

Zum neuen VVG

(Auszüge aus dem Vorlesungsskript *Herrmann, VVG 2007/08*)

Gliederung

(kursiv = im Folgenden nicht abgedruckt)

An Stelle der Einleitung	2
Erster Teil: Versicherungsprivatrecht	2
I. Rechtsquellen, Rechtsgrundlagen und künftiges Recht	2
1. <i>Gesetze, Verordnungen und Gewohnheitsrecht</i>	
2. VVG-Reform und stufenweise Geltung ab 2008/9	2
II. Marktteilnehmer	3
1. <i>Versicherungsnehmer</i>	
2. <i>Versicherungsunternehmen</i>)	
3. <i>Versicherungsvermittler</i>	3
a. <i>Makler und Agent</i>	
b. <i>Ausbildungsanforderungen, Registrierung und Beratungspflichten nach der EU-Vermittlerrichtlinie</i>	
4. <i>Sonstige Drittbeteiligte</i>	
III. Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss	7
1. <i>Werberecht und Schutz der Markttransparenz</i>	
2. <i>Verbraucherinformation und Beratungspflichten</i>	7
3. <i>Pflichten des VN, Obliegenheiten und „verhüllte“ Obliegenheiten</i>	12
4. <i>Obliegenheiten des VN vor Vertragsschluss</i>	15
a. <i>Anzeigeobligationen und Risikofragen</i>	
b. <i>Gefahrstandsobligationen und Hinweiszwang</i>	
IV. Vertragsbindung und Cooling-off-Periode	18
1. <i>Policenmodell und Invitatio-Modell</i>	18
2. <i>Widerruf, Rücktritt und Vertragsnichtigkeit</i>	22
3. <i>Die Police</i>	
4. <i>Bindungsklauseln, richterliche AVB-Kontrolle und Transparenzgebote</i>	
5. <i>Versicherungsvermittlung und Stellvertretung</i>	22
a. <i>Vermittlungsagent und gesetzlicher Vollmachtsumfang</i>	
b. <i>Besonderheiten beim Abschlussagenten</i>	
V. Vertragserfüllung und Vertragsdauer	
VI. Versicherungsprämie und Vertragsanpassung	
VII. Regress und Mehrheit von Versicherern	
VIII. Sonstiges	

An Stelle der Einleitung

Am 1.1.2008 ist das VVG in Kraft getreten und hat teils sehr weitgehende Neuerungen gebracht, teils das schon zum Mai 2007 geänderte Versicherungsvertragsrecht (§§ 42a-k VVG 07) sachlich, aber mit neuer §§-Ordnung übernommen. Ein wesentlicher neuer Regelungsbe-
reich betrifft Informations- und Beratungspflichten des Versicherungsunternehmens (VU/VR) und der Versicherungsvermittler (Agenten/Makler). Zur Erfüllung dieser Pflichten haben die Schuldner komplizierte Netzwerke errichtet. Außerdem kann von den Pflichten z.T. entbunden werden, wenn die Versicherungsverträge via Internet zum Abschluss gelangen. Beide Aspekte sind extrem relevant für das Verständnis des hier sog. neuen Wirtschaftsrechts der Versicherungsverträge.

Erster Teil: Versicherungsprivatrecht

I. Rechtsquellen, Rechtsgrundlagen und künftiges Recht

1. Gesetze, Verordnungen und Gewohnheitsrecht.

2. VVG-Reform stufenweise Geltung ab 2008/9. Der Lehrstoff ist im Kern auf das im Dezember 2007 geltende Recht bezogen, nimmt aber doch an vielen Stellen auch auf das neue VVG v. 2008 (VVG 08) Bezug. Nachdem die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen bereits in den ab Mai 2007 neuen §§ 48a –e VVG umgesetzt ist, standen noch die Großvorhaben der Verbraucherschutzreform und der Umsetzung der EU-Mittlerrichtlinie von 2002 bevor.¹ Der Text des neuen Gesetzes, den der Bundestag im Sommer 2007 beschloss² und der Bundesrat im Herbst gebilligt hat, ist zum 1.1.2008 in Kraft getreten.

Wenn gleichwohl immer noch im Kern auf das alte VVG von 1908 abgestellt wird, so ist das v.a. dadurch begründet, dass mit dem Inkrafttreten des VVG 08 nicht etwa das bisherige Gesetzesrecht vollständig außer Kraft getreten ist. Es gilt nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG 08 noch bis zum 1.1.2009 weiter, soweit es um vor dem 1.1.2008 abgeschlossene Verträge geht. Bis dahin soll insbes. noch die Möglichkeit bestehen, die AVBs auf das neue Recht abzustimmen (Art. 1 Abs. 3 EGVVG08). Zudem wird das VVG v. 1908 noch über den 1.1.2009 hinaus fortgelten, soweit es um bis zum Jahresende 2008 bereits eingetretene Versicherungsfälle aus Altverträgen oder um vorvertragliche Anzeigepflichten i. S. § 16 VVG 07 geht, deren Verletzung bei früheren Vertragschlüssen vor dem 1.1.2008 erfolgt ist (Art. 1 Abs. 2 EGVVG 08).

Einem ersten Überblick über die Geltung im Zeitraum 2008/9 dient das folgende Schaubild. Das darin ganz unten erwähnte Spaltungsmodell besagt Folgendes: es wird nach altem Recht beurteilt, ob der VN seine Anzeigepflicht verletzt hat (Tatbestandsebene). Aber für die Rechtsfolgen gilt neues Recht, d.h. das VU wird bei Eintritt des Versicherungsfalles nur teilweise frei, da das Alles-oder-Nichts-Prinzip aufgegeben ist (§ 19 Abs. 1 VVG 08).

¹ S. aber den Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts v. 19.4.2004, 2004, Gesetzestextentwurf S. 195 ff. und den Referentenentwurf zum Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts v.9.12.2004 (RefE), Bundesministerium f. Wirtschaft und Arbeit v. 9.12.2004 VIII B 4-120363.

² Drs BT 16/5862.

II. Rechtsquellen und Literatur

Übergangsregeln VVG 08:

Regelung alt	neu	Geltung ab
Gefahrerhöhung leicht fahrl. VU voll frei , §§ 23, 25	grob fahrl. z.T. frei , §§ 23 I, 26 I	08, wenn NeuV 09, wenn AltV Art. 1 I EGVVG 08
AVB: Gefahr- standsobliegenheit leicht fahrl. VU voll frei , § 6 I	grob fahrl. z.T. frei , § 28 II	wie oben
Anzeigepflicht vor Vertrag ohne Frage des VU, § 16 I	nur bei Frage des VU; z.T. frei , nur b. grob fahrl. , § 19 I	Spaltungsmodell: ohne Frage (TB), aber nur z.T. frei (RFolge)

Sonderregelungen gelten für die Lebensversicherung. Die neue Berechnung der Überschussbeteiligung nach § 153 VVG 08, die nach Abs. 3 eine angemessene Berücksichtigung der stillen Reserven erfordert, gilt seit 1.1.2008, auch wenn es sich um Altverträge handelt (Art. 4 Abs. 1 S.2 EGVVG 08). Entsprechendes gilt aber nicht für die Berechnung des Rückkaufwertes i.S. § 176 VVG 07 (§ 169 VVG 08). Nach Art. 4 Abs. 2 EGVVG 08 bleibt es insoweit für Altverträge beim alten Recht, so dass die schwierigen Fragen zum Mindestrückkaufwert vorerst noch mit den Vorgaben des BGH von 2005³ zu behandeln sind.

Für die Praxis ist also noch für einige Zeit das alte Recht maßgebend, und es kommt für die Einschätzung des neuen Rechts hinzu, dass Vieles ohne die Kenntnis der bisher geltenden Regeln gar nicht verständlich wird. Didaktisch ergibt sich dadurch ein Dilemma, das allerdings keine unüberwindlichen Schwierigkeiten mit sich bringt: es muss altes und neues Recht nebeneinander gelehrt und verstanden werden. Doch ist die Berücksichtigung älterer und neuerer Rechtsentwicklungen auch ohne Gesetzesänderungen fast überall im Recht unausweichlich geboten. Nur ist die Veränderung natürlich bei einem ganz neuen und grundlegenden Gesetzgebungsakt besonders schwerwiegend.

II. Marktteilnehmer

1. Versicherungsnehmer.

2. Versicherungsunternehmen.

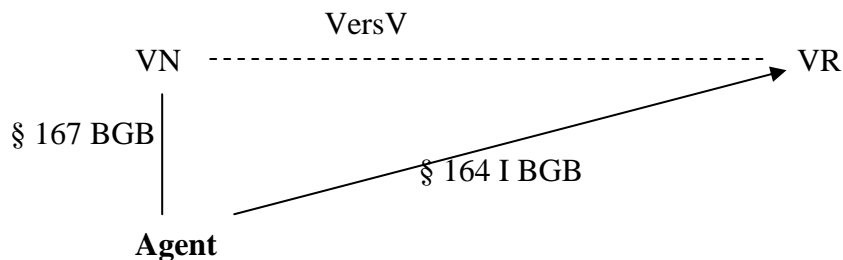
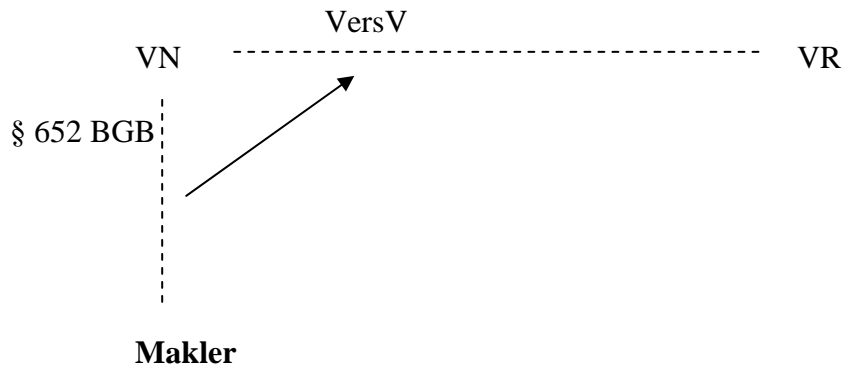
3. Versicherungsvermittler.

a. Makler und Agent. Bei Einschaltung eines Vertragsmittlers spricht das Gesetz entweder vom Makler (§ 93 HGB i.V. § 652 BGB) oder vom Versicherungsagenten (§ 42 a VVG 07, § 59 VVG 08). Dessen Rechtsstellung zum VN wird durch §§ 164 ff. BGB und einige Zusatzbestimmungen des VVG bestimmt. Im Prinzip liegt also früher keine eigene Beteiligung oder Eigenhaftung des Agenten⁴, dafür aber eine unmittelbare Herbeiführung des Vertragsabschlusses zwischen dem VN und dem VR vor. Seit Mai 2007 haftet allerdings auch der Versiche-

³ BGH VersR 2005, 1565; näher s.u. zu Teil 1, I.3c u.ö.

⁴ Zur Haftung des falsus procurator und des sog. Sachwalters s.u. III.2.

rungsvertreter selbst (§ 42 e VVG 07, § 63 VVG 08). Im Gegensatz dazu wird der Makler nicht als Stellvertreter tätig, sondern bereitet die für das Zustandekommen des vermittelten Versicherungsvertrages notwendigen Erklärungen nur vor (§ 652 BGB).



Z.T. wird allerdings den Maklern zusätzlich zu ihren Mittleraufgaben eine Abschlussvollmacht durch sog. Maklerklauseln erteilt. Dann handeln diese Personen in Doppelfunktion. Die Abgrenzung ist bei Mehrfachagenten und Versicherungsmaklern nicht ganz einfach. Doch wird man wenigstens verlangen dürfen, dass die dafür maßgebenden Umstände vor Abschluss des Versicherungsvertrages liegen, da der VN sich sonst kein rechtzeitiges Bild machen konnte.⁵ Für die Einordnung als Agent, der als Auge und Ohr des VR fungiert (s.u. IV.5 b), reicht es nicht aus, dass dem Mittler Antragsformulare übergeben und später in der Police einen Betreuungsvermerk vorgesehen worden ist.⁶

Wegen näherer Einzelheiten zur Mitwirkung des Agenten als Stellvertreter zum Vertragsabschluss darf auf den folgenden Abschnitt verwiesen werden, in dem das Zustandekommen der Versicherungsverträge eingegangen wird (III.5). Im Folgenden geht es stattdessen nur um die Rechtsstellung der Mittlungspersonen und deren vom Versicherungsvertrag unabhängigen Pflichten gegenüber dem VN.

