichem Verständnis aufseiten des durchschnittlichen VN besteht demnach keine Veranlassung. Das Schrifttum stimmt dem (soweit ersichtlich) zu.<sup>80</sup>

Nichtsdestotrotz dürfte die Vereinbarkeit von Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgebot zunehmend schwieriger werden. Nach hier vertretener Auffassung könnte dies vor allem an der erwartbaren Verdichtung der Transparenzanforderungen insgesamt liegen, die durch die schon erwähnten EuGH-Impulse weiterhin gut befeuert werden dürfte. Indem aber unter dem Aspekt der Bestimmtheit mehr vom AGB-Verwender verlangt wird, wird es darauf ankommen, bei der Verständlichkeit das rechte Mass zu bewahren: Es mag zwar richtig sein, die Zumutbarkeitsgrenze sowohl auf Bestimmtheits- als auch auf Verständlichkeitsebene im Vergleich zu den Anfängen der Transparenzkontrolle weiter nach oben zu verschieben – dem AGB-Verwender insofern maximale Anstrengung abzuverlangen schadet gewiss nicht. Und doch wäre es unangebracht, die Prüfung, ob

etwa MATTERN, Das Informationsmodell im VVG unter Berücksichtigung der Auswirkungen der AGB-Kontrolle, Karlsruhe 2011, 405 ff.

<sup>77</sup> Treffend GOTTSCHALK (Fn. 32), 596: «Das Transparenzgebot verwirklicht das Informationsmodell dadurch, dass es den Kunden durch verständliche Vertragsklauseln in die Lage versetzt, seine Interessen und Marktchancen selbst zu verfolgen.»

<sup>78</sup> Dazu oben im Text bei Fn. 71.

<sup>79</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 23. 11. 1994, IV ZR 124/93, VersR 1995, 77. Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>80</sup> Vgl. nur POHLMANN, in: Looschelders/Pohlmann (Fn. 30), N 51 m.w.N.

eine Klausel «aus sich selbst heraus klar und verständlich»<sup>81</sup> ist, einzig und allein am Verständnis- und Kenntnishorizont des Durchschnittskunden auszurichten.<sup>82</sup> Denn während sich Verständlichkeitsdefizite durch kundenseitige Hinzuziehung externer Berater kompensieren lassen, bleiben Mängel in der Bestimmtheit auch dann inkompensabel.<sup>83</sup>

Klar ist aber auch, dass der Horizont des (gruppenspezifisch zu ermittelnden<sup>84</sup>) Durchschnittskunden ungeachtet dessen die zentrale Leitlinie vorgeben soll. Rechtspolitisch wäre es nach hier vertretener Meinung sinnvoll, in ausgewählten Konstellationen (die vor allem ausserhalb der hier diskutierten Preisanpassungsfrage liegen) diese Leitlinie nicht in ein Fallbeil zu verwandeln, das jede Klausel kassiert, die nicht aus sich selbst heraus für den Referenzkunden leicht verständlich ist.<sup>85</sup> Stattdessen erschiene die Aufrechterhaltung einer gewissen Rest-Flexibilität in Berücksichtigung des Kriteriums der «Expertentransparenz»<sup>86</sup> hilfreich.<sup>87</sup>

Das versicherungsrechtliche Schrifttum trachtet diese Rest-Flexibilität dadurch zu bewahren und damit den Konflikt zwischen Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgebot zu lösen, indem es im Zweifelsfall von einer *Subsidiarität der Verständlichkeit* zugunsten der Bestimmtheit ausgeht.<sup>88</sup> Das Ergebnis einer solcherart angenommenen Subsidiarität überzeugt schon angesichts der Inkompensabilität von Bestimmtheitsmängeln. Im Fall der PAK entbindet es den Versicherer nicht von seiner Pflicht, zumindest die Faktoren der Prämienerrhöhung<sup>89</sup> möglichst verständlich zu benennen, lässt aber die Verständlichkeitsansprüche nicht unvertretbar und realitätsfremd in den Verbraucherhimmel wachsen. Die

<sup>81</sup> Treffend KIENINGER, in: MüKo-BGB (Fn. 64), § 307 BGB N 159.

<sup>82</sup> Siehe aber den Rechtsprechungsnachweis in Fn. 85.

<sup>83</sup> Statt aller WANDT, Änderungsklauseln (Fn. 5), 36.

<sup>84</sup> Vgl. BRUNS, in: MüKo-VVG (Fn. 24), § 307 BGB, N 47.

<sup>85</sup> So aber wohl die massgebliche Rechtsprechung – siehe BGH, Urteil vom 23. 6. 1993, IV ZR 135/92, VersR 1993, 957, wonach «*allein* auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers abzustellen ist». Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>86</sup> So der treffende Terminus von ARMBRÜSTER (Fn. 30), 367. Ähnlich auch schon (mit Blick auf die Rechtsschutzversicherung) RÖMER, Gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach den §§ 8, 9 AGBG, NVersZ 1999, 97 (104): «Es muss dann genügen, wenn die AVB so klar formuliert sind, dass ein Fachmann sie versteht, bei dem sich der Versicherungsnehmer ggf. Rat holen kann.» Zuletzt ebenso BRUNS, in: MüKo-VVG (Fn. 24), § 307 BGB, N 89.

<sup>87</sup> Allgemein zu Ausnahmen von der ausschliesslichen Massgeblichkeit des Verständnishorizonts des durchschnittlichen Versicherungsnehmers PILZ (Fn. 39), 100 ff.

<sup>88</sup> Siehe nur WANDT (Fn. 53), 123; DERS., Transparenz als allgemeines Prinzip des Versicherungsrecht, in: Beckmann/Mansel/Matusche-Beckmann, Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft – GS Hübner, 2012, 341 (342) und BRUNS, in: MüKo-VVG (Fn. 24), § 307 BGB, N 87 m.w.N.

<sup>89</sup> ARMBRÜSTER (Fn. 30), 367.

Idealvorstellung bleibt: bedarfsgerechte Komplexität bei gleichzeitig empfangergerechter Simplizität.

## B. Materielle Schranken

Damit wechseln wir von gestaltungs- und formulierungsbezogenen zu inhaltsbezogenen Fragen der AGB-Kontrolle und kommen damit zu den *materiellen* Schranken gem. § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB. Zu beantworten ist die Frage nach einer unangemessenen Benachteiligung durch den *Regelungsgehalt* einer Klausel. Im gegebenen Zusammenhang stellen sich vor allem die Fragen, (a) welche inhaltlichen Voraussetzungen an die Zulässigkeit einer PAK zu knüpfen sind und (b) in welchem Umfang eine solche Klausel ihre Wirkung entfalten kann. Die Beantwortung bezieht sich im Folgenden (entsprechend der thematischen Abgrenzung des Beitrages<sup>90</sup>) auf jene Versicherungszweige, in denen keine spezifischen gesetzlichen Anpassungsschranken vorgegeben werden.

### 1. Zulässige Anknüpfungspunkte

Was den AGB-rechtlich zulässigen Auslöser des Mechanismus einer PAK betrifft, so kommen dafür nach in Deutschland ganz herrschender Ansicht nur unerwartet veränderte, *externe Einflüsse* in Betracht.<sup>91</sup> Solche externen Einflüsse können das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung<sup>92</sup> aus dem Lot bringen, das von den Parteien im Vertragsschlusszeitpunkt festgelegt wurde.<sup>93</sup> Darauf, ob die vereinbarten Leistungen in diesem Zeitpunkt *subjektiv*<sup>94</sup> von den Vertragsparteien gleichbewertet wurden<sup>95</sup> oder gar *objektiv*<sup>96</sup> gleich zu bewerten waren, sollte es nach hier vertretener Meinung hingegen nicht ankommen.<sup>97</sup>

Die PAK eröffnet dem Versicherer eine Möglichkeit, auf die genannten externen Einflüsse zu reagieren, indem er durch sie verursachte Kostensteigerungen an

<sup>90</sup> Siehe oben Abschnitt I.

<sup>91</sup> Für viele WANDT (Fn. 53), N 97; ARMBRÜSTER (Fn. 30), 369. Aus der Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 17. 3. 1999, IV ZR 218/97, VersR 1999, 697: «unvorhersehbare Änderungen, die der Versicherer nicht verursacht und auf die er auch keinen Einfluss hat».

<sup>92</sup> COESTER, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Neubearbeitung 2013, § 307 BGB N 96.

<sup>93</sup> Nach dem BGH (Fn. 91) kommt es darauf an, ob «das bei Vertragsschluss vorhandene Äquivalenzverhältnis in nicht unbedeutendem Maß gestört» wurde.

<sup>94</sup> Zu den Grenzen der Leistungsfähigkeit des Kriteriums der subjektiven Äquivalenz schon GERNHUBER, Handbuch des Schuldrechts, Bd. VIII, 1989, 320 f.

<sup>95</sup> So aber ARMBRÜSTER (Fn. 9), N 1017.

<sup>96</sup> Zur objektiven Äquivalenz GERNHUBER (Fn. 94), 319 f.

<sup>97</sup> Anders FENYVES/RUBIN (Fn. 19), 352, die auf das subjektive Äquivalenzverhältnis abstellen.

den Versicherungsnehmer weitergeben und auf diese Weise das vereinbarte Wertverhältnis erhalten kann. *In praxi* wird er damit naturgemäss vor allem seinen Gewinnanteil sichern wollen, der sonst durch die gestiegenen Kosten verkleinert würde. *Sicherung* darf dabei aber nicht mit *Steigerung* vermengt werden. Der BGH hat deshalb bei Preisanpassungsklauseln im Telekommunikations-<sup>98</sup> und Energieversorgungssektor<sup>99</sup> schon früh klargestellt, dass Preisanpassungsklauseln der Vermeidung von (extern bedingter) Gewinnschmälerung, aber nicht der Generierung von zusätzlichem Gewinn dienen dürfen. Ein solches *Gewinnsteigerungsverbot* ist auch für das Versicherungswesen grundsätzlich anerkannt.<sup>100</sup>

Klar ist, dass *Veränderungen der Schadensquote*<sup>101</sup> des *PAK-Verwenders*<sup>102</sup> oder *erhöhte durchschnittliche Schadenszahlungen*<sup>103</sup> oder *allgemein gestiegene Regulierungskosten*<sup>104</sup> ebenso anerkannte Anknüpfungspunkte darstellen können wie etwa vertragsrelevante *Steuererhöhungen*<sup>105</sup>. Auch Kostensteigerungen infolge von *Veränderungen der Rechtslage* etwa durch *geänderte Haftpflichttatbestände*<sup>106</sup> oder *geänderte höchstgerichtliche Rechtsprechung*<sup>107</sup> kommen in Betracht. Gegenteiliges muss naturgemäss – um ein simples Beispiel aus dem Personenversicherungsbereich zu entlehnen<sup>108</sup> – für *Steigerungen von Sterblichkeit* und *Krankheitshäufigkeit* bei höherem Lebensalter gelten, die alles andere als unvorhersehbar sind.

So einleuchtend es demnach ist, für Preisanpassungen nur auf jene extern bedingten Kostensteigerungen abzustellen, die für den Versicherer weder vorher-

<sup>98</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 12. 7. 1989, VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115.

<sup>99</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. 9. 2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; BGH, Urteil vom 13. 12. 2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054. Ebenso – mit Blick auf Sparkassen-AGB – BGH, Urteil vom 21. 4. 2009, XI ZR 55/08, LMK 2009, 286463.

<sup>100</sup> Für viele ARMBRÜSTER (Fn. 30), 377. Abzulehnen ist die gegenteilige Meinung von LANGHEID, in Römer/Langheid, VVG-Kommentar, 2. Aufl., München 2003, § 31 VVG N 23. Richtig demgegenüber RIXECKER in der 3. Aufl. desselben Kommentars (2012), § 40 N 5, der sich gegen die Zulässigkeit von Gewinnverbesserungen ausspricht, weil sie die nachträgliche Korrektur verfehlter Markteinschätzungen ermöglichen.

<sup>101</sup> Vgl. etwa MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer, VVG-Kommentar, 2. Aufl., Bonn 2011, § 40 N 4c.

<sup>102</sup> Zur Bezugnahme auf Branchenwerte sogleich im Text.

<sup>103</sup> Vgl. etwa MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 4c.

<sup>104</sup> Vgl. KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 5.

<sup>105</sup> Vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 369.

<sup>106</sup> Vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 369.

<sup>107</sup> Vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 370 samt Differenzierung von Konstellationen, in denen sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht ändert, sondern sich erstmals mit einer konkreten Rechtsfrage befasst.

<sup>108</sup> Beispiele entnommen bei FARNY (Fn. 110), 563 (dortige Fn. 272).

seh- noch beeinflussbar waren,<sup>109</sup> so schwierig sind die Fragen, die sich im praktischen Detail ergeben können. An dieser Stelle sei das nur an drei ausgewählten Aspekten illustriert.

**a) Bruttoprämie**

Nicht selten finden sich in der Vertragspraxis Klauseln, die die Bruttoprämie als Anknüpfungspunkt für die prozentuale Prämienanpassung vorsehen. In dieser Bruttoprämie sind aber neben dem Risikoanteil und dem Sicherheitszuschlag bekanntlich auch Deckungsbeiträge für Betriebskosten und – nicht zuletzt – für den Gewinn<sup>110</sup> enthalten. Wenn man nun das Gewinnsteigerungsverbot ernst nimmt, dann spricht dies grundsätzlich *gegen* die Zulässigkeit eines solchen Anknüpfungspunktes,<sup>111</sup> weil dessen prozentuale Erhöhung im Ergebnis regelmässig auch eine Gewinnerhöhung bedeutet.<sup>112</sup> Und eine solche steht ausserhalb des Rahmens, den der zentrale Gedanke der Beibehaltung des ursprünglichen Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung absteckt, denn Schutzwürdigkeit ist nur in Bezug auf die *Kosten* der unternehmerischen Leistung, nicht aber in Bezug auf den in der Bruttoprämie mitabgebildeten *Gewinnanteil* gegeben. Allgemein gewendet könnte man sagen, dass sich die stabilisierende Wirkung des Erhalts des ursprünglich bestimmten Wertverhältnisses grundsätzlich nur auf jenen Preisanteil beziehen sollte, der gewinnunabhängig ist.<sup>113</sup> Anderes kann aber bspw. für den Sonderaspekt der Inflationsabsicherung durch (hier nicht gegenständliche) Indexanbindungen gelten, gegen den auch mit Blick auf den Gewinnanteil keine besonderen Bedenken bestehen.<sup>114</sup>

Nicht zu bestreiten ist, dass die hier befürwortete, präzisierende Betrachtungsweise die Ausgestaltung einer PAK – verglichen mit der schlichten Anknüpfung an die Bruttoprämie – erheblich verkompliziert. Absehbar sind auch die Einwände gegen die hier propagierte kritische Haltung gegenüber Bruttoprämienanknüpfungen, die vor allem die Bedürfnisse nach einfacher Handhabbarkeit, Kostenersparnissen und Aufwandreduzierung, Geheimhaltung von Unternehmensinterna udgl. in den Vordergrund stellen dürften. Ferner können

<sup>109</sup> Für viele WANDT (Fn. 53), N 97 und ARMBRÜSTER (Fn. 30), 369.

<sup>110</sup> Siehe FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 5. Aufl., Karlsruhe 2011, 564.

<sup>111</sup> So auch KIENINGER, in: *MüKo-BGB* (Fn. 64), § 307 BGB N 163.

<sup>112</sup> Vgl. LANGHEID (Fn. 100), N 23.

<sup>113</sup> Vgl. allgemein die (hier geteilte) Differenzierung bei FENYVES/RUBIN (Fn. 19), 351. Für den Versicherungskontext treffend LIPPERHEIDE, in Famy et al., *Handwörterbuch der Versicherung*, 1988, 541, der auf den «Wert des Versicherungsschutzversprechens» abstellt.

<sup>114</sup> Vgl. FENYVES/RUBIN (Fn. 19), 352; WANDT (Fn. 5), N 131.



