

## Kapitel 19. Entwicklung eines Lösungsvorschlags zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis

### *1. Sinnhaftigkeit der Entwicklung eines Lösungsvorschlags*

Nachdem hinsichtlich der deutschen Akteure festgestellt wurde, dass eine geänderte Handhabung unter Berücksichtigung der innerdeutschen Voraussetzungen und Entwicklungen nicht zu erwarten war, stellte sich die Frage, ob die Entwicklung von Leitlinien zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität damit nicht obsolet – und wenn nicht obsolet, dann jedenfalls nicht von praktischer Relevanz – sei.

Zieht man bei der Beantwortung dieser Frage allerdings die im Rahmen des Rechtsvergleichs gewonnen Erkenntnisse mit in Betracht, zeigt sich auch die potenzielle Praxisrelevanz eines zu entwickelnden Lösungsvorschlags zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität. So ist im Vereinigten Königreich die zunehmende Anerkennung der Bedeutung der Gleichbehandlung im Versicherungssektor zu beobachten. Hierbei ziehen die Versicherungsaufsicht, der FOS, die Regierung und Verbraucherschutzeinrichtungen an einem Strang. Da das Vereinigte Königreich bereits in der Vergangenheit – wie am Beispiel der Rechtsstreitigkeiten zu bestimmten Restschuldversicherungstarifen ersichtlich, die das Vereinigte Königreich mehrere Jahre vor Deutschland erkannte – eine Vorreiterrolle eingenommen hat, ist eine vergleichbare Entwicklung in Deutschland durchaus plausibel. Aufgrund der aufgezeigten, in Deutschland bestehenden Schnittmenge des Prinzips der Gefahrengemeinschaft mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, beträfe diese Entwicklung jedenfalls mittelbar auch das Prinzip der Gefahrengemeinschaft.

Die Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität kann dabei zweifelsohne auch finanzielle Vorteile für Versicherer und Versicherungsnehmer mit sich bringen. Veranschaulicht wurde das anhand der Praxis der Kaskoversicherer, bei der Reparatur von Glasschäden an Kraftfahrzeugen den Selbstbehalt zu erlassen, welche im Ergebnis bei den Versicherern und mittelbar bei den Versicherungsnehmern zu erheblichen Mehrkosten geführt hat. Nicht zuletzt ist auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten insbesondere die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu befürworten. Denn der status quo in der Kulanzpraxis, der zum Teil eine systematische

Benachteiligung sozial und finanziell schwächerer Versicherungsnehmer bedingt, kann auch aus Verbraucherschutzperspektive nicht tragbar sein.

Bei Berücksichtigung aller relevanten Aspekte ist die Entwicklung eines Lösungsvorschlags zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität in der Kulanz damit sowohl (finanziell) sinnvoll als auch praktisch relevant. Es ließe sich sogar argumentieren, dass aus Sicht der Versicherer, denen eine zukünftige Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität – ob forciert oder freiwillig – obliegen muss, bereits aus einer bestehenden finanziellen Sinnhaftigkeit einer rechtsgrundsatzkonformen Kulanzpraxis die praktische Relevanz der Entwicklung eines Lösungsvorschlags folgt.

## II. Ausgestaltung des Lösungsvorschlags

Die Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität ist, wie aufgezeigt, hochkomplex, da hierzu diverse Faktoren und Daten zu berücksichtigen sind. Diese Komplexität legt nahe, dass eine Wahrung der Rechtsgrundsätze allein durch die jeweiligen Sachbearbeiter kaum zu gewährleisten ist. Eine Entscheidung durch den Sachbearbeiter ist aber häufig der status quo in der Versicherungspraxis.