Der Versicherungsagent i.S. § 43 ff. VVG 07 (§§ 69 ff. VVG 08) ist selbständiger Handelsvertreter gem. §§ 84 ff. HGB oder Angestellter i.S. § 611 BGB. Die Stellung als Handelsvertreter setzt voraus, dass er ständig mit Abschlüssen oder Vermittlungstätigkeiten für einen oder mehrere VU betraut ist und bestimmte Anforderungen der Selbständigkeit erfüllt. Für die Selbständigkeit kommt es gem. § 84 HGB auf eine Gesamtabwägung an, die von der des Sozialrechts zur sog. Scheinselbständigkeit (§ 7 Abs. 4 SGB IV i.d.F. v. 1998, BGBl. I, 3846) streng zu trennen ist.⁷ Grundlegend dazu ist das Urteil des LAG Nürnberg v. 26.1.1999, das das BAG in der zitierten Entscheidung voll bestätigt und rezipiert hat. Es ging um zwei Klagen

⁵ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1997, 220.

⁶ BGH VersR 1999, 148.

⁷ Str., wie hier aber BAG 2001

auf Feststellung von Arbeitsverhältnissen für Außendienstmitarbeiter der Hamburg-Mannheimer Versicherung, die ausschließlich für diese Versicherung tätig waren und nach verhältnismäßig strengen, aber nicht unüblichen Vorgaben der Gesellschaft über viele Jahre hinweg tätig geworden waren, aber keinen Tariflohn erhalten hatten sowie keinen Urlaubs- oder Kündigungsschutz und dergl. genossen. Auf beide Klagen war zunächst in 1. Instanz unterschiedlich entschieden und bis zum BAG Rechtsmittel eingelegt worden. Auf Rückverweis des BAG hatte das Nürnberger LAG erneut zu entscheiden. Das Urteil verneinte die Arbeitnehmereigenschaft in beiden Fällen, ließ die erneute Revision beim BAG zu und wurde dort bestätigt.

Dem Urteil ist Folgendes zum Verhältnis des § 84 Abs. 1 HGB zur Scheinselbständigkeit i.S. § 7 Abs. 4 SGB IV zu entnehmen: Da keine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Vorschrift in Betracht kam, war deren Analogiefähigkeit in Auseinandersetzung mit der These von *Wank* zu prüfen. Nicht die weisungsrechtliche Stellung, sondern die tatsächlich-wirtschaftliche Ausgestaltung sei für die Abgrenzung erheblich, so dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit ohne eigenständige Risiken und Chancen des Mitarbeiters für dessen Arbeitnehmereigenschaft spreche. Das LAG Nürnberg lehnt diese Sicht ab und stützt sich dafür auf die Erwägung, dass eine derartige richterliche Rechtsfortbildung ohne eindeutig feststellbare Änderung der „Wertvorstellungen“ oder der „tatsächlichen Ausgangssituation“ nicht zulässig sei. Die Erstinstanz habe dies „zu Unrecht unter Hinweis auf vereinzelte Äußerungen in Literatur und Rspr. unterstellt und dabei übersehen, dass andere Stimmen den „Abschied von der Arbeitnehmergeinschaft“ und die „Selbständigen-Kultur“ fordern (Urteil S. 12 m.w.Nachw.). Dass die Regelung des § 84 HGB mehr als die des § 7 SGB IV zu dieser Sicht passe, könne deshalb nicht als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes aufgefasst und zum Vorwand für eine sozialrechtlich orientierte Rechtsfortbildung genommen werden.

Konkret bleibt es also bei den Kriterien der bisherigen Rspr., wonach besonders darauf abzustellen ist, ob der Agent an Weisungen des VU gebunden ist, ob die Arbeits- oder Urlaubszeit durch das VU festgelegt oder wesentlich vorbestimmt wird, und ob das VU Büroräume in seinem Geschäftsgebäude zur Verfügung stellt (vgl. nur BGH VersR 1998, 630). Dabei kommt es auf die vertragliche Ausgestaltung im Verhältnis des Agenten zum VU, nicht auf die bloß tatsächliche Übung an. Nicht erheblich ist auch, ob der Agent eigene wettbewerbliche Chancen am Markt wahrnehmen kann und darf.⁸

Bei Einordnung als selbständiger Handelsvertreter hat der Agent regelmäßig Kaufmannseigenschaft gem. § 1 HGB (vgl. § 1 Abs.2 Nr.7 HGB a.F.). Deshalb muss er insbes. Jahresabschlüsse gem. § 238 ff. HGB nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung erstellen, kann aber auch die Rechtsform einer KG mit den Annehmlichkeiten der Haftungsbeschränkung für Kommanditisten annehmen, einen Prokuristen bestellen, etc. Er hat einen Provisionsanspruch aus §§ 354 ff, 87 ff. HGB; der erfolgsbezogen ist und demnach nicht von mehr oder weniger intensiven Bemühungen um den Vertragsabschluss mit den VN abhängig ist. Doch ist es üblich, Berufsanfängern in der ersten Zeit eine Mindestprovision zu garantieren. Abschluss- und Folgeprovisionen für laufende Vertragsbetreuungen werden vereinbart. Der Provisionsanspruch entfällt, wenn der VN nicht leistet oder der Vertrag aus anderen Gründen nicht ausgeführt werden kann, auch wenn der Agent die Gründe dafür nicht zu vertreten hat (§ 87a Abs. 2, 3 HGB). Etwaige Rückforderungen des VU bei Vorauszahlungen können vereinbart werden, setzen aber voraus, dass das VU dem Agenten über ein Storno Mitteilung macht, damit dieser den Kunden in geeigneter Weise „nachbearbeiten“ kann.⁹

Wenn der Vertrag zwischen dem Agenten und dem VU beendet wird, wird ein Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB begründet, der v.a. noch nicht geleistete Folgeprämien umfasst. Falls freiwillig Versorgungsansprüche begründet sind, kann das VU die Abfindung damit ver-

⁸ Str., wie hier BAG a.a.O., *Holzer-Thieser*, in: ders. u.a.(Hrsg.), Angemessenheit von GmbH-Geschäftsführerbezügen Hdb. GmbH-Geschäftsführer, Loseblatt 2000.

⁹ Vgl. nur OLG Frankfurt/M., r+s 1996, 291; OLG Düsseldorf, r+s 1998, 44.

rechnen (§ 89 Abs. 1 Nr.4 HGB). Bei Kündigung des VU aus wichtigem Grund entfällt der Ausgleichsanspruch (§ 89 Abs. 3 Nr.2 HGB). Kündigt der Agent, so kommt es darauf an, ob das VU Anlass dazu gegeben hat (ebd. Nr.1). Ein bloß nebenberuflich tätiger Versicherungsvertreter hat keinen gesetzlichen Abfindungsanspruch (§ 89b HGB). Aber dieser kann natürlich vertraglich besonders festgelegt werden.

Im Verhältnis zum VN gibt es ebenfalls erhebliche Besonderheiten des Versicherungsagenten. Der VR kann sich bei Fehlangaben des Agenten nicht auf dessen fehlende Bevollmächtigung berufen und nach § 177 Abs.1 BGB einfach die Genehmigung für das Handeln seines Vertreters ohne Vertretungsmacht verweigern, sondern er ist daran kraft Gewohnheitsrecht bzw. im neuen Recht nach § 69 VVG 08 im Grundsatz gebunden. Ausnahmen bestehen nur, soweit dem VN erhebliches Eigenverschulden vorzuwerfen ist.

Beispiel: Agent A wirbt für den Abschluss einer HausratV u.a. mit der Behauptung, dass für den Einbruchschutz keine übertriebenen Gefahrstandsobliegenheiten verlangt werden und insbes. nicht erfordert wird, dass der VN bei jedem Gang in den Keller seine Kippfenster schließen muss. – Ein Leistungsbefreiungsrecht des VR scheidet auch dann aus, wenn sich aus den zu Grunde gelegten VHB etwas Anderes herauslesen lässt.

Anders ist es dagegen, wenn dem VN ein schwerwiegendes Eigenverschulden vorzuwerfen ist, so dass er auf die Fehlangaben des Agenten nicht vertrauen durfte. Er handelt dann selbst vertrauenswidrig und verliert deshalb seine Ansprüche gegen den VR.

Beispiel: A gibt an, dass die Hausrataußenversicherung auch in Afrika schützt, obgleich die §§ 6 Nr.3 VHB 74 und 12 Nr. 1 VHB 84 genau das Gegenteil besagen und von A nicht abbedungen werden dürfen.¹⁰

Neben die Erfüllungshaftung des VR tritt dessen Schadensersatzpflicht aus §§ 278, 280 Abs.1 BGB, soweit er sich des Agenten zur Erfüllung seiner Pflichten bedient. Das galt schon vor Umsetzung der Hinweis- und Warnpflichten nach der EU-Vermittlerrichtlinie 2002 für Beratungsfehler, wenn der Agent bemerkte oder bemerken musste, dass sich der VN falsche Vorstellungen von Art oder Umfang des Versicherungsschutzes machte. Auch vor Vertragsschluss kann die Haftung des VR aus § 311a BGB in Betracht kommen.

Beispiele: Der Agent bemerkt anlässlich eines Besuchs beim VN dessen Verlegung von Betriebsteilen, versäumt aber den Hinweis auf eine notwendige Anpassung der betrieblichen Versicherungen und eine diesbezügliche vorläufige Deckung. Folge ist die Haftung des VR aus §§ 278, 280 Abs. 1 BGB. – Der Agent leitet den vom VN vollständig ausgefüllten Versicherungsantrag nicht in vertretbarer Zeit weiter, oder er übermittelt umgekehrt den ihm vom VR zugegangenen Versicherungsschein nicht rechtzeitig an den VN. In beiden Fällen wird der Vertrag nicht wirksam, so dass bei einem inzwischen eingetretenen Versicherungsfall der VR aus § 311b Abs.2 BGB haftet.

Ausschließen kann man im Regelfall eine Eigenhaftung des Agenten, da dieser normalerweise kein besonderes Vertrauen in seine überlegene Fachkompetenz in Anspruch nimmt. Auch ist die Pflichtenbindung des Agenten gegenüber dem VR, nicht die gegenüber dem VN, die seine Tätigkeit prägende Grundlage.¹¹ Anders kann es aber schon nach geltendem Recht sein, wenn der Agent ausnahmsweise eine derartige Vertrauensposition entwickelt hat. Nach der EU-Vermittlerrichtlinie 2002, die eigentlich bis 2005 umzusetzen war, gilt nun seit Mai 2007 stets eine strenge Eigenhaftung des Agenten und Maklers für Verletzung der neu geregelten Beratungspflichten. Darauf wird zurückzukommen sein (s.u. zu III.2).

4. Sonstige Drittbeteiligte.

¹⁰ Nach § 12 Nr.1 AHB 92 ist aber jetzt Weltdeckung vorgesehen, vgl. z. Ganzen Schirmer, S. 246, 265.

¹¹ Vgl. BGH VersR 1990, 157; 1991, 1052.

III. Vertragsanbahnung und Vertragsschluss

Nach Vorstellung der Beteiligten und Drittbeteiligten eines Versicherungsvertrages geht es im Folgenden um die inhaltliche Pflichtenbindung. Dazu ist auch im Versicherungsrecht streng zu trennen zwischen der bloßen Vertragsanbahnung und dem Vertragsabschluss mit den durch den Vertrag begründeten Pflichten. Während im Anbahnungsstadium „bloß“ die allgemeinen Pflichten zum Schutz lauterer Wettbewerbs und des vor-vertraglichen Vertrauensschutzes nach § 311 Abs. 2 BGB gelten, sind die Vertragsparteien nach Abschluss des Vertrages Erfüllungspflichten unterworfen, die sie durch ihre Abrede bewusst übernehmen wollten. Zum Recht des UWG müssen wenige Bemerkungen genügen.

