

## Kapitel 9. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis

Im Anschluss an die Feststellung der teilweise fehlenden Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis, stellt sich nunmehr die Frage, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben können. Die theoretisch möglichen Konsequenzen stehen dabei zunächst in Abhängigkeit zu den abstrakten Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure des Privatversicherungsrechts. Hiervon abzugrenzen sind wiederum die praktisch zu erwartenden Konsequenzen, bei deren Erarbeitung neben dem abstrakten Handlungsspielraum eine größere Zahl an Faktoren zu berücksichtigen ist. Nachfolgend sollen die abstrakten Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Die Darstellung der tatsächlich zu erwartenden Maßnahmen erfolgt – unter Berücksichtigung des bisherigen Standes der relevanten aufsichtsrechtlichen Anordnungen und der relevanten Rechtsprechung – im Anschluss.<sup>551</sup>

### *I. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der BaFin*

Da ein Handeln der BaFin als Versicherungsaufsichtsbehörde wohl als am einschneidendsten zu bewerten wäre, sollen vor diesem Hintergrund einleitend die abstrakten Handlungsmöglichkeiten der BaFin erörtert werden. Der BaFin steht eine Reihe von in diesem Zusammenhang grundsätzlich in Frage kommenden Maßnahmen zur Verfügung. Insbesondere hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die aufsichtsrechtliche Generalklausel aus § 298 Abs. 1 Satz 2 VAG in Verbindung mit den in § 294 Abs. 2 VAG formulierten Aufsichtszielen sowie die in § 319 VAG normierten Bekanntmachungen. Des Weiteren rekurriert die BaFin bereits seit langem auf eine vielbeachtete Rundschreibenpraxis, die aber grundsätzlich der Generalklausel zuzuordnen ist. Während es sich bei der Generalklausel und den Rundschreiben um bereits seit langem mehr oder minder unverändert bestehende potenzielle Maßnahmen der BaFin handelt,

---

<sup>551</sup> Siehe hierzu Kapitel 11.

wurde § 319 VAG erst im Zuge der jüngsten VAG Reform mit Geltung zum 1. Januar 2016 in den Gesetzestext aufgenommen.

## 1. Aufsichtsrechtliche Generalklausel

Die aufsichtsrechtliche Generalklausel wird teilweise als „wichtigste Norm des VAG“<sup>552</sup> bezeichnet. Wie bereits die Bezeichnung als Generalklausel suggeriert, unterliegen die auf dieser Rechtsgrundlage ergreifbaren Maßnahmen grundsätzlich keinem numerus clausus. Vielmehr ist die Aufsichtsbehörde ausweislich des § 298 Abs. 1 Satz 2 VAG befugt, „alle Maßnahmen [zu] ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen.“ Das Mittel der Wahl ist die aufsichtliche Anordnung, die in Gestalt eines Verwaltungsaktes, im Wege der Mitteilung von Rechts- und Verwaltungsgrundsätzen – durch Verlautbarung im BaFin Journal oder als Rundschreiben<sup>553</sup> – oder auch durch nicht verbindliche Empfehlungen erfolgen kann.<sup>554</sup> Die Adressateneigenschaft ist dabei nicht auf das Versicherungsunternehmen beschränkt, sondern erstreckt sich überdies auf die Geschäftsleitung und die Kontrollorgane.<sup>555</sup>

Insoweit erscheinen die abstrakten Handlungsmöglichkeiten der BaFin zunächst sehr weit gefasst. Umstritten ist aber – gerade im Lichte vergangener Reformen auf deutscher und europäischer Ebene – welche Voraussetzungen für ein aufsichtliches Einschreiten auf dieser Grundlage vorliegen müssen. Zum besseren Verständnis bedarf es eines Blicks auf die im Zusammenhang mit der Generalklausel vorgenommen Änderungen.

### a. Die Generalklausel in der VAG Reform – die Missstandsaufsicht im Bedeutungswandel?

Die Novellierung des VAG, die im Jahr 2016 in Kraft getreten ist, erfolgte zur Umsetzung der *Solvency II Richtlinie*.<sup>556</sup> Durch diese Reform

---

552 Beispielsweise MünchKommVVG/Nowak-Over Band 3 Ordnungsnummer 170 Compliance in Versicherungsunternehmen Rn. 258.

553 Zur rechtlichen Einordnung der Rundschreiben siehe Kapitel 9 I. 3.

554 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz, 224. EL März 2019, VAG § 298 Rn. 2; Nomos-BR/VAG/Laars/Both § 294 Rn. 2; Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 74 ff.

555 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz, 224. EL März 2019, VAG § 298 Rn. 2; Nomos-BR/VAG/Laars/Both VAG § 298 Rn. 1.

556 RL 2009/138/EG.

hat der Gesetzgeber die zuvor in § 81 Abs. 2 Satz 1 und 2 VAG a.F. verortete aufsichtsrechtliche Generalklausel – unter Beschränkung auf Erstversicherungsunternehmen – weitgehend deckungsgleich im § 298 Abs. 1 Satz 1 und 2 VAG verankert. Ausweislich des § 298 Abs. 1 Satz 2 VAG ist die Aufsichtsbehörde befugt, Maßnahmen zu ergreifen, „um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen.“<sup>557</sup> Ein Missstand ist dabei gemäß § 298 Abs. 1 Satz 2 VAG ein den, in § 294 Abs. 2 VAG normierten, Aufsichtszielen widersprechendes Verhalten.<sup>558</sup> Während die Formulierung der Generalklausel im Rahmen der VAG Reform weitgehend unangetastet blieb, gilt das nicht für die Normierung der Aufsichtsziele. Diese sind ohnehin bereits seit langem Gegenstand kritischer Auseinandersetzungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, sodass sich ein genauer Blick hierauf lohnt.

In § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG a.F. hieß es bis zur Reform zur Aufsichtsbehörde: „Sie achtet dabei auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten und auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten.“

Demgegenüber lautet § 294 Abs 2 Satz 2 VAG nunmehr: „Sie achtet dabei auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten, und bei Erstversicherungsunternehmen zusätzlich auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten.“

Zunächst ist, wie bereits hinsichtlich der Neufassung des § 298 VAG, die Beschränkung des Wirkbereichs der Norm auf Erstversicherungsunternehmen festzustellen. Vor dem Hintergrund der Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf die Schadensversicherung, ist diese Änderung vorliegend sowohl hinsichtlich des § 294 VAG, als auch des § 298 VAG zu

---

557 Aus der Formulierung der Generalklausel resultiert der Begriff der Missstandsaufsicht. Hierbei handelt es sich nicht um eine bestimmte Ausformung der Aufsichtstätigkeit, sondern um einen diesbezüglichen Oberbegriff, der noch über die Legalitätsaussicht hinausgeht. So beispielsweise auch verwendet in Prölss/Dreher/VAG § 294 Rn. § 34 f.; Bruns Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 18; ähnlich in Kaulbach/Bähr/Pohlmann/Bähr § 294 Rn. 27, 30: a.A. aber wohl Zischka Bundesversicherungsaufsichtsamt S. 156 ff., deren Ausführungen zwar noch dem BAV gelten, allerdings – aufgrund der geringen Wortlautänderungen hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Generalklausel – wohl weitgehend auf die BaFin übertragen werden können; ebenfalls wohl a.A. Brand/Baroch Castellvi/Brand § 294 Rn. 3.

