

Kapitel 6. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze²⁶⁰

Das deutsche Privatversicherungsrecht wird neben den im VVG verankerten Normen und den aufsichtsrechtlichen Vorschriften des VAG insbesondere auch noch von einer Vielzahl von Rechtsgrundsätzen geprägt. *Bruns* zählt in seiner Abhandlung zum Privatversicherungsrecht allein 21 privatversicherungsspezifische allgemeine, typenspezifische, unternehmensrechtliche und aufsichtsrechtliche Rechtsgrundsätze auf.²⁶¹ Für den Gegenstand dieser Arbeit sind längst nicht alle Grundsätze von Relevanz, aber dafür wird wiederum bei Teilen der relevanten Grundsätze um die Existenz oder aber um die Ausgestaltung gestritten. Um bei der Vielzahl der Rechtsgrundsätze und den teils komplexen Problemen in diesem Zusammenhang den Überblick nicht zu verlieren, sollen die nachfolgenden Ausführungen im Kontext der Kulanz eine Übersicht über die wichtigsten Rechtsgrundsätze vermitteln und gleichzeitig ihre konkrete, zum Teil überragende Bedeutung für die Kulanz erläutern.

Doch bevor man zur konkreten Befassung mit den Rechtsgrundsätzen voranschreiten kann, muss einleitend gefragt werden, warum die Auseinandersetzung mit den Rechtsgrundsätzen im Rahmen einer Arbeit über die Kulanz im Privatversicherungsrecht eigentlich von derart großer Bedeutung, ja beinahe unabdingbar, ist. Ein überzeugendes Plädoyer für die allgemeine Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Privatversicherungsrecht liefert *Bruns*:

„Rechtsprinzipien geben Maß sowohl bei der Beurteilung von gesetzgeberischen Regelungen und Reformvorhaben als auch bei der Lösung von konkreten Einzelfällen. Die Bedeutung der Grundsätze erschöpft sich also keineswegs in akademischer Elfenbeinturmmantik. Vielmehr leisten Herausarbeitung und Pflege privatversicherungsrechtlicher Grundsätze einen zentralen Beitrag für die Ausgestaltung und das Verständnis des Privatversicherungsrechts. Dem Denken in Prinzipien des Privatversicherungsrecht

260 „Rechtsgrundsätze“ soll im Rahmen dieser Arbeit als Oberbegriff für die das Privatversicherungsrecht prägenden Grundsätze, Prinzipien, Ge- und Verbote fungieren.

261 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7 ff.

kommt deshalb eine dogmatische Schlüsselfunktion zu. Wo die Suche nach Rechtsprinzipien aufhört, drohen inhaltlich Leere und maßstäbliche Beliebigkeit, die in Formalismus, Willkürlichkeit und Verfall eines Rechtssystems münden. Deshalb ist eine stärkere Akzentuierung und Pflege des Maximen Denkens dringend geboten. Dabei muss man sich im Ausgangspunkt immer klarmachen, dass privatversicherungsrechtliche Grundsätze im Gesetz selten oder nie in Reinform verwirklicht sind. Vielmehr sind häufig konkurrierende, sich wechselseitig überlagernde und teilweise gegenläufige Prinzipien anzutreffen. Doch bedarf auch dieses Wechselspiel innerer Stringenz und Systematik, soll das behre Ziel sachlicher Gerechtigkeit von Rechtssetzung und Rechtsverwirklichung nicht ins Hintertreffen geraten. Auch die Zukunftsfähigkeit des Privatversicherungsrechts hängt vom Prinzipiendenken ab, weil es Leitlinien für Analogie, Rechtsfortbildung und künftige Reformnovellen erkennen lässt.“²⁶²

Diese Ausführungen vermögen die allgemeine Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Privatversicherungsrecht hinreichend zu verdeutlichen. In Bezug auf die Kulanz muss allerdings einleitend die Frage gestellt werden, ob die Kulanz überhaupt dem Regime der Rechtsgrundsätze unterliegt. Es ließe sich argumentieren, dass die Kulanz kein klassischer Bestandteil des Versicherungsverhältnisses sei und mithin auch nicht dem privatversicherungsrechtlichen Rechtsregime unterliege, dessen Bestandteil die Gesamtheit der privatversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätze fraglos ist. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Kulanz²⁶³ wurde allerdings nachdrücklich dargelegt, dass es eine unweigerliche Verknüpfung der Kulanz mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis und damit dem Versicherungsvertrag gebe.²⁶⁴ Aufgrund dieser der Kulanz immanenten Verbindung entfalten in diesem Zusammenhang auch die privatversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätze ihre vollumfängliche Wirkung. De facto geht die Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Zusammenhang mit der Kulanz – sofern möglich – sogar noch über ihre allgemeine Bedeutung im privatversicherungsrechtlichen Kontext hinaus. Das ist auf die Einordnung der Kulanz in den rechtlichen Kontext²⁶⁵ zurückzuführen, da es sich bei der Kulanz um eine gesetzlich nicht normierte Praxis handelt. Denn während grundsätzlich im Privatversicherungsrecht das Zusammenwirken von Normen und Vorschriften das relevante Rechtsregime bildet, gewin-

262 Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 1.

263 Siehe hierzu Kapitel 3 V.

264 Lenz S. 96; Ebenso Österreich OGH VersR 1999, 1439 (1439).

265 Kapitel 3 IV.

nen bei einer nicht normierten Praxis die Rechtsgrundsätze unweigerlich an Gewicht.

Im Rahmen der Kulanz sind die Rechtsgrundsätze mithin von überragender Bedeutung und bedürfen einer umfänglichen Betrachtung. Hierbei soll die Untersuchung auf diejenigen Rechtsgrundsätze beschränkt werden, deren potenziellen Relevanz eine nähere Befassung erfordert.

I. Grundsatz der Gleichbehandlung

Eingeleitet werden soll die Auseinandersetzung mit der Betrachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung. Die Frage der Gleichbehandlung wird mit Blick auf die Kulanz im Allgemeinen und im Speziellen im Privatversicherungsrecht kontrovers diskutiert. Der (privatversicherungsrechtliche) Gleichbehandlungsgrundsatz ist hochkomplex und nicht umsonst in der Vergangenheit bereits für sich genommen Gegenstand umfangreicher Monographien gewesen.²⁶⁶ Die nachfolgende Befassung intendiert daher, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Komplexität des Grundsatzes einerseits und seiner Bedeutung für diese Arbeit auf der anderen Seite zu finden.

Bereits auf die Frage nach der Existenz eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes findet sich in der Literatur keine einheitliche Antwort.²⁶⁷ Einigkeit, wenn schon nicht im Ergebnis, besteht dagegen weitgehend bei den in Betracht gezogenen Herleitungsansätzen. Neben einer Herleitung aus dem grundgesetzlichen Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 GG, werden in der Literatur besonders noch drei weitere Herleitungsansätze postuliert.²⁶⁸ Hierbei handelt es sich um die nichtgrundgesetzliche Herleitung aus der Natur der Versicherung, die analoge Anwendung privatversicherungsrechtlicher Normen sowie die Herleitung aus einer Optimierungspflicht des Versicherers – alle drei somit Ansät-

266 Krömmelbein, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz – zwischen Deregulierung und Diskriminierung; Hartwig, Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für Versicherungsaktiengesellschaften als Ausfluss verfassungsrechtlicher Grundsätze; ähnlich auch Derks Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Versicherungsaufsichtsrecht; u.a..

267 So auch schon festgestellt von Koppenfels-Spies VersR 2004, 1085 (1085).

268 Daneben hat auch der BGH schon in einem Beschluss vom 24.10.1951 die Bedeutung des „das ganze Recht beherrschende[n] Grundsatz[es], Gleiches gleich zu behandeln“ im Kontext des Privatversicherungsrechts festgestellt. (BGH NJW 1952, 100 (100)).

ze für die Herleitung eines dem Privatversicherungsrecht immanenten Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁶⁹ Da es Stimmen gibt, die eine grundgesetzliche Herleitung ablehnen und überdies die Vereinbarkeit eines dem Versicherungsrecht immanenten Gleichbehandlungsgrundsatzes mit den grundgesetzlichen Wertungen verneinen²⁷⁰, bietet es sich an, zuerst die Schlüssigkeit einer grundgesetzlichen Herleitung zu untersuchen. Überdies könnten, sofern sich herausstellt, dass ein Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss von Art. 3 GG seine Wirkung im Privatversicherungsrecht entfaltet, die Ausführungen zu einem anderweitig aus dem Versicherungsrecht herzuleitenden Gleichbehandlungsgrundsatz möglicherweise dahinstehen.

1. Grundsatz der Gleichbehandlung aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG
 - a. Abstrakte Plausibilität eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG

Zur Begründung eines aus dem grundgesetzlichen Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleiteten privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird zum Teil eine Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958, das sogenannte „Lüth Urteil“²⁷¹, herangezogen.²⁷² In dieser Entscheidung setzte sich der Senat mit der Wirkung von Art. 5 Abs. 2 GG auseinander und konstatierte bezüglich der Grundrechte im Allgemeinen, dass es sich bei den Grundrechten zwar primär um dem Bürger verfassungsmäßig zustehende Abwehrrechte gegen den Staat handele, diese aber gleichzeitig eine Werteordnung vermittelten, die über den Bereich des öffentlichen Rechts hinaus Geltung verlange.²⁷³ Seit dieser Initialentscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde dieser Grundgedanke, einer über das öffentliche

269 Ein umfassender und auch heute noch weitgehend aktueller Überblick über diese Herleitungsansätze findet sich bei *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 (1085 ff.); mit allen drei Herleitungsansätzen soll sich in Kapitel 6 I. 2. a.-c. noch auseinandergesetzt werden.

270 So beispielsweise *Krömmelbein* – ausführlich dazu unter Kapitel 6 I. 1. c.

271 BVerfGE 7, 198 (198 ff.).

272 Vgl. *Krömmelbein* S. 329 unter Verweis auf *Hartwig* S. 59.

273 BVerfGE 7, 198 (198) Leitsätze.

Recht hinausgehenden Geltung der Grundrechte, in mehreren weiteren Entscheidungen bestätigt. Die wohl neben dem „Lüth-Urteil“ bekannteste Entscheidung ist die sogenannte „Fraport-Entscheidung“²⁷⁴ des Bundesverfassungsgerichts, welche die Reichweite der in Art. 8 GG grundgesetzlich verankerten Versammlungsfreiheit zum Gegenstand hat. Obwohl es sich bei der in Frage stehenden *Fraport AG* um ein zwar in öffentlicher Hand befindliches, ansonsten aber „gemischtwirtschaftliches Unternehmen in Privatrechtsform“ handelt, nahmen die Richter im konkreten Fall eine unmittelbare Grundrechtsbindung an.²⁷⁵ Nichtsdestotrotz erkannte der Senat bereits im Rahmen dieses Beschlusses eine potenzielle Drittwirkung der Grundrechte an.²⁷⁶ So bestätigten die Richter die Möglichkeit, dass „Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in die Pflicht genommen werden, insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“.²⁷⁷

Mit einer Konstellation der mittelbaren Drittwirkung befassten sich die Richter des Ersten Senats im sogenannten „Nibelungenbeschluss“ vom 13. Juli 2015.²⁷⁸ Hier zog der Senat die oben zitierten Ausführungen aus der *Fraport* Entscheidung²⁷⁹ explizit heran²⁸⁰, wodurch es sich nicht länger lediglich um ein obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts handelte.²⁸¹ Gegenstand der einstweiligen Anordnung war eine geplante Versammlung auf einem in privater Hand befindlichen Platz. Die Eigentümerin hatte gegen den Antragssteller ein Hausverbot ausgesprochen. Mit seinem Begehren, eine diesbezügliche Aufhebung zu erreichen, war der Antragssteller vor dem Amtsgericht und dem Landgericht gescheitert.²⁸² Das BVerfG erkannte im Rahmen seines Beschlusses demgegenüber dahingehend, dass an dem allgemeinen Verkehr eröffneten Plätzen eine Berufung auf die

274 BVerfGE 128, 226 (226 ff.).

275 BVerfGE 128, 226 (226) Leitsätze.

276 1 BvR 699/06 Rn. 56.

277 1 BvR 699/06 Rn. 56.

278 1 BvQ 25/15 Rn. 1-13 = BVerfGE 139, 378 (378 ff.).

279 1 BvR 699/06 Rn. 56.

280 1 BvQ 25/15 Rn. 6.

281 Da die „Fraport-Entscheidung“ einen Fall der unmittelbaren Grundrechtsbindung zum Gegenstand hatte, handelt es sich bei den Ausführungen zur mittelbaren Drittwirkung, bis zum „Nibelungenbeschluss“, zunächst um ein *obiter dictum* des Bundesverfassungsgerichts.