1. *Werberecht und Schutz der Markttransparenz.*

2. Verbraucherinformation und Beratungspflichten. Eine vertragsspezifische Besonderheit des Versicherungsrechts ist zur Einbeziehung von AVBs geregelt. Es genügt nicht die Einbeziehung im Wege des Aushanges am Orte des Vertragsschlusses nach § 305 Abs. 2 BGB, sondern der Versicherer muss die AVB im Rahmen der Verbraucherinformation nach §§ 10a VAG, 5a VVG 07, § 7 Abs. 1 VVG 08 dem VN vor Vertragsabschluss schriftlich zusenden. Ein Aushang genügt also ebenso wenig wie eine Veröffentlichung im Internet. Zusendung muss sein, oder es bedarf im Internet-Verkehr der Übermittlung mit dem Anklicken der betreffenden Angebotserklärung. Die Regelung dient im Einklang mit den erörterten europarechtlichen Vorgaben dem Zweck, den Kunden zum Vergleich der Marktangebote zu befähigen, sei es auch, dass er dazu die Hilfe eines Fachmanns oder von spezialisierten Beratungsdiensten in Anspruch nehmen muss.¹² Denn Markttransparenz kann nicht nur durch direkte Informationen für den Nachfrager, sondern auch durch indirekte Maßnahmen, wie Presseberichte, ratings und dergl. gefördert werden.¹³

Weitere Informationspflichten des Versicherers vor Vertragsschluss ergeben sich aus seiner allgemeinen vorvertraglichen Auskunfts- und Beratungspflicht, die ihm nach § 311 BGB obliegt. Der BGH hat hierzu schon früher festgestellt, dass eine risikogerechte Information und Beratung zu erfolgen hat, soweit sie den Versicherer oder dessen Agenten ungefragt vor Augen tritt. Beispielsweise hat der BGH einen Versicherungsagenten für verpflichtet gehalten, den VN bei einer Betriebsbesichtigung aus ganz anderem Anlass auch darauf hinzuweisen, dass der bisherige Versicherungsschutz für ein Gebäude, an dessen Stelle ein Neubau errichtet war, umgestellt werden muss.

Die Verbraucherinformation muss nach dem neuen § 7 Abs. 1 VVG 08 „rechtzeitig“ vor Vertragsschluss an den VN übermittelt werden. Das hat die Lehre z.T. veranlasst anzunehmen, dass es nicht genügt, sie ihm kurz vor dessen für den Vertragsschluss entscheidenden Annahme- oder Angebotserklärung bekannt zu machen. Denn dann bestehe keine hinreichende Gelegenheit, das Klauselwerk zu studieren und sich eine eigene ökonomisch sinnvolle Meinung zu bilden. Oft werde deshalb ein „zweiter Termin“ unausweichlich¹⁴ Der Ansicht ist nicht nur die praktisch meist völlig unnütze Zeit- und Kostenverschwendung entgegen zu halten, die sich einfach daraus ergibt, dass der VN nach Tagen ebenfalls keinen Blick in das Klauselwerk getan hat. Zudem ist das Mittler-Informationsmodell¹⁵ verkannt, wonach das Gesetz auf risikogerechte Beratung durch Agent oder Makler setzt. Deren Kenntnis der AVBs muss aber lange vorher auf ganz anderem Wege erfolgen, damit die Beratung überhaupt sinnvoll durchgeführt

¹² Von dieser Frage ist es zu unterscheiden, dass der Versicherungsnehmer ein Widerspruchsrecht hat, wenn ihm die AVB nicht vor Vertragsschluss übermittelt wurden. Die Regelung des § 5 a VVG wird unten näher erläutert.

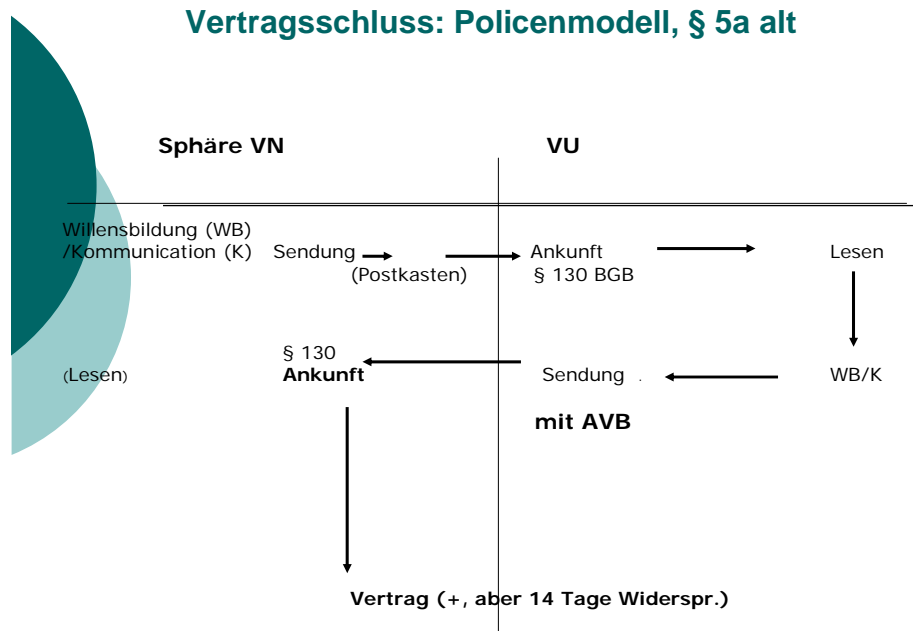
¹³ S.o. Einl. zu I.2.

¹⁴ Vgl. *Schimikowski*, r+s 2007, 133, 135; *Marlow/Spuhl*, VVG kompakt, 2007, S. 12.

¹⁵ S. nochmals Einl. zu I.2.

werden kann. Hierfür spielt insbes. die nach öffentlichem Recht des § 10a VAG gebotene Pflicht des VU zur Sicherstellung der Verbraucherinformation eine Rolle, da hierfür eine gleich bleibende Verwendung der maßgebenden AVBs erfordert wird, die die Information an die Versicherungsvermittler praktisch zwingend voraussetzt. Es handelt sich um eine Publizität mit steuernder Wirkung i.S. der private governance.¹⁶

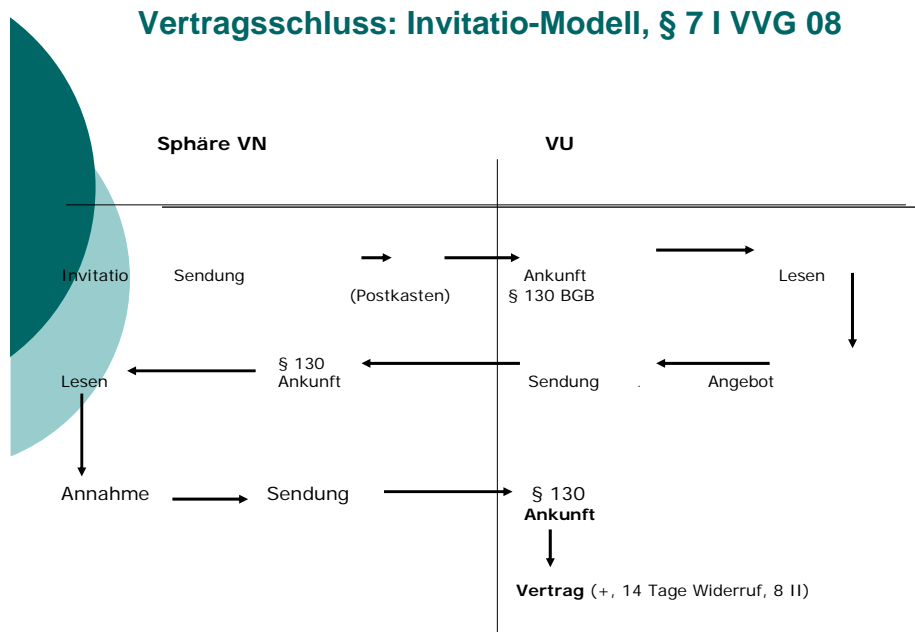
Schon an dieser Stelle ist das Invitatio-Modell vorzustellen, welches seit 2008 an die Stelle des Policen-Modells i.S. § 5a VVG 07 getreten ist. Beim Policen-Modell wird die Verbraucherinformation mit der Annahmeerklärung des VR übermittelt, so dass die 14-tägige bis 1-jährige Widerrufsfrist ausgelöst wird.



Beim Invitatio-Modell erklärt der VN zunächst aufgrund der Beratung durch den Mittler eine Aufforderung zur Abgabe einer Angebotserklärung an den VR. Dieser bietet sodann das vorausgewählte Produkt verbindlich an und sendet die Verbraucherinformation mit AVBs zu,

¹⁶ Näher s. Köndgen, AcP 2006, 477 ff.; Herrmann, Grundlehren BGB/HGB, 2006, 26 ff.

so dass der VN durch konkludente Handlung (Prämienzahlung) annehmen kann.



Umfängliche Pflichten des Versicherers ergeben sich, wie gesagt, aufgrund der zur Mittler-Richtlinie der EU erlassenen Vorschriften der §§ 42 a-k VVG 07, 60 ff. VVG 08 insbes. insofern, als nunmehr erfordert wird, dass der Versicherer oder sein Vertreter eine auf die Person des Versicherungsnehmers und die Art des Objekts des Versicherungsschutzes bezogene Ermittlung anzustellen hat, bevor er ein Produkt anbietet. Die in Deutschland seit vielen Jahren anerkannte Rechtsprechung zur anleger- und objektgerechten Beratung durch Banken wird hier auf das Versicherungsrecht übertragen. Wie die europäische Richtlinie ins deutsche Recht umgesetzt wurde, wird erst im Anschluss an die Darstellung der bisherigen Rechtslage erörtert.

Beispiel: Agent A vermittelte 1994 seiner damals 65-jährigen verwitweten Nachbarin N eine Rentenversicherung beim VR gegen Einmalzahlung von 300.000,- DM. Ab 1.1.1995 sollte N eine lebenslange Rente von knapp 1900,- DM inklusive einer Gewinnbeteiligung erhalten. Es wurde eine „garantierte Rentenlaufzeit“ von 5 Jahren vereinbart. Wenige Tage nach deren Ablauf verstarb die N, so dass für ihre Söhne und andere Erben kein Pfennig mehr verblieb. Diese klagten gegen VR auf Schadensersatz, weil ihr Agent seine Beratungspflicht gegenüber der N verletzt habe. Der vermögenden N sei es nicht primär um ihre eigene möglichst hohe Altersabsicherung, sondern auch und vor allem darum gegangen, ihren Hinterbliebenen außerhalb der erbrechtlichen Bestimmungen Vermögen zuzuwenden. Sie sei schon 1994 ernsthaft krank und auf die regelmäßige Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen gewesen, wovon A aufgrund guter nachbarschaftlicher Beziehungen gewusst habe.

Die auf Rückzahlung der unverbrauchten Einmalprämie gerichtete Klage wurde im Gegensatz zu älteren Urteilen anderer Gerichte abgewiesen, weil der Agent nicht durch eine ausdrückliche und fehlerhafte Auskunft den Eindruck erweckt hatte, dass nach Ablauf der Garantielaufzeit eine Kapitalrückzahlung durch die Versicherung geschuldet sei.¹⁷ Zwar könne dennoch ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss (cic.) gem. dem heutigen § 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB gegeben sein. Doch entspricht es hierfür st. Rspr., dass vorvertragliche Auskunftspflicht und Beratungspflichten des VR und seines Agenten mit Blick auf einzelne AVBs, wie die zur Garantielaufzeit im Grundsatz verneint und nur ausnahmsweise dann bejaht werden, wenn im Einzelfall „besondere Umstände“ ersichtlich sind, die darauf hindeuten, dass sich der VN fal-

¹⁷ So aber im Fall OLG Oldenburg, VersR 1998, 220 zu Nr. I.1 a.E.: „Seine Angabe, ‚dass dann in jedem Fall das für die Rentenzahlung nicht verbrauchte Geld zurückgezahlt wird‘, war unstrittig unzutreffend.“

sche Vorstellungen von der Art und Weise und vom Umfang des Versicherungsschutzes macht. Das war nach den vom OLG erhobenen Beweisen abzulehnen.

Denn A hatte als Zeuge ausgesagt, dass bei ihm der Eindruck entstanden sei, dass die N allein ihr eigenes Renteninteresse verfolgt habe. Das Gericht glaubte ihm dies ebenso wie die Aussage, er habe keine Kenntnis vom Gesundheitszustand der N gehabt. A habe im Prozess einen zuverlässigen und glaubhaften Eindruck gemacht. Der bloße Verdacht, er habe wegen seines Provisionsinteresses zum Nachteil der N gehandelt, reiche für die Annahme einer Beratungspflichtverletzung nicht aus. Zur Bedeutung der Garantielaufzeit stellt das OLG mehr nebenher fest, dass die N jedenfalls hinreichend aufgeklärt worden sei, da ein weiterer Zeuge glaubhaft ausgesagt hatte, dass regelmäßig eine Belehrung über den Sinn dieser Regelung erfolge.¹⁸

Die Entscheidung zeigt mit aller Deutlichkeit, dass die Rspr. noch nicht bereit war, über die Fälle ersichtlicher Einschätzungsfehler des VN hinausgehende Beratungspflichten anzunehmen. Eine genauere Erfassung der Kundenwünsche und Belange wurde nach dem VVG 2007 nicht erfordert. Das ist zwar im Wertpapierhandelsrecht anders, wo eine sog. anleger- und objektgerechte Beratung verlangt wird, und Entsprechendes wurde auch seit Jahren in der Literatur auch für die kapitalbildenden Versicherungen empfohlen.¹⁹ Doch war die höchstrichterliche Rspr. dem noch nicht gefolgt, wie nicht zuletzt auch das Urteil des OLG Stuttgart erkennen lässt.

