

WULF-HENNING ROTH

Lebensversicherungen aus europäischer Perspektive

I. Fragestellung

Thema des Vortrags ist der rechtliche Rahmen, in dem sich Lebensversicherungsunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU im europäischen Binnenmarkt bewegen. Dieser rechtliche Rahmen wird konstituiert durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages – die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit –, auf die ich zunächst eingehen werde (unter II.). In einem mühsamen, sich über zwei Jahrzehnte erstreckenden Prozess ist durch die drei Richtlinien-Generationen die Grundstruktur des rechtlichen Rahmens des EG-Binnenmarktes für Lebensversicherungen geschaffen worden (unter III.1.) – ergänzt durch eine Reihe weiterer wichtiger Gesetzgebungsakte der Gemeinschaft (unter III.2.). Wir werden in einer Bestandsaufnahme (unter IV.) feststellen, dass die Realität von einem wirklichen Versicherungsbinnenmarkt noch um einiges entfernt ist, um sodann einen Blick auf die Hemmnisse zu lenken, die einem europaweiten Vertrieb eines einheitlichen Lebensversicherungsprodukts im Wege stehen und um Vorschläge zu diskutieren, wie dieser Vertrieb in der Zukunft erleichtert werden könnte (unter V.).

II. Das europäische Primärrecht – eine Skizze

Der europäische Binnenmarkt für (Lebens-)Versicherungen wird konstituiert durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages: Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Diese Freiheiten sind unmittelbar anwendbar, d. h. von den Gerichten und Behörden der Mitgliedstaaten zu beachten und anzuwenden. Sie sichern die Freiheit des Marktzugangs für die Versicherungsunternehmen und zugleich die Freiheit der (potentiellen) Versicherungsnehmer, Versicherungsprodukte grenzüberschreitend überall im Binnenmarkt nachzufragen.¹ Die Freiheiten implizieren ein Diskriminierungsverbot und sind damit dem Ziel der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt verpflichtet. Die Freiheiten enthalten darüber hinausgehend auch ein Beschränkungsverbot, das den Zugang der in der Union ansässigen (Lebens-)Versicherer zu den Märkten der anderen

¹ Überblick in Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (Roth) (1999) – Europ. VersR, Rz. 4 ff.

Mitgliedstaaten sicherstellen wie auch die damit korrespondierende grenzüberschreitende Nachfrage erleichtern soll.²

Indessen haben die Grundfreiheiten des EG-Vertrages nur zu einem geringen Teil zur Öffnung der nationalen Märkte und zur Schaffung eines wirklichen Versicherungsbinnenmarktes beitragen können. Dies hat vor allem daran gelegen, dass die Versicherungswirtschaft in einigen Mitgliedstaaten der EG seit jeher einer intensiven („materiellen“) Staatsaufsicht unterworfen war: Diese umfasste eine Kontrolle der Zulassung von inländischen und ausländischen Unternehmen zum Geschäftsbetrieb, eine Kontrolle des laufenden Geschäftsbetriebs, vor allem im Hinblick auf die finanzielle Solidität des Versicherungsunternehmens, sowie eine Produkt- und Tarifkontrolle.³ Die Existenz einer nationalen Versicherungsaufsicht und ihre Erstreckung auf den inländischen Geschäftsbetrieb ausländischer Versicherungsunternehmen hatte seit jeher zur Folge, dass das Versicherungsgeschäft in nationale Märkte aufgespalten und der Marktzugang für ausländische Unternehmen beschränkt war.

Da die Grundfreiheiten des EG-Vertrages nicht einschränkungslos gelten, haben sie an den marktpaltenden Wirkungen nationaler Versicherungsaufsichtsregelungen nicht viel ändern können: Das von der klassischen „materiellen“ Versicherungsaufsicht verfolgte Ziel des Schutzes der Versicherungsnehmer und Versicherten ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als im „Allgemeininteresse“ eines Mitgliedstaates liegend anerkannt worden; es rechtfertigt die Grundfreiheiten beschränkende Regelungen, sofern sie sich als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erweisen. Im Urteil *Kommission ./. BRD* aus dem Jahre 1986 heißt es, dass es sich beim Schutz der Versicherungsnehmer und Versicherten um einen „besonders sensiblen Bereich“ handle;⁴ die Notwendigkeit einer Versicherungsaufsicht wird mit Blick auf die Komplexität des Rechtsprodukts „Versicherungsschutz“ und die zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer bestehende Informationsasymmetrie mit den folgenden Worten auf den Punkt gebracht:

„Ebenso kann der Versicherungsnehmer im allgemeinen nur äußerst schwer beurteilen, ob ihm die voraussichtliche Entwicklung der finanziellen Situation des Versicherers und die Versicherungsbedingungen, die ihm dieser meistens vorschreibt, eine ausreichende Garantie dafür bieten, dass er im Versicherungsfall entschädigt wird.“⁵

Die Notwendigkeit, Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkehrs mit Versicherungsprodukten durch die eingeschränkten (nicht-ökonomischen) Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen, hat zur Konsequenz, dass vor allem (aber nicht nur) der Einsatz solcher aufsichtsrechtlichen Steuerungsinstrumente durch die Grundfreiheiten untersagt ist, die protektionistischer Natur sind. Dies gilt etwa für mitgliedstaatliche Regelungen, die ausländische Versicherer schlechter stellen, ohne dass dies

² Zur Bedeutung und Tragweite der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Einzelnen *Dausens (Roth)*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I. (Stand Oktober 2006).

³ *Ellis*, European Integration and Insurance (1980), S. 20 ff.

⁴ EuGH 4.12.1986, Rs. 205/84, *Kommission ./. Deutschland*, Slg. 1986, 3755 Tz. 30.

⁵ Wie Fn. 4, Tz. 30.

der Schutz der Versicherungsnehmer erfordert. Dies gilt auch für die früher übliche Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Unternehmen; oder für Regelungen, wonach Lebensversicherungsverträge nur mit Versicherern abgeschlossen werden dürfen, die von der *inländischen* Behörde zum Geschäftsbetrieb zugelassen sind, oder – wie im deutschen Einkommensteuerrecht bis 1993 – wonach die Prämien nur für solche Lebensversicherungsverträge als Sonderausgaben abgesetzt werden können, die mit im Inland zugelassenen Versicherern abgeschlossen worden sind.

Mit der Beseitigung solcher protektionistischer Maßnahmen werden zwar Marktzugangshürden wie auch Wettbewerbsverzerrungen abgebaut, doch die wesentlichen Hemmnisse für die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Versicherungen bleiben immer noch bestehen: Sie liegen in der durch die Vielfalt der Aufsichtsrechte und Aufsichtsbehörden entstehenden Kosten für die Versicherer, dem Zwang zur vielfachen Zulassung, den variierenden Zulassungsvoraussetzungen, der Vervielfachung der laufenden Aufsicht etc. Die Beseitigung dieser Hemmnisse ließ sich in der Gemeinschaft nur im Wege einer Koordinierung und Harmonisierung der nationalen Versicherungsaufsichtsrechte erreichen: Die Ziele der Grundfreiheiten bedurften und bedürfen zu ihrer Durchsetzung und Absicherung der Gesetzgebung durch die Gemeinschaft.

III. Das europäische Sekundärrecht

1. Die drei Richtliniengenerationen

Angesichts der in den verschiedenen Mitgliedstaaten tradierten unterschiedlichen Aufsichtsphilosophien hat sich die Harmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts als ein mühsames Unterfangen erwiesen.⁶ Zwischen 1979 und 1992 wurden – im Schlepptau der entsprechenden Regelungen für die Schadensversicherung⁷ – drei Richtlinien für die Lebensversicherung erlassen, deren wesentliche Zielsetzung darin bestand, die Wahrnehmung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für die Versicherungsunternehmen zu erleichtern und zugleich die grenzüberschreitende Nachfrage nach Versicherungsschutz durch die Versicherungsnehmer zu fördern. Der grenzüberschreitende Abschluss von (Lebens-)Versicherungsverträgen im Binnenmarkt, sei es durch Einschaltung von Niederlassungen, Vermittlern und Maklern, sei es im direkten Wege (mail-order; später über Internet), sollte zur Normalität werden. Die drei Richtlinien von 1979⁸, 1990⁹ und 1992¹⁰, die im Jahre 2002 in einer Konsoli-

⁶ Überblick bei Müller, *Versicherungsbinnenmarkt* (1995), Rz. 63 ff.; McGee, *The Single Market in Insurance* (1998), S. 6 ff.

⁷ Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht* (1985), S. 651 ff.

⁸ Erste Richtlinie des Rates vom 5. März 1979 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung) (79/267/EWG), ABl. 1979 L 63/1.

dierungsrichtlinie¹¹ zusammengefasst worden sind, betreffen im Wesentlichen die Versicherungsaufsicht, berühren aber auch das Versicherungsvertragsrecht. Sie sind gekennzeichnet durch eine Reihe von (Regulierungs-)Elementen, die den heutigen Rahmen prägen, in dem sich die Lebensversicherer im europäischen Binnenmarkt bewegen.¹²

(1) Ausgangspunkt ist zunächst, dass die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen immer noch territorial dezentralisiert durch *nationale Aufsichtsbehörden* wahrgenommen wird. Es gibt bis heute keine europäische Aufsichtsbehörde. Stattdessen setzt das heute geltende Regime, nicht anders als im Bereich der Kreditinstitute,¹³ auf Kompetenzabgrenzungen und -übertragungen zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten, und auf Kooperation und Amtshilfe zwischen ihnen.¹⁴ Dieses System der Beaufsichtigung gemeinschaftsweiter Versicherungstätigkeit durch Behörden auf nationaler Ebene hat seine Funktionsfähigkeit und Effizienz allerdings erst noch unter Beweis zu stellen. Vielleicht liegt in dem 2003 gegründeten „Ausschuss der Europäischen Versicherungsaufsichtsbehörden“¹⁵ so etwas wie der Nukleus für ein europäisches Netzwerk der Aufsichtsbehörden, das in fernerer Zukunft einmal von einer europäischen Aufsichtsbehörde in ähnlicher Weise gesteuert werden wird wie im Bereich des Kartellrechts das Netzwerk nationaler Kartellbehörden durch die EG-Kommission.

