

Jan Lucas Gutsche

Die Kulanz in der Schadensversicherung

Rechtliche Untersuchung und Rechtsvergleich
zum Vereinigten Königreich



Nomos

Versicherungswissenschaftliche Studien

herausgegeben von
Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer
Prof. Dr. Helmut Heiss
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Jochen Zimmermann

Band 54

Jan Lucas Gutsche

Die Kulanz in der Schadensversicherung

Rechtliche Untersuchung und Rechtsvergleich
zum Vereinigten Königreich



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität).

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2021

u.d.T.: Die Kulanzpraxis in der Schadensversicherung
Eine rechtsvergleichende Untersuchung der rechtsgrundsätzlichen
Rahmenbedingungen sowie der Handlungsmöglichkeiten der relevanten
Akteure zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität

1. Auflage 2021

© Jan Lucas Gutsche

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7233-9

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1247-7

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748912477>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im April 2020 fertiggestellt, Rechtsprechung und Literatur konnten für die Drucklegung vereinzelt bis Mai 2021 berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.) für die thematische Anregung und die Ermöglichung dieses Promotionsvorhabens als externer Doktorand sowie Professorin Dr. Katharina von Koppenfels-Spies für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiter bedanke ich mich bei den Herausgebern, die mir die Aufnahme in die Schriftenreihe „Versicherungswissenschaftliche Studien“ ermöglicht haben und bei Dr. Marco Ganzhorn vom Nomos Verlag für die exzellente Betreuung.

Daneben danke ich dem Konsortium Baden-Württemberg für die großzügige Übernahme der Kosten des Drucks sowie der Open-Access Veröffentlichung.

Bei meiner Mutter Andrea Gutsche und meinem Vater Martin Gutsche möchte ich mich von Herzen für ihre andauernde und umfassende Unterstützung bei meinem Werdegang und auch bei diesem Projekt bedanken. Der Dank gilt auch meinen Großeltern Heidi und Norbert Schauer sowie Ingrid und Klaus Gutsche. Nicht zuletzt gebührt mein besonderer Dank meiner Freundin Antonia Meyer, die mich während der Entstehung dieser Arbeit immer motiviert und unterstützt hat. Auch bei der Überarbeitung des Manuskriptes war sie mir eine große Hilfe.

Düsseldorf, Mai 2021

Jan Lucas Gutsche

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	25
Teil 1 – Grundlagen der Untersuchung	29
Kapitel 1. Einleitung und Gang der Untersuchung	31
I. Einleitung	31
II. Gang der Untersuchung	32
Kapitel 2. Allgemeines zur Kulanz	35
I. Begriffliche Einordnung	35
II. Kulanz im Alltag	36
Kapitel 3. Kulanz im Privatversicherungsrecht	38
I. Einleitender Überblick über das Privatversicherungsrecht	38
II. Historischer Kontext im Privatversicherungsrecht	39
III. Kulanz im Rahmen der Digitalisierung	40
IV. Verankerung in der Rechtsordnung	43
V. Rechtsnatur der Kulanz	43
Kapitel 4. Die Akteure in der Privatversicherungswirtschaft	45
I. Die Versicherer	45
II. Die Versicherungsnehmer	47
III. Die Versicherungsvermittler und Versicherungsberater	47
IV. Die Versicherungsaufsicht	48
V. Die Versicherungsombudsmänner	58

Teil 2 – Untersuchung des privatrechtsrechtlichen Kulanzbegriffs und Analyse der Kulanzpraxis	67
Kapitel 5. Untersuchung des privatrechtsrechtlichen Kulanzbegriffs	69
I. Stand der rechtswissenschaftlichen Literatur unter Berücksichtigung der Position des Bundesaufsichtsamts	69
II. Berücksichtigung internationaler etymologischer Einflüsse	71
III. Exemplarische Stimmen aus der Versicherungspraxis	72
IV. Reflektion des Kulanzbegriffs unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft	75
V. Bis dato vernachlässigte Definitionsaspekte	79
VI. Evaluation der eingangs aufgestellten These	89
VII. Evaluation der Möglichkeiten zur Auflösung des Spannungsverhältnisses	90
VIII. Bestimmung der Untersuchungsgrundlage im Wege der Entwicklung eines neuen Definitionsansatzes für die Kulanz	92
Kapitel 6. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze	95
I. Grundsatz der Gleichbehandlung	97
II. Prinzip der Gefahrengemeinschaft	113
III. Alles-Oder-Nichts-Prinzip	119
IV. Bereicherungsverbot	122
V. Grundsatz von Treu und Glauben	126
VI. Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot	128
VII. Symmetriegebot	130
VIII. Äquivalenzprinzip	131
IX. Einlösungsprinzip	132
X. Ergebnis	133
Kapitel 7. Darstellung der Kulanzpraxis	135
I. Darstellung der Kulanzpraxis	135

II. Veranschaulichung der Komplexität der Kulanzpraxis am Beispiel der Handhabung von Glasschäden in der KfZ-Versicherung	143
Kapitel 8. Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	149
I. Beispielskonstellation 1: Kulanz trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs zur Abfederung unbilliger Härten	150
II. Beispielskonstellation 2: Gesamtbetrachtung der Kulanz, die trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zugunsten des wirtschaftlich starken Versicherungsnehmers erfolgt	158
III. Beispielskonstellation 3: Kulanz im Wege des Verzichts auf den Selbstbehalt im Falle einer steinschlagbedingten Glasschadenreparatur	164
IV. Beispielskonstellation 4: Kulanz im Wege der pauschalen Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit durch die Einführung digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung	169
V. Zusammenfassung und Ergebnis	172
Kapitel 9. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	174
I. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der BaFin	174
II. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der im Privatversicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen	186
III. Zusammenfassung	192
Kapitel 10. Stand aufsichtsrechtlicher und gerichtlicher Entscheidungen	194
I. Stand aufsichtsrechtlicher Anordnungen und sonstiger Handlungen	194
II. Stand der Rechtsprechung	197
III. Zusammenfassung	202

Kapitel 11. Konkreter Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure	203
I. BaFin	203
II. Im Versicherungssektor tätige Ombudsmaneinrichtungen	206
III. Zusammenfassung	208
Teil 3 – Untersuchung der rechtstatsächlichen und rechtsgrundsätzlichen Verhältnisse im Vereinigten Königreich als Voraussetzung für den Rechtsvergleich	209
Kapitel 12. Eignung des Vereinigten Königreichs als Vergleichsjurisdiktion im Lichte des Brexits	211
I. Stand Brexit	211
II. Erklärung der Eignung für den Rechtsvergleich	212
Kapitel 13. Das Privatversicherungsrecht im Vereinigten Königreich	217
I. Englische Terminologie	217
II. Verankerung der Kulanz in der Rechtsordnung	225
III. Die Akteure in der Privatversicherung – FCA, PRA und FOS	226
Kapitel 14. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze	241
I. Anerkannte Rechtsgrundsätze im Vereinigten Königreich	241
II. Pendants zu den aus dem deutschen Recht bekannten Rechtsgrundsätzen	246
III. Ergebnis	253
Kapitel 15. Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure des Privatversicherungsrechts im Vereinigten Königreich	254
I. Handlungsmöglichkeiten der FCA	254
II. Handlungsmöglichkeiten des FOS	268
III. Zusammenfassung	282

Kapitel 16. Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen	283
I. Stand der Rechtsprechung	283
II. Stand aufsichtsrechtlicher Befassungen	286
III. Zusammenfassung	288
Teil 4 – Rechtsvergleich zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich	289
Kapitel 17. Einzelvergleichsergebnisse zu den in beiden Jurisdiktionen beleuchteten Aspekten	291
I. Vergleich der Terminologie – Versicherung, Versicherungsvertragsrecht und Kulanz	291
II. Vergleich der rechtlichen Verankerung	293
III. Vergleich der Akteure in der Privatversicherung	293
IV. Vergleich der maßgeblichen Rechtsgrundsätze	296
V. Vergleich der maßgeblichen Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure	298
VI. Vergleich Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen	302
Kapitel 18. Gesamtvergleichsergebnis und Auswirkungen auf den Handlungsausblick in Deutschland	306
Teil 5 – Lösungsvorschlag und Ergebnis	309
Kapitel 19. Entwicklung eines Lösungsvorschlags zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	311
I. Sinnhaftigkeit der Entwicklung eines Lösungsvorschlags	311
II. Ausgestaltung des Lösungsvorschlags	312
Kapitel 20. Zusammenfassung und Ergebnis	317
Literaturverzeichnis	321

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Teil 1 – Grundlagen der Untersuchung	29
Kapitel 1. Einleitung und Gang der Untersuchung	31
I. Einleitung	31
II. Gang der Untersuchung	32
Kapitel 2. Allgemeines zur Kulanz	35
I. Begriffliche Einordnung	35
II. Kulanz im Alltag	36
Kapitel 3. Kulanz im Privatversicherungsrecht	38
I. Einleitender Überblick über das Privatversicherungsrecht	38
II. Historischer Kontext im Privatversicherungsrecht	39
III. Kulanz im Rahmen der Digitalisierung	40
1. Die Digitalisierung in der Versicherungswirtschaft im Allgemeinen	40
2. Der Einfluss der Digitalisierung auf die Kulanzentscheidung	41
3. Zusammenfassung	42
IV. Verankerung in der Rechtsordnung	43
V. Rechtsnatur der Kulanz	43
Kapitel 4. Die Akteure in der Privatversicherungswirtschaft	45
I. Die Versicherer	45
1. Die Versicherer in Zahlen	45
2. Rechtsformen der Versicherer	46
II. Die Versicherungsnehmer	47
III. Die Versicherungsvermittler und Versicherungsberater	47

IV. Die Versicherungsaufsicht	48
1. BaFin	48
a. Entstehung und Geschichte	49
aa. Vorläufer der BaFin	49
bb. Aufgang des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen in der BaFin	50
b. Einordnung und Aufgabe	51
c. Zahlen	51
aa. Arbeitsumfang	51
bb. Budget und Finanzierung	52
2. Europäische Versicherungsaufsicht	54
3. IAIS	57
V. Die Versicherungsombudsmänner	58
1. Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung	63
2. Versicherungsombudsmann e.V.	64
Teil 2 – Untersuchung des privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriffs und Analyse der Kulanzpraxis	67
Kapitel 5. Untersuchung des privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriffs	69
I. Stand der rechtswissenschaftlichen Literatur unter Berücksichtigung der Position des Bundesaufsichtsamts	69
II. Berücksichtigung internationaler etymologischer Einflüsse	71
III. Exemplarische Stimmen aus der Versicherungspraxis	72
1. Versicherer	73
2. Rechtsanwalt	73
3. Versicherungsvermittler bzw. Experten	73
4. Zusammenfassung	74
IV. Reflektion des Kulanzbegriffs unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft	75
1. Abstrakte Darstellung der „Verschiebung der Kulanz“	75
2. Exemplarische Betrachtung der Verschiebung der Kulanz anhand digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ- Versicherung	76
3. Zusammenfassung	79

V.	Bis dato vernachlässigte Definitionsaspekte	79
1.	Die Definitionsbedürftigkeit der „Rechtsunsicherheit“	80
a.	Bedeutung und Konsequenzen einer unterstellten Auslegungsbedürftigkeit	80
b.	Contra Definitionsbedürftigkeit	80
c.	Entkräftung der Contra Position	81
d.	Entwicklung einer Definition der Rechtsunsicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung	81
aa.	Bei den Definitionen von Rechtsunsicherheit und Rechtssicherheit zu berücksichtigende Aspekte	82
bb.	Definition der Rechtsunsicherheit im Wege der Negativabgrenzung zur Rechtssicherheit	84
e.	Zusammenfassung	84
2.	Synonymer Gebrauch von „Kulanz“ und „Kulanzleistung“	85
a.	Darstellung des synonymen Gebrauchs	85
b.	Grundsätzliche Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs	86
c.	Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs aus sprachwissenschaftlicher Perspektive	87
d.	Ergebnis	87
3.	Erheblichkeit der Bezeichnung „Kulanz“ für die Zuordnung zur Kulanz	88
4.	Zusammenfassung	89
VI.	Evaluation der eingangs aufgestellten These	89
VII.	Evaluation der Möglichkeiten zur Auflösung des Spannungsverhältnisses	90
1.	Auflösungsversuch unter Berücksichtigung der Extrempositionen	90
2.	Auflösungsversuch unter Anwendung der Kompromisspositionen	90
a.	Auflösungsversuch im Wege der Differenzierung zwischen Wissenschaft und Praxis	90
b.	Auflösung unter Zuhilfenahme der Definitionen von Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit	91
3.	Zwischenergebnis	92
VIII.	Bestimmung der Untersuchungsgrundlage im Wege der Entwicklung eines neuen Definitionsansatzes für die Kulanz	92

Kapitel 6. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze	95
I. Grundsatz der Gleichbehandlung	97
1. Grundsatz der Gleichbehandlung aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG	98
a. Abstrakte Plausibilität eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG	98
b. Konkrete Plausibilität eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus mittelbarer Drittwirkung	100
c. Mögliche Ablehnung aufgrund entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen	102
aa. Bedeutung der staatsgleichen Stellung im Lichte neuerer bundesverfassungsgerichtlicher Befassungen	103
bb. Fehlen insgesamt entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen	104
cc. Keine Ablehnung auch im Fall der Annahme insgesamt entgegenstehender verfassungsrechtlicher Wertungen	105
dd. Zusammenfassung	106
d. Berücksichtigung des „Wesens der Versicherung“	106
e. Zusammenfassung	108
2. Dem Privatversicherungsrecht immanenter Gleichbehandlungsgrundsatz	108
a. Analoge Anwendung gesetzlich normierter Gleichbehandlungsgrundsätze	109
b. Ableitung aus einer Optimierungspflicht des Versicherers	109
c. (Nichtgrundgesetzliche) Festmachung an der Natur der Versicherung	110
d. Zusammenfassung	111
3. Zusammenfassung	111
4. Reichweite eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	111
5. Ergebnis	113

II.	Prinzip der Gefahrengemeinschaft	113
1.	Grundsätzliche Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft	114
2.	Ausgestaltung und Reichweite des Prinzips der Gefahrengemeinschaft	115
3.	Befassung mit der Terminologie „Gefahrengemeinschaft“	116
4.	Abgrenzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft zum Gleichbehandlungsgrundsatz	117
5.	Ergebnis	118
III.	Alles-Oder-Nichts-Prinzip	119
1.	Kern und Zielsetzungen des Prinzips	119
2.	Hintergrund der weitestgehenden Abschaffung – Rolle der Kulanz	120
3.	Umfang der Abschaffung, Kritik, und Auswirkungen auf das Prinzip der Gefahrengemeinschaft	121
4.	Ergebnis	122
IV.	Bereicherungsverbot	122
1.	Existenz und Bedeutung des Grundsatzes	123
2.	Konkrete Bedeutung für die Kulanz	125
3.	Ergebnis	126
V.	Grundsatz von Treu und Glauben	126
VI.	Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot	128
1.	Normentwicklung	128
2.	Konkrete Bedeutung für die Kulanz	130
3.	Ergebnis	130
VII.	Symmetriegebot	130
VIII.	Äquivalenzprinzip	131
IX.	Einlösungsprinzip	132
X.	Ergebnis	133
	Kapitel 7. Darstellung der Kulanzpraxis	135
I.	Darstellung der Kulanzpraxis	135
1.	Grundlagen der Darstellung – Aufstellung über die kontaktierten Unternehmen, Einrichtungen und Experten	135
2.	Kulanzpraxis	137

3. Kulanzmotive	139
a. Ausgangslagen, bei denen Kulanz in Betracht kommt	140
b. Kundenbeziehungen, bei denen Kulanz insbesondere in Betracht gezogen werden könnte	140
c. Gründe, aus denen Kulanz insbesondere in Betracht kommt	141
d. Konkrete Ausgestaltung der Kulanz	142
4. Zusammenfassung	143
II. Veranschaulichung der Komplexität der Kulanzpraxis am Beispiel der Handhabung von Glasschäden in der KfZ-Versicherung	143
Kapitel 8. Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	149
I. Beispielskonstellation 1: Kulanz trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs zur Abfederung unbilliger Härten	150
1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung	151
a. Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes	151
b. Rechtfertigung	153
2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft	155
3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben	157
II. Beispielskonstellation 2: Gesamtbetrachtung der Kulanz, die trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zugunsten des wirtschaftlich starken Versicherungsnehmers erfolgt	158
1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung	160
a. Vorliegen eines Verstoßes	160
b. Rechtfertigung	160
2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft	163
3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben	164
III. Beispielskonstellation 3: Kulanz im Wege des Verzichts auf den Selbstbehalt im Falle einer steinschlagbedingten Glasschadenreparatur	164
1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung	165
2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft	166
a. Vorliegen eines Verstoßes	166
b. Rechtfertigung	166
aa. Beurteilungsmaßstab: ex ante oder ex post?	167
bb. Klarstellung	168

c. Zwischenergebnis	168
3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben	168
IV. Beispielskonstellation 4: Kulanz im Wege der pauschalen Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit durch die Einführung digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung	169
1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung	170
2. Verstoß gegen das Prinzip der Fahrgemeinschaft	170
3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben	172
V. Zusammenfassung und Ergebnis	172
Kapitel 9. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	174
I. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der BaFin	174
1. Aufsichtsrechtliche Generalklausel	175
a. Die Generalklausel in der VAG Reform – die Missstandsaufsicht im Bedeutungswandel?	175
b. Weitere Voraussetzungen für auf Grundlage der Generalklausel ergriffene Maßnahmen	179
c. Weitere Voraussetzungen für auf Grundlage der Generalklausel ergriffene Maßnahmen	180
d. Zusammenfassung	181
2. § 319 VAG	181
3. Rundschreiben	183
4. Tätigwerden der BaFin aufgrund einer Beschwerde des Versicherungsnehmers	184
5. Zusammenfassung	185
II. Abstrakte Handlungsmöglichkeiten der im Privatversicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen	186
1. Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung	186
2. Versicherungsombudsmann e.V.	189
3. Zusammenfassung	192
III. Zusammenfassung	192

Kapitel 10. Stand aufsichtsrechtlicher und gerichtlicher Entscheidungen	194
I. Stand aufsichtsrechtlicher Anordnungen und sonstiger Handlungen	194
1. Historische Anordnungen und sonstige Handlungen	194
2. Aktuelle Anordnungen und sonstige Handlungen	195
3. Evaluation der Anordnungen und sonstigen Handlungen in der historischen Gesamtschau	196
II. Stand der Rechtsprechung	197
1. Historische Urteile	198
2. Aktuelle Urteile	200
3. Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen in der historischen Gesamtschau	201
III. Zusammenfassung	202
Kapitel 11. Konkreter Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure	203
I. BaFin	203
II. Im Versicherungssektor tätige Ombudsmanneinrichtungen	206
III. Zusammenfassung	208
Teil 3 – Untersuchung der rechtstatsächlichen und rechtsgrundsätzlichen Verhältnisse im Vereinigten Königreich als Voraussetzung für den Rechtsvergleich	209
Kapitel 12. Eignung des Vereinigten Königreichs als Vergleichsjurisdiktion im Lichte des Brexits	211
I. Stand Brexit	211
II. Erklärung der Eignung für den Rechtsvergleich	212
1. Eignung im Allgemeinen	212
2. Eignung mit Blick auf das Privatversicherungsrecht im Speziellen	213
Kapitel 13. Das Privatversicherungsrecht im Vereinigten Königreich	217
I. Englische Terminologie	217
1. Versicherung im Vereinigten Königreich	218

2. Versicherungsrecht im Vereinigten Königreich	219
3. Der Begriff der Kulanz im Vereinigten Königreich	220
a. Wörtliche Übersetzungen	220
b. Untersuchung des Bedeutungsumfangs von „ex-gratia“ im Vereinigten Königreich	221
c. „Waiver“ im Kontext der Kulanz	223
d. Vorschlag für begriffliche Erfassung der Kulanz im englischen Sprachgebrauch	224
II. Verankerung der Kulanz in der Rechtsordnung	225
III. Die Akteure in der Privatversicherung – FCA, PRA und FOS	226
1. FCA (ehemals FSA)	226
a. Geschichte	226
b. Zahlen	228
c. Aufbau	229
2. PRA	230
3. Financial Ombudsman Service (Nachfolgeeinrichtung des Insurance Ombudsman Bureau)	230
a. Zahlen, Fakten und Ablauf der Beilegung	231
b. Geschichte	234
c. Finanzierung des Ombudsmanns	236
d. Verhältnis FCA und FOS	237
Kapitel 14. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze	241
I. Anerkannte Rechtsgrundsätze im Vereinigten Königreich	241
1. „Doctrine of utmost good faith“	241
2. Weitere anerkanntermaßen bedeutsame privatversicherungsrechtliche Rechtsgrundsätze	244
a. Vorvertragliche Aufklärungspflichten	245
b. Indemnitätsprinzip	245
II. Pendants zu den aus dem deutschen Recht bekannten Rechtsgrundsätzen	246
1. Gleichbehandlungsgrundsatz	246
2. Prinzip der Gefahrengemeinschaft	250
III. Ergebnis	253

Kapitel 15. Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure des Privatversicherungsrechts im Vereinigten Königreich	254
I. Handlungsmöglichkeiten der FCA	254
1. Aufgaben	254
2. Handlungsspielraum	255
a. Relevante aufsichtsrechtliche Regelungen	256
aa. Quellen der aufsichtsrechtlichen Regelungen	256
bb. Von besonderer Bedeutung: FCA Principles for Businesses	257
(i) Principle 6	258
(ii) Principle 8	260
(iii) Principle 10	261
(iv) Zusammenfassung	262
b. Auf dieser Grundlage in Betracht kommende Maßnahmen	262
c. Die besondere Stellung von „softer outputs“ im Kontext des aufsichtlichen Handlungsspektrums	264
d. Exkurs „executive settlement discount“	265
3. Zusammenfassung	267
II. Handlungsmöglichkeiten des FOS	268
1. Reichweite der Jurisdiktion	268
2. Bindungswirkung	270
3. Entscheidungsmaßstab	272
4. Handlungsspielraum	274
a. Fehlende Bindung an common law	275
b. Keine Bindung an den Versicherungsvertrag	277
c. Umfassender finanzieller Spielraum	278
d. Verhängung weiterer Maßnahmen	279
e. “Wider implication process”	279
5. Zusammenfassung	281
III. Zusammenfassung	282
Kapitel 16. Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen	283
I. Stand der Rechtsprechung	283
1. Einleitung und Überblick	283
2. Exemplarische Darstellung der ergangenen Rechtsprechung im Vereinigten Königreich	284

II.	Stand aufsichtsrechtlicher Befassungen	286
1.	Einleitung und Überblick	286
2.	Aufsichtliche Befassung mit der Kulanz im Vereinigten Königreich	286
III.	Zusammenfassung	288
Teil 4 – Rechtsvergleich zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich		289
Kapitel 17. Einzelvergleichsergebnisse zu den in beiden Jurisdiktionen beleuchteten Aspekten		291
I.	Vergleich der Terminologie – Versicherung, Versicherungsvertragsrecht und Kulanz	291
1.	Der Begriff der Versicherung	291
2.	Der Begriff des Versicherungsrechts	292
3.	Der Begriff der Kulanz	292
II.	Vergleich der rechtlichen Verankerung	293
III.	Vergleich der Akteure in der Privatversicherung	293
1.	Versicherungsaufsicht	293
2.	Versicherungsombudsmann	294
IV.	Vergleich der maßgeblichen Rechtsgrundsätze	296
V.	Vergleich der maßgeblichen Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure	298
1.	Handlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde	298
2.	Vergleich der Handlungsmöglichkeiten der Versicherungsombudsmänner	299
VI.	Vergleich Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen	302
1.	Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen in der vergleichenden Gesamtschau	302
2.	Evaluation der Anordnungen und sonstigen Handlungen der Aufsichtsbehörden in der vergleichenden Gesamtschau	303

Kapitel 18. Gesamtvergleichsergebnis und Auswirkungen auf den Handlungsausblick in Deutschland	306
Teil 5 – Lösungsvorschlag und Ergebnis	309
Kapitel 19. Entwicklung eines Lösungsvorschlags zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis	311
I. Sinnhaftigkeit der Entwicklung eines Lösungsvorschlags	311
II. Ausgestaltung des Lösungsvorschlags	312
Kapitel 20. Zusammenfassung und Ergebnis	317
Literaturverzeichnis	321

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAV	Bundesamt für Versicherungsaufsicht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law

f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GB BAV	Geschäftsbericht Bundesaufsichtsamt für Versicherungs-wesen
GDV	Gesamtverband der deutschen Versicherungs-wirtschaft e.V.
GewArch	Gewerbe Archiv
GG	Grundgesetz
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
IAIS	International Association of Insurance Super- visors
Iss.	<i>Issue</i>
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
para.	<i>paragraph</i>
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PfIVG	Pflichtversicherungsgesetz

PKV-Statut	Statut des Ombudsmanns Private Kranken- und Pflegeversicherung
r+s	Recht und Schaden
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
sec.	<i>section</i>
secs.	<i>sections</i>
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerAfP	Veröffentlichungen des Reichtsaufsichtsamtes für die Privatversicherung
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VG	Verwaltungsgericht
Vol.	<i>Volume</i>
VomVO	Verfahrensordnung des Versicherungsombudsmanns e.V.
Vor.	Vorbemerkung
VSBG	Verbraucherstreitbeilegungsgesetz
VuR	Verbraucher und Recht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Für weitere verwendete, hier nicht erläuterte Abkürzungen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018 verwiesen.

Teil 1 – Grundlagen der Untersuchung

Kapitel 1. Einleitung und Gang der Untersuchung

1. Einleitung

„Wir werden für X% des Gesamtschadens aus Kulanz aufkommen.“

Mangels der Veröffentlichung diesbezüglicher Zahlen lässt sich nicht genau quantifizieren, wie viele inhaltlich vergleichbar geartete Schreiben tagtäglich den Schreibtisch eines deutschen Versicherungsangestellten verlassen und nach Durchlaufen des Postwegs beim Versicherungsnehmer oder dessen anwaltlicher Vertretung eingehen. Es steht jedoch außer Frage, dass es sich um eine bedeutende Anzahl handelt.

Über eine solche Mitteilung wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer erfreut sein, da man ihm durch die Verwendung des Begriffs „Kulanz“ suggeriert, dass er Empfänger einer positiv gearteten Sonderbehandlung wird. Auch der Anwalt, dem derartiges von der Versicherung bezüglich des von ihm mandatierten Falles mitgeteilt wird, ist zufrieden. Denn zum einen ist damit regelmäßig eine zeitaufwendigere – und, wenn nicht gerade individuell ein Stundensatz vereinbart wurde, auch nicht unbedingt lukrative – prozessuale Auseinandersetzung obsolet geworden. Zum anderen wird der Mandant das Entgegenkommen der Versicherung wahrscheinlich als Resultat guter anwaltlicher Arbeit einordnen. Auf Seiten des Versicherers steht jedenfalls zu Buche, dass er, neben der damit häufig einhergehenden schnellen Erledigung der Angelegenheit, durch die positiv behaftete Konnotation möglicherweise einen Versicherungsnehmer längerfristig binden konnte. Zugleich kann er von etwaiger diesbezüglicher Mund-zu-Mund-Propaganda profitieren.

Mithin lässt sich resümieren, dass die unmittelbar Beteiligten durch eine Handlung aus Kulanz nur zu gewinnen scheinen. Damit scheint aus den aufgezeigten Perspektiven kaum ein Anlass für eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanz in der Schadensversicherung¹ zu bestehen.

Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass es einer diesbezüglichen wissenschaftlichen Arbeit an Relevanz und somit an der Recht-

1 Teilweise findet sich in Rechtsprechung und Literatur auch die Schreibweise „Schadenversicherung“. Im Rahmen dieser Arbeit wird die Schreibweise aus dem VVG verwendet.

fertigung ihrer Existenz fehle. Im Falle einer rechtswissenschaftlichen Befassung kommt es jedoch nicht maßgeblich auf den Nutzen für die unmittelbar beteiligten Akteure an. Vielmehr ist das Ziel eine objektive Betrachtung des Untersuchungsgegenstandes. Das auf den ersten Blick fehlende unmittelbare Interesse der Beteiligten führt dabei einzig dazu, dass die Verantwortung für die Durchführung einer solchen Auseinandersetzung umso mehr in den Händen der (Rechts)Wissenschaft liegt. Denn die rechtsstaatliche Prioritätensetzung gebietet es, die Pflicht zur Konformität von etablierter Praxis mit Recht und Gesetz in den Fokus zu rücken. Und gerade weil es sich bei der Kulanz um etablierte Praxis handelt, ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung von großer Relevanz und in der Lage, die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen.

Daneben ist besonders hervorzuheben, dass die soeben angedeutete allseitige Unbedenklichkeit unter Berücksichtigung einer Gesamtbetrachtung in bestimmten Fällen kritisch zu hinterfragen ist und in der Folge auch widerlegt werden kann. So wird am Beispiel der Handhabe von Steinschlägen durch die Kaskoversicherer aufgezeigt werden, dass sich die Antizipation der wirtschaftlichen Konsequenzen der Kulanz hochkomplex gestaltet und Fehleinschätzungen erhebliche finanzielle Mehrbelastungen für die Versicherer bedeuten können, welche sich wiederum in den Beiträgen der Versicherungsnehmer niederschlagen.

Diese Arbeit unternimmt den Versuch, die angesprochene rechtswissenschaftliche Verantwortung zufriedenstellend wahrzunehmen. Gleichzeitig soll ein Lösungsvorschlag aufzeigen, wie die Interessenwahrung der Beteiligten auf rechtsgrundsatzkonforme Weise zukünftig zu gewährleisten wäre.

II. Gang der Untersuchung

Im Wege rechtsdogmatischer und mit Blick auf das Privatversicherungsrecht im Vereinigten Königreich rechtsvergleichender Auseinandersetzung sollen insbesondere die Fragen beantwortet werden, ob die bisherigen Definitionsansätze der Kulanz der heutigen Zeit noch gerecht werden, welche Rechtsgrundsätze im Kontext der Kulanz maßgeblich sind, ob die privatversicherungsrechtliche Kulanzpraxis im Einklang mit diesen Rechtsgrundsätzen steht und, welche rechtlichen und praktischen Konsequenzen es nach sich zieht, wenn dem nicht so ist. Hierbei soll die Kulanz insbesondere im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Prinzips der Gefahrgemeinschaft eingehend untersucht werden. Im Falle

einer Verneinung der Konformität und bei Bejahung der rechtlichen und praktischen Relevanz dieses Umstands, soll ein Lösungsvorschlag für eine rechtsgrundsatzkonforme Anwendung der Kulanz entwickelt werden.

Grundlage dieser Arbeit soll die Schadensversicherung und nicht die Summenversicherung sein. Die Ausführungen erstrecken sich dabei nicht auf die Industrieversicherung, da sich diese aufgrund der besonderen Ausgestaltung der Versicherungsprodukte, insbesondere der höheren Versicherungssummen, der regelmäßigeren Involvierung von Intermediären in der Schadensabwicklung sowie der Einbindung von Rückversicherern², im Hinblick auf die Kulanz wesentlich von den anderen Zweigen der Schadensversicherung unterscheidet.

Im Dienste der vorgenannten Zielsetzung werden in Teil 1 allgemeine Grundlagen der Untersuchung erarbeitet.

Teil 2 widmet sich der Untersuchung der Kulanzpraxis. Einleitend liegt der Fokus auf der Definition der Kulanz und damit auf der Bestimmung der Untersuchungsgrundlage. Die Tauglichkeit der bisherigen Definitionsansätze soll hierbei unter rechtlichen und praktischen aber auch unter linguistischen Gesichtspunkten untersucht werden. Sofern festgestellt werden kann, dass die bisherigen Definitionsansätze der versicherungspraktischen Realität nicht gerecht werden, ist ein adäquater Definitionsansatz herzuleiten (Kapitel 5). Diesen Ausführungen schließt sich eine Betrachtung der potenziell für die Kulanz relevanten privatversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätze an, deren Existenz und Reichweite zum Teil hochumstritten ist. Vor diesem Hintergrund ist eine eingehende Befassung insbesondere hinsichtlich des privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des Prinzips der Gefahrengemeinschaft unumgänglich (Kapitel 6). Es schließt sich die Darstellung der Kulanzpraxis an, im Rahmen derer unter anderem die Auswertung durchgeführter Befragungen präsentiert werden kann. Im Wege der Auseinandersetzung mit den Kulanzmotiven sowie der exemplarischen Untersuchung der Handhabung von Steinschlägen durch die Kaskoversicherer, soll die Komplexität der Kulanz im Allgemeinen und die mit ihr verbunden wirtschaftlichen Risiken im Speziellen aufgezeigt werden (Kapitel 7). Auf der zuvor geschaffenen Grundlage aufbauend, wird nunmehr die Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis in der Schadensversicherung bewertet (Kapitel 8). Nachdem sich – das Vorliegen von Verstößen unterstellt – mit den abstrakten Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure auseinandergesetzt

2 Zur Kulanz im Lichte der Rückversicherung s. *Bork* Tension of Reinsurance (insb. S. 22 ff. u. 107 ff.).

wurde, kann unter Berücksichtigung der bisherigen Kasuistik ein Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure erstellt werden (Kapitel 9-11).

In Teil 3 folgt analog zu den vorangegangenen Teilen die Untersuchung der rechtstatsächlichen und rechtsgrundsätzlichen Verhältnisse im Vereinigten Königreich bezüglich der Kulanz. Im Lichte des Brexits ist eingangs die fortbestehende Eignung des Vereinigten Königsreichs als Vergleichsjurisdiktion zu hinterfragen. Im Anschluss kann untersucht werden, welchen Stellenwert die Kulanz in dieser Rechtsordnung hat. Gleichzeitig ist auch hier die Frage zu stellen, inwiefern die bestehenden Definitionsansätze der Kulanzpraxis gerecht werden. Sofern dies zu verneinen sein sollte, wäre auch hier ein entsprechender Definitionsvorschlag zu entwickeln (Kapitel 13). Im von Rechtsgrundsätzen geprägten Privatversicherungsrecht des Vereinigten Königreichs könnten zum Teil ähnliche Grundsätze zum Tragen kommen, an denen die Kulanz privatversicherungsrechtlich zu messen ist. Hierbei ist eine differenzierte Betrachtung zwischen denjenigen Rechtsgrundsätzen angezeigt, die der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs eigen sind, und solchen, die möglicherweise als Pendants zu den deutschen Rechtsgrundsätzen bisher weitgehend unerkannt existieren könnten. Der diesbezügliche Fokus ist in besonderem Maße auf praktische Entwicklungen in der jüngeren Vergangenheit zu richten, aus denen sich ein Bedeutungswandel bezüglich bestimmter Rechtsgrundsätze ergeben könnte (Kapitel 14). An die Beleuchtung der relevanten Rechtsgrundsätze schließt sich eine umfassende Betrachtung der Handlungsmöglichkeiten der maßgeblichen Akteure an. (Kapitel 15) Hierauf folgt abschließend die Darstellung des bisherigen Standes der Rechtsprechung (Kapitel 16).

Durch die Erarbeitung der Grundlagen in Teil 1, der dezidierten Auseinandersetzung mit den für die Kulanzpraxis maßgeblichen Faktoren in Teil 2 und der analogen Befassung mit den entsprechenden Aspekten im Vereinigten Königreich in Teil 3, bietet sich die Möglichkeit einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung beider Jurisdiktionen (Teil 4). Hierbei werden zunächst die Vergleichsergebnisse individuell aufgeschlüsselt und anschließend ein Gesamtvergleichsergebnis gebildet, aus welchem sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgrundsatzkonformität Auswirkungen für die Kulanzpraxis in Deutschland ergeben könnten (Kapitel 17 und 18).

Den Abschluss bildet Teil 5, in welchem zunächst ein Lösungsvorschlag zur Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität präsentiert wird. Hierauf folgen eine Zusammenfassung sowie das Ergebnis der Arbeit.

Kapitel 2. Allgemeines zur Kulanz

Die Basis für eine tiefgreifende Befassung mit der Kulanz im Privatversicherungsrecht, speziell in der Schadensversicherung, bildet die Schaffung eines grundlegenden Verständnisses für den Themenkomplex der Kulanz. Vor diesem Hintergrund soll die Arbeit mit einigen allgemeinen Ausführungen zur Kulanz eingeleitet werden.

1. Begriffliche Einordnung

Relevant ist zunächst die begriffliche Einordnung. Dabei ist auch über den Tellerrand des deutschen Sprachraums hinaus zu blicken. Der Terminus der *Kulanz* ist ein Abstraktum des Adjektivs *kulant*. *Kulant* ist unter etymologischen Gesichtspunkten an das französische *coulant(e)*³ angelehnt, was im eigentlichen Wortsinn „beweglich, flüssig“ bedeutet.⁴ *Coulant(e)* lässt sich wiederum auf das ebenfalls französische *couler* (gleiten lassen, fließen) zurückführen.⁵ Von letzterem ausgehend lässt sich sodann eine Brücke zum lateinischen *colare* schlagen, was „durchseihen, reinigen“ bedeutet.⁶ Neben seiner ursprünglichen Bedeutung hat *coulant(e)* im französischen Sprachraum bereits seit langem als Beschreibung für „umgänglich, keine Schwierigkeiten machend (als Kaufmann)“ Verwendung gefunden.⁷ Im 19. Jahrhundert erhielt *kulant* dann als Synonym für „entgegenkommend, großzügig“ im Kontext der Kaufmannssprache Einzug in den deutschen

3 Das „(e)“ wird hier zu Klarstellungszwecken aufgeführt, um eine Abgrenzung zum gleich geschriebenen französischen Substantiv *coulant* zu ermöglichen – denn dieses steht im Französischen unter anderem für *Gürtelschlaufe*.

4 *KLUGE* – Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache S. 547; *Herkunftswörterbuch* – Etymologie und Geschichte S. 281; *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741.

5 *KLUGE* – Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache S. 547; *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741; *Herkunftswörterbuch* – Etymologie und Geschichte S. 281.

6 *KLUGE* – Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache S. 547; *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741.

7 *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741; *Herkunftswörterbuch* – Etymologie und Geschichte S. 281.

Sprachgebrauch.⁸ Die sprachlichen Wurzeln der Kulanz lassen sich auch sehr gut daran erkennen, dass die ursprüngliche Schreibweise im Deutschen noch *Coulance* lautete.⁹ Betrachtet man die sprachliche Historie und den Ursprung im kaufmännischen Bereich, lässt sich aus der Etymologie von *kulant* und *Kulanz* nicht nur eine sprachlich sondern – aufgrund der heute jeweilig zweifelsfrei vorliegenden Aufnahme in den alltäglichen Sprachgebrauch – auch eine praktisch fortbestehende Bedeutung der Kulanz in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert ableiten.

II. Kulanz im Alltag

Den meisten Leuten ist Kulanz bereits auf die eine oder andere Weise im Alltag begegnet. Prominentestes Beispiel ist vermutlich der Einzelhandel. So ergab eine repräsentative Befragung, dass bei Produkten wie Bekleidung, Mode und Schuhen 68 % der Rücknahmen auf Kulanz basieren und damit weniger als ein Drittel unter Ausübung von Gewährleistungsrechten erfolgt.¹⁰ Häufig handelt es sich hierbei um Konstellationen, in denen der Kunde den Beleg nicht mehr hat, die Rücknahmefrist überschritten wurde oder auch Etiketten bereits entfernt wurden. Als weitere Beispiele lassen sich Fälle anführen, in denen bei technischen Geräten kurz nach Ablauf der Herstellergarantie ein unter den ursprünglichen Garantieumfang fallender Schaden auftritt. Regelmäßig übernimmt der Hersteller dennoch einen Teil oder sogar die ganzen Reparaturkosten, obwohl ihn diesbezüglich keine rechtliche Verpflichtung trifft. Kulanz kann beispielsweise auch von Beamten des Ordnungsamts gezeigt werden, die sich, im Anschluss an ein Gespräch mit dem Fahrzeugführer, dagegen entscheiden, den bereits ausgestellten Strafzettel unter den Scheibenwischer zu heften. Nicht zuletzt ist die Kulanz auch im Dienstleistungssektor ein gern gewähltes Mittel, um unzufriedene Kunden mithilfe einer Sonderleistung wieder für sich zu gewinnen. Sei es das Restaurant, das sich bei langer Wartezeit dazu entschließt, dem Gast „ein Getränk aufs Haus“ zu spendieren oder

8 KLUGE – Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache S. 547; *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741.

9 *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen* S. 741 – diese substantivierte Form von *coulant* war im französischen Sprachgebrauch selbst aber wohl unüblich.

10 Allensbach Umfrage: Gewährleistungsrechte in der Praxis – eine Repräsentativbefragung der Bevölkerung ab 16 Jahren, durchgeführt zwischen dem 1. und 14. Juni 2015, S. 18.

auch der Internetanbieter, der bei einer Störung im Netz eine Gutschrift anbietet.

Bereits an dieser kurzen und bei weitem nicht abschließenden Aufzählung von Kulanz im Alltag ist ersichtlich, dass die Kulanz in mannigfaltigen Formen ein Bestandteil unseres Alltags geworden ist.

Kapitel 3. Kulanz im Privatversicherungsrecht

Um die Besonderheiten der Kulanz im Privatversicherungsrecht erfassen zu können, bedarf es eingangs eines kurzen Überblicks über das Privatversicherungsrecht als solches.

1. Einleitender Überblick über das Privatversicherungsrecht

Das Privatversicherungsrecht setzt sich aus dem Versicherungsvertragsrecht, welches im Wesentlichen im *Gesetz über den Versicherungsvertrag* (VVG) geregelt ist, dem Versicherungsaufsichtsrecht und dem Versicherungsunternehmensrecht, beides normiert im *Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen* (VAG), und nicht zuletzt den Gebieten des Versicherungskartellrechts und des Internationalen Versicherungsvertragsrechts zusammen.¹¹ Obwohl das deutsche Versicherungsvertragsrecht damit über umfassende Gesetzesmaterialien verfügt, fehlt es bis heute an einer Legaldefinition des dem Rechtsgebiet zugrundeliegenden „Versicherungsvertrags“. Zurückzuführen ist das auf einen bis heute andauernden Streit hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Versicherungsvertrages sowie die nicht abschließend geklärte Frage nach der Funktion der Versicherung.¹² Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Kulanzpraxis sind als rechtliche Grundsteine des Versicherungsverhältnisses unmittelbar das Versicherungsvertragsrecht und das Versicherungsaufsichtsrecht sowie mittelbar das Versicherungsunternehmensrecht von Bedeutung.

Das Privatversicherungsrecht lässt sich nicht nur nach Gesetzestexten einteilen, es kann daneben auch nach der Art der Versicherung differenziert werden. Hierbei sind die Schadensversicherung und die Summenversicherung zu unterscheiden.¹³ Erstere zeichnet sich dadurch aus, dass dem

11 *Looschelders* ad legendum 2018, 89 (89 f.) mit ausführlicheren Ausführungen.

12 *Looschelders* in FS 100 Jahre Hamburger Seminar (2016), 209 (210); *Hofmann* Privatversicherungsrecht § 2 Rn. 19 f.; zur Frage der Rechtsnatur *Looschelders/Pohlmann/Pohlmann* § 1 Rn. 71 ff.

13 *Looschelders/Pohlmann/Pohlmann* § 1 Rn. 41; Zur vor der VVG-Reform angelegten Unterscheidung zwischen Schaden- und Personenversicherung siehe *Deutsch* Versicherungsvertragsrecht Rn. 24 ff.

Versicherten vom Versicherer der versicherte Schaden ersetzt wird.¹⁴ Im Unterschied dazu zahlt der Versicherer dem Versicherten im Rahmen der Summenversicherung im Versicherungsfall eine vereinbarte Summe, deren Höhe unabhängig von der Höhe des Schadens und sogar unabhängig davon ist, ob tatsächlich ein Schaden entstanden ist.¹⁵

Von der Sozialversicherung unterscheidet sich die Privatversicherung wesentlich durch die Art des Zustandekommens des Versicherungsverhältnisses. In Abgrenzung zur Sozialversicherung kommt das Privatversicherungsrechtsverhältnis nicht kraft Gesetzes, sondern aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zustande.¹⁶ Ein nicht zwangsläufig valides Unterscheidungskriterium ist das Bestehen einer Versicherungspflicht.¹⁷ Auch im Bereich der Privatversicherung gibt es Abschlusspflichten, so zum Beispiel geregelt in § 1 Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) hinsichtlich der Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge. Mit mehr rund 446 Millionen Versicherungsverträgen in der Erstversicherung ist die Privatversicherungswirtschaft in Deutschland von immenser wirtschaftlicher Bedeutung.¹⁸ Die Prämieinnahmen beliefen sich im Jahr 2020 auf mehr als 200 Milliarden Euro.¹⁹ Dabei ermöglicht die Privatversicherung den Versicherungsnehmern, sich den eigenen Bedürfnissen entsprechend abzusichern.²⁰

II. Historischer Kontext im Privatversicherungsrecht

Der Kulanz im Privatversicherungsrecht ist eine umfangreiche Historie eigen. So waren in Deutschland bereits Ende des 19. Jahrhunderts Gerichte mit der Kulanz von Versicherern befasst,²¹ während im Vereinigten Königreich das erste die Kulanz betreffende Urteil sogar bereits über 150

14 *Looschelders ad legendum* 2018, 89 (90).

15 *Looschelders ad legendum* 2018, 89 (89).

16 *Looschelders ad legendum* 2018, 89 (89); *Looschelders/Pohlmann/Looschelders Einl. A Rn. 17.*

17 *Looschelders ad legendum* 2018, 89 (89).

18 GDV, Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2020, S. 15, Tabelle Nr. 1 – abrufbar unter <https://www.gdv.de/de/zahlen-und-fakten/publikationen/statistisches-taschenbuch> (abgerufen Mai 2021).

19 A.a.O., S. 15, Tabelle Nr. 1.

20 *Looschelders ad legendum* 2018, 89 (89).

21 *Lenz* S. 117 unter Verweis auf OLG Hamburg, HGZ 1893, 187 (188); OLG Hamburg, HGZ 1892, 195 (195) – mehr dazu unter Kapitel 10 II. 1.

Jahre zurückliegt.²² Hieran lässt sich exemplarisch zeigen, dass die Kulanz schon seit langem ein wichtiger Bestandteil der Beziehung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ist. Die Entwicklung der Kulanzpraxis en detail, insbesondere auch, dass diese innerhalb des letzten Jahrhunderts in vielerlei Hinsicht unverändert geblieben ist, soll an späterer Stelle nochmals ausführlich beleuchtet werden.²³

III. Kulanz im Rahmen der Digitalisierung²⁴

1. Die Digitalisierung in der Versicherungswirtschaft im Allgemeinen

Die Digitalisierung ist momentan, wie in beinahe jedem Wirtschaftszweig, einer der Markttreiber in der Versicherungspraxis. Allein der Blick auf die täglich erscheinenden Fachartikel zur Versicherungsbranche zeigt, in welchem Umfang Versicherer hiermit befasst sind, aber auch gleichzeitig, welches Interesse der Verbraucher hieran offensichtlich besteht.²⁵ Parallel ist zu erkennen, dass die Digitalisierung alle Versicherungssparten durchzieht. Nicht weiter überrascht vor diesem Hintergrund, dass die Digitalisierung auch ein Schwerpunktthema der Jahreshauptversammlung des Bundesverbandes der Assekuranzführungskräfte im Jahr 2019 war.

Obwohl die Bedeutung der Digitalisierung augenscheinlich von der Versicherungsbranche erkannt wurde und die Unternehmen auf die Ausschöpfung des sich hieraus ergebenden Potenzials hinarbeiten, konnte die breite Öffentlichkeit bisher nicht von einer erfolgreichen Bewältigung der Aufgaben der Digitalisierung überzeugt werden. So stimmen 60 % der

22 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374. – mehr dazu unter Kapitel 13 I. 3. und Kapitel 16 I.

23 Siehe hierzu Kapitel 7.

24 Eine Allgemeine Darstellung der Kulanzpraxis folgt in Kapitel 7.

25 *Uwe Schmidt-Kasperek* im Versicherungsmagazin vom 21. November 2019: „Analyse: Große Unterschiede bei der digitalen Sichtbarkeit von Versicherern.“ Dort heißt es „Digitalisierung ist zentraler Erfolgstreiber“ – abrufbar unter <https://www.versicherungsmagazin.de/rubriken/branche/analyse-grosse-unterschiede-bei-der-digitalen-sichtbarkeit-von-versicherern-2485593.html> (abgerufen Mai 2021); *Emanuele Diquattro* in AssCompact vom 21. September 2019: „Die Digitalisierung gelingt nur mit starken Partnern“. Hier ist zu lesen „Es gibt kaum einen Dienstleistungsbereich, der von der Digitalisierung so stark betroffen ist, wie die Versicherungsbranche.“ – abrufbar unter <https://www.asscompact.de/nachrichten/die-digitalisierung-gelingt-nur-mit-starken-partnern> (abgerufen Mai 2021).

Bevölkerung auch im Jahr 2019 der Aussage zu, dass die Versicherer den Sprung in das digitale Zeitalter noch nicht geschafft haben.²⁶ Auch das Handelsblatt titelte kürzlich „Versicherer kommen bei digitaler Transformation nur langsam voran.“²⁷ Zu berücksichtigen ist dabei aber auch, dass es sich bei den momentanen Entwicklungen wohl erst um „die erste Welle“ der Digitalisierung handelt und die Auswirkungen der zweiten Welle noch erheblicher sein könnten.²⁸

2. Der Einfluss der Digitalisierung auf die Kulanzentscheidung

Der Ablauf einer klassischen Kulanzentscheidung wird bis dato in geringem Maße von der Digitalisierung beeinflusst.²⁹ Mittelbaren Einfluss hat die Digitalisierung dagegen beispielsweise schon auf die Häufigkeit der Kulanz im Krankenversicherungssektor. Um den Zusammenhang zu veranschaulichen, bedarf es eines kurzen thematischen Ausflugs in die Sphäre der Ärzte. Zur Kostenoptimierung greifen die Mediziner zunehmend auf fortschrittliche Software zurück, die Möglichkeiten zur Maximierung der von den Krankenkassen zu erstattenden Beträge aufzeigt. Die ansteigende Verwendung derartiger Software führt bei den Krankenversicherern zu höheren Ausgaben und damit zu einem höheren Kostendruck. Bekämpft wird diese Entwicklung durch die Versicherer allerdings nicht mit ebenfalls aus der Digitalisierungswelle entstandenen Mitteln, sondern vielmehr

26 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 (zuletzt abgerufen März 2020).

27 Carsten Herz im Handelsblatt vom 26. September 2019: „ZEB Studie – Versicherungen kommen bei digitaler Transformation nur langsam voran“ – abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/zeb-studie-versicherungen-kommen-bei-digitaler-transformation-nur-langsam-voran/25058020.html> (abgerufen Mai 2021).

28 Maximilian Volz in Versicherungswirtschaft Heute vom 11. Mai 2018: „Die zweite Digitalisierungswelle wird mehr Durchschlag haben und bereits 2020 kommen“ – abrufbar unter <https://be.invalue.de/d/publikationen/vwheute/2018/11/05/die-zweite-digitalisierungswelle-wird-mehr-durchschlag-haben-und-bereits-2020-kommen.html> (abgerufen Mai 2021).

29 Der fehlende Einfluss auf den Ablauf einer klassischen Kulanzentscheidung ist dabei nicht gleichzustellen mit dem fehlenden Einfluss der Digitalisierung. Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Kulanz im Ganzen sollen noch mehrmals im Rahmen ihrer Untersuchung – unter anderem in Kapitel 7 I. 2. – eingehend beleuchtet und aufgegriffen werden.

durch die manuelle Durchsicht der eingereichten Leistungen und dem Rausstreichen bestimmter Posten durch den Sachbearbeiter.³⁰ Der zunehmende Kostendruck führt im Krankenversicherungssektor gleichzeitig auch zu einer rückgehenden Kulanzbereitschaft im Rahmen der Regulierung.

Die vorgenannte Entwicklung signalisiert dabei allerdings keineswegs einen allgemeinen Bedeutungsabfall der Kulanz in der Privatversicherung. Denn eine weitere Auswirkung der Digitalisierung ist, dass das Versicherungsverhältnis zunehmend unpersönlich wird und die Bindung des Kunden an seinen Versicherer in diesem Zuge abnimmt.³¹ Das erstmalige Abschließen eines Versicherungsvertrags ist mittlerweile ebenso wie das Wechseln des Versicherers unbürokratisch und in kürzester Zeit online möglich. Die Kulanz als erprobte Maßnahme der Kundenbindung gewinnt durch derartige Entwicklungen grundsätzlich an Bedeutung.

3. Zusammenfassung

Die Digitalisierung ist als maßgeblicher Entwicklungstreiber von erheblicher Bedeutung in der Versicherungsbranche. Dabei ist es der Branche – jedenfalls in der öffentlichen Wahrnehmung – noch nicht gelungen, die mit ihr einhergehenden Möglichkeiten vollumfänglich auszuschöpfen.

Die Kulanzentscheidung im Speziellen erscheint von der Digitalisierung unmittelbar weitestgehend unberührt geblieben zu sein. Mittelbar sind die Auswirkungen der Digitalisierung allerdings auch bereits jetzt in der Kulanzpraxis zu spüren. Aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung ist wohl davon auszugehen, dass in den kommenden Jahren und Jahrzehnten

30 Zu dieser Entwicklung *Frank Engelhardt* in Legal Tribune Online vom 9. Juli 2019: „Gesetzliche Krankenversicherung für Richter und Beamte“ – abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/gesetzliche-krankenversicherung-richter-beamte-beihilfe-arbeitgeberzuschuss-pkv-vorteile-nachteile/> (abgerufen Mai 2021).

31 *Emanuele Diquattro* in AssCompact vom 21. September 2019: „Die Digitalisierung gelingt nur mit starken Partnern.“ Dort heißt es „Es gibt kaum einen Dienstleistungsbereich, der von der Digitalisierung so stark betroffen ist, wie die Versicherungsbranche.“ – abrufbar unter <https://www.asscompact.de/nachrichten/die-digitalisierung-gelingt-nur-mit-starken-partnern> (abgerufen Mai 2021).

auch unmittelbare Auswirkungen erkennbar sein werden.³² Eine Abnahme der Bedeutung der Kulanz zeichnet sich dabei aber nicht ab.

IV. Verankerung in der Rechtsordnung

Trotz der schon lange vorherrschenden, bereits aufgezeigten, praktischen Bedeutung der Kulanz, hat sie bisher nur wenig Einzug in die Rechtsordnung erhalten. Anzuführen ist einzig der § 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Handelsgesetzbuch (HGB), in welchem von „Gewährleistungen, die ohne rechtlichen Grund erbracht werden“ die Rede ist. Dieser konkretisiert die Kulanz jedoch nur im bilanzrechtlichen Kontext. Weil es sich bei den (Kulanz)Leistungen von Versicherern nicht um Gewährleistungen im Sinne des § 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HGB handelt, entfaltet die Norm für das Versicherungsrecht keine unmittelbare Bedeutung.³³ Gesetzgeberische Vorstöße, die auch der privatversicherungsrechtlichen Kulanz eine konkrete rechtliche Grundlage bieten würden, sind zum Bearbeitungszeitpunkt nicht ersichtlich.

V. Rechtsnatur der Kulanz

Die Rechtsnatur der Kulanz wird als divergent beschrieben.³⁴ Das lässt sich auf die bereits im Abschnitt *Kulanz im Alltag* beschriebene Vielfältigkeit ihres Auftretens zurückführen, die gleichermaßen für die Kulanz im Privatversicherungsrecht zutrifft. Hinsichtlich der Frage nach der Rechtsnatur der Kulanz hat sich in den letzten Jahrzehnten in Literatur und Rechtsprechung kaum etwas getan. Zuletzt hat Lenz in seiner Arbeit³⁵ den ausführlichen Versuch unternommen, die Frage nach der Rechtsnatur zu beantworten. Hierbei kam er zu dem Schluss, dass die im besonderen Teil des Schuldrechts angelegten Vertragsarten, mit denen er sich umfassend auseinandersetzt, die Kulanzleistung grundsätzlich nicht zu charakterisieren vermögen.³⁶ Die Stundung, den Verzicht und in Teilen auch den

32 Ob und inwiefern ein Ausbau des Einflusses der Digitalisierung im Rahmen der Kulanz sinnvoll wäre soll in Kapitel 18 noch eingehend thematisiert werden.

33 Lenz S. 68.

34 Berliner Kommentar VVG/Schauer § 49 Rn. 7.

35 Lenz Die Kulanzleistung des Versicherers.

36 Lenz S. 95; für eine umfassende Betrachtung der Rechtsnatur der Kulanz s. Lenz S. 74-94.

Vergleich nahm er von dieser Aussage aus.³⁷ Im Ergebnis statuierte er eine unweigerliche Verknüpfung der Kulanzleistung mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, dem Versicherungsvertrag.³⁸ In diesem Sinne entschied der Österreichische Oberste Gerichtshof (OGH), wonach die Kulanzzahlung stets auf einem bestimmten Versicherungsvertrag basierte.³⁹

Lenz geht richtigerweise davon aus, dass die rechtliche Einordnung der Kulanz nicht unerhebliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.⁴⁰ Beispielhaft sei nur die Einordnung als Schenkung genannt, welche die Möglichkeit eines Widerrufs auf Grundlage groben Undanks i.S.d. § 530 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zumindest in den Raum stellen würde.⁴¹ Die grundsätzliche Bedeutung spiegelt sich auch in der thematischen Auseinandersetzung in einschlägigen Kommentaren wider.⁴² Die Beantwortung der Frage nach der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis ist jedoch unabhängig von der Rechtsnatur derselben, weswegen eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Kulanz im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen kann.

³⁷ Lenz S. 95.

³⁸ Lenz S. 96.

³⁹ OGH VersR 1999, 1439 (1440): „Auch dann, wenn einen Versicherer aus irgendeinem Grund eine rechtliche Zahlungsverpflichtung nicht trifft, geht eine Kulanzzahlung einer Versicherungsgesellschaft stets auf einen bestimmten Versicherungsvertrag zurück.“.

⁴⁰ Lenz S. 71.

⁴¹ Lenz S. 81.

⁴² Siehe hierzu Prölss/Martin/Armbrüster § 1 Rn. 146 ff; Palandt/Grüneberg Einl v § 241 Rn. 7; uvm.

Kapitel 4. Die Akteure in der Privatversicherungswirtschaft

Um die Zusammenhänge im Versicherungswesen bezüglich der Kulanzpraxis hinlänglich darstellen zu können, ist ein abstrakter Blick auf die maßgeblichen Akteure unerlässlich. Auch unter dem Gesichtspunkt des noch folgenden Rechtsvergleichs⁴³, sind zum Zwecke der Schaffung einer belastbaren Grundlage dabei nicht nur die Kompetenzen, sondern auch etwaige zugrundeliegende Organisationsstrukturen zu beleuchten. Das gilt umso mehr, da sich wesentliche im Rahmen des Rechtsvergleichs herauszuarbeitende Unterschiede – insbesondere mit Blick auf den Handlungsspielraum und die Kasuistik bestimmter Akteure – auf historische und/oder organisatorische Faktoren zurückführen lassen werden. In diesem Kapitel beschränkt sich die ausführliche Betrachtung der Organisationsstruktur auf solche Akteure, die für die Kulanz unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgrundsatzkonformität eine besondere Bedeutung einnehmen können. Der Fokus soll hierbei insbesondere auf der deutschen Versicherungsaufsicht sowie den beiden im Versicherungssektor aktiven Ombudsmanneinrichtungen liegen.⁴⁴ Daneben soll der Blick aber auch auf die Versicherer, die Versicherungsnehmer, die Vermittler sowie die auf europäischer und internationaler Ebene bestehenden Versicherungsaufsichtsinstitutionen gerichtet werden.

I. Die Versicherer

1. Die Versicherer in Zahlen

Um den zahlenmäßigen Umfang der in Deutschland tätigen Privatversicherungsunternehmen zu ermitteln, ist eine Orientierung an den Daten, die die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zur Verfügung stellt, sinnvoll.

⁴³ Teil 3 und Teil 4.

⁴⁴ Eine tiefere Auseinandersetzung, insbesondere die Darstellung der maßgeblichen Handlungsspielräume und der Entscheidungshistorie sowie, folgt in Kapitel 9 und Kapitel 10.

Im Jahr 2020 lag die Gesamtzahl der unter Aufsicht stehenden Versicherer bei 536, davon 523 mit Geschäftstätigkeit.⁴⁵ Beide Zahlen sind in den Jahren zuvor weitestgehend konstant geblieben.⁴⁶ Die Gesamtheit der Versicherer wird von der BaFin in Lebensversicherer (86), Pensionskassen (137), Sterbekassen (32), Private Krankenversicherer (46), Schaden- und Unfallversicherer (206) sowie Rückversicherer (29) aufgeteilt.⁴⁷ Die Schaden- und Unfallversicherer sind somit, was die reine Anzahl der Versicherungsunternehmen angeht, bei weitem der bedeutendste Geschäftszweig. Dass die reine Unternehmensquantität nicht automatisch Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Bedeutung des Versicherungszweiges zulässt, zeigt der vergleichende Blick auf die Zahlen der Pensions- und der privaten Krankenkassen. So erwirtschafteten die 136 Pensionskassen einen Jahresumsatz 6,5 Milliarden Euro durch die verdienten Beiträge.⁴⁸ Die 46 privaten Krankenversicherer erzielten im selben Zeitraum Beitragseinnahmen in Höhe von rund 43 Milliarden Euro.⁴⁹ Übertroffen wurden jedoch beide von den Schaden- und Unfallversicherern mit Beitragseinnahmen in Höhe 86,5 Milliarden Euro.⁵⁰ Sie übernehmen damit auch hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung die Spitzenstellung.

2. Rechtsformen der Versicherer

In welchen Rechtsformen die Versicherer agieren dürfen, ist in § 8 Abs. 1 VAG normiert. Die Norm besagt, dass die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis durch die Aufsichtsbehörde nur zugunsten von Unternehmen in den Rechtsformen der Aktiengesellschaft (AG), wobei hiervon die europäischen Gesellschaften (SE) umfasst sind, des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG) und der Körperschaft des öffentlichen Rechts erfolgen darf. Die Versicherer unterliegen damit einem aufsichtsrechtlichen *numerus clausus*.⁵¹ Hintergrund des Rechtsformzwangs

45 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2020, S. 73 – abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

46 A.a.O., S. 73.

47 A.a.O., S. 73.

48 A.a.O., S. 83.

49 A.a.O., S. 76.

50 A.a.O., S. 79; die Krankenversicherer werden im Bericht der BaFin separat aufgeführt.

51 *Bruns Privatversicherungsrecht* § 5 Rn. 2.

und der damit einhergehenden Schaffung eines unternehmensrechtlichen Mindeststandards ist der Schutz des Versicherten.⁵² Ausnahmen von diesem Mindeststandard müssen jedoch aufgrund des europarechtlich präformierten europäischen Versicherungsaufsichtsrechts gemacht werden. So gestattet § 61 VAG ausländischen Versicherungsunternehmen mit Sitz in einem Mitglied- oder Vertragsstaat des Europäischen Währungsraums den Betrieb von Versicherungsgeschäften in Deutschland.⁵³

II. Die Versicherungsnehmer

Der Vertragspartner des Versicherers ist der Versicherungsnehmer. Hierbei kann es sich um eine juristische oder natürliche Person handeln. Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten besteht nicht notwendigerweise Personenidentität, was mit Blick auf die Kulanz die Frage aufwirft, ob diese auch gegenüber einem Drittbegünstigten oder nur gegenüber dem Versicherungsnehmer erfolgen kann. Da diese Beantwortung der Frage nicht unumstritten ist, soll sich hiermit im Rahmen der Definition der Kulanz noch befasst werden.⁵⁴

III. Die Versicherungsvermittler und Versicherungsberater

Ein regelmäßig ebenfalls wichtiger Bestandteil des Versicherungsverhältnisses sind die Versicherungsvermittler und Versicherungsberater.⁵⁵

Versicherungsvermittler sind in § 59 Abs. 1-3 VVG legaldefiniert. Es handelt sich um einen Oberbegriff, der sowohl Versicherungsvertreter als auch Versicherungsmakler umfasst, § 59 Abs. 1 Satz 1 VVG. Die unter dem Oberbegriff definierten Begriffe sind jedoch klar voneinander abgrenzbar.⁵⁶ Ersterer ist gem. § 59 Abs. 2 VVG, wer von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut ist, gewerbsmäßig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen.⁵⁷ Ob es sich um einen

52 Bruns Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 2.

53 Bruns Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 2.

54 Siehe hierzu Kapitel 5.

55 Eine weitergehende Darstellung der Rolle des Versicherungsvermittlers im Rahmen der Kulanzpraxis folgt im Rahmen von Kapitel 8 Darstellung der Kulanzpraxis.

56 Langheid/Rixecker/Rixecker VVG § 59 Rn. 1.

57 Langheid/Rixecker/Rixecker VVG § 59 Rn. 4.

Ausschließlichkeitsvertreter, einen Mehrfachvertreter oder beispielsweise eine unechte Mehrfachvertretung handelt ist für die Bewertung der gegenüber dem Versicherungsnehmer bestehenden rechtlichen Pflichten hierbei ohne Bedeutung.⁵⁸ Versicherungsmakler ist laut § 59 Abs. 3 Satz 1 VVG, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut worden zu sein.⁵⁹ Darüber hinaus gilt gem. § 59 Abs. 3 Satz 2 auch als Versicherungsmakler, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistungen als Versicherungsmakler. Gem. § 59 Abs. 4 VVG ist dagegen Versicherungsberater, wer Dritte gewerbsmäßig bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall berät oder gegenüber dem Versicherer außergerichtlich vertritt, ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein.⁶⁰

Die besondere Bedeutung des Versicherungsvermittlers sowie des Versicherungsberaters mit Blick auf den Gegenstand dieser Untersuchung soll an mehreren Stellen im Verlaufe dieser Arbeit noch aufgezeigt werden.⁶¹

IV. Die Versicherungsaufsicht

Ein weiterer essentieller Akteur des Privatversicherungsrechts ist die Versicherungsaufsicht. Aus diesem Grund und wegen der im Rahmen des Rechtsvergleichs aufzuzeigenden bedeutenden Unterschiede zum Vereinigten Königreich gebührt ihr eine tiefere Auseinandersetzung.

1. BaFin

Die heute in die BaFin integrierte Versicherungsaufsicht⁶² blickt auf eine lange und ereignisreiche Geschichte zurück.

58 Langheid/Rixecker/Rixecker VVG § 59 Rn. 5.

59 Langheid/Rixecker/Rixecker VVG § 59 Rn. 7.

60 Langheid/Rixecker/Rixecker VVG § 59 Rn. 11.

61 Unter anderem in Kapitel 7 I.2.

62 § 1 FinDAG.

a. Entstehung und Geschichte

aa. Vorläufer der BaFin

Im Juli 1902 nahm auf Grundlage des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen das Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung als erste staatliche Versicherungsaufsicht seinen Dienst auf.⁶³ Die weitere Entwicklung der Versicherungsaufsicht stand in den kommenden fünfzig Jahren wesentlich unter dem Einfluss des ersten und zweiten Weltkriegs. Im Zuge des sich an den ersten Weltkrieg anschließenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs wurden die Kompetenzen der nach Kriegsende in „Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung“ umbenannten Behörde zunächst erheblich erweitert.⁶⁴ Es folgte eine Phase der langsamen Rückkehr zur geregelten Aufsicht, die aber anlässlich des Zusammenbruchs der Frankfurter Allgemeinen Versicherungsaktiengesellschaft und der damit einhergehenden Forderungen nach einer strikteren Aufsicht durch Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes im Jahr 1931 wieder ins Gegenteil verkehrt wurde.⁶⁵ Die materielle Aufsicht wurde erweitert und die Bausparkassen fortan unter dem Dach der Versicherungsaufsicht mitbeaufsichtigt, die Versicherungsaufsicht wieder umbenannt.⁶⁶ Das geänderte Aufsichtsgesetz hieß von nun an „VAG“.

Der Umfang der Aufgaben und Kompetenzen fand während des 2. Weltkriegs seinen Höhepunkt, als dem Amt im Jahre 1943 auch die Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen übertragen wurde.⁶⁷ Mit dem Kriegsende ging auch das vorläufige Ende der staatlichen Versicherungsaufsicht einher und in den Folgejahren übernahmen die Besatzungsmächte die Versicherungsaufsicht.⁶⁸ Erst im April 1952 sollte es wieder eine einheitliche Bundesaufsicht geben, welche nach langer Diskussion keine Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Versicherer führen sollte, aber weiterhin die über das Bausparwesen.⁶⁹ Mit der Zuweisung des Bausparwesens zum Aufsichtsamt für Kreditwesen im Jahr 1973

63 Website der BaFin: Aufgaben und Geschichte – Versicherungsaufsicht: abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Versicherungsaufsicht/versicherungsaufsicht_node.html (abgerufen Mai 2021).

64 A.a.O.

65 A.a.O.

66 A.a.O.

67 A.a.O.

68 A.a.O.

69 A.a.O.

erfolgte die bis zur Gründung der BaFin letzte Namensänderung: „Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen“.⁷⁰

bb. Aufgang des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen in der BaFin

Kurz nach der Jahrtausendwende ging das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen schließlich gemeinsam mit weiteren Bundesaufsichtsämtern in der BaFin auf.⁷¹ Eine Kurzfassung dieser Entwicklung ist auf Gesetzebene in § 1 FinDAG festgehalten. Dort heißt es: „Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen wird durch Zusammenlegung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen und des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel eine bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts zum 1. Mai 2002 errichtet. Sie trägt die Bezeichnung „Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.“

Aufgrund der besonderen Umstände der Entstehung, ist ein Blick auf die zugrundeliegenden Vorgänge lohnenswert. Den Beginn markierte die Einbringung des Entwurfs zum Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht durch den Bundestag und die Befassung des Bundesrats mit dem Entwurf im März 2002. Zu diesem Zeitpunkt wurde die Wahrscheinlichkeit eines Inkrafttretens des Gesetzes ohne Zusammentritt des Vermittlungsausschusses als sehr gering eingeschätzt und gemeinhin ging man dementsprechend von einer längeren Vorlaufzeit bis zur Gründung der BaFin aus.⁷² Entgegen aller Wahrscheinlichkeit war die BaFin sechs Wochen später bereits gegründet. Der Entwurf hatte den Bundesrat ohne Turbulenzen passiert. Der Abstimmung vorangegangen war ein Streit über das später für verfassungswidrig eingestufte Zuwanderungsgesetz, welcher einige Länder dazu veranlasst hatte, den Saal zu verlassen.⁷³ Aufgrund der niedrigen Teilnahme an der Abstimmung, war es zu keinen Diskussionen gekommen.⁷⁴ Auch wenn die Schnelligkeit des Inkrafttretens des Gesetzes überrascht hatte, bestand dennoch allgemeine Einigkeit hinsichtlich der Notwendigkeit der Gründung einer einheitlichen Behörde. Hierdurch

70 A.a.O.

71 Van Bühren Versicherungsrecht/*Van Bühren* Rn. 21.

72 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (4).

73 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (4).

74 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (4).

konnten zukünftig die deutschen Regulierungsinteressen bei internationalen Verhandlungen gebündelt vertreten und die Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden anderer Länder wurde erleichtert. Darüber hinaus waren viele Unternehmen mittlerweile in mehreren Bereichen tätig, wurden also von mehreren der bisherigen Aufsichtsämter gleichzeitig überwacht. In der neuen Behörde konnten nunmehr vorhandenes Wissen optimal gebündelt und genutzt werden.⁷⁵

b. Einordnung und Aufgabe

Die BaFin ist als selbstständige Bundesanstalt zu charakterisieren und untersteht als solche dem Bundesministerium der Finanzen.⁷⁶ Durch die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen soll sie den Bestand eines funktionsfähigen und stabilen Versicherungssystems gewährleisten.⁷⁷

c. Zahlen

aa. Arbeitsumfang

Ausweislich des Jahresberichts der BaFin befasste sich die Aufsichtsbehörde im Jahr 2020 im Versicherungsbereich mit 8.216 Eingaben, wobei im Vergleich zum Vorjahr (7.851) ein Anstieg zu verzeichnen war.⁷⁸ Vergleicht man die letzten sieben Jahre miteinander, ist jedoch ein deutlicher Rückgang zu verzeichnen. An der Spitze lag in diesem Zeitraum die Eingabenzahl bei 11.139 (Jahr 2014).⁷⁹

Beschwerden machen über 90 Prozent der Gesamteingaben aus, wohingegen allgemeine Anfragen und Petitionen nur einen kleinen Anteil an

75 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (4).

76 MAH VersR/*Gebert* § 37 Rn. 4; O'Connell/*Schaloske/Sieg* Insurance & Reinsurance Law & Regulation, Mainwork Germany Section 2.1.

77 BVerfGE 114, 1 = VersR 2005, 1109 (1120); BVerfGE 114, 73 = VersR 2005, 1127 (1133); MAH/*Gebert* § 37 Rn. 4.

78 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2020, S. 108 – abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

79 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2018., S. 42 Tabelle 2 – abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2018.pdf (abgerufen Mai 2021).

den Gesamteingaben haben.⁸⁰ Letztere erreichen die BaFin über den deutschen Bundestag oder das Bundesfinanzministerium.⁸¹ Die drei häufigsten Beschwerdeinhalte waren die Art der Schadenbearbeitung/Verzögerungen, Deckungsfragen und die Höhe der Versicherungsleistung.⁸² Die eingabeträchtigsten Versicherungszweige sind mit deutlichem Abstand die Kraftfahrt-, Lebens-, und Krankenversicherungen.⁸³ Die Erfolgsquote lag für den Einsender im Jahr 2020 bei rund 35 Prozent.⁸⁴

bb. Budget und Finanzierung

Das vom Verwaltungsrat bewilligte Budget der BaFin belief sich im Haushaltsjahr 2020 auf 436,5 Millionen Euro, was im Vergleich zum Vorjahr eine rund fünfzehnprozentige Erhöhung darstellt.⁸⁵ Der Großteil der finanziellen Mittel mit rund 64 Prozent und 281 Millionen Euro wird für die Finanzierung der über 2700 Beschäftigten der BaFin aufgewendet.⁸⁶ Der nächstgrößere Bilanzposten sind die Sachkosten mit einem Anteil von 28 Prozent des Budgets.⁸⁷ Auf Investitionen sowie Zuweisungen und Zuschüsse entfielen lediglich 5 Prozent bzw. 2,5 Prozent des Budgets.⁸⁸

Früher wurde der auf die Versicherungsaufsicht entfallene Anteil der Ausgaben aus dem Bundeshaushalt vorgestreckt und dann *ex post* anteilig auf die unter Aufsicht stehenden Versicherungsunternehmen umgelegt.⁸⁹ So sah es der 2002 aufgehobene § 101 VAG a.F. vor. Das darauffolgende und auch noch bis heute geltende Finanzierungsmodell orientierte sich an § 51 Kreditwesengesetz (KWG) in Verbindung mit der außer Kraft getretenen *Umlage-Verordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen* vom 8.3.1999.⁹⁰ Seine Normierung erfolgte im Finanzdienstleistungsaufsichts-

80 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2020, S. 108 – abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

81 A.a.O., S. 108.

82 A.a.O., S. 108 Tabelle 33.

83 A.a.O., S. 108 Tabelle 32.

84 A.a.O., S. 108.

85 A.a.O., S. 138.

86 A.a.O., S. 138, 137 Tabelle 42.

87 A.a.O., S. 138.

88 A.a.O., S. 138.

89 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 5.