558 Zum im Zuge der VAG Reform entstandenen besonderen inneren Zusammenhang zwischen § 294 VAG und § 298 VAG siehe Brand/Baroch Castellvi/Brand § 294 Rn. 1 ff.

vernachlässigen.<sup>559</sup> Von größerer Tragweite könnte dagegen sein, dass im Zuge der Reform die „Belange der Versicherten“, die ihnen bis dato im Normtext eingeräumte Erstrangigkeit gegenüber der „Einhaltung der Gesetze“ aufgeben mussten und nunmehr im Anschluss an die „Einhaltung der Gesetze“ angeführt werden. Diese Umstellung wirft die Frage auf, inwiefern es sich hierbei lediglich um eine rechtsunerhebliche Wortlautänderung handelt, oder ob die geänderte Reihenfolge Ausdruck eines abweichenden Regelungsgehalts sein könnte. Käme man zu dem Ergebnis, dass die Belange der Versicherten fortan lediglich nachrangig zu wahren seien und das „zusätzlich“ Ausdruck davon sei, dass es für die Handlungsbefugnis der BaFin zwangsläufig eines Gesetzesverstoßes bedürfe, wäre das für die Befassung mit der Kulanz eine hochrelevante Entwicklung. Denn in diesem Fall wäre ein Eingreifen aufgrund eines Rechtsgrundsatzverstoßes mangels damit einhergehenden Gesetzesverstoßes möglicherweise im Wege der Generalklausel nicht länger möglich.

Zugunsten der rechtlichen Erheblichkeit der Umstellung argumentiert *Gebert*, der hierin die Umsetzung von Art. 34 Abs. 1 Solvency II Richtlinie erkennt.<sup>560</sup> So spricht der Richtlinientext lediglich von „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, deren Einhaltung die Aufsichtsbehörden sicherzustellen haben.<sup>561</sup> Die Gefährdung der Belange der Versicherten falle daher nach der Gesetzesreform nur insoweit unter das aufsichtliche Mandat, wie gleichzeitig eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift betroffen sei.<sup>562</sup> Dem ließe sich aber entgegenhalten, dass der unbestimmte Rechtsbegriff „Wahrung der Belange der Versicherten“ eine Rechtsnorm darstellt und seine Nichtberücksichtigung durch die Versicherungsunternehmen daher weiterhin durch die Versicherungsaufsicht als Rechtsaufsicht über die Generalklausel sanktionsfähig bleibt.<sup>563</sup> Durch die Inkorporation der „Wahrung der Belange der Versicherten“ in die Aufsichtsziele sollen gerade die Fälle in die Aufsichtstätigkeit einbezogen werden, die mangels Verstoßes gegen ein spezielles Gesetz oder den genehmigten Geschäftsplan ansonsten nicht umfasst wären.<sup>564</sup> Die fortbestehende gleichrangige Einbeziehung der „Wahrung der Belange der Versicherten“ in die Missstandsdefinition –

---

559 Zu den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken siehe Prölss/Dreher/  
Dreher VAG § 298 Rn. 57.

560 MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 67; ähnlich wohl auch: Brand/Baroch Castelli/  
vi/Brand § 294 Rn. 3; Nomos-BR/VAG/Laars/Both § 298 Rn. 1.

561 Art. 34 Abs. 1 RL 2009/138/EG.

562 MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 67.

563 Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz, 224. EL März 2019, VAG § 294 Rn. 4.

564 Nomos-BR/VAG/Laars/Both § 294 Rn. 4.

und damit die Beibehaltung der bisherigen, mit umfassenden Befugnissen ausgestatteten, Missstandsaufsicht – entspricht wohl der gesetzgeberischen Intention im Rahmen der VAG Reform.<sup>565</sup> Auch die BaFin hält in der Praxis hieran fest. So wurde beispielsweise eine im Jahr 2013 erlassene Sammelverfügung zur Beschwerdebearbeitung durch Versicherungsunternehmen, die diesen über die Gesetzeslage hinausgehende Pflichten auferlegte, im Anschluss an die VAG Reform fortan auf § 298 Abs. 1 Satz 1, 2 i.V.m. § 294 Abs. 2 VAG gestützt.<sup>566</sup> Das BVerwG hat in diesem Zusammenhang erst kürzlich höchstrichterlich bestätigt, dass „Die der BaFin im Versicherungsaufsichtsgesetz zugewiesene Aufsicht über Erstversicherungsunternehmen [...] auch die Wahrung der Belange der Versicherten [umfasst].“<sup>567</sup> Insoweit ergeben sich aus der Umstellung hinsichtlich des aufsichtlichen Mandats keine unmittelbaren Änderungen.

Die vorstehende Feststellung beinhaltet allerdings keine Aussage über die Europarechtskonformität des § 298 Abs. 1 Satz 1, 2 i.V.m. § 294 Abs. 2 VAG. In der Literatur wird weitgehend, aufgrund des eindeutigen Richtlinienwortlauts in Art. 34 *Solvency II Richtlinie*, von der Europa-rechtswidrigkeit der aufsichtsrechtlichen Generalklausel ausgegangen.<sup>568</sup> Vor dem Hintergrund des vollharmonisierenden Charakters der Richtlinie, sei eine richtlinienkonforme Auslegung zu befürworten.<sup>569</sup> Demnach würde das Vorliegen eines Missstandes zwangsläufig einen Verstoß gegen Rechts- und Verwaltungsvorschriften voraussetzen. Dies hätte zur Folge, dass die Missstands- und Legalitätsaufsicht als inhaltlich deckungsgleich zu

---

565 Ausführlich hierzu siehe Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 37; Eine entsprechende gesetzgeberische Intention könnte sich überdies auch aus dem im Zuge der VAG Novellierung neu eingeführten § 298 Abs. 1 Satz 3 VAG („Missstände sind auch Schwächen oder Mängel, die die Aufsichtsbehörde im Rahmen des aufsichtlichen Überprüfungsverfahrens festgestellt hat“) ableiten – denn hier werden der BaFin zusätzliche Freiheiten eingeräumt und der Missstands begriff damit noch offener gefasst (ähnlich: Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 28).

566 „Sammelverfügung: Beschwerdemanagementfunktion und Beschwerdebearbeitung bei Versicherungsunternehmen“ - abrufbar unter - [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf\\_130920\\_beschwerdebearbeitung\\_va.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_130920_beschwerdebearbeitung_va.html) (abgerufen Mai 2021); Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 36 mit weiteren Beispielen in Rn. 31 ff.

