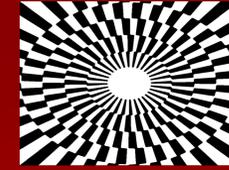


Bundesverband
Deutscher
Versicherungs-
Makler e.V.

Bemerkenswerte Entwicklung am deutschen Markt unter besonderer Berücksichtigung von COVID-19

Schadenkonferenz in Velden, 15.9. – 16.09.2022

Dr. Hans-Georg Jenssen, BDVM



Bundesverband
Deutscher
Versicherungs-
Makler e.V.

Teil 1: Der Versicherungsmakler und die Marktgrundlage

- *LG Konstanz Urteil vom 21.Januar 2021 Me 4 O 90/19***
- *OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.09.2021 – 6 U 82/20***

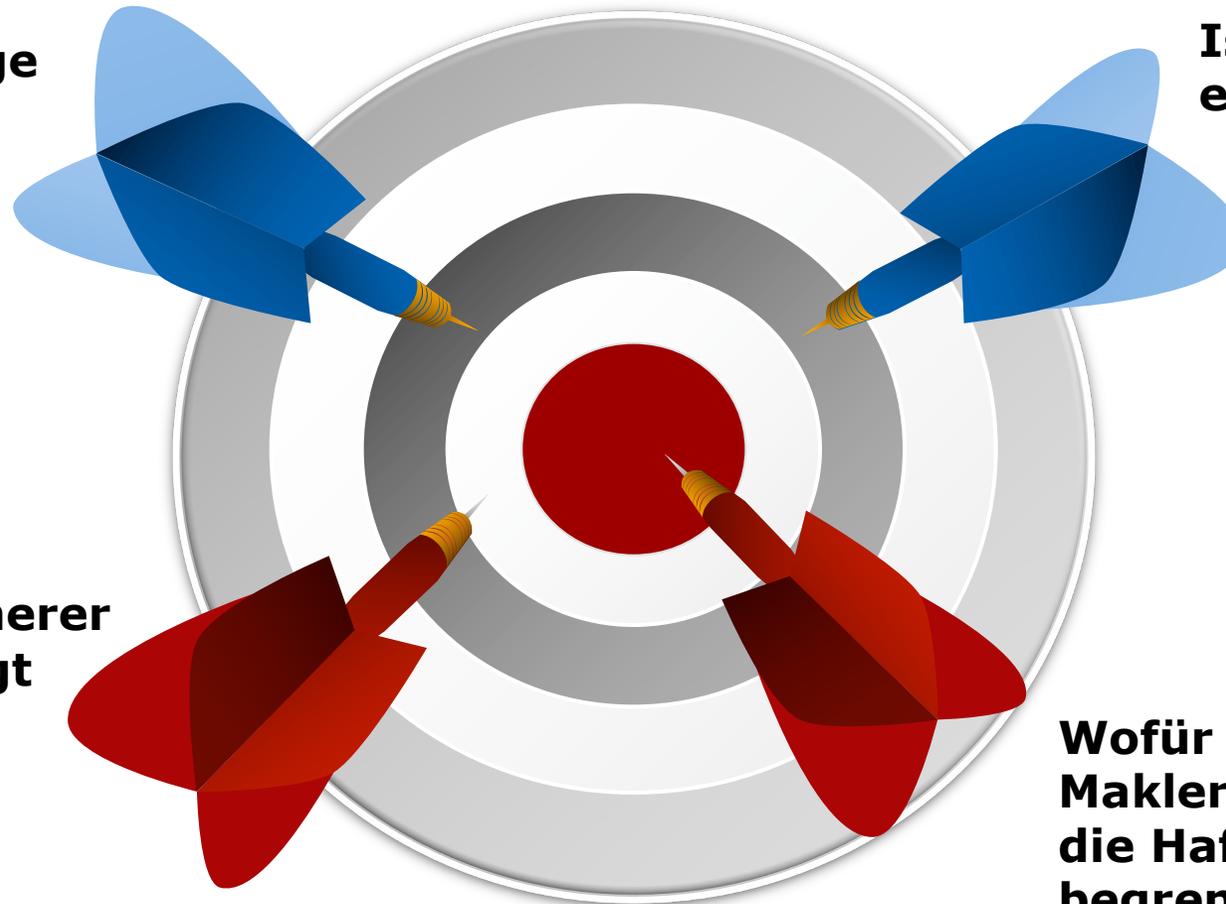
Ausgangslage:

**Was ist
Marktgrundlage
nach
§ 60 Abs.1?**

**Ist ein Online-Makler
ein „richtiger Makler“**

**Müssen
Direktversicherer
Berücksichtigt
werden?**

**Wofür haftet der
Makler und kann er
die Haftung
begrenzen?**



Die drei interessanten Entscheidungen



„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Leitsatz der Entscheidung:

Unter „Markt“ im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld zu verstehen, in dem Versicherungen erhältlich sind, bei denen das jeweils in Frage stehende Risiko versichert werden kann. Ein Versicherungsmakler hat daher im Rahmen seiner Marktanalyse auch Direktversicherer sowie solche Versicherungen in den Blick zu nehmen, die mit Versicherungsmaklern aufgrund ihrer Vertriebsstruktur grundsätzlich nicht zusammenarbeiten.

Was war passiert:

Der Versicherungsnehmer machte Schadensersatzansprüche aus einem Versicherungsmaklervertrag geltend. Ausdrücklich nicht Vertragsgegenstand waren Leistungen im Zusammenhang mit KFZ-Versicherungen. Als Beratungs-/Marktgrundlage für die Maklereistungen waren Versicherer definiert, die eine übliche Courtage zahlen. Ausdrücklich ausgeschlossen waren Direktversicherer sowie nicht frei auf dem Versicherungsmarkt zugängliche Deckungskonzepte.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Fortsetzung Sachverhalt:

Der Versicherungsnehmer hatte eigenständig einen Wohnwagen bei einem Direktversicherer versichert, der keine Vollkaskoversicherung für Wohnwagen anbot. Später wandte sich der Versicherungsnehmer an den Makler mit dem Wunsch des Abschlusses einer Vollkaskoversicherung. Im Beratungsgespräch hat der Makler dem Kunden eine Vollkaskoversicherung und eine Teilkaskoversicherung angeboten. Die im Beratungsgespräch angebotene Vollkaskoversicherung zu einem Preis von 1.055,23 € pro Jahr war dem Kunden jedoch zu teuer. Der Makler teilte mit, keine günstigere Vollkaskoversicherung anbieten zu können. Der Versicherungsnehmer schloss die vom Makler angebotene Teilkaskoversicherung ab.

Zum Zeitpunkt der Beratung bot ein Direktversicherer eine Vollkaskoversicherung für 374,53 € pro Jahr mit einem Selbstbehalt von 300,00 € an. Auf dieses Angebot hat der Makler den Kunden jedoch nicht aufmerksam gemacht. Später verunfallte der Versicherungsnehmer auf Grund eigener Unaufmerksamkeit. Die Reparaturkosten betragen rund 14.000 Euro. Der Versicherungsnehmer argumentierte, dass er bei Hinweis auf eine eingeschränkte Marktgrundlage selbst nach einer seinen Vorstellungen entsprechenden Vollkaskoversicherung gesucht und diese auch abgeschlossen hätte.

Das LG Konstanz (Urteil vom 21.01.2021, Az.: Me 4 O 90/19) bejahte die Schadensersatzpflicht des Maklers aufgrund Pflichtverletzung.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Fortsetzung Sachverhalt: Folgende Klauseln lagen dem Maklervertrag zugrunde:

„ Dem Vertrag vom 24.11.2016 waren Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) beigelegt. Darin heißt es unter § 3 Abs. 1 u.a.: 4 „

[...] Er (Anm.: der Makler) berücksichtigt nur diejenigen Versicherer, die bereit sind, mit ihm zusammenzuarbeiten und ihm eine übliche Courtage für seine Tätigkeiten bezahlen. Direktversicherer oder andere nicht frei auf dem Versicherungsmarkt zugängliche Deckungskonzepte werden von dem Makler/seinem Vermittler nicht berücksichtigt. [...]

Unter dem 24.11.2016 beriet die Beklagte den Kläger hinsichtlich eines etwaigen Abschlusses eines Haftpflichtversicherungsvertrages. In den entsprechenden Beratungsdokumenten (Anlage B12) heißt es u.a.:

[...] Wir (Anm.: die Beklagte) [...] berücksichtigen nur diejenigen Versicherer, die bereit sind, mit uns zusammenzuarbeiten und uns eine übliche Courtage für unsere Tätigkeiten zu bezahlen. Direktversicherer oder andere nicht frei auf dem Versicherungsmarkt zugänglichen Deckungskonzepte werden von uns nicht berücksichtigt.

Die Beklagte verwendete im Rahmen der Beratung des Klägers wegen des von diesem gewünschten Abschluss einer Vollkaskoversicherung für seinen Wohnwagen die Beratungssoftware „NAFI“. Stand März 2020 enthielt vorgenannte Software **74** Versicherer, die grundsätzlich Versicherungen für Wohnwagen (sogenannte „übrige Fahrzeuge“) anbieten. Von diesen 74 Versicherern arbeiten **35** Versicherer (47,3 %) mit Versicherungsmaklern zusammen. Die übrigen Versicherer (52,7 %) arbeiten nicht mit Versicherungsmaklern zusammen. Insoweit können Versicherungen durch die Beklagte an deren Kunden auch nicht vermittelt werden.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Fortsetzung Sachverhalt:

Die Beklagte verwendete im Rahmen der Beratung des Klägers wegen des von diesem gewünschten Abschluss einer Vollkaskoversicherung für seinen Wohnwagen die Beratungssoftware „NAFI“. Stand März 2020 enthielt vorgenannte Software **74** Versicherer, die grundsätzlich Versicherungen für Wohnwägen (sogenannte „übrige Fahrzeuge“) anbieten. Von diesen 74 Versicherern arbeiten **35** Versicherer (47,3 %) mit Versicherungsmaklern zusammen. Die übrigen Versicherer (52,7 %) arbeiten nicht mit Versicherungsmaklern zusammen. Insoweit können Versicherungen durch die Beklagte an deren Kunden auch nicht vermittelt werden.

Von den 35 Versicherern, die in der Beratungssoftware „NAFI“ enthalten sind und mit Versicherungsmaklern zusammenarbeiten, bieten gleichwohl nicht alle einen Vollkasko-Versicherungsschutz für Wohnwägen. Teilweise haben diese Versicherungen erschwerte Annahmerichtlinien im Bereich der Kaskoversicherung, versichern etwa nur Bestandskunden bzw. diejenigen, die über ausreichend Ausgleichs-/Zusatzverträge bei der jeweiligen Versicherung verfügen. Hierdurch wird die Verfügbarkeit von Versicherungen, die von der Beklagten grundsätzlich vermittelt werden können, zusätzlich eingeschränkt.

Auf die eingeschränkte Marktanalyse im Zusammenhang mit der Nutzung der Beratungssoftware „NAFI“ hat die Beklagte den Kläger anlässlich der Beratung im März 2018 nicht hingewiesen.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Rechtsauffassung LG Konstanz: Marktbegriff und Einschränkung der Marktgrundlage

Das LG Konstanz vertrat die Ansicht, dass es sich beim „Markt“-Begriff des § 60 Abs. 1 S. 1 VVG um den Gesamtmarkt handelt, in dem Versicherungen für das jeweils in Frage stehende Risiko abgeschlossen werden können. Demnach habe die Marktanalyse auch Direktversicherer sowie andere Versicherungsgesellschaften zu umfassen, die aufgrund ihrer Vertriebsstruktur nicht mit Versicherungsmaklern zusammenarbeiten.