(2) Die Geschäftstätigkeit im Bereich der Lebensversicherung erfordert eine vorherige *Zulassung* durch die zuständige mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörde.¹⁶ Für eine binnenmarktweite Geschäftstätigkeit ist nur mehr eine *einzig*e einheitliche Zulassung („*single licence*“) erforderlich. Zuständig für die Erteilung der Zulassung sind allein die Behörden des Herkunftsmitgliedstaates, d. h. des Staates, in dem sich der Sitz¹⁷ des

⁹ Zweite Richtlinie des Rates vom 8. November 1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG (90/619/EWG), ABl. 1990 L 330/50.

¹⁰ Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. 1992 L 360/1.

¹¹ Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. 2002 L 345/1.

¹² Überblick bei *Schnyder*, Europäisches Banken- und Versicherungsrecht (2005); *Roth*, Die Vollendung des europäischen Binnenmarktes für Versicherungen, NJW 1993, 3028; *ders.*, Regulation of Insurance Services: The European Perspective, in: *Basedow u. a.* (Hrsg.), Economic Regulation and Competition (2002), S. 167 ff.; aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht *Rabe*, Liberalisierung und Deregulierung im Europäischen Binnenmarkt für Versicherungen (1997).

¹³ Den Rechtsrahmen ebenfalls konsolidierend: Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung), ABl. 2006 L 177/1; Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Neufassung), ABl. 2006 L 177/201.

¹⁴ Dazu umfassend *Zens*, Die Zusammenarbeit der Versicherungsaufsichtsbehörden in der Europäischen Gemeinschaft (2005).

¹⁵ Beschluss der Kommission vom 5.11.2003, ABl. 2004 L 3/30.

¹⁶ Hierzu Art. 4 und 5 der Richtlinie 2002/83/EG (Fn. 11).

¹⁷ Die Hauptverwaltung des Versicherungsunternehmens muss sich im Zulassungs-(Herkunfts-) Mitgliedstaat befinden; Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2002/83/EG (Fn. 11).

Versicherungsunternehmens befindet (Sitzlandaufsicht). Die zuständige Aufsichtsbehörde erteilt diese Zulassung mit Wirkung für den gesamten Binnenmarkt („*Europapass*“). Die Aufsichtsbehörden der anderen Mitgliedstaaten haben diese Zulassung ohne weiteres anzuerkennen.¹⁸ Ihnen ist es verwehrt, von den im Wege der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit grenzüberschreitend tätigen Versicherungsunternehmen eine eigene Zulassung zu verlangen.

(3) Die Aufnahme des Geschäfts im Wege der Dienstleistungsfreiheit hat der Versicherer der allein zuständigen Herkunftslandbehörde bloß anzuzeigen; die Herkunftslandbehörde informiert dann ihrerseits die zuständigen Behörden im Tätigkeitsland. Der Betrieb des Geschäfts im Wege der Niederlassungsfreiheit ist dagegen von speziellen Anforderungen an die Ausstattung der Niederlassung abhängig und erfordert eine umfangreichere Prüfung durch die Herkunftslandaufsicht wie auch durch die Behörden des Tätigkeitslandes. Das Verfahren ist auch hier bei der Herkunfts-(Sitz-)Landbehörde konzentriert.¹⁹

(4) Die *Finanzaufsicht* liegt *exklusiv* und umfassend bei den Behörden des Herkunfts-(Sitz-)Landes.²⁰ Allein diese Behörden prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit gegeben sind; allein diese Behörden überwachen auch, ob das Versicherungsunternehmen im laufenden Geschäft die Vorgaben hinsichtlich ihrer finanziellen Ausstattung und Lage (Solvabilität und Garantiefonds, versicherungstechnische Rückstellungen und ihre Bedeckung) einhalten.²¹

(5) Diese *Verlagerung* der Aufsichtskompetenz (der Zulassung und der laufenden Finanzaufsicht) auf die Behörden des Herkunfts-(Sitz-)Staates ist verknüpft mit einer *Harmonisierung* der aufsichtsrechtlichen Vorschriften über den Garantiefonds, den Voraussetzungen hinsichtlich der Führung des Unternehmens und der Beteiligung am Unternehmen, der Bildung versicherungstechnischer Rückstellungen, der Bedeckung mit Vermögenswerten, der Streuung von Kapitalanlagen, der Prämienkalkulation, der Solvabilitätsspanne sowie der Kongruenz von Vermögensanlagen und vertraglicher Verpflichtung in einer bestimmten Währung. Die Angleichungsvorgaben setzen nur Mindeststandards,²² geben den Mitgliedstaaten zum Teil Wahlrechte und sind bisweilen generalklauselartig formuliert. Das mit der Rechtsangleichung erreichte Schutzniveau bildete die Grundlage dafür, dass eine Kompetenzverlagerung auf die Behörden des Herkunftsstaates stattfinden konnte. Ihre Ausgestaltung als Mindestregelung eröffnet den Mitgliedstaaten aber zugleich die Möglichkeit, für die von ihnen beaufsichtigten Unternehmen schärfere Standards vorzugeben. Das Richtlinienregime verhindert so einerseits ein „race to the bottom“, ermöglicht aber andererseits einen Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten um das „bessere“ Aufsichtsrecht, wobei

¹⁸ Erwägungsgrund 7 und 12; zur Anerkennung im Wirtschaftsverwaltungsrecht umfassend *Michaels*, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland (2004); zu Anerkennungspflichten kraft primärem Gemeinschaftsrecht s. *Linke*, Europäisches internationales Verwaltungsrecht (2001), S. 177 ff.

¹⁹ Art. 40 ff. der Richtlinie 2002/83/EG (Fn. 11) regeln die Einzelheiten.

²⁰ Art. 10 I.

²¹ Art. 27 ff.

²² Erwägungsgründe 28, 43.

eine Diskriminierung der einem strengeren Aufsichtsrecht unterstehenden Versicherer in Kauf genommen wird.

(6) Für das Lebensversicherungsgeschäft gilt zum Schutze der Versicherten grundsätzlich das *Spartentrennungsgebot*, d. h., ein Lebensversicherungsunternehmen darf nicht zugleich in anderen Versicherungszweigen tätig sein.²³

(7) Harmonisierung im Wege der *Deregulierung* wird verwirklicht durch die Beseitigung der präventiven Aufsicht über Versicherungsbedingungen und Tarife.²⁴ Das bedeutet einen Bruch mit der überkommenen deutschen „materiellen“ Staatsaufsicht, und damit der präventiven Produktgestaltungskontrolle, wie sie zur Sicherung der Markttransparenz die deutsche Aufsicht verfolgt hat.²⁵ An die Stelle der tradierten ex ante-Aufsicht ist eine ex post-Legalitätskontrolle getreten. Dies soll es den Versicherungsunternehmen erleichtern, ihre Produkte im Wege der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit binnenmarktweit anbieten zu können. Für die deutsche Aufsicht liegt hierin ein Paradigmenwechsel: Die Interessen der Versicherungsnehmer und Versicherten im Hinblick auf die Ausgestaltung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und der Tarife werden nicht mehr durch staatliche Aufsicht wahrgenommen, sondern primär dem Wettbewerb überantwortet. Dabei werden allerdings Vorkehrungen in mehrere Richtungen getroffen:

(i) Versicherungnehmerschutz wird nunmehr durch eine *Rechtskontrolle* realisiert, sei es über entsprechende *zwingende Vorschriften des Vertragsrechts*, sei es durch eine (gerichtliche und ggf. behördliche) *Inhaltskontrolle der AVB* am Maßstab der Kontrollstandards für Allgemeine Geschäftsbedingungen. In der Sache wird die Durchsetzung des Versicherungnehmerschutzes durch das Aufsichtsrecht abgelöst durch ein Schutzkonzept, das primär auf das Zivilrecht setzt.

(ii) Damit die hier gesetzten Kontrollstandards – etwa hinsichtlich der Transparenz der AVB – auch effektiv werden können, wird diese ex post-Rechtsaufsicht über das Versicherungsprodukt abgesichert durch eine Regelung über das auf den Lebensversicherungsvertrag *anwendbare Recht*.²⁶ Im Grundsatz kommt das (Vertrags-)Recht desjenigen Mitgliedstaates zur Anwendung, in dessen Gebiet der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das Recht dieses Staates ist schutzzuständig; zugleich wird damit der Versicherungsnehmer von den Problemen und Kosten entlastet, die beim Abschluss grenzüberschreitender Verträge mit der Anwendung ausländischen und dem Versicherungsnehmer unbekanntes Rechts verbunden sein mögen.

(iii) Diese für das internationale Privatrecht getroffene Wertung zugunsten des Versicherungsnehmers findet eine Parallele im internationalen Zivilprozessrecht: Bei

²³ Einzelheiten in Art. 18 und 19.

²⁴ Art. 34.

²⁵ Zur Abkehr von der „materiellen“ Staatsaufsicht s. etwa *Schwark*, Die Ersetzung der materiellen Staatsaufsicht durch ein Normativsystem, in: *Schwintowski* (Hrsg.), *Deregulierung – Private Krankenversicherung – KFZ-Haftpflichtversicherung* (1994), S. 10; *Hobfeld*, Was bleibt von der materiellen Versicherungsaufsicht nach Vollendung des Binnenmarktes?, in: *Münsteraner Reihe* 10 (1992).