282 Beschlüsse des Amtsgerichts Passau (13. Juli 2015 - 17 C 1163/15; 17. Juli 2015 - 13 C 1219/15) sowie des Landgerichts Passau vom 16. Juli 2015 - 2 T 127/15.

Versammlungsfreiheit unabhängig von der Eigentumslage zulässig sein muss.²⁸³ „Die Versammlungsfreiheit ist im Wege der mittelbaren Drittwirkung (...) zu beachten.“²⁸⁴

Dem „Lüth-Urteil“, der „Fraport-Entscheidung“ sowie dem „Nibelungenbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts ist gemein, dass alle sich mit anderen Grundrechten als dem in Art. 3 GG verankerten Gleichbehandlungsgebot auseinandersetzen. Allerdings stimmen die Entscheidungen dahingehend überein, dass ein über den öffentlichen Rahmen hinausgehende Grundrechtswirkung bejaht wird. In die grundgesetzliche Kommentarliteratur hat die mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG zum Teil ebenfalls Einzug erhalten.²⁸⁵ Betrachtet man daher die vorgenannten Entscheidungen sowie die einschlägige Literatur, erscheint ein in dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer geltender, aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteter Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich plausibel.

b. Konkrete Plausibilität eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung

Eine sich aus Art. 3 GG potenziell für das Privatversicherungsrecht ergebende grundgesetzliche Wertung in Form eines vom Versicherer zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes stünde grundsätzlich sowohl im Widerspruch zu der vom Schutzzumfang des Art. 2 Abs. 1 GG umfassten Vertragsfreiheit²⁸⁶, als auch zur von Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit des Versicherers.²⁸⁷ Eine Auflösung dieses Widerspruchs zugunsten eines aus Art. 3 GG abzuleitenden privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes käme analog der Ausführungen der „Fraport-Entscheidung“²⁸⁸ und des „Nibelungenbeschlusses“²⁸⁹ nur dann in Betracht,

283 BVerfGE 139, 378 (378 ff.) = 1 BvQ 25/15 Rn. 1-13.

284 BVerfGE 139, 378 (378 ff.).

285 Exemplarisch Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 GG Rn. 2; von einer Ausstrahlungswirkung im Privatrecht sprechend Jarass/Pieroth/Jarass Art. 3 GG Rn. 17; a.A. wohl beispielsweise Dreier/Heun Art. 3 GG Rn. 71.

286 Zu einer ausführlichen Befassung mit den Grenzen der Privatautonomie im Kontext der mittelbaren Drittwirkung siehe Hirsch in FS Kirchhof (2013), S. 1191 (1191 ff.).

287 Scherpe Gefahrengemeinschaft S. 117.

288 1 BvR 699/06 Rn. 56.

289 1 BvQ 25/15 Rn. 6.

wenn mit Blick auf das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte eine Vergleichbarkeit zum Verhältnis Staat – Bürger anzunehmen wäre.²⁹⁰ Für eine solche Vergleichbarkeit der Verhältnisse spricht die in vielen Fällen bestehende Abhängigkeit des Versicherungsnehmers von seinem Versicherer, die sich, neben der finanziellen Existenz, beispielsweise in den Fällen der Krankenversicherung auch auf die allgemeine Existenz erstreckt.²⁹¹ Diese Annahme erscheint insofern plausibel, als dass auch im Arbeitsrecht häufig eine mit dem „Bürger-Staat-Verhältnis“ vergleichbare Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber angenommen wird.²⁹² Der Arbeitnehmer ist, ebenso wie der Versicherungsnehmer, maßgeblich auf seinen Gegenpart (zur Existenzsicherung) angewiesen. Aufgrund der diesbezüglichen Ähnlichkeit zwischen Arbeits- und Versicherungsverhältnis, lassen sich die Wertungen der im Arbeitsrecht Geltung verlangenden Ansichten auf das Privatversicherungsrecht übertragen.²⁹³ Zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer besteht somit ein mit dem Machtverhältnis zwischen Staat und Bürger vergleichbares Verhältnis.

Vor dem Hintergrund der mit dem „Bürger-Staat-Verhältnis“ vergleichbaren Machtposition des Versicherers im Rahmen des Versicherungsverhältnisses, erscheint es analog der bundesverfassungsgerichtlichen Ausführ-

290 BeckOK-Grundgesetz/*Kischel* Art. 3 Rn. 93 ff.; Jarass/Pieroth/*Jarass* Art. 3 GG Rn. 17 m.w.N.; ähnlich hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Machtverhältnisses auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 117; hier auch Verweis auf *Hartwig* S. 66, die die Bedeutung einer vergleichbaren Machtposition für die Geltung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes anerkennt, obwohl Sie bei Veröffentlichung im Jahr 2002 noch nicht auf die 2011 ergangene „Frappant-Entscheidung“ sowie den „Nibelungenbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2015 rekurrieren konnte; wohl a.A. mit Blick auf die Maßgeblichkeit des Machtverhältnisses *Dreier/Heun* Art. 3 GG Rn. 71.

291 So auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 117; *Looschelders/Pohlmann/Pohlmann* Einl. A Rn. 67 erkennt eine Überlegenheit des Versicherers und die Absicherung oft essentieller Risiken; *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 m.w.N. Fn 67; Vgl. *Krömmelbein* S. 330 unter Verweis auf *Hartwig* S. 69, die dem Versicherer eine mit dem Staat vergleichbare Überlegenheit bereits aufgrund des grundsätzlichen Vertragsgegenstandes bescheinigt.

292 BeckOK-Grundgesetz/*Kischel* Art. 3 Rn. 93; Vgl. *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 (1085) m.w.N. Fn. 8; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 117 – siehe Fn. 166 für einen Überblick zum Meinungsstand.; gänzlich ohne Bezug zum Bürger-Staat-Verhältnis siehe dagegen *Maunz/Dürig/P. Kirchhof* Art. 3 GG Rn. 332.

293 A.A. *MünchKommVVG/Looschelders* § 1 Rn. 61 m.w.N., der im Privatversicherungsrecht keinen mit der Verknüpfung der Arbeitsverhältnisse vergleichbaren Gemeinschaftsbezug sieht.

rungen plausibel, einen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss der mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 GG anzunehmen, und ihm den Vorrang gegenüber der Vertragsfreiheit und der Berufsfreiheit des Versicherers einzuräumen.²⁹⁴

c. Mögliche Ablehnung aufgrund entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen

Insbesondere *Krömmelbein* hat in der jüngeren Vergangenheit einen hohen Argumentationsaufwand betrieben und ist dabei zu dem gegenläufigen Ergebnis gekommen. Es ist die mit dem hohen Argumentationsaufwand einhergehende erreichte Auseinandersetzungstiefe, aufgrund derer sich eine Befassung mit der ablehnenden Haltung anhand seiner Arbeit anbietet.

Krömmelbein konstatiert, dass es bei der Frage nach einer grundsätzlichen Drittwirkung nicht auf ein eventuelles Machtverhältnis ankäme.²⁹⁵ Hierbei argumentiert er mit der *Lüth-Entscheidung*²⁹⁶, gemäß derer vielmehr auf das Vorhandensein von im Privatrecht angelegten „Einbruchstellen“ für grundrechtliche Wertungen abzustellen sei.²⁹⁷ Das Vorliegen der Einbruchstellen bejaht er und kommt zu dem Schluss, dass eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG im Versicherungsverhältnis grundsätzlich bestehe.²⁹⁸ Auch stünde die Schutzpflichtlehre einer mittelbaren Drittwirkung nicht entgegen.²⁹⁹ Unter Berücksichtigung des Maßstabs der Willkürformel, der neuen Formel und der neuesten Formel des Bundesverfassungsgerichts kommt er allerdings zu dem Ergebnis, dass es einen im Versicherungsverhältnis geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss von Art. 3 GG aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geben könne.³⁰⁰

294 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 117 f.; Vgl. *Krömmelbein* S. 329 f. unter Verweis auf *Hartwig* S. 71, wobei sie wohl nicht entscheidet, ob es sich um einen Fall der mittelbaren oder unmittelbaren Drittwirkung handelt (S. 63).

295 *Krömmelbein* S. 332 f.

296 BVerfGE 7, 198 (198 ff.).

297 1 BvR 400/51 Rn. 27; *Krömmelbein* S. 332.

298 *Krömmelbein* S. 334.

299 *Krömmelbein* S. 337.

300 *Krömmelbein* S. 367 f.; Insbesondere an der Befassung mit mit neuer (*Krömmelbein* S. 347-350) und neuester (*Krömmelbein* S. 350-353) Formel macht *Krömmelbein* fest, dass die verfassungsrechtlichen Wertungen einem allgemeinen versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz insgesamt entgegenstünden.

Dieser Ablehnung eines im Versicherungsverhältnis geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes als Ausfluss von Art. 3 GG unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist allerdings unter mehreren Gesichtspunkten entgegenzutreten.

aa. Bedeutung der staatsgleichen Stellung im Lichte neuerer bundesverfassungsgerichtlicher Befassungen

Die Bedeutung eines Machtverhältnisses für die Annahme einer mittelbaren Grundrechtsbindung Privater wurde mittlerweile in der „Fraport-Entscheidung“³⁰¹ und dem „Nibelungenbeschluss“³⁰² bestätigt.³⁰³ Insbesondere ist der auf das obiter dictum aus der „Fraport-Entscheidung“ folgende „Nibelungenbeschluss“ herauszustellen. In diesem nimmt der Senat zur Begründung der Grundrechtsbindung lediglich auf die staatsgleiche Stellung Bezug, nicht aber auf die privatrechtlichen Einbruchsstellen.³⁰⁴ Berücksichtigt man, dass *Krömmelbein* auf die neuesten verfassungsgerichtlichen Ausführungen naturgemäß nicht zurückgreifen konnte³⁰⁵, erscheint

301 1 BvR 699/06 Rn. 56.

302 1 BvQ 25/15 – Rn. 6.

303 Siehe hierzu die Ausführungen zur „Fraport-Entscheidung“ und dem „Nibelungenbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts in Kapitel 6 I. 1. a. und b.

304 So auch erkannt von *Smets*, NVwZ 2016, 35 (35) in seiner Besprechung des Nibelungenbeschlusses: *„Obschon die Kammer auch den vorliegenden Fall explizit der Konstellation mittelbarer Drittwirkung zuordnet, entfernt sie sich hiervon rhetorisch wie inhaltlich: So sucht sie keinerlei Anbindung über privatrechtliche Normen, sondern wiederholt stattdessen die Äußerung aus dem Fraport-Beschluss, wonach Private „genauso weit wie der Staat durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden [können], insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“; Ebenso auch BeckOK-Grundgesetz/Kischel Art. 3 Rn. 93a; Eine ebenfalls nicht normorientierte Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes findet sich mit Blick auf das Arbeitsrecht in MünchKommBGB/Spinner § 611a Rn. 1041 f.*

305 Die im Jahr 2007 veröffentlichte Arbeit *Krömmelbeins* berücksichtigt den Stand von Literatur und Rechtsprechung bis Mai 2007. Die im Jahr 2011 ergangene „Fraport-Entscheidung“ sowie der „Nibelungenbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2015 konnten naturgemäß keine Berücksichtigung finden.

die Ansicht zwar nachvollziehbar³⁰⁶ – allerdings wohl heute nicht mehr zeitgemäß.

bb. Fehlen insgesamt entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen

Selbst wenn man auch trotz der vorgenannten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Begründung der mittelbaren Grundrechtsrechtsbindung Privater nicht auf das Machtverhältnis, sondern auf privatrechtliche Einbruchsstellen und sodann auf die Willkür-, neue und neueste Formel abstellen wollen würde, ist der Schluss pauschal entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen keineswegs alternativlos. Der Annahme umfänglich entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen steht dabei insbesondere zweierlei entgegen.

Zunächst geht das Bundesverfassungsgericht auch unter Beachtung der neuesten Formel mit Blick auf nicht-personenbezogene Merkmale weiterhin auf unterster Ebene von einem Willkürverbot aus.³⁰⁷ Die im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Willkürverbot geltenden Rechtfertigungsanforderungen, gelten im Privatrechtsverhältnis in weiter abgeschwächter Form.³⁰⁸ Die Rechtfertigung eines Verstoßes gegen einen privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss von Art. 3 GG wäre – innerhalb der vom Willkürverbot gesteckten Grenzen – demnach ohne weiteres möglich. Eine (nennenswerte) Beeinträchtigung des Privatrechtsverhältnis durch die Geltung eines solchen Gleichbehandlungsgrundsatzes wäre wohl schwerlich festzustellen. Auf welcher Grundlage also auch im Fall nicht-personenbezogener Merkmale dem Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehende verfassungsrechtliche Wertungen angenommen werden könnten, erschließt sich nicht.