Befürworter der Zulässigkeit einer bruttoprämiengestützten Anpassung<sup>115</sup> auf das bereits erwähnte *DAS*-Urteil<sup>116</sup> verweisen, in dem das Bundesverwaltungsgericht keinen Anstoss an der damals verfahrensgegenständlichen Bruttoprämienanknüpfung genommen hatte. Allerdings ist dieses Urteil zwischenzeitlich nicht nur 35 Jahre alt, sondern es tolerierte die Bruttoprämienanknüpfung ersichtlich nur im Gegenzug gegen mehrere einschränkende Kriterien, die dem Versicherungsnehmer zugute kamen.<sup>117</sup> Diese ändern jedoch nach richtiger Ansicht<sup>118</sup> nichts daran, dass die Bruttoprämie dennoch schlicht die falsche Bezugsgrösse darstellt; konsequent wäre die Anknüpfung an die *Netto-Risikoprämie* samt Sicherheitszuschlag. Abzuwarten bleibt, ob und wie lange sich auch die neuere Rechtsprechung insofern tolerant zeigt – versicherungsspezifische Judikate neueren Datums fehlen. Nach hier vertretener Auffassung ist es denkbar, dass sich auf Ebene dieser materiellen Zulässigkeitsfrage eine Entwicklung nachvollzieht, die sich auf der formellen Ebene bei den Transparenzanforderungen bereits vollzogen hat:<sup>119</sup> Was dort anfänglich noch mit dem Einwand der «unüberwindbaren Schwierigkeiten» aus Praktikabilitätsgründen toleriert wurde, wurde später mitunter nicht mehr akzeptiert. Dem Argument, «dass ein anderes Verfahren (vermutlich) zu aufwendig wäre»<sup>120</sup> und deshalb die Bruttoprämie als Anknüpfungspunkt der PAK gewählt werden müsste, könnte letzten Endes ein ähnliches Schicksal beschieden sein. Rechtsprechungsentwicklungen etwa im bankrechtlichen Bereich nähren jedenfalls die erheblichen Zweifel an der Angemessenheit dieser Anknüpfungstechnik.<sup>121</sup>

#### **b) Branchenzahlen**

Die Anknüpfung<sup>122</sup> von PAK an Branchenzahlen soll – unter Beachtung der kartellrechtlichen Grenzen<sup>123</sup> der massgeblichen GruppenfreistellungsVO<sup>124</sup> –

<sup>115</sup> Siehe etwa BECKMANN (Fn. 56), sub. IV.3.b. a.E. und LANGHEID (Fn. 100) N 23.

<sup>116</sup> Siehe Fn. 42.

<sup>117</sup> Details bei KARCZEWSKI, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, *Versicherungsvertragsgesetz*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 40 N 9.

<sup>118</sup> KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 15.

<sup>119</sup> Vgl. oben bei Fn. 72 im Text.

<sup>120</sup> KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 15.

<sup>121</sup> So überzeugend ARMBRÜSTER (Fn. 30), 370 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 21. 4. 2009, XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051. Insgesamt kritisch wohl auch KARCZEWSKI, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Fn. 117), § 40 N 9.

<sup>122</sup> Nach HEIDINGER, *Gemeinsamer Markt für Versicherungen*, IMMENHAUSER/WICHTERMANN, *Vernetzte Welt – globales Recht*, Jb. J. ZivRWiss 1998, 1999, 271 (282) sollen Branchenwerte nur für Veränderungen der Nettoprämie herangezogen werden dürfen.

<sup>123</sup> Dazu RAUH, *Versicherungsverbände und Kartellrecht*, Karlsruhe 2012, 143 ff. und SCHAUER, in: Lieb-scher/Flohr/Petsche, *Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen*, 2. Aufl., München 2012, § 11 N

nach herrschender deutscher Lehre<sup>125</sup> und nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>126</sup> im Allgemeinen zulässig sein. Solche überbetrieblichen Indikatoren bieten prinzipiell den Vorteil der Reduktion des Zufallseinflusses infolge des grösseren statistischen Kollektivs.<sup>127</sup> Gerade bei günstigerem Geschäftsverlauf des einzelnen Versicherers (verglichen mit dem Kollektiv) besteht jedoch die Gefahr der unangemessenen Benachteiligung seiner konkreten Versicherungsnehmer.<sup>128</sup> Das Bundesverwaltungsgericht<sup>129</sup> hat daher verlangt, dass bei «nachhaltig»<sup>130</sup> günstigerem Verlauf die Verwendung der Unternehmenszahlen in der PAK vorzusehen ist. Verpönt ist also die kontinuierliche Ausnutzung einer Differenz zwischen Branchen- und Unternehmenszahlen, um Prämien erhöhungen zu lukrieren, die die eigenen Kosten nicht legitimieren können. Ungeachtet der Normierung von Vergleichszeiträumen, die dem entgegenwirken sollen, muss es deshalb bspw. unzulässig sein, in der PAK eine Anknüpfung an Branchenzahlen vorzusehen, obwohl aufgrund von unternehmensbezogenen Spezifika des PAK-Verwenders von Vorneherein ersichtlich ist, dass seine Kosten dauerhaft unter denen des Marktdurchschnitts liegen werden.<sup>131</sup> Nicht in Frage käme auch ein Abstellen auf Branchenzahlen hinsichtlich der Verwaltungskosten<sup>132</sup> – allerdings dürfen die von der GVO<sup>133</sup> freigestellten Erhebungen, Tabellen und Studien ohnehin keine Rückschlüsse auf solche Kosten erlauben.<sup>134</sup> Ausserhalb Deutschlands wird der Rückgriff auf Branchenzahlen bisweilen generell kritisch gesehen.<sup>135</sup> Schon unter Transparenzgesichtspunkten jedenfalls zu verlangen ist die

44 ff. Im Vergleich dazu aus schweizerischer Sicht SCHNYDER, AVB – Kartellrechtliche Aspekte, in FUHRER/WEBER (Fn. 8), 123, 126 ff.

<sup>124</sup> VO (EU) Nr. 267/2010 vom 24. 3. 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor.

<sup>125</sup> Vgl. KARCEWSKI, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Fn. 117), § 40 N 11; KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 12; MICHAELIS/PILZ, in: SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER (Fn. 101), § 40 N 4c.

<sup>126</sup> Siehe Fn. 42.

<sup>127</sup> FARNY (Fn. 110), 564.

<sup>128</sup> Kritisch deshalb auch KIENINGER, in: MüKo-BGB (Fn. 64), § 307 BGB N 162.

<sup>129</sup> Siehe Fn. 42.

<sup>130</sup> Gebilligt wurde eine Klausel, die einen Vergleichszeitraum von drei Jahren vorsah.

<sup>131</sup> KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 12.

<sup>132</sup> HEIDINGER (Fn. 122), 282.

<sup>133</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c (Fn. 124).

<sup>134</sup> Vgl. SCHAUER, in: Liebscher/Flohr/Petsche (Fn. 123), § 11 N 46.

<sup>135</sup> Vgl. FENYVES/RUBIN (Fn. 19), 351 f., nach denen der Rückgriff auf Branchenzahlen einen Abschied vom Äquivalenzpostulat bedeute. Allerdings können Branchenzahlen bereits in die Festlegung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses eingeflossen sein – dann wäre ein Abschied nicht zwingend.

eindeutige Erkennbarkeit der massgeblichen Anknüpfungspunkte (Branchen- vs. Unternehmenszahlen) in der PAK.<sup>136</sup>

**c) Verwaltungskosten**

Ein Kernproblem bei Kostensteigerungen, die für die Zulässigkeit von Prämienanpassungen herangezogen werden, besteht darin, dass nicht immer restlos klar ist, inwiefern diese tatsächlich auf externe, also vom VR *unbeeinflussbare* Einflüsse zurückgehen.<sup>137</sup> Paradebeispiel dafür sind erhöhte Verwaltungskosten<sup>138</sup>, bei denen der Nachweis der Übermässigkeit<sup>139</sup> oder Rückführbarkeit auf organisatorische Mängel kaum je zu erbringen ist.<sup>140</sup> *De facto* wird dem Versicherungsnehmer diesbezüglich i.d.R. nichts anderes übrig bleiben als die bittere Prämien-erhöhungspille zu schlucken und darauf zu hoffen, dass Mehrbelastungen durch gestiegene Verwaltungskosten tatsächlich auf nachvollziehbaren und zumindest in letzter Konsequenz *externen* Faktoren beruhen. Als Leitlinie für die Beurteilung von Zweifelsfällen wurde im Schrifttum<sup>141</sup> vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob die die Kostenmehrbelastung erzeugende unternehmerische Entscheidung noch vertretbar war oder nicht. Eine solche Leitlinie leuchtet konzeptionell völlig ein. Sie führt aber im Ergebnis freilich zu einer Fülle von Folgeproblemen, die sich bei der richterlichen Nachprüfung von Geschäftsführungsfragen ergeben – an dieser Stelle muss ein stichwortartiger Verweis auf die *business judgment rule*<sup>142</sup> und die verhaltensökonomisch herausgearbeitete Gefahr richterlicher Rückschaufehler<sup>143</sup> genügen.

<sup>136</sup> KARCZEWSKI, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Fn. 117), § 40 N 11.

<sup>137</sup> Vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 369; KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 5.

<sup>138</sup> Die Verwaltungskostenanteile der einzelnen Versicherer sind dabei durchwegs sehr unterschiedlich. Im Lebensversicherungsbereich ergab etwa eine jüngste Erhebung (vgl. Map-Report Nr. 842-844: «Bilanzanalyse Deutscher Lebensversicherer 2012») ein Spektrum der Verwaltungskostenquoten zwischen 0.66 % und 11.50 %.

<sup>139</sup> Und nur *übermässiger* Verwaltungsaufwand stünde einer Abwälzung auf den Versicherungsnehmer entgegen (KARCZEWSKI, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Fn. 117), § 40 N 8).

<sup>140</sup> Wohl überhaupt gegen eine Beachtlichkeit gestiegener Verwaltungskosten (nach schweizerischem Recht): SCHAEER (Fn. 16), 213, 291 und 432.

<sup>141</sup> ARMBRÜSTER (Fn. 30), 370.

<sup>142</sup> Dazu aus schweizerischer Sicht zuletzt VOGT/BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff.

<sup>143</sup> Vgl. etwa ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler (Hindsight Bias) bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) 5 (23 f.).

## 2. Spiegelbildlichkeitsprinzip, zusätzliche Anpassungskriterien und Rechtsfolgen eines materiellen Schrankenverstosses

Nach richtiger und schon mit Blick auf den Grundgedanken der Stabilisierung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung überzeugender Ansicht, verlangt eine nach deutschem AGB-Recht wirksame PAK, dass dem Recht zur Prämienerrhöhung eine Pflicht zur *Prämienenkung* korrespondiert, wenn die umgekehrten Vorzeichen eines Äquivalenzänderung vorliegen.<sup>144</sup> Ein solches *Spiegelbildlichkeitsprinzip* zu verneinen, hiesse das Stabilisierungsbedürfnis nur auf Seiten des Versicherers anzuerkennen, auf dem Auge des Versicherungsnehmers aber blind zu sein. Für eine solche Blindheit gegenüber unerwartet günstigen Entwicklungen externer Faktoren spricht nichts. Zwei zusätzliche Anmerkungen zum Spiegelbildlichkeitsprinzip sind indes angebracht.

- Bei Prämienanpassungssachverhalten besteht typischerweise eine *erhebliche Informationsasymmetrie* zulasten des Versicherungsnehmers.<sup>145</sup> Für ihn ist oft nur schwer nachvollziehbar, ob tatsächlich stichhaltige Gründe für eine Anpassung vorliegen. Während allerdings im *Erhöhungsfall* spätestens das Begehren des Versicherers gewissermassen Anlass zur Hinterfragung des Anpassungsgrunds bietet, und der Versicherer darüber hinaus hinsichtlich der Verwirklichung der Anwendungsvoraussetzungen der PAK darlegungs- und beweibelastet<sup>146</sup> ist, fehlt es im *Reduzierungsfall* an beidem. Regelmässig wird der Versicherungsnehmer nämlich weder einen Hinweis auf für ihn günstige externe Umstandsentwicklungen erhalten noch den Beweis für ihre prämiensenkende Qualifizierung erbringen können.<sup>147</sup> Gegen diesen Aspekt des Vertrauenszwangs gegenüber dem Versicherer wird wenig auszurichten sein.
- Einem lässt sich jedoch begegnen: Die Effektivität des Spiegelbildlichkeitsprinzips steht und fällt mit dem *Zeitpunkt*, in dem das Vorliegen eines Anpassungsszenario überprüft wird. Ist insofern in der PAK nichts vereinbart, bleibt zu gewärtigen, dass die Überprüfung tendenziell nur dann stattfindet, wenn dem Versicherer Indizien für einen Erhöhungsbedarf vorliegen.<sup>148</sup> Im umgekehrten Fall, also bei Vorliegen von Reduzierungsindiz-

<sup>144</sup> Vgl. STAUDINGER in: Müko-VVG (Fn. 24), § 40 N 7; MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 4b; KNAPPMANN, in: PRÖLSS/MARTIN (Fn. 48), § 40 N 18; ARMBRÜSTER (Fn. 30), 372 ff.

<sup>145</sup> Vgl. auch SCHAUER, Die Anpassungsklauseln im Versicherungsvertragsrecht, VersRdsch 1999, 21 (23).

<sup>146</sup> Vgl. etwa MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 9.

<sup>147</sup> Siehe nur SCHAUER (Fn. 145), 23.

<sup>148</sup> Statt aller ARMBRÜSTER (Fn. 30), 374.

ien besteht für den Versicherer indes kein Anreiz zu besonderer Eile.<sup>149</sup> Vor diesem Hintergrund ist die im Schrifttum<sup>150</sup> – unter Verweis auf die Übertragbarkeit höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum selben Problem bei Verträgen auf dem Energieversorgungssektor<sup>151</sup> – erhobene Forderung nach im Vorhinein festgelegten Überprüfungszeiträumen bzw. -zeitpunkten uneingeschränkt zu unterstützen. Auf den Punkt gebracht dürfen die Überprüfungszeitpunkte nicht willkürlich ansetzbar und die Prüfungsintervalle nicht unterschiedlich lang sein.<sup>152</sup>

Aus dem Prinzip der Stabilisierung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung folgt ferner auch, dass eine PAK grundsätzlich<sup>153</sup> keine zusätzlichen Anpassungskriterien enthalten muss, die das zur Anpassung berechtigende Ausmass der externen Kostenveränderung zu konkretisieren hätte. Vielmehr wird in Ermangelung solcher Zusatzkriterien grundsätzlich<sup>154</sup> *jede* Kostensteigerung zur Prämienhöhung berechtigen und *jede* Kostensenkung zur Prämienenkung verpflichten,<sup>155</sup> denn beide Konstellationen verändern das stabilisierte Wertverhältnis. Allerdings wird in der Literatur insbesondere das Überschreiten gewisser *Bagatellgrenzen*<sup>156</sup> als (implizites) Anpassungserfordernis vorausgesetzt. Für deren (explizite) Aufnahme in die PAK sprechen einerseits Rechtssicherheitsaspekte und andererseits das genannte Spiegelbildlichkeitsprinzip.<sup>157</sup> Wer nämlich bspw. bei einer externen Kostenerhöhung von 10 % eine Prämien-

<sup>149</sup> Vgl. wiederum ARMBRÜSTER (Fn. 30), 374.

<sup>150</sup> ARMBRÜSTER (Fn. 30), 374 und 377.

<sup>151</sup> Nach dem Urteil des BGH vom 15. 7. 2009, VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662 (2666) muss der Preisanpassungsklausel eines Gasversorgungsvertrages «mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu entnehmen [sein], dass [... das Versorgungsunternehmen] auch im Falle einer Absenkung der Gasbezugskosten verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen.» Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>152</sup> Zu Einzelheiten siehe ARMBRÜSTER (Fn. 30), 374.