²⁶ Art. 32. Dazu und zu seiner Umsetzung in das deutsche Recht: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (Roth), *Versicherungsrechtshandbuch* (2004), § 4 Rz. 6-7, 85 ff., 93.

grenzüberschreitend abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen können Versicherungsnehmer ihre Ansprüche nicht nur im Mitgliedstaat geltend machen, in dem der Versicherer seinen Sitz hat, sondern auch und vor allem bei den zuständigen Gerichten im Staat ihres Wohnsitzes.²⁷

(iv) Die Beseitigung der Produktkontrolle durch die Aufsicht soll dem Versicherungsnehmer den Zugang zu einer möglichst breiten Palette von Versicherungsprodukten eröffnen.²⁸ Verstärkter Wettbewerb um den Versicherungsnehmer fördert die Vielfalt der Produkte und sorgt für einen individuelleren Versicherungsschutz, erfordert aber auf Seiten des Versicherungsnehmers *ausreichende Informationen*, damit dieser eine verständige Auswahl treffen kann. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht statuiert deshalb Informationspflichten, die vom Versicherer vor Vertragsabschluss und während der Vertragsdauer zu erfüllen sind:²⁹ So ist der Versicherungsnehmer über die Laufzeit und die Einzelheiten der Vertragsbeendigung zu informieren, über die Prämienzahlweise, die Methoden der Gewinnberechnung und -beteiligung, die Rückkaufswerte und beitragsfreien Leistungen, das für den Vertrag anwendbare Recht, sowie die Regularien hinsichtlich Beschwerden, und dies alles in eindeutiger und detaillierter Weise und in der Amtssprache des Mitgliedstaates, in dem der Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz hat.³⁰

(v) Schließlich wird dem (Verbraucher-)Versicherungsnehmer eine *cooling off-Periode* von mindestens 14 Tagen eingeräumt, innerhalb derer er seine Entscheidung, einen Versicherungsvertrag abzuschließen, überdenken und ggf. eine Lösung vom Vertrag durch Ausübung eines Rücktritts- bzw. Widerrufsrechts ohne besonderen Grund erreichen kann.³¹ Auch über dieses Recht ist der Versicherungsnehmer zu informieren.

(8) Die *Rechtsaufsicht* (nicht: Finanzaufsicht) über die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit der Versicherer wird von den Behörden des Tätigkeitslandes und den Behörden des Herkunfts-(Sitz-)Staates gemeinsam wahrgenommen. Das Gemeinschaftsrecht hat hier ein differenziertes Eingriffssystem geschaffen, das für eine effektive Aufsicht über grenzüberschreitende Versicherungstätigkeit, allerdings unter primärer Verantwortung der Herkunftslandbehörden, sorgen soll.³² Soweit auf die Geschäftstätigkeit der Lebensversicherer das Recht des Tätigkeitslandes zur Anwendung kommt (etwa das Vertragsrecht, das Lauterkeitsrecht etc.), nimmt das Gemeinschaftsrecht insoweit ein (teilweises) Auseinanderfallen von anwendbarem materiellen Recht und Aufsichtsrecht in Kauf.

²⁷ Art. 9 Abs. 1 lit. b der VO Nr. 44/2001/EG, ABl. 2001 L 12/1.

²⁸ Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2002/83/EG.

²⁹ Dazu etwa *Schwintowski*, Informationspflichten in der Lebensversicherung, in: *Basedow/Schwark/Schwintowski* (Hrsg.), Informationspflichten – Europäisierung des Versicherungswesens – Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik (1995), S. 11; vertiefend *Rehberg*, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem (2003) und jüngst *Ihle*, Der Informationsschutz des Versicherungsnehmers (2006).

³⁰ Art. 36 Abs. 1, 2 i.V.m. dem Anhang III der Richtlinie. Die Regelungskompetenz für den Erlass der Durchführungsvorschriften liegt (in Parallele zum anwendbaren Recht) beim Mitgliedstaat der Verpflichtung, Art. 36 IV, also beim Mitgliedstaat, in dem der Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz hat.

³¹ Art. 35.

³² Art. 46.

2. Ergänzende Gesetzgebung

Mochte man 1992 noch denken, dass mit der Verabschiedung der 3. Richtlinie Leben die Bemühungen um die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes für Lebensversicherungen zu einem (vorläufigen) Abschluss gekommen waren, so hat sich schnell gezeigt, dass weitere Aspekte des Versicherungsgeschäfts eine Rechtangleichung notwendig machten.

Im Einzelnen geht es u. a. um Regelungen für die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen³³, für eine effektivere Aufsicht im Hinblick auf Fremdeinflüsse auf Versicherungsunternehmen, eine Verbesserung der Aufsicht über grenzüberschreitende Versicherungsgruppen bzw. -konzerne³⁴ sowie eine zusätzliche Beaufsichtigung von Finanzkonglomeraten („Allfinanz“³⁵) sowie um Korrekturen bei der Vornahme der Solvabilitätskontrolle.³⁶

Zwei weitere Gesetzgebungswerke zielen auf eine zusätzliche Absicherung der *Stellung des Versicherungsnehmers* als Nachfrager nach Versicherungsprodukten im Binnenmarkt. Die Öffnung der Märkte für Wettbewerb und damit für eine Vielfalt von Versicherungsprodukten durch Abschaffung der Produktkontrolle brachte auf Seiten der Versicherungsnehmer als Nachfrager notwendig ein Informationsproblem mit sich. Der Lebensversicherungsschutz ist ein Rechtsprodukt, dessen Tragweite – etwa was die Behandlung der Rückkaufswerte oder der Überschussbeteiligung angeht – für den Versicherungsnehmer angesichts der in juristisch-technischer Sprache formulierten Allgemeinen Versicherungsbedingungen nur schwer durchschaubar und bei unterschiedlicher Ausgestaltung noch schwerer vergleichbar sein kann. Die sich entwickelnde Vielfalt der Produkte bedingt die Gefahr einer neuen Unübersichtlichkeit. Seit jeher hat man hier die Notwendigkeit erkannt, dass die Versicherungsnehmer u. U. auf die Beratung durch zuverlässige und fachkundige Vermittler und Makler angewiesen sein mögen.³⁷ Die seit 1976 existierende Vermittlerrichtlinie³⁸ und die 1991

³³ Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen, ABl. 2001 L 110/28.

³⁴ Richtlinie 98/78/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 1998 über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen, ABl. 1998 L 330/1.

³⁵ Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG und 93/22/EWG des Rates und der Richtlinien 98/78/EG und 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2003 L 35/1.

³⁶ Richtlinie 2002/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. März 2002 zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG des Rates hinsichtlich der Bestimmungen über die Solvabilitätsspanne für Lebensversicherungsunternehmen, ABl. 2002 L 77/11 (überführt in die Richtlinie 2002/83/EG).

³⁷ *Finsinger*, Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten (1988).

³⁸ Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Tätigkeiten des Versicherungsagenten und des Versicherungsmaklers (aus ISIC-Gruppe 630), insbesondere Übergangsmaßnahmen für solche Tätigkeiten (77/92/EWG), ABl. 1977 L 26/14.

erlassene Vermittler-Empfehlung³⁹ sind im Jahre 2002 durch die Richtlinie über Versicherungsvermittlung⁴⁰ abgelöst worden, die nicht nur die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für diesen Personenkreis verwirklicht, sondern auch Anforderungen an die Zuverlässigkeit und berufliche Fähigkeiten („angemessene Kenntnisse und Fertigkeiten“) stellt (die durch die Mitgliedstaaten näher festzulegen sind⁴¹). Der Vermittler hat eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen und unterliegt Informationspflichten (im Vorfeld des Abschlusses eines Versicherungsvertrages) über seine Stellung im Verhältnis zu den Versicherungsunternehmen (Ein- bzw. Mehrfirmenvertreter) und darüber, ob er auf Grundlage einer objektiven Untersuchung der auf dem Versicherungsmarkt angebotenen Produkte berät. Die Kunden sind im Hinblick auf ihre Wünsche und Bedürfnisse „kundengerecht“ und der Komplexität des Produkts entsprechend angemessen zu beraten.

Im Hinblick auf die im *Fernabsatz* (Telefon, mail-order, Internet) abgeschlossenen Verträge mit Verbrauchern sieht die Richtlinie 2002/65/EG⁴² zugunsten der Versicherungsnehmer umfangreiche *Informationspflichten* vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vor, die die für Lebensversicherungen geltenden Informationspflichten noch ergänzen. So sind etwa eine Beschreibung der „wesentlichen Merkmale“ der Finanzdienstleistung zu geben, der Gesamtpreis des Produkts und dabei die damit verbundenen Provisionen und Gebühren zu benennen, das im Vorfeld des Vertragsabschlusses anwendbare Recht zu bezeichnen und schließlich vorab die Versicherungsbedingungen zu übersenden.

3. Ein einheitlicher Binnenmarkt?

Trotz der bis heute weitgehend erreichten Koordinierung, Harmonisierung und Deregulierung der mitgliedstaatlichen Aufsichtsrechte lässt sich feststellen, dass die insbesondere von der Kommission verfolgte Zielsetzung sich (noch) nicht verwirklicht hat.⁴³ Es ist bis heute in der wirtschaftlichen Realität noch kein Versicherungsbinnenmarkt entstanden, der diesen Namen verdient: Die Versicherer haben von der mit der Einführung der Sitzlandkontrolle eingeführten Erleichterung, ihre Versicherungsprodukte grenzüberschreitend im Wege der Dienstleistungsfreiheit oder über Zweigniederlassungen zu verkaufen, nicht in einem nachhaltigen Ausmaß Gebrauch gemacht.

³⁹ Empfehlung 92/48/EWG der Kommission vom 18. Dezember 1991 über Versicherungsvermittler, ABl. 1992 L 19/32.

⁴⁰ Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. 2003 L 9/3; dazu *Mensching*, Verbraucherschutz durch Berufsregelungen für Versicherungsvermittler (2002).