90 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 5; für die außer Kraft getretene *Umlage-Verordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen* siehe BGBl. I S. 314.

gesetz (FinDAG). Das FinDAG regelt eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion für die von der BaFin beaufsichtigten Unternehmen und rekurriert damit verfassungsrechtlich auf Art. 104a ff. Grundgesetz (GG), in welchen die Anforderungen an nichtsteuerliche Abgaben geregelt sind.⁹¹

Nunmehr erfolgt die Finanzierung, angeglichen an die bereits bestehenden Finanzierungsmodelle der Bundesaufsichtsämter für Wertpapierhandel und für Kreditwesen, auf der ersten Stufe durch die Erhebung einer Gebühr für die in Frage stehende Amtstätigkeit, § 14f i.V.m §§ 1 ff. FinDAGKostV mit Gebührenverzeichnis (Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz). Auf der zweiten Stufe werden die im Rahmen der Aufsicht darüber hinaus entstandenen Kosten auf die zu beaufsichtigenden Unternehmen umgelegt. Der entsprechende Umlageschlüssel findet sich in § 16-16q FinDAG.⁹² Wie bereits nach der zuvor geltenden Rechtslage, sind neben den unmittelbar der BaFin angefallenen Kosten, auch solche Kosten erstattungs- und umlagefähig, die als Erfüllungsgehilfen eingeschalteten Dritten angefallen sind.⁹³ Gleiches gilt auch für ganze Betriebsfunktionen, die mangels Erfordernisses einer unmittelbaren hoheitlichen Wahrnehmung auf andere Behörden oder Unternehmen zum Zwecke einer kosteneffizienten Verwaltung ausgelagert wurden.⁹⁴ Grundsätzlich trägt sich die BaFin damit vollumfänglich selbst. Sofern dennoch Liquiditätsengpässe entstehen sollten, ist der BaFin eine Kreditaufnahme am Kapitalmarkt verwehrt.⁹⁵ Allerdings besteht auf der Grundlage des jeweiligen Haushaltsgesetzes die Möglichkeit, ein verzinliches und unterjährig rückzahlbares Darlehen beim Bund aufzunehmen.⁹⁶ Im Wege der Umlage nahm die BaFin im Jahr 2020 414,5 Millionen Euro ein und die Verwaltungseinnahmen beliefen sich auf 22 Millionen Euro.⁹⁷ Hinsichtlich der Umlagezahlungen entfielen rund 26,5 Prozent auf die Versicherungswirtschaft.⁹⁸

91 NVwZ 2010, 35=BVerfGE 124, 235.

92 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 5.

93 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 4.

94 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 4.

95 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 6.

96 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 6.

97 Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2020, S. 138 – abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

98 A.a.O. S. 138.

Die Umlage geht sogar so weit, dass auch Kosten, die der BaFin infolge von Amtspflichtverletzungen im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung entstehen, auf die beaufsichtigten Unternehmen umgelegt werden dürfen.⁹⁹ Diese aus § 16 FinDAG abgeleitete Befugnis wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert und war in der Folge unter anderem auch Gegenstand eines bundesverfassungsgerichtlichen Beschlusses.¹⁰⁰ Das Bundesverfassungsgericht setzte sich im Rahmen dieses Beschlusses insbesondere mit der Frage auseinander, wie sich die bisherige Regelung und die in § 16 FinDAG erfolgte Neuregelung unterscheiden. Hierbei wurden als entscheidende Unterschiede die vollständige Eigenfinanzierung der BaFin und die damit einhergehende ausbleibende Belastung des Staatshaushaltes herausgearbeitet.¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund müssten somit auch aus Amtspflichtverletzungen entstandene Kosten auf die unter Aufsicht stehenden Unternehmen umgelegt werden.

Die sich an diese Feststellung anschließende Frage nach der Verfassungskonformität des FinDAG hatte das Bundesverfassungsgericht bereits in einem Beschluss aus dem Jahre 2009¹⁰² positiv beantwortet. Hierauf wurde im Beschluss zur Umlagefähigkeit der der BaFin aufgrund von Amtspflichtverletzungen entstandenen Kosten verwiesen.¹⁰³ Auch das Bundesverwaltungsgericht vertrat in einer Entscheidung die Auffassung, dass Art. 34 Satz 1 GG keine andere Auslegung gebiete.¹⁰⁴ Inwiefern der § 16 FinDAG damit von Bedeutung für den Handlungsspielraum der BaFin hinsichtlich der Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität ist, soll im weiteren Verlauf dieser Arbeit bewertet werden.

2. Europäische Versicherungsaufsicht

Verglichen mit der deutschen Versicherungsaufsicht steckt die europäische Versicherungsaufsicht noch in den Kinderschuhen. Ausgangspunkt der europäischen Versicherungsaufsicht war im Jahr 2009 der „Ausschuss der europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und

99 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 7; BVerwG, 23.11.2011 – 8 C 20.10.

100 Beschluss vom 24. November 2015 - 2 BvR 355/12.

101 Beschluss vom 24. November 2015 - 2 BvR 355/12.

102 Beschluss vom 16. September 2009 - 2 BvR 852/07 = BVerfGE 124, 235.

103 Beschluss vom 24. November 2015 - 2 BvR 355/12.

104 Nomos-BR/Laars FinDAG/Laars § 13 Rn. 7; BVerwG, 23.11.2011 – 8 C 20.10.

die betriebliche Altersvorsorge.¹⁰⁵ Ende 2010 wurde sodann per Verordnung¹⁰⁶ die Errichtung einer europäischen Versicherungsaufsichtsbehörde beschlossen. Diese Dynamik entsprach auch den allgemeinen Entwicklungen im Finanzsektor der EU. Aufgrund ähnlicher im Zeitraum erlassener Verordnungen wurden zu Beginn des darauffolgenden Jahres 2011 drei europäische Aufsichtsbehörden ins Leben gerufen, die so genannten ESAs (*European Supervisory Authorities*).¹⁰⁷ Diesen Gründungen folgte wiederum zeitnah die des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, welcher in Kombination mit den *European Supervisory Authorities* das neue Europäische System der Finanzaufsicht ESFS (*European System of Financial Supervision*) darstellt.¹⁰⁸

Als ein Element dieser EU-Aufsichtsstruktur nahm die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge *European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA) ihren Betrieb auf.¹⁰⁹ Es handelt sich um eine Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Hauptziel es ist, auf eine stetige Harmonisierung der bis dato divergenten Aufsichtspraktiken der jeweiligen Mitgliedsstaatsbehörden hinarbeiten.¹¹⁰ Um diesem Ziel gerecht werden zu können, sollen in einem ersten Schritt die verschiedenen Regulierungs- und Aufsichtsstandards festgestellt werden.¹¹¹ Abgesehen von dieser Aufgabe überwacht die EIOPA zudem den Versicherungsmarkt und gewährleistet eine möglichst wirksame Anwendung der europäischen Vorschriften. Nicht zuletzt soll die EIOPA, wie auch die ländereigenen Versicherungsaufsichtsbehörden, dem Schutz der Versicherten dienlich sein.¹¹² Zur Realisierung dieser Zielsetzungen, hat der europäische Gesetzgeber der EIOPA effektive Durchsetzungsbefugnisse und einen umfangreichen Instrumentenkatalog

105 *Dreher/Lange* VersR 2011, 825 (826); Beschluss 2009/79/EG der Kommission vom 23. 1. 2009 zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge.

106 *Dreher/Lange* VersR 2011, 825 (826); Verordnung 1094/2010/EG vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission.

107 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7).

108 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7).

109 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

110 *Dreher/Lange* VersR 2011, 825 (826); *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

111 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

112 *Dreher/Lange* VersR 2011, 825 (834); *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

zugestanden.¹¹³ Von Ersteren kann die EIOPA in Fällen von Krisen sowie bei Streitigkeiten zwischen Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten in transnationalen Fallkonstellationen Gebrauch machen.¹¹⁴ Gleiches gilt bei Verletzungen des Unionsrechts. Zu dem Instrumentenkatalog gehören die Erstellung einheitlicher Standards mit Blick auf Regulierung und Aufsicht, die Veröffentlichung von Leitlinien und die Aussprache von Empfehlungen.¹¹⁵ Obwohl diesbezüglich keine Verbindlichkeit angenommen werden kann, führt der politische Druck regelmäßig doch zur mitgliedsstaatlichen Umsetzung.¹¹⁶ Berücksichtigt man die aufgezeigten erheblichen Auswirkungen auf das Tagesgeschäft der Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten, die die Handlungen der EIOPA haben, erscheint es nur vernünftig, dass den Mitgliedsstaaten im Wege von Mitgliedschaften in Arbeitsgruppen und Ausschüssen erhebliche Einflussmöglichkeiten zugebilligt werden.¹¹⁷ Die Aufsichtsbehörden entsenden auch beratend agierende Mitarbeiter an die EIOPA.¹¹⁸ Überdies sind der Exekutivdirektor der BaFin sowie die Pendants der anderen Aufsichtsbehörden stimmberechtigte Mitglieder im Rat der EIOPA, in welchem die operativen Entscheidungen getroffen werden.¹¹⁹

Auch wenn die Kompetenzen der EIOPA weitreichend sind, erstrecken sie sich nicht auf die laufende Aufsicht.¹²⁰ Die diesbezügliche Zuständigkeit verbleibt weiterhin bei den Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten, in Deutschland also bei der BaFin.¹²¹ Mithin fehlt es der EIOPA auch an der Zuständigkeit für die Kulanz.¹²² Daran hat auch die Umsetzung von Solvency II im Wege der VAG Reform von 2016 nichts geändert.¹²³

113 *Dreher/Lange* VersR 2011, 825 (834); *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

114 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7 f.).

115 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

116 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7).

117 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (8).

118 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (8).

119 O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (8).

120 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22; O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7).

121 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22; O.V. BaFin Journal Mai 2012, 4 (7).

122 So bestätigt durch die EIOPA in einer Antwort vom 5. Dezember 2018 auf eine Anfrage vom 24. Oktober 2018.

123 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 33 Rn. 22.

3. IAIS

An einer mit der EIOPA als europäische Versicherungsaufsicht vergleichbare supranationale Behörde auf internationaler Ebene fehlt es bis dato. Dem am nächsten kommt wohl bisher die 1994 ins Leben gerufene *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS).¹²⁴ Die satzungsmäßigen Zielsetzungen der IAIS umfassen (a) eine wirksame und weltweit einheitliche Beaufsichtigung der Versicherungswirtschaft zu fördern, um dadurch faire, sichere und stabile Versicherungsmärkte zum Wohle und zum Schutz der Versicherungsnehmer zu entwickeln und zu erhalten, und zum anderen (b) zur globalen finanziellen Stabilität beizutragen.¹²⁵ Obwohl es sich hierbei grundsätzlich um eine private Organisation handelt,¹²⁶ kann die IAIS mittlerweile mit der Repräsentation von 190 Jurisdiktionen in 140 Mitgliedsländern aufwarten und deckt damit indirekt 95% aller weltweit gezahlten Versicherungsprämien ab.¹²⁷ Komplettiert wird die Liste der Mitglieder durch einflussreiche Institutionen wie die OECD, den IMF, die Weltbank und die Europäische Kommission.¹²⁸ Die Anzahl und Qualität der Mitglieder tragen dazu bei, dass die IAIS auch ohne offizielle gesetzgeberische Kompetenzen einen hohen Einfluss vorweisen kann.¹²⁹ Sowohl Ausdruck des Einflusses als auch Grund für seine weitere Vertiefung ist die Berücksichtigung der veröffentlichten Grundsätze und Standards durch die Weltbank im Rahmen des *Financial Sector Assessment Programme* (FSAP) sowie durch den IWF.¹³⁰

Wichtigste Veröffentlichung des IAIS sind die 25 Grundprinzipien zur effektiven Versicherungsaufsicht¹³¹, bezüglich derer die IAIS die Befolgung von den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitglieder erwartet.¹³² Allerdings geht die EU soweit über die dort normierten Anforderungen

124 Lowry/Rawlings/Merkin S. 18; Liedtke/Monkiewicz/Kading/Madeiras S. 391; Burling/Lazarus/Steinberg S. 225.

125 Die aktuellen satzungsmäßigen Zielsetzungen des IAIS sind abrufbar unter <https://www.iaisweb.org/page/about-the-iais/by-laws> (abgerufen Mai 2021).

126 Burling/Lazarus/Steinberg S. 276

127 Burling/Lazarus/Knochenburger/Salve S. 225.

128 Burling/Lazarus/Steinberg S. 302 f.

129 Burling/Lazarus/Steinberg S. 302 f.

130 Liedtke/Monkiewicz/Kading/Madeiras S. 391; Burling/Lazarus/Steinberg S. 302 f.

131 Die Grundprinzipien des IAIS sind abrufbar unter <https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/insurance-core-principles-and-comframe> (abgerufen Mai 2021).

132 Lowry/Rawlings/Merkin S. 18.

hinaus, dass die IAIS in den Mitgliedsstaaten an Bedeutung verloren hat.¹³³ Auch wenn das Vereinigte Königreich aus der Europäischen Union ausgeschieden ist, zeichnet sich kein derartiger Abfall der aufsichtsrechtlichen Standards ab, dass die Feststellung der geringen Bedeutung bezüglich des Vereinigten Königreichs einer gesonderten Prüfung unterzogen werden müsste. Mithin ist die IAIS mit Blick auf die dieser Arbeit zugrundeliegenden Jurisdiktionen zu vernachlässigen und es bedarf keiner über das soeben erfolgte Maß hinausgehenden Auseinandersetzung.

V. Die Versicherungsombudsmänner

Bei Streitigkeiten im Versicherungswesen gibt es neben der Anrufung der staatlichen Gerichte und einer Beschwerde an die BaFin auch die Möglichkeit des Rückgriffs auf institutionalisierte außergerichtliche Streit-schlichtungsstellen.¹³⁴ Die Einrichtung der Ombudsmänner im Versicherungssektor im Speziellen ist dabei einerseits als Gegensteuern mit Blick auf konstant steigende gerichtlicher Prozesszahlen einzuordnen, andererseits auf die Erkenntnis der Versicherungsunternehmen hinsichtlich der Bedeutung des Gefühl sozialer Gerechtigkeit beim Versicherungsnehmer zurückzuführen.¹³⁵

Die Schlichtung durch eine nichtstaatliche Stelle als Mittel der außergerichtlichen Streitbeilegung anzubieten, ist historisch Schweden zuzuordnen.¹³⁶ In Deutschland befand sich die rechtliche Grundlage für die Anerkennung solcher Stellen vor der letzten umfassenden VVG Reform in den §§ 48e a.F. und § 42k a.F..¹³⁷ Als im Zuge der Reform der Anwendungsbereich der Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie II¹³⁸ auf sämtliche Versicherungsverträge ausgedehnt wurde, entschloss man sich, auch die Schlichtungsstellen für sämtliche Streitigkeiten aus Versicherungsverhält-

133 Lowry/Rawlings/Merkin S. 18.

134 Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 162 ff; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 3; MünchKommVVG/Bruns Vor. §§ 307-309 BGB Rn. 87 ff.

135 Basedow VersR 2008, 750 (751).

136 Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 163; Lorenz, VersR 2004, 541 (541); von Hippel Der Ombudsmann S. 2; Braun VuR 2019, 130 (130).

137 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 1.

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

nissen mit Verbrauchern zu öffnen.¹³⁹ Im Zuge dessen wurde ein neuer § 214 VVG geschaffen, der die bisherigen §§ 48e a.F. und § 42k a.F. ersetzte und nunmehr die Regelungen zu Schlichtungsstellen beinhaltet. Zunächst konnte demgemäß das Bundesministerium der Justiz und seit Ende 2013 nunmehr das Bundesamt für Justiz privatrechtlich organisierte Einrichtungen als Schlichtungsstellen zur außergerichtlichen Beilegung bestimmter versicherungsrechtlicher Streitigkeiten anerkennen (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-2 VVG). Die Voraussetzungen für eine Anerkennung sind mittlerweile in § 24 des am 1. April 2016 in Kraft getretenen Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VSBG) normiert.¹⁴⁰

Von der Möglichkeit der Anerkennung wurde bisher im Privatversicherungssektor zwei Mal Gebrauch gemacht und der *Versicherungsombudsmann e.V.* (Versicherungsombudsmann) sowie der *Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung* (PKV-Ombudsmann) wurden anerkannt. Für die Einführung weiterer Schlichtungsstellen fehlt es aktuell an der Notwendigkeit.¹⁴¹ Die beiden Verbraucherschlichtungsstellen befassen sich jährlich mit über 20.000 Beschwerden.¹⁴² Bei Schlichtungsstellen müssen die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit von anderen staatlichen und nichtstaatlichen Stellen gewährleistet sein.¹⁴³ Auch wenn es sich bei den beiden Vereinen nicht um eine Person sondern eine Institution handelt, werden die zur Weisungsgebundenheit im Rahmen des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelten Kriterien im Wesentlichen übertragen.¹⁴⁴ Die Schlichtungsstellen dürfen also in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen und müssen in ihren Entscheidungen frei von wirtschaftlichem, politischem oder sonstigem Druck sein.¹⁴⁵ Diese Kriterien wurden von beiden Institutionen umgesetzt.¹⁴⁶

139 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 2.

140 Für einen Gesamtüberblick über die Entwicklungen nach Einführung des VSBG siehe Braun VuR 2019, 130 ff.

141 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Muschner § 214 Rn. 2; MünchKommVVG/Looschelders § 214 Rn. 8; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 4.

142 Bruns Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79.

143 Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 165.; Lorenz VersR 2004, 541 (542); Noch zu den Empfehlungen der EU-Kommission von 1998: Jens M. Scherpe Außergerichtliche Streitbeilegung S. 49; Ebenfalls noch vor der Einrichtung der Ombudsmänner: Michaels VW 2000, 396; Das umfasst im Übrigen auch die Unabhängigkeit vom beschwerdeführenden Verbraucher, wie Hirsch aus gegebenem Anlass in VuR 2010, 298 (302) klarstellt.

144 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 11.

145 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 11.

146 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 11.

In der Vereinsatzung des Versicherungsombudsmanns finden sich die entsprechenden Vorgaben in § 13 Abs. 2 und im Statut des PKV-Ombudsmanns (PKV-Statut) in § 2. Die in beiden Stellen tätigen Ombudspersonen sollen die Befähigung zum Richteramt sowie in der Vergangenheit bereits Erfahrungen in der Versicherungswirtschaft gesammelt haben und werden im Rahmen ihrer Tätigkeit von Volljuristen und weiteren Angestellten unterstützt.¹⁴⁷ Sofern sie in den letzten drei Jahren vor ihrem Amtsantritt hauptberuflich von einem Versicherungsunternehmen beschäftigt wurden oder im selben Umfang eine Vermittlertätigkeit ausgeübt haben, sind sie für das Amt des Ombudsmannes disqualifiziert.¹⁴⁸

Den Ablauf des Verfahrens hat der Gesetzgeber, durch das Unterlassen einer umfassenderen Regelung zunächst in § 214 VVG a.F. und anschließend im VSBG, bewusst weitgehend den Schlichtungsstellen überlassen.¹⁴⁹ Dadurch wurden die beiden Stellen in die Lage versetzt, das Verfahren aktuellen Entwicklungen entsprechend anzupassen und damit auf die Bedürfnisse der Versicherungsnehmer optimal eingehen zu können.¹⁵⁰ Der Versicherungsombudsmann und der PKV-Ombudsmann machen von dieser Freiheit übereinstimmend dergestalt Gebrauch, dass die Verfahren ohne Partei- oder Zeugenvernehmungen in der Regel schriftlich ablaufen (§§ 6, 7 Verfahrensordnung des Versicherungsombudsmanns (VomVO) bzw. § 6 Satz 1 PKV-Statut).¹⁵¹ Die Ermittlungen von Sach- und Streitstand erfolgen hierbei von Amts wegen.¹⁵² Beide Einrichtungen verfolgen die gleiche Zwecksetzung und zielen darauf ab, Rechtstreitigkeiten zwischen Versicherungsnehmern einerseits und Versicherern, Versicherungsvermittlern und -beratern andererseits außerhalb des gerichtlichen Rechtswegs beizulegen. Um dieser Zielsetzung im Wege eines gewissenhaft durchgeführten Verfahrens gerecht werden zu können, wird die Verjährung der Beschwerdegegenstände gem. § 12 Abs. 1 VomVO bzw. nach § 7 Satz 1 PKV-Statut für die Dauer des Verfahrens gehemmt.¹⁵³ Dieser

147 *Armbrüster* Privatversicherungsrecht Rn. 165; *Jens M. Scherpe* NVersZ 2002, 97 (98).

148 *Armbrüster* Privatversicherungsrecht, Rn. 165.

149 Noch zu § 214 VVG a.F., aber da weitreichende Änderungen im VSBG insoweit unterblieben sind: *Bruck/Möller/Brand* § 214 Rn. 15.

150 Noch zu § 214 VVG a.F. *Bruck/Möller/Brand* § 214 Rn. 15.

151 *Hirsch* ZversWiss 2011, 561 (567); *Bruck/Möller/Brand* § 214 Rn. 15.

152 Noch zu § 214 VVG a.F. *Bruck/Möller/Brand* § 214 Rn. 15.

153 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 40.

Sondertatbestand der Hemmung erlangt seine Wirkung nicht auf gesetzlicher Grundlage, sondern vielmehr kraft Vereinsbeitritt *inter partes*.¹⁵⁴

Entscheidender Vorteil des Verfahrens vor dem Ombudsmann ist für den als Beschwerdeführer auftretenden Versicherten das nahezu vollumfänglich fehlende Kostenrisiko. Die Verfahrensordnungen regeln übereinstimmend, dass die Beteiligten jeweils nur ihre eigenen Anwaltskosten und sonstige Auslagen selbst zu tragen haben (§ 14 Abs. 2 VomVO bzw. § 6 Abs. 3 Satz 1 PKV-Statut).¹⁵⁵ Anders als vor Gericht, droht dem Versicherungsnehmer bei Unterliegen also keine Übernahmespflicht der dem Versicherer entstandenen Kosten. Die Verfahrenskosten werden zudem, im Unterschied zum gerichtlichen Verfahren, in der Regel keinem der Beteiligten auferlegt.¹⁵⁶ Zwar räumen sowohl § 214 Abs. 4 Satz 2 VVG a.F. als auch die mittlerweile maßgebliche Regelung in § 24 VSBG der Schlichtungsstelle einen Ermessensspielraum ein, bei missbräuchlichen Beschwerden ein geringes Entgelt zu erheben. Den mit der Formulierung einhergehenden Definitionsschwierigkeiten wurde bereits zu Zeiten der alten Rechtslage nach § 214 VVG a.F. mit einer verbraucherfreundlichen Auslegung begegnet, sodass auch noch dann von einer Kostenfreiheit ausgegangen wurde, wenn die Beschwerde einer vernünftigen Grundlage entbehrt¹⁵⁷ oder es sich gar um eine querulatorische Inanspruchnahme¹⁵⁸ handelte.¹⁵⁹ Der sehr enge Rahmen, der dem der Praxis zu § 34 Abs. 2 BVerfGG ähnelt, wo die Notwendigkeit eines Zweckmissbrauchs (zB Missbrauch des Verfahrens zur Diffamierung) oder Inhaltsmissbrauchs (falsche Angaben des Beschwerdeführers zum Zwecke der Täuschung) für eine Gebührenauflegung angenommen wird, führte dazu, dass beim Verfahren vor dem Ombudsmann praktisch nie Verfahrensgebühren erhoben wurden.¹⁶⁰ § 23 VSBG sieht mittlerweile ein maximales Entgelt in Höhe von 30 Euro im Falle eines als missbräuchlich anzusehenden Antrags vor. Darüber hinaus führt der Gang zu den Zivilgerichten, jedenfalls von Seiten des Versicherungsnehmers, regelmäßig zu einem Vertrauensverlust im Hinblick auf den Versicherer, welcher durchaus eine

154 Staudinger/Halm/Wendt/Krabe § 214 Rn. 18; Bruns Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 40; § 31 Rn. 79.

155 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Muschner § 214 Rn. 7; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 28 f.

156 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 27 ff.

157 Langheid/Rixecker/Rixecker § 214 Rn. 6.

158 MünchKommVVG/Looschelders § 214 Rn. 30.

159 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 27.

160 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 29.

Beendigung des Versicherungsverhältnisses nach sich ziehen kann. Das informellere Verfahren vor dem Ombudsmann hingegen, schon das Verhältnis zwischen beiden Vertragsparteien.¹⁶¹ Einer richterlichen Entscheidung steht das Ombudsmannverfahren dagegen insofern nach, als dass keiner der vor den Ombudsmännern geschlossenen Vergleiche vollstreckbar ist, da es sich mangels Zustandekommens vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle nicht um einen Vollstreckungstitel handelt.¹⁶²

Der PKV-Ombudsmann und der Versicherungsombudsmann sind seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen (VSBG) im Jahr 2016 staatlich anerkannte Verbraucherschlichtungsstellen.¹⁶³ Das führte bei beiden Ombudsmännern zu einem höheren Bekanntheitsgrad in der Bevölkerung und auch zu einem Anstieg des Fallaufkommens. Denn mit der Gesetzes Einführung ging die Verpflichtung der Versicherer einher, im Falle eines nicht zwischen den Parteien lösbaren Konflikts auf diese Beschwerdemöglichkeit hinzuweisen.¹⁶⁴ Zudem ist die vorangehende, zumindest einmalige Beschwerde des Versicherten beim Versicherer nach der neuen Rechtslage nicht mehr erforderlich und gleichzeitige Beschwerden bei BaFin und Ombudsmann sind zulässig geworden.¹⁶⁵ Für die Versicherungsombudsmänner ging die Anerkennung als staatlich anerkannte Verbraucherschlichtungsstelle damit einher, dass das Bundesamt der Justiz als zuständige Oberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz nunmehr die staatliche Aufsicht über beide Ombudsmanneinrichtungen führt (Vgl. § 27 Abs. 1 VSBG). In der Praxis bedeutet das unter anderem, dass die Kontrolle der Gesetzeskonformität der Verfahrensordnungen Versicherungsombudsmänner dem Bundesamt der Justiz obliegt.¹⁶⁶ Eine einzelfallbezogene Verfahrenskontrolle durch die staatliche

161 *Armbrüster* Privatversicherungsrecht, Rn. 162 f.

162 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79.

163 Tätigkeitsbericht des PKV-Ombudsmannes 2017 S. 2 – abrufbar unter <https://www.pkv-ombudsmann.de/tatigkeitsbericht/2017.pdf> (abgerufen Mai 2021); Jahresbericht des Versicherungsombudsmannes 2017, S. 22 ff. – abrufbar unter https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht_2017.pdf (abgerufen Mai 2021).

164 Tätigkeitsbericht des PKV-Ombudsmannes 2017 S. 2 – abrufbar unter <https://www.pkv-ombudsmann.de/tatigkeitsbericht/2017.pdf> (abgerufen Mai 2021)

165 A.a.O., S. 3.

166 Jahresbericht des Versicherungsombudsmannes 2017, S. 22 ff. – abrufbar unter https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht_2017.pdf (abgerufen Mai 2021).

Aufsicht erfolgt dagegen nicht.¹⁶⁷ Die Anerkennung als staatlich anerkannte Verbraucherschlichtungsstelle ist überdies im Rahmen der Frage nach dem Handlungsspielraum der Versicherungsombudsmänner von Bedeutung und soll daher an späterer Stelle nochmals aufgegriffen werden.¹⁶⁸

Im Anschluss an die vorangegangene allgemeine Betrachtung der Versicherungsombudsmänner, sollen diese mit Blick auf ihre jeweiligen Besonderheiten separat betrachtet werden.

1. Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung

Der PKV-Ombudsmann wurde vom Verband der privaten Krankenversicherung e.V. im Jahre 2001 ins Leben gerufen und in diesen eingegliedert. Als selbstständige Organisationseinheit innerhalb des Verbands¹⁶⁹ erfüllt er die Voraussetzungen des § 214 VVG. Wie der Name bereits suggeriert, beschränkt sich der Tätigkeitsbereich auf die Private Kranken- und Pflegeversicherung. Im Jahr 2020 haben sich knapp 6000 Beschwerdeführer mit ihren Anliegen an die Einrichtung gewandt.¹⁷⁰ Hierbei handelt es sich um einen knapp zwanzigprozentigen Einbruch gegenüber 2018, welcher allerdings auf den wegfallenden Sondereffekt von Beschwerden zur Beitragserhöhung in der Krankheitskostenvollversicherung zurückzuführen ist.¹⁷¹

Der Ablauf des Beschwerdeverfahrens richtet sich nach der eigens entwickelten Verfahrensordnung, dem PKV-Statut. Der Verfahrensordnung ist zu entnehmen¹⁷², dass die Zuständigkeit des PKV-Ombudsmann keiner Beschränkung durch Wertgrenzen unterliegt.¹⁷³ Die Entscheidungen des PKV-Ombudsmann entfalten unter keinen Umständen Bindungswirkungswirkung, sondern es handelt sich vielmehr um eine förmliche Empfehlung.¹⁷⁴ Der Prozentsatz der Fälle, in denen sich die Parteien vor dem

167 Jahresbericht des Versicherungsombudsmanns 2017, S. 22 ff. unter Verweis auf die „Hinweise zum Überprüfungs- und Widerrufsverfahren nach § 26 VSBG“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – abrufbar unter <https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht2017.pdf> (abgerufen Mai 2021).

168 Siehe hierzu Kapitel 9 I. und II.

169 Bruns Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 4.

170 Tätigkeitsbericht des PKV-Ombudsmannes 2020 S. 8 – abrufbar unter https://www.pkv-ombudsmann.de/w/files/pdf/ombutb20_6.pdf (abgerufen Mai 2021).

171 A.a.O. S. 8.

172 Umkehrschluss aus § 3 PKV-Statut.

173 Bruns Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79.

174 Bruns Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79.

Ombudsmann einigen konnten, liegt seit Jahren bei zwischen 20 und 25 Prozent.¹⁷⁵ Der ehemalige Staatssekretär *Heinz Lanfermann* hat seit Jahresbeginn 2014 das Amt des Ombudsmanns inne und kann gem. § 1 Abs. 4 PKV-Statut bis zu zweimal für jeweils weitere drei Jahre wiedergewählt werden. Die Finanzierung der Stelle erfolgt durch die im Verband der privaten Krankenversicherung e.V. befindlichen Mitglieder (§ 13 PKV-Statut).¹⁷⁶

2. Versicherungsombudsmann e.V.

Auch der Versicherungsombudsmann wurde im Jahre 2001 ins Leben gerufen.¹⁷⁷ Der *Versicherungsombudsmann e.V.* ist ein Zusammenschluss etwa 270 Versicherer mit einem Marktanteil von knapp 95 Prozent und des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.¹⁷⁸ Als erster Ombudsmann konnte *Professor Wolfgang Römer* gewonnen werden, welcher seine juristische Expertise zuvor im IV. Zivilsenat des BGH bewiesen hatte. In seiner Position wurde er von *Professor Dr. Günter Hirsch* beerbt, der in den vorangegangenen Jahren sowohl Präsident des BGH als auch Richter am EuGH gewesen war. In der Mitgliederversammlung im September 2018 wurde auf Vorschlag des Vorstands und vorheriger Zustimmung des Beirats ein neuer Ombudsmann gewählt.¹⁷⁹ Das Amt übt nunmehr *Dr. Wilhelm Schluckebier* aus, der ebenfalls eine überaus erfolgreiche juristische Laufbahn vorweisen kann. Hierzu zählen Stationen als Bundesanwalt, Richter und Präsidialrichter am Bundesgerichtshof sowie Bundesverfas-

175 Tätigkeitsbericht des PKV-Ombudsmannes 2019 S. 19 – abrufbar unter https://www.pkv-ombudsmann.de/w/files/pdf/200131_tactigkeitsbericht_2019.pdf (abgerufen Mai 2021); Tätigkeitsbericht des PKV-Ombudsmannes 2020 S. 18 – abrufbar unter https://www.pkv-ombudsmann.de/w/files/pdf/ombutb20_6.pdf (abgerufen Mai 2021).

176 MünchKommVVG/Looschelders § 214 Rn. 29.

177 *Jens M. Scherpe* NVersZ 2002, 97 (97); *Armbrüster* Privatversicherungsrecht Rn. 164.

178 *Hirsch* NJW 2013, 2088 (2090); *Armbrüster* Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 164; *Jens M. Scherpe* NVersZ 2002, 97 (98).

179 Pressemitteilung des Versicherungsombudsmanns e.V. vom 26.09.2018 – abrufbar unter <https://www.versicherungsombudsmann.de/pressemitteilung/dr-h-c-w-ilhelm-schluckebier-folgt-am-1-april-2019-auf-prof-dr-guenter-hirsch-im-amt-des-versicherungsombudsmanns/> (abgerufen Mai 2021).

sungsrichter.¹⁸⁰ An den Laufbahnen der bisherigen Ombudsmänner lässt sich ablesen, welches Renommee der Versicherungsombudsmann genießt.

Neben der VomVO verfügt der Versicherungsombudsmann noch über eine zweite Verfahrensordnung, wobei ihre jeweilige Anwendung abhängig vom Beschwerdegegenstand ist.¹⁸¹ Für Streitigkeiten i.S.d. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG gilt die bereits genannte VomVO. Sofern es um Beschwerden im Zusammenhang mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen geht, wird auf die VermVO rekuriert. Für diese Arbeit ist mangels der Relevanz der die Versicherungsvermittler betreffenden vor dem Ombudsmann ausgetragenen Streitigkeiten einzig die VomVO von wiederkehrender Bedeutung. Zusätzlich zu den Verfahrensordnungen finden sich einige maßgebliche Regelungen auch unmittelbar in der Vereinssatzung. So obliegt gemäß § 16 der Vereinssatzung den Mitgliedern des Gesamtverbands auch die Finanzierung.¹⁸² Der Verein agiert auf nichtwirtschaftlicher Basis.¹⁸³

Grundsätzlich befasst sich der Ombudsmann nur mit Beschwerden von Verbrauchern (s.o.). § 2 Abs. 1 Satz 3 und 4 VomVO lässt jedoch auch eine Befassung mit Beschwerden von Kleingewerbetreibenden zu. Ein Kleingewerbetreibender ist dabei entsprechend § 1 Abs. 2 HGB, wer nach Art, Umfang und Ausstattung des Betriebs keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb benötigt. Diese Erweiterung der Zuständigkeit trägt dem mit Verbrauchern vergleichbaren Kenntnisstand und Erfahrungsschatz von Kleingewerbetreibenden hinsichtlich des Abschlusses von Versicherungsverträgen Rechnung. Hinsichtlich der sonstigen Zuständigkeitsvoraussetzungen erlegt die Verfahrensordnung dem Versicherungsombudsmann eine Streitwertgrenze in Höhe von 100.000 Euro auf. Ebenso, in Abgrenzung zum PKV-Ombudsmann, trifft der Versicherungsombudsmann bis zu einem Streitwert von 10.000 Euro bindende Entscheidungen, §§ 10 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1, 11 Abs. 1 Satz 1 VomVO. Bei einem die 10.000 Euro übersteigenden Streitwert gibt der Versicherungsombudsmann lediglich Empfehlungen, die für keine der beiden Seiten Bindungswirkung entfalten, §§ 10 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1, 11 Abs. 1 Satz 2 VomVO. Zu beachten ist, dass die Entscheidung hinsichtlich von Streitwerten bis zu 10.000 Euro ausschließlich für den Versicherer Bindungswirkung hat,

180 A.a.O.

181 Staudinger/Halm/Wendt/Krabe § 214 Rn. 9; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 15.

182 MünchKommVVG/Looschelders § 214 Rn. 29; Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 4.

183 Vgl. § 16 Vereinssatzung Versicherungsombudsmann e.V.; Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 164.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 VomVO. Damit ordnet diese drittbegünstigende Norm eine rechtsgeschäftliche Bindungswirkung analog § 328 Abs. 1 BGB an.¹⁸⁴ Sollte sich der Versicherer also im Anschluss an die Entscheidung des Ombudsmann weigern, dem Versicherungsnehmer die zugesprochene Summe zu bezahlen, kann der Versicherungsnehmer, sofern es sich um einen Streitwert bis zu 10.000 Euro handelte, die Summe gerichtlich einklagen, ohne dass das erkennende Gericht den Leistungsanspruch einer Prüfung unterziehen wird.¹⁸⁵ Der Weg zum Gericht ist im Falle der Zahlungsweigerung des Versicherers dennoch unentbehrlich, da es sich mangels Zustandekommens vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle nicht um einen Vollstreckungstitel handelt.¹⁸⁶

Das jährliche Aufkommen an Beschwerden belief sich 2020 auf rund 18.000, während rund 13.200 davon zulässig waren.¹⁸⁷ Von den rund 18.000 im Berichtszeitraum beendeten Verfahren, erging bezüglich rund 50 % eine verbindliche Entscheidung, in 26 % der Fälle leisteten die Versicherer von sich aus Abhilfe und in weiteren 6 % schlossen die Parteien einen Vergleich.¹⁸⁸ Dass damit eine nicht unwesentliche Zahl der Verfahrensbeendigungen ohne verbindliche Entscheidung durch den Ombudsmann erfolgte, entspricht der satzungsmäßigen Zielsetzung zur Hinwirkung auf einvernehmliche Lösungen.¹⁸⁹ Trotz des hohen Gesamtbeschwerdeaufkommens beläuft sich die durchschnittliche Bearbeitungsdauer seit mehreren Jahren konstant auf unter drei Monate.¹⁹⁰

184 Bruns Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 40.

185 Bruns Privatversicherungsrecht § 5 Rn. 40; § 31 Rn. 79; Armbrüster Privatversicherungsrecht Rn. 166.

186 Bruns Privatversicherungsrecht § 31 Rn. 79.

187 Jahresbericht des Versicherungsombudsmanns 2020, S. 124 – abrufbar unter https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

188 A.a.O., S. 128 f.

189 Vgl. § 13 Abs. 3 Satzung des Versicherungsombudsmanns e.V.

190 Jahresbericht des Versicherungsombudsmanns 2020, S. 129 – abrufbar unter https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht_2020.pdf https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht_2020.pdf (abgerufen Mai 2021).

Teil 2 – Untersuchung des privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriffs und Analyse der Kulanzpraxis

Kapitel 5. Untersuchung des privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriffs

Die Kulanz ist ein hochpräzises im versicherungsbezogenen Alltag. Während sich das wissenschaftliche Interesse an der Kulanz in sonstigen Branchen im Wesentlichen auf Datenerhebungen und deren Auswertungen beschränkt¹⁹¹, geht das rechtswissenschaftliche Interesse im privatversicherungsrechtlichen Sektor vielfach darüber hinaus und die einschlägige Literatur setzt regelmäßig bereits bei der Frage nach der Definition der Begrifflichkeit der Kulanz ein. Ein derart frühes Ansetzen, namentlich die abstrakte Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Terminologie im privatversicherungsrechtlichen Kontext, ist auch im Rahmen dieser Arbeit unabdingbar, da der an dieser Stelle ermittelte Kulanzbegriff unweigerlich mit der Bestimmung der Untersuchungsgrundlage einhergeht.

Die Untersuchungsrichtung der nachfolgenden Auseinandersetzung mit dem privatversicherungsrechtlichen Terminus der Kulanz, soll die These vorgeben, dass die bis dato in der einschlägigen Literatur zu findenden Definitionsansätze regelmäßig nicht mit der versicherungspraktischen Realität in Einklang zu bringen sind und überdies nicht alle relevanten Punkte in den Definitionsansatz miteinbeziehen. Sofern sich diese Hypothese bestätigen lassen sollte, folgt aus den Diskrepanzen zwischen Wissenschaft und Praxis ein zwischen diesen beiden Positionen bestehendes Spannungsfeld. Dieses Spannungsfeld müsste sodann unter Berücksichtigung des Fokus dieser Arbeit aufgelöst werden.

I. Stand der rechtswissenschaftlichen Literatur unter Berücksichtigung der Position des Bundesaufsichtsamts

Hinsichtlich der begrifflichen Reichweite der Kulanz im Privatversicherungsrecht gibt es in der Rechtswissenschaft bis heute differierende Auffassungen. Diese waren bereits Gegenstand einer ausführlichen Auseinander-

191 Exemplarisch dazu nur die in Kapitel 2 II. angeführte Allensbach Umfrage: Gewährleistungsrechte in der Praxis – eine Repräsentativbefragung der Bevölkerung ab 16 Jahren, durchgeführt zwischen dem 1. und 14. Juni 2015.

setzung bei Lenz¹⁹² und haben seitdem keine bedeutenden Weiterentwicklungen erfahren.

Zu unterscheiden ist im Wesentlichen zwischen den „engen“ und den „weiten“ Kulanzbegriffen. Wie der Name des Begriffes bereits suggeriert, vertreten die Verfechter des engen Kulanzbegriffs die Ansicht, dass bestimmte Leistungen der Versicherer nicht der Kulanz zuzuordnen seien. Als Kulanz seien lediglich diejenigen Leistungen des Versicherers zu bezeichnen, die dem Versicherungsnehmer trotz fehlenden versicherungsvertraglichen Anspruchs angeboten werden.¹⁹³ Insbesondere wird dagegen solchen Leistungen die Zugehörigkeit zur Fallgruppe der Kulanz abgesprochen, die trotz bestehender Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens eines Versicherungsfalls bzw. der geltend gemachten Schadenshöhe und den damit einhergehenden Zweifeln an einer dem Grunde oder der Höhe nach bestehenden Leistungspflicht erbracht werden.¹⁹⁴ Die Vertreter des „weiten Kulanzbegriffs“¹⁹⁵, denen Teile der Literatur¹⁹⁶, das Bundesaufsichtsamt¹⁹⁷ und die Rechtsprechung angehören¹⁹⁸, nehmen solche Einschränkungen nicht vor, sondern beziehen Fälle der als Kulanz deklarierten Leistung trotz Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Vorliegens des Schadens beziehungsweise seiner Höhe mit ein.¹⁹⁹ Damit erstrecken sie die begriffliche Reichweite auch auf solche Konstellationen, die im Wege eines – auf der Rechtsunsicherheit fußenden – gegenseitigen Entgegenkommens von Versicherer und Versicherungsnehmer regelmäßig in Vergleichen zwischen den Parteien enden.²⁰⁰

192 Für eine ausführliche Abbildung des Meinungsstandes Lenz S. 59-70.

193 Lenz S. 65 Fn. 256 m.w.N.

194 Lenz S. 65.

195 Die Auffassungen der einzelnen Vertreter weisen durchaus nuancierte Unterschiede auf, lassen sich jedoch allesamt unter dem Oberbegriff als Befürworter des „weiten Kulanzbegriffs“ einordnen – so auch Lenz S. 65.

196 Lenz S. 64 Fn. 252 m.w.N.

197 Vorläufer der für die Versicherer zuständigen Einheit der BaFin.

198 Vgl. Lenz. S. 68.

199 Lenz S. 64 f.; abweichend hiervon aber beispielsweise Gabler Versicherungslexikon S. 504: Bei Kulanzzahlungen bestehe der Anspruch in der Regel dem Grunde nach und lediglich die Höhe des Schadens ist streitig.

200 Lenz S. 65.

Es kursieren in der rechtswissenschaftlichen Literatur daneben noch verschiedene Spezialtermini, wie etwa „Liberalitäts-“, „bewusste Liberalitäts-“ und „Ex-gratia-Leistungen.“²⁰¹ Diese Begriffe beschreiben nach überwiegender Auffassung mehr oder weniger den engen Kulanzbegriff, wobei im Falle der beiden letzteren Ausprägungen ein Bewusstsein des Versicherers über die fehlende Leistungspflicht zum Ausdruck gebracht werden soll.²⁰² Vorliegend soll eine umfassende Untersuchungsgrundlage ermittelt werden, die alle Ausformungen der Kulanz beinhaltet. Auf die Bezeichnungen individueller Kulanzvarianten muss daher an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

II. Berücksichtigung internationaler etymologischer Einflüsse

Ein wiederum anderer Definitionsansatz der Kulanz lässt sich im Wege eines rechtlich-etymologischen Ansatzes auf tun, wobei es hierzu eines Blickes über den bisherigen etymologischen Tellerrand hinaus bedarf. Als der norwegische Rechtswissenschaftler *Knut S. Selmer* sich im Jahre 1966 in einem Beitrag in der *Chicago Law Review* mit dem Kulanzbegriff im englischsprachigen Raum auseinandersetzte²⁰³, legte er den im skandinavischen Sprachraum gebräuchlichen Terminus *Kulanse* als Vergleichsmaßstab an. Dieser Begriff hat nicht nur, was Klang und Schreibweise angeht, eindeutige Ähnlichkeit zur Kulanz im deutschen Sprachraum, sondern ist ihm auch inhaltlich unbestreitbar verbunden. Als *Kulanse* wird im skandinavischen Sprachraum laut *Selmer* die „Tendenz zur Abweichung von den strikten Vertragsregelungen zugunsten des Vertragspartners aufgrund einer partiell wettbewerbsbedingten Drucksituation bezeichnet.“²⁰⁴ Streicht man nun das „Tendenz zur“ verbleibt „Als *Kulanse* wird im skandinavischen die (...) Abweichung von den strikten Vertragsregelungen zugunsten des Vertragspartners aufgrund einer partiell wettbewerbsbedingten Drucksituation bezeichnet“ und man erhält einen dem in der deutschen Rechtswissenschaft bis dato vertretenen sehr ähnlichen Definiti-

201 Siehe beispielsweise *Dreher* Die Versicherung als Rechtsprodukt S.132 f. zu einer Form der Differenzierung zwischen „Kulanzleistung“ und „Liberalitätsleistung“; Eine ausführliche Beleuchtung dieser Termini findet sich bei *Lenz* S. 66-68; zu weiteren Umschreibungen s. *Lenz* S. 5.

202 Ähnlich *Lenz* S. 67.

203 *Selmer* *Chicago Law Review* 1966 S. 502 (503) – hierauf soll ausführlich im Rahmen des Rechtsvergleichs in Kapitel 13 Bezug genommen.

204 *Selmer* *Chicago Law Review* 1966 S. 502 (503).

onsansatz der Kulanz, der überdies noch einen Begründungsansatz für die Existenz der Kulanz enthält.

Das „Tendenz zur“ macht jedoch im vorliegenden Fall einen entscheidenden Unterschied. Denn hieran wird ersichtlich, dass *Kulanse* im skandinavischen Sprachraum keinen einzelnen Vorgang für sich, sondern eine allgemeine Haltung, eine *kulante* Haltung beschreibt. Da der Begriff der Kulanz in Deutschland von der rechtswissenschaftlichen Literatur, der Rechtsprechung und der Aufsicht aber einheitlich zur Beschreibung einer konkreten Handlung und gerade nicht der zugrundeliegenden Haltung verwendet wird²⁰⁵, weicht die Bedeutung von *Kulanse* maßgeblich von der der *Kulanz* ab. Mithin handelt es sich bei *Kulanse*, in Abgrenzung zu den aufgezeigten „engen“ und „weiten“ Kulanzbegriffen der deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Literatur, um einen anders und wohl eher noch weiter gefassten Begriff.

III. Exemplarische Stimmen aus der Versicherungspraxis

Die in der (internationalen) Literatur, Rechtsprechung und Aufsicht weitestgehend in der Vergangenheit geführte Diskussion um den privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriff spiegelt sich – jedenfalls in Bezug auf die Diversität der vertretenen Auffassungen – auch in der sonstigen Versicherungspraxis wider.²⁰⁶ In der Folge sollen in Kürze exemplarische Einblicke in die Ansichten bedeutender Akteure der privatversicherungsrechtlichen Praxis gewährt werden.²⁰⁷

205 Zum Teil wird sogar explizit die Einzelfallentscheidung als prägendes Charakteristikum der Kulanz herausgearbeitet. So beispielsweise Lenz S. 121: die Verwendung des Begriffes „Kulanz“ mache hinreichend deutlich, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle.

206 Das folgende sind Auszüge der Ergebnisse aus der Befragung einzelner Vertreter der Praxis, die an späterer Stelle noch Gegenstand einer ausführlichen Darstellung sein sollen (Kapitel 7 Darstellung der Kulanzpraxis). Vorausgeschickt sei an dieser Stelle, dass, aufgrund der nicht empirisch belastbaren Anzahl der erhaltenen Rückmeldungen, kein Anspruch auf Repräsentativität erhoben werden kann.

207 In Abschnitten, in denen es an einer namentlichen Nennung fehlt, hat der Verfasser den Wünschen der kontaktierten Person/des Unternehmens entsprochen.

1. Versicherer

Auf Versichererseite wird, zumindest im direkten Kontakt, Kulanz in einem sehr engen Kontext verwendet und zwar lediglich für derartige Leistungen, bezüglich derer es entweder zweifelsfrei an einer Leistungspflicht fehlt, oder sich eine solche jedenfalls nicht ermitteln lässt. Das spiegelt sich auch im Sprachgebrauch in der Beziehung zum Versicherungsnehmer wider und deckt sich mit der Einordnung der Kulanz im Rahmen der handelsrechtlichen Grundsätze. Vor diesem Hintergrund und insbesondere auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbssensibilität der Kulanz für die Versicherer, vermag das nach außen hin kommunizierte einheitliche Verständnis der Kulanz nicht zu überraschen.

2. Rechtsanwalt

Aus Sicht von *Dr. Joachim Grote*, geschäftsführender Partner einer der führenden deutschen Versicherungsrechtssozietäten, als exemplarischer Vertreter der anwaltlichen Perspektive, ist Kulanz im Privatversicherungsrecht zum einen die Regulierung trotz Klarheit über das Nichtbestehen der versicherungsrechtlichen Deckung sowie zum anderen die Regulierung bei bestehender Rechtsunsicherheit²⁰⁸, wobei letztere in der anwaltlichen Praxis in der Regel im Wege eines Vergleiches erfolge. Klarheit über die fehlende Deckung, zumindest aber eine diesbezügliche Rechtsunsicherheit, seien damit konstitutive Voraussetzungen der Kulanz.²⁰⁹

3. Versicherungsvermittler bzw. Experten

Aus den Rückmeldungen der kontaktierten Versicherungsvermittler²¹⁰ bzw. den konsultierten Experten ergab sich ein diverses Bild.

208 Mit dem Aspekt der Rechtsunsicherheit soll sich im nachfolgenden Kapitel 5 V. 1. noch en detail befassen werden.

209 Diese fast obsolet wirkende Klarstellung war bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, die Konstellationen zum Gegenstand hatten, in denen Versicherer eine Regulierung aus Kulanz trotz versicherungsvertraglicher Deckung vornahmen – mehr dazu unter Kapitel 10 I.

210 Versicherungsvermittler ist der in § 59 Abs. 1 Satz 1 VVG legaldefinierte Oberbegriff, der sowohl Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler umfasst – ausführlich zum Versicherungsvermittler s. Kapitel 4 III.

Für *Andreas Brunner*, den stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden der Versicherungsmakler Genossenschaft eG (VEMA), welcher sich inzwischen mehr als 3100 mittelständische Maklerbetriebe mit zusammen über 21.000 Mitarbeitern angeschlossen haben²¹¹, liegt Kulanz bei einer Regulierung des Versicherers trotz insgesamt – oder aber jedenfalls der Schadenshöhe nach – fehlender Deckung durch den Versicherungsvertrag vor. Dabei sieht er trotz der vorgenannten Einschätzung durchaus, dass im allgemeinen Sprachgebrauch sowie im Sprachgebrauch der Versicherungsvermittler regelmäßig ein weiteres Verständnis der Kulanz besteht.

*Prof. Dr. Matthias Beenken*²¹², der als ausgebildeter Versicherungskaufmann sowie mit seinen über 20 veröffentlichten Büchern und einer deutlich darüber hinausgehenden Anzahl an wissenschaftlichen Artikeln rund um das Thema Versicherungsvermittler ein ausgewiesener Experte auf diesem Fachgebiet ist, differenziert zwischen Kulanz in der „versicherungspraktischen Umgangssprache“ und Kulanz „im Rechtssinne“, wobei Ersteres über Letzteres hinausgehe. Kulanz in der „praktischen Umgangssprache“ umfasse insbesondere auch die schnelle, besonders entgegenkommende Abwicklung durch den Versicherer. Dieser weitere Begriff der Kulanz spiegle die vom Kundenkontakt und mithin praxisgeprägte Sicht von weiten Teilen des Berufsstandes der Versicherungsvermittler wider.

Der Geschäftsführer eines großen Versicherungsmaklerunternehmens mit über 100 Vertriebspartnern sieht als Kulanz dagegen genau den Schaden an, der definitiv und ganz klar nicht ersatzfähig sei. Alles weitere sei eher als kaufmännisches Verhalten des Versicherers einzuordnen und falle nicht unter Kulanz.

4. Zusammenfassung

Der Blick in die Praxis bildet, auch im Vergleich zur Darstellung der in der rechtswissenschaftlichen Literatur präsenten Auffassungen, ein sehr heterogenes Kulanzverständnis ab. Die wiedergegebenen Darstellungen aus der Praxis decken sich einerseits in Teilen umfänglich mit denen der

211 Ausweislich der Website Vema – abrufbar unter www.vema-eg.de (abgerufen Mai 2021).

212 Professor am Fachbereich Wirtschaft der FH Dortmund mit dem Lehrgebiet Versicherungswirtschaft sowie Lehrbeauftragter am Institut für Versicherungswesen der Technischen Hochschule Köln mit dem Lehrgebiet Betriebswirtschaftliche Aufgaben, Organisation und Marketing im Versicherungsvermittler-Betrieb.

Literatur (so die Versicherungen, der Anwalt, sowie in Teilen die Vermittler), andererseits führen aus dem Versicherungsnehmerkontakt gewonnene versicherungspraktische Eindrücke insbesondere auf Vermittlerseite zu einem weiter gefassten Verständnis des Terminus *Kulanz*.

IV. Reflektion des Kulanzbegriffs unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft

1. Abstrakte Darstellung der „Verschiebung der Kulanz“

Die Befragung der oben genannten und weiterer Akteure ergab unter anderem²¹³, dass in den letzten Jahrzehnten die Versicherer in der Regulierungspraxis zunehmend von solchen Leistungen absahen, zu denen sie evident versicherungsvertraglich nicht verpflichtet waren. Es war also nach dem oben genannten Definitionsansatz ein Rückgang der „Kulanz im engeren Sinne“ festzustellen. Diese Entwicklung ging zeitlich mit der sich weiter intensivierenden Ausrichtung der Versicherungsunternehmen auf Profitabilität und der damit verbundenen Hinzuziehung externer Berater einher. Im Zuge dessen wurde insbesondere die Kulanz im engeren Sinne als aus rein bilanztechnischer Sicht leicht vermeidbarer Kostenpunkt ausgemacht. Als Maßnahme zur Minimierung dieses Bilanzpostens wurden die finanziellen Grenzwerte, bis zu denen die jeweilige Sachbearbeiterebene über einen Kulanzvorgang entscheiden durften, herabgesetzt. Die Eskalation auf eine höhere Hierarchieebene war damit zukünftig erheblich öfter notwendig und das bedingte im Ergebnis eine Reduzierung des finanziellen Umfangs der Kulanz im engeren Sinne.

Ebenfalls ließ sich aus den erhaltenen Rückmeldungen ableiten, dass parallel zum Rückgang der Kulanz im engeren Sinne eine grundsätzlich entgegenkommendere Regulierungspraxis unter Aus- und Überreizung versicherungsvertraglicher Spielräume einsetzte. Der in dieser Zeit grundsätzlich zu beobachtende Rückgang von zweifelsfrei nicht versicherungsvertraglich indizierten Leistungen kam in der Wahrnehmung der Verbraucher nicht in vollem Umfang an, da die entgegenkommendere Regulierungspraxis die Auswirkungen abfederte. Die Ausgestaltung dieser entgegenkommenderen Regulierungsmaßstäbe erfolgte dabei divers und reichte

213 Die ausführliche Aufarbeitung der Rückmeldungen der kontaktierten Akteure erfolgt im Rahmen der umfassenden Darstellung der Kulanzpraxis unter Kapitel 7.

von der Anwendung geringerer Beweisstandards bis zum Unterlassen der Ausermittlung von für die Zahlungspflicht maßgeblichen Sachverhalten. Während in der Vergangenheit derartige Konstellationen regelmäßig in der Feststellung der Nichtleistungspflicht hätten enden können, wurde diesem Ergebnis vorweggegriffen und eine Leistungspflicht angenommen. Da die „Kulanz im engeren Sinne“ damit quasi in Teilen durch niedrigere Regulierungsmaßstäbe ersetzt wurde, kann von einer „Verschiebung der Kulanz“ gesprochen werden.²¹⁴

Eine dahingehende Verschiebung der Kulanz erscheint auf den ersten Blick grundsätzlich widersinnig, da sie mit einer Unterwerfung des Versicherers unter eine Leistungspflicht gegenüber dem Versicherer einhergeht und die typischen, den Versicherer bevorteilenden Kulanzklauseln hier keine Anwendung finden können. Bei genauerer Betrachtung ergeben sich aus der Verschiebung – aus Versichererperspektive – jedoch diverse Vorteile. Der Wichtigste ist dabei wohl, dass derartige Leistungen, im Unterschied zur „Kulanz im engeren Sinne“, in die Prämienkalkulation miteinbezogen werden können²¹⁵ und insofern das Geschäftsergebnis des Versicherungsunternehmens nicht schmälern. Damit einher geht die Verkleinerung des monierten Bilanzpostens. Nicht zuletzt lassen sich vergleichbare positive Effekte bei den Versicherungsnehmern erzielen, wenn die Versicherer – scheinbar – innerhalb der versicherungsvertraglichen Pflichten wohlwollend regulieren.

2. Exemplarische Betrachtung der Verschiebung der Kulanz anhand digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung

Als diesbezüglich praktisches Beispiel lässt sich eine Regulierungsneuerung im Bereich der KfZ-Versicherung anführen. In der jüngeren Vergangenheit sind Versicherer zum Teil dazu übergegangen, bei Sachschäden an KfZ den Versicherungsnehmer nicht länger zusammen mit dem KfZ an einen Gutachter vor Ort zu verweisen, sondern eine Regulierung anhand von vom Versicherungsnehmer an den Versicherer versendeten Fotos bin-

214 Ausführlich hierzu noch Kapitel 8.

215 Sowohl die Zahl der Versicherungsfälle als auch die Leistung pro Versicherungsfall sind zu berücksichtigende Variablen in der Prämienkalkulation (konkret Bestandteil der Formel zur Berechnung der Netto-Risikoprämie, welche wiederum Bestandteil der Bruttoprämie ist).

nen einer kurzen Zeitspanne vorzunehmen.²¹⁶ Die übersendeten Fotos werden einem externen Gutachter vorgelegt, der auf dieser Grundlage seine Einschätzung vornimmt. Hierauf rekurriert der Versicherer wiederum mit Blick auf Regulierungsentscheidung und -höhe.

Der Verzicht auf den Termin beim Gutachter spart dem Versicherer einen bisher fest verankerten und nicht unerheblichen Kostenpunkt in der Schadensregulierung.²¹⁷ Gleichzeitig sorgt die fehlende Vor-Ort-Einbindung eines Gutachters für eine deutliche Zeitersparnis im Schadensabwicklungsprozess. Die mit der Zeitersparnis einhergehende frühere Regulierung wird dem Versicherungsnehmer in aller Regel positiv auffallen wird. Überdies wäre es möglich, dass der Versicherungsnehmer die Nichteinschaltung eines Gutachters und das stattdessen stattfindende Rekurrieren auf vom Versicherungsnehmer selbst aufgenommene Fotos als ihm gegenüber erbrachten Vertrauensbeweis wahrnimmt.

Auf den ersten Blick handelt es sich bei dieser Handhabe um eine ausschließlich Vorteile mit sich bringende Abwicklungsvariante. Bei genauerer Betrachtung der Funktion des Gutachters offenbaren sich allerdings weitreichende Auswirkungen auf die grundsätzlich als Grundlage der Regulierung dienende Sachverhaltsermittlung. Der Gutachter ist bei der Versicherung von Sachwerten regelmäßig eine im Schadensfall nicht wegzudenkende neutrale Kontrollinstanz im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer. Seine Einschaltung dient dabei der Feststellung, ob und wenn ja in welcher Höhe, ein vom Versicherungsvertrag gedeckter Schaden am Versicherungsgegenstand entstanden ist. Bei der Klärung dieser Frage kann der Gutachter meist auf jahrelange Berufserfahrung zurückgreifen und sich überdies auf eigens auf die Schadensermittlung zugeschnittene Werkzeuge verlassen. Schlussendlich ist es ihm hierdurch möglich, eine kundige Bewertung des Schadens an den Versicherer zu übermitteln, auf deren Grundlage der Versicherer eine fundierte Regulierungsentscheidung vornehmen kann.

Die Abschwächung dieser neutralen Kontrollinstanz und die Übertragung eines Teils seiner Aufgaben auf den Versicherungsnehmer – die vom Versicherungsnehmer aufgenommenen und an den Versicherer versende-

216 Exemplarisch lassen sich die eingesetzten Apps der *Generali* (Generali Service App) und der *Allianz* (Allianz SchadenAssistent App) anführen. Für eine Funktionsübersicht der Generali App, die explizit die Möglichkeit des Hochladens von Fotos anpreist siehe https://www.generali.de/service-app/#serviceapp_funktionen (zuletzt abgerufen Mai 2021)

217 Gutachterkosten belaufen sich regelmäßig auf mehrere hundert Euro.

ten Fotos bilden nunmehr die Entscheidungsgrundlage für die Regulierung – stellt daher die Fundiertheit der Regulierungsentscheidung in Frage. Ein Foto vermag bei noch so guter Qualität die Vor-Ort Begutachtung aufgrund von statischen Faktoren wie Lichteinfallgrad und Aufnahmewinkel qualitativ nicht zu ersetzen. Etwaige Aussagen, die sich im Falle einer umfassenden Vor-Ort-Begutachtung von Seiten des Gutachters eventuell über die Plausibilität des vom Versicherungsnehmer geschilderten Unfallhergangs treffen ließen, können nicht in vergleichbarem Maße abgegeben werden. Nicht zuletzt sei auf die mit den heutigen technischen Möglichkeiten bestehenden Manipulationsoptionen von Fotos hingewiesen. Diese sind den Versicherern zwar bekannt und sie begegnen dem Risiko mittels des Einsatzes von Analysesoftware.²¹⁸ Es ist allerdings dennoch fraglich, ob auf diesem Wege eine zweifelsfreie Bestimmung der Echtheit gelingen kann – insbesondere da eine Infragestellung der Echtheit der übermittelten Fotos wohl den Zweck der Steigerung der Versicherungsnehmer konterkarieren würde.

Mithin lässt sich resümieren, dass die Abschwächung der Einschaltung eines Gutachters mit einer erheblichen Steigerung der Rechtsunsicherheit bei der Schadensregulierung verbunden ist. Mit einer Regulierung auf dieser Entscheidungsgrundlage geht die Inkaufnahme der Leistung von dem Grunde oder der Höhe nach nicht den versicherungsvertraglichen Verpflichtungen entsprechenden Schäden einher.²¹⁹

218 So *Roland Stoffels*, Chef der Generali Schadensmanagement im Rahmen eines Vortrags anlässlich des 10. *BF21 Schadenkongress Aktives Schadensmanagement* – Vgl. hierzu <https://www.provision-online.de/wege-im-digitalen-schadenmanagement-7552.html> (zuletzt abgerufen März 2020).

219 Diese Konstellation differiert dabei insofern von einer sogenannten „Regelkulanz“, als dass die Nichtleistungspflicht gerade nicht feststeht, sondern lediglich eine potenziell auszuräumende Rechtsunsicherheit in Kauf genommen wird. „Regelkulanz“ ist ein vom Bundesamt für Versicherungswesen (BAV) geprägter Begriff. Unter „Regelkulanz“ verstand das BAV Konstellationen, in denen Versicherer ihre Sachbearbeiter angewiesen hatten, unter bestimmten Voraussetzungen kategorisch einer Regulierung trotz fehlender versicherungsvertraglicher Pflicht zuzustimmen. Siehe zu den entsprechenden Äußerungen des BAV *Lenz* S. 61 Fn. 236 unter Verweis auf VerBAV 1989, 163; GB BAV 1974, 75; Zum Ganzen siehe Kapitel 10 I.

3. Zusammenfassung

Bezüglich der aktuellen Entwicklungen in der Versicherungspraxis lässt sich resümieren, dass vergleichbare Ausgangslagen im Laufe der jüngeren Vergangenheit von den Versicherern zunehmend unterschiedlich behandelt wurden. Konkret scheint eine zunehmende Verschiebung in die – vermeintlich – versicherungsvertragliche Regulierungspflicht zu erfolgen, welche nach den bisherigen Definitionsansätzen wohl nicht länger der Kulanz zuzuordnen wäre.

V. Bis dato vernachlässigte Definitionsaspekte

Bereits die vorgenannten Punkte zeigen nicht unerhebliche Diskrepanzen zwischen Wissenschaft und Praxis auf. Zur Gewährleistung eines möglichst vollständigen Definitionsansatzes und – damit einhergehend – einer dieser Arbeit zugrundeliegenden veritablen Untersuchungsgrundlage, gilt es zu evaluieren, inwiefern die bisherigen Definitionsansätze potenziell relevante Definitionsmerkmale komplett außen vor gelassen oder, trotz ihrer jeweiligen Bedeutung, jedenfalls nur peripher tangiert haben.

Zunächst ist festzustellen, dass die überwiegende Zahl der Definitionsansätze, insbesondere aber die Vertreter eines „weiten Kulanzbegriffs“²²⁰, solche Fälle, in denen der Versicherer trotz bestehender „Rechtsunsicherheit“ über die Zahlungspflicht leistet, unter die Kulanz subsumieren. Beim Terminus „Rechtsunsicherheit“ handelt es sich evident um einen auslegungsbedürftigen Begriff. Nichtsdestotrotz wird dieser Auslegungsbedürftigkeit in den bisherigen Definitionsansätzen²²¹ nicht hinreichend Rechnung getragen.²²²

Des Weiteren fällt bei genauerer Auseinandersetzung mit den Definitionsansätzen auf, dass Kulanz und *Kulanzleistung* regelmäßig synonym gebraucht werden. Während sich umfassende Ausführungen über die unterschiedlichen Bedeutungen der Bezeichnungen von Unterformen der Kulanz, wie „Liberalitätsleistung“, „ex gratia“ und viele weitere²²³ finden

220 Siehe dazu Kapitel 5 I.

221 Lediglich bezogen auf die dem Verfasser im Zuge seiner umfassenden Recherche bekannt gewordenen Definitionsansätze – ein Anspruch auf eine zweifelnsfrei vollständige Auswertung aller existierenden Definitionsansätze soll und kann an dieser Stelle nicht erhoben werden.

222 Ausführlich im nachfolgenden Kapitel 5 V. 1.

223 Siehe dazu nur Kapitel 5 I.

lassen, fehlt es bis dato an einer Erläuterung dieser begrifflich-inhaltlichen Gleichstellung. Inwiefern es sich bei Kulanz und Kulanzleistung tatsächlich um Synonyme handeln kann, erscheint indes fraglich.²²⁴

Nicht zuletzt vermisst man bisher eine umfassende Befassung mit der Frage, welche Bedeutung die *Bezeichnung* eines potenziell als Kulanz einzuordnenden Vorgangs hat. So wurde zwar bereits wiederholt gerichtlich festgestellt, dass eine fälschliche Ausweisung einer vertragsgemäßen Regulierung nicht zu einer Behandlung als Kulanz führen kann. Unter dem umgekehrten Gesichtspunkt, also inwiefern die Bezeichnung einer augenscheinlichen Kulanzleistung als vertragsgemäße Versicherungsleistung für die Zuordnung zur Kulanz von Relevanz ist, fehlt es bisher an ersichtlichen wissenschaftlichen Überlegungen.²²⁵

1. Die Definitionsbedürftigkeit der „Rechtsunsicherheit“

a. Bedeutung und Konsequenzen einer unterstellten Auslegungsbedürftigkeit

Wie bereits einleitend herausgestellt, beinhaltet die überwiegend der Kulanz zugeordnete Konstellation „Regulierung trotz bestehender Rechtsunsicherheit hinsichtlich der versicherungsvertraglichen Leistungspflicht“ mit dem Begriff der „Rechtsunsicherheit“ einen rechtlich bzw. inhaltlich nicht eindeutig belegten Terminus. Mit dieser fehlenden Eindeutigkeit ginge dann im Umkehrschluss die Frage einher, wann von „Rechtssicherheit“ gesprochen werden könnte. Die Beantwortung dieser Frage wäre nach den bisherigen Definitionseinsätzen von eklatanter Bedeutung für die Einordnung einer Handlung als Kulanz, denn bei „Rechtssicherheit“ hinsichtlich des Bestehens einer versicherungsvertraglichen Leistungspflicht und einer darauf basierenden Regulierung, würde wohl einhellig eine Einordnung als Kulanz verneint werden.

b. Contra Definitionsbedürftigkeit

Der unterstellten Uneindeutigkeit des Begriffs der „Rechtsunsicherheit“ ließe sich zunächst entgegenhalten, dass einer Regulierungsentscheidung

224 Ausführlich dazu Kapitel 5 V. 2.

225 Ausführlich dazu Kapitel 5 V. 3.

des Versicherers entweder eine klare Rechtslage, oder gerade keine klare Rechtslage zu Grunde liegen könne. Bei dem Begriff der Rechtsunsicherheit handle es sich daher zwar um einen umfassenden, aber dennoch eindeutigen Begriff, weswegen es an einem vermeintlichen Definitionsbedarf fehle. Betrachtet man die Regulierungsentscheidung unter „klinischen Bedingungen“ und geht mithin davon aus, die Bewertung der Rechtslage in dem beschriebenen Fall werde von einem objektiven, mit Blick auf alle entscheidungserheblichen Aspekte allwissenden Dritten vorgenommen, mag dieser Einwand stichhaltig erscheinen und damit gegen die Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsunsicherheit sprechen. Denn unter diesen Voraussetzungen wären Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit ohne weitere Auslegung klar voneinander abzugrenzen.

c. Entkräftung der Contra Position

De facto ist die Entscheidung über eine Regulierung aber aufgrund der zumindest heute noch weitestgehend üblichen Einschaltung der Sachbearbeiter ganz automatisch subjektiv eingefärbt. Wohl von noch größerer Bedeutung ist, dass es dem Versicherer, unabhängig von der Qualität der Sachverhaltsermittlung, praktisch nicht möglich ist, von allen potenziell die Regulierungsentscheidung betreffenden Gesichtspunkten Kenntnis zu erlangen. Der Versicherer ist gerade nicht Zeuge des Versicherungsfalls, sondern wird, der Natur der Versicherung entsprechend, erst nachträglich über diesen in Kenntnis gesetzt. Eine objektive, allwissende Entscheidungsfindung ist daher nicht möglich. Da sich also die vorgenannten „klinischen Bedingungen“ im Rahmen der Entscheidung über eine Regulierung eines potenziellen Versicherungsfalls in der Praxis nicht widerspiegeln und überdies auch grundsätzlich in der Realität nicht herstellbar wären, geht der Einwand gegen die Definitionsbedürftigkeit jedenfalls an der praktischen Realität vorbei.

d. Entwicklung einer Definition der Rechtsunsicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung

Anhand der Betrachtung der abstrakten Grundvoraussetzungen der Regulierungsentscheidung²²⁶ wurde deutlich, dass „Rechtssicherheit“ nicht

226 Siehe vorheriger Absatz.

eine objektive Entscheidung bei vollumfassender Sachverhaltsermittlung voraussetzen kann. Wirft man nun den Blick zurück auf die ursprünglich in den Fokus gerückte Rechtsunsicherheit, sieht man mangels eindeutiger Definition der Rechtssicherheit die Grenze zwischen Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit verschwimmen. Vor diesem Hintergrund muss nunmehr konsequenterweise die Frage gestellt werden, ab welchem Punkt von Rechtsunsicherheit gesprochen werden kann. Denn nach überwiegender Auffassung²²⁷ kann im Fall der Rechtsunsicherheit eine Zuordnung zur Kulanz erfolgen. Das gilt bisher dagegen – nach wohl einhelliger Auffassung²²⁸ – nicht, sofern Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestehens einer versicherungsvertraglichen Regulierungspflicht angenommen wird.²²⁹

aa. Bei den Definitionen von Rechtsunsicherheit und Rechtssicherheit zu berücksichtigende Aspekte

Zur Gewährleistung der für die Befassung mit der Kulanz essentiellen Trennschärfe zwischen den Begriffen Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit, erscheint die Entwicklung möglichst präziser Definitionen zur Differenzierung unumgänglich.

Die Abgrenzung zwischen Rechtsunsicherheit und Rechtssicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung kann dabei nicht allein von einer der Entscheidung zugrundeliegenden sicheren oder unsicheren Faktenlage geprägt sein. Denn hierbei handelt es sich lediglich um das Ergebnis eines komplexen Prozesses. Die diesen Prozess einkleidenden Begleitumstände, sind in der Lage das Resultat erheblich zu beeinflussen, sodass ihre Inkorporation in die Abgrenzung unbedingt angezeigt ist. Konkret handelt es sich hierbei um die verschiedenen Ursachen und Motive, die eine konkrete Faktenlage bedingen können. Beispielfhaft lassen sich an dieser Stelle als denkbare²³⁰ Ursachen einer „unsicheren“ Faktenlage (a) ein (weitgehendes) Ausbleiben der Sachverhaltsermittlung²³¹, (b) eine nicht hinreichen-

227 Vertreter eines „weiten Kulanzbegriffs“, siehe Kapitel 5 I. 1.

228 Wohl sowohl Vertreter eines weiten als auch die eines engen Kulanzbegriffs, siehe Kapitel 5 I. 1.

229 Diese Fälle wurden in Kapitel 5 IV. beschrieben.

230 Hierbei handelt es sich lediglich um ein Gedankenspiel und die Ursachen und Motive spiegeln nicht die Ergebnisse der im Rahmen dieser Arbeit durchgeführten Untersuchungen wider.

231 Hierzu hat sich das BAV in Teilen bereits geäußert (Vgl. Lenz S. 60, 61 unter Verweis auf GB BAV 1980, 79, 80). Die Befassung hatte dabei eine Konstellation

de Sachverhaltsermittlung sowie (c) die Unmöglichkeit der Sachverhaltsermittlung nennen. Als Motive mit Blick auf die Ursachen kämen sodann (a) Kostengründe im konkreten Fall, (b) grundsätzliche Kostenerwägungen und eine daraus resultierende interne Unternehmens-Guideline, sowie (c) subjektive Erwägungen des Sachbearbeiters in Betracht. Nicht zuletzt ist zu beachten, dass die Faktenlage regelmäßig von einem Sachbearbeiter bewertet wird. Auch die damit einhergehende unvermeidbare subjektive Einfärbung ist definitionsrelevant. Ohne diese Ursachen- und Motivvielfalt sowie die subjektive Einfärbung der Sachverhaltsbewertung im Rahmen der Differenzierung zwischen Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit zu berücksichtigen, ließe sich die anvisierte Trennschärfe zwischen den Termini nicht realisieren. Ein entsprechender Abgrenzungsversuch wäre lediglich oberflächlich und würde der komplexen Praxis nicht gerecht werden.

Es konnte bereits herausgearbeitet werden, dass es in der (Versicherungs-)Praxis keine absolute Rechtssicherheit geben kann.²³² Zum einen wird der Versicherer, wie bereits zuvor erläutert²³³, immer erst im Anschluss an den möglichen Versicherungsfall kontaktiert. Hierdurch werden seinen Möglichkeiten bei der Sachverhaltsermittlung natürliche Grenzen gesetzt. Zum anderen sind den Versicherern im Rahmen der Ausforschung der den Sachverhalt betreffenden Umstände verständlicher- und gebilligterweise gewisse wirtschaftliche Grenzen gesetzt, die unter anderem unter Berücksichtigung des Wertes des möglichen Versicherungsfalls im Einzelfall ermittelt werden. Bei der Erarbeitung der Definitionen zur Trennung zwischen Rechtsunsicherheit und Rechtssicherheit müssen daher in besonderem Maße diese Grundvoraussetzungen der Versicherungspraxis berücksichtigt werden, da ansonsten die Gefahr besteht, Definitionen zu nah an den oben angesprochenen „klinischen Bedingungen“ und zu weit entfernt von den praktischen Gegebenheiten zu entwickeln.

zum Gegenstand, in welcher der Versicherer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten von der rechtlichen Erörterung des Sachverhalts absah. Wichtig ist aber zu beachten, dass das BAV hiermit lediglich das Ausbleiben der rechtlichen Erörterung als Kulanz eingeordnet hat, nicht aber eine Nicht- oder Nichtausermittlung des Sachverhalts bzw. die Nichtausermittlung der Rechtslage – es bedarf also vorliegend einer nuancierten Betrachtung, um voreilige Schlüsse zu vermeiden und ein fundiertes Ergebnis zu gewährleisten.

232 Siehe Kapitel 5 I c.

233 Siehe Kapitel 5 I c.

bb. Definition der Rechtsunsicherheit im Wege der Negativabgrenzung zur Rechtssicherheit

Unter Einbeziehung der vorgenannten Aspekte ergibt sich für die Definitionen von Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit damit das Folgende:

Rechtssicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung liegt vor, sofern bei subjektiv-objektiver Bewertung (sprich durch den Sachbearbeiter bei objektiver Betrachtung) eines unter Ausschöpfung des wirtschaftlich Zumutbaren²³⁴ ermittelten Sachverhalts keine vernünftigen Zweifel an einer versicherungsvertraglich bestehenden Regulierungspflicht bestehen.