<sup>153</sup> In den Fällen der PAK-Anknüpfung an die *Bruttoprämie* könnte möglicherweise anderes gelten, zumal diese Anknüpfungstechnik vom BVerwG (Fn. 42) mit speziellem Blick auf die höhenmässige Beschränkung der zur beurteilenden PAK toleriert wurde. Dem könnte – sofern man (anders als hier) die Zulässigkeit dieser Anknüpfungsmethode befürwortet – auch heute noch Bedeutung zukommen (so etwa KARCZEWSKI, in: RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (Fn. 117), § 40 N 8). Gefordert wird eine höhenmässige Beschränkung im Schrifttum ferner auch bei einer Anknüpfung an *Branchenzahlen* (KNAPPMANN, in: PRÖLSS/MARTIN (Fn. 48), § 40 N 17 a.E.). Anders jeweils ARMBRÜSTER (Fn. 30), 372.

<sup>154</sup> Zu beachten sind freilich etwa die Grenzen des § 242 BGB – siehe ARMBRÜSTER (Fn. 30), 371.

<sup>155</sup> Statt aller ARMBRÜSTER (Fn. 30), 371 f. Anders aber die wohl überwiegende Meinung – vgl. die Nachweise in den beiden folgenden Fn.

<sup>156</sup> KARCZEWSKI, in: RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (Fn. 117), § 40 N 12; MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 4c; KNAPPMANN, in: PRÖLSS/MARTIN (Fn. 48), § 40 N 16: jeweils 3-5-%ige Erhöhung des Kostendeckungsbedarfs.

<sup>157</sup> ARMBRÜSTER (Fn. 30), 371.

erhöhung vereinbart, ist im Sinne der Spiegelbildlichkeit im umgekehrten Fall zur Prämienenkung verpflichtet. Damit sind zusätzliche Anpassungskriterien *der Höhe nach* immer zweiseitig zu beachten: bis zur Höhe der Bagatellgrenze erlangt der Versicherungsnehmer auch bei für ihn günstiger Kostenentwicklung keinen Reduktionsanspruch während der Versicherer durch eine solche freiwillige Grenze vor der Weitergabepflicht selbst geringer Kostenvorteile an den Versicherungsnehmer befreit ist.<sup>158</sup> Im Übrigen muss daraus nach hier vertretener Meinung auch folgen, dass ein *splitting* (z.B. Erhöhungsbefugnis ab 10 %-iger Kostensteigerung, Verringerungspflicht ab 15 %-iger Kostensenkung) unzulässig wäre.

Davon abgesehen ergeben sich nach Einzelmeinungen in der Lehre aus dem deutschen AGB-Recht weitere Anpassungserfordernisse *dem Grunde nach*, welche allerdings nur für die Anpassung während versichererseitig nicht kündbaren Vertragszeiträumen gelten sollen: Dazu sollen etwa Gebote des *geringstmöglichen Eingriffs*<sup>159</sup> sowie der *Rücksichtnahme*<sup>160</sup> zählen; im Übrigen bedürften Prämienanpassungen generell der *ex ante-Kontrolle durch einen unabhängigen Treuhänder*.<sup>161</sup> Soweit ersichtlich, hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu all dem im Rahmen der Zulässigkeitsbeurteilung von PAK bisher noch nicht konkret geäußert.

Was schliesslich die *Rechtsfolgenseite* angeht, so gilt auch auf materieller Prüfungsebene das, was im Grundsatz für die formelle Ebene gilt.<sup>162</sup> Demnach sind Klauseln, die der materiellen Kontrolle nicht standhalten, als unwirksam zu beurteilen und einer teleologischen Reduktion unzugänglich.<sup>163</sup> Eine ergänzende Vertragsauslegung käme demgegenüber – jüngst bestätigter BGH-Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln in Stromlieferungsverträgen<sup>164</sup> auch im Versicherungsrecht folgend<sup>165</sup> – nur in Frage,<sup>166</sup> wenn das bei PAK typische<sup>167</sup> Fehlen von Dispositivrecht zu einer gänzlich einseitigen Verschiebung des Ver-

<sup>158</sup> Siehe schon ARMBRÜSTER (Fn. 30), 371 f.

<sup>159</sup> WANDT (Fn. 53), N 102; DERS., Änderungsklauseln (Fn. 5), 28 ff.

<sup>160</sup> WANDT (Fn. 53), N 103 ff.; DERS., Änderungsklauseln (Fn. 5), 32 ff.

<sup>161</sup> WANDT (Fn. 53), N 112 ff.; DERS., Änderungsklauseln (Fn. 5), 54 ff. A.A. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 376.

<sup>162</sup> Siehe oben Abschnitt II.A.1 (a.E.).

<sup>163</sup> Zu weiteren, denkbaren Rechtsfolgen (Unterlassungsklage, Schadenersatz, aufsichtsrechtliche Sanktionen) siehe BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 61.

<sup>164</sup> Zu vergleichbaren Judikaten aus dem Gaslieferungssektor ARMBRÜSTER (Fn. 30), 373.

<sup>165</sup> Siehe BGH, Urteil vom 15.01.2014 - VIII ZR 80/13, BeckRS 2014, 2631, Rn. 20 a.

<sup>166</sup> Allgemein offener wohl THOMAS (Fn. 2), 122 ff.

<sup>167</sup> Anderes gilt für die gesetzesebasierten Anpassungen – vgl. ARMBRÜSTER (Fn. 30), 373.

tragsgefüges<sup>168</sup> zugunsten des Versicherungsnehmers führen würde.<sup>169</sup> Bei PAK wird man dies (schon mit Blick auf die ordentliche Kündigungsmöglichkeit des Versicherers) selten bejahen können, weshalb die Unwirksamkeit ohne Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung regelmässig die passende Sanktion darstellt. Die in Deutschland überwiegende Meinung gesteht dem Versicherungsnehmer indes auch im Fall der Unwirksamkeit der Prämienhöhung ein Kündigungsrecht zu, welches zu einem Wahlrecht dahingehend führe, sich vom Vertrag zu lösen oder ihn zu den bisherigen Konditionen fortzusetzen.<sup>170</sup>

### III. Spezialgesetzliche Kontrolle von Prämienanpassungsklauseln (§ 40 dVVG)

Der vorherige Abschnitt setzte sich mit den Anforderungen an den zulässigen *Anlass* von Preisanpassungsabreden und dessen *klauseltechnischer* «*Verpackung*» nach deutschem Zivilrecht auseinander. Damit erfasste er den praktisch wichtigsten und doch in manchem zweifelsbehafteten Teil des gegenständlichen Themas. Demgegenüber wesentlich geringere Probleme bereitet die – bei PAK zu beachtende – spezialgesetzliche Anreicherung durch § 40 VVG.

§ 40 VVG sagt – anders als das beschriebene AGB-Recht – zunächst nichts über die allgemeinen (formalen oder materiellen) Anforderungen an eine PAK aus.<sup>171</sup> Statt sich zur Frage der Wirksamkeit<sup>172</sup> zu äussern, beschränkt sich die Bestimmung auf die Normierung zweier Teilaspekte von (tatbestandlich definierten<sup>173</sup>) *Prämienhöhungen*:<sup>174</sup> Der Versicherer hat in diesen Fällen ein gesetzlich garantiertes *Kündigungsrecht* einzuräumen und den Versicherungsnehmer auf eben dieses *hinzuweisen*. Daraus abzuleiten, die gesetzlich geschuldete Gewährung

<sup>168</sup> Vgl. BGH (Fn. 165).

<sup>169</sup> Zum Erfordernis der für den Versicherer unzumutbaren Festhaltung am Vertrag schon (nach vormaligem deutschen AGB-Recht) RÖMER, Für eine gesetzliche Regelung zur Anpassung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, VersR 1994, 125 ff.

<sup>170</sup> BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 15 und 60 m.w.N.

<sup>171</sup> Vgl. etwa ARMBRÜSTER (Fn. 9), N 1012; BECKMANN (Fn. 27), § 40 N 14.

<sup>172</sup> Siehe KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 1.

<sup>173</sup> Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist eröffnet, wenn der Versicherer auf Grund einer Anpassungsklausel entweder den Umfang des Versicherungsschutzes vermindert, ohne die Prämie entsprechend herabzusetzen (Abs. 2) oder die Prämie erhöht, ohne dass sich der Umfang des Versicherungsschutzes entsprechend ändert (Abs. 1).

<sup>174</sup> NB: Zu einer Prämienreduktionspflicht schweigt die Norm.

eines Kündigungsrechts zeige eine «allgemeine Kompensationswirkung»<sup>175</sup> mit Blick auf eine sonst unzureichende Konkretisierung einer PAK war schon zum vormaligen § 31 VVG a.F. verfehlt und ist es auch zum geltenden Recht.<sup>176</sup> Tatsächlich ist die Einräumung des – formfrei ausübbar<sup>177</sup> – Kündigungsrechts eine *absolute Mindestvoraussetzung*<sup>178</sup> jeder Berufung auf eine PAK.<sup>179</sup> Die zusätzliche spezialgesetzliche Verankerung eines Gestaltungsrechts, das schon nach generellem AGB-Recht begründbar ist,<sup>180</sup> kann keine entschärfte Inhaltskontrolle zur Folge haben.<sup>181</sup>

Nicht restlos geklärt ist, ob die auf das Kündigungsrecht bezugnehmende *Informationspflicht* in den Text der PAK aufgenommen werden braucht. *Dagegen* spricht wohl die in § 40 VVG normierte, gesonderte Informationspflicht (erst) aus Anlass der Ausübung des Anpassungsrechts («Mitteilung des Versicherers»). *Dafür* mögen hingegen insbesondere aufsichtsrechtliche Gründe<sup>182</sup> und transparenzrechtliche Erwägungen<sup>183</sup> sprechen. Das VVG schweigt zu der Frage. Der Informationspflicht *nicht* genügen sollte – gerade in Anbetracht der vom Gesetzgeber explizit betonten Unkenntnis der Rechtslage auf Seiten des durchschnittlichen Versicherungsnehmers<sup>184</sup> – jedenfalls der bloße Verweis auf § 40 VVG.<sup>185</sup> Auch die Annahme eines Entfalls der Belehrung bei Aufnahme ihres Inhalts in den Text der PAK erscheint in Anbetracht der legislativ intendierten Anlassbezogenheit der Informationserteilung verfehlt.<sup>186</sup>

Unglücklich ist das Schweigen des deutschen VVG zur *Rechtsfolge* einer Verletzung der Informationspflicht gem. § 40 Abs. 1 S. 1. *Prima vista* in Betracht kommen vor allem die Unwirksamkeit der Prämienerrhöhung, ein unbefristetes

<sup>175</sup> So MARLOW, Neuere Aspekte zur Zulässigkeit von Beitragsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen – Beliebigkeit durch Lösungsrecht, in FS Baumann, 1999, 209 (220).

<sup>176</sup> Siehe nur ARMBRÜSTER (Fn. 9), N 1014 m.w.N. in der dortigen Fn. 355.

<sup>177</sup> KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 22.

<sup>178</sup> BECKMANN (Fn. 56), sub. IV.3.a.

<sup>179</sup> Treffend auch KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 4: «Die Einräumung des Kündigungsrechts rechtfertigt keine Großzügigkeit bei der Inhaltskontrolle.»

<sup>180</sup> Überzeugend WANDT (Fn. 5), 77.

<sup>181</sup> Ausserhalb des versicherungsrechtlichen Kontexts aber offener THOMAS (Fn. 2), 115 ff.

<sup>182</sup> Vgl. WANDT (Fn. 5), 76, der auf § 10 Abs. 1 dVAG hinweist, wonach die AVB vollständige Angaben über die vertraglichen Gestaltungsrechte des Versicherungsnehmers enthalten müssen.

<sup>183</sup> Zu denken ist vor allem an Pflichten, die sich unter dem Schlagwort des Vollständigkeitsgebotes (Fn. 32) zusammenfassen lassen – siehe dazu auch WANDT (Fn. 5), 76.

<sup>184</sup> Siehe BT-Drucks. 16/3945, 72.

<sup>185</sup> Ebenso STAUDINGER, in: Müko-VVG (Fn. 24), § 40 N 12 sowie (zum VVG a.F.) WANDT (Fn. 5), 76.

<sup>186</sup> Dafür aber wohl KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 3: «Kündigungsrecht und Hinweispflicht ergänzen Vertragsklauseln, die dies nicht vorsehen.» Wie hier hingegen STAUDINGER, in: Müko-VVG (Fn. 24), § 40 N 12.



Kündigungsrecht sowie Schadenersatzansprüche des Versicherungsnehmers.<sup>187</sup> Nach hier vertretener Auffassung wird man dem Schweigen des Gesetzgebers so begegnen müssen, wie es sich schon bei der Parallelproblematik des § 25 Abs. 2 VVG empfiehlt,<sup>188</sup> nämlich indem man die in § 19 Abs. 5 S. 1 VVG gefundene Lösung fruchtbar macht, die den Eintritt der für den Versicherer günstigen Rechtsfolgen von der Erfüllung seiner Belehrungspflichten abhängig macht. Auf diese Weise gelangt man zu einer konstitutiven Natur<sup>189</sup> der Informationspflicht für die Wirksamkeit der Prämienanpassung, die den Umweg über die Geltendmachung<sup>190</sup> von Schadenersatzansprüchen oder späterer Kündigung infolge gehemmten Fristenlaufs vermeidet.

#### IV. Zwischenbefund aus deutscher Sicht

Die Prämienanpassungsthematik hat ihr klares Schwergewicht im allgemeinen AGB-Recht. Dieses stellt den PAK-Verwender vor erhebliche Herausforderungen. Das gilt einerseits für die inhaltlichen Anforderungen an das auslösende Moment einer solchen Klausel. Neben dem Erfordernis der Unvorhersehbarkeit und Unbeeinflussbarkeit der dafür in Betracht kommenden externen Kostenveränderungen sowie der Spiegelbildlichkeit der sich daraus ergebenden Konsequenzen wird man dabei auch die (hier nicht weiter angesprochene) *Vertragslaufzeit* zu berücksichtigen haben. Denn die allgemein vertretene These, wonach gerade die konzeptionelle Langfristigkeit des Versicherungsvertrages ein gesteigertes Anpassungsbedürfnis mit sich bringe,<sup>191</sup> wird auch *vice versa* Geltung beanspruchen müssen, indem das schützenswerte Anpassungsinteresse des Versicherers bei kürzerer Vertragslaufzeit sinkt bzw. entfallen kann.<sup>192</sup> Andererseits ist zu beobachten, dass der stete Ausbau der formalen Gültigkeitsanforderungen an eine zulässige PAK zu einer besonderen Signifikanz der Transparenzkontrolle geführt hat.<sup>193</sup> Man könnte in der Entwicklung des deutschen AGB-Rechts der vergangenen drei Jahrzehnte insofern einen Kriterienwandel von der *blossen*

<sup>187</sup> STAUDINGER, in: Müko-VVG (Fn. 24), § 40 N 12.

<sup>188</sup> Vgl. LOACKER, Die Gefahrerhöhung nach der VVG-Reform, VersR 2008, 1285, 1288 f.

<sup>189</sup> MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 7.

<sup>190</sup> Zu deren Schwierigkeiten MICHAELIS/PILZ, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Fn. 101), § 40 N 7.

<sup>191</sup> Siehe etwa DREHER, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991, 148.

<sup>192</sup> Siehe WANDT (Fn. 53), N 66, der meint: «Für kurze Vertragslaufzeiten, etwa bis zu einem Jahr, wird man ein berechtigtes Interesse des Versicherers an einem Änderungsvorbehalt grundsätzlich verneinen können.»

<sup>193</sup> Siehe oben Abschnitt II.A.1 a.E.

*Bestimmbarkeit* hin zur *zweifelsfreien Bestimmtheit* des Klauselinhalts konstatieren. Die fundamentale Bedeutung dieses Bestimmtheitserfordernisses zeigt sich u.a. an dessen in Zweifelsfällen gemeinhin angenommenem Vorrang vor dem Verständlichkeitsgebot.

