

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 Versicherungsgemeinschaft, 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 unstrittig, 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 Wirkungsbereich 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 Wirkungsbereich 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; *Koppfels-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. Ausdrück 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 derartiges 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 Beispielfall 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 privatrechtlichen 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 privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kommt analog zu den Ausführungen

484 So wohl grundsätzlich *Scherpe* Gefahrengemeinschaft S. 211, die jede Andersbehandlung im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes für problematisch hält; a.A. *Koppfels-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 Gleichbehandlungsgrundsatzes: *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 privatrechl. 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 privatversicherungsrechtlichen 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 Fahrgemeinschaft

Das Prinzip der Fahrgemeinschaft setzt sich aus der Garantie- und Begrenzungsfunktion zusammen.⁴⁹⁸ Eine Verletzung des Prinzips der Fahrgemeinschaft 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* Fahrgemeinschaft 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 Fahrgemeinschaft 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 Versicherungsgemeinschaft 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) mehrer 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; Kundebeziehungen: 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 majore 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 Prämienumfangs 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 majore ad minus* gilt dabei natürlich nur so lange, wie nicht alle Versicherungsnehmer eine über die vertraglichen Pflichten hinausgehende 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 weitere 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 Versichertengemeinschaft 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 verzichten 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 majore 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 kreierte 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 Gefahrgemeinschaft

a. Vorliegen eines Verstoßes

Die Handhabe der Glasschäden durch die Kasko-Versicherer könnte allerdings einen Verstoß gegen das Prinzip der Gefahrgemeinschaft 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 Gefahrgemeinschaft 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 Gefahrgemeinschaftsgedanke 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 Gefahrgemeinschaft 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* Gefahrgemeinschaft 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 zuträgliche 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 zugestandermaßen 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 Fahrgemeinschaft 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 Fahrgemeinschaft 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 Fahrgemeinschaft 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 Fahrgemeinschaft herausgearbeitet werden, dass sich ein Fahrgemeinschaftsverstoß 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.