306 Dabei ist aber anzumerken, dass Krömmelbein S. 333 Fn. 1510 noch *Hartwig* S. 58 f., die bereits im Jahr 2002 die Maßgeblichkeit des Machtverhältnisses erkannte hatte, eine jedenfalls missverständliche Darstellung unterstellt.

307 Siehe hierzu nur der am 26. Januar 1993 ergangenen Transsexuellen II-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 88, 87 (96).

308 *Krömmelbein* S. 347 – Die Geltung geringerer Rechtfertigungsmaßstäbe im Falle der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wird unter Verweis auf Münch/Kunig anerkannt; In Münch/Kunig/*Gubelt* Art. 3 GG Rn. 2 heißt es: „Da die privatrechtl. Gestaltungsfreiheit ohnehin durch die Vielzahl der gesetzgeberischen Interventionen immer weiter eingeengt ist, wird sich an dieser Stelle ausdrücklich für den grundsätzl. Vorrang der Freiheit ausgesprochen.“.

Des Weiteren – und möglicherweise ungleich bedeutsamer – bleibt *Krömmelbein* im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit neuer und neuester Formel ein Eingehen auf die im Rahmen der Befassung mit dem Willkürverbot anerkannten geringeren Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis³⁰⁹ sowie der damit einhergehenden geringeren Rechtfertigungsanforderungen³¹⁰ schuldig. Auch wenn diese Feststellungen zu den geringeren Wirk- und Rechtfertigungsmaßstäben im Privatrechtsverhältnis im Rahmen der Befassung mit dem Willkürverbot getroffen wurden, ist nicht ersichtlich, warum sie nicht auch unter Berücksichtigung der neuen und neuesten Formel Geltung verlangen sollten. Anstatt dessen wird auf den ungleich strikteren Maßstab der unmittelbaren Grundrechtsbindung rekurriert. So werden Wertungen aus Entscheidungen abgeleitet, die die unmittelbare Wirkung von Grundrechten zum Gegenstand haben.³¹¹ Diese Wertungen sind auf die mittelbare Grundrechtsbindung Privater jedoch nicht ohne weiteres zu übertragen. Auch unter Berücksichtigung der neuen und neuesten Formel ergeben sich somit wohl keine entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Wertungen. Da somit partiell das Vorliegen entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen widerlegt werden konnte, ist gleichzeitig auch die These insgesamt entgegenstehender Wertungen entkräftet.

cc. Keine Ablehnung auch im Fall der Annahme insgesamt
entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen

Unterstellt, es käme nicht auf das Machtverhältnis an und es lägen insgesamt entgegenstehende verfassungsrechtliche Wertungen vor, wäre nichtsdestotrotz eine Ablehnung eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbe-

309 *Krömmelbein* S. 347 – dort heißt es: „Im Privatrechtsverhältnis ist die Wirkung von Art. 3 I GG – wird die Willkürformel zugrunde gelegt – noch um vieles schwächer.“

310 Und das obwohl aus der Befassung mit neuer (*Krömmelbein* S. 347-350) und neuester Formel (*Krömmelbein* S. 350-353) die einem allgemeinen versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz insgesamt entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Wertungen abgeleitet werden (s.o.).

311 *Krömmelbein* S. 354 – Der hier unter anderem herangezogene Transsexuellen II-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 88, 87) befasst sich mit der Frage der Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses einer Vornamensänderung vor Vollendung des 25. Lebensjahres nach § 1 Transsexuellengesetz (TSG) und damit mit einer Frage der unmittelbaren Grundrechtsbindung.

handlungsgrundsatzes nicht die einzig denkbare Konsequenz. *Krömmelbein* selbst verfasst die These, ein allgemeiner versicherungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Natur der Versicherung bedürfe aufgrund der verfassungsrechtlichen Wertungen verfassungskonformer Korrektur.³¹² Unterstellt, die verfassungsrechtlichen Wertungen bestünden, ist schlussendlich nicht erkennbar, warum diese Wertungen nicht auch einem sich aus der mittelbaren Drittwirkung von Artikel 3 GG ergebenden Gleichbehandlungsgrundsatz dann entsprechend seiner selbst aufgestellten These lediglich in bestimmten Konstellationen Grenzen setzen würden.³¹³ Insofern liefert *Krömmelbein* indirekt selbst eine alternatives, bejahendes Ergebnis bezüglich der Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatversicherungsrecht aus der mittelbaren Drittwirkung von Artikel 3 GG.

dd. Zusammenfassung

Der Herleitung eines Grundsatzes der Gleichbehandlung als Ausfluss der mittelbaren Drittwirkung stehen verfassungsrechtliche Wertungen nicht entgegen. Hierfür sprechen insbesondere bereits die bundesverfassungsgerichtlichen Äußerungen zur mittelbaren Drittwirkung. Pauschal entgegenstehende verfassungsrechtliche Wertungen sind indes nicht feststellbar. Selbst ihre Annahme würde lediglich die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Korrektur nach sich ziehen.

d. Berücksichtigung des „Wesens der Versicherung“

Neben der Frage potenziell entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen können auch das Wesen der Versicherung und die sich hieraus ergebenden Auswirkungen in Bezug auf die Annahme eines privat-

312 *Krömmelbein* S. 367 f.

313 Unter Berücksichtigung des fraglos bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen Privat- und Verfassungsrecht, ist es systemimmanent, dass im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung die widerstreitenden Grundrechte einem privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Grenzen setzen. Denn im Unterschied zum Staat ist der Private im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung nicht nur Grundrechtsverpflichteter, sondern auch Grundrechtsberechtigter (1 BvR 699/06 Rn. 56).

versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes als Ausfluss von Art. 3 GG berücksichtigt werden.

Das „Wesen der Versicherung“ ergibt sich aus einem Zusammenspiel rechtlicher und wirtschaftlicher Aspekte. So besteht zwar grundsätzlich zwischen den einzelnen Versicherungsnehmern, aufgrund eines jeweilig beim gleichen Versicherer bestehenden Versicherungsverhältnisses, keine direkte rechtliche Verbindung. Das Zusammenwirken der gemeinsamen Versicherungsnehmereigenschaft mit dem „ökonomischen Versicherungsprinzip“ kreiert allerdings dennoch ein beachtenswertes Verhältnis zwischen den Versicherungsnehmern.³¹⁴

Zum einen ist eine wesentliche Kalkulationsgrundlage eines die Tarife berechnenden Versicherungsmathematikers die Annahme der Gleichbehandlung von Versicherungsnehmern und versicherten Risiken.³¹⁵ Die Versicherung ist damit unter wirtschaftlichen, insbesondere versicherungsmathematischen Gesichtspunkten, auf eine Gleichbehandlung angewiesen.³¹⁶ Zum anderen gewähren Versicherungsnehmer dem Versicherer regelmäßig einen nicht unerheblichen Vertrauensvorschuss, wenn der Versicherer zur Deckung von Ansprüchen auf die eingezahlten Beiträge anderer Beitragszahler zurückgreift – diese Vorleistung ermöglicht erst den in der Versicherung notwendigen Risikoausgleich.³¹⁷ Allein schon diese Vorleistung soll eine Grundlage für die Annahme des Bestehens einer Gleichbehandlungspflicht darstellen.³¹⁸

Über den bereits eingangs thematisierten Aspekt der Machtstellung³¹⁹ hinaus, kann in der Konsequenz eine Gleichbehandlungspflicht im Privatversicherungsrecht damit auch aus dem Versicherungsprinzip, dessen Grundlage der Risikoausgleich ist, hergeleitet werden.³²⁰ Die Betrachtung des Wesens der Versicherung, insbesondere seiner wirtschaftlichen Verflechtungen, spricht mithin unterstützend für die Annahme eines Gleichbehandlungsgrundsatzes.³²¹

314 So auch *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 (1087 f.); *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 116, S. 175.

315 *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 175; *Janott* in FS E. Lorenz (1994), S. 341 (361).

316 *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 m.w.N. in Fn. 43; *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 118.

317 *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 175.

318 So *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 175 m.w.N.

319 Ausführliche Ausführungen dazu unter Kapitel 6 I. 1. b.

320 *Scherpe* *Gefahrengemeinschaft* S. 175 m.w.N. in Fn. 11.

321 In *Hofmann* *Privatversicherungsrecht* § 2 Rn. 14 heißt es, dass aus dem Wesen der Versicherung als *Gefahrengemeinschaft* das Gleichbehandlungsgebot für

e. Zusammenfassung

Nach der Betrachtung der abstrakten und konkreten Plausibilität einer Herleitung eines privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG, die einleitend bejaht werden konnte, sowie der Ablehnung entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen, kann insbesondere auch unter Berücksichtigung des Wesens der Versicherung von der Existenz eines als Ausfluss des grundgesetzlichen Gebots der Gleichbehandlung bestehenden privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgegangen werden.

2. Dem Privatrechtsrecht immanenter Gleichbehandlungsgrundsatz

Grundsätzlich könnte vor diesem Hintergrund in Betracht gezogen werden, die weiteren Ausführungen zu einer anderweitigen Begründung für verzichtbar zu erklären. Man könnte allerdings die Frage aufwerfen, inwiefern ein dem Privatrechtsrecht immanenter, nicht grundgesetzlich hergeleiteter Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem soeben bejahten Grundsatz deckungsgleich wäre. Dies wiederum müsste jedoch nur beantwortet werden, wenn ein anderweitiger Gleichbehandlungsgrundsatz zu bejahen wäre. Im Interesse der Vollständigkeit und zur Feststellung der Relevanz der Frage nach der Deckungsgleichheit soll in der Folge in Kürze auf die weiteren vertretenen Herleitungsansätze eingegangen werden.

Die neben einer grundgesetzlichen mittelbaren Drittwirkung wesentlichen diskutierten Ansätze für eine Herleitung eines dem Privatrechtsrecht immanenten Gleichbehandlungsgrundsatzes sind (a.) die analoge Anwendung gesetzlich normierter Gleichbehandlungsgrundsätze, (b.) eine Ableitung aus einer Optimierungspflicht des Versicherers, sowie (c.) die nicht-grundgesetzliche Festmachung an der Natur der Versicherung.

den Versicherer folge; ähnlich *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 175; a.A. bspw. *Rapp* Äquivalenzprinzip S. 124 f.

a. Analoge Anwendung gesetzlich normierter Gleichbehandlungsgrundsätze

Für die Herleitung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wege der Analogie bedürfte es zunächst einer analogiefähigen Norm. Im Versicherungsrecht finden sich eine Vielzahl gesetzlich normierter Gleichheitsgebote, die damit grundsätzlich für eine Analogie in Frage kämen.³²² Da es sich hierbei allerdings weitestgehend um spezielle Gleichbehandlungsgebote einzelner Versicherungszweige handelt, aus denen kein gesetzgeberisches Interesse an der Normierung einer allgemeinen Pflicht zur Gleichbehandlung ersichtlich wird³²³, wurde in der Vergangenheit lediglich im Falle des § 177 Abs. 1 VAG eine analoge Anwendung in Betracht gezogen.³²⁴ § 177 Abs. 1 VAG (§ 21 Abs. 1 VAG a.F.) normiert ein Gleichbehandlungsgebot für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG). Der Hintergrund dieser Norm ist wohl jedoch weniger der Versicherungscharakter im Allgemeinen, als vielmehr der Verbandscharakter, was insbesondere an einer vergleichbaren Norm im Aktienrecht (§ 53a AktG) deutlich wird.³²⁵ Aufgrund dessen wird auch hier mangels vergleichbarer Interessenlage eine analoge Anwendung richtigerweise einhellig abgelehnt.³²⁶

Ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz aus analoger Anwendung einfachgesetzlich normierter Gleichbehandlungsgrundsätze scheidet damit auch insgesamt aus.

b. Ableitung aus einer Optimierungspflicht des Versicherers

Neben einer Herleitung im Wege der Analogie, wurde in der Vergangenheit auch eine Optimierungspflicht des Versicherers als Ausgangspunkt für

322 § 138 Abs. 2 VAG (Lebensversicherung), §§ 161 Abs. 1 i.V.m. 138 Abs. 2 VAG (Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr), §§ 146 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 138 Abs. 2 VAG (substitutive Krankenversicherung), §§ 147, 146 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 138 Abs. 2 VAG (substitutive Krankenversicherung nach Art der Lebensversicherung), §§ 237 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 138 Abs. 2 VAG (Pensionsfonds).

323 Ausführlich dazu auch *Krömmelbein* S. 61 ff. und S. 369.

324 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 173 – noch zu § 21 Abs. 1 VAG aF.