Neben die Anforderungen des allgemeinen AGB-Rechts treten im spezifischen Fall der Prämienanpassung jene des VVG. Diese sind vor allem durch die sondergesetzliche Verankerung eines versicherungsnehmerseitigen Kündigungsrechts sowie durch die Etablierung positiver Informationspflichten hinsichtlich dieses Rechts gekennzeichnet. Beides führt zu einer engen Verschränkung von allgemeinem Zivil- und Versicherungsvertragsrecht, ohne dass es zu (anderenorts im Versicherungsrecht durchaus beobachtbaren<sup>194</sup>) Dissonanzen zwischen den jeweils massgeblichen Grundwertungen oder Begrifflichkeiten käme. Vielmehr stützen und ergänzen sich die beiden Rechtsmaterien im Bereich der Anpassungsthematik. Im Fall des § 40 VVG wird dies schon ersichtlich, indem diese Bestimmung die grundsätzliche Wirksamkeit der PAK voraussetzt,<sup>195</sup> sie damit der BGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. vorbehält und sich nur zur versicherungsrechtlichen Spezifika äussert. In der Existenz der Sonderbestimmung an sich liegt freilich auch eine inzidente Anerkennung des möglichen Anpassungsbedürfnisses des Versicherers durch den Gesetzgeber.<sup>196</sup> Ihre Einführung hat im Übrigen auch zu einer Beendigung der schon erwähnten Diskussion geführt, ob die Gewährung eines Kündigungsrechts allenfalls bestimmte Defizite der PAK kompensieren könnte<sup>197</sup> – aus der (schon früher abzulehnenden<sup>198</sup>) Kompensationswirkung ist endgültig eine reine Selbstverständlichkeit geworden.

## V. *De lege non ferenda*: Was die gescheiterte Totalrevision des schweizerischen VVG gebracht hätte

Zu der in Deutschland gegebenen Anreicherung des allgemeinen AGB-Rechts um versicherungsspezifische Anpassungserfordernisse hätte es auch in der

<sup>194</sup> Siehe etwa DÖRNER, Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts, in: Honsell (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Berlin 1999, N 35.

<sup>195</sup> Vgl. KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 1.

<sup>196</sup> RIXECKER, in: Römer/Langheid (Fn. 100), § 40 N 1.

<sup>197</sup> Vgl. den Nachweis in Fn. 175.

<sup>198</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 176.

Schweiz kommen sollen. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft<sup>199</sup> einen Art. 48 VVG vorgeschlagen, der sich exklusiv der Prämienanpassungsthematik widmete. Anders als in Deutschland, dessen (2008 totalreformiertes) VVG ebenfalls aus dem Jahr 1908 stammte, konnte man sich in der Schweiz jedoch nicht zu einer grundlegenden Reform<sup>200</sup> durchringen; Nationalrat<sup>201</sup> und Ständerat<sup>202</sup> haben die Vorlage zurückgewiesen. Damit sind vorerst nicht nur «15 Jahre Arbeit für die Katz»,<sup>203</sup> sondern es bleibt in Kraft, was längst als «alt und revisionsbedürftig»<sup>204</sup> erkannt ist. Im Rahmen einer Teilrevision überarbeitet sollen nunmehr nur noch ausgewählte Themen werden, die es auf eine Art *shortlist* geschafft haben, welche von der Wirtschafts- und Abgabenkommission präsentiert wurde.<sup>205</sup> Die Prämienanpassung ist – obwohl sie zu den zwölf meistdiskutiertesten Reformregelungen gehörte<sup>206</sup> – nicht dabei.

Was aber hatte nun der Bundesrat in punkto Prämienanpassung vorgeschlagen, das der Wirtschafts- und Abgabenkommission «zu weit geht»<sup>207</sup> und deshalb den Sprung auf die *shortlist* nicht geschafft hat?

Vergleicht man den vorgeschlagenen Art. 48 mit seinem deutschen Pendant (§ 40 dVVG), fällt zunächst auf, dass er auch *inhaltliche* Voraussetzungen an eine PAK normiert. So wird in Abs. 1 klargestellt, dass nur eine *nicht voraussehbare* Änderung der Verhältnisse *nach Vertragsschluss* zur Prämienanpassung *während laufendem Vertrag* berechtigen kann. Die Vorgabe solcher genereller Leitlinien fehlt § 40 dVVG, der sich wie gezeigt<sup>208</sup> auf die Teilaspekte des Kündigungsrechts und der darauf bezogenen Informationspflicht beschränkt. Der schweizerische Vorschlag hätte also eine Regulierungschance genützt, die in Deutschland als vertan kritisiert wurde<sup>209</sup> und die – in der Schweiz – mit Blick auf die *vorkonturierende Wirkung* bei der Auslegung des revidierten Art. 8 UWG<sup>210</sup> nur zu begrüßen gewesen wäre. Aus rein technischer Sicht kritikwürdig

<sup>199</sup> BBl. 2011, 7705.

<sup>200</sup> Zu deren Genese siehe SCHNYDER, Totalrevision des schweizerischen VVG – Herausforderung und Überblick, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Anton K. Schnyder – Ausgewählte Schriften, 2013, 513 ff.

<sup>201</sup> Amtl. Bull. NR 2012, 2203.

<sup>202</sup> Amtl. Bull. SR 2013, 261.

<sup>203</sup> So der Titel des Beitrags von FISCHER/WALDER, in SALDO vom 17. 4. 2013.

<sup>204</sup> Siehe GAUCH, Das Versicherungsvertragsrecht: Alt und Revisionsbedürftig!, recht 1990, 65; DERS., Das VVG: Immer noch alt und revisionsbedürftig, HAVE 2002, 62.

<sup>205</sup> Siehe deren Medienmitteilung vom 22. 10. 2012.

<sup>206</sup> Vgl. BBl. 2011, 7705, 7813.

<sup>207</sup> Vgl. deren Medienmitteilung (Fn. 205).

<sup>208</sup> Siehe oben Abschnitt III.

<sup>209</sup> BECKMANN (Fn. 56), 545 a.E.

<sup>210</sup> Dazu unten Abschnitt VI.

ist dabei nach hier vertretener Meinung nur, dass die Begründung des Vorschlags zusätzliche Kriterien erwähnt, die dem Wortlaut des Vorschlags nicht zu entnehmen sind. So sollen insbesondere nur «wesentliche»<sup>211</sup> Änderungen die Berufung auf eine PAK ermöglichen. Dadurch wird freilich nicht nur Rechtsunsicherheit erzeugt (was ist erheblich?), sondern vor allem ein zentraler Unterschied zwischen PAK und *clausula rebus sic stantibus* verwischt: ersterer sind Wesentlichkeits- und Unzumutbarkeitsschwellen im Unterschied zu letzterer nämlich *nicht* immanent.<sup>212</sup> Vielmehr kann die PAK grundsätzlich durch *jede* Änderung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung<sup>213</sup> schlagend werden.<sup>214</sup>

Im Unterschied zu § 40 dVVG<sup>215</sup> erwähnt Art. 48 des bundesrätlichen Vorschlags nirgends den für PAK typischen, unverändert bleibenden Deckungsumfang. Nach seinem Wortlaut ist der Vorschlag demnach auch für klauselgestützte Prämien erhöhungen bei gleichzeitig *erweitertem Deckungsumfang* massgeblich. Praktische Anwendungsfälle dürften jedoch äusserst rar sein. Die Fälle der *automatischen Versicherungssummenanpassung* anhand bestimmter Indizes zählen nicht hierher, weil die bewusste Bindung der Prämienberechnung an einen sich naturgemäss verändernden Index die Änderungen nicht unvorhersehbar erscheinen lässt und deshalb eine PAK im Sinne des Art. 48 Abs. 1 nach hier vertretener Auffassung zu verneinen ist. Andererseits könnte sich auch bei solchen automatischen Versicherungssummenanpassungen das durch Art. 48 Abs. 3 eingeräumte Kündigungsrecht «für den von der Prämienhöhung betroffenen [Vertrags-]Teil» als nützlich erweisen, wenn der Versicherungsnehmer (bspw. aus finanziellen Gründen) nur am ursprünglichen Vertragsinhalt und dessen Prämienhöhe festhalten möchte. Funktional liefe eine solche Teilkündigung auf ein *Widerspruchsrecht* hinaus.<sup>216</sup> Methodisch gegenüber einer Anwendung des Art. 48 auch in diesen Fällen überzeugender scheint es, Summenanpassungsklauseln, die kein Widerspruchsrecht vorsehen, im Rahmen der Geltungs- oder Inhaltskontrolle zu begegnen.

<sup>211</sup> Siehe BBl. 2011, 7761.

<sup>212</sup> Zutreffend HUGUENIN/MAISSEN, Bedingungsänderungsklauseln, in Fuhrer/Weber (Fn. 8), 97 (101 a.E.).

<sup>213</sup> A.A. SCHAER (Fn. 16), 432.

<sup>214</sup> Siehe dazu auch oben B.2. Zur Ungeeignetheit der Störung der Geschäftsgrundlage als Anpassungsgrundlage nach deutschem Recht schon HÜBNER, Vertragsbindung und Beitragsanpassungsklauseln, in FS Concordia, 1989, 57 (58).

<sup>215</sup> Zu dessen tatbestandlichen Anwendungsvoraussetzungen oben Fn. 173.

<sup>216</sup> Zu dessen Vorzugswürdigkeit gegenüber der gänzlichen Vertragskündigung im Falle des Zusammenstossens von Prämienhöhung und erweitertem Deckungsumfang nur KNAPPMANN, in: Prölss/Martin (Fn. 48), § 40 N 30.

Von zentraler Bedeutung ist die inhaltliche Einschränkung des vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 48 dahingehend, als nur *objektiv gerechtfertigte* Erhöhungen in Betracht kommen, denn die blossе Veränderung jeglicher Umstände, die für die Prämienberechnung relevant waren, sollte ohne Rechtfertigungskorrektiv noch nicht zur Erhöhung legitimieren. Ein Bedarf nach der Festschreibung eines solchen Korrektivs scheint in der Schweiz durchaus gegeben. Manche Vernehmlassungsantworten lassen nämlich ganz andere Praktiken erahnen: So fordert der *Schweizerische Versicherungsverband* in seiner Stellungnahme, dass eine «Prämienanpassung gestützt auf eine *unbeabsichtigte fehlerhafte bzw. unzureichende Kalkulation [...] nach wie vor möglich sein*»<sup>217</sup> sollte. Tatsächlich angemessen erschiene nach hier vertretener Auffassung<sup>218</sup> in solchen Fällen des Selbstverschuldens der Verweis auf die versichererseitige Kündigungsmöglichkeit, die nach dem bundesrätlichen Entwurf ohnehin sehr liberal ausgestaltet gewesen wäre.<sup>219</sup> Vermeidbare Kalkulationsfehler müssen demnach wie Gewinnoptimierungsbegehren behandelt werden – darauf abstellende Prämienerrhöhungen sind mit Blick auf die Schutzwürdigkeit des Versicherungsnehmers nicht hinnehmbar. Ein gegenteiliges Verständnis öffnet im Übrigen auch Tür und Tor für die berüchtigten «Lockvogelangebote»<sup>220</sup>, denen die Bestimmung gerade entgegenwirken will.<sup>221</sup> Insgesamt zeigt sich wiederum die *vorkonturierende Wirkung* der Vorgaben des VVG bei der Handhabung der inhaltsbezogenen Klauselkontrolle, insbesondere bei der Auslegung des Art. 8 UWG in Zusammenhang mit Prämienanpassungskonstellationen.

Abgesehen von materiellen Vorgaben normiert der vorgeschlagene Art. 48 (in § 40 dVVG grundsätzlich vergleichbarer Weise) ein verpflichtendes *Kündigungsrecht* im Anpassungsfall sowie eine darauf bezogene *Informationspflicht*. Hervorzuheben ist jedoch die *Länge der Kündigungsfrist*: Mit einer Mindestdauer von acht Wochen gesteht sie dem Versicherungsnehmer eine doppelt so lange Bedenkzeit zu wie nach geltendem deutschem Recht. Der Bundesrat begründet diese Länge (überzeugend) mit der Gefahr von Deckungslücken durch die in manchen Versicherungszweigen erfahrungsgemäss längere Vorlaufzeit vor Ver-

<sup>217</sup> Vernehmlassungsantwort zum Entwurf zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 30. 7. 2009, 39. Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>218</sup> Ebenso die Botschaft – siehe BBl. 2011, 7762.

<sup>219</sup> Vgl. Art. 52 f. des Bundesratsentwurfs.

<sup>220</sup> Dazu etwa FUHRER, Aufpassen beim Anpassen, in FS Rey, 2003, 416 (dortige Fn. 37).

<sup>221</sup> Vgl. BBl. 2011, 7761.

tragsabschluss.<sup>222</sup> In der schweizerischen AVB-Praxis verbreitet sind demgegenüber bisher Zeiträume von ca. 25 Tagen.<sup>223</sup>

Bemerkenswert ist auch die vorgeschlagene *Ausgestaltung* der versichererseitigen *Informationspflicht*, die sich nämlich nicht wie jene in Deutschland auf einen schlichten Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit beschränkt, sondern dem Versicherer eine *Begründungslast* hinsichtlich des konkret angerufenen Anpassungsanlasses und dessen Unvorhersehbarkeit auferlegt. Das dahinter stehende Konzept, die Begründung der Prämienanpassung hinsichtlich der massgeblichen Kostenfaktoren und ihren Auswirkungen auf die Prämienberechnung *ex post* nachliefern zu können, steht in Kontrast zu dem im deutschen AGB-Recht verwurzelten Anspruch, diese Aspekte bereits in der PAK grundlegend bestimmen zu müssen.<sup>224</sup> Eine «Nachlieferung der Anpassungsbegründung» hat den unbestreitbaren Vorteil der im Rückblick stets präziseren Beschreibbarkeit der massgeblichen Umstände. An ihren Gehalt sollten hohe Anforderungen gestellt werden, die dem Versicherungsnehmer eine Plausibilitätsüberprüfung (ggf. unter Hinzuziehung sachverständiger Dritter) ermöglichen. Allerdings sollte die gesetzliche *ex post*-Begründungspflicht<sup>225</sup> den Versicherer nicht von den sonstigen vertragsrechtlichen<sup>226</sup> oder den aus dem UWG erfließenden Anforderungen an die Klauselgestaltung im Allgemeinen entlasten. Will man den Versicherungsnehmer vorvertraglich nämlich nicht völlig im Unklaren über denkbare Erhöhungsszenarien lassen, wird man auf die etablierten Mindest-Transparenzstandards bei der Klauselformulierung selbstverständlich nicht verzichten können. Die Sanktionsmöglichkeiten sind vorhanden. Dies gilt für das allgemeine Vertragsrecht<sup>227</sup> ebenso wie für Art. 8 UWG, sofern wenn man bezüglich letzterem die hier vertretene Meinung teilt, nach der das gänzliche Unspezifiziertlassen von Anpassungsszenarien eine treuwidrige Benachteiligung des potentiell Anpassungsbelasteten darstellt.

Wäre Art. 48 des Vorschlags Gesetz geworden, hätte die Wirksamkeit einer Prämienanpassung in der Zusammenschau allgemeiner *ex ante*-Klauselgestaltungsanforderungen und versicherungsspezifischer *ex post*-Begründungspflichten beurteilt werden können. Infolge des Scheiterns der Reformbemühun-

<sup>222</sup> BBl. 2011, 7761.

<sup>223</sup> Vgl. dementsprechend etwa die SVV-Musterbedingungen in der Hausrat- (Pkt. G 4.2.) oder Gebäudehaftpflichtversicherung (Art. 18 Abs. 1).

<sup>224</sup> Siehe oben Abschnitt II.A.1.

<sup>225</sup> Zu deren transparenzsteigernder Wirkung HUGUENIN/MAISSEN (Fn. 212), 115.

<sup>226</sup> Dazu HUGUENIN/MAISSEN (Fn. 212), 102.

<sup>227</sup> Vgl. BGE 135 III 1.

gen wird die Beurteilungslast hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit einer PAK (spezifische *ex post*-Begründungspflichten sind ja mit der Reform dahin gefallen) bis auf weiteres allein auf den Schultern des allgemeinen Obligationsrechts und des Art. 8 UWG ruhen müssen.