⁴¹ S. jetzt das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 19. Dezember 2006, BGBl. 2006 I 3232.

⁴² Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. 2002 L 271/16.

⁴³ Resümierend *Knauth*, Deregulierung im Versicherungssektor – Erfahrungen und Perspektiven, in: *Leser/Rudolf* (Hrsg.), Handbuch Institutionelles Asset Management (2003), S. 151, 158.

Die von den (großen) Versicherern verfolgte Strategie ist es bis heute vielmehr gewesen, über neu gegründete oder übernommene Tochtergesellschaften in den anderen Mitgliedstaaten Fuß zu fassen und dadurch ihr Geschäft zu internationalisieren. Und in gleicher Weise lässt sich sagen, dass die Versicherungsnehmer bis heute noch nicht in dem erhofften Ausmaß die Möglichkeiten zu einem grenzüberschreitenden Abschluss von Versicherungsverträgen nutzen, die ihnen das primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht eröffnet haben. Diese Einschätzung wird bestätigt durch eine jüngere Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, in der es heißt:

„Es liegen empirische Daten vor, die darauf schließen lassen, dass die bisherigen Maßnahmen der Gemeinschaft zwar eine erhebliche Verbesserung bewirkt haben, der Versicherungsmarkt jedoch nicht voll funktioniert. Dies gilt z. B. für den freien Dienstleistungsverkehr bei der Absicherung von Massenrisiken, der in Art. 49 ff. des EG-Vertrages verankert (ist) und mit den Richtlinien für das Versicherungsrecht angestrebt, jedoch – in Wirklichkeit – weder vom Versicherungsgewerbe noch von den Kunden sonderlich genutzt wird.“⁴⁴

Für den Versicherungsnehmer spürbar geworden ist daher nicht etwa ein erheblicher stärkerer Umfang des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs, sondern die auf nationaler Ebene vollzogene teilweise Deregulierung im Produkt- und Tarifbereich, die ihrerseits freilich allein dazu dienen sollte, den Dienstleistungsverkehr zu erleichtern.

Frägt man nach einer Erklärung für diesen Sachverhalt, so lassen sich ganz unterschiedliche Gründe anführen. So liegt etwa heute noch die Kompetenz zur Erhebung von indirekten Steuern und steuerähnlichen Abgaben beim Mitgliedstaat der Verpflichtung, d. h. bei dem Mitgliedstaat, in dem der Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz hat, unabhängig davon, unter welchen Umständen der Lebensversicherungsvertrag geschlossen wird und unabhängig davon, welches Recht auf den Vertrag im Übrigen zur Anwendung kommt.⁴⁵ Eine Verlagerung der Besteuerungskompetenz auf den Herkunfts-(Sitz-)Staat des Versicherers könnte den grenzüberschreitenden Vertrieb erleichtern.

Aus der Versicherungsbranche hat man seit jeher immer wieder gehört, dass Lebensversicherungen (und dies gilt für Risiko-, vor allem aber für Kapitallebensversicherungen) weniger vom Kunden nachgefragt als vom Versicherer angeboten und damit kundennah vertrieben und „verkauft“ werden müssen. Anders als bei Lebensmitteln, Kleidung und anderen Bedürfnissen des täglichen Lebens liegt das Bedürfnis nach Lebensversicherungsschutz nicht für jeden auf der Hand; vielfach entsteht es erst im Zusammenhang mit anderen Aktivitäten (etwa bei Aufnahme eines Kredits etc.). Für Kapitallebensversicherungen bedarf es intensiverer Beratung des Kunden, um die (bisher steuerlichen) Vorteile im Vergleich zu anderen Vorsorgeinstrumenten zu er-

⁴⁴ 413. Plenartagung am 15./16. Dezember 2004 – Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Europäischer Versicherungsvertrag“, ABl. 2005 C 157/1, unter 4.2.1.1.

⁴⁵ Art. 50 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2002/83/EG.

kennen. Gewiss mag man erwarten, dass das Medium Internet das Nachfrageverhalten bestimmter Kundengruppen verändern wird. Trotzdem ist auch für die Zukunft davon auszugehen, dass in vielen Mitgliedstaaten der EU zumindest das Massengeschäft von den jeweils im Inland ansässigen Versicherungsunternehmen – als Töchter inländischer, ausländischer oder europäischer Mutterunternehmen – betrieben werden wird.

Zu den Hemmnissen, die für die grenzüberschreitende Versicherungstätigkeit im europäischen Binnenmarkt bestehen, werden wiederholt auch immer wieder die mit der Anwendung des *Versicherungsprivatrechts*, also des Vertragsrechts, verbundenen Probleme gezählt:⁴⁶ Versicherungsschutz ist ein unsichtbares Gut, das – neben der Zahlungsfähigkeit des Versicherers – u. a. durch die Beschreibung in den Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen und durch das anwendbare Vertragsrecht mit seinen dispositiven und zwingenden Normen gestaltet wird. Versicherungsschutz ist insoweit ein „Rechtsprodukt“⁴⁷, das einer Umschreibung und Konkretisierung auf der Grundlage einer der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bedarf. Es liegt auf der Hand, dass ein binnenmarktweit operierender Lebensversicherer, der sein Versicherungsprodukt auf die Vorgaben der verschiedenen Privatrechtsordnungen einzustellen hat, statt eines einzigen Versicherungsprodukts derer 27 entwickeln muss. Dies macht den grenzüberschreitenden Versicherungsvertrieb zumindest dann weniger attraktiv, wenn und soweit die Verträge im jeweiligen Mitgliedstaat nicht auf Massenbasis abgeschlossen werden können. Von daher sind im Folgenden die privatrechtlichen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Versicherungsprodukten im Binnenmarkt näher zu erläutern.

IV. Hemmnisse und ihre Beseitigung

1. Versicherungsvertragsrecht und Internationales Privatrecht

a) Das Problem

Die soeben angesprochene Frage, ob ein Lebensversicherer im Binnenmarkt mit einer einzigen Police arbeiten kann oder aber mit potentiell 27 verschiedenen Policen arbeiten muss, hängt primär von der Ausgestaltung des *Internationalen Privatrechts*, also derjenigen Regeln ab, die das auf einen Lebensversicherungsvertrag anwendbare Recht bestimmen: Würde etwa in allen Mitgliedstaaten Parteiautonomie (Rechtswahlfreiheit) gelten, könnte der Versicherer durch Einfügung einer entsprechenden Rechtswahlklausel in den Vertrag bzw. in die Versicherungsbedingungen den Versicherungsschutz zu den (zwingenden) Vorgaben und Bedingungen einer einzigen,

⁴⁶ So zuletzt die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 15./16.12.2004, ABl. 2005 C 157/1.

⁴⁷ Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt (1991), S. 145 ff.; Roth (Fn. 7), S. 705 m.w.N. in Fn. 69.

nämlich der gewählten Rechtsordnung gestalten. Vorbehaltlich der Existenz sog. international zwingender Normen in dem einen oder anderen Mitgliedstaat⁴⁸ hätte dies zur Folge, dass das Rechtsprodukt „Lebensversicherungsschutz“ in allen Mitgliedstaaten der EG verkehrsfähig wäre und in unveränderter Form vertrieben werden könnte. Es liegt auf der Hand, dass die Anwendbarkeit einer einzigen Rechtsordnung nicht nur bei der Produktentwicklung Kosten für den Versicherer spart, sondern auch bei der laufenden Vertragsbetreuung, die sich dann ebenfalls nur nach einem einzigen Recht richten würde: Die Mitarbeiter müssten nicht in potenziell 27 Rechtsordnungen, sondern nur in einem einzigen, dem gewählten Recht geschult sein.

Die Anwendbarkeit unterschiedlicher Rechtsordnungen auf den binnenmarktweit angebotenen Versicherungsschutz mag sich auch auf die Kalkulation der Versicherer auswirken. Gewiss spielen bei Lebensversicherungsverträgen die von jedem anwendbaren Recht unabhängigen Sterbetafeln für die Kalkulation und Tarifierung die entscheidende Rolle. Doch sind auch die gesetzlichen Bestimmungen über die Leistungsverpflichtung des Versicherers bei falschen oder fehlenden Angaben des Versicherungsnehmers, die Berechnung von Rückkaufswerten oder aber die Einräumung einer Überschussbeteiligung und ihre Berechnung für die Ausgestaltung des Versicherungsschutzes von Einfluss. Ein Versicherer, der sein Produkt gemeinschaftsweit zu den Bedingungen eines einzigen Rechts vertriebt, kann Risikopooling betreiben, während bei Anwendbarkeit verschiedener Rechte die Policen unterschiedlich zu gestalten und die Tarife gesondert zu kalkulieren sind.

b) *lex lata*

Im Bereich der Lebensversicherungen wird *de lege lata* den Vertragsparteien Parteiautonomie (Rechtswahlfreiheit) im Rahmen der europäischen Vorgaben nur in einem *ganz beschränkten Ausmaß* – nämlich bei Auseinanderfallen von Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt des Versicherungsnehmers (als natürlicher Person) – garantiert⁴⁹. Ansonsten kommt als europäische Vorgabe das Recht des Mitgliedstaates der Verpflichtung – und das heißt: das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherungsnehmers – zur Anwendung. Dem Recht dieses Staates bleibt es überlassen, ob den Vertragsparteien Rechtswahlfreiheit in einem weiterreichenden Ausmaß eingeräumt werden soll.⁵⁰

Die Bundesrepublik hat von dieser Möglichkeit, den Parteien Rechtswahlfreiheit einzuräumen, nur in der Weise Gebrauch gemacht, dass bei Verträgen mit Versicherungsnehmern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland das Recht eines anderen (auch Dritt-) Staates unter der Voraussetzung gewählt werden kann, dass der Versicherer weder selbst noch durch Mittelspersonen das Versicherungsgeschäft in Deutschland betreibt (Art. 9 IV EGVVG⁵¹). Das bedeutet in der Sache: Soweit der

⁴⁸ Dazu *Wördemann*, International zwingende Normen im Internationalen Privatrecht des europäischen Versicherungsvertrages (1997).