Für die Rechtsunsicherheit kann auf eine Negativabgrenzung recurriert werden:

Rechtsunsicherheit liegt dagegen vor, sofern die Entscheidung des Versicherers trotz fehlender Rechtssicherheit zugunsten einer Regulierung ausfällt.

Nur in diesem letzteren Fall käme damit nach wohl überwiegender Ansicht eine Zuordnung zur Kulanz in Betracht.

Klarstellend soll festgehalten werden, dass die Rechtssicherheit in spiegelbildlicher Ausformung der Rechtsunsicherheit selbstredend auch aus der anderen Richtung Grenzen setzt. Denn Rechtsunsicherheit kann ebenso wenig vorliegen, wenn Rechtssicherheit hinsichtlich des Nichtbestehens einer versicherungsvertraglichen Regulierungspflicht vorliegt. Da diese Definition damit spiegelbildlich zur vorangehend definierten Rechtssicherheit gilt und in diesem Fall völlig unstreitig²³⁵ eine Zuordnung zur Kulanz in Frage kommt, bedurfte es an dieser Stelle diesbezüglich keiner gesonderten Auseinandersetzung.

e. Zusammenfassung

Die definitionsbedürftige Rechtsunsicherheit lässt sich am besten im Wege der Negativabgrenzung zur Rechtssicherheit präzisieren. Die Trennschärfe ist auch unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen wie der „Verschiebung der Kulanz“ von erheblicher Bedeutung.

234 Diese Grenzen sind dabei von der BaFin zu stecken und gegebenenfalls den wirtschaftlichen und praktischen Gegebenheiten regelmäßig anzupassen.

235 Siehe Kapitel 5 I.

2. Synonymer Gebrauch von „Kulanz“ und „Kulanzleistung“

Wenig Beachtung findet außerdem der augenscheinlich synonyme Gebrauch von Kulanz und Kulanzleistungen. Wie bereits einleitend angeklungen ist, finden sich zwar umfassende Ausführungen über die unterschiedlichen Bedeutungen der Bezeichnungen von „Unterformen“ der Kulanz, wie „Liberalitätsleistung“, „ex gratia“ und viele weitere.²³⁶ Erläuterungen zu einer begrifflich-inhaltlichen Gleichstellung von Kulanz und Kulanzleistung scheinen bislang jedoch zu fehlen. Eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Punkt erscheint mithin überfällig.

a. Darstellung des synonymen Gebrauchs

Einer der Autoren, die sich in der Vergangenheit wohl mit am eingehendsten mit der Kulanz im Privatversicherungsrecht auseinandergesetzt haben, ist Lenz mit seiner Arbeit „Die Kulanzleistung des Versicherers“. Die Begriffe *Kulanz* und *Kulanzleistung* erfahren in seinem Werk dabei ohne nähere Erläuterung eine synonyme Verwendung. Exemplarisch ist hierzu das Ergebnis zum Kapitel „Der Begriff der Kulanz“ zu nennen, in welchem es heißt, es ließen „sich daher zur Kennzeichnung des Begriffs „Kulanz“ folgende Merkmale zusammenfassen: Die Kulanzleistung ist die (...)“.²³⁷ Als weiteres Beispiel kann auf das stichpunktartige Ergebnis zum Kapitel „Dogmatische Einordnung von Kulanzleistungen“ verwiesen werden, in welchem ohne ersichtliche Differenzierungsgrundlage zwischen den Termini „Kulanzleistung“, „Kulanz“ und „Kulanzen“ variiert wird.²³⁸ Mit der synonymen Verwendung ist Lenz dabei aber keineswegs allein, sondern sie tritt gleichermaßen in Rechtsprechung²³⁹ und sonstiger Literatur²⁴⁰ auf.

236 Siehe dazu nur Kapitel 5 I.

237 Lenz S. 70.

238 Lenz S. 95 f.

239 Exemplarisch LG Darmstadt VersR 1979, 758; Lenz S. 62 m.w.N.

240 Exemplarisch *Raiser* VersR 1967, 312 ff.; In Gabler Versicherungslexikon S. 504 wird gar lediglich die Kulanzzahlung definiert; Lenz S. 65 m.w.N.

b. Grundsätzliche Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs

Ein synonymer Gebrauch von „Kulanz“ und „Kulanzleistung“ würde grundsätzlich dann möglich und sinnvoll erscheinen, wenn ausschließlich Leistungen als Kulanz qualifiziert werden würden. Auf diesem Wege könnte man mittels des synonymen Gebrauchs eine inhaltliche Begrenzung der Kulanz suggerieren. Mit Blick auf Lenz ist dies aber gerade nicht der Fall. So ordnet er – richtigerweise – das Unterlassen der Geltendmachung von Obliegenheitsverletzungen und von Klagefristversäumnissen, das Entlassen aus Versicherungsverträgen trotz fehlendem Rücktritts- oder Kündigungsrecht, sowie im Falle der Kaskoversicherung das Unterlassen einer Rückstufung ebenso der Kulanz zu²⁴¹ wie die Stundung von Prämien.²⁴²

Zumindest konsequent – wenn auch sprachlich irreführend – erschiene der synonyme Gebrauch von „Kulanz“ und „Kulanzleistungen“, wenn die vorgenannten Varianten der Kulanz auch trotz fehlenden Leistungscharakters als *Kulanzleistungen* eingeordnet werden würden. Dies geschieht jedenfalls nicht vollumfänglich. Zwar stehen ein Großteil der vorgenannten Varianten der Kulanz ohne Leistungscharakter unter dem Titel „Typen der Leistungsgewährung“.²⁴³ Es fällt jedoch auf, dass bei den Varianten mit fehlendem Leistungscharakter lediglich von „Entgegenkommen“ bzw. im Falle des Unterlassens der Rückstufung bei der Kaskoversicherung nur von „aus Kulanzgründen“ gesprochen wird.²⁴⁴ Während „Entgegenkommen“ fraglos ein Bestandteil der Kulanz im Privatversicherungsrecht sein kann,²⁴⁵ ist es wohl kaum als weiteres Synonym der Kulanz zu verstehen. Auch der Begriff „Kulanzgründe“ steht nicht für Kulanz per se, sondern lediglich für die der Kulanz zugrundeliegenden Motive.

241 Hierzu Lenz S. 73; Für eine gerichtliche Befassung mit dem Unterlassen einer Höherstufung im Bereich der KfZ-Haftpflichtversicherung siehe LG Hamburg VersR 1977, 467.

242 Hierzu Lenz 89.

243 Lenz S. 72.

244 Lenz S. 73 – auf Seite 72 f. werden dagegen Zahlungen des Versicherers und nicht zurückgeforderte Vorschüsse des Rechtsschutzversicherers an den Anwalt des Versicherungsnehmers eindeutig mit dem Begriff Kulanzleistung bzw. Kulanz versehen.

245 Siehe dazu Lenz S. 70 mit seinem Definitionsansatz zur Kulanz, in welchem „entgegenkommend“ in einem der 7 Definitionsmerkmale enthalten ist.

c. Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs aus sprachwissenschaftlicher Perspektive

Betrachtet man die beiden Termini unter sprachwissenschaftlichen Gesichtspunkten, so handelt es sich bei „Kulanz“ um ein Substantiv, bei „Kulanzleistung“ dagegen um ein aus zwei Substantiven zusammengesetztes Wort und damit sprachwissenschaftlich um ein Nominalkompositum.²⁴⁶ Dessen wichtigste Untergruppe ist wiederum das Determinativkompositum, welches sich aus einem Bestimmungswort und einem Grundwort zusammensetzt. Bestimmungswort ist dabei regelmäßig der erste Wortbestandteil und Grundwort der Zweite. Auf das Determinativkompositum „Kulanzleistung“ übertragen heißt dies, dass „Kulanz“ als Bestimmungswort das Grundwort „Leistung“ näher bestimmt.

Sprachwissenschaftlich unterscheiden sich die Termini „Kulanz“ und „Kulanzleistung“ somit dahingehend, dass bei ersterem die Kulanz im Bedeutungsmittelpunkt steht, während bei zweiterem die Leistung im Vordergrund steht und diese durch den Zusatz der Kulanz lediglich näher qualifiziert wird. In der Konsequenz können mit *Kulanzleistungen* lediglich *Leistungen* der Versicherer beschrieben werden, was den Terminus als Oberbegriff ungeeignet macht und einen synonymen Gebrauch zur Kulanz – dem tatsächlichen Oberbegriff – ausschließt.

d. Ergebnis

Die synonyme Verwendung von „Kulanz“ und „Kulanzleistung“ erscheint impraktikabel. In der rechtswissenschaftlichen Praxis sind sprachliche Nuancierungen anerkanntermaßen von erheblicher Bedeutung. Vor diesem Hintergrund müsste im Fall der Kulanz, jedenfalls sofern man nicht lediglich Leistungen als eine solche klassifiziert, von der synonymen Verwendung des Begriffs der „Kulanzleistung“ abgesehen werden.

246 Abzustellen ist bei der Kategorisierung auf den zweiten Wortbestandteil, weswegen ein Nominalkompositum auch vorläge, wenn der erste Teil ein Verb wäre.

3. Erheblichkeit der Bezeichnung „Kulanz“ für die Zuordnung zur Kulanz

Es besteht überdies die bis dato nicht vollständig erörterte Frage, welche Bedeutung der Bezeichnung „Kulanz“ bei der Zuordnung zur Kulanz zukommt.

Fälle, in denen der Versicherer fälschlicherweise versicherungsvertragskonforme Leistungen als Kulanz ausgewiesen hat²⁴⁷, waren bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.²⁴⁸ Die Gerichte vertraten dabei einhellig die Auffassung, dass es auf die Bezeichnung nicht ankommen könne und der Versicherungsnehmer entsprechend der tatsächlichen Gegebenheiten so zu stellen sei, als hätte die Regulierungspflicht von Anfang an bestanden. Gleiches muss hinsichtlich der Zuordnung zur Kulanz gelten – derartige Fälle können nicht schlicht aufgrund der Bezeichnung unter die Kulanz fallen.

Weniger Beachtung mit Blick auf die Kulanz hat bisher die Konstellation erfahren, in der ein Versicherer einen Fall reguliert, als bestünde eine diesbezügliche versicherungsvertragliche Verpflichtung, obwohl dieses de facto nicht der Fall war.²⁴⁹ Für die Zuordnung zur Kulanz muss spiegelbildlich das gelten, was für die vorgenannte Konstellation gerichtlich bestätigt wurde: Allein die Bezeichnung kann einen Vorgang nicht der Zuordnung der Kulanz entziehen. Derartige Konstellationen fallen mithin in den Untersuchungsrahmen.²⁵⁰ Auch unter Rücksichtnahme auf diese Feststellung erscheint eine Nichtberücksichtigung der „Verschiebung der Kulanz“²⁵¹ widersinnig.

247 Ziel war dabei wohl, die mit der Anerkennung einer Leistungspflicht einhergehenden Rechtsfolgen (z.B. potenzielle über den ursprünglichen Regulierungsbetrag hinausgehende Zahlungsverpflichtungen) zu umgehen.

248 Siehe hierzu Kapitel 10 II.

249 Siehe dazu bereits Kapitel 5 IV.

250 Ohne weitere Erläuterung wohl aber gleicher Ansicht auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 210, die den Terminus „Kulanz“ zur Beschreibung von Konstellationen verwendet, in denen Versicherungsnehmer und Versicherer Kenntnis von der nichtbestehenden Leistungspflicht haben und diese dennoch als versicherungsvertragliche Leistung verbucht wird.

251 Siehe dazu bereits Kapitel 5 IV.

4. Zusammenfassung

Mit der bis dato fehlenden Definition der „Rechtsunsicherheit“ im Kontext der Kulanz, dem synonymen Gebrauch von „Kulanz“ und „Kulanzleistung“, sowie mit der bisher ausgebliebenen vollumfänglichen Befassung mit der Maßgeblichkeit der Bezeichnung „Kulanz“ für ihre Einordnung gibt es eine Reihe von Aspekten, die bis dato außer Acht gelassen wurden, in zukünftigen Definitionsansätzen jedoch Berücksichtigung finden sollten.

VI. Evaluation der eingangs aufgestellten These

Eingangs wurde die These aufgestellt²⁵², dass die bis dato in der einschlägigen Literatur zu findenden Definitionsansätze regelmäßig nicht mit der versicherungspraktischen Realität in Einklang zu bringen seien und überdies nicht alle relevanten Punkte in die Definitionsansätze miteinbezögen.

Wie aufgezeigt führt die zu beobachtende „Verschiebung der Kulanz“ wohl zu einem Herausfallen aus den bisherigen rechtswissenschaftlichen Kulanzbegriffen, obwohl es sich hierbei um eine der wesentlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte handelt. Definitionsaspekte der Kulanz, wie die Rechtsunsicherheit und die Erheblichkeit der Bezeichnung der Kulanz, gewinnen vor diesem Hintergrund nochmal an Relevanz. Die festgestellte, bis dato nicht ausreichende Auseinandersetzung in den vorhandenen Definitionsansätzen wiegt damit gleichzeitig umso schwerer. Auch die von Teilen der Praxis vertretene Erstreckung der Kulanz auf bestimmte Aspekte der pflichtgemäßen Erfüllung der vertraglichen Pflichten findet sich in den Definitionsansätzen nicht wieder.

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Punkte lässt sich resümieren, dass die These einer Überprüfung standgehalten hat. Die existenten Definitionsansätze vermögen die aktuellen Entwicklungen nicht ausreichend abzubilden und lassen überdies relevante Aspekte außer Acht. Aus den aufgezeigten Diskrepanzen folgt damit ein zwischen Wissenschaft und Praxis bestehendes Spannungsfeld hinsichtlich der Reichweite des Kulanzbegriffs.

252 Siehe hierzu Kapitel 5.

VII. Evaluation der Möglichkeiten zur Auflösung des Spannungsverhältnisses

Das aufgezeigte Spannungsfeld steht einer präzisen Bestimmung der Kulanz und damit der Untersuchungsgrundlage dieser Arbeit entgegen. Seine Auflösung ist für den Erfolg der Untersuchung unabdingbar.

1. Auflösungsversuch unter Berücksichtigung der Extrempositionen

Auf den ersten Blick stehen zur Auflösung des Spannungsfeldes zwei konträre Möglichkeiten zur Verfügung. Unter Berücksichtigung der praktischen Entwicklungen und der in der Praxis vertretenen Positionen ließe sich einerseits in Erwägung ziehen, die bis dato existierenden rechtswissenschaftlichen Kulanzbegriffe weitestgehend zu verwerfen und einen praxisgeprägten Begriff zu entwickeln. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dieser Abhandlung zuallererst um eine rechtswissenschaftliche Untersuchung handelt, könnte andererseits dagegen auch in Betracht gezogen werden, schlicht den in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Literatur propagierten Kulanzbegriff zugrunde zu legen.

Während sich durch die Wahl der ersten Variante wohl die anvisierte Praxisrelevanz realisieren ließe, würde auf diesem Wege die rechtswissenschaftliche Forschung der vergangenen Jahrzehnte nicht ausreichend Würdigung erfahren. Darüber hinaus – aufgrund der klaren Praxistendenz – ließe sich das Spannungsfeld zwischen Wissenschaft und Praxis wohl weniger auflösen als vielmehr verstärken. Schlicht auf die bestehenden Begriffe zu rekurrieren, wäre dagegen gleichbedeutend mit einer Kapitulation vor der angestrebten Einbindung praktischer Gesichtspunkte und würde die aufgezeigten, bisher unberücksichtigten Definitionsaspekte wieder verwerfen. Die beiden aufgezeigten Möglichkeiten erscheinen somit nicht veritabel.

2. Auflösungsversuch unter Anwendung der Kompromisspositionen

a. Auflösungsversuch im Wege der Differenzierung zwischen Wissenschaft und Praxis

Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses käme eine Differenzierung der Kulanz unter rechtswissenschaftlichen und praktischen Gesichtspunkten in Betracht. Zwar handelt es sich um eine rechtswissenschaftliche Arbeit

und die aufgezeigten jüngeren praktischen Entwicklungen hinsichtlich der „Verschiebung der Kulanz“²⁵³ mögen nicht dem bisherigen rechtlichen Verständnis der Kulanz entsprechen. Die vorliegende rechtswissenschaftliche Untersuchung hat jedoch gerade die Kulanzpraxis zum Untersuchungsgegenstand. Um dieser rechtlich-praktischen Schwerpunktsetzung gerecht zu werden, erschiene es durchaus konsequent, die Kulanz im *praktischen* Sinne *rechtlich* zu untersuchen und somit der Arbeit einen über das bisherige rechtswissenschaftliche Verständnis hinausgehenden versicherungspraktischen Kulanzbegriff zu Grunde zu legen. Eine Verwerfung der bisherigen privatversicherungsrechtswissenschaftlichen Kulanzbegriffe wäre vor diesem Hintergrund nicht nötig, da eine parallele Existenz der rechtswissenschaftlichen Definitionsansätze und einem versicherungspraktischen Kulanzverständnis aufgrund der unterschiedlichen Ansiedlung in Recht und Praxis ohne Widerspruch möglich erscheint.

Dieser Ansatz zur Auflösung des Spannungsverhältnisses müsste sich allerdings, gerade unter Berücksichtigung der aufgezeigten bisher vernachlässigten Definitionsaspekte, entgegenhalten lassen, dass eine derartige Trennung zwischen Rechtswissenschaft und Praxis künstlich erscheinen mag und den Eindruck erwecken könnte, schlicht Widersprüche zu den bisherigen Definitionsansätzen umgehen zu wollen. Der Auflösungsansatz vermag somit – auch trotz grundsätzlicher Plausibilität – ebenfalls nicht vollständig zu überzeugen.

b. Auflösung unter Zuhilfenahme der Definitionen von Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit

Zu guter Letzt drängt sich damit die Möglichkeit auf, das Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaft und Praxis im Wege der Neuentwicklung eines beide Positionen vereinenden Definitionsansatzes aufzulösen. Als Ausgangspunkt für die Definitionsentwicklung bieten sich dabei die Rechtssicherheit bzw. Rechtsunsicherheit an. Die Bedeutung der Termini für die Zuordnung zur Kulanz konnte bereits herausgearbeitet und eine trennscharfe Definition präsentiert werden.²⁵⁴ Die präzisen und zugleich umfassenden Definitionen von Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit vermögen nunmehr, als Ausgangspunkt eines Definitionsansatzes für die Kulanz, diesem die notwendige Flexibilität zu verleihen, um die aktuellen

253 Siehe hierzu Kapitel 5 IV.

254 Kapitel 5 V. 1.

und zukünftigen Entwicklungen in der Versicherungspraxis miteinzubeziehen. Gleichzeitig können die bisherigen Ergebnisse wissenschaftlicher Auseinandersetzungen mit der Kulanz in den Definitionsansatz inkorporiert werden.

Auf diesem Weg lassen sich mithin Rechtswissenschaft und Praxis verknüpfen. Im Hinblick auf die anvisierte Praxisrelevanz der Arbeit bedeutet diese Lösung keine Kapitulation – denn die Praxisrelevanz einer juristischen Abhandlung lässt sich letztlich nur im Wege der Synthese von Rechtswissenschaft und Praxis erzielen.

3. Zwischenergebnis

Nach Abwägung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten, ist das herausgearbeitete Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaft und Praxis also im Wege der Entwicklung eines rechtswissenschaftliche und praktische Aspekte vereinigenden Definitionsansatzes für die Kulanz aufzulösen.

VIII. *Bestimmung der Untersuchungsgrundlage im Wege der Entwicklung eines neuen Definitionsansatzes für die Kulanz*

Unter Berücksichtigung der Maßgabe der Verknüpfung wissenschaftlicher und praktischer Aspekte im Rahmen der Definition der Kulanz, soll der nachfolgende Definitionsansatz zwar grundsätzlich an den Definitionen der *Rechtsunsicherheit* und der *Rechtssicherheit* aufgehängt werden. Gleichzeitig sind aber die herausgearbeiteten bisher vernachlässigten Aspekte der Kulanz in angemessener Weise zu berücksichtigen und in den Definitionsansatz jedenfalls mittelbar zu inkorporieren. Nicht zuletzt ist zu gewährleisten, dass die relevanten praktischen Entwicklungen im Bereich der Kulanz bei der Ausgestaltung des Definitionsansatzes Beachtung finden und – auch angesichts der anvisierten Praxisrelevanz – von diesem erfasst sind. Vor diesem Hintergrund ist die Definition der Kulanz demnach wie folgt zu formulieren:

Kulanz ist ein den Versicherungsnehmer willentlich begünstigendes Handeln oder Unterlassen des Versicherers in Kenntnis fehlender Rechtssicherheit.

Diesem Definitionsansatz sind stichpunktartig eine Reihe ergänzender Klarstellungen nachzuschicken:

- Handeln oder Unterlassen ist bewusst vage gehalten, um den diversen Erscheinungsformen gerecht zu werden.

- Im Kontext von Nichtleistungen bezieht sich die fehlende Rechtssicherheit dann konsequenterweise nicht auf die Regulierungspflicht, sondern allgemein auf das Bestehen einer versicherungsvertraglichen Verpflichtung.
- Die Bezeichnung der Kulanz durch den Versicherer ist für ihre Zuordnung unerheblich²⁵⁵ und daher nicht in der Definition anzuführen.
- Die Bedeutung Rechtssicherheit im Kontext der Kulanzdefinition stimmt mit der in diesem Kapitel entwickelten Definition der Rechtssicherheit überein.²⁵⁶
- Als „willentlich“ ist eine Begünstigung durch den Versicherer (im Wege der Zurechnung) zu charakterisieren, wenn der mit der Entscheidung befasste Sachbearbeiter oder eine höhere Entscheidungsebene eine Begünstigung des Versicherungsnehmers jedenfalls billigend in Kauf nimmt.
- „In Kenntnis fehlender Rechtssicherheit“ agiert der Versicherer – im Wege der Zurechnung –, wenn der befasste Sachbearbeiter oder eine höhere Entscheidungsebene die fehlende Rechtssicherheit kannte oder hätte kennen müssen.
- Hierunter fallen insbesondere auch die Fälle, in denen die Rechtsunsicherheit aufgrund einer Geschäftspraxis nicht ausgeräumt wird.
- Anhand der Formulierung „den Versicherungsnehmer (...) begünstigendes Handeln des Versicherers“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Grundlage der Kulanz ein bestehendes Versicherungsverhältnis ist.²⁵⁷
- Eine Zuordnung zur Kulanz kann unter den vorgenannten Voraussetzungen unabhängig vom Einzelfallcharakter der zugrundeliegenden Entscheidung erfolgen.²⁵⁸

255 Siehe hierzu Kapitel 5 V. 3.

256 *Rechtssicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung liegt vor, sofern bei subjektiv-objektiver Bewertung (durch den Sachbearbeiter bei objektiver Betrachtung) eines unter Ausschöpfung des wirtschaftlich Zumutbaren ermittelten Sachverhalts, keine vernünftigen Zweifel an einer versicherungsvertraglich bestehenden Regulierungspflicht bestehen.*

257 Insoweit übereinstimmend mit Lenz S. 69 Fn. 271.

258 Ziel bei der Definitionsentwicklung war die Berücksichtigung aller Ausformungen der Kulanz. Eine Abgrenzung anhand des Einzelfallcharakters würde nicht zuletzt Konstellationen wie die in Kapitel 5 IV. 2 beschriebene digitale Abwicklung von Schadensfällen in der KfZ-Versicherung ebenso ausnehmen wie die Regelkulanz (siehe zum von der BAV geprägten Begriff der Regelkulanz bereits Fn. 219 und ausführlich zum Ganzen Kapitel 10 I.) Die Einschränkung würde damit aktuellen und wohl auch zukünftigen digitalisierungsbedingten Ent-

Die Wahl der Begriffe der *Rechtssicherheit* und *Rechtsunsicherheit* als Ausgangspunkt der Definition gewährleistet – neben der zur Erfassung zukünftiger Entwicklungen in der Versicherungspraxis notwendigen Flexibilität – zugleich, dass nicht jede geschäftspolitische Aktivität der Versicherer fortan unter die Kulanz zu subsumieren ist. So lässt sich beispielsweise eine vom Versicherungsnehmer als entgegenkommend empfundene, schnelle Schadensabwicklung durch den Versicherer dann nicht als Kulanz qualifizieren, wenn die Regulierungspflicht rechtssicher bestand.²⁵⁹ Auch das Festhalten an der der Kulanz zugrundeliegenden Geschäftsbeziehung wirkt einer ausufernden Definition entgegen, da hierdurch insbesondere auf Kundenakquise ausgerichtete Geschäftspolitik, wie beispielsweise der Erlass von Verwaltungsgebühren, nicht der Kulanz zuzuordnen ist.

wicklungen nicht gerecht werden und gleichzeitig altbekannte Konstellationen künstlich ausnehmen. Das Kriterium des Einzelfallcharakters ist somit nicht zeitgerecht. (Mittlerweile ist wohl auch die BaFin hiervon abgerückt (siehe hierzu Kapitel 10 I 2). Anderer Ansicht wohl noch *Lenz* S. 61.).

259 Anders zum Teil die exemplarischen Stimmen aus der Versicherungspraxis, siehe Kapitel 5 III.

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/Pierothe/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 rekurren 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* Gefahrgemeinschaft 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* *Gefahrgemeinschaft* S. 116, S. 175.

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

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

317 *Scherpe* *Gefahrgemeinschaft* S. 175.

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

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

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

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

Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist das Prinzip der Gefahrengemeinschaft, 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* Gefahrengemeinschaft 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 Larenz* (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 höchstgerichtlichen 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 Münch-KommBGB/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 Verbotssbezeichnung 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 „Fehlzanreize(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 Bundesaufsehensamtes 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/*Ibler* 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.

nungsschein (§ 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.

Kapitel 7. Darstellung der Kulanzpraxis

1. Darstellung der Kulanzpraxis

1. Grundlagen der Darstellung – Aufstellung über die kontaktierten Unternehmen, Einrichtungen und Experten

Die Darstellung der Kulanzpraxis ist neben der Befassung mit den relevanten Rechtsgrundsätzen eine wesentliche Voraussetzung für die Untersuchung. Zu diesem Zweck wurden umfangreiche Erkundigungen eingeholt.

So wurden insgesamt 24 deutsche Versicherungsunternehmen kontaktiert. Da in der Regel keine direkte Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu den jeweiligen Schadensversicherungsabteilungen bestand, wurden die Anfragen an die jeweiligen Pressestellen mit der Bitte um Weiterleitung an die zuständige Stelle gerichtet. Im Rahmen der Kontaktaufnahme wurde das Dissertationsvorhaben erläutert und ein vorformulierter Fragebogen beigefügt. Bei der Auswahl hat die jeweilige Anzahl der Schadensversicherungsverträge Berücksichtigung gefunden, um ein möglichst umfassendes Bild zu erlangen. Konkret wurden die folgenden Versicherungsunternehmen kontaktiert: *Allianz, ARAG, AXA, Debeka, DEVK, Ergo, Generali, Gothaer, HDI, Huk Coburg, Interrisk, LVM, Nürnberger Versicherungen, Provinzial, Rheinland-Versicherungen, R+V Versicherung, Signal Iduna, Sparkassenversicherung, Stuttgarter Versicherung, VGH, VHV, WGV, Wüstenrot & Württembergische* und *WWK*.

Neben den Versicherern ist der Verfasser an die *BaFin*, die *EIOPA*, den *Verband der privaten Krankenversicherer*, den *Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft* (GDV), die *Verbraucherschutzzentrale*, den *Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung* und den *Versicherungsombudsmann e.V.* herangetreten. Auch in diesen Fällen wurde jeweils im Rahmen der Anfrage das Promotionsvorhaben erläutert und den Einrichtungen und Unternehmen ein konkreter Fragenkatalog zur Verfügung gestellt. Gleiches gilt für die *Versicherungsmaklergenossenschaft eG*, *Prof. Dr. Matthias Beenken* sowie ein großes Versicherungsmaklerunternehmen mit über 100 Vertriebspartnern als Vertreter der Perspektive der Versicherungsvermittler. Daneben wurden umfangreiche Gespräche mit *Dr. Maximilian Teichler* als Mitglied der *VVG Kommission* geführt. Es konnte darüber hinaus Kon-

takt zu *Dr. Joachim Grothe* als geschäftsführendem Partner einer der führenden deutschen Versicherungsrechtskanzleien aufgenommen werden. Nicht zuletzt wurde für einen weiter gefassten Blick auf die Versicherungsbranche der Versicherungsrechtstag 2019 des *Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaften* e.V. (DVfVW) besucht.

Im Rahmen des Kontaktes mit den Versicherern zeigte sich, dass die Gesprächsbereitschaft über die Kulanz grundsätzlich gering war. Während sich beinahe alle Versicherer zurückmeldeten, wurden die gestellten Fragen in der Regel unbeantwortet gelassen. Das ist wohl darauf zurückzuführen, dass es sich bei der Kulanz um ein wettbewerbsensibles Themenfeld handelt und gerade im Zuge der Digitalisierung die Zugriffsmöglichkeiten hinsichtlich zur Verfügung gestellter Informationen stark zugenommen haben. Die Versicherungsunternehmen, die dankenswerterweise via E-Mail und im Rahmen von Telefongesprächen Auskunft gegeben haben, haben diesbezüglich auf ihre Anonymität bestanden. Eine konkrete Zuordnung der Aussagen zu einzelnen Unternehmen wäre zwar wünschenswert gewesen. Die Anonymität bringt aber den Vorteil mit sich, dass eine individuelle Imageaufbesserung als Motivation für die getroffenen Aussagen ausgeschlossen werden kann. Darüber hinaus decken sich die Aussagen in wesentlichen Aspekten mit den von *Lenz* ermittelten Ergebnissen und können darüber verifiziert werden.

Von geringem Erfolg war das Herantreten an die BaFin. Auch hier wurde mangels direkter Kontaktmöglichkeit zu dem für Versicherungswesen zuständigen Referat IFR 5 der Weg über die Pressestelle mit der Bitte um Weiterleitung gewählt. Dieser Bitte wurde nicht entsprochen und die Ablehnung der Anfrage erfolgte unmittelbar auf Ebene der Pressestelle. Hinsichtlich der Einschätzungen der BaFin zur Kulanzpraxis muss mithin auf anderweitig getätigte Veröffentlichungen rekuriert werden. Im Gegensatz zur BaFin hat die EIOPA auf Anfrage bereitwillig Auskunft erteilt, dabei allerdings konstatiert, dass die Kulanz sich außerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches befände und sie daher diesbezüglich keine eigenen Einschätzungen beitragen können. Die Verbraucherschutzzentrale war für ein Gespräch nicht erreichbar, obwohl während der Arbeit an diesem Promotionsvorhaben ein Artikel über den Rückgang der Kulanz in der Krankenversicherung durch die Verbraucherzentrale NRW veröffentlicht wurde. Die erhoffte Recherveschnittmenge konnte daher nicht genutzt werden.

Sehr aufschlussreich war dagegen der Kontakt mit den Versicherungsombudsmännern und den Versicherungsvermittlern, die sich bereitwillig dem Rechercheanliegen widmeten. Gleiches gilt auch für die Ge-

sprache mit *Dr. Maximilian Teichler* (Mitglied VVG-Kommission), *Prof. Dr. Matthias Beenken* und *Dr. Joachim Grothe*.

Grundlage eines folgenden umfassenden Überblicks über die Praxis ist eine erschöpfende Recherche unter Berücksichtigung der Expertise der relevanten Akteure. Das Erlangen von Einblicken in Letztere gestaltet sich dabei insbesondere bei den Versicherern aufgrund der Wettbewerbssensibilität diffizil. Dieser Umstand zwang jedoch dazu, sich mit den verschiedenen Blickwinkeln auf die Kulanz zu befassen, um von den Versicherern nicht hinreichend dargestellte Aspekte inhaltlich auszufüllen. Insbesondere die in der Literatur bisher weitgehend vernachlässigte Expertise der Versicherungsvermittler vermochte dabei überaus aufschlussreich die durch die Versicherer hinterlassenen Lücken zu schließen. Die Berücksichtigung verschiedener Blickwinkel erwies sich dabei als Bereicherung und ermöglicht im Folgenden die Darstellung eines neutralen Überblicks über die Kulanzpraxis.

2. Kulanzpraxis

Während in der Versicherungsbranche im Allgemeinen zunehmend die Digitalisierung um sich greift, sind vergleichbare Veränderungen im Bereich der Kulanz bis dato auf den ersten Blick nicht ersichtlich.⁴³³ Mangels dieses ansonsten maßgeblichen Innovationstreibers scheint sich in der Kulanzpraxis in den vergangenen Jahrzehnten zunächst wenig getan zu haben. Bis heute werden die Kulanzentscheidungen – jedenfalls die nach dem „weiten Kulanzbegriff“ – individuell von Sachbearbeitern getroffen. Im Rahmen der Entscheidungsfindung sind auch weiterhin von der jeweiligen Entscheidungsebene abhängige Schwellenwerte zu beachten, bis zu welchen die jeweilige Ebene agieren darf, ohne das eine Eskalation auf die nächste Ebene von Nöten ist.⁴³⁴

Unterdessen waren die dem System der Schwellenwerte zugrundeliegenden Beträge Gegenstand erheblicher Veränderungen. Der zunehmende wirtschaftliche Druck in den Unternehmen führte dazu, dass unter Hinzuziehung von Unternehmensberatern vermeidbare Kostenpunkte gesucht wurden. Hierbei fielen unter anderem Kulanzposten ins Auge und es wurden Maßnahmen ergriffen, um eine Senkung herbeizuführen. Als effektiv stellte sich hierbei die Reduzierung der Schwellenwerte heraus, da nun-

433 Eine Ausnahme sind die unter Kapitel 5 IV. 2 beschriebenen Schadens-Apps.

434 Ähnlich auch *Lenz* S. 169 f., der diese Strukturen bereits 1992 dokumentierte.

mehr häufiger eine Eskalation auf die nächsthöhere Entscheidungsebene von Nöten war und in der Konsequenz weniger freigiebig höhere Beträge bewilligt wurden. Die früher notwendig werdende Weitergabe an die nächsthöhere Entscheidungsebene fungierte als engmaschigere Entscheidungskontrolle. Der beschriebene wirtschaftliche Druck schlägt sich beispielsweise auch in dem von der Verbraucherzentrale NRW festgestellten Rückgang der Kulanz in der Krankenversicherung nieder.⁴³⁵

Ebenfalls unter dem Eindruck der zunehmenden Bedeutung der Wirtschaftlichkeit erfolgte die bereits im Rahmen der Entwicklung der Untersuchungsgrundlage angesprochene „Verschiebung der Kulanz“.⁴³⁶ Diese Ausformung der Kulanz schlägt sich nicht nur nicht in dem monierten Bilanzposten nieder, sondern ermöglicht die Einbeziehung der Leistungen in die zukünftige Kalkulationsgrundlage für die Berechnung der Versicherungsprämien. Gleichzeitig für Sachverhalte, die nicht als Kulanz ausgewiesen werden, naturgemäß auch nicht die für die Kulanz entwickelten Schwellenwerte. Insofern ist der betreffende Sachbearbeiter regelmäßig in der Lage, das Anliegen des Versicherungsnehmers eigenständig abzuwickeln.⁴³⁷

Ein bisher in der Rechtswissenschaft weitgehend außer Acht gelassener Faktor, der aber im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aufgedeckt werden konnte, ist die Rolle der Versicherungsvermittler in der Kulanzpraxis. Das Vortragen eines Schadensfalles durch den Versicherungsvermittler beim Versicherer kann regelmäßig die Chancen auf Kulanz gegenüber einem solchem Szenario erheblich erhöhen, in welchem der Versicherungsnehmer selbst unmittelbar an den Versicherer herantritt. Bei näherer Betrachtung, insbesondere unter Berücksichtigung der zunehmenden Dominanz von wirtschaftlichen Erwägungen bei der Kulanzentschei-

435 O.V. in Versicherungswirtschaft Heute vom 24. Januar 2019: „Verbraucherschützerin teilt kräftig gegen PKV aus“. Hier wird die Verbraucherschützerin *Elke Weidenbach* damit zitiert, die Kulanz in der PKV gelte als „Konzept von gestern“ – abrufbar unter <https://be.invalue.de/d/publikationen/vwheute/2019/01/24/verbraucherschuetzerin-teilt-kraeftig-gegen-pkv-aus.html> (abgerufen Mai 2021); außerdem bereits im Tätigkeitsbericht PKV-Ombudsmann 2007 S. 18, wonach der Ombudsmann eine strengere Regulierungspraxis bei den Unternehmen der privaten Krankenversicherung bemerkt hat. Aufgrund der rasant steigenden Gesundheitskosten sei es den Versicherern nicht mehr möglich, Kulanzleistungen in dem Umfang zu erbringen, wie dies noch vor einigen Jahren der Fall war – abrufbar unter <http://pkv-ombudsmann.de/taetigkeitsbericht/2007.pdf> (abgerufen Januar 2020).

436 Für eine ausführliche Darstellung siehe Kapitel 5 IV. 1., 2.

437 Ausführlich dazu Kapitel 5 IV 1.

dung, ist dieser Umstand wenig überraschend. Dem einzelnen Versicherungsnehmer kann in einem großen Versicherungsunternehmen bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Kulanzentscheidung durch den Versicherer nur ein geringes Gewicht zukommen. Im Umgang mit dem Versicherungsvermittler bezieht der Versicherer dagegen unter Umständen auch die Gesamtbedeutung des betreffenden Kundenportfolios mit ein. Ein Rückgang dieser soeben aufgezeigten Bedeutung der Versicherungsvermittler in Bezug auf die Kulanz ist auch unter dem Eindruck der zunehmenden Zahl an online – und daher häufig ohne Rückgriff auf Versicherungsvermittler – abgeschlossenen Versicherungsverträgen nicht zu beobachten. Der Anstieg bei den Online-Vertragsschlüssen ging zeitlich mit dem grundsätzlichen Rückgang der Kulanzbereitschaft aufgrund zunehmenden wirtschaftlichen Drucks einher. Das wirtschaftliche Gewicht des Kundenportfolios des Versicherungsvermittlers ist daher wohl weiterhin entscheidungserheblich. In der Konsequenz darf wohl von einem Fortbestehen, wenn nicht gar einem Anstieg ihrer Bedeutung hinsichtlich der Kulanz ausgegangen werden. Die Bedeutung der Versicherungsvermittler wurde dabei nicht nur durch den eigenen Berufsstand und diesbezüglicher Experten aufgezeigt, sondern wurde auch durch befragte Versicherer bestätigt.

Die Kulanzpraxis unterlag in den vergangenen Jahrzehnten nur geringfügigen offensichtlichen Änderungen. Bei genauerer Betrachtung lässt sich allerdings eine erhebliche Reduzierung der Beträge im aus Vergangenheit bereits grundsätzlich bekannten System der Schwellenwerte erkennen. Diese Entwicklung steht ebenso unter Eindruck der zunehmenden Bedeutung wirtschaftlicher Erwägungen wie die zu beobachtende „Verschiebung der Kulanz“. Im Rahmen der Kulanzentscheidung können Versicherungsvermittler potenziell eine entscheidende Rolle einnehmen.

3. Kulanzmotive

Wie zuvor herausgestellt, hat sich die Bedeutung der wirtschaftlich geprägten Motive über die Zeit gesteigert. Während die Digitalisierung auf den Ablauf der klassischen Kulanzentscheidung wenig Einfluss hatte, ergaben sich hieraus durchaus Einflüsse auf die im Rahmen der Kulanz relevante Motivlage. So ist das in aufwendigen Imagekampagnen gepflegte öffentliche Bild der Versicherer bei der Gewinnung und Haltung von Versicherungsnehmern von essentieller Bedeutung. Aufgrund der aus der Digitalisierung resultierenden zunehmenden Verbreitungsmöglichkeiten und

der damit einhergehenden ansteigenden Häufigkeit von PR-Skandalen in der Versicherungsbranche, hat die Abwendung von Imageschäden in der Vergangenheit an Bedeutung gewonnen. Damit ist die Imagepflege als Kulanzmotiv zunehmend in den Mittelpunkt gerückt. Hierbei ist allerdings zu verdeutlichen, dass die der Imagepflege zugrundeliegende Motivation ebenfalls wirtschaftlich geprägt ist und es sich damit lediglich um eine Ausprägung der wirtschaftlichen Motivlage handelt. Ein derartiger mittelbarer – oder gar unmittelbarer – Zusammenhang zu wirtschaftlichen Erwägungen lässt sich für den weit überwiegenden Anteil der Motivelemente im Rahmen der Kulanzentscheidung herstellen.

Die Kulanzentscheidung ist nichtsdestotrotz weiterhin von einer Vielzahl von Einzelmotiven geprägt, deren individuelle Auflistung bereits zum Zwecke der Darstellung der Komplexität der Entscheidung lohnt.⁴³⁸ Zum Zwecke der besseren Übersicht, bietet sich eine Kategorisierung an. Dabei soll an dieser Stelle eine vierfache Unterteilung vorgenommen werden. Zu differenzieren ist hierbei zwischen (a) Ausgangslagen, bei denen Kulanz in Betracht kommt, (b) Kundenbeziehungen, bei denen Kulanz insbesondere in Betracht gezogen werden könnte, (c) Gründe aus denen Kulanz insbesondere in Betracht kommt und (d) die verschiedenen Ausgestaltungen der Kulanz.

- a. Ausgangslagen, bei denen Kulanz in Betracht kommt
 - Unklarheit über das Bestehen des Anspruchs oder der Anspruchshöhe
 - Uneinigkeit über das Nichtbestehen des Anspruchs oder der Anspruchshöhe
 - Einigkeit über das Nichtbestehen des Anspruchs oder der Anspruchshöhe
- b. Kundenbeziehungen, bei denen Kulanz insbesondere in Betracht gezogen werden könnte
 - Lange Vertragsdauer
 - Lange Schadensfreiheit
 - Hoher Prämienumfang

438 Ausführliche Darstellung der Motivlage des Versicherers ohne Vornahme einer Kategorisierung bei *Lenz* S. 36-38.

- Viele Policen⁴³⁹
 - Besondere Marktstellung des Kunden
- c. Gründe, aus denen Kulanz insbesondere in Betracht kommt⁴⁴⁰
- Kompensation für Fehler in der Abwicklung
 - Pflege einer bisher zufriedenstellend laufenden Kundenbeziehung⁴⁴¹
 - Wettbewerbsdruck⁴⁴²
 - Berücksichtigung der finanziellen Auswirkungen der Kulanzentscheidung im Speziellen und/ oder im Allgemeinen
 - Vermeidung einer ansonsten drohenden Kündigung
 - Prominenz des Versicherungsnehmers⁴⁴³
 - Befürchtung negativer Auswirkungen auf den Ruf des Unternehmens⁴⁴⁴
 - Imagepflege
 - Abfederung von Härtefällen⁴⁴⁵
 - Kulanz, um Rechtspflicht zu verschleiern und möglicherweise gleichzeitig einen wohlwollenden Eindruck beim Versicherungsnehmer zu hinterlassen
 - Einsparung von Verwaltungskosten und Abwicklungskosten⁴⁴⁶
 - Einsparung von Kosten unter der Berücksichtigung der Gesamtumstände⁴⁴⁷
 - Vermeidung von Prozessen

439 Die Relevanz dieser Kundenbeziehung auch erkannt von *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 210.

440 Siehe hierzu Verweis von Lenz S. 54 Fn. 219 auf eine Aufstellung von Modellbriefen bei *R. Schmidt*, Entwicklungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Versicherungen, S. 540 ff, 544.

441 Berliner Kommentar VVG/*Schauer* § 49 Rn. 7; Lenz 35 ff.

442 Berliner Kommentar VVG/*Schauer* § 49 Rn. 7; Lenz 35 ff.; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 210.

443 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211.

444 Berliner Kommentar VVG/*Schauer* § 49 Rn. 7; Lenz 35 ff.

445 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211

446 Zum Beispiel Sachbearbeiter- und Gutachterkosten (Vgl. Kapitel 5 IV. 2.).

447 Siehe hierzu noch exemplarisch Kapitel 7 II.

d. Konkrete Ausgestaltung der Kulanz

- Ersatz des Schadens trotz unstreitig nicht bestehender Rechtspflicht
- Ersatz des Schadens trotz Unklarheit über das Bestehen des Anspruchs
- Ersatz des Schadens trotz Uneinigkeit über das Bestehen des Anspruchs
- Anwendung geringer Beweisstandards
- Ersatz der vollen vorgebrachten Schadenshöhe ohne umfassende Prüfung (vor allem bei Kleinschäden)
- Gewährung eines Zahlungsaufschubs
- Leistung trotz Verjährung
- Sachprüfung durch den Versicherer nach Ablauf der Frist zur Schadensmeldung⁴⁴⁸
- Koppelung der Kulanz an eine Vertragsverlängerung oder den Abschluss eines weiteren Versicherungsvertrags
- Absehen von Hochstufung des Versicherungstarifs
- Verschleierung eines bestehenden Anspruchs
- „Verschiebung“ eines Schadens in die Versicherungsdeckung
- Mischformen der oben genannten und weiterer Kulanzausformungen

Die vorgenannte Auflistung setzt sich aus vier Kategorien und in Summe über 30 Unterpunkten zusammen und ist dabei wohl bei weitem noch nicht abschließend.⁴⁴⁹ Dennoch dürfte sie geeignet sein, einen aufschlussreichen Überblick über die Kulanzlage zu vermitteln und gleichzeitig die Komplexität der Kulanz aufzuzeigen. Die Motivlage im Rahmen der Kulanz kann ohne weiteres als überaus divers bezeichnet werden. Wirtschaftliche Erwägungen – in verschiedenen Ausformungen und zum Teil in Kombination mit weiteren Motiven – nehmen jedoch im Rahmen der Entscheidungsfindung eine zunehmend dominierende Position ein. Eine rechtliche Bewertung besonders bedeutsamer Motivelemente unter Berücksichtigung der maßgeblichen Rechtsgrundsätze soll sich diesem Kapitel anschließen.⁴⁵⁰

448 Beckmann/Matusche-Beckmann/*Mangen* § 47 Rn. 176.

449 Gleichzeitig weisen einige Elemente Überschneidungen auf.

450 Siehe hierzu Kapitel 8.

4. Zusammenfassung

Aufgrund der Wettbewerbssensibilität der Kulanz ist die zu beobachtende Kooperationsbereitschaft der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer Untersuchung der Kulanzpraxis natürlicherweise begrenzt. Diesbezüglich musste auf einige wenige Rückmeldungen und zum Zwecke ihrer Verifikation zunächst auch auf die bei *Lenz* dargestellten Ergebnisse rekuriert werden. Im Wege der Berücksichtigung der Einblicke der weiteren in der Kulanzpraxis involvierten Akteure, insbesondere auch der Versicherungsvermittler, konnte dennoch ein umfassendes und unvoreingenommenes Bild der aktuellen Kulanzpraxis gezeichnet werden. Hierbei ließ sich feststellen, dass zwar an den bekannten Schwellenwerten im Rahmen einer als solchen deklarierten Kulanzentscheidung festgehalten wurde, diese jedoch unter dem Eindruck eines zunehmenden wirtschaftlichen Drucks reduziert wurden. Insgesamt ist hinsichtlich der Motivlage im Rahmen der Kulanzentscheidung die wachsende Bedeutung wirtschaftlicher Beweggründe zu beobachten. Die Einschaltung der Versicherungsvermittler kann sich in im Rahmen der Kulanzentscheidung zugunsten des Versicherungsnehmers auswirken. Daneben ist ein weiteres Ergebnis der Untersuchung der Kulanzpraxis die bereits im Rahmen der Entwicklung der Untersuchungsgrundlage maßgeblich herausgearbeitete „Verschiebung der Kulanz“.

II. Veranschaulichung der Komplexität der Kulanzpraxis am Beispiel der Handhabe von Glasschäden in der KfZ-Versicherung

Die Komplexität sowie die damit einhergehenden wirtschaftlichen Konsequenzen der Kulanzpraxis lassen sich exemplarisch auch an einer der im Alltag wohl präsentesten Kulanzkonstellationen darstellen. Hierbei handelt es sich um die umfangreich medial beworbene, für Kaskoversicherte kostenlose, Steinschlagreparatur. Die begriffliche Einordnung als „präsen- te Kulanzkonstellation“ erfolgt bewusst in Abgrenzung zur „bekannten Kulanzkonstellation“, da das eingespielte Abwicklungsprozedere von Versicherungsnehmerseite häufig gar nicht als Kulanz der Versicherer wahrgenommen wird.⁴⁵¹ Das mag zum einen darauf zurückzuführen sein, dass beispielsweise Marktführer C. in seinen Fernseh- und Radiowerbekampa-

451 Gerichtlich wurde das Prozedere aber bereits als Kulanz eingeordnet OLG Brandenburg GRUR-RR 2009, 140 (140).

gnen regelmäßig ohne weitere Erläuterung darauf hinweist, dass die Reparatur „für Kaskoversicherte in der Regel kostenlos“ sei.⁴⁵² Zum anderen legen namhafte Versicherer auf ihrem Internetauftritt zur Kaskoversicherung diese Praxis offen, ohne sie dabei als Kulanz zu kennzeichnen.⁴⁵³

Auch wenn der Fall der Steinschlagreparatur damit dem Grundsatz nach überwiegend bekannt sein dürfte, offenbart erst eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Hintergründen die komplexen Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft und Versicherungswesen und die daraus resultierenden wirtschaftlichen Konsequenzen für die KfZ-Versicherer. Im Falle eines Steinschlags auf der Windschutzscheibe kommen bei der Schadensbehebung grundsätzlich die Möglichkeiten der Ausbesserung und die des Austauschs der beschädigten Frontscheibe in Betracht. Welche Maßnahme im konkreten Fall empfohlen wird, ist dabei grundsätzlich abhängig von Position und Größe des Steinschlags.⁴⁵⁴ Unter Kostengesichtspunkten gibt es zwischen Reparatur und Austausch eine erhebliche Diskrepanz. Während für eine Reparatur in der Regel zwischen 80 und 120 Euro anfallen⁴⁵⁵, belaufen sich die Kosten für den Austausch einer Windschutzscheibe inkl. der für den Ein- und Ausbau anfallenden Arbeitszeit je nach Fahrzeug- und Scheibentyp regelmäßig auf zwischen 500 und 1000 Euro.⁴⁵⁶ In Zeiten der zunehmenden Popularität von Abstandshalter- und Spurhalteassistentensystemen liegen die Kosten, aufgrund der in Frontscheibe verbauten Sensoren, häufig auch deutlich über 1000 Euro.

Ist das Fahrzeug nun Gegenstand einer Teilkaskoversicherungspolice⁴⁵⁷, kommt es bei strenger Beachtung der Versicherungsbedingungen zu einer paradoxen Situation. Die gängigen Selbstbehaltregelungen bei Teilkasko-

452 Für viele beispielhaft: Werbeclip abrufbar unter <https://youtu.be/owJ-DjrKnaU> (abgerufen Mai 2021). Die Kostenfreiheit der Steinschlagreparatur für den Versicherungsnehmer wird hier erklärt mit „Sie können ja nichts dafür.“.

453 So beispielsweise *Huk Coburg* unter <https://www.huk.de/blog/2015/11/kleiner-st-ein-grosse-wirkung-was-tun-bei-steinschlag-schaeden.html>; *Allianz* unter <https://www.allianz.de/auto/kfz-versicherung/teilkasko/steinschlag/>; *HDI* unter <https://www.hdi.de/privatkunden/versicherungen/kfz/ratgeber-kfz/teilkasko> (allesamt abgerufen Mai 2021).

454 Die Angaben zu den konkreten Voraussetzungen einer Reparaturmöglichkeit divergieren stark. Ausführlich zu den damit verbundenen Unsicherheiten unten.

455 Preise ausweislich der Preisangaben der deutschen Marktführer aus Januar 2020.

456 OLG Brandenburg GRUR-RR 2009, 140 (140); Siehe auch Preise ausweislich der Preisangaben der deutschen Marktführer aus Januar 2020.

457 Gleiches gilt, wenn das Fahrzeug über eine Vollkaskoversicherung verfügt, da diese auch die in der Teilkasko enthaltenen Leistungen abdeckt.

police sehen regelmäßig einen Selbstbehalt des Versicherungsnehmers in Höhe von 150 Euro vor.⁴⁵⁸ Damit gäbe es für den Versicherungsnehmer kaum einen finanziellen Unterschied zwischen Reparatur und Austausch der Scheibe. Die günstigere und die teurere Variante der Schadensbehebung würden ihn de facto finanziell gleichermaßen belasten. Aufgrund des Gefühls der „Höherwertigkeit“ des Austauschs – bedingt durch den höheren Preis und die zugunsten eines Scheibenaustauschs angeführten Argumente⁴⁵⁹ –, entstünde beim Versicherungsnehmer bei Preisgleichheit und der Wahlmöglichkeit wohl eine ausgeprägte Tendenz zum Austausch der Windschutzscheibe. Der Versicherer hat dagegen ein erhebliches finanzielles Interesse an einer Ausbesserung. Denn aufgrund der gängigen Selbstbehaltregelungen würde ihn die Ausbesserung regelmäßig finanziell überhaupt nicht belasten, der Austausch dagegen in nicht unerheblichem Maße.

Um diesem Interesse gegenüber dem Versicherungsnehmer zur Durchsetzung zu verhelfen, sind die Versicherer Anfang der 2000er Jahre vermehrt dazu übergegangen, im Falle einer Ausbesserung – zum Teil beschränkt auf Reparaturen bei Partnerwerkstätten⁴⁶⁰ – auf den Selbstbehalt zu verzichten und die entstehenden Kosten vollumfänglich zu regulieren.⁴⁶¹ Wie oben bereits durch den exemplarischen Verweis auf mehrere namhafte Versicherungsunternehmen verdeutlicht wurde, besteht diese Praxis bis heute fort.

Evaluiert man diese Entscheidung mit Blick auf den Einzelfall unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ist zunächst ein positives Fazit zu ziehen. Jeder Versicherungsnehmer, der sich aufgrund dieser Praxis für eine Reparatur und gegen einen Austausch der Windschutzscheibe entscheidet,

458 LG Köln BeckRS 2016, 125725 Rn. 13; Ähnlich auch *Silke Kursawe* und *Anni-ka Krempel* in Finanztip vom 22. August 2018: „300 Euro Selbstbehalt in der Vollkasko drücken den Preis“. Hier heißt es der empfohlene und gängigste Selbstbehalt bei der Teilkaskoversicherung liege bei 150 Euro. – abrufbar unter <https://www.finanztip.de/kfz-versicherung/selbstbeteiligung/> (abgerufen Mai 2021).

459 Immer wieder genannt wird in diesem Zusammenhang der Beitrag der (intakten) Windschutzscheibe zur Widerstandsfähigkeit der Karosserie sowie die potenziell drohende Beanstandung durch den TÜV.

460 Beispielsweise der Fall bei der *HDI* – siehe hierzu <https://www.hdi.de/privatkunden/versicherungen/kfz/ratgeber-kfz/teilkasko> (abgerufen Mai 2021).

461 LG Köln BeckRS 2016, 125725 Rn. 11 verweist bezüglich des Beginns der Praxis auf das Jahr 2004; OLG Brandenburg GRUR-RR 2009, 140 (140) spricht von einem langjährigen Brauch.

stellt eine Ersparnis von mindestens rund 250 Euro⁴⁶² bei den Regulierungskosten dar. In den vergangenen Jahren wurden jährlich rund 2,1 Millionen Glasschäden gemeldet.⁴⁶³ Selbst wenn nur in einem Bruchteil der Fälle der Verzicht auf den Selbstbehalt den Versicherungsnehmer zu einer Entscheidung zugunsten einer Reparatur bewogen hat, müsste man von erheblichen Einsparungen der Versicherer ausgehen.⁴⁶⁴ Der Eindruck der Unbedenklichkeit, im konkreten Fall auch der wirtschaftlichen Nützlichkeit der Kulanz, scheint sich also anhand der Steinschlagreparatur bestätigen zu lassen. Die angesprochenen komplexen Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft und Versicherungswesen sind bis zu diesem Punkt dagegen nicht ersichtlich.

Um diese sichtbar zu machen, muss der Blick weiter zurückgerichtet werden. Die Fahrzeugglasbranche hatte im Verzicht auf den Selbstbehalt bei Steinschlagreparaturen ein erhebliches Wachstumspotenzial erkannt und begann dieses zunehmend auszuschöpfen. Nachdem insbesondere Marktführer C. seine Werbekampagne zur „kostenlosen Steinschlagreparatur“ ab dem Jahre 2009 vom Radio auf TV-Werbespots ausweitete und damit die breite Masse auf den Verzicht der Versicherer auf den Selbstbehalt bei der Reparatur von Steinschlägen aufmerksam machte, stieg die Zahl der gemeldeten Glasbruchschäden eklatant an. Der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) bezifferte den Anstieg auf 212.000 mehr Fälle und 98 Millionen Euro an zusätzlichen Regulierungskosten.⁴⁶⁵ Auch der ADAC vermeldete einen „dramatischen Anstieg“.⁴⁶⁶

462 Zugrunde gelegt werden exemplarisch Scheibenreparaturkosten in Höhe von 100 Euro, ein Austauschpreis in Höhe von 500 Euro und ein Selbstbehalt in Höhe von 150 Euro. Demnach hätte der Versicherer bei einem Austausch 350 Euro tragen müssen, wohingegen ihn die Reparatur – aufgrund des Verzichts auf den Selbstbehalt 100 Euro gekostet hat. Die 100 Euro sind dementsprechend von den 350 Euro in Abzug zu bringen, was eine Ersparnis von 250 Euro ergibt.

463 Ausweislich der vom GDV veröffentlichten Zahlen aus den Jahren 2014, 2015, 2018, 2019 – abrufbar unter <https://www.gdv.de/de/zahlen-und-fakten/versicherungsbereiche/schadenarten-24022#Kaskoschaeden> (Jahre 2017 und 2018) und <https://www.gdv.de/de/themen/news/kaputte-scheiben-kosten-ueber-1-1-milliarden-euro-21992> (Jahre 2014 und 2015) (allesamt abgerufen Mai 2021).

464 Wenn dies nur auf 1% der gemeldeten Glasbruchschäden zuträfe, sprich 21.500, würde die Ersparnis von 250 Euro pro Fall (s.o.) zu einem eingesparten Gesamtbetrag 5,375 Millionen Euro pro Jahr führen.

465 Unter Verweis auf den GDV *Anette Dowideit* in Welt vom 11.07.2012: „Die Angst vor dem teuren „Krracks““ – abrufbar unter <https://www.gdv.de/de/themen/news/kaputte-scheiben-kosten-ueber-1-1-milliarden-euro-21992> (abgerufen Mai 2021).

466 A.a.O.

Die aus der Multiplikation der Einzelfälle errechnete vermeintliche Ersparnis bei den Regulierungskosten ging damit nicht auf, da diese nur bei einer konstant bleibenden Fallzahl Gültigkeit gehabt hätte. Mithin sparte man zwar im Einzelfall Regulierungskosten im Vergleich zum Scheibenaustausch. In der Gesamtbetrachtung schnellte die Fallzahl aber derart nach oben, dass die Regulierungskosten insgesamt erheblich anstiegen.

Zur Eindämmung der steigenden Regulierungskosten haben einige Versicherer zwischenzeitlich ihren Versicherungsnehmern die Verpflichtung auferlegt, sich vor dem Aufsuchen der Werkstatt die Genehmigung des Versicherers einzuholen.⁴⁶⁷ Andere kündigten Rahmenverträge mit bestimmten Unternehmen gleich ganz.⁴⁶⁸ Trotz dieser Maßnahmen der Versicherer verbleiben die Fallzahlen und insbesondere die Regulierungskosten beim Glasbruch aber weitgehend konstant auf einem enorm hohen Niveau. Zwar war zwischen 2014 und 2019 ein leichter Rückgang der Fallzahlen von 2,2 auf 2,1 Millionen zu beobachten, dieser bewirkte allerdings keine Reduzierung der Versicherungsleistungen (2014-2019 Anstieg um rund 185 Millionen auf 1,298 Milliarden Euro).⁴⁶⁹

Diese gegenläufige Entwicklung zwischen den Fallzahlen und den Versicherungsleistungen ist unter anderem auf die bereits angesprochene zunehmende Verbreitung von Assistenzsystemen und die damit einhergehende Steigerung der Austauschkosten zurückzuführen. Ein weiterer kostentreibender Faktor für die Versicherer ist die Unsicherheit hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens einer Austauschverpflichtung und eine daraus resultierende Tendenz zum Scheibenaustausch. Wie oben bereits angeklungen, divergieren die angegebenen Kriterien, nach denen ein Austausch der Frontscheibe zwangsweise zu vollziehen ist, je nach Quelle. Weitgehende Einigkeit besteht lediglich über die grundsätzlich entscheidungsrelevanten Aspekte, namentlich die Größe des Einschlags, die Rissbildung und die Lage auf der Windschutzscheibe (Entfernung zum Scheibenrand und Sichtfeld). Hinsichtlich der konkreten Dimensionen sind die Angaben dagegen häufig uneinheitlich.⁴⁷⁰ Zur Untermauerung des jewei-

467 A.a.O.: Entsprechend eingeführt bei der VHV und der R+V Gruppe.

468 So beispielsweise die HDI – siehe hierzu <https://www.hdi.de/privatkunden/versicherungen/kfz/ratgeber-kfz/teilkasko> (abgerufen Mai 2021).

469 Ausweislich der vom GDV veröffentlichten Zahlen aus den Jahren 2014, 2015, 2018, 2019 (siehe Fn. 463).

470 Siehe hierzu nur <https://www.bussgeldkatalog.org/steinschlag/> (abgerufen Mai 2021) und Ingrid Weidner in der Zeit vom 24. Mai 2018: „Kann ein Sprung in der Windschutzscheibe die TÜV-Plakette gefährden?“ Demnach soll der Austausch einer Scheibe soll unumgänglich sein, wenn der Durchmesser eine

ligen Standpunktes, wird regelmäßig abstrakt, ohne Nennung konkreter Quellen, auf die Rechtslage verwiesen. Die einzig ermittelbare gesetzliche Regelung sind dabei die „Bedingungen für die Reparatur von Verbundglasscheiben“, deren Veröffentlichung im Verkehrsblatt von 1986 erfolgte.⁴⁷¹ Angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Weiterentwicklungen bei Kraftfahrzeugen und Reparaturtechnik handelt es sich hierbei wohl um eine aktualisierungsbedürftige Grundlage.⁴⁷² Wohl auch aufgrund dieser schwammigen Faktenlage werden durch die Werkstätten regelmäßige Reparaturen zugunsten eines Scheibenaustauschs abgelehnt, obwohl eine Reparatur nach Größe und Position des Steinschlags vom TÜV nicht beanstandet worden wären.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass im Falle des Verzichts auf den Selbstbehalt bei der Steinschlagreparatur, die anvisierte Senkung der Regulierungskosten scheiterte und seitdem den Versicherern mehrere hundert Millionen Euro an Mehrkosten entstanden sind. Überdies ließ sich die angestoßene Entwicklung trotz ergriffener Maßnahmen nicht mehr nachhaltig umkehren oder gar stoppen. Hieran wird exemplarisch ersichtlich, dass die Kulanz dem öffentlichen Eindruck der Unbedenklichkeit in der Praxis nicht immer gerecht wird und eine Antizipation ihres wirtschaftlichen Nutzens aufgrund der Vielzahl an zu berücksichtigenden Faktoren nicht verlässlich möglich ist. Der Gesetzgeber könnte durch aktualisierte, eindeutige Vorgaben bezüglich eines verpflichtenden Austauschs der Windschutzscheibe bei den Versicherungsnehmern Klarheit schaffen und die Versicherungsunternehmen damit gleichzeitig wohl erheblich entlasten.⁴⁷³

Größe von 3 cm überschreitet und/oder sich im Sichtfeld des Fahrers befindet und/oder weniger als 10cm vom Rahmen der Windschutzscheibe entfernt liegt – abrufbar unter <https://www.zeit.de/mobilitaet/2018-05/steinschlag-windschutzscheibe-riss-tuev> (abgerufen Mai 2021); *ATU* und *Carglass* sprechen dagegen von einer „2 Euro Münze“ – siehe hierzu <https://www.atu.de/pages/werkstatt/autoglass/scheibenreparatur.html> (abgerufen Mai 2021) und <https://www.carglass.de/faq/wann-kann-man-die-windschutzscheibe-reparieren> (abgerufen Mai 2021).

471 Verkehrsblatt Heft 4 – 1986, S. 130, StV 13/36.2010-01 –

472 Die im Verkehrsblatt zu Klärungszwecken abgebildete Windschutzscheibe ist nicht gewölbt, sondern weist mittig einen Knick auf, auf den die Hälften der Scheibe in unterschiedlichen Winkeln zulaufen.

473 Zur früheren und aktuellen Position der BaFin zu vergleichbaren Konstellationen siehe Kapitel 10 I 1., 2.

Kapitel 8. Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis

Die Kulanz, die nach den bisherigen Definitionsansätzen eine Einzelfallentscheidung darstellt, ist gleichzeitig immer auch ungleiche Behandlung. Jedoch stellt aber wohl nicht jede Kulanz einen ungerechtfertigten Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Jede Kulanzleistung geht im weitesten Sinne zunächst einmal zulasten der Versichertengemeinschaft, weil Gelder aufgewendet wurden, die versicherungsvertraglich nicht vorgesehen sind. Hieraus kann sich aber nicht zwangsweise ein ungerechtfertigter Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft ergeben. Die Besserstellung eines einzelnen Versicherten könnte gegen die sich aus Treu und Glauben im Privatversicherungsrecht in besonderem Maße ergebenden, weit gefassten Pflichten des Versicherers gegenüber den restlichen Versicherungsnehmern verstoßen. Nicht jede Besserstellung kann aber in ungerechtfertigter Weise dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderlaufen. Diese Gegenüberstellung lässt bereits erkennen, dass sich die Kulanz in einem Spannungsverhältnis zu den als maßgeblich herausgearbeiteten Rechtsgrundsätzen befindet.

Die nachfolgende exemplarische⁴⁷⁴ Auseinandersetzung mit verschiedenen Kulanzkonstellationen beleuchtet die einzelnen Rechtsgrundsätze im Kontext der Motivvielfalt und ermöglicht die Ableitung pauschaler Wertungen zur Ermittlung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanz.⁴⁷⁵ Eingangs werden zwei den bisherigen Kulanzbegriffen entsprechende Ausformungen betrachtet. Hierauf folgend werden die Regelkulanz am Beispiel der Glasschädenabwicklung sowie die pauschale Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit im Wege der digitalen Abwicklung von KfZ-Schäden⁴⁷⁶ aufgegriffen. Beides sind Kulanzvarianten, die diesem Kulanzbegriff

474 Die zuvor erfolgte Darstellung der Motivvielfalt hat deutlich gemacht, dass eine Auseinandersetzung mit allen in Betracht kommenden Kulanzvarianten den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

475 Wie nachfolgend ersichtlich wird, kann ein Rechtsgrundsatzverstoß durchaus gerechtfertigt sein. Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit soll daher klarstellend festgehalten werden, dass „fehlende Rechtsgrundsatzkonformität“ die Bedeutung eines ungerechtfertigten Rechtsgrundsatzverstoßes haben soll.

476 Der dieser Untersuchung zugrundeliegende, den maßgeblichen Entwicklungen der Kulanzpraxis Rechnung tragende Kulanzbegriff umfasst zum Teil auch Sachverhalte, die innerhalb der versicherungsvertraglichen Regulierung

entsprechen, aber über das bisherige Kulanzverständnis hinausgehen und aufgrund ihrer Aktualität besonders geeignet sind, ein Verständnis für die Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Lichte aktueller Entwicklungen der Kulanzpraxis zu schaffen.

1. Beispielskonstellation 1: Kulanz trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs zur Abfederung unbilliger Härten

Ein bisher schadensfreier und seit langem beim Versicherer versicherter Versicherungsnehmer hat grob fahrlässig einen Brandschaden verursacht. Die Versicherungssumme seines Gebäudeversicherungstarifs ist für grobe Fahrlässigkeit versicherungsvertraglich gedeckelt⁴⁷⁷ und der entstandene Schaden geht über diese versicherte Summe hinaus. Der Versicherungsnehmer ist aufgrund seiner seit kurzem prekären finanziellen Verhältnisse, nicht in der Lage, die darüber hinausgehende Summe aufzubringen, könnte also das Haus nicht Instandsetzen und es ohne Instandsetzung aufgrund der Brandschäden auch nicht nutzen. Die besonderen persönlichen Verhältnisse, lassen dies aber unzumutbar erscheinen. Das Schicksal des Versicherungsnehmers hat bereits mediale Aufmerksamkeit erhalten. Die dem Sachverhalt zugrunde liegenden Tatsachen wurden rechtssicher ermittelt und es ist zwischen den Versicherungsvertragsparteien völlig unstreitig, dass der Versicherer nicht zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet ist. Der Versicherer leistet angesichts der Sachlage aus Kulanz auch über die eigentliche Deckungsgrenze hinaus.

Dieser fiktive Fall vereint eine Vielzahl der zuvor veranschaulichten Motive⁴⁷⁸ und ist gleichzeitig realitätsnah.

erfolgen (siehe hierzu bereits die Definition der Kulanz in Kapitel 5. VII). In diesen Fällen ist die Kulanz, neben den fraglos auch hier geltenden Rechtsgrundsätzen, auch dem versicherungsvertraglichen Rechtsregime unmittelbar unterworfen. Vor dem Hintergrund, dass die Untersuchung die Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis sowie die diesbezüglichen Handlungsmöglichkeiten zum Gegenstand hat, wird im Interesse der Stringenz die Kulanz in ihrer Gesamtheit einzig an den Rechtsgrundsätzen gemessen und es werden in der Folge auch allein die diesbezüglichen Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt.

477 Es sind auch heute noch entsprechende Tarife im Rahmen der Gebäudeversicherung abschließbar; die Deckungsgrenze in Fällen grober Fahrlässigkeit liegt dann, je nach Anbieter und Tarif, regelmäßig zwischen 5.000 Euro und 50.000 Euro.

478 Im Kontext zu den Ausführungen bezüglich der Kulanzmotive in Kapitel 7 I. 3 sind folgende der dort dargestellten Motive betroffen: Ausgangslage:

1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

Eine derartige Sonderbehandlung eines Versicherungsnehmers stellt dem Grunde nach selbstverständlich eine ungleiche Behandlung dar, weil nicht jeder vergleichbare Fall in der Vergangenheit vom Versicherer so behandelt wurde. Fraglich ist, ob und inwiefern sich hieraus eine Verletzung des privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben kann.

a. Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Im Zuge der Herleitung des privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wurden bereits einige Aussagen zu der Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes getroffen.⁴⁷⁹ Insbesondere wurde festgestellt, dass zur Reichweite schwerlich pauschale Aussagen gemacht werden können, sondern dass diese meist einzelfallabhängig zu bestimmen sein kann. Es konnte aber unter anderem herausgearbeitet werden, dass sich der Wirkbereich eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes dem Grunde nach lediglich auf das Kriterium der versicherungstechnischen Gleichheit beziehen kann.⁴⁸⁰ Der Versicherer wäre damit grundsätzlich lediglich zur Gleichbehandlung von, unter versicherungskalkulatorischen Gesichtspunkten vergleichbaren, Sachverhalten verpflichtet.⁴⁸¹ Da sich der Wirkbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes wie herausgearbeitet auch und insbesondere auf die Kulanz bezieht, sind diese Feststellungen auf die Kulanz im vorliegenden Fall zu übertragen.⁴⁸²

Einigkeit über das Nichtbestehen der Anspruchshöhe; Kundenbeziehung: Lange Vertragsdauer, lange Schadensfreiheit; Gründe: Abfederung von Härtefällen, Imagepflege; Kulanzvariante: Ersatz des Schadens trotz unstreitig nicht bestehender Rechtspflicht.

479 Siehe hierzu im Wesentlichen bereits Kapitel 6 I. 4.

480 Scherpe *Gefahrgemeinschaft* 118; *Koppensfels-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.

481 Die Verwendung bestimmter, unter versicherungstechnischen Gesichtspunkten risikobildender Faktoren ist hierbei aber ausgenommen. Hierzu zählt beispielsweise das Geschlecht. Ausdruck hiervon ist die Verpflichtung zum Abschluss von Unisex Tarifen (zum entsprechenden Urteil des EuGH in der Rechtssache C-236/09 siehe bereits Kapitel 6. I. 4.).

482 Siehe hierzu bereits Kapitel 6.

Es könnte bedeuten, dass unter versicherungstechnischen Gesichtspunkten gleiche Versicherungsnehmer auch im Kontext der Kulanz gleich behandelt werden müssen, sprich entweder unter den betreffenden Versicherungsnehmern allen oder niemandem Kulanz zu Teil werden darf. Wie weit oder eng die Grenzen zu ziehen wären, ist schwierig zu bewerten. Denn warum Versicherungsnehmer mit abweichenden risikobildenden Faktoren hier schlechter behandelt werden sollten, insbesondere solche mit geringerem Schadensrisiko, erschließt sich nicht. Fraglich wäre auch, wie eine solche Gleichbehandlung überhaupt auszugestalten wäre. Müsste der Versicherer beispielsweise aufgrund einmaliger Kulanz in allen grob fahrlässig verursachten Schadensfällen in der Wohngebäudeversicherung einen über die Deckungsgrenze hinausgehenden Schaden leisten, hätten die Versicherungsnehmer für diesen Leistungsumfang in der Vergangenheit eine zu geringe Prämie gezahlt. Schließlich fließt die begrenzte Haftung für grobe Fahrlässigkeit in die Prämienkalkulation mit ein. Das käme einer Belohnung für grob fahrlässiges Verhalten gleich. Bei der Annahme einer derartigen Schutzreichweite wäre die Kulanz in der hier gegenständlichen Ausformung also unbedingt zu vermeiden gewesen. Es liegt daher nahe, dass sich derartige bereits unter rein praktischen Gesichtspunkten nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben darf. Entsprechend wurde auch bereits mehrfach entschieden, dass eine Kulanzentscheidung den Versicherer nicht für zukünftige Fälle bindet.⁴⁸³ Eine derartige, sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebende Pflicht würde den freiwilligen Charakter der Kulanz konterkarieren, der Privatautonomie und Berufsausübungsfreiheit des Versicherers in besonderem Maße zuwiderlaufen. Insbesondere der Einfluss wirtschaftlicher Gesichtspunkte bei der Kulanzentscheidung wäre hierdurch weitgehend beeinträchtigt. Denn ein versicherungstechnisch gleicher Sachverhalt ist nicht automatisch auch im Rahmen der Kulanzentscheidung in gleichem Maße wirtschaftlich sinnvoll. Letzteres wird auch am vorliegenden Beispielsfall ersichtlich, da sich dieser Fall primär aufgrund der besonderen finanziellen und persönlichen Verhältnisse und der bereits erzielten medialen Aufmerksamkeit besonders gut zur Imagepflege eignet – Faktoren, die unter versicherungstechnischen Gesichtspunkten irrelevant sind.

Aus den vorherigen Feststellungen lassen sich nun Schlüsse für den Schutzbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die hier vorliegende – und vergleichbare – Kulanzvarianten ableiten. Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet die gleiche Behandlung von

483 Siehe hierzu noch ausführlich Kapitel 10 II.

Gleichem und die ungleiche Behandlung von Ungleichen. Dies muss grundsätzlich auch im Bereich der mittelbaren Drittwirkung gelten. Alle Versicherungsnehmer des Versicherers sind insofern gleich, als dass ihr rechtliches Verhältnis zum Versicherer versicherungsvertraglich geregelt ist. Im Kontext der Kulanz verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz den Versicherer abstrakt dazu, die Versicherungsnehmer allesamt innerhalb der – jeweilig – versicherungsvertraglich vereinbarten Grenzen gleich zu behandeln. Die Gewährung von Kulanz im Einzelfall, in Gestalt einer über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung, verstößt zwar gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴⁸⁴, führt aber jedenfalls nicht zu einer Gleichbehandlungspflicht gegenüber den anderen Versicherungsnehmern.⁴⁸⁵ Als Erklärungsansatz kann entsprechend der Grundsatz *keine Gleichbehandlung im Unrecht*⁴⁸⁶ herangezogen werden.

b. Rechtfertigung

Der damit vorliegende Verstoß gegen den privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz könnte allerdings gerechtfertigt sein. Unter anderem seine Herleitung aus der mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 GG bedingt, dass hierbei eine Reihe von Faktoren zu berücksichtigen sind. Der Versicherer ist als Privater, anders als der Staat, auch grundrechtsberechtigt⁴⁸⁷, wodurch die grundrechtlich geschützten Interessen des Versicherers aus Art. 12 GG und Art. 2 GG ebenfalls zu berücksichtigen sind. Eine Auflösung dieses Widerspruchs zugunsten des privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kommt analog zu den Ausführungen

484 So wohl grundsätzlich *Scherpe* *Gefahrenengemeinschaft* S. 211, die jede Andersbehandlung im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes für problematisch hält; a.A. *Koppenfels-Spies* *VersR* 2004, 1085 m.w.N. in Fn. 75, die im Gleichbehandlungsgrundsatz gerade „kein Verbot der Besserstellung eines oder einzelner Versicherungsnehmer sondern lediglich Verbot der willkürlichen Benachteiligung“ sieht.