325 So auch *Armbrüster* Rn. 339; Ebenso *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 m.w.N. Fn 18, 19.

326 *Looschelders/Pohlmann/Pohlmann* Einl. A Rn. 73; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 173 m.w.N.; siehe auch *Armbrüster* Privatversicherungsrecht Rn. 339, 345 zur insgesamt fehlenden vergleichbaren Interessenlage hinsichtlich einfachgesetzlicher Normen.

einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz bemüht.³²⁷ Populärster Verfechter dieser Ansicht war wohl *J. Prölss*. Seiner Auffassung nach unterlag der Versicherer aufgrund des Risikopools einer Optimierungspflicht hinsichtlich des Verhältnisses von zu deckendem Schaden und Prämie.³²⁸ Mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz vertrat er, dass aus der Optimierungspflicht – unabhängig von grundgesetzlichen Erwägungen – ein Gleichbehandlungsgrundsatz folge.³²⁹ Bereits die grundsätzliche Annahme der Existenz einer Optimierungspflicht wird wohl nach überwiegender Auffassung abgelehnt.³³⁰ Selbst unter den Befürwortern, die die Optimierungspflicht beispielsweise als übergeordneten Erklärungsansatz für bestimmte gesetzliche Anforderungen sehen, wird eine Ableitung von darüber hinausgehenden weiteren Pflichten des Versicherers – ergo eine Ableitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes – abgelehnt.³³¹ Im Einklang mit der weit überwiegenden Auffassung ist eine Herleitung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus der Optimierungspflicht damit ebenfalls abzulehnen.

c. (Nichtgrundgesetzliche) Festmachung an der Natur der Versicherung

Schlussendlich wurde auch die Herleitung aus der Natur der Versicherung in Betracht gezogen. Diesbezüglich führt *Krömmelbein* wohl zu Recht an, dass die Natur der Sache – ähnlich der Ausführungen zur Optimierungspflicht – ohne gesetzliche Untermauerung keine Pflichten auslösen könne.³³² Eine ausschließlich hierauf fußende Herleitung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes ist daher mit ihm abzulehnen. Das Wesen der Versicherung im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Herleitung unterstützend anzuführen ist kein Widerspruch zum Vorgesagten, da auch hier gerade keine Ableitung allein aus der Natur der Versicherung erfolgt.³³³

327 Für eine ausführliche Betrachtung der Optimierungspflicht aus heutiger Sicht s. *Armbrüster* in FS für E. Lorenz (2014) S. 3 (3 ff.).

328 Vgl. *Prölss/Martin/Armbrüster* Einl. Rn. 234 (zur Optimierungsfunktion), Rn. 235 f. (zur These *Prölss*); ausführlich zur Optimierungsfunktion siehe auch *J. Prölss* in FS Larenz (1983), S. 487 (491 ff.).

329 *Prölss/Martin/Armbrüster* Einl. Rn. 236.

330 Vgl. *Prölss/Martin/Armbrüster* Einl. Rn. 239 m.w.N; beispielsweise bereits *Jung* VersR 2003, 282 ff.

331 So auch *Prölss/Martin/Armbrüster* Einl. Rn. 241.

332 *Krömmelbein* S. 369.

333 Siehe hierzu Kapitel 6 I. 1. d.

d. Zusammenfassung

Ein dem Privatversicherungsrecht immanenter, nicht grundgesetzlich hergeleiteter Gleichbehandlungsgrundsatz, besteht mithin nicht. Die Frage nach dem Verhältnis eines solchen Grundsatzes zum verfassungsrechtlich Hergeleiteten kann damit dahinstehen.

3. Zusammenfassung

Ein privatversicherungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatversicherungsrecht besteht einzig als Ausfluss der mittelbaren Drittwirkung des grundgesetzlichen Gebots der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG.

4. Reichweite eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Im Anschluss an die Erarbeitung der Herleitung des privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, ist die Reichweite eines solchen zu beleuchten. Zur Reichweite lassen sich nicht ohne weiteres pauschale Aussagen treffen, da hierbei mehrere Einzelaspekte von Bedeutung sind. So bedarf es zur Erfassung der Reichweite kumulativ einer Befassung mit den Fragen nach dem bei der Bewertung der Gleichbehandlung anzulegenden Maßstab, nach der genauen Schutzzreichweite des Grundsatzes sowie nach etwaigen Unterschieden zwischen den einzelnen Versicherungszweigen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Maßstabs der dem Versicherer unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten obliegenden Gleichbehandlungspflicht kommen grundsätzlich eine umfängliche Gleichbehandlung und eine auf die Charakteristika der Versicherung zugeschnittene, sogenannte versicherungstechnische Gleichbehandlung³³⁴ in Betracht. Schlussendlich kann einzig die versicherungstechnische Gleichbehandlung als Maß-

334 So bspw. *Scherpe* Gefahrengemeinschaft 118; *Krömmelbein* S. 49 schreibt von „versicherungstechnisch wesentliche(r) Gleichheit“; gemäß *Goldberg/Müller/Müller* VAG § 21 Rn. 3 könne sich die Gleichbehandlungspflicht nur auf „versicherungstechnische Voraussetzungen“ beziehen; *Derks* Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 70 f. spricht vom „Merkmal der versicherungstechnischen Wesentlichkeit“.

stab herangezogen werden.³³⁵ Würde ein privatversicherungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz eine absolute Gleichbehandlung postulieren, müssten risikobildenden Faktoren außer Acht gelassen werden und eine fundierte Prämienkalkulation wäre nicht möglich.³³⁶ Damit stünde das Konzept der Versicherung in Frage, weswegen wohl auch unter Berücksichtigung von Art. 2 GG und Art. 12 GG eine derartige Ausgestaltung des Grundsatzes zu beanstanden wäre.³³⁷

Versicherungstechnische Gleichbehandlung erfasst dabei die für die Prämienkalkulation relevanten Faktoren. Diese unterscheiden sich jedoch von Police zu Police und Versicherungszweig zu Versicherungszweig und lassen sich mithin nicht abschließend darstellen. Fest steht aber, dass auch die Gleichbehandlungspflicht hinsichtlich der versicherungstechnischen Gleichbehandlung bei Bestehen einer Rechtfertigung Einschränkungen unterliegen muss. Dieses Ergebnis deckt sich mit einer Herleitung über die bundesverfassungsgerichtlich propagierte Einschränkung der Willkürformel³³⁸, wonach eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes vorliegt, wenn es im Falle einer Ungleichbehandlung von Normadressaten an derartigen Unterschieden fehlt, die die ungleiche Behandlung rechtfertigen würden.³³⁹ Das Gewicht der Unterschiede und somit die Rechtfertigung ergeben sich in der Versicherungspraxis aus den Ergebnissen wirtschaftlicher Erwägungen.

Unter Berücksichtigung der vorangegangenen Feststellungen lässt sich resümieren, dass sich der Umfang eines verfassungsrechtlich hergeleiteten privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht abschließend darstellen lässt, sondern abhängig vom konkreten Fall individuell zu bestimmen ist. Dabei sind die technischen Möglichkeiten sowie die Zielrichtungen von Police und Versicherungszweig als bei der Bestim-

335 Scherpe Gefahrengemeinschaft 118; *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085; Wenn auch mit anderem Ergebnis hinsichtlich der Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes: Goldberg/Müller/Müller VAG § 21 Rn. 3, *Derks* Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 70 f. und *Krömmelbein* S. 49.

336 Der Verwendung bestimmter, unter versicherungstechnischen Gesichtspunkten risikobildender Faktoren wurden in der Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit auch auf europäischer Ebene Grenzen gesetzt. Beispielhaft zu nennen ist nur das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-236/09, in Folge dessen seit dem 21. Dezember 2012 neu abgeschlossene Versicherungstarife als Unisex Tarife auszugestalten sind.

337 Siehe dazu auch oben Kapitel 6 I. 1. c.

338 So auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 118.

339 BVerfGE 79, 223 (236 ff.); BVerfGE 75, 108 (157).

mung des Geltungsumfangs relevante Faktoren zu berücksichtigen.³⁴⁰ Unterschiede zwischen den einzelnen Versicherungszweigen hinsichtlich der grundsätzlichen Geltung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG gibt es nicht, da etwaige einfachgesetzliche Gleichbehandlungspflichten neben dem verfassungsrechtlich hergeleiteten privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stehen.

Die Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist also durch Zugrundelegung der versicherungstechnischen Gleichheit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls individuell zu ermitteln. Der Grundsatz verlangt dabei in allen Versicherungszweigen Geltung.

5. Ergebnis

Insgesamt lässt sich resümieren, dass ein privatversicherungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss der mittelbaren Drittwirkung des grundgesetzlichen Gebots der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG besteht. Während er in allen Versicherungszweigen Geltung verlangt, ist seine konkrete Reichweite jeweils für den Einzelfall individuell zu ermitteln. Die Bedeutung eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Kulanz ist, wie bereits eingangs statuiert³⁴¹, enorm hoch. Eine eingehende Auseinandersetzung mit seinem Verhältnis zur Kulanzpraxis schließt sich den allgemeinen Ausführungen zu den potenziell relevanten Rechtsgrundsätzen an.³⁴²

II. Prinzip der Fahrengemeinschaft

Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist das Prinzip der Fahrengemeinschaft, zum Teil auch „Kollektiv homogener Risiken“ genannt,³⁴³ jedenfalls nach teilweise vertretener Ansicht eines der prägenden Prinzipien des Privatversicherungsrechts.³⁴⁴ Mit Blick auf die Kulanz kommt dem Prinzip eine enorme Bedeutung zu, da sich eine Kulanzentscheidung hieran messen lassen muss. Trotz seines partiell zuerkannten Gewichts be-

340 So auch *Scherpe* Fahrengemeinschaft S. 118.

341 Siehe Kapitel 6 I.

342 Siehe hierzu Kapitel 8.

343 Mehr zur Terminologie unter Kapitel 6 II. 3.

344 Unter anderem *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7.

steht jedoch bei der Frage nach der Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft Uneinigkeit in der Literatur. Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft hat überdies eine von Befürwortern seines Bestehens unbestrittene Schnittmenge mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, weswegen sich mit seiner Existenzberechtigung neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz befasst werden müsste. Da die Beantwortung der Frage nach der Existenz im Allgemeinen den Erwägungen hinsichtlich einer etwaigen Schnittmenge denklogisch vorausgeht, wird der nachfolgende Aufbau von diesem Umstand diktiert.

1. Grundsätzliche Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft

Der Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft wird teilweise entgegengehalten, dass aus dem zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer geschlossenen Versicherungsvertrag gerade keine rechtliche Gemeinschaft zwischen den Versicherungsnehmern entwachse.³⁴⁵ Vertragliche Beziehungen bestünden lediglich individuell zwischen dem jeweiligen Versicherungsnehmer und dem Versicherer.³⁴⁶ Ein rechtlich relevanter Gemeinschaftsgedanke, im Hinblick auf die Versicherungsnehmer als Kollektiv, lasse sich daher nicht ableiten.

Hier wird jedoch verkannt, dass die Befürworter eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft die Existenz derselben gerade nicht am vermeintlichen Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen Versicherungsnehmern festmachen. Es wird sogar ausdrücklich anerkannt, dass das Kollektiv der Versicherungsnehmer keine eigenständige rechtliche Relevanz beanspruchen kann.³⁴⁷ Auch ein Treuhandmodell wird von den Befürwortern nicht bemüht.³⁴⁸ Bei der Bejahung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft wird vielmehr auf eine ökonomische Betrachtung rekurriert. Der individuelle Versicherungsvertrag wird, wie es das Versicherungsprinzip gebietet, wirtschaftlich in die Gesamtheit des Versicherungsnehmerkollektivs inkorporiert und diese der Versicherung immanente wirtschaftliche Verflechtung

345 MünchKommVVG/Looschelders VVG § 1 Rn. 61; Dreher Die Versicherung als Rechtsprodukt S. 134 f.

346 MünchKommVVG/Looschelders VVG § 1 Rn. 61; Jung VersR 2003, 282 (284); Dreher Die Versicherung als Rechtsprodukt S. 134 f.; umfassend gegen die Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft argumentierend auch Rapp Äquivalenzprinzip S. 112-116.

347 Scherpe Gefahrengemeinschaft S. 355; Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7.

348 Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7.

der Versicherungsnehmer könne vom Rechtsregime nicht ignoriert werden.³⁴⁹ Überdies sei zu berücksichtigen, dass das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Kern verfassungsrechtlich gewährleistet sei.³⁵⁰

Diese „ganzheitliche“ Betrachtungsweise überzeugt, da eine isolierte Betrachtung der Vertragsverhältnisse den wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie den verfassungsrechtlichen Verflechtungen in der Versicherung nicht gerecht zu werden vermag und damit gleichzeitig den Ansprüchen an das Rechtsregime nicht genügen kann. Der Geltung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft ließe sich zuletzt noch entgegenhalten, dass die jüngsten Reformen es nicht hinreichend berücksichtigen und teilweise wohl auch vollends missachtet haben.³⁵¹ An der Aufrechterhaltung oder gar an der Stärkung des Prinzips scheint kein gesetzgeberisches Interesse zu bestehen. Da die Gründe für die Notwendigkeit des Bestehens in Form der ökonomischen Verflechtungen der individuellen Versicherungsverhältnisse allerdings unverändert fortbestehen, rechtfertigen diese Entwicklungen kein anderes Ergebnis – das Prinzip der Gefahrengemeinschaft besteht auch ungeachtet der zunehmenden Deregulierungsbemühungen fort. Damit ist es auch zukünftig im Rahmen gesetzgeberischer Reformen sowie bei der Ausgestaltung der individuellen Versicherungsverträge zu beachten.³⁵²

Aussagen über die Ausgestaltung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft sind hiermit noch nicht getroffen.