Was die *Rechtsfolgenseite* betrifft<sup>228</sup>, so hätte man aufgrund der zwingenden<sup>229</sup> Natur des Art. 48 nach hier vertretener Ansicht von einer Nichtigkeit der gegen ihn verstossenden PAK gem. Art. 20 OR und damit insbesondere von einer Unwirksamkeit der Prämienanpassung ausgehen müssen.<sup>230</sup> Für eine geltungserhaltende Reduktion sollte aufgrund von Schwächerenschutz- und Präventionsaspekten kein Raum bestehen.<sup>231</sup> Für den in Kraft befindlichen Art. 8 UWG kann nichts anderes gelten.<sup>232</sup>

Mit dem Scheitern einer sondergesetzlichen Regelung der Prämienanpassungsproblematik findet eine wechselvolle Vorgeschichte<sup>233</sup> ihren vorläufigen Schlusspunkt. Eine Vorgeschichte, die im Entwurf von ROLAND BREHM im Jahr 1996 ihren Ausgang nahm, es dann in den Vorentwurf von 1998, aber nicht in die VVG-Teilrevision von 2006 schaffte, dann wiederum – anders als die flankierend vorgesehene Klauselkontrollregelung<sup>234</sup> – sämtliche Stadien des Totalrevisionsprojekts «überlebte», um es am Schluss doch nicht einmal auf die genannte *shortlist* der Wirtschafts- und Abgabenkommission für die einer Teilrevision vorbehaltenen Themenbereiche zu schaffen.

Das damit im schweizerischen Versicherungsrecht nach wie vor bestehende *Regulierungsvakuum* hinsichtlich der Zulässigkeitsanforderungen an PAK ausserhalb der Personenversicherung dürfte nach rechtsvergleichender Umschau<sup>235</sup>

<sup>228</sup> Weitere denkbare Rechtsfolgen finden sich bei STÖCKLI, Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates, SJZ 2012, 505 (509).

<sup>229</sup> Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 des Vorschlags.

<sup>230</sup> Siehe aber BGE 135 III 1, 13 f., wonach der (als ungewöhnlich qualifizierte) Kündigungsrechtsausschluss nicht die Unrechtmässigkeit der Prämienanpassung bedingt; siehe auch FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (Fn. 6), N 13.144.

<sup>231</sup> Vgl. Urteil des BGE 4A\_404/2008 E 5.6 ff. m.w.N.

<sup>232</sup> Siehe nur THOUVENIN, in: BSK UWG, 2013, Art. 8 UWG N 146 m.w.N.

<sup>233</sup> Dazu auch FUHRER (Fn. 6), N 13.148.

<sup>234</sup> Vgl. den von der Expertenkommission unter dem Vorsitz von ANTON K. SCHNYDER vorgeschlagenen Art. 20a OR: «(1) Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.»

<sup>235</sup> Vgl. BASEDOW et al., Principles of European Insurance Contract Law, 2009, Art. 2: 603 N 1 ff.

nur mehr in äusserst wenigen Staaten Europas beobachtbar sein; immerhin befindet man sich noch in der legislativen Gesellschaft Polens<sup>236</sup> und Österreichs.<sup>237</sup>

## VI. Weiterentwicklung der allgemeinen schweizerischen Klauselkontrolle

Wer, aus dem Ausland kommend, im schweizerischen Recht nach Bestimmungen zur Inhaltskontrolle von AGB sucht, mag sich einigermaßen darüber wundern, diesbezüglich nicht im OR, sondern erst im UWG wirklich fündig zu werden. Tatsächlich geht der schweizerische Gesetzgeber solche systematischen Fragen bisweilen überaus «pragmatisch» an. Ersichtlich wurde dies zuletzt im Rahmen der Novellierung<sup>238</sup> des Art. 8 UWG, die in der Schweiz eine neue Ära der offenen<sup>239</sup> Klauselkontrolle initiiert hat (zuvor entsprach das, was in der Schweiz als sog. verdeckte Inhaltskontrolle durch das BG praktiziert wurde, in vielem noch dem, was in Deutschland schon das Reichsgericht<sup>240</sup> judiziert hatte). Ohne die systematische Richtigkeit der Ansiedelung im Lauterkeitsrecht näher zu hinterfragen, wurde vom Bundesrat kurzerhand festgestellt, dass im UWG immerhin schon eine AGB-Kontrollregelung vorhanden sei, und es daher gelten müsse, diese griffiger zu gestalten anstatt sie im OR neu zu verorten.<sup>241</sup> Überzeugend ist dieser Ansatz nicht.<sup>242</sup> Er führt zu einer Perpetuierung der Aufspaltung in ein obligations- und ein lauterkeitsrechtliches Kontrollinstrumentarium, ohne das dahinter ein klares dogmatisches Konzept erkennbar würde.<sup>243</sup>

<sup>236</sup> Siehe BASEDOW et al. (Fn. 235), N 1.

<sup>237</sup> Vgl. SCHAUER (Fn. 145), 22. SCHAER (Fn. 16), 240 geht demgegenüber von einer gesetzlichen Regelung in Österreich aus, verweist begründend allerdings nur auf das deutsche VVG.

<sup>238</sup> Dazu etwa MÖNNICH, AGB und intertemporales Recht, in: Brunner/Schnyder/Eisner, AGB nach neuem Schweizer Recht, 2014, 287 ff.

<sup>239</sup> Anders wohl KUT/STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, jusletter 20. Februar 2012, N 111: «Der Gesetzgeber hat offenbar weder eine restriktive Missbrauchskontrolle noch eine im umfassenden Sinne ‚offene‘ Inhaltskontrolle beabsichtigt.»

<sup>240</sup> Dazu SÄCKER, Macht im Zivilrecht, in: Hauer et al., Jb. J. ZivRWiss. 2012, 2013, 9 (15 f. m.w.N.).

<sup>241</sup> Siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl. 2009, 6151 (6165).

<sup>242</sup> Stellvertretend für viele etwa die Kritik bei WEBER, Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic 2012, 231, 236.

<sup>243</sup> Vgl. PROBST, Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht: Ein rückblickender Ausblick in die Zukunft, in: Jung, Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, 2013, 223, 258. Im zuletzt vorgeschlagenen OR 2020, das an der Zweigleisigkeit der Klauselkontrolle festhalten möchte, finden sich indessen Überlegungen zur Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche (siehe VOGT, in: Huguenin/Hilty, OR 2020, 2013, Art. 33 N 13).



Die Erwartungen des Schrifttums an die im neuen Art. 8 UWG verkörperte *Klauselkontrolle 2.0* sind bisweilen auffallend zurückhaltend.<sup>244</sup> Klar ist, dass es zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht wäre, die rechtspraktischen Konsequenzen der neuen Bestimmung im Detail prognostizieren zu wollen.<sup>245</sup> An dieser Stelle müssen deshalb vier konzeptionelle Bemerkungen genügen:

- Die Frage der Einführung einer gesetzestützten, offenen Inhaltskontrolle gehörte wohl zu den heissesten Kartoffeln des schweizerischen Vertragsrechts.<sup>246</sup> Mit der Neufassung des Art. 8 UWG sind diese vorerst aus dem Feuer geholt und im europarechtlichen Vergleich<sup>247</sup> wurde damit Boden gut gemacht. Einschränkend muss man allerdings sogleich hinzufügen, dass damit nicht mehr als ein einzelner, allerdings zentraler Absatz<sup>248</sup> aus einer 21 Jahre alten Mindestharmonisierungsrichtlinie festgeschrieben wurde, und zwar so festgeschrieben wurde, dass er den damaligen europäischen *Mindeststandard* zum heutigen schweizerischen *Maximalstandard* erhebt. Man sieht dies besonders deutlich an der (anders als in Deutschland<sup>249</sup>) vorgesehenen Beschränkung des Normanwendungsbereichs auf *Konsumenten*.<sup>250</sup> Was also vor 21 Jahren aus rein politischen Gründen auf gesamteuropäischer Ebene nicht durchsetzbar war,<sup>251</sup> nämlich die Erfassung auch von b2b-Konstellationen, ist es auf innerschweizerischer Ebene bis heute nicht.<sup>252</sup> Das schweizerische Verharren im europäischen Mindestharmonisierungszustand von vor über zwei Jahrzehnten ist gerade für versicherungsbezogene

<sup>244</sup> Vgl. stellvertretend für viele JENNY, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, 2014, 11 m.w.N.

<sup>245</sup> Ebenso FUHRER, in BSK VVG-Nachführungsband, 2012, Art. 33 N 191. Ähnlich PROBST (Fn. 243), 258.

<sup>246</sup> Zur Entwicklung in der Vergangenheit siehe etwa HUGUENIN/MEISE, Vertragsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner, Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2010/11, 2011, 312 (328 f.); WILDHABER, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, 537 (541). Im Übrigen SCHÖBI, Projekte des Gesetzgebers zum AGB-Recht, in: Fuhrer/Weber (Fn. 8), 51 ff.

<sup>247</sup> Zur Klauselkontrolle in versicherungsrechtlichem Kontext vgl. LOACKER, Einführung in das europäische Versicherungsvertragsrecht, in: Looschelders/Pohlmann (Fn. 30), N 43 ff.

<sup>248</sup> Gemeint ist Art. 3 Abs. 1 der Klausel-RL (Fn. 25). Zur Orientierung an der deutschen Sprachfassung der Richtlinie kritisch KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, 19, 23.

<sup>249</sup> Vgl. oben Abschnitt II.

<sup>250</sup> Zum (in der Schweiz unnötig schillemden) Konsumentenbegriff jüngst anschaulich KOLLER (Fn. 248), 25 f. und STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR/DC 2011, 184, 185 f. Aus kollisionsrechtlicher Sicht krit. LOACKER, Überlegungen zu einer Sonderanknüpfung immobilienbezogener Konsumentenverträge im schweizerischen IPR, 59 (62 ff.).

<sup>251</sup> Vgl. ADELMANN (Fn. 29), 52 m.w.N.

<sup>252</sup> Zur Einfügung der Beschränkung auf Konsumentenverträge im Rahmen der Neufassung des Art. 8 UWG etwa JENNY (Fn. 244), 32 f.; STÖCKLI, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, HAVE 2012, 199, 201.

Klauselkontrollzwecke besonders misslich. Längst ist nämlich erkannt,<sup>253</sup> dass gerade im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Versicherern bspw. KMUs weitgehend idente Schutzbedürfnisse in informationeller und existenzieller Sicht aufweisen wie Konsumenten.<sup>254</sup> Faktische Linderung mag insofern allenfalls daher kommen, dass Versicherer möglicherweise nur geringe ökonomische Anreize haben werden, im Massengeschäft mit KMUs und Konsumenten jeweils unterschiedliche AVBs zu verwenden.<sup>255</sup> Stattdessen könnte zugunsten eines einheitlichen *risk & contract managements* verschiedentlich auf die Verwendung von Klauseln verzichtet werden, die gegenüber Nicht-Konsumenten gerade noch und gegenüber Konsumenten bereits nicht mehr zulässig wären. Rechtspolitisch überzeugender wird der personelle Schutzansatz des Art. 8 UWG dadurch nicht.<sup>256</sup> Diesen Bedenken allerdings zu begegnen, indem der Anwendungsbereich der Bestimmung kurzerhand im Auslegungsweg entweder überhaupt für Nicht-Konsumenten<sup>257</sup> oder jedenfalls für Massenrisiken<sup>258</sup> erschlossen wird, scheint angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens nicht vertretbar.<sup>259</sup>

- Wenig erfreulich ist auch das vollständige Fehlen von übergangsrechtlichen Bestimmungen im revidierten UWG.<sup>260</sup> Die Abschätzung der *intertemporalen Bedeutung* der Klauselkontrolle wird damit derzeit unnötig erschwert. Praktisch relevant ist vor allem die Frage der Anwendbarkeit des neuen Art. 8 UWG auf AGB, die schon *vor* seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2012 Vertragsbestandteil waren. Die im Schrifttum dazu vertretenen Auffassungen verneinen<sup>261</sup> und befürworten<sup>262</sup> den für die Rückwirkungsbejahung nach Art. 2

<sup>253</sup> Siehe nur HEISS, Der Vorentwurf einer «Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG) im Lichte der europäischen Entwicklungen», HAVE 2007, 235 (245). Teilweise anders FUHRER, Konsumentenschutz im VVG – Sicht der Versicherungsunternehmen, in: SCHNYDER/WEBER, Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, 2006, 143 (144 ff.).

<sup>254</sup> Ebenso – für den Bankenbereich – etwa MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken: eine rechtsvergleichende Betrachtung der im Jahr 2012 revidierten AGB-Kontrolle nach Schweizer Recht am Beispiel des Bankgeschäfts, in: Hauer et al. (Fn. 240), 285 (299).

<sup>255</sup> Darauf weist HEISS, Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht, HAVE 2011, 423 (424) zu Recht hin.

<sup>256</sup> Ebenso kritisch WILDHABER (Fn. 246), 541.

<sup>257</sup> So HOLLIGER-HAGMANN, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, jusletter 20. Februar 2012, N 25, nach der die Konsumenteneigenschaft nur eine beispielhaft genannte Anwendungsvoraussetzung sei.

<sup>258</sup> So JENNY (Fn. 244), 38.

<sup>259</sup> Ebenso etwa STÖCKLI (Fn. 252), 201: «[d]aran gibt es nichts zu deuteln»; VOGT (Fn. 243), Art. 33 N 6.

<sup>260</sup> Zu diesem Problemkreis jüngst eingehend MÖNNICH (Fn. 238), 293 ff.

<sup>261</sup> So HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, 1188, 121; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 78, 80. Eine Rückwirkung im Ergebnis ablehnend auch THOUVENIN (Fn. 232), Art. 8 N 154 m.w.N. sowie zuletzt MÖNNICH (Fn. 238), 298.

Abs. 2 SchlT ZGB massgeblichen *ordre public*-Charakter der Norm. Die diesbezüglichen Kriterien des Bundesgerichts sind teilweise uneinheitlich.<sup>263</sup> Die besseren Gründe sprechen für die *Annahme einer Rückwirkung*.<sup>264</sup> Sollte das Bundesgericht letztlich anders entscheiden, käme zu dem unglücklichen, aber gesetzgeberisch gewollten *sachlichen splitting* des Anwendungsbereichs (unterschiedliche Beurteilung von Konsumenten- und Nicht-Konsumenten-AGB) auch noch ein unnötiges *zeitliches splitting* bei der Beurteilung von vor und am bzw. nach dem 1. Juli 2012 wirksam gewordenen AGB. Dafür spricht wenig. Ganz unabhängig von der abzuwartenden höchstgerichtlichen Klärung sollte man indes ein drittes *splitting* schon heute verwerfen: werden nur einzelne AGB-Klauseln nach dem oder am genannten Stichtag modifiziert, so sollten gewiss nicht bloss diese,<sup>265</sup> sondern *sämtliche* Klauseln der Kontrolle gemäss neuem Art. 8 UWG unterliegen.<sup>266</sup> Bei allem nicht zu übersehen ist das (auch ökonomische) Bedürfnis der AGB-Verwender nach einer möglichst einfachen und daher einheitlichen Handhabung des neuen Kontrollinstrumentariums. Im Bereich der Versicherungsverträge wird man deshalb erwarten können, dass die Versicherer eher rasch die Vereinbarkeit aller im Einsatz befindlichen AVB mit dem neuen Klauselstandard sicherstellen wollen werden als sich auf die Suche nach möglichen Anwendungsschlupflöchern in zeitlicher Hinsicht zu begeben.

- Mit Blick auf jene AGB, auf die der revidierte Art. 8 UWG zur Anwendung gelangt, bleibt zu hoffen, dass die schweizerische Rechtsprechung wesentlich rascher die in der Bestimmung enthaltenen, unbestimmten Begriffe mit Leben erfüllt, als dies bei der Vorbildbestimmung der Klausel-RL durch den EuGH geschehen ist. Da sich jedoch die Problematik der «Vorlagetragheit»<sup>267</sup> durch die mitgliedstaatlichen Gerichte in der Schweiz nicht stellt und gegenüber Generalklauseln gewissermassen genuin eine grössere Offenheit besteht als anderenorts, dürften die daraus erfließenden Herausforderungen

<sup>262</sup> PICHONNAZ, Le nouvel Art. 8 LCD: droit transitoire, portée et conséquences, Baurecht 2012 140, 142; RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, recht 2013, 101, 107; JENNY (Fn. 244), 43.