Neben die Beratungspflicht tritt das sog. Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S.2 BGB, wonach – ganz im Einklang mit dem zuvor erörterten Recht der Verbraucherinformation – die Markttransparenz gefördert werden soll. Das gilt sowohl für die Risikobeschreibung als auch für primäre und sekundäre Risikoausschlüsse. Vorausgesetzt ist dabei aber, dass die betr. Klauseln im Vertrag hinreichend klar und verständlich umschrieben sind. Erinnerung sei noch einmal an den wettbewerblichen Sinn des AGB-rechtlichen Transparenzgebotes. Der Kunde soll vor und nach Vertragsschluss bis zum Ablauf der Widerspruchs- und Widerrufsfristen in die Lage versetzt sein, sich im Markt nach anderen und besser für ihn geeigneten Produkten umzusehen. Ist dies nicht ohne nähere Erläuterung möglich, so müssen bereits die AVB-Klauseln mit schriftlichen Warnhinweisen versehen sein.

Ein berühmtes Beispiel hierfür ist die Anforderung des BGH an die sog. Zillmerungsklauseln. Es wird verlangt, dass dem Kunden verdeutlicht wird, er laufe Gefahr, dass er bei einer Kündigung seiner Lebensversicherung zu Anfang der Laufzeit keine Rückzahlung erhalte. Dazu passt es, dass das LG Oldenburg zu der im Ausgangsfall behandelten Garantiezeitklausel einmal Folgendes verlangt hat: „Deshalb hätte der VN nicht nur erklärt werden müssen, dass im Todesfall Renten an die Bezugsberechtigte bis zum Ablauf der Rentengarantiezeit gezahlt würden. Es hätte vielmehr unmissverständlich darauf hingewiesen werden müssen, dass bei einem Ableben der VN vor der Rentengarantiezeit das Kapital bis zum Ablauf der Garantiezeiten möglicherweise noch nicht ‚verbraucht‘, der nicht ‚verbrauchte‘ Rest jedoch ‚verloren‘ sei.“²⁰ Sieht man dies als ein Erfordernis der AVB-Transparenz, wozu nach der Zillmerungsentscheidung des BGH aller Anlass besteht, so genügt noch nicht einmal der mündliche beratende Warnhinweis, sondern es muss eine schriftliche Anmerkung zu der betr. AVB-Klausel erfolgen. Damit ist zugleich hinreichend dokumentiert und beweisbar, dass eine dahingehende Belehrung erfolgt ist. Vorsorglich sei nur darauf hingewiesen, dass insoweit noch keine gesicherte Rspr. vorliegt.

¹⁸ Unklar bleibt, ob diese Belehrung so weit ging, dem Kunden auch die Gefahr des Verlustes bei Versterben nahe dem Ablauf der Garantiezeit zu verdeutlichen; dazu näher s.u. zu III.3.

¹⁹ Vgl. nur Schwintowski, VuR 1997; weitergehend Kieninger, Diss.; Herrmann, www.assurances.de.

²⁰ LG Oldenburg, VersR 1998, 220.

Anders ist dies nun nach der Umsetzung der EU-Vermittler-Richtlinie (s.o. zu II.3b). Nochmals sei Folgendes wiederholt: Wie das Bank- und das Wertpapierhandelsrecht die anleger- und objektgerechte Beratung erfordern, so soll nach der RL der Rat für VN subjektiv und objektiv angemessen sein (engl. suitable). Art. 12 RL bestimmt dazu zunächst, dass sowohl der Makler als auch der Agent dem Kunden vor Vertragsabschluss mitteilt, ob er seinen Rat auf eine „ausgewogene Untersuchung“ stützt Abs. 1 lit.e/(1). Sodann heißt es:

(Abs. 3) „... Vor Abschluss eines Versicherungsvertrags hat der Versicherungsvermittler, insbesondere anhand der vom Kunden gemachten Angaben, zumindest dessen Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für jeden diesem zu einem bestimmten Versicherungsprodukt erteilten Rat genau anzugeben...“.

Die Vorschläge der VVG-Reformkommission haben diese grundlegende Ausrichtung der RL folgendermaßen berücksichtigt:

- § 61 Abs. 2 des Vorschlages zum Novellierungsentwurf (EVVG) sah vor, dass der Mittler mitteilt, „ob er seinen Rat auf eine objektive, ausgewogene Marktuntersuchung stützt“;
- § 63 Abs. 1 EVVG wiederholte wörtlich die Anforderungen der RL zur hinreichenden Zahl von untersuchten Marktalternativen mit Eignung, „die Bedürfnisse des VN zu erfüllen“;
- § 64 S. 1 EVVG verlangte demgemäß, dass der Mittler die Wünsche und Bedürfnisse des VN zu „erfragen (hat)“.

Die Regelung sollte im Laufe des Jahres 2006 in Kraft gesetzt werden und ist immerhin mit Verspätung im Mai 2007 geltendes deutsches Recht geworden. Jetzt sind die Beratungs- und Dokumentationspflichten in §§ 42a-k VVG 07 und in § 6, 60 ff. VVG 08, wie folgt geregelt:

Beratung/Dokumentation, §§ 6, 60 ff. VVG 08

- Offenlegung des **Mittlerstatus** (Agent/Mehrfachagent/Makler)
- **Subj.** Bedarfsanalyse: „Wünsche u. Bedürfnisse“
- **Obj.** Marktanalyse: Umfang in angem. Verhältn. zu Prämie
- **Gründe** für Rat mitteilen und **Dokumentation** mit Beratungsgründen, § 6 I.2
- **Verzicht** b. Tel./Internet, § 6 III/VI, aber Hinweis und gesond. schrll. Erkl.; nicht mehr generelle Ausn. b. Fernabsatz (so noch RegE))
- Lfd. **Nachberatung** des VU (nicht Mittler!), § 6 IV S.1 („Anlass...erkennbar“: neue AVB mit Risikoveränderungen; Zusendungspflicht durch VU fehlt (Publizität?));
- **Eigenhaftung** des Agenten/Maklers (nicht § 278 BGB)

Bezogen auf den Ausgangsfall bedeutet das: Es genügt nicht mehr, dass beim Vermittler – wie A es bezeugt hat – mehr oder weniger zufällig der Eindruck entsteht, der VN wolle für den Rest seines Lebens eine möglichst hohe Rente herausholen. Sondern das muss ausdrücklich erfragt und dem etwaigen Zusatzinteresse an einer gewissen Hinterbliebenenversorgung gegenübergestellt werden, wenn die Vermittlung eines derart komplizierten Versiche-

rungsprodukts unter Inanspruchnahme von Fachvertrauen erfolgen soll. Das ist mit der Umsetzung der RL geltendes deutsches Recht geworden.

Dabei ergibt sich dann aber auch, dass bei komplizierteren Produkten wohl stets ein konkludenter Beratungsvertrag abgeschlossen werden wird. Denn schon bisher wird in Rspr. und Lehre verbreitet ein Beratungsvertrag angenommen, wenn:

- der Kunde den Abschluss eines komplizierteren Versicherungsvertrages wünscht, z.B. Lebensversicherung, Krankenversicherung (nicht Kfz-Versicherung);
- tatsächlich ein Informationsaustausch zwischen dem Kunden und dem Vertreter oder Vermittler eines möglichen Versicherers stattfindet; und
- der potentielle Kunde erkennbar auf den Rat des Fachmannes angewiesen ist, so dass ein beiderseitiger Wille zum konkludenten Abschluss eines Versicherungsvertrages angenommen werden kann.

Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, bejaht man zumeist auch bis in viele Einzelheiten die inhaltliche Analogie zur bankrechtlichen Rspr. über anleger- und objektgerechte Beratungspflichten. Es soll deshalb geboten sein,

- sich ein Bild von den einschlägigen Versicherungsinteressen des Kunden zu machen (subjektive Seite);
- den Zuschnitt der Risikodeckung für das angeratene Versicherungsprodukt objektiv zu ermitteln und unabhängig von einem etwaigen Provisionsinteresse zu erläutern (bei Maklern auch für alternativ im Markt vorhandene Produkte); sowie
- die Angemessenheit des Produkts für die festgestellten Interessen des VN einzuschätzen (sog. suitability-Test).

Erst 2008 ist die Nachberatungspflicht neu ins Gesetz hineingekommen, die aber aus Praktikabilitätsgründen nicht auf die Mittler erstreckt worden ist. Sie besagt, dass das VU auch nach Abschluss des Vertrages verpflichtet ist, Information und Beratung zu geben, soweit dafür ein „Anlass...erkennbar“ ist (§ 6 Abs. 4 VVG 08). D.h die ungleiche Informationslage zwischen VN und VU muss sich zum Nachteil des VN verändert haben, und dieser Umstand muss für das VU nicht unbedingt bekannt sein, sondern es genügt, dass es hiervon zumutbarer Weise hätte Kenntnis haben können. Das wird man stets bei Änderung der AVBs anzunehmend haben. Zwar kann es sein, dass solche Neuerungen für einzelne VN keine erhebliche Bedeutung haben, während ihnen für andere wesentliche Bedeutung zukommt. Aber das herauszufinden, ist Sache des VU, da § 6 Abs. 4 VVG 08 auf Abs. 1 S.1 pauschal verweist, so dass auch die Pflicht zur Erstellung des Risikoprofils des VN zur Nachinformationspflicht gehört. Das VU muss also laufend prüfen, ob Veränderungen seiner AVBs für alle VN oder nur für einen Teil von ihnen von wirtschaftlich erheblicher Bedeutung sind. In der Praxis wird das meist darauf hinauslaufen, dass die Nachberatung allen gleichermaßen zugesendet wird.

Schwieriger ist es, wenn erhebliche Veränderungen dadurch entstehen, dass Konkurrenzprodukte verändert werden, oder gänzlich neue Produkte auf den Markt kommen, und diese bisher nicht umfasste Risiken einbeziehen, deren Deckung für einen Teil der VN wirtschaftlich wichtig ist. Kann dem VU zugemutet werden, diese Lage zu erkennen und sodann von bestehenden Vertragsbindungen mit sich selbst geradezu abzuraten, weil Konkurrenten besser passende Angebote entwickelt haben? Im Prinzip wird man die Frage nicht mehr unter Hinweis darauf verneinen können, es bestehe keine Pflicht zum Schlechtmachen des eigenen Produkts. Denn bedarfs- und risikogerechte Beratung bedeutet nun einmal auch Abraten, wenn das eigene Angebot nicht passt. Aber das kann nur so weit reichen, wie die fehlende Passgenauigkeit auf Umständen beruht, die dem VU bei der Anfangsberatung bekannt waren oder hätten werden müssen. Denn es kann nicht zugemutet werden, den gesamten Kundenstamm bei jeder Marktveränderung erneut zu überprüfen. Auch sind Verträge weitgehend ausgenommen, die durch Ausschließlichkeitsvertreter zustande gekommen sind. Denn diese brauchen keine um-

fassende Marktanalyse zu erstellen. Hier werden also nur offensichtliche Veränderungen der Risikotragung zu berücksichtigen sein.

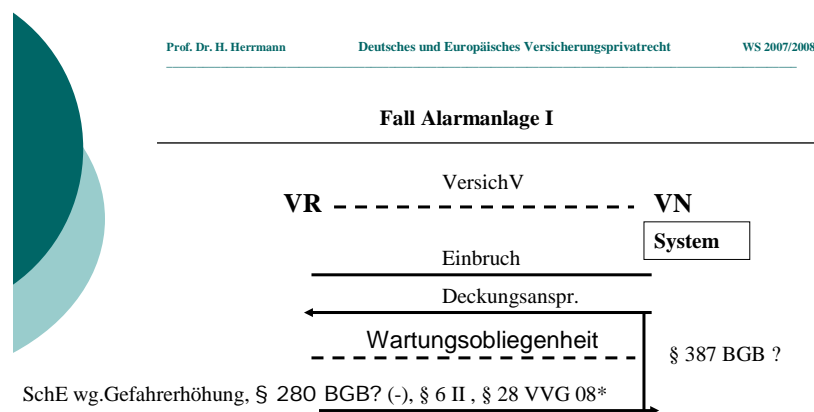
Da in § 6 Abs. 4 VVG 08 nur auf S. 1 verwiesen wird, bedarf es keiner Dokumentation der Nachberatung. Aber das ist natürlich dann anders, wenn die nachträgliche Kontaktaufnahme zur einvernehmlichen Änderung von bestehenden Verträgen führt. Denn darin liegen Neuabschlüsse, auf die § 6 Abs. 1 VVG 08 ohne Verweisung des Abs. 4 anwendbar ist.²¹

3. Pflichten des VN, Obliegenheiten und „verhüllte“ Obliegenheiten. Den vorvertraglichen Pflichten des VU stehen die des VN gegenüber. Auch in dieser Hinsicht geht es wesentlich darum, das Informationsungleichgewicht der Vertragsparteien auszugleichen. Denn ebenso wie das VU vielerlei Informationsvorsprünge vor dem VN hat, hat auch der VN in anderer Hinsicht bessere Kenntnisse, die das VU schwer überprüfen kann. Insbes. kann der VN meist das versicherte Objekt wesentlich besser, weil er damit laufend selbst umgeht oder zumindest besseren Zugang hat.