⁴⁹ Art. 32 II der Richtlinie 2002/83/EG.

⁵⁰ Art. 32 I Satz 1 und 2.

⁵¹ Dazu *Beckmann/Matusche-Beckmann (Roth)*, Versicherungsrechts-Handbuch (2004), § 4 Rz. 111-114.

Versicherer über Zweigniederlassungen oder Vermittler sich den deutschen Markt zu erschließen sucht, unterliegen die Lebensversicherungsverträge zwingend deutschem Recht. Für den Fall der inländischen Werbung im Fernsehen und in Journalen wird man ebenso von einem „Betreiben“ des Versicherungsgeschäfts im Inland ausgehen müssen, wie beim Internet-Vertrieb, wenn die (aktive) Internetseite auf den deutschen Markt hin ausgerichtet ist. Für die Rechtswahlfreiheit bleiben dann nur diejenigen Fälle, in denen der Versicherungsnehmer von sich aus „aktiv“ bei einem ausländischen, nicht in Deutschland tätigen Versicherer um Versicherungsschutz nachsucht. Eine Reihe anderer Mitgliedstaaten haben ähnliche Regelungen erlassen.⁵² Im Ergebnis bedeutet dies, dass für Lebensversicherer, die binnenmarktweit ihre Produkte vertreiben wollen, die marktsplattendenden Wirkungen der nationalen Bestimmungen über das Internationale Privatrecht unausweichlich sind.

c) Reform des Gemeinschaftsrechts?

Man mag sich fragen, ob das hier diskutierte Problem nicht durch eine einfache *Änderung des Gemeinschaftsrechts* – nämlich durch die Einführung umfassender Rechtswahlfreiheit – gelöst werden sollte. Über diese Frage und über diesen Weg wird nun schon seit über 40 Jahren diskutiert.⁵³ Für unsere Zwecke reicht es aus, an drei Einsichten zu erinnern, die die Einführung einer umfassenden Rechtswahlfreiheit im Bereich der Lebensversicherungsverträge mit Verbrauchern als problematisch erscheinen lassen. Dabei geht es nicht um diejenigen Fälle, in denen sich ein zumeist gut informierter Kunde auf die Suche nach einem passenden oder preiswerten Versicherungsschutz begibt. Es geht vielmehr um die sog. *Massenfälle*, die dadurch charakterisiert sind, dass der Versicherer sich durch den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen mit einer Vielzahl von Versicherungsnehmern den Markt erschließt.

(1) Die Dritte Richtlinie Leben von 1992 hat für die notwendigen, dem Versicherungsnehmer zu übermittelnden Informationen die Verpflichtung aufgestellt, diese Informationen in der *Amtssprache* des Mitgliedstaates der Verpflichtung abzufassen.⁵⁴ Dies zwingt den Versicherer zu einer unterschiedlichen sprachlichen Gestaltung und damit Aufspaltung seiner vor Abschluss des Vertrages mitzuteilenden Informationen über das Versicherungsprodukt. Angesichts der zentralen Bedeutung der Informationen für den Verbraucher führt daran kein Weg vorbei. Da mit der Sprache der Informationen zugleich die Vertragssprache festgelegt wird, spricht vieles dafür, dass die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in derselben, dem Versicherungsnehmer vertrauten Sprache abgefasst sein müssen.⁵⁵ Dies aber bedeutet: Schon die Vielzahl der

⁵² Wie letzte Fn., Rz. 130.

⁵³ Bestandsaufnahme in Roth (Fn. 7), S. 739 ff.; Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira, International Insurance Contract Law in the EC (1993); Reichert-Facilides (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum (1994); Seatzu, Insurance in Private International Law (2003), S. 190.

⁵⁴ S. oben Fn. 29.

⁵⁵ Ohne dass dies hier im Einzelnen begründet werden könnte.

Amtssprachen in der EG zwingt einen binnenmarktweit tätigen Versicherer zu der Verwendung einer Vielzahl von Policen.

(2) Man muss kein Experte in Fragen der Informationsökonomie sein, um zu erkennen, dass ein Versicherer mit Sitz in einem Mitgliedstaat, der sich den Markt eines anderen Mitgliedstaates erschließen will, die mit der Ermittlung und Anwendung eines ihm (zunächst) unbekanntem Rechts verbundenen Risiken und Kosten in wesentlich effizienterer Weise bewältigen kann als seine Kunden.⁵⁶ Hinzukommt, dass angesichts der Vielzahl von Obliegenheiten und Pflichten, die den Versicherungsnehmer treffen können, die Anwendung eines Rechts, über das er sich leicht und schnell informieren kann, die Anwendung seines Umweltrechts, zu seinem Schutz erforderlich erscheint. Schließlich erscheint es völlig unrealistisch, anzunehmen, der Versicherungsnehmer könne in seiner Rolle als zwischen verschiedenen Versicherungsprodukten auswählender Nachfrager nicht nur die Qualität und die Preiswürdigkeit des Lebensversicherungsprodukts vergleichen, sondern dabei auch noch die Vor- und Nachteile der ihm unbekanntem Rechtsordnungen in sein Kalkül aufnehmen. Die Anwendung des Rechts des Mitgliedstaates der Verpflichtung erscheint insoweit – trotz ihrer das Versicherungsgeschäft spaltenden Wirkungen – als die für das Massengeschäft *rechtspolitisch sinnvolle* und gebotene Anknüpfung.

(3) Dies gilt um so mehr, als das *europäische Zuständigkeitsrecht* den Versicherer dazu zwingt, seine Ansprüche im Lande des Wohnsitzes des Versicherungsnehmers (Versicherten, Begünstigten) einzuklagen, und umgekehrt dem Versicherungsnehmer für die Geltendmachung seiner Ansprüche die Zuständigkeit auch in seinem Wohnsitzstaat eröffnet.⁵⁷ Die Anwendung des materiellen Versicherungsvertragsrechts dieses Staates – und nur dieses Staates – erscheint geboten und sinnvoll: Die Gerichte dieses Staates sind typischerweise nur mit ihrem „Heimatrecht“ vertraut und dies gilt in gleicher Weise für die beteiligten Rechtsanwälte. Die Anwendung eines anderen Rechts wäre mit enormen Nachteilen – Rechtsunsicherheit bei der Anwendung ausländischen Rechts, zeitlicher Verzögerung und erhöhten Kosten für die Ermittlung ausländischen Rechts – verbunden.

(4) An der hier geschilderten Situation wird sich auch dann nicht viel ändern, wenn in Zukunft den Versicherungsvermittlern(/-maklern) eine bedeutendere Rolle im Lebensversicherungsgeschäft zufallen sollte: Gewiss werden sich die Mittler intensiver mit den Vor- und Nachteilen bestimmter Rechtsordnungen auseinandersetzen und dem Versicherungsnehmer entsprechende Hinweise geben können, wenn nicht gar müssen, doch wird damit die Situation des Versicherungsnehmers nur teilweise verbessert. Bei Anwendbarkeit eines ihnen wenig vertrauten Rechts wird späterer Rechtsrat nur schwer zu erlangen und ein Prozess bei Anwendung eines ausländischen Rechts weiterhin mit vielfältigen Nachteilen verbunden sein.

Im Ergebnis bedeutet dies: eine Förderung der Funktionsfähigkeit des Versicherungsbinnenmarktes sollte nicht über eine (wesentliche) Änderung der Regeln über

⁵⁶ Roth (Fn. 7), S. 383 ff.

⁵⁷ VO Nr. 44/2001/EG, ABl. 2001 L 12/1: Art. 12 I einerseits und Art. 9 I lit. b andererseits.

das Internationale Privatrecht angestrebt werden. Dies schließt nicht aus, dass die kollisionsrechtlichen Vorgaben des Art. 32 der Richtlinie 2002/83/EG nicht doch für eine weitergehende Rechtswahlfreiheit jedenfalls insoweit geöffnet werden sollten, als der Versicherungsnehmer die Wahl eines bestimmten Rechts „nachfragt“.⁵⁸

2. Einwirkungen der Grundfreiheiten auf das Vertragsrecht

Vor diesem Hintergrund mag man überlegen, ob nicht eine (Teil-)Lösung des Problems auf der Ebene des *Sachrechts* gefunden werden kann; dies aufgrund folgender Überlegung: Wenn und soweit die zwingenden, das Versicherungsprodukt bestimmenden Normen des Vertragsrechts für den Abschluss grenzüberschreitender Versicherungsverträge aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit ein wesentliches Hemmnis darstellen, ist zu überprüfen, ob sich eine Erleichterung für den grenzüberschreitenden Handel mit Versicherungsprodukten nicht durch eine Anwendung der Grundfreiheiten auf das zwingende Versicherungsprivatrecht erreichen lässt.

a) Beschränkungsverbot und produktgestaltendes Zivilrecht

Die Frage, ob und inwieweit das *Beschränkungsverbot* der Grundfreiheiten des EG-Vertrages Schranken für das zwingende Vertragsrecht der Mitgliedstaaten zu setzen vermag, gehört zu den viel diskutierten Fragen der letzten zehn, fünfzehn Jahre.⁵⁹ Da man diesbezüglich nicht auf aussagekräftige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurückgreifen kann, hatte die Diskussion bisher eher „akademischen“ Charakter.