<sup>263</sup> PROBST (Fn. 243), 256. Siehe auch die Rechtsprechungsübersicht bei RÜETSCHI (Fn. 262), 104 ff.

<sup>264</sup> So im Ergebnis auch RÜETSCHI (Fn. 262), 108.

<sup>265</sup> So aber SCHOTT (Fn. 261), 80.

<sup>266</sup> Ebenso THOUVENIN (Fn. 232), Art. 8 N 148 m.w.N. und zuletzt JENNY (Fn. 244), 39.

<sup>267</sup> Siehe oben Fn. 31.

nach einiger Zeit durch Herausbildung etwa von entsprechenden Fallgruppen<sup>268</sup> durchaus bewältigbar sein.<sup>269</sup>

- Die Einführung des revidierten Art. 8 UWG macht das etablierte obligationenrechtliche AGB-Kontrollinstrumentarium keineswegs obsolet.<sup>270</sup> Namentlich die unter dem Mantel der *Ungewöhnlichkeitsregel* verdeckte AGB-Kontrolle<sup>271</sup> wird in ihrer bundesgerichtlichen Ausprägung insbesondere für den KMU-Bereich weiterhin entscheidend sein.<sup>272</sup> Für den *b2c*-Bereich ist demgegenüber vorgeschlagen worden,<sup>273</sup> die Ungewöhnlichkeitsregel etwas weniger als bisher als Mittel der Inhaltskontrolle zweckzuentfremden, sondern sie dort behutsam auf ihren eigentlichen Zweck zurückzuführen, nämlich den der Geltungskontrolle. Wenn man dem folgt, ergibt sich freilich wiederum eine uneinheitliche Handhabung derselben Regel je nach betroffenem Personenkreis. Der gegenwärtig festgefahrene, in der Rechtsquellenteilung verkörperte *Dualismus der AGB-Kontrolle*<sup>274</sup> würde dann insofern eine Rückkoppelung auf die obligationenrechtliche Geltungskontrolle erzeugen, als sie künftig in Teilen ebenfalls unterschiedlich (vor allem nach *b2c* und *b2b* differenziert) anzulegen wäre.<sup>275</sup> Davon abgesehen bliebe der bisherige Mangel, Richtiges unter falschem Namen abzuhandeln, im *b2b*-Sektor unbehoben. Überzeugender wäre es zweifellos, sich offen zur Inhaltskontrolle auch für diesen Bereich zu bekennen. Der in der Revision von Art. 8 UWG zum Ausdruck kommende restriktive Schutzansatz kann freilich als bewusst gegenteiliges Postulat des schweizerischen Gesetzgebers verstanden werden, das ein davon unbeeindrucktes Bekenntnis der Rechtsprechung nicht eben wahrscheinlicher hat. Dennoch bleibt abzuwarten, ob und falls ja auf welcher Grundlage<sup>276</sup> sich das Bundesgericht für eine

<sup>268</sup> Siehe diesbezüglich bereits die Ansätze im bankrechtlichen Kontext bei KOLLER (Fn. 248), 28 ff.

<sup>269</sup> Skeptischer wohl etwa MARTIN (Fn. 254), 285 (299).

<sup>270</sup> Stellvertretend für viele HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2012, N 612.

<sup>271</sup> KOLLER (Fn. 248), 19.

<sup>272</sup> Siehe PROBST (Fn. 243), 258; HUGUENIN (Fn. 270), N 612.

<sup>273</sup> Vgl. PROBST (Fn. 243), 258.

<sup>274</sup> THOUVENIN (Fn. 232), Art. 8 N 47.

<sup>275</sup> Demgegenüber klar für die auch künftig einheitliche Anwendbarkeit der bisherigen Grundsätze der Geltungs- und Auslegungskontrolle (ungeachtet der jeweiligen Vertragsbeteiligten) HUGUENIN (Fn. 270), N 635.

<sup>276</sup> Dazu illustrativ SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, ZBJV 148/2012, 1, 18; HUGUENIN (Fn. 270), N 637 und versicherungsspezifisch FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* (Fn. 6), N 8.86 ff.

offene Inhaltskontrolle<sup>277</sup> abseits des UWG erwärmen wird können. Aufgeschoben ist nicht aufgehoben.

## VII. Zwischenbefund aus schweizerischer Sicht

### A. Generelles

Der offenen Inhaltskontrolle von AGB im Allgemeinen und der Ausgestaltung der Zulässigkeitsanforderungen an PAK im Besonderen ist eines gemeinsam: im Vergleich zu Deutschland steht man in der Schweiz in vielem erst am Anfang. Selbst die in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze – auf die es aufgrund des bisherigen Scheiterns der VVG-Reform weiterhin ankommen wird – werden in der Praxis häufig schlicht ignoriert.<sup>278</sup>

So empfiehlt selbst der *Schweizerische Versicherungsverband* in seinen unverbindlichen Musterbedingungen für die Hausratversicherung<sup>279</sup> bis heute eine PAK,<sup>280</sup> deren Inhalt (Ausschluss des Kündigungsrechts bei behördlich angeordneter Vertragsanpassung) das Bundesgericht<sup>281</sup> schon 2008 explizit als ungewöhnlich kassiert hatte.<sup>282</sup> Auch in punkto *Transparenz* wird die Messlatte in schweizerischen AVB augenscheinlich tiefer gelegt als dies in Deutschland der Fall ist. Das müsste nicht so sein, denn obwohl dem schweizerischen Gesetzesrecht eine deutliche Transparenzanordnung wie die des § 307 Abs. 1 S 2 BGB<sup>283</sup> unbekannt ist, ist schon für Art. 8 UWG a.F. überzeugend dargetan worden, dass gerade das Lauterkeitsrecht ein Transparenzgebot begründet,<sup>284</sup> zumal das in ihm

<sup>277</sup> Zu möglichen Massstäben für eine Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Verkehr WILDHABER (Fn. 246), 543 f.

<sup>278</sup> Vgl. etwa den Befund FUHRERS, in FS Rey (Fn. 18), 424: «Prämienanpassungsklauseln in AVB sind zulässig, wenn [...] sie sich im Rahmen der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze halten. Bei den auf dem Markt üblichen Klauseln sind diesbezüglich Vorbehalte anzubringen.»

<sup>279</sup> Abrufbar unter <<http://www.svv.ch/de/politik-und-recht/musterbedingungen>> (1. 3. 2014).

<sup>280</sup> Siehe G 4 Abs. 2 der Ausgabe 2008 der unverbindlichen Musterbedingungen des SVV (Version 1.9.08); abrufbar unter der in Fn. 279 genannten Adresse.

<sup>281</sup> BGE 135 III 1, 11 E 3.1 ff.

<sup>282</sup> Vgl. dazu die zustimmende Besprechung von SCHMID/RÜEGG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 148/2012, 885 (887 f.). Kritischer («überzeugt nicht restlos») FUHRER, in: BSK VVG-Nachführungsband (Fn. 245), N 73 und DERS., AVB im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Fuhrer/Weber (Fn. 8), 35 (39).

<sup>283</sup> «Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.»

<sup>284</sup> Vgl. MATT, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung, 1997, 63 ff. A.A. zuletzt BETSCHART, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 2011, N 349

zum Ausdruck kommende Wettbewerbsförderungsanliegen überhaupt nur dort verwirklicht werden kann, wo Vergleichbarkeit gegeben ist; und Vergleichbarkeit verlangt zuallererst Verständlichkeit.<sup>285</sup> Klarer als sonst wird dies bei Preis-anpassungsklauseln, die wie gezeigt<sup>286</sup> als Preisnebenabreden einzuordnen sind und deren Intransparenz das Anliegen der Wettbewerbsförderung fundamental gefährdet.<sup>287</sup> Gerade deshalb wird es bei der Anwendung des revidierten UWG darauf ankommen, bei gegebener Intransparenz von solchen Klauseln keinesfalls zu hohe Anforderungen an die in Art. 8 verankerte Erheblichkeitsschwelle anzulegen,<sup>288</sup> sondern im Zweifel von einer Ungerechtfertigkeit auszugehen. Im Übrigen liegt Treuwidrigkeit selten deutlicher in der Luft als dann, wenn der geschützte Vertragspartner schon über die Veränderlichkeit seiner Hauptleistungspflicht im Unklaren gelassen wird.<sup>289</sup>

Nichtsdestotrotz zeigt sich gerade bei den formellen PAK-Massstäben besonders deutlich, dass (vermeintliche und tatsächliche) Unterschiede im rechtlichen Anforderungsprofil von den AVB-Verwendern in den beiden Staaten durchaus «berücksichtigt» werden. Eindrücklich ist es insofern, Anpassungsbedingungen identischer Vertragstypen gegenüberzustellen, wie sie innerhalb desselben Konzerns in einer für den deutschen und den schweizerischen Geschäftsverkehr jeweils unterschiedlichen Ausgestaltung verwendet werden. Am Beispiel der Rechtsschutzversicherung sei dies hier getan.

**D.A.S. Deutschland – Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2011), § 10 B:**

(1) Ein unabhängiger Treuhänder ermittelt bis zum 1. Juli eines jeden Jahres, um welchen Vomhundertsatz sich für die Rechtsschutzversicherung das Produkt von Schadenhäufigkeit und Durchschnitt der Schadenzahlungen einer genügend großen Zahl der die Rechtsschutzversicherung betreibenden Versicherer im vergangenen Kalenderjahr erhöht oder vermindert hat. Als Schadenhäufigkeit eines Kalenderjahres gilt die Anzahl der in diesem Jahr gemeldeten Rechtsschutzfälle, geteilt durch die Anzahl der im Jahresmittel versicherten

**D.A.S. Schweiz – Allgemeine Versicherungsbedingungen – Rechtsschutz (AVB P 2010); Art. 15:**

1. Die DAS garantiert dem Versicherungsnehmer einen gleichbleibenden Prämientarif während der in der Police festgelegten erstmaligen Vertragsdauer.  
2. Ändert die DAS den Prämientarif, so kann sie die neue Prämie frühestens nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer anpassen. Sie gibt dem Versicherungsnehmer die neue Prämie spätestens 30 Tage vor der Fälligkeit bekannt.  
3. Der Versicherungsnehmer hat das Recht, den Vertrag auf Ende des laufenden Versicherungsjahres zu kündigen. Die

m.w.N., nach der in einem Transparenzgebot auch keine wirkliche Neuerung gegenüber der Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitsregel enthalten sei. Dem ist nicht zu folgen. Tatsächlich kann etwa durchaus Transparentes immer noch ungewöhnlich sein und Intransparentes (bspw. infolge übertriebener Komplexität) muss nicht notwendig unklar im Sinne der Unklarheitsregel sein.

<sup>285</sup> Vgl. statt aller MÜLBERT, Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle, AJP 1995, 723 (728).

<sup>286</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 28.

<sup>287</sup> Siehe nur MÜLBERT (Fn. 285), 731.

<sup>288</sup> So schon zu Art. 8 UWG a.F. zu Recht MÜLBERT (Fn. 285), 731.

<sup>289</sup> Im Ergebnis ebenso MÜLBERT (Fn. 285), 732.

Risiken. Als Durchschnitt der Schadenzahlungen eines Kalenderjahres gilt die Summe der Zahlungen, die für alle in diesem Jahr erledigten Rechtsschutzfälle insgesamt geleistet wurden, geteilt durch die Anzahl dieser Rechtsschutzfälle. Veränderungen der Schadenhäufigkeit und des Durchschnitts der Schadenzahlungen, die aus Leistungsverbesserungen herrühren, werden bei den Feststellungen des Treuhänders nur bei denjenigen Verträgen berücksichtigt, in denen sie in beiden Vergleichsjahren bereits enthalten sind.

(2) [...]

(3) Ergeben die Ermittlungen des Treuhänders einen Vomhundertsatz unter fünf, unterbleibt eine Beitragsänderung. Der Vomhundertsatz ist jedoch in den folgenden Jahren mitzuberechnen. Ergeben die Ermittlungen des Treuhänders einen höheren Vomhundertsatz, ist dieser, wenn er nicht durch 2,5 teilbar ist, auf die nächstniedrige durch 2,5 teilbare Zahl abzurunden. Im Falle einer Erhöhung ist der Versicherer berechtigt, im Falle einer Verminderung verpflichtet, den Folgejahresbeitrag um den abgerundeten Vomhundertsatz zu verändern. Der erhöhte Beitrag darf den zum Zeitpunkt der Erhöhung geltenden Tarifbeitrag nicht übersteigen.

(4) Hat sich der entsprechend Absatz 1 nach den unternehmenseigenen Zahlen des Versicherers zu ermittelnde Vomhundertsatz in den letzten drei Jahren, in denen eine Beitragsanpassung möglich war, geringer erhöht, als er vom Treuhänder für diese Jahre festgestellt wurde, so darf der Versicherer den Folgejahresbeitrag in der jeweiligen Anpassungsgruppe gemäß Absatz 2 nur um den im letzten Kalenderjahr nach seinen Zahlen ermittelten Vomhundertsatz erhöhen. Diese Erhöhung darf diejenige nicht übersteigen, die sich nach Absatz 3 ergibt.

(5) Die Beitragsanpassung gilt für alle Folgejahresbeiträge, die ab 1. Oktober des Jahres, in dem die Ermittlungen des Treuhänders erfolgten, fällig werden. Sie unterbleibt, wenn seit dem im Versicherungsschein bezeichneten Versicherungsbeginn für den Gegenstand der Versicherung noch nicht ein Jahr abgelaufen ist.

(6) Erhöht sich der Beitrag, ohne dass sich der Umfang des Versicherungsschutzes ändert, kann der Versicherungsnehmer den Versicherungsvertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers mit sofortiger Wirkung in Schriftform kündigen, frühestens jedoch zu dem Zeitpunkt, an dem die Beitragserhöhung wirksam werden sollte. Eine Erhöhung der Versicherungssteuer begründet kein Kündigungsrecht.

Kündigung muss bei der DAS spätestens am letzten Tag des Versicherungsjahres eintreffen. Erfolgt keine Kündigung, gilt der neue Tarif als genehmigt.

Die erheblichen quantitativen und qualitativen Unterschiede der beiden Klauselfassungen liegen auf der Hand. Wenngleich *Mehr*<sup>290</sup> bestimmt nicht immer besser ist, so erhält der interessierte Versicherungsnehmer in der in Deutschland eingesetzten PAK doch eine ungleich präzisere und bessere Vorstellung von möglichen Prämienanpassungsszenarien und ihren Folgen als es bei der in der Schweiz verwendeten Klausel der Fall ist. Diese schweigt sich insbesondere zu Anpassungen

<sup>290</sup> Die deutsche Klausel füllt (in der Originalfassung) 48 Zeilen, die schweizerische findet mit 11 Zeilen das Auslangen.

sungsgrund, -feststellung, -umfang und -modus ebenso vollkommen aus wie zum Recht des Vortrags nicht berücksichtigter Kostensteigerungen und zur Pflicht der Weitergabe von Kostenvorteilen an den Versicherungsnehmer (Prämiensenkung).

## B. PAK mit Wirkung für kündbare Zeiträume – ein Sonderfall?

Soweit sich klauselbasierte Anpassungsbefugnisse auf Zeiträume beziehen, in denen dem Versicherer ein ordentliches Kündigungsrecht zusteht, wurde im schweizerischen Schrifttum<sup>291</sup> gefordert, hierfür nicht die strengen Massstäbe anzuwenden wie sie für Prämienanpassungen mit Wirkung innerhalb von kündigungsfesten Zeiträumen gelten; insbesondere eine *Änderungskündigung* soll dem Versicherer durch die erleichterte klauselgestützte Anpassung erspart bleiben. Die Entscheidung dieser Frage ist im Ergebnis eine rechtspolitische. Sie hängt davon ab, welche Gefahr höher eingeschätzt wird – jene des unlauteren Kundenfangs durch Lockvogelangebote, die dann nach kurzer Zeit möglichst unbemerkt «nach oben korrigiert» werden oder jene des Entstehens ungewollter Deckungslücken infolge unüberlegten Passivbleibens des Versicherungsnehmers.