567 Pressemitteilung Nr. 24/2021 vom 21.04.2021 zur Entscheidung des BVerwG vom selben Tag (Aktenzeichen des Urteils: 8 C 7/20).

568 Kaulbach/Bähr/Pohlmann/Bähr § 298 Rn. 22, § 294 Rn. 30 f. m.w.N.; Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 53, § 294 Rn. 36; Noch vor der VAG-Novelle zu den Auswirkungen der Solvency II Richtlinie auf die aufsichtsrechtliche Generalklausel: Dreher/Lange VersR 2011, 825 (832).

569 Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 48, 53.

bewerten wären. Neben diesen vehementen europarechtlichen Bedenken im Lichte der *Solvency II Richtlinie*, wurde bereits nach Inkrafttreten der zuvor maßgeblichen europäischen Rechtssätze, der dritten Generation der EG-Versicherungsrichtlinien, zum Teil Europarechtswidrigkeit angenommen.<sup>570</sup> Daneben bestanden und bestehen auch Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität.<sup>571</sup>

Auch dieser Ansicht hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch jüngst ebenfalls in der bereits oben angesprochenen Entscheidung zu der erwähnten Sammelverfügung eine Absage erteilt. Es hatte in der Revision über die Frage zu entscheiden, ob die Stützung der Sammelverfügung auf „die Wahrung der Belange der Versicherten“ gegen Unionsrecht verstieß. Diametral zur Ansicht der beiden Vorinstanzen<sup>572</sup>, stellte das BVerwG klar, einer sich auf die Wahrung der Belange der Versicherten erstreckende Aufsicht stehe weder Unions- noch Verfassungsrecht entgegen.<sup>573</sup> Das Ergreifen von Maßnahmen zur „Wahrung der Belange der Versicherten“ – auch ohne Rechts- und Verwaltungsvorschriftenverstoß – gehört damit sowohl unter rechtlichen wie auch unter praktischen Gesichtspunkten weiterhin zum Handlungsspielraum der BaFin.<sup>574</sup>

### b. Weitere Voraussetzungen für auf Grundlage der Generalklausel ergriffene Maßnahmen

Während sich mit dem Missstands begriff bereits intensiv auseinandergesetzt wurde, ist bisher der Umstand, dass die aufsichtsrechtliche Generalklausel sowohl zur Missstandsvermeidung als auch zur Missstandsbe seitigung berechtigt, weitgehend außer Acht gelassen worden. Dabei geht mit dem extensiven Missstandsverständnis der BaFin auch ein weites Verständnis hinsichtlich der Voraussetzungen für ein präventives Einschreiten einher. Exemplarisch lässt sich diesbezüglich das Urteil des

---

570 Prölss/Dreher/*Dreher VAG* § 298 Rn. 49.

571 Prölss/Dreher/*Dreher VAG* § 298 Rn. 56 f.

572 VG Frankfurt am Main, 20.07.2017 - 7 K 3088/16.F; VGH Hessen, 30.04.2020 - 6 A 1833/17.

573 Pressemitteilung Nr. 24/2021 vom 21.04.2021 zur Entscheidung des BVerwG vom selben Tag (Aktenzeichen des Urteils: 8 C 7/20).

574 Zu den sich aus der weitgehend vertretenden Europarechtswidrigkeit ergeben den Konsequenzen für den Handlungsausblick in Bezug auf die Kulanz siehe Kapitel 11.

VG Frankfurt am Main anführen.<sup>575</sup> Hierbei handelt es sich um die erstinstanzliche Entscheidung zur bereits angesprochenen *Sammelverfügung: Beschwerdemanagementfunktion und Beschwerdebearbeitung bei Versicherungsunternehmen*.<sup>576</sup> Das Gericht entschied zu Lasten der Beklagten BaFin, dass es konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Missstandes bedürfe und dieaufsichtsrechtliche Generalklausel keine Maßnahmen „ins Blaue hinein“ zu tragen vermöge.<sup>577</sup> Ein möglicher Missstand, bezüglich dessen Existenz es aber an Hinweisen fehle, reiche daher nicht aus.<sup>578</sup> Soweit ersichtlich hat sich das BVerwG in der Revision mit dieser Frage nicht befasst.<sup>579</sup> Es kann jedenfalls festgehalten werden, dass entsprechend dem weiten Verständnis des Missstandsbegriffs auch das weit gefasste präventive Mandat zur Missstandsvermeidung nicht unkritisch gesehen wird.<sup>580</sup>

c. Weitere Voraussetzungen für auf Grundlage der Generalklausel ergriffene Maßnahmen

Neben der eingangs aufgeführten und viel diskutierten Voraussetzung des Missstandes, liegen einem Handeln unter Rückgriff auf die Generalklausel noch weitere Voraussetzungen zugrunde. Ausweislich des Wortlauts des § 298 Abs. 1 Satz 1 VAG „kann die Aufsichtsbehörde alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet und erforderlich sind“. Aus dem „kann“ lassen sich ein Entschließungs- und ein daraus resultierendes Auswahlermessen der BaFin ableiten. Daneben muss die ergriffene Maßnahme verhältnismäßig sein. Die Verpflichtung zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ergibt sich bereits aus dem Verweis auf „geeignet und erforderlich“. Gleichzeitig ist die Verhältnismäßigkeit ausdrücklich in § 296 VAG

---

575 VG Frankfurt am Main, 20.07.2017 - 7 K 3088/16.F.

576 Abrufbar unter - [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf\\_130920\\_beschwerdebearbeitung\\_va.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_130920_beschwerdebearbeitung_va.html) (zuletzt abgerufen Mai 2021).

577 VG Frankfurt am Main, 20.07.2017 - 7 K 3088/16.F; Lange VersR 2018, 277 (280).

578 Lange VersR 2018, 277 (280).

579 Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Arbeit stand die Volltextveröffentlichung des Urteils noch aus und es gab bislang lediglich die Pressemitteilung Nr. 24/2021 vom 21.04.2021.

580 Auch zu den sich hieraus ergebenden Konsequenzen für den Handlungsausblick in Bezug auf die Kulanz siehe Kapitel 11.

verankert.<sup>581</sup> Die weiteren Voraussetzungen für eine Handlung auf Grundlage der Generalklausel sind damit weitgehend eindeutig.

#### d. Zusammenfassung

Der sich aus der aufsichtsrechtlichen Generalklausel ergebende Handlungsspielraum ist auch nach der VAG Novellierung weit gefasst. In Literatur und unterinstanzlichen Rechtsprechung findet sich hieran erhebliche Kritik. Insbesondere die Europarechtskonformität des § 298 Abs. 1 i.V.m. § 294 Abs. 2 VAG wird vielfach bestritten.