2. Ausgestaltung und Reichweite des Prinzips der Gefahrengemeinschaft

Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft setzt sich aus zwei wesentlichen Komponenten zusammen. Auf der einen Seite findet sich die Garantiefunktion, welche dem Individuum im Anschluss an die Aufnahme in das Kollektiv der Versicherten einen gewissen Grad an Versicherungsschutz gewährleistet.³⁵³ Ausprägungen der Garantiefunktion finden sich auf ein-

349 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 355; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7.

350 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7, § 7 Rn. 6 der hierbei auf den Widerstreit der in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallenden Interessen verweist; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 361 ff., ausführlich dazu S. 91 ff.

351 Zur hiermit verbundenen Schwächung des Alles-Oder-Nichts Prinzips siehe Kapitel 6 III.; Zu den Auswirkungen der VVG Reform aus dem Jahre 2008 im Allgemeinen siehe *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8 sowie *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 240 ff.

352 So auch *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 7.

353 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 362; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

fachgesetzlicher Ebene in den gesetzlichen Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 307-309 BGB, welche dem Versicherungsnehmer Schutz vor unangemessenen Leistungsausschlüssen gewähren, sowie in Form der im Versicherungsaufsichtsrecht normierten Vorschriften zur Solvabilität.³⁵⁴ Demgegenüber steht die Begrenzungsfunktion, welche dem grundsätzlichen Leistungsanspruch des Versicherungsnehmers zugunsten der Versichertengemeinschaft gewisse Grenzen setzt.³⁵⁵ Im Gegensatz zur Garantiefunktion verlangt die Begrenzungsfunktion sowohl vor der Aufnahme als auch im Anschluss an die Aufnahme in das Versichertenkollektiv Geltung.³⁵⁶ Gesetzliche Ausprägungen finden sich im Versicherungsvertragsrecht in Form der vorvertraglichen Anzeigepflichten, des Verbotes der Gefahrerhöhung, der Sanktionierung von Verletzungen anderer gesetzlicher und vertraglicher Pflichten und nicht zuletzt den Regelungen zur Herbeiführung des Versicherungsfalls.³⁵⁷

Die Funktionen wahren somit Interesse des Versicherungsnehmers am Bestand des vertraglich vereinbarten Versicherungsschutzes (Garantiefunktion) und schützen gleichzeitig die Versichertengemeinschaft vor einer übermäßigen Beanspruchung durch einzelne Versicherungsnehmer (Begrenzungsfunktion).³⁵⁸ Durch ihr Zusammenwirken wird damit den rechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen im Versicherungskollektiv Rechnung getragen. Dabei findet das Prinzip im gesamten Versicherungsrecht Anwendung und steht insbesondere in keinem Abhängigkeitsverhältnis zur Rechtsform des Versicherers.³⁵⁹

3. Befassung mit der Terminologie „Gefahrgemeinschaft“

Mit Blick auf die Frage, inwiefern die Verwendung des Terminus „Gefahrgemeinschaft“ eine präzise Darstellung des zugrundeliegenden Prinzips gewährleistet, sind die vertretenen Auffassungen divergent. Der Begriffswahl könnte entgegengehalten werden, dass durch den Terminus „Gefahrgemeinschaft“ eine gewisse „ethische oder moralische“ Verknüpfung suggeriert wird, die de facto aber nicht besteht.³⁶⁰ Mit der Begriffswahl

354 Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

355 Scherpe Gefahrgemeinschaft S. 362; Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

356 Scherpe Gefahrgemeinschaft S. 362.

357 Ausführlich dazu Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

358 Scherpe Gefahrgemeinschaft S. 356; Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

359 So auch Scherpe Gefahrgemeinschaft S. 361.

360 Scherpe Gefahrgemeinschaft S. 353.

ginge damit ein gewisses Irreführungspotenzial einher. Gleichzeitig fehlt es jedoch an einem prägnanteren Begriffsvorschlag – so mutet beispielsweise „Kollektiv homogener Risiken“³⁶¹ mehr versicherungsaktuariell als privatversicherungsrechtlich an. „Solidarität“³⁶² ist bereits im Versicherungsrecht mit einer anderweitigen Bedeutung belegt. Darüber hinaus ließe sich monieren, dass der Begriff der „Gefahrengemeinschaft“ in anderen Rechtsgebieten bereits mit einer anderen Bedeutung belegt ist.³⁶³ Insofern bestünde auch unter diesem Gesichtspunkt ein gewisses Konfusionspotenzial.

Schlussendlich handelt es sich bei dem Terminus „Gefahrengemeinschaft“ schlicht um einen – wie häufig in den Rechtswissenschaften – ausfüllungsbedürftigen Begriff, der jedenfalls im Privatversicherungsrecht nicht anderweitig belegt ist. Solange die Ausfüllung hinreichend klar vorgenommen wurde – wie vorliegend der Fall –, wurden in ausreichendem Maße Mühen unternommen, um etwaig aufkommende Missverständnisse auszuräumen. Der Terminus ist somit nicht zu beanstanden.

4. Abgrenzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft zum Gleichbehandlungsgrundsatz

Fraglich ist, inwieweit das Prinzip der Gefahrengemeinschaft ausreichend vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzugrenzen ist, um das Bestehen zweier separater Grundsätze annehmen zu können. Dabei gilt es auch zu beleuchten, in welchem Verhältnis die beiden Grundsätze zueinander stehen. Weitgehend unbestritten ist, dass sich der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Prinzip der Gefahrengemeinschaft hinsichtlich ihrer Bedeutungs- und Wirkreichweite überschneiden.³⁶⁴ Hierbei kann jedoch nicht

361 Vgl. Prölss/Martin/*Armbrüster* Einl. Rn. 238.

362 In Abgrenzung zur „Gefahrengemeinschaft“ beschreibt „Solidarität“ eine Prämienberechnung unter Außerachtlassung des Aspektes des Risikoäquivalenz (*Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 359).

363 Exemplarisch ließe sich hier das Strafrecht anführen, wo im Kontext der Notwehr mit Blick auf emotionale Extremsituationen von „Gefahrengemeinschaft“ die Rede (siehe hierzu *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* Vor. § 32 ff. Rn. 117 f.).

364 Vgl. Prölss/Martin/*Armbrüster* Einl. Rn. 236; *Deutsch* Versicherungsvertragsrecht Rn. 17; Vgl. *MünchKommVVG/Looschelders* § 1 Rn. 61; Vgl. *J. Prölss in FS Lorenz* (1983), S. 487 (531); In *Hofmann* Privatversicherungsrecht § 2 Rn. 14 heißt es, dass aus dem Wesen der Versicherung als Gefahrengemeinschaft das Gleichbehandlungsgebot für den Versicherer folge.

von Deckungsgleichheit gesprochen werden. Zwar handelt es sich beim Gleichbehandlungsgrundsatz um ein wesentliches Element des Prinzips der Gefahrengemeinschaft. Die dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft immanente Interessenabwägung der Versicherten ist dem Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch nicht eigen.³⁶⁵ Umgekehrt zeigt sich damit auch die individuelle Daseinsberechtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, denn dieser kommt mit dem umfassenderen Prinzip der Gefahrengemeinschaft bzw. entsprechenden Elementen wie der Interessenabwägung allenfalls im Wege der Rechtfertigung eines etwaigen Verstoßes in Berührung. Eine differenzierende Betrachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Prinzips der Gefahrengemeinschaft, wie auch vorliegend vorgenommen, ist mithin angezeigt.

5. Ergebnis

Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft verlangt im gesamten Versicherungsrecht als vom Gleichbehandlungsgrundsatz losgelöstes Prinzip Geltung. Die vorhandenen inhaltlichen Überschneidungen führen mangels Deckungsgleichheit nicht zu seiner Verzichtbarkeit. Das Prinzip setzt sich aus den Komponenten der Garantie- und der Begrenzungsfunktion zusammen, wobei erstere dem Versicherungsnehmer ein gewisses Maß an Versicherungsschutz gewährleistet und letztere den Ansprüchen des Einzelnen zugunsten der Versichertengemeinschaft Grenzen setzt. Der Terminus Gefahrengemeinschaft ist aufgrund hinreichender privatversicherungsrechtlicher Konkretisierung nicht zu beanstanden.

Dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft ist im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Kulanz ein hoher Stellenwert zuzuerkennen, da sich, wie bereits eingangs statuiert³⁶⁶, eine Kulanzentscheidung hieran messen lassen müsste. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Verhältnis des Prinzips der Gefahrengemeinschaft zur Kulanzpraxis soll auf die allgemeinen Ausführungen zu den potenziell relevanten Rechtsgrundsätzen folgen.³⁶⁷

365 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 349.

366 Siehe Kapitel 6 II.

367 Siehe hierzu Kapitel 8.

III. Alles-Oder-Nichts-Prinzip

Ein das Versicherungsrecht jedenfalls in der Vergangenheit prägendes Prinzip war das Alles-oder-Nichts Prinzip. Im Unterschied zu dem vorgenannten Prinzip der Gefahrengemeinschaft und dem Grundsatz der Gleichbehandlung hatte das Alles-Oder-Nichts Prinzip seine Bedeutung im Wesentlichen aufgrund von korrespondierender Normgebung erlangt. Diese Normbindung wurde ihm im Zuge der VVG Reform im Jahre 2008 weitgehend zum Verhängnis, als die entsprechenden Normen trotz Kritik in der Literatur³⁶⁸ entscheidend verändert wurden. Im Zuge dessen wurde das Prinzip größtenteils von einem Quotelungssystem abgelöst.³⁶⁹ Obwohl dem Alles-Oder-Nichts Prinzip damit heute mit Blick auf die Kulanz kaum noch Bedeutung zukommt, lohnt es sich aufgrund seiner unbestrittenen früheren Relevanz und der Rolle der Kulanz im Zuge des Abschaffungsversuchs, einen kurzen Blick auf das Prinzip zu werfen.

1. Kern und Zielsetzungen des Prinzips

Kern des Prinzips war, dass der Versicherungsnehmer, obwohl er die vereinbarten Prämien geleistet hat, in bestimmten Konstellationen seinen grundsätzlichen versicherungsvertraglich verankerten Anspruch verliert. Solche Konstellationen waren vor der VVG-Reform von 2008 insbesondere für Obliegenheitsverletzungen und die Verwirklichung subjektiver Risikoausschlüsse angelegt.³⁷⁰ Während bei den Risikoausschlüssen eine Befreiung des Versicherers von der Leistungspflicht für die Fälle des Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit vorgesehen war, galt das bei Obliegenheitsverletzungen bereits bei einfacher Fahrlässigkeit.

Das Prinzip verfolgte mithilfe dieser Rechtsfolgen dabei zweierlei Ziele. Auf der einen Seite sollte der Versicherungsnehmer auf diesem Weg zu verantwortlichem Verhalten bewegt werden, welches den Eintritt des Versicherungsfalls vermeidet.³⁷¹ Hintergrund ist dabei ein erwiesenerma-

368 Baumann in FS Weber (2004) S. 531 (534); Baumann r+s 2005, 1 (2) m.w.N. Fn. 16; Vgl. Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 15

369 Looschelders/Pohlmann/Pohlmann § 28 Rn. 119; Scherpe Gefahrengemeinschaft S. 4; Bruns Privatversicherungsrecht § 4 Rn. 19, § 6 Rn. 15.

370 Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 15 – siehe hier auch für eine Aufstellung der jeweiligen VVG a.F. Normen.