485 Das gilt unabhängig von der maßgeblichen Vergleichsgruppe, sodass die oben aufgeworfene Frage nach dem Umfang der Gleichbehandlungspflicht an dieser Stelle dahinstehen kann.

486 BeckOK-Grundgesetz/*Kischel* Art. 3 Rn. 115 m.w.N.; Im Kontext der Kulanz aber nicht im Hinblick auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: *Lenz* S. 115 Fn. 463

487 Siehe hierzu beispielsweise die „Fraport Entscheidung“ des BVerfG im Kontext der mittelbaren Drittwirkung (1 BvR 699/06 – Rn. 56) „unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte“

rungen der „Fraport-Entscheidung“⁴⁸⁸ und des „Nibelungenbeschlusses“⁴⁸⁹ nur dann in Betracht, wenn mit Blick auf das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte eine Vergleichbarkeit zum Verhältnis zwischen Staat und Bürger anzunehmen wäre.⁴⁹⁰ Dieses vergleichbare Machtverhältnis konnte aber nachgewiesen werden.⁴⁹¹ Außerhalb der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte, gelten aber jedenfalls auch vor dem Hintergrund des Widerstreits grundrechtlich geschützter Interessen entsprechend niedrigere Rechtfertigungsmaßstäbe.⁴⁹² Dadurch könnten im Privatrechtsverhältnis – konkret in der Versicherungspraxis – die einer Ungleichbehandlung zugrunde liegenden nachvollziehbaren wirtschaftlichen Erwägungen ausreichen, um den Anforderungen an das Willkürverbot zu genügen.⁴⁹³ Daneben ist im Rahmen der Rechtfertigung auch die Wechselwirkung zwischen den als maßgeblich herausgearbeiteten Grundsätzen zu beachten. So kann eine ungleiche Behandlung der Versicherungsnehmer durchaus aufgrund der Garantiefunktion des Prinzips der Gefahrengemeinschaft im Einzelfall geboten sein.⁴⁹⁴ Insgesamt unterliegt der Gleichbehandlungsgrundsatz damit grundsätzlich geringen Rechtfertigungsanforderungen.

In der hier betrachteten Konstellation hat der Versicherer, in Anbetracht eines besonders gelagerten Sachverhalts, unter anderem zur Abfederung unbilliger Härten gehandelt. Daneben dient eine derartige medienwirksame Kulanzhandlung besonders der Imagepflege. Wirtschaftliche Motive

488 1 BvR 699/06 Rn. 56.

489 1 BvQ 25/15 Rn. 6.

490 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 „Fraport-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.

491 Siehe Kapitel 6 I. 1. B.

492 *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.“.

493 *Krömmelbein* S. 347.

494 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 349.

sind damit auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Allerdings wurde bereits herausgearbeitet, dass die Imagepflege eine Ausprägung der wirtschaftlich dominierten Motivlage ist.⁴⁹⁵ Die Aufbesserung des Images dient der Kundengewinnung und -haltung und ist daher gerade auch in Zeiten der Digitalisierung, die eine steigende Wichtigkeit von Bewertungsportalen verursacht, und zunehmender Anonymisierung des Versicherungsverhältnisses von hoher wirtschaftlicher Bedeutung. Es lägen also wohl nachvollziehbare wirtschaftliche Erwägungen des Versicherers vor, die zur Rechtfertigung des Gleichbehandlungsverstoßes geeignet wären.

Neben der wirtschaftlichen Motivlage, eignet sich aber auch besonders die Notlage des Versicherungsnehmers zur Rechtfertigung. Der BGH hatte bereits in einem Beschluss aus dem Jahr 1951 im Kontext des einfachgesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 21 VAG a.F. entschieden, es bedürfe zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung eines triftigen Grundes.⁴⁹⁶ Diese Wertung ist auch im Rahmen des allgemeinen privatrechtsrechtlichen Grundsatzes zu berücksichtigen. Die beschriebene Notlage stellt wohl gerade auch unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Moralvorstellungen einen derartigen triftigen Grund dar.⁴⁹⁷ Insofern wäre der Gleichbehandlungsverstoß wohl auch unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt

2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft

Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft setzt sich aus der Garantie- und Begrenzungsfunktion zusammen.⁴⁹⁸ Eine Verletzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft im Wege der Kulanz käme unter dem Gesichtspunkt der Garantiefunktion wohl insbesondere bei einer über Gebühr

495 Siehe bereits Kapitel 7. I. 3.

496 BGH NJW 1952, 100 (100): „Es ist vielmehr anerkannten Rechts, daß der das ganze Recht beherrschende Grundsatz, Gleiches gleich zu behandeln, auch für den Unternehmer gilt, der den Angehörigen oder Pensionären seines Betriebes freiwillige Unterstützungen zuwendet, und daß dieser Grundsatz ihm eine Rechtspflicht zur Gleichbehandlung aller seiner Betriebsangehörigen auferlegt, die es ihm verbietet, einzelne Angehörige oder Pensionäre willkürlich, d.h. ohne triftigen Grund, von solchen Zuwendungen auszuschließen.“

497 So auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211; Lenz S. 110, aber im Lichte der spezialgesetzlichen Gleichbehandlungspflicht aus § 21 VAG a.F. (§ 177 VAG).

498 Bruns § 6 Rn. 8; *Scherpe* S. 362; siehe zu den Ausprägungen des Prinzips der Gefahrengemeinschaft auch bereits Kapitel 6. II.

erfolgenden Belastung des Versicherers in Betracht.⁴⁹⁹ Die Begrenzungsfunktion dient zwar primär der Begrenzung des Leistungsanspruchs des Versicherungsnehmers.⁵⁰⁰ Allerdings schützt sie dabei die Versichertengemeinschaft vor einer übermäßigen Beanspruchung durch einzelne Versicherungsnehmer.⁵⁰¹ Zwar ist der Leistungsanspruch von der vorliegenden Kulanzkonstellation – aufgrund der unzweifelhaft nicht bestehenden Leistungspflicht des Versicherers über die Deckungsgrenze hinaus – nicht tangiert. Allerdings wäre es im Kontext der Kulanz denkbar, die Wertung der Begrenzungsfunktion und damit den Gefahrengemeinschaftsgedanken entsprechend auch auf die finanzielle Begrenzung der Kulanz zugunsten der Versichertengemeinschaft zu übertragen.⁵⁰²

Vorliegend käme damit durch die Leistung an den Versicherten trotz unstreitig nicht vorliegender Leistungspflicht, wohl grundsätzlich, jedenfalls nach der Wertung der Begrenzungsfunktion, eine Verletzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft in Betracht. Fraglich wäre allerdings, ob bereits jedwede Belastung der Versichertengemeinschaft ausreichen soll, um eine Verletzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft anzunehmen. Möglicherweise erschiene es unter Berücksichtigung des kalkulatorischen Ursprungs des Prinzips angebracht, die Überschreitung einer gewissen finanziellen Grenze zu fordern. Hier kann diese Frage aber noch dahinstehen. Auch im Falle der Annahme eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft, wäre dieser in der vorliegenden Konstellation wohl gerechtfertigt. Denn in besonders prekären Lagen des Versicherungsnehmers, soll der Gefahrengemeinschaftsgedanke ausnahmsweise zurücktreten.⁵⁰³ Auch in Anbetracht der unbestrittenen Überschneidungen der Wirkbereichs von Gleichbehandlungsgrundsatz und Gefahrengemeinschaftsprinzip erscheint eine entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit angemessen.⁵⁰⁴ Die vorliegende Beispielskonstellation stellt wohl eine der-

499 Zu den einfachgesetzlichen Ausprägungen der Garantiefunktion, insbesondere auch im Kontext der Solvabilität des Versicherers, siehe Bruns § 6 Rn. 8.

500 Bruns § 6 Rn. 8; Scherpe S. 362.

501 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S 356; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 6 Rn. 8.

502 Ähnlich wohl auch Scherpe S. 211, wenn sie schreibt: „Eine unbillige Bevorzugung einzelner Versicherungsnehmer (...) untergräbt den Ausgleich im Kollektiv, bei welchem jeder eine risikoadäquate Prämie zu zahlen hat.“

503 Ohne ausdrückliche Erwähnung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft aber aufgrund der Bezugnahme auf eine mögliche Prämienanpassung jedenfalls mittelbar zum Gefahrengemeinschaftsgedanken *Lenz* S. 110; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211.

504 Zu den Überschneidungen siehe bereits Kapitel 6 II. 4.

artig prekäre Situation dar. Ein etwaiger Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft ist damit jedenfalls gerechtfertigt.⁵⁰⁵

3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

Zuletzt käme noch ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben in Betracht. Der im Privatrecht im allgemeinen gültige Grundsatz entfaltet insbesondere auch im Privatversicherungsrecht eine besondere Bedeutung.⁵⁰⁶ Dies ist bereits anhand der Vielzahl der einfachgesetzlichen Kodifizierungen Grundsatzes zu erkennen.⁵⁰⁷ Daneben wird aber auf den Grundsatz von Treu und Glauben auch zum Schutz des Versicherungsnehmers, vor über die Maßen erfolgenden Beschneidungen seiner Rechte, zurückgegriffen.⁵⁰⁸ Dies entspricht auch dem allgemeinen Charakter des § 242 BGB als Ausgangspunkt für Rechtsfortbildungen.⁵⁰⁹ Im Privatrecht sind Kernelemente des Grundsatzes unter anderem die Berücksichtigung der Interessen anderer sowie der Vertrauensschutz.⁵¹⁰ Im Lichte der Kulanz kämen vor diesem Hintergrund grundsätzlich zweierlei Ausprägungen in Betracht. Zunächst ließe sich aus der Berücksichtigung der Interessen anderer eine mit dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft verwandte Pflicht zur Vermeidung von Belastungen der Versichertengemeinschaft ableiten. Eine solche wäre allerdings insofern umstritten, als dass hierzu eine Erstreckung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf das Versicherten-

505 Die übereinstimmende Behandlung als versicherungsvertraglich gedeckten Schaden wider besseres Wissen würde fraglos einen Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft bedeuten, welcher aufgrund der Wertung des § 138 BGB wohl auch nicht zu rechtfertigen wäre. (So auch bereits Scherpe *Gefahrengemeinschaft* S. 211). Für ein aus der Optimierungspflicht abgeleitetes Verbot vergleichbarer Konstellationen und gerichtliche Befassungen unter nicht rechtsgrundsätzlichen Gesichtspunkten vgl. Prölss/Martin/*Armbrüster* Einl. Rn. 235 m.w.N.

506 Ausführlich zum Grundsatz von Treu und Glauben und seiner besonderen Stellung im Privatversicherungsrecht bereits auch Kapitel 6 V.

507 Siehe hierzu Looschelders/*Pohlmann/Pohlmann* Einl. A Rn. 68.

508 Looschelders/*Pohlmann/Pohlmann* Einl. A Rn. 68 schreibt: „in vielen anderen Fällen ist der Rückgriff auf Treu und Glauben aber nach wie vor notwendig, um den VN vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung seiner Rechte zu schützen.“; *Deutsch* Privatversicherungsrecht Rn. 16 leitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Verweis auf BGH VersR 1963, 1117 beispielsweise die Pflicht zu promptem und deutlichem Verhalten ab.

509 Vgl. Looschelders Schuldrecht AT § 4 Rn. 3.

510 Looschelders Schuldrecht AT § 4 Rn. 8.

kollektiv angenommen werden müsste – an der hierzu teilweise geforderten Sonderverbindung soll es aber fehlen.⁵¹¹ Daneben ließe sich überlegen, inwiefern, ähnlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz, aus dem Aspekt des Vertrauensschutzes ein berechtigtes Vertrauen darauf bestehen könnte, als Versicherungsnehmer eine gleiche Behandlung wie die anderen Versicherungsnehmer inner- und außerhalb der versicherungsvertraglich vereinbarten Grenzen zu erfahren. Auch für einen derartigen Auswuchs des Grundsatzes von Treu und Glauben, würde es in den Augen der Kritiker wohl an der geforderten Sonderverbindung fehlen.

Vorliegend kann das Bestehen einer solchen Pflicht aber dahinstehen. Wie herausgestellt, handelt es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Ausgangspunkt für eine Rechtsfortbildung. Eine solche erscheint nur dann notwendig, wenn der maßgebliche Schutzbereich nicht bereits anderweitig gewährleistet ist. Die beiden in Frage kommenden Konstellationen ähneln allerdings in Ausgestaltung und Schutzrichtung dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft und dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Allenfalls, wenn man die Geltung dieser beiden Grundsätze ablehnen würde, wäre eine entsprechende Rechtsfortbildung wohl als notwendig zu bewerten.⁵¹²

Nähme man das Vorliegen eines Grundsatzes von Treu und Glauben in den vorgeschlagenen Ausprägungen dennoch an, wäre jedenfalls entsprechend den vorherigen Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft von einer Rechtfertigung in der vorliegenden Konstellation auszugehen.

II. Beispielskonstellation 2: Gesamtbetrachtung der Kulanz, die trotz evidentem Nichtbestehen des Anspruchs aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zugunsten des wirtschaftlich starken Versicherungsnehmers erfolgt

Während zuvor eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen wurde, soll nunmehr die Gesamtbetrachtung einer Fallgruppe der Kulanz erfolgen. Zwar handelt es sich bei der Kulanz nach dem bisherigen Verständnis um

511 Looschelders/Pohlmann/Pohlmann Einl. A Rn. 70; Vgl. Looschelders Schuldrecht AT § 4 Rn. 5 m.w.N.; zur Gegenauffassung Vgl. Looschelders Schuldrecht AT § 4 Rn. 6 m.w.N.

512 Zwar wurde vorliegend ein ungerechtfertigter Rechtsgrundsatzverstoß in beiden Fällen abgelehnt. Auch hieraus ergibt sich aber kein weitergehender Schutzbedarf.

eine Einzelfallentscheidung⁵¹³ und daher erscheint eine Gesamtbetrachtung zunächst gegenläufig dazu. Die im Rahmen der Befassung mit dem Prinzip der Gefahrgemeinschaft ermittelte Rechtserheblichkeit der Versichertengemeinschaft muss sich, da die Kulanz auch nach den alten Kulanzbegriffen untrennbar mit dem Versicherungsverhältnis verbunden ist, aber ebenso auf die Kulanz erstrecken. Insofern darf und muss die Kulanz auch in ihrer Sachgesamtheit beleuchtet werden. Das gilt auch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten, insbesondere da zum Teil vertreten wird, dass lediglich die willkürliche Ungleichbehandlung einer größeren Gruppe Versicherter geeignet ist, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu tangieren.⁵¹⁴

Wie herausgearbeitet werden konnte, ist die Kulanz seit jeher – und zuletzt in zunehmendem Maße – von wirtschaftlichen Erwägungen geprägt. Dies steht der Rechtsgrundsatzkonformität grundsätzlich nicht entgegen, entspricht sogar zum Teil gerade den Wertungen des Prinzips der Gefahrgemeinschaft.⁵¹⁵ Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Kulanzmotiven konnten allerdings sowohl im Rahmen der Kundenbeziehungen (hoher Prämienumfang, viele Policen, besondere Marktstellung) als auch bei den Gründen (Berücksichtigung der besonderen finanziellen Auswirkungen bei Nichtgewährung der Kulanz etwa im Wege der Vermeidung der Kündigung, der Rufschädigung in Kreisen des Versicherungsnehmers, Prominenz des Versicherungsnehmers) mehrere Motivelemente, herausgearbeitet werden, die originär insbesondere auf wirtschaftlich stärkere Versicherungsnehmer zutreffen. Diese lassen sich mit allen angesprochenen Ausgangslagen und auch Ausgestaltungsvarianten kombinieren.⁵¹⁶ Eine Kulanzgewährung in dieser Beispielskonstellation kommt in aller Regel nicht allen Versicherungsnehmern zu Gute, sondern meist denjenigen, die aufgrund der unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Bedeutung des Kundenverhältnisses für den Versicherer unter finanziellen Ge-

513 Vgl. Lenz S. 61; siehe zu den bisherigen „engen“ und „weiten“ Kulanzbegriffen Kapitel 5 I.

514 So auch *Koppenfels-Spies* VersR 2004, 1085 m.w.N. in Fn. 75.

515 Vgl. bereits oben Kapitel 8 I. 1. b.

516 Im Kontext zu den Ausführungen bezüglich der Kulanzmotive in Kapitel 7 I. 3 sind folgende der dort dargestellten Motive betroffen: Ausgangslagen: divergent; Kundenbeziehungen: Hoher Prämienumfang, viele Policen, besondere Marktstellung; Gründe: Berücksichtigung der finanziellen Auswirkungen, etwa im Wege der Vermeidung der Kündigung, der Rufschädigung in Kreisen des Versicherungsnehmers, Prominenz des Versicherungsnehmers, Imagepflege; Ausgestaltung: divergent.

sichtspunkten von größerer Relevanz sind.⁵¹⁷ Die von dieser Kulanzausgestaltung begünstigten Versicherungsnehmer sind dabei selten solche, denen im Alltag geringe finanzielle Mittel zur Verfügung stehen – denn diese verfügen entsprechend selten über ein unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlich relevantes Versicherungsportfolio. Fraglich ist nunmehr, wie diese Fallkonstellation im Lichte der Rechtsgrundsätze zu bewerten ist.

1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

a. Vorliegen eines Verstoßes

Wie im Rahmen der ersten Beispielskonstellation herausgearbeitet werden konnte, führt die Gewährung von Kulanz im Einzelfall in Gestalt einer über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁵¹⁸ Ein solcher liegt *a maiore ad minus* auch bei einer Vielzahl von Einzelfällen vor.⁵¹⁹

b. Rechtfertigung

Auch dieser Verstoß könnte gerechtfertigt sein. Der grundsätzlich geltende Maßstab für die Rechtfertigung wurde oben bereits im Wesentlichen herausgearbeitet.⁵²⁰ Zur Rechtfertigung eignen sich demnach nachvollziehbare wirtschaftliche Erwägungen oder aber ein anderer, besonders triftiger Grund. Ein triftiger Grund im Sinne einer besonders prekären Situation des Versicherungsnehmers liegt bei der Kulanzgewährung zugunsten von unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlich bedeutsamen Kunden in aller Regel nicht vor. Eine Rechtfertigung auf dieser Grundlage scheidet daher aus. Allerdings scheint die Rechtfertigung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten bereits der Motivlage immanent. Hintergrund der Kulanzgewäh-

517 Eine unmittelbare wirtschaftliche Bedeutung liegt in den Fällen des hohen Prämienumfang und vieler Policen vor, wohingegen eine mittelbare wirtschaftliche Bedeutung aus einer besonderen Marktstellung entsteht.

518 Vgl. Kapitel 8. I. 1. a.

519 Der Schluss *a maiore ad minus* gilt dabei natürlich nur so lange, wie nicht alle Versicherungsnehmer eine über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung erfahren (siehe hierzu aber sogleich Beispielskonstellation 3).

520 Vgl. Kapitel 8. I. 1. a.

rung in derartigen Fällen ist gerade die wirtschaftliche Bedeutung der jeweiligen Versicherungsnehmer und die Erwägung ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch durchaus nachvollziehbar. Es läge damit eine Rechtfertigung vor.

Inwiefern die grundsätzlich geltenden geringen Rechtfertigungsanforderungen der besonderen Ausgestaltung dieser Kulanzkonstellation gerecht werden, ist allerdings kritisch zu hinterfragen. Diese Überlegung erscheint bereits insofern plausibel, als dass im Rahmen der Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes festgestellt wurde, dass zur Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes nur schwerlich allgemeine Aussagen getroffen werden können, sondern dass diese einzelfallabhängig zu bestimmen sein müsste. Diese Einzelfallabhängigkeit steht im Widerspruch zu einem vollends statischen Rechtfertigungsmaßstab. Zwar darf hiervon keinesfalls leichtfertig abgewichen werden. Besondere Umstände müssen aber zumindest erlauben, die Adäquanz der Maßstäbe einer genauen Prüfung zu unterziehen.

Die Beispielskonstellation, und damit ein nicht unerheblicher Teil der Kulanz, benachteiligt wirtschaftlich und – damit bis heute häufig einhergehend – sozial schwächere Versicherungsnehmer. Die Benachteiligung wirtschaftlich ohnehin Benachteiligter nun aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zu rechtfertigen, erscheint schwerlich nachvollziehbar.

Grundsätzlich überzeugt zwar der Ansatz eines entsprechend geringeren Rechtfertigungsmaßstabs im Bereich der mittelbaren Drittwirkung. Dieser Ansicht ist daneben zuzugestehen, dass Ausdruck der Privatautonomie gerade auch ist, dass die Gegebenheiten in der freien Marktwirtschaft regelmäßig nicht den allgemeinen moralischen Wertvorstellungen entsprechen - und das auch gar nicht müssen. Unbillige Ergebnisse sind daher in aller Regel hinzunehmen. Selbst Befürworter eines Gleichbehandlungsgrundsatzes gestehen grundsätzlich ein, dass dieser insgesamt nicht allzu rigoros anzuwenden sei.⁵²¹ Daneben ist im Rahmen der Rechtfertigung auch die Wechselwirkung zwischen den als maßgeblich herausgearbeiteten Grundsätzen zu beachten. So kann eine ungleiche Behandlung der Versicherungsnehmer durchaus aufgrund der Garantiefunktion des Prinzips der Gefahrengemeinschaft im Einzelfall geboten sein.⁵²² Nicht zuletzt wird wohl einhellig im Falle einer Ungleichbehandlung im Wege des Ausnutzens bestehender vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten keine Verletzung

521 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 283.

522 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 349.

des Art. 3 Abs. 1 GG angenommen.⁵²³ Diese Wertung könnte sich auch auf die Kulanz übertragen lassen.

Andererseits kann die Schutzbedürftigkeit der wirtschaftlich Schwächeren auch in der freien Wirtschaft nicht gänzlich ohne Belang sein – und das gerade unter Berücksichtigung des festgestellten grundgesetzlichen Ausflusses.⁵²⁴ So schreibt *Kirchhof* zur Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Kontext des Privatrechts, dieser schütze „insbesondere die in Markt und Wettbewerb Benachteiligten, wahrt die Gleichheit des Konsumenten gegenüber dem mächtigen Großanbieter“.⁵²⁵ Das muss im Privatversicherungsrecht insbesondere unter Berücksichtigung des oben als maßgeblich anerkannten und im Privatversicherungsrecht vorliegenden Machtverhältnisses zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer gelten. Noch dazu realisiert sich die in diesem Zusammenhang angeführte Funktion der Existenzsicherung primär bei wirtschaftlich schwächeren Versicherungsnehmern.⁵²⁶ Besonders diese können Schäden nicht ohne weiteres selbst bezahlen, ein versicherungsvertraglicher Ausschlusses würde zur Existenzvernichtung führen.⁵²⁷ Nicht zuletzt sind die Wertungen zur Ablehnung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Falle des Ausnutzen vertraglicher Gestaltungsspielräume gerade nicht auf die Versicherungspraxis im Allgemeinen und die hier gegenständlichen Kulanzausformungen im Speziellen übertragbar. Hierfür fehlt es an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Konstellationen, denn bei der hier gegenständlichen Kulanz geht es gerade nicht um einen vertraglichen Rahmen dessen Gestaltungsmöglichkeiten ausgenutzt werden. Zwar ist das auf die Freiwilligkeit der Leistung zurückzuführen, und diese suggeriert grundsätzlich einen noch weiteren Gestaltungsfreiheit. Da die Kulanz aber untrennbar mit dem Versicherungsverhältnis verbunden ist, kann diesem unter versicherungsvertraglichen Gesichtspunkten „rechtsfreien Raum“

523 BeckOK Grundgesetz/Kischel GG Art. 3 Rn. 93 unter Verweis auf BVerfGE 92, 26 (51).

524 Zur Bedeutung einer Vermeidung der Ungleichbehandlung finanziell schwächerer Versicherungsnehmer siehe auch im Rahmen des Rechtsvergleiches Kapitel 14 II 1.

525 Maunz/Dürig/P. *Kirchhof* Art. 3 GG Rn. 331.

526 *Krömmelbein* S. 350, stellt wenn auch mit anderem Ergebnis, hinsichtlich einer Herleitung aus der Machtstellung fest, „dass es bei der Abwägung auf den ‚Grad der Ungleichbehandlung‘ ankommt“

527 Zu denken wäre hier zum Beispiel an einen zwar grundsätzlich, aber im konkreten Fall nicht gedeckten Wasserschaden in der Hausratsversicherung.

einzig durch die Geltung der Rechtsgrundsätze Rechnung getragen werden.

Auch wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz insgesamt nicht allzu rigoros anzuwenden ist, stellt er aber doch eine verfassungsrechtlich gewährleistete Maßgabe der Versicherungspraxis dar.⁵²⁸ Unter Berücksichtigung der vorgenannten Aspekte kann der Gleichbehandlungsverstoß ausnahmsweise nicht unter einfachen wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt werden.⁵²⁹ Darüber hinausgehende wirtschaftliche Erwägungen, wie etwa die Gefährdung der Solvabilität des Versicherers bei Änderungen der Praxis und eine damit einhergehende Rechtfertigung unter Gefahrengemeinschaftsgesichtspunkten, sind nicht ersichtlich.

2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zum Wirkbereich kann wohl entsprechend eine Verletzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft angenommen werden. Das Prinzip schützt die Versicherten-gemeinschaft vor einer übermäßigen Beanspruchung durch einzelne Versicherungsnehmer. Eine entsprechende Anwendung auch auf die finanzielle Begrenzung der Kulanz zugunsten der Versichertengemeinschaft erscheint plausibel. Allerdings erfolgt die Kulanzgewährung vorliegend mit dem Ziel des wirtschaftlichen Schutzes der Versichertengemeinschaft. Es fehlt an Anhaltspunkten, die auf ein Fehlgehen dieser Intention hindeuten.⁵³⁰ Entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz und vor dem Hintergrund des kalkulatorischen Ursprungs des Prinzips genügen wirtschaftliche Gesichtspunkte zur Rechtfertigung des Verstoßes. Eine Abweichung von diesem Rechtfertigungsmaßstab ist aufgrund der maßgeblichen wirtschaftlichen Schutzrichtung nicht angezeigt.

⁵²⁸ So auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 283.

⁵²⁹ Ohne besondere Begründung wohl auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211, die die Kulanzgewährung wegen Prominenz und wirtschaftlich bedeutsamer Drohung der Kündigung aufgrund des Bestehens von mehreren Versicherungsverträgen für unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten beanstandungswürdig hält.

⁵³⁰ Inwiefern es bei der Bewertung der Verletzung auf die Intention oder auf das Ergebnis ankommt, siehe Beispielskonstellation 3. Für die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft durch die abstrakte finanzielle Gefährdung der Versichertengemeinschaft siehe Beispielskonstellation 3.

3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

Es konnte herausgearbeitet werden, dass es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Ausgangspunkt für Rechtsfortbildung handelt. Diese ist ohnehin nur dann notwendig, wenn der maßgebliche Schutzbereich nicht bereits anderweitig gewährleistet ist. In der vorliegenden Beispielskonstellation gewährt der Grundsatz der Gleichbehandlung bereits einen adäquaten Schutz. Insofern erschiene abermals allenfalls dann, wenn man die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verneinen würde, eine entsprechende Rechtsfortbildung notwendig. In diesem Fall, und im Falle Annahme eines Nebeneinanderstehens der Grundsätze, wäre aufgrund der Überschneidung der Wirkbereich wohl entsprechend ein ungerechtfertigter Verstoß anzunehmen.

III. Beispielskonstellation 3: Kulanz im Wege des Verzichts auf den Selbstbehalt im Falle einer steinschlagbedingten Glasschadenreparatur

Der Ablauf der Kulanzgewährung durch die Kaskoversicherer wurde bereits an anderer Stelle ausführlich geschildert⁵³¹ und soll daher hier nur kurz zusammengefasst werden. Die KfZ-Versicherer verzichteten auf den vertraglich vorgesehenen Selbstbehalt des Versicherungsnehmers, wenn der Versicherungsnehmer im Falle eines Steinschlags auf den Austausch der Scheibe zugunsten einer Reparatur verzichtet.⁵³² Die von den Versicherern durch diese Praxis intendierte Kostenreduzierung, die sie sich aufgrund einer durch den gewährten monetären Anreiz hervorgerufenen Senkung der hochpreisigen Austauschvorgänge erhofften, trat nicht ein. Vielmehr erkannte die Autoglaserindustrie hier ein Geschäftsmodell und rief durch geschickte Werbemaßnahmen einen eklatanten Anstieg der regulierten Glasschäden hervor. Im Zusammenspiel mit den Unklarheiten hinsichtlich der (rechtlichen) Voraussetzungen für die Notwendigkeit eines Austauschs der Frontscheibe, erhöhten sich sowohl die Reparatur-

531 Für eine ausführliche Darstellung s. Kapitel 7. II.

532 Im Kontext zu den Ausführungen bezüglich der Kulanzmotive in Kapitel 7 I. 3 sind folgende der dort dargestellten Motive betroffen: Ausgangslage: Einigkeit über Nichtbestehen des Anspruchs in Höhe des Selbsthalts (auch wenn in Wahrnehmung der Versicherungsnehmer verschwommen, da vielfach gar nicht als Kulanz eingeordnet); Kundenbeziehung: irrelevant; Gründe: Einsparung von Kosten unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, Imagepflege; Ausgestaltung: Ersatz des Schadens trotz unstreitig nicht bestehender Rechtspflicht.

als auch die Austauschzahlen erheblich. Hiermit verbunden waren wohl Mehrkosten für die Versicherer im dreistelligen Millionenbereich.

1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

Auch hier gilt, wie bei den ersten beiden Beispielskonstellationen grundsätzlich, dass die Gewährung von Kulanz im Einzelfall in Gestalt einer über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt.⁵³³ Der zuvor vorgenommene *a maiore ad minus* -Schluss für die Vielzahl von Einzelfällen stößt hier aber an seine bereits angekündigten Grenzen. Denn dieser gilt dabei natürlich nur so lange, wie nicht alle Versicherungsnehmer eine über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung erfahren. Und vor diesem Hintergrund kommt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung in dieser Konstellation auch nicht in Betracht. Es handelt sich um eine allgemeine Handhabe der Versicherer und die jeweiligen Modalitäten⁵³⁴ der einzelnen Versicherer gelten für alle betreffenden kaskoversicherten Versicherungsnehmer in gleichem Maße. Zwar führt ein Verstoß des Versicherungsnehmers gegen die Voraussetzungen für den Verzicht auf den Selbstbehalt zu einem Ausbleiben der Kulanz und damit zu ungleichen Resultaten. Diese – ohnehin seltene – Ungleichbehandlung läge aber in der Sphäre des Versicherungsnehmers⁵³⁵ und steht der Bewertung als gleiche Behandlung nicht im Wege, da jedenfalls alle Versicherungsnehmer nach den gleichen Voraussetzungen behandelt werden. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Tatsache, dass nur diejenigen Versicherungsnehmer von der Praxis profitieren, die einen Selbstbehalt vereinbart

533 Vgl. Kapitel 8. I. 1. a.

534 So wird zum Teil auf die Reparatur in einer Werkstatt im Partnernetzwerk des Versicherers oder auf eine vorherige Meldung beim Versicherer bestanden (Vgl. hierzu bereits Kapitel 7. II)

535 Dieser Fall ist allerdings die Ausnahme. So klären die Versicherer bereits gut ersichtlich auf Ihren jeweiligen Websites über die preisliche Begünstigung und etwaige Modalitäten auf. Gleiches gilt im Falle einer Schadensmeldung beim Versicherer. Des Weiteren informieren die großen oder in Partnernetzwerken organisierten Scheibenreparaturbetriebe den Kunden darüber, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen die Kosten durch den Versicherer übernommen werden. Das erfolgt bereits im eigenen Interesse, da die private Kostenübernahme im Falle einer Scheibenreparatur (klar abzugrenzen vom Austausch) der durch aufwendige Werbekampagnen kreierten Erwartung widerspräche. und insofern regelmäßig zur erheblichen Unzufriedenheit führen würde.

haben. Denn hierin liegt keine ungleiche Behandlung von gleichem, da der Verzicht auf einen nicht vorhandenen Selbstbehalt naturgemäß nicht möglich ist.

2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft

a. Vorliegen eines Verstoßes

Die Handhabe der Glasschäden durch die Kasko-Versicherer könnte allerdings einen Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft darstellen. Wie bereits dargestellt wurde, entstanden den Versicherern in Folge der Praxis Mehrkosten in dreistelliger Millionenhöhe. Da sich die Versicherer durch die Versicherungsbeiträge finanzieren, wurden diese Mehrkosten mittelbar im Wege der Versicherungsprämie durch die Versicherungsnehmer getragen. Aufgrund der Höhe der Kosten lässt sich eine Verletzung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft im Wege der Kulanz unter dem Gesichtspunkt der Garantiefunktion, aufgrund einer über Gebühr erfolgenden Belastung des Versicherers, annehmen.⁵³⁶ Daneben wäre jedenfalls in diesem eklatanten Fall die Wertung der Begrenzungsfunktion und damit der Gefahrengemeinschaftsgedanke entsprechend auch auf die finanzielle Begrenzung der Kulanz zugunsten der Versichertengemeinschaft zu übertragen.⁵³⁷ Vor diesem Hintergrund liegt sowohl auch unter dem Gesichtspunkt der Garantiefunktion als auch der Begrenzungsfunktion ein Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft vor.

b. Rechtfertigung

Dieser Verstoß könnte wiederum unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein. Hintergrund der Einführung der Praxis, auf den Selbstbehalt im Falle der Reparatur der Scheibe zu verzichten, war es, eine Senkung der Regulierungskosten zu erreichen. Bei einer statischen Fall-

536 Zu den einfachgesetzlichen Ausprägungen der Garantiefunktion, insbesondere auch im Kontext der Solvabilität des Versicherers, siehe Bruns § 6 Rn. 8.

537 Ähnlich wohl auch *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211, wenn sie schreibt: „Eine unbillige Bevorzugung einzelner Versicherungsnehmer (...) untergräbt den Ausgleich im Kollektiv, bei welchem jeder eine risikoadäquate Prämie zu zahlen hat.“

zahl hätten sich die finanziellen Erwartungen der Versicherer realisiert und die Versicherungsnehmer wären mittelbar entlastet, jedenfalls aber nicht belastet worden. De facto entwickelte sich die Fallzahl aufgrund der dargestellten Begleitumstände jedoch anders, als von den Versicherern erwartet.⁵³⁸ Nunmehr stellt sich die Frage, inwiefern sich aus den wirtschaftlichen Erwägungen der Versicherer nichtsdestotrotz eine Rechtfertigung ergeben kann.

aa. Beurteilungsmaßstab: ex ante oder ex post?

Die Antwort auf die vorgenannte Frage steht in Abhängigkeit dazu, ob hinsichtlich der Beurteilung der Rechtfertigung eine ex-post oder ex-ante-Beurteilung vorzunehmen ist. Übertragen auf die konkrete Konstellation kommt es also darauf an, ob die wirtschaftlich zuträglichkeits Intention oder das nachteilige Ergebnis maßgeblich sein sollen. Für die Anwendung einer ex-ante Beurteilung im Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeit spricht, dass es nur so möglich ist, die Intentionen der Versicherer bei der Rechtfertigung im Wege einer Bewertung der wirtschaftlichen Erwägung zu berücksichtigen. Daneben ließe sich argumentieren, dass, um der Komplexität der Kulanz Rechnung zu tragen, plausible wirtschaftliche Erwägungen vor der Einführung der Praxis zur Rechtfertigung eines Gefahrengemeinschaftsprinzips genügen müssten. Dafür eine ex-post-Beurteilung vorzunehmen spricht dagegen, dass das Prinzip der Gefahrengemeinschaft dem Schutz des Versichertenkollektivs dient. Für das Vorliegen einer ungerechtfertigten Verletzung kann es nicht auf die Intention ankommen, da diese der Versichertengemeinschaft nicht zuträglich sein kann. Ob und inwiefern tatsächlich eine Belastung vorliegt, lässt sich dabei lediglich im Nachhinein ermitteln und ist unabhängig von der ursprünglichen Plausibilität der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Erwägung.

Da nur auf diesem Wege der Schutzzweck des Prinzips der Gefahrengemeinschaft zum Tragen kommt, kann lediglich eine ex-post-Beurteilung für die Rechtfertigung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten herangezogen werden. Diese führt im vorliegenden Fall aufgrund der erheblichen Mehrkosten der Versicherer dazu, dass eine Rechtfertigung des Verstoßes gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte vorliegend nicht gelingt.

538 Zum Ganzen siehe Kapitel 7. II.

bb. Klarstellung

Klarstellend soll die fehlende Rechtfertigung unter ex-post-Gesichtspunkte nicht ausschließen, dass die Plausibilität der ex-ante-Motivlage des Versicherers bei der Auswahl einer etwaig aus dem Verstoß folgenden Maßnahme Berücksichtigung findet. Hiervon ist dann abhängig, ob lediglich Maßnahmen zur Wiederherstellung der Rechtsgrundsatzkonformität getroffen werden oder ob daneben pönalisierende Maßnahme gegen die Versicherer vorzunehmen sind.⁵³⁹ Das Vorliegen des Rechtsgrundsatzverstosses und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen sind also klar voneinander zu trennen.

c. Zwischenergebnis

Eine Rechtfertigung sowohl unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten scheidet vorliegend aus. Es liegt ein ungerechtfertigter Verstoß vor.

3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

In Fall der vorliegenden Beispielskonstellation gewährt der Grundsatz der Gefahrengemeinschaft bereits einen geeigneten Schutz für die Versicherungsgemeinschaft. Insofern wäre eine entsprechende Rechtsfortbildung über den Grundsatz von Treu und Glauben nur notwendig, wenn man die Geltung des Prinzips der Gefahrengemeinschaft verneinen würde. Dann wäre wiederum aufgrund der Überschneidung der Wirkbereiche wohl entsprechend ein ungerechtfertigter Verstoß anzunehmen.

539 Dies würde dann entfernt der fahrlässigkeitspezifischen Lehre vom Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht ähneln, wonach sich ein strafrechtlich relevantes Verhalten kumulativ aus dem Pflichtenverstoß und der Beeinträchtigung des rechtsgutspezifischen Tatobjekts ergibt. (siehe hierzu MünchKommStGB/Duttge § 15 Rn. 93 f.) Unterstellt es bestünde im privatversicherungsrechtlichen Kontext eine Handhabe der relevanten Akteure, käme die Ergreifung der pönalisierenden Maßnahme entsprechend nur in Betracht, wenn die Versicherer bei der Berechnung des wirtschaftlichen Nutzens dieser Praxis gegen die ihnen – auch aufgrund des Prinzips der Gefahrengemeinschaft obliegende Sorgfalt verstoßen haben. (Zu den Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure siehe Kapitel 9 und Kapitel 11.).

IV. Beispielskonstellation 4: Kulanz im Wege der pauschalen
Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit durch die Einführung digitaler
Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung

Die pauschale Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit durch die Einführung digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung war bereits im Zuge der Befassung mit der „Verschiebung der Kulanz“ Gegenstand der Untersuchung.⁵⁴⁰ Einige Versicherer sind dazu übergegangen, eine Abwicklung von KfZ-Schäden digital auf Grundlage vom Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellter Fotos vom Schaden abzuwickeln und auf die Vor-Ort-Begutachtung zu verzichten. Auf diesem Wege werden Verwaltungs- und Gutachterkosten eingespart. Da die Befassung mit dieser Konstellation vor der Entwicklung des Kulanzbegriffs erfolgte, ist eingangs eine kurze Subsumtion unter den zugrundeliegenden Kulanzbegriff angezeigt.

Kulanz ist ein den Versicherungsnehmer willentlich begünstigendes Handeln oder Unterlassen des Versicherers in Kenntnis fehlender Rechtssicherheit.

Rechtssicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung liegt vor, sofern bei subjektiv-objektiver Bewertung (durch den Sachbearbeiter bei objektiver Betrachtung) eines unter Ausschöpfung des wirtschaftlich Zumutbaren ermittelten Sachverhalts, keine vernünftigen Zweifel an einer versicherungsvertraglich bestehenden Regulierungspflicht bestehen.

Die bisherige Vorgehensweise war zugestandenermaßen rechtssicherer und aufgrund der bisherigen Gängigkeit wohl auch zweifelsfrei wirtschaftlich zumutbar. Die Änderung des Abwicklungssystems geht also zulasten der Rechtssicherheit, ohne dabei die Grenzen des wirtschaftlich Zumutbaren ausgereizt zu haben. Insofern fehlt es an der Rechtssicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung. Die Versicherer haben die Änderung vorgenommen, um Kosten einzusparen und eine schnellere Abwicklung zu ermöglichen. Die Abwicklung auf Grundlage von vom Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellten Fotos begünstigt den Versicherungsnehmer somit willentlich in Kenntnis der fehlenden Rechtssicherheit. Ein Fall der Kulanz im Sinne des der Untersuchung zugrundeliegenden Kulanzbegriffs liegt vor.⁵⁴¹ Diese Konstellation differiert dabei insofern von der

540 Siehe hierzu die Ausführungen zur „Verschiebung der Kulanz“ in Kapitel 5 IV. 1., 2.

541 Im Kontext zu den Ausführungen bezüglich der Kulanzmotive in Kapitel 7 I. 3 sind folgende der dort dargestellten Motive betroffen: Ausgangslage: Unklarheit über das Bestehen des Anspruchs; Kundebeziehung; irrelevant; Grün-

Konstellation der Steinschlagabwicklung, als dass die Nichtleistungspflicht gerade nicht feststeht, sondern lediglich eine auszuräumende Rechtsunsicherheit in Kauf genommen wird.⁵⁴²

1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

Auch in dieser Konstellation scheidet ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus. Es ist nicht ersichtlich, dass nicht gleiche Voraussetzungen bei der Schadensbearbeitung angewendet werden. Der Zugriff auf die digitale Abwicklungsmöglichkeit steht wiederum allen Versicherungsnehmern unter den gleichen Voraussetzungen zur Verfügung und es scheinen pauschal die gleichen Abwicklungsmöglichkeiten zu gelten.⁵⁴³ Insbesondere fehlt es an Anhaltspunkten, dass beispielsweise ein höherer Beweismaßstab bei der Behandlung von Schäden von Autos von geringerem Wert angewendet wird.⁵⁴⁴ Für einen Gleichbehandlungsverstoß fehlt es insgesamt an belastbaren Hinweisen.

2. Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft

Ebenso schwierig ist in diesem Fall ein Nachweis eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft. Die neue Abwicklungsmöglichkeit ist zwar trotz des Einsatzes technischer Hilfsmittel nicht frei von Manipulationsmöglichkeiten.⁵⁴⁵ Es erscheint daneben naheliegend, dass die Zahl der Bagatellschadensmeldungen ansteigen wird, weil es schlicht einfacher geworden ist, diese zu melden. Anhand der vorherigen Konstellation konnte nachgewiesen werden, welches finanzielle Risiko mit einer Praxisänderung einhergeht, die eine große Zahl von Versicherungsnehmern

de: Einsparung von Verwaltungs- und Gutachterkosten, Imagepflege; Ausgestaltung: Ersatz des Schadens trotz Unklarheit über Bestehen der Rechtspflicht.

542 So auch bereits klargestellt in Rahmen der ursprünglichen Befassung mit der Konstellation Kapitel 5 IV. 2

543 Vgl. auch bereits die Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz in Kapitel 8 III 1.

544 Wäre dies der Fall, und würden hierdurch wiederum primär wirtschaftlich schwache Versicherungsnehmer benachteiligt werden, müsste allerdings eine entsprechende Geltung der Ausführungen zum ähnlichen Gleichbehandlungsverstoß in Kapitel 8 II 1. in Betracht gezogen werden.

545 Vgl. die bereits in Kapitel 5. IV. 2. Fn. 219 angeführten Äußerungen.

betrifft.⁵⁴⁶ Es steht aber gerade nicht fest – und ist auch auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Daten nicht feststellbar – in welchem Maße die von den Versicherern aufgestellten Kalkulationen aufgehen, sprich ob die Versichertengemeinschaft belastet oder entlastet wird.⁵⁴⁷

Fraglich ist, ob sich ein Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrgemeinschaft auch auf der Grundlage annehmen ließe, dass die Versichertengemeinschaft durch die Herabsetzung der Beweisstandards für die Schadenregulierung hier einer abstrakten finanziellen Gefährdung ausgesetzt wird. Die Änderung in der Regulierungspraxis erfolgte, vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen Bewährtheit des bisherigen Ablaufs, auch ohne dahingehende Notwendigkeit. Die Annahme einer derartigen Ausformung des Prinzips der Gefahrgemeinschaft würde aber dazu führen, dass das Prinzip der Gefahrgemeinschaft das Versichertenkollektiv nicht nur vor finanzieller Belastung, sondern gleichermaßen vor einer Entlastung bewahren würde – denn mit einer Änderung gehen immer auch Risiken einher. Daneben würde das Prinzip der Gefahrgemeinschaft weitgehend pauschal digitalisierungsbedingten Änderungen im Abwicklungsprozedere und damit dem Fortschritt in der Versicherungswirtschaft entgegenstehen. Die schnelle und wohlwollende Abwicklung von geltend gemachten Ansprüchen der Versicherungsnehmer soll aber gerade dem Prinzip der Gefahrgemeinschaft immanent sein.⁵⁴⁸ Insofern liefe die Annahme einer derartigen Ausformung des Prinzips der Gefahrgemeinschaft seiner eigentlichen Schutzrichtung grundsätzlich zuwider und ist daher abzulehnen.⁵⁴⁹ Selbst wenn man an dieser Stelle eine andere Auffassung vertreten

546 Allerdings ist vorliegend jedenfalls kein vergleichbares (legales) Geschäftsmodell ersichtlich, um von dieser Änderung der Abwicklungspraxis in ähnlichem Maße auf Kosten der Versicherer und der Versichertengemeinschaft zu profitieren. Es bleibt daneben zu hoffen, dass die Versicherer aus vergangenen Fehlern gelernt haben und die Kostenentwicklung regelmäßig und kritisch evaluieren werden.

547 Damit ist der Fall anders gelagert als die vorherige Konstellation, in welcher der erheblich finanzielle Mehraufwand unbestrittenermaßen vorliegt.

548 Wenn auch nicht im Lichte des digitalisierungsbedingten Fortschritts, so wohl grundsätzlich auch *Scherpe* Gefahrgemeinschaft S. 211.

549 Mit dieser Feststellung geht aber nicht einher, dass die drohende Verletzung des Prinzips der Gefahrgemeinschaft ungeeignet wäre, ein präventives Eingreifen der maßgeblichen Akteure zu erlauben. Zwischen der Rechtsgrundsatzverletzung und den im Kontext der Rechtsgrundsätze zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten besteht zwar ein Zusammenhang, hier muss aber dennoch adäquat differenziert werden.

würde, ließe sich der Verstoß gegen das Prinzip wohl jedenfalls unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belange des Versicherers rechtfertigen.

3. Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

Der Anlass für eine Rechtsfortbildung ist auch in dieser Konstellation in Anbetracht der Ausführungen zum Prinzip der Gefahrengemeinschaft und dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht ersichtlich. Insofern wäre abermals allenfalls dann, wenn man die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verneinen würde, eine entsprechende Rechtsfortbildung in Betracht zu ziehen. In diesem Fall und im Falle Annahme eines Nebeneinanderstehens der Grundsätze wäre aufgrund der Überschneidung der Wirkbereiche ebenso wenig ein ungerechtfertigter Verstoß anzunehmen.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Wie eingangs unterstellt, konnte nachgewiesen werden, dass nicht jede Kulanz einen ungerechtfertigten Gleichbehandlungsverstoß darstellt und nicht jede finanzielle Belastung der Versichertengemeinschaft ein ungerechtfertigter Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft ist. Dennoch ließen sich anhand der untersuchten Beispielskonstellation ungerechtfertigte Rechtsgrundsatzverstöße in der Kulanzpraxis feststellen. So verstoßen diejenigen Kulanzvarianten, die den wirtschaftlich stärkeren Versicherungsnehmer systematisch bevorzugen, in der Gesamtschau in ungerechtfertigter Weise gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Handhaben der Glasschäden stellt einen ungerechtfertigten Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft dar. Sowohl die Kulanzgewährung in Anbetracht einer besonders prekären Situation des Versicherungsnehmers als auch die Kulanz im Wege der pauschalen Inkaufnahme von Rechtsunsicherheit durch die Einführung digitaler Abwicklungsmöglichkeiten in der KfZ-Versicherung sind unter Rechtsgrundsatzgesichtspunkten unbedenklich.

Im Rahmen der Untersuchung der Rechtsgrundsatzkonformität konnte hinsichtlich des Prinzips der Gefahrengemeinschaft herausgearbeitet werden, dass sich ein Gefahrengemeinschaftsverstoß sowohl aus der Begrenzungs- als auch aus der Garantiefunktion ergeben kann. Maßgeblich für die Rechtfertigung sind grundsätzlich wirtschaftliche Erwägungen. Eine Rechtfertigung gelingt allerdings nur solange, wie die wirtschaftlichen

Überlegungen nicht widerlegt sind. Es kommt also hierbei eine ex-post-Bewertung zum Tragen. In diesem Fall wäre die Plausibilität der wirtschaftlichen Erwägungen erst bei der Entscheidung über das Ergreifen etwaiger pönalisierender Maßnahmen zu berücksichtigen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist zwar im Privatversicherungsrecht grundsätzlich von besonderer Bedeutung. Eine unmittelbare Relevanz im Kontext der Kulanz entfaltet er jedoch wohl allenfalls dann, wenn man das Bestehen des Prinzips der Gefahrengemeinschaft und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ablehnen würde.

Im Kontext der Kulanz verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz den Versicherer abstrakt dazu, die Versicherungsnehmer allesamt innerhalb der – jeweilig – vereinbarten versicherungsvertraglichen Grenzen gleich zu behandeln. Die Gewährung von Kulanz im Einzelfall in Gestalt einer über die vertraglichen Pflichten hinausgehenden Sonderbehandlung verstößt zwar gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser Verstoß ist bei Vorliegen eines triftigen Grundes oder unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigen. Diese grundsätzlich geringen Rechtfertigungsanforderungen bedürfen allerdings einer Korrektur sofern systematisch wirtschaftlich benachteiligte Versicherungsnehmer benachteiligt werden.

Insbesondere, da bereits herausgearbeitet werden konnte, dass die Bedeutung wirtschaftlicher Motive unter dem Eindruck des zunehmenden Kostendrucks bei den Versicherern stetig zunimmt, sollte eine weniger benachteiligende Praxis entwickelt oder, sofern diese schon besteht, ihr Fortbestand gewährleistet werden.⁵⁵⁰ Hierbei muss die wirtschaftliche Freiheit in gebotener Weise begrenzt werden, wobei klarstellend festzuhalten ist, dass die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte nicht pauschal zu beanstanden ist. Jedenfalls dürfen nicht ausschließlich wirtschaftliche starke Versicherungsnehmer begünstigende Gesichtspunkte berücksichtigt werden und nicht lediglich wirtschaftlich starke Versicherungsnehmer von der Kulanz profitieren. Vielmehr müssen, ähnlich der ersten Konstellation, zumindest auch finanziell schwächere Versicherungsnehmer begünstigt werden. Gleichzeitig ist den Versicherern in der Ausgestaltung große Freiheit zu lassen, um der Privatautonomie Rechnung zu tragen.

550 Zu den abstrakten Handlungsmöglichkeiten siehe Kapitel 9 und zum konkreten Handlungsausblick siehe Kapitel 11.

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.⁵⁵¹

1. 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 recurriert 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,

⁵⁵¹ 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“⁵⁵² 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 Rundschreiben⁵⁵³ – oder auch durch nicht verbindliche Empfehlungen erfolgen kann.⁵⁵⁴ Die Adressateneigenschaft ist dabei nicht auf das Versicherungsunternehmen beschränkt, sondern erstreckt sich überdies auf die Geschäftsleitung und die Kontrollorgane.⁵⁵⁵

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 vorgenommenen 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*.⁵⁵⁶ 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.“⁵⁵⁷ Ein Missstand ist dabei gemäß § 298 Abs. 1 Satz 2 VAG ein den, in § 294 Abs. 2 VAG normierten, Aufsichtszielen widersprechendes Verhalten.⁵⁵⁸ 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/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.⁵⁵⁹ 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.⁵⁶⁰ So spricht der Richtlinienentwurf lediglich von „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, deren Einhaltung die Aufsichtsbehörden sicherzustellen haben.⁵⁶¹ 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.⁵⁶² 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.⁵⁶³ 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.⁵⁶⁴ Die fortbestehende gleichrangige Einbeziehung der „Wahrung der Belange der Versicherten“ in die Missstandsdefinition –

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

560 MAH VersR/*Gebert* § 37 Rn. 67; ähnlich wohl auch: Brand/Baroch *Castellvi/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 auszustatten, Missstandsaufsicht – entspricht wohl der gesetzgeberischen Intention im Rahmen der VAG Reform.⁵⁶⁵ 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.⁵⁶⁶ 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].“⁵⁶⁷ 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 Europarechtswidrigkeit der aufsichtsrechtlichen Generalklausel ausgegangen.⁵⁶⁸ Vor dem Hintergrund des vollharmonisierenden Charakters der Richtlinie, sei eine richtlinienkonforme Auslegung zu befürworten.⁵⁶⁹ Demnach würde das Vorliegen eines Missstandes zwangsweise 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 Missstandsbegriff 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 (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.⁵⁷⁰ Daneben bestanden und bestehen auch Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität.⁵⁷¹

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 Vorinstanzen⁵⁷², stellte das BVerwG klar, einer sich auf die Wahrung der Belange der Versicherten erstreckende Aufsicht stehe weder Unions- noch Verfassungsrecht entgegen.⁵⁷³ Das Ergreifen von Maßnahmen zur „Wahrung der Belange der Versicherten“ – auch ohne Rechts- und Verwaltungsvorschriftsverstoß – gehört damit sowohl unter rechtlichen wie auch unter praktischen Gesichtspunkten weiterhin zum Handlungsspielraum der BaFin.⁵⁷⁴

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 Missstandsbehebung 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 ergebenden Konsequenzen für den Handlungsausblick in Bezug auf die Kulanz siehe Kapitel 11.

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

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 (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.⁵⁸¹ 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 Richtlinienvorgaben⁵⁸² zurück und orientiert sich tatbestandsmäßig an dem ebenfalls auf EU-Vorgaben zurückgehenden § 60b Kreditwesengesetz (KWG).⁵⁸³ 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.⁵⁸⁴ 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; Armbrüster 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.⁵⁸⁵ 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.⁵⁸⁶

Der Kreis der gemäß § 319 VAG zu veröffentlichenden 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 Wirkungsbereich, was sich auch in der Zahl der Veröffentlichungen niederschlägt – auf der Seite der BaFin finden sich insgesamt drei Bekanntmachungen.⁵⁸⁷

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 Wirkungsbereichs 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 (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 (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 Befassung 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“⁵⁸⁸ 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.⁵⁸⁹ 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.⁵⁹⁰ Bei der Formulierung der Schreiben ist die Aufsichtsbehörde dabei meist darauf bedacht, den Anschein der Verbindlichkeit der dargelegten Auffassung zu vermeiden.⁵⁹¹ So wird beispielsweise darauf verzichtet, Konsequenzen für gegenläufiges Verhalten zu anzuführen.⁵⁹² Trotz der regelmäßig theoretisch fehlenden Verbindlichkeit der Rundschreiben, erwartet die BaFin bekanntermaßen von den beaufsichtigten Unternehmen dennoch die Beachtung der vorgenommenen Norminterpretation.⁵⁹³ In der Praxis werden die Rundschreiben daher von den Adressaten als weitgehend verbindlich aufgefasst.⁵⁹⁴ 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 (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.⁵⁹⁵ Nur in seltenen Fällen stellen die Rundschreiben Sammelverfügungen dar und ordnen tatsächlich ein konkretes Verhalten an.⁵⁹⁶ Sich selbst bindet die Aufsicht durch die kundgetane Rechtsauffassung dagegen regelmäßig, weswegen die Rundschreiben auch Vorteile für die adressierten Versicherungsunternehmen mit sich bringen.⁵⁹⁷

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 Aufsichts-instrument 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, befassen werden. Hierbei handelt es sich wiederum nicht um eine separate Maßnahme, jedoch um einen zusätzlichen Anlass für ein Tätigwerden der BaFin.⁵⁹⁸ Darüber hinaus stellt die Beschwerde für die BaFin eine weitere Möglichkeit der Kenntniserlangung von Missständen dar.⁵⁹⁹ Gemäß Art. 17 GG i.V.m. § 4b Abs. 3 Satz 1 FinDAG ist die BaFin zur Stellungnahme gegenüber dem beschwerdeführenden Versicherungsnehmer verpflichtet.⁶⁰⁰

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/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 Finanzdienstleistungsaufsicht 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 (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 entwaschen.⁶⁰¹ 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.⁶⁰²

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 Handlungsausblicks⁶⁰³ 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.⁶⁰⁴ 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 Versicherungsombudsmann 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.⁶⁰⁵ 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 förmliche 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.⁶⁰⁶ Der PKV-Ombudsmann erzielt damit im Wege seiner Entscheidungen eine faktische Bindungswirkung, und die fehlende rechtliche Anordnung derselben wirkt sich nicht unbedingt schmälern 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.⁶⁰⁷ 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.⁶⁰⁸ Vergleichbare Empfehlungen spricht der PKV-Ombudsmann bereits seit geraumer Zeit aus.⁶⁰⁹ Die den Entscheidungsmaßstab normierende Satzungsvorschrift scheint mithin durch den Ombudsmann weit ausgelegt zu werden.

Hieran hat auch die bereits angesprochene⁶¹⁰ Anerkennung des PKV-Ombudsmannes als anerkannte Verbrauchstreitbeilegungsstelle 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.⁶¹¹ 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.⁶¹² 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 (abgerufen Mai 2021).

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

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.⁶¹⁴

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.⁶¹⁵ 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-Ombudsmann-spezifischen Ausführungen.

Fälle 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.⁶¹⁶ Auf Anfrage wurde allerdings klargestellt, 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 Verfahrensvorschriften gleichermaßen vorläge.⁶¹⁷

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, [...] mitberücksichtigen“.⁶¹⁸ 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.⁶¹⁹ Derjenige, dem die Grundsätze nützen würden, müsse sie in das Verfahren einführen und das sei bisher nicht passiert.⁶²⁰

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.⁶²¹

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 handle und ein diesbezüglicher Anspruch nicht bestehe.⁶²² 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.⁶²³

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 ausgestatten 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.⁶²⁴ 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.

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 Kulanxpraxis entfalten, soll Gegenstand des konkreten Handlungsausblicks sein.⁶²⁵

625 Siehe hierzu Kapitel 11.

Kapitel 10. Stand aufsichtsrechtlicher und gerichtlicher Entscheidungen

Für einen fundierten Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure, müssen neben den abstrakten Handlungsmöglichkeiten auch die in der Vergangenheit ergangenen aufsichtsrechtlichen und gerichtlichen Entscheidungen Berücksichtigung finden. Die Analyse der einzelnen Entscheidungen und die Entwicklung der Kasuistik in der Gesamtschau könnten Rückschlüsse auf das zukünftig zu erwartende Agieren der Akteure zulassen.

1. Stand aufsichtsrechtlicher Anordnungen und sonstiger Handlungen

Hierbei soll der Blick zunächst auf historische und anschließend auf aktuellere Anordnungen und sonstige Handlungen der BaFin gerichtet werden. Diesem Teil schließt sich eine Evaluation der zuvor aufgezeigten Entwicklungen an.

1. Historische Anordnungen und sonstige Handlungen

Die Hochphase der Befassung der Versicherungsaufsichtsbehörde mit der Kulanz erfolgte in den 1980er Jahren unter dem Vorläufer der BaFin, dem Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen. In dieser Zeit erreichten das BAV eine Vielzahl von Anfragen zu Kulanzzahlungen.⁶²⁶ Das BAV vertrat dabei zunächst eine sehr strenge Linie und stufte als Kulanz ausgewiesene Leistungen, die trotz offensichtlich nicht bestehenden Anspruchs erfolgten, als unzulässig ein.⁶²⁷ Ebenso wenig befürwortet wurde die Beilegung im Wege des Abschlusses eines Vergleiches im Falle einer zwischen den Parteien vorliegenden Uneinigkeit über das Bestehen oder die Höhe eines Anspruchs.⁶²⁸

626 Lenz S. 59.

627 Lenz S. 59 f. unter Verweis auf GB BAV 1979 34.

628 Lenz S. 61 unter Verweis auf GB BAV 1980, 79, 80, GB BAV 1979, 34.

Ein ebenfalls dieser Zeit zuzuordnender Standpunkt der Kulanz betrifft die sogenannten *Regelkulanz*. Der Begriff entstammt dabei aus einer vom BAV bei den Rechtsschutzversicherern festgestellten Praxis, die ihre Schadensbüros angewiesen hatten, in bestimmten Konstellationen kategorisch, trotz evident fehlenden Anspruchs, zu leisten.⁶²⁹ Da der Kulanz in diesen Fällen der, nach dem Verständnis des BAV, für sie ansonsten typische Einzelfallcharakter abhanden kam, wurden die Fälle abgrenzend als „Regelkulanz“ tituliert.⁶³⁰ Auch diese Form der Kulanz hat die BAV, nicht nur bei Rechtsschutzversicherern, sondern auch im Allgemeinen, nicht toleriert.⁶³¹ Festgestellt wurde die Praktizierung dieser Kulanzvarianten in der Regel im Rahmen von Vor-Ort-Prüfungen bei Versicherungsunternehmen.⁶³²

2. Aktuelle Anordnungen und sonstige Handlungen

Im Anschluss an die zuvor beschriebene Hochphase der Anordnungen und sonstigen Handlungen, wurde es weitgehend ruhig um die Kulanz. Die wohl aktuellste Verlautbarung der BaFin zur Kulanz in der Versicherungspraxis⁶³³ entstammt dem *BaFin Journal* aus dem Februar 2016.⁶³⁴ In einem Beitrag zur Krankenversicherung stellte die BaFin klar, dass bisher praktizierte Kulanz ebenso wenig wie eine sich hieraus ergebende Erwartungshaltung der Versicherten geeignet sei, eine Leistungserweiterung des Versicherers gemäß § 203 Abs. 3 VVG zu rechtfertigen.⁶³⁵ § 203 Abs. 3 VVG normiert eine Durchbrechung des Prinzips der Vertragstreue und berechtigt den Krankenversicherer unter bestimmten Voraussetzungen, einseitig seine AVB zu ändern. Vorliegen muss – nebst weiteren Voraussetzungen – eine „nicht nur als vorübergehend anzusehende Veränderung der Verhältnisse des Gesundheitswesens“. Als Veränderung in diesem Sinne soll eine bestehende Kulanzpraxis, oder die sich hieraus

629 Lenz S. 171; Lenz S. 61 Fn. 236 unter Verweis auf VerBAV 1989, 163; GB BAV 1974, 75.

630 Lenz S. 61.

631 Lenz S. 61 unter Verweis auf VerBAV 1989, 163; GB BAV 1974, 75.

632 Lenz S. 171.

633 Im Beitrag *Karl/Touissaint/Uphoff/Wenzel-Gattinger* BaFin Journal September 2018, 22 (25) wird zwar in Kürze auf die Kulanz eingegangen, allerdings lediglich in Bezug auf den Bankensektor.

634 *Faßbender* BaFin Journal Februar 2016, 21-24.

635 *Faßbender* BaFin Journal Februar 2016, 21 (22 f.).

ergebene Erwartungshaltung der Versicherungsnehmer nach Auffassung der BaFin aber gerade nicht einzuordnen sein. Weitere nennenswerte Befassungen der BaFin mit der Kulanz in der jüngeren Vergangenheit sind nicht ersichtlich.

3. Evaluation der Anordnungen und sonstigen Handlungen in der historischen Gesamtschau

Während das BAV der Kulanz noch überaus kritisch gegenüberstand und dies auch vielfach kundgetan hatte, haben die öffentlichkeitswirksamen Entscheidungen und anderen Handlungen der Versicherungsaufsicht im Zusammenhang mit der Kulanz in jüngerer Vergangenheit merklich nachgelassen. In den letzten Jahren war als erwähnenswert einzig die vorgenannte Äußerung der BaFin im Zusammenhang mit § 203 VVG – und damit die Befassung mit einer sehr spezifischen, auf die Krankenversicherung begrenzte Problematik – zu verzeichnen.

Dieser Beitrag ist allerdings insofern hochrelevant, als dass er, bei genauerer Betrachtung, eine geänderte Auffassung der Versicherungsaufsicht zur zuvor beschriebenen *Regelkulanz* zum Ausdruck bringt. In dem von der BaFin besprochenen Fall hatte sich eine Kulanzpraxis derart verfestigt, dass sie vom Versicherer angeführt wurde, um eine Änderung der Verhältnisse des Gesundheitswesens zu begründen.⁶³⁶ Der vom BAV ursprünglich geforderte Einzelfallcharakter der Kulanzentscheidung kann bei einer derart verfestigten Kulanzpraxis schlicht nicht vorgelegen haben. Für eine geänderte Auffassung zur Regelkulanz spricht nun bereits, dass die BaFin die sich ihr bietende Gelegenheit ausließ, um kritisch zur einer solchen Kulanzpraxis Stellung zu beziehen. Des Weiteren hätte der Versicherer, im Falle eines ihm bekannten Fortbestands der aufsichtlichen Bedenken gegenüber der Regelkulanz, die verfestigte Kulanzpraxis wohl kaum als Begründung für eine AVB-Änderung ins Feld geführt. Abschließend bestätigt wird der Eindruck einer geänderten Haltung der Versicherungsaufsicht auch durch den geschilderten Umgang der Kaskoversicherer mit der Kulanz im Falle eines Steinschlages – denn auch in diesem Fall ist trotz offensichtlicher Regelkulanz kein Einschreiten der BaFin ersichtlich.⁶³⁷ Insofern kann begründetermaßen von einer geänderten und nun nicht

636 *Faßbender* BaFin Journal Februar 2016, 21 (22 f.).

637 Siehe hierzu ausführlich Kapitel 7 II.

mehr ablehnenden Auffassung der Versicherungsaufsicht bezüglich der Regelkulanzen ausgegangen werden.

Darüber hinaus ist wohl auch insgesamt eine klare Änderung in der Gangart gegenüber der Kulanzen nach der Jahrtausendwende zu verzeichnen. Neben der Regelkulanzen wird auch die Kulanzen in Form von Vergleichen von der BaFin nicht länger moniert.⁶³⁸ Kulanzenleistungen in Fällen evident nicht bestehender Leistungspflicht sind gleichermaßen nicht länger Gegenstand (ersichtlicher) aufsichtlicher Kritik. Konkrete Anhaltspunkte für einen Kursumschwung der Versicherungsaufsicht lassen sich aus dem Verhalten der BaFin zurzeit nicht ablesen. Inwiefern möglicherweise externe Indikatoren zu einem abweichenden Ergebnis führen könnten, soll im Rahmen des Rechtsvergleichs erörtert werden.

Unter Berücksichtigung aller ausgewerteten Anordnungen und sonstigen Handlungen ist daneben festzustellen, dass die in dieser Arbeit im Zusammenhang mit der Kulanzen als wesentlich herausgestellten Rechtsgrundsätze, namentlich das Prinzip der Gefahrengemeinschaft, der allgemeine versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss von Art. 3 GG sowie der Grundsatz von Treu und Glauben, von Seiten der Aufsichtsbehörde bei der Befassung mit der Kulanzen bis dato keine unmittelbar ersichtliche Berücksichtigung gefunden haben. Auch diesbezüglich lassen sich aus dem Verhalten der BaFin keine Anhaltspunkte für eine zukünftig abweichende Handhabung erkennen.

II. Stand der Rechtsprechung

Neben dem Stand aufsichtsrechtlicher Anordnungen, sind die gerichtlichen Entscheidungen zur Kulanzen zu beleuchten. Ebenso wie im vorherigen Abschnitt sollen auch hier zunächst historische und anschließend aktuellere Urteile betrachtet und diese sodann in der Gesamtschau evaluiert werden.

638 Ausgenommen sind hier Fallkonstellationen, in denen außergerichtliche Einigungen systematisch mit der Absicht erzielt werden, eine gerichtliche Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingung zu verhindern.

1. Historische Urteile

Die gerichtliche Befassung mit der Kulanz blickt auf eine lange, bereits deutlich über 100 Jahre andauernde Geschichte zurück. Im Jahr 1909 befasste sich das OLG Hamburg mit der Frage, ob dem Versicherungsnehmer aus ihm in der Vergangenheit gewährter Kulanz nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zukünftig in vergleichbaren Fällen ein Anspruch erwachse.⁶³⁹ Das Gericht bejahte diese Frage grundsätzlich, da sich der Versicherungsnehmer auf das Erhalten der in der Vergangenheit gewährten Leistung einstelle. Dieser Erwartungshaltung könne der Versicherer durch einen entsprechenden Hinweis begegnen. Anderenfalls läge eine konkludente Erklärung eines entsprechenden Verfahrens in vergleichbar gelagerten Fällen vor. Bei dieser Entscheidung handelte sich allerdings nicht um die erste oberlandesgerichtliche Befassung mit dieser Frage. Das OLG Hamburg selbst hatte Ende des 19. Jahrhunderts noch in zwei Fällen einen sich aus in der Vergangenheit praktizierter Kulanz ergebenden Anspruch verneint.⁶⁴⁰ Das OLG Hamburg änderte mit der Entscheidung aus dem Jahr 1909 somit die von ihm selbst geschaffene Rechtsprechungslinie. Diese Änderung blieb allerdings weitgehend folgenlos, da der weit überwiegende Anteil der nachfolgenden Rechtsprechung die OLG Hamburg im Jahr 1909 vertretene Rechtsposition – und damit einen Anspruch aus in der Vergangenheit gewährter Kulanz – ablehnte.⁶⁴¹

Neben der Frage nach einem sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebenden Anspruchs des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer, war auch die Frage nach dem Bestehen eines sich aus den gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen ergebenden Anspruchs mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Eine einheitliche Kasuistik hat sich diesbezüglich allerdings nicht herausgebildet.⁶⁴² So billigen die

639 Lenz S. 117 unter Verweis auf OLG Hamburg, HGZ 1909, 79 (80).

640 Lenz S. 118 unter Verweis auf OLG Hamburg, HGZ 1893, 187 (188); OLG Hamburg, HGZ 1892, 195 (195).

641 So beispielsweise OLG Köln, r+s 1988, 239 (240); Für eine ausführliche Darstellung der die ablehnende Rechtsposition einnehmenden Urteile siehe Lenz S. 118.

642 Lenz S. 113; bejahend BGH NJW 1952 100 (100); gegen die Zulässigkeit finanzieller Belastungen einzelner Mitglieder oder Mitgliedergruppen BGH NJW 1954, 953 (953); gegen die Zulässigkeit willkürlicher, sachfremder Unterschiede im Verteilungsplan aber befürwortend mit Blick auf die freie Entscheidungsfindung des Versicherers bei der Verteilung freiwilliger Leistungen BGH VersR 1952, 57 (58) – damals noch zu § 21 Abs. 1 VAG a.F., der aber in § 177 Abs. 1 VAG wortgleich übernommen wurde.

Gerichte den übergangenen Versicherungsnehmern nur in manchen Fällen im Falle einen Schadensersatzanspruch zu.⁶⁴³ Weitgehender Konsens besteht aber wohl darüber, dass sich jedenfalls kein Leistungsanspruch aus einem Verstoß gegen einen gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben solle.⁶⁴⁴

Eine weitere umfangreiche Kasuistik hat sich zur Frage nach Regressansprüchen des Versicherers im Falle von erfolgten Kulanzzahlungen herausgebildet.⁶⁴⁵ Da es sich hierbei um eine von den Rechtsgrundsätzen in Gänze unabhängige Frage handelt, soll hier nur in Kürze darauf eingegangen werden. Die früher in § 67 VVG a.F. verankerten Regressansprüche des Versicherers, haben ihren gesetzlichen Niederschlag im Anschluss an die VVG-Reform ihren gesetzlichen Niederschlag in § 86 VVG gefunden.⁶⁴⁶ In den Regressanspruchsfällen ist nach der Art der Kulanz zu differenzieren. Erfolgte die Leistung des Versicherers an den Versicherungsnehmer in einem Fall der Unsicherheit über das Vorliegen der Leistungspflicht, herrscht unter den Gerichten weitgehende Einigkeit hinsichtlich des Bestehens des Regressanspruchs.⁶⁴⁷ Sofern dagegen eine Leistung trotz zweifelsohne nichtbestehender Leistungspflicht erfolgt ist, lässt sich aus den Gerichtsurteilen kein vergleichbarer Konsens herauslesen.⁶⁴⁸ Doch unter Berücksichtigung der historischen Abfolge der Entscheidungen zeichnet sich auch in diesem Fall eine Entwicklung zugunsten der Annahme eines Regressanspruches ab.

Heraus sticht in der Rechtsprechung eine finanzgerichtliche Entscheidung. So entschied der Bundesfinanzhof (BFH), dass sich eine faktische Gewährleistungspflicht anhand bis dato geleisteter Kulanzleistungen nachweisen lasse.⁶⁴⁹ Gegenstand der Entscheidung waren hierbei Rückstellungen für trotz fehlender Leistungspflicht erbrachte Leistungen und ihre Abbildung in der Steuerbilanz. Voraussetzung für eine Passivierung ist die

643 Siehe hierzu Lenz S. 114 m.w.N.

644 Lenz S. 114 f.

645 Für eine umfassende Darstellung s. Lenz S. 125 ff.

646 Änderungen für die Regressmöglichkeiten im Falle Kulanz ergeben sich aus der Neufassung des § 67 VVG a.F., in § 86 VVG wohl nicht. Siehe hierzu Rosch Forderungsübergang S. 88.

647 Lenz S. 126.

648 Lenz S. 127; ablehnend mit Blick auf die Annahme eines Regressanspruchs: BGH VersR 1963, 1192 (1192 f.); LG Mannheim VersR 1962, 317 (317 f.); befürwortend mit Blick auf die Annahme eines Regressanspruchs: OGH VersR 1986, 200 (200); BAG NJW 1968, 717 (718).

649 BFH v. 20.11.1962 – I 242/61 U = BStBl. III 1963, 113 = BeckRS 1962, 21000788.

unter ökonomischen oder moralischen Gesichtspunkten fehlende Möglichkeit der Abwendung der Verpflichtung und eine solche sah der BFH im Falle wiederholter Kulanz als gegeben an.⁶⁵⁰ Durch dieses Urteil wurde finanzgerichtlich mittelbar das Bestehen eines den Versicherer bindenden Gleichbehandlungsgrundsatzes angenommen. Anklang in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung hat diese Entscheidung indes nicht gefunden.