#### 2. § 319 VAG

Die sich aus der aufsichtsrechtlichen Generalklausel ergebenden und damit bereits seit langen bestehenden Handlungsmöglichkeiten der BaFin wurden im Zuge der VAG Reform um das Instrument des sogenannten *Shamings* in Form der Bekanntmachung ergriffener Maßnahmen ergänzt. Die in § 319 VAG normierte Neuerung geht auf Richtlinienvorgaben<sup>582</sup> zurück und orientiert sich tatbestandsmäßig an dem ebenfalls auf EU-Vorgaben zurückgehenden § 60b Kreditwesengesetz (KWG).<sup>583</sup> Die Einführung des § 319 VAG stellt damit eine Angleichung zu den aufsichtlichen Möglichkeiten im Finanzdienstleistungssektor dar. Interessanterweise handelt es sich hierbei nicht um eine im Ermessen der Aufsichtsbehörde stehende Handlungsmöglichkeit, sondern die Norm erlegt die Veröffentlichung der ergriffenen Maßnahmen – parallel zu § 60b KWG – der Behörde als Soll-Vorschrift auf.

Während das allgemeine Ziel der *Solvency II Richtlinie* die Erhöhung der Transparenz im Versicherungssektor war, erhoffte sich der Gesetzgeber konkret von der Neueinführung des § 319 VAG einen erheblichen Beitrag zur allgemeinen Prävention von Verstößen gegen versicherungsaufsichtsrechtlich relevante Vorschriften.<sup>584</sup> Jeder Veröffentlichung dabei

---

581 Nomos-BR/VAG/Laars/Both § 298 Rn. 2; Prölss/Dreher/Dreher VAG § 298 Rn. 90.

582 Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie 2014/17/EU, ABI 2014 L. 60/34.

583 Gesetzentwurf Bundestag 22.10.2014 = BT Drucks 18/2956 S. 295.

584 Gesetzentwurf Bundestag 22.10.2014 = BT Drucks 18/2956 S. 295; Arnbrüster r+s 2015, 425, 430 – Überblick zu den Neuregelungen.

eine Güterabwägung zugrunde, wonach das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem gesetzgeberisch anvisierten, erhöhten Schutz der Versicherten gegenübergestellt wird.<sup>585</sup> Letzterem kommt dabei ein erhöhter Stellenwert zu, was sich in der Ausgestaltung als Soll-Vorschrift niederschlägt. Die Umsetzung erfolgt in Übereinstimmung mit § 319 Abs. 3 Satz 1 VAG im Wege der Veröffentlichung auf der Homepage der BaFin.<sup>586</sup>

Der Kreis der gemäß § 319 VAG zu veröffentlichtenden Maßnahmen wird durch § 319 Abs. 1 Satz 1 VAG konkretisiert. Dort heißt es, die Veröffentlichungen sollen neben Bußgeldern „jede gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Unternehmen [...] verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme“ umfassen. Konkretisierend wirkt hierbei zum einen die Voraussetzung der Bestandskraft, da die Bestandskraft Verwaltungsakten eigen ist. In der Konsequenz sollen durch die BaFin ergangene Anordnungen nur dann bekanntgemacht werden, wenn es Verwaltungsakte sind. Im Umkehrschluss fallen Anordnungen, die nicht als Verwaltungsakt zu charakterisieren sind, auch nicht in den Regelungsbereich des § 319 VAG. Zum anderen folgt aus der Formulierung „gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Unternehmen [...] verhängte [...] Maßnahme“, dass es sich um eine gegen ein konkretes Unternehmen, jedenfalls aber um konkrete Unternehmen handeln muss. Neben den Anordnungen, denen es am Verwaltungsaktscharakter fehlt, fallen Allgemeinverfügungen und auch Rundschreiben – unabhängig von ihrer Einordnung als Verwaltungsakt – aus dem Regelungsbereich des § 319 VAG heraus. De facto bleibt dem § 319 VAG damit hinsichtlich der Anordnungen ein sehr limitierter Wirkbereich, was sich auch in der Zahl der Veröffentlichungen niederschlägt – auf der Seite der BaFin finden sich insgesamt drei Bekanntmachungen.<sup>587</sup>

Resümierend lässt sich über die Neueinführung des *Shamings* in § 319 VAG sagen, dass es sich hierbei nicht um eine separate Handlungsmöglichkeit, sondern um eine Ergänzung gewisser von der BaFin getroffenen Anordnungen handelt. Aufgrund der beschriebenen Limitierung seines Wirkbereichs ist § 319 VAG in der Praxis von geringer Relevanz.

---

585 Gesetzentwurf Bundestag 22.10.2014 = BT Drucks 18/2956 S. 295.

586 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2017, S. 103 – abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl\\_jb\\_2017.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2017.html) (abgerufen Mai 2021).

587 Für die Bekanntmachungen der BaFin i.S.d. § 319 VAG siehe [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/AufsichtlicheOffenlegung/Versicherungsaufsicht/Massnahmen/bekanntmachung\\_von\\_massnahmen\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/AufsichtlicheOffenlegung/Versicherungsaufsicht/Massnahmen/bekanntmachung_von_massnahmen_node.html) (abgerufen Mai 2021).

### 3. Rundschreiben

Nicht zuletzt soll noch ein genauerer Blick auf die aufsichtlichen Rundschreiben der BaFin geworfen werden. Wie bereits im Rahmen der Befasung mit der aufsichtsrechtlichen Generalklausel angeklungen, rekurriert die Aufsichtsbehörde für die Rundschreiben auf § 298 VAG. Zwar handelt es sich damit um keine für sich stehenden Handlungsmöglichkeit, die Rundschreiben nehmen jedoch als „wichtiges Instrument“<sup>588</sup> der Versicherungsaufsicht eine die separate Betrachtung rechtfertigende Sonderstellung ein. Dies wird allein schon durch den schieren Umfang der Rundschreibenpraxis deutlich. Ihre Veröffentlichung erfolgt mittlerweile über die Website der BaFin. Zum Zeitpunkt der Bearbeitung wies der Internetauftritt der BaFin über 200 aktuell gültige Rundschreiben aus.<sup>589</sup> Um hierbei nichtsdestotrotz den Überblick zu behalten und keine neuen Rundschreiben oder aktuelle Änderungen zu übersehen, ermöglicht die BaFin die Anmeldung zu einem entsprechenden Newsletter.