371 Scherpe Gefahrengemeinschaft S. 241 f., 258; Vgl. Rüffer/Halbach/Schimiowski/Felsch § 28 Rn. 157.

ßen unter Versicherungsnehmern bestehendes moralisches Risiko, auch *moral hazard* genannt.³⁷² Der Versicherungsschutz verleitet teilweise zu leichtsinnigerem Handeln und aus diesem Handeln erwachsen wiederum Schäden, die bei Nichtbestehen des Versicherungsschutzes nicht entstanden wären.³⁷³ Die Begrenzung des Umfangs des Versicherungsschutzes diene somit der Begegnung des moralischen Risikos. Auf der anderen Seite sollte der Versicherer in die Lage versetzt werden, eine missbräuchliche Inanspruchnahme durch den Versicherungsnehmer verhindern zu können. Ausdruck dieser Zielsetzung ist beispielsweise die Obliegenheit des Versicherungsnehmers zur Aufklärung des Versicherers im Anschluss an das Eintreten des Versicherungsfalls.³⁷⁴

2. Hintergrund der weitestgehenden Abschaffung – Rolle der Kulanz

Auch wenn es sich hierbei um grundsätzlich nachvollziehbare Zielsetzungen handelt, wurden die den Versicherungsnehmern entstehenden Härten überwiegend als unbillig empfunden. Um diese Härten für den Versicherungsnehmer abzufedern, waren die Versicherer regelmäßig dazu übergegangen, dem Alles-Oder-Nichts Prinzip die Kulanz entgegenzustellen.³⁷⁵ Damit stand den Versicherern ein wesentlich flexiblerer Umgang zur Verfügung als gesetzlich vorgesehen und richterlich umsetzbar war.³⁷⁶ In der privatversicherungsrechtswissenschaftlichen Literatur fanden sich sogar mehrere Stimmen, die die Versicherer animierten, ihre Flexibilität aus Billigkeitsgesichtspunkten zugunsten der Versicherungsnehmer einzusetzen.³⁷⁷

Die weitgehende Abschaffung des Alles-Oder-Nichts-Prinzips durch den Bundesgesetzgeber erfolgte zwar vornehmlich zum Schutze der Verbrau-

372 Abschlussbericht der VVG-Kommission 2004 S. 351; bereits zur neuen Rechtslage Staudinger/Halm/Wendt/Schneider § 81 Rn. 1; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 263 f.

373 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 242; ähnlich aber noch zu den Überlegungen der Reformkommission: *Baumann* r+s 2005, 1 (3) und *Baumann* in FS Weber (2004) S. 531 (534).

374 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 242.

375 So auch *Lenz* S. 49 ff., der das Alles-Oder-Nichts Prinzip als eines der Motive der Kulanz ausmacht; *Neumann*, Alles-Oder-Nichts Prinzip S. 36 ff.

376 *Neumann*, Alles-Oder-Nichts Prinzip S. 37; *Raiser* VersR 1967, 312 (314).

377 *Fischer* VersR 1965, 197 (202); *Kramer*, NJW 1972, 1974 (1978); *Neumann*, Alles-Oder-Nichts Prinzip S. 37, 82; *Raiser* in FS E. Prölss (1967), S. 265 (273); *Haidinger* in FS E. Prölss (1967), S. 197 (202).

cher.³⁷⁸ Gleichzeitig sollte wohl aber auch der hieraus resultierenden, überhandnehmenden Kulanzpraxis gesetzgeberisch entgegengewirkt werden.³⁷⁹ Die Kulanz war damit in zweierlei Hinsicht eng mit dem Alles-Oder-Nichts-Prinzip verflochten: Sie war in der Vergangenheit Mittel, um den sich hieraus ergebenden Härten für die Versicherungsnehmer zu begegnen, und war schlussendlich auch mitverantwortlich für seine weitgehende Abschaffung.

3. Umfang der Abschaffung, Kritik, und Auswirkungen auf das Prinzip der Gefahrengemeinschaft

Eine vollumfängliche Abschaffung, wie sie ausweislich der Regierungsbeurkundung anvisiert worden war³⁸⁰, wurde allerdings im Rahmen der Reformen nicht erreicht.³⁸¹ Die Leistungspflichtbefreiung gilt weiterhin bei Vorsatz, während bei einfacher Fahrlässigkeit, wie auch bereits vor der Reform keine Befreiung des Versicherers von der Leistungspflicht vorgesehen ist. Einzig bei grober Fahrlässigkeit wurde eine Quotenregelung entsprechend dem Verschuldensgrad in die bisherige Zweigliedrigkeit eingefügt.³⁸² An der Quotenregelung wird Kritik geübt, da nicht, wie eigentlich geplant, die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Fahrlässigkeitsgrades (einfache und grobe Fahrlässigkeit) entschärft habe.³⁸³ Vielmehr scheint das Praxisproblem der Verschuldensermittlung aufgrund der engmaschigeren Fahrlässigkeitsunterteilung in anderer Ausformung fortzubestehen. Dem ließe sich entgegenhalten, dass aber nach der Reform jedenfalls eine verschuldensgerechte Differenzierung möglich ist. Sofern man beim Führen eines Kraftfahrzeugs nach einem Schnuller für ein schreiendes Baby greift, ließe sich dies unter Verschuldensgesichtspunkte nunmehr abwei-

378 *Taik* Versicherungsprodukte S. 159.

379 So berichtet von *Maximilian Teichler* (Mitglied der VVG-Kommission) über die Beratungen der VVG-Kommission.

380 Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/3945, S. 49 f.

381 Staudinger/Halm/Wendt/Schneider § 81 Rn. 1; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 15; zu den Überlegungen der Reformkommission: *Baumann* r+s 2005, 1 (3); von einer vollständigen Abschaffung geht dagegen beispielsweise *Schwintowski/Brömmelmeyer/Kloth/Krause* § 81 Rn. 2 ff. aus.

382 Staudinger/Halm/Wendt/Schneider § 81 Rn. 1; Zu den Überlegungen der Reformkommission: *Baumann* r+s 2005, 1 (10).

383 *Taik* Versicherungsprodukte S. 160 m.w.N.; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 15; ebenso *Looschelders/Pohlmann/Pohlmann* § 28 Rn. 121, wobei dieser die Nachteile als hinnehmbar einordnet.

chend vom Griff zur Zigarette bewerten.³⁸⁴ Zweifelsfrei gehen aber etwaige Ermittlungsschwierigkeiten, mangels Ausschlusses der Leistungspflicht im Falle der groben Fahrlässigkeit, nunmehr zu Lasten der Gefahrengemeinschaft.³⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wird die weitgehende Abschaffung des Alles-Oder-Nichts Prinzips auch mit einer Schwächung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft in Verbindung gebracht.³⁸⁶

4. Ergebnis

Das Alles-Oder-Nichts Prinzip war in der Vergangenheit eines der prägenden Prinzipien des Privatversicherungsrechts und sowohl in der Zeit seiner Geltung als auch im Rahmen der Abschaffungsüberlegungen eng mit der Kulanz verknüpft. Die VVG Reform im Jahre 2008 hat jedoch aufgrund der Normbindung des Prinzips seine weitgehende Abschaffung nach sich gezogen. Dabei führte der überwiegende Wegfall des Prinzips aufgrund der nicht länger fortbestehenden Leistungspflichtbefreiung im Falle der groben Fahrlässigkeit wohl zu einer Schwächung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft, was sich mittelbar auch auf die Kulanz durchschlagen könnte. Die ursprünglich hohe eigene Relevanz des Prinzips im Rahmen einer Befassung mit der Kulanz besteht aber nach seinem Wegfall nicht länger fort. In der Folge kann das Alles-Oder-Nichts Prinzip daher vernachlässigt werden.

IV. Bereicherungsverbot

Ein weiteres bedeutsames Prinzip des Privatversicherungsrechts stellt das Bereicherungsverbot, auch Entschädigungsprinzip³⁸⁷ genannt, dar.³⁸⁸ Das Prinzip findet auch über die deutsche Grenze hinaus international Anklang. Im Kern bestimmt es, dass sich die Leistung des Versicherers grundsätzlich auf den Ersatz des dem Versicherungsnehmer entstandenen

384 Vgl. *Baumann* in FS Weber (2004) S. 531 (533) mit einer abstrakten Darstellung der Problematik am Beispiel des Rotlichtverstoßes.

385 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 15; ähnlich *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 281 f.

386 Siehe hierzu Kapitel 6 III.; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 272.

387 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 17.

388 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 20 Rn. 4, § 6 Rn. 17.

Schadens beschränkt. Hieran wird ersichtlich, dass es sich beim Bereicherungsverbot lediglich um ein die Schadensversicherung, nicht aber die Summenversicherung betreffendes Prinzip handeln kann. Der Versicherungsnehmer in der Schadensversicherung soll sich an der Versicherungspolice nicht bereichern können.³⁸⁹ Die unmittelbare Schutzrichtung des Bereicherungsverbots zielt damit, im Unterschied zum Prinzip der Gefahrengemeinschaft und dem Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den Versicherer ab.

Hintergrund eines Bereicherungsverbots ist dabei dreierlei: So sollen der Versicherungsvertrag von Wettelementen freigehalten, das *moral hazard* minimiert und die Versicherungsnehmer als Teil der Versichertengemeinschaft vor der Querfinanzierung einer Bereicherung eines anderen Versicherungsnehmers bewahrt werden.³⁹⁰ Mittelbar profitieren somit auch die Versicherungsnehmer in Form des Ausbleibens einer übermäßigen Inanspruchnahme des Versicherers vom Bereicherungsverbots.

1. Existenz und Bedeutung des Grundsatzes

Ebenso wie bei den vorgenannten Grundsätzen sind Existenz und Reichweite des Grundsatzes nicht unumstritten.³⁹¹ Parallel zum Alles-Oder-Nichts Grundsatz hat die VVG Reform aus dem Jahre 2008 zu einem Bedeutungswandel des Grundsatzes beigetragen. Früher wurde überwiegend ein allgemeines Bereicherungsverbot aus dem Gesetzeswortlaut in der alten Fassung des VVG abgeleitet.³⁹² Herangezogen wurden hierbei insbesondere § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. sowie § 55 VVG a.F.. So war in § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. zu dieser Zeit von der Pflicht zum Ersatz des „verursachten Vermögensschadens“ die Rede und in § 55 VVG a.F. hieß es, dass der „Versicherer [...] nicht verpflichtet [sei], dem Versicherungsnehmer mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzen.“ Aus der Formulierung in § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. ließ sich im Wege der Auslegung ein Bereicherungsverbot herleiten. Die exponierte systematische Stellung im VVG sprach für die Allgemeinheit eines solchen Verbots. § 55 VVG a.F.

389 Bruns Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 17.

390 Armbrüster Rn. 1341; Prölss/Martin/Armbrüster Vor. §§ 74-99 Rn. 26.

391 MünchKommVVG/Segger § 86 Rn. 27; Bruck/Möller/Baumann § 1 Rn. 87 ff; Prölss/Martin/Armbrüster § 1 Rn. 141, Vor §§ 74-99 Rn. 25.

392 MünchKommVVG/Looschelders § 1 Rn. 28; Prölss/Martin/Armbrüster Vor. §§ 74-99 Rn. 25.

verfügte über einen auf den ersten Blick eindeutigen Wortlaut und auch die systematische Einordnung im „1. Titel: Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung“, sprach für die Annahme eines allgemeinen Bereicherungsverbots.

Trotz dieser vermeintlich klaren gesetzlichen Anhaltspunkte erfolgte die Abkehr von einem allgemeinen Bereicherungsverbot nicht erst im Rahmen der VVG Reform im Jahr 2008. Bereits anderthalb Jahrzehnte zuvor hatte sich der BGH Stück für Stück vom Verbot abgewandt, und war damit Stimmen aus der Literatur gefolgt.³⁹³ Flankiert wurden diese Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung durch die zunehmende Popularität einer Neuwertversicherung, die mit einem allgemeinen Bereicherungsverbot unvereinbar war. Konkret zur Neuwertversicherung entschied der BGH daher bereits im Jahr 1997, dass er nicht länger von einem dieser Form der Versicherung entgegenstehenden Bereicherungsverbot ausgehe.³⁹⁴ Der Gesetzgeber zog schließlich im Wege der VVG Reform nach. Auf die Neuregelung einer mit § 55 VVG a.F. vergleichbaren Vorschrift wurde verzichtet³⁹⁵ und § 1 VVG wurde völlig neu gefasst. In § 1 VVG wird nunmehr von der Verpflichtung des Versicherers gesprochen, ein bestimmtes Risiko durch eine Leistung abzusichern, die im Versicherungsfall zu erbringen ist. Diese allgemeine Formulierung ist dem Umstand geschuldet, dass § 1 VVG nicht länger zwischen Schadensversicherung und Lebensversicherung unterscheidet (Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. und § 1 Abs. 1 Satz 2 VVG a.F.). Der neue Wortlaut nimmt aber jedenfalls nicht länger Bezug auf den eingetretenen Vermögensschaden und bietet daher keinen Anhaltspunkt für ein hieraus abzuleitendes Bereicherungsverbot. Die gesetzlichen Anknüpfungspunkte für ein allgemeines Bereicherungsverbot sind im Zuge der VVG Reform weggefallen. Hintergrund für dieses Vorgehen des Gesetzgebers war, neben der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, auch die Prämisse, dass die Interessen des Versicherers nicht extra durch den Gesetzgeber mittels des Bereicherungsverbots geschützt werden müssen, da der Versicherer bei Bedarf ein solches

393 Ausführlich zur Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung des BGH zwischen 1992 und 2001 sowie der Literatur siehe MünchKommVVG/Möller/Segger § 86 Rn. 27 f.