Immerhin ist seit langem anerkannt, dass zwingende Regeln des Zivilrechts den öffentlich-rechtlichen Normen vergleichbare, den zwischenstaatlichen Handelsverkehr beschränkende Wirkungen entfalten und deshalb ebenso in den Anwendungsbereich der Beschränkungsverbote fallen können. In seiner Grundfreiheitenjudikatur unterscheidet der Gerichtshof deshalb zu recht auch nicht zwischen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Natur der Maßnahmen. Vor diesem Hintergrund hat die Einsicht zunehmend an Boden gewonnen, dass *produktgestaltendes* Zivilrecht, soweit es den Marktzutritt für Dienstleistungen aus dem EU-Ausland, die auf der Grundlage des ausländischen Rechts gestaltet sind, hindert, als Beschränkung der Freiheiten einer Rechtfertigung durch das Allgemeininteresse bedarf und sich an den

⁵⁸ Dazu *Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht in der Europäischen Union – Ein Vorschlag zu seiner Neuordnung, in: (2.) Festschrift für Egon Lorenz (2004), S. 631.

⁵⁹ *Roth*, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, 5; *Wernicke*, Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt (1996), S. 52 ff.; *Roth*, in: Berliner Kommentar zum VVG (Fn. 1), Rz. 31 ff.; *Bernardeau*, Droit international privé et services financiers de détail, Euredia 2001/2002, 313 ff.; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 178 ff.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 563 ff.; *Gkoutzimis*, Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations Relating to Banking and Financial Services, C.M.L.Rev. 41 (2004) 119; *Heimann*, Zwingender Verbraucherschutz und Grundfreiheiten im Bereich der Finanzdienstleistungen (2005), S. 166 ff.

Standards der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit messen lassen muss.⁶⁰

In der Tat wirken zwingende Regeln des Vertragsrechts in ähnlicher Weise auf das *Rechtsprodukt* Versicherungsschutz ein, wie etwa Vorschriften, die den Produktinhalt bei Waren vorgeben. In beiden Fällen wird bei Anwendung der zwingenden Regelungen des Importstaates der Marktzugang für Produkte gesperrt, die an den Vorgaben abweichender Normen des jeweiligen Herkunfts- oder Produktionsstaates konzipiert worden sind.⁶¹

b) Das Urteil *CaixaBank France*

Dass es sich hierbei aber keineswegs um eine bloß akademische Diskussion handelt, zeigt ein jüngst ergangenes Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit im Bereich der Banken, dessen Bedeutung (aus mehreren Gründen) kaum überschätzt werden kann. Im Verfahren *CaixaBank France* ging es um eine französische Regelung, wonach es verboten ist, Sichteinlagen bei Giroverträgen mit Verbrauchern zu verzinsen. Ein französisches Tochterunternehmen einer spanischen Bank wollte in Frankreich gerade mit der Verzinsung solcher Sichteinlagen Kunden werben. Der Gerichtshof wendet auf diese die Tätigkeit des französischen Tochterunternehmens erfassende Verbotsregelung das Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit⁶² an. Die Begründung:

„Das Verbot (der Verzinsung von Sichteinlagen) hindert nämlich die Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften ausländischer Gesellschaften sind, an der Sammlung von Kapital beim Publikum, in dem es ihnen verwehrt ist, mit den traditionell im Niederlassungsmitgliedstaat ansässigen Kreditinstituten, die ein ausgedehntes Filialnetz haben und damit über größere Möglichkeiten als diese Tochtergesellschaften verfügen, Kapital beim Publikum zu sammeln, durch eine Verzinsung der Sichteinlagenkonten wirksamer in Wettbewerb zu treten. Wenn also Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften einer ausländischen Gesellschaft sind, versuchen, auf dem Markt eines Mitgliedstaats Fuß zu fassen, stellt der Wettbewerb mit Hilfe des Zinssatzes auf die Sichteinlagen eine der insoweit wirksamsten Methoden dar. Der Marktzugang dieser Kreditinstitute wird demnach durch ein solches Verbot erschwert.“⁶³

Der Sache nach öffnet der Gerichtshof damit dem Produkt „verzinsliche Sichteinlagen“ den Marktzugang in Frankreich.⁶⁴ Es liegt auf der Hand, dass dieser Gedanken-

⁶⁰ *Körber* (Fn. 59), S. 592 ff.

⁶¹ *Roth*, Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, *VersR* 1993, 129; *Roth*, in: *Berliner Kommentar zum VVG* (Fn. 1), Rz. 42 ff.

⁶² Zum Beschränkungsverbot bei Art. 43 EG s. *Dausen (Roth)*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (Bearbeitung 2006), E.I. Rz. 86 ff.

⁶³ *EuGN* 5.10.2004, C-442/02, *CaixaBank France*, *Slg.* 2004, I-8951, Tz. 13-14.

⁶⁴ In der Sache handelt es sich insoweit um eine bedeutsame Weiterentwicklung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit und um einen weiteren Schritt der Anpassung der Niederlassungsfreiheit an die Dienstleistungsfreiheit, konnte man doch bisher davon ausgehen, dass für das von der Niederlassung (dem Tochterunternehmen) eines ausländischen EU-Unternehmens angebotene Produkt das Recht des Staates der Niederlassung uneingeschränkt (wenn auch diskriminierungsfrei) zur Anwendung komme.

gang ohne weiteres auf Produktgestaltungsregeln in Form zwingenden Vertragsrechts bei Versicherungen übertragen werden kann: Die zwingende Anordnung etwa einer bestimmten Art der *Überschussbeteiligung* lässt sich ohne weiteres als eine Produktregel qualifizieren; die Gewährung und Ausgestaltung der Überschussbeteiligung hat unmittelbare Rückwirkungen auf die Tarifgestaltung und ist damit ein wesentliches Instrument für ausländische Versicherer im Wettbewerb mit etablierten Unternehmen. Nicht anders verhält es sich mit der Ausgestaltung der *Rückkaufswerte*: Zwar betreffen diese Vorschriften nicht unmittelbar das Versicherungsprodukt bei Vertragsschluss, sondern die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers bei *Rückgängigmachung* des Vertrages. Doch wird man die Ausgestaltung dieser Rechtsstellung dem Produktcharakter der Versicherung in einem weiteren Sinne zurechnen können, spielt doch die Ausgestaltung der Rückkaufswerte für die Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers eine u. U. maßgebliche Rolle.

c) VVG-Reform

Die Einsicht, dass zwingendes Versicherungsvertragsrecht mit den Grundfreiheiten kollidieren kann, scheint auch den von der Bundesregierung 2006 vorgelegten *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes* beeinflusst zu haben.

Die *Überschussbeteiligung* in der Lebensversicherung ist gemäß § 153 Abs. 1 VVG-E nur *dispositiv* ausgestaltet. Damit wird von vorneherein ein Konflikt mit den Grundfreiheiten vermieden: Ausländische Lebensversicherer können – am Recht ihres Heimatstaates orientiert – Verträge *ohne* Überschussbeteiligung und damit u. U. zu günstigeren Tarifen anbieten, müssen aber darüber den Versicherungsnehmer informieren. Soweit die ausländischen Versicherer eine Überschussbeteiligung, diese aber in anderer Form als in § 153 VVG-E vorgesehen, anbieten wollen, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen deutsches Recht dies auch dann verhindern kann, wenn der Versicherungsnehmer ausreichend und verständlich über die Art, die Quellen und die Auskehrung des Überschusses informiert werden könnte.⁶⁵

Bei den *Rückkaufswerten* nimmt § 169 Abs. 3 VVG-E im Hinblick auf das hier in Bezug genommene Deckungskapital Versicherer mit Sitz in anderen EU- (und EWR-) Staaten in den Blick: In der Regierungsbegründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es um *Rücksichtnahme* auf solche Versicherer geht, deren Heimatrecht ein Deckungskapital i.S.v. § 169 Abs. 3 VVG-E nicht kennt. Wörtlich heißt es:

„Schließt ein solcher Versicherer einen Lebensversicherungsvertrag mit einem Versicherungsnehmer in Deutschland, unterliegt dieser Vertrag in der Regel deutschem Recht ... Um diesen Versicherer nicht gegenüber einem Versicherer mit Sitz in Deutschland zu benachteiligen, wird ihm das Recht eingeräumt, den Rückkaufswert nach einem Bezugspunkt zu berechnen, der mit dem Deckungskapital vergleichbar ist und im Wesentlichen zu entsprechenden Ergebnissen führt.“⁶⁶

⁶⁵ S. insoweit die Hinweise an den Gesetzgeber in BVerfG 26.7.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2381.

⁶⁶ BT-Dr. 16/3945, S. 262 (elektronische Vorabfassung).

Soweit der Entwurf eines VVG-Gesetzes in § 169 Abs. 6 für die Rückkaufswerte Bezug darauf nimmt, dass die Solvabilität des Versicherers nicht gefährdet sein darf, wird eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dieser Regelungen in der Weise erfolgen müssen, dass – soweit es um ausländische EU-/EWR-Versicherer geht – insoweit die Solvabilitätsstandards des Herkunftslandes in Bezug genommen werden. Für die Einhaltung dieser Standards ist im Übrigen allein der Herkunftsstaat kraft seiner alleinigen Regelungs- und Aufsichtskompetenz zuständig. Insoweit sollten klarstellende Regelungen erwogen werden.

d) Allgemeininteresse

Zwingende Produktregelungen, die den Marktzugang für ein Versicherungsprodukt verhindern, lassen sich rechtfertigen, wenn der Mitgliedstaat sich auf ein Allgemeininteresse berufen kann. Hier wird vor allem eine Berufung auf den Versicherungsnehmerschutz bzw. Verbraucherschutz⁶⁷ in Frage kommen, wobei sich die Regelung als geeignet und erforderlich erweisen muss. Die spannende und bis heute in der Diskussion weitestgehend offen gebliebene Frage ist dann diejenige, ob und unter welchen Umständen zwingendes Vertragsrecht als Verstoß gegen den Grundsatz der *Erforderlichkeit* gewertet werden kann, weil eine *Information* des Versicherungsnehmers über die Gestaltung des Produkts als eine weniger den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigende Maßnahme und als ausreichend für den Versicherungsnehmerschutz angesehen werden kann.⁶⁸ In seiner Rechtsprechung zum grenzüberschreitenden Warenverkehr hat der Gerichtshof Kennzeichnungsregeln gegenüber Produktzusammensetzungsregeln zumindest insoweit präferiert⁶⁹ als damit eine ausreichende Information des Verbrauchers sichergestellt wird. Es liegt zumindest nahe, diese Ansätze in der Rechtsprechung auch auf Dienstleistungen zu übertragen. Man mag zwar auf den ersten Blick zwischen Waren und Dienstleistungen insoweit einen Unterschied machen wollen, als Waren dem Verbraucher durch Wahrnehmung zugänglich sind, während Dienstleistungen, insbesondere Versicherungsschutz als Rechtsprodukt, dem Verbraucher (wenn überhaupt) nur durch Erfahrung zugänglich sind, doch spielt diese informationsökonomische Unterscheidung zwischen Such- und Erfahrungsgütern⁷⁰ in diesem Zusammenhang keine entscheidende Rolle: Denn bei den Kennzeichnungsregelungen für Waren geht es gerade um Eigenschaften der Ware, die der sinnlichen Wahrnehmung durch den Verbraucher ebenfalls nicht zugänglich sind.