Gegenstand der Rundschreiben ist eine Darlegung der Rechtsauffassung der BaFin. Aus rechtlicher Sicht ist die Mehrzahl der Rundschreiben grundsätzlich als nicht bindendes, norminterpretierendes Verwaltungshandeln zu qualifizieren.<sup>590</sup> Bei der Formulierung der Schreiben ist die Aufsichtsbehörde dabei meist darauf bedacht, den Anschein der Verbindlichkeit der dargelegten Auffassung zu vermeiden.<sup>591</sup> So wird beispielsweise darauf verzichtet, Konsequenzen für gegenläufiges Verhalten zu anzuführen.<sup>592</sup> Trotz der regelmäßig theoretisch fehlenden Verbindlichkeit der Rundschreiben, erwartet die BaFin bekanntmaßen von den beaufsichtigten Unternehmen dennoch die Beachtung der vorgenommenen Norminterpretation.<sup>593</sup> In der Praxis werden die Rundschreiben daher von den Adressaten als weitgehend verbindlich aufgefasst.<sup>594</sup> Dieser Umstand hat

---

588 MünchKommVVG/Sasserath-Alberti Band 3, 2. Teil, 1. Kapitel, Ordnungsnummer 100 Versicherungsaufsichtsrecht Rn. 104.

589 Für eine Aufstellung aller aktuell gültigen Rundschreiben sowie der aufgehobenen Rundschreiben (nochmal rund 70 weitere Rundschreiben, exklusive solcher der Vorgängerbehörden) siehe [https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Rundschreiben/rundschreiben\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Rundschreiben/rundschreiben_node.html) (abgerufen Mai 2021).

590 So beispielsweise MünchKommVVG/Sasserath-Alberti Band 3, 2. Teil, 1. Kapitel, Ordnungsnummer 100 Versicherungsaufsichtsrecht Rn. 104.

591 MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 31.

592 MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 31.

593 Lange VersR 2018, 277 (280); MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 31.

594 Lange VersR 2018, 277 (280); MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 31.

im Zusammenhang mit den mangelnden Rechtsschutzmöglichkeiten in der Literatur zu Kritik geführt.<sup>595</sup> Nur in seltenen Fällen stellen die Rundschreiben Sammelverfügungen dar und ordnen tatsächlich ein konkretes Verhalten an.<sup>596</sup> Sich selbst bindet die Aufsicht durch die kundgetane Rechtsauffassung dagegen regelmäßig, weswegen die Rundschreiben auch Vorteile für die adressierten Versicherungsunternehmen mit sich bringen.<sup>597</sup>

Die Rundschreiben der BaFin weisen zumeist erhebliche Diskrepanzen zwischen theoretischer und praktischer Verbindlichkeit auf und stellen gerade aufgrund ihrer theoretisch regelmäßig nicht vorhandenen, aber in der Praxis wahrgenommenen Verbindlichkeit ein hocheffektives Aufsichtsinstrument dar.

#### 4. Tätigwerden der BaFin aufgrund einer Beschwerde des Versicherungsnehmers

Abschließend soll sich noch in aller gebotenen Kürze mit der häufig außer Acht gelassenen Möglichkeit des Versicherungsnehmers, eine Beschwerde über einen Versicherer bei der BaFin vorzubringen, befasst werden. Hierbei handelt es sich wiederum nicht um eine separate Maßnahme, jedoch um einen zusätzlichen Anlass für ein Tätigwerden der BaFin.<sup>598</sup> Darüber hinaus stellt die Beschwerde für die BaFin eine weitere Möglichkeit der Kenntniserlangung von Missständen dar.<sup>599</sup> Gemäß Art. 17 GG i.V.m. § 4b Abs. 3 Satz 1 FinDAG ist die BaFin zur Stellungnahme gegenüber dem beschwerdeführenden Versicherungsnehmer verpflichtet.<sup>600</sup>

---

595 Lange VersR 2018, 277 (280); Dreher/Lange sprechen in VersR 2011, 825 (832) von einer „durch Rundschreiben selbst geschaffenen Verwaltungspraxis.“.

596 MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 32; Für ein Beispiel einer Sammelverfügung siehe Prölss/Dreher/VAG § 298 Rn. 78.

597 MünchKommVVG/Sasserath-Alberti Band 3, 2. Teil, 1. Kapitel, Ordnungsnummer 100 Versicherungsaufsichtsrecht Rn. 104; MAH VersR/Gebert § 37 Rn. 31.

598 Ausweislich des Jahresberichts der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsauf sight aus dem Jahr 2018, waren Eingaben (von denen über 90 % Beschwerden sind) für die Einleitung vieler Untersuchungen verantwortlich (Jahresbericht der BaFin 2018 S. 137) – abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl\\_jb\\_2018.pdf](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2018.pdf) (abgerufen Mai 2021).

599 Lenz S. 170 noch zum Vorläufer BaFin, dem Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen.

600 Bauer NJW 2015, 1329 (1334); Lenz S. 170 Fn. 648 unter Verweis auf GB BAV 1979, 27 und GB BAV 1987, 34.

Darüber hinaus erlaubt es § 4b Abs. 4 FinDAG der BaFin, das betroffene Versicherungsunternehmen um eine Stellungnahme zu bitten. Die Beschwerden der Versicherten werden den Vorständen des Versicherungsunternehmens vorgelegt und hieraus kann durchaus Kulanz entwachsen.<sup>601</sup> Insofern besteht zwischen der Beschwerde bei der BaFin und der Kulanz im Versicherungswesen in gewissem Maße ein direkter Zusammenhang. Da die BaFin in Übereinstimmung mit § 294 Abs. 8 VAG ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt, ist ein darüber hinausgehendes Eingreifen im individuellen Einzelfall allerdings nicht möglich.<sup>602</sup>

## 5. Zusammenfassung

Da es sich bei § 319 VAG um eine ergänzende und von der gewählten Ausgangsmaßnahme abhängige Handlungsmöglichkeit handelt und die Rundschreiben unter die Generalklausel fallen, ergeben sich die maßgeblichen Handlungsmöglichkeiten der BaFin im Wesentlichen aus der aufsichtsrechtlichen Generalklausel. Diese eröffnet der BaFin jedenfalls bis dato – ungeachtet der umfassenden europa- und verfassungsrechtlichen Kritik – in der Praxis ein erhebliches Handlungsspektrum, welches sie auch regelmäßig ausschöpft. Die Ausschöpfung dieses Handlungsspielraums zugunsten der Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität in der Kulanz erscheint vor diesem Hintergrund jedenfalls abstrakt möglich. Die Subsumtion unter die konkreten Voraussetzungen der aufsichtsrechtlichen Generalklausel, soll im Rahmen des konkreten Handlungsausblicks unter Berücksichtigung aller relevanten praktischen Umstände erfolgen. An dieser Stelle wird auch die Vielzahl der kritischen Stimmen zur aufsichtsrechtlichen Generalklausel im Rahmen des konkreten Handlungsausblicks<sup>603</sup> unter praktischen Gesichtspunkten zu berücksichtigen sein.

---

601 Bauer NJW 2015, 1329 (1334); zur Möglichkeit der sich aus der Beschwerde ergebenden Kulanz auch Lenz S. 170.

602 Bauer in NJW 2015, 1329 (1334) empfiehlt einem vor der Wahl zwischen BaFin und Ombudsmann stehenden Versicherungsnehmer aufgrund der im individuellen Streitfall umfassenderen Handlungskompetenzen den Gang zum Ombudsmann. Zu den Handlungsmöglichkeiten der Ombudsmänner s. Kapitel 9 II.