394 BGH, Urteil vom 17.12.1997 (IV ZR 136/96, KG) = BGH VersR 1998, 305 (307).

395 Die VVG Kommission hielt in ihrem Abschlussbericht fest, dass auf eine Neuregelung einer mit § 55 VVG a.F. vergleichbaren Vorschrift verzichtet werden könne, da der Gesetzgeber auch in Zukunft keine Normierung eines Bereicherungsverbots anstrebe – Vgl. MünchKommVVG/Möller/Segger § 86 Rn. 30.

auch schlicht in seinen Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zu verankern vermag.³⁹⁶

Im Anschluss an die VVG Reform stellt die Beschränkung der Leistungspflicht des Versicherers auf den dem Versicherungsnehmer entstandenen Schaden weiterhin den Grundfall in der Schadensversicherung dar.³⁹⁷ Fehlt es jedoch an entgegenstehenden gesetzlichen Spezialvorschriften, ergibt sich der Umfang der Leistungspflicht im konkreten Fall aus den zwischen den Parteien vereinbarten versicherungsvertraglichen Regelungen.³⁹⁸ Die Bedeutung des Grundsatzes ist damit heute erheblich geschwächt.

2. Konkrete Bedeutung für die Kulanz

Selbst unter der Prämisse, dass das Bereicherungsverbot weiterhin als allgemeines Prinzip besteht, ist fraglich, inwieweit dieser Grundsatz unter Berücksichtigung des Vorgenannten für die Betrachtung der Kulanz von Relevanz ist. Hierbei bietet sich eine differenzierende Betrachtung an.

Kulanz in Form nichtvertragsgemäßer Leistung, die von den Versicherern auch als solche deklariert wird, wird vom Bereicherungsverbot nicht tangiert, da das Verbot ausschließlich vertragsgemäße Leistungen zum Gegenstand hat. Nicht leistungsbezogene Kulanzvarianten sind jedenfalls aus der ebenfalls fehlenden vertraglichen Verpflichtung nicht vom Bereicherungsverbot betroffen. Diesbezüglich ist das Bereicherungsverbot daher nicht von Bedeutung.

Die Fälle, in denen der Versicherer trotz bestehender Rechtsunsicherheit unter dem Mantel der vertragsgemäßen Leistung agiert³⁹⁹, unterstehen dagegen dem Regime des Bereicherungsverbots. Hieraus allein kann jedoch noch keine besondere Relevanz für diese Arbeit abgeleitet werden. Es müsste darüber hinaus die Möglichkeit eines kulanzspezifischen Verstoßes dieser „Ausformung der Kulanz“ gegen das Verbot bestehen. Grundsätzlich bewegen sich derartige Fälle in den Grenzen des entstandenen Schadens und sind unter dem Gesichtspunkt des Bereicherungsverbots nicht

396 *Armbrüster* Privatversicherungsrecht Rn. 1470; *Prölss/Martin/Armbrüster* Vor. §§ 74-99 Rn. 25.

397 *MünchKommVVG/Looschelders* § 1 Rn. 28.

398 *MünchKommVVG/Looschelders* § 1 Rn. 28; *Bruck/Möller/Baumann* § 1 Rn. 89; *Armbrüster* Privatversicherungsrecht Rn. 1470.

399 Siehe hierzu Kapitel 5 IV 1.

zu beanstanden. Denkbar wäre ein Verstoß, wenn die vorgenommene Bewertung in Anbetracht der in Kauf genommenen Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Schadenshöhe über den tatsächlichen Wert hinausgeht. Die Möglichkeit der Fehlbewertung ist jedoch nicht per se kulanzspezifisch, sondern grundsätzlich der Versicherungspraxis im Ganzen zuzuordnen. Eine besondere kulanzspezifische Relevanz des Bereicherungsverbots vermag daher auch hieraus nicht zu erwachsen.

3. Ergebnis

Infolge anhaltender Kritik aus Literatur und Rechtsprechung sowie der VVG Reform aus dem Jahre 2008, im speziellen durch die Neufassung des § 1 VVG und den Verzicht auf die Neuregelung einer mit § 55 VVG a.F. vergleichbaren Norm, wurde die Bedeutung des Bereicherungsverbots erheblich geschmälert. Eine besondere Relevanz des Bereicherungsverbots im Zusammenhang mit der Kulanz besteht – unabhängig von einem vor und mit der VVG Reform festzustellenden Bedeutungswandel – nicht. Deshalb kann das Bereicherungsverbot im Rahmen der nachfolgenden Auseinandersetzung mit der Kulanz vernachlässigt werden.

V. Grundsatz von Treu und Glauben

Ein nicht versicherungsspezifischer und dennoch im Privatversicherungsrecht eine prägende Bedeutung einnehmender Rechtsgrundsatz ist der aus § 242 BGB abgeleitete Grundsatz von Treu und Glauben.⁴⁰⁰

Dem Gesetzeswortlaut zufolge bestimmt die Norm lediglich den vom Schuldner zu beachtenden Maßstab bei der Leistungsbewirkung. Entgegen dieser wortlautgemäßen Beschränkung, erweitern Rechtsprechung und Literatur den Wirkradius des § 242 BGB und leiten hieraus ab, dass Treu und Glauben bei der Ausübung und Erfüllung von Pflichten von Jedermann zu beachten sind.⁴⁰¹ Sie erheben Treu und Glauben als Kern des § 242 BGB

400 BGH VersR 2013, 609 (611); *Looschelders* in FS 100 Jahre Hamburger Seminar (2016), 209 (226) m.w.N.; *Deutsch* Versicherungsvertragsrecht Rn. 14 ff.; Für einen Überblick über den Grundsatz im Kontext des BGB siehe MünchKommBGB/Schubert Rn. 8 ff.;

401 HK-BGB/Reiner Schulze § 242 Rn. 1; BGH NJW 1983, 109 (110 f.); *Looschelders* Schuldrecht AT § 4 Rn. 2.

damit zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz.⁴⁰² Die Bestimmung der sich aus Treu und Glauben im konkreten Fall ergebenden Anforderungen erfolgt zunächst unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, sprich den tatsächlichen Gepflogenheiten im betreffenden (Geschäfts)Feld.⁴⁰³ Hierauf kann jedoch nur solange rekuriert werden, wie nicht die Verkehrssitte selbst gegen Treu und Glauben verstößt oder mit der Rechtsordnung anderweitig in Konflikt steht.⁴⁰⁴

Die große allgemeine Bedeutung im Privatrecht besteht in darüber hinausgehender Weise im Versicherungsrecht.⁴⁰⁵ Das von den Parteien – Versicherer und Versicherungsnehmer – eingegangene Versicherungsvertragsverhältnis bedarf zur Gewährleistung seiner Zweckverwirklichung eines besonderen Maßes an gegenseitiger Loyalität.⁴⁰⁶ Hierdurch kommt dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rahmen des Versicherungsverhältnisses eine essentielle Stellung zu. Die Inkorporation des Grundsatzes in das Versicherungsverhältnis erfolgt auf Versichererseite unter anderem durch von der Rechtsprechung entwickelte Ansätze zum Schutz des Versicherungsnehmers vor unzulässiger Rechtsausübung durch den Versicherer, während auf Seiten des Versicherungsnehmers Obliegenheiten und Sorgfaltspflichten gesetzlich und vertraglich verankert sind.⁴⁰⁷ Der Grundsatz von Treu und Glauben ist derart bedeutsam und gleichzeitig so weit gefasst, dass eine Relevanz für die Kulanz außer Frage steht, auch wenn die spezielleren Rechtsgrundsätze den für die Kulanz relevanten Wirkbereich wohl bereits im Wesentlichen abdecken. Im Falle einer Ablehnung eines versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wäre dem Grundsatz von Treu und Glauben wohl im Rahmen der Auseinandersetzung eine noch größere Bedeutung zuzumessen gewesen. Eine Berücksichtigung erfolgt im vorliegenden Fall aber insbesondere auch aufgrund der Beachtung, die der Grundsatz von Treu und Glauben bereits in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Kulanz erfahren hat.⁴⁰⁸

402 Ähnlich in HK-BGB/*Reiner Schulze* § 242 Rn. 1.

403 HK-BGB/*Reiner Schulze* § 242 Rn. 1.

404 HK-BGB/*Reiner Schulze* § 242 Rn. 1.

405 Ähnlich *Looschelders* ad legendum 2018, 89 (94); *Dreher* Die Versicherung als Rechtsprodukt S. 134.

406 *Looschelders*/Pohlmann/*Looschelders* Vor. A. Rn. 67; *Looschelders* ad legendum 2018, 89 (94).

407 *Looschelders* ad legendum 2018, 89 (94).

408 Mit Blick auf die Frage, ob aus Treu und Glauben dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Kulanz erwachsen könnte, war der Grundsatz bereits mehr-

VI. Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot

Ein weiterer prägender Bestandteil des Versicherungsrechts ist das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot.⁴⁰⁹ Wie sich aus der Verbotsbezeichnung bereits ableiten lässt, untersagt es das Gewähren und Versprechen von über die vereinbarte Versicherungsleistung hinausgehenden besonderen Vergütungen des Versicherungsnehmers und erstreckt sich dabei auf Versicherungsvermittler im Sinne von § 59 Abs. 1 VVG⁴¹⁰ ebenso wie auf die Versicherer. Die Schutzrichtung zielt dabei unter zweierlei Gesichtspunkten auf die Versicherungsnehmer ab. Zum einen sollen die Versicherungsnehmer vor einer durch sie finanziell getragenen Bevorzugung anderer Versicherungsnehmer geschützt werden.⁴¹¹ Zum anderen soll der Versicherungsnehmer – auch ausweislich der Gesetzesbegründung⁴¹² – vor einer falschen Anreizsetzung bewahrt werden, die dazu führen könnte, dass der Versicherungsnehmer der tatsächlichen Eignung des zugrundeliegenden Versicherungstarifs eine niedrigere Bedeutung zumisst.⁴¹³

1. Normentwicklung

Das mittlerweile in § 48b VAG gesetzlich normierte Verbot kann bereits auf eine lange Regelungsgeschichte zurückblicken. Bis zum Inkrafttreten des § 48b VAG war das Verbot allerdings nicht einfachgesetzlich normiert, sondern im Verordnungswege ausgesprochen worden. Die ersten Verord-

fach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen – ausführlich hierzu *Lenz* S. 117 ff. sowie nähere Ausführungen in Kapitel 10 II.

409 Wie sich aus dem Gesetz ablesen lässt, handelt es sich hierbei nicht um zwei separate Verbote, sondern das Verbot der Provisionsabgabe stellt einen Unterfall des Sondervergütungsverbot dar (Vgl. § 48b Abs. 2 Nr. 1: „Eine Sondervergütung ist [...] insbesondere jede vollständige oder teilweise Provisionsabgabe.“). Mithin normiert § 48b lediglich ein Verbot und die Überschrift des Paragraphen hebt lediglich die besondere Bedeutung des Provisionsabgabeverbots innerhalb des Sondervergütungsverbots hervor.

410 Flankiert wird die Regelung vom Provisionsabgabeverbot in § 34d Abs. 1 S. 6 GewO, welches das Verbot auf den gesamten Versicherungsvertrieb mit Ausnahme der Versicherungsberater erstreckt. – Ausführlich hierzu s. *Schulze-Werner* GewArch 2017, 418 (420).

411 Die Rechtsabteilung/V. *Molitor* S. 83.

412 BT-Drs. 18/11627 S. 40 – Vermeidung der Schaffung „Fehlanreize(n) für den Verbraucher“.

413 *Evers* VW 9/2017, 65 (65).

nungen ergingen dabei bereits im Jahre 1934 durch das Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung und erstreckten sich auf die Lebens- und Krankenversicherung.⁴¹⁴ Rund fünfzig Jahre später weitete die Aufsichtsbehörde, mittlerweile im Gewand des Bundesaufsichtsamtes für Versicherungswesen, das Verbot auf sonstige Versicherungen aus.⁴¹⁵ Grundlagen der Verordnungen waren zunächst § 81 Abs. 2 und 3 VAG a.F.. Im Anschluss an die im Jahr 2016 in Kraft getretene VAG Reform war die Verordnungsermächtigung zwischenzeitlich im § 298 Abs. 4 VAG⁴¹⁶ verankert.