Unter Zuhilfenahme des Digitalisierungsfortschritts, ist es möglich, hier proaktiv verlässliche und weitgehend rechtsgrundsatzkonforme Ideen und Lösungswege zu entwickeln. Zu denken ist dabei an einen komplexen und lernfähigen Algorithmus, der bei Einpflegung der relevanten Daten dazu in der Lage sein könnte, rechtsgrundsatzkonforme Entscheidungen zu treffen.<sup>1130</sup> Die rechtsgrundsätzlich geschützten Interessen der Versicherungsnehmer und wirtschaftliche Erwägungen sollten und könnten hierbei in einem ausgewogenen Verhältnis Berücksichtigung finden. Dieser Lösungsvorschlag begegnet dabei auch dem öffentlichen Eindruck, die Versicherer würden das Potenzial der Digitalisierung bisher nicht ausschöpfen.<sup>1131</sup>

Die grundsätzliche Möglichkeit des Rückgriffs auf Algorithmen erhielt erst kürzlich auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten durch

---

1130 Wie bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis in Kapitel 8 herausgestellt, sind *rechtsgrundsatzkonforme* Entscheidungen im Kontext dieser Untersuchung solche, die nicht oder aber jedenfalls in gerechtfertigter Weise gegen Rechtsgrundsätze verstoßen.

1131 Bevölkerungsrepräsentative Studie von *adcubum* „Studie: Digitale Versicherung 2019“ S. 23 – abrufbar unter [https://www.adcubum.de/fileadmin/user\\_upload/Studie\\_Digitale\\_Versicherung\\_2019\\_DE.pdf](https://www.adcubum.de/fileadmin/user_upload/Studie_Digitale_Versicherung_2019_DE.pdf) (zuletzt abgerufen März 2020); ausführlich hierzu siehe Kapitel 3 III. 1.

den BGH Rückendeckung. Mit Blick auf das Urteil zum Verbraucherportal *Yelp*<sup>1132</sup> konstatierte die Pressesprecherin des BGH *Weinland*, dass es keine Rolle spiele, „ob die Bewertung mit Hilfe eines Algorithmus vorgenommen wird oder ob eine Vielzahl von Personen die einzelnen Bewertungen prüft.“<sup>1133</sup> Zwar befassten sich die Richter in dieser Entscheidung lediglich mit der Berufsausübungs- und der Meinungsfreiheit. Es ist jedoch eindeutig erkennbar, dass der Senat die Bedeutung von Algorithmen in einer zunehmend digitalisierten Welt erkannt hat und bereit war, diesen ihren Platz im Konstrukt der Grundrechte zuzugestehen.

Ein automatisierter, rechtsgrundsatzwahrender Entscheidungsprozess würde insbesondere auch nicht dem von der Versicherungsaufsicht geprägten Begriff der *Regelkulan*z zuzuordnen sein. Zwar würden wohl im Interesse der Gleichbehandlung in versicherungstechnisch gleichen Konstellationen gleiche Entscheidungen getroffen werden. Allerdings würde unter Verwendung eines Algorithmus im Idealfall eine höchstpräzise Differenzierung erreicht werden, sodass wohl kein Fall der *Regelkulan*z im von der Versicherungsaufsicht in der Vergangenheit beanstandeten Sinne vorläge. Darüber hinaus wäre ein diesbezügliches Eingreifen der BaFin unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten geänderten Haltung zur *Regelkulan*z ohnehin nicht überwiegend wahrscheinlich.

Inwiefern neben den regulatorischen Möglichkeiten bereits heute die technischen Voraussetzungen für den vorgeschlagenen Lösungsweg vorliegen, ist dabei unklar. So erschien erst Mitte 2019 eine Studie mit dem Titel „Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen“<sup>1134</sup>, ausweislich derer sich die Hoffnungen auf objektivere Entscheidungen durch Verwendung eines Algorithmus bisher noch regelmäßig nicht erfüllen. Unlängst sorgte in diesem Zusammenhang auch Apple für Schlagzeilen, deren Kreditkarte sich Diskriminierungsvorwürfen ausgesetzt sah. Die Kreditrahmen von Ehegatten fielen zum Teil in erheblichem Maße zuungunsten der Ehefrau auseinander, obwohl ausschließlich gemeinsame Konten existierten, die

---

1132 BGH, Urteil vom 14. Januar 2020 - VI ZR 495/18.

1133 So abgedruckt auf der Website der Tagesschau im Artikel vom 14. Januar 2020 von *Klaus Hempel*: „Yelp darf Bewertungen aussortieren“ – abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/bgh-yelp-urteil-101.html> (zuletzt abgerufen März 2020).