Klar ist, dass es der Versicherer im Rahmen einer zulässigen *Änderungskündigung* immer in der Hand hat, die Vertragsfortführung von einer Prämienerrhöhung abhängig zu machen. In diesem Fall steht der Versicherungsnehmer vor der Wahl, sich entweder aktiv nach anderweitigem Versicherungsschutz umzusehen oder passiv zu bleiben und die Erhöhung zu akzeptieren. Traut man ihm die Bewältigung dieser Entscheidung zu, ist eine versichererseitige *Änderungskündigung* nicht weiter problematisch. Nimmt man hingegen eine tendenzielle Überforderung an und vermutet, der typische Versicherungsnehmer wolle auch bei erhöhter Prämie prinzipiell am Vertrag festhalten, wird eben dies dafür ins Treffen geführt, Anpassungsklauseln mit Wirkung für kündbare Zeiträume keinen besonderen Schranken<sup>292</sup> zu unterwerfen.<sup>293</sup> Das Ganze ist also einerseits eine Frage des Zutrauens in die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit des durchschnittlichen Versicherungsnehmers und andererseits eine Frage der Einschätzung des Gefahrenpotentials unseriöser Prämienangebote.

<sup>291</sup> FUHRER in FS Rey (Fn. 18), 423. In Deutschland wurde eine solche Differenzierung schon früher von WANDT (Fn. 53), N 67 ff. und 95 ff. vertreten.

<sup>292</sup> Unberührt bleiben die in der PAK zu nennende Pflicht zur Mitteilung der Prämienerrhöhung samt Hinweis auf das Kündigungsrecht sowie die Einhaltung der jeweiligen Kündigungsfrist (vgl. WANDT (Fn. 53), N 253).

<sup>293</sup> So WANDT (Fn. 53), N 253 ff.; ähnlich FUHRER in FS Rey (Fn. 18), 423.



Nach hier vertretener Meinung sprechen die besseren Argumente dafür, *einheitlich* dieselben formellen und materiellen Anforderungen an alle hier erörterten PAK anzulegen, d.h. unabhängig davon, ob sie ihre Wirkung nur für kündbare Zeiträume erzeugen oder nicht.

Erstens ist die zentrale Bedeutung der «Preistransparenz und Verhinderung von Lockvogelpolitik in unserer gesamten Rechtsordnung sowohl unter vertrags- als auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten»<sup>294</sup> nicht hoch genug einzuschätzen. PAK können diese Preistransparenz offenkundig gefährden und dadurch die Vergleichbarkeit der Produkte und infolgedessen auch den Wettbewerb beeinträchtigen. Diese Gefahren bestehen im Wesentlichen unabhängig davon, ob die jeweilige PAK auf kündbare oder kündigungsfeste Zeiträume abzielt. Zweitens muss dem Versicherungsnehmer in seiner konzeptionellen Rolle als aktiver Nachfrager auf dem Markt etwas zugetraut werden können. Seine Schutzbedürftigkeit gegenüber Handlungspflichten ist dort zu hinterfragen, wo Handlungen – ohne Ausnützung etwa problematischer Informationslagen oder gar Beeinträchtigungen des Entscheidungsprozesses durch den Vertragspartner – ausschliesslich aus Bequemlichkeitsgründen unterbleiben.<sup>295</sup> Faulheit für sich genommen ist kein taugliches Schutzmotiv. Nicht zuletzt bedeutet die Abnahme der Handlungslast im gegebenen Kontext nichts anderes als die Umdeutung des versicherungsnehmerseitigen Schweigens in die Zustimmung zu einer Vertragsänderung, die der Versicherer gewollt hat. Wer nicht handelt, wird damit zwar vor Deckungslücken geschützt, aber dies – buchstäblich – um jeden Preis. Solcher Schutz ist zweischneidig.

Zur Begründung geringerer Anforderungen an PAK für kündbare Zeiträume wird ferner auf das dem Versicherungsnehmer im Anpassungsfall zustehende Kündigungsrecht verwiesen,<sup>296</sup> welches ihm «eine rasche Reaktion auf Änderungen der Marktlage»<sup>297</sup> ermögliche und ein weiter gehendes Schutzbedürfnis beseitige. Für den Versicherer, der das Vertragsverhältnis nur gegen höhere Prämien verlängern möchte, muss das aber umso mehr gelten. Durch sein Änderungskündigungsrecht kann er auf Veränderungen der Marktlage mindestens ebenso adäquat reagieren wie sein Vertragspartner. Ein legitimes Bedürfnis

<sup>294</sup> KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 143/2007, 831 (834).

<sup>295</sup> Zur insofern parallelen Problematik im Bereich des Verbraucherleitbilds zuletzt LOACKER/LOACKER, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Grundkonzeption und Verbraucherleitbild, in: Fahrländer/Heizmann, Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, 2013, 585 (599 f. m.w.N.). Zum Ganzen grundlegend LEISTNER, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2007, 410 ff. et passim.

<sup>296</sup> Vgl. WANDT (Fn. 53), N 252.

<sup>297</sup> HARRER, in: Honsell, Berliner Kommentar (Fn. 194), § 31 N 37.

nach erleichterten Klauselanforderungen und nach Entbindung vom Erfordernis der Änderungskündigung ist deshalb schwer ersichtlich.

Sofern als Leitmotiv gegen die Sinnhaftigkeit einer versichererseitig notwendigen Änderungskündigung die vermutete *Trägheit des Versicherungsnehmers* ins Treffen geführt wird, die zu erwünschten Ergebnissen (insbesondere ungewollten Deckungslücken) führen könne, ist zweierlei zu bedenken:

- Der Versicherer verfügt bei einer seinerseitigen Änderungskündigung über eine ganze Reihe von Möglichkeiten, den Versicherungsnehmer auf die besondere Wichtigkeit seiner Entscheidungsfindung hinzuweisen. Schon das regelmässig gegebene, versichererseitige Interesse an der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wird seinen Teil dazu beitragen, dass dem Versicherungsnehmer der Handlungsbedarf bewusst gemacht wird. Der Gefahr unbeabsichtigter Passivität kann also zumindest grundsätzlich begegnet werden.
- Mit Blick auf die zugrunde gelegte «Trägheitsprämisse» besteht ein auffälliger Widerspruch: einerseits soll das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, das notwendigerweise ein Tätigwerden desselben impliziert, vollkommen ausreichend vor unerwünschten Anpassungen schützen und insbesondere inhaltliche Anforderungen an PAK für kündbare Zeiträume entbehrlich machen. Gleichzeitig wird aber angenommen, derselbe Versicherungsnehmer wäre zu träge, um mittels Zustimmung zu den geänderten Bedingungen einer Änderungskündigung seinen Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten. Dass der Versicherungsnehmer nun aber bei klauselgestützten Prämienanpassungen eine aktive Haltung an den Tag legt und erforderlichenfalls kündigt, beim änderungskündigungsgestützten Pendant aber der Lethargie verfällt und die Deckung deshalb ungewollt verliert, ist wenig wahrscheinlich. Entweder wird er allgemein eher träge sein (was die effektive Schutzwirkung seines Kündigungsrechts relativiert) oder er verhält sich grundsätzlich als aktiver Nachfrager (was die Gefahr des unbeabsichtigten Deckungsentfalls reduziert).

Zutreffend ist der Einwand, wonach es für kündbare Vertragszeiträume kein berechtigtes Vertrauen des Versicherungsnehmers in die Fortsetzung des Vertrages mit unveränderter Prämie geben wird.<sup>298</sup> Zutreffend ist im Umkehrschluss aber auch, dass es deshalb kein berechtigtes Vertrauen des Versicherers in die Fortsetzung des Vertrages mit erhöhter Prämie geben sollte. Wer einseitig etwas durchsetzen möchte, sollte richtigerweise rechtsgestaltend tätig werden müssen

<sup>298</sup> WANDT (Fn. 53), N 251 a.E.

anstatt bloss auf eine «PAK light» verweisen zu können. Wenn ein Versicherer daher bspw. mit einer Prämienhöhung für kündbare Zeiträume seinen Gewinn zu steigern sucht (was er für kündigungsfeste Zeiträume grundsätzlich nicht könnte), erscheint es überzeugender, ihm die Last der Änderungskündigung aufzuerlegen anstatt die Kündigungslast auf den Versicherungsnehmer abzuwälzen und im Nichtkündigungsfall dessen stillschweigende Zustimmung anzunehmen. Auch aus Transparenz- und Wettbewerbsförderungserwägungen erscheint dieses Ergebnis sinnvoll, denn wer (um bei dem Beispiel zu bleiben) nur den Gewinn erhöht, sollte eine Änderungskündigung, die tendenziell grössere Aufmerksamkeit auf sich zieht und zu einer kundenseitigen Marktumschau veranlassen kann, ebenso wenig scheuen dürfen wie die Last ihrer überzeugenden Begründung.

Die Botschaft zur VVG-Reform differenziert in der Begründung des vorgeschlagenen Art. 48 nicht zwischen kündigungsfesten und kündbaren Zeiträumen. Nach ihr ist die Bestimmung schlicht «während der Vertragslaufzeit»<sup>299</sup> massgeblich. In Kombination mit dem Hinweis,<sup>300</sup> der Versicherer könne etwa bei falsch kalkulierter Prämie den Vertrag jedenfalls ordentlich kündigen, lässt sich daraus eine Sichtweise des Reformgesetzgebers erkennen, die dem hier vorgeschlagenen Konzept einheitlicher PAK-Anforderungen entsprechen dürfte.

### VIII. Was bleibt ohne schweizerische VVG-Reform?

Es ist bereits mehrfach von der *vorkonturierenden Wirkung* die Rede gewesen,<sup>301</sup> die der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 48 VVG auf die gerichtliche *ex-post-Kontrolle* von PAK gehabt hätte. Nicht weniger wohlthuend hätte sich eine solch vorkonturierende Wirkung aber vermutlich auch im Bereich der Kautelarpraxis ausgewirkt. Denn wie gleich noch überblicksmässig zu zeigen sein wird, ist vieles, was Art. 48 VVG festschreiben wollte, auch heute aus allgemeinerer Rechtsgrundlage ableitbar und wird als solches bisher «nur» bei der Klauselabfassung missachtet.<sup>302</sup> Wie es scheint, erfreut sich die *gesetzliche* Einführung von Mindeststandards für die Vertragsanpassung ungleich grösserer Aufmerksamkeit bei den Klauselverwendern als die Ableitung solcher Standards aus Rechtsprechung und Lehre. Möglicherweise kann diese besonders aufmerksamkeitsanzie-

<sup>299</sup> BBl. 2011, 7761.

<sup>300</sup> BBl. 2011, 7762.

<sup>301</sup> Vgl. etwa oben im Text bei Fn. 210 und 221.

<sup>302</sup> Siehe auch die Analyse der Vertragspraxis von FUHRER, in FS Rey (Fn. 18), 414 ff.

hende Wirkung von Gesetzesreformen die Opposition gegen sie gerade dort erklären, wo die Reform nur klarstellt, was ohnehin klar sein sollte (indem etwa herrschende Rechtsprechung kodifiziert wurde).

Das Scheitern der VVG-Reform ist mit Blick auf die Prämienanpassungsthematik jedenfalls deshalb bedauerlich, weil die neue Regelung höhere Rechtssicherheit für alle Marktteilnehmer gebracht hätte. Ohne gesetzgeberische Intervention wird die bisherige Rechtsunsicherheit in den Details der Prämienanpassung bis zur jeweiligen höchstgerichtlichen Klärung andauern. In einem kleinen Land wie der Schweiz mit vergleichsweise wenigen Anlassfällen kann darüber beträchtliche Zeit verstreichen.<sup>303</sup> Gerade für die schutzbedürftige Kundenseite<sup>304</sup> sind mit einer derartigen weiteren Verzögerung (immerhin sind schon bis zur gesetzlichen Einführung der offenen Inhaltskontrolle Jahrzehnte vergangen) Nachteile verbunden. Aber auch den PAK-Verwendern dürfte – *in the long run* und trotz Reformverhinderung – im Ergebnis kaum etwas von dem erspart bleiben, was Art. 48 VVG gebracht hätte.

Zur Untermauerung dieser Prognose seien abschliessend fünf – für die Gestaltung von PAK besonders relevante – Aspekte auf ihr Verhältnis zur Situation *de lege lata* geprüft:

1.) Was zunächst das *Reaktionsinstrumentarium* des Versicherungsnehmers auf PAK-gestützte Erhöhungen betrifft, so lässt sich nach hier vertretener Auffassung ein *Kündigungsrecht* auch ohne explizite Verankerung im VVG aus dem schweizerischen AGB-Recht ableiten. Das Bundesgericht hat dementsprechend in seinem Entscheid vom 28. Oktober 2008<sup>305</sup> sogar für eine bundesbehördlich angeordnete Prämienerrhöhung klargestellt, dass das Fehlen eines Kündigungsrechts ungewöhnlich und ein entsprechender Ausschluss *in casu* unwirksam war.<sup>306</sup> Freilich gilt auch hier, was bei der Ungewöhnlichkeitsregel immer gilt: ein Hinweis etwa mittels Griffs in die typographische Trickkiste hätte genügt,<sup>307</sup> und die Geltungskontrolle wäre insofern ins Leere gelaufen. Im Ausgangsfall

<sup>303</sup> Noch mehr Zeit dürfte im Übrigen ungenutzt verstreichen, wenn man sich nicht zur rückwirkenden Anwendbarkeit von Art. 8 UWG durchringen können sollte (dazu oben im Text bei Fn. 261).

<sup>304</sup> Zu den Hürden der Rechtsdurchsetzung sowohl auf Verbraucher- als auch Verbandsseite zuletzt RUSCH/SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 149/2013, 683 ff.

<sup>305</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 281 und 282.

<sup>306</sup> Davon unbeeindruckt fordert der SVV in seiner Vernehmlassungsantwort (Fn. 217), 81 f. die Einführung einer im VAG zu verankernden Sonderbestimmung, wonach die FINMA insbesondere bei behördlich vorgeschriebenen Anpassungen in der Elementarschadenversicherung einen Kündigungsausschluss verfügen könne.

<sup>307</sup> Für viele HUGUENIN/MAISSEN (Fn. 212), 111 und HUGUENIN, Obligationenrecht (Fn. 270), N 626.

war dem jedoch nicht so, weshalb das BG die *inhaltliche* Rechtfertigung eines Kündigungsrechtsausschlusses nicht mehr zu prüfen brauchte.

Wo ein solcher Ausschluss heute inhaltlich nach dem revidierten Art. 8 UWG zu beurteilen wäre, spricht nach hier vertretener Meinung alles dafür, das Fehlen eines Kündigungsrechts bei einseitiger Erhöhung der Leistungspflicht des Vertragspartners als unlauter zu qualifizieren. Ein blosser Hinweis auf das fehlende Kündigungsrecht würde die PAK in Anbetracht dieser offenen Inhaltskontrolle also nicht mehr retten. Dabei sollte nach hier befürwortetem Verständnis<sup>308</sup> konsequenter Weise die gesamte PAK und nicht nur der darin enthaltene Kündigungsausschluss für ungültig erachtet werden, sofern man Fehlanreize für den Klauselgestalter vermeiden will.

Folgt man dem, so ist das Ergebnis in Anwendung des revidierten Art. 8 UWG identisch mit jenem unter dem Regime des vorgeschlagenen Art. 48 VVG. Allerdings wäre der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit durch Einführung des Art. 48 VVG besser gedient gewesen. Dies trifft besonders mit Blick auf Verträge im b2b-Bereich zu, die vom VVG-Vorschlag<sup>309</sup> grundsätzlich (und richtigerweise) mitumfasst gewesen wären. Für diese ist der zu kurz geratene Anwendungsbereich des Art. 8 UWG schlagend, und es bleibt abzuwarten, ob und ggf. auf welcher Grundlage auch sie einer Inhaltskontrolle zugänglich gemacht werden.<sup>310</sup> *In praxi* dürfte das Schutzbedürfnis jedoch gering sein, weil (wohl früheren aufsichtsbehördlichen Genehmigungspraktiken<sup>311</sup> gewohnheitsmässig folgend) die in der Schweiz verwendeten PAK ohnehin regelmässig ein Kündigungsrecht vorsehen.