Das VVG unterscheidet Obliegenheiten und Anzeigepflichten (§§ 6, 16 VVG 07, 28, 19 VVG 08). Da es sich auch insoweit um spezifisch versicherungsrechtliche Besonderheiten handelt, kommt diesen Vorschriften, aber auch den §§ 23, 27, 61, 152 VVG 07, 23, 81, 103 VVG 08 Vorrang vor §§ 307 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB zu. Die Spezialität ergibt sich auch daraus, dass abweichende Rechtsfolgen geregelt sind. Während die Verletzung des Transparenzgebotes oder der vorvertraglichen Informationspflicht zur Nichtigkeit von AVB-Bestimmungen bzw. zum Schadensersatz führt, gibt es nach den §§ des VVG Leistungsbefreiungsrechte oder Kündigungsrechte.

Ein *Beispiel* für die Besonderheit der Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen ist das der Gefahrerhöhung ohne Kenntnis des Versicherungsnehmers und ohne dessen Willen.

Fall Alarmanlage: Der VN hatte seine Alarmanlage bisher über einen analogen Telefonanschluss betrieben, nach Umstellung auf ISDN-Technik aber leicht fahrlässig nicht bemerkt, dass diese nicht mehr funktioniert. Kann das VU seine Deckung für den entstehenden Einbruchschaden durch Aufrechnung eines Schadensersatzanspruches gegen den VN aus § 280 Abs. 1 BGB einschränken?



KEINE Leistungsbefreiung mehr bei einfacher Fahrlässigkeit (§ 28 VVG 08), (alt § 6)

²¹ Abgrenzungsprobleme zwischen identitätswahrenden Vertragsänderungen und echten Neuabschlüssen müssen hier aus Raumgründen übergangen werden.

In solchen Fällen gibt es eine Anzeigepflicht nach § 27 Abs. 2 VVG 07, sobald der VN von der Erhöhung der Gefahr Kenntnis erlangt. Bei fahrlässiger Nichtkenntnis könnte man einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB (pVV) annehmen, doch greift insoweit der Vorrang des VVG wegen Spezialität. Insofern kann man also keine Leistungskürzung des VU annehmen. Aber es kommt eine Leistungsbefreiung nach § 6 VVG 07 in Betracht, da der VN die Einrichtung und Instandhaltung der Alarmanlage besonders versprochen hatte, dieses Versprechen aber leicht fahrlässig verletzt hat. Auch diese Rechtsfolge hat Vorrang vor der Regelung des § 280 BGB.

Nach §§ 23, 26 VVG 08 kommt es erst bei grob fahrlässig unterbliebener Anzeige über die Gefahrerhöhung zu Einschränkungen der Deckungspflicht, und diese wird nicht total, sondern nur im Verhältnis zur Schwere der Gefahrsteigerung ausgelöst (§ 26 VVG 08). Entsprechende Regelungen zur groben Fahrlässigkeit und zur Proportionalität der Leistungsbefreiung sind für alle Obliegenheiten weitgehend übereinstimmend geregelt, wie aus dem folgenden Schaubild im Überblick ersehen werden kann:



Leistungsbefreiungsrechte im Überblick

VVG-Norm	wesentl.Inhalt	Arten
§ 28 (alt § 6)	Obliegenheiten	-Gefahrstandsobl. -Vertragsgefahr
§ 19 (alt § 16)	Anzeigepflichten	-vor Vertragsschluss -nachher, s.u. zu § 23 (alt §§ 23,27)
§ 23 (alt §§ 23, 27)	Gefahrerhöhung	-objektiv -subjektiv
§§ 81, 103 (alt §§ 61, 152)	Herbeiführung des Versicherungsfalles	-allgemein -Haftpflichtvers.

Obliegenheiten im versicherungsrechtlichen Sinn werden durch den Abschluss von Versicherungsverträgen begründet, haben aber auch vertrauensschützende Wirkung vor Vertragsschluss. Anders als die vorvertraglichen Pflichten des allgemeinen Schuldrechts i.S. §§ 241 Abs.2, 311 Abs.2 BGB (culpa in contrahendo)²² entfalten sie keine Wirkung, wenn es nicht zum Abschluss des Vertrages kommt. Die Rechtsfolgen sind nicht, wie vertragliche Hauptpflichten, erfüllungsbewehrt, sondern führen nur zu Leistungsverweigerungs- oder Vertragsauflösungs- und Anpassungsrechten.

Die Obliegenheiten sind von sog. Risikoausschlüssen zu unterscheiden, da die Leistungsbefreiung wegen Verletzung von Obliegenheiten Verschulden des VN voraussetzt (§ 6 Abs. 1 VVG 07, § 28 VVG 08), die bei Verwirklichung von Risikoausschlüssen dagegen nicht. Die Abgrenzung ist vielschichtig und wird in der Rspr. und Lehre hauptsächlich nach folgenden Kriterien vorgenommen:

²² So jetzt ausdrückl. § 311 Abs.2 Nr. 3 BGB; BGH NJW 1995, 715; Palandt-*Heinrichs*, BGB-Komm., 62. Aufl. 2003, § 311 Rdn. 18 m.w.Nachw.

- Verhaltensanforderungen für Obliegenheit versus Zustandsumschreibung für Risikoabschluss (sog. Verhaltenstheorie²³);
- Ausschlüsse charakterisieren den Versicherungstyp, während Obliegenheiten einen typmäßig gegebenen Einschluss sozusagen nachträglich rückgängig machen (sog. Ausschlussstheorie²⁴);
- soweit der ausgeschlossene Risikoumstand zum Gegenstand einer zusätzlichen Versicherung mit gesondert berechneter Prämie gemacht wird, liegt meist ein Risikoabschluss und keine verhüllte Obliegenheit vor²⁵; es gilt dann aber enge Auslegung²⁶;
- eine gesetzliche Obliegenheit wird durch AVB modifiziert²⁷;
- wenn eigens eine Exkulpationsmöglichkeit vorgesehen ist.²⁸

Die Kriterien werden teils als Definitions-, teils als Typusmerkmale verstanden²⁹, die konsistent nebeneinander mit mehr oder weniger deutlicher Ausprägung zur Anwendung gelangen können. Dennoch hat sich die Reformkommission nicht zu einem eigenen Abgrenzungsvorschlag durchringen können, sondern darauf verwiesen, sie wolle die im Fluss befindliche Rspr. nicht gesetzlich einengen (S. 45 des Abschlussberichts der Reformkommission). Demzufolge bleibt eine Grauzone zwischen Obliegenheiten und Risikoabschlüssen, was v.a. deshalb praktisch erheblich ist, weil die meisten Rechtsfolgen für Obliegenheitsverletzungen verschuldensabhängig sind (§ 6 Abs.1 VVG 07, § 28 VVG 08), die Leistungsbefreiung bei Risikoabschlüssen dagegen nicht. Darauf wird zurückzukommen sein.³⁰

4. Obliegenheiten des VN vor Vertragsschluss. Bei den Obliegenheiten trennt das VVG bislang streng zwischen vorvertraglichen (§§ 16 f. VVG 07, 28 VVG 08) und nachvertraglichen Anzeige- und Auskunftspflichten (§§ 33 f. VVG 07, 30 VVG 08) sowie zwischen nicht auf Informationsinhalte begrenzten Regeln mit Geltung vor und nach dem Versicherungsfall (§ 6 Abs. 1 bzw. 2 VVG 07, § 28 Abs. 1 bzw. 4 VVG 08). Quer zu dieser Abgrenzung steht die Unterscheidung zwischen Gefahrstands sichernden und anderen Obliegenheiten, die nur die sog. Vertragsgefahr betreffen. Die Gefahrstandsobligationen zielen auf Gefahrverminderungen oder auf Gefahrverhütung (§ 6 Abs. 2 VVG 07, § 28 Abs. 3 VVG 08). Beispiele sind der Einsatz von Schließ- und Alarmanlagen in der Einbruchversicherung oder von Sprinklern in der Feuerversicherung. Demgegenüber betreffen die Regeln zur Vertragsgefahr nicht die Gefahrbeeinflussung selbst, sondern die dafür nur mittelbar erheblichen Umstände, wie etwa die Pflicht, Mehrfachversicherungen anzuzeigen.

Die folgende Untersuchung ist auf Gefahrstandsobligationen und Anzeigepflichten über Gefahrveränderungen konzentriert, weil bei ihnen der Wettbewerbsbezug besonders deutlich ist. V.a. ist die Prämienkalkulation vornehmlich auf Risikoumstände bezogen, so dass Veränderungen insoweit, sei es durch Verletzung von Gefahrstandsobligationen, sei es durch nicht mitgeteilte Gefahrerhöhungen, unter Wettbewerbsbedingungen durchweg auf die Versicherungspreise durchschlagen sollten.

²³ Die Rspr. urteilt meist in diesem Sinn, ohne die Theorie aber ausdrücklich zu übernehmen, vgl. nur BGH VersR 1990, 786, 787; näher Bruck/Möller § 6 Rdn. 13 ff. m.w.Nachw.

²⁴ Vgl. nur Römer/Langheid-Römer, § 6 Rdn.4; das Argument wird oft zusammengefasst mit dem vorigen Kriterium, vgl. BGHZ 120, 290, 294=VersR 1993, 223; BGH VersR 1990, 482, 483 (h.M.); vertiefend Lorenz, VersR 2000, 2, 3 f., passim.

²⁵ Vgl. BK-Schwintowski, a.a.O. Rdn.26 f.

²⁶ BGH VersR 1995, 162, 163; BGHZ 88, 228,231.

²⁷ Prölls/Martin-Prölls, § 6 Rdn.6.

²⁸ OLG Hamm, r+s 1996, 50, 51.

²⁹ Für typisierende Betrachtung vgl. Römer/Langheid-Römer, § 6 Rdn. 4; allgemein näher Herrmann, in: Sahner u.a. (Hrsg.), Zur Lage der Freien Berufe, Teil1, 1989, S. 309 ff.;

³⁰ S.u. zu V.3.

a. Anzeigeobligationen und Risikofragen. Zu den vorvertraglichen Anzeigepflichten ist das VVG traditionell - trotz des preiswettbewerblichen Bezuges - verhältnismäßig großzügig, weil es bis 1994 keinen freien Prämienwettbewerb kannte und es der Aufsichtsbehörde auferlegte, das Verhältnis von Preis und Qualität der Risikodeckung obrigkeitlich zu beurteilen. V.a. wird vom VN – im Unterschied zum anglo-amerikanischen Recht - nicht verlangt, dass er vor Vertragsschluss Nachforschungen in seinem Risikobereich über gefahrerhebliche Umstände anstellt. Er muss nach § 16 Abs. 1 VVG 07, § 19 Abs. 1 VVG 08 nur die ihm bekannten Umstände mitteilen, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind. Fahrlässig unbekannte Umstände spielen keine Rolle; und bekannte, aber ohne Fahrlässigkeit nicht angezeigte Umstände begründen derzeit ebenfalls auch dann keine Nachteile für den VN, wenn sie abschlussrelevant waren (§ 16 Abs. 3 VVG 07, § 19 Abs. 5 S. 2 VVG 08).

Nur solche Umstände sind nach § 16 Abs. 1 VVG 07, § 19 Abs. 1 VVG 08 anzuzeigen, die „für die Übernahme der Gefahr (durch den Versicherer, VR) erheblich sind“. Hat der VR nach einem Umstand „ausdrücklich und schriftlich“ gefragt, so wird die Erheblichkeit widerleglich vermutet (§ 16 Abs. 1 S. 3 VVG 07). Die Frage kann formularmäßig gefasst sein und bedarf keiner besonderen schrifttechnischen Hervorhebung gegenüber sonstigen nicht gefahrerheblichen Fragebogenteilen. Auch eine besondere Hinweispflicht auf die Rechtsfolgen falscher oder unzureichender Angaben bestand generell nicht.