2. Aktuelle Urteile

Wie auch schon im Zuge der Beleuchtung des aufsichtlichen Handelns, ist bei der Betrachtung der Rechtsprechung festzustellen, dass in der jüngeren Vergangenheit im Wesentlichen lediglich eine gerichtliche Entscheidung heraussticht. Hierbei handelt es sich um einen Hinweisbeschluss des IV. Zivilsenats des BGH zu einer im Bereich der Berufsunfähigkeitsversicherung an ihn herangetragenen Revision.⁶⁵¹ Gegenstand war eine dem Versicherungsnehmer durch den Versicherer im Wege der Kulanz angebotene Vergleichsvereinbarung, wonach dem Versicherungsnehmer, ohne ein vom Versicherer durchgeführtes ärztliches Gutachten, über elf Monate hinweg Leistungen aus der Berufsunfähigkeitsversicherung zu Teil wurden. Das notwendige umfangreiche Gutachten wurde entsprechend der Vergleichsvereinbarung aufgeschoben und der Versicherer stellte die Zahlungen im Anschluss an den Ablauf der elf Monate ein. Gemäß den Versicherungsbedingungen hätte der Versicherungsnehmer jedoch Anspruch auf weitere zehn Monate Berufsunfähigkeitsleistungen gehabt. Hierzu entschied der BGH in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht in einem Hinweisbeschluss, dass Vereinbarungen, die von der Rechtslage abweichende Nachteile für den Versicherungsnehmer zur Folge hätten, nur in engen Grenzen möglich seien.⁶⁵² Das Vorgehen des beklagten Versicherers wurde als treuwidrig erkannt und die Revision wurde daraufhin zurückgenommen.⁶⁵³ Insofern ist das Verhältnis zwischen der Kulanz und dem Grundsatz und Treu und Glauben auch in der jüngeren Vergangenheit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch von Bedeutung

650 Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2017/2018/*Künkele* Rn. 1440.

651 Beschluss vom 15. Februar 2017 - IV ZR 280/15 = BGH VersR 2017, 868 (868).

652 Leitsatz des Beschlusses vom 15. Februar 2017 - IV ZR 280/15 = BGH VersR 2017, 868 (868).

653 Die Rücknahme der Revision im Anschluss an den Hinweisbeschluss ergibt sich aus einer Anmerkung der Redaktion in BGH VersR 2017, 868 (868).

– allerdings, da es sich bei der Berufsunfähigkeitsversicherung um eine Summenversicherung handelt, nicht im Kontext der dieser Untersuchung gegenständlichen Schadenversicherung.

3. Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen in der historischen Gesamtschau

Ähnlich wie auch bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem aufsichtlichen Handeln festgestellt, ist auch bei den gerichtlichen Befassungen mit der Kulanz ein Rückgang zu verzeichnen. Eine Befassung mit dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Lichte der Kulanz ist ebenso wenig ersichtlich, wie eine mit einem privatrechtsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus mittelbarer Drittwirkung von Art. 3 GG. Der Gleichbehandlungsgrundsatz in einfachgesetzlicher Ausformung und der Grundsatz von Treu und Glauben waren in der Vergangenheit dagegen bereits Gegenstand letztinstanzlicher Verfahren. Unabhängig von den Ergebnissen der jeweiligen Urteile und Beschlüsse wird hieran jedenfalls ersichtlich, dass die Bedeutung des Zusammenhangs zwischen Rechtsgrundsätzen und Kulanz grundsätzlich bekannt ist. Hierfür spricht auch der zuvor angeführte Hinweisbeschluss des BGH aus dem Jahr 2017, der abermals den Zusammenhang zwischen der Kulanz und dem Grundsatz von Treu und Glauben anerkennt – allerdings im Kontext der Summenversicherung.

Die abnehmende Frequenz der Urteile könnte allerdings darauf hindeuten, dass dieser bekannte Zusammenhang zwischen Kulanz und Rechtsgrundsätzen zunehmend für weniger bedeutsam gehalten wird. Das erscheint insofern plausibel, als dass im Lichte – vielfach auf europarechtliche Vorgaben zurückgehender – einfachgesetzlicher Reformen einer Vielzahl ehemals prägender privatrechtsrechtlicher Rechtsgrundsätze der normative Boden entzogen wurde.⁶⁵⁴ Zwar erstreckt sich das grundsätzlich nicht auf die im Rahmen dieser Untersuchung als maßgeblich herausgestellten Rechtsgrundsätze, namentlich dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft, dem allgemeinem versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss von Art. 3 GG sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben. In Bezug auf die beiden Erstgenannten war in den letzten Jahrzehnten, im Lichte der Deregulierungsbemühungen, dennoch

654 Vgl. hierzu nur eine Vielzahl der in Kapitel 6 aufgeführten Rechtsgrundsätze.

vermehrt eine ablehnende Haltung zu beobachten.⁶⁵⁵ Kumulativ sind derartige Entwicklungen wohl geeignet, sich auf die Befassungsfrequenz niederzuschlagen. Denn zum einen folgen die Gerichte regelmäßig den in der Literatur vertretenen herrschenden Ansichten. Zum anderen berufen sich angesichts dieser Entwicklungen weniger Verfahrensbeteiligte auf die maßgeblichen Rechtsgrundsätze – wenn auch, wie aufgezeigt⁶⁵⁶, zu Unrecht. Anhaltspunkte für eine Änderung dieser Entwicklung sind zunächst nicht ersichtlich.

III. Zusammenfassung

Der Blick auf die Aufsichts- und Rechtsprechungspraxis im Zusammenhang mit der Kulanz hat ein aufschlussreiches Bild geliefert. Sowohl für die Aufsicht, als auch für die Gerichte ist zu konstatieren, dass eine Befassung mit den im Rahmen dieser Arbeit als für die Kulanz wesentlich befundenen Rechtsgrundsätzen im Zusammenhang mit der Kulanzpraxis bisher weitgehend ausgeblieben ist. Einzig mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Bezug auf die Kulanz befassten sich die Gerichte. Während Mitte und Ende des 20. Jahrhunderts noch eine Vielzahl von aufsichtsrechtlichen Anordnungen und gerichtlichen Entscheidungen ergingen, ist mit dem Eintritt in das 21. Jahrhundert ein Paradigmenwechsel zu beobachten. In Bezug auf die Versicherungsaufsicht konnte eine geänderte Haltung gegenüber der Kulanz, insbesondere aber nicht ausschließlich hinsichtlich der Regelkulanz, festgestellt werden. Die Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen führte in der Gesamtschau zu dem Ergebnis, dass wohl zum jetzigen Zeitpunkt von einer in der Rechtsprechung abnehmenden Bedeutung der privatrechtsrechtlichen Rechtsgrundsätze im Allgemeinen ausgegangen werden kann. Dies erstreckt sich im Speziellen gleichermaßen auf die Kulanz. Anhaltspunkte für einen Umschwung finden sich in der deutschen Gerichts- und Aufsichtspraxis bis dato nicht.

Somit lassen sich aus der Evaluation der aufsichtsrechtlichen und gerichtlichen Entscheidungen, wie erhofft, bedeutende Rückschlüsse ziehen. Diese sind im Rahmen der nachfolgenden Abschnitte der Untersuchung unbedingt zu beachten.

655 Vgl. Kapitel 6. I. und 6. II.

656 Siehe hierzu Kapitel 8.

Kapitel 11. Konkreter Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure

Unter Berücksichtigung der abstrakten Handlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde und der Versicherungsombudsmänner sowie des Blicks auf den historischen und aktuellen Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen, lassen sich nunmehr fundierte Aussagen hinsichtlich des konkreten Handlungsausblicks treffen.

Beleuchtet werden sollen die BaFin ebenso wie die im Versicherungssektor tätigen Ombudsmaneinrichtungen. Hierbei ist eine separate Betrachtung angezeigt.

I. BaFin

Hinsichtlich der BaFin ist zunächst zu eruieren, inwiefern ein Eingreifen unter Berücksichtigung ihres Handlungsspielraums überhaupt grundsätzlich möglich wäre. Als einzige, wenn auch weitreichende in Betracht kommende Handlungsmöglichkeit wurde die aufsichtsrechtliche Generalklausel herausgearbeitet. Die festgestellten Rechtsgrundsatzverstöße in der Kulanzpraxis müssten also unter die Generalklausel zu subsumieren sein. Die Generalklausel berechtigt die BaFin zum Handeln, sofern Gesetze nicht eingehalten werden oder die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt sind, vgl. § 298 Abs. 1 i.V.m. § 294 Abs. 2 VAG. Daneben ermächtigt die Generalklausel auch zu präventivem Handeln zur Vermeidung der vorgenannten Missstandstatbestände.

Im Zuge der Untersuchung der Kulanzpraxis konnten Verstöße gegen das Prinzip der Gefahrengemeinschaft, den Gleichbehandlungsgrundsatz und den Grundsatz von Treu und Glauben herausgearbeitet werden.⁶⁵⁷ Die festgestellten Verstöße müssten nunmehr die BaFin zu einem Handeln gemäß der Generalklausel berechtigen. Hierzu müsste es sich entweder um Gesetzesverstöße oder eine nicht ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten handeln. Letzteres stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der durch das BVerwG in einem vielfach aufgegriffenen Urteil

657 Siehe hierzu Kapitel 8.

wie folgt ausgelegt wurde: „Eine nicht ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten ist dann gegeben, wenn schutzwürdige Interessen der Versicherten beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der Gesamtheit der beteiligten Interessen und der Besonderheiten des betreffenden Versicherungszweiges als unangemessen anzusehen ist und so schwer wiegt, daß ein Eingreifen der Behörde gerechtfertigt ist.“⁶⁵⁸ Der hinsichtlich des Prinzips der Gefahrengemeinschaft festgestellte fehlende Schutz der Versichertengemeinschaft vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme ließe sich wohl ohne weiteres unter die nicht ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten subsumieren. Gleiches gilt bezüglich des fehlenden Schutzes sozial schwächere Versicherungsnehmer im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶⁵⁹ Jedenfalls die Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ließen sich aber wohl tatbestandlich auch unter „Gesetzesverstoß“ subsumieren, da diese, aufgrund der grundgesetzlichen Herleitung, verfassungsrechtlichen Wertungen zuwiderlaufen. Ebenfalls als Rechtsverstoß wären Verstöße gegen Treu und Glauben zu einzuordnen, da hierbei jedenfalls analog auf § 242 BGB abgestellt wird. Nach dem Wortlaut der Generalklausel gelänge damit eine Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen. Die beschriebenen Verstöße sind ein Abbild der bestehenden Kulanzpraxis, sodass sowohl das repressive als auch das präventive Mandat der BaFin betroffen wäre. Vor dem Hintergrund des Vorgesagten wäre die BaFin nunmehr berechtigt, ermessensfehlerfrei und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit jede geeignete Maßnahme zu ergreifen. Denkbar wäre insbesondere eine entsprechende Sammelverfügung, die den Standpunkt der BaFin zur Kulanzpraxis darlegt und die zu wählenden Voraussetzungen bekanntgibt. Ebenso käme ein unverbindlich ausgestaltetes Rundschreiben in Betracht, welchem in der Praxis wohl dennoch große Aufmerksamkeit zukäme und vermutlich auch geänderte Handhaben nach sich ziehen würde.⁶⁶⁰

Neben der konkreten Möglichkeit der Ergreifung einer Maßnahme über die Generalklausel sind im Rahmen des konkreten Handlungsausblick allerdings auch noch die herausgearbeiteten praktischen Gesichtspunkte

658 BVerwGE 82, 303-312 Rn. 17; aufgegriffen unter anderem in: BVerwG NJW 1994, 2559 (2559 f.); Vgl. Erbs/Kohlhaas/Wache/Lutz, 224. EL März 2019, VAG § 294 Rn. 4; Vgl. Nomos-BR/VAG/Laars/Both § 294 Rn. 5.

659 Zwar dient die BaFin nicht Individualinteressen, doch ist die betroffene Versicherungsnehmergruppe derart groß, dass hier wohl auch nicht von Individualinteressen auszugehen sein dürfte.

660 Zur quasiverbindlichen Wirkung der Rundschreiben und der hieran bestehenden Kritik siehe Kapitel 9 I. 3.

zu berücksichtigen. Aus der Evaluation der bisherigen Anordnungen und sonstigen öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen der BaFin ergab sich, dass es an Anhaltspunkten fehlt, die auf die Anerkennung der Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Zusammenhang mit der Kulanz hindeuten. Daneben konnte eine grundsätzlich geänderte Haltung gegenüber der Kulanz herausgearbeitet werden. Insbesondere gegen die Regelkulanz geht die BaFin – mit erheblichen finanziellen Folgen für Versicherer und Versicherungsnehmer⁶⁶¹ – regelmäßig nicht länger vor. Diese Ergebnisse lassen ein Eingreifen der BaFin bereits unwahrscheinlicher erscheinen.

Des Weiteren besteht erhebliche Kritik am weiten Verständnis der BaFin hinsichtlich ihres eigenen Handlungsspielraums. Mit Nachdruck wird die Europarechtswidrigkeit der Generalklausel betont und – vor dem Hintergrund des vollharmonisierenden Charakters der europäischen Vorgaben – auf eine richtlinienkonforme Auslegung der Generalklausel gepocht. Die regelmäßig daneben angeführte Verfassungswidrigkeit mutet beinahe bereits wie ein hilfswises Vortragen an.⁶⁶² Auch wenn die BaFin diese Ansicht, wie herausgearbeitet werden konnte, in ihrer Praxis nicht teilt und dabei wohl auch die Rückendeckung des Reformgesetzgebers⁶⁶³ und seit kurzem auch der Rechtsprechung hat⁶⁶⁴, sind die die populären kritischen Stimmen dennoch nicht ohne Bedeutung. Die BaFin wird sich in Anbetracht dessen darüber im Klaren sein, dass ihr weit gefasstes Mandat trotzdem weiterhin unter kritischer Beobachtung stehen wird. Der BaFin wird daher womöglich viel daran gelegen sein, ihre Kritiker nicht leichtfertig zu provozieren. Als *leichtfertige Provokation* dürften dabei aus der Perspektive der BaFin wohl jedenfalls solche Maßnahmen gelten, die auf aufsichtlich bislang nicht als kritisch wahrgenommene Bereiche abzielen und dabei gleichzeitig bei einer großen Zahl der Versicherer in besonderem Maße unpopulär wären. Ein Vorgehen gegen die Kulanzpraxis fiel genau hierunter. Wie herausgearbeitet wurde, ist die Kulanz höchst wett-

661 Exemplarisch nur die Ausführungen zur Handhabe der Glasschäden durch die Kaskoversicherer in Kapitel 7 II.

662 Siehe zum Ganzen Kapitel 9 I. 1. a.

663 Hierzu Prölss/Dreher/*Dreher* VAG § 298 Rn. 37; ergänzend die Ausführungen in Kapitel 9 I. 1. a.

664 Mit Urteil vom 21.04.2021 (Az. 8 C 7/20) hat das BVerwG die Unionsrechts- und Verfassungskonformität einer Erstreckung des aufsichtlichen Mandats auf die Wahrung der Belange der Versicherten bestätigt, nachdem die beiden Vorinstanzen (VG Frankfurt am Main, 20.07.2017 - 7 K 3088/16.F; VGH Hessen, 30.04.2020 - 6 A 1833/17) noch die gegenteilige Auffassung vertreten hatten.

bewerbsrelevant und von wirtschaftlichen Motiven dominiert.⁶⁶⁵ Die Versicherer sähen sich wohl durch das Auferlegen diesbezüglicher Vorgaben in erheblichem Maße in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt. Ein daraus resultierender Aufschrei wäre wohl auch deswegen umso größer, da die BaFin von der eingangs harten Linie des BAV gegenüber der Kulanz weitgehend abgerückt ist und dies als wenig vorhersehbare Kehrtwende wahrgenommen werden würde. Ebenfalls zu berücksichtigen ist der Umstand, dass die Kulanz, wie bereits eingangs konstatiert, in der Öffentlichkeit undifferenziert als positiv wahrgenommen wird. Daher könnte es den Versicherern gar gelingen, sich in einer etwaigen Auseinandersetzung mit der BaFin als Interessenvertreter der Versicherungsnehmer zu stilisieren, die die „Wahrung der Belange der Versicherungsnehmer“ gegenüber der hiermit eigentlich vom Gesetzgeber beauftragten BaFin schützen.

Kumulativ lassen die bestehende Kritik an der weit gefassten Generalklausel, die geänderte Haltung der BaFin gegenüber der Kulanz, ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Versicherer, die fehlenden Anhaltspunkte für eine Anerkennung der Bedeutung der maßgeblichen Rechtsgrundsätze durch die BaFin sowie die undifferenzierte Popularität der Kulanz in der öffentlichen Wahrnehmung ein theoretisch mögliches Eingreifen als praktisch unwahrscheinlich erscheinen.

II. Im Versicherungssektor tätige Ombudsmanneinrichtungen

Möglicherweise könnte aber abweichendes für den Versicherungsombudsmann und den PKV-Ombudsmann gelten. Bezüglich beiden konnte ein grundsätzlich weiter Handlungsspielraum herausgearbeitet werden, der insbesondere auch auf dem theoretisch weit gefassten Entscheidungsmaßstab basiert. Im Unterschied zur BaFin schützen die Ombudsmanneinrichtungen anerkanntermaßen die Individualinteressen der Versicherungsnehmer, sodass ein Eingreifen zugunsten der Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität im Interesse des beschwerdeführenden Versicherungsnehmers grundsätzlich möglich erscheint. Einem solchen könnte sodann eine über den Einzelfall hinausgehende Signalwirkung zukommen, woraus im Ergebnis eine geänderte Handhabung der Kulanzpraxis resultieren könnte.

Es wurde allerdings herausgearbeitet, dass jedenfalls der Versicherungsombudsmann von seinem grundsätzlich bestehenden, weit gefassten Entscheidungsmaßstab keinen Gebrauch macht. Vielmehr sieht er sich eng

⁶⁶⁵ Vgl. Kapitel 7 I.

an Recht und Gesetz gebunden. Für eine Anerkennung der Bedeutung der Rechtsgrundsätze sowohl speziell im Hinblick auf die Kulanz als auch insgesamt, fehlt es an Anhaltspunkten. Ein grundsätzlich bestehendes, satzungsmäßiges Einfallstor für die Anerkennung ihrer Bedeutung und die Berücksichtigung im Rahmen der Entscheidungsfindung, widerspricht dem bisherigen Verständnis des Versicherungsombudsmanns.⁶⁶⁶ Daneben fehlt es an entsprechenden höchstrichterlichen Entscheidungen, an die sich der Versicherungsombudsmann gebunden sähe.⁶⁶⁷ Nicht zuletzt ist eine Befassung mit der Kulanz bisher nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass laut Satzung lediglich ein vertraglicher oder vorvertraglicher Anspruch tauglicher Beschwerdegegenstand sind und die Kulanz nach dem bisherigen Rechtsverständnis des Versicherungsombudsmann nicht hierunter fällt.⁶⁶⁸ Bei pragmatischer Betrachtungsweise ist festzustellen, dass Fälle, die eine abweichende Bewertung der Bedeutung der Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Kulanz zuließen, bis dato allerdings auch schlicht nicht an den Versicherungsombudsmann herangetragen werden. Denn die Versicherungsnehmer, die von der Kulanz begünstigt werden, werden sich nicht beschweren. Und die Nichtbegünstigten sind nach Satzung und Rechtsverständnis des Versicherungsombudsmanns bislang nicht beschwerdebefugt. Für eine Änderung der Handhabe fehlt es unter den bisher evaluierten Gesichtspunkten an Anhaltspunkten. Ein Agieren des Versicherungsombudsmanns zur Herstellung der Rechtsgrundsatzkonformität ist daher bis dato als unwahrscheinlich einzuordnen.

Im Unterschied zum Versicherungsombudsmann konnte hinsichtlich des PKV-Ombudsmanns ein weiteres Verständnis seines Entscheidungsmaßstabs herausgearbeitet werden. Darüber hinaus befasste er sich bereits in der Vergangenheit mit der Kulanz.⁶⁶⁹ Allerdings ist auch hier nicht ersichtlich, dass der PKV-Ombudsmann die Bedeutung des Zusammenhangs zwischen der Kulanz und den versicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätzen anerkennt, geschweige denn die Bedeutung der Rechtsgrundsätze per se. Des Weiteren kann in diesem Kontext auch die fehlende Möglichkeit des PKV-Ombudsmanns, bindende Entscheidungen zu treffen, nicht außer Acht gelassen werden. Auch wenn die Empfehlungen des PKV-Ombuds-

⁶⁶⁶ Vgl. hierzu Kapitel 9 II. 2.

⁶⁶⁷ Hieran sieht er sich unter Berücksichtigung des Art. 20 Abs. 3 GG sowie der Auslegung des § 6 Abs. 4 VomVO und § 13 Abs. 2 Vereinsatzung Versicherungsombudsmann e.V. gebunden, Vgl. Kapitel 9 II. 2.

⁶⁶⁸ Siehe zum Ganzen Kapitel 9 II. 2.

⁶⁶⁹ Zum Ganzen siehe Kapitel 9. II. 1.

manns in der Praxis regelmäßig befolgt werden, bestünde die Möglichkeit, dass eine zunehmende Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze zu einer Verringerung seiner Beilegungsquote führen würde. Im Lichte aller bisher berücksichtigter Faktoren erscheint insofern auch ein Einschreiten des PKV-Ombudsmanns unwahrscheinlich. Nicht zuletzt ist der PKV-Ombudsmann systemimmanent sektorspezifisch, sodass eine sich aus seiner geänderten Handhabung ergebende Signalwirkung wohl ohnehin geringer wäre.

III. Zusammenfassung

Insgesamt ist ein Eingreifen der BaFin und der im Versicherungssektor tätigen Ombudsmanneinrichtungen zugunsten der Herstellung der Rechtsgrundsatzkonformität unter Berücksichtigung der bis dato evaluierten Faktoren als unwahrscheinlich zu bewerten. Inwiefern externe Faktoren ein abweichendes Ergebnis zulassen, soll auf Grundlage der Ergebnisse der rechtsvergleichenden Erwägungen abschließend überprüft werden.

Teil 3 – Untersuchung der rechtstatsächlichen und rechtsgrundsätzlichen Verhältnisse im Vereinigten Königreich als Voraussetzung für den Rechtsvergleich

Kapitel 12. Eignung des Vereinigten Königreichs als Vergleichsjurisdiktion im Lichte des Brexits

I. Stand Brexit

Der gesamte Entstehungszeitraum dieser Arbeit war hinsichtlich des Vereinigten Königreichs und mittelbar auch auf europäischer Ebene von politischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Unsicherheit geprägt. Ausgangspunkt der vorgenannten Phase der Unsicherheit war das am 23. Juni 2016 im Vereinigten Königreich abgehaltene Referendum über den Verbleib in der EU. Dem Ausgang des Referendums entsprechend, leitete die britische Regierung anschließend den in Art. 50 EUV festgeschriebenen Austrittsprozess ein, der gemeinhin als „Brexit“ bekannt werden sollte. Am 29. Januar 2020 – und damit rund dreieinhalb Jahre nach dem Referendum – stimmte das Europäische Parlaments schließlich dem in langwierigen Verhandlungen entstandenen Brexit-Abkommen zu. Der Austritt des Vereinigten Königreichs folgte zwei Tage darauf am 31. Januar 2020 um 24 Uhr mitteleuropäischer Zeit. Hieran schloss sich eine knapp einjährige Übergangsphase an, während derer der status quo aus Zeiten der EU-Mitgliedschaft beibehalten wurde.

Diese Übergangsphase war geprägt von Verhandlungen über ein Handels- und Kooperationsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU. Erst an Heiligabend gelang nach zähem Ringen der Durchbruch. Nachdem das Abkommen zunächst vorläufig in Kraft getreten war, gelten die enthaltenen Bestimmungen mit der Zustimmung des Europäischen Parlaments vom 27. April seit dem 1. Mai 2021 endgültig. Die Veröffentlichung dieser Untersuchung fällt nunmehr in den Zeitraum unmittelbar nach dem endgültigen Inkrafttreten des Abkommens. Dieses enthält lediglich rudimentäre und punktuelle Regelungen im Bereich des Privatversicherungsrecht. Insofern ist noch nicht vollumfänglich absehbar, welche rechtlichen und praktischen Auswirkungen der Brexit haben wird und es bleibt abzuwarten, welchen Kurs das Vereinigte Königreich einschlagen wird.

II. Erklärung der Eignung für den Rechtsvergleich

Die nachfolgende Untersuchung der rechtstatsächlichen und rechtsgrundsätzlichen Verhältnisse im Vereinigten Königreich erfolgt ultimativ mit dem Ziel, einen Rechtsvergleich zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich vorzunehmen. Unter dem Eindruck des Brexits und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit bedarf es einer kurzen Erläuterung, warum das Vereinigte Königreich zum Bearbeitungszeitpunkt und auch noch darüber hinaus ein taugliches Vergleichsobjekt ist und bleibt.

1. Eignung im Allgemeinen

Für eine fortbestehende Eignung als Vergleichsrechtsordnung spricht zunächst, dass der Brexit für das internationale Vertragsrecht ohne unmittelbare Auswirkungen bleiben könnte, solange ein mitgliedsstaatlicher Vertragsbeteiligter vorhanden ist.⁶⁷⁰ Das ist auf die allseitige Ausrichtung der Rom-I VO zurückzuführen und darauf, dass es gem. der Rom-I VO keines Bezugs zu zwei oder mehr Mitgliedsstaaten bedarf.⁶⁷¹ Die notwendige Neufassung des Vertragskollisionsrechts im Vereinigten Königreich könnte dabei potenziell durch die Anerkennung des Inhalts der Rom Verordnungen als nationales Recht erfolgen.⁶⁷² Eine derart ausgestaltete Umsetzung in nationales Recht wäre wünschenswert, da die Rom-Verordnungen – auch für den Versicherungssektor – wohl die bestmögliche, zur Verfügung stehende Lösung darstellen.⁶⁷³

Darüber hinaus ist den Urteilen im Vereinigten Königreich – bereits vor dem Beitritt zur Europäischen Union und ihren Vorläufern, während ihrer Mitgliedschaft und wohl auch zukünftig – regelmäßig eine beeindruckende Qualität und Argumentationsschärfe eigen, welche Gründe für Rechtsentwicklungen offenbaren und regelmäßig neue Wege aufzeigen. Allein deswegen ist ein Blick auf die „Insel“ unter rechtlichen Gesichtspunkten lohnenswert.⁶⁷⁴ Beide Aspekte sprechen grundsätzlich für eine fortbestehende Eignung.

670 Czernich/Geimer Rn. 48.

671 Czernich/Geimer Rn. 48.

672 Grupp NJW 2017, 2065 (2066); Czernich/Geimer Rn. 48.

673 Seatzu Insurance in Private International Law S. 263.

674 Matthias Lehmann ZEuP 2017, 712 (716).

2. Eignung mit Blick auf das Privatversicherungsrecht im Speziellen

Unabhängig vom Brexit und den rechtlichen Folgen bildet das Vereinigte Königreich die ideale Vergleichsrechtsordnung für den Gegenstand dieser Arbeit. In den 1570er Jahren gab es die ersten standardisierten Versicherungsverträge⁶⁷⁵ und seit dem Jahre 1601 verfügt England über eine spezialisierte Versicherungsrechtskammer⁶⁷⁶. Bereits vor über 150 Jahren, im Jahre 1864, befasste sich ein Gericht im Vereinigten Königreich erstmal mit der Kulanz.⁶⁷⁷ Sowohl das Versicherungsvertragsrecht im Allgemeinen als auch die Kulanz im Besonderen verfügen über eine weitreichende Tradition, weswegen ein Blick auf das Vereinigte Königreich in diesem Zusammenhang nicht zuletzt rechtshistorisch sehr aufschlussreich ist.

Die Rechtsordnungen eignen sich auch insofern hervorragend für einen Vergleich, als dass mit Blick auf die versicherungsrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen – auch in Zeiten der Zugehörigkeit zur Europäischen Union – maßgebliche Unterschiede hervorstechen. So gibt es im Vereinigten Königreich keine „Versichertengemeinschaft“ im deutschen Sinne. Auch ein spezielles Versicherungsrecht, vergleichbar mit VVG und VAG in Deutschland, ist dort nicht existent.⁶⁷⁸ Darüber hinaus kommen Rechtsprechung und Literatur ein gänzlich anderes Maß an Bedeutung zu. Das lässt sich exemplarisch am Literaturverzeichnis des Werkes von *Malcolm Clarke* „The Law of Insurance Contracts“, einem etwa 1000 seitigen Versicherungsrechtslehrbuch, erkennen: Während sich die Auflistung der zitierten Urteile auf 109 Seiten erstreckt, füllt die zitierte Literatur nur dank eines äußerst großzügigen Zeilenabstands zwei Seiten. Neben dem rechtlichen Rahmenwerk differieren gleichermaßen die zu beachtenden Rechtsgrundsätze. Nicht zuletzt bei den im Versicherungssektor agierenden Akteuren, insbesondere der Financial Conduct Authority (FCA) und dem Financial Ombudsman Service (FOS), sind bedeutende Unterschiede zu beobachten.

Gleichzeitig zeichnen sich beispielsweise bezüglich der Aufsichtsstruktur im Vereinigten Königreich keine wesentlichen Änderungen ab, weswegen sich die versicherungsrechtlichen Gegebenheiten im Vereinigten Kö-

675 *Rossi Insurance in Elizabethan England* S. 27; für eine ausführliche Darstellung der Entwicklung des Versicherungsvertrags siehe *Rossi Insurance in Elizabethan England* S. 27 ff.; Zur Standardisierung unter dem Einfluss von Lloyd's siehe *Merkin/Steele Insurance and the Law of Obligations* S. 44.

676 *Davis International Trade Law*, S. 246.

677 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374.

678 Zu beidem siehe Kapitel 13 I.

nigreich weniger im Fluss befinden, als dies der Brexit zunächst vermuten ließe. Die relativ junge FCA agiert natürlich im Einklang mit den europäischen Vorgaben, hat aber dabei keine europäischen Vorbilder, von denen sie sich im Zuge des Brexits zu emanzipieren gedenkt. Vielmehr erfolgen viele Änderungen schon jetzt unabhängig von europarechtlichen Entwicklungen.⁶⁷⁹ Der Brexit wird unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten womöglich Auswirkungen auf die Tätigkeit britischer Versicherer im EU-Ausland sowie der EU-Versicherer im Vereinigten Königreich haben. Gegenstand des Vergleichs ist jedoch die Arbeit der im Inland tätigen Versicherer des Vereinigten Königreichs, deren Arbeit wie bisher von der FCA kontrolliert wird.

Nicht zuletzt bleibt der versicherungsrechtliche Einfluss der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten auch nach dem Brexit theoretisch in Form der *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) erhalten. Die PEICL sind die Ergebnisse der Projektgruppe *Restatement of European Insurance Contract Law*, die 1999 ihre Arbeit aufnahm⁶⁸⁰ und nach ihrem Beitritt zum „Exzellenznetzwerk Europäisches Vertragsrecht“ im Jahre 2005 die Prinzipien als Beitrag zum Common Frame of Reference schließlich 2009 publizierte.⁶⁸¹ Es handelt sich um ein optionales Mittel, da die Parteien die Geltung der Prinzipien vereinbaren können sollen.⁶⁸² PEICL enthält eindeutige Zugeständnisse an das Modell der privaten Versicherung im Vereinigten Königreich. Zwar fehlt es bisher an der – zum Zwecke der wirksam verdrängenden Abwahl des an sich berufenen Sachrechts notwendigen – ausdrücklichen Gestattung durch den Gesetzgeber.⁶⁸³ Allerdings haben auf EU-Ebene mit dem europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss⁶⁸⁴ und dem Europäischen

679 Hierzu exemplarisch Kapitel 14 II.

680 Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) S. XLIX.

681 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 36 Rn. 12; Dauses/Ludwigs/*Beckmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts E. VI. Versicherungsrecht Rn. 226.

682 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 36 Rn. 12; Dauses/Ludwigs/*Beckmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts E. VI. Versicherungsrecht Rn. 226.

683 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 36 Rn. 38.

684 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Das 28. Regime — eine Alternative für weniger Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene“ (Initiativstellungnahme) ABI 2011/C 21/05, C 21/ 26 – abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IE0758&from=EN> (abgerufen Mai 2021); Dauses/Ludwigs/*Beckmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts. E. VI. Versicherungsrecht Rn. 227.

Parlament⁶⁸⁵ bedeutende Institutionen für ein optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht plädiert.⁶⁸⁶ Auch der EU-Kommission ist die Vereinheitlichung des europäischen Versicherungsmarktes schon lange ein Anliegen.⁶⁸⁷ Darüber hinaus sind die Prinzipien als Grundlage für die europäische Weiterentwicklung des Privatversicherungsrechts von Bedeutung.⁶⁸⁸

Der einzige durch den Brexit verursachte Nachteil – beschränkt auf die gegenständliche Untersuchung – ist wohl, dass die umfangreiche Befassung der Unternehmen mit seinen Auswirkungen, dem intensiven Austausch mit den Versicherern des Vereinigten Königreichs maßgeblich entgegenstand. Ein fundierter Blick auf die aktuelle Kulanzpraxis aus Versicherer- und Versicherungsvermittlerperspektive im Vereinigten Königreich war daher nicht möglich.⁶⁸⁹ Der *Financial Ombudsman Service* (FOS) lieferte auf Anfrage allerdings hochaufschlussreiche Informationen.⁶⁹⁰ Im Zusammenspiel mit der dezidierten Auswertung öffentlich verfügbarer Informationen sowie aktueller Entwicklungen im Versicherungssektor, ergab sich dennoch ein umfassender und aufschlussreicher Überblick über die Praxis. Dieser praktische Überblick konnte durch die theoretische Betrachtung aller maßgeblichen Aspekte anhand umfangreicher Literaturre-

685 Im Rahmen des Entwurfs einer Entschließung des Europäischen Parlaments über die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen v. 8. Juni 2011 – abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0262_DE.html (abgerufen Mai 2021); Dausen/Ludwigs/Beckmann, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. VI. Versicherungsrecht Rn. 227.

686 Dausen/Ludwigs/Beckmann Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. VI. Versicherungsrecht Rn. 227.

687 Beckmann/Matusche-Beckmann/Roth § 4 Rn. 16b.

688 Bruns Privatversicherungsrecht § 36 Rn. 38.

689 Es wurde via E-Mail unter Beifügung eines Fragenkatalogs Kontakt zu 16 großen Versicherern im Vereinigten Königreich aufgenommen. Konkret handelt es sich hierbei in alphabetischer Reihenfolge um: *Aviva, AIG UK, RSA, directline, chubb, Bupa, axa UK, axa XL, Ageas, QBE, NFU, Liverpool Victoria, Aspen, Liberty Insurance Europe, Covea, Zurich Insurance*. Zwar meldeten sich einige Versicherungsunternehmen auf die Anfrage zurück, äußerten sich dabei aber jeweils unter Verweis auf hohe Arbeitsbelastung jedoch nicht inhaltlich. Auch ohne aktuelle Rückmeldungen der Versicherer steht jedoch völlig außer Frage, dass die Kulanz auch heute noch fester Bestandteil der Versicherungspraxis ist (siehe hierzu nur Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 193; Colinvaux 11-181).

690 Eine Anfrage bei der *Financial Conduct Authority* blieb dagegen unbeantwortet.

cherche⁶⁹¹ maßgeblich untermauert werden. Analog zu den vorherigen Teilen dieser Untersuchung lag der Fokus hierbei auf der Terminologie, den relevanten Rechtsgrundsätzen, sowie den Akteuren und ihren abstrakten Handlungsmöglichkeiten. In Summe ergab sich hieraus eine geeignete Grundlage für einen ergiebigen Rechtsvergleich.

⁶⁹¹ Die Literaturrecherche erfolgte ganz überwiegend vor Ort im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes in London an der *London School of Economics* und dem *Institute of Advanced Legal Studies*.

Kapitel 13. Das Privatversicherungsrecht im Vereinigten Königreich

I. Englische Terminologie

Um im Anschluss an diesen Teil der Arbeit ein aussagekräftiges Vergleichsergebnis erzielen zu können, ist einleitend die präzise Ermittlung des Vergleichsobjekts essentiell. Hierzu bedarf es im Regelfall eines genauen Blicks auf die relevante Terminologie und ihrer Bedeutung in der dem Vergleich gegenständlichen Rechtsordnung. Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit derselben ist immer nur dann entbehrlich, wenn sich eine exakte, also insbesondere bedeutungsgleiche Übersetzung für die im Rahmen des Vergleichs wesentlichen Begrifflichkeiten findet. Als wesentlich lassen sich ohne weiteres die Begriffe „Versicherung“, „Versicherungsrecht“ und selbstredend die „Kulanz“ an sich ausmachen.

MacGillivray, einer der bedeutendsten Versicherungsrechtskommentare im Vereinigten Königreich, konstatiert ohne Umschweife, dass es im britischen Recht an einer Definition des Versicherungsbegriffs fehlt.⁶⁹² Inwieweit in Abgrenzung zum allgemeinen Vertragsrecht von einem speziellen Versicherungsrecht gesprochen werden kann, ist darüber hinaus hoch umstritten.⁶⁹³ Von größter Bedeutung ist jedoch die terminologische Problematik bei der Kulanz, bezüglich derer *Selmer* bereits im Jahr 1966 feststellte, dass es augenscheinlich keinen bedeutungsgleichen Begriff gäbe.⁶⁹⁴

Insoweit kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass es an bedeutungsgleichen Übersetzungen in der Terminologie des Versicherungsrechts des Vereinigten Königreichs fehlt. Daher bedarf es einer Auseinandersetzung mit den maßgeblich Begrifflichkeiten und ihrer jeweiligen Bedeutung. Der Schwerpunkt ist dabei auf das Kernthema dieser Arbeit, die Kulanz, zu setzen.

⁶⁹² *MacGillivray* 34-010.

⁶⁹³ Mehr dazu unter Kapitel 13 I. 2.

⁶⁹⁴ *Selmer* Chicago Law Review 1966, 502 (503) – Selmer spricht hier von einer vergleichbaren Begrifflichkeit zum skandinavischen Terminus „kulanse“, der jedoch, wie bereits oben aufgezeigt, dem deutschen Begriff nicht nur in Bezug auf die Schreibweise gleicht.

1. Versicherung im Vereinigten Königreich

Wie bereits zuvor erwähnt, ist in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs keine konkrete Definition des Begriffs der Versicherung angelegt.⁶⁹⁵ Somit lässt sich die britische Vorstellung von Versicherung nur durch Darstellung der gerichtlichen und aufsichtlichen Herangehensweise sowie der weiteren Besonderheiten im Versicherungsmarkt des Vereinigten Königreichs im Laufe dieser Arbeit herausarbeiten.

Vorweggenommen werden kann an dieser Stelle, dass sich die vertragliche Leistungspflicht des Versicherers im Vereinigten Königreichs bis heute auf die Schadensvermeidung bezieht.⁶⁹⁶ Der Eintritt des Versicherungsfalles stellt mithin einen Vertragsbruch dar und begründet eine Schadensersatzpflicht des Versicherers.⁶⁹⁷ Gerichte und Aufsicht sehen den Versicherungsvertrag im Wesentlichen als private Transaktion an, bezüglich derer es möglichst wenig aufsichtlicher Intervention bedarf.⁶⁹⁸ Das Versicherungsverhältnis wird vornehmlich als individuelle Entscheidung behandelt.⁶⁹⁹ Die Bedeutung des Einzelvertrags spiegelt sich insbesondere auch in der Ausgestaltung von *Lloyd's of London* (Lloyd's) als Versicherungsbörse wider.⁷⁰⁰ Lloyd's war ursprünglich ein Coffee House, welches sich im 18. Jahrhundert zum Dreh- und Angelpunkt für den Abschluss von Seeverversicherungsverträgen entwickelt hatte.⁷⁰¹ Durch den *Lloyd's Act 1870* wurde Lloyd's zu einer Society and Corporation – im weitesten Sinne juristischen Person – erklärt und dadurch in die Lage versetzt, sich im Wesentlichen selbst zu verwalten.⁷⁰² Im frühen 20. Jahrhundert hatte sich das Haupttätigkeitsfeld von Lloyd's auf die weiteren Versicherungsverträge ausgeweitet und Seeverversicherungen machten nicht länger den Großteil der vertriebenen Versicherungen aus.⁷⁰³ Der Vertrieb vor Ort gestaltet sich bis heute derart, dass die Risikozeichnung von einzelnen natürlichen Personen vorgenommen wird und diese bei Bedingungsentrtritt persönlich

695 *MacGillivray* 34-010; siehe auch *Clarke* The Law of Insurance Contracts S. 1.

696 *Summers* 3.5; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 61.

697 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 61.

698 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 161; ähnlich *Kovas* Financial Conduct Authority, Preface S. 7 f.; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 47.

699 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 161.

700 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 46; Ausführlicher zu Lloyd's siehe Kapitel 13 I. 1 und Kapitel 13 III. 1 a.

701 *Colinvaux* 14-059.

702 *Colinvaux* 14-061.

703 *Colinvaux* 14-062.

beschränkt haftbar sind.⁷⁰⁴ Lloyd's selbst hingegen haftet nicht.⁷⁰⁵ Bis heute hält diese jahrhundertealte Institution in weiten Teilen unverändert an Ihren Ursprüngen fest und prägt und prägt damit bis heute maßgeblich den Begriff des „Versicherungsvertrags“.

2. Versicherungsrecht im Vereinigten Königreich

Das Versicherungsrecht im Vereinigten Königreich ist wesentlich von der aus der Privatautonomie resultierenden Gestaltungsfreiheit geprägt. Gesetzliche Regelungen sind nur in geringem Maße ausgeprägt.⁷⁰⁶ Die bedeutendste Rechtsquelle im Vereinigten Königreich für das Versicherungsvertragsrecht ist auch heute noch der über 100 Jahre bestehende *Marine Insurance Act 1906*.⁷⁰⁷ Die ursprünglich für die Seeversicherung geschaffenen Grundsätze finden nach dem heutigen Rechtsverständnis auch auf das Versicherungsverhältnis im Allgemeinen Anwendung.⁷⁰⁸ Neben dem Rückgriff auf die Seeversicherung, orientiert sich das Versicherungsrecht im Vereinigten Königreich darüber hinaus am *case law*, an statutorischen Regelungen (*statuatories*), dem *Consumer Insurance Act 2012* und den aufsichtsrechtlichen Regelungen der FCA.⁷⁰⁹ An einer vollumfänglichen Regelung des Versicherungsvertragsrechts fehlt es jedoch.

Über die Frage, ob nichtsdestotrotz auf Grundlage der genannten Rechtsquellen im Vereinigten Königreich von der Existenz eines Versicherungsrechts ausgegangen werden kann, herrscht in der versicherungsrechtlichen Literatur große Uneinigkeit.⁷¹⁰ Einigkeit besteht lediglich darüber, dass der Versicherungsvertrag im Wesentlichen dem generellen Vertragsrecht unterliegt.⁷¹¹ Die eine Ansicht, angeführt von *Birds*, nimmt aber

704 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 46.

705 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 46.

706 *Merkin/Steele* Insurance and the Law of Obligations Market S. 49; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 45, 47.

707 *Merkin/Steele* Insurance and the Law of Obligations S. 49; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 45.

708 *Merkin/Steele* Insurance and the Law of Obligations S. 49; *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 45.

709 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 45; zu den maßgeblichen versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen siehe Kapitel 15 I.

710 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 8 f.– zusammenfassend zum Meinungsstand.

711 Exemplarisch hierzu: *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 7; *Birds* Modern Insurance Law S. 1.

nichtsdestotrotz das Bestehen eines speziellen Versicherungsvertragsrechts an und stützt diese Annahme auf die hohe Zahl der dem Versicherungsrecht im Vereinigten Königreich eigenen Rechtsgrundsätze.⁷¹² Auf der anderen Seite wird dagegen gehalten, dass es zwar einige Unterschiede zwischen Versicherungsrecht und allgemeinen Vertragsrecht gäbe – insbesondere die *rules of causation*, die Offenlegungspflichten und einige weitere spezielle Terminologien. Diese seien jedoch nicht maßgeblich genug, um von einem eigenen Versicherungsvertragsrecht auszugehen.⁷¹³ Die Fronten zwischen den Vertretern beider Seiten sind seit langer Zeit verhärtet und es zeichnet sich keine Annäherung ab. Letzten Endes ist dieser Streit jedoch hauptsächlich akademischer Natur. Gegenstand des Rechtsvergleichs sollen die im Kontext dieser Arbeit für das Versicherungsrecht maßgeblichen Vorschriften und Grundsätze sein – und das unabhängig von ihrer Einordnung als eigenes Rechtsgebiet.

3. Der Begriff der Kulanz im Vereinigten Königreich

Von besonderer Bedeutung ist der englische Kulanzbegriff. Wie bereits oben angeklungen, konstatierte *Selmer* bereits im Jahr 1966, dass es augenscheinlich keinen bedeutungsgleichen Begriff gäbe.⁷¹⁴ Fraglich ist, ob dies auch über 50 Jahre später noch weiterhin zutrifft und, falls nein, sich ein etwaiger neuer Kulanzbegriff mit dem dieser Arbeit zugrundeliegenden deckt.

a. Wörtliche Übersetzungen

Begibt man sich auf die Suche nach wörtlichen Übersetzungen, so stößt man im Wesentlichen auf die Begriffe „*ex-gratia payments*“ und „*gesture of goodwill*“. Konsultiert man bezüglich dieser Begrifflichkeiten nunmehr die einschlägige Rechtsprechung und Literatur, die sich mit dem

712 *Birds'* Modern Insurance Law S. 1; in die gleiche Richtung argumentierend: *Hasson* The Modern Law Review (1984) Vol. 47, 505 (505 ff.).

713 Zur Gegenansicht: *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 8 f., S. 23 ff., S. 30.

714 *Selmer* Chicago Law Review 1966, 502 (503) – *Selmer* spricht hier von einer vergleichbaren Begrifflichkeit zum skandinavischen Terminus „*kulanse*“, der jedoch, wie bereits oben aufgezeigt, dem deutschen Begriff nicht nur in Bezug auf die Schreibweise gleicht.

Versicherungsrecht des Vereinigten Königreichs auseinandersetzt, stellt man schnell fest, dass hier nur ersterer Begriff thematisiert wird. „Goodwill“ wird dagegen hauptsächlich in Verbraucherforen und von den Versicherern selbst bei der Aufklärung über die Bedeutung von „ex-gratia“ verwendet.⁷¹⁵ Auch die FCA gebraucht die „gesture of goodwill“ und „ex-gratia“ sinngleich.⁷¹⁶ Aufgrund der synonymen Verwendung von „gesture of goodwill“ im nicht rechtswissenschaftlichen Kontext, muss sich im Rahmen dieser Arbeit lediglich mit dem Terminus „ex-gratia“ en-detail auseinandergesetzt werden.

b. Untersuchung des Bedeutungsumfangs von „ex-gratia“ im Vereinigten Königreichs

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur wird zum Teil im Zusammenhang mit der Kulanz ebenfalls von „ex-gratia“ Leistungen gesprochen, wobei über die genaue Bedeutung keine Einigkeit besteht.⁷¹⁷ Die einzelnen Stimmen kommen jedoch insofern überein, dass es sich bei „ex-gratia“ Leistungen um durch den Versicherer trotz Kenntnis des Nichtbestehens der Zahlungspflicht geleistete Zahlungen handelt.⁷¹⁸ Sofern der Begriff „ex-gratia“ im Vereinigten Königreich im vorgenannten Sinne synonym für Kulanz verwendet wird, würde es an der Berücksichtigung der divergenten Ausgangssituationen der Kulanz fehlen. Der Terminus wäre für eine umfängliche Umschreibung der Kulanz nicht ausreichend.

Erstmalig Erwähnung im Rahmen eines Urteils fand der Begriff im Jahre 1864 in *Taunton v Royal Insurance*.⁷¹⁹ Hier war ein Anteilseigner der Versicherung vor Gericht gezogen, da er sich mit rechtlichen Mitteln gegen eine rechtsgrundlose Zahlung der Versicherung an einen Versicherungsnehmer zu Wehr setzen wollte. Ein mit Schießpulver beladenes Schiff des Versicherungsnehmers war explodiert. Obwohl die Versicherungsbedingung die Deckung eines Explosionsschadens mit Ausnahme einer Gasexplosion nicht vorsahen, entschied sich der Versicherer zur

715 So zum Beispiel durch die Axa bei der Erklärung von ex-gratia: „A payment that is made to a customer for reasons of goodwill rather than because of a contractual or legal obligation e.g. a claim.“ – abrufbar unter <https://www.axa.co.uk/jargon-explained/jargon-explained---e/> (abgerufen Mai 2021).

716 Complaint Handling Compendium der FCA S. 19.

717 Lenz S. 66 f.; siehe hierzu bereits Kapitel 5 I.

718 Lenz S. 66 f.

719 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374.

Zahlung. Das Gericht erkannte an, dass derartige Zahlungen im Versicherungssektor üblich und vorteilhaft waren. Obwohl der Versicherer unstreitig nicht zu der Zahlung verpflichtet war, befand das Gericht daher, dass es dem Versicherer diese Praxis nicht verbieten könne. Der Begriff „ex-gratia“ ist gerichtshistorisch mithin der Versicherungsindustrie zuzuordnen. Fortan wurde aber auch in nicht dem Versicherungssektor zuzuordnenden Fällen auf die besagte Rechtsprechung rekurriert – so zum Beispiel in etwa zwanzig Jahre später in *Tomkinson v. South-Eastern Railway Company*.⁷²⁰ Gegenstand war hier die Frage nach den Kompetenzen einer Bahnlinie im Hinblick auf reputations- und damit geschäftsfördernde Spenden, die auch in diesem Fall für zulässig erachtet wurden. Nach der Rechtsprechung sind „ex-gratia payments“ somit Zahlungen, die trotz unstreitig fehlender Zahlungsverpflichtung durch den Versicherer an den Versicherungsnehmer geleistet werden, wobei es sich hierbei um eine reputationsfördernde und zulässige, weil übliche, Praxis handelt.

Da sich die Literatur im Vereinigten Königreich größtenteils an den beiden genannten Urteilen orientiert, spiegeln sich diese Kernaussagen der Rechtsprechung bezüglich „ex-gratia“ im Wesentlichen auch in den Definitionsansätzen der Literatur wider.⁷²¹ Die Literatur enthält jedoch präzisere Ausführungen zu einzelnen Elementen der Kulanz. So kommt Kulanz demnach zum Beispiel dann in Frage, wenn der Versicherungsnehmer Offenlegungspflichten (*duty of disclosure*) oder abgegebene Garantien (*warranties*) verletzt hat oder wenn sich der Schaden marginal außerhalb der Versicherungsrahmens befindet.⁷²² Darüber hinaus erhebt die Literatur „ex-gratia“ zu einem bedeutenden Bestandteil des versicherungswirtschaftlichen Geschäftsverkehrs.⁷²³ Neben der reputationsfördernden Charakteristik wird auch die Intention der Abfederung unbilliger Härten durch den Versicherer zugunsten des Versicherungsnehmers anerkannt.⁷²⁴ „Ex-gratia“

720 *Tomkinson v. South-Eastern Railway Company* [1887] 35 Ch.D. 675.

721 *Mance/Goldrein/Merkin* S. 335 f., 11.157; *Birds' Modern Insurance Law* S. 300 f.; *Halsbury's Laws of England/Insurance* (Vol. 60 (2018)) para. 193.; *Ivamy Dictionary of Insurance Law* S. 50; *Colinvaux* 11-181– in allen fünf Quellen findet sich mit Blick auf die Kulanz mindestens der Verweis auf eines der beiden zitierten Urteile (*Tomkinson v. South-Eastern Railway Company* [1887] 35 Ch.D. 675 oder *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374).

722 *Colinvaux* 11-181.

723 *Halsbury's Laws of England/Insurance* (Vol. 60 (2018)) para. 193.

724 *Ivamy Dictionary of Insurance Law* S. 50; *Mance/Goldrein/Merkin* S. 335 f., 11.157.

könne des Weiteren nicht nur in Gestalt einer Zahlung geleistet werden, sondern auch im Wege der Gewährung eines Kredites.⁷²⁵

In Kombination erreichen die gerichtlichen und aus der Literatur entstammenden Definitionsansätze bezüglich „ex-gratia“ einen nicht zu verachtenden Umfang der auf Ausgangssituation, Motive und Arten der Kulanz eingeht.⁷²⁶ Übereinstimmend gehen aber sowohl Rechtsprechung als auch Literatur davon aus, dass eine Leistung des Versicherers nur dann als „ex-gratia“ einzuordnen ist, wenn es zweifelsfrei an einer Leistungspflicht des Versicherers fehlt. Andere Ausgangssituationen der für „ex-gratia“ sind in Rechtsprechung und Literatur des Vereinigten Königreichs nicht bekannt. Auch der Blick auf einschlägige Regierungspublikationen im Vereinigten Königreich fördert keinen weiter gefassten Kulanzbegriff zu Tage. Zwar ist in einem von der *Her Majesty's Revenue and Customs* (HMRC – die britische Finanzbehörde) veröffentlichtem Handbuch (*manual*) abweichend von der ohne Zusätze verwendeten „ex-gratia“ von „true ex-gratia payments“ die Rede.⁷²⁷ Hierbei handelt es sich allerdings schlussendlich um eine weitere Einschränkung des Begriffs. Von „true ex-gratia payments“ könne nur die Rede sein, wenn der Versicherer bei der Zahlung an den Versicherer altruistisch, insbesondere ohne wirtschaftliche Beweggründe gehandelt habe.⁷²⁸ Neben den fehlenden alternativen Ausgangssituationen der Kulanz fehlt es diesem Begriff auch an der Berücksichtigung der Divergenz der Kulanzmotive.

c. „Waiver“ im Kontext der Kulanz

Im Zusammenhang mit, aber wohl nicht synonym für, „ex-gratia“ findet sich in großen Kommentaren regelmäßig der Begriff „waiver“.⁷²⁹ Die Untersuchung des „waiver“ ist im Kontext der Auseinandersetzung mit der Kulanzterminologie insofern von Relevanz, als dass eine begriffliche Erfassung der Kulanz im Vereinigten Königreich möglicherweise nur

725 *Mance/Goldrein/Merkin* S. 335 f. 11.157.

726 Siehe hierzu Kapitel 7 I. 3.

727 HMRC internal manual – Insurance Policyholder Taxation Manual – abrufbar unter <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/insurance-policyholder-taxation-manual/iptm8025> (abgerufen Mai 2021).

728 HMRC internal manual – Insurance Policyholder Taxation Manual – abrufbar unter <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/insurance-policyholder-taxation-manual/iptm8025> (abgerufen Mai 2021).

729 *Colinvaux* 11-181.

durch eine Zusammensetzung aus mehreren bestehenden versicherungsrechtlichen Begrifflichkeiten gelingen kann. Mangels weiterer in Betracht kommender Begriffe müsste „waiver“ dafür allerdings die nicht von ex-gratia erfassten Elemente der Kulanz erfassen. „Waiver“ lässt sich ins Deutsche mit „Verzicht“ übersetzen. Im versicherungsrechtlichen Kontext beschreibt der Terminus den Verzicht auf die Geltendmachung eines den Versicherer von der Zahlungspflicht entbindenden Vertragsverstoßes des Versicherungsnehmers. Im Unterschied zur ex-gratia Zahlung leistet der Versicherer im Falle eines „waiver“ nicht trotz einer nicht bestehenden Zahlungspflicht, sondern entscheidet sich freiwillig dafür, die Zahlungspflicht herbeizuführen. Bei Einbeziehung einer Zahlung im Falle eines „waiver“ in den Kulanzbegriff nähme man mithin eine Ausgangssituation auf, die im Unterschied zur ex-gratia Zahlung keine fehlende Zahlungspflicht voraussetzt. Hierbei handelt es sich jedoch um eine sehr spezifische Fallkonstellation, bei deren Einbeziehung in den Kulanzbegriff weiterhin keine umfängliche Beschreibung gelänge.

d. Vorschlag für begriffliche Erfassung der Kulanz im englischen Sprachgebrauch

Die einleitend aufgegriffene These von *Selmer*, im Sprachgebrauch des Vereinigten Königreichs gäbe es keinen umfassenden Begriff für Kulanz, hat auch 50 Jahre später weiterhin Gültigkeit. Ein den hier vertretenen, umfassenden Kulanzbegriff beschreibender Terminus ist in der englischen Sprache nicht ersichtlich.

In der Konsequenz bedarf es im Englischen einer anderen Beschreibung des Kulanzbegriffs im Sinne dieser Arbeit. Wie bereits oben dargelegt, haben wirtschaftliche Erwägungen und digitalisierungsbedingte Entwicklungen dazu geführt, dass sich die Kulanz wesentlich verändert hat und eine zunehmende „Verschiebung der Kulanz“ zu beobachten war.⁷³⁰ Da der zunehmende wirtschaftliche Druck auch auf die europäische Marktliberalisierung zurückzuführen war, sind vergleichbare Entwicklungen auch im Vereinigten Königreich naheliegend. Eine neue, umfängliche Beschreibung der Kulanz erscheint mithin auch deswegen sinnvoll, weil nur so den wirtschaftlichen Entwicklungen seit der erstmaligen gerichtlichen Erwähnung der Kulanz im Jahre 1864⁷³¹ Rechnung getragen werden kann. Die

730 Siehe hierzu Kapitel 5 und 7.

731 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374.

Notwendigkeit für eine neue umfassende Begrifflichkeit zeigt sich auch im unsicheren Umgang mit „ex-gratia“ durch die FCA. In ihrem *Complaint Handling Kompendium* befasst sich die Aufsichtsbehörde mit dem Konfusionspotenzial der Begriffe „ex-gratia“ und „gesture of goodwill“ im Zusammenhang mit „distress and inconvenience“ (vom Versicherer im Rahmen der Schadensabwicklung verursachte Unannehmlichkeiten) und kommt zu dem Schluss, dass zwischen den einzelnen Begriffen in Bezug auf ihre Bedeutung kein Unterschied feststellbar sei.⁷³² In der Konsequenz wurden Versicherungsunternehmen, die bis dato hier eine Unterscheidung vorgenommen hatten, angewiesen, ihre Mitarbeiter diesbezüglich umzuschulen.⁷³³ Wirft man allerdings einen Blick in das *FCA Handbook* wird in den *reporting rules* unter DISP⁷³⁴ 1.10.3 wiederum eine begriffliche Unterscheidung vorgenommen⁷³⁵, die im eindeutigen Widerspruch zu den obigen Ausführungen steht. Gerade auch aufgrund der mit der uneinheitlichen Handhabung der Aufsichtsbehörde verbundenen Schwierigkeiten bezüglich der Gewährleistung einer – soweit möglich und rechtlich vorgesehenen – effektiven Aufsicht über die Kulanz, wäre zur Schaffung begrifflicher Eindeutigkeit eine umfassendere und eindeutige Begrifflichkeit sinnvoll und naheliegend.

Bis die britische Literatur und/oder Rechtsprechung den Handlungsbedarf zur Schaffung begrifflicher Eindeutigkeit erkennt, ließe sich als umfassende Umschreibung auf eine englische Übersetzung des dieser Untersuchung zugrundeliegenden Kulanzbegriffs zurückgreifen: *An act or omission of the insurer that deliberately favours the policyholder in the knowledge of a lack of legal certainty.*

II. Verankerung der Kulanz in der Rechtsordnung

Eine Kodifikation der Kulanz findet sich im Recht des Vereinigten Königreichs, wie bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Kulanzbegriff angeklungen ist, nicht. Hieran ändern auch die bereits angesprochenen Thematisierungen in den Handbüchern der FCA und der HMRC

732 Complaint Handling Kompendium der FCA S. 19.

733 Complaint Handling Kompendium der FCA S. 19.

734 Abschnitt „Dispute Resolution: Complaints“ im Handbook of Rules und Guidance der FSA (heute FCA) = DISP.

735 FCA Handbook DISP 1.10.3.

nichts, da es sich hierbei lediglich um Erwähnungen und nicht um Veran-
kerungen in der Rechtsordnung handelt.

III. Die Akteure in der Privatversicherung – FCA, PRA und FOS

1. FCA (ehemals FSA)

a. Geschichte

Im Vereinigten Königreich fehlte es bis zum Jahr 2000 an einer staatlichen Aufsichtsbehörde im Versicherungssektor. Grundsätzlich begann die Geschichte der staatlichen Aufsichtsbehörden im Vereinigten Königreich mit dem *Financial Services Act 1986*.⁷³⁶ In diesem Zuge wurden mehrere selbstregulierende Organisationen (SROs) aus den einzelnen Bereichen des Finanzsektors anerkannt und zu einer staatlichen Aufsichtsbehörde zusammengefasst.⁷³⁷ Die Versicherungsindustrie unterstand zwar schon lange Jahre der Selbstregulierung durch Lloyd's⁷³⁸ und bereits ab dem Jahre 1982 der Aufsicht des *Department of Trade and Industry*.⁷³⁹ Jedoch erst durch den *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA 2000) wurden die Kompetenzen des SIB, welches seit 1997 als *Financial Services Authority* (FSA) firmierte, auf den Versicherungssektor ausgeweitet und damit die erste Versicherungsaufsicht in Form einer staatlichen Aufsichtsbehörde ins Leben gerufen.⁷⁴⁰ Die FSA stellte damit nun eine einheitliche Aufsichtsbehörde für den gesamten Finanzdienstleistungssektor dar.⁷⁴¹

Auch wenn, wie aufgezeigt, die Einführung einer staatlichen Versicherungsaufsicht relativ spät erfolgte, so war Großbritannien in Bezug auf die Schaffung einer einheitlichen Aufsichtsbehörde einer der europäischen Vorreiter – nur in Skandinavien setzte man schon deutlich früher auf vergleichbare Institutionen.⁷⁴² Die Schaffung der Behörden erfolgte unter

736 Kovas Financial Conduct Authority, Preface S. IX und S. 15.

737 Kovas Financial Conduct Authority S. 15.

738 Für eine ausführliche Darstellung der Selbstregulierung von Lloyd's siehe *Finsinger/Hammond/Tapp Insurance: Competition or Regulation?* S. 37 ff.

739 Lowry/Rawlins/Merkin S. 16; Colinviaux 14-065.

740 Kovas Financial Conduct Authority S. 4; Lowry/Rawlins/Merkin S. 16.

741 Lowry/Rawlins – Cases and Materials S. 39.

742 Für eine Übersicht der Entwicklung der Aufsichtsbehörden auf europäischer und internationaler Ebene siehe *Clive Briault – FSA Occasional Papers in Financial Regulation*, May 1999, 11 (11).

dem Eindruck, nur durch die einheitliche Aufsicht über den gesamten Finanzdienstleistungssektor der Entstehung sektor- und länderübergreifend agierender Konglomerate aufsichtsrechtlich Herr werden zu können.⁷⁴³ Anderenfalls, so die Befürchtung, würden Kommunikationsschwierigkeiten unter den einzelnen Behörden sowie die potenziell unterschiedlich praktizierten Herangehensweisen und Lösungen einer effektiven Aufsicht entgegenstehen.⁷⁴⁴

Grundsätzlich gehen wesentliche Teile der britischen Aufsichtsstruktur auf europäische Einflüsse zurück, konkret auf die Rom-Verträge, deren Ziel im Hinblick auf das Versicherungsrecht die Vereinheitlichung des europäischen Versicherungsmarkts war.⁷⁴⁵ Hieraus sich ergebene Grundsätze von Bedeutung für das Versicherungsrecht sind insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit.⁷⁴⁶

Die FSA wurde infolge des *Financial Services Act 2012* (FSA 2012) von der FCA abgelöst, die am 1. April 2013 ihre Arbeit aufnahm.⁷⁴⁷ Im Titel Handbuch der FSA heißt es nunmehr FCA, und die Regelungen, die noch von der FSA sprechen, gelten gleichermaßen von der FCA.⁷⁴⁸ Auch wenn diese Umstände darauf hindeuten, dass es sich im Wesentlichen um eine Namens- und Organisationsänderung gehandelt hat, ist dieser Eindruck nicht vollends zutreffend. Zum einen untersteht die FCA infolge des FSA 2012 nicht länger der Bank of England, wie das zuvor bei der FSA der Fall war, sondern agiert fortan unabhängig.⁷⁴⁹ Zum anderen wurde die FSA in der Folge der Weltwirtschaftskrise und den daraus resultierenden Rufen nach vermehrter staatlicher Aufsicht über die wirtschaftliche Stabilität der für die Gesamtwirtschaft integralen Finanzdienstleister in zwei Aufsichtsbehörden aufgespalten.⁷⁵⁰ Neben der bereits genannten FCA agiert fortan die *Prudential Regulation Authority* (PRA).⁷⁵¹ Wie sich bereits anhand der

743 Clive Briault – FSA Occasional Papers in Financial Regulation, May 1999, 11 (11).

744 Clive Briault – FSA Occasional Papers in Financial Regulation, May 1999, 11 (11).

745 Colinvaux 14-009.

746 Art. 49 ff. AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 ff. AEUV (Dienstleistungsfreiheit); Vgl. Colinvaux 14-009.

747 Colinvaux 13-001; Website der FCA – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/about/the-fca> (abgerufen Mai 2021).

748 Colinvaux 13-001.

749 Lowry/Rawlings/Merkin S. 22; Colinvaux 14-014.

750 Kovas Financial Conduct Authority S. 4; Haynes Financial Services S. 3, 1.8.

751 Kovas Financial Conduct Authority S. 4; Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 773.

Namensgebung erkennen lässt, liegt das Hauptaugenmerk der FCA unter anderem auf dem Verhalten der von ihr beaufsichtigten Unternehmen, während sich die PRA im Wesentlichen der Kontrolle der finanziellen Stabilität einer Reihe von gesamtwirtschaftlich besonders bedeutsamen Unternehmen widmet.⁷⁵²

b. Zahlen

Wie schon im Rahmen der Auseinandersetzung mit der BaFin geschehen, lohnt sich auch bei der FCA ein Blick auf die verfügbaren Zahlen. Im Unterschied zur BaFin schlüsselt die FCA ihre Daten nicht nach den einzelnen beaufsichtigten Sektoren auf. Daher lassen sich anhand des Zahlenwerks lediglich allgemeine Aussagen über die FCA treffen.

Die FCA übt die Verhaltensaufsicht über knapp 60.000 Unternehmen aus dem Finanzdienstleistungssektor aus und ist bei 19.000 der von ihr beaufsichtigten Unternehmen darüber hinaus für die Überwachung der finanziellen Stabilität zuständig.⁷⁵³ Die Beschäftigten- und Umsatzzahlen bilden den enormen Aufsichtsumfang sogar noch besser ab. Der Finanzdienstleistungssektor im Vereinigten Königreich umfasst über 2,2 Millionen Beschäftigte und steuert einen Jahresumsatz von 65,6 Milliarden Pfund zur Gesamtwirtschaft bei.⁷⁵⁴ Demgegenüber steht die FCA mit einem Jahresbudget von rund 630 Millionen Euro und rund 4200 Mitarbeitern, von denen 1500 im Bereich der Unternehmensaufsicht tätig sind.⁷⁵⁵ Die Mitarbeiterzahl steigt seit Jahren konstant im mittleren einstelligen Prozentbereich.⁷⁵⁶ Seit der Aufnahme ihrer Tätigkeit am 1. April 2013 agiert die FCA unabhängig und wird vollständig durch von den beaufsichtigten Unternehmen erhobene Gebühren finanziert.⁷⁵⁷

752 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 773; Burling/Lazarus/Steinberg S. 276; Colinvax 14-014; Für eine Befassung mit der PRA siehe Kapitel 13 III. 2.

753 Website der FCA – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/about/the-fca> (abgerufen Mai 2021).

754 A.a.O.

755 FCA Annual Report and Accounts 2019/2020, S. 81 ff. – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/annual-reports/annual-report-2019-20.pdf> (abgerufen Mai 2021).

756 FCA Annual Report and Accounts 2018/2019, S. 84 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/annual-reports/annual-report-2018-19.pdf> (abgerufen Mai 2021).

757 Lowry/Rawlings/Merkin S. 22.

c. Aufbau

Während die FSA noch der *Bank of England*⁷⁵⁸ unterstand, ist die FCA – im Gegensatz zur PRA – in Folge der Umsetzung des FSA 2012 von der *Bank of England* unabhängig.⁷⁵⁹ Das bedeutet jedoch nicht, dass die FCA nicht weiterhin rechenschaftspflichtig sei. Ihre Rechenschaftspflicht besteht nunmehr gegenüber der *Treasury* (Finanzministerium) und dem Parlament.⁷⁶⁰ Geführt wird die FCA vom *FCA Board*, welches sich aus elf Mitgliedern zusammensetzt.⁷⁶¹ An seiner Spitze stehen der Vorsitzende und der Hauptgeschäftsführer, die jeweils vom Finanzministerium ernannt werden.⁷⁶² Ebenfalls Teil des Boards ist der stellvertretende Generaldirektor der *Bank of England* für den Bereich der aufsichtsrechtlichen Regulierung.⁷⁶³ Daneben agieren zwei nicht geschäftsführende Direktoren, die gemeinsam vom Außenministerium und dem Finanzministerium ernannt wurden.⁷⁶⁴ Nicht zuletzt werden ein geschäftsführendes und drei nicht geschäftsführende Vorstandsmitglieder vom Finanzministerium bestellt.⁷⁶⁵ Gemeinsam bestimmen die Mitglieder die Aufsichtsstrategie und stellen sicher, dass die Behörde die personellen und finanziellen Mittel hat, um die ihr zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.⁷⁶⁶ Mit Beschwerden über die FCA befasst sich seit der Schaffung der FCA das *Office of the Complaints Commissioner* (OCC).⁷⁶⁷ Insofern hat die FCA zwar formal Unabhängigkeit von der *Bank of England* erlangt, diese und das Außen- und Finanzministerium haben durch ihre Mitgliedschaft im *FCA Board* allerdings weiterhin erheblichen Einfluss.

758 Bei der *Bank of England* handelt es sich um das Pendant zur Deutschen Bundesbank.

759 Lowry/Rawlings/Merkin S. 22; Colinvaux 14-014.

760 Haynes Financial Services S. 2, 1.4; FCA Annual Report and Accounts 2018/2019, S. 95 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/annual-reports/annual-report-2018-19.pdf> (abgerufen Mai 2021).

761 FCA Annual Report and Accounts 2018/2019, S. 97 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/annual-reports/annual-report-2018-19.pdf> (abgerufen Mai 2021).

762 A.a.O., S. 97

763 A.a.O., S. 97.

764 A.a.O., S. 97.

765 A.a.O., S. 97.

766 A.a.O., S. 95.

767 A.a.O., S. 145.

2. PRA

Um den Aufsichtsapparat des Versicherungssektors im Vereinigten Königreich umfänglich abzubilden, bedarf es infolge des *FSA 2012* auch eines Blicks auf die PRA. Wie bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Geschichte der FCA erörtert, ist die PRA das Produkt der Aufspaltung der FSA in die FCA und die PRA und die Reaktion auf die im Anschluss an die Weltwirtschaftskrise lauter werden Forderungen nach Gewährleistung finanzieller Stabilität von gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Unternehmen.⁷⁶⁸ Die PRA ist eine Tochtergesellschaft der *Bank of England*.⁷⁶⁹ Unter der Aufsicht der PRA, die ebenso wie die FCA am 1. April 2013 ihre Arbeit aufnahm, stehen in etwa 1.500 Banken, Kreditinstitute, Wohnungsbaugenossenschaften, Versicherer und große Investmentfirmen.⁷⁷⁰ In Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit greift sie auf ein eigenes Regelwerk zurück – das *PRA Rulebook*.⁷⁷¹

Der PRA obliegt dabei die Aufgabe, die finanzielle Stabilität der von ihr beaufsichtigten Unternehmen zu gewährleisten.⁷⁷² Da die Kulanz, wie bereits aufgezeigt, keine Beeinträchtigung der finanziellen Stabilität des kulantenden Unternehmens nach sich zieht, fällt die Kulanz nicht in den Aufgabenbereich der PRA. Diese kann mithin im Vergleich zur FCA in der Auseinandersetzung mit den staatlichen Aufsichtseinrichtungen des Vereinigten Königreichs vernachlässigt werden.

3. Financial Ombudsman Service (Nachfolgeeinrichtung des Insurance Ombudsman Bureau)

Neben der FCA und PRA handelt es sich beim FOS um den dritten maßgeblichen Akteur im Finanzdienstleistungssektor.

⁷⁶⁸ Siehe hierzu Kapitel 13 III 1 a.

⁷⁶⁹ *Colinvaux* 14-014.

⁷⁷⁰ Website der FCA – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/about/the-fca> (abgerufen Mai 2021).

⁷⁷¹ *Colinvaux* 14-014.

⁷⁷² *Burling/Lazarus/Steinberg* S. 276; *Halsbury's Laws of England/Insurance* (Vol. 60 (2018)) para. 773; *Haynes Financial Services* S. 1, 1.1.

a. Zahlen, Fakten und Ablauf der Beilegung

Vor der Schaffung des FOS gab es in acht verschiedenen Sektoren Ombudsmänner im Vereinigten Königreich.⁷⁷³ Der aktuelle Versicherungsombudsmann im Vereinigten Königreich ist Bestandteil des 2001 gegründeten FOS. Das Ziel bei der Schaffung des FOS war die individuelle Streitbeilegung zwischen Kunden und Finanzdienstleistern schnell und mit minimalen Formerfordernissen durch eine unabhängige Instanz zu gewährleisten.⁷⁷⁴ Unter dem Dach des FOS sind die Ombudsmänner aller Branchen zusammengefasst, weswegen er mit einer erheblichen Personalstärke operiert. Im Berichtsjahr 2018/2019 hatte der FOS 2920 Angestellte, von denen 359 Ombudsleute waren.⁷⁷⁵ Bei den Angestellten handelt es sich größtenteils um Personen mit Erfahrung im Finanzdienstleistungssektor, dem Beschwerdemanagement, in Compliance Abteilungen oder rechtswissenschaftlichen Berufen.⁷⁷⁶ Eine derartige Personalstruktur erklärt sich auch leicht durch einen Blick auf die Zahlen: Im Jahr 2018/2019 erreichten den FOS 1.680.394 Anfragen (*enquiries*)⁷⁷⁷ und 388.392 Beschwerden (*complaints*).⁷⁷⁸ Die Ombudsmänner haben 36.954 Entscheidungen⁷⁷⁹ gefällt, während insgesamt 376.352⁷⁸⁰ Fälle auf anderem Wege durch den FOS beigelegt wurden.

Auffällig sind die Diskrepanzen zwischen den Anfrage-, Beschwerde und den Ombudsmannentscheidungszahlen. Diese sind auf die dreischrittige Arbeitsweise des FOS zurückzuführen. In der Regel versuchen die Mitarbeiter des FOS in einer ersten Phase, im Rahmen von informellen Telefonaten, das Verfahren voranzubringen.⁷⁸¹ Bereits in diesem Stadium erledigen sich aufgrund der Bemühungen der Mitarbeiter ein Großteil (2018/2019 über 75%) der Anfragen. Die nicht übrigen Fälle werden an

773 *MacNeil* Law and Financial Markets Review 2007, 515 (516).

774 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 777; *Colinvaux* 13-002; FSMA 2000 sec. 225(1).

775 Annual review of the Financial Ombudsman Service 2018/2019 S. 91 – abrufbar unter <https://annualreview.financial-ombudsman.org.uk/files/2242/annual-review-2018-2019-data.pdf> (abgerufen Mai 2021).

776 *Colinvaux* 13-001.

777 Annual review of the Financial Ombudsman Service 2018/2019 S. 3 – abrufbar unter <https://annualreview.financial-ombudsman.org.uk/files/2242/annual-review-2018-2019-data.pdf> (abgerufen Mai 2021).

778 A.a.O., S. 5.

779 A.a.O., S. 12.

780 A.a.O., S. 12.

781 *Colinvaux* 13-002; *Schwarz* Tune Law Review Vol. 83 2009, 735 (795).

die sogenannten Adjudikatoren (*adjudicators*) weitergeleitet.⁷⁸² Auch diese versuchen zunächst die Parteien zu einer einvernehmlichen Einigung zu bewegen, zunächst unter Verzicht auf eine eingehende Untersuchung der Faktenlage.⁷⁸³ Bei weiterhin ausbleibendem Streitbeilegungserfolg evaluiert der Adjudikator die Faktenlage im Detail und fällt auf dieser Grundlage eine Adjudikation (*adjudication*), die seine Auffassung darüber darlegt, wie in dem vorliegenden Fall entschieden werden sollte.⁷⁸⁴ Da der Ombudsmann schlussendlich bei der finalen Entscheidung eng mit dem zuvor zuständigen Adjudikator zusammenarbeitet, können die Beteiligten in diesem Stadium regelmäßig zur Beilegung bewegt werden.⁷⁸⁵ Erst wenn auch dieser Weg nicht zum Erfolg führt, kommt es nach Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu einer formellen Entscheidung durch den Ombudsmann.⁷⁸⁶ Dabei ist er gemäß FSMA 2000 sec. 231 berechtigt, alle Informationen von Relevanz von den Parteien herauszuverlangen. Kommt eine Partei diesem Verlangen nicht nach, kann der FOS diese fehlende Kooperation dem Gericht anzeigen. Sofern es an einer Rechtfertigung fehlt, kann die Kooperationsverweigerung mit dem FOS als eine Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) erachtet werden.⁷⁸⁷ Sofern die präsentierte Beweislage keinen eindeutigen Rückschluss auf den Hergang des Sachverhalts zulässt, entscheidet der Ombudsmann danach, was seiner Auffassung nach der wahrscheinlichste Ablauf war.⁷⁸⁸ Die ausdünnende dreischrittige Verfahrensweise (sonstige Mitarbeiter – Adjudikator – Ombudsmann) zollt auch dem Umstand der im Vergleich zur Gesamtzahl der Mitarbeiter geringeren Zahl der Ombudsmänner Tribut.⁷⁸⁹

782 *Schwarcz* Tune Law Review Vol. 83 2009, 735 (795); Die Adjudikatoren haben nicht zwangsweise eine umfangreiche Expertise auf dem betreffenden Gebiet, sodass die Parteien dazu angehalten sind, sie begünstigende Normen eigenständig vorzubringen (hierzu *Summers* 2.62).