Sofern der Versicherungsmakler nicht den Gesamtmarkt sondieren wolle, könne er seine Marktgrundlage durch einen entsprechenden Hinweis gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 VVG einschränken.

Ein Hinweis auf eine eingeschränkte Marktgrundlage sei jedoch nicht in den AGB des Maklers möglich. Eine derartige Belehrung in AGBs erfolge nicht „im Einzelfall“, da AGB grundsätzlich gerade keine Regelung für Einzelfälle, sondern solche für eine Vielzahl von Verträgen treffen. Sofern ein Hinweis auf die eingeschränkte Marktgrundlage im Einzelfall nicht erfolge, sei der Versicherungsmakler nach Ansicht des LG Konstanz verpflichtet, zunächst den gesamten Markt – einschließlich Direktversicherer sowieso Versicherer, die nicht mit Maklern kooperieren – zu sondieren und könne erst anschließend eine Auswahl treffen, welche Versicherungen er bei seinem Rat berücksichtigt.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Kommentar:

Dem LG Konstanz ist insofern zu folgen, dass die Einzelfallbelehrung des § 60 Abs. 1 S. 2 VVG nicht standard- bzw. serienmäßig abgegeben werden kann. Es verkennt jedoch, dass bei der Ausklammerung von Direktversicherern und anderen Versicherern, die nicht mit Maklern kooperieren, bereits keine Einschränkung der Beratungsgrundlage im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 2 VVG vorliegt. Vielmehr handelt es sich um eine zulässige Festlegung, auf welchen Markt der Versicherungsmakler tätig werden will.

Zur Begründung:

Versicherungsmakler sind verpflichtet, Kunden auf Grundlage einer objektiven und ausgewogenen Marktuntersuchung zu beraten. Diese Marktuntersuchung ist Voraussetzung für die Ermittlung der hinreichenden Zahl von Versicherungsangeboten. Art und Umfang der Marktuntersuchung sind abhängig von den Umständen des Einzelfalls, d.h. insbesondere nach den Marktverhältnissen in dem Versicherungsbereich für den vermittelt werden soll. Sofern der Markt „eng“ ist, d.h. eine Spezialsparte mit wenigen Anbietern vorliegt, kann vom Makler durchaus erwartet werden, dass die Marktuntersuchung alle Anbieter umfasst. Sofern der Markt für eine Versicherung jedoch „breit“ ist und ein reichhaltiges Angebot an Versicherungslösungen vorhanden ist, ist der Maßstab darauf zu reduzieren, dass kein bedeutsamer Versicherer ausgeschlossen wird. Kriterien hierfür können Marktanteil, Finanzstärke, Marktauftritt, für den Versicherungsnehmer vorteilhafte AVB, gute Schadenregulierung und Service sowieso der Preis für die Versicherung sein. Durchaus ausreichend ist die Durchführung regelmäßiger Marktuntersuchungen, die nicht für jeden einzelnen Kunden wiederholt werden muss.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Nach Rechtsauffassung des LG Konstanz hat die Beratungsgrundlage gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 VVG sowohl Direktversicherer als auch Versicherer, die nicht mit Maklern kooperieren, zu enthalten. Daher müsste der Makler in jeden einzelnen Beratungsvorgang darauf hinweisen, dass er in diesen ganz konkreten Einzelfall seine Beratungsgrundlage einschränkt. Bei der systematischen Berufung auf die Einschränkung der Beratungsgrundlage gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 VVG liegt jedoch ein systematischer Verstoß gegen die Maklerpflichten vor, der eigentlich zum Verlust von Maklerstatus und Vermittlererlaubnis führt.

Gegen die Auffassung des LG Konstanz spricht daher gerade, dass die Einschränkung der Marktgrundlage des § 60 Abs. 1 S. 2 VVG nur im Einzelfall erfolgen soll und dass das RegelAusnahmeverhältnis zwischen § 60 Abs. 1 S. 1 VVG als Regel und § 60 Abs. 1 S. 2 VVG als Ausnahme genau umgekehrt zu sehen ist. Die Einschränkung der Marktgrundlage soll es Maklern, die sich keinen hinreichenden Marktüberblick verschaffen können, ermöglichen, ohne Statusverlust als Makler tätig zu sein. Als Beispiel können Makler angeführt werden, die außerhalb des von ihnen hauptsächlich betreuten Versicherungsbereichs beraten. In diesen Fällen muss der Makler jedoch stets „im Einzelfall“ auf seinen fehlenden Marktüberblick hinweisen.

Ein Makler, der jedoch regelmäßig seine Beratungsgrundlage einschränkt verletzt seine vertragstypischen Kardinalspflichten und berufsrechtlichen Pflichten als Versicherungsmakler in so schwerwiegender Weise, dass berechtigterweise der Entzug der berufsrechtlichen Zulassungserlaubnis als Versicherungsmakler gemäß § 34d Abs. 1 GewO gefordert werden kann. Ein konsequentes Weiterdenken der Rechtsauffassung des LG Konstanz würde somit zu einem Ergebnis führen, das weder richtig noch gewollt sein kann.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Rechtsauffassung LG Konstanz: Gesonderte Vergütungsvereinbarung

Der ebenfalls vertretenen Rechtsmeinung, dass die Marktgrundlage des § 60 Abs. 1 S. 1 VVG für Makler um Direktversicherungen einzuschränken sei, hielt das LG Konstanz die Möglichkeit einer gesonderten Vergütungsvereinbarung entgegen:

„So mag es zwar sein, dass die Versicherungsmakler in den vorgenannten Fällen keine Courtage von den jeweiligen Versicherungsgesellschaften erhalten können. Es ist ihnen nach dem Grundsatz der Privatautonomie jedoch unbenommen, sich für den Fall, dass ein Versicherungsnehmer infolge einer Vermittlungsleistung des jeweiligen Versicherungsmaklers einen Versicherungsvertrag mit einer Versicherung schließt, von der der Versicherungsmakler im Einzelfall keine Provision erhalten kann, stattdessen vom Versicherungsnehmer eine entsprechende Courtage versprechen zu lassen. Dieses Vorgehen mag für Versicherungsmakler unüblich sein, ist aber aus Sicht der Kammer weder gesetzlich verboten noch in sonstiger Weise unredlich.“

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Kommentar:

Das LG Konstanz versucht an dieser Stelle einen Lösungsweg für die Konsequenzen der vertretenen Rechtsauffassung aufzuzeichnen. Der BGH hatte bereits 2005 (Urteil v. 20.01.2005, Az. III ZR 251/04) anerkannt, dass Versicherungsmakler, die bei der Vermittlung von Nettolebensversicherungspolice keine Vergütung vom Versicherer erhalten, eine separate Vergütungsvereinbarung mit dem Versicherungsnehmer abschließen können. Die Betonung der entsprechenden Grundsätze der Privatautonomie durch das LG Konstanz ist daher grundsätzlich begrüßenswert.

Verkannt wird jedoch, dass eine entsprechende Vergütungsabrede mit dem VN bei der vorliegenden Vermittlung einer KFZ-Versicherung für keine der Vertragsparteien attraktiv gewesen wäre. Zwar mag eine solche Vereinbarung bei Versicherungen mit höherer Prämie grundsätzlich eine Alternative darstellen. Je niedriger die Prämie für die Versicherung jedoch ist, desto weniger sinnhaft ist eine separate Vergütungsabrede. Das Spannungsfeld zwischen einer wirtschaftlich noch sinnvollen Tätigkeit des Vermittlers und das Bedürfnis des Versicherungsnehmers, z.B. bei einer privaten Haftpflichtversicherung, keine „Beratungsgebühr“ zu bezahlen, die ggf. deutlich höher ausfällt als die Jahresprämie für die empfohlene Versicherung, lässt sich bei niedrigpreisigen Versicherungslösungen für Privatkunden nicht befriedigend auflösen. Die vom LG Konstanz ins Spiel gebrachte separate Vergütungsabrede kommt daher beispielsweise bei Nettolebensversicherungspolice, praktisch jedoch kaum bei Versicherungen mit niedriger Prämie in Frage.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Kommentar:

Ein solches Honorarsystem ist zudem auch für Verbraucher wenig attraktiv. Das lässt sich insbesondere am seit vielen Jahren niedrigen Zulassungsstand von Versicherungsberatern (Stand: 31.03.2021: 323) im Vergleich zu Versicherungsmaklern (Stand: 31.03.2021: 46.018) und gebundenen Versicherungsvertretern (Stand: 31.03.2021: 119.306) belegen.

Bei der Bewertung der niedrigen Zulassungszahlen für Versicherungsberater ist zudem zu berücksichtigen, dass die Förderung der Honorarberatung seit vielen Jahren erklärtes Ziel der Bundesregierung ist. Die entsprechenden Maßnahmen – zuletzt die im Rahmen der IDD-Umsetzung eingefügte ausdrückliche Erlaubnis für Versicherungsberater ebenfalls vermitteln zu dürfen – hat jedoch zu keiner wesentlichen Attraktivitätszunahme der Honorarberatung geführt. Dies ist auch durchaus erklär- und nachvollziehbar. Das „mechanische“ Provisions-/Courtagesystem kann durch die wesensimmanente Quersubventionierung zwischen niedrigpreisigen und höherpreisigen Versicherungslösungen in vielerlei Hinsicht als das sozialere System angesehen werden, da es auch den sozial Schwächeren eine qualitativ hochwertige Beratung in Versicherungs- und Vorsorgefragen ermöglicht.

Der vom LG Konstanz aufgezeigte Lösungsansatz entpuppt sich daher bei näherer Betrachtung als trügerische Chimäre.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Rechtsauffassung LG Konstanz: Marktsondierung durch gängige Softwarelösung

Die Tarifsuche führte der Makler mit NAFI durch und er berief sich darauf, dass NAFI unter Maklern sehr gebräuchlich ist. Laut Urteil gibt es auf dem deutschen Markt 89 Versicherer, die grundsätzlich KFZ-Versicherungen anbieten. Stand März 2020 habe NAFI 74 Versicherer enthalten, die grundsätzlich Versicherungen für Wohnwagen anboten. Von diesen 74 Versicherern arbeiten jedoch nur 35 Versicherer (47,3%) mit Maklern zusammen, wobei auch diese teilweise keinen Vollkaskoschutz für Wohnwagen anbieten oder nur unter erschwerten Annahmerichtlinien.

Hierzu führte das LG Konstanz aus:

„Der Hinweis der Beklagten auf die Nutzung einer gängigen Beratungssoftware greift nicht durch. Denn die Beratungssoftware entspricht offenkundig nicht den Anforderungen, die § 60 Abs. 1 S. 1 VVG nach der hier vertretenen Auffassung an die Marktanalyse von Versicherungsmaklern stellt. Hierbei handelt es sich um einen Umstand aus der Sphäre der Beklagten, der folglich auch zu ihren Lasten zu gehen hat. Die Beklagte hat ihre Arbeitsmittel danach auszuwählen, dass sie hiermit ihre gesetzlichen Pflichten erfüllen kann.“

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Kommentar:

Die Beratungsgrundlage des § 60 Abs. 1 VVG spricht davon, dass Versicherungsmakler eine „hinreichende Zahl“ von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen und Versicherern berücksichtigen müssen. Was jedoch eine „hinreichende Zahl“ ist, ist bisher nicht abschließend geklärt und ist auch – wie bereits ausgeführt – durchaus abhängig von den Marktgegebenheiten im Einzelfall. In bisherigen Gerichtsentscheidungen ist eine Tendenz erkennbar, diesbezüglich sehr hohe – und bei einer realistischen Betrachtung unter Umständen auch überzogene – Anforderungen an das Kriterium der „hinreichenden Zahl“ zu stellen.