1134 Eine von *Carsten Orwat* mit einer Zuwendung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erstellte Studie aus dem September 2019 – abrufbar unter [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie\\_diskriminierungsrisiken\\_durch\\_verwendung\\_von\\_algorithmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (abgerufen Mai 2021).

Frauen einen besseren *credit score*<sup>1135</sup> hatten und auch eine gemeinsame Steuererklärung abgegeben wurde.<sup>1136</sup> Auch wenn die technischen Voraussetzungen damit heute noch nicht vollumfänglich vorliegen sollten, ist das Arbeiten an einer derartigen Lösung allerdings wünschens- und, wie aufgezeigt, auch empfehlenswert. Bis zur Realisierung des vorgenannten Lösungsvorschlags bleibt den Versicherern lediglich der Ausspruch von klaren dahingehenden Anweisungen an die jeweilig mit den Entscheidungen betrauten Sachbearbeiter. Denkbar wäre hier eine Ergänzung existenter Guidelines zur Schadensabwicklung, um einen entsprechenden Passus mit Erläuterungen und Anweisungen zur Wahrung der maßgeblichen Rechtsgrundsätze.

Unabhängig vom beschrittenen Lösungsweg beziehungsweise dem entsprechenden Entwicklungsstadium sollten die relevanten Akteure praktisch mit umfassenderen Handlungsmöglichkeiten ausgestattet werden. Nur so kann der Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Versicherungsrecht in angemessenem Maße Rechnung getragen und ihre zukünftige Einhaltung sichergestellt werden. Neben der Schaffung der Möglichkeit verbindlicher Entscheidungen für den PKV-Ombudsmann, wäre insbesondere eine Annäherung der praktizierten Entscheidungsmaßstäbe der deutschen Ombudsmänner an den *fair and reasonable* - Ansatz des FOS begrüßenswert. Der Entscheidungsmaßstab des FOS konnte im Zuge des Rechtsvergleichs aufgrund seiner anerkannten Flexibilität als besonders geeignet zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität herausgearbeitet werden. Das VSBG gewährt bereits jetzt den hierfür notwendigen Raum. So handelt es sich bei den maßgeblichen Vorschriften um „Soll-Vorschriften“ und die Möglichkeit der Abweichung von gerichtlichen Entscheidungen wird von Gesetzes wegen zugestanden.<sup>1137</sup> Rekurrieren ließe sich argumentativ auch auf das BVerfG, welches in der Vergangenheit festgestellt hat, „daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken.“<sup>1138</sup>, was umso mehr für den bereits mit einem wei-

---

1135 Hierzu ist kein exaktes Pendant im Deutschen ersichtlich; es handelt sich um eine numerische Darstellung der Kreditwürdigkeit. Am ehesten verwandt ist der *credit-score* wohl mit der *Schufa Bonitätsauskunft*.

1136 Roland Lindner in der FAZ vom 11. November 2019: „Vorwürfe auf Twitter: benachteiligt Apples Kreditkarte Frauen?“ – abrufbar unter <https://www.faz.net/t/einspruch/nachrichten/vorwurfe-auf-twitter-benachteiligt-apples-kreditkarte-frauen-16480174.html> (abgerufen Mai 2021)

1137 Ausführlich hierzu siehe Kapitel 9 II. 1.

1138 BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269 Rn. 38.

ter gefassten Entscheidungsmaßstab ausgestatteten Ombudsmann gelten muss.<sup>1139</sup> Da die Versicherungsombudsmänner nicht – wie im Vereinigten Königreich der FOS – staatlich angeordnet sind, sondern sich die Versicherer der Jurisdiktion der Ombudsmänner freiwillig unterwerfen, bestünden bei einer Angleichung auch weiterhin keine grundgesetzlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>1140</sup> Auch das aus Art. 6 EMRK abgeleitete *fair-trial*-Prinzip stünde einer derartigen Adaption nicht entgegen, da der Entscheidungsmaßstab des FOS in der Vergangenheit bereits auf dem gerichtlichen Prüfstand war und als EMRK-konform bewertet wurde.<sup>1141</sup> Gleichzeitig ist diese gerichtliche Befassung auf europäischer Ebene natürlich Ausdruck davon, dass ein weiter Handlungsspielraum nicht gänzlich unkritisch gesehen wird – und selbiges trifft auch in Deutschland zu.<sup>1142</sup> Die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft bei den entsprechenden Ombudsmännern birgt daher natürlich dem Grunde nach die Gefahr, dass eine Anpassung des Entscheidungsmaßstabs Versicherungsunternehmen zum Ausstieg aus den den Ombudsmännern zugrundeliegenden Vereinen bewegt. Das ist jedoch insbesondere aufgrund der wohl mit diesem Schritt einhergehenden Imageschäden als unwahrscheinlich einzuordnen. Die Bedeutung der Rechtsgrundsätze und ihre Schutzwirkung für die Versicherungsnehmer muss aber an dieser Stelle gegenüber etwaigen Bedenken überwiegen.