Zu den Rechtsfolgen stand die sog. Alles-oder-nichts-Regel im Prinzip (AnP) bis zu 31.12.2007 unverändert fest, obgleich sie seit langem – auch unter Wettbewerbsaspekten – von der Reformliteratur angegriffen und von der Rspr. partiell modifiziert worden war.³¹ Danach kommt es für eine Leistungsbefreiung oder ein Kündigungsrecht des VR wegen Pflichtverletzungen des VN nicht auf deren Intensität oder auf das Ausmaß möglicher Auswirkungen, sondern immer nur darauf an, dass die betr. Pflicht oder Obliegenheit überhaupt verletzt ist, sei es auch noch so geringfügig. Die wohl wichtigste Ausnahme zu diesem Grundsatz ist von der Rspr. in Fällen verletzter Auskunftspflichten anerkannt, wenn kein erhebliches Verschulden des VN vorliegt und der VR ihn über den Verlust seiner Ansprüche nicht belehrt hat.³² Aber der Grundsatz als solcher bleibt davon nach geltendem Recht unberührt.

Die VVG-Reformkommission schlug vor, die Stellung des VN noch darüber hinausgehend zu verbessern. Bei vorvertraglichen Anzeigefehlern über bekannte Tatsachen sollte grundsätzlich nur noch die schriftliche Falschbeantwortung von Fragen schädlich sein; und auch insoweit wird für das Rücktrittsrecht des VR auf grobe – statt bisher einfache - Fahrlässigkeit abgestellt. Dem ist das Gesetz in § 19 VVG 08 weitestgehend gefolgt. Auch kann eine Leistungsbefreiung bei Verletzung der Anzeigepflicht nur noch erfolgen, wenn der VR hierauf zuvor mindestens in Textform hingewiesen hat (§ 19 Abs. 5 VVG 08) Auch ist das Alles-oder-nichts-Prinzip (AnP) aufgegeben. Stattdessen soll im Regelfall nur eine nachträgliche Prämienerrhöhung für das vom VR unbewusst eingeschlossene Risiko in der Höhe verlangt werden dürfen, wie der VR sie in entsprechenden Verträgen des Hauses ohnehin verlangt (Hausprämie) (§ 19 Abs. 4 VVG 08). Alternativ wird ein Risikoausschluss ermöglicht. Dadurch kann sich der VR bei einem inzwischen eingetretenen Versicherungsfall aber nur dann von seiner Leistungspflicht befreien, wenn sich gerade das nicht angezeigte Risiko ausgewirkt hat. In den (seltenen) Fällen, in denen der VR bei Kenntnis des nicht angezeigten Umstandes sicher keinen Vertrag abgeschlossen hätte, kann es nach Ansicht der Kommission bei dem bisherigen Rücktrittsrecht bleiben (S. 47 des Abschlussberichts der Reformkommission). – Bei unverschuldeten Anzeigepflichtverletzungen soll dem VR allerdings das Recht eingeräumt werden, den Vertrag nachträglich durch einen entsprechenden Risikoausschluss anzupassen oder bei unverändertem Ver-

³¹ Vgl. nur die sog. Relevanzrechtsprechung: BGHZ 53, 130= VersR 1970, 241; näher Römer, VersR 2000, 661, Text mit Fn.12.

³² Vgl. BGHZ 47, 101, 107; 53, 160, 164=VersR 1970, 241; näher BK-Schwintowski, § 6 VVG Rdn. 166.

tragsinhalt die Prämie zu erhöhen. Das ändert zwar nichts an der Leistungspflicht des VR, wenn der Versicherungsfall inzwischen eingetreten ist. Aber die Zusammenlegung guter und schlechter Risiken³³ wird für die Zukunft nicht zwingend erfordert.



Anzeigeobligationen

§ 16 VVG alt	§ 19 VVG 08
Umstände - erhebliche - bekannte (keine Nachforschungspflicht)	Umstände wie links
- Frage indiziert Erheblichkeit - Verschulden (leichte Fahrllk.) indiziert	- ohne Frage keine Erheblichkeit - gr. Fahrllk. indiziert
- Keine Deckung, § 21 (Alles-oder-Nichts-Prinzip)	- Rücktritt b. gr. Fahrllk. (Hinweispflicht, Abs. 5) - nur i.H. Proportionalität - <i>andere Bedingg.</i> , Abs. 4 - Kündigg. b. leichter Fahrllässigk.

b. Gefahrstandsobligationen und Hinweiszwang. Für die Leistungsbefreiung des VR bei Obliegenheiten mit Relevanz für die versicherte Gefahr (Gefahrstandsobligationen) und mit Geltung vor Eintritt des Versicherungsfalles reichte nach dem VVG 07 einfache Fahrlässigkeit des VN (§ 6 Abs. 2 VVG 07). Der VR musste allerdings beweisen, dass Obliegenheitsverletzungen der fraglichen Art im Allgemeinen zur Gefahrerhöhungen führen. D.h. er musste entsprechende Statistiken vorlegen, die zeigen, dass die Schadenshäufigkeit in Abhängigkeit zur verletzten Obliegenheit signifikant steigt. Gelingt dieser Nachweis, so konnte es immer noch im konkreten Einzelfall an der Verursachung fehlen. Dafür oblag allerdings dem VN der Gegenbeweis. War die Obliegenheitsverletzung ursächlich, musste der VN beweisen, dass er unverschuldet gehandelt hat.

Der VN trug also die Beweislast für fehlende Kausalität und für Fehlen jeglichen Verschuldens. Auch vom Vorwurf vorsätzlichen Handelns musste er sich befreien, weil bei Nachweis des VR, dass eine Pflichtverletzung des VN objektiv vorliegt, vermutet wurde, dass der VN diese vorsätzlich begangen hat. Das mag für den VR hart gewesen sein, erschien dem Gesetz aber deshalb gerechtfertigt, weil der VR nicht wissen kann, welche subjektiven Umstände den VN veranlassen haben, die Pflichtverletzung zu begehen.

Im Einklang mit den Vorschlägen zur Anzeigepflicht sind nach dem Vorschlag der VVG-Reformkommission auch einfach fahrlässige Obliegenheitsverletzungen nach neuem Recht folgenlos. Damit werde eine gewisse Vereinheitlichung des Verschuldensmaßstabs erreicht und dem VN das Risiko einer Fehleinschätzung der Abschlussrelevanz abgenommen (S. 47 zu 6.2.2 des Abschlussberichts der Reformkommission). - Bei grober Fahrlässigkeit soll es dagegen insoweit beim AnP bleiben, als der VN zuvor „ausdrücklich im Versicherungsvertrag“

³³ Zu den hieraus folgenden Gefahren Adverser Selektion s. *Herrmann*, VersR 2003, 1333.

darauf hingewiesen hat, dass die betr. Obliegenheit besteht (S. 43 des Abschlussberichts der Reformkommission). Der VR wird also – wiederum ganz übereinstimmend mit dem Recht der Anzeigepflichten – nur noch unter der Voraussetzung einer besonderen Verbraucherinformation frei. Der Hinweis sollte „im Versicherungsvertrag“ erfolgen, wobei offen bleibt, ob damit der individualvertragliche Teil gemeint ist, oder ob die Information auch in den AVB gegeben werden kann. Fehlt es dagegen an einer Warnmitteilung, so sollte es künftig nach der Empfehlung der Kommission zu einer Quotelung nach der Schwere des grob fahrlässigen Verschuldens.³⁴ Jetzt ist die Warnpflicht in Textform durch „gesonderte Erklärung vorgesehen (§ 19 Abs. 5 VVG 08) – Nur für Vorsatz trug der VR nach dem Text des Kommissionspapiers eindeutig die Beweislast, so dass der VN jedes geringere Verschulden hätte beweisen müssen. Aber für die Vorsatzvoraussetzung einer vollen Leistungsbefreiung ist die Beweislast des VR völlig neu. Das wäre der wohl gravierendste Einschnitt in die Risikoverteilung geltenden Rechts geworden. Jetzt ist aber die Beweislast für fehlenden Vorsatz und fehlende grobe Fahrlässigkeit gleichermaßen dem VN auferlegt (§ 19 Abs. 3 VVG 08).

IV. Vertragsbindung und Cooling-off-Periode

1. Policenmodell und Invitatio-Modell. Für den Eintritt der Vertragsbindung gelten zunächst die allgemeinen Regeln des BGB über Willenserklärungen (§§ 145 ff., 130 BGB). Das braucht hier nicht näher dargestellt zu werden. Hervorzuheben ist nur noch einmal, dass bei der in der Praxis üblichen Verwendung von Antragsformularen keine zu lange oder zu unbestimmte Antragsbindung vorgesehen werden darf. § 308 Nr.1 BGB führt zur Nichtigkeit von „unangemessen langen“ und „nicht hinreichend bestimmten“ Bindungszeiten. Der BGH hat sogar beide Merkmale zusammengezogen und es als unzulässig angesehen, wenn die Bindung 3 Wochen ab Zugang in der Hauptstelle des Empfängers dauert, so dass der Absender der Angebotsklärung nicht sicher feststellen kann, wann die Bindungsfrist zu laufen beginnt. Die Entscheidung erging zwar zum Bankvertragsrecht³⁵, ist aber auch für die Antragspraxis in der Versicherungswirtschaft verallgemeinerbar.

§ 5a Abs. 1 VVG 07 schreibt vor, dass „...*bei Antragstellung* die Versicherungsbedingungen übergeben“ werden müssen³⁶. Wenn eine Verbraucherinformation nach § 10a des VAG nicht überlassen wurde,“ so gilt der Vertrag auf der Grundlage des Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der weiteren für den Vertragsinhalt maßgeblichen Verbraucherinformationen als abgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von 14 Tagen nach Überlassung der Unterlagen schriftlich widerspricht...“. Nach § 5a Abs. 2 VVG 07 beginnt der Lauf der Frist erst, wenn der Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins „schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form“ über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist. Abweichend von Satz 1 erlischt das Recht zum Widerspruch jedoch 1 Jahr nach Zahlung der ersten Prämie. Die nach § 10a VAG zu gebende Verbraucherinformation umfasst nach Anlage D Nr. 1b auch die „für das Versiche-

³⁴ Punkt 5 der „Grundsätze“ auf S. 43; die Einzelheiten dieser Verbraucherinformation werden allerdings zu Nr. 6.1.2.2. auf S. 45 f. nicht näher behandelt. Vielleicht ist insoweit nur an seltene Ausnahmefälle gedacht (so *Niederleithinger*, Tagungsdiskussion Bad Bramstedt v.10.4.03), doch ist das künftige Marktverhalten von Wettbewerbern aus allgemeinen Gründen schwer einschätzbar, vgl. v. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Ges. Aufsätze, 1969, 249 ff, 250.

³⁵ Näher schon o.

³⁶ Anhang II A zu Art. 31 der 3. Richtl. Leben ist dagegen enger gefasst: „Informationen über das Versicherungsunternehmen...Informationen über die Versicherungspolice...: a.5 Laufzeit der Police; a.6 Einzelheiten der Vertragsbeendigung; a.7 Prämienzahlungsweise und Prämienzahlungsdauer; a.8 Methoden der Gewinnberechnung; a.9 Angabe der Rückkaufswerte und beitragsfreien Leistungen und das Ausmaß, in dem diese Leistungen garantiert sind...; a.13 Modalitäten der Ausübung des Widerrufs- und Rücktrittsrechts.“

ungsverhältnis geltenden allgemeinen Versicherungsbedingungen einschließlich der Tarifbestimmungen sowie die Angabe des auf den Vertrag anwendbaren Rechts“.

Die AVB mussten nach dem VVG 07 also nicht notwendig mit dem Ausfüllen und Unterschreiben des Antrags des Versicherungsnehmers (sog. Antragsmodell), sondern erst mit der Zusendung der Versicherungspolice überlassen werden, d.h. mit der Annahme des Antrags durch den Versicherer (sog. Policenmodell). Die dogmatische Einordnung des Policenmodells ist streitig. In der Literatur ist man z.T. der Meinung, vor Zusendung der Police mit den AVB komme nur ein schwebend unwirksamer Versicherungsvertrag zustande³⁷. Demzufolge könne auch keine Verletzung des Art. 31 der Richtlinie Leben gegeben sein³⁸. Die Antragsbindung mit Zugang des Antrags beim Versicherer gem. § 145 BGB ist zwar unbestritten. Aber durch das Widerspruchsrecht nach Zusendung der Police mit den Unterlagen werde lediglich diese Bindungswirkung dahingehend gelockert, dass der Antrag unter der aufschiebenden Bedingung unterbliebenen Widerspruchs gestellt werde. Dass die Annahme des Antrags bei dieser Konstruktion vor Eintritt der Bedingung erfolgt, wird damit erklärt, dass § 158 BGB auch auf solche Potestativbedingungen, also auf solche Bedingungen anwendbar sei, die von einer Vertragspartei willkürlich herbeigeführt werden können³⁹.