Im genannten Sachverhalt könnte zunächst nach einer – unter Juristen wie ausgeführt durchaus vertretenen – Ansicht durchaus die bloße Einbeziehung der 35 Versicherer mit Maklervertriebsweg ausreichen. Auch dies wären knapp unter 50% des Marktes. Zudem spiegelt die vorliegend rein quantitative Betrachtung fälschlicherweise abschließende Vollständigkeit vor. Entsprechendes „Zahlenwerk“ lässt die qualitative Dimension jedoch unberücksichtigt. Versicherungsprodukte sind Rechtsprodukte, bei denen dementsprechend das „Kleingedruckte“ – sprich die AVB – entscheidend ist. Vorliegend war der Versicherungsnehmer ganz offensichtlich sehr preisorientiert. Die Prämie ist jedoch nur ein zu betrachtender Aspekt. Wie bereits ausgeführt können Marktanteil, Finanzstärke, Marktauftritt, für den Versicherungsnehmer vorteilhafte AVB, gute Schadenregulierung und Service weitere Kriterien für die Eignung einer Versicherungslösung sein – auch wenn diese Kriterien bei einem dem Sachverhalt zugrundeliegenden sehr preisorientierten Kundentypus letztlich weitgehend zurückgedrängt werden können.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Kommentar:

Dass der Gesetzgeber durchaus anerkannt hat, dass der „Preis“ einer Versicherung nicht unbedingt entscheidend ist, kann zuletzt durch die Gesetzesbegründung bei der Einführung des Provisionsabgabeverbots gesehen werden. Das Provisionsabgabeverbot soll nämlich ausdrücklich „Fehlanreize“ vermeiden, die daraus entstehen, dass ein Versicherungsnehmer bei Abschluss eines Versicherungsvertrags eher auf die Provisionsabgabe als auf für ihn passenden Versicherungsschutz achtet. Auch in diesem Aspekt ist das Urteil des LG Konstanz zwar sorgfältig begründet, in der Sache und im Ergebnis jedoch fragwürdig.

Fazit:

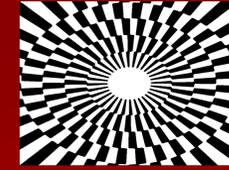
Eine gefestigte Meinung, ob der Ausschluss von Direktversicherern und anderen Versicherern, die nicht mit Maklern zusammenarbeiten, im Maklervertrag zulässig ist, hat sich bisher nicht herausgebildet. Gleichwohl wird ein Ausschluss von Direktversicherern unter Juristen durchaus für zulässig erachtet. Wesentliche Begründung hierfür ist, dass der Versicherungsnehmer nicht erwarten kann, von einem Versicherungsmakler Versicherungen von Versicherungsgesellschaften empfohlen zu bekommen, von denen dieser keine Courtage erhält.

„Markt im Sinne des § 60 Abs. 1 S.1 VVG ist das gesamte Versicherungsumfeld“

Fazit:

Diese Meinung in der Rechtsliteratur ist in Gerichtsprozessen jedoch bisher – soweit ersichtlich – nicht wirklich durchgedrungen. Dennoch muss es dem Makler möglich sein, im Maklervertrag den Markt zu definieren, auf den er tätig sein will. Die vom LG Konstanz „vorgeschlagene Lösung“, d.h. den Markt erst nach einer vollumfänglichen Sondierung einzugrenzen und den Kunden erst anschließend durch eine Erklärung im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 2 VVG auf eine eingeschränkte Versichererauswahl als Marktgrundlage – nämlich ein Angebot abzüglich Direktversicherer und Versicherungsgesellschaften, die nicht mit Maklern kooperieren – hinzuweisen sowie die Vereinbarung einer Vergütungsabrede/ Kostenausgleichsvereinbarung bei der Vermittlung von Direktversicherern, ist jedenfalls nur bedingt praxistauglich und würde vielfach bereits am mangelnden Willen des Versicherungsnehmers scheitern. Zudem kann durchaus gefragt werden, ob diese Ansicht tatsächlich mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der § 60 Abs. 1 S. 1 und § 60 Abs. 1 S. 2 VVG vereinbar ist.

Werden nun durch die sog. Verivox-Entscheidung durch das OLG Karlsruhe vom 22.09.2021 -6 U 82/20 – alle Makler – auch ohne Vergütungsanspruch verpflichtet, Versicherer zu berücksichtigen, die nicht mit dem Makler zusammenarbeiten?



Bundesverband
Deutscher
Versicherungs-
Makler e.V.

Teil 1: Der Versicherungsmakler und die Marktgrundlage

- ***LG Konstanz Urteil vom 21.Januar 2021 Me 4 O 90/19***
- ***OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.09.2021 – 6 U 82/20***

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Leitsätze der Entscheidung:

- 1. Internetvermittler und Betreiber von Vergleichsportalen, die eine Vertriebstätigkeit im Sinn von § 1a Abs. 2 VVG gerade in einer Weise ausführen, dass die Voraussetzungen nach § 59 Abs. 2 oder 3 VVG vorliegen, unterfallen den Regelungen über Versicherungsvertreter oder Versicherungsmakler.*
- 2. Der Versicherungsmakler schuldet bei seinem im Rahmen eines Online-Versicherungsvergleich erteilten Rat nach § 60 Abs. 1 Satz 1 VVG grundsätzlich die Einbeziehung auch von Konditionen solcher Versicherer, die in diesem Online-Versicherungsvergleich nicht genannt werden möchten oder nicht bereit sind, ein von diesem Versicherungsmakler unterbreitetes Angebot auf Abschluss eines Versicherungsvertrags anzunehmen, es sei denn der Versicherungsmakler erteilt im Einzelfall vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers einen Hinweis nach § 60 Abs. 1 Satz 2 VVG.*
- 3. Ein Hyperlink begründet dann keinen § 60 Abs. 1 Satz 2 VVG genügenden ausdrücklichen Hinweis auf die eingeschränkte Beratungsgrundlage, wenn er nicht so gestaltet ist, dass der Kunde hinreichend klar darüber informiert wird, die so verlinkte Seite werde ihn auf eine im Sinn von § 60 Abs. 1 VVG beschränkte Beratungsgrundlage hinweisen.*

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Leitsätze der Entscheidung:

4. *§ 60 Abs. 2 Satz 1 VVG verpflichtet zusätzlich zu der Benennung der bei dem Rat in Betracht gezogenen Versicherer zu einer - nicht schon in dieser Benennung liegenden - Mitteilung der Marktgrundlage und zudem einer davon zu unterscheidenden Informationsgrundlage, die die Art und Weise betrifft, wie der Versicherungsvermittler die ihm vorliegenden Informationen über die von ihm in den Blick genommene Marktgrundlage gewonnen hat.*
5. *Eine nach § 62 Abs. 1 VVG geforderte Übermittlung der Informationen nach § 60 Abs. 2 VVG in Textform im Sinn von § 126b Satz 1 BGB liegt nicht darin, dass eine Angabe in einem Pop-Up-Fenster oder in Unterseiten über Hyperlinks aufrufbar ist.*

Was fällt sofort auf: Hier geht es um „Online-Makler“ bzw. Vergleichsportale!

Was habe ich als normaler Makler damit zu tun? Mir reicht bereits das verquere Urteil des LG Konstanz. Was soll das ganze, alle quaken auf einmal herum und geben Handlungsempfehlungen.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Worum geht es in dem Urteil (Vorinstanz LG Heidelberg, 6. Zivilkammer, 6. März 2020 – 6 O 7/19 ?

Ausgangspunkt ist eine Wettbewerbsbeschwerde des vzbv gegenüber Verivox, einem Vergleichsportal und Internetversicherungsmakler, bzgl. der Angaben, welche Versicherer und Verträge beim Vergleich für Privathaftpflichtversicherungen wann und wie anzugeben sind. Es ist nach dem Urteil Verivox untersagt,

im Rahmen der Vermittlung von Privathaftpflichtversicherungsverträgen auf der Internetseite www.....de einen Vergleich für Privathaftpflichtversicherungen, der den direkten Abschluss der angebotenen Versicherungen ermöglicht, anzubieten, ohne

- a) Verbraucher vor Abgabe ihrer Vertragserklärung ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dem Vergleich eine nur eingeschränkte Versicherungs- und Vertragsauswahl zugrunde gelegt wird und/oder
- b) Verbrauchern vor Abgabe ihrer Vertragserklärung mitzuteilen, auf welcher Markt- und Informationsgrundlage die Vermittlungsleistung erbracht wird,

wenn dies geschieht wie in den Anlagen K4 bis K7 und B1 abgebildet.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Sachverhalt:

Die Internetseite der Beklagten, die eine Erlaubnis zur Betätigung als Versicherungsmaklerin besitzt, eröffnete ihrem Besucher einen „Privathaftpflicht-Versicherungsvergleich“, der von der nachfolgend auszugsweise eingeblendeten Hauptunterseite „Versicherungen“ (Anlage B 1, S. 4; Pfeilmarkierung hinzugefügt) aufzurufen war, indem der Besucher nach Wahl der Rubrik „Privathaftpflicht“ den Button „JETZT VERGLEICHEN“ anklickt:



..und was sehen wir hier:

„Privathaftpflicht – Jetzt vergleichen und sparen!“

Das Vergleichsportal zielt bei diesem Standardprodukt zunächst einmal nur auf den Preis ab! Der Kernbereich der Maklerdienstleistung, die Beratung und Auswahl des passenden Produkts wird quasi dem Kunden „überlassen“!

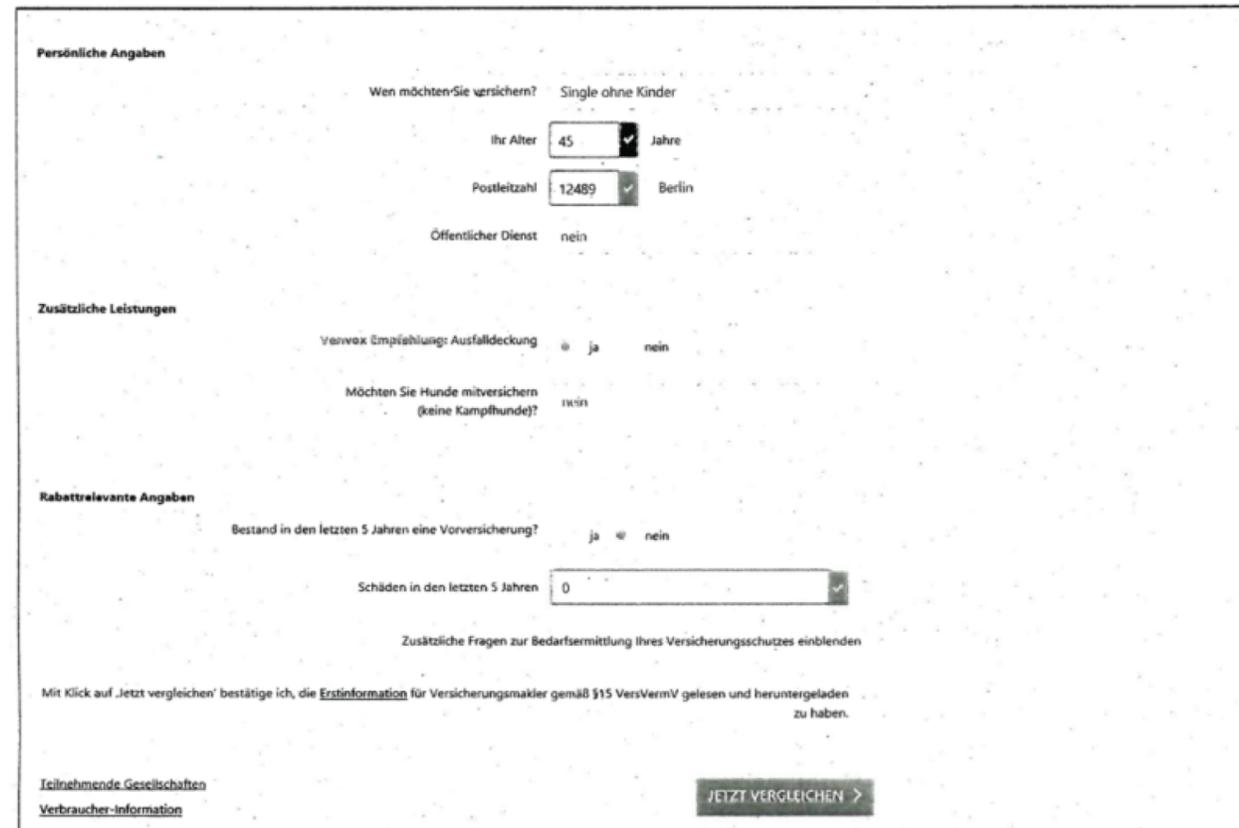
Wichtig auch: Das OLG Karlsruhe zählt diese Tätigkeit, d.h. den Vergleich, wohl bereits zu den Makleraufgaben.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Sachverhalt: .. „Diese Eingabe führte zu der in der Anlage K 4 gezeigten nachstehend ebenfalls auszugsweise eingeblendeten Unterseite:

Privathaftpflicht-Versicherungsvergleich

Verivox - Ihr kompetenter und unabhängiger
Versicherungsmakler - [Erstinformation](#)



The screenshot shows a web form for a private liability insurance comparison. The form is divided into three main sections: 'Persönliche Angaben' (Personal Information), 'Zusätzliche Leistungen' (Additional Services), and 'Rabattrelevante Angaben' (Discount-relevant Information). In the 'Persönliche Angaben' section, the user is asked 'Wen möchten Sie versichern?' (Whom do you want to insure?) with the option 'Single ohne Kinder' selected. Other fields include 'Ihr Alter' (Your age) set to 45 years, 'Postleitzahl' (Postal code) set to 12489 Berlin, and 'Öffentlicher Dienst' (Public service) set to 'nein' (no). The 'Zusätzliche Leistungen' section asks 'Verivox Empfehlung: Ausfalldeckung' (Verivox recommendation: Interruption coverage) with 'ja' (yes) selected, and 'Möchten Sie Hunde mitversichern (keine Kampfhunde)?' (Do you want to insure dogs (no fighting dogs)?) with 'nein' (no) selected. The 'Rabattrelevante Angaben' section asks 'Bestand in den letzten 5 Jahren eine Vorversicherung?' (Did you have a previous insurance in the last 5 years?) with 'ja' (yes) selected, and 'Schäden in den letzten 5 Jahren' (Damages in the last 5 years) set to 0. At the bottom, there is a disclaimer: 'Mit Klick auf „Jetzt vergleichen“ bestätige ich, die [Erstinformation](#) für Versicherungsmakler gemäß §15 VersVermV gelesen und heruntergeladen zu haben.' and a button labeled 'JETZT VERGLEICHEN >'. There are also links for 'Teilnehmende Gesellschaften' and 'Verbraucher-Information' on the left side.

In den einzelnen Feldern wurde z.B. das Alter, die Postleitzahl, öffentlicher Dienst, Ausfalldeckung, Mitversicherung von Hunden, Vorversicherung, Schäden abgefragt.

Der am linken Rand eingeblendete Link „Teilnehmende Gesellschaften“ öffnete ein Pop-Up-Fenster ohne eigene URL insbesondere mit einer Aufzählung der am Vergleich teilnehmenden und nicht teilnehmenden Gesellschaften.

Es gab an anderer Stelle noch Hinweise, dass der Markt nicht zu 100% vollständig abgedeckt werden könne, weil es VU gibt, die bei solchen Vergleichen nicht erscheinen wollen.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Kerngedanken der Entscheidung:

Das OLG Karlsruhe teilt die Auffassung des LG Heidelberg, dass Vergleichs- und Onlinemakler (nachfolgend auch Portalmakler), der etwa die Hälfte der nach Vertragszahlen 67 wichtigsten Versicherer und einen nominellen Anteil von 49 von 90 marktpräsenten Privathaftpflichtversicherern in den Vergleich einbezieht, seinem Rat keine hinreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen und von Versicherern zugrunde legt.

Kommt Ihnen dies bekannt vor? Ja, weil das LG Konstanz ähnlich argumentiert hatte. Das OLG Karlsruhe beruft sich deshalb auch auf diese Entscheidung!

Das OLG Karlsruhe führt aus, dass eine hinreichende Zahl daran zu messen sei, ob eine ausgewogene (Markt-)Untersuchung stattfindet, woran es in dem Verivox-Fall fehle. Die Verweigerung von Versicherern befreie Makler (dort heißt es nicht Portalmakler) nicht davon, sich an § 60 Abs. 1 Satz 1 VVG messen zu lassen. Sie determiniere auch nicht die gesetzliche Beratungsgrundlage. Der Makler schulde dem Kunden die Einbeziehung von Konditionen der anderen Hälfte der Versicherer, die nicht in den Vergleich einbezogen werden wollten oder nicht bereit seien, ein maklervermitteltes Vertragsangebot anzunehmen, in die Marktanalyse.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Kerngedanken der Entscheidung:

Nach Ansicht des OLG reiche es nicht, nur darauf hinzuweisen, welche Versicherer in den Vergleich einbezogen und welche nicht. Der Kunde könne erwarten, dass der Makler auch Versicherer einbeziehe, die die Zusammenarbeit grundsätzlich ablehnen.

Das VVG verpflichte den Makler aufgrund einer objektiven und ausgewogenen Marktuntersuchung zu beraten. Dies könnten und dürfen Kunden vom Makler als ihren Interessenwahrer erwarten. Eine solche Marktuntersuchung sei Voraussetzung für die Ermittlung der „hinreichenden“ Zahl von Angeboten. Dies soll nach dem OLG ausschließen, dass systematisch ein namhafter Teil des Marktes aus vom Makler „gesetzten“ Gründen bei der Analyse unberücksichtigt gelassen werden könnte, die sich aus dem Verhältnis von Makler und Versicherer ergeben. Solche Interna der Versicherungswirtschaft seien Kunden – gemeint dürften hier Verbraucher sein – in aller Regel praktisch unbekannt.

Ausgehend von § 60 Abs. 1 VVG dürfe der Kunde berechtigt erwarten, dass der Makler ggf. als Ergebnis seiner Analyse mitteile, die für den Kunden besten Konditionen (*hier dürfte wohl einzig das Preis-Leistungsverhältnis gemeint sein*) biete ein Versicherer, zu dem der Makler keine Geschäftsbeziehung anbahnen könne (*d.h. seiner Kernaufgabe der Vermittlung nicht nachgehen könne*).

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Kerngedanken der Entscheidung:

Der Makler müsse danach dem Kunden sogar zum Vertragsschluss mit einem Versicherer raten, von dem er keine Courtage erwarten könne, wenn er kein ebenso geeignetes Angebot eines anderen Versicherers, von welchem er Courtage erhalten würde, vorliege.

Immerhin führt das OLG aus: Könne oder wolle der Makler aufgrund z.B. der Verweigerungshaltung von Versicherern einen hinreichend ausgewogenen Rat nicht erteilen, so stehe es ihm frei, die Beratungsgrundlage auf einen geringeren als den in § 60 Abs. 1 Satz 1 VVG geforderten Umfang zu reduzieren, in dem er im Einzelfall den Hinweis nach § 60 Abs. 1 Satz 2 erteile. § 60 Abs. 1 Satz 2 VVG soll es danach Maklern, die sich keinen hinreichenden Marktüberblick verschaffen könnten, ohne Statusverlust tätig zu sein. Mit den Worten „im Einzelfall“ meine das Gesetz nur, dass die Pflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 1 VVG immer nur in dem (Einzel-)Fall entfalle, in dem der Makler dem Kunden dem einzelnen Kunden den Hinweis erteile.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Wie schrieb ein Mitglied: „**Das Urteil scheint ein richtiger Hammer zu sein!**“

Fangen wir einmal mit der Analyse an: Sieht man sich den Tenor der Entscheidung an, so kommt es auf den Online-Vergleich der Versicherer und Vertragsangebote im Internet für die Privathaftpflichtversicherung als Einstieg für die Maklerdienstleistung an. Das Urteil stellt den Verbraucher als Schutzobjekt nach dem UWG in den Mittelpunkt. So ein richtiger Maklervertrag ist mit dem Kunden, bevor er die Webseite „benutzt“ auch noch nicht abgeschlossen worden.

Alle diese Punkte unterscheiden den Verivox-Sachverhalt von dem täglichen Maklergeschäft unserer Mitglieder. Man könnte sich evtl. beruhigt zurück lehnen. Das Urteil des LG Konstanz zeigt aber auf, dass hier grundsätzliche Fragestellungen lauern. Dies ist aus den 5 Leitsätzen erkennbar, die eben in den Leitsätzen 2 und 4 ganz allgemeine Ausführungen zum Makler und seinen Pflichten machen und nicht nur für sog. Portalmakler.

Selbst wenn das Urteil nur die Portalmakler im Blick gehabt hätte, ist es weltfremd und erfasst Rolle und Funktion des Versicherungsmaklers nicht richtig und kommt deshalb bei der Auslegung des § 60 Abs. 1 zu falschen Ergebnissen. Das Urteil ist davon geleitet, sog. Vergleiche dazu zu zwingen alle Angebote in den Blick zu nehmen, damit der Verbraucher, der ja dann seinen Abschluss über die Webseite selbst vornehmen soll, nicht in die Irre zu leiten.

Mit diesem Ziel könnten wir ja sogar leben! Trotzdem ist die Entscheidung abzulehnen.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Analyse der Entscheidung:

- Maßgeblicher Treiber der Entscheidung, dürfte die Frage der Einstellung des Erwartungshorizontes des Kunden gewesen sein. Unserer Ansicht nach, bestimmt sich die Marktgrundlage nach § 60 Abs. 1 VVG nicht allein nach der Anzahl von Versicherern und deren Produkten. Vielmehr empfehlen wir unseren Mitgliedern bereits im Maklervertrag deutlich zu machen, auf welcher Grundlage der Makler überhaupt tätig wird und welche Auswahlkriterien vorliegen. Danach ist das Preis-/Leistungsverhältnis ein Kriterium, daneben kommen aber noch die Kriterien, Stabilität des Versicherers und des Angebotes, Erfahrungen in der Qualität der Vertragsverwaltung und Schadenabwicklung, reibungslose Korrespondenz der Beteiligten, d.h. bei den Geschäftsprozessen, etc. dazu.
- Wichtig ist auch, dass nur Versicherer berücksichtigt werden, die der Kontrolle der BaFin in Deutschland unterliegen. In unseren Muster für den Maklervertrag sind diese Kriterien sehr weit vorn platziert und nicht „hinten“ in beigefügten AGB „versteckt“.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Analyse der Entscheidung:

- Des Weiteren empfehlen wir ausdrücklich die Bestimmung, dass Versicherungen nicht an Direktversicherer oder Unternehmen vermittelt werden, die dem Makler keine Vergütung gewähren. Dies wird nicht irgendwo verdeutlicht, sondern am Anfang der Geschäftsbeziehung!
- Mit einem solchen Maklervertrag wird der Erwartungshorizont des Kunden bereits am Anfang der Vertragsbeziehung richtig eingestellt. Reine „Preisfüchse“ sind bei einem Versicherungsmakler und solchen Vertragsgrundlagen nicht richtig aufgehoben! Mitglieder sollten sich auch von solchen Kunden wie im LG Konstanz-Fall eher fernhalten!
- Gehen Sie auf diese Auswahlkriterien am besten auch in der Dokumentation vor dem Abschluss des Versicherungsvertrages ein. Weisen Sie gerade bei Standardprodukten auch darauf hin, dass Sie die Software verschiedener Hersteller benutzen, mit der Sie das Tarifangebot der am Maklermarkt präsenten Versicherer nach den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden und den entsprechenden Tarifangeboten selektieren und alle notwendigen Auswahlkriterien, wozu auch das Preis-/ Leistungsverhältnis gehört, berücksichtigen. Insoweit ist der Marktüberblick repräsentativ und hinreichend nach § 60 Abs. 1 VVG. Gern können solche Partner der Makler, wie z.B. die VEMA, hierauf in der Beratungsdokumentation bereits eingehen.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Analyse der Entscheidung:

- Bei einem „normalen“ Makler, also keinem Plattform-Vergleichsmakler, kommt es bei der hinreichenden Anzahl und der Marktanalyse vor allen Dingen auf qualitative Kriterien und die Auswahlkriterien an. § 60 Abs. 1 VVG wird mißverstanden, wenn es nur um die Anzahl geht. Maßgeblich ist vielmehr u.E. ein repräsentativer Marktquerschnitt, d.h. der Makler erfüllt seine Marktuntersuchungspflicht, wenn er einen repräsentativen Marktquerschnitt abbildet. Wenn dabei Versicherer, die mit dem Makler nicht zusammenarbeiten wollen, außen vor bleiben, ist § 60 Abs. 1 VVG u.E. nur verletzt, wenn gerade dieser Versicherer das einzig passende Produkt für den Kunden hätten. Solche Überlegungen hat das Gericht überhaupt nicht angestellt.
- Unsere Mitglieder verfolgen aus Qualitätsgründen vorn vornherein den Ansatz, im Kern nur „best practice-Produkte“ zu beraten und zu vermitteln. Diese Produkte entsprechen regelmäßig auch den Auswahlkriterien unserer Mitglieder. Machen Sie dies gegenüber dem Kunden – möglichst nachweisbar – im Beratungsprozess deutlich und spiegeln sie dem Kunden auch, die Kriterien. Es macht für einen normalen Makler und den Kunden keinen Sinn, 90 Hausratversicherer präsentiert zu bekommen, wenn nur eine Handvoll von Versicherern die Qualitätskriterien erfüllen.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Analyse der Entscheidung:

- Das OLG Karlsruhe verkennt den weiten Vermittlungsbegriff, so wie er jetzt auch in § 1 a VVG festgelegt wurde: Der Makler schuldet danach
 - Risikoerfassung und -bewertung,
 - Versicherungsschutzerfassung und -bewertung,
 - Vertragsvermittlung im engeren Sinne,
 - Vertragsbetreuung
 - Schadenassistenz

Wie soll der Versicherungsmakler, der nach dem gesetzlichen Leitbild eine Vermittlungsleistung schuldet, diese bewerkstelligen, wenn der Versicherer mit ihm nichts zu tun haben will. Eine laufende Betreuung des Kunden wäre nur unter den Bedingungen einer umfassenden Bevollmächtigung als Korrespondenzmakler möglich, wenn der Versicherer nicht kooperiert. Dann könnte der Versicherungsmakler immer noch nicht seine Gewicht und seine Fähigkeiten bei der Schadensassistenz einbringen! Hierüber hat sich das OLG offensichtlich keine Gedanken gemacht.

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Analyse der Entscheidung:

- Die Entscheidung ist aber auch deshalb abzulehnen, weil ihr die im Gesetz nicht gestützte Vorstellung zugrunde liegt, ein Makler könne Tarife eines Versicherers gegen dessen Willen anbieten. Dem Makler soll angeblich auch eine dazu noch unentgeltliche Nachweispflicht treffen.
- Das OLG übersieht dabei, dass der Makler regelmäßig bereits im Maklervertrag auf die Vergütungsfragen im Detail eingeht und der Kunde bei Abschluss eines Maklervertrages nach unseren Mustern genau weiß, dass er unentgeltliche Tätigkeit des Maklers nicht erwarten kann. Da der Maklervertrag auch regelmäßig eine Vergütungsabrede für courtagefreie Tarife enthält, ob liegt es dem Kunden zu entscheiden, wie der Markt in seinem Fall definiert wird. Wie das OLG bei dieser Ausgangslage davon ausgehen kann, ein Kunde könne grundsätzlich die Einbeziehung abschlusskostenfrei kalkulierter Tarife erwarten, ist und bleibt ein Geheimnis des OLG Karlsruhe.
- Das OLG macht es sich auch mit der einfach in den Raum gestellten Vergütung des Maklers durch den Kunden zu einfach. Insoweit ist z.B. das Verhältnis zu § 34 d Abs. 1 am Ende nicht genau geklärt, wonach der Makler gerade Verbraucher so ohne weiteres nicht gegen ein gesondertes Entgelt beraten kann. Stichwort: Beratung und/oder Vermittlung

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

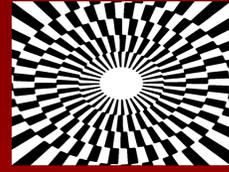
Fazit:

- Es ist mehr als ärgerlich, dass das OLG Karlsruhe zur wettbewerbsrechtlichen Regelung der Anforderungen eines Vergleichsportals weit über das Ziel geschossen ist und durch seine Bezugnahmen auf den Makler schlechterdings weitere Unsicherheiten in die Maklertätigkeit gebracht hat.
- Das OLG hat sich – leider – mit naheliegenden Fragestellungen bzgl. des Marktes, der Rolle des Maklers allgemein, dem Verhalten der Versicherer die gerade mit Maklern nicht zusammenarbeiten wollen, nicht hinreichend auseinander gesetzt. Wo sollen z.B. Makler Informationen über Produkte und Tarife erhalten, wenn der Versicherer diese gerade nicht herausgeben will. Auch fehlen Überlegungen, was der Marktüberblick gewährleisten soll und dass z.B. eine repräsentative Marktbeurteilung ausreicht, um die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden bestmöglich zu erfüllen. Insgesamt hat der OLG-Senat seine Entscheidung auf eine eingeschränkte Informationsgrundlage gestützt!

„Der Makler als Nachweisgeber ohne Vergütungsanspruch?“

Fazit:

- Wir sehen auch keine gravierenden Gefahren, dass Verbraucherschützer und Versicherer bzw. Versicherungsvertreter massenhaft wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen Mitglieder geltend machen könnten, die den Erwartungshorizont des Kunden richtig einstellen.
- Wir schätzen auch die Gefahr als nicht besonders groß ein, dass Kunden den Makler gem. §§ 63, 60 VVG massenhaft wegen fehlerhafter Beratung für nicht, unzureichend oder zu teuer eingedekte Risiken in Anspruch genommen werden. Bleiben Sie dabei, Ihren Kunden zu erklären, dass das Preis-/Leistungsverhältnis nicht das einzige Kriterium für die Auswahlentscheidung im repräsentativen Markt ist! Vermeiden Sie reine Sparfüchse bei Ihren Kunden, wie z.B. beim LG Konstanz-Fall, und wenn dies nicht möglich ist, geben Sie sich bei der Vermittlung und Beratung besondere Mühe, mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis!



Bundesverband
Deutscher
Versicherungs-
Makler e.V.

Teil 2: Der Makler und die Haftungsbeschränkung

„Haftung und Haftungsbegrenzung beim Versicherungsmakler“

Sachverhalt:

- Der Kunde (Kläger, eine Bewachungsfirma)) hatte bereits seit 2008 einen Allgemeinen Haftpflichtversicherungsvertrag bei einem Versicherer. Nach dem beruflichen Wechsel eines beim damals vermittelnden Makler angestellten Sachbearbeiters wurde 2015 ein neues Maklermandat an den neuen Arbeitgeber des vorbekannten Mitarbeiters erteilt. Danach wurde der Versicherungsvertrag mehrmals zur Abdeckung neuer Risiken aktualisiert. Ausgeschlossen von der Deckung der gesetzlichen Haftpflicht blieben allerdings nach einer Klausel unter „Ausschlüsse“ die „Haftpflichtansprüche aus Sachschaden, welcher entsteht durch Überschwemmungen stehender oder fließender Gewässer.
- Zu den Aufgaben des im Bewachungsgewerbe tätigen Kunden gehören mobile Kontrolldienste sowie Werk- und Objektschutz. Ab September 2016 hatte der Kunde/Kläger insgesamt drei Alarmüberwachungsverträge hinsichtlich des Objektes Polderschutzgemeinschaft Elbarkaden abgeschlossen, in denen er sich zum Verschluss von Schiebetüren sowie eines Flutschutztors bei einem angekündigten Hochwasser von mindestens 1,5m über dem mittleren Hochwasser verpflichtete.

„Haftung und Haftungsbegrenzung beim Versicherungsmakler“

Sachverhalt:

- Im Maklervertrag mit dem Kunden war folgende Haftungsklausel enthalten:

„Der Makler haftet für Vermögensschäden nach den gesetzlichen Bestimmungen, die Gesamtleistung für Vermögensschäden ist begrenzt auf einen Betrag von 2.500.000 Euro. Die Haftung des Maklers auf Schadensersatz für die Verletzung von Betreuungspflichten ist auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden begrenzt. Die vorstehenden Haftungsbegrenzungen gelten nicht für die Haftung wegen vorsätzlichen Verhaltens, für garantierte Beschaffenheitsmerkmale, wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder nach dem Produkthaftungsgesetz.“

- Im Dezember 2016 kam es dann zu erheblichen Schäden – über 5 Mio. Euro - in der Polderschutzgemeinschaft Elbarkaden, da im Rahmen des Hochwassers wegen mangelhaften Verschlusses der Flutschutztore Wasser in die zu schützenden Objekte eingedrungen war. Für die Betätigung der Flutschutztore und die Prüfung von deren Funktionsfähigkeit und Einweisung war der Kläger von seinem Auftraggeber vertraglich verpflichtet worden. Der Versicherer versagte unter dem Aspekt des Ausschlusses von Überschwemmungsschäden die Deckung.

„Haftung und Haftungsbegrenzung beim Versicherungsmakler“

Entscheidung:

- Der Versicherungsmakler muss danach einem Kunden (Bewachungsfirma) Schadensersatz in Millionenhöhe zahlen, weil er sich nicht um risikogemäßen Versicherungsschutz gekümmert hat. Der Makler hatte insbesondere die Haftpflichtversicherung des Kunden zu organisieren. Dabei fehlte eine für Schäden bei Überschwemmungen relevante Deckung. Er sei als treuhänderischer Sachwalter des betreuten Versicherungsnehmers zur vollständigen Risikoanalyse verpflichtet gewesen. Die Dokumentation einer solchen Analyse fehle, was dazu führe, dass der Makler die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich eventueller Maßnahmen habe.
- Im Rahmen der laufenden Betreuung hätte der Makler das gesamte relevante Risiko überwachen, den Versicherungsnehmer bei Veränderungen informieren und auf Anpassungsbedarf ansprechen müssen. Der Schadensersatz steht dem Kunden wegen Schlechterfüllung des Maklervertrags zu, durch die ein Schadensfall vom Versicherer nicht reguliert wurde.
- Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung der Makler-Sachwalter-Haftung und unterstreicht insbesondere die Rolle des Maklers bei der Risikoprüfung und Vermeidung von Deckungslücken. Der Maßstab des suitable advice gilt auch nach Umsetzung der letzten europäischen Richtlinie (IDD) fort.