---

1139 *Günther Hirsch* 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).

1140 Zum grundgesetzlichen Konflikt bei staatlicher Anordnung des Unterstellens der Jurisdiktion des Ombudsmannes siehe *von Hippel* Der Ombudsmann S. 23.

1141 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.161 – zusammenfassend mit Blick auf *Heather, Moor and Edgecomb Limited v United Kingdom* 1550/09 [2011] ECHR 1019; für eine ausführlichere Darstellung des zugrundeliegenden Rechtsstreits siehe Kapitel 15 II. 3.

1142 Kritisch – noch vor Inkrafttreten des VSBG – beispielsweise *Engel* NJW 2015, 1633 ff.; Vgl. auch *Braun* VuR 2019, 130 (134), der Bedenken zum Entscheidungsmaßstab aber jedenfalls zum aktuellen Zeitpunkt für unbegründet hält.

Das gilt insbesondere auch, da es sich bei beiden Privatversicherungsbudsmännern um anerkannte Verbraucherstreitbelegungsstellen des VSBG handelt und dies letztlich der verbraucherschützenden Intention bei der Einführung des VSBG Rechnung tragen würde.<sup>1143</sup>

In Bezug auf die BaFin ist zu begrüßen, dass in einer aktuellen Entscheidung<sup>1144</sup> die Europarechts- und Verfassungskonformität der Generalklausel höchstrichterlich bestätigt wurde.<sup>1145</sup> Die BaFin ist aufgrund der geschaffenen Klarheit bei der Ergreifung von Maßnahmen nicht länger in vergleichbarem Maße angreifbar und die Änderung ihrer Handhabe der Kulanzpraxis wäre deutlich erleichtert. Die Anerkennung der fortbestehenden Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Kontext der Kulanz wäre wünschenswert. Auch aufgrund der teilweise festgestellten wirtschaftlichen Schädlichkeit von nicht rechtsgrundsatzkonformen Kulanzpraktiken sollte die BaFin sich über die andauernde Kritik an ihrem weit gefassten Handlungsspielraum hinwegsetzen und zur Wahrung der Belange der Versicherten rechtsgrundsatzwährend tätig werden.

---

1143 Die Schaffung des VSBG ist Teil der Umsetzung der *Richtlinie 2013/11/EU* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 (sogenannte ADR-Richtlinie). Die Richtlinie ist maßgeblich auf Art. 114 AEUV gestützt. Der erste Erwägungsgrund in der deutschen Fassung der Richtlinie lautet dabei wie folgt: „Gemäß Artikel 169 Absatz 1 und Artikel 169 Absatz 2 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) leistet die Union durch Maßnahmen, die sie nach Artikel 114 AEUV erlässt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Gemäß Artikel 38 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union stellt die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

1144 Die Schaffung des VSBG ist Teil der Umsetzung der *Richtlinie 2013/11/EU* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 (sogenannte ADR-Richtlinie). Die Richtlinie ist maßgeblich auf Art. 114 AEUV gestützt. Der erste Erwägungsgrund in der deutschen Fassung der Richtlinie lautet dabei wie folgt: „Gemäß Artikel 169 Absatz 1 und Artikel 169 Absatz 2 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) leistet die Union durch Maßnahmen, die sie nach Artikel 114 AEUV erlässt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Gemäß Artikel 38 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union stellt die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

1145 BVerwG, Urteil vom 21.04.2021 - 8 C 7/20 (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).