783 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 242 f.

784 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 242 f.

785 *Schwarcz* Tune Law Review Vol. 83 2009, 735 (790 f.); *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century S. 242 f.

786 *Colinvaux* 13-002; *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century S. 242 f.

787 FSMA 2000 sec. 232; gemäß sec. 14 *Contempt of Court Act 1981* kann die Missachtung des Gerichts mit Geldstrafe oder mit bis zu zwei Jahren Gefängnis bestraft werden.

788 *Summers* 2.57; *Colinvaux* 13-003.

789 *Schwarcz* Tune Law Review Vol. 83 2009, S. 735, 795.

Bei der Bewertung der Beschwerde setzt der FOS seinen Fokus nicht auf die Art und Weise der Darlegung des Anliegens, sondern auf die vorliegenden Fakten und begründet dabei jede seiner Entscheidungen sehr detailliert.⁷⁹⁰ Zwischen den Berichtsjahren 2005/2006 und 2013/2014 wurden im Schnitt 70% der Fälle innerhalb von sechs Monaten beigelegt, innerhalb von zwölf Monaten sogar 89%.⁷⁹¹ Seine verschiedenen Streitbeilegungsformate werden in verschiedenen Sprachen angeboten.⁷⁹² Das gesamte Verfahren verläuft in der Regel schriftlich und ohne Anhörung ab.⁷⁹³ Auch wenn die Zahlen der Anfragen (*enquiries*) und Beschwerden insgesamt in den vergangenen Jahren aufgrund von Sondereffekten sehr stark schwankten – sogenannte *payment protection insurance* (PPI) Beschwerden⁷⁹⁴ machten 2013/14 rund 78% aller Beschwerden aus⁷⁹⁵ – und 2013/2014 hauptsächlich aus diesem Grund den FOS 2.357.374 Anfragen und 512.167 Beschwerden erreichten⁷⁹⁶, sind die den Versicherungssektor betreffenden, bereinigten Beschwerdezahlen weitgehend konstant geblieben. In den vergangenen Jahren bewegten sich die Zahlen immer zwischen 30.000 und 40.000 Beschwerden.⁷⁹⁷

Seit dem 1. April 2013 werden die Entscheidungen auf der Website des FOS veröffentlicht, die eine Suchfunktion enthält.⁷⁹⁸ Auf diese Art

790 *Colinvaux* 13-002.

791 *Colinvaux* 13-002 Fn. 10.

792 *Colinvaux* 13-002.

793 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century S. 242 f.; In *R (on the application of Heather, Moor and Edgecomb Limited) v FOS* [2008] EWCA Civ 642 wurde die Möglichkeit der Entscheidungsfindung ohne vorherige mündliche Verhandlung des FOS zunächst vor dem Court of Appeal und später in *Heather, Moor and Edgecomb Limited v United Kingdom* 1550/09 [2011] ECHR 1019 bestätigt (ausführlich dazu *Walker/Purves* Financial Services Law 7.158 ff.).

794 Einer Vielzahl von Versicherungsnehmern waren Restschuldversicherungen verkauft worden, die von ihnen de-facto nicht in Anspruch genommen werden konnten und die FSA hatte hierzu bereits 2008 einschneidende Maßnahmen ergriffen (s. dazu auch *Colinvaux* 14-045 und *Burling/Lazarus/Abramovski/Mason/Tischner/Bessmann* S. 410); Für eine europäische Perspektive zu den Restschuldversicherungen siehe *Georgosouli/Goldby* Systemic risk and the future of insurance regulation S. 72.

795 Annual review of the Financial Ombudsman Service 2017/2018, S. 53 – abrufbar unter <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/2023/full-review.pdf> (abgerufen Mai 2021).

796 A.a.O., S. 52 ff.; zum Sondererfekt der PPI-Beschwerden auch *Summers* 2.76.

797 A.a.O., S. 52 ff.

798 Umsetzung der durch den FSA 2012 als sec. 230 A FSMA 2000 eingefügten Vorschrift; *Colinvaux* 13-002; *Walker/Purves* Financial Services Law 7.102.

und Weise kann der FOS seine bisher geäußerten Rechtsauffassungen der Öffentlichkeit umfassend und übersichtlich zur Verfügung stellen und den Versicherungsnehmer in die Lage versetzen, bereits im Vorfeld seiner Beschwerde die Erfolgsaussichten auszuloten.⁷⁹⁹ Zum Schutz der Privatsphäre werden die Fälle lediglich zusammengefasst und anonymisiert zur Verfügung gestellt.⁸⁰⁰

b. Geschichte

Die Geschichte des Versicherungsombudsmanns im Vereinigten Königreich begann nicht erst mit der Gründung des FOS im Jahre 2001. Dem FOS ging das 1981 gegründete *Insurance Ombudsman Bureau* (IOB) voraus, welches bereits zwanzig Jahre vor dem FOS dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit einer kostenlosen außergerichtlicher Klärung von Streitfällen bot.⁸⁰¹ Die erfolgreiche Einrichtung des IOB verhalf Ombudsmännern sektorübergreifend zu steigender Popularität.⁸⁰²

Genau genommen gab es vor der Einführung des FOS sogar elf verschiedene im Versicherungssektor agierende Ombudsmann-Einrichtungen, zwischen denen der Versicherungsnehmer nicht nur wählen konnte, sondern aufgrund differierender Zuständigkeiten auch wählen musste.⁸⁰³ Der IOB ist unter diesen Einrichtungen jedoch, im Hinblick auf die Zahl der abgewickelten Beschwerden und den Einfluss auf die spätere Tätigkeit des FOS, die bei weitem bedeutsamste, weswegen ein genauerer Blick hier lohnenswert ist. Die Initiatoren des IOB waren drei führende Versicherungsunternehmen⁸⁰⁴, die sich eine höhere Kundenzufriedenheit durch die Schaffung des IOB versprochen.⁸⁰⁵ Bis dato hatten die Versicherungsnehmer, sofern eine Beschwerde beim Versicherer erfolglos verlaufen war, lediglich die Möglichkeit, den mit einem hohen Kostenrisiko und Aufwand verbunde-

799 Während der FOS zwar um die Konsistenz seiner Entscheidungen bemüht ist, entsteht hierdurch keine Selbstbindung – siehe hierzu Kapitel 15 II. 4. a.

800 *Colinvaux* 13-002; *Walker/Purves* Financial Services Law 7.102.

801 *Colinvaux* 13-001; *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 52; *Summers* 1.1; *von Hippel* Der Ombudsmann S. 4.

802 *von Hippel* Der Ombudsmann S. 4.

803 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 241.

804 *Summers* 1.1; *Bird's* modern insurance law S. 18.

805 *Hodgin* Insurance Law S. 741.

nen Rechtsweg zu beschreiten.⁸⁰⁶ Die drohenden Kosten standen dabei häufig außer Verhältnis zum Wert des zwischen den Parteien streitigen Versicherungsfalls, weswegen die Versicherungsnehmer faktisch häufig nur die Beschwerde als tatsächliche Möglichkeit ansahen.⁸⁰⁷ Obwohl die Versicherer im Rahmen der Entscheidung über die Beschwerde den Eindruck der Unparteilichkeit anstrebten, waren die Versicherungsnehmer davon aufgrund der augenscheinlichen Personalunion von Beschwerdegegner und Entscheider kaum zu überzeugen.⁸⁰⁸

Zum Zeitpunkt der Gründung des IOB gab es im Vereinigten Königreich noch keine institutionalisierte staatliche Finanz- oder Versicherungsaufsicht, und in anderen Branchen waren noch keine Ombudsmänner zu finden.⁸⁰⁹ Zwar nahmen die ersten Ombudsmänner im Vereinigten Königreich bereits in den 1960er Jahren ihre Tätigkeit auf, ihr Aufgabenbereich beschränkte sich jedoch auf das Verhältnis zwischen Bürger und staatlicher Behörde.⁸¹⁰ Der Versicherungssektor des Vereinigten Königreichs übernahm damit in Sachen Verbraucherschutz eine Vorreiterrolle und erhielt dabei auch die Unterstützung des *National Consumer Council*.⁸¹¹ Staatliche Unterstützung erfuhr das IOB bei seiner Gründung hingegen nicht.

Die Mitgliedschaft beim IOB war für die Versicherer freiwillig.⁸¹² Dieser Umstand schmälerte aber keineswegs seine Bedeutung, denn die teilnehmenden Versicherer zählten 90% aller Privatversicherungsnehmer (Lebensversicherung nicht eingerechnet) zu ihren Kunden.⁸¹³ Als Entscheidungsmaßstab fungierte, neben dem Versicherungsvertrag und dem einschlägigen Recht, wesentlich die Vorstellung des IOB von „good insurance practice“.⁸¹⁴ Diese war wesentlich von den *Statements of Insurance Practice* geprägt – ein Regelwerk, dem sich die Versicherer freiwillig unterwerfen konnten.⁸¹⁵ Indem der IOB seine Entscheidungen publizierte, hatte er bald eine umfangreiche, allgemein zugängliche Kasuistik geschaffen,

806 *Hodgin Insurance Law* S. 741.

807 *Hodgin Insurance Law* S. 741; *Summers* 1.1.

808 *Hodgin Insurance Law* S. 741.

809 *Colinvaux* 13-001.

810 *Lowry/Rawlins/Merkin* S. 52; *Hodgin Insurance Law* S. 741.

811 *Colinvaux* 13-001.

812 *Colinvaux* 13-001; *Lowry/Rawlins/Merkin* S. 52.

813 *Bird's Modern Insurance Law* S. 18.

814 *Colinvaux* 13-001; *Lowry/Rawlins/Merkin* S. 52.

815 *Colinvaux* 13-001.

durch die Rechtssicherheit gewährleistet und sogar die Gesetzgebung beeinflusst wurde.⁸¹⁶

Im Anschluss an die mit der Gründung der staatlichen Aufsichtsbehörde⁸¹⁷ (damals noch FSA, heute FCA) einhergehende Fusion der Ombudsmänner der verschiedenen Branchen zum FOS, wurden zunächst noch die Regeln des IOB für Beschwerden mit Versicherungsbezug weiter verwendet.⁸¹⁸ Ab dem 1. Dezember 2001 löste dann ein für alle an den FOS herangetragenen Beschwerden geltendes, einheitliches Regelwerk⁸¹⁹ die bisherigen individuellen Regelungen der einzelnen Ombudsmänner ab, wobei sich hinsichtlich der Herangehensweise an die Beschwerden wenig änderte.⁸²⁰ Die im Wesentlichen einheitliche Herangehensweise spiegelte sich auch in der Personalkontinuität der beiden Einrichtungen wider – so war der *First Chief Ombudsman* des FOS, *Walter Merricks*, zuvor beim IOB als Insurance Ombudsman tätig.

c. Finanzierung des Ombudsmanns

Die Finanzierung des Ombudsmanns erfolgt trotz der organisatorischen Verknüpfung mit der FCA nicht durch ebendiese.⁸²¹ Das Jahresbudget wird zum einen über eine jährlich neu berechnete Umlage (*levy blocks*), die von den beaufsichtigten Versicherungsunternehmen getragen wird, erwirtschaftet.⁸²² Zum anderen werden den Versicherern im Anschluss an die Anrufung des Ombudsmannes regelmäßig Rechnungen (*case fee*) gestellt.⁸²³ Neben dem Zweck der Finanzierung werden die Verfahrensgebühren auch zur Disziplinierung der Versicherungsunternehmen erhoben.⁸²⁴

Dem beschwerdeführenden Versicherungsnehmer entstehen durch die Anrufung des Ombudsmanns dagegen grundsätzlich keine Kosten.⁸²⁵

816 *Colinvaux* 13-001.

817 Auf Grundlage der FSMA 2000.

818 *Colinvaux* 13-001.

819 Die im FCA Handbook verankerten DISP – mehr dazu insbesondere unter Kapitel 15 II.

820 *Colinvaux* 13-001; *McGee* Modern Law of Insurance S. 24, 2.16.

821 Ausführlich hierzu Kapitel 13 III 3. d.

822 *Colinvaux* 13-004.

823 *Schwarz* Tune Law Review Vol. 83 2009, 735 (795); *Colinvaux* 13-004.

824 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 33.

825 FSMA 2000 sec. 230(3).

Zwar sehen die Regeln des Ombudsmanns die Möglichkeit vor, dass in bestimmten Fällen ausnahmsweise beim Versicherungsnehmer Gebühren erhoben werden dürfen.⁸²⁶ Der Gesetzgeber hat sich dem Ansinnen des FOS jedoch entgegengestellt, hiervon Gebrauch zu machen. Speziell ging es hierbei um die Fälle des unangemessenen Verhaltens des Beschwerdeführers und der vom Beschwerdeführer verschuldeten Verzögerung der Streitbeilegung.⁸²⁷ Während die Befürworter von der abschreckenden Wirkung der Kostenerhebung ausgingen, hielten die Gegner, denen auch der ehemalige *Chief Ombudsman* Walter Merricks angehörte, dagegen, dass die zahlenden Verbraucher einen über das vorgesehene Maß hinausgehenden Service von Seiten des FOS erwarten würden.⁸²⁸ In der Praxis werden somit vom Versicherungsnehmer, ebenso wie bei den deutschen Versicherungsombudsmännern, keine Gebühren erhoben.

d. Verhältnis FCA und FOS

Nachdem soeben im Rahmen der Ausführungen zur Finanzierung des Ombudsmannes klargestellt wurde, dass die Finanzierung nicht durch die FCA erfolgt, muss im Zusammenhang mit dem Verhältnis von FCA und FOS anerkannt werden, dass die FCA nichtsdestotrotz bei den finanziellen und sonstigen Belangen des FOS eine Rolle spielt.⁸²⁹ So erfolgt die Genehmigung des Budgets ebenso durch die FCA wie Festlegung der Höhe der Umlage (*levy blocks*) und der Fallgebühren (*case fee*).⁸³⁰ Über den finanziellen Aspekt hinaus bestimmt die FCA die Reichweite der Jurisdiktion des FOS, indem es ihr obliegt, die Regelungen zur freiwilligen und zur zwingenden Zuständigkeit des FOS abzusegnen respektive zu entwerfen.⁸³¹ Der FOS ist auch verpflichtet, der FCA Tätigkeitsberichte vorzulegen.⁸³² Allein verantwortlich ist der FOS dagegen für die konkrete Streitbeilegung inklusive der Kostenentscheidung, die Ernennung der Ombudsmänner

826 FSMA sec. 230(4).

827 Zum Ganzen *Colinvaux* 13-004.

828 *Colinvaux* 13-004; Rede vom 12. Und 28. Oktober, 2004.

829 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 777; *MacNeil Law and Financial Markets Review* 2007, 515 (516).

830 *Summers* 2.73; *MacNeil Law and Financial Markets Review* 2007, 515 (516).

831 *Summers* 2.73; *MacNeil Law and Financial Markets Review* 2007, 515 (516).

832 *Summers* 2.74.

sowie der Festlegung der sonstigen Verfahrensordnung.⁸³³ Das weitere Verhältnis zwischen FCA und FOS wird auf Gesetzesebene in Part XVI FSMA 2000⁸³⁴ festgelegt. Die hier festgeschriebene Gesetzeslage spiegelt sich – in weiter ausgefüllter Form – auch im regelmäßig aktualisierten *Memorandum of Understanding* (MoU) zwischen dem FOS und der FCA wider.⁸³⁵ Insgesamt lässt sich aus dem Vorgesagten ableiten, dass die FCA die staatliche Aufsichtsbehörde im Finanzdienstleistungssektor darstellt.⁸³⁶ Demgegenüber steht der FOS als insbesondere in der Entscheidungsfindung unabhängige Einrichtung, die der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Kunden und Unternehmen dienen soll.⁸³⁷

Es wird argumentiert, dass gerade diese normativ angelegte Unabhängigkeit den FOS so erfolgreich mache.⁸³⁸ So seien die Versicherer eher bereit, in individuellen Fällen Kompromisse zu machen, wenn nicht die Ergreifung genereller Maßnahmen durch die Aufsicht drohe.⁸³⁹ Zwar berichtet der FOS der FCA von wiederholt auftretenden Problemen, die ein präventives Tätigwerden von Seiten der FCA erfordern könnten. In Übereinstimmung mit secs. 15 und 16 des MoU sitzen beide Einrichtungen auch gemeinsam im *Coordination Committee*, welches frühzeitig entstehende Risiken erkennen soll.⁸⁴⁰ Die Weitergabe der individuellen Fallinformationen ist jedoch nicht der Regelfall.⁸⁴¹ Auch gegenüber den den FOS in Anspruch nehmenden Versicherungsnehmern lasse sich die Unabhängigkeit überzeugend darlegen und dadurch ein höheres Maß an Vertrauen schaffen.⁸⁴²

833 *Summers* 2.74; zu den im Verantwortungsbereich des FOS liegenden Abschnitten der Verfahrensordnung *Walker/Purves Financial Services Law* 7.110.

834 Part XVI des FSMA 2000 hat den Titel *The Ombudsman Scheme* und erstreckt sich über die secs. 225-234B.

835 Die gesetzliche Verpflichtung zur Schaffung eines MoU wurde durch den FSA 2012 in Schedule 17 als para. 3A im FSMA 2000 aufgenommen. Bei Schedule 17 handelt es sich um einen Anhang zu FSMA 2000 sec. 225(4). Die aktuell gültige Fassung des MoU stammt vom 18. Dezember 2015 und findet sich auf der Website der FCA - abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/mou/mou-fos.pdf>.

836 *Summers* 2.72.

837 *Summers* 2.72.

838 *Schwarcz Tune Law Review* Vol. 83 2009, 735 (799).

839 *Schwarcz Tune Law Review* Vol. 83 2009, 735 (800 f.).

840 *Walker/Purves Financial Services Law* 7.96.

841 *Schwarcz Tune Law Review* Vol. 83 2009, 735 (800).

842 *Schwarcz Tune Law Review* Vol. 83 2009, 735 (800).

Nichtsdestotrotz war die Frage der Unabhängigkeit des Ombudsmannes von der Aufsichtsbehörde (damals noch FSA, aber aufgrund des gleich bleibenden MoU⁸⁴³ keine Schmälerung der Relevanz) sogar bereits Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung.⁸⁴⁴ Die Klägerin hatte im Kern argumentiert, dass die Regelungsstruktur des FSMA 2000 eine Abhängigkeit indiziere.⁸⁴⁵ Hiermit vermochte sie das Gericht jedoch nicht zu überzeugen. Es hielt dagegen, dass die in Frage stehenden Regelungen gerade die Unabhängigkeit gewährleisten würden, die Bestellung der Ombudsmänner unvoreingenommen erfolge und im Wege der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung (*judicial review*) die Unabhängigkeit zusätzlich gewährleistet werde.⁸⁴⁶ Auch bezüglich des Vorläufers des FOS, dem IOB, hatte es Vertreter gegeben, die wiederum dessen Unabhängigkeit anzweifelten.⁸⁴⁷ Hier war jedoch die Ausgangslage eine wesentlich andere, da der IOB nicht in Verbindung mit der (damals noch gar nicht existenten) FSA gebracht wurde, sondern mit den Versicherern. Wie heute wurde das Budget des Ombudsmannes von den Versicherungsunternehmen finanziert, allerdings lag überdies zu Zeiten des IOB auch die Budgetentscheidung bei einem von den Versicherern besetzten Komitee.⁸⁴⁸ Diese Konstellation bewog Lord Ackner in seinem *Report on a Unified Complaints Procedure* mit Blick auf den IOB zu der Aussage „he who pays the piper almost invariably calls the tune“⁸⁴⁹ – im Deutschen vergleichbar mit „Wer die Kapelle bezahlt, bestimmt die Musik.“ Derartige Bedenken bestehen heute aufgrund der Umstrukturierung im Rahmen des FSMA 2000 nicht mehr.

843 *Colinvaux* 13-001.

844 Zwar noch zu Zeiten der FSA aber aufgrund des seitdem weitgehend unveränderten MoU (Vgl. *Colinvaux* 13-001) von weiterhin ungeschmälerter Bedeutung; *R (Bamber and BP Financial) v FOS* [2009] EWCA CIV 593; auch im Fall *R (on the application of Heather Moor & Edgecomb Ltd) v FOS & Ross* [2009] EWHC 2701 (Admin)) wurde die Unabhängigkeit des FOS gegenüber der FCA bestätigt.

845 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.164; *R (Bamber and BP Financial) v FOS* [2009] EWCA CIV 593.

846 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.164; *R (Bamber and BP Financial) v FOS* [2009] EWCA CIV 593.

847 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 239.

848 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 239.

849 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 239.

Neben der Problematik der gesetzlichen Unabhängigkeit des FOS von der FCA steht die Frage, ob der FOS nicht dennoch dem Aufsichtsapparat zuzuordnen sein könnte. Anstoß einer dahingehenden Diskussion sind immer wieder die in der Praxis gelebten Aufgabenwahrnehmungen durch den FOS und die FCA. Auch wenn die Entwicklung und Überwachung von Industriestandards formal nicht zum Aufgabenbereich des FOS zählt, hat die Arbeit des FOS in der Praxis immer wieder Einfluss auf die Schaffung und Aktualisierung von relevanten Maßstäben.⁸⁵⁰ Anders herum greift die grundsätzlich präventiv tätige FCA regelmäßig punktuell ein, wodurch von einer Verwischung der normativ angelegten Trennlinien gesprochen werden kann.⁸⁵¹ Da die FCA zudem ursprünglich an sie herangetragene Beschwerden regelmäßig an den FOS weiterleitet, erfolgt die Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Regelungen überdies in nicht unwesentlichem Maße durch den FOS.⁸⁵² Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ließe sich eine Trennung als letztlich formalistisch ansehen und eine Zuordnung zum Aufsichtsapparat befürworten.⁸⁵³

Resümierend ist der FOS zwar nicht auf normativer Ebene dem Aufsichtsapparat zuzuordnen, unter praktischen Gesichtspunkten gibt es jedoch bei der Aufgabenwahrnehmung eine nicht zu verachtende Schnittmenge.⁸⁵⁴ Inwiefern dies genügt, um insgesamt vom FOS als Bestandteil des Aufsichtsapparates zu sprechen, ist schlussendlich eine rein dogmatische Frage und kann somit an dieser Stelle dahinstehen.

850 *McGee* Modern Law of Insurance 2.16; so führt *Walker/Purves* Financial Services Law 7.157 aus, dass die Auffassung des FOS im Rahmen der Umsetzung des *Consumer Insurance Act 2012* Berücksichtigung gefunden hat und auch in einer Entscheidung des Court of Appeal (*Rubenstein v HSBC Bank Plc* [2012] EWCA Civ 1184) beachtet wurde; *Summers* 2.76 fordert gar, dass eine höhere Anzahl an relevanten Fällen des FOS an die FCA weitergeleitet werden soll, damit die durch die FOS aufgedeckten Praktiken einen über den Einzelfall hinausgehenden Einfluss auf die Versicherungswirtschaft entfalten können.

851 *McGee* Modern Law of Insurance 2.16.

852 *Summers* 1.30.

853 *McGee* Modern Law of Insurance 2.16.

854 Die herausgearbeitete praktische Verknüpfung zwischen FCA und FOS ist auch im Rahmen der Handlungsmöglichkeiten in Kapitel 15 zu berücksichtigen.

Kapitel 14. Im Hinblick auf die Kulanz potenziell relevante Rechtsgrundsätze

I. Anerkannte Rechtsgrundsätze im Vereinigten Königreich

Das Versicherungsrecht des Vereinigten Königreichs ist von einer Vielzahl von Rechtsgrundsätzen geprägt, die in ihrer Gesamtheit manchen Stimmen zu Folge überhaupt erst die Annahme eines eigenen Versicherungsrechts rechtfertigen.⁸⁵⁵ Die Darstellung aller privatversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätze wäre nicht untersuchungsdienlich und würde zugleich den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es folgt eine Darstellung der hier relevantesten Prinzipien.

1. „Doctrine of utmost good faith“

Die Ausformung des versicherungsrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben im Vereinigten Königreich, bekannt unter der Bezeichnung „*doctrine of utmost good faith*“⁸⁵⁶, ist normativ in sec. 17 *Marine Insurance Act 1906* verankert.⁸⁵⁷ Dieser damit ursprünglich seeversicherungsrechtliche Grundsatz fungiert als Herleitungsansatz für die im Versicherungsvertragsrecht geltenden (vorvertraglichen) Aufklärungs- und Treuepflichten.⁸⁵⁸ Hierbei handelt es sich um eines der wesentlichen Abgrenzungskriterien zum allgemeinen Vertragsrecht⁸⁵⁹, weswegen von einer hohen allgemeinen Bedeutung des Rechtsgrundsatzes im Versicherungsvertragsrechts

855 *Birds' Modern Insurance Law* S. 1; in die gleiche Richtung argumentierend: *Hasson The Modern Law Review* (1984) Vol. 47, 505 (505).

856 Zur sprachlichen Nuancierung bei der Bezeichnung siehe *Eggers/Picken Good Faith and Insurance Contracts* 1.03; für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Prinzip siehe *Rose/Matthews New foundations for insurance law* S. 39 ff.

857 Sec. 17 *Marine Insurance Act* lautet wörtlich: “A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith.”

858 *Bruns Privatversicherungsrecht* § 35 Rn. 45; *Bird's Modern Insurance Law* S. 148; *Halsbury's Laws of England/Insurance* (Vol. 60 (2018)) para. 5; *Merkin/Steele Insurance and the Law of Obligations* S. 52.

859 *Han Policyholder's reasonable expectations* S. 23.

des Vereinigten Königreichs gesprochen werden kann.⁸⁶⁰ Inwiefern der Rechtsgrundsatz auch für die Kulanz von Relevanz ist, hängt davon ab, ob und in welchem Maße sich die Wirkung des Rechtsgrundsatzes auch über das vorvertragliche Stadium hinaus erstreckt. Bereits die Frage nach dem ob, insbesondere aber die nach dem Maß ist hochumstritten.

Gegen eine grundsätzlich weiterführende Geltung wird angeführt, dass als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen den Rechtsgrundsatz lediglich die *ex-tunc* Unwirksamkeit des Vertrages gesetzlich angelegt sei und dies mit Blick auf mögliche, während eines laufenden Versicherungsverhältnisses erfolgende Verstöße keine sinnvolle Maßnahme darstelle.⁸⁶¹ Hieraus lasse sich die fehlende Intention des Gesetzgebers bezüglich einer über das vorvertragliche Stadium hinausgehenden Wirkung des Rechtsgrundsatzes ablesen.⁸⁶² Auch die Inkorporation des „*utmost*“ in den Grundsatznamen spräche gegen eine Geltung während des laufenden Versicherungsverhältnisses, da es in diesem Kontext für „vorvertraglich“ stehe. Nicht zuletzt sei sec. 17 *Marine Insurance Act 1906* ohnehin nur Präambel zu den nachfolgenden Abschnitten zu „*non-disclosure*“ und „*misrepresentation*“.⁸⁶³

Dem wird entgegengehalten, dass sec. 17 unter dieser Prämisse obsolet wäre, was wiederum nicht der Intention des Gesetzgebers entsprochen haben könnte. Dementsprechend müsse von einem weiteren Anwendungsbereich ausgegangen werden.⁸⁶⁴ Schlussendlich überzeugt unter praktischen Gesichtspunkten jedenfalls der Blick auf die diesbezüglich ergangenen Gerichtsurteile. Diese haben als *case law* im Vereinigten Königreich erhebliche Bedeutung. Hier wird eine fortwährende Wirkung des Rechtsgrundsatzes auch nach Abschluss des Versicherungsverhältnisses regelmäßig bejaht.⁸⁶⁵ Unabhängig von der Plausibilität der Gegenauffassung ist

860 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S.87 – bezeichnet Treu und Glauben als das prägende Prinzip des Versicherungsrechts.

861 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148.

862 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148.

863 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148.

864 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148.

865 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148 ff. – insbesondere unter Verweis auf *Manifest Shipping Co Ltd v Uni Polaris Shipping Co Ltd* [2001] UKHL 1 u.v.m.; Für umfassende Ausführungen zu den maßgeblichen Urteilen der jüngeren Vergangenheit siehe S. 211 ff. der im Juli 2014 dem britischen Parlament vorgelegten Überlegungen der Reformkommissionen (*Law Commission No. 353, Scottish Law Commission No. 238: Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; And Late Payment* – abrufbar unter http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc353_insurance-contract-law.pdf (abgerufen Mai 2021)).

eine über das vorvertragliche Stadium hinausgehenden Geltung damit jedenfalls aus rechtspraktischer Sicht anzuerkennen.

Dieser Feststellung schließt sich, wie aufgezeigt, die Frage danach an, in welchem Maß „utmost good faith“ in das laufende Vertragsverhältnis Einzug erhält – eine Problematik zu der *Birds* schreibt, sie sei „*unquestionably currently one of the most academically challenging issues in insurance law*“ („zweifellos derzeit eines der wissenschaftlich anspruchsvollsten Themen im Versicherungsrecht“).⁸⁶⁶ Die größtmögliche Relevanz für diese Arbeit hätte der Grundsatz, wenn er dem Versicherer Pflichten bei der Bewertung der von Versicherungsnehmern geltend gemachten Ansprüchen auferlegen würde. Genau eine solche Pflicht wird allerdings bis dato abgelehnt.⁸⁶⁷ *Birds* schreibt hierzu „(...) *there does not appear to be a general duty on insurers to act in good faith when assessing and paying claims, or at least nothing that is effectively remediable in the event of breach.*“ („es scheint keine allgemeine Verpflichtung der Versicherer zu geben, bei der Beurteilung und Zahlung von Ansprüchen nach Treu und Glauben zu handeln, oder zumindest keine, die im Falle eines Verstoßes wirksam durchsetzbar ist.“).⁸⁶⁸ Daraus folgt jedoch nicht die Irrelevanz für diese Arbeit, denn entscheidend ist, dass die Betonung bei dieser Feststellung auf „bis dato“ liegt. So schreibt *Birds* weiter: „*It is clear that the principle has the potential for considerable further development, although it is impossible to predict with any certainty what exactly that might entail*“ („Es ist klar, dass das Prinzip das Potenzial für eine beträchtliche Weiterentwicklung hat, obwohl es unmöglich ist, mit Sicherheit vorherzusagen, was genau das bedeuten könnte.“).⁸⁶⁹

Die mögliche Relevanz des Grundsatzes von Treu und Glauben für den Gegenstand dieser Arbeit folgt damit nicht aus der aktuellen gefestigten (Rechts)Lage, sondern aus dem bestehendem Entwicklungspotenzial. Ebenfalls der Bedeutung zuträglich, ist die Nähe der in Frage stehenden Verpflichtung zur Berücksichtigung des Grundsatzes bei der Bewertung geltend gemachter Ansprüche zu der in dieser Arbeit vorgeschlagenen eng-

866 *Birds'* Modern Insurance Law S. 148.

867 So wohl auch *Merkin* im *Merkin Report: Reforming Insurance Law* S. 11, 3.4, der hier aufgrund in der jüngeren Vergangenheit ergangener Gerichtsurteile enge Voraussetzungen für die Fortgeltung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach Vertragsschluss sieht. Der Report wurde für die englische und schottische Reformkommission erstellt, im März 2015 veröffentlicht und ist abrufbar unter http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/ICL_Merkin_report.pdf.

868 *Birds'* Modern Insurance Law S. 161 f.

869 *Birds'* Modern Insurance Law S. 162.

lischsprachigen Kulanzumschreibung.⁸⁷⁰ Vorgreifend suggeriert auch der aktuell zu beobachtende Gesinnungswandel bei FCA, FOS und Legislative bezüglich der Auseinandersetzung mit anderen Rechtsgrundsätzen⁸⁷¹, dass die angesprochene beträchtliche Weiterentwicklung tatsächlich in näherer Zukunft vonstattengehen könnte.

2. Weitere anerkanntermaßen bedeutsame privatversicherungsrechtliche Rechtsgrundsätze

Die Befassung mit den weiteren im Privatversicherungsrecht des Vereinigten Königreichs anerkannten Rechtsgrundsätzen zeigt, dass diese zwar enorm vielfältig, die meisten jedoch für die Untersuchungsgegenstand nicht von Relevanz sind. Das ist zum einen darauf zurückzuführen, dass ein Großteil der Rechtsgrundsätze in Versicherungsverträgen etablierte Klauseln sind, die rechtlich nicht verankert, aber aufgrund der bestehenden Praxis als Rechtsgrundsatz ähnlich dem Gewohnheitsrecht anerkannt sind.⁸⁷² Daneben führt auch gefestigte Rechtsprechung zu bestimmten Spezialproblematiken zur Annahme privatversicherungsrechtlicher Grundsätze. Beiden Ansätzen ist aber vor dem Hintergrund ihrer Entstehung keine solche Bedeutung zuzuerkennen, die eine Betrachtung im Lichte des Untersuchungsgegenstandes zielführend erscheinen ließe.⁸⁷³ Rechtsgrundsätze mit größerer Allgemeingültigkeit, neben dem bereits beleuchteten *doctrine of utmost good faith*, sind im weiteren Kontext der Kulanz nur wenige ersichtlich. Exemplarisch können noch das *principle of indemnity* (Indemnitätsprinzip)⁸⁷⁴ und die *pre-contractual duty of disclosure* (vorvertragliche Offenlegungspflichten)⁸⁷⁵, die mittlerweile mit Blick auf die *consumer insurance* unter *duty not to misrepresent* (Verpflichtung, keine

870 Siehe hierzu Kapitel 13 I. 3.

871 Eine detaillierte Befassung mit dieser These erfolgt im Rahmen der folgenden Auseinandersetzung mit der Geltung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vereinigten Königreich in Kapitel 14 II. 1.

872 Siehe hierzu *Birds* Modern Insurance Law S. 1.

873 Beispielhaft zu nennen wären die Grundsätze, (1) dass der Versicherte nicht verpflichtet ist, Angelegenheiten, die allgemein bekannt sind, offenzulegen, (2) dass ein unschuldiger Mitversicherter einen Anspruch aus eigenem Recht hat.

874 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 72; *Castellain v Preston* [1883] 11 QB 380 (386); zu *Castellain v Preston* [1883] siehe auch *Ivamy* Casebook on Insurance Law S. 123 f.

875 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 25; Scherpe Gefahrengemeinschaft S. 86; *Hasson* The Modern Law Review (1984) Vol. 47, 505 (508).

falschen Angaben zu machen) geführt wird⁸⁷⁶, beleuchtet werden. Bei beiden handelt es sich fraglos um prägende Prinzipien des Privatversicherungsrechts.

a. Vorvertragliche Aufklärungspflichten

Die *pre-contractual duty of disclosure* – beziehungsweise, hinsichtlich der *consumer insurance*, die *pre-contractual duty not to misrepresent* –, bei der es sich um Auswüchse der *duty of good faith* handelt⁸⁷⁷, entfalten ihre Bedeutung entsprechend ihrer Bezeichnung ausschließlich im vorvertraglichen Stadium. Aufgrund dieser vorvertraglichen Einordnung fehlt es auch an einem Zusammenhang mit der Kulanz.

b. Indemnitätsprinzip

Aus dem Indemnitätsprinzip folgt, dass der Versicherer nur zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet ist, und ein Schadenseintritt nicht unabhängig von der tatsächlichen Schadenshöhe zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Höchsthaftsumme verpflichtet.⁸⁷⁸ Dieser Bestandteil des Indemnitätsprinzips findet konsequenterweise unter anderem in der Lebensversicherung und der Unfallversicherung keine Anwendung.⁸⁷⁹ Des Weiteren ist der Versicherer in allen Versicherungszweigen, auch wenn der entstandene Schaden über der vereinbarten Höchstsumme liegt, nicht zu einer darüber hinausgehenden Leistung verpflichtet.⁸⁸⁰ Insofern gleicht es in erheblichem Maße dem deutschen Bereicherungsverbot, welches auch Entschädigungsprinzip genannt wird. Analog zu den deutschen Ausführungen ist aber auch seine Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand abzulehnen.⁸⁸¹

876 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 25 – die Umbenennung erfolgte im Zuge der Umsetzung des Consumer Insurance Act 2012.

877 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 5 – mit der *duty of good faith* soll sich in Kapitel 14 I. 4. noch ausführlich befasst werden.

878 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 3.

879 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 4.

880 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 3.

881 Siehe hierzu Kapitel 6. IV.

II. *Pendants zu den aus dem deutschen Recht bekannten Rechtsgrundsätzen*

Unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Prinzips der Gefahrengemeinschaft in Deutschland, erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, Vergleichbares auch im Vereinigten Königreich vorzufinden.

1. Gleichbehandlungsgrundsatz

Das Bestehen eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im englischen Versicherungsvertragsrechts ergibt sich unmittelbar weder aus den einschlägigen Rechtsnormen, noch finden sich dafür eindeutige Anhaltspunkte in der relevanten Literatur. Erst wenn man einen Blick über den aufgezeigten „Tellerrand“ hinauswirft, stößt man auf Hinweise, die auf die Existenz eines Gleichbehandlungsgrundsatzes hindeuten könnten. Dazu gehört auch, in Betracht zu ziehen, dass Rechtsgrundsätze aus der Art und Weise der Handhabung des FOS und der FCA im Zusammenspiel mit den prägenden Aufsichts- und Ombudsmannprinzipien entstehen könnten. Übereinstimmend führt *Han* beispielsweise aus, dass die Umsetzung des *fair and reasonable* - Ansatzes des FOS den gleichen Effekt wie ein Rechtsgrundsatz haben kann.⁸⁸² Daneben schreibt *Kovas* im Zusammenhang mit der FCA, der Fokus bei der Ermittlung der maßgeblichen Regelungen müsse in besonderem Maße auf Vorträgen und sonstigen Veröffentlichungen liegen.⁸⁸³

Möglicherweise könnte also aus der Anwendung des *fair and reasonable* - Ansatzes durch den FOS ein Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten sein. Ein eindeutiger und überdies auf die Kulanz zugeschnittener dahingehender Hinweis ergibt sich aus der *Technical Note* des FOS zur Reiseversicherung: Hier führt der FOS aus, dass wenn eine Reihe vergleichbarer Fälle von den Versicherern reguliert wurden – auch sofern das lediglich im Wege der Kulanz geschah –, dies regelmäßig Ausdruck guter Praxis in der Versicherungsindustrie sei.⁸⁸⁴ Gute Praxis der Versicherungsindustrie ist dabei ein zu berücksichtigendes Kriterium bei der Bestimmung, was im

882 *Han* Policyholder's reasonable expectations S.150; ausführlich zum *fair and reasonable* - Ansatz des FOS und seiner besonderen Bedeutung für den Handlungsspielraum siehe Kapitel 15 II. 3.

883 *Kovas* Financial Conduct Authority, Preface S. X.

884 *Colinvaux* 13-003 Fn. 14 – “The FOS has said in its Technical Note on travel insurance that if the industry is generally paying claims, even on ex gratia basis, then that will usually indicate good industry practice at the time.”

konkreten Fall *fair and reasonable* ist. Eine einheitliche Behandlung der Versicherungsnehmer steht mithin im Fokus des FOS. Auf Anfrage wurde bestätigt, dass der FOS unter *fair and reasonable* - Gesichtspunkten weiterhin in vergleichbaren Konstellationen ergangene Kulanzentscheidungen berücksichtigt.⁸⁸⁵ Der FOS macht damit die Gleichbehandlung der Versicherungsnehmer durch die Versicherer – auch im Falle der Kulanz – zu einem Bewertungskriterium dessen, was *fair and reasonable* ist. Mithin könnte der FOS die Gleichbehandlung damit zum Rechtsgrundsatz erheben.

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Bedeutung der Gleichbehandlung in der Versicherungspraxis des Vereinigten Königreichs ergibt sich aus einer erst kürzlich in Auftrag gegebenen Untersuchung der FCA mit dem Titel *Price discrimination in financial services: How should we deal with the question of fairness?* (Preisdiskriminierung im Finanzdienstleistungssektor: Wie sollten wir mit der Frage der Fairness umgehen?).⁸⁸⁶ Hierbei befasste sich die FCA mit verschiedenen, auch versicherungsspezifischen Arten der Preisdiskriminierung. Der Fokus der Untersuchung liegt insbesondere auf dem Aspekt der Diskriminierung von *vulnerable consumers* (in besonderem Maße schützenswerte Verbraucher).⁸⁸⁷ Eingangs konstatiert die FCA, dass sie sich regelmäßig mit Fragen der Fairness im Wege der Anwendung des *treat-customers-fairly* - Prinzips (6. Prinzip der *Principles for Businesses* der FCA) befasse.⁸⁸⁸ Bis dato habe sie sich dabei maßgeblich mit der *procedural fairness* befasst, gedenke aber angesichts der Ergebnisse der Befassung mit der Preisdiskriminierung zukünftig auch Fragen der *distributive fairness* zu berücksichtigen.⁸⁸⁹ Hierbei handelt es sich um eine wesentlich Verschie-

885 Antwort des *Financial Ombudsman Service* vom 26. Oktober 2018 auf eine Anfrage des Verfassers vom 25. Oktober 2018.

886 FCA Research Note von Juli 2018 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021); Mit dem untersuchten Aspekt der Preisdiskriminierung geht die FCA über die in der *Unfair Terms Directive* (93/13/EWG) ersichtlichen Europäischen Bestrebungen hinaus, da diese die Kontrolle der Äquivalenz zwischen Prämie und Leistung – auch im Anschluss an die zuletzt erfolgten Änderungen durch *Richtlinie (EU) 2019/2161* – ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 ausnimmt (siehe hierzu *Heirman* EuCML 2017, 30 (30)).

887 Siehe hierzu insbesondere a.a.O., S. 6, Figure 3.

888 A.a.O., S. 4.; Das *treat-customers-fairly* – Prinzip verpflichtet die Versicherer aufsichtsrechtlich zur fairen Behandlung des Versicherungsnehmers (ausführlich hierzu und den *FCA Principles for Businesses* im Allgemeinen siehe die Ausführungen zum Handlungsspielraum in Kapitel 15 I. 2. bb.).

889 A.a.O., S. 9.

bung des Fokus der Aufsicht.⁸⁹⁰ Fairness in diesem Kontext ist dabei, unter Berücksichtigung der Ausführungen der FCA⁸⁹¹, mit der gleichen Behandlung von gleichem gleichzusetzen. Insofern erkennt die FCA in der *Research Note* mittelbar eine von den Versicherern zu beachtenden Gleichbehandlungspflicht an, deren Wirkbereich sie resümierend auch auf Fragen der *distributive fairness* ausweitet. Unter anderem aus dieser Ausweitung ließe sich die Entstehung eines allgemeinen Aufsichtsgrundsatzes ableiten.

An die angesprochene *Research Note* schloss sich im Oktober 2018 die Einleitung einer öffentlichen Debatte zum Thema der Preisdiskriminierung an, im Rahmen derer Verbraucher ihre diesbezüglichen Erfahrungen mit der FCA teilen konnten.⁸⁹² Dabei ist die FCA nicht die einzige Institution, die sich in näherer Vergangenheit im Wege der Auseinandersetzung mit der Preisdiskriminierung mit der Gleichbehandlung befasst hat.⁸⁹³ Bereits bevor die FCA sich des Themas angenommen hatte, hatte der FOS im Rahmen eines Artikels mit dem Titel *Paying the Price?* seine mit der Auffassung der FCA im Einklang befindliche Meinung zu dem Thema kundgetan.⁸⁹⁴ Neben dem FOS und der FCA hat sich auch die Regierung mit dem Problem befasst und hat im *The Government's Consumer Green Paper* aufgezeigt, dass die Diskriminierung in der Regel die besonders verwundbaren Verbraucher betrifft.⁸⁹⁵ Nicht zuletzt haben auch Verbraucherschutzorganisationen die Praxis kritisiert.⁸⁹⁶

890 Mit dem untersuchten Aspekt der Preisdiskriminierung geht die FCA über die in der *Unfair Terms Directive* (93/13/EWG) ersichtlichen Europäischen Bestrebungen hinaus, da diese die Kontrolle der Äquivalenz zwischen Prämie und Leistung – auch im Anschluss an die zuletzt erfolgten Änderungen durch *Richtlinie (EU) 2019/2161* – ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 ausnimmt (siehe hierzu *Heirman* EuCML 2017, 30 (30)).

891 Siehe hierzu insbesondere a.a.O., S. 6, Figure 3.

892 *FCA Discussion Paper October 2018 DP 18/9: Fair Pricing in Financial Services* – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/discussion/dp18-09.pdf> (abgerufen Mai 2021).

893 *FCA Thematic Review 4/2018: Pricing practices in the retail general insurance sector: Household insurance* S. 3 Fn. 3 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/thematic-reviews/tr18-4.pdf> (abgerufen Mai 2021).

894 *Ombudsman news issue 144 April 2018: Paying the price?* – abrufbar unter <https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/144/pdf/issue144.pdf> (abgerufen Mai 2021).

895 Vgl. *FCA Thematic Review 4/2018: Pricing practices in the retail general insurance sector: Household insurance* S. 3 Fn. 3 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/publication/thematic-reviews/tr18-4.pdf> (abgerufen Mai 2021).

896 Vgl. a.a.O. S. 3 Fn. 3.

Die Würdigung der Untersuchung der FCA und der daran anknüpfenden Reaktionen der weiteren Institutionen kommt dabei unter zweierlei Gesichtspunkten besondere Bedeutung zu. Zunächst erfolgt die Befassung mit der Untersuchung der FCA und der darauf aufbauenden Reaktionen anderer Institutionen nicht unter der Prämisse, dass die Preisdiskriminierung in einem unmittelbaren Zusammenhang zu Kulanz steht. Vielmehr soll in diesem Zuge die zunehmende Bedeutung der Gleichbehandlung im Privatversicherungsrecht im Allgemeinen beleuchtet und damit ultimativ die Existenz eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vereinigten Königreich begründet werden. Insofern kommt es auf einen unmittelbaren – hier wohl auf den ersten Blick nicht vorliegenden – Zusammenhang zur Kulanz nicht an. Denn im Falle der Annahme eines Grundsatzes erstreckt sich dieser per se über seine Ursprünge hinaus, sodass auch von einer Relevanz außerhalb der versicherungstariflichen Preisdiskriminierung ausgegangen werden darf und muss – und eine Bedeutung für die Kulanz damit denkbar wäre. Darüber hinaus ist bei genauerer Betrachtung tatsächlich ein Zusammenhang zwischen der Untersuchung der FCA und der Kulanz erkennbar. Der untersuchten Frage, ob versicherungstechnisch gleiche Versicherungsnehmer für das gleiche Geld den gleichen Versicherungstarif bekommen, schließt sich denklogisch die Frage an, ob Versicherungsnehmer im gleichen Tarif auch die gleiche Behandlung durch den Versicherer erfahren. Auch zur letzteren Frage wäre also eine Untersuchung der FCA plausibel und schlussendlich auch konsequent. Da die Kulanz – wie festgestellt – untrennbar mit dem Versicherungsverhältnis verbunden ist, wäre auch die Kulanz in all ihren Varianten hiervon unmittelbar betroffen. Mithin lässt sich auch hinsichtlich der Untersuchung jedenfalls ein mittelbarer Zusammenhang zur Kulanz herstellen.

Unter Berücksichtigung der Anzahl bedeutender Institutionen, die sich in jüngerer Vergangenheit und zu verschiedenen Anlässen⁸⁹⁷ unmittelbar oder mittelbar mit dem Thema der Gleichbehandlung befasst haben und dabei die Relevanz erkannt, respektive bestätigt haben, lässt sich überzeugend argumentieren, dass auf dieser Grundlage von der Existenz eines Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgegangen werden darf. Von einer Schmälerung seiner Bedeutung aufgrund der fehlenden unmittelbaren Verankerung in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs ist nicht auszugehen. Vielmehr lässt sein Ursprung in den Handlungen der relevan-

⁸⁹⁷ Insbesondere hervorzuheben sind hierbei die *Technical Note* des FOS (s.o.) sowie die *Research Note* der FCA und die sich hieraus ergebenden Reaktionen (s.o.).

ten Akteure des Versicherungsrechts auf eine hohe praktische Relevanz schließen.

2. Prinzip der Gefahrengemeinschaft

Inwiefern neben der Existenz eines Gleichbehandlungsgrundsatzes auch vom Bestehen eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft ausgegangen werden kann, lässt sich ebenfalls nicht ohne weiteres bewerten. Das ist insbesondere auf die bereits angesprochen Ausgestaltung der Versicherung im Vereinigten Königreich zurückzuführen.⁸⁹⁸ Hierbei liegt der Fokus weniger auf der Versichertengemeinschaft als auf der Wahrung der Privatautonomie und dem Individualvertrag⁸⁹⁹, was historisch auf die Ausgestaltung von Lloyd's als Versicherungsbörse zurückzuführen ist.⁹⁰⁰ Insofern überrascht es auch nicht weiter, dass sich weder in der Rechtsprechung, noch in der Literatur unmittelbare Anhaltspunkte für die Annahme einer Gefahrengemeinschaft finden. Fraglich ist, ob diesen Feststellungen bereits die Ablehnung der Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft immanent ist.

Die Verteilung des versicherten Risikos ist fraglos als versicherungstechnische Grundlage auch im Vereinigten Königreich von Bedeutung,⁹⁰¹ und könnte insofern als Anhaltspunkt für die Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft auch im Vereinigten Königreich dienen.⁹⁰² Hiergegen spricht aber bereits die Art und Weise der Risikoverteilung im Rahmen der bei Lloyd's abgeschlossenen Versicherungsverhältnisse. Während in anderen Ländern weitgehend einheitlich mit dem Prinzip des Risikoausgleichs durch die Versicherungsgemeinschaft operiert wird, rekurriert Lloyd's, als wichtiger Bestandteil des Versicherungsmarktes im Vereinigten Königreich, auf die Verteilung des Risikos auf mehrere Versicherer.⁹⁰³ Dieser Fokus auf das einzelne Versicherungsverhältnis deckt sich auch mit der Herangehensweise der Gesetzgeber und der Gerichte, die weiter-

898 Siehe hierzu Kapitel 13 I. 3.

899 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 161.

900 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 46.

901 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 85; zur besonderen Bedeutung der Massenversicherung siehe *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 86 m.w.N.

902 Ebenfalls Anhaltspunkte für die Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft sehend, wenn auch im Ergebnis ablehnend: *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 75 f.

903 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 85.

hin den Individualvertrag in den Vordergrund stellen.⁹⁰⁴ Die fehlende Bedeutung des Versichertenkollektivs im Vereinigten Königreich wird aber insbesondere durch den Blick in die einschlägige Literatur deutlich. *Lowry/Rawlings/Merkin* grenzen den Versicherungsvertrag zum Zwecke einer Definition umfassend von anderen Vertragstypen ab.⁹⁰⁵ Unter anderem werden die Differenzen zwischen dem Versicherungs- und Garantievertrag herausgearbeitet. So handle der Garantiegeber im Unterschied zum Versicherer regelmäßig altruistisch und kenne die verbundenen Risiken – ergo die fehlenden besonderen Aufklärungspflichten. Es fehle daneben zumeist an einer, für den Versicherungsvertrag charakteristischen, finanziellen Gegenleistung des Garantienehmers.⁹⁰⁶ Dass es sich hierbei jedenfalls in Bezug auf kommerzielle Garantieklauseln um ungeeignete Abgrenzungskriterien handeln kann, wird dabei ausdrücklich anerkannt.⁹⁰⁷ Trotz dieser dezidierten Befassung⁹⁰⁸, kommt der aus deutscher Sicht wohl offensichtlichste Unterschied nicht zur Sprache. Der klassische Garantiegeber ist im Falle eines Ausfalls des Garantienehmers und dem hiermit einhergehend finanziellen Aufwand nicht vor einer finanziellen Schieflage, aufgrund von „Prämien“ anderer Garantienehmer, gesichert. Genau dieser Umstand macht aber kalkulatorisch das Versicherungsverhältnis aus. Anhand der völligen Außerachtlassung dieses, aus deutscher Perspektive, maßgeblichen Abgrenzungskriteriums lässt sich der Fokus auf den Individualvertrag nachdrücklich darlegen.

Den Belangen der Versicherungsnehmer als Gemeinschaft, und damit der Annahme einer Gefahrengemeinschaft, zuwider läuft überdies der Umstand, dass der Versicherungsschutz im Vereinigten Königreich von Gesetzes wegen jegliche Fahrlässigkeitsgrade des Versicherungsnehmers umschließen muss und lediglich Vorsatz nicht versichert wird.⁹⁰⁹ Die Berücksichtigung der Interessen der Versicherungsnehmer an einem nied-

904 So ausdrücklich *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 161; *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 85 f.

905 *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 3-12.

906 Zum Ganzen siehe *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 5 f.

907 *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 6 zur Kenntnis des Garantiegebers: "The problem is that guarantees are common in commercial transactions and guarantors do not necessarily know the facts."; *ibid.* zur fehlenden finanziellen Gegenleistung: "(...) although, having said that, fees are sometimes charged by a guarantor in a commercial contract."

908 Die Ausführungen in *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 5 f werden durch eine umfassende Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung untermauert.

909 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 88.

rigeren Deckungsgrad findet hierbei keinen Platz.⁹¹⁰ Darüber hinaus kommt den dem Versicherungsverhältnis im Vereinigten Königreich immanenten Verhaltenspflichten eine derart hohe Bedeutung zu, dass sie der grundsätzlich dem Gefahrengemeinschaftsprinzip innewohnenden Garantiefunktion entgegenstehen.⁹¹¹

Zugunsten der Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft können noch die besonders hohen Anforderungen, die das Versicherungsrecht des Vereinigten Königreichs an das versicherbare Interesse (*insurable interest*) stellt⁹¹², angeführt werden. Denn diese ziehen mittelbar einen Schutz der Versichertengemeinschaft nach sich.⁹¹³ Der Verzicht auf die Notwendigkeit eines versicherbaren Interesses würde zur Entstehung eines *moral hazard* führen und, im Wege der Erhöhung der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, der Gesamtheit der Versicherten schaden.⁹¹⁴ Vorrangiges Motiv der hohen Anforderungen an das versicherbare Interesse ist allerdings nicht der Schutz der Versichertengemeinschaft, sondern des Dritten (der ein tatsächliches Interesse an dem Versicherungsgegenstand hat) vor der mit dem entstehenden moralischen Risiko einhergehenden Erhöhung der Schadenswahrscheinlichkeit.⁹¹⁵

Etwas anderes könnte sich abschließend, analog zu den Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz, lediglich noch aus der Auseinandersetzung mit der Aufsichts- und Ombudsmannpraxis ergeben. Die Herangehensweise von FOS und FCA lässt aber in diesem Fall keine Rückschlüsse auf das Bestehen eines Gefahrengemeinschaftsprinzips zu. Die Betrachtung der Gesamtheit der Versicherer durch FCA und FOS bei der Beleuchtung und Bewertung versicherungswirtschaftlicher Praktiken stellt zwar möglicherweise eine mittelbare Anerkennung des Bestehens einer Versichertengemeinschaft dar. Hieraus die Bejahung einer Gefahrengemeinschaft abzuleiten, ginge jedoch zu weit. Das stellt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen zu Deutschland keinen Widerspruch dar, da das Prinzip der Gefahrengemeinschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz zwar inhaltliche Überschneidungen vorweisen, dabei aber nicht deckungsgleich sind.⁹¹⁶

910 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 86.

911 *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 76.

912 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol 60 (2018)) para. 2.

913 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 86.

914 Siehe hierzu bereits Kapitel 6 II. 4.

915 *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 87 unter Nennung einer Beispielskonstellation in Fußnote 30.

916 Siehe hierzu bereits Kapitel 6 II. 4.

Resümierend überstrahlt die Bedeutung der Privatautonomie im Vereinigten Königreich jegliche vorhandenen Ansätze einer Gefahrengemeinschaft.⁹¹⁷ Die Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft ist aus den soeben dargelegten Gründen an dieser Stelle abzulehnen.

III. Ergebnis

Während die bereits fest im Versicherungsrecht des Vereinigten Königreichs verankerten Rechtsgrundsätze jedenfalls bis dato keine Bedeutung für die Kulanzpraxis entfalten⁹¹⁸, gilt das nicht in Gänze für etwaige Pendanten zu dem in Deutschland bestehenden Grundsatz der Gleichbehandlung sowie dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft. Zwar ist die Existenz eines Prinzips der Gefahrengemeinschaft nicht festzustellen, hinsichtlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes finden sich aber überzeugende Anhaltspunkte, die für das Bestehen eines solchen sprechen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegt dabei aus verschiedenen Richtungen angestoßenen aktuellen Entwicklungen.

917 So auch *Bruns* Privatversicherungsrecht § 35 Rn. 75 f.

918 Siehe hierzu. Kapitel 14 I. 5. Eine Ausnahme könnte hier in Zukunft der Grundsatz von Treu und Glauben bilden (diesbezüglich siehe Kapitel 14 I. 1.)

Kapitel 15. Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure des Privatversicherungsrechts im Vereinigten Königreich

Wie auch bereits im Rahmen der Befassung mit dem deutschen Versicherungsrecht, sollen nachfolgenden die Handlungsmöglichkeiten der Versicherungsaufsicht und des Ombudsmanns im Lichte der Kulanz herausgearbeitet werden.

I. Handlungsmöglichkeiten der FCA

Für ein besseres Verständnis des Handlungsspielraums der FCA ist der Betrachtung eine Darstellung der Aufgaben der Versicherungsaufsicht voranzustellen.

1. Aufgaben

Die Aufgaben der FCA sind in Folge der durch den FSA 2012 eingefügten Änderungen im FSMA 2000 klar niedergeschrieben. Der Arbeit der FCA liegen ein strategisches und drei operative Ziele zugrunde.⁹¹⁹ Unter strategischen Gesichtspunkten ist die Aufgabe der FCA zu gewährleisten, dass „die relevanten Märkte gut funktionieren“.⁹²⁰ Dem steht die Kulanz nicht entgegen, weswegen eine weitere Auseinandersetzung mit dem strategischen Ziel an dieser Stelle entbehrlich ist. Bedeutsamer sind dagegen die operativen Zielsetzungen.

919 Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 773; *Colinvaux* 14-014.

920 FSMA 2000 sec. 1b(2), eingefügt im Zuge des FSA 2012: „*The FCA's strategic objective is: ensuring that the relevant markets function well*“; Vgl. *Colinvaux* 14-014; Vgl. Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)) para. 773.

Diese lauten wie folgt⁹²¹:

1. *Sicherstellung eines angemessenen Schutzniveaus für Verbraucher* (“*securing an appropriate degree of protection for consumers*”).
2. *Schutz und Verbesserung der Integrität des Finanzsystems* (“*protecting and enhancing the integrity of the financial system*”).
3. *Förderung eines effektiven Marktwettbewerbs unter den beaufsichtigten Finanzdienstleistern im Interesse der Verbraucher* (“*promoting effective competition in the markets for regulated financial services in the interests of consumers*”).

Im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Handlungsspielraum der FCA wird sich herausstellen, dass besonders das erste operative Ziel – der Verbraucherschutz – von Relevanz ist.

2. Handlungsspielraum

Der Handlungsspielraum der FCA im Versicherungssektor wird, neben den sich aus den Zielsetzungen ergebenden Wechselwirkungen, noch von weiteren Maximen geprägt. So soll die FCA bei der Ausübung ihrer Tätigkeit, sofern es mit den aufgezeigten Zielen vereinbar ist, immer wettbewerbsfördernd agieren.⁹²² Die Auswahl der Maßnahme richtet sich dabei wesentlich danach, ob sich die Versicherungstarife in der Folge weiterhin frei entwickeln können.⁹²³ Hauptaugenmerk der Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich liegt auf der Gewährleistung der finanziellen Stabilität der Versicherer.

Zur konkreten Erfassung des bei der Aufgabenwahrnehmung bestehenden Handlungsspielraums ist zunächst herauszuarbeiten, wann die FCA aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen kann, insbesondere welche Normen dazu verletzt sein müssen. Nur so lassen sich anschließend fundierte

921 Siehe hierzu FSMA 2000 sec. 1b(3), unter Verweis auf secs. 1c-e, alle eingefügt im Zuge des FSA 2012; Vgl. *Colinvaux* 14-014; Vgl. *Halsbury's Laws of England/Insurance* (Vol. 60 (2018)) para. 773; Vgl. *Haynes Financial Services* S. 2, 1.4.

922 *Colinvaux* 14-014.

923 Dieser Ansatz ist auch im Prinzip Nr. 3 der Principles of good regulation der FCA zu erkennen (“*We must ensure there is a desire for sustainable growth in the economy of the UK in the medium or long term.*”).

Aussage zu den in Frage kommenden Maßnahmen im Lichte des Untersuchungsgegenstandes treffen.

a. Relevante aufsichtsrechtliche Regelungen

Das gesamte Aufsichtssystem im Vereinigten Königreich ist mittlerweile weniger normbasiert als prinzipienbasiert.⁹²⁴ Die maßgeblichen aufsichtsrechtlichen Regelungen sind auch deswegen nicht in einem in Kapitel unterteilten Gesetzestext zusammengefasst.⁹²⁵ Für den mit dieser Normsystematik nicht vertrauten Leser sind die Fülle von Rechtsquellen und Regelungen sowie die jeweilige Bedeutung nicht ohne weiteres zu erfassen. Doch auch die versicherungsrechtliche Literatur im Vereinigten Königreich erkennt die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den zum Teil schwer greifbaren Aufsichtsprinzipien.⁹²⁶ Vor diesem Hintergrund werden in der Folge immer wieder wichtige Regelungen in Gänze sowohl auf Deutsch übersetzt als auch im englischen Original abgedruckt. Eingehender soll sich dabei nur mit solchen Regelungen befassen werden, die im Kontext der Kulanz jedenfalls von potenzieller Relevanz sind. Die Übrigen werden zur Darstellung des Regelungskontexts zum Teil kurz aufgeführt.

aa. Quellen der aufsichtsrechtlichen Regelungen

Der bereits mehrfach erwähnte FSMA 2000 enthält lediglich die grobe aufsichtsrechtliche Regelungsstruktur.⁹²⁷ Weitere Elemente des Aufsichtsrechts ergeben sich aus Sekundärrechtsakten sowie dem Handbuch der FCA (ehemals FSA).⁹²⁸ Das Handbuch wurde auf Grundlage des 1. Kapitels des 10. Teils des FSMA 2000 erstellt und ist in mehrere Abschnitte unterteilt. Da die FCA als einheitliche staatliche Aufsichtsbehörde nicht ausschließlich mit dem Versicherungsaufsichtsrecht befasst ist, sind nicht

924 *Colinvaux* 14-045.

925 Ohnehin sich im vom case law geprägten Privatversicherungsrecht des Vereinigten Königreichs nie vergleichbar strukturierte Gesetzestexte, wie das im deutschen Recht der Fall ist.

926 *Kovas* Financial Conduct Authority, Preface S. X, schreibt hierzu, dass dadurch der Fokus bei der Ermittlung der relevanten Regelungen in besonderem Maße auf Vorträgen und sonstigen Veröffentlichungen liegen muss.

927 *MacGillivray* 34-009.

928 *MacGillivray* 34-009.

alle Kapitel des Handbuchs für die Versicherungsaufsicht von Relevanz. Die besonders bedeutsamen sind die Kapitel *High Level Standards, Prudential Standards, Business Standards, Regulatory Process and Redress*.⁹²⁹ Das Kapitel *Business Standards* enthält das im Zusammenhang mit der FCA und auch dem FOS häufig thematisierte *Insurance Conduct of Business Sourcebook* (ICOBS).⁹³⁰ Das Sourcebook befasst sich jedoch nur mit Regelungen zur Werbung und Verkaufsförderung und bedarf daher im Rahmen der Kulanz keiner genaueren Berücksichtigung.⁹³¹

Neben Verstößen gegen den FSMA 2000 kann die FCA auch auf Grundlage der Missachtung von im Handbuch der FCA festgehaltenen Vorschriften Maßnahmen ergreifen. Des Weiteren steht ihr diese Option immer dann zu, wenn die Versicherer andere unmittelbar von der Aufsichtsbehörde festgelegten Anforderungen nicht erfüllen.⁹³²

bb. Von besonderer Bedeutung: FCA Principles for Businesses

Im Vereinigten Königreich hat sich die Aufsichtskultur im Laufe der Zeit weg von einer normbasierten, hin zu einer prinzipienbasierten Aufsichtspraxis entwickelt.⁹³³ Hierdurch sollte der proaktive Umgang mit sich entwickelnden Risiken ermöglicht, und die Umgehung von Regelungen (*creative compliance*) vermieden werden.⁹³⁴ Im Jahr 2006 wurden die Verhaltensregeln (*rules of conduct of business*) sogar ausdrücklich vereinfacht, um den Unternehmen eine stärkere Fokussierung auf die Prinzipien zu ermöglichen.⁹³⁵ In der Folge sind die aufsichtsrechtlichen Prinzipien (*FCA Principles for Businesses*) zu den wichtigsten aufsichtsrechtlichen Vorschriften aufgestiegen.⁹³⁶ Die beaufsichtigten Unternehmen sind zur Beachtung der *Principles for Businesses* rechtlich verpflichtet und im Falle eines Verstoßes ist die FCA zur Ergreifung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen berech-

929 MacGillivray 34-009; Kovas Financial Conduct Authority S. 12.

930 MacGillivray 34-009.

931 Colinvaux 14-043.

932 Colinvaux 14-051.

933 Colinvaux 14-045; Kovas Financial Conduct Authority, Preface S. X, S. 15.

934 Kovas Financial Conduct Authority S. 17.

935 Colinvaux 14-045.

936 Colinvaux 14-045; Die Prinzipien wurden in unveränderter Form auch bereits zu Zeiten der FSA als *FSA Principles for Businesses* angewandt (siehe hierzu *Han Policyholder's reasonable expectations* S. 141).

tigt.⁹³⁷ Ihre Bedeutung ist deswegen so herausragend, weil de facto ein aufsichtliches Eingreifen häufiger auf einem Verstoß gegen die Prinzipien als auf einer Verletzung der aufgeführten sonstigen Regelungen beruht.⁹³⁸ Insgesamt gibt es elf Prinzipien.⁹³⁹ Vorliegend sind drei potenziell relevant.

(i) Principle 6

“A firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly.” („Ein Unternehmen muss den Interessen der Kunden in angemessener Art und Weise Rechnung tragen und sie fair behandeln.“)

Insbesondere hervorzuheben ist das 6. Prinzip der *Principles for Businesses*, auch bekannt als *treat-customers-fairly* - Prinzip (TCF-Prinzip). Die Vereinfachung der *rules of conduct of business* führten insbesondere beim TCF-Prinzip zu einem erheblichen Bedeutungswachs.⁹⁴⁰ So greift die FCA zur Gewährleistung des Verbraucherschutzes primär hierauf zurück und erfüllt damit eines ihrer drei operativen Ziele.⁹⁴¹ Entsprechend hoch ist die auf Grundlage einer Verletzung ergriffene Anzahl an Maßnahmen.⁹⁴² Fraglich ist, ob das TCF-Prinzip auch potenziell für die Kulanz, im Lichte der maßgeblichen Rechtsgrundsätze, von Bedeutung ist. Die Beantwortung dieser Frage gestaltet sich komplexer als auf den ersten Blick ersichtlich. Im Rahmen der Befolgung des TCF-Prinzips verpflichten sich die Versicherer zur Beachtung von sechs Zielsetzungen (*Outcomes* 1-6), die sie zu Gunsten der Versicherungsnehmer anstreben sollen.⁹⁴³ Hierbei handelt es sich um den Kern dessen, was die FCA von den Versicherern erwartet („*These remain core to what we [die FCA] expect of firms.*“).⁹⁴⁴ Durch das Er-

937 Colinvaux 14-017.

938 Colinvaux 14-017.

939 Eine vollständige Aufstellung der Prinzipien findet sich auf der Website der FCA unter <https://www.fca.org.uk/about/principles-good-regulation> (abgerufen Mai 2021); Vgl. Colinvaux 14-017.

940 Colinvaux 14-045.

941 Colinvaux 14-045; Kovas Financial Conduct Authority S. 3; siehe zu den operativen Zielsetzungen bereits Kapitel 15 I.

942 Kovas Financial Conduct Authority S. 12.

943 Colinvaux 14-045.

944 Die vollständigen *Outcomes* sind auf der Website der FCA zu finden – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/firms/fair-treatment-customers> (abgerufen Mai 2021).

reichen der normierten Ziele soll eine faire Behandlung der Verbraucher gewährleistet werden.⁹⁴⁵

Outcome 2 bis einschließlich *Outcome 5* befassen sich im Wesentlichen mit dem Vertrieb und diesbezüglichen Beratungs- und Informationspflichten, während *Outcome 6* Richtlinien für den sonstigen Umgang mit Kunden aufstellt. Von Bedeutung für die Kulanz könnte allenfalls *Outcome 1* sein, welches den fairen Umgang mit Kunden zum Gegenstand hat. Die gerechte Behandlung der Versicherungsnehmer könnte insofern tangiert sein, als dass eine etwaige zweckwidrige Verwendung der Prämien durch die Kulanz den anderen Versicherungsnehmern gegenüber nicht gerecht wäre. Im Zuge der Befassung mit dem Prinzip der Gefahrenengemeinschaft konnte allerdings herausgearbeitet werden, dass der Versicherungsgemeinschaft im Vereinigten Königreich eine überaus geringe Bedeutung zukommt. Auf dieser Grundlage einen Verstoß gegen *Outcome 1* und damit gegen das TCF-Prinzip anzunehmen, welcher die FCA zur Ergreifung aufsichtlicher Maßnahmen gegen die Kulanzpraxis berechtigen würde, überzeugt daher nicht.

Daneben lässt sich das Gebot der Fairness möglicherweise in Zusammenhang mit einem aufsichtlichen Verlangen nach Gleichbehandlung bringen, wogegen die Kulanz potenziell verstoßen könnte. Im Rahmen der Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wurde hierzu bereits festgestellt, dass es sich bei der Gleichbehandlung in den Augen der FCA um eine Frage der Fairness handelt.⁹⁴⁶ Im Wege der Anwendung des TCF-Prinzips sei die Frage der Gleichbehandlung damit auch aufsichtsrechtlich relevant.⁹⁴⁷ Unter Berücksichtigung dieser Rechtsauffassung der FCA ist die Annahme eines potenziellen Verstoßes der Kulanzpraxis gegen *Outcome 1* und damit gegen das TCF-Prinzip im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchaus plausibel.

Eine Bedeutung des *outcome 1*, und damit auch des TCF-Prinzips, ist damit anzunehmen. Das gilt umso mehr unter Berücksichtigung der oben angesprochenen, zunehmenden Entwicklung des TCF-Prinzips hin zur bedeutsamsten aufsichtsrechtlichen Norm.

945 A.a.O.

946 Siehe hierzu bereits Kapitel 14 II. 1; Vgl. *FCA Research Note* von Juli 2018 S. 4 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021).

947 Siehe hierzu bereits Kapitel 14 II. 1; A.a.O., S. 4.

(ii) Principle 8

“A firm must manage conflicts of interest fairly, both between itself and its customers and between a customer and another client.” („Ein Unternehmen muss die Interessenskonflikte zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer, sowie solche zwischen zwei Versicherungsnehmern, auf eine faire Art und Weise handhaben.“)

Neben dem TCF-Prinzip könnte auch das 8. Prinzip zur fairen Lösung von Interessenskonflikten für den Themenkomplex der Kulanz von Relevanz sein. Das Prinzip erlegt dem Versicherer die Pflicht auf, Interessenkonflikten zwischen sich und dem Versicherungsnehmer einerseits, sowie zwischen den Versicherungsnehmern untereinander andererseits, auf eine faire Art und Weise zu begegnen. Die Kulanz müsste also geeignet sein, im Rahmen einer dieser beiden vom 8. Prinzip erfassten Verhältnisse widerstreitende Interessen auszulösen.

In der Beziehung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer stehen auf der Seite des Versicherers die, bei der Kulanzentscheidung zu meist dominierenden, finanziellen Motive im Vordergrund.⁹⁴⁸ Der kulanzbegünstigte Versicherungsnehmer wird regelmäßig großes Interesse an einer wohlwollenden Behandlung des von ihm vorgebrachten Sachverhalts haben. Ein Interessenkonflikt zwischen ihm und dem Versicherer ist im Rahmen dieses Verhältnisses nicht erkennbar. Mangels abweichender Formulierung des 8. Prinzips, und aufgrund der Erwähnung der Versicherungsnehmermehrheit im zweiten Teil des Prinzips, könnte davon ausgegangen werden, dass neben den Interessen des begünstigten Versicherungsnehmers gleichzeitig die Interessen der weiteren Versicherungsnehmer zu berücksichtigen seien. Demnach könnte aus der Kulanz ergebender Interessenkonflikt zwischen dem nichtbegünstigten Versicherungsnehmer und dem Versicherer entstehen. Ein solcher Konflikt unter dem Gesichtspunkt des Risikokollektives scheidet allerdings, analog zum TCF-Prinzip, aufgrund der herausgearbeiteten fehlenden Bedeutung des Gemeinschaftsgedankens im Privatversicherungsrecht des Vereinigten Königreich aus.⁹⁴⁹ Plausibel erscheint dagegen die Annahme eines Interessenkonflikts im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Zwar konnte die Existenz des Gleichbehandlungsgrundsatzes bejaht werden. Die FCA hat jedoch ausdrücklich ihre Rechtsauffassung kundgetan, dass es sich bei der Frage der

948 Zur Motivlage in der Kulanz siehe insbesondere bereits Kapitel 7 I. 3.

949 Siehe hierzu Kapitel 14 II. 2.

Fairness um eine des TCF-Prinzips handelte.⁹⁵⁰ Insofern ist die Kulanz im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer jedenfalls unter praktischen Gesichtspunkten keine Frage des 8. Prinzips und dieses allenfalls subsidiär relevant.

Neben dem Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer hat das 8. Prinzip auch das Verhältnis zwischen den Versicherungsnehmern untereinander zum Gegenstand. In diesem Verhältnis stehen sich das Interesse des begünstigten Versicherungsnehmers an wohlwollender Regulierung und das Interesse des nichtbegünstigten Versicherungsnehmers an einer entsprechenden Behandlung gegenüber. Hierbei könnte es sich um einen Interessenkonflikt im Sinne des 8. Prinzips handeln, dessen faire Lösung dem Versicherer obliegt. Auch dieser könnte den herausgearbeiteten Gleichbehandlungsgrundsatz tangieren. Aufgrund der offensichtlichen Nähe zur vorgenannten Konstellation sowie der Tatsache, dass es sich weiterhin um eine Frage der Fairness handelt, ist aber entsprechend allenfalls von einer subsidiären Relevanz des 8. Prinzips auszugehen.

(iii) Principle 10

“A firm must arrange adequate protection for clients’ assets when it is responsible for them.” („Ein Unternehmen muss einen angemessenen Schutz für das in den Verantwortungsbereich fallende Kundenvermögen gewährleisten.“)

Abschließend soll das 10. Prinzip, welches den Versicherer zum Schutz des in seinen Verantwortungsbereich fallenden Kundenvermögens verpflichtet, beleuchtet werden. Bei Außerachtlassung der zuvor herausgearbeiteten Untersuchungsergebnisse zum Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Vereinigten Königreich⁹⁵¹, erschiene das 10. Prinzip im Kontext des Untersuchungsgegenstandes von enormer Relevanz. Das Interesse des Versicherungsnehmers, seine Beiträge nur für die Deckung versicherter Interessen zu verwenden, ließe sich wohl ohne weiteres unter die vom 10. Prinzip postulierte Pflicht des Vermögensschutzes subsumieren. Eingangs wurde aber herausgestellt, dass das Hauptaugenmerk der FCA auf der Gewährleistung der finanziellen Stabilität der Versicherer liegt.⁹⁵² In diesem

950 Siehe hierzu bereits Kapitel 14 II. 1 und Kapitel 15 I. 2. a. bb. (ii); *FCA Research Note* von Juli 2018 S. 4 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021).