„Haftung und Haftungsbegrenzung beim Versicherungsmakler“

Entscheidung:

- Der Makler konnte seine Haftung auch nicht wirksam auf die in seinen AGB vorgesehene Haftungsobergrenze beschränken, denn die im Fall des Urteils verwendete Klausel sah eine Haftungsbeschränkung auch bei grober Fahrlässigkeit vor und verstieß damit gegen §§309 Nr. 7b sowie 310 BGB. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist diesbzgl. eine geltungserhaltende Reduktion verboten (BGH v. 06.04.2005 – VII ZR 27/04).

Praxistip:

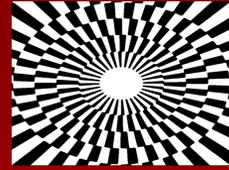
Bitte prüfen Sie Ihre Haftungsbeschränkungsklauseln.

Ein Muster einer Haftungsklausel finden Sie hier:

„Haftung und Haftungsbegrenzung beim Versicherungsmakler“

Muster einer Haftungsklausel:

1. Als BDVM Mitglied hält der Versicherungsmakler eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung vor, deren Versicherungssumme mindestens doppelt so hoch ist wie diejenige, die vom Gesetzgeber vorgeschrieben ist. Zur Zeit beträgt diese Der Haftungsrahmen des Maklers beläuft sich im Falle leicht fahrlässiger Verletzung seiner vertraglichen Pflichten auf diese Summe. Soweit im Einzelfall das Risiko eines höheren Schadens besteht, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, den Haftpflichtversicherungsschutz des Maklers auf eigene Kosten auf eine Versicherungssumme zu erhöhen, die das übernommene Risiko abdeckt. Der Makler gibt hierzu eine Empfehlung ab.
2. Es gelten die gesetzlichen Verjährungsregelungen mit der Maßgabe, dass die Ansprüche spätestens nach 5 Jahren, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Maklervertrag beendet wurde, verjähren.
3. Unbenommen von den vorstehenden Regelungen bleibt die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer zumindest fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen sowie für sonstige Schäden, die auf einer zumindest grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen, weiterhin bestehen.



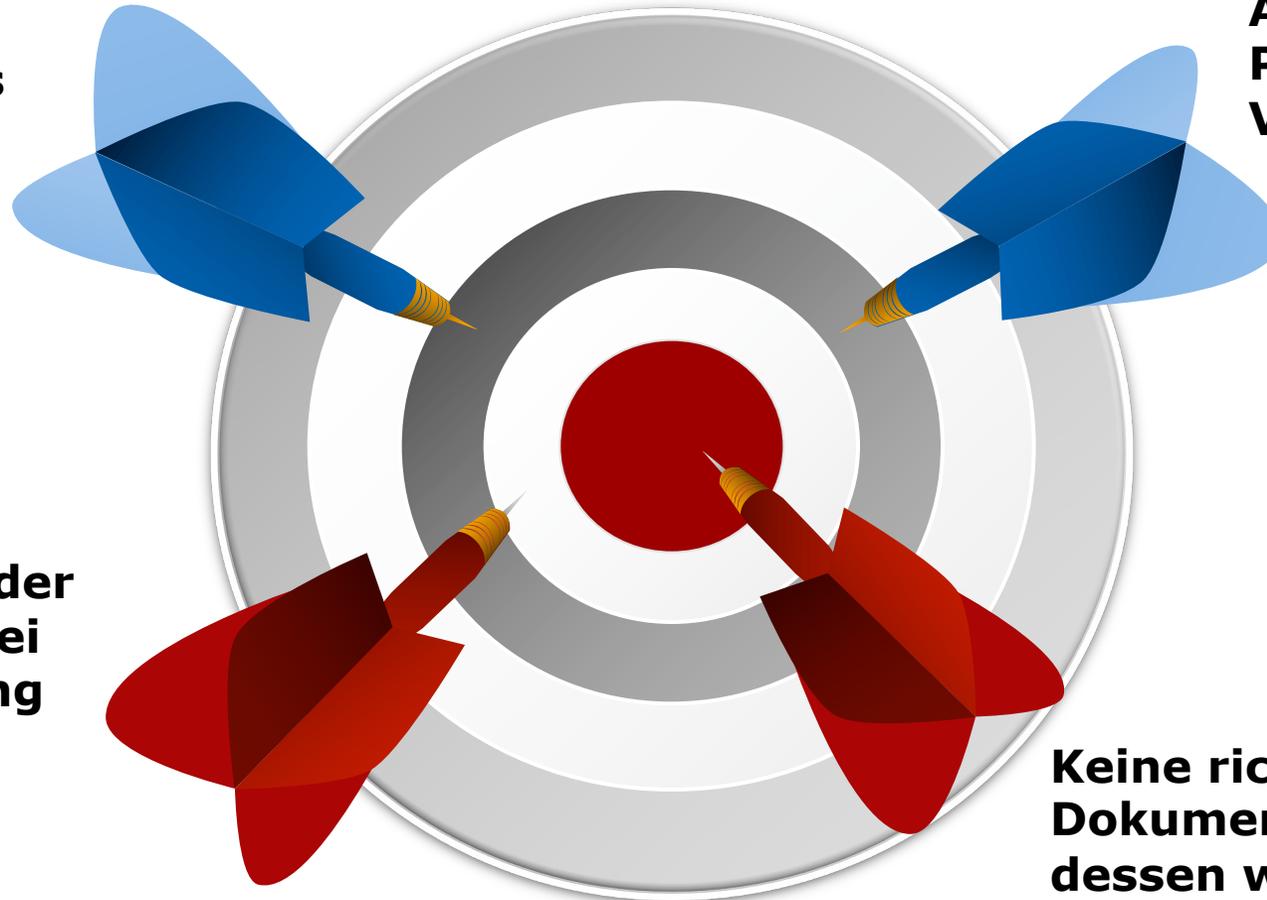
Teil 3: BSV- Update nach dem BGH-Urteil vom 26.1.2022

- Wo stehen wir jetzt?**
- Gibt es für Versicherungsmakler etwas zu befürchten?**

Ausgangslage für eine Haftung des VM:

Fehler bei der Aufnahme des Risikos

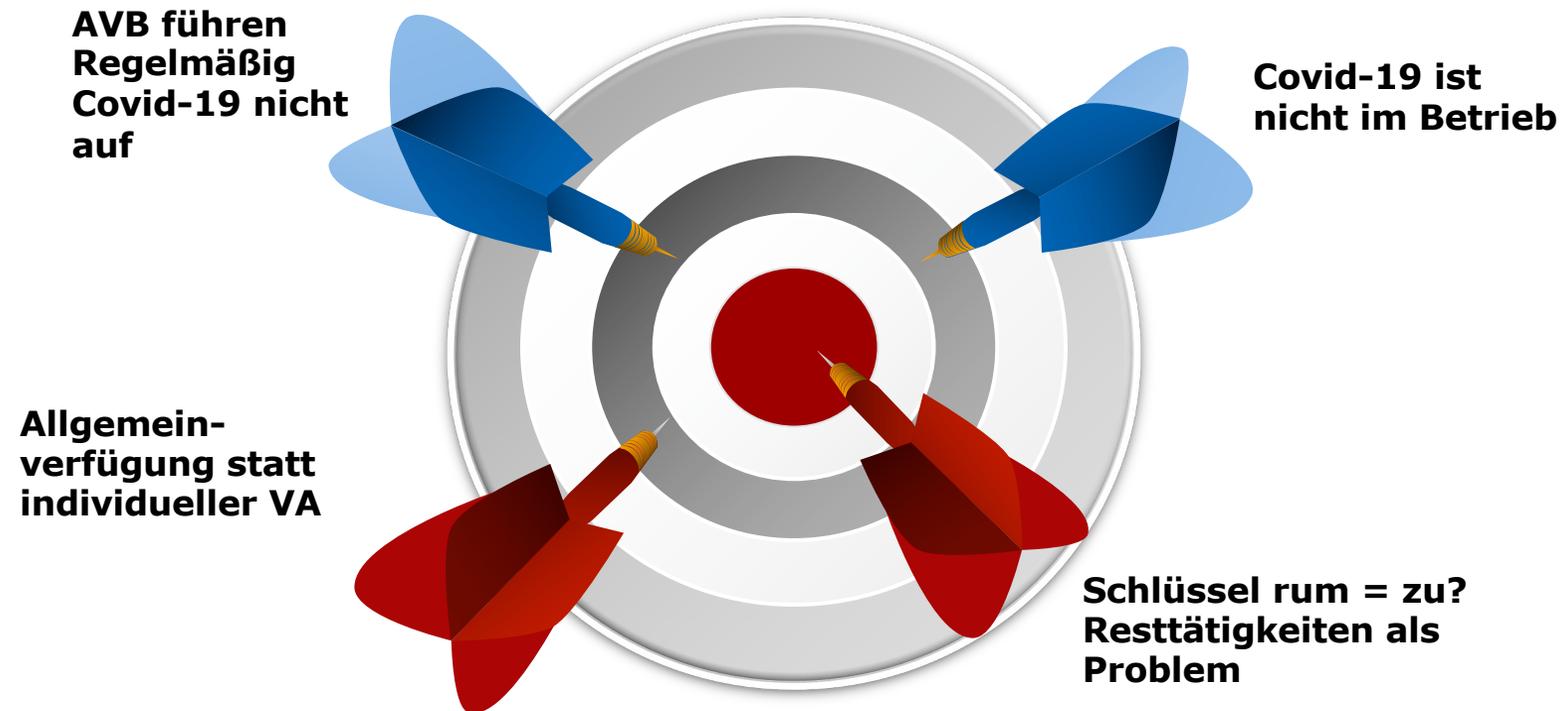
Auswahl des falschen Produkts und/oder Versicherers?



Nicht richtige Verarbeitung der Information bei der Vermittlung

Keine richtige Dokumentation dessen was gewollt und getan wurde

Unveränderte Ausgangslage:



Insgesamt 360° praktische juristische Fragestellungen



Noch einmal: Die drei Fallgruppen



Die klaren Bedingungen

- In den AVB wird bei der Aufzählung der namentlich genannten Krankheiten in den AVB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass **“ausschließlich”** die nachfolgenden Krankheiten und Erreger versichert sind.
- Häufig auch der Zusatz: „Krankheiten und Erreger, die vorstehend nicht aufgeführt sind, sind nicht versichert.“
- Diese AVB sind einer Auslegung so ohne weiteres nicht zugänglich.
- Gilt dies auch für die Formulierung ..“**nur**“ die nachfolgenden Krankheiten und Erreger...

FOLGE: Einige Urteile beschäftigen sich mit diesen AVB, alle Klagen werden abgewiesen! Nach BGH-Entscheidung : Kein Anspruch!

Die Bedingungen, die der Auslegung / Transparenzkontrolle zugänglich sind

Zwei Sorten von AVB:

- Beispiel Mannheimer Hostima:
„Meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger im Sinne dieser Bedingungen sind die in den §§ 6 und 7 IfSG namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger.“
- Beispiel Helvetia:
„Meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger im Sinne dieser Bedingungen sind die folgenden, im IfSG in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger:
 - a) *Krankheiten.....*
 - b) *Krankheitserreger.....“*

Die Bedingungen, die der Auslegung / Transparenzkontrolle zugänglich sind

Es ist klar erkennbar, dass die Bedingungen die nur pauschal auf das IfSG und dort auf § 6 und 7 IfSG einer Auslegung noch besser zugänglich sind als die Bedingungen, die auf eine Vielzahl von Krankheiten und Erregern hinweisen. **Wichtiger Punkt!**

Bei der Auslegung geht es darum, ob ein statischer Verweis auf das IfSG vorliegt oder ein sog. dynamischer Verweis. Wird nur pauschal § 6 und § 7 IfSG zitiert, wird auch auf die Öffnungsklauseln speziell des § 7 Abs. 2 verwiesen!