Die rechtliche Wirksamkeit des Sondervergütungsverbots war im Geltungszeitraum der Verordnungen stark umstritten.⁴¹⁷ Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum *Dritten Durchführungsgesetz/EWG* zum VAG fand Anfang 1994 das Vorhaben zur Abschaffung des Sondervergütungsverbots Eingang in den Regierungsentwurf, die Empfehlung der Ausschüsse an den Bundesrat sowie die Stellungnahme des Bundesrats. Erst kurz vor der Verabschiedung einige Monate später entschied man sich gegen eine Abschaffung und für eine diesbezügliche Beibehaltung der alten Rechtslage.⁴¹⁸ Im Jahr 2011 entschied das *VG Frankfurt am Main*, dass das in der Verordnung des Reichsaufsichtsamtes zur Lebensversicherung ausgesprochene Sondervergütungsverbot mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam sei und äußerte darüber hinaus erhebliche Zweifel an der verfassungs- und unionsrechtlichen Zulässigkeit.⁴¹⁹ Eine eingangs eingelegte Sprungrevision nahm die BaFin zurück⁴²⁰ und sah fortan von der Berufung auf das Provisionsabgabeverbot ab.⁴²¹ Die Kritik an der in den Verordnungen fehlenden Bestimmtheit wurde vom Gesetzgeber aufgegriffen und bei der Neufassung des Sondervergütungsverbots berücksichtigt. Inwiefern nunmehr den Bestimmtheitsanforderungen genüge getan wurde, ist dennoch nicht unumstritten.⁴²²

414 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz 224. EL März 2019 VAG § 48b Rn. 1 unter Verweis auf VerAfP, 1934, 99 und VerAfP 1934, 100.

415 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz 224. EL März 2019 VAG § 48b Rn. 2.

416 § 298 Abs. 4 VAG wurde durch Gesetz vom 20. Juli 2017 mit Wirkung zum 23. Februar 2018 mittlerweile wieder aufgehoben (BGBl. I S. 2789).

417 Caracas CCZ 2019, 39 (41).

418 Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren zum Dritten Durchführungsgesetz/EWG zum VAG und zu den Motiven s. Krömmelbein S. 94.

419 VG Frankfurt am Main, 24.10.2011 - 9 K 105/11.F = VuR 2012, 239.

420 BVerwG, 24.02.2012 - 8 C 27.11.

421 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz, 217. EL Oktober 2017, VAG § 298 Rn. 5.

422 Caracas CCZ 2019, 39 (44).

2. Konkrete Bedeutung für die Kulanz

Fraglich ist wiederum, welchen Bedeutungsgrad das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot im Rahmen der Befassung mit der Kulanz beansprucht. Betrachtet man oberflächlich Schutzrichtung und Kerninhalt des Verbots, erscheint eine besondere Bedeutung für die Kulanz naheliegend. Die Schutzrichtung ist auf den Versicherungsnehmer zugeschnitten und der Kerninhalt, ein Verbot einer über die im Versicherungsvertrag vereinbarten Leistung hinausgehenden Zuwendung, erinnert gar entfernt an die Kulanzdefinitionsansätze. Bei genauerer Betrachtung des Wortlauts ergibt sich aus § 48b Abs. 1 Satz 1 VAG, dass die Norm lediglich verbietet, „aus einem Versicherungsvertrag Sondervergütungen zu gewähren oder zu versprechen“. Eine der Kulanz immanente Verknüpfung mit dem Versicherungsverhältnis wurde zwar festgestellt, Sondervergütung aus einem Versicherungsvertrag und damit vertraglich vereinbarte Sondervergütungen erfolgen dabei aber gerade nicht. Ein Tangieren der Kulanz durch das Sondervergütungsverbot ist damit nicht festzustellen.

3. Ergebnis

Das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot, welches jüngst erstmals einfachgesetzlich festgehalten wurde und zuvor lediglich in Form von Verordnungen existierte, ist ein bedeutender Bestandteil des Versicherungsrechts. Der erste Eindruck einer besonderen Bedeutung des Verbots für die Kulanz vermochte sich dabei aber nicht zu verfestigen, da es sich bei der Kulanz nicht um die für die Einschlägigkeit des Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbots erforderlichen vertraglich vereinbarten Sondervergütungen handelt. Das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot nimmt deshalb im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Kulanz eine zu vernachlässigende Stellung ein.

VII. Symmetriegebot

Einen weiteren wichtigen und gerade in jüngerer Vergangenheit von Rechtsprechung und Literatur thematisierten Grundsatz stellt das Symmetriegebot dar. Hierbei handelt es sich um einen Ausfluss des Äquivalenzprinzips, welches die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung im

Vertragsverhältnis zum Gegenstand hat.⁴²³ Der Wirkungsbereich des Symmetriegebots bezieht sich im Wesentlichen auf Prämienanpassungsklauseln. Dem Symmetriegebot zu Folge dürfen derartige Klauseln den Versicherer nicht lediglich unter bestimmten Voraussetzungen zu Prämien erhöhungen berechtigen, vielmehr muss gleichzeitig eine an gegenläufige Voraussetzungen gekoppelte Prämienherabsetzungspflicht verankert werden.⁴²⁴ Sofern es an der Prämienherabsetzungspflicht fehlt, folgt aus der Einseitigkeit der Klausel ihre Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴²⁵

Trotz der unbestrittenen Bedeutung und Aktualität des Gebots fehlt es bereits aufgrund des beschränkten Wirkungsbereichs an einer Relevanz für die vorliegende Auseinandersetzung mit der Kulanz. Auch losgelöst von den Prämienanpassungsklauseln steht der dem Symmetriegebot zu Grunde liegende Gedanke mit der Kulanz evident nicht in Konflikt. Auf eine nähergehende Befassung kann daher im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden.

VIII. Äquivalenzprinzip

Anderes könnte für das bereits oben angesprochene Äquivalenzprinzip gelten, welches einen deutlich weiter gefassten Wirkungsbereich einnimmt.⁴²⁶ Gegenstand ist die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung.⁴²⁷ Das Äquivalenzprinzip bildet die Grundlage für die Prämienberechnung und ist eines der bedeutendsten privatrechtlichen Prinzipien, da es grundsätzlich die Sozial- von der Privatversicherung unterscheidet.⁴²⁸ Im Gegensatz zur Sozialversicherung zielt die Privatversicherung nicht auf

423 Sodan/*Kalis*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts § 44 Rn. 223; *Armbrüster* r + s 2012, 365 (372).

424 Prölss/Martin/*Reiff* § 40 Rn. 40 m.w.N.; Sodan/*Kalis* Handbuch des Krankenversicherungsrechts § 44 Rn. 223.

425 Prölss/Martin/*Reiff* § 40 Rn. 40.

426 Zum Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht im Ganzen siehe *Rapp* Äquivalenzprinzip.

427 Sodan/*Kalis* Handbuch des Krankenversicherungsrechts § 44 Rn. 223; *Armbrüster* r + s 2012, 365 (372).

428 Looschelders/Pohlmann/*Looschelders* Vor. A. Rn. 18; MünchKommVVG/*Looschelders* § 1 Rn. 99 – hier auch Ausführungen zu den Durchbrechungen des Äquivalenzprinzips.; Zur Sozialversicherung: Maunz/Dürig/*Ibeler* Art. 87 GG Rn. 173 ff., 178; zur Privatversicherung: *Looschelders* VersR 1996, 529 (538); allgemein zum Verhältnis von Gerechtigkeit und Vertragsfreiheit: *Canaris* in FS Lerche 1993, 873 (883 ff.).

die Herstellung einer „distributiven Gerechtigkeit“ und damit auf einen „sozialen Ausgleich“ ab, sondern auf die Erzielung „kommutativer Gerechtigkeit“ mittels eines „angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung“. ⁴²⁹

Kulanzleistungen wären grundsätzlich dazu geeignet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu erschüttern. Die Ausformungen der Kulanz, die als Leistungen im Sinne des Äquivalenzprinzips zu qualifizieren sind, lösen möglicherweise eine Verpflichtung zur Anpassung der Prämien aus, um das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen. Nicht als Leistung zu qualifizierende Kulanzvarianten fließen nicht in die Bewertung des Äquivalenzverhältnisses ein. Schutzrichtung des Äquivalenzprinzips ist dabei aber nicht das finanzielle Interesse des einzelnen Versicherungsnehmers, dessen Prämie sich potenziell erhöht. Ziel ist vielmehr die schlichte Gewährleistung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, ohne dabei eine Wertung hinsichtlich der Hintergründe einer etwaigen Beitragserhöhung vorzunehmen. Solange eine entsprechende Beitragsanpassung vorgenommen wird, wovon auszugehen ist, ist ein potenziell diametrales Verhältnis zur Kulanz nicht ersichtlich. Auch das Äquivalenzprinzip kann im Weiteren unberücksichtigt bleiben.

IX. Einlösungsprinzip

Abschließend ist das Einlösungsprinzip als eines der wesentlichen Prinzipien des Privatversicherungsrechts unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit für die Kulanz zu beleuchten. Nach dem Einlösungsprinzip beginnt der Versicherungsschutz grundsätzlich erst ab Zahlung der einmaligen oder der ersten Prämie. Das Prinzip ist mittlerweile in § 37 Abs. 2 VVG normiert und unterliegt, in Folge gesetzlicher Modifikationen, mittlerweile multiplen normierten Einschränkungen. ⁴³⁰ So tritt die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit nicht ein, wenn die Nichtzahlung durch den Versicherungsnehmer nicht zu vertreten ist (§ 37 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 VVG). Des Weiteren bedarf es zum Eintritt der Leistungsfreiheit im Falle der Nichtzahlung eines entsprechenden Hinweises auf diese Rechtsfolge durch gesonderte Mitteilung oder durch auffällig Platzierung auf dem Versiche-

⁴²⁹ MünchKommVVG/Looschelders § 1 Rn. 99.

⁴³⁰ MünchKommVVG/Looschelders § 1 Rn. 52.

rungsschein (§ 37 Abs. 2 Satz 2 VVG). Im Kern wurde aber auch mit den Gesetzesänderungen am Einlösungsprinzip festgehalten.⁴³¹

Sofern der Versicherer trotz einer aus dem Einlösungsprinzip resultierenden Leistungsfreiheit im Wege der Kulanz eine Leistung erbringt, scheint dies entgegen der Wertung des Einlösungsprinzips zu erfolgen. Trotz dieses Eindrucks Widerspruchs stellt die Kulanzgewährung in diesem Fall tatsächlich keinen Verstoß gegen das Einlösungsprinzip dar. Bei der vorgenommenen Leistung handelt es sich nämlich gerade nicht um eine Leistung aus dem Versicherungsvertrag. Das Nichtbestehen des Anspruchs infolge des Einlösungsprinzips wird im Wege der Kulanz nicht in Frage gestellt. De facto dienen derartige Kulanzleistungen der Abfederung der Rechtsfolge des Einlösungsprinzips. Eine Wechselwirkung zwischen Einlösungsprinzip und Kulanz ist damit unbestreitbar. Das Prinzip ist aber lediglich geeignet, Kulanz hervorzurufen, steht dabei allerdings nicht mit der Kulanz in Konflikt. Mangels potenzieller Gegenläufigkeit von Einlösungsprinzip und Kulanz, kann von einer weiteren Befassung abgesehen werden.

X. Ergebnis

Das Privatversicherungsrecht wird, wie kaum ein anderes Rechtsgebiet, von einer Vielzahl von Rechtsgrundsätzen geprägt. Die Rechtsgrundsatzpluralität wird auch an dem Umstand ersichtlich, dass die vorgenannten neun Grundsätze, Prinzipien, Ge- und Verbote lediglich einen Bruchteil der insgesamt im Privatversicherungsrecht verankerten Rechtsgrundsätze darstellen. Gegenstand der vorangehenden Befassung waren dabei lediglich die potenziell im Rahmen der vorliegenden Auseinandersetzung mit der Kulanz relevanten Rechtsgrundsätze.

Im Ergebnis hat sich die unterstellte potenzielle Relevanz der untersuchten Rechtsgrundsätze lediglich im Falle des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Prinzips der Gefahrengemeinschaft sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben bestätigt. Dabei nehmen Gleichbehandlungsgrundsatz und Prinzip der Gefahrengemeinschaft eine übergeordnete Rolle ein, während dem Grundsatz von Treu und Glauben mit seinem weit gefassten

431 MünchKommVVG/Looschelders § 1 Rn. 52; BT-Drucks. 16/3945 S. 71; Looschelders/Pohlmann/Stagl/Brand § 37 Rn. 1; Langheid/Rixecker/Rixecker § 37 Rn. 1; Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 1067 ff.; Beckmann/Matusche-Beckmann/Hahn § 12 Rn. 9; Wandt/Ganster VersR 2007, 1034 (1035).

Wirkbereich eine die beiden Rechtsgrundsätze flankierende Position zukommt. Mithin soll in der Folge der wissenschaftliche Fokus auf diesen drei Grundsätzen liegen und die Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis an ihnen gemessen werden.⁴³²

432 Siehe hierzu Kapitel 8.