951 Siehe hierzu Kapitel 14 II. 2.

952 Vgl. Kapitel 15 I. 2.

Lichte ist auch die Bedeutung des 10. Prinzips zu erfassen. Der Schutz der Wirtschaftsgüter der Versicherten erfolgt durch die Ergreifung von Maßnahmen zur Gewährleistung der wirtschaftlichen Stabilität und der Bildung ausreichender Rücklagen. Insofern ist das 10. Prinzip auch eine Ausprägung des zweiten operativen Ziels der FCA.⁹⁵³ Eine Gefahr für die Wirtschaftsgüter der Versicherten oder mittelbar für die Integrität des Finanzsystems im Sinne des 10. Prinzips stellt die Kulanz, wie bereits mehrfach herausgestellt⁹⁵⁴, nicht dar. Somit ist es vorliegend nicht weiter von Relevanz.

(iv) Zusammenfassung

Dem TCF-Prinzip kommt im Allgemeinen, sowie im Kontext des Untersuchungsgegenstandes im Speziellen, eine besondere Bedeutung zu. Bei der überwiegenden Zahl der ergriffenen Maßnahmen rekurriert die FCA auf eine Verletzung dieses Prinzips. Die Aufsicht hat im Rahmen der zur Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes maßgeblich herangezogenen *Research Note* zur Preisdiskriminierung explizit statuiert, dass es sich bei der Frage der Fairness um eine Frage des TCF-Prinzips handele. Insofern wäre der Bezug auf eine Verletzung des TCF-Prinzips, für den Fall eines Eingreifens der FCA das wohl wahrscheinlichste Szenario. Das sich mit der fairen Lösung von Interessenskonflikten befassende 8. Prinzip ist dagegen allenfalls subsidiär zu beachten.

b. Auf dieser Grundlage in Betracht kommende Maßnahmen

Die potenziell in Frage kommenden Maßnahmen sind zum Großteil in der FSMA 2000 unter Part XI festgeschrieben und werden durch im *Decision Procedure and Penalties Manual* (DEPP), einem Bestandteil des FCA Handbooks, niedergelegte Regelungen ergänzt.⁹⁵⁵ Aus der Lokalisation

953 Das zweite operative Ziel der FCA lautet: *protecting and enhancing the integrity of the financial system*. Für eine Aufstellung aller operative Ziele siehe Kapitel 15 I. 1.

954 Selbst der wohl in Deutschland erheblichste, durch die Kulanz hervorgerufene Schaden (Vgl. Kapitel 7 II.) war nicht dahingehend einzuordnen. Die Ahndung eines schlichten wirtschaftlichen Schadens entspricht nicht dem Normzweck von Prinzip 10.

955 *Colinvaux* 14-049.

im FSMA 2000 ließe sich schließen, dass der Maßnahmenkatalog nur bei Verstößen gegen die im FSMA 2000 normierten Regelungen zum Tragen käme. Der FCA ist jedoch auch bei der Verletzung von selbst erlassenen Regelungen – wie den im vorangegangenen Abschnitt thematisierten Prinzipien – der Rückgriff auf diese Maßnahmen erlaubt.⁹⁵⁶ Dabei ist die FCA an die normierten Maßnahmen gebunden und darf nicht über die verliehenen Kompetenzen hinausgehen.⁹⁵⁷ Allerdings überlassen die Gerichte die Auslegung der Kompetenzen im Wesentlichen der FCA und agieren im Falle einer gerichtlichen Überprüfung (*judicial review*) einer aufsichtlichen Maßnahme regelmäßig zurückhaltend.⁹⁵⁸

Der FCA stünde daher grundsätzlich ein umfassender Maßnahmenkatalog zur Verfügung.⁹⁵⁹ Die dezidierte Befassung mit den einzelnen Maßnahmen ist vorliegend allerdings weitgehend entbehrlich. Denn die hat FCA im Rahmen der Befassung mit der Preisdiskriminierung⁹⁶⁰ bereits selbst kundgetan, auf welche Maßnahme im Falle von Fairnessverstößen (TCF-Prinzip) wohl am ehesten zurückgegriffen werden würde.⁹⁶¹ Konkret liege, wie bereits in der Vergangenheit in ähnlichen Konstellationen geschehen, der Rückgriff auf sogenannte „*sunlight remedies*“ (etwa: die Aufmerksamkeit auf etwas lenken) nahe.⁹⁶² Derartige Maßnahmen sind nicht unbedingt gleichzusetzen mit öffentlichem Anprangern oder *shaming*. So hat die FCA in der Vergangenheit beispielsweise auch schlicht die, ihrer Auffassung nach, besten Tarife von Finanzdienstleistern hervorgehoben, um auf diesem Wege indirekt einer Preisdiskriminierung durch andere Marktteilnehmer zu begegnen.⁹⁶³ Im weiteren Sinne würde diese Maßnahme wohl dennoch unter das Recht der FCA fallen, Verstöße gegen auf-

956 *Colinvaux* 14-051.

957 *Kovas* Financial Conduct Authority S. 4.

958 *Kovas* Financial Conduct Authority S. 4.

959 In diesem Kontext sind insbesondere der Entzug der Zulassung, die Beantragung einer einstweiligen Verfügung oder die Beantragung von Schadensersatzzahlungen des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer zu nennen. Für einen umfassenden Überblick siehe insbesondere *Colinvaux* 14-051.

960 *FCA Research Note* von Juli 2018 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021).

961 Der Rückgriff auf Hinweise aus Veröffentlichungen der FCA erfolgt dabei in Übereinstimmung mit *Kovas* Financial Conduct Authority, Preface S. X, wonach der Fokus bei der Ermittlung der relevanten Regelungen in besonderem Maße auf Vorträgen und sonstigen Veröffentlichungen liegen muss.

962 A.a.O., S. 8.

963 A.a.O., S. 8.

sichtsrechtliche Vorschriften öffentlich anzuprangern (*public censure*).⁹⁶⁴ Die Ausführungen zur Preisdiskriminierung lassen sich, wie herausgearbeitet werden konnte⁹⁶⁵, auf einen breiteren Kontext übertragen und entfalten daher wohl auch im Lichte des Untersuchungsgegenstandes Geltung. Zur Herstellung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanz erscheint ein Rückgriff der FCA auf *sunlight remedies* daher wohl am plausibelsten. Theoretisch wäre natürlich auch der Rückgriff auf andere Maßnahmen, wie die Verhängung einer Geldstrafe, möglich.

Die Auswahl dieser Maßnahmen steht allerdings nicht im freien Ermessen der Aufsichtsbehörde, sondern die FCA ist bei der Ausübung ihrer Aufsichtsakte ebenfalls prinzipiengebunden. Bei den Prinzipien handelt es sich um *the principles of good regulation*.⁹⁶⁶ Demnach hat die FCA insbesondere die Verhältnismäßigkeit zu wahren und bei der Wahl der Maßnahmen die Gewährleistung nachhaltigen Wachstums zu berücksichtigen. Daneben hält sie sich in diesem Rahmen selbst an, von der Möglichkeit des öffentlichen Anprangerns zugunsten der Marktdisziplin und der besseren Information der Verbraucher rege Gebrauch zu machen.

c. Die besondere Stellung von „softer outputs“⁹⁶⁷ im Kontext des aufsichtlichen Handlungsspektrums

Als „*softer outputs*“ der FCA können unter anderem Reden und sonstige Veröffentlichungen (beispielsweise *Research Notes*) eingeordnet werden. Auch wenn es sich hierbei nicht um eine klassische Maßnahme im Sinne des vorherigen Abschnitts handelt, soll an dieser Stelle nochmals in Kürze ihre besondere Bedeutung herausgestellt werden. Die beaufsichtigten Unternehmen wissen mittlerweile, dass sich aus den *softer outputs* wesentliche Hinweise auf die zu erwartende Herangehensweise der FCA ergeben können. Indem sie sich hieran rechtzeitig orientieren, können regelmäßig ein ausdrückliches Eingreifen und die damit einhergehenden Begleiterscheinungen, insbesondere auch Imageschäden, verhindert werden. Die Schaffung dieser Erkenntnis bei den Unternehmen ermöglicht es der Aufsicht,

964 „*Public censure following contravention of a regulatory requirement*“. Für ausführlichere Ausführungen zu dieser Maßnahme siehe Colinvaux 14-051.

965 Siehe hierzu insbesondere Kapitel 14 II 1.

966 Eine vollumfängliche Auflistung der *principles of good regulation* sind abrufbar auf der Website der FCA unter <https://www.fca.org.uk/about/principles-good-regulation> (abgerufen Mai 2021).

967 Beschreibung verwendet bei Kovas Financial Conduct Authority, Preface S. X.

auch außerhalb ihres klassischen Handlungsspektrums und ohne viel Aufwand die beaufsichtigten Versicherer nachdrücklich zu prinzipienkonformem Verhalten anzuleiten. Gleichzeitig können geänderte Auslegungen von Aufsichtsprinzipien und/oder ein, aufgrund geänderter Umstände, weiteres Verständnis des eigenen Handlungsspielraums kundgetan und die Gelegenheit zur Anpassung der Geschäftsabläufe gegeben werden.⁹⁶⁸ Insofern handelt es sich hierbei mittlerweile in der Praxis um ein maßgebliches Aufsichtsinstrument außerhalb des klassischen Handlungsspielraums.⁹⁶⁹ Diese Maßgeblichkeit könnte sich, wie bereits herausgearbeitet wurde⁹⁷⁰, zukünftig auch unmittelbar auf den Untersuchungsgegenstand erstrecken. Insofern kommen den *softer outputs* im Rahmen der Handlungsmöglichkeiten der FCA ebenfalls eine bedeutende Stellung zu.

d. Exkurs „executive settlement discount“

Die von der FCA verhängten Geldstrafen sind, abhängig vom Zeitpunkt der Einigung des betroffenen Versicherungsunternehmens mit der Aufsichtsbehörde, nicht in voller Höhe zu leisten. Vielmehr gibt es ein Rabattsystem bei frühen Einigungen. Dieses System wurde im Jahr 2005 eingeführt und ist unter der Bezeichnung *executive settlement discount* (frei übersetzt „aufsichtsrechtlicher Beilegungsrabatt“) bekannt.

Die konkreten Voraussetzungen der Rabattgewährungen waren Gegenstand aktueller Änderungen. Bis zur Umsetzung der Änderungen waren die Rabatte strikt daran gekoppelt, in welcher Sanktionsphase eine Einigung zwischen Aufsichtsbehörde und Versicherer erzielt wurde. Unterteilt

968 So geschehen in der bereits mehrfach aufgegriffenen *FCA Research Note* von Juli 2018 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021).

969 Entsprechend, aber dieser Entwicklung kritisch gegenüberstehend, *Kovas Financial Conduct Authority*, Preface S. X.

970 Der in der Untersuchung durch die FCA gegenständlichen Frage, ob versicherungstechnisch gleiche Versicherungsnehmer für das gleiche Geld den gleichen Versicherungstarif bekommen, schließt sich denklogisch die Frage an, ob Versicherungsnehmer im gleichen Tarif auch die gleiche Behandlung durch den Versicherer erfahren. Auch zur letzteren Frage wäre also eine Untersuchung der FCA plausibel und schlussendlich auch konsequent. Da die Kulanz – wie festgestellt – untrennbar mit dem Versicherungsverhältnis verbunden ist, wäre auch die Kulanz in all ihren Varianten hiervon unmittelbar betroffen (Zum Ganzen vgl. Kapitel 14 II. 1).

wurde dabei in drei verschiedene Stufen.⁹⁷¹ Dieses strikte Rabattregime wurde nun aufgeweicht.⁹⁷² Hintergrund der vorgenommenen Regeländerungen war, dass das seit dem Jahr 2005 in dieser Form existierende bisherige System das Machtverhältnis zwischen Aufsicht und Versicherern erheblich zugunsten der FCA verschoben hatte.⁹⁷³ Die Unternehmen sahen sich zum Teil aufgrund finanzieller Erwägungen zu einer frühen Einigung gezwungen und nahmen von einer berechtigten Verteidigung abstand.⁹⁷⁴ Die Aufsicht konzentrierte sich zunehmend auf das Finden von auf einen sanktionswürdigen Verstoß hindeutenden Anhaltspunkten, um eine schnelle Beilegung zu forcieren. Die grundsätzlich vorgesehene, unabhängige Untersuchung rückte zunehmend in den Hintergrund.⁹⁷⁵ Das ging so weit, dass sich sogar der *FCA Director of Enforcement and Market Oversight* für eine Änderung aussprach.⁹⁷⁶ Als Reaktion wurde eine Über-

971 Den maximalen Rabatt in Höhe von 30% erreichte man, falls innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt eines ersten Warnhinweises die angeordnete Zahlung geleistet wurde. Nach Ablauf der 28 Tage lässt sich weiterhin ein Abschlag von 20% erzielen, wenn die Einigung bis zum letzten Tag der Frist der schriftlichen Erwiderung auf den Warnhinweis erfolgt. Die dritte Stufe in Höhe von Höhe von 10% lief bis zum Tag der finalen Entscheidung. (Zum Ganzen siehe: *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017, S. 79 ff.)

972 Versicherer können sich den Maximalrabatt nunmehr auch dann sichern, wenn sie den durch die Aufsichtsbehörde ermittelten Hintergrund der Sanktion anerkennen, jedoch gegen die Höhe der angedachten Zahlung vorgehen wollen und auf dieser Grundlage zu einem späteren Zeitpunkt eine Einigung zustande kommt. Sofern sowohl hinsichtlich der Faktenlage als auch hinsichtlich der Höhe der anvisierten Strafzahlung Uneinigkeit besteht, ist die Höhe des gewährten Rabattes nunmehr davon abhängig, welcher Übereinstimmungsgrad eingangs zwischen dem Versicherer und der Aufsichtsbehörde erzielt werden kann und liegt zwischen 15% und 30%. (Zum Ganzen siehe: *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017 S. 79 ff.)

973 *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017, S. 79 (79).

974 *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017, S. 79 (79).

975 *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017 S. 79 (79 f.).

976 *James/Jamieson Journal of investment compliance* Vol. 18 No. 3 2017 S. 79 (79 f.).

prüfung durch das Finanzministerium eingeleitet⁹⁷⁷ und auf Grundlage dieser Ergebnisse die aufgezeigten Änderungen vorgenommen.⁹⁷⁸

3. Zusammenfassung

Die Aufsicht im Vereinigten Königreich ist prinzipienbasiert, was dazu führt, dass die maßgeblichen Regelungsinhalte nicht ohne weiteres greifbar sind. Von den aufsichtsrechtlichen Regelungen sind – im Allgemeinen und auch im Hinblick die Kulanz – insbesondere die *FCA Principles for Businesses* von Bedeutung. Im Falle eines Eingreifens beruft sich die FCA dabei am häufigsten auf eine Verletzung des TCF-Prinzips. Auch im Kontext des Untersuchungsgegenstandes käme eine solche Verletzung in Betracht. In einem vergleichbaren Zusammenhang hat die FCA bereits angekündigt, dass das Mittel der Wahl wohl sogenannte *sunlight remedies* wären. Hierbei würde es sich damit um die praktisch plausibelste Maßnahme, zur Herstellung der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis handeln. Theoretisch wäre daneben auch der Rückgriff auf andere Maßnahmen, wie die Verhängung einer Geldstrafe, möglich. Das Geldstrafensystem im Vereinigten Königreich ist dabei vom – mittlerweile aufgeweichten – *executive settlement discount* geprägt. Neben den klassischen Maßnahmen sind mittlerweile auch die *softer outputs* der FCA von erheblicher praktischer Bedeutung. Die sich hieraus ergebenden aufsichtlichen Möglichkeiten könnten zukünftig auch unmittelbar den Untersuchungsgegenstand betreffen.⁹⁷⁹

977 *Review of enforcement decision-making at the financial services regulators*. Der finale Bericht wurde im Dezember 2014 veröffentlicht – abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/389063/enforcement_review_response_final.pdf (abgerufen Mai 2021).

978 Die genauen Änderungen finden sich auch im *FCA Policy Statement* aus dem Februar 2017 – abrufbar unter <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-and-pra-publish-final-changes-enhance-enforcement-decision-making-processes> (abgerufen Mai 2021).

979 Siehe zur wohl folgerichtigen FCA-Untersuchung, inwiefern die Versicherungsnehmer im gleichen Versicherungstarif die gleiche Behandlung durch den Versicherer erfahren, bereits Kapitel 14 II. 1.

II. Handlungsmöglichkeiten des FOS

Um die Handlungsmöglichkeiten des FOS vollumfänglich erfassen zu können, bedarf es einleitend einer Befassung mit der Reichweite der Jurisdiktion, der Bindungswirkung der Entscheidungen und dem Entscheidungsmaßstab.

1. Reichweite der Jurisdiktion

Die bedeutendsten Regelungen und Änderungen zur Jurisdiktion des Versicherungsombudsmanns entstammen der bereits zuvor thematisierten Umstrukturierung im Rahmen der Umsetzung des FSMA 2000. Die Reichweite der Jurisdiktion auf Beschwerdegegnerseite ergibt sich im Wesentlichen aus Part XVI FSMA 2000 Schedule 17, wobei sec. 226 die zwingende Zuständigkeit betrifft und sec. 227 die freiwillige Zuständigkeit normiert. Zwingend unter die Jurisdiktion des FOS fielen fortan alle von der FSA beaufsichtigten Aktivitäten.⁹⁸⁰ Nicht unter der Aufsicht der FSA stehende Unternehmen konnten sich unter Geltung der gleichen Bedingungen der Jurisdiktion des FOS freiwillig unterwerfen⁹⁸¹ – eine Möglichkeit, die insbesondere große europäische Versicherer mit erheblichem Geschäftsvolumen im Vereinigten Königreich zur Wahrung ihrer Attraktivität am Markt wahrnahmen.⁹⁸²

Wie bereits im Rahmen der Erörterung des Verhältnisses von FCA und FOS thematisiert, fällt die genaue Bestimmung der Reichweite der Jurisdiktion des FOS seit der Umsetzung des FSMA 2000 in den Verantwortungsbereich der FCA, indem es ihr obliegt, die Regelungen zur freiwilligen und zwingenden Zuständigkeit des FOS zu entwerfen bzw. abzusegnen.⁹⁸³ Von dieser Kompetenz machte sie im Jahr 2005 mit Zustimmung der breiten Öffentlichkeit Gebrauch, als sie die Vermittler von „general insurance“⁹⁸⁴ unter ihre Aufsicht stellte und damit einhergehend

980 *Birds'* Modern Insurance Law S. 18; *Colinvaux* 13-014; *Lowry/Rawlings/Merkin* S. 53.

981 *Lowry/Rawlins/Merkin* S. 53.

982 *Colinvaux* 13-014.

983 *Summers* 2.73.

984 Keine exakte Übersetzung – am ehesten Schadensversicherung

die Kompetenz des FOS diesbezüglich erweiterte.⁹⁸⁵ Fortan konnten Versicherungsnehmer auch Beschwerden gegen den Vermittler vorbringen.⁹⁸⁶

Die Reichweite der Jurisdiktion auf Beschwerdeführerseite stellt gleichzeitig auch eine der wesentlichen Änderungen durch den FSMA 2000 in Form einer Erweiterung dar. Im Unterschied zum IOB konnte der FOS nunmehr auch Beschwerden von Kleinunternehmen, Stiftungen, Treuhändern und Anwohnervereinigungen bearbeiten.⁹⁸⁷ Als Kleinunternehmen gelten in Übereinstimmung mit den EU-Regularien solche, die einen jährlichen Umsatz unter 2 Millionen erzielen und denen weniger als 10 Mitarbeiter angehören.⁹⁸⁸ Daneben sind, ebenso wie unter dem IOB, Verbraucher beschwerdeberechtigt, wobei sich diesbezüglich die Terminologie verändert hat.⁹⁸⁹ Die bis 2009 geltende Bezeichnung „*private individual*“ wurde im Rahmen der Anpassung von DISP 2.7.3R durch „*consumer*“ ersetzt und beschreibt jede natürliche Person, die zu Zwecken außerhalb ihres Gewerbes, Geschäfts oder Berufs handelt („*any natural person acting for purposes outside his trade, business or profession*“).⁹⁹⁰ Beschwerden können überdies nicht nur von bereits versicherten Personen vorgebracht werden, sondern auch Anbahnung eines Versicherungsvertrags ist in diesem Kontext erfasst.⁹⁹¹

Finanziell gesehen gibt es seit dem 1. April 2019 für die Reichweite der Jurisdiktion grundsätzlich zwei Grenzwerte: 160.000 Pfund für Fälle, die vor dem 1. April stattgefunden haben, und 350.000 Pfund für Sachverhalte, die zeitlich nach dem 1. April 2019 einzuordnen sind. Da es dem Ombudsmann jedoch gemäß DISP 3.7.6G freisteht, auch einen über diese Höchstgrenze hinausgehenden Betrag unverbindlich zu empfehlen, ist eine Befassung auch bei höheren Beschwerdewerten nicht ausgeschlossen. Somit handelt es sich beim Höchstwert weniger um eine Frage der Jurisdiktion, als um eine des Handlungsspielraums, soll also an dortiger Stelle nochmals aufgegriffen werden.

985 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 241.

986 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 241.

987 *Colinvaux* 13-001; *MacGillivray* 34-054.

988 *Colinvaux* 13-016.

989 *Colinvaux* 13-016.

990 *Colinvaux* 13-016.

991 *MacGillivray* 34-054.

2. Bindungswirkung

Die Bindung der Ombudsmannentscheidung liegt in den Händen des beschwerdeführenden Versicherungsnehmers.⁹⁹² Wenn er die Entscheidung des Ombudsmannes nicht annimmt, entfaltet die Entscheidung keine Bindungswirkung. Es steht dem Versicherungsnehmer frei, den Fall nunmehr vor Gericht zu bringen.⁹⁹³ Das geschieht in der Praxis allerdings nur relativ selten, da gerichtliche Verfahren mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden sind und der FOS den Ruf einer versicherungsnehmerfreundlichen Sachverhalts- und Normauslegung genießt.⁹⁹⁴ Sofern also bereits der FOS nicht zu einer den Erwartungen des Beschwerdeführers entsprechenden Entscheidung gelangt ist, sind die Erfolgchancen vor Gericht nur äußerst gering.⁹⁹⁵

Entschließt sich der Versicherungsnehmer jedoch, die Entscheidung des Ombudsmannes zu akzeptieren, wird sie sowohl für den Versicherungsnehmer als auch für das betreffende Versicherungsunternehmen grundsätzlich bindend.⁹⁹⁶ Von diesem Grundsatz sind allerdings Ausnahmen zu verzeichnen. So ist es dem Versicherungsnehmer nicht verwehrt, einen über die vom Ombudsmann zugesprochene Summe hinausgehenden Schaden vor Gericht einzuklagen, sofern der FOS dem Beschwerdeführer in seiner Entscheidung die zulässige Höchstsumme⁹⁹⁷ zugesprochen hat.⁹⁹⁸ Diese Ausnahme geht auf ein Urteil aus dem Jahre 2012 zurück, in welchem das Gericht in der beschriebenen Konstellation ein Verfahren in einer grundsätzlich bereits vom Ombudsmann behandelten causa zuließ.⁹⁹⁹ Die Entscheidung ist gerade für Fälle mit hohen Schadenssummen hochrelevant. Denn bis dato mussten sich die betroffenen Versicherungsnehmer entscheiden: Entweder sie hofften auf eine schnelle, positive Entscheidung durch den FOS, im Wege derer sie aber, wegen der finanziellen Höchstsumme, nicht den gesamten Schaden ersetzt bekommen konnten.

992 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 33.

993 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 33; *Colinvaux* 13-013.

994 *Colinvaux* 13-013.

995 *Colinvaux* 13-013.

996 Bruck/Möller/Brand § 214 Rn. 33.

997 Aktuell 160.000 bzw. 350.000 Pfund – dazu mehr unter dem Punkt Handlungsspielraum.

998 *Walker/Purves Financial Services Law* 7.108.

999 *Clark and Clark v In Focus Asset Management & Tax Solutions* [2012] EWHC 3669 (QB) – mehr dazu und auch zur Darstellung der vorher geltenden Rechtsprechung unter *Walker/Purves Financial Services Law* 7.108 f.

Oder aber sie mussten ein erhebliches Maß an Zeit und Geld vor Gericht investieren, hatten dafür aber eine Chance auf den Ersatz des Gesamtschadens.

Dem Versicherer steht auch nach Annahme der Entscheidung des Ombudsmannes durch den Versicherungsnehmer grundsätzlich die Möglichkeit des Rückgriffs auf das *judicial review* - Prozedere zu. Das Verfahren ermöglicht es den Versicherern, vor Gericht einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des FOS zu stellen. Diese Option steht den Versicherern erst seit der Umsetzung des FSMA 2000 zur Verfügung, während zuvor die Entscheidungen des IOB keiner vergleichbaren Überprüfung unterzogen werden konnten.¹⁰⁰⁰ Bei der *judicial review* handelt es sich allerdings nicht um eine eigene rechtliche Bewertung des konkreten Sachverhalts durch das Gericht, sondern lediglich um die Prüfung, ob der FOS innerhalb seines Handlungsspielraums unter Beachtung der festgeschriebenen Bewertungskriterien agiert hat.¹⁰⁰¹ Eine Aufhebung der Entscheidung und die Rückverweisung an den FOS erfolgt dabei nur, falls es der Entscheidung in Gänze an ihrer rechtlichen Nachvollziehbarkeit mangelt.¹⁰⁰² Aufgrund dieses beschränkten Prüfungsmaßstabs, des gerichtlich bestätigten weiten Spielraumes des FOS und des verbundenen Kostenrisikos ist die Praxisrelevanz der *judicial review* bis heute gering.¹⁰⁰³

Neben der Bindung des Versicherungsnehmers und des Versicherers durch die Entscheidung des FOS führt auch bereits die Einleitung des Verfahrens (*pending investigation*) zu einer gewissen Bindung des Versicherers.¹⁰⁰⁴ Ab diesem Zeitpunkt ist es dem Versicherer verwehrt, in der in Frage stehenden Angelegenheit weitere rechtliche Schritte gegenüber dem Versicherungsnehmer einzuleiten.¹⁰⁰⁵ Dem Versicherer ist diesbezüglich grundsätzlich auch der direkte Kontakt zum Versicherungsnehmer untersagt. Selbst die hiervon grundsätzlich ausgenommene Unterbreitung

1000 *Birds'* Modern Insurance Law S. 18; *Colinvaux* 13-013; *Summers* 2.64 f.; Die Frage nach der Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Ombudsmannentscheidung zu Zeiten des IOB, war Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens *R v IOB, ex parte Aegon Life Assurance Ltd* [1994] CLC 88 – ausführlich dazu und zur gleichlautenden Folgerechtsprechung *Summers* 2.64 f.

1001 *Summers* 2.66; *Colinvaux* 13-013.

1002 *Summers* 2.67; geschehen so in *R (on the application of Garrison Investment Analysis) v FOS* [2006] EWHC 2466 (Admin) – ausführlich dazu *Summers* 2.67.

1003 *Summers* 2.66.

1004 *Summers* 2.71.

1005 *Summers* 2.71.

von Beilegungsangeboten soll über den FOS als Intermediär erfolgen.¹⁰⁰⁶ Sofern der Versicherer seinem Versicherungsnehmer für den Fall der Inanspruchnahme des FOS mit Konsequenzen droht, kann der FOS den Versicherer zu einer Entschädigung verpflichten und die FCA darüberhinausgehende Maßnahmen gegenüber dem Versicherer ergreifen.¹⁰⁰⁷ Die Bindungswirkung der Entscheidungen des FOS erreicht ein sehr hohes Maß und ist dabei gleichzeitig verbraucherfreundlich ausgestaltet.

3. Entscheidungsmaßstab

Seine Entscheidungen misst der FOS seit seiner Einrichtung stets daran, was er für *fair and reasonable* hält.¹⁰⁰⁸ Das ergibt sich für die Fälle der zwingenden Zuständigkeit aus DISP 3.6.1R, welcher auf sec. 228 des FSMA 2000 Bezug nimmt, und wird durch DISP 3.6.2G auch auf die Konstellationen der freiwilligen Zuständigkeit des Ombudsmannes erweitert. Bei der Bewertung der Frage, was im Einzelfall *fair and reasonable* ist, darf der FOS auf jeden seiner Auffassung nach angemessenen „test“¹⁰⁰⁹ zurückgreifen.¹⁰¹⁰ Damit geht allerdings nicht einher, dass die Bewertung im freien Ermessen des Ombudsmannes liegt, vielmehr ist er zur Berücksichtigung eines normierten Rahmens verpflichtet. Dieser ist in DISP 3.6.4R geregelt. Berücksichtigt werden müssen demnach „*relevant law and regulations, relevant regulator's rules, guidance and standards, relevant codes of practice and where appropriate, what the Ombudsman considers to be good industry practice*“¹⁰¹¹ *at the relevant time*“.¹⁰¹² Auch wenn sich bezüglich der

1006 *Summers* 2.71.

1007 *Colinvaux* 13-004.

1008 *Colinvaux* 13-001; *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 141.

1009 Ein deutsches Pendant ist in der Rechtssprache nicht ersichtlich. Frei übersetzt bedeutet *test* in diesem Kontext wohl „im Rahmen gerichtlicher Urteile entwickelte Methode“.

1010 *Summers* 2.67.

1011 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 243 beschreibt, dass auch zu Zeiten des IOB die Grundsätze von „general principles of good insurance, investment or marketing practice“ bereits von großer Bedeutung waren. Sofern sie mit dem relevanten Recht in Konflikt standen, sollten sie gar die Prinzipien durchsetzen.

1012 Frei übersetzt: das einschlägige Recht, alle weiteren fallrelevanten Regelungen, wie beispielsweise aufsichtsrechtlichen Vorschriften, und, wenn es angebracht ist, auch die Auffassung des FOS hinsichtlich der „guten Praxis“ in der Versicherungsbranche zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt. In welchem Ma-

Ermittlung der *good industry practice* keine Vorgaben in den einschlägigen Regelwerken finden, erfolgt diese im Wesentlichen durch Rückgriff auf die von der FCA veröffentlichten Regeln ICOB und dessen Nachfolger ICOBS.¹⁰¹³ Daneben ist es dem FOS auch erlaubt, eigene Erfahrungswerte in die Bewertung „guter Praxis“ einfließen zu lassen.¹⁰¹⁴ Nicht zuletzt berücksichtigt der FOS auch, ob der Versicherer in vergleichbar gelagerten Fällen – und sei es auch nur aus *ex-gratia* Gründen – Zahlungen an den Versicherungsnehmer geleistet hat.¹⁰¹⁵ Dieser letzte Punkt ist insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des möglichen Bestehens eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Allgemeinen und mit Blick auf die Kulanz im Speziellen von Relevanz. Er wurde entsprechend an dieser Stelle bereits aufgegriffen.¹⁰¹⁶

Aufgrund des mandatorisch bei der Bewertung von *fair and reasonable* zu berücksichtigenden Rahmens sind die Entscheidungen des FOS auf ein breit gefächertes Spektrum an Anhaltspunkten gestützt.

Die Rechtmäßigkeit des Entscheidungsmaßstabs des FOS war unter anderem Gegenstand einer auf Antrag von *Heather, Moor and Edgcomb Limited* vorgebrachten Klage.¹⁰¹⁷ Der *Court of Appeal* bestätigte in seinem Urteil dessen Gesetzmäßigkeit, doch die Kläger ließen es nicht auf der Entscheidung beruhen und wendeten sich mit einem Berufungsgesuch an das *House of Lords*.¹⁰¹⁸ Nachdem das Gesuch abgelehnt wurde, adressierten die Kläger im nächsten Schritt den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).¹⁰¹⁹ Unter anderem wegen des nicht ausschließ-

ße der FOS dabei an die einzelnen Aspekte gebunden ist, wurde als Frage des Handlungsspielraums eingeordnet und wird daher unter Kapitel 15 II. 4. a. genauer erläutert.

1013 *Summers* 2.59; *Colinvaux* 13-003.

1014 *Summers* 2.59; gerichtlich bestätigt in *R (on the application of Keith Williams) v FOS* [2008] EWHC 2142 (Admin).

1015 *Colinvaux* 13-003 Fn. 14, der dabei auf die Technical Note on travel insurance des FOS verweist; so auch bestätigt in der Antwort des Financial Ombudsman Service vom 26. Oktober 2018 auf eine Anfrage vom 25. Oktober 2018.

1016 Siehe dazu Kapitel 14 II. 1.

1017 *R (on the application of Heather, Moor and Edgcomb Limited) v FOS* [2008] EWCA Civ 642 – neben dem Entscheidungsmaßstab waren auch die rechtliche Verankerung, die Zuständigkeit, die Streitbeilegungseigenschaft und die Möglichkeit der Entscheidungsfindung ohne vorherige mündliche Verhandlung des FOS Gegenstand des Rechtsstreits (ausführlich dazu *Walker/Purves* Financial Services Law 7.158 ff.).

1018 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.160.

1019 *Heather, Moor and Edgcomb Limited v United Kingdom* 1550/09 [2011] ECHR 1019.

lich gesetztesbasierten Entscheidungsmaßstabs des FOS sei eine Rechtsstaatlichkeitsverletzung anzunehmen, die sich auf europäischer Ebene als eine Verletzung des Art. 6 EMRK (fair-trial-Grundsatz) niederschläge.¹⁰²⁰ Die Richter des EGMR folgten dieser Argumentation nicht. Sie konstatierten bezüglich der Rechtmäßigkeit des Entscheidungsmaßstabs, dass der *fair and reasonable* - Maßstab nicht so weit gefasst sei, dass man eine grundsätzlich fehlende Vorhersehbarkeit der Entscheidung und damit eine Verletzung des Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes annehmen könnte.¹⁰²¹ Damit ist die Rechtmäßigkeit des Entscheidungsmaßstabs des FOS sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene bestätigt.¹⁰²² Die Maßgeblichkeit der des *fair and reasonable* - Maßstabs wird auf nationaler Ebene auch dadurch untermauert, dass die FCA bemüht ist, ihre Vorschriften und Leitlinien an den Entscheidungsmaßstab des FOS anzupassen.¹⁰²³

Der FOS unterliegt bei seinen Entscheidungen, auch wenn gleiche Entscheidungen in vergleichbar gelagerten Fällen angestrebt werden, keiner Selbstbindung.¹⁰²⁴ Bereits ergangene Entscheidungen des FOS sind kein Bestandteil des Entscheidungsmaßstabs.

4. Handlungsspielraum

Die Auseinandersetzung mit dem Handlungsspielraum des FOS gewinnt nochmals an Bedeutung, wenn man sich vor Augen führt, dass im Vereinigten Königreich nur eine äußerst geringe Anzahl der versicherungsrecht-

1020 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.160.

1021 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.161 – zusammenfassend mit Blick auf *Heather, Moor and Edgecomb Limited v United Kingdom* 1550/09 [2011] ECHR 1019.

1022 Auch im Anschluss an die vorgenannten ergangenen gerichtlichen Entscheidungen besteht die Kritik am Entscheidungsmaßstab in der Literatur jedenfalls mit Blick auf bestimmte Fallkonstellationen fort. Abstrakt wird kritisiert, dass die Diskrepanzen zwischen der gerichtlichen Entscheidungsfindung und der des FOS geeignet seien, die Rechtssicherheit zu erschüttern. Insbesondere in Fällen, in denen der FOS zugunsten des Versicherers von rein rechtlich gesehen nicht zu beanstandende Versicherungsbedingungen abweicht, sollen daher den Versicherungsnehmer belastende aber die damit die Rechtssicherheit wahren Entscheidungen in Betracht gezogen werden. (Hierzu *Summers* 5.75).

1023 *Summers* 2.76.

1024 *Summers* 2.57; *Colinvaux* 13-003.

lichen Streitigkeiten vor Gericht ausgetragen werden.¹⁰²⁵ Auch, wenn die Entwicklung und Überwachung von Industriestandards formal nicht zum Aufgabenbereich des FOS zählt, hat die Arbeit des FOS in der Praxis immer wieder Einfluss auf die Schaffung und Aktualisierung von relevanten Maßstäben.¹⁰²⁶ Vor diesem Hintergrund fällt die Wahl der Versicherungsnehmer in aller Regel auf den FOS. Der Handlungsspielraum des FOS ist als weitreichend zu bezeichnen. Diese These lässt sich durch verschiedene in der Folge aufzuzeigende Aspekte untermauern.

a. Fehlende Bindung an common law

Einer der wesentlichen Gründe hierfür ist bereits im Rahmen der Erläuterung des Entscheidungsmaßstabs angeklungen: Der FOS ist bei seiner Entscheidung nicht ausschließlich an das geltende Recht gebunden.¹⁰²⁷ Während im Zusammenhang mit dem Entscheidungsmaßstab noch die theoretisch bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Aspekte thematisiert wurden, ist es wiederum eine Frage des Handlungsspielraums, wie sich diese grundsätzlich zu berücksichtigenden Aspekte in der Praxis auf den Spielraum des Ombudsmannes auswirken. Im Gerichtsurteil des *Court of Appeal*, in welchem gerichtlich die Berechtigung des Ombudsmanns zur Abweichung vom *common law* festgehalten wurde, machte das Gericht zugleich Ausführungen zum gemäß DISP 3.6.4R rechtlich notwendigen Grad der Berücksichtigung des Rechts.¹⁰²⁸ So befand es das Gericht im konkreten Fall für ausreichend, dass der Ombudsmann in seiner Entscheidung geschrieben hatte „*while I have taken into account the relevant law, I have determined this complaint based on what, in my opinion, is fair and reasonable bearing in mind all the circumstances of this case*“.¹⁰²⁹ Die Anfor-

1025 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 141.

1026 *McGee* Modern Law of Insurance 2.16; so führt *Walker/Purves* Financial Services Law 7.157 aus, dass die Auffassung des FOS im Rahmen der Umsetzung des Consumer Insurance Act 2012 Berücksichtigung gefunden hat und auch in einer Entscheidung des Court of Appeal (*Rubenstein v HSBC Bank Plc* [2012] EWCA Civ 1184) beachtet wurde.

1027 *Colinvaux* 13-003 und siehe Ausführungen zum Entscheidungsmaßstab sowie *R (on the application of Heather, Moor and Edgecomb Limited) v FOS* [2008] EWCA Civ 642.

1028 *R (on the application of Heather, Moor and Edgecomb Limited) v FOS* [2008] EWCA Civ 642.

1029 Auf deutsch übersetzt: „obwohl ich das geltende Recht berücksichtigt habe, habe ich diese Beschwerde auf der Grundlage dessen entschieden, was meiner

derungen an die Berücksichtigung des geltenden Rechts bei der Entscheidungsfindung sind als in geringem Maße ausgeprägt zu bezeichnen.¹⁰³⁰ Aus der in DISP 3.6.4R verankerten Verpflichtung zur Berücksichtigung des geltenden Rechts kann daher auch lediglich eine marginale Einschränkung des Handlungsspielraums des FOS folgen.

Zum geltenden Recht gehören im Vereinigten Königreich neben den rechtlichen Vorschriften gemäß dem *doctrine of precedent* auch die Präzedenzfälle¹⁰³¹, weswegen die vorangegangenen Ausführungen zu den rechtlichen Normen auch zur Berücksichtigung von ergangenen Gerichtsurteilen gelten. Da Dispute zwischen Versicherungsnehmern und Versicherern selten vor Gericht landen, ist die Kasuistik im Versicherungsrecht weniger umfassend und damit von geringerer Bedeutung als in anderen Rechtsgebieten.¹⁰³²

De facto kann und wird der FOS jedoch von einer hypothetischen gerichtlichen Entscheidung abweichen und darf insbesondere auch darüber hinausgehen.¹⁰³³ Besondere Aufmerksamkeit wurde in diesem Zusammenhang immer wieder Entscheidungen des FOS zuteil, in denen der Ombudsmann den Versicherer zum Ersatz des dem Versicherungsnehmer entstandenen Verzugsschadens verpflichtete. Konkret sprach der FOS den Versicherungsnehmern einen Betrag zur Kompensation von erfahrener *distress and inconvenience*¹⁰³⁴ zu.¹⁰³⁵ Mag der Zuspruch von Verzugsschäden dem deutschen Leser aufgrund des hinlänglich bekannten § 286 BGB nicht überraschen, so bewegte sich der FOS hiermit lange Zeit außerhalb der gerichtlichen Möglichkeiten. Bis zur Umsetzung des *Enterprise Act 2016*, welcher den Versicherer zur Zahlung in „reasonable time“ verpflichtet¹⁰³⁶ und damit gleichzeitig erstmals mittelbar (bei Verletzung der Pflicht) einen Anspruch des Versicherungsnehmers auf Ersatz eines aufgrund verspäteter Zahlung entstandenen Schadens normierte, sahen sich die Gerichte an Präze-

Meinung nach unter Berücksichtigung aller Umstände dieses Falles fair und angemessen ist.“ *R (on the application of Heather, Moor and Edgcomb Limited) v FOS* [2008] EWCA Civ 642.

1030 *Summers* 2.60.

1031 *Hodgin* Insurance Law S. 504.

1032 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 141.

1033 *MacGillivray* 34-055, der sich dabei unter anderem auf *R. v Financial Ombudsman Services Ltd Ex p IFG Financial Services Ltd.* [2006] 1 B.C.L.C., 534 bezieht.

1034 Frei übersetzt wohl: vom Versicherer im Rahmen der Schadensabwicklung verursachte Unannehmlichkeiten.

1035 *Summers* 3.5, 3.10.

1036 Insurance Act 2015 sec. 13 A – der Enterprise Act 2016 stellte eine Ergänzung des Insurance Act 2015 dar.

denzfälle gebunden und hatten einen solchen Anspruch stets verneint.¹⁰³⁷ Unter anderem die fehlende Bindung an *common law* macht den FOS somit zu einer sehr potenten Einrichtung.

Neben der fehlenden Bindung an rechtliche Normen und Präzedenzfälle, ist der FOS auch nicht an seine eigenen Entscheidungen gebunden.¹⁰³⁸ Die zuerst im Rahmen des Entscheidungsmaßstabs angesprochene fehlende Selbstbindung des Ombudsmannes führt bezogen auf den Handlungsspielraum dazu, dass der FOS sich durch ergangene Entscheidungen nicht für die Zukunft in seinem eigenen Spielraum beschneidet.

b. Keine Bindung an den Versicherungsvertrag

Auch der Wortlaut des Versicherungsvertrags setzt dem Handlungsspielraum keine Grenzen. Während sich das Gericht an das Auslegungsprinzip *ordinary and natural meaning within the factual matrix* (Bewertung der tatsächlichen und üblichen Bedeutung der im Vertrag verwendeten Formulierungen unter Berücksichtigung des Kontexts) gebunden sieht, gilt das nicht für den FOS.¹⁰³⁹ Der FOS muss sich bei seiner Bewertung nicht an die Versicherungsbedingungen halten, kann über den Wortlaut hinausgehen und sogar das Gegenteil annehmen, sofern er es für *fair and reasonable* hält.¹⁰⁴⁰ Exemplarisch lässt sich die Entscheidung des FOS vom 3. Mai 2013 bezüglich des Disputs zwischen *Mr. W* und *Zurich Insurance Plc* anführen.¹⁰⁴¹ In dieser befand es der FOS für *fair and reasonable*, *Mr. W* so zu behandeln, als hätte er ein versicherbares Interesse, obwohl dies entsprechend des Versicherungsvertrags unstreitig nicht der Fall war.¹⁰⁴² Schlussendlich legte der Ombudsmann dem Versicherer nahe, den von *Mr. W* geltend gemachten Anspruch trotz eindeutigen Vertragswortlauts nochmals in Betracht zu ziehen.¹⁰⁴³ Auch die fehlende Bindung an den

1037 So beispielsweise in *Sprung v Royal Insurance (UK) Ltd* [1997] CLC 70 – ausführlich dazu *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 244 ff. und *Summers* 3.5 f.

1038 *Summers* 2.57; *Colinvaux* 13-003.

1039 *Summers* 5.3 ff., 5.75.

1040 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 141; *Summers* 5.3 ff., 5.75.

1041 FOS Entscheidung vom 3. Mai 2013 Decision Reference DRN5335876 – abrufbar unter <https://www.ombudsman-decisions.org.uk/viewPDF.aspx?FileID=6840> (abgerufen Mai 2021).

1042 A.a.O. S. 3.

1043 A.a.O. S. 4.

Versicherungsvertrag untermauert somit den weitreichenden Handlungsspielraum des FOS.

c. Umfassender finanzieller Spielraum

Bei seiner Einrichtung wurde der FOS mit der Befugnis ausgestattet, bindende Entscheidungen bis zu einer Summe von 100.000 Pfund (exklusive Zinsen) zu fällen.¹⁰⁴⁴ Der dem FOS zugestandene finanzielle Spielraum war damit von Anfang an sehr umfangreich gewählt. Nichtsdestotrotz erfolgte zum 1. Januar 2012 eine erste signifikante Erhöhung um fünfzig Prozent auf 150.000 Pfund.¹⁰⁴⁵ Dieser folgte sieben Jahre später zum 1. April 2019 eine weitere Erhöhung. Diesmal wurden unterschiedliche Grenzwerte für Sachverhalte, die vor und für solche die an oder nach dem 1. April 2019 stattgefunden haben, eingeführt. Der erste liegt nunmehr bei 160.000 Pfund, der zweite bei 350.000 Pfund. Damit hat sich der finanzielle Handlungsspielraum seit der Gründung des FOS verdreieinhalbfacht.

Sofern der FOS einen über die Höchstsumme hinausgehenden Betrag für angemessen befindet, ist es ihm gem. FSMA 2000 Sec 229 (5) und DISP 3.7.6G gestattet, diesbezüglich unverbindliche – grundsätzlich nicht durchsetzbare¹⁰⁴⁶ – Empfehlungen auszusprechen. Ausnahmsweise durchsetzbar sind diese Empfehlungen dann, wenn sich die Parteien, im Vertrauen auf die rechtliche Kompetenz des FOS, auf eine entsprechende Ausweitung des finanziellen Handlungsspielraums geeinigt haben.¹⁰⁴⁷

Ziel der Geldentschädigung ist grundsätzlich die finanzielle Wiederherstellung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte (vergleichbar mit der in § 249 Abs. 1 BGB verankerten Naturalrestitution im deutschen Recht).¹⁰⁴⁸ Darüber hinaus kann der FOS unter *fair and reasonable* - Gesichtspunkten gem. DISP 3.7.2R auch eine finanzielle Kompensation für *pain and suffering*; (...) *damage to reputation*; or (...) *distress*

1044 *Han* Policyholder's reasonable expectations S. 141; *Summers* 3.2; *MacGillivray* 34-056.

1045 *Walker/Purves* Financial Services Law 7.108.

1046 *Summers* 3.3 unter Verweis auf *Bunney v Burns Anderson plc* [2009] EWHC 1240 (Ch).

1047 *Summers* 3.4 unter Verweis auf case study 74/10 – abrufbar in Ombudsman News December 2008/2009, S. 21 unter <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/2909/74.pdf> (abgerufen Januar 2020).

1048 *Summers* 3.1.

or *inconvenience*¹⁰⁴⁹ zusprechen. Alle Entscheidungen über Summen, die innerhalb des jeweils geltenden Grenzwerts liegen sind gem. FSMA 2000 sec. 229 (8)(b) auch gerichtlich durchsetzbar. Darüber hinaus werden die Versicherer über DISP 1.4.4R verpflichtet, etwaigen durch den FOS auferlegten Zahlungsverpflichtungen umgehend (*promptly*) Folge zu leisten. Der finanzielle Handlungsspielraum des FOS ist somit überaus umfangreich.

d. Verhängung weiterer Maßnahmen

Neben der Möglichkeit, dem Versicherer zugunsten des beschwerdeführenden Versicherungsnehmers eine Zahlungspflicht aufzuerlegen, stattet FSMA 2000 sec. 229 (2)(b) den FOS auch noch mit weiteren Handlungsoptionen aus. So ist es dem FOS demnach gestattet, den Versicherer anzuweisen, „solche Schritte mit Blick auf den Beschwerdeführer zu unternehmen, die der Ombudsmann für richtig und angemessen hält“ („*take such steps in relation to the complainant as the ombudsman considers just and appropriate*“). Dabei ist es dem Ombudsmann ausdrücklich gestattet, auch solche Maßnahmen zu ergreifen, die einem Gericht in diesem Fall nicht zur Verfügung stünden („*whether or not a court could order those steps to be taken*“). Die Anweisungen sind gemäß FSMA 2000 sec. 229 (9), (10) ebenso wie die auferlegten Zahlungsverpflichtungen, gerichtlich durchsetzbar. Zudem entfaltet der bereits im Rahmen des finanziellen Spielraums angesprochene DISP 1.4.4R auch bezüglich der weiteren Maßnahmen des FOS seine Wirkung und verpflichtet die Versicherer, entsprechenden Anweisungen umgehend nachzukommen.

e. “Wider implication process”

Den Handlungsspielraum des FOS komplettiert der sogenannte *wider implication process*. Hierbei handelt es sich um ein für Fallkonstellationen von genereller Bedeutung konzipiertes Prozedere, im Rahmen dessen die

1049 Frei übersetzt wohl: „erfahrene Schmerzen und Leiden, Reputationsschäden oder Ärger und Unannehmlichkeiten“; Neben „*distress or inconvenience*“ werden bedeutungsgleich „*trouble or upset*“ verwendet – dazu *Colinvaux* 13-041.

FCA und der FOS miteinander kooperieren.¹⁰⁵⁰ Generelle Bedeutung im Sinne des *wider implication process* haben zum einen neu aufgetretene Problematiken, die eine große Anzahl von Verbrauchern oder Unternehmen tangieren oder die finanzielle Stabilität eines unter Aufsicht stehenden Unternehmens in Gefahr bringen.¹⁰⁵¹ Zum anderen kommen Konstellationen in Betracht, in welchen Klarstellungsbedarf hinsichtlich bestimmter Vorschriften, Leitlinien oder der gängigen Praxis der FCA besteht.¹⁰⁵²

Das Prozedere kann durch die FCA, den FOS aber auch durch eine *interested party* (zum Beispiel Verbraucher- oder Unternehmerorganisationen) in Gang gesetzt werden.¹⁰⁵³ Anschließend beraten die FCA und die FOS gemeinsam darüber, ob ein Fall von genereller Bedeutung im Sinne des *wider implication process* vorliegt.¹⁰⁵⁴ Sofern dies der Fall ist, stehen der FCA mehrere Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Sie kann die aufgezeigte Problematik für derart akut befinden, dass sie sich zu einer aufsichtsrechtlichen Lösung derselben entschließt.¹⁰⁵⁵ Sieht die FCA dagegen keinen eigenen Handlungsbedarf, nimmt der FOS eine jeweils individuelle Streitbeilegung vor.¹⁰⁵⁶ Quasi als Mittelweg kann die FCA für den FOS zusätzliche Auslegungshilfen bezüglich der relevanten aufsichtsrechtlichen Normen zur Verfügung stellen, die der FOS zukünftig bei seiner Entscheidung berücksichtigen wird.¹⁰⁵⁷

Einen Fall, in welchem der FOS im Rahmen des *wider implication process* in besonderem Maße Einfluss auf die versicherungsrechtliche Praxis genommen hat, gab es beispielsweise im Jahre 2004.¹⁰⁵⁸ Zu diesem Zeitpunkt hatte der FOS vermehrt Beschwerden im Zusammenhang mit der Pflegeversicherung (*long-time-care-insurance*) erhalten und daraufhin den *wider implication process* eingeleitet.¹⁰⁵⁹ Die Aufsichtsbehörde (zu diesem Zeitpunkt noch die FSA) entschloss sich dazu, ein *Statement of Good Practice*¹⁰⁶⁰ zu veröffentlichen und darin die Kernaussagen der durch den FOS

1050 Lowry/Rawlings/Merkin S. 55; Summers 2.76.

1051 Summers 2.76.

1052 Summers 2.76.

1053 Lowry/Rawlings/Merkin S. 55.

1054 Summers 2.76.

1055 Summers 2.76.

1056 Summers 2.76.

1057 Summers 2.76.

1058 Summers 2.77.

1059 Summers 2.77.

1060 Wohl vergleichbar mit einem Rundschreiben der BaFin.

getroffenen Einzelfallentscheidungen abzubilden.¹⁰⁶¹ Sofern sich die unter Aufsicht stehenden Unternehmen nicht an das Statement hielten, konnten fortan aufsichtsrechtliche Maßnahmen durch die FSA ergriffen werden.¹⁰⁶² Dieses Beispiel veranschaulicht, dass auch der *wider implication process* eine veritable und praxisrelevante Handlungsmöglichkeit des FOS darstellt.

Auf den ersten Blick eine selbstständige Maßnahme, de facto aber eine Variante des *wider implication process*¹⁰⁶³, sind die in DISP 3.4.2R ff. normierten *test cases*.¹⁰⁶⁴ Unter dem Vorbehalt der Zustimmung des beschwerdeführenden Versicherungsnehmers (DISP 3.4.2R), darf der FOS eine Beschwerde exemplarisch für vergleichbar gelagerte Fallkonstellationen an ein Gericht verweisen. Voraussetzungen sind die Darlegung der besonderen Bedeutung von Seiten des Beschwerdegegners (DISP 3.4.2R (1)), sowie die Verpflichtung zur Erstattung der dem Beschwerdeführer durch das erstinstanzliche Verfahren entstehenden Kosten. Der FOS muss die Auffassung bezüglich der besonderen Bedeutung teilen und zur Überzeugung gelangen, dass sich der Fall besser für eine exemplarische Gerichtsentscheidung eignet, als für eine Einzelfallentscheidung des FOS (DISP 3.4.2R (2)). Das entsprechende Gerichtsurteil ist als Bestandteil des *case law*, das wiederum zum geltenden Recht zählt, im Rahmen von zukünftigen Entscheidungen des FOS gemäß DISP 3.6.4R bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

5. Zusammenfassung

Im Unterschied zur Befassung mit der FCA, konnte auf eine Herausarbeitung der maßgeblichen Norm verzichtet werden – vorliegend kommt ein Verstoß der Kulanzpraxis gegen den *fair and reasonable* - Ansatz in Betracht. Der *fair and reasonable* - Ansatz wird vom FOS weit ausgelegt und hat einer gerichtlichen Überprüfung auf nationaler Ebene ebenso wie vor dem EGMR standgehalten. Bereits heute schon fließen vergangene Kulanzentscheidungen in ähnlich gelagerten Fällen in die Bewertung dessen, was *fair and reasonable* ist, ein.¹⁰⁶⁵ Daneben konnte der *fair and reasonable* -

1061 *Summers* 2.77.

1062 *Summers* 2.77.

1063 *Summers* 2.78.

1064 Zu entsprechenden Beispielen *Summers* 2.78.

1065 Siehe hierzu und zur Bedeutung für die Gleichbehandlung im Kontext der Kulanz im Speziellen die Ausführungen zur *Technical Note* des FOS in Kapitel 14 II. 1.

Ansatz im Rahmen der Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes herangezogen werden. Insofern besteht sowohl eine Verknüpfung zur Kulanz als auch zum im Vereinigten Königreich in diesem Kontext maßgeblichen Rechtsgrundsatz. Unter anderem hieraus ergibt sich die Maßgeblichkeit des *fair and reasonable* - Ansatzes im Lichte des Untersuchungsgegenstandes. Der Handlungsspielraum des FOS ist dabei sehr weit gefasst. Im Rahmen der Einzelfallentscheidung darf er, neben dem Zuspruch von finanziellen Ansprüchen, jede Maßnahme wählen, die er für gerecht und angemessen hält. Neben der Einzelfallentscheidung kommt darüber hinaus auch eine Zusammenarbeit mit der FCA im Rahmen des *wider implication process* in Betracht. Durch diese, ebenso wie durch die Summe der Einzelfallentscheidungen, war der FOS bereits in der Vergangenheit in der Lage, die Aufsichts- und Versicherungspraxis maßgeblich zu beeinflussen. In Summe ergibt sich ein umfassender Handlungsspielraum, der vom FOS regelmäßig genutzt wird, um gezielt unbillige Härten abzufedern.¹⁰⁶⁶ Insofern hat FOS fraglos das Potenzial, in Bezug auf die Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis große Wirkung zu entfalten.

III. Zusammenfassung

Während die FCA grundsätzlich nicht mit dem Schutz der individuellen Belange der Versicherten beauftragt ist, schließt der FOS diese Lücke. Beide sind mit einer breiten Handlungspalette ausgestattet, wobei insbesondere dem FOS erhebliche Kompetenzen zugestanden werden. Allerdings ist auch die FCA durch das prinzipienbasierte Aufsichtssystem in der Lage, ein umfassendes Spektrum an Verstößen zu ahnden und darüber hinaus, beispielsweise im Wege der Einleitung von Untersuchungen und öffentlichen Debatten, erheblichen Einfluss auf die Versicherungspraxis auszuüben. Somit können beide Akteure gemeinsam grundsätzlich einen umfassenden Schutz der Versicherten, gerade im Kontext des Untersuchungsgegenstandes, gewährleisten. Die enge Verzahnung beider Akteure trägt hierzu maßgeblich bei.

1066 *Clarke* Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, S. 244; *Summers* 3.5.

Kapitel 16. Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen

Die Analyse der einzelnen Entscheidungen sowie der Entwicklung der Kasuistik in der Gesamtschau ist geeignet, nicht nur einen fundierten Einblick in das zukünftig zu erwartende Agieren der Akteure zu gewähren, sondern auch potenziell Rückschlüsse auf zu erwartende Entwicklungen in der Vergleichsjurisdiktion Deutschland zuzulassen.

I. Stand der Rechtsprechung

1. Einleitung und Überblick

In der Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs liegen die bedeutenden Urteile zur Kulanz zu größten Teilen bereits über ein Jahrhundert zurück. Das ist zunächst auf die Geltung des *case law* zurückzuführen, wonach bei der Rechtsfindung auf bereits ergangene Urteile zu rekurrieren ist und auch historische Urteile in der Gegenwart Geltung verlangen können. Die fortbestehende Bedeutung historischer Entscheidungen lässt allerdings auch Rückschlüsse auf die Rechtsentwicklung zu. Denn historische Entscheidungen können nur dann weiterhin maßgeblich herangezogen, wenn bereits im Rahmen dieser Entscheidungen alle auch heute für wesentlichen Aspekte abgedeckt wurden. Das wiederum setzt voraus, dass die Kulanz in den vergangenen Jahrzehnten unter rechtlichen Gesichtspunkten keinen erheblichen Änderungen unterlag.

Eine weitere erläuterungsbedürftige Besonderheit ist der häufige Rückgriff auf australische und neuseeländische gerichtliche Entscheidungen. So finden sich in den in der Literatur häufig zitierten Urteilen zur Kulanz neben Entscheidungen von Gerichten des (heutigen) Vereinigten Königreichs auch Urteile von Gerichten dieser beiden Länder. Dieser Rückgriff ist historisch gesehen mit der ehemaligen Zugehörigkeit Australiens und Neuseelands zum Vereinigten Königreich und der bis heute fortbestehenden Anwendung des *common law* zu erklären. Unter rechtlichen Gesichtspunkten ergeben sich hieraus bis heute weitgehend vergleichbare Rechtsordnungen.

Neben den Gerichtsentscheidungen anderer Länder werden in der privatversicherungsrechtlichen Literatur des Vereinigten Königreichs nicht nur versicherungsspezifische, sondern auch auf branchenfremde Entscheidungen thematisiert. So betrifft beispielsweise eine häufig im Zusammenhang mit der Kulanz im Versicherungsrecht zitierte Entscheidung die Frage nach der Zulässigkeit von reputationsfördernden Spenden durch eine Eisenbahngesellschaft.¹⁰⁶⁷

2. Exemplarische Darstellung der ergangenen Rechtsprechung im Vereinigten Königreich

Wie auch in Deutschland bildete sich über die Jahrzehnte jeweils zu bestimmten die Kulanz betreffenden Rechtsfragen eine dezidierte Kasuistik heraus. Während sich die erste Gerichtsentscheidung, die *ex-gratia* explizit erwähnte, im Jahre 1864 noch abstrakt mit der Zulässigkeit der Kulanz befasste und diese bejahte¹⁰⁶⁸, dominierten fortan insbesondere Entscheidungen zur Frage des Bestehens von Regressansprüchen des Versicherers gegen den Schädiger die einschlägige Jurisprudenz.

Bereits im Jahre 1896 wurde entschieden, dass der Versicherer Regressansprüche geltend machen dürfe, obwohl keine Leistungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer bestanden habe.¹⁰⁶⁹ Maßgeblich für das Bestehen des Regressanspruches sei, dass die Leistung des Versicherers zur Tilgung eines dem Versicherungsnehmer entstandenen Schadens bestimmt war.¹⁰⁷⁰ Ein ähnlich gelagerter und vielfach entschiedener Fall, hat die Konstellation zum Gegenstand, in welcher der Versicherer erst im Anschluss an die Regulierung das Nichtbestehen der Leistungspflicht mit Sicherheit feststellt.¹⁰⁷¹ Gegen das Bestehen eines Regressanspruches wur-

1067 *Tomkinson v. South-Eastern Railway Company* [1887] 35 Ch.D. 675.

1068 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374; Ein Anteilseigner der Versicherung hatte gegen eine Kulanzentscheidung zugunsten eines anderen Versicherungsnehmers geklagt. Ausführlich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt siehe Kapitel 13 I. 3 und Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol 60 (2018)) para. 193.

1069 *King v Vicoria Insurance Co* [1896] A.C. 250; Vgl. *Jing Journal of Maritime Law and Commerce* Vol. 43, Iss. 1, S. 129 Fn. 74; Vgl. *Colinvaux* 12-031.

1070 *King v Vicoria Insurance Co* [1896] A.C. 250; *Colinvaux* 12-031.

1071 *Eagle Star and British Dominions Insurance Co v Cayzer Irvine & Co* [1928] 30 LI. L.R. 19; *ICI Australia Operations Pty Ltd v WorkCover Authority of NSW* [2004] 60 N.S.W.R. 18; *Advanced Arbor Services Pty Ltd v Phung* [2009] N.S.W.S.C.,

de dagegen in einem Fall argumentiert, in welchem zwei Versicherer je hälftig für einen dem Versicherungsnehmer entstandenen Schaden hätten aufkommen müssen, einer der Versicherer jedoch freiwillig den kompletten Schaden reguliert hatte.¹⁰⁷² Der rechtliche Maßstab, nach welchem über das Bestehen von Regressansprüchen des Versicherers entschieden wird, wurde letztmalig im Jahr 1971 in bedeutendem Maße ergänzt. In *Sidney Turf Club v Crowley* wurde ausdrücklich etabliert, dass es für das Bestehen eines Regressanspruchs auf den guten Glauben des Versicherers im Rahmen der Kulanz ankommen müsse.¹⁰⁷³

Ebenfalls von großer Bedeutung sind die Entscheidungen zur zukünftigen Bindung der Versicherer durch vergangene Kulanzentscheidungen. Besonders relevant ist dabei die 1913 ergangene Entscheidung *London and Manchester Plate Glass Co Ltd v Heath*. In dieser stellte das Gericht klar, dass in der Vergangenheit praktizierte Kulanz den Versicherer nicht hinsichtlich zukünftiger ähnlich oder identisch gelagerter Fälle bindet und damit zur Kulanz verpflichtet.¹⁰⁷⁴ Dieses Urteil wurde auch knapp hundert Jahre später noch bestätigt.¹⁰⁷⁵

Die drei maßgeblichen Fallgruppen sind somit Entscheidungen zur Zulässigkeit der Kulanz per se, zu etwaigen sich aus der Kulanz ergebenden Regressansprüchen, sowie zur zukünftigen Bindung der Versicherer. Eine gerichtliche Befassung mit der Kulanz im Lichte des als maßgeblich herausgearbeiteten Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, entsprechend der obigen Ausführungen¹⁰⁷⁶, bis dato nicht ersichtlich.

1331; *Wabbits Pty Ltd v Godfrey* [2009] N.S.W.S.C. 1299; ausführlich zu den Urteilen zu den Regressansprüchen siehe *Colinvaux* 12-031 ff.

1072 *Legal and General Insurance Society Ltd v Drake Insurance Co Ltd* [1992] 2 QB 887; Vgl. Merkin Tolley's Insurance Handbook S. 81.

1073 *Sidney Turf Club v Crowley* (1971) 1 N.S.W.R. 724; Vgl. *Colinvaux* 12.031.

1074 *London and Manchester Plate Glass Co Ltd v Heath* [1913] 3 KB 411 (CA) per Buckley LJ at 418; Vgl. *Birds'* Modern Insurance Law S. 300 f.; Vgl. *Mance/Goldrein/Merkin* S. 335 f., 11.158; Vgl. *Colinvaux* 11-181.

1075 *Kosmar Villa Holidays Plc v Trustees of Syndicate 1243* [2008] Lloyds Rep. I.R. 43; Vgl. *Colinvaux* 11-181; Vgl. *O'Dowd/Birds* Encyclopedia of Insurance Law S. 4138.

1076 Siehe hierzu insbesondere Kapitel 14 II. 1.

II. Stand aufsichtsrechtlicher Befassungen

1. Einleitung und Überblick

Bei der FCA und auch bei ihrer Vorläuferbehörde, der FSA, lassen sich nur einige wenige Befassungen mit der Kulanz feststellen. Dies ist allerdings in Relation zum historischen Kontext zu setzen. Die ersten Schritte auf dem Weg zur Gründung einer Versicherungsaufsicht wurden zwar bereits mit der Verabschiedung des *Financial Services Act 1986* unternommen. Die finale Einrichtung der staatlichen Aufsichtsbehörde erfolgte allerdings erst mit der Jahrtausendwende.¹⁰⁷⁷

Darüber hinaus ist bei der Evaluation der aufsichtsrechtlichen Handlungen zu beachten, dass gerichtlich bereits 135 Jahre bevor die Versicherungsaufsicht ihre Arbeit aufnahm, über die Zulässigkeit der Kulanz entschieden worden war.¹⁰⁷⁸ Dieses Urteil wird bis heute im Zusammenhang mit der Kulanz als maßgebliche Entscheidung ins Feld geführt¹⁰⁷⁹ und hat wohl einen wesentlichen Teil der aufsichtlichen Befassung mit der Kulanz im Vereinigten Königreich obsolet gemacht.

2. Aufsichtliche Befassung mit der Kulanz im Vereinigten Königreich

Bei der aufsichtlichen Befassung sind im Wesentlichen zwei Handlungsstränge herauszustellen. Zunächst befasste sich die FCA in ihren Regularien und den diesbezüglichen Arbeitsanweisungen an die Versicherer unmittelbar mit dem Begriff der Kulanz. In ihrem *Complaint Handling Kompendium* widmet sich die Aufsichtsbehörde dem Konfusionspotenzial der Begriffe „*ex-gratia*“ und „*gesture of goodwill*“ im Zusammenhang mit „*distress and inconvenience*“ (vom Versicherer im Rahmen der Schadensabwicklung verursachte Unannehmlichkeiten) und kommt zu dem Schluss, dass zwischen den einzelnen Begriffen, in Bezug auf ihre Bedeutung, kein Unterschied feststellbar sei.¹⁰⁸⁰ In der Konsequenz wurden Versicherungsunternehmen, die bis dato hier eine Unterscheidung vorgenommen hatten, angewiesen, ihre Mitarbeiter diesbezüglich umzuschulen.¹⁰⁸¹ Wirft

1077 Ausführlich dazu Kapitel 13 III. 1 a.

1078 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374 (Vgl. oben Kapitel 16 I. 2).

1079 Siehe Kapitel 16 I. 2.

1080 *Complaint Handling Kompendium* der FCA S. 19.

1081 *Complaint Handling Kompendium* der FCA S. 19.

man allerdings einen Blick in das *FCA Handbook* wird in den *reporting rules* unter DISP¹⁰⁸² 1.10.3 wiederum eine begriffliche Unterscheidung vorgenommen¹⁰⁸³, die im eindeutigen Widerspruch zu den obigen Ausführungen steht. Diese Befassung mit der Kulanz ist insoweit inkonsistent.¹⁰⁸⁴

Eine möglicherweise mittelbar im Zusammenhang mit der Kulanz stehende Entwicklung ist die bereits ausführlich thematisierte¹⁰⁸⁵ Untersuchung der FCA mit dem Titel *Price discrimination in financial services* (Preisdiskriminierung im Finanzdienstleistungssektor) dar.¹⁰⁸⁶ Diese konnte maßgeblich bei der Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes herangezogen werden und stellt eine wesentliche Verschiebung des aufsichtlichen Fokus dar. Der untersuchten Frage, ob versicherungstechnisch gleiche Versicherungsnehmer für das gleiche Geld den gleichen Versicherungstarif bekommen, schließt sich denklogisch die Frage an, ob Versicherungsnehmer im gleichen Tarif auch die gleiche Behandlung durch den Versicherer erfahren. Auch zur letzteren Frage wäre also eine Untersuchung der FCA plausibel und schlussendlich auch konsequent. Da die Kulanz – wie festgestellt – untrennbar mit dem Versicherungsverhältnis verbunden ist, wäre auch die Kulanz in all ihren Varianten hiervon unmittelbar betroffen. Eine Befassung mit der Kulanz durch die Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ist aufgrund der vorgenannten Entwicklungen durchaus möglich. Somit lässt sich auch hinsichtlich der Untersuchung jedenfalls ein mittelbarer Zusammenhang zur Kulanz herstellen.

Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Regelkulanz scheinen weder die FCA noch die FSA zu sehen – jedenfalls mangelt es an diesbezüglichen Äußerungen. Auch zur Zulässigkeit der Kulanz im Allgemeinen lassen sich keine Aussagen von Seiten der Versicherungsaufsicht finden.

1082 Abschnitt „Dispute Resolution: Complaints“ im Handbook of Rules and Guidance der FSA (heute FCA) = DISP.

1083 FCA Handbook DISP 1.10.3 – abrufbar unter <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DISP/1/10.html> (abgerufen Mai 2021).

1084 Zum Ganzen siehe bereits Kapitel 13 I. 3.

1085 Siehe hierzu und zu den Parallelentwicklungen bei FOS, Regierung und Verbraucherschutzorganisationen insbesondere Kapitel 14 II. 1.

1086 *FCA Research Note* von Juli 2018 – abrufbar unter https://www.fca.org.uk/publication/research/price_discrimination_in_financial_services.pdf (abgerufen Mai 2021).

III. Zusammenfassung

Im Vereinigten Königreich gibt es zur Kulanz drei maßgebliche Urteilsstränge, deren Ursprung jeweils bereits über ein Jahrhundert zurückliegt. Gegenstand der Urteile waren die grundsätzliche Zulässigkeit der Kulanz, das Bestehen von sich aus der Kulanz ergebenden Regressansprüchen sowie die Frage nach der zukünftigen Selbstbindung des Versicherers durch Kulanzentscheidungen. Die ungemindert fortbestehende Bedeutung der historischen Urteile ist insbesondere auf die Geltung des *case law* zurückzuführen.

Die maßgeblichen Handlungen der Versicherungsaufsichtsbehörde sind dagegen der jüngeren Vergangenheit zuzuordnen, was schlicht auf das kurze Bestehen der Versicherungsaufsicht zurückzuführen ist. Zum einen setzte sich die FCA mit den begrifflichen Nuancierungen einzelner Kulanzvarianten auseinander. Zum anderen tangierte die FCA mittelbar die Kulanz, als sie die angesprochene Untersuchung zur Preisdiskriminierung der Versicherungsnehmer initiierte.

Teil 4 – Rechtsvergleich zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich

Kapitel 17. Einzelvergleichsergebnisse zu den in beiden Jurisdiktionen beleuchteten Aspekten

Nachdem in Teil 1, 2 und 3 die diesbezüglichen Grundlagen geschaffen wurden, soll nachfolgend der Vergleich beider Jurisdiktionen erfolgen. Hierbei sollen in diesem Kapitel zunächst die in beiden Rechtsordnungen aufgegriffenen Aspekte im Einzelnen gegenübergestellt werden, um abschließend im darauffolgenden Kapitel einen aussagekräftigen Gesamtvergleich ziehen zu können.

I. Vergleich der Terminologie – Versicherung, Versicherungsvertragsrecht und Kulanz

Bereits mit Blick auf die englische Terminologie zeigen sich erhebliche Unterschiede zwischen den Vergleichsjurisdiktionen.

1. Der Begriff der Versicherung

Wie auch in Deutschland fehlt es im Vereinigten Königreich an einer Legaldefinition der Versicherung. Allerdings wird die Versicherung, anders als im deutschen Recht, vornehmlich als private und individuelle Entscheidung behandelt. Historisch gesehen, drückt sich dieser Unterschied in der Bedeutung der Versicherungsbörse Lloyd's aus, bei welcher das individuelle Vertragsverhältnis ebenfalls im Vordergrund steht. Eine weitere wesentliche Abweichung findet sich in der vertraglichen Pflicht des Versicherers. Während die Leistungspflicht des Versicherers im deutschen Recht im Schadensfall besteht, schuldet der Versicherer im Vereinigten Königreich die Schadensvermeidung. Der Eintritt des Versicherungsfalles stellt daher einen Vertragsbruch dar und begründet eine Schadensersatzpflicht des Versicherers.

2. Der Begriff des Versicherungsrechts

Im Einklang mit der zuvor aufgezeigten Bedeutung der Privatautonomie im Versicherungsvertragsrecht unterliegt dieses im Vereinigten Königreich nur einem geringen Maße an spezialgesetzlichen Regelungen. In Deutschland finden sich unter anderem mit dem VVG und dem VAG sowohl versicherungsvertragsrechtlich als auch versicherungsaufsichtsrechtlich umfassende Regelwerke. Im Vereinigten Königreich wird für Regelungen zum Versicherungsvertrag im Wesentlichen auf, das allgemeine Vertragsrecht, Seeverversicherungsrecht, *case law* und in jüngster Vergangenheit nunmehr auch auf den *Consumer Insurance Act* rekurriert. Die versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen verteilen sich ebenso auf diverse Rechtsquellen, wobei insbesondere die aufsichtsrechtlichen Prinzipien von Bedeutung sind. Vor dem Hintergrund der insgesamt weitgehenden Normierung spezialgesetzlicher Vorschriften besteht im Vereinigten Königreich gar ein rechtswissenschaftlicher Streit, ob überhaupt von einem eigenen Versicherungsrecht gesprochen werden kann. Diese Frage stellt sich in Deutschland zweifelsohne nicht.

3. Der Begriff der Kulanz

Wie auch in Deutschland finden sich im Vereinigten Königreich im Kontext der Kulanz diverse Nuancierungen, die teilweise synonym verwendet werden, teilweise Bedeutungsunterschiede aufzeigen sollen. Diese sorgen aber bereits für sich gesehen für Unklarheiten bei den Unternehmen und der Aufsicht. An einem vergleichbaren Oberbegriff wie dem Terminus „Kulanz“ – zunächst einmal ungeachtet seines Bedeutungsinhalts – fehlt es im Vereinigten Königreich bisher in Gänze. Die vorgeschlagene Einführung eines solchen wäre aufgrund der bestehenden Unklarheiten und auch der jahrhundertlang bestehenden Bedeutung der Kulanz im Vereinigten Königreich wünschenswert. In Summe vermögen die einzelnen Begrifflichkeiten ein breites Spektrum des hier vertretenen Kulanzbegriffs abzudecken und gehen damit wohl auch über die bisherigen engen und weiten Kulanzbegriffe in Deutschland hinaus. Der Umfang des hier vorgeschlagenen Kulanzbegriffs wird aber nicht erreicht.

II. Vergleich der rechtlichen Verankerung

Neben dem terminologischen Vergleich, kann auch die rechtliche Verankerung gegenübergestellt werden. Eine rechtliche Verankerung der Kulanz im Privatversicherungsrecht findet sich im Vereinigten Königreich ebenso wenig wie in Deutschland. Dies ist aus zweierlei Gründen auch nicht verwunderlich. Zum einen ist der Kodifikationsgrad im Vereinigten Königreich deutlich geringer als in Deutschland und insofern würde eine Normierung von in Deutschland nicht kodifizierten Aspekten der versicherungsrechtlichen Praxis im Vereinigten Königreich überraschen. Zum anderen wäre eine Kodifikation ohne eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Kulanzbegriff wohl kaum möglich und an einer solchen fehlt es, wie bereits dargestellt, ebenso wie an einer umfassenden Begrifflichkeit.