Die Gegenansicht nimmt an, dass mit dem Zugang des Versicherungsscheins bereits ein Vertrag zustande kommt, und dieser nur noch nicht die Regelungen der AVB enthalte (sog. Rumpfvertrag)⁴⁰. Die Einbeziehung werde erst nach Ablauf der 14-tägigen Widerspruchsfrist bewirkt. Sobald der Widerspruch erklärt werde, werde der Rumpfvertrag rückwirkend vernichtet. Die gemeinschaftsrechtliche Verträglichkeit der rumpfvertraglichen Bindung sei gegeben, da sie die AVB nicht einbeziehe und im Übrigen rückwirkend aufhebbar gestellt sei⁴¹.

Die Rumpfvertragslehre soll sogar in besonderer Weise dem gemeinschaftsrechtlich bezweckten Verbraucherschutz dienen. Würden Angebot und Annahme (vorerst) ohne Verbraucherinformation erklärt, so könne der Versicherer deren Zusendung unterlassen. Dann werde auch nach Jahresfrist nicht die Rechtsfolge des unlösbaren Vertragsschlusses gem. § 5a Abs. 2 S. 4 VVG 07 ausgelöst, weil es an der Überlassung der Verbraucherinformation gerade fehle. Nach der Theorie des Rumpfvertrages erhalte der Versicherungsnehmer dagegen vollen Versicherungsschutz auf der Grundlage des Rumpfvertrages und der anstelle der AVB tretenden gesetzlichen Regelungen⁴².

In der Praxis zum deutschen Recht ist der erörterte Meinungsstreit v.a. unter dem Aspekt der Prämienzahlungsfrist bei vorläufiger Deckung erheblich geworden.⁴³ Die vor dem LG Essen⁴⁴ klagende Kfz-Versicherung hatte dem Beklagten vorläufige Deckung zugesagt und

³⁷ Vgl. E. Lorenz, aaO. vorige Fn. S. 773; ders., Zum Abschluss eines Versicherungsvertrages nach § 5a VVG, VersR 1995, 616; ders., Anmerkung zu LG Essen, VersR 1997, 993; ähnlich bereits Schirmer, Änderungen des VVG nach der Deregulierung mit den Schwerpunkten: Abschluss des Versicherungsvertrages und Einbeziehung von AVB, VersR 1996, 1045, 1053; P. Reiff, Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht, VersR 1997, 267; zust. Römer, in: ders./Langheid (Hg.), VVG-Kommentar 1997 § 5a, Rdn. 46 m.w.Nachw.

³⁸ Wenn in der zitierten Stellungnahme der Kommission von einer schwebend „wirksamen“ Vertragsbindung gesprochen wird, so ist dies gerade der kritische Punkt; dagegen Lorenz, VersR 1997, 773; dafür s. u. III 1c.

³⁹ Lorenz, VersR 1997, 773, 775.

⁴⁰ Begriff und teilw. Befürwortung v. Wandt, Verbraucherinformation und Vertragsschluss nach neuem Recht, 1995, S. 18; weitergehend Dörner/Hoffmann, Der Abschluss von Versicherungsverträgen nach § 5a VVG, NJW 1996, 153, 158; Hoffmann, Anmerkung zu LG Essen VersR 1997, 993, in: VersR 1997, 1257.

⁴¹ Vgl. – v.a. zu letzterem – E. Hofmann, Anm. zu LG Essen (VersR 97,993), ebd. S. 1257.

⁴² Analog § 6 Abs. 2 AGBG, str.; Meinungsstand dazu bei Römer/Langheid, a.a.O. § 5a Rdn. 46.

⁴³ Außerdem wird in der Literatur intensiv die Frage diskutiert, ob der Widerspruchsverzicht i.S. § 5a Abs. 3 VVG, der an sich nur die Deckungszusage umfasst, auch auf den Hauptvertrag erstreckt werden kann; dafür Hoffmann, in: Stiefel/Hoffmann Kraftfahrtversicherung, 16. Aufl. 1995, § 1 AKB Rdn. 3 h; dagegen aber Schirmer, VersR 1996, 1045, 1053 f.; Wandt, Verbraucherinformation und Vertragsabschluss nach neuem Recht, 1995 S. 29 f.; Römer, in Römer/Langheid a.a.O., § 5a Rdn.49; näher dazu Herrmann, ZEuP 1999, 663.

⁴⁴ VersR 1997, 993.

danach den Versicherungsschein mit der Verbraucherinformation und der Widerspruchsbelehrung übersendet. Außerdem war der Beklagte darauf hingewiesen worden, dass nach § 1 Abs. 4 S.2 AKB die vorläufige Deckung entfällt, wenn innerhalb von 2 Wochen der Versicherungsschein eingelöst wird⁴⁵. Der Beklagte erlitt sodann einen selbstverschuldeten Unfall, nachdem etwas mehr als 14 Tage verstrichen waren. Am Tag nach dem Unfall erfolgte die Prämienzahlung. Die Versicherung hatte dem Geschädigten daraufhin Deckung gewährt, begehrte aber nun Rückgriff beim Beklagten, weil der Versicherungsschutz im Verhältnis zu ihm gem. § 1 Abs.4 S.2 AKB entfallen sei. Der Beklagte meinte, während der 14-tägigen Widerspruchsfrist könne die Einlösungsfrist nicht laufen, so dass er zur Einlösung insgesamt 4 Wochen Zeit gehabt hätte und folglich die Prämie rechtzeitig gezahlt hätte.

Das LG gab der Klage statt, weil der Widerspruch i.S. § 5a VVG 07 zumindest eine Vertragsbindung auflöse, die geeignet sei, den Fristbeginn gem. § 1 Abs. 4 S.2 AKB zu begründen. Im Einzelnen nennt das Gericht zunächst die erwähnte Rumpfvertragstheorie und die Theorie der schwebenden Unwirksamkeit und führt sodann wörtlich aus: „Nach Auffassung der Kammer kommt der Versicherungsvertrag bereits mit Übersendung der Versicherungspolice wirksam zustande“. Der Vergleich mit § 7 VerbrKrG und mit dem Widerrufsrecht des § 1 HWiG ergebe, dass dort jeweils die Wirksamkeit des Vertrages ausdrücklich aufgeschoben werde („wird erst wirksam“, wenn kein Widerruf erfolgt), in § 5a VVG 07 dagegen nur vom „Widerspruch“ die Rede sei, der das Bestehen eines Vertrages als Widerspruchsobjekt denknotwendig voraussetze.

*Lorenz*⁴⁶ hat dagegen mit Recht eingewendet, dass das Gericht offensichtlich der Rumpfvertragstheorie folgen wolle, danach aber die Einbeziehung der AKB und der darin enthaltenen Fristenregelung gerade nicht vor Ablauf der Widerspruchsfrist ermöglicht werde. Das Urteil sei deshalb in sich selbst widersprüchlich. Hinzukomme, dass der gleichzeitige Lauf beider Fristen dem Verbraucher nachteilig sei, obgleich sowohl das Europarecht als der deutsche Gesetzgeber der VVG-Novelle v. 1994 eine „verbraucherfreundliche Lösung“⁴⁷ gewollt haben. Man darf dies wohl dahingehend verstehen, dass *Lorenz* das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Fristenfrage im Wege einer europarechtskonformen⁴⁸ Teleologie überwinden will. Allerdings bleibt der Hinweis auf eine möglichst „verbraucherfreundliche Lösung“ noch deutlich hinter dem v. Verf.⁴⁹ befürworteten Ansatz dogmatisch-rechtsvergleichender Europäisierung zurück und ist wohl v.a. deshalb auch zu wenig güterabwägend konzeptioniert.

Mit rechtsvergleichendem Blick auf das englische Recht ergibt sich, dass während der Widerspruchsfrist keine schwebende *Unwirksamkeit*, sondern eine schwebende *Wirksamkeit* des Versicherungsvertrages eintritt. Zwar soll dadurch der Versicherer mit Kosten einer im Rücktrittsfall prämienfreien vorläufigen Deckung belastet werden. Aber der Verbraucherschutz kann nicht auch noch so weit gehen, dass zusätzlich der Versicherungsnehmer von der Verpflichtung freigestellt wird, innerhalb der dafür vom Gesetz vorgesehenen Frist die Prämie zu zahlen⁵⁰. Denn darin läge ein zusätzlich kostenerhebliches Kreditrisiko, das den Versicherer ausgerechnet dann belasten würde, wenn er die vorläufige Deckung zusagt. Da aber die Deckungszusage die Stellung des Verbrauchers verbessert, erscheint eine Kostenbelastung des Versicherers selbst dann einseitig überzogen und deshalb nicht mehr wettbewerbskonform, wenn man dem hier vertretenen Gedanken eines anbieterorientierten wettbewerblichen

⁴⁵ § 1 Abs. 4 AKB: „Die vorläufige Deckung endet mit der Einlösung des Versicherungsscheins. Die vorläufige Deckung tritt rückwirkend außer Kraft, wenn der Antrag unverändert angenommen, der Versicherungsschein aber nicht innerhalb von zwei Wochen eingelöst wird und der Versicherungsnehmer die Verspätung zu vertreten hat.“

⁴⁶ *Lorenz*, Anmerkung zu LG Essen, VersR 1997, 993 zu Nr. III.

⁴⁷ *Lorenz*, aaO. vorige Fn Text mit dortiger Fn. 6/7 unter Hinweis auf Richtl. 92/49 EWG, ABl. L 22/1 v. 11.8.1992 und auf Drs. BT 12/ 7595 S. 102.

⁴⁸ Vgl. auch die ausdrückliche Hervorhebung der richtlinienkonformen Auslegung bei *Lorenz* a.a.O. vorvorige Fn.

⁴⁹ *Herrmann*, ZEuP 1999, 663.

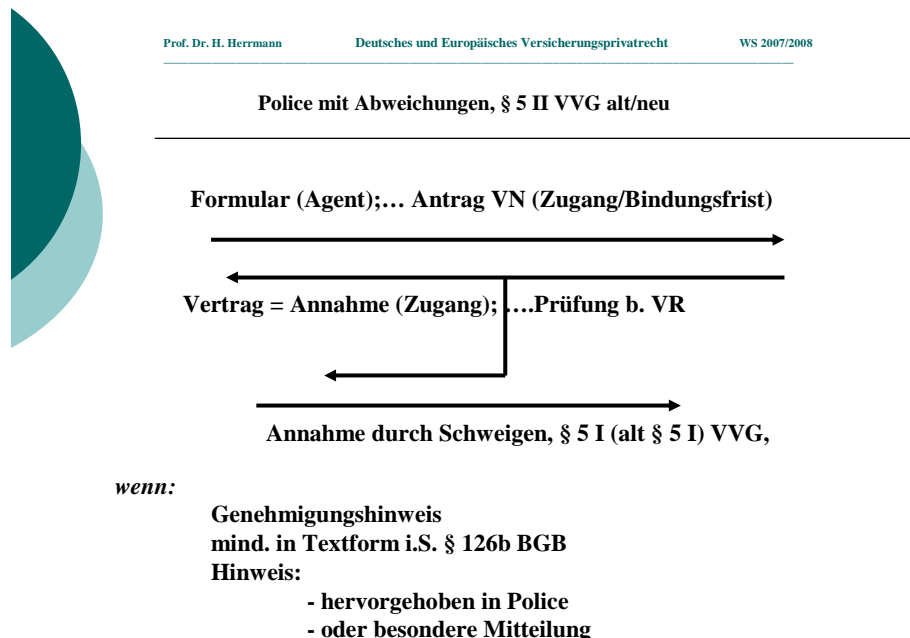
⁵⁰ S. o. zu III 1c.

Verbraucherschutzes folgt. Nur wettbewerbskonforme Anreize sind gesetzlich bezweckt, nicht ein davon unabhängiger oder sogar wettbewerbswidrig⁵¹ wirkender Verbraucherschutz.

