

## Kapitel 10. Stand aufsichtsrechtlicher und gerichtlicher Entscheidungen

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

### *1. Stand aufsichtsrechtlicher Anordnungen und sonstiger Handlungen*

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

#### 1. Historische Anordnungen und sonstige Handlungen

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

---

626 Lenz S. 59.

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

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

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

## 2. Aktuelle Anordnungen und sonstige Handlungen

Im Anschluss an die zuvor beschriebene Hochphase der Anordnungen und sonstigen Handlungen, wurde es weitgehend ruhig um die Kulanz. Die wohl aktuellste Verlautbarung der BaFin zur Kulanz in der Versicherungspraxis<sup>633</sup> entstammt dem *BaFin Journal* aus dem Februar 2016.<sup>634</sup> In einem Beitrag zur Krankenversicherung stellte die BaFin klar, dass bisher praktizierte Kulanz ebenso wenig wie eine sich hieraus ergebende Erwartungshaltung der Versicherten geeignet sei, eine Leistungserweiterung des Versicherers gemäß § 203 Abs. 3 VVG zu rechtfertigen.<sup>635</sup> § 203 Abs. 3 VVG normiert eine Durchbrechung des Prinzips der Vertragstreue und berechtigt den Krankenversicherer unter bestimmten Voraussetzungen, einseitig seine AVB zu ändern. Vorliegen muss – nebst weiteren Voraussetzungen – eine „nicht nur als vorübergehend anzusehende Veränderung der Verhältnisse des Gesundheitswesens“. Als Veränderung in diesem Sinne soll eine bestehende Kulanzpraxis, oder die sich hieraus

---

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

630 Lenz S. 61.

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

632 Lenz S. 171.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

637 Siehe hierzu ausführlich Kapitel 7 II.

mehr ablehnenden Auffassung der Versicherungsaufsicht bezüglich der Regelkulanzen ausgegangen werden.

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

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

## *II. Stand der Rechtsprechung*

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

---

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

## 1. Historische Urteile

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

644 Lenz S. 114 f.

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

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

647 Lenz S. 126.

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

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

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

## 2. Aktuelle Urteile

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

---

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

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

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

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

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

### 3. Evaluation der gerichtlichen Entscheidungen in der historischen Gesamtschau

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

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

---

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



vermehrt eine ablehnende Haltung zu beobachten.<sup>655</sup> Kumulativ sind derartige Entwicklungen wohl geeignet, sich auf die Befassungsfrequenz niederzuschlagen. Denn zum einen folgen die Gerichte regelmäßig den in der Literatur vertretenen herrschenden Ansichten. Zum anderen berufen sich angesichts dieser Entwicklungen weniger Verfahrensbeteiligte auf die maßgeblichen Rechtsgrundsätze – wenn auch, wie aufgezeigt<sup>656</sup>, zu Unrecht. Anhaltspunkte für eine Änderung dieser Entwicklung sind zunächst nicht ersichtlich.

### *III. Zusammenfassung*

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

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

---

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

656 Siehe hierzu Kapitel 8.