2.) Der vorgeschlagene Art. 48 hätte ferner zu einer grundsätzlichen Klarstellung der *inhaltlichen Anforderungen* an eine PAK beigetragen. Aufgrund seines Fehlens wird es insofern ausschliesslich auf die Massstäbe des allgemeinen Vertragsrechts sowie des obligationen- und lauterkeitsrechtlichen AGB-Rechts ankommen. Der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich bspw. entnehmen, dass das gänzliche Fehlen einer Benennung von *Anlass* und *Umfang* möglicher Prämienanpassungen grundsätzlich als ungewöhnlich zu beurteilen ist.<sup>312</sup> Ein undefiniertes Anpassungsrecht wird aber auch der Inhaltskontrolle

<sup>308</sup> Siehe schon oben im Text bei Fn. 228.

<sup>309</sup> Vgl. Art. 2 i.V.m. Anhang 1 des bundesrätlichen Vorschlags.

<sup>310</sup> Siehe bereits oben im Text bei Fn. 270.

<sup>311</sup> Vgl. FUHRER, in FS Rey (Fn. 18), 414; SCHAER (Fn. 16), 282 (dortige Fn. 3).

<sup>312</sup> Vgl. BGE 135 III 1, 10 E. 2.5 unter Verweis auf BGE 84 II 266 E. 2: «Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung

nach revidiertem Art. 8 UWG nicht standhalten können, weil damit nach hier vertretener Meinung einerseits ein nicht tolerierbares Missverhältnis im vertraglichen Pflichtenprogramm begründet und andererseits das (hier befürwortete<sup>313</sup>) lauterkeitsrechtliche Transparenzgebot verletzt würde. Dessen ungeachtet hätte der bundesrätliche Vorschlag erfreuliche Aufklärungsarbeit dahin gehend geleistet, dass die zur Anpassung legitimierenden Umstandsänderungen «nicht voraussehbar»<sup>314</sup> gewesen sein dürfen und deshalb insbesondere *versichererseitige Fehlkalkulationen* jedenfalls nicht zur Anpassung berechtigen – ein Verständnis, welches sich in der schweizerischen Versicherungspraxis wie gezeigt<sup>315</sup> offenbar noch nicht überall durchgesetzt hat. Auch hätte etwa die gesetzliche Festschreibung der objektiven Rechtfertigung<sup>316</sup> von Prämien erhöhungen zu Recht keinen Zweifel an der Unzulässigkeit von PAK gelassen, die auf eine *Gewinnsteigerung* ausgerichtet sind. Auch hier besteht indes keine Veranlassung zu dem Schluss, ohne den vorgeschlagenen Art. 48 VVG seien solche Klauseln zulässig. Vielmehr erhellt schon die Rückbesinnung auf den für die Zulässigkeit von PAK massgeblichen Gedanken der Stabilisierung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzprinzip), dass Gewinnerhöhungen generell keine Legitimationskraft für nachträgliche Anpassungen entfalten können.<sup>317</sup> Unbenommen bleibt dem Versicherer zu diesem Zweck jedoch die Änderungskündigung, sofern deren Voraussetzungen gegeben sind. Im Übrigen eröffnet das Scheitern der Reform den Klauselgestaltern insofern grössere Spielräume, als sie in der PAK die Anpassungsschwelle selbst definieren können, ohne dass eine Wesentlichkeits- oder Unzumutbarkeitsschwelle zu beachten wäre. Erforderlich ist freilich die Einhaltung des Spiegelbildlichkeitsprinzips (dazu sogleich 3.). Für die (hier nicht gegenständliche Lebensversicherung) gilt hinsichtlich der genannten Schwelle mit guten Gründen anderes – Art. 132 Abs. 4 AVO (der insofern möglicherweise dem vorgeschlagenen Art. 48 VVG Pate stand) verlangt eine «erhebliche» Änderung der massgeblichen Verhältnisse. Ausserhalb der Personenversicherung scheint eine solche Einschränkung der Privatautonomie (ent-

sung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt nur zustande, wenn Leistungsinhalt sowie Umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können.»

<sup>313</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 283.

<sup>314</sup> Siehe Art. 48 Abs. 1 des Vorschlags.

<sup>315</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 217.

<sup>316</sup> Siehe Art. 48 Abs. 1 a.E. des Vorschlags.

<sup>317</sup> Vgl. dazu auch RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37, 46.

gegen der Reform und den zu ihr bekannt gewordenen literarischen Stellungnahmen) nach hier vertretener Meinung<sup>318</sup> *nicht* notwendig.

Ob die bisher verbreitete Praxis der blossen Mitteilung des Bestehens einer Anpassungsbefugnis (siehe das obige Klauselbeispiel aus der Rechtsschutzversicherung) den Anforderungen des schweizerischen Rechts – selbst ohne VVG-Reform – tatsächlich genügt, ist zweifelhaft. Selbst wenn man bei Transparenzanforderungen einen Niveauunterschied zum deutschen Recht nicht negieren können wird, sollte die gerichtliche Duldungsbereitschaft gegenüber PAK, die ihren Auslösungs- und Wirkungsmechanismus nicht einmal grundsätzlich beschreiben, in Zukunft nicht gerade zunehmen. Dabei muss die (hier prognostizierte) zurückgehende Akzeptanz solcher *black box clauses* keineswegs zu einer Übernahme aller Weiterentwicklungen<sup>319</sup> und Verästelungen des Transparenzgebots unionsrechtlicher Provenienz (Stichwort: Transformation zu einem positiven Informationsgebot<sup>320</sup>) führen. Unterschiedliche Anforderungsprofile sind weiter erwartbar. Aber die allergemütlichsten Zeiten für Klauselverwender, zu denen ein Verweis auf blosse Formulierungsschwierigkeiten oder das Bestehen eines Kündigungsrechts<sup>321</sup> als Ausgleich für sonstige Defizite genügt haben mag, sollten mittelfristig passé sein. Stattdessen sollte es – wie die Erfahrungen mit der AGB-Kontrolle in Deutschland lehren<sup>322</sup> – darauf ankommen, ob Mängel in der Bestimmtheit und Verständlichkeit vermeidbar oder unvermeidbar sind; das Kündigungsrecht trägt zur Beurteilung dieser Frage nichts bei. Es erscheint als rechtliche Selbstverständlichkeit, die für die Wirksamkeit einer PAK vorausgesetzt wird. Fehlt es schon daran, braucht der Versicherungsnehmer gar nichts zu tun, und es bleibt bei der bisherigen Prämienhöhe.<sup>323</sup>

3.) Das *Spiegelbildlichkeitsprinzip* bei Prämienanpassungen ist in der schweizerischen Diskussion bisher unterrepräsentiert. Das gilt selbst für den bundesrätlichen Reformvorschlag. Er leitet die Begründung der PAK-Regelung mit den Worten ein: «Gegenstand der Prämienanpassungsklausel sind Prämien<sup>erhöhung</sup>»

<sup>318</sup> Siehe dazu oben im Text bei Fn. 211. Grundsätzlich a.A. SCHAER (Fn. 16), 432.

<sup>319</sup> Kritisch zur Erreichbarkeit umfassender Transparenz bei Preisanpassungsklauseln THOMAS (Fn. 2), 107 ff.

<sup>320</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 71.

<sup>321</sup> Vgl. noch BGE 135 III 1, 11 E 2.6: «Bei Dauerverträgen entspricht es der allgemeinen Erwartungshaltung, dass eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden ist, wenn sie auf einem nicht hinreichend bestimmten Ereignis beruht.» Zu Recht kritisch dazu HUGUENIN/MAISSEN (Fn. 212), 104: «Weshalb ein Kündigungsrecht [...] die fehlende Bestimmtheit [...] zu beheben vermag, begründet das Bundesgericht im entsprechenden Fall leider nicht.»

<sup>322</sup> WANDT (Fn. 53), N 111.

<sup>323</sup> Ebenso STÖCKLI (Fn. 228), 509.

gen während der Vertragslaufzeit.»<sup>324</sup> Von der Möglichkeit einer *Prämienermässigung* ist keine Rede. Ginge man von einer solchen einseitigen Konzeption der Anpassungsklausel aus, käme man in der Tat nicht umhin, den Begriff der *Anpassung* als schönfärberisch oder suggestiv<sup>325</sup> zu kritisieren; *Prämienerhöhung* wäre die einzig zutreffende Bezeichnung. Richtigerweise wird man jedoch nicht von einer Einseitigkeit ausgehen können, denn wer durch eine PAK sein Interesse an der Stabilisierung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zum Ausdruck bringt, wird dasselbe Interesse seines Vertragspartners nicht in Abrede stellen können. Zu Recht ist daher schon früher auf die grundsätzliche Ungewöhnlichkeit einer dem zuwider laufenden Klausel hingewiesen worden.<sup>326</sup> Im Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG wird man nach hier vertretener Auffassung bei einseitigen, nur auf Erhöhung bedachten PAK ein klares und treuwidriges Missverhältnis der vertraglichen Rechte erblicken und es als solches sanktionieren müssen. Dieses Missverhältnis scheint im Übrigen derart stark ausgeprägt, dass man es auch ausserhalb des UWG nicht ignorieren können wird.<sup>327</sup> Ein Grund, warum ein verändertes Äquivalenzverhältnis nur im für den Versichernehmer ungünstigen Fall beachtlich sein sollte, ist nicht ersichtlich.<sup>328</sup>

Im Unterschied zu den anderen in diesem Abschnitt genannten Punkten hätte die VVG-Reform zum Spiegelbildlichkeitsprinzip keine erhöhte Rechtsklarheit gebracht. Die Frage bleibt – auch ohne Reform – ausserhalb des VVG in einer für alle Preisanpassungsklauseln angemessenen Form zu lösen. Wünschenswert wäre ein klares Bekenntnis der Rechtsprechung zum spiegelbildlichen Charakter dieser Klauseln. Bisher scheinen AGB-Verwender vielfach von einer blossen *Freiwilligkeit* der Weitergabe von Kostenvorteilen an die Kundenseite auszugehen. Das wiederum scheint dort, wo die Sicherung des Äquivalenzverhältnisses eigens vertraglich verankert wurde, unzulässig, denn im Umfang der vertraglichen Verankerung müssen Änderungen beidseitig gleichermassen beachtlich sein.<sup>329</sup> Hinsichtlich der notwendigen Effektuierung des Kostensenkungsan-

<sup>324</sup> BBl. 2011, 7761. Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>325</sup> So HUGUENIN/MAISSEN (Fn. 212), 101.

<sup>326</sup> Vgl. FUHRER, in FS Rey (Fn. 18), 421; ebenso RUSCH/HUGUENIN (Fn. 317), 49.

<sup>327</sup> Dazu im Einzelnen RUSCH/HUGUENIN (Fn. 317), 48 f.

<sup>328</sup> Vgl. aus Sicht des deutschen Rechts ARMBRÜSTER (Fn. 30), 372; aus Sicht des schweizerischen Rechts FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (Fn. 6), N 13.143.

<sup>329</sup> Vgl. zu den (insofern übertragbaren) Grundwertungen der deutschen Rechtsprechung etwa VON WESTPHALEN, Preisanpassungsklauseln, in DEMS., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (Fn. 51), N 20 ff.



spruchs (Stichwort: Überprüfungsintervalle) darf auf die vorherigen Ausführungen<sup>330</sup> verwiesen werden.

4.) Mit dem erwähnten, versicherungsnehmerseitigen Kündigungsrecht in engem Zusammenhang steht die Frage, inwiefern sich auch ohne den vorgeschlagenen Art. 48 VVG eine *Informationspflicht* des Versicherers bezüglich dieses Rechts ergeben wird. Nach hier vertretener Auffassung lässt sich ein solches schon auf Grundlage von Treu und Glauben begründen.<sup>331</sup> Einerseits hat nämlich der Versicherungsnehmer (ggf. beträchtliche) Nachteile im Fall der Nichtkündigung zu gewärtigen und andererseits scheint es dem Versicherer ohne weiteres zumutbar, bei der ohnehin erforderlichen Ausübung seines Gestaltungsrechts (Berufung auf die Anpassungsbefugnis) im Rahmen einer vertraglichen Nebenpflicht einen entsprechenden Hinweis zu tätigen.<sup>332</sup> Klar ist aber auch, dass die Anforderungen an eine solcherart begründete Informationspflicht nicht überspannt werden dürfen und es der VVG-Reformgesetzgeber in der Hand gehabt hätte, besondere Anforderungen verbindlich festzulegen.

5.) Mit dem Scheitern der VVG-Reform gibt es weiterhin keine gesetzliche Regelung zum *frühestmöglichen Inkrafttreten* von Prämienanpassungen. Die auffallend versicherungsnehmerfreundliche Mindestfrist von acht Wochen wird sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten lassen. Freiwillig werden die Versicherer eine solche Frist kaum einräumen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Versicherungsnehmer durch wesentliche kürzere Fristen auch künftig stärker unter Handlungsdruck gesetzt werden und die in der Botschaft geäußerten Bedenken<sup>333</sup> ungehört bleiben. Auswachsen wird die Rechtsprechung begegnen müssen.

## IX. Fazit

Mit Blick auf die hier besprochene Thematik hätte der zentrale Vorteil der VVG-Reform in einer deutlichen Erhöhung von *Rechtsklarheit* und *Rechtssicherheit* bestanden. Ein neues Gesetz hätte eine *Signalwirkung* entfaltet, die die Herleitung vergleichbarer Ergebnisse aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder der

<sup>330</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 145.

<sup>331</sup> FUHRER, in FS Rey (Fn. 18), 422 meint, dass ein Kündigungsrechtshinweis «fairerweise» zu fordern sei.

<sup>332</sup> Zur Begründung von Hinweispflichten auf Basis von Treu und Glauben schon HEISS, Treu und Glauben im Versicherungsvertragsrecht, 1989, 39 f. Zur schweizerischen Rechtslage FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (Fn. 6), N 6.12.

<sup>333</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 222.

Rechtsprechung nicht entfaltet – manche heute verwendete PAK unterstreicht das eindrucksvoll. Ungeachtet der auch ohne Reform erzielbaren Ergebnisse wäre eine Gesamtreform deshalb nach hier vertretener Auffassung der weitaus überzeugendste Ansatz gewesen; eine Teilrevision ist demgegenüber nur eine *second best solution*.<sup>334</sup> Eine Teilrevision, die sich allerdings nur an die *short-list*<sup>335</sup> der Wirtschafts- und Abgabenkommission hält, wird scheitern müssen. Eine – substanzielle – Erweiterungsnotwendigkeit der reformbedürftigen Regelungen liegt geradezu auf der Hand.

Bei den Beratungen im Nationalrat hat man sich demgegenüber mehrheitlich auf den Stand gestellt, dass die Dinge auch ohne grössere Revision bestens funktionierten. Wörtlich wurde etwa gesagt, man «stelle einfach fest [...], dass die Versicherungen immer noch freiwillig sind und *dass die Schweiz die höchsten Versicherungsausgaben pro Kopf verzeichnet*. Damit ist ja auch gesagt, dass unser Versicherungswesen so schlecht nicht sein kann.»<sup>336</sup> Bei solch stolzen Verweisen auf die rosige Einnahmensituation im Versicherungssektor drängt sich nur eine Frage auf: «Funktionieren» die derzeit in der Schweiz verwendeten Prämienanpassungsklauseln möglicherweise – zu gut?

<sup>334</sup> Vgl. auch die Presserklärung der Expertenkommission in HAVE 2012, 505.

<sup>335</sup> Siehe dazu oben im Text bei Fn. 205.

<sup>336</sup> Wortprotokoll des Nationalrats, 13. Sitzung vom 13.12.12 (11.057). Hervorhebung hinzugefügt.