⁶⁷ Dabei ist keineswegs ausgemacht, dass etwa der für das deutsche Versicherungsvertragsrecht umschriebene personale Schutzbereich, der weit über den Schutz von Verbrauchern hinausreicht, der Grundfreiheitenprüfung standhalten wird. Immerhin greift aber die VO Nr. 44/2001 bei den Zuständigkeitsregelungen (Art. 8 ff.) in ihrem Schutzanspruch auch über den Versicherungsnehmer als Verbraucher hinaus.

⁶⁸ Dazu vor allem *Wernicke* (Fn. 59), S. 79 ff.; *Grundmann*, Privatautonomie im Binnenmarkt, JZ 2000, 1133, 1137 f.; *Heimann* (Fn. 59), S. 195 ff.; zurückhaltend dagegen *Körper* (Fn. 59), S. 593-594.

⁶⁹ Sog. „Cassis-de-Dijon“-Judikatur; seit EuGH 20.2.1979, Rs. 120/78, *Rewe-Zentral-AG*, Slg. 1979, 649 Tz.13-14.

⁷⁰ Zu dieser Unterscheidung etwa *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), S. 118 ff.

e) Produkt- oder Informationsregeln?

Das Versicherungsprodukt als *Rechtsprodukt* wird konstituiert und inhaltlich ausgeformt durch Leistungsbeschreibungen, Risikoausschlüsse und Obliegenheiten der Versicherungsnehmer. Zwingendes Vertragsrecht, das den Versicherungsnehmern Schutz vor einseitigen, überraschenden oder solchen Vertragsgestaltungen gewähren will, die den Zweck des Versicherungsschutzes abschwächen, nimmt auch und gerade Rücksicht darauf, dass der Versicherungsnehmer die Tragweite bestimmter Vertragsgestaltungen nicht hinreichend abschätzen kann. Insoweit steht im Bereich der Versicherungen einer *generellen* Ersetzung von produktgestaltenden Regelungen durch Informationsregeln die Überlegung entgegen, dass eine ausreichende, den Versicherungsnehmer ausreichend unterstützende Information nicht geleistet werden kann.⁷¹

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht vertraut in einem gewissen Ausmaß auf die Bedeutung und Schutzwirkung von Informationen, die vor Abschluss des Versicherungsvertrages dem Versicherungsnehmer zur Verfügung zu stellen sind. So verlangt etwa Art. 36 der Richtlinie 2002/83/EG über Lebensversicherungen, dem Versicherungsnehmer mindestens die im Anhang III Buchstabe A aufgeführten Angaben vor Abschluss des Versicherungsvertrages mitzuteilen. Das bedeutet – ohne dass dies hier näher begründet werden könnte – freilich nicht, dass damit Informationsregeln vollständig an die Stelle von Produktregeln treten und diese verdrängen sollten. Vielmehr geht es allein darum, den Versicherungsnehmer mit einem Mindestumfang von Informationen zu versorgen, damit die Rationalität der Nachfragerentscheidung erhöht wird.

Soweit es – im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Grundfreiheiten – darum geht, Versicherungsprodukten, die auf der Grundlage des Rechts eines anderen Mitgliedstaates entwickelt worden sind, den Zugang zu den Märkten der anderen Mitgliedstaaten zu eröffnen, ist davon auszugehen, dass die zu erwägende Ersetzung einer Produktkontrolle durch eine Informationsregel nicht dazu führen darf, die der kollisionsrechtlichen Regelung zugrundeliegende Entscheidung für das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherungsnehmers ihrerseits in Frage zu stellen. Zwar wird sich der grenzüberschreitend anbietende Versicherer auf das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten nur berufen können, wenn und soweit sein Versicherungsprodukt den Anforderungen des Herkunftslandrechts entspricht (also dort rechtmäßig in Verkehr gebracht wird), doch wird als notwendige Information hier nicht der Verweis auf dieses (auf den Vertrag nicht anwendbare) Recht ausreichen, sondern es wird eine (detaillierte) Beschreibung des (vom ausländischen Recht geformten) Produktinhalts von Nöten sein. Die Information über das Produkt wird auf das (Sprach-)Verständnis und das (durchschnittliche) intellektuelle Niveau des Versicherungsnehmers zugeschnitten sein müssen. Wenn und soweit insoweit eine *ausreichende Information* für den Versicherungsnehmer geleistet werden kann, werden zwingende Produktregelungen zurückzutreten haben.⁷²

⁷¹ Roth, in: Berliner Kommentar zum VVG (Fn. 1), Rz. 49.

⁷² S. Heimann (Fn. 59), S. 212 f.

Auch für Einzelfragen, bei denen dem Versicherungsnehmer (in nationalen Sachverhalten) wegen der Technizität der Materie komplexere Informationen zugemutet werden müssen (ohne auf Verständlichkeit zu verzichten), liegt es nahe, Informationen über eine (von den inländischen Vorgaben) abweichende Ausgestaltung ausländischer Angebote anstelle von Produktregelungen ausreichen zu lassen. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung „Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen“ im Hinblick auf Regelungen über eine Gewinnbeteiligung und über Rückkaufswerte diesen Aspekt ins Spiel gebracht. In vorsichtiger Formulierung heißt es dort:

„Vielleicht könnte dieses Ziel (des Schutzes der wirtschaftlichen Interessen der Versicherungsnehmer) vielmehr durch eine weniger einschränkende Maßnahme erreicht werden, z. B. durch die Verpflichtung, den Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss umfassend zu informieren.“⁷³

Die vorsichtige Formulierung ist gewiss angebracht. Denn eine ausreichende Information über diese Fragen ist u. U. schwerer zu leisten als eine Kennzeichnung der Zusammensetzung bei Bier oder Käse. Immerhin scheint hier eine Entwicklung in der Grundfreiheitenrechtsprechung vorstellbar, die für einzelne abgegrenzte Problemfelder hinreichend detaillierte und zugleich verständlich gehaltene Informationen, gegebenenfalls verbunden mit entsprechenden Warnhinweisen, gegenüber zwingendem Vertragsrecht bevorzugt.

Die in § 153 Abs. 1 und Abs. 2 des Entwurfs eines VVG-Gesetzes enthaltenen Regelungen über die Überschussbeteiligung sind in ihrem Ausgangspunkt durch ihre dispositiven Fassung im Lichte der Grundfreiheiten unproblematisch: Der ausländische Anbieter von Lebensversicherungsschutz soll sowohl eine Überschussbeteiligung durch ausdrückliche Vereinbarung ausschließen können, wie auch „angemessene“ Verteilungsgrundsätze vereinbaren können. Problematisch ist allein die Regelung in § 153 Abs. 3 Satz VVG-E, wonach für den Fall, dass eine Überschussbeteiligung nicht ausgeschlossen ist, bei Beendigung des Vertrages die Hälfte des im Verfahren nach § 153 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 ermittelten Betrages zuzuteilen ist. Hier kann eine (simple) Informationslösung über eine abweichende Berechnung (so dies das Recht des Herkunftslandes zulässt) den Versicherungsnehmer hinreichend schützen und zugleich zu einem Vergleich der Versicherungsprodukte einladen.⁷⁴

Die in § 169 VVG-E vorgesehene Regelung der Rückkaufswerte ist hingegen zwingend ausgestaltet. Damit wird der Vertrieb von Lebensversicherungsprodukten ausländischer EU-Versicherer, bei denen ein Ersatz des Rückkaufswertes ausgeschlossen ist, verhindert. Hier stellt sich bei der Erforderlichkeitsprüfung die Frage der Ersetzung der Produktregel durch eine Informationsregel in aller Schärfe. Da eine klare und verständliche Information des Versicherungsnehmers über den Ausschluss des Ersatz-

⁷³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen, ABl. 2000 C 43/5, 24 (unter i.).