Zu den Problemformulierungen später:

- Wichtig: Zweifel bei der Auslegung von AVB gehen zu Lasten des Verwenders, d.h. des VU! Hier liegt in einigen Fällen die Chance.

AVB mit Öffnungsklauseln

In solchen AVB wird klar auf Krankheiten und Erreger Bezug genommen, die gerade noch nicht im IfSG aufgeführt worden sind. Man will auch solche Krankheiten und Erreger versicherungsmäßig abdecken.

Solche Klauseln findet man bei medizinischen Einrichtungen. Warum? Krankenhäuser und Ärzte sollen nicht, um ihren Versicherungsschutz nicht zu gefährden, Patienten mit nicht klaren Krankheiten oder Erregern abweisen. Genau das Gegenteil ist gewollt!

Bisher keine Urteile zu diesen Klauseln (warum auch!)

Die Versicherer, die nicht leisten, berufen sich auf eine Vielzahl von einzelnen Punkten:

- Covid-19 ist nicht im Betrieb aufgetreten – „Wir versichern nur intrinsische Risiken“
- Es liegt keine Einzelverfügung gerade für den Betrieb vor.
- Allgemeinverfügungen genügen nicht zur Betriebsschließung, am besten kombiniert mit: Wir versichern keine Pandemien.
- Die Allgemeinverfügungen sind unwirksam, weil falsche Norm aus dem IfSG in Bezug genommen wird oder Ministerium nicht zum Erlass befugt sei; derartige unwirksame Allgemeinverfügungen müssen nicht befolgt werden!
- Es liegt überhaupt keine Verfügung gegenüber dem Betrieb vor, wenn allgemeine Regelungen zum Schließen des Betriebs führen (Beispiel: Tourismusverbot, Verbot von Fährschiffbetreibern Fremde auf die Insel zu befördern – dann macht der Verkauf von Eis oder das Backen von 20.000 Brötchen auf einer Insel keinen Sinn) Problem des mittelbaren Schadens (gilt auch für Messebauer, Eventausrüster etc.)

Hauptargumente der Versicherer

Die Versicherer, die nicht leisten, berufen sich auf eine Vielzahl von einzelnen Punkten:

- Der Betrieb ist gar nicht geschlossen! Was bewirken Resttätigkeiten? Liegt eine faktische Betriebsschließung vor, wenn die Kette "Pizza-Mütze" noch 60% Außerhausumsatz macht? Das Hotel ist gar nicht geschlossen, weil doch massenhaft Geschäftsleute dort übernachten könnten!
- Covid-19 ist nicht in den Bedingungen erwähnt und deshalb nicht gedeckt. Wir wollten ganz bewusst durch den Verweis auf das IfSG in der Fassung aus dem Jahr 2000 bei einem Vertragsschluss in 2018 oder 2019 alles „Neue“ ausschließen.
- Unsere Bedingungen sind klar und keiner Auslegung zugänglich.
- Covid-19 ist während der Schließungszeit nicht ausdrücklich in § 7 Abs. 1 IfSG aufgeführt gewesen.
- Eine Zusage im Internet, dass Covid-19 gedeckt sei, ist so nicht richtig, wir haben diese missverständliche Formulierung aus dem Netz entfernt.
- Selbstverständlich muss man sich alle Zuschüsse, Kurzarbeitergeld und sonstige Einsparungen insbesondere von Material anrechnen lassen.

Ende April 2020 schmettert das LG Mannheim zwar eine einstweilige Verfügung ab, nimmt aber den Versicherungsfall als gegeben an.

Zugrunde liegende AVB: Mannheimer Hostima - Klärung folgender Punkte durch Gericht:

- **Covid-19 muß nicht im Betrieb sein**
- **Allgemeinverfügung reicht aus**
- **Faktische Betriebsschließung genügt, d.h. untergeordneter to-go Verkauf ist unschädlich, ebenso vereinzelte Übernachtungen durch Geschäftsleute**
- **Covid-19 ist durch VO seit Februar 2020 im IfSG geregelt, dies reicht**
- **Dynamischer Verweis auf die Regelung im IfSG durch AVB**
- **aber kein Erlass der einstweiligen Verfügung, weil Schaden nicht richtig dargelegt und überdies Vorwegnahme der Hauptsache!**

Nach dieser Entscheidung bringen sich sofort zahlreiche Autoren in diversen Zeitschriften in Stellung, u.a. auch Prof. Günther aus der Kanzlei BLD der die Mannheimer in diesem Verfahren vertreten hat.

Ein Anwalt aus Recklinghausen geht an drei verschiedenen Landgerichten im Wege der einstweiligen Verfügung gegen die Westfälische Provinzial vor.

Ergebnis: dreimal verloren!

Warum verloren? Blick in die AVB:

*„Meldepflichtige Krankheiten oder meldepflichtige Krankheits-erreger im Sinne dieses Vertrages sind **nur** die **im folgenden aufgeführten**“*

8.2.2.1. Krankheiten .. (es folgt Aufzählung)

8.2.2.2. Krankheitserreger (es folgt Aufzählung)

LG München hat klargemacht:

- LG München hält die entsprechenden Klauseln bei den Versicherern – hier zunächst VKB und HKD – für intransparent und deshalb unwirksam. Es bleibt dann nur einfacher Verweis auf Infektionsschutzgesetz – Folge Covid-19 ist gedeckt aufgrund der VO seit dem 1.2.2020
- Restriktiver Standpunkt der der Entlastungswirkung, Zuschüsse und KUG werden nicht berücksichtigt.
- Voller Sieg der VN am 1.10. und 22.10. 2020 in Sachen Emmeramsmühle und Paulanerkeller.
- Allianz vergleicht sich einen Tag vor Urteilsverkündung mit Schottenhammel!

LG München hat klargemacht:

- VN muss den Schaden nachweisen. In der Regel Schadenversicherung, wenn Taxe vorhanden muss diese evtl. angepaßt werden nach § 76 VVG.
- Dynamischer Verweis bei HKD? Es kommt nicht auf Veröffentlichungen auf Webseiten an. Entscheidend sei, was in den Bedingungen stehe.
- Problem älterer Bedingungen und deutlich späterer Vertragsschluss; Problem mit Öffnungsklauseln bei Standangabe des IfSG.
- „folgende“ im Fettdruck kann Wirkung wie „nur“ entfalten. Hier muss genau der Zusammenhang bewertet werden. Verschleierung von Ausschlüssen – Transparenz.

LG München 3 Urteile

Fazit: Licht und Schatten liegen eng beieinander.

- Einige Streitpunkte wurden abgeräumt.
- Hier Weg über Transparenz – andere Urteile gehen über Auslegung!
- Problem der Betriebsschließung. Wann ist zu? Hier Problembereich für zahlreiche Branchen!
- Empfehlung: Wenn dem Kunden/VN das Wasser nicht bis zum Hals steht, auf weitere Urteile warten.

Schatten:

- 3 Urteile – LG Ellwangen (17.09.2020), LG Ravensburg (12.10.2020), LG Oldenburg (14.10.2020) – alle zugunsten der Helvetia ausgegangen.

Licht:

- 2 Urteile des LG Hamburg am 4.11.2020 zugunsten der VN ausgegangen. Beklagte war die Helvetia, die Bedingungen waren mit den Bedingungen der drei vorstehenden Urteile identisch! Der Weg gibt über Auslegung, nicht Intransparenz!

Schatten:

- Der Fernsehkoch Nelsen Müller verliert vor dem LG Essen am 11.11.2020 gegen die Helvetia!
- Urteile des LG Stuttgart, LG Köln, LG Hannover, LG Regensburg, LG Kempten, LG Bochum etc. sickern durch u.a. für Axa, Allianz, etc.
- Begründung: Bedingungen sind nicht unklar, Auslegung ergibt Covid-19 ist nicht gedeckt!

Fazit: Licht und Schatten liegen eng beieinander.

- **Besonderes Problem am Beispiel Helvetia: Bedingungen sind identisch, die Rechtsprechung der Landgerichte nicht!**
- **Es kommt auch auf die entsprechende Kammer beim Gericht an, Beispiel Hamburg: VN gewinnt jeweils vor Kammer für Handelssachen, VN verliert vor der Zivilkammer ZK 32 bei praktisch identischen Bedingungen!**
- **Klagabweisende Urteile waren zunächst nicht ausreichend begründet, Entscheidungsgründe (ca. 1-1,5 Seiten) waren kürzer als die Presseerklärung des LG München zu seinen Urteilen!**

Fazit: Der Wind kommt von vorn und bläst uns ins Gesicht!

- **Zur Zeit liegt eine ganze Serie von negativen Urteilen vor: Das Verhältnis von klagabweisenden zu klagstattgebenden Urteilen liegt bei ca. 30 zu 1! Selbst bei den AVB die auf das IfSG ohne Auflistung verweisen hält das LG Lüneburg (Urteil vom 24.11.2020 – 9 O 662/20) einen Anspruch nicht für gegeben (also entgegen LG Mannheim vom 29.4.2020). Aber auch eine Vielzahl von Vergleichen!**
- **Es liegen nunmehr über 50 OLG-Entscheidungen vor, allein die zwei positiven Entscheidungen des OLG Karlsruhe stechen hier heraus!**
- **OLG Schleswig vom 10.5.2021 (16 U 26/21) nun Gegenstand des BGH-Verfahrens – Verhandlung vom 26.1.2022!**

- **OLG Schleswig hat als Hauptbegründung: Covid-19 ist nicht im Betrieb aufgetreten. Betrieb ist aufgrund einer Allgemeinverfügung und nicht aufgrund eines individuellen Verwaltungsaktes geschlossen worden. Es hat sich keine intrinsische Gefahr verwirklicht.**
- **Betrieb war formal nicht ganz zu. Kein Schwerpunkt der Begründung**
- **Bedingungen sind klar, Aufzählung ist abschließend. Kein Schwerpunkt der Begründung**

Fazit: Es hätte sicherlich eine Reihe von anderen OLG-Entscheidungen gegeben, die man hätte „vorziehen können“

Mögliche Ansatzpunkte für eine Haftung abhängig von der bzw. den BGH-Entscheidungen:

- ***Szenario 1:***

Der BGH folgt dem OLG Schleswig und hält fest, dass nur intrinsische Gefahren versichert sind, die Bedingungen klar und eindeutig sind und der Betrieb vollständig geschlossen sei muss (zu ist nur, wenn der Schlüssel umgedreht ist).

Keine grundsätzlich Gefahr einer Haftungswelle, weil es praktisch nur die Alternative für den Makler gab, gänzlich klare Bedingungen der Police zugrunde zu legen oder die BGH-Bedingungen. Die Beratung zum Nichtabschluss bzw. die Unterlassene Beratung zur BSV löst keine Haftung aus!

Was ist mit den wenigen Versichern, die in 2020 bzw. 2021 mehr oder weniger gezahlt haben? Auch hier dürfte kein Problem zu sehen sein, weil deren Bedingungen im Wesentlichen den BGH-Bedingungen entsprechen. Der Makler haftet nicht dafür, dass ein Versicherer aus Kulanz leistet und der andere Versicherer nicht.

Für den Makler war auch beim Abschluss des Versicherungsvertrages z.B. Jahre vorher nicht vorhersehbar, dass es so etwas wie die „Bayerische Lösung“ bei Covid 19 gab.

Mögliche Ansatzpunkte für eine Haftung abhängig von der bzw. den BGH-Entscheidungen:

- **Szenario 2:**

Der BGH folgt dem OLG Schleswig nicht, keine intrinsische Gefahr notwendig, die Bedingungen sind nicht klar und eindeutig bzw. transparent, faktische Schließung reicht.