603 Kapitel 11.

## II. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der im Privatversicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen

Neben der BaFin nehmen die im Privatversicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen die wohl wichtigste Rolle als Korrektiv in der Versicherungsbranche ein. Mit Inkrafttreten des VSBG sind Unternehmen gem. §§ 36, 37 VSBG verpflichtet, über die bestehenden Verbraucherstreitbeilegungsstellen zu informieren und ihre grundsätzliche Teilnahme hieran kenntlich zu machen.<sup>604</sup> Auch aufgrund dieser Hinweispflicht, steigt ihre Bedeutung kontinuierlich an. Vor diesem Hintergrund lohnt sich der Blick auf die den Ombudsmännern zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten. Da in der deutschen Versicherungsbranche, wie bereits eingangs aufgezeigt, mit dem PKV Ombudsmann und dem Versicherungsbudsmann zwei Ombudsmänner agieren, ist eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen. Dabei ergibt sich der jeweilige Handlungsspielraum maßgeblich aus der Bindungswirkung der Entscheidungen und aus den satzungsmäßigen Vorgaben, an die die Ombudsmänner im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung gebunden sind.

### 1. Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung

Der Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung (PKV-Ombudsmann) ist, wie der Name suggeriert und wie auch bereits zuvor erläutert, für Beschwerden im Zusammenhang mit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung zuständig.<sup>605</sup> Hinsichtlich der als maßgeblich herausgestellten Bindungswirkung ist zunächst zu konstatieren, dass die Entscheidungen des PKV-Ombudsmanns keine rechtliche Bindungswirkung entfalten. Im Falle eines zugunsten des Beschwerdeführers ausfallenden Verfahrens wird lediglich eine an den Beschwerdegegner gerichtete formelle Empfehlung ausgesprochen. Aus der fehlenden rechtlich angeordneten Bindungswirkung könnte sich eine erhebliche Einschränkung des Handlungsspielraums und damit eine geringere Bedeutung mit Blick auf den Gegenstand dieser Arbeit ergeben. Eine solche Einschätzung wäre

---

604 Zu dem im Rahmen der Einführung angenommenen Fallzahlenanstieg, und warum dieser unter Berücksichtigung historischer Entwicklungen in anderen Ländern – trotz seines bisherigen Ausbleibens – in Zukunft dennoch zu erwarten sein wird siehe Braun VuR 2019, 130 (131).

605 PKV-Ombudsmann Statut § 3 Abs. 2.

allerdings unzutreffend, da hierbei verkannt werden würde, dass sich eine Bindungswirkung nicht lediglich aus rechtlichen Aspekten ergeben kann. So halten sich die Versicherungsunternehmen in der Praxis regelmäßig an die ausgesprochenen Empfehlungen.<sup>606</sup> Der PKV-Ombudsmann erzielt damit im Wege seiner Entscheidungen eine faktische Bindungswirkung, und die fehlende rechtliche Anordnung derselben wirkt sich nicht unbedingt schmälernd auf seine Bedeutung aus. Eine Begrenzung des Streitwerts kennt das Statut des PKV-Ombudsmannes dabei nicht.

Für einen weit gefassten Handlungsspielraum spricht auch § 2 PKV-Statut, welcher die unabhängige Amtsausübung des Ombudsmanns in der Satzung festschreibt. Demnach ist der Ombudsmann an keinerlei Weisungen gebunden. Aus der unabhängigen Amtsausübung und der fehlenden Weisungsgebundenheit folgt dabei jedoch nicht, dass der PKV-Ombudsmann völlige Freiheit im Rahmen seiner Entscheidungsfindung genießt. Diesbezüglich stellt § 10 des PKV-Statuts klar, dass „Für die Beurteilung der Beschwerde durch den Ombudsmann [...] der Inhalt des Versicherungsvertrages, das Gesetzesrecht sowie die dazu ergangene Rechtsprechung maßgeblich sind.“ Dass aus der satzungsmäßig angeordneten Maßgeblichkeit der vorgenannten Entscheidungskriterien nicht ihre Ausschließlichkeit folgt, zeigen in der Vergangenheit ausgesprochene Empfehlungen, die sich auch unmittelbar mit der Kulanz befassen. So sprach sich der Ombudsmann in einem Fall für Kulanz aus, weil ihm ihre Nichtgewährung als unangemessen erschien.<sup>607</sup> Darüber hinaus erklärte der PKV-Ombudsmann auf Anfrage, dass sich grundsätzlich in Einzelfällen für eine Leistung aus Kulanz ausgesprochen werde, auch wenn diese

---

606 Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 167.

607 Siehe hierzu PKV Ombudsmann Tätigkeitsbericht 2016 S. 46 f. – abrufbar unter <https://www.pkv-ombudsmann.de/taetigkeitsbericht/2016.pdf> (abgerufen Mai 2021): Konkret ging es um einen Fall, welcher das Primärarztprinzip zum Gegenstand hatte. Ein Versicherungsnehmer hatte sich entgegen der Versicherungsbedingungen vor der fachärztlichen Behandlung nicht zuerst an einen Allgemeinmediziner gewendet. Die Versicherungsbedingungen sahen für diesen Fall eine Leistungskürzung vor. Der Facharzt hatte jedoch am Versicherungsnehmer zweieinhalb Jahre allgemeinmedizinische Behandlungen vorgenommen, Überweisungen erstellt und Arztbriefe entgegengenommen und damit faktisch als Primärarzt agiert. Der Versicherer lehnte eine kulanzweise Anerkennung als Primärarzt ab, da diese erst nach drei Jahren erfolgen könnte. Das Beharren auf der Mindestdauer erschien dem Ombudsmann unangemessen.

nicht ausdrücklich beschwerdegegenständlich war.<sup>608</sup> Vergleichbare Empfehlungen spricht der PKV-Ombudsmann bereits seit geraumer Zeit aus.<sup>609</sup> Die den Entscheidungsmaßstab normierende Satzungsvorschrift scheint mithin durch den Ombudsmann weit ausgelegt zu werden.

