

Kapitel 5. Untersuchung des privatversicherungsrechtlichen Kulanzbegriffs

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

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

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

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

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

setzung bei *Lenz*¹⁹² und haben seitdem keine bedeutenden Weiterentwicklungen erfahren.

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

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

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

194 *Lenz* S. 65.

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

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

197 Vorläufer der für die Versicherer zuständigen Einheit der BaFin.

198 Vgl. *Lenz*. S. 68.

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

200 *Lenz* S. 65.

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

II. Berücksichtigung internationaler etymologischer Einflüsse

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

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

202 Ähnlich *Lenz* S. 67.

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

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

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

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

III. Exemplarische Stimmen aus der Versicherungspraxis

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

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

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

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

1. Versicherer

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

2. Rechtsanwalt

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

3. Versicherungsvermittler bzw. Experten

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

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

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

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

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

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

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

4. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

1. Abstrakte Darstellung der „Verschiebung der Kulanz“

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

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

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

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

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

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

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

214 Ausführlich hierzu noch Kapitel 8.

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

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

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

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

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

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

217 Gutachterkosten belaufen sich regelmäßig auf mehrere hundert Euro.

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

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

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

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

3. Zusammenfassung

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

V. *Bis dato vernachlässigte Definitionsaspekte*

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

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

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

220 Siehe dazu Kapitel 5 I.

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

222 Ausführlich im nachfolgenden Kapitel 5 V. 1.

223 Siehe dazu nur Kapitel 5 I.

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

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

1. Die Definitionsbedürftigkeit der „Rechtsunsicherheit“

a. Bedeutung und Konsequenzen einer unterstellten Auslegungsbedürftigkeit

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

b. Contra Definitionsbedürftigkeit

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

224 Ausführlich dazu Kapitel 5 V. 2.

225 Ausführlich dazu Kapitel 5 V. 3.

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

c. Entkräftung der Contra Position

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

d. Entwicklung einer Definition der Rechtsunsicherheit im Kontext der Regulierungsentscheidung

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

226 Siehe vorheriger Absatz.

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

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

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

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

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

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

229 Diese Fälle wurden in Kapitel 5 IV. beschrieben.

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

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

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

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

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

232 Siehe Kapitel 5 I c.

233 Siehe Kapitel 5 I c.

bb. Definition der Rechtsunsicherheit im Wege der Negativabgrenzung zur Rechtssicherheit

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

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

Für die Rechtsunsicherheit kann auf eine Negativabgrenzung rekurriert werden:

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

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

Klarstellend soll festgehalten werden, dass die Rechtssicherheit in spiegelbildlicher Ausformung der Rechtsunsicherheit selbstredend auch aus der anderen Richtung Grenzen setzt. Denn Rechtsunsicherheit kann ebenso wenig vorliegen, wenn Rechtssicherheit hinsichtlich des Nichtbestehens einer versicherungsvertraglichen Regulierungspflicht vorliegt. Da diese Definition damit spiegelbildlich zur vorangehend definierten Rechtssicherheit gilt und in diesem Fall völlig unstrittig²³⁵ eine Zuordnung zur Kulanz in Frage kommt, bedurfte es an dieser Stelle diesbezüglich keiner gesonderten Auseinandersetzung.

e. Zusammenfassung

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

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

235 Siehe Kapitel 5 I.

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

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

a. Darstellung des synonymen Gebrauchs

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

236 Siehe dazu nur Kapitel 5 I.

237 *Lenz* S. 70.

238 *Lenz* S. 95 f.

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

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

b. Grundsätzliche Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs

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

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

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

242 Hierzu Lenz 89.

243 Lenz S. 72.

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

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

c. Sinnhaftigkeit des synonymen Gebrauchs aus sprachwissenschaftlicher Perspektive

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

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

d. Ergebnis

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

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

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

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

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

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

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

248 Siehe hierzu Kapitel 10 II.

249 Siehe dazu bereits Kapitel 5 IV.

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

251 Siehe dazu bereits Kapitel 5 IV.

4. Zusammenfassung

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

VI. Evaluation der eingangs aufgestellten These

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

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

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

252 Siehe hierzu Kapitel 5.

VII. Evaluation der Möglichkeiten zur Auflösung des Spannungsverhältnisses

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

1. Auflösungsversuch unter Berücksichtigung der Extrempositionen

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

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

2. Auflösungsversuch unter Anwendung der Kompromisspositionen

a. Auflösungsversuch im Wege der Differenzierung zwischen Wissenschaft und Praxis

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

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

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

b. Auflösung unter Zuhilfenahme der Definitionen von Rechtssicherheit und Rechtsunsicherheit

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

253 Siehe hierzu Kapitel 5 IV.

254 Kapitel 5 V. 1.

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

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

3. Zwischenergebnis

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

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

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

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

Diesem Definitionsansatz sind stichpunktartig eine Reihe ergänzender Klarstellungen nachzuschicken:

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

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

255 Siehe hierzu Kapitel 5 V. 3.

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

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

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

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

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

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