III. Vergleich der Akteure in der Privatversicherung

Einen wesentlichen Bestandteil der Ausführungen über das Privatversicherungsrecht sowohl mit Blick auf Deutschland, als auch mit Blick auf das Vereinigte Königreich, stellt jeweils die Befassung mit den relevanten Akteuren, im Speziellen der Aufsicht und den Ombudsmännern dar.¹⁰⁸⁷

1. Versicherungsaufsicht

Die Versicherungsaufsicht in Form einer staatlichen Aufsichtsbehörde hat im Vereinigten Königreich keine mit der deutschen Versicherungsaufsicht vergleichbare Tradition. Während die deutsche Versicherungsaufsicht auf eine mehr als hundertjährige Geschichte zurückblicken kann¹⁰⁸⁸, unterlag der Versicherungssektor im Vereinigten Königreich bis zur Umsetzung des FSMA 2000 maßgeblich der Selbstregulierung. Dieser Umstand stellt einen erheblichen Unterschied dar. Mit ihrer Errichtung übernahm die FSA dann aber als einheitliche Aufsichtsbehörde für den gesamten Finanzdienstleistungssektor eine Vorreiterrolle in Europa und war diesbezüglich

1087 Analog zum bisher gewählten Aufbau erfolgt an dieser Stelle eine Gegenüberstellung unter Ausnahme der Handlungsmöglichkeiten sowie der ergangenen Entscheidungen (Siehe hierzu sogleich Kapitel 17 V. und Kapitel 17 VI.).

1088 Siehe hierzu Kapitel 4 IV 1.

der BaFin voraus. In der verhältnismäßig kurzen Zeitspanne seit ihrer Errichtung unterlag die Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich mit der Umstrukturierung von FSA zu FCA und den damit verbundenen Kompetenzverschiebungen bereits erheblichen strukturellen Änderungen.

Ebenso wie die BaFin finanziert sich die Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich vollständig über eine von den beaufsichtigten Unternehmen erhobene Umlage. Hinsichtlich des sich daraus jeweils erwirtschafteten Budgets ergeben sich allerdings erhebliche Unterschiede. Während sich das Budget der BaFin im Jahr 2020 auf rund 436,5 Millionen Euro belief, hatte die FCA etwa 707 Millionen Euro¹⁰⁸⁹ zur Verfügung. Die Budgetunterschiede bilden sich auch teilweise in der knapp anderthalbfach so hohen Mitarbeiterzahl ab.

2. Versicherungsombudsmann

Während die Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich im Vergleich zur deutschen Versicherungsaufsicht auf eine erheblich kürzere Historie zurückblickt, gilt mit Blick auf die Versicherungsombudsmänner beider Jurisdiktionen das Gegenteil – so nahm der Versicherungsombudsmann im Vereinigten Königreich bereits 1981¹⁰⁹⁰, und damit zwanzig Jahre vor seinen deutschen Pendanten, seine Arbeit auf. Mittlerweile handelt es sich in Form des FOS, im Unterschied zu den deutschen Versicherungsombudsmännern, um einen sektorübergreifenden Ombudsmann, wodurch auch die erheblich größere Mitarbeiter- und Gesamtbeschwerdezahl zu erklären sind. Eine Unterscheidung zwischen einem allgemeinen Versicherungsombudsmann und einem Ombudsmann für den Sektor der privaten Krankenversicherung gibt es, im Gegensatz zu Deutschland, systemimmanent nicht. Eine vergleichbare Beilegungsstruktur auf den unterschiedlichen Ebenen des FOS ist in Deutschland ebenfalls nicht ersichtlich. Gerade auf der ersten und zweiten Ebene (1. Informelle Telefonate, 2. Befassung durch Adjudikatoren) werden beim FOS aber die meisten Beilegungen erzielt. Die verbindlichen Entscheidungen der beim FOS tätigen Ombudsmänner machen nur rund ein Zehntel der beigelegten Fälle aus. Der Versicherungsombudsmann in Deutschland fällt dagegen seit Jahren in rund 60 % der Fälle verbindliche Entscheidungen.

1089 Rund 630 Millionen Pfund – umgerechnet in Euro basierend auf dem Jahresmittelkurs von 2020, der bei 0,89 Pfund = 1 Euro lag.

1090 Damals noch der IOB als Vorläufer des FOS.

Die den Versicherungssektor im Allgemeinen betreffenden – bereinigten¹⁰⁹¹ – Beschwerdeeingänge liegen im Vereinigten Königreich, insbesondere auch unter Berücksichtigung der knapp ein Fünftel geringeren Bevölkerungszahl, signifikant über den in Deutschland kombiniert zu verzeichnenden Eingängen.¹⁰⁹² Diese Diskrepanz kann auf verschiedene Faktoren zurückgeführt werden. Auf Seiten des Vereinigten Königreichs tragen wohl die hohen Kosten und der erhebliche Aufwand der gerichtlichen Rechtsverfolgung maßgeblich zu den hohen Fallzahlen bei.¹⁰⁹³ Möglicherweise auch hierdurch begünstigt, genießt der FOS eine enorme Bekanntheit im Vereinigten Königreich.¹⁰⁹⁴ Eine vergleichbare Bekanntheit hat die Verbraucherstreitbeilegung in Deutschland nicht.¹⁰⁹⁵ Zwar sind die Versicherer auch in Deutschland grundsätzlich verpflichtet, auf die Möglichkeit der Hinzuziehung des Ombudsmanns hinzuweisen.¹⁰⁹⁶ Diesen Hinweisen wird aber wohl bis dato keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt.¹⁰⁹⁷ Daneben unterliegen in Deutschland, anders als im Vereinigten Königreich, nicht alle beaufsichtigten Versicherungsunternehmen automatisch der Jurisdiktion der Ombudsmänner. Vielmehr erfolgt die Unterwerfung qua Vereinsbeitritt, sodass Versicherungsnehmern von Nicht-Vereinsmitgliedern der Weg zum Ombudsmann von Vorneherein

1091 Hier sind immer wieder Sondereffekte zu verzeichnen, wie zum Beispiel die erhöhten Beschwerdeeingänge zur *payment protection Insurance* (Restschuldversicherung), die das Ergebnis verzerren und daher an dieser Stelle herausgerechnet wurden.

1092 Eingangszahlen zum Versicherungssektor in den Berichtsjahren 2016/17 und 2017/18 von je rund 35.000 bei einer Bevölkerung von 66 Millionen. (Vereinigtes Königreich) ggü. kombinierten Eingangszahlen von rund 27.000 und einer Bevölkerung von 82 Millionen (Deutschland).

1093 *Hodgin Insurance Law* S. 741.

1094 Ausweislich der *Annual Review of the Financial Ombudsman Service* 2017/2018, S. 72, gaben im Rahmen einer repräsentativen Online-Befragung mit über 8000 Teilnehmern 84% der Frauen und 92% der Männer an, den FOS zu kennen – abrufbar unter <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/2023/full-review.pdf> (abgerufen Mai 2021).

1095 *Braun VuR* 2019, 130 (132).

1096 §§ 36, 37 VSBG verpflichteten die Unternehmen auf ihrer Website allgemein und im Beschwerdefall konkret auf die auf die einschlägige Verbraucherstreitbeilegungsstelle hinzuweisen und den diesbezüglichen Teilnahmewillen, sofern vorhanden, kundzutun.

1097 *Braun VuR* 2019, 130 (134).

verschlossen bleibt.¹⁰⁹⁸ Der wohl entscheidende, eine geringere Bekanntheit und niedrigere Fallzahlen in Deutschland begünstigende, Unterschied liegt vermutlich aber darin, dass es in Deutschland an einer einheitlichen Anlaufstelle für alle Branchen im Finanzdienstleistungssektor fehlt. Vereinfacht dargestellt führt die Kenntnis des *Ombudsmann der privaten Banken* beim Verbraucher in Deutschland schlicht nicht dazu, dass er auch die Versicherungsombudsmänner kennt. Ein verständiger Verbraucher könnte wohl folgern, dass das Bestehen einer entsprechenden Einrichtung wahrscheinlich wäre. Allerdings sieht er sich dann aber beispielsweise damit konfrontiert, dass hier eine andere Verfahrensordnung maßgeblich ist. Selbstverständlich sind alle erforderlichen Informationen im Zeitalter des Internets grundsätzlich erreichbar. Die Befassung hiermit erfordert aber dennoch einen gewissen zeitlichen Aufwand und Informationswillen, der womöglich von der Einreichung einer Beschwerde abhält oder abschreckt.

Die Finanzierung des FOS erfolgt, wie auch bei den beiden deutschen im Privatversicherungssektor tätigen Ombudsmännern, durch die Versicherungsunternehmen. Allerdings obliegt der FCA im Vereinigten Königreich die Genehmigung des Budgets des FOS. Eine vergleichbare finanzielle Verknüpfung zwischen Ombudsmann und Aufsichtsbehörde kennt das deutsche Versicherungsrecht nicht.¹⁰⁹⁹

IV. Vergleich der maßgeblichen Rechtsgrundsätze

Der Vergleich der Jurisdiktionen Deutschland und Vereinigtes Königreich zeigt, dass dem deutschen Versicherungsrecht erheblich mehr potenziell für die Kulanz relevante Rechtsgrundsätze eigen sind, als dies im Vereinigten Königreich der Fall ist. Zwar ist das Privatversicherungsrecht im Vereinigten Königreich, wie festgestellt werden konnte, durchaus in erheblichem Maße grundsatz- und prinzipiengeprägt. Hiervon hat aber eine große Zahl einen derart speziellen Wirkbereich, dass eine ausführliche Befassung im Lichte des Untersuchungsgegenstandes von vorneherein aus-
schied.

Ebenso wie im deutschen Privatversicherungsrecht, besteht auch im Vereinigten Königreich bereits seit langem unbestrittenermaßen ein Grund-

1098 Hiervon ist allerdings nur ein geringer Teil der Versicherungsnehmer betroffen, da dem *Versicherungsombudsmann e.V.* 270 Versicherer mit einem Marktanteil von 95% angehören.

1099 Zum Verhältnis von FCA und FOS darüber hinaus noch Kapitel 17 V.

satz von Treu und Glauben. Dieser ist allerdings nicht deckungsgleich mit dem aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsatz, dessen Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand im deutschen Recht herausgearbeitet werden konnte. Das *doctrine of utmost good faith* ist mit seiner seeversicherungsrechtlichen Normierung privatversicherungsspezifisch – es wird gar als wesentliches Abgrenzungskriterium zum allgemeinen Vertragsrecht angesehen. Daneben ist nicht unumstritten, ob eine Geltung über das vorvertragliche Stadium hinaus angenommen werden kann und falls ja, welche Bedeutung dem Grundsatz in diesem Fall zukommen soll.¹¹⁰⁰ Es finden sich allerdings Hinweise in der einschlägigen Literatur, die auf einen zukünftigen Bedeutungszuwachs hindeuten, sodass eine Relevanz für die Kulanz jedenfalls zukünftig plausibel wäre.

Während in Deutschland das Prinzip der Gefahrengemeinschaft trotz (mittelbar) gegenläufiger gesetzgeberischer Bemühungen weiterhin von grundsätzlicher Bedeutung ist und ihm im Kontext der Kulanz eine besondere Erheblichkeit zukommt, konnte ein vergleichbarer Rechtsgrundsatz im Vereinigten Königreich nicht nachgewiesen werden. Das ist maßgeblich darauf zurückzuführen, dass das Risikokollektiv zwar unbestritten von kalkulatorischer Relevanz ist. Unter rechtlichen Gesichtspunkten steht aber nichtsdestotrotz, aufgrund der überragenden Bedeutung der Privatautonomie, die historisch gesehen durch Lloyd's im Versicherungsrecht des Vereinigten Königreichs im besonderen Maße ausgeprägt ist, der Individualvertrag im Vordergrund. Diese Sichtweise wird in der Literatur und Rechtsprechung unverändert anerkannt und auch in der Aufsichts- und Ombudsmannpraxis fehlt es an anderweitigen Hinweisen.

Trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses bildet sich auch im Vereinigten Königreich ein Gleichbehandlungsgrundsatz heraus. Diese auf den ersten Blick bestehende Gemeinsamkeit zum deutschen Versicherungsrecht ist aber nichtsdestotrotz ebenfalls von Unterschieden geprägt. Denn während in Deutschland hinsichtlich der Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Allgemeinen und die des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Besonderen – bedingt durch die Literatur und gesetzgeberische Entwicklungen – zunehmend ein Rückgang zu beobachten ist, ist im Vereinigten Königreich das Gegenteil der Fall. Die Bedeutung der Gleichbehandlung im Versicherungsrecht ist hier, aufgrund dahingehender Initiativen von Seiten der Versicherungsaufsicht, des Ombudsmannes, Verbraucherschutzorganisationen und sogar dem Gesetzgeber klar als ansteigend einzustufen.

1100 Vgl. zum Ganzen Kapitel 14 I. 1.

V. Vergleich der maßgeblichen Handlungsmöglichkeiten der relevanten Akteure

1. Handlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde

Zwischen der deutschen Versicherungsaufsicht und der Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich lassen sich bereits bezüglich der Verankerung der Handlungsmöglichkeiten erhebliche Unterschiede feststellen. Während die BaFin bei ihrer Arbeit auf gesetzliche Regelungen, die überwiegend spezialgesetzlich im VAG verankert sind, rekurriert, übt die FCA ihre Aufsichtstätigkeit im Wesentlichen prinzipienbasiert aus. Ein Vorteil dieser prinzipienbasierten Aufsicht ist grundsätzlich, dass Prinzipien aufgrund ihrer abstrakten Fassung seltener Umgehungsbemühungen der Unternehmen ausgesetzt sind, als das bei spezialgesetzlichen Normen mit weitgehend eindeutigem Regelungsgehalt der Fall ist. Hierdurch wird ein effektiveres Entgegenwirken gegen Missstände ermöglicht.¹¹⁰¹ Dieser scheinbare Unterschied realisiert sich in der Praxis zunächst aber kaum, da die BaFin auf eine extrem weit gefasste Generalklausel zurückgreift. Ihr Inhalt wird ebenso weitgehend durch die Aufsichtsbehörde selbst ausgefüllt, wie das bei der FCA und ihren Aufsichtsprinzipien der Fall ist.

Hinsichtlich der Handlungsmöglichkeiten von BaFin und FCA sind grundsätzlich keine erheblichen Abweichungen festzustellen, was auch darauf zurückzuführen ist, dass die BaFin im Wege der Generalklausel grundsätzlich auf jede Maßnahme, die sie für geeignet hält, zurückgreifen kann. Neben dem Entzug der Lizenz und der Verhängung von Geldstrafen steht der FCA, ebenso wie der BaFin, insbesondere auch die Möglichkeit des *shamings* zur Verfügung. Ein mit dem im Vereinigten Königreich praktizierten vergleichbarer *executive settlement discount* ist in Deutschland allerdings nicht bekannt. Auch sind die sich aus § 319 VAG ergebenden Möglichkeiten deutlich enger gefasst als die vergleichbaren Kompetenzen der FCA. Die BaFin übt im Wege der Veröffentlichung von Rundschreiben bereits seit langem ein erhebliches Maß an Einfluss aus und macht hiervon auch heute noch vielfach Gebrauch. Auch die FCA greift zunehmend auf sogenannte *softer outputs* zurück, beispielsweise durch die Veröffentlichung der Ergebnisse eigens durchgeführter Untersuchungen und die diesbezügliche Einleitung öffentlicher Debatten.

Während es damit abstrakt scheinbar keine maßgeblichen Unterschiede gibt, gilt etwas anderes jedenfalls im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand. Das weite Aufsichtsverständnis der BaFin ist erheblicher Kri-

1101 Kovas Financial Conduct Authority S. 36

tik ausgesetzt.¹¹⁰² Eine Änderung der aufsichtlichen Handhabe in einem (wettbewerbs)sensiblen Bereich, könnte die Kritiker bestärken und ultimativ zu einer Beschneidung der aufsichtlichen Kompetenzen führen. Das gilt es unbedingt zu vermeiden. Insofern ließe sich überspitzt formulieren, dass die Kritiker bereits jetzt die BaFin erfolgreich in ihrem Handlungsspielraum einschränken. Die FCA scheut sich dagegen nicht, ihr aufsichtliches Mandat zugunsten des Verbraucherschutzes erheblich auszuweiten. Zwar wird das bestehende Machtverhältnis zwischen FCA und Versicherern ebenfalls nicht gänzlich unkritisch gesehen.¹¹⁰³ Allerdings scheinen die in Deutschland prominenten Deregulierungsbestrebungen nicht in vergleichbarem Maße Anklang zu finden. Im Ergebnis hat die FCA damit im konkreten Fall unter praktischen Gesichtspunkten umfassendere Handlungsmöglichkeiten.

Ein Unterschied besteht daneben wohl auch in der allgemeinen Art der Ausübung des Handlungsspielraums, da der FCA diesbezüglich nachgesagt wird, so zu agieren, dass an der betroffenen Stelle „kein Gras mehr wächst.“¹¹⁰⁴

2. Vergleich der Handlungsmöglichkeiten der Versicherungsombudsmänner

Auch hinsichtlich der Handlungsmöglichkeiten der im Versicherungssektor tätigen Ombudsmannseinrichtungen bestehen wesentliche Unterschiede. Vorausgeschickt sei an dieser Stelle nochmals, dass es sich beim FOS im Gegensatz zu den deutschen Ombudsmännern um eine für den Versicherungssektor – und auch darüber hinaus für den Finanzdienstleistungssektor – einheitliche Einrichtung handelt, sodass sich die zum Handlungsspielraum des FOS getroffenen Aussagen auf den gesamten Versicherungssektor erstrecken.

Der FOS hat – gegenüber dem deutschen Versicherungsombudsmann mit einer Bindungswirkung bis zu einem Streitwert von 10.000 Euro und dem PKV-Ombudsmann, dem es in Gänze an der Möglichkeit fehlt, rechtlich bindende Entscheidungen zu fällen – einen erheblich umfassen-

1102 Ausführlich hierzu siehe Kapitel 11. I.

1103 Zu sehen beispielsweise an den Änderungen im Bereich des *executive settlement discounts*; siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 15 I. 2. d.

1104 *Gatschke* Verbraucherzentrale Bundesverband im Rahmen eines Vortrages anlässlich der Jahrestagung des DVfVw 2019.

deren finanziellen Handlungsspielraum. Dieser unterlag in der jüngeren Vergangenheit auch noch erheblichen Erhöhungen¹¹⁰⁵ und erstreckt sich für aktuelle Fälle mittlerweile auf 350.000 Pfund. Diese Erhöhungen sind, neben den hohen Fallzahlen aus dem Versicherungssektor, auch Ausdruck davon, dass eine Vielzahl der versicherungsrechtlichen Streitigkeiten geldeterminiert nicht vor den Gerichten, sondern vor dem Ombudsmann ausgetragen werden. Geschuldet ist das unter anderem den kosten- und zeitintensiven Gerichtsverfahren im Vereinigten Königreich¹¹⁰⁶, denen der Gesetzgeber mit der Einrichtung eines mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten, verbraucherfreundlichen Ombudsmanns zu begegnen sucht. Während der Zeitaufwand für eine Rechtsverfolgung vor deutschen Gerichten auch keineswegs unerheblich ist, so ist das Kostenrisiko für den Versicherungsnehmer in Deutschland jedenfalls geringer als im Vereinigten Königreich. Die Entscheidungen des FOS sind ebenso wie die des Versicherungsombudsmanns gerichtlich durchsetzbar, wohingegen dies nicht auf die Entscheidungen des PKV-Ombudsmanns zutrifft.

Abweichend zu den deutschen Versicherungsombudsmännern unterhält der FOS enge Beziehungen zur Versicherungsaufsichtsbehörde. Neben der bereits thematisierten Verknüpfung auf finanzieller Ebene¹¹⁰⁷, ist auch auf Ebene des Handlungsspielraums das Interagieren der beiden Einrichtungen normativ angelegt. Ausdruck hiervon ist insbesondere der *wider implication process*. Wohl auch aufgrund der engen Verknüpfung von Ombudsmann und Aufsichtsbehörde haben die Entscheidungen des FOS in der Vergangenheit zu Gesetzesänderungen beigetragen.¹¹⁰⁸ Die Ombudsmanneinrichtungen im Versicherungssektor in Deutschland wurden dagegen – jedenfalls mittelbar – von den Versicherern selbst ins Leben gerufen, sodass eine geringere Interaktion systemimmanent ist und wohl auch Ausdruck der Pflicht zur Unabhängigkeit sein dürfte. Anstelle einer Anrufung der Aufsichtsbehörde ist jedenfalls der Versicherungsombudsmann befugt¹¹⁰⁹, die Durchführung des Verfahrens abzulehnen, um so im

1105 Die Erhöhungen erfolgte schrittweise von 100.000 Pfund, auf 150.000 Pfund im Jahr 2012 und auf 160.000 Pfund für Fälle vor dem 1. April 2019 und 350.000 Pfund für Fälle nach dem 1. April 2019. Ausführlich dazu in Kapitel 15 II. 4. d. Umfassender finanzieller Spielraum.

1106 Bruns § 35 Rn. 47, 50.

1107 Die FCA genehmigt unter anderem das Budget des FOS – ausführlich dazu in Kapitel 13 III. 3. d.

1108 Siehe hierzu Kapitel 13 III. 3. c. und Kapitel 15 II. 4.

1109 Die diesbezügliche Ermächtigung ergibt sich aus § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 b VSBG.

Idealfall eine gerichtliche Klärung des Sachverhalts herbeizuführen. Daneben besteht eine sich aus § 34 Abs. 3 VSBG ergebende Berichtspflicht für die deutschen Versicherungsombudsmanneinrichtungen, sofern bezüglich bestimmter Geschäftspraktiken eine Häufung an Beschwerden festzustellen ist.¹¹¹⁰

Der wohl maßgeblichste Unterschied zwischen den Einrichtungen der Vergleichsjurisdiktionen ergibt sich allerdings aus dem praktizierten Entscheidungsmaßstab. Auch wenn die Satzungen und das VSBG den deutschen Ombudsmännern bereits gewisse Spielräume lassen¹¹¹¹, sieht sich jedenfalls der Versicherungsombudsmann weitgehend strikt an den Versicherungsvertrag sowie Recht und Gesetz gebunden.¹¹¹² Eine Befassung mit der Kulanz oder mit den maßgeblichen Rechtsgrundsätzen ist hier bis dato nicht erfolgt. Der FOS agiert in seiner Entscheidung wesentlich freier. Der *fair and reasonable* - Maßstab hält ihn zwar dazu an, die vorgenannten Aspekte in seine Bewertung der Sachlage miteinfließen zu lassen, gewährt ihm aber gleichzeitig erhebliche Freiheiten. Hieraus resultieren zum Teil erheblich von der Rechtslage im Allgemeinen und der Vertragslage im Speziellen abweichende Entscheidungen, die von einem Gericht so nicht ausgesprochen werden könnten. Hierbei nutzt der FOS seinen weit gefassten Handlungsspielraum auch gezielt, um als unbillig empfundene Härten für den Verbraucher abzufedern.¹¹¹³ Für die Kulanz im Speziellen ist von besonderer Relevanz, dass der Ombudsmann im Vereinigten Königreich bei seiner Entscheidungsfindung anhand des *fair and reasonable* - Maßstabs unter anderem berücksichtigt, ob und inwiefern in ähnlichen Fällen in der Vergangenheit Kulanzentscheidungen ergangen sind. Hieraus wird unmittelbar ersichtlich, dass der, unter anderem aus der Anwendung des *fair and reasonable* - Maßstabs hergeleitete, Gleichbehandlungsgrundsatz in den Augen des FOS bereits jetzt Bedeutung für die Kulanz entfaltet. Ein vergleichbares Anerkenntnis dieses Zusammenhangs ist auf Seiten der

1110 Dieser Bericht erreicht dabei jedoch nicht unmittelbar die BaFin, sondern ist an die zuständige Behörde zu übermitteln (Vgl. § 34 Abs. 2 Satz 2 VSBG). Diese ist im Falle der Versicherungsombudsmänner das Bundesamt für Justiz (Vgl. § 214 VVG).

1111 Siehe hierzu bereits Kapitel 9 II., Kapitel 11 II und nochmals Kapitel 19 II.

1112 Der PKV-Ombudsmann hat hier zwar ein etwas weiteres Verständnis, kann dafür aber keine verbindlichen Entscheidungen treffen.

1113 Beispielhaft zu nennen ist der vom FOS lange Zeit praktizierte Ersatz von durch verspätete Zahlung der Versicherer entstandenen Verzugschäden, welcher nach der geltenden Rechtsordnung im Vereinigten Königreich zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgesehen war (s. hierzu Kapitel 15 II. 4 a.).

deutschen Ombudsmänner im Versicherungssektor nicht zu erkennen. Der PKV-Ombudsmann spricht zwar Empfehlungen zu Kulanzzahlungen aus, berücksichtigt dabei aber soweit ersichtlich keine vergangenen Kulanzentscheidungen. Wenn überhaupt erfolgt hier wohl unausgesprochen ein Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

In Summe führen diese Unterschiede dazu, dass der FOS eine erheblich bedeutendere Rolle im Gefüge der Versicherungspraxis einnimmt, als dies hinsichtlich der deutschen Ombudsmänner momentan der Fall ist.

VI. Vergleich Stand gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen

1. Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen in der vergleichenden Gesamtschau

Die Kasuistik zur Kulanz im Vereinigten Königreich reicht historisch noch weiter zurück, als die maßgeblichen Urteile in Deutschland. Unmittelbar die erste bekannte Entscheidung hatte dabei die abstrakte Zulässigkeit der Kulanz zum Gegenstand.¹¹¹⁴ Hierbei handelt es sich bis heute um die maßgeblich zitierte Entscheidung zur Zulässigkeit der Kulanz, woran ersichtlich wird, dass in den Augen der Gerichte im Vereinigten Königreich die Kulanzpraxis keinen wesentlichen, rechtserheblichen Änderungen unterlegen haben kann. Ein entsprechendes Urteil ist in Deutschland nicht unmittelbar ersichtlich, aber auch hier zeugen die Entscheidungen nicht von erheblich geänderten Rechtsauffassungen. Anders als bei der Betrachtung der deutschen Urteile ist im Vereinigten Königreich keine Abnahme bei der Frequenz zu erkennen. In vergleichbarem Maße haben sich jedoch bestimmte, von den Gerichten für wesentlich befundene, Fallkonstellationen herausgebildet und, wie auch in Deutschland, sind vor allem die Regressansprüche in diesem Zusammenhang Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen. Eine Befassung der Gerichte des Vereinigten Königreichs mit der Kulanz im Lichte der maßgeblichen Rechtsgrundsätze ist nicht festzustellen. Da aber das *doctrine of utmost good faith* im Vereinigten Königreich wohl erst noch weiterer Entwicklung bedarf, bevor sich sein Wirkungsbereich auf die Kulanz erstrecken könnte und

1114 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374 – Ausführlich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt siehe Kapitel 13 I. 3 Kulanz – englische Terminologie; Vgl. Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol 60 (2018)) para. 193.

auch der Gleichbehandlungsgrundsatz erst aus aktuellen praktischen Entwicklungen abgeleitet werden konnte, verwundert dies nicht. In Deutschland befassten sich die Gerichte mit der Kulanz lediglich im Kontext des Grundsatzes von Treu und Glauben. Entscheidungen zum Verhältnis der Kulanz zum Prinzip der Gefahrengemeinschaft oder einem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sind dagegen nicht ersichtlich.

2. Evaluation der Anordnungen und sonstigen Handlungen der Aufsichtsbehörden in der vergleichenden Gesamtschau

Die Versicherungsaufsicht in Deutschland hat sich in der Vergangenheit vielfach mit der Kulanz befasst und dabei begrifflich bestimmte Kulanzvarianten, wie beispielsweise die *Regelkulanz*, geprägt. Sie hat eigene Definitionsansätze geschaffen und dezidiert dargelegt, welche Varianten sie für zulässig, welche dagegen für unzulässig hielt.¹¹¹⁵ Vergleicht man die Intensität der Befassung der deutschen Versicherungsaufsicht und der Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich mit der Kulanz allein anhand der Anzahl der diesbezüglich ergangenen Anordnungen und sonstigen Handlungen, läge es auf der Hand, von einer geringen aufsichtsrechtlichen Relevanz der Kulanz im Vereinigten Königreich auszugehen. Diese isolierte Betrachtung der Zahlen wird der Sachlage allerdings nicht gerecht. Vielmehr ist der historische Kontext zu berücksichtigen. Während die Hochphase der Befassung der deutschen Versicherungsaufsichtsbehörde mit der Kulanz in den 1980er Jahren erfolgte¹¹¹⁶, war die staatliche Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal gegründet. Die ersten diesbezüglichen Schritte wurden zwar bereits 1986 mit der Verabschiedung *Financial Services Act 1986* in die Wege geleitet, doch die finale Einrichtung der staatlichen Aufsichtsbehörde erfolgte erst mit der Jahrtausendwende.¹¹¹⁷ Ein Vergleich der Befassungsintensität ist mithin bis zum Zeitpunkt Errichtung der Versicherungsaufsicht naturgemäß nicht möglich.

Nicht zuletzt ist bei einer vergleichenden Evaluation der aufsichtsrechtlichen Handlungen mit Blick auf die Kulanz im Vereinigten Königreich zu beachten, dass gerichtlich bereits 135 Jahre bevor die Versicherungsaufsicht ihre Arbeit aufnahm, über die Zulässigkeit der Kulanz entschie-

1115 Siehe hierzu bereits auch Kapitel 5 I.

1116 Siehe hierzu Kapitel 10 I.

1117 Ausführlich dazu Kapitel 13 III. 1 a.

den worden war.¹¹¹⁸ Aufgrund der Anwendung des *case law* wird diese bis heute als maßgebliche Entscheidung ins Feld geführt.¹¹¹⁹ Dieser Umstand hat wohl eine aufsichtliche Befassung mit der Zulässigkeit – die in Deutschland einen wesentlichen Teil der herausgearbeiteten Äußerungen ausmachte – im Vereinigten Königreich obsolet gemacht. Simultan zur Einrichtung der FSA war auch in Deutschland ein Abflachen des aufsichtsrechtlichen Handelns festzustellen.¹¹²⁰ Insofern ist zu resümieren, dass die jeweiligen aufsichtsrechtlichen Handlungen zwingend unter Berücksichtigung des Gesamtkontexts zu betrachten sind und, seit es in beiden Ländern Aufsichtsbehörden gibt, im Wesentlichen eine vergleichbare Intensität der Befassung festzustellen ist.

Die Versicherungsaufsicht im Vereinigten Königreich hat sich im Rahmen ihrer unmittelbaren Befassung mit der Kulanz lediglich der Bezeichnung der Kulanz gewidmet und dabei widersprüchliche Aussagen getroffen. Eine unmittelbare inhaltliche, rechtliche Befassung ist dabei nicht festzustellen. Insbesondere wurden durch die FSA und FCA keine Aussagen zur Zulässigkeit der Kulanz im Allgemeinen getroffen. Hierbei handelt es sich um einen klaren Unterschied zur deutschen Aufsichtspraxis. Ein Problem hinsichtlich der Zulässigkeit der Regelkulanz scheinen, mangels diesbezüglicher Äußerungen, weder die FCA noch die FSA zu sehen. Auch das ist unter Berücksichtigung des historischen Kontexts jedoch weniger überraschend als es zunächst erscheinen mag. Denn seit Einrichtung der Aufsichtsbehörde im Vereinigten Königreich ist es, sofern es um die Regelkulanz geht, um die BaFin ebenfalls ruhig geworden. Da die BaFin eindeutige Gelegenheiten versäumte, ihre Kritik zur Regelkulanz zur wiederholen oder hiergegen vorzugehen, konnte hieraus eine geänderte Handhabe abgeleitet werden. Auch insgesamt scheint die BaFin von der ursprünglich allgemein kritischen Haltung gegenüber der Kulanz abgerückt zu sein.¹¹²¹

Eine unmittelbare Befassung mit den maßgeblichen Rechtsgrundsätzen im Zusammenhang mit der Kulanz durch die Aufsichtsbehörde ist im Vereinigten Königreich ebenso wenig wie in Deutschland ersichtlich. Allerdings ist in der jüngeren Vergangenheit zunehmend die Gleichbehand-

1118 *Taunton v Royal Insurance* [1864] 28 JP, 374 – Ein Anteilseigner der Versicherung hatte gegen eine Kulanzentscheidung zugunsten eines anderen Versicherungsnehmers geklagt. Ausführlich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt siehe Kapitel 13 I. 3 Kulanz – englische Terminologie; Vgl. Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol 60 (2018)) para. 193.

1119 Siehe Kapitel 16 I. 2.

1120 Siehe Kapitel 10 I.

1121 Zum Ganzen siehe Kapitel 10 I. 3.

lung von Versicherungsnehmern in den Fokus der Versicherungsaufsicht gerückt. Dieser Gesinnungswandel drückt sich durch das in Auftrag geben einer Studie zur Preisdiskriminierung und dem anschließenden Einleiten einer öffentlichen Debatte aus. Es konnte bereits plausibel gemacht werden, dass diese Entwicklung zukünftig Einfluss auf die aufsichtsrechtliche Betrachtung der Kulanz im Vereinigten Königreich haben könnte.¹¹²²

1122 Siehe hierzu bereits Kapitel 14 II. 1. und Kapitel 16 II. 2.

Kapitel 18. Gesamtvergleichsergebnis und Auswirkungen auf den Handlungsausblick in Deutschland

Bei Betrachtung der Ergebnisse, die die zugrunde gelegten Vergleichsparameter zu Tage gefördert haben, sind zwischen den Vergleichsjurisdiktionen erhebliche Differenzen festzustellen. Am bedeutendsten sind dabei die Unterschiede im Rahmen der Rechtsgrundsätze sowie der Handlungsspielräume der relevanten Akteure zu bewerten.

Der im Vereinigten Königreich geltende Grundsatz von Treu und Glauben in Gestalt des *doctrine of utmost good faith* stellte sich als nicht deckungsgleich zum deutschen Grundsatz aus § 242 BGB heraus und wird wohl auch als erst zukünftig potenziell für die Kulanz von besonderer Relevanz. Aufgrund des Stellenwertes der Privatautonomie im Vereinigten Königreich und der daraus resultierenden Ablehnung einer rechtserheblichen Versichertengemeinschaft, liegt die Berücksichtigung von Gleichbehandlungs- und Gefahrengemeinschaftserwägungen im Vereinigten Königreich ferner als in der deutschen Rechtsordnung. Nichtsdestotrotz ist hinsichtlich des Aspekts der Gleichbehandlung unter praktischen Gesichtspunkten ein konstanter Bedeutungsgewinn zu beobachten.¹¹²³ Aus der Summe der zugrundeliegenden, praktischen Entwicklungen konnte im Ergebnis die Existenz eines privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vereinigten Königreich abgeleitet werden. Dieser ist schon in seiner Ausgestaltung von hoher Relevanz für die Kulanz und es erscheint durchaus möglich, dass die Bedeutung zukünftig weiterhin ansteigt.¹¹²⁴ Obwohl sich der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatversicherungsrecht des Vereinigten Königreichs erst in der jüngeren Vergangenheit herausgebildet hat, wären die privatversicherungsrechtlichen Akteure im Vereinigten Königreich bereits jetzt ausreichend gewappnet, um ihm in der Kulanzpraxis zur Durchsetzung zur verhelfen. Das gilt insbesondere aufgrund des *fair and reasonable* - Ansatzes des FOS, den dieser bereits in der Vergangenheit genutzt hat, um unbillige Härten zugunsten der Verbraucher abzufedern und aufgrund der flexiblen, prinzipienbasierten Aufsichtspraxis der FCA.

1123 Siehe hierzu Kapitel 14 II. 1.

1124 Siehe hierzu Kapitel 14 II. 1.

Während im deutschen Privatversicherungsrecht die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des Prinzips der Gefahrengemeinschaft nachgewiesen werden konnte, spiegelt sich dieses Ergebnis bis dato nicht in der Aufsichts- und Ombudsmannpraxis wider. Zwar liegen die Voraussetzungen für das Ergreifen entsprechender Maßnahmen grundsätzlich vor. Ein in der Kritik stehender Handlungsspielraum und ein enges Verständnis des Entscheidungsmaßstabs stehen einem Eingreifen aber bisher ebenso im Wege, wie die fehlende Anerkennung der Bedeutung der Rechtsgrundsätze im deutschen Privatversicherungsrecht. Im Rahmen einer isolierten Betrachtung Deutschlands kam man daher zu dem Ergebnis, dass hier auch keine geänderte Handhabe zu erwarten ist.

Berücksichtigt man nunmehr die im Vereinigten Königreich herausgearbeiteten Entwicklungen im Zusammenspiel mit der Vorreiterrolle, die das Vereinigte Königreich bereits in der jüngeren Vergangenheit bei aktuellen Entwicklungen im Privatversicherungssektor eingenommen hat, ist ein Gesinnungswandel auch in Deutschland nicht länger ausgeschlossen. Anzuführen ist in diesem Zusammenhang exemplarisch das oben bereits angeschnittene Beispiel der Restschuldversicherung.¹¹²⁵ Die FSA hatte 2005 festgestellt, dass einer Vielzahl von Kunden Restschuldversicherungen verkauft worden waren, die diese de facto nicht in Anspruch nehmen konnten.¹¹²⁶ Ein diesbezüglicher Bericht der FSA wurde im Anschluss an ausführliche Ermittlungen veröffentlicht. Nachdem die FSA feststellte, dass die Praxis von Versichererseite nicht eingestellt wurde, ergriff sie in den Jahren 2008 und 2009 extensive Maßnahmen.¹¹²⁷ Seit dem Aktivwerden der FCA war auch der FOS intensiv mit Restschuldversicherungen befasst. Insgesamt erreichten den FOS bis Januar 2019 hierzu 2 Millionen Beschwerden – bei einem Gesamtbeschwerdeaufkommen von rund 3,6 Millionen Beschwerden seit der Gründung im Jahr 2001.¹¹²⁸

1125 Siehe Kapitel 13 III. 3. a. Fn. 691; für eine Darstellung der Problematik in Deutschland siehe Jahresbericht des Versicherungsombudsmanns 2017, S. 16 – abrufbar unter <https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/Jahresbericht2017.pdf> (abgerufen Mai 2021).

1126 Die Summe der Prämieinnahmen belief sich auf 14 Milliarden Pfund (Vgl. Burling/Lazarus/Abramovski/ Mason/Tischner/Bessmann S. 410.)

1127 Zum Ganzen siehe Burling/Lazarus/Abramovski/Mason/Tischner/Bessmann S. 410

1128 Financial Ombudsman Service Annual Reports and Accounts 2018/2019 S. 7 – abrufbar unter <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/238106/Annual-report-and-accounts-for-the-year-ended-31-March-2019.pdf> (abgerufen Mai 2021).

Vergleichbare Entwicklungen hinsichtlich der Restschuldversicherung waren in Deutschland dagegen erst mit vielen Jahren Verzögerung zu beobachten. So veröffentlichte die BaFin ihre Untersuchungsergebnisse zur Restschuldversicherung erst im Jahr 2017¹¹²⁹ und auch die Sondereffekte beim deutschen Versicherungsombudsmann traten entsprechend zeitlich verzögert auf. Eine vergleichbar verzögerte Entwicklung könnte sich auch hinsichtlich des Bedeutungswandels des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Deutschland ergeben. Sofern ein solcher auch wieder Beachtung in der breiten Öffentlichkeit in Deutschland finden würde, wären die Ombudsmänner und die BaFin wohl eher geneigt, ihre Aufsichts- und Ombudsmannpraxis entsprechend anzupassen und auch den geänderten Gegebenheiten in der Kulanzpraxis die adäquate Aufmerksamkeit zukommen zu lassen. Aufgrund der unbestrittenen Schnittmenge mit dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft, könnte hierdurch auch dieses in Deutschland wieder in den Fokus rücken.

1129 Die entsprechende Meldung ist abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2017/meldung_170620_restschuldversicherung.html (abgerufen Mai 2021).

Teil 5 – Lösungsvorschlag und Ergebnis

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 Handhabe 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.¹¹³⁰ 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.¹¹³¹

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 (zuletzt abgerufen März 2020); ausführlich hierzu siehe Kapitel 3 III. 1.

den BGH Rückendeckung. Mit Blick auf das Urteil zum Verbraucherportal *Yelp*¹¹³² 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.“¹¹³³ 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 Regelkulanz 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 Regelkulanz 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“¹¹³⁴, 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 (abgerufen Mai 2021).

Frauen einen besseren *credit score*¹¹³⁵ hatten und auch eine gemeinsame Steuererklärung abgegeben wurde.¹¹³⁶ 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.¹¹³⁷ 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.“¹¹³⁸, 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.¹¹³⁹ 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).¹¹⁴⁰ 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.¹¹⁴¹ 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.¹¹⁴² 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 (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.¹¹⁴³

In Bezug auf die BaFin ist zu begrüßen, dass in einer aktuellen Entscheidung¹¹⁴⁴ die Europarechts- und Verfassungskonformität der Generalklausel höchstrichterlich bestätigt wurde.¹¹⁴⁵ 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).

Kapitel 20. Zusammenfassung und Ergebnis

Die eingangs aufgeworfenen Fragen nach der Aktualität des Kulanzbegriffs, den maßgeblichen Rechtsgrundsätzen, der Rechtsgrundsatzkonformität der Kulanzpraxis in der Schadensversicherung und der sich hieraus ergebenden praktischen Konsequenzen konnten im Rahmen dieser Untersuchung beantwortet werden. Ein entsprechender Lösungsvorschlag zur zukünftigen Wahrung der Rechtsgrundsätze wurde präsentiert. Nachfolgend sollen die vorgenannten Punkte und weitere wichtige Resultate der Untersuchung nochmals kompakt wiedergegeben werden.

Die Kulanzpraxis ist bereits seit geraumer Zeit ein bedeutender und hochkomplexer Bestandteil des Versicherungsverhältnisses in Deutschland. Ihre eingangs unterstellte grundsätzliche wirtschaftliche Unbedenklichkeit konnte im Rahmen dieser Untersuchung widerlegt werden. Die Kulanz unterlag in der jüngeren Vergangenheit erheblichen wirtschaftlichen und digitalisierungsbedingten Einflüssen. Insbesondere vor diesem Hintergrund entsprechen die bisherigen verbreiteten Definitionsansätze nicht mehr versicherungspraktischen Realität. Dieses Resultat der intensiven Befassung mit der Kulanz, wurde zum Anlass genommen, einen umfassenden Definitionsansatz zu entwickeln, der geeignet wäre, in Zukunft die bisherigen Definitionsansätze abzulösen.

Die privatversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsätze sind trotz gegenläufiger Bemühungen weiterhin bedeutender Bestandteil des Versicherungsrechts. Aufgrund des weitgehend fehlenden Regelwerks hinsichtlich der Kulanzpraxis, kommt ihnen hier eine maßgebliche Bedeutung zu. Insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung, der sich für das Privatversicherungsrecht aus einer mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 GG ergibt, sowie das Prinzip der Gefahrengemeinschaft sind essentiell. Auch der Grundsatz von Treu und Glauben ist von Bedeutung. Nichtsdestotrotz konnte in Teilen der Kulanzpraxis eine fehlende Rechtsgrundsatzkonformität festgestellt werden. Aufgrund der untersuchten bisherigen innerdeutschen Entwicklungen hinsichtlich gerichtlicher und aufsichtsrechtlicher Entscheidungen, sowie unter Berücksichtigung der praktischen Handlungsspielräume von Aufsicht und Ombudsmann, waren allerdings keine wesentlichen Änderungen im Umgang mit der Kulanz zu erwarten. Das konnte insbesondere auf den sich erheblicher Kritik ausgesetzt sehenden Handlungsspielraum der BaFin sowie den in der Praxis eng am ge-

richtlichen Entscheidungsmaßstab orientierten Entscheidungsmaßstab des Versicherungsombudsmanns zurückgeführt werden.

Im Hinblick auf das Vereinigte Königreich war festzustellen, dass auch im Lichte des Brexits die Eignung des Vereinigten Königreichs als Vergleichsjurisdiktion fortbesteht. Im Vereinigten Königreich ist die Kulanz bereits seit langem verbreitet zu beobachten. Trotzdem fehlt es in dieser Rechtsordnung nicht nur an einer Definition der Kulanz, sondern darüber hinaus auch an einem der „Kulanz“ ähnlichen Terminus. Obwohl das Privatversicherungsrecht hier ebenfalls maßgeblich rechtsgrundsätzlich geprägt ist, sind die Rechtsgrundsätze im Rahmen der Kulanz von geringerer Bedeutung. Von den dem Recht des Vereinigten Königreichs eigenen Rechtsgrundsätzen erwies sich lediglich das *doctrine of utmost good faith* als jedenfalls potenziell für die Kulanz von Relevanz. Hinsichtlich etwaig bestehender Pendants zu den im deutschen Recht relevanten Rechtsgrundsätzen, war die Existenz des Prinzips der Gefahrengemeinschaft aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Versicherungsvertrags abzulehnen. Etwas anderes konnte bezüglich des privatversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes festgestellt werden. Diesbezüglich ist eine Verschiebung in der Wahrnehmung verschiedenster Einrichtungen zu registrieren (FOS, FCA, Regierung, Verbraucherschutz), die komplett gegenläufig zu der in Deutschland zu beobachtenden Entwicklung ist. Unter Berücksichtigung dieser praktischen Entwicklungen, konnte das Bestehen eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vereinigten Königreich nachgewiesen werden. Obwohl erst in der jüngeren Vergangenheit der Gleichbehandlungsgrundsatz eine bedeutende Stellung hinsichtlich der Kulanz eingenommen hat – und dies wohl als einziger Rechtsgrundsatz im Vereinigten Königreich –, wären die relevanten Akteure FCA und FOS in der Lage, die Einhaltung der Rechtsgrundsätze in der Kulanzpraxis zu gewährleisten. Zurückzuführen ist das auf die Ausgestaltung der Handlungsspielräume und Entscheidungsmaßstäbe.

Wie soeben herausgestellt, konnten zwischen den beiden Vergleichsjurisdiktionen erhebliche Unterschiede herausgearbeitet werden. Daneben wurde festgestellt, dass in der Vergangenheit in Bezug auf bestimmte Entwicklungen in der Aufsichts- und Ombudsmannpraxis eine Vorreiterstellung des Vereinigten Königreichs zu beobachten war. Exemplarisch wurden hierbei die aufgedeckten Missstände im Rahmen der Restschuldversicherung herangezogen, als Deutschland um mehrere Jahre verzögert auf ein im Vereinigten Königreich bereits erkanntes rechtliches Konstruktionsproblem reagierte. Unter Berücksichtigung des umfassenden Bedeutungswandels des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vereinigten Königreich, konn-

te plausibel gemacht werden, dass in Deutschland auch in diesem Fall eine analoge Entwicklung zu beobachten sein und der Gleichbehandlungsgrundsatzes zukünftig eine vergleichbare Bedeutungssteigerung erfahren könnte. In diesem Fall wären die Ombudsmänner und die BaFin wohl eher geneigt, ihre Aufsichts- und Ombudsmannpraxis entsprechend anzupassen und auch den geänderten Gegebenheiten in der Kulanzpraxis die adäquate Aufmerksamkeit zukommen zu lassen. Die Schnittmenge des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit dem Prinzip der Gefahrengemeinschaft könnte auch dieses in Deutschland wieder unter praktischen Gesichtspunkten in den Fokus rücken. Vor dem Hintergrund einer wiederum möglichen verzögerter Entwicklung wäre die Ergreifung entsprechender Maßnahmen zur Einhaltung der Rechtsgrundsätze daher nicht nur wünschens- sondern auch empfehlenswert.

Die zukünftige Wahrung der Rechtsgrundsatzkonformität ließe sich dabei durch die Ausschöpfung der bestehenden und sich in näherer Zukunft ergebenden Möglichkeiten des technischen Fortschritts realisieren. Konkret wäre die Entwicklung eines präzisen Algorithmus angebracht, der insbesondere die Gleichbehandlung unter versicherungstechnischen Gesichtspunkten zuverlässig gewährleistet und gleichzeitig die Belange der Gefahrengemeinschaft in angemessener Weise schützt. Ein Eingreifen der BaFin vor dem Hintergrund einer hierdurch womöglich vorliegenden Regelkulanz, wäre wohl aufgrund der herausgearbeiteten diesbezüglich geänderten Haltung nicht zu erwarten.

Literaturverzeichnis

- Armbrüster, Christian:** Privatversicherungsrecht; 2. Aufl., Tübingen 2019 zit.: *Armbrüster* Privatversicherungsrecht.
- Armbrüster, Christian:** Wirksamkeitsvoraussetzungen für Prämienanpassungsklauseln; r+s 2012, 365-378.
- Armbrüster, Christian:** Die These von der Optimierungspflicht des Versicherers – eine Betrachtung aus heutiger Sicht; in: Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag; hrsg. von Manfred Wandt, Peter Reiff, Dirk Looschelders, Walter Bayer; Karlsruhe 2014; S. 3-20; zit. *Armbrüster* in FS E. Lorenz (2014).
- Basedow, Jürgen/Birds, John/Clarke, Malcolm/Cousy, Herman/Heiss, Helmut:** Principles of European Insurance Contract Law (PEICL); München 2009; zit.: Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss Principles of European Insurance Contract Law (PEICL).
- Basedow, Jürgen:** Der Versicherungsombudsmann und die Durchsetzung der Verbraucherrechte in Deutschland, VersR 2008, 750-752.
- Bauer, Günter:** Deckungsprozesse in der Rechtsschutzversicherung; NJW 2015, 1329-1335.
- Baumann, Horst:** Quotenregelung contra Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsfall – Überlegungen zur Reform des § 61 VVG; r+s 2005, 1-10.
- Baumann, Horst:** Quotenregelung contra Alles-Oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsfall – Überlegungen zur Reform des § 61 VVG; in: Festschrift für Ulrich Werber zum 70. Geburtstag; hrsg. von Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben; Bielefeld 2004; S. 531-553; zit. *Baumann* in FS Weber (2004).
- BeckOK-Grundgesetz:** siehe hierzu *Epping, Volker/Hillgruber, Christian*.
- Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2017/2018:** siehe hierzu *Pelka, Jürgen/Petersen, Karl*.
- Beckmann, Roland Michael/Matusche-Beckmann, Anemarie:** Versicherungsrechts-Handbuch; 3. Aufl., München 2015; zit.: *Beckmann/Matusche-Beckmann/Bearbeiter*.
- Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz:** Siehe hierzu *Honsell, Heinrich*.
- Bettermann, Karl August:** Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung?; in: Beiträge zum Zivil-, Steuer- und Unternehmensrecht, Festschrift für Heinz Meilicke; Berlin, Heidelberg, New York und Tokyo 1985; S. 1-17; zit.: *Bettermann* in FS Meilicke (1985).

- Birds, John** (*Consultant*): Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)); 5. Aufl., London 2018; zit.: Halsbury's Laws of England/Insurance (Vol. 60 (2018)).
- Birds, John/Lynch, Ben/Milnes, Simon**: MacGillivray on Insurance Law; 13. Auflage, London 2015; zit.: *MacGillivray*.
- Birds, John**: Birds' Modern Insurance Law; 9. Aufl., London 2013; zit.: *Birds' Modern Insurance Law*.
- Bork, Kevin**: Tension of Reinsurance: die Folgepflicht des Rückversicherers im Licht des Regulierungsermessens des Erstversicherers; Tübingen 2020; zugl.: Frankfurt/Main, Univ., Diss., 2019; zit. *Bork Tension of Reinsurance*.
- Brand, Oliver/Baroch Castellvi, Manuel** (Hrsg.): Versicherungsaufsichtsgesetz Handkommentar; Baden-Baden 2018; zit.: Brand/Baroch Castellvi/*Bearbeiter*.
- Braun, Felix**: Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz im Konzert der Verbraucherrrechtsdurchsetzung; VuR 2019, 130-136.
- Briault, Clive**: The Rationale for a Single National Financial Services Regulator: Development in other countries; FSA Occasional Papers in Financial Regulation, May 1999 p. 11-12; zit.: *Clive Briault – FSA Occasional Papers in Financial Regulation*, May 1999.
- Bruck, Ernst/Möller, Hans**: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes; Band 1: Einführung; §§ 1-32 VVG; 9. Aufl., Berlin 2008; Band 11: §§ 209-216 VVG; Mitversicherung; Internationales Versicherungsvertragsrecht; 9. Aufl., Berlin/Boston 2013; zit.: Bruck/Möller/*Bearbeiter*.
- Bruns, Alexander**: Privatversicherungsrecht; München 2015; zit. *Bruns Privatversicherungsrecht*.
- Burling, Julian/Lazarus, Kevin**: Research Handbook on International Insurance Law and Regulation; Cheltenham and Northampton 2011; zit.: Burling/Lazarus/*Bearbeiter*.
- van Bühren, Hubert W.** (Hrsg.): Handbuch Versicherungsrecht; 7. Aufl., Bonn 2017; zit.: van Bühren Versicherungsvertragsrecht/*Bearbeiter*.
- Canaris, Claus-Wilhelm**: Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft; in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag; hrsg. von Peter Badura, Rupert Scholz; München 1993; S. 873-891 zit.: *Canaris in FS Lerche* (1993).
- Caracas, Christian**: Gilt das Sondervergütungsverbot nach § 48b VAG auch für Firmenkunden?; CCZ 2019, 39-45.
- Clarke, Malcolm**: Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century; Oxford 2005; zit.: *Clarke Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century*.
- Clarke, Malcolm**: The Law of Insurance Contracts; 4. Auflage, London and Hong Kong 2002; zit.: *Clarke The Law of Insurance Contracts*.
- Colinvaux**: siehe hierzu Merkin, Robert.

- Czernich, Dietmar/Geimer, Reinhold:** Streitbeilegungsklauseln im internationalen Vertragsrecht – Rechtswahlvereinbarung, Gerichtsstandsvereinbarung, Schiedsvereinbarung und Mediation in Deutschland, Österreich und der Schweiz; München 2017; zit.: *Czernich/Geimer*.
- Dauses, Manfred (Begr.)/Ludwigs, Markus (Hrsg.):** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts; 52. Ergänzungslieferung, München Februar 2021; zit.: Dauses/Ludwigs/Bearbeiter, Handbuch des EU Wirtschaftsrechts, E. VI. Versicherungsrecht.
- Davis, Bradford:** The Essence of International Trade Law: A Guide 2012; Lulu.com 2012; zit.: *Davis International Trade Law*.
- Derks, Rainer:** Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Versicherungsaufsichtsrecht; Karlsruhe 2002; zugl.: Münster, Univ., Diss., 2001/2002; zit.: *Derks*.
- Deutsch, Erwin:** Das neue Versicherungsvertragsrecht; 6. Aufl., Karlsruhe 2008; zit.: *Deutsch Versicherungsvertragsrecht*.
- Die Rechtsabteilung:** siehe hierzu *Lenz, Tobias*.
- Dreher, Meinrad/Lange, Martin:** Die Vollharmonisierung der Versicherungsaufsicht durch Solvency II; VersR 2011, 825-834.
- Dreher, Meinrad:** Die Versicherung als Rechtsprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung; Tübingen 1991; zugl.: Freiburg, Univ., Habil.-Schr., 1989/1990; zit.: *Dreher Die Versicherung als Rechtsprodukt*.
- Dreier, Horst (Hrsg.):** Grundgesetz Kommentar; Band I: Präambel, Artikel 1-19 GG; 3. Aufl., Tübingen 2013; zit.: *Dreier/Bearbeiter*.
- Eggers, Peter MacDonald/Picken, Simon:** Good Faith and Insurance Contracts; 4. Aufl., Abindon and New York 2018; zit. *Eggers/Picken Good Faith and Insurance Contracts*.
- Engel, Martin:** Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht NJW 2015, 1633-1637.
- Epping, Volker (Hrsg.)/Hillgruber, Christian (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz; 46. Edition, München 2021; zit.: *BeckOK-Grundgesetz/Bearbeiter*.
- Erbs, Georg (Begr.)/Kohlhaas, Max (vormals Hrsg.):** Strafrechtliche Nebengesetze, V. 57 Gesetz über die Beaufsichtigung der Versichererunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG); 217. EL Oktober 2017, 224. EL März 2019; München zit.: *Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter X EL*.
- Evers, Jürgen:** Nicht alle Provisionsabgaben sind künftig abmahnfähig; VW 9/2017, 65-65.
- Faßbender, Anna:** Private Krankenversicherung – Bestandswirksame Änderungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen; BaFin Journal Februar 2016, S. 21-24.
- Finsinger, Jörg/Hammond, Elizabeth/Tapp, Julian:** Insurance: Competition or Regulation? A Comparative Study of the Insurance Markets in the United Kingdom and the Federal Republic of Germany; London 1985; zit.: *Finsinger/Hammond/Tapp Insurance: Competition or Regulation?*.
- Fischer, Robert:** Treu und Glauben im Versicherungsrecht; VersR 1965, 197-202.

Gabler Versicherungslexikon: siehe hierzu *Koch, Peter/Weiss, Wieland*.

Georgosouli, Andromachi/Goldby, Miriam: Systemic risk and the future of insurance regulation; Abingdon and New York 2016; zit.: *Georgosouli/Goldby* Systemic risk and the future of insurance regulation.

Goldberg, Alfred/Müller, Helmut: Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen: Versicherungsaufsichtsgesetz Kommentar; Berlin 1980; zit. *Goldberg/Müller/Bearbeiter* VAG.

Grace, Martin F./Klein, Robert W.: The Future of Insurance Regulation in the United States; Washington, D.C., 2009; zit.: *Grace/Klein/Bearbeiter* The Future of Insurance Regulation in the United States.

Grupp, Thomas M.: Vertragsgestaltung in Zeiten von Brexit; NJW 2017, 2065-2070.

Haidinger, Oskar: Die Gerechtigkeitsmaxime bei der rechtlichen Gestaltung der Vertragsversicherung; in: *Ausblick und Rückblick*, Erich R. Prölss zum 60. Geburtstag; hrsg. von Emil Frey, Hans Möller, Reimer Schmidt, Jürgen Sasse und Bayerische Rückversicherung Aktiengesellschaft; München 1967; S. 197-204; zit.: *Haidinger* in FS E. Prölss (1967).

Halsbury's Law of England/Insurance: siehe hierzu *Birds, John*.

Han, Yong Qiang: Policyholder's reasonable expectations; Oxford and Portland, Oregon 2016; zit.: *Han* Policyholder's reasonable expectations.

Hasson, Reuben: The Special Nature of Insurance Contract: A Comparison of the American and English Law of Insurance; *The Modern Law Review* (1984) Vol. 47 No. 5, p. 505-522.

Haynes, Andrew: *Financial Services Law Guide*; 4. Aufl., West Sussex 2014; zit.: *Haynes* Financial Services.

Heirmann, Glenn: Core Terms: interpretation and possibilities of assessment; *Eu-CML* 2017 30-34.

von Hippel, Thomas: Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen – Eine rechtsdogmatische und -vergleichende Untersuchung; Tübingen 2000; zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2000; zit.: *von Hippel* Der Ombudsmann.

Hirsch, Günter: Außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – ein alternativer Zugang zum Recht entsteht; NJW 2013, 2088-2094.

Hirsch, Günter: Die Praxis des Versicherungsombudsmanns, *VuR* 2010, 298-302.

Hirsch, Günter: Der Vertrag; in: *Leitgedanken des Rechts*, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag; Band I, Staat und Verfassung; hrsg. von Hanno, Kube, Rudolf Mellinghoff, Gerd Morgenthaler, Ulrich Palm, Thomas Puhl, Christian Seiler; Heidelberg 2013; S. 1191-1199; zit.: *Hirsch* in FS Kirchhof (2013).

Hirsch, Günter: Streit um die außergerichtliche Streitbeilegung: neuer Zugang zum Recht oder Schlichterfalle?; in: *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag; hrsg. von Manfred Wandt, Peter Reiff, Dirk Looschelders, Walter Bayer; Karlsruhe 2014; S. 159-174; zit. *Hirsch* in FS E. Lorenz (2014).

Hirsch, Günter: The German Insurance Ombudsman; *ZVersWiss* 2011, 561-570.

- Hodgin, Ray:** Insurance Law – Text and Materials; 2. Aufl., London, Sidney, Portland (Oregon) 2002; zit.: *Hodgin Insurance Law*.
- Hofmann, Edgar:** Privatversicherungsrecht; 4. Aufl., München 1998; zit.: *Hofmann Privatversicherungsrecht*.
- Honsell, Heinrich** (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz; Berlin 1999; zit.: *Berliner Kommentar VVG/Bearbeiter*.
- Höra, Knut** (Hrsg.)/**Terbille, Michael** (Begr.): Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht; 4. Aufl., München 2017; zit.: *MAH VersR/Bearbeiter*.
- Ivamy, Hardy:** Casebook on Insurance Law; 4. Aufl., London 1984; zit.: *Ivamy Casebook on Insurance Law*.
- Ivamy, Hardy:** Dictionary of Insurance Law; London 1981; zit.: *Ivamy Dictionary of Insurance Law*.
- James, Polly/Jamieson, Adam:** The FCA's new enforcement Process – what will work, and what won't; Journal of investment compliance; Vol. 18 No. 3 2017, p. 79-81.
- Janott, Edgar:** Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Versicherungswirtschaft; in: Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag; hrsg. von Ulrich Hübner, Elmar Helten, Peter Albrecht; Karlsruhe 1994; S. 341-362; zit.: *Janott in FS E. Lorenz* (1994).
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar; 15. Aufl., München 2018; zit.: *Jarass/Pieroth/Bearbeiter*.
- Jing, Zhen:** Insurer beware! – Circumstances in which the Insurer may lose his subrogation rights in Marine Insurance; Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 43, Iss. 1, pp. 129-153.
- Joeks, Wolfgang** (Hrsg.)/**Miebach, Klaus** (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB; Band 1: §§ 1-37 StGB; 4. Aufl., München 2020; zit.: *MünchKommStGB/Bearbeiter*.
- Jung, Peter:** Privatversicherungsrechtliche Gefahrengemeinschaft und Treuepflicht des Versicherers; VersR 2003, 282-287.
- Karl, Michaela/Touissant, Daniela/Uphoff, Tinka/Wenzel-Gattinger, Ralf:** Indikative Orderwerte – Marktuntersuchung zur Berechnung durch Online-Brokerage-Tools; BaFin Journal September 2018, S. 22-25.
- Kaulbach, Detlef/Bähr, Gunne W./Pohlmann, Petra:** Versicherungsaufsichtsgesetz mit Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, Verordnung (EU) Nr. 1094/210 (EIOPA Verordnung) und Versicherungs-Vergütungsverordnung Kommentar; 6. Aufl., München 2019; zit.: *Kaulbach/Bähr/Pohlmann/Bearbeiter*.
- Koch, Peter** (Hrsg.)/**Weiss, Wieland** (Hrsg.): Gabler Versicherungslexikon; Wiesbaden 1994; zit.: *Gabler Versicherungslexikon*.
- von Koppenfels-Spies, Katharina:** Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatversicherungsrecht; VersR 2004, 1085-1090.
- Kovas, Ashley:** Understanding the financial conduct authority – a guide for senior managers; Leicestershire 2015; zit.: *Kovas Financial Conduct Authority*.

- Kramer, Helmut:** Zur Leistungsfreiheit der Versicherer bei Obliegenheitsverletzungen; NJW 1972, 1974-1980.
- Krömmelbein, Florian:** Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung; Karlsruhe 2007; zugl.: Frankfurt/Main, Univ., Diss., 2007; zit.: *Krömmelbein*.
- Laars, Reinhard:** Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz; 4. Online-Auflage, 2017; zit.: Nomos-BR/Laars FinDAG/Bearbeiter.
- Laars, Reinhard/Both, David:** Versicherungsaufsicht; 4. Online-Auflage; zit.: Nomos-BR/VAG/Bearbeiter.
- Lange, Martin:** Keine Missstandsaufsicht ins Blaue hinein (mit Anmerkung von Martin Lange); VersR 2018, 277-280.
- Langheid, Theo/Rixecker, Roland:** Versicherungsvertragsgesetz Kommentar; 6. Aufl., München 2019; zit.: Langheid/Rixecker/Bearbeiter.
- Langheid, Theo/Wandt, Manfred:** Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz; Band 1: §§ 1-99 VVG; 2. Aufl., München 2016; Band 2: §§ 100-216 VVG; 2. Aufl., München 2016; Band 3 Nebengesetze Systematische Darstellung; 2. Aufl., München 2016; zit.: MünchKommVVG/Bearbeiter.
- Lehmann, Matthias:** Principle-Based or Policy Decision? Zivilrechtliche Konsequenzen illegaler Verträge nach englischem Recht; ZEuP 2017, 712-728.
- Lenz, Tobias (Hrsg.):** Die Rechtsabteilung: Der Syndikus und Steuerberater im Unternehmen; 2. Auflage, Wiesbaden 2015; zit.: Die Rechtsabteilung/Bearbeiter.
- Lenz, Tobias:** Die Kulanzleistung des Versicherers; Karlsruhe 1993; zugl.: Köln, Univ., Diss., 1992; zit.: *Lenz*.
- Liedtke, Patrick M./Monkiewicz, Jan:** The Future of Insurance Regulation and Supervision; Hampshire 2011; zit.: Liedtke/Monkiewicz/Bearbeiter.
- Looschelders, Dirk/Pohlmann, Petra:** Versicherungsvertragsgesetz Kommentar; 3. Aufl., Köln 2016; zit.: Looschelders/Pohlmann/Bearbeiter.
- Looschelders, Dirk:** Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?; VersR 1996, 529-540.
- Looschelders, Dirk:** Privatversicherungsrecht; Ad Legendum 2/2018 S. 89-96.
- Looschelders, Dirk:** Gefahrtragung als Gegenstand des Versicherungsvertrags; in: Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e.V.; hrsg. von Robert Koch, Manfred Werber, Gerrit Winter; Karlsruhe 2016; S. 209-228; zit.: *Looschelders* in 100 Jahre Hamburger Seminar (2016), 209.
- Looschelders, Dirk:** Schuldrecht Allgemeiner Teil; 17. Aufl., München 2019; zit.: *Looschelders* Schuldrecht AT.
- Lorenz, Egon:** Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen; VersR 2004, 541-549.
- Lowry, John/Rawlings, Philip/Merkin, Robert:** Insurance Law: Doctrines and Principles; 3. Aufl., Oxford und Portland, Oregon 2011; zit.: *Lowry/Rawlings/Merkin*.
- Lowry, John/Rawlings, Philip:** Cases and Materials; Oxford – Portland Oregon 2004; zit.: *Lowry/Rawlings* – Cases and Materials.

- MacGillivray on Insurance Law:** siehe hierzu *Birds, John/Lynch, Ben/Milnes, Simon*.
- MacNeil, Iain:** Consumer dispute resolution in the UK financial sector: the experience of the Financial Ombudsman Service; *Law and Financial Markets Review* 2007, p. 515-524.
- MAH:** siehe hierzu *Höra, Knut/Terbille, Michael*.
- Mance, Jonathan/Goldrein, Iain/Merkin, Robert:** *Insurance Disputes*; 3. Aufl., London 2011; zit.: *Mance/Goldrein/Merkin*.
- Maunz, Theodor (Begr.)/Dürig, Günter (Begr.):** *Grundgesetz Kommentar*; Band I, Art. 1-5 GG; Stand 88. Ergänzungslieferung, München 2019; Band V, Art. 68-87 GG; Stand 88. Ergänzungslieferung, München 2019; zit.: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*.
- McGee, Andrew:** *The Modern Law of Insurance*; 3. Aufl., London 2011; zit.: *McGee Modern Law of Insurance*.
- Merkin, Robert/Steele, Jenny:** *Insurance and the Law of Obligations*; Oxford 2013; zit.: *Merkin/Steele Insurance and the Law of Obligations*.
- Merkin, Robert:** *Colinvaux's Law of Insurance*; 11. Aufl., London 2016; zit.: *Colinvaux*.
- Merkin, Robert:** *Tolley's Insurance Handbook*; Surrey 1994; zit.: *Merkin Tolley's Insurance Handbook*.
- Michaels, Bernd:** Die Unabhängigkeit des Ombudsmannes ist oberster Grundsatz; *VW* 2000, 396.
- von Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Begr.):** *Grundgesetz-Kommentar*; Band I: Präambel – Art. 19 GG; 5. Aufl., München 2000; zit.: *Münch/Kunig/Bearbeiter*.
- MünchKommBGB:** siehe hierzu *Säcker, Jürgen (Hrsg.)/Rixecker, Roland (Hrsg.)/Oetker, Hartmut (Hrsg.)/Limperg, Bettina (Hrsg.)*.
- MünchKommStGB:** siehe hierzu *Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus*.
- MünchKommVVG:** siehe hierzu *Langheid, Theo/Wandt, Manfred*.
- Neumann, Philipp:** Die Abkehr vom Alles-oder-Nichts Prinzip; Berlin 2004; zit.: *Abkehr vom Alles-oder-Nichts Prinzip*.
- Nomos-BR/Laars FinDAG:** siehe hierzu *Laars, Reinhard*.
- Nomos-BR/VAG:** siehe hierzu *Laars, Reinhard/Both, David*.
- O'Connell, Clive:** *Insurance & Reinsurance Law & Regulation*; London 2014; zit.: *O'Connell/Bearbeiter Insurance & Reinsurance Law & Regulation*.
- O'Dowd, Anthony/Birds, John:** *Encyclopedia of Insurance Law*; London 1983; zit.: *O'Dowd/Birds Encyclopedia of Insurance Law*.
- Ohne Verfasser:** Zehn Jahre BaFin: Von der Blitzgeburt zur Reife; *BaFin Journal* 05/2012, S. 4-8.
- Palandt, Otto (Hrsg.):** *Bürgerliches Gesetzbuch*; 79. Aufl., München 2020; zit.: *Palandt/Bearbeiter*.
- Pelka, Jürgen/Petersen, Karl:** *Beck'sches Steuerberater-Handbuch* 2017/2018; 16. Aufl., Berlin 2017; zit.: *Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2017/2018/Bearbeiter*.

- Prölss, Erich R.** (Begr.)/**Dreher, Meinrad** (Hrsg.): Versicherungsaufsichtsgesetz mit Nebengesetzen; 13. Aufl., München 2018; zit. Prölss/Dreher/Bearbeiter VAG.
- Prölss, Erich R.** (Begr.)/**Martin, Anton**: Versicherungsvertragsgesetz; 31. Aufl., München 2021; zit.: Prölss/Martin/Bearbeiter.
- Prölss, Jürgen**: Der Versicherer als „Treuhänder der Gefahrengemeinschaft“ – Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer; in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983; hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen; 1983 S. 487-535; zit.: J. Prölss in FS Larenz (1983).
- Raiser, Rolf**: Die Kulanzleistung des Versicherers; VersR 1967, 312-317.
- Raiser, Rolf**: Rechtsunwürdige Versicherungsnehmer? Zur versicherungsrechtlicher Verwirkungsklauseln; in: Ausblick und Rückblick, Erich R. Prölss zum 60. Geburtstag; hrsg. von Emil Frey, Hans Möller, Reimer Schmidt, Jürgen Sasse und Bayerische Rückversicherung Aktiengesellschaft; München 1967; S. 265-275; zit.: Raiser in FS E. Prölss (1967).
- Rapp, Julian Philipp**: Das Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht; Tübingen 2019; zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2018; zit.: Rapp Äquivalenzprinzip.
- Römer, Wolfgang**: Der Ombudsmann für private Versicherungen; NJW 2005, 1251.
- Rosch, Cordula**: Der gesetzliche Forderungsübergang nach der Reform des Versicherungsvertragsrechts § 86 VVG (2008); Frankfurt am Main 2009; zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2008; zit.: Rosch Forderungsübergang.
- Rose, Francis D.**: New foundations for insurance law; London 1987; zit.: Rose/Bearbeiter New foundations for insurance law.
- Rossi, Guido**: Insurance in Elizabethan England – The London Code; Cambridge 2016; zit.: Rossi Insurance in Elizabethan England.
- Rüffer, Wilfried/Halbach, Dirk/Schimikowski, Peter** (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz – Handkommentar; 4. Aufl., Baden-Baden 2020; zit.: Rüffer/Halbach/Schimikowski/Bearbeiter.
- Säcker, Jürgen** (Hrsg.)/**Rixecker, Roland** (Hrsg.)/**Oetker, Hartmut** (Hrsg.)/**Limperg, Bettina** (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I; 8. Aufl., München 2019; Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II; 8. Aufl., München 2020; zit.: MünchKommBGB/Bearbeiter.
- Scherpe, Jens M.**: Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen – Ein deutsch-dänischer Rechtsvergleich; Tübingen 2002; zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2001; zit.: Jens M. Scherpe Außergerichtliche Streitbeilegung.
- Scherpe, Jens M.**: Der deutsche Versicherungsombudsmann; NVersZ 2002, 97-102.
- Scherpe, Julia Caroline**: Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht Tübingen 2011; zugl.: Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 2011; zit.: Scherpe Gefahrengemeinschaft.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst**: Strafgesetzbuch Kommentar; 30. Aufl., München 2019; zit.: Schönke/Schröder/Bearbeiter.
- Schulze, Reiner** (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar; 10. Aufl., Baden-Baden 2019; zit.: HK-BGB/Bearbeiter.

- Schulze-Werner, Martin:** Die neue Regelung des Versicherungsvertriebs in der Gewerbeordnung (§ 34 GewO); GewArch 2017, 418-424.
- Schwarcz, Daniel:** Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict; Tune Law Review Vol. 83 2009, p. 735-812.
- Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.)/Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.):** Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht; 3. Aufl., Bonn 2017; zit.: Schwintowski/Brömmelmeyer/Bearbeiter.
- Seatzu, Francesco:** Insurance in Private International Law – A European Perspective; Oxford and Portland, Oregon, 2003; zit.: *Seatzu* Insurance in Private International Law.
- Selmer, Knut S.:** Gratuitous Deviation from the Terms of Form Contracts: Scandinavian Insurance Companies' Administration of Deferred Acceptance-of-Risk Clauses; Chicago Law Review 1966, p. 502-510.
- Smets, Christoph:** Staatsgleiche Grundrechtsbindung aus Funktionsnachfolge?; NVwZ 2016, 35-38.
- Sodan, Helge:** Handbuch des Krankenversicherungsrechts; 3. Auflage, München 2018; zit.: Sodan/Bearbeiter Handbuch des Krankenversicherungsrechts.
- Staudinger, Ansgar (Hrsg.)/Halm, Wolfgang (Hrsg.)/Wendt, Domenik Henning (Hrsg.):** Versicherungsrecht Kommentar; 2. Aufl., Köln 2017; zit.: Staudinger/Halm/Wendt/Bearbeiter.
- Summers, Judith P.:** Insurance Law and The Financial Ombudsman Service; London 2010; zit.: *Summers*.
- Taik, Monir:** Mitgliedstaatliche Grenzen der Gestaltung von Versicherungsprodukten im Europäischen Binnenmarkt für Versicherungen; Tübingen 2013; zugl.: Berlin, Univ., Diss., 2012; zit.: *Taik* Versicherungsprodukte.
- Walker, George/Purves, Robert:** Financial Services Law; 3. Aufl., Oxford 2014; zit.: *Walker/Purves* Financial Services Law.
- Wandt, Manfred/Ganster, Bastian:** Zur Harmonisierung von Versicherungsbeginn und Prämienfälligkeit durch AVB im Rahmen des VVG 2008; VersR 2007, 1034-1039.
- Zischka, Sabine:** Bundesversicherungsaufsichtsamt (BAV): Aufgaben und Kompetenzen – unter besonderer Berücksichtigung der laufenden Aufsicht; München 1997; zugl.: München, Univ., Diss., 1996/1997; zit.: *Zischka* Bundesversicherungsaufsichtsamt.

Nachschlagewerke

Etymologisches Wörterbuch des Deutschen; 8. Aufl., München 2005.

Herkunftswörterbuch von Ursula Herrmann – Etymologie und Geschichte von 10000 interessanten Wörtern; Sonderausgabe, München 1993;
zit.: *Herkunftswörterbuch – Etymologie und Geschichte*.

KLUGE – *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*;
25. Aufl., Berlin/Boston 2011.