Hieran hat auch die bereits angesprochene<sup>610</sup> Anerkennung des PKV-Ombudsmannes als anerkannte Verbraucherstreitbeilegungsstelle i.S.d. VSBG grundsätzlich nichts geändert. Zwar soll gem. § 19 Abs. 1 VSBG, ein Schlichtungsvorschlag „am geltenden Recht“ ausgerichtet sein. Das PKV-Statut geht hierüber aber ohnehin bereits hinaus – und das obwohl ein Schlichtungsvorschlag im Sinne des VSBG nicht ohne weiteres mit der unverbindlichen Empfehlung des PKV-Ombudsmanns gleichzusetzen sein dürfte. Des Weiteren handelt es sich bei den aus dem VSBG ergebenden Vorgaben um „Soll-Vorgaben“ und es wird auch lediglich von einer Ausrichtung und nicht von einer Bindung gesprochen. Aus der Anerkennung können sich daher bereits vor diesem Hintergrund nur bedingt Änderungen hinsichtlich des Handlungsspielraums ergeben. Insbesondere ist aber hervorzuheben, dass die Verbraucherstreitbeilegungsstelle gemäß § 19 Abs. 3 VSBG verpflichtet ist, die Parteien darüber zu unterrichten, „dass der Vorschlag von dem Ergebnis eines gerichtlichen Verfahrens abweichen kann.“ Insofern wird eine etwaige Diskrepanz zwischen den Entscheidungen der Ombudsmänner und denen der Gerichte auch von Gesetzes wegen toleriert. Unter Berücksichtigung der maßgeblichen Normen des VSBG, können somit auch allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen der Ombudsmänner weiterhin in die Entscheidung einfließen.<sup>611</sup> Für einen Fortbestand des vor der Anerkennung als Verbraucherstreitbeilegungsstelle geltenden *status quo*, spricht daneben auch der für Ombudsmänner systemimmanent geltende Spielraum im Rahmen des Entscheidungsmaßstabs.<sup>612</sup> Dieser steht auch im Einklang mit der Aussage des Bundesverfas-

---

608 Antwort des PKV-Ombudsmanns vom 15. November 2018 auf eine Anfrage des Verfassers vom 24. Oktober 2018.

609 Tätigkeitsbericht PKV Ombudsmann 2008, S. 24 – abrufbar unter <https://www.pkv-ombudsmann.de/taetigkeitsbericht/2008.pdf> (zuletzt abgerufen Januar 2020).

610 Siehe hierzu Kapitel 4 V.

611 A.a.O., S. 11.

612 Günther Hirsch (seines Zeichens ehemaliger Versicherungsombudsmann, siehe hierzu Kapitel 4 V. 2) im Rahmen des 15 Jahre Versicherungsombudsmann Symposium am 18. Januar 2017: Die Ziegenparabel: Was ist recht und billig? S. 11 – abrufbar unter [https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/2017/02/Die\\_Ziegenparabel.pdf](https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/2017/02/Die_Ziegenparabel.pdf) (abgerufen Mai 2021).

sungsgerichts, „dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken.“<sup>613</sup>

Der abstrakte Handlungsspielraum des PKV-Ombudsmannes ist damit, unter Berücksichtigung seiner zum Teil faktischen Bindungswirkung und seines Umgangs mit den satzungsmäßigen Vorgaben, als unter praktischen Gesichtspunkten umfassend einzuordnen. In der Vergangenheit wurden von Seiten des PKV-Ombudsmanns bereits mehrfach Kulanzempfehlungen ausgesprochen, auch wenn diese nicht verfahrensgegenständlich waren. Inwiefern sich diese Untersuchungsergebnisse auch auf die Rolle des PKV-Ombudsmannes zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität in der Kulanzpraxis durchschlagen, soll – analog zur Befassung mit der BaFin – an späterer Stelle unter Einbeziehung der maßgeblichen praktischen Gesichtspunkte eruiert werden.<sup>614</sup>

## 2. Versicherungsombudsmann e.V.

Neben dem PKV-Ombudsmann besteht in der Versicherungsbranche der Versicherungsombudsmann. Eine mit dem OKV-Ombudsmann vergleichbare namentliche Limitierung auf einen bestimmten Versicherungszweig ist beim Versicherungsombudsmann nicht vorhanden. So handelt es sich beim Versicherungsombudsmann auch um eine allgemein für Streitigkeiten in der Versicherungsbranche zuständige Verbraucherstreitbeilegungsstelle. Die vorangegangenen Ausführungen hinsichtlich potenzieller Auswirkungen der Anerkennung als Verbraucherstreitbeilegungsstelle im Sinne des VSBG zum PKV-Ombudsmann, erstrecken sich im Kern gleichermaßen auf den Versicherungsombudsmann.<sup>615</sup> Insofern ergeben sich hieraus auch bezüglich des Handlungsspielraums des Versicherungsombudsmannes keine maßgeblichen Änderungen.

Im Unterschied zum PKV-Ombudsmann entfalten die Entscheidungen des Versicherungsombudsmanns – im Falle der Annahme der Entscheidung durch den beschwerdeführenden Versicherungsnehmer – zu Lasten des Beschwerdegegners bis zu einem Streitwert von 10.000 Euro für diesen Bindungswirkung, vgl. § 10 Abs. 3 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 VomVO. Im

---

613 BVerfGE 34, 269; auch von *Günter Hirsch* in diesem Zusammenhang angeführt, a.a.O., S. 11.

614 Siehe hierzu Kapitel 11.

615 Siehe Kapitel 9 II. 1 – das gilt selbstverständlich nicht für die PKV-Ombudsman-spezifischen Ausführungen.

Falle von darüber hinausgehenden Beträgen erlässt der Versicherungsombudsmann, wie der PKV-Ombudsmann, eine Empfehlung, wobei er hierzu lediglich bis zur Streitwertgrenze von 100.000 Euro befugt ist, § 10 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 VomVO. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 VomVO ist die Empfehlung weder für den Versicherungsnehmer noch für den Versicherer bindend. Anders als beim PKV-Ombudsmann nimmt die Satzung im Rahmen der Normierung der Entscheidungsgrundlage keinen direkten wörtlichen Bezug auf die Rechtsprechung, sondern bezieht sich lediglich ausdrücklich auf Recht und Gesetz.<sup>616</sup> Auf Anfrage wurde allerdings klar gestellt, dass nach Auffassung des Versicherungsombudsmanns die Bindung an die Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Art. 20 Abs. 3 GG sowie der Auslegung der maßgeblichen Satzungs- und Verfahrensordnungsvorschriften gleichermaßen vorläge.<sup>617</sup>

Eine weitere Abweichung ergibt sich aus der unmittelbaren satzungsmäßigen Bezugnahme auf Rechtsgrundsätze. So heißt es in § 6 Abs. 4 Satz 2 VomVO ausdrücklich, der Ombudsmann solle neben Recht und Gesetz, auch „allgemeine Grundsätze ordnungsgemäßer Versicherungs-, Kapitalanlage- und Vertriebspraxis (Wettbewerbsrichtlinien), die das Versicherungsgeschäft und seine Abwicklung beeinflussen, [...] miterücksichtigen“.<sup>618</sup> Hieraus scheint sich eine Prädestinierung des Versicherungsombudsmannes für die Durchsetzung der Rechtsgrundsatzkonformität zu ergeben. Auf Anfrage wurde durch den Versicherungsombudsmann allerdings klargestellt, dass nach dem aktuell vorherrschenden Normverständnis hiermit im Wesentlichen von der BaFin entwickelte Grundsätze gemeint seien und die Norm in der Praxis bisher weitestgehend ohne Belang sei.<sup>619</sup> Derjenige, dem die Grundsätze nützen würden, müsse sie in das Verfahren einführen und das sei bisher nicht passiert.<sup>620</sup>

Der Versicherungsombudsmann ist laut § 9 Abs. 1 lit. c VomVO befugt, eine Beschwerde abzulehnen, sofern „eine grundsätzliche Rechtsfrage, die

---

616 *Hirsch* in FS E. Lorenz (2014) S. 159 (167)

617 Antwort des Versicherungsombudsmanns vom 18. Dezember 2018 auf eine Anfrage des Verfassers vom 28. November 2018; Für eine abweichende Ansicht zur Bindungswirkung (hier mit Blick auf die Verwaltung) siehe *Bettermann* in FS Meilicke (1985), S. 1 (1 ff.).