Jedenfalls ist auch der Lauf der Zahlungsfrist gem. § 1 Abs. 4 AKB nicht etwa schon aus dogmatischen Gründen gehindert. Im Gegenteil: die schwebende Unwirksamkeit ist auch im englischen Minderjährigenrecht bekannt und wird unstreitig nicht auf die versicherungsvertragliche Schwebelage analog angewendet. Der Minderjährigenschutz wäre auch ganz unpassend, da es um (anbieterorientierte) wettbewerbliche Regelungszwecke geht, die zudem dem Leitbild mündiger Verbraucher folgen. Gewiss ist das Schlagwort der Mündigkeit von Verbrauchern nicht als Rechtsbegriff gemeint, an den unmittelbar rechtliche Folgerungen zu knüpfen wären. Aber die dogmatische Verknüpfung des versicherungsvertraglichen Auflösungsrechts mit dem Minderjährigenrecht wäre doch reichlich systemwidrig.

Nachdem § 5a VVG 07 in das VVG 08 nicht übernommen worden ist, sei nochmals das Invitatio-Modell skizziert, bei dem das Problem, dem VN auf Verdacht eine Unmenge Papier mit den Verbraucherinformationen alternativer Produkte zu übermitteln, durch eine bloße Erklärung des VN gelöst wird, er wolle ein Angebot des VR über die x-Versicherung einholen. Hierzu ist er meist schon vom Mittler beraten worden, so dass nach Zusendung des entsprechenden Angebots durch den VR nur noch eine (sogar konkludent mögliche) Annahme erklärt zu werden braucht. Zahlung der Prämie mit Hinweis auf den gewünschten Vertrag in der Form des dafür vergebenen Aktenzeichens oder eines anderen eindeutigen Vermerks zum Überweisungszweck genügt.

Kommt es erst nachträglich zur Ausfertigung und Übersendung der Police, so kann der Fall eintreten, dass die Police vom Antrag abweicht. Dann gilt der Inhalt des Scheins als genehmigt, wenn der VN nicht innerhalb von 1 Monat mindestens in Textform widerspricht (§ 5 Abs. 1 VVG 07 und VVG 08). Allerdings muss auch insoweit ein entsprechender Hinweis bei Übermittlung der Police vorliegen.



⁵¹ Zur Wettbewerbswidrigkeit von AGB-mäßig gestalteten Koppelungsprodukten s. näher *Herrmann*, Wettbewerbliche Transparenzgebote des AGB-Gesetzes und des UWG, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, DZWiR 1994, 95, 96 f.

2. Widerruf, Rücktritt und Vertragsnichtigkeit. Neben dem Widerspruchsrecht nach § 5a VVG 07 regelt § 8 Abs. 4 VVG 07 noch den Widerruf, der dem VN in der Nicht-Lebensversicherung bei Verträgen mit einer längeren Laufzeit als einem Jahr zusteht. Die Widerspruchsfrist beträgt 14 Tage ab Unterzeichnung des Versicherungsvertrages und beginnt erst zu laufen, wenn eine entsprechende Belehrung erfolgt und durch Unterschrift des VN bestätigt worden ist. Unterbleibt die Belehrung, so erlischt das Widerrufsrecht einen Monat nach Zahlung der Erstprämie.⁵²

In der Lebensversicherung gewährt § 8 Abs. 5 VVG 07 ebenfalls ein Lösungsrecht mit fast gleicher Regelung. Doch handelt es sich insoweit um ein Rücktrittsrecht. Der Unterschied ist mehr dogmatischer Natur. Während der Widerruf das Zustandekommen des Vertrages hindert, führt der Rücktritt zur rückwirkenden Nichtigkeit des Vertrages. Aber praktisch erheblich ist, dass der Rücktritt auch bei sofortigem Versicherungsschutz möglich ist, während dies beim Widerruf nach Abs. 4 ausscheidet.

Beide Rechte sollen nicht mit der Widerspruchsfrist nach § 5a VVG 07 zusammengerechnet werden können (§ 8 Abs. 6 VVG 07). Nicht ausdrücklich geregelt ist, was gilt, wenn die Widerspruchsfrist nach § 5a VVG 07 abgelaufen ist. Aber man wird wohl davon ausgehen können, dass bei längerer Frist nach § 8 VVG 07 diese gilt. Denn § 8 Abs. 6 VVG 07 setzt für den Vorrang des § 5a VVG 07 voraus, dass ein solches Widerspruchsrecht auch tatsächlich besteht.

Neben den spezialgesetzlich geregelten Fällen des Widerspruchs, Widerrufs und Rücktritts gelten die allgemeinen Nichtigkeitsgründe, insbes. nach §§ 134, 138 BGB. Ein Beispiel ist der Brandstiftungsvorsatz vor Abschluss einer Feuerversicherung oder der Tötungsvorsatz vor Abschluss einer Lebensversicherung. Hingegen hat der Vertrag Bestand, wenn das versicherte Interesse bei dem Beginn des Versicherungsvertrages nicht besteht. Der VN ist lediglich von der Leistungspflicht zur Zahlung der Prämie frei, muss allerdings eine „angemessene Geschäftsgebühr“ zahlen (§ 68 Abs. 1 VVG 07, § 80 Abs. 1 S. 2 VVG 08). Bei nachträglichem Wegfall des Interesses muss die Prämie bis zu dem Zeitpunkt gezahlt werden, in dem das VU von dem Wegfall des Interesses Kenntnis erlangt (§ 68 Abs. 2 VVG 07, § 80 Abs. 2 VVG 08). Ein Beispiel dafür ist die verspätete Kenntnis vom Tod eines Verschollenen.

3. Die Police.

4. Bindungsklauseln, richterliche AVB-Kontrolle und Transparenzgebote.

5. Versicherungsvermittlung und Stellvertretung. Auch zum Stellvertretungsrecht enthält das VVG Sonderregeln, die teils auf dem allgemeinen bürgerlichen Recht in §§ 164 ff. BGB aufbauen, teils den dortigen Regeln wegen Spezialität vorgehen.

a. Vermittlungsagent und gesetzlicher Vollmachtsumfang. Der Vermittlungsagent kann keine auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages gerichteten Erklärungen im Namen des VU abgeben, sondern er ist lediglich damit betraut, solche Erklärungen vorzubereiten, indem er dem Kunden die Hauptmerkmale des Versicherungsvertrages erläutert und andere werbliche Angaben macht. Von ihm ist der Abschlussagent zu unterscheiden, der vom Prinzipal eine echte Stellvertretungsvollmacht i.S. § 164 Abs. 1 BGB erhalten hat. Zunächst zum Vermittlungsagenten:

§ 43 Nr. 1 VVG 07, § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG 08 enthält eine gesetzliche Fiktion der sog. Empfangsvollmacht. Obgleich keine Abschlussvollmacht gegeben ist, kann der Vermittlungsagent Anträge auf Schließung, Verlängerung oder Änderung eines Versicherungsvertrags so-

⁵² Nach § 8 Abs. 1 VVG 08 gilt jetzt ein allgemeines Widerrufsrecht von 14 Tagen.

wie den Widerruf solcher Anträge entgegennehmen. Zwar setzt § 164 Abs. 3 BGB für die Empfangsvollmacht eine Abschlussvollmacht voraus, doch ist diese Regelung durch § 43 Nr. 1 VVG 07, § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG 08 verdrängt. Hinzu kommt die Empfangszuständigkeit für Anzeigen und Prämien nebst Zinsen (§ 43 Nr. 2, 4 VVG 07, § 69 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VVG 08) und die Fähigkeit, Policen auszuhändigen (§ 43 Nr. 3 VVG 07, § 69 Abs. 1 Nr. 3 VVG 08). Die Rechtsprechung hat daraus den Schluss gezogen, dass der Vermittlungsagent „Auge und Ohr“ des VU ist, so dass etwa auch Anzeigen vor Abschluss des Versicherungsvertrages wirksam an ihn abgegeben sind, auch wenn der Agent diese Angaben nicht an den Prinzipal weiterreicht. Entsprechendes regelt heute § 70 VVG 08.

Beispiel: Vor Abschluss einer Lebensversicherung teilt der VN dem Versicherungsvermittler mit, dass er an einer Hautkrankheit leidet, deren Ausmaß derzeit noch nicht geklärt ist. Aufgrund einer ärztlichen Untersuchung seien Spezialanalysen in Auftrag gegeben, die zum Ausschluss einer bösartigen Hauterkrankung führen könnten (Parapsoriasis). Der Agent empfiehlt, diesen Umstand nicht im Antragsformular zu vermerken, damit der Versicherungsvertrag zustande kommen könne, bevor die schwere Erkrankung des VN erwiesen sei. Nach der Auge und Ohr-Rechtsprechung des BGH wird in solchen Fällen angenommen, dass der VN seiner Pflicht zur Anzeige von gefahrerheblichen Umständen gem. § 16 Abs. 1 VVG 07 nachgekommen ist. Dies scheint mit § 44 VVG 07 unvereinbar, der die Kenntnis des Agenten mit der des Versicherers nicht gleichsetzt. Aber die Rechtsprechung hat den Wortlaut des § 44 VVG 07 teleologisch restringiert, so dass nur solche Kenntnisse nicht gleichgestellt werden, die der Agent außerhalb seines beruflichen Tätigwerdens erhalten hat.⁵³

Dieser Umfang der Wissensvertretungsmacht konnte nach § 47 VVG 07 nur unter erschwerenden Bedingungen begrenzt werden. Die Begrenzung musste dem Dritten bekannt oder mindestens grob fahrlässig unbekannt geblieben sein. Der Kunde musste also bösgläubig gemacht werden, indem man ihm ein Fax oder eine telefonische Mitteilung über die Begrenzung der Wissensvertretung des Agenten zuleitet. Da dies aber das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kunden und dem Agenten erheblich beeinträchtigen oder sogar zerstören würde, unterblieben solche Mitteilungen regelmäßig.

Nach § 72 VVG 08 ist nunmehr keine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht in AVB zulässig. Sie sind nur im Verhältnis zum Vertreter, nicht aber gegenüber dem VN oder Dritten wirksam.


Eine andere Frage ist es, ob der „ungetreue“ Agent einer Schadensersatzhaftung unterliegt. Diese betrifft das Innenverhältnis zwischen ihm und dem VU, das entweder durch einen Anstellungs- oder Geschäftsbesorgungsvertrag gekennzeichnet ist. Das im Fallbeispiel geschilderte Verhalten des Agenten stellt selbstverständlich eine Nebenpflichtverletzung eines solchen Vertrages dar, so dass der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB begründet wäre.

b. Besonderheiten beim Abschlussagenten. Der Abschlussagent kann selbst Annahmeerklärungen in Vertretung für das VU abgeben, da er die Vollmacht i.S. § 164 Abs. 1 BGB dafür hat. Außerdem gilt seine Kenntnis als diejenige, die dem Prinzipal nach § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet wird. Es bedarf also insoweit nicht der Auge und Ohr-Doktrin. Hinzu kommt, dass die Vollmacht nach § 71 VVG 08 gesetzlich weit fingiert wird. Sie ist nicht nur auf den Vertragsabschluss, sondern auch auf die Vertragsänderung sowie auf Kündigungs- und Rücktritts-erklärungen für das VU erstreckt.

Ist eine Abschlussvollmacht nicht durch ausdrückliche Erklärung des VU gegeben, so kommen sowohl eine konkludente Vollmacht, als auch die Duldungs- oder Anscheinsvoll-

⁵³ So jetzt ausdrücklich § 70 VVG 08.

macht in Betracht. Dafür darf zunächst auf die Ausführungen oben zu II 3 verwiesen werden. Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Prinzipal zwar nicht, wie bei der konkludenten Vollmacht die Vertretung wünscht, aber von einem entsprechenden Verhalten des Repräsentanten Kenntnis hat. Bei der Anscheinsvollmacht liegt noch nicht einmal Kenntnis vom Vertretungshandeln vor. Der Prinzipal weiß also nicht und will nicht, er hätte aber wissen müssen.



Prof. Dr. H. Herrmann Deutsches und Europäisches Versicherungsprivatrecht WS 2007/2008

Duldungs-/Anscheinsvollmacht

	Wissen	Wollen	Erklärung
konkludent	+	+	+ (Zeichen)
Duldung	+	- (dulden)	-
Anschein	- (fahrläss.)	-	-

In der Praxis kommt es zu solchen Konstellationen vor allem bei Vermittlungsagenten, die mit der Vermittlung auch tatsächlich betraut sind, aber ihre dahingehenden Befugnisse mit Wissen des Prinzipals oder bei dessen fahrlässigem Nichtwissen wiederholt überschreiten. Gerade tüchtige Agenten können in diese Lage kommen, weil der Prinzipal glaubt, sich auf deren Loyalität oder darauf verlassen zu können, dass es schon keine rechtlichen Probleme geben wird.

V. Vertragserfüllung und Vertragsdauer