⁷⁴ Zur Bedeutung des Informationsansatzes in diesem Zusammenhang auch BVerfG 26.7.2005, 1 BvR 80/95, NJW 2005, 2376, 2381.

zes des Rückkaufswertes ohne weiteres möglich ist, erscheint eine bedingungslose Geltung des § 169 VVG-E für ausländische Lebensversicherungsprodukte über dasjenige hinaus zu gehen, was der Versicherungsnehmerschutz erfordert.

f) Folgerungen

Auch wenn der Gerichtshof in der Zukunft seine Grundfreiheitenrechtsprechung in der hier angedeuteten Weise verfolgen sollte, würde dies letztlich nicht zu einem vollkommenen Binnenmarkt führen. Denn zum einen blieben – wie angedeutet – die marktspaltenden Wirkungen des Zwangs zu unterschiedlichen Sprachfassungen der Policen, der Informationen und der Allgemeinen Versicherungsbedingungen wie auch der Regelungen des Internationalen Privatrechts mit der Maßgeblichkeit des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherungsnehmers bestehen. Zum anderen ist der hier vorgestellte, auf die Kontrolle des Privatrechts durch die Grundfreiheiten setzende Ansatz nicht nur mit viel Rechtsunsicherheit verbunden, sondern er wird auch nur für solche Fälle greifen, in denen die Informationsregel das zwingende Vertragsrecht ausschalten kann.

3. Art. 33 der Richtlinie 2002/83/EG

Art. 33 der Richtlinie 2002/83/EG bestimmt, dass der „Mitgliedstaat der Verpflichtung ... den Versicherungsnehmer nicht daran hindern (darf), einen Vertrag mit einem gemäß Artikel 4 zugelassenen Versicherungsunternehmen abzuschließen, solange der Vertrag nicht im Widerspruch zu den in dem Mitgliedstaat der Verpflichtung geltenden Vorschriften des Allgemeininteresses steht.“ Bedeutung und Reichweite dieser Bestimmung sind wenig geklärt.⁷⁵ Zutreffender Ansicht nach wiederholt Art. 33 allerdings nur – unter Betonung der Nachfragefreiheit der Versicherungsnehmer – das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG, erfasst damit produktgestaltende (und andere) Regelungen des nationalen Vertragsrechts, öffnet sich auch dem Rechtfertigungsgrund des Allgemeininteresses, verweist auf die bei der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit bekannten Prüfungsstandards⁷⁶ und führt damit zu keinen anderen Ergebnissen als die Anwendung des Art. 49 EG.

4. Rechtsvereinheitlichung als Lösung?

Letztlich war es die Einsicht in diese Zusammenhänge, die die Kommission schon in den 70er Jahren bewogen hat, eine *Harmonisierung* der wichtigsten zwingenden Regeln des Versicherungsvertragsrechts in Angriff zu nehmen,⁷⁷ um die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes für Versicherungen sicherzustellen.

⁷⁵ S. die Nachweise aus dem Schrifttum bei *Roth*, in: Berliner Kommentar zum VVG (Fn. 1), Rz. 105.

⁷⁶ Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2002/83/EG.

⁷⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung vom 10.7.1979, KOM (79) 355, ABl. 1979 C 190/2; geändert durch den Vorschlag vom 30.12.1980, ABl. 1980 C 355/30.

a) Ein Blick zurück

Das damalige Regelungskonzept ist jedoch auf harsche Kritik gestoßen.⁷⁸ Die Kommission glaubte, mit einer Harmonisierung einiger weniger zwingender Normen das Problem des anwendbaren Rechts in der Weise lösen zu können, dass mit der Harmonisierung des Vertragsrechts zur unbeschränkten Rechtswahlfreiheit (und objektiven Anknüpfung des Vertrages an den Sitz des Versicherers) übergegangen werden könnte. Das Projekt scheiterte im Wesentlichen aus zwei Gründen:⁷⁹

(1) Zum einen ist dem Projekt vorgehalten worden, dass das Versicherungsvertragsrecht sich als ein bloßer *Teilausschnitt* aus dem allgemeinen Vertragsrecht darstellt und ohne Harmonisierung des allgemeinen Vertragsrechts die Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der Luft hängen würde. Zudem ist auf die große Rolle hingewiesen worden, die Generalklauseln wie der Grundsatz von Treu und Glauben im Versicherungsvertragsrecht einiger Mitgliedstaaten gespielt haben und deren Rolle in einem harmonisierten Vertragsrecht völlig unklar sein würde.

(2) Zum anderen ist dem Projekt – aus den bereits besprochenen Gründen – vorgehalten worden, dass unbeschränkte Rechtswahlfreiheit im Bereich der Massenverträge nicht das rechtspolitisch anzustrebende Regelungsziel sein könne.

b) Ein neues Gemeinschaftsinstrument?

Die Vereinheitlichung des Versicherungsvertragsrechts hat – nach wiederholten Anregungen aus der Wissenschaft⁸⁰ – nun gut 20 Jahre später mit der Mitteilung der Kommission „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan“ neuen Auftrieb erhalten.⁸¹ Es geht um die Schaffung eines sog. „Gemeinsamen Referenzrahmens“ (*common frame of reference*) in der Art eines *restatement*, in dem neben den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts auch der Versicherungsvertrag seinen Platz finden soll. Vor diesem Hintergrund hat vor einiger Zeit der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Stellungnahme zum Thema „Europäischer Versicherungsvertrag“ abgegeben,⁸² die auf einem neuen Konzept basiert. Kurz zusammengefasst geht es um Folgendes:

(1) Es soll ein den Versicherungsvertrag in umfassender Weise regelndes Instrument geschaffen werden, das vor allem die zwingenden Regeln des Vertragsrechts harmonisiert. Dieses Instrument soll abgestimmt werden mit den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, die im „Gemeinsamen Referenzrahmen“ niedergelegt werden. Insoweit wird der Kritik an dem alten Richtlinienentwurf von 1979 Rechnung getragen.

⁷⁸ S. den Tagungsband *Université Catholique de Louvain* (Hrsg.), *L'Harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E.* (1981).

⁷⁹ Aus früherer Sicht Roth (Fn. 7), S. 699 ff.

⁸⁰ Arbeitsgruppe „Restatement of European Insurance Contract Law“ unter Leitung von *Reichert-Facilides* (s. Bericht in IPRax 2004, 169, 170); *Basedow*, Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik, in: *Reichert-Facilides/Schnyder* (Hrsg.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts* (2000), S. 13; s. auch die Vorträge und Diskussionsbeiträge in *Basedow/Rückle/Schwintowski* (Hrsg.), *Europäisches Privatversicherungsrecht – Steuerrechtliche Rahmenbedingungen – Perspektiven und Entwicklungslinien im Versicherungsvertrieb* (2002).

⁸¹ KOM (2003) 68, ABl. 2003 C 63/1; dazu *Basedow*, Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz, in: (2.) FS für Egon Lorenz (2004), S. 93.

⁸² ABl. 2005 C 157/1 (Fn. 44); dazu *Heiss*, *Europäischer Versicherungsvertrag*, VersR 2005, 1.

(2) Für das Projekt soll als Gemeinschaftsinstrument die Verordnung gewählt werden. Dies hat mehrere Implikationen: Zum einen werden die mit dem Instrument der Richtlinie notwendig einhergehenden Umsetzungsdivergenzen vermieden und damit die Etablierung eines einheitlichen Rechtsregimes für (Lebens-)Versicherungsverträge erreicht. Die Verordnung impliziert eine Vollharmonisierung und sperrt damit für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Versicherungsvertragsrecht weiter zu entwickeln. Soweit Generalklauseln in der Verordnung Verwendung finden, werden sie auf europäischer und nicht auf nationaler Ebene konkretisiert. Auch dies dient der Rechtseinheit.

(3) Die Regeln über das anwendbare Recht sollen unberührt bleiben, d. h., für den Lebensversicherungsvertrag wird weiterhin das Recht des Mitgliedstaates der Verpflichtung und damit des gewöhnlichen Aufenthalts des Versicherungsnehmers zu Anwendung kommen. Freilich ist zu bedenken: je umfassender die Verordnung das Versicherungsvertragsrecht regeln wird, desto weniger wird im Anwendungsbereich des nationalen Privatrechts verbleiben, desto mehr wird es für Versicherungsnehmer, Versicherer und Gerichte allein um die Anwendung eines (zu konkretisierenden) europäischen Rechts gehen, das in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise auszulegen und anzuwenden sein wird.

c) Ausblick

Auf der Grundlage eines solchen Gemeinschaftsinstruments sollte es für Versicherer künftig möglich sein, ihr Lebensversicherungsgeschäft binnenmarktweit mit einer weitgehend einheitlichen Police zu betreiben. Zwar bleibt weiterhin die Unterschiedlichkeit der Sprachen, in denen die Produktinformationen und die Versicherungsbedingungen, und damit das Produkt „Lebensversicherungsschutz“, formuliert werden müssen. Jedoch hat diese Unterschiedlichkeit künftig weniger Gewicht: Beruhen die Informationen und Versicherungsbedingungen auf den Vorgaben einer Gemeinschafts-Verordnung, geht es trotz sprachlicher Divergenzen um ein *einheitliches (Rechts-)Produkt*, das im Binnenmarkt vertrieben werden kann.

Ob die Versicherer von dieser Möglichkeit des binnenmarktweiten Vertriebs einer im wesentlichen einheitlichen Police künftig dann in verstärktem Maße Gebrauch machen werden, hängt zum einen maßgeblich von der Ausgestaltung des Gemeinschaftsinstruments im Einzelnen ab (opt-in oder opt-out-Lösung; eingeschränkte oder umfassende Regelung, evtl. einschließlich dispositiver Normen etc.), zum anderen aber auch davon, wie sich das Massengeschäft in der Zukunft entwickelt. Das (Lebens-) Versicherungsgeschäft mag sich weiterhin als ein kundenorientiertes, bedarfweckendes Geschäft erweisen, das sich am besten „vor Ort“ und kundennah durch Tochterunternehmen oder Zweigniederlassungen betreiben lässt. Möglich erscheint aber auch, dass die Versicherungsvermittler verstärkt zum Abschluss grenzüberschreitender Verträge beitragen und dass im Hinblick auf bestimmte Kundensegmente der Internet-Vertrieb wirtschaftlich an Bedeutung gewinnt. Dann mag sich auch – in der Rückschau – der Aufwand an Mühen und Kosten für die Rechtsangleichung lohnen.