618 Dies deckt sich inhaltlich auch mit § 13 Abs. 2 der Satzung des Versicherungsombudsmanns e.V.

619 Antwort des Versicherungsombudsmanns vom 18. Dezember 2018 auf eine Anfrage vom 28. November 2018.

620 Antwort des Versicherungsombudsmanns vom 18. Dezember 2018 auf eine Anfrage vom 28. November 2018.

für die Bewertung der Streitigkeit erheblich ist, nicht geklärt ist“. Hierdurch kann der Ombudsmann gewährleisten, dass Versicherungsunternehmen, die eine gerichtliche Feststellung zu vermeiden gedenken, dies nicht im Wege der Instrumentalisierung des Versicherungsombudsmanns gelingen kann.

Nicht zuletzt ist ein erheblicher Unterschied zwischen den gegenständlichen Ombudsmännern mit Blick auf den in den Satzungen jeweilig normierten tauglichen Beschwerdegegenstand festzustellen. Während das PKV-Statut in § 3 Abs. 2 Satz 1 lediglich die Bezugnahme „auf eine Private Kranken- oder Pflegeversicherung und die sich bei ihrer Durchführung ergebenden Fragen“ fordert, sieht die VomVO einen deutlich enger gefassten Beschwerdegegenstand vor. § 2 Abs. 2 VomVO schreibt vor, dass „die Beschwerde einen eigenen Anspruch“ zum Gegenstand haben muss, welcher vertraglicher beziehungsweise vorvertraglicher Natur ist oder das Bestehen des Vertrages in Frage stellt. Ebenfalls auf Anfrage erklärte der Versicherungsombudsmann, dass nach Ihrem bis dato geltenden Rechtsverständnis Kulanz hiervon nicht erfasst sei.<sup>621</sup>

Abschließend ist hervorzuheben, dass die Kulanz in den vom Versicherungsombudsmann veröffentlichten Entscheidungen bis dato kein Thema ist. Das könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass in der VomVO ausdrücklich festgeschrieben wird, dass ein Anspruch verfahrensgegenständlich ist. Der Versicherungsombudsmann hat auf Anfrage bestätigt, dass es sich bei der Kulanz nach ihrem Rechtsverständnis stets um eine freiwillige Entscheidung des Versicherers handele und ein diesbezüglicher Anspruch nicht bestehe.<sup>622</sup> Die Kulanzentscheidung kann damit auch schlicht nicht Gegenstand des Verfahrens werden.

Der Handlungsspielraum des Versicherungsombudsmanns ist aufgrund seiner Zuständigkeit für den gesamten Privatversicherungssektor grundsätzlich weit gefasst. Begrenzend wirken jedoch die Streitwertgrenze sowie die Beschränkung des Beschwerdegegenstandes auf Ansprüche. Die Erwähnung der Rechtsgrundsätze im Zuge der Normierung des Entscheidungsmaßstabes tangiert nur auf den ersten Blick die im Rahmen dieser Arbeit gegenständlichen Grundsätze und eine Befassung mit der Kulanz ist bis dato nicht ersichtlich. Inwiefern sich diese Untersuchungsergebnisse auch im Rahmen des konkreten Handlungsausblicks widerspiegeln, ist damit

---

621 Antwort des Versicherungsombudsmanns vom 18. Dezember 2018 auf eine Anfrage des Verfassers vom 28. November 2018.

622 Antwort des Versicherungsombudsmanns vom 18. Dezember 2018 auf eine Anfrage des Verfassers vom 28. November 2018.

allerdings noch nicht abschließend geklärt. Hierfür sind zunächst – analog zum PKV-Ombudsmann – alle maßgeblichen praktischen Gesichtspunkte zu ermitteln und abschließend zu berücksichtigen.<sup>623</sup>

### 3. Zusammenfassung

Die beiden im Versicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen unterscheiden sich nicht nur im Hinblick auf ihren Tätigkeitsbereich, sondern auch hinsichtlich der Normierung der Bindungswirkung und der Festlegung einer Streitwertgrenze. Vor diesem Hintergrund kann keine einheitliche Aussage über die abstrakten Handlungsspielräume getroffen werden. Der Handlungsspielraum des mit einem sektorspezifisch begrenzten Zuständigkeitsbereich ausgestatteten PKV-Ombudsmanns erscheint – aufgrund der weiteren Auslegung des Entscheidungsmaßstabs und trotz der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung – in Bezug auf die Frage der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanz weiter gefasst. Das gilt umso mehr unter Berücksichtigung der regelmäßig zu beobachtenden, praktischen Bindungswirkung seiner Empfehlungen, sowie der bereits in der Vergangenheit erfolgten Befassung mit der Kulanz. Dagegen verfügt der Versicherungsombudsmann zwar über die Kompetenz, bei Einverständnis des Versicherungsnehmers bindende Entscheidungen zulasten des Versicherers zu treffen. Es scheint hier allerdings ein deutlich engeres Verständnis des Entscheidungsmaßstabs vorzuherrschen und eine Befassung mit der Kulanz wird bis dato – soweit ersichtlich – in Gänze vermisst.

### III. Zusammenfassung

Während die BaFin grundsätzlich nicht mit dem Schutz der individuellen Belange der Versicherten beauftragt ist, schließen die beiden im Versicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen genau diese Lücke.<sup>624</sup> Die in vielen Aspekten divergierenden Einrichtungen sind grundsätzlich beide

---

623 Siehe hierzu Kapitel 11.

624 So auch *Bauer* in NJW 2015, 1329 (1334): Deckungsprozesse in der Rechtsschutzversicherung, der einem vor der Wahl zwischen BaFin und Ombudsmann stehenden Versicherungsnehmer aufgrund der im individuellen Streitfall umfassenderen Handlungskompetenzen den Gang zum Ombudsmann empfehlen würde.

### *III. Zusammenfassung*

mit einer breiten Handlungspalette ausgestattet, unterscheiden sich aber insbesondere bezüglich des Verständnisses ihres Entscheidungsmaßstabs. Inwiefern die jeweiligen abstrakten Handlungsmöglichkeiten eine konkrete Bedeutung für die Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzer Praxis entfalten, soll Gegenstand des konkreten Handlungsausblicks sein.<sup>625</sup>

---

625 Siehe hierzu Kapitel 11.