

## Kapitel 11. Konkreter Handlungsausblick in Bezug auf die relevanten Akteure

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

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

### *I. BaFin*

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

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

---

657 Siehe hierzu Kapitel 8.

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

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

---

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

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

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

zu berücksichtigen. Aus der Evaluation der bisherigen Anordnungen und sonstigen öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen der BaFin ergab sich, dass es an Anhaltspunkten fehlt, die auf die Anerkennung der Bedeutung der Rechtsgrundsätze im Zusammenhang mit der Kulanz hindeuten. Daneben konnte eine grundsätzlich geänderte Haltung gegenüber der Kulanz herausgearbeitet werden. Insbesondere gegen die Regelkulanz geht die BaFin – mit erheblichen finanziellen Folgen für Versicherer und Versicherungsnehmer<sup>661</sup> – regelmäßig nicht länger vor. Diese Ergebnisse lassen ein Eingreifen der BaFin bereits unwahrscheinlicher erscheinen.

Des Weiteren besteht erhebliche Kritik am weiten Verständnis der BaFin hinsichtlich ihres eigenen Handlungsspielraums. Mit Nachdruck wird die Europarechtswidrigkeit der Generalklausel betont und – vor dem Hintergrund des vollharmonisierenden Charakters der europäischen Vorgaben – auf eine richtlinienkonforme Auslegung der Generalklausel gepocht. Die regelmäßig daneben angeführte Verfassungswidrigkeit mutet beinahe bereits wie ein hilfswises Vortragen an.<sup>662</sup> Auch wenn die BaFin diese Ansicht, wie herausgearbeitet werden konnte, in ihrer Praxis nicht teilt und dabei wohl auch die Rückendeckung des Reformgesetzgebers<sup>663</sup> und seit kurzem auch der Rechtsprechung hat<sup>664</sup>, sind die die populären kritischen Stimmen dennoch nicht ohne Bedeutung. Die BaFin wird sich in Anbetracht dessen darüber im Klaren sein, dass ihr weit gefasstes Mandat trotzdem weiterhin unter kritischer Beobachtung stehen wird. Der BaFin wird daher womöglich viel daran gelegen sein, ihre Kritiker nicht leichtfertig zu provozieren. Als *leichtfertige Provokation* dürften dabei aus der Perspektive der BaFin wohl jedenfalls solche Maßnahmen gelten, die auf aufsichtlich bislang nicht als kritisch wahrgenommene Bereiche abzielen und dabei gleichzeitig bei einer großen Zahl der Versicherer in besonderem Maße unpopulär wären. Ein Vorgehen gegen die Kulanzpraxis fiel genau hierunter. Wie herausgearbeitet wurde, ist die Kulanz höchst wett-

---

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

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

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

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

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

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

## *II. Im Versicherungssektor tätige Ombudsmanninstitutionen*

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

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

---

665 Vgl. Kapitel 7 I.

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

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

---

666 Vgl. hierzu Kapitel 9 II. 2.

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

668 Siehe zum Ganzen Kapitel 9 II. 2.

669 Zum Ganzen siehe Kapitel 9. II. 1.

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

### *III. Zusammenfassung*

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