Keine grundsätzlich Gefahr einer Haftungswelle, weil dann die VN die zu solchen Bedingungen abgeschlossen haben, grundsätzlich einen Anspruch haben. Sollten sich VN zwischenzeitlich verglichen haben wegen der bis zur BGH-Entscheidung unsicheren Rechtslage, ist dies eine „normale“ Abwägungsentscheidung des VN für die der VM keine Verantwortung trägt. Die Beratung zum Nichtabschluss bzw. die unterlassene Beratung zur BSV könnte zu einer Haftungsdiskussion führen. Fragestellung wie bei den Versicherern: War Covid und ein solches Vorgehen des Staates vorhersehbar? Wohl „Nein“, kein Verschulden erkennbar. Hätten VN abgeschlossen und Zusatzkosten in Kauf genommen als Zusatzfrage?

Einziges Problem: Entscheidung des VM und VN für klare Bedingungen anstatt BGH-Bedingungen? M.E. auch hier kein Haftungspotential, weil für Makler spricht, dass er auf einer Linie mit den LG`s und OLG`s war. Bis dahin identische Handhabung. Wohl kein Verschulden bzw. keine Pflichtverletzung.

Fazit:

- **Eine BSV- Haftungswelle zu Lasten von Maklern wird es nicht geben und zwar unabhängig davon, wie der BGH tatsächlich entscheidet. Dies schließt natürlich nicht aus, dass es in Einzelfällen Haftungsklagen bei speziellen Fallgestaltungen gegen Makler gibt.**
- **Die Pandemie ist insoweit kein wirklicher Treiber für die Haftung des Versicherungsmaklers.**
- **Die Haftung des Maklers ist allerdings scharf: Dies bedeutet, dass zum Beispiel die Frage der Eindeckung des Elementarrisikos und der Betriebsunterbrechung z.B. bei Betrieben im Ahrtal nach der Flut im Sommer, wesentlich dringender ist. Bei den Fällen, die ich dazu gesehen habe, – meistens nicht vom Makler vermittelt – war aber in der Beratungsdokumentation deutlich gemacht worden, dass diese Versicherungen angesprochen wurden, der Kunde aus Kostengründen diese Versicherungen aber nicht wollte.**
- **Deshalb raten wir unseren Mitgliedern immer wieder: In die Beratungsdokumentation gehört zwingend hinein, welche Versicherungen man angesprochen und empfohlen hatte und warum der Kunde sie – nach intensiver Diskussion – abgelehnt hat.**

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- **BGH widerspricht OLG Schleswig – sog. intrinsische Infektionsgefahr nicht notwendig! Auslegung ergibt, dass Covid-19 nicht im Betrieb aufgetreten sein muss. Kein Rückschluss aus den anderen Unterfällen des Versicherungsfalles auf den Eingangstatbestand.**
- **Daraus folgt, Allgemeinverfügung reicht aus, kein individueller VA notwendig.**
- **Die zweite Begründung des OLG Schleswig zieht aber: Covid-19 ist nicht in den Bedingungen enthalten! Die Bestimmung der Krankheiten und Erreger ist abschließend in den AVB. Wie heißt es im Leitsatz:**

„Die meldepflichtigen Krankheiten und Krankheitserreger ergeben sich aus dem Katalog in § 2 Nr. 2 ZBSV 08, der abschließend ist und weder die Krankheit Covid-19 noch den Krankheitserreger SARS-CoV-2 aufführt.“

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- Wie heißt es im Leitsatz Nr. 2:

„Die Regelung in § 2 Nr. 2 ZBSV 08 ist weder intransparent (§307 Abs. 1 Satz 2 BGB) noch benachteiligt sie den Versicherungsnehmer unangemessen (§307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB).“

Daraus folgt:

- **Aufzählung von Krankheiten und Erregern in den AVB ist nicht beispielhaft, sondern abschließend. Dies sieht der verständige VN auch! Es gibt keine dynamische Verweisung auf die §§ 6 und 7 IfSG. Maßstab ist der verständige durchschnittliche VN! Aufzählung ist erkennbar keine reine Information und keine beispielhafte Aufzählung (obwohl z.B. die Worte „nur“ oder „ausschließlich“ fehlen). Dem VN fällt aufgrund der Existenz der Aufzählung auf, dass es nicht auf das IfSG ankommt und dessen aktuellen Inhalt ankommt. IfSG bietet lediglich Orientierung.**

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- Der Begriff „namentlich“ bedeutet vorliegend auch nicht „beispielsweise“! Es hätte keiner umfangreichen Auflistung bedurft, wenn man hätte nur Beispiele bringen wollen.
- Erkennbarer Zweck und Sinnzusammenhang spricht für Abgeschlossenheit der Klausel. Dem steht Ausschluss für Prionenerkrankungen nicht entgegen. VU wollen keine unbekanntes Risiken übernehmen, Stichwort Prämienkalkulation.
- Klausel hält auch Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Abrechnung mit zahlreichen Landgerichts- und OLG-Urteilen! Wesentlicher Vertragsgegenstand wird klar und deutlich beschrieben. Hauptleistungsversprechen wird durch wesentlichen Vertragsinhalt – Aufzählung – so beschrieben, dass wesentlicher Vertragsinhalt bestimmt werden kann und wirksamer Vertrag anzunehmen ist. Durch die Aufzählung wird Hauptleistungsversprechen modifiziert und auf die aufgeführten Fälle beschränkt.
- Die Klausel ist auch transparent. Es kommt auf den Zeitpunkt des Abschlusses an.

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- Der durchschnittliche VN entnimmt dem klaren Wortlaut der Bedingungen, dass in der Aufzählung die meldepflichtigen Krankheiten und Erreger abschließend definiert werden. Der VN kann auch erkennen (hinreichend), dass der Katalog nicht sämtliche nach dem IfSG meldepflichtigen Krankheiten und Krankheitserreger erfaßt und daher Lücken im Versicherungsschutz bestehen. Es wird nicht der Eindruck erweckt, sämtlich auf dem IfSG fußende Betriebsschließungen seien gedeckt.
- Es kommt auch nicht darauf an, ob die Aufzählung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Aufzählung im IfSG identisch ist. Dies kann der VN auch nicht erwarten.
- Für VN ist das Anliegen des VU, durch die Aufzählung die Beschränkung des Versicherungsschutzes herbeizuführen, erkennbar und nachvollziehbar. Der VN kann nicht erwarten, dass der Versicherer Risiken übernimmt, die er bei der Prämienkalkulation überhaupt nicht kannte.

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- Es liegt auch keine ungemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB vor. Es fehlt an einem gesetzlichen Leitbild von dem die Aufzählung abweicht. Auch aus § 1 a VVG läßt sich kein Leitbild ableiten. Diese Bestimmung soll kein Leitbild zum Inhalt und Umfang des Leistungsversprechen des Versicherers enthalten.
- Es liegt auch keine Gefährdung des Vertragszwecks vor, Versicherer hat das Recht auf Leistungsbegrenzung, soweit nicht falsche Vorstellungen geweckt werden. Leistungsversprechen wird auch nicht soweit ausgehöhlt, dass die Einschränkung den Vertrag zwecklos macht.
- Es liegt auch keine einseitige mißbräuchliche Vertragsgestaltung vor; die Belange des VN werden hinreichend berücksichtigt. Versicherer hat Interesse an kalkulierbarer Begrenzung des Versicherungsschutzes. Dynamischer Verweis auf IfSG wäre mit erheblichen Risiken verbunden, deshalb ist Aufzählung zweckmäßig und dient auch dem Schutz der Versichertengemeinschaft und auch dem einzelnen VN bzgl. der Prämienhöhe!

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

- Fazit: Man mag das Urteil richtig oder falsch finden, für die Bedingungen mit Aufzählung die wortgleich mit den Axa-Bedingungen sind, haben sich Ansprüche auf eine Versicherungsleistung erledigt.
- Es gibt Bedingungen mit Aufzählung aber anderen Überschrift und einer anderen Einbindung/anderem Verweis – Beispiel Allianz – bei denen könnte fraglich sein, ob die BGH-Grundsätze 1 zu 1 übertragbar sind! Die Allianz meint dies zwar, gewisse Zweifel sind aber erlaubt.
- Das Urteil hat keine vollständige Präjudizwirkung für die Bedingungen, die allein auf das IfSG – die §§ 6 und 7 IfSG – verweisen ohne Aufzählung in den Bedingungen. Eher ist das Gegenteil der Fall! Deshalb insoweit noch akzeptable Chancen für derartige Fälle, speziell gegen die Mannheimer.
- Chancen für solche Bedingungen ohne Aufzählung in den AVB auch deshalb besser, weil neuer Aufsatz von Lüttringhaus in VersR 2022, S 73 ff (Titel: Transparenzkontrolle in der Betriebs-schließungsversicherung: „Wann sind Krankheiten und Krankheitserreger „namentlich genannt“?)

Was hat der BGH am 26.1. 2022 nun genau entschieden?

Wichtig: dem BGH lagen die Axa Bedingungen vor, d.h. Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den AVB!!

Fazit:

- Das BGH-Urteil hat in der Vielzahl von Fällen – alle Fälle auf der Basis der damaligen Musterbedingungen - Klarheit geschaffen. Ein großer Teil der BSV-Fälle hat sich damit erledigt.
- Die VN, die sich bei den BGH-Bedingungen vorher verglichen haben, sind „gut weggekommen“.
- Die VN, die Bedingungen ohne Aufzählung haben, sind nun in einer etwas besseren Position, vgl. Urteil des KG Berlin vom 5.7.2022 – 6 U 84/21 sog. dynamischer Verweis
- Der BGH hat keine Stellung bezogen, wann geschlossen ist (zu ist nur, wenn der Schlüssel umgedreht ist) und ob eine faktische Schließung ausreicht? Was ist mit minimalem Restumsatz? Also weiterhin Unsicherheit!
- Der BGH hat nichts dazu gesagt, welche Leistungen – z.B. KUG, staatliche Hilfen etc. - angerechnet werden.

- Die VN, die sich verglichen haben, Stichwort bayerische Lösung, sind i.d.R. draußen vor, weil damit allen anderen Ansprüche ausgeschlossen wurden, also auch aus dem zweiten Lockdown.
- VN, die eine Änderung bei den Bedingungen „freiwillig“ zugestimmt haben, um überhaupt Versicherungsschutz zu haben, sind „draußen, wenn in den geänderten Bedingungen z.B. Covid-19 ausgeschlossen ist.
- VN, bei denen dies nicht der Fall ist, sollten Ansprüche aus dem zweiten Lockdown anmelden. Ab 23.5.2020 ist Covid-19 auch im IfSG namentlich aufgeführt. Hier könnte es dann Ansprüche bei Bedingungen ohne Aufzählung geben.
- Häufig ist in den AVB die Klausel vorhanden, dass bei einer neuen Anordnung, die auf den gleichen Umständen beruht, der Versicherer nicht leistungspflichtig ist. Ob diese Klausel in ihrer Schlichtheit nicht unklar ist (mangels zeitlicher Begrenzung) oder intransparent ist, ist offen. Es sprechen deshalb beachtliche Gründe dafür, dass trotz dieser Einschränkung Versicherungsschutz bestehen könnte!
- Die Leistungen ab November werden als Entschädigung bezeichnet, so dass sich die Frage der Anrechnung neu stellt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Dr. Hans-Georg Jenssen
Bundesverband Deutscher Versicherungsmakler
Admiralitätstraße 58, 20459 Hamburg
Telefon 040/3698200
jenssen@bdvm.de
www.bdvm.de

